

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA PRZESTĘPSTWO POPEŁNIONE ZA GRANICĄ

redakcja naukowa
Jarosław Majewski, Piotr Zakrzewski

Anna Błachnio-Parzych, Piotr Kardas, Marek Kulik
Jarosław Majewski, Aleksandra Nieprzecka, Ryszard A. Stefański
Sławomir Steinborn, Dominik Zając, Piotr Zakrzewski



Wolters Kluwer

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA PRZESTĘPSTWO POPEŁNIONE ZA GRANICĄ

redakcja naukowa
Jarosław Majewski, Piotr Zakrzewski

Anna Błachnio-Parzych, Piotr Kardas, Marek Kulik
Jarosław Majewski, Aleksandra Nieprzecka, Ryszard A. Stefański
Sławomir Steinborn, Dominik Zająć, Piotr Zakrzewski

SERIA **MONOGRAFIE**

Publikacja dofinansowana przez Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
w Warszawie

Stan prawny na 11 lutego 2025 r.

Recenzent

Prof. dr hab. Robert Zawłocki

Wydawczyni

Monika Pawłowska

Redaktorka prowadząca

Katarzyna Gierłowska

Opracowanie redakcyjne

Anna Kunz

Projekt okładek serii

Wojtek Janikowski, Przemek Dębowski

prawolubni

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących
im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj
jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz,
czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujemy prawo i własność

Więcej na www.legalnakultura.pl

Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2025

ISBN 978-83-8390-489-4

ISSN 1897-4392

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. +48 728 313 462

e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIIS TREŚCI

Wykaz skrótów	7
Przedmowa.....	11
<i>Piotr Kardas</i>	
Konstrukcyjne właściwości podżegania i pomocnictwa a zakres odpowiedzialności karnej za niesprawcze postaci współdziałania w relacjach transgranicznych.....	13
<i>Dominik Zajęc</i>	
Odpowiedzialność karna za transgraniczne podżeganie i pomocnictwo w kontekście granic jurysdykcji państwa	53
<i>Aleksandra Nieprzecka</i>	
Odpowiedzialność za niesprawcze postaci współdziałania w układach transgranicznych. Wybrane problemy konstrukcyjne i interpretacyjne	81
<i>Marek Kulik</i>	
Odpowiedzialność karna za przemyt narkotyków poza granicami państwa	117
<i>Piotr Zakrzewski</i>	
Procesowe konsekwencje niespełnienia tak zwanego warunku podwójnej karalności jako przesłanki odpowiedzialności karnej za czyn popełniony za granicą.....	141

Anna Błachnio-Parzych

Europejski nakaz dochodzeniowy – organ właściwy do wydania a zakres terytorialny jurysdykcji krajowej.....	159
---	------------

Ryszard A. Stefański

Przejęcie orzeczenia organu państwa obcego do wykonania w Polsce	195
---	------------

Sławomir Steinborn

Ekstradycja do krajów nieobjętych Europejską konwencją o ekstradycji z 1957 r. a ochrona praw człowieka.....	239
---	------------

XVII Bielańskie Kolokwium Karnistyczne.

Odpowiedzialność karna za przestępstwa popełnione za granicą. Zagadnienia materialnoprawne i procesowe. Warszawa, 2 grudnia 2020 r. (zapis dyskusji)	283
---	------------

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- | | |
|----------------------------------|--|
| decyzja o ENA | – decyzja ramowa Rady z 13.06.2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi (Dz.Urz. UE L 190, s. 1) |
| decyzja ramowa
2003/577/WSiSW | – decyzja ramowa Rady 2003/577/WSiSW z 22.07.2003 r. w sprawie wykonania w Unii Europejskiej postanowień o zabezpieczeniu mienia i środków dowodowych (Dz.Urz. UE L 196, s. 45) |
| decyzja ramowa
2008/978/WSiSW | – decyzja ramowa Rady 2008/978/WSiSW z 18.12.2008 r. w sprawie wykonania w Unii Europejskiej postanowień o zabezpieczeniu mienia i środków dowodowych (Dz.Urz. UE L 350, s. 72); utraciła moc |
| dyrektywa 2014/11/UE | – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/41/UE z 3.04.2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych (Dz.Urz. UE L 130, s. 1) |
| EKE | – Europejska konwencja o ekstradycji, sporządzona w Paryżu 13.12.1957 r., Protokół dodatkowy do powyższej konwencji, sporządzony w Strasburgu 15.10.1975 r. i Drugi protokół dodatkowy do powyższej konwencji, sporządzony w Strasburgu 17.03.1978 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 70, poz. 307 ze zm.) |
| EKPC | – Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) |
| k.k. | – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2024 r. poz. 17 ze zm.) |

k.k.s.	– ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2024 r. poz. 628 ze zm.)
k.k.w.	– ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2024 r. poz. 706 ze zm.)
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
k.p.k.	– ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2025 r. poz. 46)
k.w.	– ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2023 r. poz. 2119 ze zm.)
MPPOiP	– Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167)
pr. bank.	– ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2024 r. poz. 1646 ze zm.)
Protokół nr 7 do EKPC	– Protokół nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony 22.11.1984 r. w Strasburgu (Dz.U. z 2003 r. Nr 42, poz. 364)
rozporządzenie nr 273/2004	– rozporządzenie WE nr 273/2004 Parlamentu Europejskiego z 11.02.2004 r. w sprawie prekursorów narkotykowych (Dz.Urz. UE L 47, s. 1)
rozporządzenie nr 111/2005	– rozporządzenie Rady (WE) nr 111/2005 z 22.12.2004 r. określające zasady nadzorowania handlu prekursorami narkotyków pomiędzy Unią a państwami trzecimi (Dz.Urz. UE L 22, s. 1)
r.s.c.s.	– rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 28.01.2002 r. w sprawie szczegółowych czynności sądów w sprawach z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego oraz karnego w stosunkach międzynarodowych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1657 ze zm.)
Statut MTK	– Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, sporządzony w Rzymie 17.07.1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708 ze zm.)
u.p.n.	– ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2023 r. poz. 1939 ze zm.)

Inne

ENA	– europejski nakaz aresztowania
ETPC	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
OSNKW	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa

OSNwSK	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych
OTK-A	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, seria A
SA	– sąd apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
WSA	– wojewódzki sąd administracyjny

PRZEDMOWA

Katedra Prawa Karnego Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie od 2004 r. organizuje Bielańskie Kolokwia Karnistyczne – ogólnopolskie konferencje naukowe, które są pomyślane jako forum dyskusji o najistotniejszych zagadnieniach prawa karnego, a zarazem miejsce spotkania reprezentantów doktryny tego prawa oraz przedstawicieli praktyki wymiaru sprawiedliwości. W ramach dotychczasowych konferencji szczegółowo i wszechstronnie analizowana była m.in. problematyka: podstaw odpowiedzialności za przestępstwa znamienne skutkiem¹, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw², form stadialnych i postaci zjawiskowych popełnienia przestępstwa³, okoliczności wyłączających bezprawność czynu (kontratypów)⁴, nadzwyczajnego wymiaru kary⁵, okoliczności wyłączających winę⁶, umyślności i jej form⁷, nieumyślności⁸, środków związanych z poddaniem sprawcy próbie⁹, dyrektyw sądowego wymiaru kary¹⁰, kryminalizacji czynów polegających na narażeniu

¹ Zob. *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe*, red. J. Majewski, Toruń 2004, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004/4.

² Zob. *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. J. Majewski, Toruń 2006.

³ Zob. *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, red. J. Majewski, Toruń 2007.

⁴ Zob. *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, red. J. Majewski, Toruń 2008.

⁵ Zob. *Nadzwyczajny wymiar kary*, red. J. Majewski, Toruń 2009.

⁶ Zob. *Okoliczności wyłączające winę*, red. J. Majewski, Toruń 2010.

⁷ Zob. *Umyślność i jej formy*, red. J. Majewski, Toruń 2011.

⁸ Zob. *Nieumyślność*, red. J. Majewski, Toruń 2012.

⁹ Zob. *Środki związane z poddaniem sprawcy próbie*, red. J. Majewski, Toruń 2013.

¹⁰ Zob. *Dyrektywy sądowego wymiaru kary*, red. J. Majewski, Warszawa 2014.

dobra prawnego na niebezpieczeństwo¹¹, kar i innych środków reakcji na czyn zabroniony po zmianach wprowadzonych przez nowelę do Kodeksu karnego z 20.02.2015 r.¹² oraz pierwszych doświadczeń związanych z wejściem w życie wspomnianych zmian¹³, jak również czynnego żalu¹⁴, reguł intertemporalnych w prawie karnym: materialnym, procesowym i wykonawczym¹⁵, a także środków zabezpieczających¹⁶.

