

POSTANOWIENIE Z DNIA 9 LUTEGO 2010 R.

II KK 198/09

1. Nie jest dopuszczalne, bez uzyskania wyraźnej zgody oskarżonego, wykorzystanie w celach dowodowych materiału pochodzącego z tzw. badań przesiewowych wówczas, gdy zachowany został taki materiał, którego oskarżony nie byłby zobowiązany – z uwagi na rodzaj badań objętych treścią art. 74 § 2 k.p.k. – dostarczyć występując w charakterze podejrzanego, a przy którego pobraniu w trybie art. 192a § 1 k.p.k. nie jest wymagana zgoda osoby objętej badaniem eliminacyjnym.

2. Sprawca przestępstwa określonego w art. 235 k.k., podejmując podstępne zabiegi mające na celu skierowanie przeciwko określonej osobie ścigania o przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wykroczenie, wykroczenie skarbowe lub przewinienie dyscyplinarne, działać może osobiście lub pośrednio, to jest przez osobę trzecią.

Przewodniczący: Prezes SN L. Paprzycki.

Sędziowie: SN S. Zabłocki (sprawozdawca), SA (del. do SN) K. Klugiewicz.

Prokurator Prokuratury Krajowej: Z. Goszczyński.

Sąd Najwyższy w sprawie Pawła L., skazanego z art. 235 k.k., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 9 lutego 2010 r., kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 12

marca 2009 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w W. z dnia 5 września 2008 r.,

o d d a ł kasację jako oczywiście bezzasadną (...).

UZASADNIENIE

Paweł L. został oskarżony o to, że „w dniach 17, 20 oraz 28 marca 2006 r., będąc osadzonym w areszcie śledczym, czynem ciągłym, działając ze z góry powziętym zamiarem, wspólnie i w porozumieniu z nieustaloną osobą, nakłonił ją do pisania listów do Sądu Rejonowego (...) oraz Sądu Okręgowego i Prokuratury Okręgowej w (...), zawierających samooskarżenie i kierujące przeciwko Michałowi J. postępowanie o przestępstwa, których ten nie popełnił”, tj. o czyn z art. 235 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Rejonowy w W., wyrokiem z dnia 5 września 2008 r., uznał Pawła L. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i za to, na podstawie art. 235 k.k., wymierzył mu karę 10 miesięcy pozbawienia wolności.

Wyrok ten zaskarżył apelacją obrońca oskarżonego, zarzucając wyrokowi Sądu pierwszej instancji:

„I. obrazę przepisów postępowania – art. 192a k.p.k., poprzez pobranie w postępowaniu przygotowawczym od występującego w charakterze świadka Pawła L. próbek pisma m.in. w celu ustalenia czy rękopisy dowodowe i podpisy zostały nakreślone przez Pawła L.;

II. obrazę przepisów prawa materialnego – art. 18 § 2 k.k. poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy oskarżonemu przedstawiono zarzut «nakłaniania»;

III. sprzeczność pomiędzy sentencją wyroku a jego uzasadnieniem, poprzez pominięcie w sentencji wyroku art. 12 k.k. w sytuacji, gdy w opisie zarzutu, jak i uzasadnieniu wyroku art. 12 k.k. został przywołany”.

W konkluzji apelacji obrońca wniósł o „uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji”.

Sąd Okręgowy w W., po rozpoznaniu apelacji, wyrokiem z dnia 12 marca 2009 r., utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, uznając apelację obrońcy za oczywiście bezzasadną.

Od powyższego prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego, kasację wniósł obrońca skazanego, formułując – na zasadzie art. 523 k.p.k. – zarzut rażącego naruszenia prawa, mogącego mieć wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

I. obrazę przepisów postępowania – art. 192a k.p.k., poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na pobraniu próbek pisma w celach innych niż „cele eliminacyjne”, to jest w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów;

II. obrazę przepisów prawa materialnego – art. 235 k.k. w zw. z art. 18 § 2 k.k., poprzez błędne przyjęcie, że nakłonienie innej osoby, której tożsamości nie udało się ustalić, stanowi formę współsprawstwa w ramach art. 235 k.k., w sytuacji gdy nakłonienie stanowiło formę niesprawczą „podżegania”, określoną w art. 18 § 2 k.k.

