

74/7/A/2014

WYROK

z dnia 17 lipca 2014 r.

Sygn. akt SK 35/12*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Andrzej Rzepliński – przewodniczący

Marek Kotlinowski

Teresa Liszcz

Piotr Tuleja – sprawozdawca

Andrzej Wróbel,

protokolant: Grażyna Szałygo,

po rozpoznaniu, z udziałem skarżącego oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 17 lipca 2014 r., skargi konstytucyjnej Jacka Rasia o zbadanie zgodności:

art. 13 § 1 i art. 18 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.) „w zakresie, w jakim przepisy te wprowadzają karalność bezskutecznego usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępnego, penalizując subiektywne zachowanie na styku formy stadialnej i dwóch form zjawiskowych popełnienia przestępstwa, bardzo odległe od dokonania czynu zabronionego przez prawo karne, przewidują i zrównują odpowiedzialność za tę postać zachowania przestępnego z realnym zachowaniem”, z art. 2, art. 31 ust. 1, art. 31 ust. 3 i art. 42 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,

o r z e k a:

Art. 13 § 1 i art. 18 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.) w zakresie, w jakim dopuszczają odpowiedzialność karną za usiłowanie podżegania do popełnienia czynu zabronionego, określonego w części szczególnej tej ustawy, jeżeli usiłujący bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach podżegania, są zgodne z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 oraz z art. 31 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

UZASADNIENIE

I

1. W skardze konstytucyjnej z 19 kwietnia 2010 r., uzupełnionej pismem z 28 czerwca 2010 r., Jacek Raś (dalej: skarżący) wniósł o stwierdzenie niezgodności art. 13 § 1, art. 18 § 2 i art. 18 § 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88,

* Sentencja została ogłoszona dnia 28 lipca 2014 r. w Dz. U. poz. 992.

poz. 553, ze zm.; dalej: k.k.) w zakresie, w jakim przepisy te wprowadzają karalność bezskutecznego usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępnego, penalizując subiektywne zachowanie na styku formy stadialnej i dwóch form zjawiskowych popełnienia przestępstwa, bardzo odległe od dokonania czynu zabronionego przez prawo karne, przewidują i zrównują odpowiedzialność za tę postać zachowania przestępnego z realnym zachowaniem, w sposób niezgodny z art. 2, art. 31 ust. 1, art. 31 ust. 3 i art. 42 Konstytucji.

Postanowieniem z 17 stycznia 2012 r., sygn. Ts 103/10, Trybunał Konstytucyjny odmówił nadania dalszego biegu skardze konstytucyjnej w zakresie art. 18 § 3 k.k. Na postanowienie to skarżący złożył zażalenie, którego Trybunał Konstytucyjny postanowieniem z 25 maja 2012 r. nie uwzględnił.

1.1. Skarga konstytucyjna została złożona na tle następującego stanu faktycznego:

Sąd Rejonowy w Lublinie III Wydział Karny wyrokiem z 30 kwietnia 2009 r. (sygn. akt III K 249/04) uznał skarżącego za winnego popełnienia występku z art. 13 § 1 k.k. w związku z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k. i za przestępstwo to, na podstawie art. 229 § 1 k.k. w zw. z art. 14 § 1 k.k. i art. 19 § 1 k.k., wymierzył karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz grzywnę, obciążając jednocześnie skazanego opłatą karną i kosztami sądowymi.

Od powyższego wyroku obrońcy skarżącego wnieśli apelacje do Sądu Okręgowego w Lublinie, który wyrokiem z 2 grudnia 2009 r. (sygn. akt V Ka 759/09) zaskarżony wyrok utrzymał w mocy, uznając obydwie apelacje za oczywiście bezzasadne.

1.2. Skarżący zarzucił niezgodność zakwestionowanych przepisów z regułami stanowienia prawa, w szczególności z wynikającymi z zasady demokratycznego państwa prawnego wymogami określoności przepisów prawa karnego. Wskazał też na ich sprzeczność z istotą wolności człowieka oraz z regułami dopuszczalnych ograniczeń wolności i praw człowieka. Zdaniem skarżącego, doszło do ustanowienia przepisów niedookreślonych, niejasnych i niepoddających się jednoznacznej wykładni, wprowadzających karalność zachowania ocenianego skrajnie subiektywnie, niemającego materialnej cechy przestępstwa, tj. obiektywnej i rzeczywistej szkodliwości społecznej, i niezaskarżonego przez to na represyjną reakcję państwa. Zaskarżona regulacja nadmiernie poszerza zakres odpowiedzialności karnej, a przy tym nie służy ochronie żadnej wartości konstytucyjnej uzasadniającej ingerencję w sferę wolności i praw o najwyższym stopniu intensywności, tj. represji karnej.

W ocenie skarżącego, kwestionowane przepisy kodeksu karnego naruszają zasadę państwa prawnego i sprawiedliwości społecznej, w tym reguły zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz reguły przyzwoitej legislacji, a przede wszystkim prowadzą do sprzecznego z Konstytucją pogwałcenia wolności człowieka oraz ograniczenia korzystania przez jednostkę z gwarancji ochrony wolności i praw osoby pociągniętej do odpowiedzialności karnej i skazanej. Zakwestionowane przepisy nadmiernie poszerzają i skrajnie subiektywizują granice odpowiedzialności karnej za czyn nieprzyjmujący formy przestępstwa dokonanego i bezzasadnie zrównują odpowiedzialność za bezskuteczne podżeganie do pomocnictwa przestępnego z zachowaniem przestępczym, polegającym na sprawczym dokonaniu czynu zabronionego, zbliżając je w konsekwencji do dezaprobowanej we współczesnej kulturze prawnej odpowiedzialności za sam zamiar przestępczy, wbrew przynależnej do jej kanonów zasady *cogitationem nemo patitur*.

1.3. Zdaniem skarżącego, przytoczone przepisy kodeksu karnego są niezgodne z Konstytucją ze względu na zbyt daleko posuniętą kryminalizację i penalizację zachowania

człowieka, które nie powinno rodzić skutku w postaci odpowiedzialności karnej. Zaskarżone przepisy stanowią unormowania niedostatecznie określone, niejasne oraz trudne do jednoznacznej interpretacji, co ewidentnie wynika z przytoczonego w treści skargi konstytucyjnej orzecznictwa Sądu Najwyższego. Wadliwość ta, z punktu widzenia reguł poprawnej legislacji, oznacza naruszenie zasady państwa prawnego i sprawiedliwości społecznej, wyrażone w art. 2 Konstytucji, podważa reguły przyzwoitej legislacji oraz zasadę zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa.

Zaskarżone przepisy nie odpowiadają wymogom Konstytucji potwierdzonym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, w tym nakazowi przestrzegania przez ustawodawcę zasad poprawnej i przyzwoitej legislacji, co godzi w zasadę pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz zasadę ochrony zaufania do państwa i prawa.

1.4. Kwestionując niezgodność przytoczonych przepisów kodeksu karnego z art. 31 ust. 1 i 3 Konstytucji, skarżący wskazał, że unormowania te bezpodstawnie i nadmiernie ingerują w sferę wolności i praw związanych ze statusem osoby niewinnej i niekaranej. W świetle ustawy zasadniczej wolność stanowi fundamentalny, naturalny (pierwotny wobec stanowionego) i chroniony prawnie atrybut ludzkiej egzystencji, dotyczący możliwości autonomicznego i autentycznego rozporządzania przez człowieka sobą, swobodnego wyboru i realizowania wartości oraz nieskrępowanego kierowania swoim postępowaniem.

Analizując naruszenie art. 31 ust. 3 Konstytucji, skarżący podniósł, że kwestionowane w skardze ograniczenie sfery wolności i praw, w tym wolności od opresji karnej oraz praw podmiotowych osoby wolnej od odpowiedzialności karnej, wynikające z penalizacji bezskutecznego usiłowania podżegania do pomocnictwa, nie pozostaje w jakimkolwiek związku z ochroną konkurencyjnych wartości wskazanych w tym przepisie. Ograniczenie to jest więc naruszeniem zakazu nadmiernej ingerencji oraz zakazu naruszenia istoty wolności lub prawa. Dopuszczalne ograniczenia muszą być obiektywnie uzasadnione w warunkach państwa demokratycznego oraz konieczne, tzn. proporcjonalne do rangi dóbr chronionych i adekwatne do zamierzonego efektu. Konstytucja odrzuca możliwość nadmiernej ingerencji i zakłada, że ograniczenia są dopuszczalne w zakresie minimalnie koniecznym.

1.5 Określając, w jaki sposób zaskarżone przepisy naruszają art. 42 ust. 1 Konstytucji, skarżący podniósł, że wynikające z tego przepisu zasady gwarancyjne oznaczają wymogi ustawowej rangi i publikowanego charakteru przepisów prawa karnego, spełniających kryterium dostatecznej określoności i precyzji czynu zabronionego, przy jednoczesnym zakazie wstecznego działania prawa oraz stosowania analogii na niekorzyść. Przy czym wina jest uzasadnieniem i legitymizacją reakcji państwa na czyn zabroniony, karalny i karygodny, a stopień winy wyznacza granicę tej reakcji karnoprawnej.

Zdaniem skarżącego, zaskarżone przepisy nie spełniają wymogów pewności i ścisłości, określoności i precyzji kodeksowego ujęcia czynu zabronionego, nie są *certa i stricte* – i w tym zakresie niewątpliwie naruszają wymogi art. 42 ust. 1 Konstytucji. Ustalenie, jakie konkretnie zachowanie przyjmuje postać „usiłowania podżegania”, zwłaszcza gdy chodzi o usiłowanie bezskuteczne, jest obiektywnie niemożliwe. Otwiera to pole do zupełnej dowolności kwalifikacji i treści orzeczeń sądowych w sferze odpowiedzialności karnej.

Na gruncie art. 42 ust. 1 Konstytucji ustawodawca nie jest uprawniony do wprowadzenia karalności bezskutecznego usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępnego. Przepis ten zawiera bowiem regułę nowoczesnego państwa prawa i procesu karnego: *cogitationis poenam nemo patitur*. Zaskarżone przepisy umożliwiają natomiast

pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za czyn, który w istocie nie przekracza poziomu zamiaru, jego uzewnętrznienie w postaci nieskutecznego usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępczego – pozostaje w sferze mentalnej, myślowej, a nie sprawczej.

2. Marszałek Sejmu w piśmie z 24 czerwca 2013 r. złożył w imieniu Sejmu wyjaśnienia w sprawie skargi konstytucyjnej i wniósł o stwierdzenie, że art. 13 § 1 w związku z art. 18 § 2 k.k.:

1) w zakresie, w jakim nie precyzuje, jakie zachowanie przyjmuje postać usiłowania podżegania, jest zgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji,

2) w zakresie, w jakim penalizuje bezskuteczne usiłowanie podżegania do pomocnictwa przestępczego, jest zgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 1 i 3 Konstytucji.

2.1. Sejm na wstępie rozważył dopuszczalność rozpoznania skargi. Sejm wskazał, że Trybunał jest „sądem prawa”, nie zaś „sądem faktu” i w zasadzie problematyka stosowania prawa nie mieści się w jego kognicji. Tymczasem z treści skargi konstytucyjnej wynika, że skarżący kwestionuje przyjęte rozumienie zaskarżonych przepisów przez sądy orzekające w jego sprawie.

Sejm podkreślił, że przyjęcie, iż przepis posiada określoną treść normatywną, wymaga wykazania, że przejawia się ona w sposób trwały i jednolity w orzecznictwie sądowym oraz że nie jest kwestionowana w doktrynie. W ocenie Sejmu, jakkolwiek można podjąć próbę wskazania stanowisk dominujących, to trudno jednoznacznie wskazać na jednolitość prezentowanych poglądów, odnoszonych do niniejszej sprawy. W takim stanie rzeczy rozpoznanie skargi konstytucyjnej może budzić wątpliwości. Z jednej strony wymaga bowiem zaakceptowania stanowiska wyrażonego przez sądy orzekające w sprawie skarżącego, z drugiej zaś kreuje ryzyko upodobnienia postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym do postępowania apelacyjnego lub kasacyjnego w zakresie obrazy przepisów prawa materialnego. W związku z tym Sejm poddał pod rozagę Trybunału możliwość umorzenia postępowania na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.) ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

2.2. Oceniając zarzuty sformułowane w skardze, Sejm uznał, że skarżący nie wykazał dostatecznie, iż skutek wadliwej konstrukcji zaskarżonych przepisów doszło do naruszenia jego konstytucyjnych praw i wolności. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że zarzut niedookreśloności skarżący wiąże z niemożnością ustalenia, jakie konkretne zachowanie przyjmuje postać usiłowania podżegania. Natomiast jak wynika z wyroku Sądu Rejonowego w Lublinie, skarżący zrealizował czynność sprawczą wskazaną w art. 18 § 2 k.k. (nakłaniał), a jedynie skutek niewywołania zamiaru u podżeganego nie można było uznać jego zachowania za dokonane podżeganie. Tym samym nie można zasadnie twierdzić, że wadliwe sformułowanie art. 13 § 1 k.k. (w części zawierającej zwrot „bezpośrednio zmierza”) spowodowało w sprawie skarżącego naruszenie jego konstytucyjnych praw i wolności. W sprawie skarżącego możliwe byłoby nawet (w świetle teorii o formalnym charakterze podżegania) przypisanie mu dokonanego podżegania (przy uznaniu, że zakończył on czynność nakłaniania). Można zatem stwierdzić, że nawet jeżeli w sprawie skarżącego zastosowano przepis niejednoznaczny, to podnoszona przez niego nieokreśloność nie budzi wątpliwości w świetle stanu faktycznego ustalonego przez sąd. Z kolei oderwanie zarzutu skarżącego od okoliczności sprawy leżącej u podstaw skargi konstytucyjnej grozi przeniesieniem sposobu procedowania przez Trybunał Konstytucyjny na poziom kontroli abstrakcyjnej.

W ocenie Sejmu, obowiązujące brzmienie zaskarżonych przepisów pozwalało na ustalenie, jakie konkretne zachowanie przyjmuje postać usiłowania podżegania. Obowiązujące brzmienie art. 13 § 1 k.k. jest konsekwencją funkcji instytucji usiłowania w prawie karnym. Usiłowanie jako forma stadialna przestępstwa nie stanowi osobnego typu czynu zabronionego. W każdym przypadku musi być zatem łączone z właściwym przepisem wyrażającym znamiona czynu zabronionego (w realiach przedmiotowej sprawy należy uznać, że może być to zarówno czysty czyn określony w części szczególnej kodeksu karnego oraz ustawach, jak i podżeganie oraz pomocnictwo). To zaś sprawia, że w każdym wypadku przypisania usiłowania należy mieć na względzie czynność sprawczą wyrażoną w przepisie określającym dany typ czynu zabronionego.

Wobec powyższego Sejm wniósł o uznanie, że art. 13 § 1 w związku z art. 18 § 2 k.k. w zakresie, w jakim nie precyzuje, jakie zachowanie przyjmuje postać usiłowania podżegania, jest zgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji.

2.3. Zdaniem Sejmu, konstrukcja usiłowania podżegania do pomocnictwa, z dogmatycznego punktu widzenia, nie narusza obowiązujących przepisów. W polskim systemie prawa instytucja podżegania ma charakter nieakcesoryjny (zachowanie sprawcy głównego nie wpływa na możliwość przypisania podżegania). Do podżegania, jak i do pomocnictwa, znajduje więc zastosowanie definicja czynu zabronionego zawarta w art. 115 § 1 k.k. W konsekwencji do podżegania stosuje się art. 13 § 1 k.k., w którym mowa o popełnieniu czynu zabronionego. Jednocześnie uznanie, że pomocnictwo stanowi samodzielny typ czynu zabronionego, umożliwi zastosowanie figury podżegania do pomocnictwa, ponieważ w art. 18 § 2 k.k. jest mowa o nakłanianiu do dokonania czynu zabronionego.

Zgodnie ze stanowiskiem Sejmu, na rzecz konstytucyjnej dopuszczalności penalizacji usiłowania podżegania do pomocnictwa przemawiają również argumenty natury kryminalno-politycznej.

Po pierwsze, w świetle stanu faktycznego leżącego u podstaw niniejszej sprawy – możliwa jest sytuacja, w której podżegacz nakłania do pomocnictwa w popełnieniu czynu zabronionego przez niego samego. W art. 18 § 3 k.k. odpowiedzialność pomocnika związane z ułatwieniem popełnienia czynu zabronionego innej osobie. Osobą taką może być zarówno podżegacz, jak i podmiot spoza układu podżegacz – osoba nakłaniana. Nie ulega przy tym wątpliwości, że większe ryzyko dla dóbr prawnie chronionych wiąże się z pierwszą z tych sytuacji.

Po drugie, podżegacz może nakłaniać do pomocnictwa w popełnieniu czynu zabronionego zarówno o formalnym, jak i materialnym charakterze. W przedmiotowej sprawie chodzi o bezskutkowe przestępstwo z art. 229 § 1 k.k. Pozornie skomplikowany układ czynnościowo-podmiotowy nie odsuwa znacząco możliwości zrealizowania znamion typu czynu zabronionego (w przypadku przestępstw formalnych na znaczeniu tracą okoliczności związane z przebiegiem i adekwatnością związku przyczynowo-skutkowego), z czym wiąże się narażenie albo naruszenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo. W wypadku gdy przestępstwo, którego popełnienie ułatwia pomocnik, można uznać za typ abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, realne zagrożenie dla dóbr prawnie chronionych może być mniejsze. Wydaje się jednak, że adekwatnym mechanizmem korygującym w tej sytuacji jest materialnoprawny oportunizm i każdorazowa ocena stopnia społecznej szkodliwości.