2 grudnia 2020 r. odbyły się XVII Bielańskie Kolokwia Karnistyczne, przeprowadzone w formie webinarium, którą wymusiła pandemia COVID-19. Ich przedmiotem były zagadnienia odpowiedzialności za przestępstwa popełnione za granicą. Wraz ze wzrostem mobilności ludzi, procesami globalizacji oraz szeroko rozumianej internacjonalizacji praktyczne znaczenie tych zagadnień w ostatnich latach stale rośnie. Oddawana do rąk Czytelników monografia, stanowiąca pokłosie XVII Bielańskich Kolokwiów Karnistycznych, zawiera opracowania im poświęcone, przygotowane przez autorów z różnych ośrodków akademickich, o uznanym autorytecie naukowym lub specjalizujących się w tej tematyce. Część tych opracowań dotyczy aspektów materialnoprawnych problematyki odpowiedzialności karnej za czyny popełnione za granicą, część zaś – aspektów procesowych owej problematyki. Całość uzupełnia zapis debaty konferencyjnej nad тезami, które przedstawili w swych wystąpieniach referenci.

Jarosław Majewski, Piotr Zakrzewski

¹¹ Zob. *Kryminalizacja narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, red. J. Majewski, Warszawa 2015.

¹² Zob. *Kary i inne środki reakcji na czyn zabroniony w świetle noweli do Kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r.*, red. J. Majewski, Warszawa 2016.

¹³ Zob. *Środki reakcji na czyn zabroniony po reformie kodeksu karnego z lutego 2015 r. Pierwsze doświadczenia*, red. J. Majewski, Warszawa 2017.

¹⁴ Zob. *Czynny żal jako okoliczność wpływająca na odpowiedzialność karną*, red. J. Majewski, Warszawa 2018.

¹⁵ Zob. *Reguły intertemporalne w prawie karnym*, red. J. Majewski, Warszawa 2019.

¹⁶ Zob. *Środki zabezpieczające*, red. J. Majewski, Warszawa 2020.

Piotr Kardas

KONSTRUKCYJNE WŁAŚCIWOŚCI PODŻEGANIA I POMOCNICTWA A ZAKRES ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ ZA NIESPRAWWCZE POSTACI WSPÓŁDZIAŁANIA W RELACJACH TRANSGRANICZNYCH

1. Ogólna charakterystyka modelu odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo na tle specyfiki konfiguracji transgranicznych

Model odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo w świetle tzw. polskiej konstrukcji od chwili wejścia w życie Kodeksu karnego z 1932 r. stanowi nieodmiennie przedmiot analiz przedstawicieli polskiej doktryny prawa karnego¹. Oryginalne rozwiązanie autorstwa J. Makarewicza, stanowiące w pewnym sensie efekt syntezy wybranych elementów

¹ Zob. szerzej w tej kwestii L. Tyszkiewicz, *Współdziałanie przestępne i główne pojęcia z nim związane*, Poznań 1964; S. Stomma, *Współdziałanie przed dokonaniem przestępstwa*, Warszawa 1975; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001; A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004.

koncepcji udziału w cudzym przestępstwie (*Teilnahme*) oraz jednolitego sprawstwa (*Einheitstaeterschaft*), bywa także przedmiotem analiz prezentowanych w literaturze obcej. Specyfika polskiego rozwiązania, w tym w szczególności zapożyczenia zaczerpnięte z obu alternatywnych teoretycznych modeli odpowiedzialności za współuczestniczenie w popełnieniu przestępstwa, sprawiają, iż niezwykle rzadko karniści zagraniczni, nawet obeznani z polską dogmatyką prawa karnego, prawidłowo charakteryzują zasadnicze elementy tej konstrukcji². Źródłem nieporozumień są trudności we właściwym uporządkowaniu tych elementów zaczerpniętych przez J. Makarewicza z konstrukcji jednolitego sprawstwa, które przesądzą o samoistności odpowiedzialności podżegacza i pomocnika, niezależnionej w istotnym zakresie od zachowania bezpośredniego wykonawcy (a więc decydujących o nieakcesoryjności polskiego modelu) oraz elementów przejętych z koncepcji udziału w cudzym przestępstwie, powodujących, iż odpowiedzialność podżegacza i pomocnika, choć pozbawiona akcesoryjnego uzależnienia, nie jest w pełni oderwana od oceny prawnej zachowania bezpośredniego wykonawcy³. Model odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo obowiązujący z niewielkimi modyfikacjami w polskim systemie prawa karnego od chwili wejścia w życie Kodeksu karnego z 1932 r. dobrze charakteryzuje lakoniczne zdanie jego twórcy J. Makarewicza podkreślającego, że podżeganie i pomocnictwo możliwe jest bez sprawstwa, nie jest jednak możliwe bez sprawcy⁴. Wskazanie na brak warunku sprawstwa w konstrukcji podżegania i pomocnictwa akcentuje nieakcesoryjność niesprawczych postaci współdziałania⁵, zakorzenienie

² Zob. m.in. H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, s. 655 i n.

³ O wykorzystaniu elementów charakteryzujących model jednolitego sprawstwa oraz udziału w cudzym przestępstwie w polskiej konstrukcji podżegania i pomocnictwa oraz ich znaczeniu w procesie objaśniania podstaw odpowiedzialności karnej za niesprawcze postaci współdziałania w polskim systemie prawa karnego zob. m.in. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 406 i n.; A. Liszewska, *Współdziałanie...*, s. 56 i n.

⁴ Zob. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 103 i n.

⁵ Brak akcesoryjności odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo na gruncie polskiej koncepcji związany jest przede wszystkim z porównaniem podstaw odpowiedzialności za niesprawcze postaci współdziałania na gruncie polskiego systemu prawa karnego z rozwiązaniami niemieckimi. Zarazem kwestia akcesoryjności stanowi przedmiot rozmaitych kontrowersji także wśród przedstawicieli polskiej doktryny prawa

odpowiedzialności w sferze przedmiotowej wyłącznie na zachowaniu nakłaniającego lub ułatwiającego⁶. Podkreślenie, iż warunkiem odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo jest jednak istnienie *in concreto* sprawcy, na którego ukierunkowane są zachowania nakłaniającego lub ułatwiającego, uwypukla, że jakkolwiek dla dokonania podżegania i pomocnictwa nie jest konieczne podejmowanie przez bezpośredniego wykonawcę jakiejkolwiek aktywności, to jednak wymagane jest ustalenie, że nakłanianie lub ułatwianie ukierunkowane były na konkretną osobę (stąd wyłącznie odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo *ad incertam personam*⁷) i odnosiło się do objętego zamiarem nakłaniającego lub ułatwiającego czynu zabronionego bezpośredniego wykonawcy⁸. To sprawia, iż chociaż nie jest wymagane, by bezpośredni wykonawca podejmował jakiejkolwiek działania, konieczne jest jednak, by znajdował się w położeniu umożliwiającym realizację objętego zamiarem podżegacza lub pomocnika czynu zabronionego⁹.

karnego, których źródłem są przede wszystkim rozwiązania przewidziane w art. 22 k.k. – modyfikacje zakresu odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo w sytuacjach, gdy bezpośredni wykonawca jedynie usiłował dokonać czynu zabronionego, do którego popełnienia nakłaniano lub którego popełnienie ułatwiano (art. 22 § 1 k.k.), oraz w wypadkach, gdy bezpośredni wykonawca nawet nie usiłował dokonać czynu zabronionego (art. 22 § 2 k.k.). Wskazywane są one jako normatywne źródło akcesoryjności odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo. Nie podejmując w tym miejscu próby chociażby skrótowego odniesienia się do tych zagadnień, wskazać należy, że kwestia akcesoryjności podżegania i pomocnictwa ma w polskim systemie prawa karnego jeszcze jeden istotny kontekst, związany z warunkami, jakie muszą być spełnione w odniesieniu do sytuacji – normatywnej i faktycznej – w jakiej znajduje się w chwili nakłaniania lub ułatwiania bezpośredni wykonawca. To zagadnienie stanowić będzie przedmiot prowadzonych w dalszej części rozważań.

⁶ Z perspektywy charakterystyki znamion typu podżegania i pomocnictwa twierdzenie powyższe zasadza się na opisie tylko jednego zachowania (nakłaniającego lub ułatwiającego) jako faktycznej podstawy odpowiedzialności za te formy popełnienia przestępstwa. Odróżnia to niesprawcze postaci współdziałania od odmian sprawczych, w których ustawowa charakterystyka znamion zawsze obejmuje dwa zachowania dwóch różnych osób (współdziałających) jako faktyczną podstawę odpowiedzialności.

