

ANDRZEJ ZOLL

SPRAWSTWO BEZ WYKONANIA CZYNU ZABRONIONEGO

Nie bez uzasadnionej dumy polska doktryna prawa karnego powołuje się na koncepcję postaci zjawiskowych przestępstwa opracowaną przez Juliusza Makarewicza i wdrożoną do polskiego Kodeksu karnego z 1932 r.¹ Zgodnie z tą koncepcją, każde przestępstwo mogło być popełnione w postaci sprawstwa, podżegania albo pomocnictwa. Podstawowym założeniem różniącym tę koncepcję od teorii udziału w cudzym przestępstwie (a zbliżającym ją do teorii jednolitego sprawstwa) była niezależność odpowiedzialności podżegania i pomocnictwa nie tylko od odpowiedzialności sprawcy, ale także od tego, czy sprawca w ogóle dokonał czynu zabronionego pod groźbą kary, a więc czy w ogóle sprawstwo w znaczeniu prawa karnego miało miejsce. Podżegacz i pomocnik popełniali własne przestępstwo². To oryginalne założenie rodziło pytania, na które J. Makarewicz nie zawsze udzielić mógł konsekwentnej odpowiedzi³. Pytania te dotyczyły chwili, w której dokonane było podżeganie i pomocnictwo, oraz charakteru prawnego przestępstwa popełnianego przez podżegacza i pomocnika. Dalsze, ale nie mniej istotne pytania związane były z odpowiedzialnością podżegacza i pomocnika za przestępstwa indywidualne.

Jeśli miała być to postać zjawiskowa przestępstwa, to chwilą jego dokonania powinno być zrealizowanie przez wykonującego czyn zabroniony (sprawcę) wszystkich znamion typu określonego w ustawie karnej. Ustawodawca jednak (nie doszło w tym wypadku do odejścia od projektu J. Makarewicza) w art. 29 § 1 k.k. z 1932 r. stwierdził, że „jeżeli przestępstwa nie dokonano, podżegacz i pomocnik odpowiadają jak za usiłowanie tego przestępstwa”. To stanowisko konsekwentnie wyraża też art. 29 § 2 tego kodeksu: „jeżeli przestępstwa nie usiłowano dokonać, podżegacz i pomocnik odpowiadają jak za usiłowanie, sąd może jednak zastosować do nich nadzwyczajne złagodzenie kary lub ich od kary uwolnić”. Ponieważ usiłowanie w kodeksie karnym J. Makarewicza karane było w tych samych granicach, w jakich karano dokonanie i bez ograniczeń przedmiotowych odnoszących się do rodzajów przestępstw⁴, zwrot „jak za

¹ Zob. w szczególności: J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, Kraków 1914, s. 158 i n.; idem, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938; s. 128 i n. W nowszej literaturze bardzo kompetentne omówienie teorii J. Makarewicza daje P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Zakamycze, Kraków 2001, s. 406 i nn.

² Bliżej A. Zoll, *Podstawy teoretyczne regulacji współdziałania przestępnego w projekcie kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 6, s. 34.

³ Por. R. Dębski, *O teoretycznych podstawach regulacji współdziałania przestępnego w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Studia Prawno-Ekonomiczne”, t. 58, 1998, s. 116.

⁴ Zob. art. 24 § 1 k.k. z 1932 r.

usiłowanie” w art. 29 § 1 i 2 może oznaczać jedynie, że podżeganie i pomocnictwo dokonane są w chwili realizacji znamion tych postaci, a nie realizacji znamion czynu zabronionego, którego miał dokonać sprawca. Ten wynik nie jest jednak zgodny z formułą podżegania i pomocnictwa jako postaci zjawiskowych przestępstwa. Konsekwentnie z założeniem postaci zjawiskowych przestępstwa podżegacz i pomocnik, jeśli sprawca nie dokonał czynu zabronionego, powinni odpowiadać za usiłowanie, jeśli swoim zachowaniem, obejmując zamiarem dokonanie czynu zabronionego, do popełnienia którego nakłaniano lub udzielono pomocy (ten element stanowi warunek wystąpienia podżegania i pomocnictwa), zmierzali bezpośrednio do jego dokonania, które jednak nie nastąpiło.

