

Andrzej Spotowski

Próba rozgraniczenia form zjawiskowych przestępstwa w nowym k.k.

Palestra 16/2(170), 43-51

1972

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Próba rozgraniczenia form zjawiskowych przestępstwa w nowym k. k.

Na gruncie nowego k.k., szczególnie istotną rzeczą jest ustalenie kryteriów rozgraniczenia sprawstwa sensu stricto, współsprawstwa, sprawstwa pośredniego, podżegania i pomocnictwa. Zasadniczym kryterium rozgraniczenia poszczególnych postaci jest stosunek sprawcy do znamion przestępstwa. Przy rozgraniczaniu sprawstwa pośredniego od podżegania decydujące znaczenie ma to, czy została powzięta decyzja wykonania czynu zabronionego.

Problematyka form zjawiskowych przestępstwa jest niezwykle złożona, a zarazem ma istotne znaczenie dla praktyki. Unormowanie form zjawiskowych przestępstwa w nowym kodeksie karnym odbiega dość znacznie od unormowania w k.k. z 1932 r. Posłużono się do ich określenia odmiennymi sformułowaniami, a ponadto wprowadzono zupełnie nowe elementy. Powoduje to konieczność szczegółowej analizy nowych przepisów i precyzyjnego ustalenia ich znaczenia.

Sprawstwo, podżeganie i pomocnictwo wypełniają cały zakres możliwości powodującego odpowiedzialność karną przyczynienia się do popełnienia przestępstwa; każda z tych form ma swój zakres, lecz są one ze sobą powiązane w ten sposób, że zmiana zakresu jednej formy pociąga za sobą z konieczności rozszerzenie lub zwężenie zakresu drugiej formy zjawiskowej.¹ Wynika z tego potrzeba wytyczenia linii rozgraniczających poszczególne formy zjawiskowe. Do tego celu można dojść jedynie przez ustalenie istotnych elementów poszczególnych form zjawiskowych, wynikających z brzmienia odpowiednich przepisów.

Jak wiadomo, k.k. z 1932 r. nie zawierał przepisu określającego sprawstwo lub współsprawstwo. Lukę tę wypełnia art. 16 k.k. z 1969 r., którego brzmienie jest następujące: „Odpowiada za sprawstwo nie tylko ten, kto wykonuje przestępstwo sam albo wspólnie z inną osobą, ale także ten, kto kieruje wykonaniem przez inną osobę czynu zabronionego.”

Przepis ten nie podaje zatem bezpośrednio definicji sprawstwa lub współsprawstwa, natomiast określa tylko trzy kategorie osób odpowiadających za sprawstwo:

- a) osobę, która wykonuje przestępstwo sama,
- b) osobę, która wykonuje przestępstwo wspólnie z inną osobą,
- c) osobę, która kieruje wykonaniem przez inną osobę czynu zabronionego.

Wyłania się tutaj problem, co ma decydować o zaliczeniu do tej czy innej grupy tych osób. Aby odpowiedzieć na to pytanie, trzeba przeanalizować kolejno wymienione sformułowania.

¹ W. Wolter: Wykład prawa karnego, Kraków 1970, s. 260 (skrypt).

W punkcie pod lit. a) chodzi o osobę, która sama wykonuje przestępstwo, czyli wypełnia wykonanym przez siebie czynem wszystkie ustawowe znamiona jakiegoś przestępstwa lub zmierza swym zachowaniem się do wypełnienia znamion przestępstwa. W art. 16 k.k. posłużono się słowem „wykonuje”, a nie „dokonuje”, aby objąć również wypadki usiłowania.² Osobę taką określić można mianem sprawcy. Należy tutaj zwrócić uwagę na zawarte w przepisie słowo „sam”. Nasuwa się pytanie, czy chodzi o zaakcentowanie tego, że sprawca działał indywidualnie, a nie wspólnie z innymi osobami, czy też o wskazanie na to, że sprawca swym własnym, osobistym działaniem (zaniechaniem) wypełnia ustawowe znamiona przestępstwa rodzajowego. Przykładowo rzecz biorąc: czy chodzi tutaj tylko o tego, kto sam, czyli indywidualnie działając zabiera cudzą rzecz w celu przywłaszczenia, czy też również i o tego, kto działa wprawdzie wspólnie z inną osobą, ale osobiste działanie każdej z tych współdziałających osób wypełnia wszystkie znamiona przestępstwa kradzieży?

Wydaje się, że sformułowanie: „wykonuje przestępstwo sam” należy rozumieć jako: „wykonuje przestępstwo osobiście”, tzn. że obejmuje ono wszystkie wypadki, w których dana osoba swym własnym działaniem (zaniechaniem) wypełnia wszystkie znamiona przestępstwa niezależnie od tego, czy działa indywidualnie, czy też razem z kimś innym.