Po trzecie, z punktu widzenia obiektywnego zagrożenia dla dóbr chronionych wypadki usiłowanego oraz dokonanego podżegania nie zawsze będą się różnić w sposób wiążący dla oceny dopuszczalności usiłowania podżegania. Możliwe jest zakończenie czynności nakłanianej bez wywołania określonego zamiaru u osoby nakłanianej

(usiłowanie podżegania), jak również sytuacja, w której zamiar taki wywołano, jednak z innych powodów podżegany nie podjął działań zmierzających do dokonania czynu zabronionego (dokonanie podżegania). Możliwość ulokowania opisanych sytuacji na różnych etapach *iter delicti* nie różnicuje poziomu niebezpieczeństwa dla dóbr chronionych. Z punktu widzenia oceny konstytucyjności użyty przez skarżącego zwrot „bezskuteczne usiłowanie” ma charakter deskryptywny. Gdyby skutek w postaci wywołania zamiaru u osoby nakłanianej wystąpił, usiłowanie podżegania przeszłoby w fazę dokonania (a nie na potencjalny, kolejny etap np. skutecznego usiłowania). „Bezskuteczność” takiego usiłowania nie rzutuje również negatywnie na ocenę zachowania podżegacza. Jest wręcz przeciwnie. To właśnie sytuacje, w której podżegacz zakończył nakłanianie, można oceniać bardziej krytycznie.

Po czwarte, uznanie, że podżeganie stanowi typ konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, przemawia za dopuszczalnością penalizacji jego usiłowania.

Po piąte, za dopuszczalnością kwestionowanych rozwiązań (przy założeniu właściwego stopnia społecznej szkodliwości) przemawia postać zamiaru sprawcy, ponieważ podżegać można tylko z zamiarem bezpośrednim. Tym samym podżegacz świadomie i celowo zmierza do stworzenia sytuacji niebezpiecznej. Nie można jednak uznać, że odpowiedzialność podżegacza wykazuje cechy odpowiedzialności za sam zamiar przestępczy. To czynniki zewnętrzne, leżące po stronie osoby nakłanianej, sprawiają, że zamiar podżegacza, uzewnętrzniiony i przejawiający się określonym zachowaniem (nakłanianie) nie jest realizowany w świecie zewnętrznym.

Po szóste, w każdym przypadku orzekania o usiłowaniu podżegania (w tym do pomocnictwa) niezbędne jest badanie stopnia społecznej szkodliwości czynu w ujęciu indywidualno-konkretnym. W ocenie Sejmu, niepożądane jest – z punktu widzenia ochrony dóbr prawnie chronionych – uznanie *in abstracto* niedopuszczalności kwestionowanej figury prawa karnego. Zarówno w przypadku usiłowania, jak i w przypadku podżegania bogaty jest katalog okoliczności faktycznych, konfiguracji podmiotowych modyfikujących konkretne zagrożenie dla dobra prawnego i wpływających na potrzebę i stopień reakcji z użyciem prawa karnego.

Po siódme, w wypadkach usiłowanego podżegania zastosowanie może mieć art. 22 § 2 k.k. Tym samym w sytuacji rozpoznania wyższego niż znikomy stopnia społecznej szkodliwości możliwe jest nadzwyczajne złagodzenie kary lub odstąpienie od jej wymierzenia przez sąd.

Po ósme, w doktrynie prawa zwraca się uwagę na praktyczne walory stosowania instytucji usiłowania podżegania. Niejednokrotnie daje ona możliwość przypisania odpowiedzialności karnej sprawcom, którzy ze względu na zamierzone lub spowodowane okolicznościami faktycznymi układy podmiotowe zagrażają dobrom prawnym, a których zachowania z tego punktu widzenia nie różnią się od dokonanego podżegania.

Wobec powyższego Sejm wniósł o uznanie, że art. 13 § 1 w związku z art. 18 § 2 k.k. w zakresie, w jakim penalizuje bezskuteczne usiłowanie podżegania do pomocnictwa przestępczego, jest zgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 1 i 3 Konstytucji.

3. Prokurator Generalny w piśmie z 22 października 2012 r. zajął następujące stanowisko: art. 13 § 1 i art. 18 § 2 k.k. w zakresie, w jakim dopuszczają możliwość odpowiedzialności karnej za usiłowanie podżegania do popełnienia czynu zabronionego, określonego w części szczególnej tej ustawy, w sytuacji, gdy usiłujący nakłania do czynu zabronionego o znamionach podżegania, są zgodne z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze w związku z art. 2 oraz z art. 31 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

3.1. Na wstępie Prokurator Generalny zwrócił uwagę, że istotne znaczenie w

omawianej sprawie ma określenie właściwej realizacji pomiędzy poszczególnymi wzorcami kontroli, przywołanymi w skardze konstytucyjnej. Skarżący kwestionuje niedookreśloność zaskarżonych przepisów w zasadzie jedynie przez pryzmat art. 2 Konstytucji. Omawiając z kolei (w końcowych fragmentach skargi) wzorec zawarty w art. 42 ust. 1 Konstytucji, skarżący nie odniósł się do związku tego wzorca z art. 2 Konstytucji i pominął relację pomiędzy tymi obiema normami, zarzucając ogólnie, że zaskarżone przepisy „pozostają w rażącej sprzeczności z wymogami art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, naruszając konstytucyjne prawa i gwarancje [...] osoby pociągniętej do odpowiedzialności karnej”.

W tym względzie Prokurator Generalny, wskazał, że art. 2 Konstytucji, powołany samodzielnie, nie może stanowić wzorca kontroli w postępowaniu skargowym, gdyż z wyrażonych w nim zasad demokratycznego państwa prawnego i zasady sprawiedliwości społecznej nie wynikają wprost żadne konkretne wolności lub prawa obywatelskie. Możliwe jest jednak powołanie tego przepisu jako wzorca kontroli, w sytuacji, gdy obok niego, skarżący wskazuje inną normę konstytucyjną statuującą wolność lub prawo. Niemniej jednak zasada określoności czynów zabronionych, wynikająca z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji, stanowi szczególną formułę ogólnej zasady określoności przepisów prawnych odniesioną do wymogów prawa karnego.

W rezultacie Prokurator Generalny uznał, że zarzut domniemanej niedookreśloności obydwu przepisów poddanych kontroli kwalifikuje się do zbadania przez pryzmat art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze w związku z art. 2 Konstytucji.

3.2. Prokurator Generalny uznał ponadto, że nietrafny jest zarzut skarżącego, jakoby kwestionowane przepisy były niezgodne z konstytucyjną zasadą jasności oraz określoności. Podkreślił, że skarżący nawet nie wskazał, jakie dokładnie sformułowania użyte w zaskarżonych przepisach są niejasne lub nieprecyzyjne. Wydaje się, że skarżącemu chodzi przede wszystkim o zakwestionowanie konstrukcji łącznego zastosowania obydwu zaskarżonych przepisów, czyli możliwość i dopuszczalność krzyżowania się formy stadialnej (usiłowanie) oraz formy zjawiskowej (podżeganie); zarzut dotyczący niejasności krzyżujących się w ten sposób przepisów wzmocnić ma zasadność tej głównej tezy.

Zdaniem Prokuratora Generalnego, w odniesieniu do określeń użytych w obydwu zaskarżonych przepisach, zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, nie pojawiły się problemy wynikające z identyfikacji tych określeń w ich praktycznym stosowaniu. W odniesieniu do podżegania, w opisie jego znamion wyróżnić można, tak jak w przypadku każdego innego czynu zabronionego, elementy określające podmiot, stronę podmiotową, przedmiot i stronę przedmiotową. Z kolei elementami usiłowania (art. 13 § 1 k.k.), jako postaci stadialnej, są: zamiar popełnienia czynu zabronionego, zachowanie zmierzające bezpośrednio do dokonania czynu zabronionego oraz brak jego dokonania. Usiłowanie samo w sobie nie jest, co oczywiste, przestępstwem, zawsze bowiem wiąże się z dążeniem do realizacji czynu zabronionego o znamionach określonych w ustawie karnej (także z dążeniem do podżegania, które w świetle dotychczasowych argumentów mieści się w definicji czynu zabronionego, zawartej w art. 115 § 1 k.k.). Z omawianej skargi nie wynika przy tym, które elementy usiłowania budzą wątpliwości skarżącego.

W opinii Prokuratora Generalnego, nie ma żadnych przesłanek do twierdzenia, że uznanie przez sądy działania skarżącego za karalne usiłowanie tzw. podżegania łańcuszkowego do popełnienia przestępstwa przekupstwa i skazanie go za ten czyn miało swoje źródło w domniemanej nieprecyzyjności treści, ujmowanych z osobna, przepisów dotyczących usiłowania i podżegania. Kwestia ta nie wymaga rozwinięcia, a skoro skarżący w *petitum* skargi nie łączy wprost tego zarzutu z wynikającym z art. 42 ust. 1

Konstytucji wymogiem dostatecznej określoności norm karnych, w uzasadnieniu zaś skargi, choć formułuje tam zarzut niejasności obydwu zaskarżonych przepisów w nawiązaniu tylko do wzorca określonego w art. 2 Konstytucji, to równocześnie nie wskazuje, który element obu zaskarżonych przepisów miałby zasadę określoności norm karnych naruszać.

3.3. W ocenie Prokuratora Generalnego, nietrafny jest również zarzut naruszenia przez kwestionowane przepisy art. 31 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Zdaniem Prokuratora Generalnego, skarżący, formułując zarzut wkroczenia przez ustawodawcę w sferę jego wolności, zdaje się utożsamiać z tą sferą (wolną od odpowiedzialności karnej) nakłanianie przezeń innej osoby do pośrednictwa w przekupstwie osoby pełniącej funkcję publiczną, jeśli nakłanianie to okazało się później bezskuteczne (z przyczyn, co warto podkreślić, znajdujących się poza możliwościami osobistego, bezpośredniego wpływania przez podżegacza). Skarżący zakłada więc, że za swoje działanie podjęte z zamiarem osiągnięcia dla siebie planowanego skutku może odpowiadać karnie tylko wtedy, gdy osoba nakłaniana ulegnie jego namowom. W istocie, w ten sposób skarżący chce uzależnić swą odpowiedzialność nie od własnej aktywności w zakresie podżegania, lecz od odporności osoby nakłanianej na te zabiegi.

W opinii Prokuratora Generalnego, nie ma uzasadnionych, w aspekcie przesłanek określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, podstaw do tego, aby ustawodawca, przez odpowiednią modyfikację przepisów o usiłowaniu i podżeganiu, zniósł wprost – czego domaga się skarżący – odpowiedzialność karną za usiłowanie podżegania pośredniego. Sprzeciwiają się temu względy bezpieczeństwa, rozumianego w tym wypadku jako konieczność ochrony (dobra) mienia wspólnego przed zagrożeniami. Owe zagrożenia, na gruncie sprawy karnej skarżącego, są szczególnie realne w dobie zaznaczających się zmian stosunków własnościowych, a ściśle – kiedy dochodzi do udostępnienia osobom prywatnym praw do mienia publicznego. W tym kontekście możliwość odpowiedzialności karnej, także za usiłowanie podżegania pośredniego, jest niezbędna, gdyż zapewnia realizację celu, jakim jest, na tle omawianej sprawy, bezpieczeństwo obrotu nieruchomościami na wrażliwym pograniczu własności publicznej i prywatnej. Także względy prewencyjne, polegające na zapobieganiu próbom przekupstwa osób pełniących funkcje publiczne, przemawiają za uznaniem tej możliwości za przydatną i skuteczną.

4. Rzecznik Praw Obywatelskich w piśmie z 8 sierpnia 2012 r. zawiadomił Trybunał Konstytucyjny, że nie zgłasza udziału w postępowaniu zainicjowanym przez skarżącego.

II

Na rozprawie 17 lipca 2014 r. uczestnicy postępowania podtrzymali stanowiska wyrażone w pismach procesowych.

1. Skarżący uzasadnił swoje dotychczasowe stanowisko i odniósł się do pism procesowych Prokuratora Generalnego i Marszałka Sejmu (swoje stanowisko przedłożył także na piśmie).

Zdaniem skarżącego, argumentacja zaprezentowana przez Prokuratora Generalnego przenosi kwestię oceny konstytucyjności zakwestionowanych rozwiązań ustawowych na płaszczyznę „ocen «pragmatycznych» i celowościowych, w rodzaju «względów prewencyjnych»”. Podobny zarzut skarżący sformułował pod adresem Marszałka Sejmu, który akcentował, że „na rzecz konstytucyjnej dopuszczalności

penalizacji usiłowania podżegania do pomocnictwa przemawiają również argumenty natury kryminalnopolitycznej”. Przywołując stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, skarżący podkreślił, że „prawo karne ma wyznaczać wyraźne granice między tym, co jest dozwolone, a tym, co jest zabronione. Bariera, o której tu mowa, nie powinna być usuwana dla żadnych celów politycznych lub innych. Prawo karne nie jest bowiem instrumentem mającym służyć zachowaniu władzy, lecz jest właśnie tej władzy ograniczeniem”.

Analizując stanowisko Marszałka Sejmu, skarżący zwrócił uwagę na kilka istotnych okoliczności, które potwierdzają jego zarzuty, jak chociażby kwestia kontrowersyjnego charakteru dopuszczalności krzyżowania się form stadialnych i zjawiskowych popełnienia przestępstwa czy problem rozbieżności doktrynalnych co do skutkowego charakteru podżegania. Jednocześnie skarżący wyraził swój sprzeciw wobec wniosku Marszałka o umorzenie przez Trybunał postępowania w niniejszej sprawie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Konkludując, skarżący podkreślił, że wykładnia zakwestionowanych w niniejszej sprawie przepisów, przyjęta przez sądy orzekające w jego sprawie, „mieści się w ramach pewnej linii orzeczniczej polskich sądów”. Skarżący wskazał również na szereg ujawnionych w judykaturze i doktrynie wątpliwości związanych z podniesionymi przez niego zarzutami, akcentując przy tym fundamentalny charakter zagadnienia, jakim jest prawne ujęcie czynu rodzącego odpowiedzialność karną człowieka.

2. Prokurator Generalny zmodyfikował brzmienie *petitum* stanowiska pisemnego w ten sposób, że wskazał, iż „art. 13 § 1 i art. 18 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.) w zakresie, w jakim dopuszczają możliwość odpowiedzialności karnej za usiłowanie podżegania do popełnienia czynu zabronionego, są zgodne z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 oraz z art. 31 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji”. Nadto, ustosunkowując się do stanowiska skarżącego, Prokurator stwierdził, że konstrukcja usiłowania podżegania do popełnienia czynu zabronionego jest stosowana sporadycznie i nie prowadzi do nadmiernej penalizacji.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Przedmiot kontroli.

Skarżący postawił zarzut niezgodności z Konstytucją art. 13 § 1 i art. 18 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.; dalej: k.k. lub kodeks karny z 1997 r.) w zakresie, w jakim przepisy te wprowadzają karalność bezskutecznego usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępnego. Skarżący zakwestionował normę prawną wprowadzającą karalność zachowania polegającego na usiłowaniu podżegania do pomocnictwa w popełnieniu czynu zabronionego.

Przed przystąpieniem do merytorycznej oceny zakwestionowanych przepisów, Trybunał Konstytucyjny odniósł się do zgłaszanych przez Marszałka Sejmu wątpliwości dotyczących dopuszczalności rozpoznania wniesionej skargi konstytucyjnej przez Trybunał. W uzasadnieniu pisemnego stanowiska Sejmu Marszałek podkreślił, że „przyjęcie, że przepis posiada określoną treść normatywną wymaga wykazania, że przewija się ona w sposób trwały i jednolity w orzecznictwie sądowym oraz, że nie jest kwestionowana w doktrynie prawa”. Zdaniem Marszałka Sejmu, na tle zakwestionowanych przepisów trudno jednoznacznie wskazać jednolitość poglądów doktryny i orzecznictwa.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że w niniejszej sprawie nie ma podstaw do

umorzenia postępowania. Sygnalizowane przez Marszałka Sejmu rozbieżności w orzecznictwie i doktrynie prawa karnego korespondują ze stawianym przez skarżącego zarzutem braku określoności zakwestionowanych przepisów i *prima facie* mogłyby ten zarzut potwierdzać. Z kolei z punktu widzenia stawianego przez skarżącego zarzutu nadmiernej kryminalizacji należy podkreślić, iż Marszałek Sejmu nie wskazał, w jaki sposób zarzut ten należałoby wiązać z pojawiającymi się w orzecznictwie i doktrynie rozbieżnościami, a co za tym idzie, także i w tym zakresie nie uzasadnił konieczności umorzenia postępowania.

Ocena konstytucyjności zakwestionowanej normy prawnej wymaga w pierwszej kolejności zrekonstruowania zakotwiczonej w kodeksie karnym z 1997 r. koncepcji podżegania jako odrębnego typu czynu zabronionego, a także odniesienia się do diskutowanego w doktrynie prawa karnego zagadnienia krzyżowania się tzw. form zjawiskowych (podżeganie) i postaci stadialnych (usiłowanie).

2. Zasadnicze modele określania zasad odpowiedzialności za przestępne współdziałanie.

W doktrynie prawa karnego wskazuje się, że art. 18 k.k. jest podstawą do określenia odpowiedzialności karnej za sprawcze i niesprawcze formy współdziałania w popełnieniu czynu zabronionego. Jednocześnie akcentuje się, że treść tej regulacji nawiązuje do wypracowanej przez J. Makarewicza koncepcji podżegania i pomocnictwa, różniącej się od dwóch teoretycznych koncepcji odpowiedzialności w przypadku przestępnego współdziałania – koncepcji udziału w cudzym przestępstwie (*Teilnahme*) i koncepcji jednolitego sprawstwa (*Einheitstätersystem*). Bliższe przyjrzenie się podstawowym założeniom obu modeli ułatwia zrozumienie specyfiki polskiej regulacji.