⁷ Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, *Podżeganie i pomocnictwo ad incertam personam* [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2007, s. 109 i n.

⁸ Zob. szerzej P. Kardas, *Podżeganie i pomocnictwo...*, s. 119 i n.

⁹ Warunek ten ma znaczenie z perspektywy znamion strony przedmiotowej typu podżegania i pomocnictwa, jak również z punktu widzenia znamion strony podmiotowej.

Ujmując rzecz syntetycznie, można wskazać, że podżeganie i pomocnictwo nie są możliwe bez sprawcy (bezpośredniego wykonawcy), który stanowi podmiot oddziaływania nakłaniającego lub ułatwiającego, oraz bez możliwości popełnienia przez sprawcę (bezpośredniego wykonawcę) czynu zabronionego stanowiącego przedmiot nakłaniania lub ułatwiania. Brak akcesoryjności podżegania i pomocnictwa na gruncie polskiej konstrukcji oznacza zatem pominięcie warunku podjęcia przez bezpośredniego wykonawcę zachowania realizującego co najmniej jakąś postać stadialną czynu zabronionego stanowiącego przedmiot czynności nakłaniania lub ułatwiania¹⁰. W tym zakresie uwidocznia się wyraźna różnica między polskim modelem odpowiedzialności za niesprawcze postaci współdziałania, w którym brak jest wymogu co najmniej usiłowanego sprawstwa po stronie bezpośredniego wykonawcy, a rozwiązaniem niemieckim¹¹. Zarazem polska konstrukcja zakłada obiektywną możliwość popełnienia czynu zabronionego przez sprawcę, na którego ukierunkowane są czynności nakłaniania lub ułatwiania. Ten warunek ma istotne znaczenie z perspektywy możliwych układów w zakresie transgranicznego współdziałania.

Zasady odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu przestępstwa poddawane są zasadniczo analizom odwołującym się do regulacji obowiązującej na terytorium RP. Wynika to, jak można przypuszczać, przede wszystkim z praktycznego aspektu, wszak w zasadniczej większości konstrukcje określające podżeganie i pomocnictwo odnoszone są do zachowań popełnianych na terytorium RP. W taki też sposób kształtowane były zasady odpowiedzialności za te formy popełnienia przestępstwa. Konstruując polską koncepcję podżegania i pomocnictwa, a także wprowadzając do niej na przestrzeni lat kolejne kosmetyczne zmiany¹², zasadniczo nie brano pod uwagę aspektów związanych

¹⁰ Warunek taki przewiduje natomiast obowiązująca regulacja niemiecka oparta na modelu ograniczonej akcesoryjności.

¹¹ Co do właściwości konstrukcyjnych niemieckiego modelu odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo oraz stopniowej ewaluacji tego podejścia poprzez eliminowanie elementów skrajnej akcesoryjności zob. w szczególności H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 655 i n.; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 661 i n.

¹² Trzeba podkreślić, że zmianom w zakresie regulacji odnoszącej się do podżegania i pomocnictwa, wprowadzanym w związku z uchwaleniem Kodeksu karnego z 1969 r.

z zasadami prawa karnego międzynarodowego. To sprawia, iż kwestia związana z aspektami prawa karnego międzynarodowego pozostaje poza głównym nurtem rozważań dotyczących niesprawczych postaci współdziałania. Trafnie wskazuje się jednak w piśmiennictwie, że zachowania osób współdziałających w popełnieniu przestępstwa realizowane mogą być na terytorium różnych państw¹³. Szczególnie interesujące są te przypadki, w których zachowanie nakłaniającego lub ułatwiającego popełnienie czynu zabronionego oraz bezpośredniego wykonawcy realizowane są w strefie obowiązywania różnych jurysdykcji krajowych¹⁴. Możliwe jest wszakże, w szczególności na obszarze Unii Europejskiej, że nakłaniający lub ułatwiający popełnienie innej osobie

oraz Kodeksu karnego z 1997 r., towarzyszyły deklaracje projektodawców o zachowaniu założeń koncepcji J. Makarewicza. Mimo dążenia do ujednolichenia i doprecyzowania zasad odpowiedzialności za niesprawcze postaci współdziałania, sukcesywnie dokonywane modyfikacje stały się podstawą rekonstrukcji zasadniczych założeń związanych z polską konstrukcją, podważających konstrukcyjne podstawy modelu opracowanego przez J. Makarewicza. Dobrą ilustracją tych niezamierzonych przez projektodawców konsekwencji jest sposób wykorzystywania zawartości treściowej art. 22 k.k., który bywa wykorzystywany jako podstawa twierdzenia o akcesoryjności aktualnych rozwiązań dotyczących podżegania i pomocnictwa. Takie sposób interpretacji prezentował konsekwentnie po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r. A. Wąsek, który wcześniej, w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r., był zdecydowanym zwolennikiem tezy o nieakcesoryjnym charakterze podżegania i pomocnictwa. Zob. w tej kwestii A. Wąsek [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1 (art. 1–116), O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Gdańsk 2005, s. 94.

¹³ Na zagadnienie to zwracano sygnałnie uwagę w piśmiennictwie. Zob. m.in.: D. Zając, *Odpowiedzialność karna za czyny popełnione za granicą*, Kraków 2017, s. 384–392; A. Wąsek [w:] *Kodeks karny...*, 2005, s. 94; B. Kunicka-Michalska, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 1 § 1 i 2, art. 3–7 k.k. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 395; T. Bojarski, *Terytorialny zakres działania ustawy karnej [w:] System Prawa Karnego*, t. 2, Źródła prawa karnego, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 539; A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I (art. 1–31), Gdańsk 1999, s. 87; B. Kunicka-Michalska [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa 1999, s. 383; B. Namysłowska-Gabrysiak [w:] *Kodeks karny*, t. I, *Część ogólna. Komentarz do art. 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2011, s. 365; A. Grześkowiak [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2023, s. 79; A. Błachnio, *Miejsce popełnienia czynu zabronionego przez podżegacza i pomocnika – zarys problematyki*, „Palestra” 2006/7–8, s. 89–91.

¹⁴ O zagadnieniach prawa karnego międzynarodowego w aspekcie podstaw odpowiedzialności karnej za zachowania realizowane w konfiguracjach transgranicznych interesująco pisze D. Zając, *Odpowiedzialność karna za czyny...*, *passim*.

czynu zabronionego podejmuje swoje zachowanie na terytorium RP, ukierunkowane jednak na działanie lub zaniechanie bezpośredniego wykonawcy przebywającego na terytorium obcego państwa członkowskiego. Bez trudu można wyobrazić sobie również układ „odwrotny”, gdy nakłaniający lub ułatwiający popełnienie czynu zabronionego działają poza obszarem RP, zaś podmiotem ich oddziaływania jest bezpośredni wykonawca znajdujący się na terytorium RP, gdzie ma także dojść do czynu zabronionego objętego zamiarem podżegacza lub pomocnika¹⁵. Takie układy odnosić się mogą do innych państw tworzących własne jurysdykcje karne, znacznie oddalonych kulturowo od polskiej kultury prawnej niż kraje członkowskie Unii Europejskiej.

W tego typu przypadkach pojawiają się szczególne problemy związane z rekonstrukcją podstaw odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu przestępstwa. Zachowania poszczególnych współdziałających zlokalizowane są wszak na obszarze różnych jurysdykcji¹⁶. Sytuacje te wskazywane są jako przykłady tzw. przestępstw o charakterze transgranicznym, cechujących się tym, że realizacja znamion łączy się z przekroczeniem granic państwowych¹⁷. Brak stosownych regulacji

¹⁵ Przykłady te stanowią przedmiot analiz D. Zająca, *Odpowiedzialność karna za czyny...*, s. 369 i n.

¹⁶ Wskazanie, że w przypadkach transgranicznego podżegania i pomocnictwa zachowania poszczególnych współdziałających zlokalizowane są na terytorium różnych państw, nie oznacza, że warunkiem odpowiedzialności za niesprawcę postaci współdziałania jest zrealizowanie każdego z zachowań opisanych w znamionach typu podżegania i pomocnictwa. W przypadku bezpośredniego wykonawcy określenie „zlokalizowane zachowanie” odnosi się do normatywnych przesłanek odpowiedzialności, ułożonych w przestrzeni obiektywnej (w części odnoszącej się do osoby bezpośredniego wykonawcy, znajdującej się poza granicami RP), a także w przestrzeni świadomości i woli nakłaniającego lub ułatwiającego. Dla obu płaszczyzn „lokalizacja” objętego zamiarem nakłaniającego lub ułatwiającego zachowania bezpośredniego wykonawcy znajdującego się poza granicami RP ma znaczenie w procesie konkretyzacji przesłanek odpowiedzialności karnej.