Również na gruncie koncepcji podżegania i pomocnictwa jako postaci zjawiskowych powstaje wątpliwość co do określenia charakteru prawnego przestępstwa podżegania i pomocnictwa, a w szczególności, czy przestępstwa te mają zawsze charakter formalny, czy też w zależności od charakteru przestępstwa, które ma dokonać sprawca, podżeganie i pomocnictwo mogą być przestępstwami formalnymi albo materialnymi. Możliwe jest jeszcze trzecie rozwiązanie przyznające, w każdym razie zawsze podżeganium, charakter skutkowy, z tym że do dokonania przestępstwa nie jest konieczne powstanie skutku, do wywołania którego podżegacz nakłaniał, lecz skutkiem podżegania jest wywołanie zamiaru popełnienia przestępstwa przez sprawcę⁵. Koncepcja J. Makarewicza, traktująca podżeganie i pomocnictwo jako postaci zjawiskowe przestępstwa, powinna jednoznacznie przyjmować uzależnienie formalnego albo skutkowego charakteru tych przestępstw od charakteru typu czynu zabronionego, do realizacji którego podżegacz nakłaniał lub pomocnik udzielał pomocy. Rozwiązanie to jednak również pozostaje w kolizji z tezą, że podżeganie i pomocnictwo są dokonane niezależnie od tego, na jakim etapie drogi przestępczej zatrzymał się ten, który miał wykonać czyn zabroniony⁶.

Konsekwentnie do przyjętej koncepcji postaci zjawiskowych J. Makarewicz sprzeciwiał się odpowiedzialności podżegacza i pomocnika w przypadku przestępstw indywidualnych⁷. Wypowiedzi twórcy Kodeksu karnego z 1932 r. są odnośnie do tej kwestii jednoznaczne i sprzeciw ten był uniezależniony od tego, czy podżegacz lub pomocnik posiadali właściwości wymagane przez ustawę od sprawcy, czy nie⁸. Jak wiadomo, teza J. Makarewicza była nie do przyjęcia przez praktykę i już w okresie przedwojennym Sąd Najwyższy przyjął odpowiedzialność podżegaczy i pomocników do przestępstw indywidualnych, zresztą bez głębszego dogmatycznego uzasadnienia⁹.

J. Makarewicz uważał, że sprawstwem jest zrealizowanie znamion czynu zabronionego określonych w ustawie karnej i z tego względu pominął

⁵ Stanowisko to przeważa dzisiaj zdecydowanie w orzecznictwie SN. Zob. w szczególności uchwałę z 21 października 2003 r., I KZP 11/03, OSNKW 2003, nr 11-12, poz. 89 oraz wyrok z 20 września 2007 r., III KK 149/07, LEX nr 420451.

⁶ Bliżej na ten temat zob. A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym*, Łódź 2004, s. 110 i nn.

⁷ J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, s. 143.

⁸ *Ibidem*, s. 144.

⁹ Postanowienie SN z 20 marca 1937 r., I K 736/36, OSN (K) 1937, nr 6, poz. 149.

w przygotowanym przez siebie projekcie określenie sprawstwa¹⁰. Nie znalazło się ono także w tekście Kodeksu karnego. Był to błąd, gdyż tak określone sprawstwo nie obejmowało współsprawstwa. Nie da się też zaprzeczyć, że tak skrajnie formalno-obiektywne rozumienie sprawstwa nie odpowiada intuicjom prawniczym i społecznym. Także tym intuicjom nie do końca odpowiadała teza J. Makarewicza ściśle związana z założeniami jego koncepcji, że wszystkie postaci zjawiskowe mają taką samą wartość z punktu widzenia zawartości karnoprawnego bezprawia¹¹.

Dla moich dalszych rozważań istotne jest stanowisko J. Makarewicza uznające za sprzeczne z jego koncepcją postaci zjawiskowych przestępstwa przyjmowanie figury tzw. sprawstwa pośredniego¹². Twórca Kodeksu karnego z 1932 r. uważał, że figura ta jest charakterystyczna dla odrzucanej przez niego teorii udziału w cudzym przestępstwie. Dla J. Makarewicza nie mogło być sprawstwa bez realizacji znamion typu czynu zabronionego.