W pewnym uproszczeniu – pierwsza ze wskazanych koncepcji (*Teilnahme*), oparta na wąskim rozumieniu sprawstwa, sprowadza się do wyodrębnienia w ramach przestępnego współdziałania dwóch elementów: sprawstwa (rozumianego jako popełnienie czynu zabronionego) i udziału (czyli wspierania cudzego czynu). Za cechą charakterystyczną tego modelu uznaje się akcesoryjność (pełną bądź ograniczoną) odpowiedzialności za udział (zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 249). Innymi słowy – „ujemna wartość zachowania podżegacza i pomocnika wynika z bezprawia czynu sprawcy” (A. Zoll, *Czy podżeganie i pomocnictwo są postaciami zjawiskowymi przestępstwa*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Zakamycze 2006, s. 718). Tym samym bez popełnienia (lub co najmniej usiłowania popełnienia) czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego nie ma odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo. W konsekwencji, jak wskazuje P. Kardas, „na gruncie tego modelu podżeganie i pomocnictwo nie są uznawane za odmianę typu czynu zabronionego, lecz za swoistą figurę karalności za udział w zachowaniu spełniającym znamiona typu popełnionego przez sprawcę bezpośredniego” (P. Kardas, komentarz do art. 18 k.k., [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. T. 1. Komentarz do art. 1-116*, red. A. Zoll, Kraków 2012, s. 280 i n.).

Inaczej wygląda kwestia odpowiedzialności podżegacza i pomocnika w koncepcji jednolitego sprawstwa, gdzie owo sprawstwo jest pojmowane niezwykle szeroko. Za punkt wyjścia dla analizy tego modelu należy przyjąć stwierdzenie, że sprawcą danego czynu zabronionego jest nie tylko ten, kto swoim zachowaniem (bądź wspólnie z inną osobą) zrealizował wszystkie jego znamiona, lecz także ten, kto przyczynił się do jego popełnienia. Tym samym w teorii jednolitego sprawstwa nie ma miejsca na akcesoryjność odpowiedzialności osób współdziałających – każda z nich „realizuje bowiem swoje własne

bezprawie” (zob. A. Zoll, *op.cit.*, s. 714 i n.) i odpowiada za nie na zasadach ogólnych. Stąd też dla przyjęcia odpowiedzialności za poszczególne postaci sprawstwa nie jest konieczne popełnienie (lub usiłowanie popełnienia) czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego.

Z kolei w myśl założeń tzw. polskiej koncepcji odpowiedzialności za współdziałanie przy popełnieniu przestępstwa, stworzonej przez J. Makarewicza, należy rozróżnić sprawstwo od podżegania i pomocnictwa, będących niesprawczymi postaciami współdziałania. Nawiasem mówiąc, pomimo tego rozróżnienia dla J. Makarewicza wszystkie wymienione postaci współdziałania przestępnego (sprawstwo, podżeganie i pomocnictwo) były formami zjawiskowymi popełnienia przestępstwa, co oznaczało ich zrównanie jako „technicznych form” popełnienia przestępstwa (zob. W. Wróbel, A. Zoll, *op.cit.*, Warszawa 2010, s. 250).

Podżegacz i pomocnik realizują tu znamiona tego samego przestępstwa, które ma dokonać sprawca. Twierdzenia te zbliżają model J. Makarewicza do koncepcji udziału w cudzym przestępstwie. W przeciwieństwie jednak do modelu *Teilnahme*, J. Makarewicz z całą stanowczością odrzucał ideę akcesoryjności podżegania i pomocnictwa. Odpowiedzialność podżegacza i pomocnika była tu całkowicie niezależna od podjęcia przez potencjalnego „sprawcę bezpośredniego” jakiegokolwiek zachowania zmierzającego do realizacji znamion czynu zabronionego. Jednocześnie jednak, jak wskazano powyżej, przestępstwo podżegacza czy pomocnika było tożsame z tym, którego miał dokonać sprawca bezpośredni (zob. A. Zoll, *op.cit.*, s. 720 i n.). Tym samym koncepcja J. Makarewicza czerpie zarówno z modelu udziału w cudzym przestępstwie, jak i z modelu jednolitego sprawstwa, przez co została uznana za rozwiązanie pośrednie.

3. Realizacja założeń J. Makarewicza w kodeksie karnym z 1997 r.

Mając na względzie powyżej przedstawione modele, należy jednak pamiętać o konieczności rozróżnienia samego teoretycznego konstruktu od sposobu jego odzwierciedlenia w ustawie karnej, ponieważ, jak podkreśla A. Zoll, „żadna ustawa karna (...) nie oddała w pełni założeń teoretycznych, na jakich została oparta” (A. Zoll, *ibidem*, s. 714). W przypadku koncepcji J. Makarewicza widać to szczególnie wyraźnie – już bowiem pod rządami kodeksu karnego z 1932 r. w orzecznictwie sądowym modyfikowano jej założenia. Następnie koncepcja ta rozwinęła się w okresie obowiązywania kodeksu karnego z 1969 r. Ewolucję w podejściu do założeń J. Makarewicza można również dostrzec w postanowieniach kodeksu karnego z 1997 r. i w ukształtowanym na jego tle orzecznictwie sądowym – i w tym zakresie można wyodrębnić wiele rozwiązań zmierzających do udoskonalenia modelu wyjściowego.

Kwestia ta jest istotna, bo rzutuje na ocenę prezentowanych w doktrynie prawa karnego stanowisk, charakteryzujących polską konstrukcję podżegania i pomocnictwa. Wielu autorów, odnosząc się krytycznie do poglądów poszczególnych przedstawicieli doktryny prawa karnego, zarzuca im odejście od założeń J. Makarewicza. Tymczasem, jak wskazuje T. Kaczmarek, „obecnie obowiązujące regulacje stanowią tylko w pewnym zakresie odzwierciedlenie wyjściowych koncepcji teoretycznych, co nie zawsze uświadomione, bezwiednie prowadzić może do licznych nieporozumień, czy niepotrzebnej sakralizacji poglądów Makarewicza na istotę podżegania i pomocnictwa” (T. Kaczmarek, *Kwestie sporne wokół tzw. niesprawczych form współdziałania przestępnego*, [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2007, s. 91).

A. Zoll, analizując kwestię modyfikowania modelu teoretycznego, wskazuje na konieczność przyjęcia, że na gruncie kodeksu karnego z 1997 r. „podżegacz i pomocnik popełniają własne przestępstwo, inne niż to, do którego nakłaniali lub udzielali pomocy”,

co jest odejściem od założeń J. Makarewicza. Na tym tle A. Zoll formułuje pogląd, zgodnie z którym podżeganie i pomocnictwo są przestępstwami *sui generis*, rekonstruowanymi zwykle na podstawie art. 18 § 2 k.k. (czy – jak w przypadku pomocnictwa – art. 18 § 3 k.k.) i na gruncie odpowiedniego przepisu części szczególnej k.k. (lub przepisu spoza k.k.). Innymi słowy, odczytanie znamion podżegania czy pomocnictwa wymaga dostrzeżenia, że ustawodawca posłużył się tu techniką kondensacji tekstu prawnego, polegającą na „wyciągnięciu przed nawias” części znamion czynu zabronionego (tj. usytuowaniu ich w części ogólnej k.k.).

Tym samym przyjmuje się, że podżeganie i pomocnictwo są na gruncie kodeksu karnego z 1997 r. odrębnymi czynami zabronionymi o samodzielnych znamionach, których realizacja warunkuje odpowiedzialność karną podżegacza i pomocnika. Takie ujęcie wyklucza traktowanie podżegania i pomocnictwa jako równorzędnej sprawstwu formę zjawiskową popełnienia danego przestępstwa i prowadzi do uznania ich za całkowicie odrębne przestępstwa (zob. W. Wróbel, A. Zoll, *op.cit.*, s. 267).

Ów samodzielny charakter podżegania nie może jednak przesłonić tego, że „naganność podżegania i pomocnictwa czerpie swój merytoryczny sens z czynu, do którego popełnienia nakłaniano” (*Ibidem*, s. 270). Równocześnie W. Wróbel i A. Zoll podkreślają, że z perspektywy stopnia zagrożenia dla dobra prawnego status podżegania jest porównywalny do przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo.

Dlatego też w kodeksie karnym z 1997 r. można odnaleźć wiele rozwiązań korespondujących z charakterystyczną dla modelu udziału w cudzym przestępstwie zasadą akcesoryjności. Wśród nich należy zwrócić uwagę na: uzależnienie wymiaru sankcji karnej za podżeganie od stopnia realizacji czynu zabronionego przez bezpośredniego sprawcę (art. 22 § 1 i 2 k.k.); powiązanie wysokości ustawowego zagrożenia za czyn wypełniający znamiona podżegania z wysokością ustawowego zagrożenia za przestępstwo, do popełnienia którego nakłaniano (art. 19 § 1 k.k.); ustanowienie instytucji czynnego żalu i wprowadzenie możliwości zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec podżegacza, który odpowiednio dobrowolnie zapobiegł lub dobrowolnie starał się zapobiec dokonaniu czynu zabronionego (art. 23 § 1 i 2 k.k.); możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec podżegacza, który nakłaniał do popełnienia przestępstwa indywidualnego, podczas gdy sam nie posiadał cechy, stanowiącej znamię tego przestępstwa (art. 21 § 3 k.k.).

4. Konstrukcja podżegania w kodeksie karnym z 1997 r.

W kodeksie karnym z 1997 r. podżeganie zostało zdefiniowane jako nakłanianie innej osoby do dokonania czynu zabronionego w zamiarze zrealizowania przez nią znamion określonego typu czynu zabronionego. Jak już wskazywano, od strony konstrukcyjnej nie można podżegać *in abstracto*. Innymi słowy – charakterystyka znamion podżegania, opisanych w art. 18 § 2 k.k., musi być każdorazowo uzupełniana odwołaniem się do przepisu części szczególnej k.k. Jedyna rozbieżność, jaka w tej kwestii występowała wśród przedstawicieli doktryny prawa karnego, dotyczyła udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy takie uzupełnienie może być dokonane tylko „na bazie” przepisu części szczególnej k.k. (albo przepisu pozakodeksowego) czy na podstawie przepisu części ogólnej k.k. (co otwiera drogę do przyjęcia koncepcji tzw. łańcuszkowego podżegania). Ostatecznie jednak przyjęto to drugie rozwiązanie.

Aby mówić o odpowiedzialności karnej za podżeganie do określonego czynu zabronionego, należy skonkretyzować znamię czynności wykonawczej („nakłaniania”) poprzez odniesienie jej do znamion konkretnego czynu zabronionego (co sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, do jakiego czynu zabronionego podżegacz nakłania).

W tej właśnie relacji z opisem znamion typu czynu zabronionego z części

szczególnej przejawia się „niesprawczy” charakter podżegania. Chodzi o to, że „realizacja znamion konkretnego typu czynu zabronionego w którejś z postaci sprawczych określonych w art. 18 § 1 k.k. ma zupełnie odmienny charakter niż nakłanianie lub udzielanie pomocy do popełnienia tego przestępstwa” (W. Wróbel, A. Zoll, *op.cit.*, s. 267). Z tego powodu krytykuje się mówienie o podżeganiu jako o formie zjawiskowej popełnienia przestępstwa o znamionach opisanych w części szczególnej k.k. Na kwestię tę zwraca uwagę m.in. T. Kaczmarek: „Definiowanie podżegania i pomocnictwa jako postaci zjawiskowych tego przestępstwa, «które realizuje ktoś inny» – zdaje się falsyfikować ich dogmatyczną istotę – jeśli nie utracić z pola widzenia, że zarówno podżeganie, jak i pomocnictwo w rzeczy samej stanowią – «odrębne» od określonych w przepisach części szczególnej kodeksu – typy czynu zabronionego, posiadające swój własny, oryginalny zestaw ustawowych znamion” (T. Kaczmarek, *op.cit.*, s. 92; stanowisko to podzielają również A. Spotowski, A. Zoll, R. Dębski, A. Liszewska, P. Kardas).

Takie ujmowanie podżegania (jako przestępstwa *sui generis*, nie zaś jako formy zjawiskowej czynu zabronionego o znamionach opisanych w części szczególnej k.k.) ma daleko idące konsekwencje praktyczne. Po pierwsze – założenie to leży u podstaw odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność tzw. łańcuskowych konstrukcji sprawstwa podżegania i pomocnictwa. Po drugie – wydaje się, że traktowanie podżegania jako przestępstwa *sui generis* kształtuje pewien sposób widzenia kwestii „krzyżowania się” form zjawiskowych i postaci stadialnych.

Odnosząc się do pierwszego ze wskazanych powyżej problemów, W. Wróbel i A. Zoll podkreślają, że zakwalifikowanie podżegania do niesprawczych form współdziałania nie powoduje, że w odniesieniu do tego typu czynu zabronionego nie znajdzie zastosowania art. 18 § 1 k.k. Wręcz przeciwnie: także w przypadku podżegania możemy mówić o popełnieniu go w formie sprawstwa, współsprawstwa, sprawstwa polecającego czy sprawstwa kierowniczego (W. Wróbel, A. Zoll, *op.cit.*, s. 266). Tytułem przykładu: można być sprawcą przestępstwa podżegania do zabójstwa, czego nie należy mylić ze sprawstwem samego zabójstwa. Przyjęcie, że podżeganie jest przestępstwem *sui generis*, prowadzi do wniosku, że w danym stanie faktycznym dookreślenie znamienia czynności wykonawczej podżegacza może również wymagać sięgnięcia do znamion przestępstwa podżegania do określonego czynu. Z takim przypadkiem mamy do czynienia wówczas, gdy podżegacz nie nakłania do czynu zabronionego o znamionach opisanych w części szczególnej k.k., ale do czynu o znamionach podżegania.

Tworzenie tego rodzaju konstrukcji łańcuskowego podżegania opiera się przede wszystkim na interpretacji pojęcia „czyn zabroniony”, którym ustawodawca posłużył się w art. 18 § 2 k.k. („Odpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego”). Pojęcie czynu zabronionego zostało zdefiniowane w art. 115 § 1 k.k. jako „zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej”. Na tle przywołanej definicji rodzi się pytanie, czy w art. 115 § 1 k.k. chodzi wyłącznie o zachowanie o znamionach określonych w części szczególnej k.k., czy też należy przyjąć szersze rozumienie pojęcia „czynu zabronionego” i objąć nim również opisane w części ogólnej k.k. podżeganie i pomocnictwo. Zarówno w doktrynie prawa karnego, jak i w orzecznictwie przeważa to drugie, szersze rozumienie pojęcia czynu zabronionego. Zwolennicy tego stanowiska wskazują, że pogląd przeciwny oznaczałby interpretację sprzeczną z zasadą *lege non distinguente*. Ponadto podnosi się, że za taką wykładnią przemawia również treść art. 6 k.k., który określa czas i miejsce popełnienia czynu zabronionego. Nie ma najmniejszych wątpliwości co do tego, że reguły wysłowione w tym przepisie odnoszą się także do podżegania i pomocnictwa. Odmienna interpretacja art. 6 k.k. uniemożliwiłaby określenie miejsca i czasu popełnienia podżegania i pomocnictwa, gdyż w tym zakresie oba wyżej wymienione przestępstwa nie mają odrębnej regulacji.

Z formalnego punktu widzenia tworzenie konstrukcji łańcuskowego podżegania ma swe oparcie w brzmieniu przywołanych norm k.k. W doktrynie prawa karnego wskazuje się jednak, że tego typu konstrukcje prowadzą do poszerzenia zakresu odpowiedzialności karnej. Stąd też konieczne jest, by bez względu na liczbę ogni, które poprzedzają realizację czynu zabronionego, bacznie przyglądać się stronie podmiotowej działania podżegacza (bądź pomocnika). Także i w tych bardziej rozbudowanych przypadkach podżegania trzeba bowiem wykazać, że podżegacz miał świadomość, iż jego zachowanie jest nakłanianiem do realizacji znamion typu czynu zabronionego (zob. W. Wróbel, A. Zoll, *op.cit.*, s. 268).

Jednocześnie postuluje się również, by nie poprzestawać na samej tylko analizie znamion podmiotowych i przedmiotowych podżegania, ale by w takich łańcuskowych konstrukcjach starannie ustalać stopień karygodności konkretnego czynu.

5. Zagadnienie krzyżowania się tzw. form zjawiskowych (podżegania) i postaci stadialnych (usiłowania) – przegląd stanowisk.

Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy zasadnicze wydaje się dokładniejsze przeanalizowanie zagadnienia krzyżowania się tzw. form zjawiskowych (podżegania) i postaci stadialnych (usiłowania). Definiując w ten sposób przedmiotowe zagadnienie, należy mieć wszakże na względzie to, że posługiwanie się zwrotem „formy zjawiskowe” wynika z tego, iż w doktrynie prawa karnego to powszechnie używana kategoria służąca zrekonstruowaniu istoty badanego problemu. Trzeba jednak wyraźnie podkreślić, że wielu przedstawicieli doktryny prawa karnego kwestionuje takie ujęcie, wskazując, iż podżeganie i pomocnictwo są samodzielnymi formami sprawczymi i nieporozumieniem jest upatrywanie w nich postaci zjawiskowych tego samego przestępstwa, które realizuje sprawca (tak chociażby: A. Zoll, *op.cit.*, s. 726; A. Zoll, *Sprawstwo bez wykonania czynu zabronionego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” nr 2/2009, s. 177). Uwzględniając to stanowisko, należałoby raczej mówić o próbie opisu przestępstwa podżegania z perspektywy kolejnych form stadialnych.