W konkluzji kasacji obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy „właściwemu sądowi do ponownego rozpoznania”.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator, działający jako przedstawiciel Prokuratury Okręgowej w W., wniósł o jej oddalenie, jako oczywiście bezzasadnej.

W trakcie rozprawy kasacyjnej obrońca skazanego poparł kasację wraz z jej wnioskiem końcowym, wnosząc nadto o zasądzenie kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, zaś prokurator Prokuratury Krajowej wniósł o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej.

Rozpoznając skargę kasacyjną, zgodnie z dyrektywą art. 536 k.p.k. w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, a nadto po stwierdzeniu, że nie występują przesłanki określone w art. 439 i 455 k.p.k., Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że kasacja jest bezzasadna i to w stopniu oczywistym, w rozumieniu art. 535 § 3 k.p.k. Pomimo tego, że orzeczenie wydane zostało w sytuacji procesowej, w której nie jest wymagane pisemne jego uzasadnienie, Sąd kasacyjny zdecydował jednak o sporządzeniu pisemnych motywów postanowienia, z uwagi na potrzebę dodatkowego naświetlenia niektórych kwestii z zakresu interpretacji prawa procesowego, jak i prawa materialnego.

Na wstępie, należy dostrzec, że w skardze kasacyjnej praktycznie powtórzona została argumentacja zawarta w apelacji obrońcy, co w sytuacji, gdy w kasacji nie zarzucono sądowi odwoławczemu obrazy art. 433 § 2 k.p.k. albo art. 457 § 3 k.p.k., pozwalałoby na postawienie tezy, iż skarga w sposób niedopuszczalny zwrócona jest bezpośrednio przeciwko orzeczeniu sądu pierwszej instancji. Sąd Najwyższy przyjął jednak, że w sposób dorozumiany autor kasacji odwołał się do tego zapatrywania, prezentowanego także w orzecznictwie kasacyjnym, zgodnie z którym zamieszczenie w kasacji zarzutu, który wcześniej był przedmiotem kontroli apelacyjnej, nie jest w sposób bezwzględny wykluczone. Można bowiem ponownie podnieść taki zarzut, jeśli w następstwie niedostrzeżenia problemu przez sąd odwoławczy albo w wyniku błęd-

nego poglądu prawnego sądu odwoławczego zaistniał tzw. efekt przeniesienia, w wyniku którego orzeczenie sądu drugiej instancji nadal jest obarczone wcześniej już sygnalizowanym uchybieniem (zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2007 r., V KK 205/06, R-OSNKW 2007, poz. 694).

Źródła obrazu przepisu art. 192a k.p.k., mającej istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, obrońca upatruje w tym, że próbka pisma pobrana została od Pawła L. w dacie, gdy występował on w sprawie jeszcze w charakterze świadka, a treść powoływanego przepisu zamieszczona jest w Rozdziale 21. Kodeksu postępowania karnego, zatem – zdaniem obrońcy – próbka ta powinna być następnie zniszczona i nie wolno jej było w jakikolwiek sposób wykorzystać po dacie, gdy Paweł L. uzyskał status podejrzanego. W konsekwencji, obrońca wywodzi, że pobrana próbka, którą poddał badaniu ekspert pisma ręcznego, a następnie powołał się na tę ekspertyzę sąd orzekający, została wykorzystana „w sposób oczywisty sprzeczny z brzmieniem przepisu art. 192a k.p.k.”.