Można dzisiaj na gruncie polskiej doktryny prawa karnego, a także orzecznictwa Sądu Najwyższego, stwierdzić, że koncepcja podżegania i pomocnictwa, jako postaci zjawiskowych przestępstwa, jest coraz częściej kwestionowana. Coraz więcej zwolenników zdobywa sobie pogląd, że podżeganie i pomocnictwo to odrębne typy czynów zabronionych różniące się istotnie od typu czynu zabronionego, do popełnienia którego podżegacz nakłaniał, a pomocnik ułatwiał jego popełnienie¹³. Podżeganie i pomocnictwo nie są więc postaciami zjawiskowymi tego przestępstwa, które ma dokonać sprawca. Z istoty podżegania i pomocnictwa wynika, że nie ma podżegania i pomocnictwa jako takiego, że zawsze musi być ta forma naruszenia normy sankcjonowanej odnoszona do jakiegoś typu czynu zabronionego. Jest to więc np. podżeganie do zabójstwa (art. 18 §2 w zw. z art. 148 §1 k.k.) lub pomocnictwo do kradzieży (art. 18 §3 w zw. z art. 278 §1 k.k.). Podżeganie do zabójstwa nie jest jednak postacią zjawiskową zabójstwa, a pomocnictwo do kradzieży nie jest postacią zjawiskową kradzieży. Są to odrębne, samodzielne typy czynów zabronionych o własnym stopniu (ujętych oczywiście abstrakcyjnie) karnoprawnego bezprawia. Podżeganie jest dokonane z chwilą zakończenia czynności nakłaniania innej osoby do popełnienia określonego czynu zabronionego¹⁴, a pomocnictwo jest dokonane z chwilą ukończenia czynności ułatwiającej drugiej osobie dokonanie czynu zabronionego. W obu przypadkach pominąłem problem strony podmiotowej podżegania i pomocnictwa, która przy tym problemie nie odgrywa roli.

¹⁰ J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, s. 129.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*, s. 130.

¹³ Zob. A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 184; A. Zoll, *op. cit.*, s. 36; R. Dębski, *op. cit.*, s. 124; P. Kardas, *op. cit.*, s. 556; A. Liszewska, *op. cit.*, s. 110.

¹⁴ Muszę przyznać, że stojąc na tym stanowisku, znalazłem się osamotniony. W doktrynie i orzecznictwie przeważa pogląd, że podżeganie ma charakter skutkowy, a skutkiem jest wywołanie zamiaru popełnienia czynu zabronionego u drugiej osoby. Spór ma charakter raczej teoretyczny niż praktyczny. Gdy ja przyjmuję dokonanie podżegania, wówczas SN widzi jego usiłowanie. Ponieważ uważam, że podżeganie jest przestępstwem abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, to konsekwentnie nie widzę miejsca dla konstrukcji usiłowania podżegania.

Czyn zabroniony polegający na podżeganiu lub pomocnictwie do popełnienia czynu zabronionego, niezależnie od charakteru bezskutkowego albo skutkowego tego czynu zabronionego, będzie zawsze czynem zabronionym o charakterze bezskutkowym. Będą to przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Przy takim spojrzeniu na charakter prawny podżegania i pomocnictwa bezprzedmiotowa jest wątpliwość o zakresie odpowiedzialności karnej podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych. Podżeganie i pomocnictwo do takich przestępstw mają zawsze charakter przestępstw powszechnych. Warunkiem odpowiedzialności, ale tylko ze względu na wymogi strony podmiotowej czynu zabronionego podżegania i pomocnictwa, jest świadomość podżegacza i pomocnika posiadania przez osobę, która jest nakłaniana lub której udzielana jest pomoc, właściwości wymaganej przez ustawę odnośnie do sprawcy czynu zabronionego. Regulacja zawarta w art. 21 § 2 i 3 k.k. nie odnosi się do współdziałania w formie podżegania lub pomocnictwa.