Przy takim postawieniu sprawy można by się spotkać z zarzutem, że o „wykonaniu przestępstwa wspólnie z inną osobą” mowa jest w punkcie pod lit. b), a więc że wypadki wypełniania ustawowych znamion przestępstwa przy współdziałaniu z inną osobą objęte są drugim członem przepisu art. 16 k.k., a nie pierwszym członem, który mówi o tym, kto sam wykonuje przestępstwo.

Zarzut ten jednak nie jest — moim zdaniem — słuszny. W uzasadnieniu do projektu k.k. stwierdzono bowiem, że przez zamieszczenie w art. 16 sformułowania: „wykonanie przestępstwa wspólnie z inną osobą” wprowadzono do ustawy karnej nie znane dotychczas, a mające wielkie znaczenie dla praktyki pojęcie współsprawstwa.

W nauce wymienia się dwa zasadnicze rodzaje współsprawstwa. Jedno to tzw. wielosprawstwo, polegające na tym, że każda ze współdziałających osób wypełnia całą istotę przestępstwa, drugi zaś rodzaj współsprawstwa cechuje się tym, że poszczególne zachowania się osób współdziałających nie wypełniają wszystkich znamion przestępstwa, a tylko suma tych zachowań daje pełną istotę czynu przestępnego.³

Wydaje się, że nie ma wystarczających powodów, aby uznawać to, co zostało nazwane „wielosprawstwem”, za współsprawstwo. Skoro bowiem każdy ze współdziałających, niezależnie od innych, wypełnia swym zachowaniem się wszystkie znamiona przestępstwa, to jest on po prostu jego sprawcą, a fakt, że takie samo przestępstwo popełniły wraz z nim także inne osoby, jest bez znaczenia dla jego karalności. Konstruowanie współsprawstwa po to, by pociągnąć do odpowiedzialności karnej osoby działające wspólnie — przy jednoczesnym wypełnianiu wszystkich znamion przestępstwa przez każdego z nich — jest zbędne.

Skonstruowanie osobnej formy zjawiskowej współsprawstwa i określenie jej w ustawie karnej jest konieczne, jeśli się chce pociągnąć do odpowiedzialności karnej osoby działające wspólnie, gdy suma zachowań wypełnia wprawdzie ustawowe znamiona przestępstwa, lecz zachowania się poszczególnych współdziałających osób,

² I. Andrejew: Polskie prawo karne, Warszawa 1970, s. 158.

³ W. Wolter: Prawo karne — Zarys wykładu systematycznego, Warszawa 1947, s. 363.

wzięte osobno, nie urzeczywistnią istotny przestępstwa rodzajowego. Dlatego też sformułowanie art. 16 k.k. wymienione w punkcie pod lit. b) rozciąga odpowiedzialność za sprawstwo na te osoby, których zachowanie się wzięte osobno nie wypełnia znamiona przestępstwa, tworzy jednak część składową zachowania się wyczerpującego znamiona przestępstwa. Decydującym elementem współsprawstwa — obok porozumienia — jest to, że żaden z czynów poszczególnych współsprawców nie wyczerpuje w całości znamiona przestępstwa, natomiast czynią to dopiero czyny współsprawców wzięte razem jako całość, czyli że czyn jednej osoby dopełnia czyn drugiej osoby.⁴

Przykładem współsprawstwa może być sytuacja, w której A i B porozumieli się co do tego, że dokonują kradzieży z włamaniem, przy czym A wyważy drzwi wejściowe, a B zabierze rzeczy z mieszkania. Dopiero suma zachowań A i B wyczerpuje ustawowe znamiona przestępstwa z art. 208 k.k. A zatem popełnili oni jako współsprawcy kradzież z włamaniem, ale jednocześnie A swym zachowaniem się wypełnił jako sprawca znamiona określone w art. 212 k.k. (uszkodził cudze mienie), B zaś wypełnił znamiona określone art. 203 k.k. (zabrał cudze mienie w celu przywłaszczenia). Nie można natomiast — moim zdaniem — uznać za współsprawstwo opisanego przez W. Woltera⁵ wypadku, w którym dwaj sąsiedzi chcą się zaopatrzyć na placu budowy w krokwie, jednakże dla każdego z nich jest rzeczą trudną załadować na swój wóz odpowiednią ilość krokwi, wobec czego obaj „wchodzą w porozumienie”. „wspólnie” jadą wozem na plac, „wspólnie” ładują skradzione krokwie na wóz, wywożą je, a następnie dzielą się zagarniętym materiałem. Wydaje się, iż w opisanym wypadku nie powinno się mówić o współsprawstwie, lecz o współdziałaniu sprawców, gdyż zachowanie się obu osób było identyczne i wyczerpywało w pełni znamiona przestępstwa zagarnięcia mienia. Gdyby przyjąć tutaj istnienie współsprawstwa, to można by było obciążyć każdego z działających odpowiedzialnością za całość zagarniętego mienia, jako że każdy ze współsprawców odpowiada za całe przestępstwo. Ale wtedy okazałoby się, że niepotrzebny jest przepis art. 120 § 8 k.k., głoszący, że „jeżeli zagarnięcia mienia dopuściło się dwóch lub więcej sprawców w porozumieniu”, to „sąd przyjmuje za podstawę oceny prawnej ogólną wartość zagarniętego mienia.”⁶