Co prawda, w realiach procesowych niniejszej sprawy, istotnie, doszło do naruszenia przepisu art. 192a k.p.k., ale – po pierwsze, nie w sposób, w jaki podnosi to obrońca w skardze kasacyjnej, po drugie, naruszenie to nie miało jakiegokolwiek wpływu na treść prawomocnego orzeczenia. Już założenia wyjściowe przyjęte przez obrońcę są błędne. Sam fakt, że w dacie pobrania od Pawła L. próbki pisma, nie został mu jeszcze oficjalnie przedstawiony zarzut, nie oznacza, że w dniu 31 października 2006 r., z uwagi na wcześniejsze oświadczenia złożone przez pokrzywdzonego Michała J. i wcześniej przyjęte od wyżej wymienionego świadka zawiadomienie o przestępstwie, późniejszy skazany nie znajdował się w kręgu osób podejrzewanych o popełnienie przestępstwa. Uwzględniając realia dowodowe niniejszej sprawy stwier-

dzić można, że wręcz był w najściślejszym kręgu osób podejrzewanych. Znajdował się on zatem w typowej sytuacji, w jakiej dopuszczalne jest pobranie m.in. próbki pisma w tzw. celach eliminacyjnych. Rozwiązanie przyjęte w § 1 art. 192a k.p.k. umożliwia pobieranie odcisków daktyloskopijnych, śliny, zapachu, włosów, prób pisma i utrważeń głosu oraz fotografowanie „w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów”. Oznacza to, że przepis ten dotyczy zarówno osób podejrzewanych, których krąg chce się zawęzić, jak i innych osób, dla stworzenia stosownego wąskiego kręgu „osób podejrzanych” albo ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów. Osoba podejrzana, to przecież dopiero taka osoba, co do której istnieje zasadne przypuszczenie, że może ona być sprawcą przestępstwa. Skoro omawiany przepis pozwala dokonywać wskazanych w nim czynności dla zawężenia kręgu tych osób albo dla ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów, tym samym zakłada, że chodzi o sytuacje, gdy osoby takie już istnieją, a celem podejmowanego działania jest odpowiednie zmniejszenie liczby tych osób albo wykluczenie niektórych z nich z tego kręgu. Przepis ten ukierunkowany jest jednak także i na to, aby ustalić, które z „podejrzewanych” osób mogą w ogóle należeć do kręgu osób podejrzanych lub które z ujawnionych śladów wiążą się z przestępstwem i mają znaczenie dowodowe dla postępowania [(por. np. T. Grzegorzczak: Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz, Warszawa 2008, s. 445; L. K. Paprzycki (w): J. Grajewski (red.): Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 2006, t. I, s. 546)]. Takiej funkcji analizowanego przepisu nie zmienia to, że czynności określone w treści art. 192a § 1 k.p.k. mianem „pobrania” w sposób typowy nakierowane są również na osoby „podejrzewane”, tyle tylko, że przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów, ani też fakt, że dochodzi do nich w fazie gdy postępowanie toczy się jeszcze

„w sprawie”, a nie przeciwko określonej osobie, ani nawet to, że przepis ten został zamieszczony w przepisach o świadkach. Ten ostatni wzgląd nakazuje natomiast, z przyczyn gwarancyjnych, związanych z postulatem możliwie minimalnej ingerencji w sferę swobód obywatelskich, niezwłoczne usunięcie z akt i zniszczenie materiału „zbędnego dla postępowania”.

Podsumowując tę część rozważań należy dojść zatem do wniosku, że – wbrew supozycjom obrońcy – nie stanowiło jakiegokolwiek naruszenia prawa pobranie od Pawła L. próbki pisma na etapie postępowania, na którym co prawda miał jeszcze jedynie status świadka, ale był już podejrzewany o popełnienie przestępstwa określonego w art. 235 k.k.