Powyższe stwierdzenia nie znaczą, że w polskim prawie karnym nastąpiło zerwanie z koncepcją postaci zjawiskowych przestępstwa J. Makarewicza. Nastąpiła jednak jej istotna modyfikacja. Postaciami zjawiskowymi są w ujęciu obowiązującego Kodeksu karnego wymienione w art. 18 § 1 formy sprawcze¹⁵. Każda z nich jest postacią zrealizowania znamion czynu zabronionego określonego w części szczególnej przepisów karnych.

Nie ma sporu, że wśród form sprawczych określonych w art. 18 § 1 k.k. są formy wykonawcze, charakteryzujące się przynajmniej częściową realizacją znamion czynu zabronionego (jednosprawstwo i współsprawstwo), oraz formy, których podmiot wykonuje jedynie znamiona danej postaci zjawiskowej (sprawstwa kierownicze lub polecające), nie wykonując bezpośrednio znamion określających typ w części szczególnej ustawy karnej (formy niewykonawcze)¹⁶.

Spojrzenie na formy sprawstwa z punktu widzenia koncepcji postaci zjawiskowych oznacza, że znamiona każdego typu czynu zabronionego należy odczytywać w związku z treścią art. 18 § 1 k.k. Przepis określający typ zabójstwa z art. 148 § 1 k.k. w kontekście art. 18 § 1 k.k. ma treść następującą: „kto zabija człowieka sam lub wspólnie i w porozumieniu z inną osobą lub kierując wykonaniem zabicia człowieka przez inną osobę lub przez wykorzystanie uzależnienia innej osoby od siebie polecając jej zabicie człowieka”. W każdej tej formie sprawstwa przypisuje się podmiotowi danej postaci zjawiskowej zabicie człowieka, a nie kierowanie zabiciem lub polecenie zabicia. Tę myśl wyraża art. 18 § 1 k.k. przez zwrot „odpowiada za sprawstwo”. Każda z form określa sprawstwo znamion opisanych w części szczególnej, tyle tylko że w różnych postaciach zjawiskowych¹⁷. W dalszej części interesować mnie będą tylko te ostatnie formy sprawstwa.

¹⁵ Por. P. Kardas, op. cit., s. 494 i n.

¹⁶ Bliżej na ten temat A. Liszewska, op. cit., s. 30 i nn.

¹⁷ Por. P. Kardas, op. cit., s. 813. Autor ten inaczej pojmuje konstrukcję postaci zjawiskowych. Uważa, że każda z form sprawczych wykonuje własne znamiona czynu zabronionego. Nie wydaje mi się, żeby różnice pomiędzy naszymi poglądami były istotne, a nie sprowadzały się jedynie do pewnych niuansów terminologicznych. Zob. w szczególności przypis 1967 na s. 825.

Podejmę próbę odpowiedzi na pytanie, w którym momencie, zgodnie z ustawą, czyn zabroniony popełniony w postaci sprawstwa kierowniczego lub sprawstwa polecającego jest dokonany, a do jakiej chwili możemy mówić jedynie o usiłowaniu lub nawet czynnościach przygotowawczych. Podobnie jak miało to miejsce przy ocenie podżegania i pomocnictwa jako postaci zjawiskowych, trzeba ustalić charakter skutkowy lub bezskutkowy sprawstwa kierowniczego i sprawcy polecającego, a także, jak wygląda problem odpowiedzialności sprawcy kierowniczego i sprawcy polecającego za przestępstwa indywidualne. Wydaje się także niezbędne dokonanie interpretacji zwrotu „wykonanie czynu zabronionego przez inną osobę” jako znamienia charakteryzującego obie omawiane formy sprawcze.