Ze sformułowania tego ostatniego przepisu wynika, że działanie w porozumieniu sprawców, czyli osób urzeczywistniających swym własnym działaniem znamiona przestępstwa, nie jest współsprawstwem i że do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za całość zagarniętego mienia konieczne było wyraźne stwierdzenie tego w ustawie. Nie będzie więc współsprawstwem, a tylko współdziałaniem sprawców wypadek, w którym dwóch złodziejów kieszonkowych porozumiało się co do tego, że jeden z nich będzie okradał klientów w jednym domu towarowym, a drugi w innym domu towarowym, gdyż działanie każdego z nich stanowi zabieranie cudzej rzeczy w celu przywłaszczenia, czyli wypełnia znamiona przestępstwa. Nie ma tutaj koniecznego dla przyjęcia współsprawstwa elementu dopełniania się: składania się zachowań różnych osób na jedną istotę czynu przestępnego.

Należy wspomnieć w tym miejscu o tzw. sprawstwie równoległym, które zachodzi wtedy, gdy dwie osoby lub kilka osób jednocześnie atakuje to samo dobro chronione prawem, jednakże każda z tych osób działa na własną rękę bez porozu-

⁴ W. Wolter: Wykład (...), s. 245.

⁵ W. Wolter: Wykład (...), s. 245.

⁶ L. Lennell: Wykład prawa karnego — Część ogólna, t. I, Warszawa 1969, s. 194. Autor ten wywodzi, że przepis art. 120 § 8 k.k. potwierdza zasadę, iż każdy ze współsprawców odpowiada za całe przestępstwo.

mienia z innymi (np. dwie osoby niezależnie od siebie podają śmiertelną dawkę trucizny wspólnemu wrogowi, nie wiedząc jednak o zamiarze drugiej osoby). Rzecz oczywista, każda z tych osób jest sprawcą zabójstwa, a nie współsprawcą.

Przejdźmy obecnie do trzeciego członu art. 16 k.k., który mówi o odpowiedzialności tego, kto kieruje wykonaniem przez inną osobę czynu zabronionego. Warto w tym miejscu przytoczyć następujący obszerny akapit uzasadnienia projektu k.k., poświęcony temu punktowi:

„Projekt rozszerza pojęcie sprawstwa, określające mianem sprawcy nie tylko tego, kto wykonuje czyn zabroniony, ale również tego, kto nie zachowując się sam w sposób zabroniony przez przepis szczególnie ustawy karnej, kieruje wykonaniem czynu przez inną osobę. Takie ujęcie pozwala na odpowiadającą rzeczywistości kwalifikację organizatora przestępstwa, bez potrzeby dość sztucznego i niezgodnego ze społecznym poczuciem prawnym określania osoby będącej kierownikiem akcji przestępczej mianem podżegacza czy też pomocnika. Rozszerzenie pojęcia sprawstwa wydaje się tym bardziej potrzebne, że wypadki zorganizowanego popełniania przestępstw różnego rodzaju nie należą bynajmniej do wyjątkowych.”⁷