Z kolei rozważyć należy, czy pobrana próbka pisma musiała być zniszczona na tym etapie postępowania, gdy Paweł L. uzyskał już status podejrzanego, a następnie oskarżonego. Zdaniem Sądu Najwyższego, przepis art. 192a § 1 zd. 2 k.p.k. nie obligował do jej niezwłocznego zniszczenia. Istotne jest to, że powyższe stwierdzenie odnieść należy do materiału, który pobrany został od osoby, co do której potwierdziło się przypuszczenie, iż jej status osoby „podejrzewanej” powinien ulec zmianie na status podejrzanego, nie zaś do pozostałego materiału. Zgodnie ze zdaniem drugim art. 192a § 1 k.p.k., po wykorzystaniu w sprawie, w której dokonano pobrania lub utrwalenia, należy niezwłocznie usunąć z akt i zniszczyć materiał „zbędny dla postępowania”. Dotyczy to wszystkich tych części materiału pobranego i utrwalonego, które pochodzą od osób, które – jak wykazały badania – mylnie były zaliczone do kręgu osób podejrzewanych lub tych, co do których nie istniały nawet bliżej sprecyzowane podejrzenia, ale poddanie ich procedurze tzw. badań przesiewowych uzasadnione było potrzebą odpowiedniego zawężenia kręgu takich osób. To ten właśnie materiał uznać bowiem należy za „zbędny dla postępowania”. Zdanie ostatnie przepisu art. 192a § 1 k.p.k. ma na celu zapobieżenie

sytuacji, w której Policja lub inny organ ścigania tworzyłaby, na podstawie wyników badań przesiewowych, swoisty bank danych o obywatelach, w tym także całkowicie przypadkowo uwikłanych w prowadzone postępowanie karne. O ile jednak dyrektywa zawarta w treści art. 192a § 1 k.p.k. ma stanowić blokadę przeciwko przyzwoleniu na zbędne naruszanie prywatności obywateli poprzez tworzenie banków danych w oparciu o materiał pozyskany w okolicznościach, które – jak się finalnie okazało – nie upoważniały organów państwa do ingerencji w tę prywatność, o tyle nie może być ona rozumiana jako bezwzględny nakaz zniszczenia całości materiału pozyskanego podczas czynności przeprowadzonych w trybie art. 192a § 1 k.p.k. Materiał, który nie okazał się „zbędny dla postępowania”, może, a nawet powinien, pozostać w aktach sprawy i w niektórych sytuacjach może on być wykorzystany w toku dalszego postępowania. Za wnioskiem, że nakaz wynikający z art. 192a § 1 k.p.k., który jest wyrazem poszanowania gwarantowanego przez art. 47 Konstytucji RP prawa do prywatności, dotyczy jedynie materiału „zbędnego dla postępowania” przemawia nie tylko wyraźna treść przepisu, a więc wykładnia językowa, ale także wykładnia historyczno-celowościowa [(por. wypowiedzi poprzedzające wprowadzenie do kodeksu postępowania karnego w tzw. noweli styczniowej tej właśnie jednostki redakcyjnej – Biuletyn z posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do Spraw Zmian w Kodyfikacjach (nr 8), odbytego w dniu 24 września 2002 r., wyd. Biura Informacyjnego Kancelarii Sejmu, Nr 995/IV kad., s. 4-8)]. Podsumowując z kolei tę część rozważań, wskazać zatem należy, że niezwłocznemu usunięciu z akt i zniszczeniu podlega tylko ten materiał pobrany i utrwalony w trybie art. 192a § 1 k.p.k., który jest „zbędny dla postępowania”, a nie całość materiału uzyskanego w tym trybie.