¹⁷ W piśmiennictwie wskazuje się, że transgraniczność może się łączyć z perspektywą prawa karnego materialnego z rozciągłością czynu w czasie (a więc zagadnieniem ciągłości popełnienia przestępstwa), współsprawstwem, wystąpieniem skutku o zakresie obejmującym terytorium więcej niż jednego państwa, z realizacją poszczególnych etapów wykonania czynu zabronionego (*inter criminis*), wreszcie zdalną realizacją znamion czynu zabronionego. Por. szerzej D. Zając, *Odpowiedzialność karna za czyny...*, s. 361 i n. Warto w tym miejscu podkreślić, że w zakresie transgraniczności mieszczą się w ujęciu modelowym także przypadki podżegania i pomocnictwa, choć stanowią one różniący się

w Kodeksie karnym, niewypracowanie szczególnych zasad odnoszących się do współdziałania w popełnieniu przestępstwa na płaszczyźnie prawa karnego międzynarodowego, a także płaszczyźnie prawa Unii Europejskiej sprawa¹⁸, iż rozwiązywanie dylematów dotyczących transgranicznego współdziałania w popełnieniu przestępstwa opierać się musi z konieczności na ogólnych regulacjach zawartych w Kodeksie karnym przy uwzględnieniu wypracowanych w teorii i dogmatyce prawa karnego ogólnych reguł prawa karnego międzynarodowego. To zaś przesądza, że podstawowe znaczenie mają konstrukcyjne właściwości podżegania i pomocnictwa, to bowiem ich właściwa rekonstrukcja wyznaczać będzie punkt odniesienia dla zasad prawa karnego międzynarodowego, ostatecznie zaś kształtować nieprzekraczalne granice odpowiedzialności karnej za współdziałanie w relacjach transgranicznych. Trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, że w przypadkach transgranicznego współdziałania zachowania współdziałających, choć powiązane ze sobą na płaszczyźnie ocen społecznych, zostają w swoisty sposób rozdzielone ze względu na odmienne systemy prawne, obowiązujące na terytorium, gdzie realizowane są zachowania współdziałających¹⁹. To sprawia, iż istotne znaczenie ma właściwe odkodowanie normatywnych przesłanek odpowiedzialności za poszczególne postaci współdziałania, określających zakres zastosowania prawa karnego. Z uwagi na swoiste ukształtowanie przesłanek odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu przestępstwa, które odnoszą się zarówno do całego, złożonego z zachowań dwóch lub więcej osób zdarzenia²⁰, jak i zachowań

od przypadków sprawczego współdziałania fenomen współuczestniczenia w popełnieniu przestępstwa.

¹⁸ W kontekście problematyki odpowiedzialności za współdziałanie transgraniczne interesująco pisze o tych kwestiach D. Zajac, *Odpowiedzialność karna za transgraniczne podżeganie i pomocnictwo w kontekście granic jurysdykcji państwa* [w:] *Odpowiedzialność za przestępstwo popełnione za granicą*, red. J. Majewski, Warszawa 2025.

¹⁹ D. Zajac, *Odpowiedzialność karna za transgraniczne...*

²⁰ Wskazanie, że podstawy odpowiedzialności za współdziałanie odnoszą się do całości złożonego zdarzenia, obejmującego zachowania co najmniej dwóch osób, bynajmniej nie oznacza, że opis podstaw odpowiedzialności za współdziałanie obejmuje oba zachowania w taki sposób, iż warunkiem realizacji znamion odpowiedniej formy współdziałania jest ich realizacja przez każdego ze współdziałających. W perspektywie niekwestionowanych poglądów dotyczących podstaw odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu przestępstwa na gruncie polskiego systemu prawa karnego można wskazać, że warunek

poszczególnych współdziałających, których odpowiedzialność oparta jest na zasadzie indywidualizacji²¹, w każdym przypadku proces ich rekonstrukcji uwzględniać musi wszystkie elementy wyznaczające granice prawnokarnej reakcji w odniesieniu do każdego ze współdziałających²².

podjęcia określonego zachowania przez każdego ze współdziałających wpisany jest w znamiona sprawczych postaci współdziałania, obejmujących w każdym przypadku opis dwóch zachowań dwóch różnych podmiotów. Ich realizacja w sposób opisany w ustawie decyduje o dokonaniu. Odmienne przedstawia się ta kwestia w odniesieniu do niesprawczych odmian współdziałania, w których opis znamion typu podżegania i pomocnictwa obejmuje wyłącznie zachowanie nakłaniającego lub ułatwiającego, nie odnosi się natomiast do zachowania bezpośredniego wykonawcy (osoby nakłanianej lub tej, której ułatwianie jest popełnienie czynu zabronionego). Brak wymogu podjęcia przez bezpośredniego wykonawcę jakiegokolwiek zachowania nie oznacza jednak, iż w zestawie ustawowych znamion typu podżegania lub pomocnictwa nie określono pewnych warunków związanych z zachowaniem bezpośredniego wykonawcy. Z uwagi na istotę podżegania, polegającego na nakłanianiu innej osoby do dokonania czynu zabronionego, oraz pomocnictwa, polegającego na ułatwieniu popełnienia czynu zabronionego przez inną osobę, można wskazać, iż w znamionach typu podżegania i pomocnictwa znajduje się ukierunkowanie zachowania nakłaniającego lub ułatwiającego na inną osobę, zatem bezpośredni wykonawca opisany jest w znamionach tych postaci, a także normatywny warunek możliwości dokonania przez osobę nakłanianą lub osobę, której ułatwia się popełnienie czynu zabronionego, takiego czynu. To zaś oznacza istnienie normatywnego wymogu w postaci oddziaływania na osobę bezpośredniego wykonawcy znajdującą się w takim położeniu (sytuacji), w którym możliwe jest dokonanie stanowiącego przedmiot nakłaniania lub ułatwiania czynu zabronionego.

²¹ Choć podżeganie i pomocnictwo nie wymaga dla dokonania tych form popełnienia przestępstwa podjęcia przez bezpośredniego wykonawcę jakiegokolwiek zachowania, to z oczywistych powodów możliwa jest jego odpowiedzialność w razie dopuszczenia się czynu zabronionego stanowiącego przedmiot nakłaniania lub ułatwiania. W tym zakresie mamy do czynienia z zasadą indywidualizacji odpowiedzialności współdziałających, opartej na właściwych dla każdej postaci przesłankach określonych w ustawie. W przypadku bezpośredniego wykonawcy zasadniczo będą to znamiona sprawczej postaci popełnienia przestępstwa w formie sprawstwa pojedynczego, bezpośredniego. Zasadę indywidualizacji odpowiedzialności współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego formalnie statuuje przepis art. 20 k.k. (co do niezależności w zakresie strony podmiotowej) oraz art. 21 § 1 k.k. (w zakresie okoliczności osobistych, wyłączających, łagodzących lub obostrzających odpowiedzialność karną).

²² Z uwagi na kwantytatywną i kwalitatywną akcesoryjność odpowiedzialności za sprawcę postaci współdziałania ustalenia dotyczące poszczególnych współdziałających stanowią warunek konieczny właściwej rekonstrukcji wzorca normatywnego, a także wartościowania jednostkowych przypadków. Sprawa znaczenia granic prawnokarnej reakcji w odniesieniu do poszczególnych współdziałających przedstawia się inaczej w odniesieniu do niesprawczych postaci współdziałania, które zasadniczo nie są po-

Polski system prawa karnego oparty jest na odmiennych założeniach wpływających na sposób określania podstaw odpowiedzialności za sprawcze oraz niesprawcze postaci współdziałania. Nie podejmując w tym miejscu próby chociażby ogólnego zarysowania zasad rządzących odpowiedzialnością za sprawcze i niesprawcze postaci współdziałania, trzeba zaznaczyć, iż wedle dominującego poglądu postaci sprawcze oparte są na zasadzie akcesoryjności²³, zaś postaci niesprawcze – na jej odrzuceniu²⁴. Zarazem kwestia braku akcesoryjności odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo wywołuje szereg wątpliwości i rozbieżność poglądów w aspektach szczegółowych²⁵, co przekłada się na brak jednolitego stanowiska co do sposobu rekonstrukcji, zakresu i zawartości treściowej charakteryzujących podżeganie i pomocnictwo norm sankcjonowanych, a także norm sankcjonujących²⁶.

wiązane z koniecznością podjęcia przez bezpośredniego wykonawcę jakiegokolwiek zachowania. Zarazem przewidują pewne wymogi związane z możliwością podjęcia przez bezpośredniego wykonawcę zachowania stanowiącego przedmiot nakłaniania lub ułatwiania, a także nie wykluczają pociągnięcia bezpośredniego wykonawcy w razie zrealizowania zachowania do odpowiedzialności za sprawstwo pojedyncze.