Cytowany wyżej fragment uzasadnienia projektu k.k. sugeruje wyraźnie, zwłaszcza jego ostatnie zdanie, że punkt pod lit. c), czyli trzeci człon przepisu art. 16 k.k., dotyczy osób organizujących grupę przestępczą i kierujących zorganizowanym popełnianiem przestępstw. Czy jednak zasięg tego przepisu ogranicza się do kategorii osób zasugerowanych w uzasadnieniu? Kwestia ta wymaga szczegółowego rozważenia.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że w trzecim członie art. 16 k.k. — w przeciwieństwie do dwóch pierwszych członków — jest mowa o czynie zabronionym, a nie o przestępstwie. Mówi się tutaj o tym, kto kieruje wykonaniem przez inną osobę czynu zabronionego, a nie o tym, kto kieruje wykonaniem przez inną osobę przestępstwa. Jest to niewątpliwie istotna różnica. Jakie są konsekwencje użycia tego sformułowania? To, że w trzecim członie przepisu art. 16 k.k. mówi się o czynie zabronionym, nie wyłącza oczywiście odpowiedzialności za kierowanie wykonaniem przez inną osobę przestępstwa. Wynika to wprawdzie jasno z przepisu art. 120 § 1 k.k. wyjaśniającego znaczenie wyrażenia „czyn zabroniony”, ale niezależnie odpowiedzialność kierującego od odpowiedzialności wykonawcy. Znaczy to, że kierujący wykonaniem przez inną osobą działania lub zaniechania o znamionach określonych w ustawie będzie odpowiadał za sprawstwo nawet wówczas, gdy wykonawca nie będzie odpowiadał ze względu na brak winy. Podobne stanowisko zajmują I. Andrejew⁸ i J. Szwacha,⁹ natomiast W. Wolter wypowiedział sprzeczne ze sobą poglądy w tej kwestii. W jednym bowiem miejscu swego „Wykładu” W. Wolter ogranicza sprawstwo kierownicze do wypadków, kiedy sprawca bezpośredni jest odpowiedzialny za przestępstwo,¹⁰ w drugim natomiast miejscu pisze: „Jeżeli wykonawcą czynu przestępczego jest osoba, która w sposób zawiniony urzeczywistnia ustawowe znamiona czynu, to będzie zachodziło współsprawstwo, z tym, że jeden ze współsprawców pełni tylko funkcję kierowniczą. Jeżeli natomiast wykonawcą jest osoba, której nie można przypisać winy, to jedna osoba będzie sprawcą kierowniczym, a wykonawca nie będzie sprawcą przestępstwa, ale jedynie sprawcą czynu zabronionego w tym znaczeniu, które podkreśla przepis art. 120 § 1 k.k.

⁷ Projekt kodeksu karnego — Uzasadnienie, Warszawa 1968, s. 100.

⁸ I. Andrejew: Polskie prawo (...), s. 157.

⁹ J. Szwacha: Z problematyki współdziałania przestępczego, NP nr 12/1970, s. 172B.

¹⁰ W. Wolter: Wykład (...), s. 261.

w słowach »choćby nie stanowiło ono przestępstwa ze względu na brak winy«. ¹¹ Trudno w tej sytuacji ustalić, jakie jest rzeczywiste stanowisko W. Woltera.

W cytowanej wypowiedzi Woltera budzi ponadto zastrzeżenie stwierdzenie, że w razie kierowania wykonaniem przestępstwa zachodzi współsprawstwo. Jak bowiem ustalono wyżej, współsprawstwo zachodzi wtedy, gdy suma zachowań osób współdziałających wypełnia znamiona przestępstwa, jednakże trudno uznać, że zachowanie się polegające na „kierowaniu wykonaniem przestępstwa” stanowi działanie dopełniające, gdyż mamy już do czynienia z wypełnieniem znamion przez sprawcę bezpośredniego. Należy zatem zająć stanowisko, że „kierowanie wykonaniem” polega na takim zachowaniu się, które stanowi wypełnienie znamion przestępstwa.

Omawiając podobnie brzmiący jak art. 16 k.k. przepis projektu k.k. z 1963 r., ¹² L. Tyszkiewicz pisał: „Kierownik nie wypełnia znamion przestępstwa, gdyż w wypadku, gdyby te znamiona wypełniał, byłby zwykłym współsprawcą. Jego cechą konstytutywną jest to, że chociaż nie wykonuje on bezpośrednio przestępstwa, bierze udział w tym wykonaniu. Ten jego udział ma charakter intelektualny. Kierownik stanowi spiritus movens wykonania przestępstwa, ma on bowiem bezpośredni psychiczny wpływ na jego przebieg. Jego zachowanie się polega na wydawaniu poleceń co do sposobu realizacji poszczególnych czynności składających się na wykonanie przestępstwa.” ¹³

Wydaje się, że w wypowiedzi tej wskazano na istotne cechy „kierowania”. Podobnie formuluje je I. Andrejew, według którego przez „kierowanie należy rozumieć czynności polegające na wskazywaniu celów przestępczych i sposobów ich realizacji, przy czym między osobą kierującą a wykonawcą zachodzi stosunek charakteryzujący się zależnością lub przewagą informacji.” ¹⁴ Należałoby tu jeszcze dodać, że o kierowaniu wykonaniem czynu zabronionego można mówić dopiero wtedy, gdy zachowanie się kierującego, polegające na wskazywaniu celu działania i sposobów jego realizacji, umożliwi wykonanie czynu zabronionego albo — inaczej mówiąc — że bez owego kierowania inna osoba nie mogłaby wykonać czynu zabronionego. ¹⁵

Należy w tym miejscu rozważyć problem, czy przepis art. 16 k.k. (ściślej — jego ostatni człon) wprowadza do kodeksu konstrukcję tzw. sprawstwa pośredniego, czy też nie.