Pytanie o możliwość stosowania do podżegania (jako odrębnego typu czynu zabronionego) konstrukcji form stadialnych popełnienia czynu, w tym zwłaszcza kwestia karalności usiłowania podżegania, budzi wiele kontrowersji w doktrynie prawa karnego. Przedstawienie stanowisk prezentowanych w tym zakresie wymaga na wstępie ustalenia momentu, od którego możemy mówić o dokonanym podżeganiu. Odpowiedź na to pytanie pozostaje w ścisłym związku z problemem określenia charakteru podżegania i zakwalifikowania tego przestępstwa do przestępstw formalnych (bezsukrowych) albo materialnych (skutkowych). W doktrynie prawa karnego prezentowane są w tym zakresie trzy podejścia.

5.1. W najszerszym modelu, prezentowanym m.in. przez A. Zolla, podżeganie jest przestępstwem formalnym. W konsekwencji dla przyjęcia dokonania podżegania miarodajna jest chwila zakończenia przez podżegacza samej tylko czynności nakłaniania, niezależnie od podjęcia przez osobę nakłanianą decyzji o popełnieniu czynu zabronionego (czy niezależnie od wzbudzenia u niej zamiaru popełnienia czynu zabronionego). Dla A. Zolla podżeganie jest przestępstwem abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, ukończonym z chwilą realizacji znamienia czasownikowego (nakłaniania). Przedmiotowe „nakłanianie” nie jest przy tym tożsame z „powodowaniem”. Innymi słowy, nie można tu mówić o tego rodzaju powiązaniu kauzalnym (zob. P. Kardas, *op.cit.*, s. 298). Wobec takiego ujęcia formuluje się w szczególności zarzut nadmiernego rozszerzenia zakresu penalizacji. Ponadto niektórzy przedstawiciele doktryny prawa karnego podnoszą, że traktowanie podżegania jako przestępstwa formalnego nie uwzględnia przyjmowanego w

prawie karnym sposobu wykładni, w świetle którego ustawodawca, posługując się zwrotem „nakłania”, miał na myśli „nakłonienie” do popełnienia czynu zabronionego.

Dotychczasowy wywód pozwala na uchwycenie w modelu prezentowanym przez A. Zolla momentu dokonania podżegania. Bliższa analiza tego ujęcia pokazuje jednak, że model ten przesądza kwestię dopuszczalności usiłowania podżegania jedynie w ograniczonym zakresie. Zwolennicy tego stanowiska podkreślają, że niemożliwe jest usiłowanie ukończone przestępstw formalnych. W tym przypadku wraz z realizacją znamienia czynności wykonawczej przestępstwo postrzegane w kategoriach form stadialnych jest przestępstwem dokonanym.

Z tej perspektywy zasadnicze znaczenie ma zakwalifikowanie podżegania do grupy przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Dokonując takiej kwalifikacji, A. Zoll przedstawia dwie grupy argumentów za niedopuszczalnością usiłowania podżegania.

Pierwsza z nich to argumenty o charakterze konstrukcyjnym. Sformułowany na tym tle wywód prowadzi do wniosku, że przestępstwom narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo odpowiadają postaci stadialne przestępstw naruszenia dóbr prawnych na niebezpieczeństwo. I tak – przestępstwa abstrakcyjnego narażenia dobra na niebezpieczeństwo są formą przygotowania ataku na dobro prawne, podczas gdy przestępstwa konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo odpowiadają usiłowaniu przestępstw z naruszenia dobra prawnego.

W koncepcji A. Zolla dużo ważniejszą rolę odgrywa druga grupa argumentów, odwołująca się do względów polityki kryminalnej i norm Konstytucji.

Jak wskazuje A. Zoll, ochrona dobra prawnego już na przedpolu naruszenia stanowi o specyfice prawa karnego. Przejawami tej ochrony są – po pierwsze – wprowadzenie karalności form stadialnych (przygotowania oraz usiłowania) i – po drugie – penalizowanie zachowań realizujących znamiona przestępstw konkretnego i abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo.

Z tej perspektywy można wymienić trzy sytuacje, w których *in concreto* nie ma zagrożenia dla dobra prawnego – są to przestępstwa zaliczane do przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, czynności przygotowawcze i usiłowanie nieudolne. Właśnie w odniesieniu do tych trzech sytuacji szczególnie istotne jest rozważenie dwóch kwestii – konstytucyjnych uwarunkowań karalności tych zachowań oraz ustalenia stopnia karygodności konkretnego czynu jako elementu struktury przestępstwa. Jak podkreśla A. Zoll, odwołując się do treści art. 31 ust. 3 Konstytucji: „Przestępstwa abstrakcyjnego narażenia są ze swej istoty wyrazem karalności na przedpolu naruszenia lub konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Cofanie się jeszcze do postaci stadialnych tego typu czynów zabronionych stanowi sprzeczne z demokratycznym państwem prawa poszerzenie karalności poza wypadki konieczne dla ochrony dóbr prawnych”. Z tego też powodu wyklucza on karalność usiłowania podżegania (choć jeśli zważyć na formalny charakter podżegania w ujęciu A. Zolla, to pewne przypadki, które w umiarkowanej koncepcji P. Kardasa są karalnym usiłowaniem podżegania, dla A. Zolla są już dokonanym podżeganiem).

5.2. W modelu umiarkowanym, znajdującym odzwierciedlenie m.in. w pracach P. Kardasa, podżeganie jest przestępstwem konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a zarazem przestępstwem materialnym (takie ujęcie analizowanego modelu należy uznać za dominujące; por. P. Kardas, *op.cit.*, s. 298). Tym samym aby mówić o dokonaniu podżegania, osoba nakłaniana musi w wyniku podżegania podjąć decyzję popełnienia czynu zabronionego. Jednocześnie jednak nie ma tu wymogu samego dokonania owego czynu przez bezpośredniego sprawcę. O materialnym charakterze podżegania w tym modelu przesądza zatem konieczność wystąpienia skutku w postaci decyzji podjęcia przez

sprawcę określonego zachowania realizującego znamiona typu czynu zabronionego. W ten sposób jednym z podstawowych założeń modelu umiarkowanego jest utożsamianie „nakłaniania” z „powodowaniem”. Innymi słowy, owa konkretna zmiana w świecie zewnętrznym będąca wynikiem działania podżegacza sprowadza się do podjęcia przez nakłanianego decyzji co do „określonego zachowania, którego to zachowania wcześniej nie zamierzał on realizować”. Istotą podżegania – zdaniem P. Kardasa – nie jest czynność sprawcza sama w sobie, tylko wywołanie pewnego skutku w psychice nakłanianego. Warto w tym momencie przywołać słowa W. Woltera, który wyraźnie akcentował, że „nakłanianie musi stanowić *conditio sine qua non* tej zmiany psychicznej nakłanianego, w przeciwnym wypadku nie moglibyśmy odróżnić podżegania od tego co się nazywa podżeganiem *alias facturi*, a stanowi jedynie pewien rodzaj pomocnictwa psychicznego”. Analizowane stanowisko znalazło odzwierciedlenie w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2003 r. w sprawie o sygn. akt I KZP 11/03, OSNKW nr 11-12/2003, poz. 89.

5.3. W modelu wąskim, którego przedstawicielem był A. Wąsek, podżeganie jest również przestępstwem materialnym, ale ów skutek (warunkujący pociągnięcie do odpowiedzialności za dokonane podżeganie) sprowadza się do dokonania czynu zabronionego przez bezpośredniego sprawcę. W takim ujęciu podżeganie ma charakter akcesoryjny (jest bowiem uzależnione od dokonania czynu zabronionego przez bezpośredniego sprawcę). W kontekście wcześniejszych rozważań dotyczących założeń polskiej koncepcji odpowiedzialności za współdziałanie przy popełnieniu przestępstwa można dostrzec oczywistą sprzeczność pomiędzy tym modelem a teoretyczną koncepcją J. Makarewicza. Argumentacja, jaką A. Wąsek przedstawiał dla poparcia swojego stanowiska, odwoływała się do brzmienia art. 22 § 1 k.k. stanowiącego, że w przypadku gdy nie doszło do dokonania czynu zabronionego przez bezpośredniego sprawcę, podżegacz i pomocnik odpowiadają „jak za usiłowanie”.

5.4. Jak łatwo zauważyć, w zależności od tego, czy przyjmiemy model szeroki, umiarkowany czy wąski, inaczej zostanie określony moment dokonania podżegania. Oparcie się na którymś z tych modeli prowadzi do dalej idących konsekwencji, jeśli chodzi o zagadnienie krzyżowania się form zjawiskowych oraz postaci stadialnych. Dlatego tak istotne jest rozstrzygnięcie, który z nich najlepiej oddaje treść art. 18 § 2 k.k.

Kwestia ta stała się przedmiotem uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2003 r., sygn. akt I KZP 11/2003. Sąd Najwyższy stanął wobec konieczności rozstrzygnięcia zagadnienia, czy podżeganie (art. 18 § 2 k.k.) może być popełnione w formie usiłowania (art. 13 § 1 k.k.). Udzielając odpowiedzi przesądził: „Podżeganie może być popełnione w formie usiłowania, i to zarówno wtedy, gdy usiłujący bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach określonych w przepisach części szczególnej kodeksu karnego, jak i wtedy, gdy bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach podżegania”.

Głosatorzy przywołanego orzeczenia wskazują, że w powyższej tezie rozstrzygnięto dwie ważkie z punktu widzenia prawa karnego kwestie – dopuszczalność usiłowania podżegania i dopuszczalność tzw. łańcuszkowego podżegania. Podjęta uchwała miała na celu zakończenie sporów doktrynalnych i ujednoczenie linii orzeczniczej sądów, dokonujących na tym tle rozbieżnych rozstrzygnięć. Sąd Najwyższy w zasadzie przyjął tzw. umiarkowany model odpowiedzialności za podżeganie do popełnienia przestępstwa. Istota wynikających z tego konsekwencji sprowadza się do uchwycenia zmiany przesądzającej o dokonaniu podżegania. Z perspektywy przyjętego przez SN stanowiska można dość jednoznacznie wyodrębnić sytuacje, które mogą zostać opisane jako karalne usiłowanie podżegania. Pierwsza z nich to bezpośrednie zmierzanie nakłaniającego do

wywołania u bezpośredniego wykonawcy decyzji popełnienia czynu zabronionego (w modelu prezentowanym przez A. Zolla – zachowanie niekaralne), druga natomiast to podjęcie przez nakłaniającego czynności nakłaniania oraz jej ukończenie, nieprowadzące do wywołania u bezpośredniego sprawcy decyzji popełnienia czynu zabronionego (w modelu prezentowanym przez A. Zolla – dokonane podżeganie). Takie ujęcie wyklucza chociażby uznanie za dokonane podżeganie tych wszystkich sytuacji, w których podżegacz bardzo nieudolnie nakłania do popełnienia czynu zabronionego i nie ma większych szans na wzbudzenie u osoby nakłanianej decyzji popełnienia tego czynu. Jednocześnie przyjęcie tezy o powiązaniu kauzalnym między czynnością podżegacza a decyzją sprawcy pozwala odróżnić podżeganie od tzw. pomocnictwa psychicznego.

Uchwale wydanej przez SN zarzuca się niepodjęcie polemiki z głównym argumentem wskazywanym przez tych przedstawicieli doktryny prawa karnego, którzy negują możliwość usiłowania podżegania – mianowicie z kwestią zasad odpowiedzialności za przestępstwa narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo (zob. P. Kuziak, *Usiłowanie podżegania w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r. I KZP 11/03*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” nr 1/2005, s. 153).

Warto także zwrócić uwagę na wydane 29 kwietnia 2009 r. postanowienie Sądu Najwyższego, sygn. akt I KZP 6/09 (OSNKW nr 6/2009, poz. 43), w którym odniósł się on do problemu podstaw wymiaru kary w przypadku udolnego i nieudolnego usiłowania podżegania do dokonania czynu zabronionego. Orzeczenie to pokazało, że wraz z przesądzeniem kwestii dopuszczalności konstrukcji usiłowania podżegania zaktualizowało się pytanie o podstawy wymiaru sankcji karnej za tak kwalifikowany czyn zabroniony (zob. J. Raglewski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2009 r., I KZP 6/09*, Lex). Zgodnie z treścią art. 19 § 1 k.k. „Sąd wymierza karę za podżeganie lub pomocnictwo w granicach zagrożenia przewidzianego za sprawstwo”. Z kolei w świetle art. 14 § 1 k.k. „Sąd wymierza karę za usiłowanie w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa”. Nadto w przypadku usiłowania nieudolnego art. 14 § 2 k.k. umożliwia zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienie od jej wymierzenia. Powstał jednak problem, czy w sytuacji zakwalifikowanej jako usiłowanie podżegania będzie miał zastosowanie art. 22 § 2 k.k. („Jeżeli czynu zabronionego nie usiłowano dokonać, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary a nawet odstąpić od jej wymierzenia”). Z treści przytoczonej normy wynika jedynie, że ma ona zastosowanie wówczas, gdy bezpośredni sprawca nie osiągnie stadium usiłowania. Skoro zatem nie ma w niej wymienionych przyczyn, dla których bezpośredni sprawca nie wszedł w stadium usiłowania, to trudno zawęzić zastosowanie tej konstrukcji tylko do sytuacji, w której czynności podżegacza wzbudziły w nakłanianym decyzję popełnienia czynu zabronionego (*Ibidem*).

W związku z przedmiotowym rozstrzygnięciem pojawiła się także kwestia roli art. 22 k.k. Można by odnieść wrażenie, że sprowadza się ona jedynie do określenia wymiaru kary dla podżegacza (wymiar kary jest uzależniony od zachowania podżeganego). Tymczasem, jak wskazuje J. Raglewski, takie podejście byłoby do zaakceptowania na gruncie kodeksu karnego z 1932 r., obecnie jednak o roli art. 22 k.k. decydować będzie również „otoczenie normatywne” analizowanej normy. Wniosek ten wynika z literalnego brzmienia art. 22 § 1 k.k. kształtującego dla podżegacza odpowiedzialność „jak za usiłowanie”. Zdaniem J. Raglewskiego zwrot ten ukierunkowuje interpretatora na samą „podstawę odpowiedzialności karnej, a nie jedynie wymiar konsekwencji prawnokarnych”. Gdyby bowiem ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie (tak jak to postulowano) ograniczenia odpowiedzialności karnej za usiłowanie tylko do przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności przekraczającą dwa lata, rozwiązanie to wpływałoby także na samą możliwość pociągnięcia do

odpowiedzialności karnej osoby podlegającej do przestępstwa zagrożonego karą niższą.

Analiza treści art. 22 § 2 k.k. wysuwa na pierwszy plan możliwość zastosowania wobec podlegacza nadzwyczajnego złagodzenia kary czy odstąpienia od jej wymierzenia. Zestawiając to rozwiązanie ze sposobem ukształtowania odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne (art. 14 § 2 k.k.), mamy do czynienia z podwójną podstawą do skorzystania z tych instytucji. Jak podnosi J. Raglewski: „Poprzez taki zapis jurydyczny normodawca wskazuje «słabe punkty» ustawy karnej, gdzie jest skłonny pójść na daleko idące ustępstwa w zakresie wymiaru wobec sprawcy następstw prawnokarnych. Już bowiem w trakcie tworzenia ustawy zdawano sobie sprawę z dużego stopnia prawdopodobieństwa wystąpienia sytuacji, w której granice ustawowego zagrożenia okażą się być nieodpowiednie dla wymiaru środków reakcji karnej odpowiednich do zawartości bezprawia popełnionego czynu. Nie jest to jednak tożsame z automatyzmem stosowania tych instytucji”.

6. Zarzuty skarżącego.

Przedmiotem kontroli w niniejszym postępowaniu skarżący uczynił art. 13 § 1 k.k., zgodnie z którym „odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje”, i art. 18 § 2 k.k. stanowiący, że „odpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego”. W jego ocenie przedmiotowe przepisy są niezgodne z Konstytucją „w zakresie, w jakim wprowadzają karalność bezskutecznego usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępnego, penalizując subiektywne zachowanie na styku formy stadialnej i dwóch form zjawiskowych popełnienia przestępstwa, bardzo odległe od dokonania czynu zabronionego przez prawo karne, przewidują i zrównują odpowiedzialność za tę postać zachowania przestępnego z realnym zachowaniem”.

Zarzuty skarżącego sprowadzają się do twierdzenia, że norma prawna wywiedziona z art. 13 § 1 i art. 18 § 2 k.k. stanowi zbyt daleko idącą ingerencję w wolność jednostki. Skarżący kwestionuje w ten sposób samą konstrukcję usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępnego i dopuszczalność stosowania represji karnej w przypadku zachowań, które wypełniają znamiona tego typu czynu zabronionego. Jego zdaniem nie ma podstaw do sięgania w tego rodzaju sytuacjach po instrumenty prawnokarne, bowiem zachowania charakteryzowane jako usiłowanie podżegania są zbyt „odległe od faktycznego dokonania czynu zabronionego”.

Zdaniem skarżącego konstrukcja usiłowania podżegania jest wyrazem nadmiernej ingerencji w sferę wolności jednostki. Na tym tle skarżący w istocie stawia dwa zarzuty: naruszenia zasady określoności przepisów prawa karnego oraz zbyt daleko posuniętej kryminalizacji.