²³ Odmienne stanowisko prezentuje w zakresie sprawczych postaci współdziałania, obejmujących sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające, Ł. Pohl, przyjmując, iż mają one samodzielny, a przez to nieakcesoryjny charakter. Zob. szerzej Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 123 i n.

²⁴ Choć i w tym obszarze odnaleźć można poglądy przeciwne, wskazujące na akcesoryjność podżegania i pomocnictwa. Tak w szczególności A. Wąsek, *Kodeks karny...*, t. I, 1999, s. 234 i n.

²⁵ Przedmiotem kontrowersji jest m.in. kwestia akcesoryjności podżegania i pomocnictwa, co do której prezentowane są w piśmiennictwie skrajnie przeciwstawne stanowiska, poczynając od tezy o akcesoryjności kwalitatywnej i kwantytatywnej obu form współdziałania (tak w szczególności A. Wąsek, *Kodeks karny...*, t. I, 1999, s. 234 i n.), przechodząc przez koncepcję akcesoryjności na płaszczyźnie wymiaru kary (tak w szczególności A. Zoll i W. Wróbel, *Polskie prawo karne*, Kraków 2012, s. 274 i n.), po stanowiska odrzucające akcesoryjność podżegania i pomocnictwa w znaczeniu, jakie pojęciu temu nadaje się w analizach odnoszonych do koncepcji udziału w cudzym przestępstwie (tak w szczególności P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 548 i n.; A. Liszewska, *Współdziałanie...*, s. 45 i n.).

²⁶ W piśmiennictwie wskazuje się, że zawartość normatywna art. 22 k.k. stanowi podstawę do uznania akcesoryjnego charakteru podżegania i pomocnictwa w zakresie wymogu podjęcia przez bezpośredniego wykonawcę co najmniej zachowania spełniającego przesłanki usiłowania. Ponadto przepis ten wyraża zasadę akcesoryjności w zakresie karygodności podżegania i pomocnictwa lub akcesoryjności na płaszczyźnie wymiaru

Specyficzny sposób określenia przesłanek odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo, oparty na technice kondensacji i rozczłonkowania testu prawnego, sprawia, iż znamiona tych postaci popełnienia przestępstwa zawsze wyrażane są w kilku przepisach, spośród których szczególną funkcję pełnią: przepis zrębowo określający znamiona podżegania i pomocnictwa, tj. odpowiednio art. 18 § 2 i 3 k.k., oraz przepis uadekwatniający, którym jest w każdym przypadku przepis typizujący sprawczą postać przestępstwa, którego dokonanie stanowi przedmiot i zasadniczy punkt odniesienia czynności nakłaniania i ułatwiania. Zasadnicza właściwość konstrukcyjna przepisów określających zrębowo podstawy odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo zasadza się na zawartej w art. 18 § 2 i 3 k.k. normatywnej klauzuli odsyłającej w postaci zwrotu „czyn zabroniony” innej osoby. Sformułowanie to, charakterystyczne dla techniki kondensacji i rozczłonkowania tekstu prawnego²⁷, odsyła w zakresie elementów konkretyzujących czyn zabroniony, do którego popełnienia nakładano lub którego popełnienie ułatwiano innej osobie, do przepisów określających znamiona sprawczej postaci przestępstwa rodzajowego²⁸. Proces rekonstrukcji znamion typu podżegania i pomocnictwa w tym zakresie sprowadza się, ujmując rzecz w pewnym uproszczeniu, do podstawienia w miejsce ogólnego zwrotu „czyn zabroniony”, użytego w treści art. 18 § 2 i 3 k.k., pełnej normatywnej charakterystyki czynu zabronionego określonego w przepisie typizującym²⁹. W ten sposób ogólnie ujęta istota podżegania i pomoc-

kary albo stadium popełnienia tej formy przestępstwa. Zob. m.in. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne...*, s. 278.

²⁷ Zob. szerzej w tej kwestii M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, *passim*; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012, s. 108 i n.

²⁸ Stąd powszechnie przyjmuje się, że nie ma podżegania i pomocnictwa jako takiego, jest jedynie typ podżegania i pomocnictwa konkretnego przestępstwa rodzajowego.

²⁹ Charakterystyka znamion typu czynu zabronionego określającego zachowanie bezpośredniego wykonawcy, stanowi część znamion strony przedmiotowej typu podżegania i pomocnictwa. Obejmuje jednak wszystkie elementy znamion typu odnoszącego się do zachowania bezpośredniego wykonawcy, łącznie z charakterystyką strony podmiotowej. To przesądza, że także te elementy stanowią przedmiot świadomości i określonej relacji woluntatywnej nakładającego lub ułatwiającego. Taka konstrukcja znamion typu podżegania i pomocnictwa pozwala rozwiązywać wyjątkowo złożone przypadki tzw. właściwego oraz niewłaściwego podżegania i pomocnictwa do przestępstwa

nictwa przekształcana jest w trakcie procesu interpretacji na konstrukcję znamion podżegania lub pomocnictwa konkretnego przestępstwa rodzajowego. Proces wykładni znamion podżegania i pomocnictwa wykorzystujący wskazaną wyżej właściwość tych odmian współdziałania na gruncie polskiego systemu prawnego przebiega zasadniczo bez większych komplikacji wówczas, gdy klauzulę odsyłającą uadekwatnia się poprzez wykorzystanie znamion danego przestępstwa rodzajowego określonych w należącym do polskiego systemu prawnego przepisie typizującym. W szczególności zaś nie wywołuje kontrowersji kwestia związana z odkodowaniem normy sankcjonowanej i normy sankcjonującej charakteryzujących sprawczą postać przestępstwa opisaną w przepisie typizującym, do której zrelacjonowane są zachowania nakłaniającego lub ułatwiającego.

Sprawa rekonstrukcji znamion typu podżegania i pomocnictwa komplikuje się jednak w tych wypadkach, gdy zachowania współdziałających związane są z terytorium dwóch państw, zaś tylko jeden ze współuczestniczących w popełnieniu przestępstwa znajduje się na terytorium RP. W zakresie współdziałania w aspekcie transgranicznym wskazać należy w szczególności na dwa typowe układy sytuacyjne. Pierwszy to taki, w którym nakłaniający lub ułatwiający realizuje swoje zachowanie na terytorium RP, zaś bezpośredni wykonawca, na którego ukierunkowane są czynności nakłaniania lub ułatwiania, znajduje się na terytorium innego państwa. Drugi układ jest niejako „odwrócony” i to nakłaniający lub ułatwiający znajduje się na terytorium innego państwa, zaś bezpośredni wykonawca, na którego ukierunkowane są czynności nakłaniania lub ułatwiania, znajduje się na terytorium RP³⁰. W obu układach aktualizuje się pytanie o źródła, z których rekonstruowane są poszczególne elementy znamion typu podżegania i pomocnictwa. W układzie, gdy nakłaniający lub ułatwiający znajduje się na terytorium RP, chodzi o podstawę rekonstrukcji elementów normatywnych uadekwatniających wyrażone zrzębowo w art. 18 § 2 i 3 k.k. znamiona typu podżegania i pomocnictwa,

nieumyślnego. Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 548 i n. Por. też A. Liszewska, *Współdziałanie...*, s. 54 i n.

³⁰ Tego typu układy sytuacyjne jako przejawy transgranicznego współdziałania analizuje D. Zając, *Odpowiedzialność karna za czynny...*, s. 369 i n.

a więc normatywną podstawę konkretyzacji normatywnego znamienia odsyłającego wyrażonego za pomocą zwrotu „czyn zabroniony”. W wypadkach gdy nakłaniający lub ułatwiający znajduje się poza terytorium RP, pytanie odnosi się do przepisu zrębowego określającego podstawy odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo, tj. art. 18 § 2 i 3 k.k. w kontekście możliwości ich wykorzystania jako podstawy rekonstrukcji znamion typu podżegania i pomocnictwa, uadekwatnianych przez należący do polskiego systemu prawnego przepis typizujący, określający znamiona typu czynu zabronionego, do którego popełnienia nakłania lub którego popełnienie ułatwia podżegacz lub pomocnik znajdujący się na terytorium innego państwa.