Odrębnym zagadnieniem jest to, czy, i ewentualnie w jaki sposób, możliwe jest przekształcenie tego „pozostawionego” w aktach sprawy materiału w

dowód, także po wszczęciu postępowania karnego w stosunku do określonej osoby. W tej kwestii autor skargi kasacyjnej bądź to wykazał całkowite niezrozumienie wypowiedzi jednego z komentatorów, bądź też dokonał świadomej manipulacji opublikowanym tekstem. Zacytowany na k. 2 skargi kasacyjnej pogląd W. Grzeszczyka zawarty (w): Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2008, s. 189, dotyczy jedynie przeprowadzonych w celach eliminacyjnych badań za pomocą środków technicznych, mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu osoby badanej (w praktyce – tzw. badań poligraficznych), o których mowa jest w art. 192a § 2 k.p.k. Wyniki takich badań służą, istotnie, jedynie celom eliminacyjnym i w żadnym wypadku nie mogą być dowodem przeciwko osobie badanej, gdyby uzyskała ona status podejrzanego (oskarżonego). Dopuszczenie takiej możliwości stanowiłoby bowiem obejście zakazu określonego w art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. Przeprowadzone w celu określonym w art. 192a § 1 k.p.k. badanie wariograficzne nigdy nie może zatem na dalszym etapie postępowania zostać przekształcone w dowód przeciwko osobie badanej, co do jej sprawstwa i winy, gdyby stała się ona następnie podejrzanym i oskarżonym (por. T. Grzegorzczak: *op. cit.*, s. 446).

Odmienne przedstawia się jednak rozważane zagadnienie w odniesieniu do materiałów uzyskanych w trakcie badania przesiewowego, które z uwagi na ich charakter zasadnie nie zostały uznane za „zbędne dla postępowania”, w rozumieniu zdania drugiego art. 192a § 1 k.p.k., a ich wykorzystanie nie jest objęte wyraźnym zakazem dowodowym. W odniesieniu do tych materiałów sytuacja jest, zdaniem Sądu Najwyższego, znacznie bardziej zniuansowana. Co prawda, *lege artis* materiał taki powinien być poddany ocenie biegłego, powołanego w trybie art. 193 i nast. k.p.k., tym razem nie pod kątem określenia cech eliminacyjnych, ale jako materiał służący ustaleniu okoliczno-

ści o charakterze pozytywnym, np. czy pobrana próbka pochodzi od konkretnej osoby. Przy czym, jeśli zgodnie z art. 74 § 2 k.p.k. określone badaniu oskarżony jest zobowiązany poddać się, wówczas dla przeprowadzenia owej ekspertyzy w ogóle obojętne jest stanowisko podejrzanego. Jeśli zaś tak, to względy racjonalności przemawiałyby nawet za poglądem, że w sytuacji, gdy zachowana, z poszanowaniem treści art. 192 § 1 *in fine* k.p.k., część wyników tzw. badań przesiewowych ma charakter nie tylko eliminacyjny, ale nadto w sposób kategoriyczny pozytywnie weryfikuje podejrzanego nie tylko jako osobę, od której pobrano materiał próbny, ale także jako osobę, której dotyczy ślad dowodowy, wówczas przeprowadzanie takiej dodatkowej ekspertyzy stanowiłoby swoistą „sztukę dla sztuki”.

Dyskusyjne może być natomiast to, czy dopuszczalne jest przeprowadzenie ekspertyzy z wykorzystaniem materiału pochodzącego z badań przesiewowych albo wykorzystanie jako dowodu dotychczasowej *quasi*-ekspertyzy, zawierającej w odniesieniu do osoby podejrzanego tezy stanowcze, a nie tylko o charakterze eliminacyjnym, wówczas gdy zachowany został taki materiał, którego oskarżony nie byłby zobowiązany dostarczyć występując w charakterze podejrzanego, z uwagi na rodzaj badań objętych treścią art. 74 § 2 k.p.k., a przy którego pobraniu w trybie art. 192a § 1 k.p.k. nie jest wymagana zgoda osoby objętej badaniem eliminacyjnym. Zdaniem Sądu Najwyższego w niniejszym składzie, należy uznać, że w odniesieniu do takiego materiału wykorzystanie go w celach dowodowych, bez wyraźnej zgody oskarżonego, nie jest dopuszczalne. Tak sformułowanego zarzutu skarga kasacyjna nie zawierała.