W doktrynie zarysowała się już rozbieżność poglądów w tej kwestii. O ile W. Wolter — przyznając, że sformułowanie art. 16 daje podstawę do interpretacji prowadzącej do pojmowania kierowania czynem zabronionym innej osoby, tak jakby chodziło o tzw. sprawcę pośredniego ¹⁶ — wypowiada się przeciwko takiej interpreta-

¹¹ W. Wolter: Wykład (...), s. 247.

¹² Przepis ten brzmiał, jak następuje: „Sprawstwo zachodzi nie tylko, gdy ktoś sam wykonuje czyny zabronione przez ustawę karną, ale także gdy wspólnie z inną osobą wykonuje taki czyn albo kieruje jego wykonaniem (współsprawstwo).”

¹³ L. Tyszkiewicz: Współdziałanie przestępne i główne pojęcia z nim związane w polskim prawie karnym, Poznań 1964, s. 388.

¹⁴ I. Andrejew: Polskie prawo (...), s. 158.

¹⁵ A. Zoll określa następujące cechy kierowania: „Uważam, że cechą istotną kierowania wykonaniem czynu przez drugą osobę jest element panowania nad przebiegiem realizacji znamion istoty czynu oraz element porozumienia czy układu sytuacyjnego, mocą którego sprawca wykonujący czynność poddaje się w pewnym stopniu woli drugiej osoby — kierującemu.” (A. Zoll: Odpowiedzialność kierującego wykonaniem przez inną osobę czynu zabronionego, PiP 7/1970, s. 61).

¹⁶ W. Wolter: Odpowiedzialność karna na podstawie k.k. z 1969 r., „Palestra” nr 8/1969, s. 23.

cji,¹⁷ o tyle L. Lernell¹⁸ wywodzi, że w przepisie tym chodzi głównie o to, co nazywamy w języku prawa karnego „sprawstwem pośrednim”, aczkolwiek przepis ten odnosi się także do innych sytuacji, w których osoba kierowana popełnia przestępstwo. Wydaje się, że należy tu podzielić pogląd L. Lernella, jeżeli bowiem tzw. sprawca pośredni to ten, kto swym zachowaniem się nie wypełnia znamion przestępstwa, lecz powoduje realizację ustawowej istoty czynu przestępstwa (czynu zabronionego) przez inną osobę, czyli ten, kto działa przez inną osobę (a właśnie określone w trzecim członie przepisu art. 16 k.k. „kierowanie wykonaniem przez inną osobę czynu zabronionego” dotyczy sytuacji, w której kierujący swym zachowaniem się nie wypełnia żadnego ze znamion przestępstwa, lecz powoduje wykonanie czynu zabronionego przez inną osobę), oraz jeśli się zważy, że w tym członie przepisu mówi się o „czynie zabronionym”, a więc że po stronie bezpośredniego wykonawcy może zachodzić brak winy — do dopuszczalność sprawstwa pośredniego nie powinna budzić zastrzeżeń.¹⁹

Można zatem powiedzieć, że art. 16 k.k. określa odpowiedzialność za sprawstwo:

- 1) sprawcy *sensu stricto*, czyli tego, kto swym zachowaniem się wypełnia wszystkie znamiona przestępstwa niezależnie od tego, czy działa indywidualnie, czy też współdziała z kimś innym;
- 2) współsprawcy, czyli tego, kto swym zachowaniem się wypełnia tylko niektóre znamiona przestępstwa, lecz działa w porozumieniu z inną osobą lub osobami, a suma zachowań tych działających wspólnie osób wypełnia wszystkie znamiona danego przestępstwa;
- 3) sprawcy pośredniego (lub kierowniczego), czyli tego, kto swym zachowaniem się nie wypełnia żadnego znamienia czynu zabronionego, lecz powoduje wykonanie tego czynu przez inną osobę, niezależnie od tego, czy zachowanie tej osoby jest zawinione, czy też nie zawinione.

Przy takim rozumieniu przepisu art. 16 granice poszczególnych kategorii sprawców *sensu largo* są wyraźnie zakreślone, a podział na grupy opiera się na stosunku do ustawowych znamion przestępstwa.