W przypadku pierwszego zarzutu skarżący podkreślał, że kryminalizacja tego rodzaju zachowań jest konsekwencją zastosowania „unormowań niedostatecznie określonych, niejasnych i trudnych do jednoznacznej interpretacji”. Potwierdzeniem stanowiska skarżącego ma być przytoczone orzecznictwo Sądu Najwyższego i wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa karnego. W tym zakresie skarżący odwołał się w szczególności do uchwały SN z 21 października 2003 r., sygn. akt I KZP 11/03, w której Sąd Najwyższy, rozstrzygając przedstawione mu zagadnienie prawne, przyjął, że: „Podżeganie może być popełnione w formie usiłowania, i to zarówno wtedy, gdy usiłujący bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach określonych w przepisach części szczególnej kodeksu karnego, jak i wtedy gdy bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach podżegania”. Następnie skarżący zwrócił uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z 28 listopada 2006 r., sygn. akt III KK 156/06 (OSNwSK nr 1/2006,

poz. 2264), w którym, potwierdzając stanowisko wyrażone w 2003 r., uznał, że podżeganie jest przestępstwem skutkowym, którego skutkiem jest wywołanie zjawiska psychicznego w postaci zamiaru bądź decyzji popełnienia czynu zabronionego przez nakłanianego. Skarżący zwrócił także uwagę na to, że w przywołanym wyroku Sąd Najwyższy zasugerował orzekającemu w przedmiotowej sprawie sądowi apelacyjnemu, iż większość przedstawicieli doktryny opowiada się za niedopuszczalnością stosowania – w przypadku usiłowania podżegania – art. 22 § 2 k.k. (możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary), jakkolwiek z kryminalno-politycznego punktu widzenia jest to wniosek trudny do zaakceptowania. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na to, że sąd apelacyjny winien zatem rozważyć kwestię bezkarności usiłowania podżegania i pomocnictwa – „obie formy stanowią bowiem rozszerzenie odpowiedzialności poza zakres typu czynu zabronionego, którego ustawowe znamiona opisane są w części szczególnej k.k. lub w innych ustawach karnych, które nastawione są w zasadzie na postać dokonania oraz pojedynczego sprawcę”. Skarżący wyraźnie podkreślił, że w tym zakresie podziela stanowisko Sądu Najwyższego.

Z kolei w sygnalizowanym przez skarżącego postanowieniu z 29 kwietnia 2009 r., sygn. akt I KZP 6/09, Sąd Najwyższy przyjął, że „w przypadku skazania za usiłowanie podżegania do dokonania określonego czynu zabronionego, w podstawie prawnej wymiaru kary należy wskazać zarówno przepis art. 14 § 1 lub 2 k.k. – w zależności od ustalenia, czy doszło do usiłowania udolnego czy usiłowania nieudolnego – jak i art. 22 § 2 k.k.”.

Skarżący skonfrontował ww. judykaty ze stanowiskiem wyrażonym przez A. Zolla i podkreślił, że w przypadku stosowania konstrukcji usiłowania podżegania dochodzi w istocie do kryminalizacji czynów z tzw. przedpola naruszenia lub konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, co prowadzi do naruszenia art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nadto, powołując się na poglądy T. Kaczmarka, skarżący wskazał, że „obejmowanie formułą karalnego usiłowania także podżegania mogłoby powodować (...) podwójne rozszerzenie zakresu czynu zabronionego w ustawowym typie”. W ten sposób skarżący uzasadnił drugi ze swoich zarzutów, sprowadzający się do krytyki zbyt daleko posuniętej kryminalizacji wtedy, gdy nie ma związku pomiędzy popełnionym czynem a naruszeniem dobra prawnie chronionego.

7. Zarzut niezgodności art. 13 § 1 i art. 18 § 2 k.k. z art. 31 ust. 1 Konstytucji.

Skarżący, formułując swe zarzuty, wychodzi z założenia, że karalność usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępczego jest „sprzeczna z istotą wolności człowieka, w tym wolności od bezzasadnej represji karnej”. Konsekwencją tego założenia jest wniosek skarżącego o zbadanie zgodności kwestionowanej konstrukcji z art. 31 ust. 1 Konstytucji.

Przywołany powyżej wzorzec kontroli stanowi: „Wolność człowieka podlega ochronie prawnej”. W doktrynie prawa konstytucyjnego wskazuje się, że treścią wyrażonej w tym przepisie zasady jest uznanie swobody jednostki w zakresie decydowania o własnym postępowaniu. Tak pojmowana wolność ma swe rozwinięcie w dalszych przepisach Konstytucji, które „konkretyzują sposób i zakres odniesienia owej uniwersalnej wolności do poszczególnych dziedzin relacji między jednostką a władzą publiczną” (L. Garlicki, uwagi do art. 31, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 6).

Normom Konstytucji, które konkretyzują art. 31 ust. 1, przypisuje się – z jednej strony – rolę gwarancyjną, polegającą na potwierdzeniu obowiązywania zasady wolności w odniesieniu do danej dziedziny stosunków, z drugiej zaś strony – rolę reglamentacyjną, uzewnętrzniającą się, ilekroć ze szczególnych regulacji wynikają dodatkowe ograniczenia wolności, charakterystyczne dla tej właśnie dziedziny stosunków.

Postrzeganie art. 31 ust. 1 Konstytucji jako pewnego tła dla szczegółowych

regulacji konstytucyjnych sprawia, że nie można jego znaczenia sprowadzić do zakazu ograniczania wolności jednostki. Można natomiast oczekiwać, biorąc pod uwagę opisaną funkcję reglamentacyjną, że ingerencja organów władzy publicznej w sferę tak pojmowanej wolności będzie się dokonywała na zasadach określonych w Konstytucji. W doktrynie prawa konstytucyjnego szczególnie mocno akcentuje się ten aspekt zasady wolności. Skoro bowiem mamy do czynienia z uniwersalną swobodą działania, to jej ograniczenia powinny być każdorazowo oceniane pod kątem tego, czy zostały ustanowione w konstytucyjnie dopuszczalny sposób.

Analiza treści normatywnej art. 31 ust. 1 Konstytucji przez pryzmat relacji *lex specialis* – *lex generalis* pokazuje, że pomiędzy regulacjami wyrażającymi określone wolności i prawa a art. 31 ust. 1 „zachodzi (...) stosunek tożsamości, bo wszystkie te przepisy powtarzają ogólną zasadę wolności, przypominając, że odnosi się ona do wskazanej dziedziny stosunków i nadając jej bardziej szczegółowy kształt prawny”. Rodzi jednak pytanie, czy brzmienie szczegółowych przepisów Konstytucji, konkretyzujących art. 31 ust. 1 wyczerpuje treść zasady wolności. W ocenie Trybunału suma tych konkretnych przepisów nie wyznacza ostatecznych granic wolności. Przyjęcie odmiennego poglądu rodziłoby zastrzeżenia w kontekście zasady nadrzędności Konstytucji – oznaczałoby bowiem, że w sytuacji, w której jakaś dziedzina stosunków nie zostałaby tymi przepisami objęta, to pozostawałaby poza konstytucyjną gwarancją wolności (L. Garlicki, *op.cit.*, s. 7).

Odnosząc dotychczasowe rozważania do zarzutu postawionego przez skarżącego i do stanu faktycznego, który był podstawą wniesionej skargi, warto zwrócić uwagę na to, że zdefiniowana przez skarżącego „wolność od bezzasadnej represji karnej” rzeczywiście koresponduje z treścią art. 31 ust. 1 Konstytucji.

Dla opisaną sytuacji, w jakiej znalazł się skarżący, przywołany wzorzec powinien zatem być punktem wyjścia, niemniej należało zastanowić się również nad tym, czy w analizowanym przypadku Konstytucja nie ustanawia regulacji bardziej szczegółowej niż ogólna zasada wolności. W ocenie Trybunału taką konkretyzacją jest tu przede wszystkim art. 41 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym, „[k]ażdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą. Pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie”. Skoro w stosunku do skarżącego wydano orzeczenia, w których uznano, że jego zachowanie wyczerpało znamiona występku opisanego w kodeksie karnym, i wymierzono mu karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, to przywołanie art. 41 ust. 1 Konstytucji okazuje się jak najbardziej adekwatne. Analizowana sytuacja jest egzemplifikacją wkroczenia przez organy władzy publicznej w sferę wolności osobistej *sensu stricto*, a art. 41 Konstytucji wyznacza zasady, na jakich organy mogą zdecydować o pozbawieniu jednostki wolności osobistej *sensu stricto*.

Z tego punktu widzenia art. 31 ust. 1 i art. 41 ust. 1 Konstytucji pozostają w ścisłym związku, na co zwraca uwagę P. Sarnecki, podkreślając, iż wolność osobista jest „pierwszą konsekwencją czy też pierwszym przejawem wolnościowego statusu jednostki, wyrażonego w art. 31 ust. 1” (P. Sarnecki, uwagi do art. 41, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 6). P. Sarnecki zaznacza również, że art. 41 Konstytucji „na zasadzie pewnego wyjątku wobec konstytucyjnej deklaracji wolności osoby ludzkiej (art. 31 ust. 1), zajmuje się ustanawianiem szczególnych gwarancji w sytuacjach dopuszczalnego ograniczania lub pozbawiania wolności osobistej, a więc owej «całej reszty» postępowania ludzkiego («wolności osobistej *sensu stricto*»)” (*Ibidem*, s. 2). Innymi słowy, wolność osobista, o której mowa w art. 41 Konstytucji, jest pewnym „wycinkiem” wolności opisaną w art. 31 ust. 1 Konstytucji.

W konsekwencji zarzut skarżącego, jakoby wprowadzenie karalności usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępnego było działaniem „sprzecz[n]ym z istotą wolności człowieka, w tym wolności od bezzasadnej represji karnej”, dotyczy sfery wolności osobistej, o której mowa w art. 41 Konstytucji. Decyzja sądu dotycząca pozbawienia wolności nie narusza istoty wolności człowieka opisanej w art. 31 ust. 1 Konstytucji, nie pozbawia jej rzeczywistej treści, nie jest bowiem równoznaczna z odebraniem jednostce wszelkich możliwości decydowania o swoim postępowaniu. W doktrynie wskazuje się, że osoba skazana na karę pozbawienia wolności, nadal korzysta z innych przejawów wolności – „może np. dysponować swoim majątkiem, korzystać z wolności sumienia, tajemnicy korespondencji itd.” (*Ibidem*, s. 4).

Stąd też zarzut skarżącego odnosi się nie tyle do ingerencji w istotę zasady wolności, co do realizacji zasad dopuszczalnego pozbawiania wolności osobistej. Innymi słowy, skarżący odwołuje się do konkretyzacji art. 31 ust. 1 Konstytucji, jaką stanowi art. 41 Konstytucji.

Tak zrekonstruowany zarzut ściśle wiąże się z realizacją gwarancji wynikających z art. 42 Konstytucji, a wyznaczających zasady odpowiedzialności karnej. Przywołany przepis konkretyzuje wyrażoną również w art. 31 ust. 1 Konstytucji zasadę wolności, nadaje bowiem zasadzie ochrony wolności szczegółowy kształt normatywny na gruncie prawa karnego i tym samym determinuje relację między jednostką a władzą publiczną w tej dziedzinie prawa.

W pewnym uproszczeniu odpowiedzialność karna, o której mowa w art. 42 ust. 1 Konstytucji, jest szczególnym rodzajem odpowiedzialności, polegającym na wymierzeniu kary za określone działanie lub zaniechanie, przy czym „«kara» (...) jest dolegliwością wymierzoną w dobra osobiste (wolność, własność, w niektórych państwach także życie, w rozwoju historycznym także nienaruszalność i integralność cielesna) i jej celem nie jest usunięcie skutków naruszenia prawa, a samo poddanie jednostki pewnej dolegliwości” (P. Sarnecki, uwagi do art. 42, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 1). Z tej perspektywy ingerencja w wolność osobistą skarżącego, scharakteryzowaną w art. 41 Konstytucji, jest sprzężona z pociągnięciem go do odpowiedzialności karnej. Zasadnicze znaczenie ma zatem odpowiedź na pytanie, czy owo pociągnięcie do odpowiedzialności karnej nastąpiło zgodnie z art. 42 Konstytucji, zawsze gdy ograniczenie wolności jednostki wynika z zastosowania w stosunku do niej ustawy karnej, właśnie przywołany art. 42 Konstytucji umożliwia ocenę tego ograniczenia.

W związku z powyższym postawiony przez skarżącego zarzut zbyt daleko idącej ingerencji w „wolność jednostki od bezzasadnej represji karnej” należy przeanalizować – po pierwsze – z punktu widzenia gwarancji wskazanych w art. 42 Konstytucji, a po drugie, w wypadku uznania, że doszło do ich ograniczenia – z punktu widzenia zgodności z zasadą proporcjonalności. Ustawodawca, podejmując decyzję o kryminalizacji danego zachowania, a co za tym idzie – stwarzając podstawy do ograniczenia wolności jednostki, musi bowiem zarówno przestrzegać standardów konstytucyjnych określających sposób kryminalizacji, jak i wskazać wartość konstytucyjną, która uzasadnia tego rodzaju ingerencję.

8. Zarzut naruszenia art. 2 w związku z art. 42 ust. 1 Konstytucji.

8.1. Skarżący kwestionuje obowiązywanie konstrukcji przestępstwa łańcuszkowego usiłowania podżegania do popełnienia czynu zabronionego w kontekście art. 2 w związku z art. 42 ust. 1 Konstytucji. Skarżący zarzuca, że przestępstwo to zostało opisane przez ustawodawcę w sposób niedookreślony, niejasny oraz niepoddający się jednoznacznej wykładni, co jednocześnie narusza zasadę zaufania do państwa i

stanowionego przez nie prawa.

Art. 42 ust. 1 Konstytucji stanowi: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zasada ta nie stoi na przeszkodzie ukaraniu za czyn, który w czasie jego popełnienia stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego”. Przepis ten formułuje jedną z podstawowych zasad prawa karnego. Zasada ta, wraz z pozostałymi podstawowymi regułami prawa karnego, służy gwarancji ochrony prawnej jednostek przed arbitralnością oraz nadużyciami organów władzy publicznej, w tym „dowolnością orzekania i sposobu wykonywania następstw czynów zabronionych, niewspółmierności tych następstw do winy i karygodności czynu” (por. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 50-51; L. Kubicki, *Nowa kodyfikacja karna a Konstytucja RP*, „Państwo i Prawo” z. 9-10/1998, s. 25; B. Kunicka-Michalska, [w:] *Kodeks karny – część ogólna. Komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa 1999, s. 58). W piśmiennictwie przyjmuje się, że z zasady *nullum crimen sine lege poenale anteriora*, wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji, a na poziomie ustawowym powtórzonej w art. 1 § 1 k.k., wynikają następujące reguły szczegółowe:

1) czyny zabronione muszą być określone w ustawie (*nullum crimen sine lege scripta*),

2) typy przestępstw muszą być określone w sposób maksymalnie dokładny (*nullum crimen sine lege certa*),

3) niedopuszczalne jest stosowanie (niekorzystnej dla sprawcy) analogii i wykładni rozszerzającej,

4) ustawa karna wprowadzająca odpowiedzialność karną lub ją zaostrzająca nie może działać wstecz (*nullum crimen sine lege praevia, lex retro non agit*).

5) kara za przestępstwo musi być określona i przewidziana we wcześniej wydanej ustawie (*nulla poena sine lege poenali anteriora*).

Z uzasadnienia skargi konstytucyjnej wynika, że w ocenie skarżącego norma wywodzona z art. 13 §1 w związku z art. 18 § 2 k.k. narusza reguły *nullum crimen sine lege scripta* oraz *nullum crimen sine lege certa*. Stawiane przez niego zarzuty odwołują się w tym zakresie do zakazu stanowienia przepisów „niedookreślonych, niejasnych”, a w konsekwencji „niepoddających się jednoznacznej wykładni”. Innymi słowy, skarżący podnosi, że tak stypizowana kategoria czynów zabronionych, jaką są „przestępstwa łańcuszkowe”, narusza wynikającą z art. 42 ust. 1 Konstytucji zasadę, zgodnie z którą zakaz albo nakaz obwarowany sankcją karną powinny być sformułowane precyzyjnie i ściśle (zob. *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz do rozporządzenia*, red. J. Warylewski, Warszawa 2003, s. 326), ignorując tym samym zasady przyzwoitej legislacji jako element demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji).

8.2. Zasada określoności przepisów prawa w nauce prawa karnego.

Gwarancyjna funkcja prawa karnego wymaga, by zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege* żaden czyn nie mógł być ukarany, jeżeli uprzednio nie został opisany w ustawie jako zabroniony (zob. R. Dębski, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, [w:] *System prawa karnego*, red. A. Marek, Warszawa 2013, s. 355). „[Z]asada *nullum crimen sine lege* w jej współczesnym rozumieniu stwarza daleko idące wymagania, które stanowią podstawy praworządności w dziedzinie prawa karnego. Przede wszystkim wynika z niej postulat ustawowej określoności przestępstwa, tzn. dokładnego określenia w ustawie, na czym polega zabronione zachowanie się (...). Podkreśla się obecnie w związku z tym wymóg ścisłego formułowania ustawowych znamion przestępstwa, aby zakres zabronionego zachowania był jednoznaczny (*lex certa*)” (zob. A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 55).

Według obowiązującego kodeksu karnego, podmiotem przestępstwa, czyli jego sprawcą, może być tylko człowiek (osoba fizyczna). Pojęciem „sprawstwa” posługujemy się tutaj w szerokim znaczeniu, obejmującym różne formy popełnienia przestępstwa: podżeganie, pomocnictwo, formy sprawstwa i współsprawstwa, gdyż bez względu na te formy ogólne cechy podmiotu są identyczne (*Ibidem*, s. 100). Norma karna co do zasady powinna wskazywać w sposób jednoznaczny osobę, do której skierowany jest zakaz, znamiona czynu zabronionego oraz rodzaj sankcji grożącej za popełnienie takiego czynu. W przypadku, gdy wszystkie te elementy znajdują się w przepisie karnym, mamy do czynienia z tzw. zupełnym przepisem karnym (*Zasady techniki, op.cit.*, s. 328). Zdaniem karnistów, dopuszczalne są jednak także tzw. przepisy karne niepełne (niezupełne, niekompletne), a więc takie, które odsyłają do innego aktu prawnego (*Ibidem*).