Dla odpowiedzi na pierwsze pytanie rozstrzygające znaczenie ma art. 22 § 1 k.k. Ustawodawca słusznie odpowiedzialność „jak za usiłowanie” ogranicza do podżegania i pomocnictwa, jako odrębnych typów czynów zabronionych dokonanych w chwili wypełnienia przez podmioty tych czynów zabronionych wszystkich znamion charakteryzujących te formy współdziałania w dokonaniu czynu zabronionego. Powołany przepis nie odnosi się do form sprawczych. Formy sprawcze niewykonawcze, tak samo jak formy wykonawcze, dokonane są w chwili zrealizowania przez sprawcę wykonawczego (ewentualnie współsprawców) wszystkich znamion czynu zabronionego określonych w części szczególnej ustawy karnej. Jeżeli czyn zabroniony usiłowano dokonać, to podmioty form sprawczych niewykonawczych określone w art. 18 § 1 k.k. odpowiadać będą za usiłowanie. Jeśli nawet czynu zabronionego nie usiłowano dokonać, to podmioty tych form, po zrealizowaniu znamion określonych w art. 18 § 1 k.k., odpowiadać będą za usiłowanie dokonania przestępstwa (zrealizowane zostały bowiem znamiona usiłowania określone w art. 13 § 1 k.k.). Nie ma w tym wypadku zastosowania art. 22 § 2 k.k. odnoszący się, tak jak § 1 tego przepisu, tylko do podżegania i pomocnictwa. Powstaje pytanie, czy karalne jest usiłowanie realizacji znamion samej czynności kierowania (bez przystąpienia drugiej osoby do bezpośredniej realizacji znamion czynu zabronionego i czynności wydawania polecenia). Uważam, że w takiej sytuacji nie będzie podstaw do ustalenia znamienia bezpośredniości zmierzania do dokonania jako warunku odpowiedzialności za usiłowanie. Od strony materialnej brak będzie koniecznego dla wystąpienia usiłowania realnego zagrożenia dla dobra prawnego. Stadium poprzedzające realizację znamion czynności kierowania lub wydawania polecenia należy uznać za odpowiadające czynnościom przygotowawczym określonym w art. 16 § 1 k.k. Odpowiedzialność karna za takie zachowanie wchodziłaby w grę w wypadku umieszczenia w ustawie karnej klauzuli karalności czynności przygotowawczych.

Przedstawiona wyżej interpretacja chwili dokonania czynu zabronionego przez sprawcę kierowniczego i sprawcę polecającego pozwala na potraktowanie tych form, obok jednosprawstwa i współsprawstwa, jako postaci zjawiskowych czynu zabronionego.

Skoro sprawca kierowniczy i sprawca polecający są sprawcami czynu zabronionego określonego w części szczególnej ustawy karnej, to charakter skutkowy albo bezskutkowy popełnionych przez nich czynów zabronionych jest zależny od charakteru danego czynu zabronionego, czy jego dokonanie jest

uzależnione od określonego w ustawie skutku. Ustalenie charakteru skutkowego albo bezskutkowego czynu zabronionego decyduje o sposobie realizacji warunków bezkarności sprawcy kierowniczego i sprawcy polecającego z powodu czynnego żalu. Do tych form sprawczych nie może mieć zastosowania art. 15 k.k. ze względu na to, że realizacja znamion czynu zabronionego określonego w części szczególnej ustawy karnej znajduje się w rękach innej osoby niż sprawca kierowniczy lub sprawca polecający. Zgodnie z art. 23 § 1 k.k., sprawca kierowniczy i sprawca polecający nie podlegają karze, jeżeli dobrowolnie zapobiegli dokonaniu czynu zabronionego. W wypadku zrealizowania znamion niewykonawczych form sprawczych podmioty tych postaci zjawiskowych, dla uniknięcia odpowiedzialności karnej muszą, działając dobrowolnie, nie dopuścić do zakończenia usiłowania przez sprawcę wykonawczego (współsprawców). Takie zachowanie sprawcy kierowniczego lub sprawcy polecającego wystarczy zarówno przy przestępstwach bezskutkowych, jak i skutkowych. Natomiast w wypadku przestępstw skutkowych sprawca kierowniczy i sprawca polecający mają możliwość skorzystania z dobrodziejstwa bezkarności, jeżeli po zakończeniu usiłowania przez sprawcę wykonawczego zapobiegną nastąpieniu skutku. Jeżeli sprawca kierowniczy i sprawca polecający podejmą dobrowolnie starania o zapobiegnięcie dokonaniu czynu zabronionego, to mogą – na podstawie art. 23 § 2 k.k. – skorzystać z nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Problem współdziałania przy popełnieniu przestępstw indywidualnych, wbrew dotychczasowym poglądom, nie jest aktualny przy podżeganiu i pomocnictwie, ale właśnie przy postaciach stadialnych sprawstwa, w szczególności formach niewykonawczych sprawstwa. Podżegacz i pomocnik, nakłaniając do popełnienia przestępstwa indywidualnego lub ułatwiając jego popełnienie, sami popełniają zawsze przestępstwo powszechne. Ograniczenie kręgu podmiotów zdolnych do popełnienia przestępstwa indywidualnego jest przedmiotowym znamieniem czynu zabronionego popełnianego przez podżegacza lub pomocnika i samo, ze względu na art. 9 § 1 i 28 § 1 k.k., musi odbić się w świadomości podżegającego lub udzielającego pomocy. Skoro sprawca kierowniczy lub sprawca polecający są sprawcami czynu zabronionego opisanego w części szczególnej ustawy karnej, to ograniczenia kręgu zdolnych podmiotów do popełnienia takiego czynu zabronionego muszą się odnosić także do tych postaci zjawiskowych. Gdyby brak było szczególnej regulacji prawnej, wówczas sprawcą, także w formie niewykonawczej, mogłyby być tylko osoby posiadające wymagane przez ustawodawcę cechy. Z punktu widzenia polityki karnej, takie rozwiązanie nie mogłoby zostać zaaprobowane i dlatego ustawodawca w art. 21 § 2 k.k. wprowadził szczegółowe regulacje dotyczące odpowiedzialności za współdziałanie sprawcze przy przestępstwach indywidualnych.