Podejmując próbę wyjaśnienia zasad rekonstrukcji znamion podżegania i pomocnictwa w obu zarysowanych wyżej układach, należy mieć na uwadze podnoszone w piśmiennictwie okoliczności, w tym w szczególności to, że:

- a) proces interpretacji w tych sytuacjach uwzględniać musi z konieczności kontekst międzynarodowy, zwłaszcza zaś zasady prawa karnego międzynarodowego³¹;
- b) w polskim systemie prawa karnego nie przewidziano wyraźnych wskazówek ustawowych co do sposobu rekonstrukcji znamion podżegania i pomocnictwa, popełnianych w konfiguracji transgranicznej;
- c) technikę rozcłonkowania i kondensacji tekstu prawnego wykorzystuje się dla określenia znamion podżegania i pomocnictwa w polskim systemie prawa karnego, co sprawia w kontekście opisanych wyżej warunków, iż nie jest jednoznaczne, czy zawarte w art. 18 § 2 i 3 k.k. odesłanie normatywne odnosi się wyłącznie do prawa polskiego, określając znamiona sprawczej postaci przestępstwa rodzajowego, czy też do prawa obcego.

Zagadnienie podstaw i zakresu odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo w konfiguracjach transgranicznych obejmuje tym samym dwa, w pewnym zakresie samoistne i niezależne problemy:

³¹ D. Zając, *Odpowiedzialność karna za czyny...*, s. 231.

- po pierwsze, kwestie związane z regułami prawa karnego międzynarodowego odnoszące się do skuteczności norm sankcjonowanej i sankcjonującej w przestrzeni;
- po wtóre, teoretyczne i dogmatyczne aspekty właściwości konstrukcyjnych podżegania i pomocnictwa na gruncie polskiego systemu prawnego oraz ich funkcję i znaczenie w procesie rekonstrukcji podstaw odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo w konfiguracjach transgranicznych.

Pierwsze ze wskazanych zagadnień stanowi przedmiot analiz zamieszczonych w niniejszym zbiorze i z tego powodu pozostanie poza zakresem prowadzonych w tym miejscu rozważań³².

Przedmiotem zamieszczonych w dalszej części uwag będą zatem wyłącznie teoretyczne i dogmatyczne aspekty związane z konstrukcją podżegania i pomocnictwa. By określić właściwe ramy rozważań dotyczących tej kwestii, trzeba jednak wskazać, nawiązując do analiz dotyczących reguł prawa karnego międzynarodowego, że analiza materialnoprawnych przesłanek odpowiedzialności karnej za transgraniczne podżeganie i pomocnictwo musi uwzględniać kontekst prawa międzynarodowego, bowiem określone w opisie typu podżegania i pomocnictwa zachowania cechujące się elementem transgranicznym pozostają zasadniczo w zakresie kompetencji różnych podmiotów posiadających legitymacje do prawnokarnej reakcji³³. Szczególna relacja między prawem międzynarodowym a regulacjami polskimi obejmuje dwie sfery. Pierwsza to – mająca charakter regulatywny – sfera normy sankcjonowanej, w stosunku do której prawo międzynarodowe dookreśla maksymalny zasięg jurysdykcji legislacyjnej³⁴, a więc uprawnienia państwa do normowania zachowań jednostek. Innymi słowy określa zasady ustalania zakresu przestrzennego obowiązywania, dla którego istotne znaczenie ma zasada, zgodnie z którą nie można uznać za wiążącą normy zbudowanej z prze-

³² Zob. D. Zając, *Odpowiedzialność karna za czyny...*, s. 374 i n.

³³ D. Zając, *Odpowiedzialność karna za czyny...*, s. 232.

³⁴ J.H. Knox, *A Presumption Against Extrajurisdictionality*, „American Journal of International Law” 2010/104, s. 358; J. Kranz, *Suwerenność państwa i prawo międzynarodowe* [w:] *Spór o suwerenność*, red. W.J. Wołpiuk, Warszawa 2001, s. 131; D. Zając, *Odpowiedzialność karna za czyny...*, s. 89.

pisów ustanowionych z naruszeniem zakresu kompetencji podmiotu prawotwórczego³⁵. Druga zaś to sfera normy sankcjonującej w zakresie jej zastosowania poprzez reguły wyznaczające granice sądowej jurysdykcji karnej³⁶, a tym samym doprecyzowujące treściowo przesłanki odpowiedzialności karnej. Odsyłając w zakresie wskazanym wyżej do zamieszczonego w niniejszym zbiorze opracowania, przejść należy do kwestii związanych bezpośrednio z konstrukcyjnymi właściwościami podżegania i pomocnictwa.

2. Konstrukcyjne właściwości podżegania i pomocnictwa na płaszczyźnie analizy normatywnej

Wyżej sygnalizowano już, że odpowiedzialność za podżeganie i pomocnictwo została określona w polskim systemie prawa w sposób swoisty i zarazem oryginalny³⁷. Powszechnie akcentowaną właściwością polskiego rozwiązania jest brak akcesoryjności, odnoszonej do zachowania bezpośredniego wykonawcy³⁸. Odpowiedzialność podżegacza i pomocnika zasadniczo w perspektywie faktycznej (ontycznej) zasadza się na własnym i samodzielnym zachowaniu nakłaniającego lub ułatwiającego³⁹. Dla dokonania podżegania i pomocnictwa nie ma żadnego znaczenia zachowanie bezpośredniego wykonawcy zarówno w kontekście

³⁵ J. Kranz, *Państwo i jego suwerenność*, „Państwo i Prawo” 1996/7, s. 7.

³⁶ D. Zając, *Odpowiedzialność karna za czyny...*, s. 310–314.

³⁷ P. Kardas, *Sprawstwo i współdziałanie w popełnieniu czynu zabronionego* [w:] *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 952–1016; A. Liszewska, *Współdziałanie...*, s. 105–118; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 548–644; A. Błachnio, *Miejsce popełnienia czynu...*, s. 82–91.

³⁸ P. Kardas, *Sprawstwo i współdziałanie...*, s. 952–953, 994; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 549; A. Liszewska, *Współdziałanie...*, s. 169–171.

³⁹ Z tego powodu w piśmiennictwie wskazuje się, że znamiona typu podżegania i pomocnictwa obejmują opis tylko jednego zachowania (nakłaniającego lub ułatwiającego), nie wymagając dla dokonania realizacji zachowania przez bezpośredniego wykonawcę. W tym zakresie upatruje się zresztą zasadniczej odmienności konstrukcyjnej pomiędzy sprawczymi i niesprawczymi postaciami współdziałania na gruncie polskiego systemu prawa karnego. Zob. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem...*, s. 103 i n.

faktycznym, jak i ewentualnej kwalifikacji prawnej. Innymi słowy dla dokonania podżegania lub pomocnictwa nie jest wymagane podjęcie przez bezpośredniego wykonawcę stanowiącego przedmiot nakłaniania lub ułatwiania zachowania, nie jest także wymagane, by w razie ewentualnego zrealizowania zachowania przez bezpośredniego wykonawcę stanowiło ono podstawę odpowiedzialności karnej. Brak jakiegokolwiek zachowania po stronie bezpośredniego wykonawcy lub wyłącznie jego odpowiedzialności z uwagi na okoliczności i przesłanki leżące po jego stronie nie wpłynie na dokonanie podżegania i pomocnictwa. Zgodnie z wprowadzonymi w Kodeksie karnym z 1997 r. modyfikacjami pierwotnego modelu odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo brak aktywności po stronie bezpośredniego wykonawcy lub osiągnięcie jedynie stadium usiłowania prowadzić będzie do redukcji konsekwencji przypisania odpowiedzialności za dokonane podżeganie lub pomocnictwo na płaszczyźnie wymiaru kary⁴⁰.

Nieakcesoryjność podżegania i pomocnictwa, odnosząca się do sfery faktycznej, wynika z określonej konstrukcji znamion typów podżegania i pomocnictwa. Twierdzenie to nie oznacza jednak, że także na płaszczyźnie normatywnej polskie rozwiązanie pozbawione jest odniesień do osoby i zachowania bezpośredniego wykonawcy⁴¹. Innymi słowy brak akcesoryjności na poziomie określonego zachowania bezpośredniego wykonawcy niekoniecznie oznaczać musi brak jakiegokolwiek znaczenia faktycznych i normatywnych determinant związanych z ustawową charakterystyką tego zachowania. Wyżej sygnalizowano już, że podżeganie i pomocnictwo możliwe jest w formie dokonanej bez sprawstwa, nie jest natomiast możliwe bez sprawcy. Oznacza to, że znamiona typu podżegania i pomocnictwa obejmują na płaszczyźnie strony przedmiotowej charakterystykę osoby bezpośredniego wykonawcy jako jednego z elementów układu faktycznego, który musi wystąpić, a także potencjal-

⁴⁰ Zob. w tej kwestii szerzej P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, *Komentarz do art. 1–52* (cz. 1). *Komentarz do art. 53–116* (cz. 2), red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 785 i n.