Przepisy niezupełne podzielić można z kolei na przepisy odsyłające oraz blankietowe. W obu przypadkach znamiona czynu zabronionego są zakreślone w innych przepisach niż te, które znajdują się w ustawie karnej. O ile tzw. przepisy odsyłające w ścisłym znaczeniu wyraźnie wskazują przepisy, które składają się na określoną normę karną, o tyle przepisy blankietowe, zwane też ramowymi, ślepyimi albo otwartymi, „odwołują się w sposób ogólny do przepisów, które już zostały uchwalone i opublikowane lub które mają być uchwalone i opublikowane dopiero w przyszłości” (*Ibidem*, s. 329; zob. też: K. Buchała, A. Zoll, *op.cit.*, s. 74; por. szerzej również: J. Nowacki, *Studia z teorii prawa*, Kraków 2003, s. 169 i n.).

Blankietowość normy karnej polega zatem według przedstawicieli doktryny na tym, że znamiona czynu zabronionego (tzw. typizacja, określoność) są wskazane w innym akcie normatywnym niż ten, który zawiera normę sankcjonującą. Taka definicja normy blankietowej jest powszechnie akceptowana w nauce prawa karnego, przy czym należy wspomnieć, że część autorów wskazuje, iż pod pojęciem przepisów blankietowych należy rozumieć wyłącznie takie unormowania, które odsyłają do aktów normatywnych rangi podstawowej. Wówczas norma blankietowa staje się równocześnie normą kompetencyjną (B. Koch, *Z problematyki przepisów blankietowych w prawie karnym*, „Acta Universitatis Nicolai Copernici, Prawo”, t. XVI, 1978, s. 67).

Z kolei w ramach przepisów blankietowych wyróżnia się trzy podstawowe grupy:

- 1) przepisy odsyłające do innych unormowań w ramach tej samej ustawy,
- 2) przepisy odsyłające do innej ustawy albo innych ustaw (również zawierające ogólne formuły, np. „w sposób niezgodny z wymogami ustawy” itp.,
- 3) przepisy odsyłające do unormowań aktów niższej rangi (czyli przepisy blankietowe w węższym znaczeniu, tak: B. Koch, *Ibidem*, s. 68-71).

W piśmiennictwie podkreśla się, że konstrukcja przepisu częściowo blankietowego jest szczególnie uzasadniona w trzech wypadkach:

– po pierwsze – w odniesieniu do kryminalizacji w tych sferach życia społecznego, które ulegają dynamicznym przemianom. W tym wypadku konstrukcja odwołania do znamion pozaustawowych pozwala uniknąć częstych nowelizacji ustawy karnej (zob. R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa: o ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 119; L. Gardocki, *op.cit.*, s. 65; B. Koch, *op.cit.*, s. 64-65);

– po drugie – w celu uniknięcia nadmiernej kazuistyki przepisów represyjnych. Przepis odsyłający do znamion pozaustawowych jest bowiem lepszym rozwiązaniem niż przepis posługujący się pojęciami nieostrymi, których konkretyzacja następuje dopiero na etapie stosowania prawa (L. Gardocki, *op.cit.*, s. 518);

– po trzecie – w celu uwzględnienia specyfiki i złożoności kryminalizowanych zachowań, które uniemożliwiają szczegółowe określenie znamion czynu zabronionego.

W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że wymóg określoności wynikający z

zasady *nullum crimen sine lege* nie jest spełniony jedynie w takim wypadku, gdy adresat normy prawnokarnej nie jest w sprawie zrekonstruować, jedynie na podstawie przepisu ustawy, zasadniczych znamion czynu zabronionego (por. R. Dębski, *op.cit.*, s. 131). W tym kontekście w piśmiennictwie podkreśla się, że „nieokreśloność przestępstwa może też polegać na świadomym posługiwaniu się przez ustawodawcę opisem przestępstwa wprawdzie precyzyjnym, ale tak szerokim, że jego dosłowne stosowanie nie jest możliwe i wybór przypadków, w których dochodzi do odpowiedzialności karnej pozostawia się organom ścigania i sądom. (...) Jest oczywiste, że w państwie praworządnym nie powinny obowiązywać przepisy karne, których ustawodawca nie potrafi sformułować dokładnie ani nie ma na to szans w drodze orzecznictwa SN. Ustawodawca nie może bowiem wymagać od obywatela uświadomienia sobie zakresu zakazu karnego i przestrzegania go, jeżeli sam nie jest w stanie określić wyraźnie jego granic” (L. Gardocki, *op.cit.*, s. 16).

8.3 Zasada określoności przepisów prawa w orzecznictwie Sądu Najwyższego.

Do zasady określoności przepisów prawa karnego często odwoływał się w swoim orzecznictwie Sąd Najwyższy, współdeterminując tym samym jej treść normatywną. W ocenie Sądu Najwyższego, z wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji zasady *nullum crimen nulla poena sine lege poenali anteriori* wywodzą się między innymi zasady: *nullum crimen sine lege certa* (maksymalnej określoności czynów zabronionych), *nullum crimen sine lege scripta* (nakazującej, by prawo karne było prawem zawartym w ustawie) oraz *nullum crimen sine lege stricta* (zakazującej stosowania analogii i wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy). Jednocześnie Sąd Najwyższy akcentował, że wymóg maksymalnej określoności znamion przestępstwa nie oznacza, że wszelkie elementy opisujące czyny zabronione muszą być wyczerpująco opisane w ustawie, i zwracał uwagę na dopuszczalność posługiwania się w prawie karnym sformułowaniami ocennymi.

Analizując zasadę *nullum crimen sine lege*, Sąd Najwyższy podkreślał również, że nie należy z niej wywodzić nakazu, by ustawa zawierała opis każdego możliwego zachowania, które wyczerpuje znamiona danego czynu. Stworzenie przez ustawodawcę takiego pełnego katalogu zachowań obejmujących opis wszystkich potencjalnych czynności sprawczych byłoby wysoce wątpliwe. Łącząc zasadę *nullum crimen sine lege* z funkcją gwarancyjną prawa karnego, Sąd Najwyższy wskazywał raczej na konieczność takiego stypizowania czynów zabronionych, które umożliwiłoby jednoznaczne odróżnienie typów zachowań zabronionych przez ustawę od zachowań niezabronionych (funkcja zewnętrzna określoności czynu) oraz odróżnienie od siebie poszczególnych typów czynów zabronionych (funkcja wewnętrzna określoności czynu) – (zob. postanowienie SN z 19 grudnia 2007 r., sygn. akt V KK 101/07, KZS nr 4/2008, poz. 23, „Prokuratura i Prawo” nr 2/2009, poz. 1; zob. też postanowienia SN z: 29 lipca 2009 r., sygn. akt I KZP 8/09, OSNKW nr 8/2009, poz. 61; 9 czerwca 2006 r., sygn. akt I KZP 14/06, OSNKW nr 7-8/2006, poz. 67).

8.4. Interpretacja zasady określoności prawa w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego.

Zasada określoności oraz wynikające z niej reguły szczegółowe redagowania przepisów prawa represyjnego były również wielokrotnie przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego, przed wejściem, jak i po wejściu w życie Konstytucji.

W uzasadnieniu postanowienia z 25 września 1991 r., sygn. S 6/91 (OTK ZU w 1991 r., poz. 34), Trybunał stwierdził: „W demokratycznym państwie prawa funkcją prawa karnego nie jest tylko ochrona państwa i jego instytucji, nie jest także tylko ochrona społeczeństwa lub poszczególnych jednostek przed przestępstwami, ale także, w nie

mniejszym stopniu, ochrona jednostki przed samowolą państwa. Prawo karne stwarza dla władzy w demokratycznym państwie prawa barierę, poza którą obywatel powinien czuć się bezpieczny w tym sensie, że bez przekroczenia pola zabronionego pod groźbą kary nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej. Prawo karne ma wyznaczyć wyraźne granice między tym, co jest dozwolone, a tym, co jest zabronione. Bariera, o której tu mowa, nie powinna być usuwana dla żadnych celów politycznych lub innych. Prawo karne nie jest bowiem instrumentem mającym służyć zachowaniu władzy, lecz jest właśnie tej władzy ograniczeniem”.

W orzeczeniu z 19 czerwca 1992 r., sygn. U 6/92 (OTK ZU w 1992 r., poz. 13), Trybunał uznał, że w demokratycznym państwie prawa każda forma naruszenia przez organ państwowy dobra osobistego musi łączyć się z możliwością kontroli zasadności działania organu państwowego. Trybunał podkreślił jednocześnie, że w państwie takim wymaganie określoności dotyczyć musi zarówno materialnych elementów czynu, jak i elementów kary, tak by czyniło to zadość wymaganiu przewidywalności. Przepisy prawne muszą bowiem stwarzać obywatelowi (podmiotowi odpowiedzialności karnej) możliwość uprzedniego i dokładnego rozeznania, jakie mogą być prawnokarne konsekwencje jego postępowania. Materialne elementy czynu, uznanego za przestępny, muszą więc być zdefiniowane w ustawie (zgodnie z konstytucyjną zasadą wyłączności ustawy) w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny.

W orzeczeniu z 1 marca 1994 r., sygn. U 7/93 (OTK ZU w 1994 r., poz. 5) Trybunał stwierdził, że z zasady państwa prawnego, wyrażonej w art. 1 Konstytucji z 1952 r. w brzmieniu nadanym jej przez ustawę z dnia 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz. U. Nr 75, poz. 444), wynika, iż przepisy prawa karnego powinny precyzyjnie określać zarówno czyn, jak i karę. Trybunał podkreślił wówczas, że „w świetle konstytucyjnego podziału materii pomiędzy ustawy a akty wykonawcze (...) podstawowe elementy zarówno czynu jak i kary muszą być określone w samej ustawie, a nie mogą być – w sposób blankietowy – pozostawione do unormowania w akcie wykonawczym”. Trybunał Konstytucyjny zaznaczył wówczas, że takie konstytucyjne wymagania pod adresem przepisów karnych należy odnosić do wszystkich przepisów o charakterze represyjnym (sankcjonująco-dyscyplinującym), a więc do wszystkich przepisów, których celem jest poddanie obywatela jakiejś formie ukarania czy jakiejś sankcji.

Z kolei w postanowieniu z 13 czerwca 1994 r., sygn. S 1/94 (OTK ZU w 1994 r., poz. 28), Trybunał podkreślił, iż „każda regulacja prawna, nawet o charakterze ustawowym, dająca organowi państwowemu uprawnienie do wkraczania w sferę praw i wolności obywatelskich, musi spełniać warunek dostatecznej określoności. Należy przez to rozumieć precyzyjne wyznaczenie dopuszczalnego zakresu ingerencji oraz tryb, w jakim podmiot ograniczony w swoich prawach i wolnościach może bronić się przed nieuzasadnionym naruszeniem jego dóbr osobistych”.

Po wejściu w życie Konstytucji z 1997 r. zasada wyłączności ustawowej w odniesieniu do określoności czynu zabronionego pod groźbą kary była przedmiotem orzekania TK w wyroku z 19 maja 1998 r., sygn. U 5/97 (OTK ZU nr 4/1998, poz. 46), w którym Trybunał stwierdził, że „parlament jest (...) podmiotem wyłącznie uprawnionym do ograniczenia – na drodze ustawodawczej – zakresu korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, przy czym Konstytucja szczegółowo określa przesłanki takich ograniczeń w postaci wartości (dóbr) konkurujących z zakresem korzystania przez jednostkę ze swych wolności i praw”.

Z kolei w wyroku z 20 lutego 2001 r., sygn. P 2/00 (OTK ZU nr 2/2001, poz. 32, pkt 2), Trybunał zmodyfikował tezę wyrażoną w sprawie o sygn. U 7/93, dopuszczając możliwość doprecyzowania w aktach podstawowych pewnych elementów czynu

penalizowanego w kodeksie karnym skarbowym. Stwierdził wówczas, że „nie rezygnując z wymagania określenia wyłącznie w ustawie podmiotu, znamion przedmiotowych przestępstwa oraz kary, należy jednak przyjąć, że dopuszczalne jest doprecyzowanie tych elementów w aktach wykonawczych wydanych w zgodzie z art. 92 konstytucji. Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę, że zwłaszcza w odniesieniu do przestępstw przeciwko mieniu, obrotowi gospodarczemu, czy przeciwko interesom fiskalnym państwa, konstrukcja ustawy karnej, która by całkowicie wykluczała potrzebę odwołania się do rozporządzeń regulujących określoną sferę działalności, jest trudna do wyobrażenia”. W sprawie tej Trybunał Konstytucyjny stwierdził ponadto, że „odesłanie do aktów wykonawczych umożliwia «dopasowanie norm określających poszczególne zakazy i nakazy do zmieniających się stosunków (np. gospodarczych, społecznych, ekologicznych itp.) i wyposażenie ich w jednolitą sankcję» (...). Akty niższej rangi są szybciej dostosowywane do zmieniających się warunków społeczno-gospodarczych, odzwierciedlają wzrost cen, stawek podatkowych, itd. Pozwala to uniknąć częstych nowelizacji ustawy, co służy stabilności prawa” (*Ibidem*).

W wyroku z 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02 (OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 62), Trybunał orzekł, że przepis kodeksu wykroczeń w zakresie, w jakim przewiduje wymierzanie kary grzywny za naruszenie przepisów porządkowych stanowionych przez organy stanowiące samorządu terytorialnego, jest zgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji. Trybunał stwierdził w uzasadnieniu, że w myśl art. 42 ust. 1 Konstytucji: „czyn zabroniony i rodzaj oraz wysokość kar i zasady ich wymierzania muszą zostać określone bezpośrednio w ustawie, przy czym Konstytucja nie wyklucza doprecyzowania niektórych elementów przez akty podustawowe (zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego). Rola aktu podustawowego polega w tym przypadku na dookreśleniu pewnych elementów czynu zabronionego, który zabroniony został przez ustawodawcę. (...) [p]odstawowe znamiona czynu zabronionego muszą zostać określone w ustawie w sposób odpowiadający pewnym minimalnym wymogom precyzji, tak aby adresat normy prawnej mógł zorientować [się] na podstawie samej tylko ustawy co do zasadniczej treści ustanowionego zakazu (zasada określoności regulacji z zakresu prawa represyjnego)”.

W tym samym wyroku Trybunał stwierdził nadto, że „po pierwsze, przepisy blankietowe mogą odsyłać do przepisów różnej rangi. Obok przepisów odsyłających do ustaw mogą istnieć przepisy odsyłające do aktów podustawowych. Po drugie, przepisy blankietowe różnią się zakresem odesłania. W przypadku wielu przepisów zakres odesłania obejmuje tylko niektóre znamiona czynu zabronionego, natomiast pozostałe znamiona zostały określone w przepisie zawierającym odesłanie. Niektóre przepisy blankietowe nie określają w ogóle znamion czynu zabronionego, a wszystkie jego elementy zostają określone w przepisach do których odsyła przepis blankietowy. Tego typu przepisy stanowią tzw. blankiet zupełny”.

W wyroku z 26 listopada 2003 r., sygn. SK 22/02 (OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 97), Trybunał, rozwijając to stanowisko, zaznaczył: „Reguła określoności wskazana w art. 42 Konstytucji wyznacza zatem dopuszczalność i zakres stosowania norm prawa karnego o charakterze blankietowym. Nakazuje ona ustawodawcy takie wskazanie czynu zabronionego (jego znamion), aby zarówno dla adresata normy prawnokarnej, jak i organów stosujących prawo i dokonujących «odkodowania» treści regulacji w drodze wykładni normy prawa karnego nie budziło wątpliwości to, czy określone zachowanie *in concreto* wypełnia te znamiona. Skoro bowiem ustawa wprowadza sankcję w przypadku zachowań zabronionych, nie może pozostawiać jednostki w nieświadomości czy nawet niepewności co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony pod groźbą takiej sankcji. Stanowisko takie jest akceptowane w piśmiennictwie prawa karnego. (...) W istocie zatem norma prawnokarna może mieć charakter odsyłający, wykluczyć natomiast

należy niedoprecyzowanie jakiegokolwiek elementu tej normy, które pozwalałoby na dowolność w jej stosowaniu przez właściwe organy władzy publicznej czy na «zawłaszczanie» przez te organy pewnych sfer życia i penalizowanie zachowań, które nie zostały *expressis verbis* określone jako zabronione w przepisie prawa karnego. Stwarzać to może bowiem nie tylko wskazany już stan niepewności po stronie jednostki co do zakresu zachowań dozwolonych i niedozwolonych, lecz również w sposób sprzeczny z konstytucyjną zasadą państwa prawa prowadzić może do dowolności orzekania i w skrajnych przypadkach może stanowić niebezpieczne narzędzie nacisku aparatu państwowego na obywateli. Wszystko to składa się na tzw. samowolę państwa, która w demokratycznym państwie prawa nie jest dopuszczalna”.