Nie można jednak stwierdzić, że regulacja zawarta w art. 21 § 2 k.k. rozwiewa wszelkie wątpliwości.

Problemu żadnego nie ma, gdy sprawca wykonujący czyn zabroniony określony w części szczególnej ustawy karnej posiada szczególną osobistą właściwość wymaganą przez ustawodawcę, a właściwości tej nie posiada sprawca kierowniczy lub sprawca polecający. Przepis art. 21 § 2 k.k. daje

w takim wypadku wyraźną podstawę pociągnięcia podmiotu formy niewykonawczej, nie posiadającego wymaganej od sprawcy cechy, do odpowiedzialności za przestępstwo indywidualne, jedynie pod warunkiem wiedzy o tym, że wymaganą cechę posiada sprawca wykonawczy. Sprawca kierowniczy lub polecający nie posiadający właściwości wymaganych przez ustawę od sprawcy mogą skorzystać na podstawie art. 21 § 3 k.k. z nadzwyczajnego złagodzenia kary. Na marginesie trzeba stwierdzić, że rozwiązanie to może prowadzić do rozstrzygnięć jawnie niesprawiedliwych. Podżegacz i pomocnik do przestępstwa indywidualnego wiedzący o właściwości sprawcy wymaganej przez ustawę odpowiadają za przestępstwo powszechne i art. 21 § 3 k.k. nie ma do nich zastosowania. Należałoby w takich wypadkach postulować w stosunku do pomocnika korzystanie z możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary przewidzianej w art. 19 § 2 k.k., a w stosunku do podżegacza – z ogólnej podstawy nadzwyczajnego złagodzenia przewidzianej w art. 60 § 2 k.k.

Jeżeli sprawca kierowniczy lub sprawca polecający wiedzy o właściwości osobistej sprawcy wymaganej przez ustawodawcę nie mają, to w wypadku przestępstwa indywidualnego właściwego nie będą ponosili odpowiedzialności karnej za formy sprawcze. Odpowiedzialność za podżeganie lub pomocnictwo też nie wchodzi w rachubę, pomimo niestosowania do tych form art. 21 § 2 k.k., gdyż – jak była o tym mowa – w omawianym wypadku nie byłyby spełnione wymagania strony podmiotowej podżegania lub pomocnictwa. Ponadto należy stanąć na stanowisku, że pomiędzy niewykonawczymi postaciami sprawstwa a podżeganiem lub pomocnictwem zachodzi stosunek wykluczania. W wypadku przestępstwa indywidualnego niewłaściwego brak wiedzy sprawcy kierowniczego lub sprawcy polecającego o właściwościach osobistych sprawcy wykonawczego prowadzić będzie do odpowiedzialności podmiotów form niewykonawczych sprawstwa za przestępstwo typu zasadniczego.