Obecnie należy omówić dalsze formy zjawiskowe, tj. podżeganie i pomocnictwo, oraz rozważyć ich wzajemny stosunek oraz stosunek do omówionych wyżej kategorii sprawstwa.

Jak wiadomo, podżeganie polega na nakłanianiu do popełnienia czynu zabronionego. Co należy rozumieć przez „nakłanianie”? Nakłanianie jest oddziaływaniem na psychikę innej osoby, które ma spowodować określone zachowanie się tej osoby. Chodzi tu o takie oddziaływanie na psychikę innej osoby, które doprowadzi do powzięcia przez nią aktu woli zgodnego z chęcią oddziaływającego.²⁰

¹⁷ W. Wolter: Wykład (...), s. 261.

¹⁸ L. Lernell: Wykład (...), s. 191—192.

¹⁹ Warto w tym miejscu dodać, że J. Szwach a (op. cit., s. 1732—1733) dopuszcza możliwość „sprawstwa pośredniego” na gruncie art. 16 k.k. nie na podstawie trzeciego członu tego przepisu (człon ten mówi o kierowaniu wykonaniem czynu zabronionego), lecz na podstawie członu pierwszego mówiącego o tym, kto „wykonuje przestępstwo sam”, rozumiejąc ten człon w ten sposób, iż chodzi tu o „sprawcę pojedynczego”, a nie o wykonanie przestępstwa osobiście. Znamienne, że L. Tyszkiewicz (op. cit., s. 385) na temat wspomnianego wyżej analogicznego przepisu projektu k.k. z 1963 r. wywodził, iż z użycia w tym przepisie sformułowania: „wykonuje sam” wynika, że niedopuszczalne jest sprawstwo pośrednie.

²⁰ Jednakże zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie panuje rozbieżność poglądów co do tego, czy utwierdzenie w zamiarze popełnienia przestępstwa można uznać za podżeganie. I tak np. według J. Bafii, K. Mioduskiego i M. Siewierskiego (Kodeks karny — Komentarz, 1970, s. 63) jeżeli dana osoba ma już zamiar popełnienia przestępstwa,

Skoro więc nakłanianie ma doprowadzić do powzięcia decyzji wykonania określonego czynu przez nakłanianego, to nie można uznać za nakłanianie oddziaływania na osobę, która już jest zdecydowana popełnić dany czyn zabroniony.

W związku z tym wydaje się, że różnica pomiędzy podżeganiem, czyli „nakłanianiem do czynu zabronionego”, a sprawstwem pośrednim, czyli tym, co stanowi „kierowanie wykonaniem czynu zabronionego”, polega na tym, że przy nakłanianiu występuje oddziaływanie na inną osobę, mające doprowadzić ją do popełnienia czynu, którego nie zamierzała popełnić, natomiast przy „kierowaniu wykonaniem” mamy do czynienia z oddziaływaniem na osobę, która jest zdecydowana popełnić dany czyn zabroniony, przy czym ta decyzja nie musi dotyczyć konkretnego czynu zabronionego, lecz może mieć charakter ogólny. Na przykład jeżeli w zorganizowanej grupie złodziei szef tej grupy poleci członkowi wykonanie konkretnego czynu zabrania cudzej rzeczy w celu przywłaszczenia, to nie będzie to podżeganie do kradzieży, gdyż ów członek grupy przestępczej był zdecydowany dokonać czynu zabronionego o znamionach kradzieży, szef zaś skonkretyzował jedynie jego zamiar, określając czas, miejsce i sposób kradzieży, czyli kierował jej wykonaniem. Inaczej mówiąc, podżeganie zmierza do tego, aby podżegany powziął decyzję popełnienia czynu zabronionego, i kończy się ono z chwilą powzięcia tej decyzji, dalsze zaś oddziaływanie na tego, kto powziął już decyzję popełnienia czynu zabronionego, zmierzające do realizacji tej decyzji, jest kierowaniem wykonania czynu zabronionego. Wynika z tego, że jedna osoba może występować wobec drugiej osoby zarówno jako podżegacz, gdy doprowadza ją do powzięcia decyzji popełnienia czynu zabronionego, jak i jako „sprawca pośredni”, gdy kieruje wykonaniem czynu zabronionego po podjęciu decyzji popełnienia tego czynu.