W wyroku z 5 maja 2004 r., sygn. P 2/03 (OTK ZU nr 5/A/2004, poz. 39), Trybunał zauważył, że chociaż każde ogólnikowe określenie znamion czynu zabronionego dające daleko idącą swobodę interpretacji co do treści normy prawnokarnej nie spełnia wymogu określoności wyrażonego w art. 42 ust. 1 Konstytucji, to jednak nie oznacza to, że ustawodawca nie może określać pewnych zachowań stanowiących czyn zabroniony w sposób na tyle ogólny, aby w ich zakresie mieściły się różne działania, które są zabronione np. ze względu na cel, jaki ma być osiągnięty przez ich realizację. Wniosek przeciwny należałoby uznać za absurdalny, gdyż w krańcowym ujęciu prowadziłyby do konieczności zaprzeczenia abstrakcyjnemu i ogólnemu charakterowi normy prawnej. Nieprzekraczalnym minimum precyzji formułowania przepisów represyjnych jest wymóg takiej redakcji przepisu, aby jednostka nie miała wątpliwości, że jej zachowanie w konkretnych okolicznościach naraża ją na odpowiedzialność karną. Trybunał dodał również, że „wymaganie określoności dotyczy musi zarówno materialnych elementów czynu, jak i elementów kary, tak by czyniło to zadość wymaganiu przewidywalności. Przepisy prawne muszą bowiem stwarzać obywatelowi (podmiotowi odpowiedzialności karnej) możliwość uprzedniego i dokładnego rozeznania, jakie mogą być prawnokarne konsekwencje jego postępowania”.

W wyroku z 5 marca 2003 r., sygn. K 7/01 (OTK ZU nr 3/A/2003, poz. 19), Trybunał zaznaczył, że niejasność prawa i jego nadmierne skomplikowanie prowadzą do rozbieżnych interpretacji. Dotyczy to zwłaszcza tzw. kaskadowych odesłań, które mogą spowodować kompletną nieczytelność przepisu. W takich wypadkach powstaje konieczność oceny, czy ustawodawca utrzymał się jeszcze w zakresie przysługującej mu swobody regulacyjnej.

W wyroku z 12 września 2005 r., sygn. SK 13/05 (OTK ZU nr 8/A/2005, poz. 91), Trybunał zaznaczył, że jednak ani sama konieczność wykładni przepisu prawa, ani posłużenie się odesłaniem w zakresie definiowania cech czynu nie przesądzają jeszcze o przekroczeniu przez ustawodawcę konstytucyjnego standardu określoności czynu zabronionego. Trybunał stwierdził również, że sam kodeks karny operuje licznymi zwrotami niedookreślonymi, które nie mają wyłącznie na celu oznaczenia kwalifikowanej postaci przestępstwa (art. 218 § 1 k.k. – mówi o oddziaływaniu „złośliwym”, art. 304 k.k. – o „przymusowym położeniu”, art. 311 k.k. – o „istotnym znaczeniu”, a użycie takich zwrotów determinuje same znamiona czynu karalnego). Znaczenie tych określeń nie jest jednak ustalane w próżni prawnej, co mogłoby rodzić niepewność, lecz poprzez analizę dorobku doktryny, a zwłaszcza orzecznictwa sądowego, które autorytatywnie usuwa obiektywnie istniejące wątpliwości.

Kwestię treści normatywnej rekonstruowanej z art. 42 ust. 1 Trybunał podjął również w wyroku z 21 lipca 2006 r., sygn. P 33/05 (OTK ZU nr 7/A/2006, poz. 83). Podkreślił wówczas, że dopuszczalność i zakres stosowania przepisów prawa karnego o charakterze blankietowym są wyznaczone przez zasadę określoności tych przepisów oraz zasadę wyłączności ustawy w sferze prawa karnego. W tym kontekście Trybunał wyraził

też: „Przepisy karne (represyjne) o charakterze blankietowym, czyniąc zadość gwarancjom przewidzianym w art. 42 ust. 1 Konstytucji, powinny bowiem nie tylko określać podstawowe elementy, a więc podmiot, znamiona czynu zabronionego oraz rodzaj i wysokość kary, odsyłając jedynie w zakresie doprecyzowania niektórych z tych elementów do odrębnych przepisów, ale przede wszystkim respektować w zakresie odesłania katalog źródeł powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Zakres odesłania musi być ściśle dostosowany do wyznaczonych przez Konstytucję granic kompetencji prawotwórczych organów władzy publicznej. Odesłanie nie może obejmować regulacji, które są wprawdzie wydawane na podstawie ustaw, jednak zakres udzielonych upoważnień ustawowych do ich wydania narusza konstytucyjne zasady stanowienia aktów normatywnych”.

Warto dodać, że w sprawie o sygn. P 33/05 Trybunał odniósł się również do problemu dopuszczalności tzw. blankietów zupełnych w regulacjach o charakterze represyjnym, stwierdzając, że nie można całkowicie wykluczyć posługiwania się techniką blankietu zupełnego, jeżeli w danym przypadku nie jest możliwe określenie przynajmniej niektórych znamion czynu zabronionego w samej ustawie. Takie rozwiązanie jest jednak dopuszczalne jedynie w uzasadnionych przypadkach i przy spełnieniu wielu warunków odnoszących się do szczególnego charakteru prawnego regulacji, do której odsyła przepis ustawy. Trybunał zaznaczył, że blankiet zupełny w żadnym wypadku nie może odsyłać do przepisów, które nie mają charakteru powszechnie obowiązującego prawa.

Kwestia dopuszczalności blankietu zupełnego była też rozważana w wyroku z 28 lipca 2009 r., sygn. P 65/07 (OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 114). Trybunał wzmocnił tu ustaloną już linię orzeczniczą dotyczącą dopuszczalności posługiwania się techniką tzw. blankietu zupełnego o charakterze dynamicznym, stwierdzając, że stosowanie tej techniki przez ustawodawcę jest konstytucyjnie dopuszczalne po spełnieniu trzech warunków:

1) stosowanie takiego blankietu możliwe jest tylko w wypadku zagrożeń karami o stosunkowo niewielkim stopniu dolegliwości (*a contrario* bezwzględnie niedopuszczalne jest posługiwanie się blankietem zupełnym w wypadku przestępstw);

2) odesłanie może nastąpić jedynie do przepisów ustanowionych przez organy posiadające demokratyczną legitymację opartą na powszechnych i bezpośrednich wyborach;

3) ustawa powinna w sposób jednoznaczny wyrazić swoją wolę penalizacji zachowań zakazanych przez przepisy podustawowe wydane na jej podstawie.

Zagadnienie ustawowej określoności czynu zabronionego było przedmiotem najdalej idących rozważań w wyroku z 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08 (OTK ZU nr 5/A/2010, poz. 50). Podkreślono w nim, że Trybunał rozumie zasadę określoności regulacji z zakresu prawa represyjnego jako obowiązek wskazania w ustawie podstawowych znamion czynu zabronionego w sposób odpowiadający minimalnym wymogom precyzji. Celem tego nakazu, skierowanego do ustawodawcy, jest zapewnienie adresatowi normy prawnej możliwości orientowania się na podstawie samego tylko przepisu ustawowego co do zasadniczej treści ustanowionego zakazu. Ponadto sam fakt posłużenia się odesłaniem w przepisie penalizującym dane zachowanie nie jest wystarczający dla stwierdzenia niezgodności zaskarżonego/kwestionowanego przepisu z art. 42 ust. 1 Konstytucji (*nullum crimen sine lege certa*). Niezgodność z konstytucyjną zasadą określoności prawa może wystąpić w konkretnym odesłaniu w normie prawa karnego, która określa znamiona czynu karalnego. Trybunał stwierdza, że wykluczone jest takie niedoprecyzowanie któregośkolwiek elementu normy prawnokarnej, które powodowałoby dowolność w jej stosowaniu przez właściwe organy władzy publicznej czy umożliwiałoby „zawłaszczanie” przez te organy pewnych sfer życia i represjonowanie zachowań, które nie zostały *expressis verbis* określone jako zabronione w przepisie prawa karnego.

Odnosząc się do reguł redagowania prawa represyjnego, Trybunał w

przytoczonym wyroku podkreślił również, że konstytucyjny standard stawiający wyższe wymagania ustawodawcy w sferze prawa represyjnego nie wymaga jednakże absolutnej jasności czy komunikatywności wyrażenia zakazu lub nakazu prawnego. Ani sama konieczność wykładni przepisu prawa, ani posłużenie się odesłaniem w zakresie definiowania cech czynu nie przesądzają jeszcze o przekroczeniu przez ustawodawcę konstytucyjnego standardu określoności czynu zabronionego. Nakazu określoności (*nullum crimen sine lege*) nie spełnia przepis ustawy karnej wówczas, gdy adresat normy prawnokarnej nie jest w stanie zrekonstruować, jedynie na jego podstawie, zasadniczych znamion czynu zabronionego. Przepis ustawy karnej musi stwarzać podmiotowi odpowiedzialności karnej realną możliwość takiej rekonstrukcji prawnokarnej konsekwencji zachowania. Jeśli wynik tego testu jest pozytywny, to dany przepis prawa represyjnego jest zgodny z zasadami *nullum crimen sine lege scripta* oraz *nullum crimen sine lege certa*. Zasady te gwarantują jednakże, że odpowiedzialność karną może ponieść tylko sprawca czynu zabronionego przez ustawę, nie zaś to, że ustawa taka będzie zawierała opis każdego możliwego zachowania, które wyczerpuje znamiona tego czynu.

8.5. Zasada określoności w prawie międzynarodowym oraz w prawie Unii Europejskiej.

Zasada określoności przepisów prawa karnego jest gwarantowana nie tylko w Konstytucji oraz w postanowieniach kodeksu karnego, lecz także w aktach prawa międzynarodowego. Należy tu wymienić przede wszystkim art. 7 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.; dalej: EKPC, Konwencja) oraz art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167; dalej: MPPOiP), a także w art. 22 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (Dz. U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708; dalej: SMTK). Na tle przywołanych przepisów ukształtowało się bogate orzecznictwo sądowe, które koresponduje z przedstawionymi powyżej poglądami Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego.

W szczególności warto podkreślić, że Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) upatruje w art. 7 Konwencji gwarancji przed arbitralnym oskarżeniem, skazaniem i ukaraniem. W ocenie ETPC gwarancje, wynikające z art. 7 Konwencji są spełnione, gdy jednostka ma możliwość wywiedzenia z brzmienia danego przepisu, a gdy to konieczne – także przy pomocy sądowej wykładni tegoż przepisu – za jakie działania i zaniechania zostanie pociągnięta do odpowiedzialności karnej oraz jaka kara zostanie jej wymierzona (zob. wyrok z 22 stycznia 2013 r., sygn. 42931/10).

Do roli wykładni sądowej ETPC nawiązywał również we wcześniejszych orzeczeniach, argumentując, że „zawsze będzie istniała potrzeba wyjaśnienia wątpliwych kwestii oraz dostosowania [przepisu] do zmieniających się okoliczności. Mimo iż pewność jest wysoce pożądana, może ona wywołać wystąpienie nadmiernej sztywności, a ustawa musi dorównywać kroku zmieniającym się uwarunkowaniom”. ETPC wskazał jednocześnie, że „artykuł 7 Konwencji nie może być interpretowany w sposób zakazujący stopniowego objaśniania zasad odpowiedzialności karnej w drodze interpretacji sądowej dokonywanej w poszczególnych sprawach, z tym zastrzeżeniem, iż wynikający stąd rozwój jest zgodny z istotą czynu zagrożonego karą i można w sposób rozsądny go przewidzieć” (wyrok z 17 września 2009 r., sygn. 10249/03).

Podobnie zasadę określoności przepisów prawa karnego charakteryzował Sąd Pierwszej Instancji, funkcjonujący w ramach struktur unijnych. W wyroku z 27 września 2006 r., sygn. T-43/02, podkreślił, że wymóg określoności, opisany w art. 7 ust. 1 EKPC, „jest spełniony, jeśli zainteresowany na podstawie treści przepisu i w razie potrzeby na podstawie wykładni dokonanej przez sądy jest w stanie określić, jakie działania i

zaniechania grożą pociągnięciem go do odpowiedzialności karnej”.

8.6. Zasada określoności a przedmiot kontroli.

Przedmiotem kontroli w niniejszym postępowaniu są dwa przepisy kodeksu karnego – art. 13 § 1 oraz art. 18 § 2 k.k. Pierwszy określa jedną z form stadialnych popełnienia przestępstwa, tj. usiłowanie udolne, drugi zaś definiuje podżeganie do popełnienia czynu zabronionego jako odrębny rodzaj czynu zabronionego. Przepisy te zostały zaskarżone łącznie jako regulacje, z których wywodzona jest norma determinująca kwalifikację prawną czynu popełnionego przez skarżącego (działanie, którego dopuścił się skarżący, zostało scharakteryzowane przez sądy obu instancji orzekające w przedmiotowej sprawie jako usiłowanie podżegania do pomocnictwa do łapownictwa czynnego). Ostateczne orzeczenie wydane w sprawie skarżącego zapadło bowiem w związku z przypisaniem mu odpowiedzialności za działanie w warunkach łącznego wypełnienia znamion art. 13 § 1 i art. 18 § 2 k.k. w odniesieniu do jednego z przestępstw stypizowanych w części szczególnej kodeksu karnego – art. 229 k.k. W pewnym uproszczeniu można zatem stwierdzić, że rozpatrywana skarga konstytucyjna odnosi się do zawartych w kodeksie karnym znamion typu czynu zabronionego, wyciągniętych niejako „przed nawias” części szczególnej kodeksu karnego.

Skarżący zarzuca wskazanej regulacji, że narusza ona art. 2 i art. 42 ust. 1 Konstytucji, gdyż przepisy ją wysławiające zostały ustanowione w sposób niedookreślony, niejasny oraz niepoddający się jednoznacznej wykładni. Innymi słowy, zakwestionowana regulacja kodeksu karnego jest niezgodna z zasadą określoności.

Wynikające z art. 42 ust. 1 Konstytucji, a pośrednio również z jej art. 2 normy pełnią istotną funkcję zabezpieczającą, z jednej strony wyznaczając zakres wolności jednostki, po przekroczeniu której powinna się ona liczyć z możliwością pociągnięcia do odpowiedzialności karnej (lub o charakterze karnym), a z drugiej strony określając granicę ingerencji państwa w tę sferę. Dochodzi w ten sposób do rozgraniczenia swobody zachowania jednostki oraz obszaru karnego oddziaływania państwa. Patrząc przez pryzmat funkcji gwarancyjnej, należy podkreślić, że znamiona, od wypełnienia których uzależnione jest ewentualne pociągnięcie do odpowiedzialności karnej, muszą być definiowane tak, by odpowiadały zasadzie określoności, co w odniesieniu do prawa represyjnego związane jest z koniecznością spełnienia przesłanek wskazania w ustawie podstawowych znamion czynu zabronionego w sposób odpowiadający minimalnym wymogom precyzji. Oznacza to, że znamiona te muszą być sformułowane na tyle jasno oraz przejrzyste, by w drodze zwykłego ich odczytania, względnie dokonania wykładni sądowej, dało się w sposób nie budzący wątpliwości odróżnić zachowanie przez prawo zakazane od działania lub zaniechania prawnie indyferentnego. Nie oznacza to, kierowanego do ustawodawcy, nakazu rezygnowania z posługiwania się wyspecjalizowanym językiem prawniczym ani zakazu korzystania – w rozsądnych granicach – z instytucji zwrotów niedookreślonych lub przepisów odsyłających, lecz jedynie wymusza konieczność opisanie znamion zachowania zabronionego pod groźbą kary. Nakaz określoności regulacji represyjnej nie jest tożsamy ze spełnieniem warunku wyczerpującego, np. wariantowego lub kazuistycznego, wyznaczenia zachowań przez prawo zakazanych. Celem tego nakazu, skierowanego do ustawodawcy, jest zapewnienie adresatowi normy prawnej możliwości zorientowania się na podstawie samego tylko przepisu ustawowego co do zasadniczej treści ustanowionego zakazu.

Z punktu widzenia wskazanych powyżej kryteriów regulacja art. 13 § 1 w związku z art. 18 § 2 k.k., umożliwiającą budowanie konstrukcji usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępnego przestępstwa łańcuskowego, spełnia wymóg określoności. Należy mieć jednak na uwadze to, że znamiona opisane w zaskarżonych przepisach

obowiązują w sposób niesamodzielny, nabierając właściwego znaczenia w połączeniu ze znamionami czynu zabronionego określonego w części szczególnej kodeksu karnego lub w prawie karnym szczególnym.

Dopiero w tym zakresie znamiona te mogą być odczytywane jako spełniające kryterium należytej określoności przepisów charakteryzujących płaszczyznę karalności oraz płaszczyznę bezprawności danej postaci przestępstwa. Powiązanie art. 18 § 2 k.k. z danym przepisem części szczególnej, określającym czyn zabroniony stanowiący przedmiot czynności nakłaniania, pokazuje, że „Płaszczyzna zakazu charakteryzowana jest w przypadku podżegania poprzez zakaz nakłaniania innej osoby do przekroczenia normy sankcjonowanej wyrażonej w przepisie części szczególnej, nie zaś poprzez zakaz naruszania dobra prawnego lub zakaz narażania tego dobra na niebezpieczeństwo wyrażony w przepisie części szczególnej” (P. Kardas, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*, [w:] *System prawa karnego. Tom 3*, red. R. Dębski, Warszawa 2012).

Z tej perspektywy dla oceny tego, czy dane zachowanie wypełnia znamiona podżegania, podstawowe znaczenie ma przekroczenie owego zakazu nakłaniania do popełnienia czynu opisanego w ustawie karnej. W niniejszej sprawie owo nakłanianie odnosiło się do pomocnictwa do łapownictwa czynnego. Innymi słowy, skarżący nakłaniał osobę trzecią, by ta, działając jako pośrednik, przekazała korupcyjną propozycję funkcjonariuszowi publicznemu, czyli nakłaniał tę osobę do zrealizowania znamion z art. 18 § 3 w związku z art. 229 § 1 k.k.

Z uwagi na fakt, że osoba nakłaniana nie powzięła zamiaru dokonania czynu zabronionego, zachowanie skarżącego zostało zakwalifikowane nie jako dokonane podżeganie do pomocnictwa do łapownictwa czynnego, lecz jako usiłowanie podżegania do pomocnictwa do łapownictwa czynnego. Przyjęcie takiej kwalifikacji było możliwe ze względu na zawarte w kodeksie karnym regulacje odnoszące się do karalności poszczególnych form stadialnych popełnienia przestępstwa. Zgodnie z brzmieniem art. 13 § 1 k.k. „Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje”.