Z interpretacją art. 21 § 2 k.k. wiąże się wątpliwość w sytuacji, w której właściwość wymaganą przez ustawodawcę posiada sprawca niewykonawczej postaci zjawiskowej i nie posiada jej sprawca wykonawczy. Problem powstaje z interpretacją pojęcia kierowania „wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę” lub poleceniem wykonania takiego czynu. Czy sprawca wykonujący czyn zabroniony sam musi urzeczywistnić wszystkie znamiona czynu zabronionego, w tym też znamię określające podmiot tego czynu, czy też właśnie art. 21 § 2 k.k. dopuszcza, że znamię odnoszące się do podmiotu może być zrealizowane przez sprawcę niewykonawczego? Przyjmując koncepcję postaci zjawiskowych sprawstwa, trzeba też przyjąć, że wszystkie te postaci mają status równorzędny, co przemawia za interpretacją uznającą zrealizowanie znamion czynu zabronionego o ograniczonym kręgu możliwych podmiotów w wypadku, gdy przynajmniej jeden ze współdziałających sprawców (wykonawczych lub niewykonawczych) posiada wymaganą przez ustawę właściwość. Sprawca wykonawczy, który takiej właściwości nie posiada, będzie pomimo to realizował czyn zabroniony. Tak samo jak w wypadku współsprawstwa, nie każdy współdziałający musi zrealizować w pełni wszystkie znamiona czynu zabronionego. Sprawca wykonawczy – zgodnie z art. 21 § 2 k.k. – ponosić będzie odpowiedzialność za przestępstwo indywidualne, jeżeli wiedział o właściwości sprawcy kierowniczego lub polecającego.

Wątpliwości z interpretacją pojęcia „wykonanie czynu zabronionego” nie ograniczają się do właściwości podmiotu wykonującego taki czyn. Nie jest jasne, czy ustawodawca, posługując się wyrażeniem „czyn zabroniony”, ma na myśli całość znamion charakteryzujących typ czynu zabronionego, czy też odnosi to wyrażenie do znamion charakteryzujących stronę przedmiotową czynu zabronionego. Innymi słowy, czy można mówić np. o kierowaniu wykonaniem czynu zabronionego, którego typ, zgodnie z art. 8 k.k., charakteryzuje się umyślnością, jeżeli sprawca wykonujący czyn nie miał zamiaru dokonania czynu zabronionego? Problem ten dobrze ilustruje stan faktyczny, który był przedmiotem rozpoznania przez Sąd Najwyższy w postępowaniu zakończonym wyrokiem z 25 czerwca 2008 r.¹⁸ Przedsiębiorca budowlany przekazywał swojej znajomej informacje konieczne do wypełnienia deklaracji dla ZUS dotyczącej jego pracownika. Znajoma wypełniała deklaracje, przedstawiając je ZUS z podrobionym przez siebie podpisem przedsiębiorcy, na jego prośbę. Nie była świadoma, że przekazywane jej informacje były niezgodne z prawdą. Czy można powiedzieć, że przedsiębiorca kierował wykonaniem czynu zabronionego określonego w art. 271 § 1 k.k., skoro znajoma przedsiębiorcy, pomijając już omówiony wcześniej problem znamion charakteryzujących podmiot czynu zabronionego, nie realizowała znamion charakteryzujących stronę podmiotową czynu zabronionego (umyślność co do poświadczenia nieprawdy)?