Jednak nawet wówczas, gdyby – z zastosowaniem dyrektywy określonej w art. 118 § 1 i 2 k.p.k. – odczytać nieprecyzyjny wywód kasacji, jako upatrujący naruszenia art. 192a § 1 k.p.k. w procedowaniu niezgodnym z zapa-

trywaniem przedstawionym w poprzednim akapicie uzasadnienia, i tak zarzut ten nie byłby skuteczny, albowiem uchybienie polegające na braku uzyskania stanowiska oskarżonego w tym przedmiocie, w realiach niniejszej sprawy nie mogło mieć jakiegokolwiek (a nie tylko istotnego, jak wymaga tego art. 523 § 1 k.p.k.) wpływu na treść zaskarżonego orzeczenia. Autor kasacji nie zwrócił bowiem uwagi na to, że opinia biegłego, oparta na materiale uzyskanym w trybie przesiewowym, dotycząca tego, które pisma napisane zostały ręką Pawła L., które zaś pisma nie pochodzą z jego ręki, odpowiada dokładnie wyjaśnieniom oskarżonego, złożonym w warunkach pełnej swobody wypowiedzi, która to okoliczność na żadnym etapie postępowania nie była kwestionowana. Oskarżony przeczył, aby był autorem pism z k. 1, 3 i 4 akt sprawy, takie są też wnioski opinii eksperta z zakresu kryminalistycznych badań dokumentów, pisma ręcznego i podpisów i takie ustalenie faktyczne przyjął Sąd w prawomocnym wyroku. Z kolei, tego że gryps z k. 20 akt sprawy jest pisany jego ręką, Paweł L. nie kwestionował, przyznając się do winy, zaś okoliczność ta mogła być ustalona także w sposób równie stanowczy w oparciu o zeznania św. Michała J., którym Sąd dał wiarę, a której to oceny nie kontestowano ani w skardze apelacyjnej, ani w skardze kasacyjnej.

Mając na uwadze powyższe argumenty, zarzut natury procesowej, sformułowany w pkt I kasacji, nie mógł zatem stanowić skutecznej podstawy wzruszenia prawomocnego wyroku.

W drugiej części niniejszego uzasadnienia wyjaśnić należy, dlaczego bezzasadny okazał się również zarzut rażącej obrazu prawa materialnego, podniesiony w pkt II skargi kasacyjnej.

Co do zasady, obrońca ma rację, że przypisanie sprawstwa *sensu largo*, w postaci nakłaniania innej osoby do określonego zachowania, nakazuje

w pierwszej kolejności rozważyć, czy takie działanie nie powinno być zakwalifikowane jako podżeganie.

Autor skargi kasacyjnej nie zwrócił jednak uwagi na dwie okoliczności.

Po pierwsze, na charakterystyczny element opisu czynu zarzucanego, a następnie przypisanego, Pawłowi L. („działając....wspólnie i w porozumieniu z nieustaloną osobą”), poprzedzający sformułowanie o „nakłonieniu” tej osoby do pisania listów zawierających samooskarżenie i kierujących przeciwko Michałowi J. postępowania o przestępstwa, których ten nie popełnił. Już z tego opisu wynika, że zarówno oskarżyciel publiczny, jak i sądy orzekające, nie w wyniku braku należytej refleksji, ale w rezultacie świadomej decyzji, w działaniu oskarżonego upatrywały nie podżegania innej osoby do popełnienia czynu stypizowanego w art. 235 k.k., ale współsprawstwa *sensu stricto*, polegającego na tym, że podstępne zabiegi podjęte przez oskarżonego w celu określonym w tym przepisie nieprzypadkowo, objęły już samo odnalezienie innej osoby, gotowej własnoręcznie sfabrykować rzekome autooskarżenie Michała J. Czynności nieustalonej osoby miały służyć jedynie realizacji zamiaru podjętego przez oskarżonego. Oskarżony, używając obrazowego określenia, realizował swój zamiar – stworzenia fałszywych dowodów dla podjęcia ścigania – rękoma osoby trzeciej, której personaliów nie zdołano ustalić z przyczyn dowodowych. Zwolennicy teorii subiektywnej współsprawstwa, w realiach dowodowych niniejszej sprawy, właśnie w działaniach oskarżonego upatrywaliby działania z wolą sprawczą (*cum animo auctoris*), zaś w działaniach nieustalonej osoby trzeciej przeważające cechy pomocnictwa, to jest wolę wzięcia udziału w czynie dokonywanym przez inną osobę (*animus socii*), a mianowicie przez Pawła L. Nie ma również potrzeby przypominania, że w myśl teorii materialno-obiektywnej oraz różnych teorii mieszanych dla przypisania współsprawstwa nie jest konieczne niejako „własnoręczne” wykonywanie czynności