Według J. Szwachy podżeganie i pomocnictwo można odróżnić od sprawstwa kierowniczego — mimo że to ostatnie będzie się przejawiało bądź jako nakłanianie innej osoby do dokonania czynu zabronionego, bądź jako ułatwianie jej popełnienia takiego czynu — tylko przez szczególne nastawienie podmiotowe, gdyż kierujący realizuje swoją wolę działania przestępnego, dąży do osiągnięcia swojego celu.²¹ Trudno się jednak zgodzić z tym poglądem J. Szwachy, który utożsamia przedmiotowe elementy pomocnictwa i podżegania z przedmiotowymi elementami sprawstwa pośredniego bądź kierowniczego, a różnicę upatruje jedynie w występowaniu lub w niewystępowaniu *animus auctoris*. Trudno tu przyjąć to subiektywne kryterium rozgraniczenia. Cóż to jest bowiem ów *animus auctoris*? W jaki sposób można ustalić, że osoba nakłaniająca inną osobę do dokonania czynu zabronionego realizuje swoją wolę działania przestępnego? Kiedy można będzie stwierdzić, że nakłaniający realizuje „nie swoją” wolę działania przestępczego? Czy w ogóle można przez nakłanianie realizować „nie swoją” wolę działania przestępczego? Wydaje się, że formuła *animus auctoris* jest nic nie mówiąca i nieużyteczna. Jest nieużyteczna, gdyż jest zbyt subiektywna.²²

Pomocnictwo polega według przepisu art. 18 § 2 k.k. na ułatwianiu popełnienia czynu zabronionego, przy czym ustawa wymienia przykładowo takie sposoby ułatwiania, jak dostarczanie środków, udzielanie rady lub informacji. Możliwe są również inne sposoby ułatwiania.

to podżeganie nie zachodzi. Natomiast według I. Andrejewa (Polskie prawo karne w zarysie, 1970, s. 158) podżeganie może polegać też na utwierdzeniu innej osoby w powziętej decyzji.

²¹ I. Szwachy: op. cit., s. 1726.

²² H. Welzel: Das deutsche Strafrecht, Berlin 1963, s. 97.

Skoro w przepisie art. 18 § 2 k.k. mowa jest o „ułatwianiu”, to wynika z tego, iż nie chodzi tu tylko o stworzenie warunków umożliwiających popełnienie czynu zabronionego, bez których byłoby niemożliwe popełnienie czynu zabronionego, lecz chodzi nadto o czynności, które nie muszą mieć charakteru *conditionis sine qua non*.

Jak w takiej sytuacji przebiegają granice oddzielające pomocnictwo od innych form zjawiskowych przestępstwa?

Zacznijmy od rozgraniczenia pomocnictwa od podżegania. Przy wytyczaniu tej linii podziału można się posłużyć tym samym kryterium co przy oddzielaniu podżegania od „sprawstwa pośredniego”, kryterium tym jest — jak to już zaznaczono wyżej — moment powzięcia decyzji przestępczej. Zachowanie się podżegacza polega bowiem na oddziaływaniu na wolę sprawcy w celu wywołania u niego zamiaru popełnienia przestępstwa, podczas gdy zachowanie się pomocnika polega na ułatwianiu dokonania czynu zabronionego temu, kto już powziął zamiar przestępny.²³ Warto dodać, że w praktyce mogą występować trudności z dokładnym ustaleniem chwili podjęcia decyzji popełnienia czynu zabronionego. Stąd też zwłaszcza odróżnienie tzw. pomocy psychicznej od podżegania nie zawsze jest łatwe.

Za dodatkowe kryterium rozróżniania podżegania od pomocnictwa w wypadkach wątpliwych może służyć forma winy. Zgodnie bowiem z art. 18 § 1 k.k. można podżegać tylko umyślnie, i to wyłącznie z zamiarem bezpośrednim, natomiast przy pomocnictwie może wchodzić w rachubę zarówno zamiar bezpośredni jak i zamiar ewentualny pomocnika. Toteż w razie stwierdzenia występowania zamiaru ewentualnego nie ma wątpliwości co do tego, czy mamy do czynienia z podżeganiem, czy też z tzw. pomocą psychiczną, gdyż podżeganie z zamiarem ewentualnym jest niemożliwe.

Znaczne trudności przysparza rozgraniczenie pomocnictwa od sprawstwa — zwłaszcza wobec rozszerzenia pojęcia sprawstwa w art. 16 k.k. Krytyczną analizę teorii rozgraniczenia pomocnictwa od sprawstwa przeprowadził L. Tyszkiewicz,²⁴ który słusznie opowiada się za teorią formalno-objektywną, przyjmującą — jako kryteria rozgraniczenia — znamiona przestępstwa. Sprawca *sensu stricto* wypełnia wszystkie znamiona przestępstwa rodzajowego, współsprawca wypełnia część znamion przestępstwa, pomocnik natomiast nie realizuje żadnego ze znamion przestępstwa.