Nie ma dzisiaj wątpliwości, że obowiązujący Kodeks karny umyślność i nieumyślność¹⁹ traktuje jako charakterystykę czynu składającą się na typ czynu zabronionego. Zgodnie z art. 115 § 1 k.k., „czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej”. Będą to zarówno znamiona charakteryzujące stronę przedmiotową czynu zabronionego, jak i znamiona strony podmiotowej, a więc zamiar (art. 9 § 1 k.k.) lub brak zamiaru (art. 9 § 2 k.k.), a także znamiona określające szczególne nastawienie sprawcy (tzw. przestępstwa kierunkowe). Zrealizowanie przez daną osobę tylko znamion przedmiotowych nie jest wykonaniem przez nią czynu zabronionego. Podmiot kierujący działaniem takiej osoby nie kieruje wykonaniem czynu zabronionego – kieruje jedynie wykonaniem czynu realizującego znamiona strony przedmiotowej takiego czynu. Odnosi się to odpowiednio także do sprawy polecającego. W tym wypadku nie można powiedzieć, że właściwe znamię strony podmiotowej występujące u kierującego lub polecającego wykonaniem czynu, którego sprawca wykonujący znamion podmiotowych nie realizuje, może uzupełnić ten brak, tak że da się przyjąć, iż czyn zabroniony został wykonany. Takiemu zaliczeniu strony podmiotowej drugiemu ze współdziałających stoi na przeszkodzie art. 20 k.k. Inaczej wyglądać będzie sytuacja wtedy, gdy ustawa określa czyn zabroniony charakteryzujący się nieumyślnością i po stronie sprawcy wykonującego czyn wystąpią znamiona nieumyślności określone w art. 9 § 2 k.k.

Nie oznacza to jednak, że w przedstawionym wyżej przykładzie, będącym przedmiotem orzekania przez Sąd Najwyższy, brak podstaw do pociągnięcia

¹⁸ IV KK 39/08, OSNKW 2008, nr 9, poz. 73.

¹⁹ Pomijam w tym miejscu mieszane formy strony podmiotowej, które oczywiście też charakteryzują stronę podmiotową czynu zabronionego.

przedsiębiorcy do odpowiedzialności karnej. Należy mu przypisać sprawstwo w postaci wykonawczej. Przedsiębiorca ten wspólnie i w porozumieniu z drugą osobą wykonał wszystkie znamiona czynu zabronionego. Współdziałająca z nim osoba nie będzie ponosiła odpowiedzialności za przestępstwo z art. 271 § 1 k.k. ze względu na brak po jej stronie znamienia strony podmiotowej (art. 20 k.k.). Nie jest to jednak rozwiązanie do końca zadowalające.

Przyznać trzeba, że w omawianym wypadku mieliśmy właściwie do czynienia z postacią sprawstwa bardziej odpowiadającego sprawstwu pośredniemu, przy którym osoba mająca zamiar dokonać czynu zabronionego wykorzystuje do tego inną osobę nieświadomą swojej roli. Należałoby się zastanowić, czy nie należy, nowelizując Kodeks karny, uzupełnić form sprawstwa o taką postać zjawiskową.

Prof. dr hab. Andrzej Zoll
Uniwersytet Jagielloński w Krakowie

PERPETRATION WITHOUT ACTUAL PERFORMANCE OF A PROHIBITED ACT

Summary

The conception of the participation form of a crime proposed by J. Makarewicz does not answer many fundamental questions. The general stance of the Polish contemporary doctrine of criminal law is that neither incitement nor aiding and abetting is a participation form of a crime, but only a separate and independent type of a prohibited act, the description of which (apart from the characteristics typical of incitement or aiding and abetting) also includes the description of the act to which the inciter has induced, or in which the aider and abettor offered assistance. The conception proposed by J. Makarewicz may be fully applied to the participation forms leading to either the actual commitment of a crime (committed personally or in conjunction with another) and in a non-executed form (leading, supervising or ordering a crime).

What still remains to be solved is a question what charges should be formulated in respect of a person who has supervised a prohibited act that was ordered, if the "to-be" perpetrator, or performer of the act only realises the characteristics of the object, without realising (or showing) any characteristics of the subject part. In my opinion, one should never claim that the person supervising a crime has actually managed or supervised the realisation or performance of a prohibited act whose attributes always characterise the subject as well. Under the currently applicable laws, in such cases we could determine the instance of co-perpetration. This solution, however, is not free from imperfections. It is therefore suggested that the scope of article 18 para. 1 of the penal code should be extended on indirect perpetration as well.