⁴¹ W taki też sposób, a więc poprzez powiązanie odpowiedzialności nakłaniającego lub ułatwiającego z czynem bezpośredniego wykonawcy, interpretuje się pojęcie akcesoryjności w odniesieniu do modeli odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu przestępstwa. Zob. szerzej H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 655 i n.

ne (wyobrażone) zachowanie bezpośredniego wykonawcy, które musi charakteryzować się określonymi normatywnymi właściwościami⁴².

Funkcja normatywnego opisu w znamionach podżegania i pomocnictwa osoby bezpośredniego wykonawcy oraz charakterystyki jego zachowania bywa różnie objaśniana przez przedstawicieli teorii prawa karnego. Sprowadzając rozmaite ujęcia do dwóch przeciwstawnych stanowisk, można wskazać, że przyjmuje się, iż podżeganie i pomocnictwo zrelacjonowane jest do możliwego z uwagi na układ okoliczności faktycznych i przesłanki normatywne zachowania bezpośredniego wykonawcy, które gdyby zostało rzeczywiście zrealizowane, mogłoby stanowić podstawę odpowiedzialności bezpośredniego wykonawcy za sprawstwo. W ujęciu alternatywnym podstawy karalności podżegania i pomocnictwa poszukuje się w ich własnych zachowaniach, odrywając je od tego, co łączy się z zachowaniem bezpośredniego wykonawcy. W pierwszym z wymienionych ujęć odpowiedzialność za podżeganie i pomocnictwo uzasadniana jest z uwagi na zwiększenie prawdopodobieństwa karalnego naruszenia normy sankcjonowanej przez bezpośredniego wykonawcę. W drugim z podejść karalność podżegania i pomocnictwa zasadza się na autonomicznym ataku na dobro prawne objawiającym się zachowaniem nakłaniającego lub ułatwiającego.

Normatywna charakterystyka zachowania bezpośredniego wykonawcy i jego faktyczne determinanty powiązane są w strukturze znamion podżegania i pomocnictwa z zachowaniem nakłaniającego lub ułatwiającego. Zachowanie nakłaniającego lub ułatwiającego ma swoją własną normatywną charakterystykę, jednak nie określoną autonomicznie, lecz w powiązaniu z faktyczną i normatywną charakterystyką zachowania bezpośredniego wykonawcy. Podżeganie i pomocnictwo to wszak formy przestępnego współdziałania, w których podstawy odpowiedzialności

⁴² Trafnie ujmują tę kwestię H.H. Jescheck i T. Weigend, podkreślając, że w pytaniu o akcesoryjność chodzi w istocie o ustalenie, jakie właściwości musi mieć czyn bezpośredniego wykonawcy, by stanowił adekwatny punkt odniesienia (czy też zakorzenienia) dla odpowiedzialności podżegacza lub pomocnika. Innymi słowy chodzi tutaj o faktyczne lub normatywne przesłanki wiążące odpowiedzialność za nakłanianie lub ułatwianie z zachowaniem (choćby potencjalnym) bezpośredniego wykonawcy. Zob. szerzej H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 655 i n.

odnoszą się do dwóch co najmniej podmiotów współuczestniczących w popełnieniu czynu zabronionego. W tym kontekście trzeba zaznaczyć, że właśnie z uwagi na zaliczenie konstrukcji podżegania i pomocnictwa do postaci współdziałania w popełnieniu przestępstwa nie jest możliwa taka rekonstrukcja znamion typu podżegania i pomocnictwa, która sprowadzałaby te postaci do kolejnej odmiany sprawstwa pojedynczego. Zakazane (nakazane) jest nakłanianie lub ułatwianie popełnienia przez bezpośredniego wykonawcę zakazanego i karalnego czynu. Choć karalne naruszenie przez bezpośredniego wykonawcę zakazu lub nakazu określonego zachowania nie musi zostać rzeczywiście zrealizowane, możliwość jego popełnienia stanowi konstytutywny warunek podżegania lub pomocnictwa. Podżeganie i pomocnictwo czerpią swój karnoprawny sens i uzasadnienie karalności właśnie z powiązania zachowania nakłaniającego lub ułatwiającego z zachowaniem bezpośredniego wykonawcy⁴³. Stopień, w jakim odpowiedzialność nakłaniającego lub ułatwiającego uniezależniona jest od odpowiedzialności lub wręcz podjęcia rzeczywistego zachowania przez bezpośredniego wykonawcę, wynika z przyjmowanych założeń kryminalnopolitycznych i właściwości konstrukcyjnych, nie zmienia jednak tego, że podżeganie i pomocnictwo pozostają odmianami przestępnego współdziałania.

Te właściwości konstrukcyjne podżegania i pomocnictwa przesądzają, że elementem opisu znamion tych postaci współdziałania jest osoba i zachowanie bezpośredniego wykonawcy. Nie ma wątpliwości, że opis zachowania bezpośredniego wykonawcy w znamionach podżegania i pomocnictwa obejmuje zarówno jego charakterystykę faktyczną (obiektywną możliwość jego realizacji), jak i charakterystykę normatywną (obejmującą płaszczyznę zakazu/nakazu oraz karalności). Pojęcie

⁴³ W judykaturze przyjmuje się, że uzasadnieniem odpowiedzialności podżegacza (pomocnika) jest postulat ochrony dobra prawnego przed zachowaniem określonym w typie czynu zabronionego, do którego dokonania nakłania podżegacz. „Przez czynność nakłaniania podżegacz samoistnie, swoim własnym zachowaniem naraża dobro prawne na niebezpieczeństwo, stąd też podżeganie stanowi karalną postać zachowania godzącego w to dobro na wcześniejszym etapie niż dokonanie” – J. Giezek, K. Lipiński [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021, s. 188. Zob. też szerzej w tej kwestii P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 598 i n.; a także wyrok SA w Łodzi z 13.03.2008 r., II AKa 17/08, „Prokuratura i Prawo” 2009/5, poz. 9.

czynu zabronionego służące do syntetycznego określenia zachowania bezpośredniego wykonawcy w standardowym układzie konkretyzowane jest przez przepis typizujący określający podstawy odpowiedzialności za sprawstwo pojedyncze.

W wypadkach transgranicznego podżegania i pomocnictwa wskazuje się na dwa możliwe sposoby uadekwatnienia znamienia odsyłającego. Pierwszy opiera się na wskazaniu przepisu typizującego określającego płaszczyznę zakazu lub nakazu w miejscu, w którym znajduje się bezpośredni wykonawca, a więc miejscu, gdzie ma dojść do objętego nakłanianiem lub ułatwianiem zachowania. W konfiguracjach transgranicznych oznacza to wskazanie na treść prawa obcego, właściwego dla miejsca bezpośredniego wykonawcy. W podejściu alternatywnym przyjmuje się, że podżeganie i pomocnictwo ujęte zostało w sposób samodzielny, w którym charakterystyka faktyczna i normatywna zachowania bezpośredniego wykonawcy ujęta została w sposób autonomiczny. W ramach tego modelu objaśniania podstaw odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo nakłanianie lub ułatwianie zrelacjonowane jest w znamionach typu podżegania i pomocnictwa do takiego zachowania bezpośredniego wykonawcy, które z perspektywy norm wiążących podżegacza lub pomocnika byłoby zakazane pod groźbą kary⁴⁴. W konsekwencji zachowanie sprawcy bezpośredniego służy jedynie „dla oszacowania skali negatywnych następstw działań podżegacza – nie ma znaczenia normatywnego”.

Odpowiedź na pytanie o właściwy model rekonstrukcji normatywnych podstaw odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo ma – jak trafnie wskazuje się w piśmiennictwie – zasadnicze znaczenie w procesie odtworzenia normatywnych i faktycznych przesłanek odpowiedzialności za te formy popełnienia przestępstwa w konfiguracjach transgranicznych.