Jednakże kryterium to zawodzi całkowicie wobec „sprawcy pośredniego” określonego w trzecim członie przepisu art. 16 k.k., gdyż „sprawca pośredni” również nie wypełnia swym zachowaniem się żadnego ze znamion przestępstwa. O tym, że wystąpią znaczne trudności z rozgraniczeniem „sprawstwa pośredniego” i pomocnictwa, można było wnosić chociażby ze stwierdzenia zawartego w uzasadnieniu projektu k.k., iż rozszerzone podjęcie sprawstwa ma objąć wypadki kwalifikowane dotychczas jako pomocnictwo lub podżeganie.

Skoro zachowania się, które były kwalifikowane dotychczas jako pomocnictwo, zostały ujęte obecnie w osobną formę, wynika z tego, że zachodzi podobieństwo pomiędzy zachowaniem się pomocnika i sprawcy pośredniego, ale musi tu również występować cecha różnicująca. Ustaliliśmy już wcześniej dwie wspólne, negatywne cechy pomocnictwa i sprawstwa pośredniego, w obu bowiem wypadkach zachowanie się nie może wypełniać znamion przestępstwa rodzajowego i nie może zmierzać do wywołania u innej osoby zamiaru przestępczego. Przepis art. 18 § 2 k.k. wymienia przykładowo, jako formę działania przy pomocnictwie, „udzielanie rad i in-

²³ I. Andrejew: *Polskie prawo (...)*, s. 159.

²⁴ L. Tyszkiewicz: *op. cit.*, s. 270 i nast.

formacji", a podobnie postępuje kierujący wykonaniem przez inną osobę czynu zabronionego, który informuje bezpośredniego wykonawcę o szczegółach akcji przestępczej, radzi mu, w jaki sposób ma działać.

Na czym więc polega różnica pomiędzy tym, co stanowi „kierowanie wykonaniem czynu zabronionego”, a tym, co „ułatwia dokonanie czynu zabronionego”? Wydaje się, iż chodzi tutaj o różnicę intensywności wpływu na przebieg akcji przestępczej. Kierujący wykonaniem czynu zabronionego ma decydujący wpływ na sposób jego wykonania, gdy tymczasem czynności pomocnika ułatwiającego dokonanie czynu zabronionego mają mniejszy wpływ na jego realizację. Chodzi przy tym z jednej strony o to, że działanie pomocnika jedynie ułatwia dokonanie czynu zabronionego, działanie zaś kierującego umożliwia jego dokonanie (czyli że bez działania osoby kierującej niemożliwe byłoby dokonanie czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę), a z drugiej strony o to, że przy „kierowaniu wykonaniem” występuje element zależności bezpośredniego wykonawcy od sprawcy pośredniego: przy sprawstwie pośrednim (kierowniczym) rada, jak wykonywać czyn zabroniony, łączy się z poleceniem, a informacja z instrukcją, jak ją wykorzystać, natomiast przy pomocnictwie osoba dokonująca czynu zabronionego same decyduje, czy zastosować się do rady, czy też wykorzystać informację.

— — —

W przedstawionych wyżej rozważaniach nie rozwiązano, rzecz oczywista, do końca wszystkich problemów związanych z rozgraniczeniem poszczególnych form zjawiskowych przestępstwa. Trudno by to było uczynić w jednym artykule; zresztą nie było to jego zamierzeniem. Zamierzeniem było tylko zwrócenie uwagi na konieczność możliwie precyzyjne i wyraźnego wytyczenia linii granicznych pomiędzy formami zjawiskowymi przestępstwa, gdyż zagadnieniu temu nie poświęcono dotychczas na gruncie nowego k.k. należytej uwagi. A nie jest przecież rzeczą obojętną dla odpowiedzialności danej osoby, czy jej zachowanie się zostanie uznane za działanie sprawcy, podżegacza czy pomocnika. Przedstawione propozycje podziału mają charakter dyskusyjny, ale mogą się przyczynić do ostatecznego ustalenia kryteriów podziału.

JAN WASZCZYŃSKI — HALINA MALISZEWSKA

Istota i granice przeszukania według k.p.k.

W artykule omówiono istotę oraz rodzaje przeszukania w świetle przepisów k.p.k. z 1969 r. Szczególną uwagę zwrócono na granice dopuszczalności tej czynności, wynikające z procesowego charakteru oraz rodzaju przeszukania i sposobu jego przeprowadzenia.

I

Obowiązujący kodeks postępowania karnego przejął od swego poprzednika nie tylko zasadniczy model postępowania, jaki ukształtowany został w wyniku reform