odpowiadającej znamieniu czasownikowemu danego czynu zabronionego, wystarczające jest bowiem zachowanie stanowiące „istotny wkład w realizację wspólnego przestępnego zachowania”. Za wypełnienie owego znamienia czasownikowego przy przestępstwie przypisanym skazanemu Pawłowi L. nie można zresztą uznać „pisania” (listów do organów sądowych i organów ścigania) ale „podjęcie podstępnych zabiegów” i „kierowanie” ścigania przeciwko osobie Michała J.

Po drugie, ten szczególny sposób skompletowania znamion czynu z art. 235 k.k., na który nie zwrócił uwagi autor skargi kasacyjnej, niezasadnie forsując tezę o działaniu Pawła L., li tylko w formie podżegania, eksponowany jest w piśmiennictwie prawniczym. B. Kunicka-Michalska w komentarzu do części szczególnej Kodeksu karnego pod red. A. Wąska (Warszawa 2006, t. II, s. 205) stwierdza: „Podjęcie podstępnych zabiegów, o których mowa w art. 235 k.k., obejmuje **każdą podstępną czynność** kierującą ściganie przeciwko innej osobie. **Sprawca** przy tym **działać może** nawet **pośrednio**, to jest **przez osobę trzecią**”. Pogląd ten autorka wyrażała zresztą już na gruncie art. 249 k.k. z 1969 r., który to przepis stanowił odpowiednik obecnego art. 235 k.k. [(zob. uwagi zawarte w Rozdziale XII: Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości (w): I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.): System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1989, t. IV, cz. II, s. 704)]. Podobnie A. Marek (w): Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2006, s. 437 – 438, zauważa, że „podstępne zabiegi – to wszelkie inne działania we wskazanym wyżej celu (np. **nakłonienie innej osoby do...**)”. Najbardziej radykalny pogląd prezentuje L. Tyszkiewicz (w): M. Filar (red.): Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2008, s. 945, pisząc przy komentowaniu art. 235 k.k.: „Dowody, o których mowa w tym przepisie, nie obejmują zeznań świadków, gdyż słowo «tworzenie» nie

odnosi się do zeznań. Jednak **nakłanianie** do fałszywych zeznań mieści się w zakresie wyrażenia «inne podstępne zabiegi». W tym wypadku **art. 235 wyłącza jako przepis szczególny kwalifikację czynu jako podżeganie do fałszywych zeznań**” (wszystkie podkreślenia – SN).

Sąd Najwyższy także wyraża pogląd, że sprawca przestępstwa określonego w art. 235 k.k., podejmując podstępne zabiegi mające na celu skierowanie przeciwko określonej osobie ścigania o przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wykroczenie, wykroczenie skarbowe lub przewinienie dyscyplinarne, działać może osobiście lub pośrednio, to jest przez osobę trzecią.

W konsekwencji, zarzut naruszenia prawa karnego materialnego, sformułowany w skardze kasacyjnej obrońcy Pawła L., nie jest zasadny. (...)