Przyjęcie za podstawę analizy pierwszego ze wskazanych wyżej sposobów objaśniania normatywnej istoty podżegania i pomocnictwa przesądzać będzie bowiem, że punktem odniesienia oceny zachowania bezpośredniego wykonawcy (także przy przyjęciu, iż jego rzeczywiste popełnienie

⁴⁴ Tak D. Zając, *Odpowiedzialność karna za czyny...*, s. 386 i n.

nie należy do znamion niesprawczych postaci współdziałania) będą zasadniczo rozwiązania prawne obowiązujące w miejscu, w którym znajduje się bezpośredni wykonawca, lub w miejscu, w którym ma wedle zamiaru nakłaniającego lub ułatwiającego popełnić swoje zachowanie⁴⁵. Poza wypadkami przewidzianymi w zasadach prawa karnego międzynarodowego, określonymi w Kodeksie karnym, w razie transgranicznego podżegania i pomocnictwa normatywnym punktem odniesienia dla oceny zachowania bezpośredniego wykonawcy będzie prawo wiążące bezpośredniego wykonawcę. W układach transgranicznych zrębowy przepis art. 18 § 2 i 3 k.k. z uwagi na znamię odsyłające wskazywał będzie na konieczność uadekwatnienia poprzez rozwiązania prawne miejsca, w którym znajduje się bezpośredni wykonawca, lub miejsca, gdzie dojść ma do popełnienia czynu przez bezpośredniego wykonawcę. Zasadniczo będzie to tym samym odesłanie do obcego systemu prawa karnego. Uadekwatnienie klauzuli odsyłającej, ujętej w postaci zwrotu „czyn zabroniony”⁴⁶, następować będzie poprzez uwzględnienie regulacji zawartych w obcym porządku prawnym⁴⁷.

Opowiedzenie się za modelem alternatywnym autonomizować będzie normatywne warunki odnoszące się do zachowania bezpośredniego wykonawcy poprzez wykorzystanie dla tej oceny regulacji odnoszących się do nakłaniającego lub ułatwiającego. Opowiedzenie się za jednym z opisanych wyżej modeli determinować będzie sposób rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności w przypadkach transgranicznego podżegania i pomocnictwa.

⁴⁵ Zob. A. Liszewska, *Podżeganie i pomocnictwo a usiłowanie*, „Państwo i Prawo” 2000/6, s. 54 i n.

⁴⁶ Zgodnie z art. 18 § 2 k.k.: „Odpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego”, zaś w świetle art. 18 § 3 k.k.: „Odpowiada za pomocnictwo, kto w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, swoim zachowaniem ułatwia jego popełnienie”.

⁴⁷ Wskazanie na regulacje obcego porządku prawnego jako źródło normatywne służące do uadekwatnienia normy sankcjonowanej charakteryzującej podżeganie i pomocnictwo nie oznacza jednak, że jest to wyłączony element normatywny, jaki wziąć należy pod uwagę, dokonując oceny podstaw odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo w konfiguracjach transgranicznych.

Poszukując rozwiązania powyższego dylematu, warto wziąć pod uwagę regulacje przyjmowane w innych systemach prawnych, gdzie przewidziano szczególne rozwiązania dotyczące znaczenia regulacji obcych reżimów prawnych dla odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo. Interesujące są postanowienia prawa angielskiego i walijskiego, przewidujące odpowiedzialność podżegacza działającego z terytorium kraju nakłaniającego do popełnienia przestępstw pedofilskich za granicą, bez względu na treść tamtejszego prawa⁴⁸, oraz niemieckiego, statuującego w § 9 (2) StGB⁴⁹, że to prawo niemieckie jest podstawą prawnokarnych ocen także w sytuacji, gdy czyn popełniony przez sprawcę głównego za granicą nie stanowi przestępstwa wedle tamtejszego prawa. Brak tego typu regulacji w polskim systemie prawa uznać należy za znaczący⁵⁰.

W świetle przedstawionych wyżej rozważań zdaje się nie budzić wątpliwości, że określona faktyczna i normatywna charakterystyka zachowania bezpośredniego wykonawcy stanowi konstytutywny element znamion typu podżegania i pomocnictwa oraz uzasadnienie odpowiedzialności za te postaci współdziałania. W przypadku podżegania i pomocnictwa chodzi bowiem zasadniczo o takie zachowania, które stwarzają (abstrakcyjne

⁴⁸ The Sexual Offences (Conspiracy and Incitement) Act 1996.

⁴⁹ Strafgesetzbuch (StGB, niemiecki kodeks karny) § 9 (2): „Die Teilnahme ist sowohl an dem Ort begangen, an dem die Tat begangen ist, als auch an jedem Ort, an dem der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem nach seiner Vorstellung die Tat begangen werden sollte. Hat der Teilnehmer an einer Auslandstat im Inland gehandelt, so gilt für die Teilnahme das deutsche Strafrecht, auch wenn die Tat nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht ist”.

⁵⁰ Szczególnie wymowne jest rozwiązanie przyjęte w § 9 StGB, opartym w zakresie odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo na koncepcji udziału w cudzym przestępstwie (*Teilnahme*), współcześnie zmodyfikowanej w kierunku tzw. ograniczonej akcesoryjności. Niezależnie od odmienności modelu niemieckiego i polskiej konstrukcji podżegania i pomocnictwa warto podkreślić, że w obu wypadkach istotne znaczenie ma normatywna i faktyczna charakterystyka czynu bezpośredniego wykonawcy. Przesądza to, że bezprawność zachowania nakłaniającego lub ułatwiającego zasadza się w pewnym co najmniej zakresie na bezprawności zachowania bezpośredniego wykonawcy. Jeśli podstawy odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo w jakichś układach miałyby zostać oderwane od tej zależności, niezbędne jest wprowadzenie do ustawy karnej szczególnego rozwiązania. Regulacja zawarta w § 9 StGB odnosi się do zagadnienia miejsca popełnienia podżegania i pomocnictwa, zawierając regulację zrywającą z akcesoryjnością w zakresie braku karalności czynu bezpośredniego wykonawcy popełnionego za granicą.

lub konkretne – to kwestia w polskim piśmiennictwie sporna) zagrożenie dla chronionych przez prawo dóbr poprzez oddziaływanie na bezpośredniego wykonawcę i tworzenie w ten sposób zagrożenia ich narażenia na niebezpieczeństwo lub naruszenia w razie zrealizowania stanowiącego przedmiot nakłaniania lub ułatwiania zachowania bezpośredniego wykonawcy. Innymi słowy także w przypadku odrzucenia akcesoryjności podżegania i pomocnictwa te formy oparte są na koniecznym związku z zachowaniem bezpośredniego wykonawcy (w razie odrzucenia akcesoryjności jedynie konstrukcyjnym, związanym z możliwością podjęcia tego zachowania przez bezpośredniego wykonawcę). Oznacza to, że dla realizacji znamion podżegania i pomocnictwa konieczne jest ustalenie, że stanowiące przedmiot czynności nakłaniania lub ułatwiania zachowanie bezpośredniego wykonawcy, gdyby zostało podjęte, byłoby bezprawne i karalne. Ten warunek akceptowany jest w każdym z zarysowanych wyżej modeli uadekwatniania znamienia odsyłającego. Przesądzenie tych przesłanek wymaga tym samym dokonania wartościowania zachowania bezpośredniego wykonawcy (co najmniej wyobrażonego) w kontekście obiektywnej możliwości jego dokonania oraz normatywnej kwalifikacji. W tym zakresie chodzi zatem o przesłanki odpowiedzialności odnoszące się do sprawstwa, zachowanie bezpośredniego wykonawcy, pomijając możliwe przypadki tzw. łańcuszkowego podżegania i pomocnictwa, gdyby zostało zrealizowane, przyjmowałoby postać sprawstwa (zasadniczo pojedynczego). Stwierdzenie tych przesłanek w istocie przesądza o kwestii normatywnych podstaw odpowiedzialności bezpośredniego wykonawcy za sprawstwo⁵¹. Brak obiektywnej możliwości zrealizowania zachowania stanowiącego przedmiot nakłaniania lub ułatwiania przez bezpośredniego wykonawcę lub jego prawną irrelewantność – np. z uwagi na brak właściwości po stronie bezpośredniego wykonawcy wymaganych przez regulacje prawne czy brak stosownego zakazu/nakazu odnoszącego się do tego zachowania lub brak karalności – powoduje, iż nie jest możliwe dokonanie podżegania lub pomocnictwa. W zależności od okoliczności podstawą odpowiedzialności może być ewentualnie konstrukcja usiłowania nieudolnego, gdy nakłaniający lub ułatwiający pozostaje w błędzie co do tych elementów i zmierza

⁵¹ Stwierdzenie tych okoliczności nie oznacza bynajmniej przesądzenia wszelkich przesłanek decydujących o odpowiedzialności karnej bezpośredniego wykonawcy.