W świetle utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, jeśli podżegacz nakłaniał daną osobę do popełnienia czynu zabronionego, a ta nie powzięła zamiaru jego popełnienia, to takie zachowanie winno zostać zakwalifikowane właśnie jako usiłowanie podżegania do popełnienia czynu zabronionego. W ostatecznym orzeczeniu, wydanym w niniejszej sprawie przez Sąd Okręgowy, wprost odwołano się do tej linii orzeczniczej, wskazując na uchwałę siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 21 października 2003 r., wydaną w sprawie o sygn. akt I KZP 11/03. Zgodnie z uchwałą „podżeganie może być popełnione w formie usiłowania i to zarówno wtedy, gdy usiłujący bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach określonych w przepisach części szczególnej kodeksu karnego jak i wtedy, gdy bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach podżegania”. Co więcej, sąd drugiej instancji podkreślił również, że „Przedstawioną tezę (...) Sąd Najwyższy ostatecznie zakończył spór trwający od wielu lat w polskiej doktrynie i judykaturze, co do wzajemnej relacji między formą stadialną przestępstwa usiłowania a postacią zjawiskową przestępstwa podżegania” (s. 18 uzasadnienia uchwały). Z przyjęciem takiej kwalifikacji skarżący nie polemizuje, podkreślając, że „przy ferowaniu tych rozstrzygnięć, Sądy dokonały adekwatnej wykładni kwestionowanych przepisów prawnych i zastosowały je w sposób zgodny z ich rzeczywistą, a zarazem wadliwą z punktu widzenia Konstytucji zawartością normatywną” (s. 7 skargi).

Mając na względzie powyższe, Trybunał – oceniając wskazaną przez skarżącego część znamion typu czynu zabronionego usiłowania podżegania do popełnienia

przestępstwa – uznał, że konstrukcja ta jasno wyznacza granicę zachowania zakazanego przez prawo.

Sama konieczność jednoczesnego połączenia formy stadialnej i zjawiskowej oraz odniesienia tak powstałej konstrukcji do któregoś z przestępstw stypizowanych w części szczególnej kodeksu karnego, jest zabiegiem interpretacyjnym, niewykraczającym poza zwykły proces prawniczego rozumowania, również zamkniętego w ramy bieżącego sądowego stosowania prawa. Konieczność uwzględnienia odesłania systematycznego (wewnątrz ustawy) nie powoduje jeszcze wyjścia przez omawianą regulację poza granice ustawowej określoności czynu zabronionego. Kluczową rolę odgrywa tu bowiem definicja czynu zabronionego zawarta w art. 115 § 1 k.k., zgodnie z którą „Czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej”. Do tej definicji należy się odwoływać, precyzując przedmiot czynności wykonawczej, wskazany w art. 18 § 2 k.k. („Odpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego”). Odnosząc się do stanu faktycznego niniejszej sprawy, trzeba podkreślić, że takim zachowaniem, w stosunku do którego ustawodawca sformułował zakaz nakłaniania, jest niewątpliwie każde zachowanie realizujące znamiona pomocnictwa do określonego przestępstwa. Znamiona pomocnictwa zostały bowiem opisane w art. 18 § 3 k.k. Z tego punktu widzenia zachowanie, które stanowi realizację opisanych w kodeksie karnym znamion podżegania do pomocnictwa do określonego czynu zabronionego, samo w sobie stanowi czyn zabroniony. Tak opisany czyn zabroniony może być analizowany, tak jak każdy inny typ czynu zabronionego, przez pryzmat form stadialnych jego popełnienia. Sposób określenia znamion obydwu form popełnienia przestępstwa, również w związku z ich łącznym odczytywaniem, wyznacza granicę zachowania zakazanego przez prawo. Na takim właśnie stanowisku stanął Sąd Najwyższy w uchwale z 21 października 2003 r., wydanej w sprawie o sygn. I KZP 11/03, przesądzając w sposób jednoznaczny o konieczności takiej właśnie wykładni analizowanych przepisów.

Trybunał Konstytucyjny, rozważając, czy art. 13 § 1 i art. 18 § 2 k.k. w sposób precyzyjny wyrażają znamiona typu czynu zabronionego, nie stwierdził naruszenia zasady określoności. Dokonana przez Trybunał rekonstrukcja standardu konstytucyjnego, wynikającego z art. 42 ust. 1 Konstytucji, koncentruje się wokół wymogu dokładnego scharakteryzowania typu czynu zabronionego. Standard konstytucyjny polega na tym, by w oparciu o obowiązujące przepisy, poglądy doktryny i orzecznictwo, można było w sposób jednoznaczny i pewny ustalić treść znamion typu czynu zabronionego. W przypadku konstrukcji usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępnego kwestionowana część znamion typu czynu zabronionego, wynikająca z zaskarżonych przepisów kodeksu karnego, realizuje ten standard. W niniejszej sprawie przyjęcie takiego stanowiska nie powinno budzić wątpliwości, skoro sam skarżący odwołuje się do utrwalonej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego i na tym tle uznaje, że sądy orzekające w jego sprawie dokonały prawidłowej wykładni przepisów prawa.

Trybunał, badając zaskarżone przepisy z punktu widzenia elementów zasady określoności, stwierdził, że nie doszło do naruszenia art. 42 ust. 1 Konstytucji. Z treści rozpatrywanej skargi konstytucyjnej wynika jednak, że skarżący łączy zarzut naruszenia zasady określoności z naruszeniem zasady proporcjonalności, opisanej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Z uwagi na to, że Trybunał nie dopatrył się niezgodności art. 13 § 1 i art. 18 § 2 k.k. z art. 42 ust. 1 Konstytucji, nie ma potrzeby rozpatrywania tego zarzutu w kontekście art. 31 ust. 3 Konstytucji. Z uwagi na specyfikę zasady określoności w prawie karnym ten ostatni wzorzec co do zasady nie powinien być włączany w analizę stopnia precyzji, z jakim ustawodawca dokonał penalizacji danego zachowania. Gdyby jednak okazało się, że ustawodawca odstąpił od standardów, wywodzonych z art. 42 ust. 1 Konstytucji, to takie stwierdzenie mogłoby prowadzić do konieczności rozważenia

proporcjonalności tego odstąpienia. W niniejszej sprawie Trybunał uznał, że art. 13 § 1 k.k. i art. 18 § 2 k.k. spełniają kryteria zasady określoności, zrekonstruowane w oparciu o orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego, a zatem problem ten nie zaistniał.

9. Zarzut naruszenia art. 31 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Przywołując wśród wzorców kontroli art. 31 ust. 1 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, skarżący formułuje zarzut „bezpodstawnej ingerencji w sferę jego wolności, w tym wolności od bezpodstawnej represji karnej oraz bezpodstawnej i nadmiernej ingerencji w sferę jego wolności i praw, związanych ze statusem osoby niewinnej i niekaranej”. W ocenie skarżącego, kwestionowana regulacja ingeruje w jego wolność chronioną przez art. 31 ust. 1 Konstytucji, co z kolei umożliwia skontrolowanie zaskarżonej normy z perspektywy art. 31 ust. 3 Konstytucji. Skarżący upatruje naruszenia zasady proporcjonalności w tym, że typizowanie czynności przygotowawczych, będących czynami z tzw. przedpoła naruszenia lub konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, nie daje się pogodzić z wymogiem, by sankcję karną stosować jedynie do takich zachowań, które są społecznie szkodliwe, tj. naruszają lub zagrażają dobrom istotnym dla człowieka, społeczeństwa i państwa. Nadto w jego ocenie penalizacja „«bezsuktecznego usiłowania podżegania do pomocnictwa» nie pozostaje w jakimkolwiek związku z ochroną (...) żadnych wartości ogólnych, jak bezpieczeństwo, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, ani z ochroną wartości indywidualnych, tj. wolności i praw innych osób”.

Zbadanie sformułowanego przez skarżącego zarzutu nadmiernej kryminalizacji wymaga zwrócenia uwagi na specyfikę niniejszej sprawy. W przypadku skarżącego art. 13 § 1 k.k. i art. 18 § 2 k.k., stanowiące przedmiot kontroli Trybunału, umożliwiły wywiedzenie normy, w świetle której usiłowanie podżegania do pomocnictwa do łapownictwa czynnego jest zachowaniem karalnym. Na kanwie analizowanego stanu faktycznego wartością uzasadniającą zastosowanie wobec skarżącego sankcji karnej był przede wszystkim wzgląd na ochronę prawidłowej działalności samorządu terytorialnego, w szczególności konieczność ochrony przed korupcją. Wartości tej nie sposób zrekonstruować z samych tylko przepisów art. 13 § 1 k.k. i art. 18 § 2 k.k. Nie można bowiem zapominać, że typ czynu zabronionego, który stał u podstaw niniejszej skargi konstytucyjnej, charakteryzują dwojakiego rodzaju znamiona: po pierwsze – znamiona podżegania zawarte w art. 18 § 2 k.k., wyciągnięte „przed nawias” i stanowiące konstytutywny element tego rodzaju typu czynu zabronionego; po drugie – znamiona czynu zabronionego, do którego popełnienia podżegacz nakłania (znamiona ruchome, zawarte przede wszystkim w części szczególnej kodeksu karnego). Uwzględnienie obu rodzajów znamion pozwala zbudować pełny typ czynu zabronionego, nie ma bowiem podżegania jako takiego, podżegania *in abstracto* – mówiąc o podżeganiu jako o typie czynu zabronionego, zawsze mamy na myśli podżeganie do popełnienia konkretnego czynu zabronionego (w przypadku skarżącego – do pomocnictwa do łapownictwa czynnego).

W analizowanym stanie faktycznym, dopiero zrekonstruowanie całego typu czynu zabronionego umożliwia wskazanie dobra prawnego, stanowiącego przedmiot ochrony. W niniejszej sprawie przedmiot ten stanowi ochrona prawidłowej działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, na co wskazuje tytuł rozdziału XXIX k.k., w którym ujęto art. 229 § 1 k.k., dopełniający kwalifikację czynu przypisanego skarżącemu. Warto podkreślić, że kwestia prawidłowego zidentyfikowania dobra prawnego ma duże znaczenie przy ustalaniu powodów kryminalizacji określonego zachowania. Jak wskazuje się w doktrynie, ochrona dobra prawnego (*Rechtsgut*) ma być „specyficznym zadaniem

prawa karnego” (F. von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin 1911 [cyt. za:] L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 45). Wiąże się to z przyjęciem założenia, że „ustawodawca podejmuje decyzję o kryminalizacji na podstawie spostrzeżenia, że jakieś dobro prawnie chronione doznaje uszczerbku lub jest zagrożone uszczerbkiem ze strony pewnego rodzaju zachowania”. W literaturze przedmiotu akcentuje się wręcz, że pojęcie społecznej szkodliwości czynu zabronionego niepowiązane z ideą ochrony dóbr prawnych byłoby jedynie „pustym ogólnikiem”. Stąd też, rozważając problem społecznej szkodliwości czynu, nie sposób poprzestać jedynie na wskazaniu określonego rodzaju zachowania się i rodzaju oraz rozmiaru szkody (niebezpieczeństwa), które jest wynikiem tego zachowania się. Koniecznym jest również prawidłowe zidentyfikowanie dobra prawnego, stanowiącego przedmiot ochrony (L. Gardocki, *Ibidem*, s. 162).

Jednocześnie, jak podkreśla się w doktrynie: „Precyzyjne określenie dobra prawnego pozwala (...) na poprawne stosowanie testu proporcjonalności dla oceny konieczności wprowadzenia sankcji karnej, co stanowi konstytucyjny wyraz zasady *ultima ratio* prawa karnego” (W. Wróbel, *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 631). Na marginesie należy także dodać, że spojrzenie na analizowany typ czynu zabronionego z perspektywy form stadialnych (konstrukcji usiłowania) nie ma wpływu na sposób zrekonstruowania dobra prawnie chronionego.

Analiza uzasadnienia skargi konstytucyjnej prowadzi do wniosku, że w niniejszej sprawie zarzut naruszenia proporcjonalności nie polega na tym, że skarżący kwestionuje samą potrzebę ochrony prawidłowego funkcjonowania instytucji państwowych, w szczególności konieczność ochrony przed korupcją. Główny zarzut skarżącego polega na tym, że wprowadzona przez ustawodawcę konstrukcja umożliwia zbyt daleko idącą ingerencję w jego „wolność od bezzasadnej represji karnej”. Skarżący utrzymuje, że zachowanie, którego się dopuścił, stanowiło jedynie abstrakcyjne narażenie tego dobra prawnego na niebezpieczeństwo, przez co nie powinno się spotkać z sankcją karną. Innymi słowy, w ocenie skarżącego zachowanie to było na tyle oddalone od dobra prawnego stanowiącego przedmiot ochrony art. 229 § 1 k.k., że jego penalizowanie jest nie do pogodzenia z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Na tle powyższego zarzutu należy podnieść, że opisywana przez skarżącego „kryminalizacja «na przedpolu» naruszenia dobra prawnego” sama w sobie nie narusza zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Co więcej, jak wskazuje się w doktrynie prawa karnego: „Cechą specyficzną prawa karnego jest wprowadzenie karnoprawnej ochrony przez system sankcji już na przedpolu naruszenia dobra prawnego chronionego normą sankcjonowaną” (A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji*, [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2007, s. 9). Przejawem takiej właśnie ochrony jest chociażby penalizowanie postaci stadialnej usiłowania czy wprowadzanie do kodeksu karnego typów konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo czy typów abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo.

Analizując tę specyfikę prawa karnego, warto odwołać się do argumentacji A. Zolla, który pokazuje, że co do zasady art. 31 ust. 3 Konstytucji dopuszcza tego rodzaju rozwiązania, o ile jesteśmy w stanie wskazać, jakim wartościom one służą.

Biorąc pod uwagę sposób, w jaki skarżący sformułował zakres zaskarżenia i uściślił postawiony zarzut naruszenia art. 31 ust. 3 Konstytucji, należy wskazać, że tak opisanego zarzutu nie sposób rozpatrzeć na tle wskazanego wzorca kontroli.

Przede wszystkim Trybunał wskazuje, że skarżący zakwestionował jedynie dwa przepisy wyznaczające znamiona czynu zabronionego, którego się dopuścił. W związku z powyższym Trybunał może zbadać jedynie zarzut krzyżowania się form stadialnych i postaci zjawiskowych. Tymczasem z punktu widzenia zasady proporcjonalności, kluczowe okazuje się wskazanie dobra prawnego, które rekonstruujemy na podstawie przepisu części szczególnej kodeksu karnego (w tym przypadku art. 229 § 1 k.k.). Tym samym, na tle zarzutu naruszenia art. 13 § 1 i art. 18 § 2 k.k., należałoby wskazać, że za pośrednictwem wskazanych przez skarżącego przepisów chronione są w zasadzie wszystkie dobra prawne wskazane w części szczególnej kodeksu karnego. Przyjmując takie ujęcie przedmiotu ochrony art. 13 § 1 i art. 18 § 2 k.k., nie sposób uznać, że stworzona przez ustawodawcę konstrukcja nie pozostaje w związku z ochroną wartości konstytucyjnych, takich jak: bezpieczeństwo, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, czy też w związku z ochroną wartości indywidualnych, tj. wolności i praw innych osób. W przypadku skarżącego wartością tą (dobrem prawnie chronionym) było, jak już wskazano, zapewnienie prawidłowego funkcjonowania instytucji państwowych (ochrona przed korupcją). Jednocześnie skarżący nie przedstawił żadnych argumentów, by wykazać, że tak zidentyfikowana wartość, konfrontowana z wolnością osobistą skarżącego, nie zasługuje na ochronę na płaszczyźnie prawa karnego.

Ponadto należy zaznaczyć, że przyjęta w Polsce konstrukcja podżegania i jej aplikacja w orzecznictwie Sądu Najwyższego sama w sobie znajduje uzasadnienie na płaszczyźnie konstytucyjnej. Ustawodawca, wprowadzając typ czynu zabronionego, polegający na zakazie nakłaniania innej osoby do popełnienia przez nią czynu zabronionego, chroni wiele wartości opisanych w części szczególnej kodeksu karnego. Jeżeli zatem „istota ograniczenia dla działań ustawodawcy, wynikająca z art. 31 ust. 3 Konstytucji, polega (...) na wymaganiu od ustawodawcy każdorazowego uzasadnienia dla tworzenia nakazów lub zakazów potrzebą ochrony obiektywnie występujących wartości społecznych”, przy czym „ustawodawca może zabraniać pod groźbą kary jedynie takich zachowań, które są zachowaniami społecznie szkodliwymi, a więc naruszającymi lub zagrażającymi dobrom istotnym dla człowieka, społeczeństwa lub państwa” (A. Zoll, *ibidem*, s. 14), to na płaszczyźnie art. 18 § 2 k.k. można wskazać takie wartości.

W związku z tym opisana przez ustawodawcę konstrukcja podżegania została sprecyzowana na płaszczyźnie orzecznictwa Sądu Najwyższego, który koncentrując się na definicji czynu zabronionego, zawartej w art. 115 § 1 k.k., przesądził spory doktrynalne o możliwość tworzenia konstrukcji łańcuszkowego usiłowania i opisywania jej przez pryzmat form stadialnych. W tle tego sporu znajdowało się pytanie o charakter podżegania jako typu czynu zabronionego. Rozwijając tę myśl, warto wskazać, że w doktrynie prawa karnego możliwość usiłowania podżegania była kwestionowana o tyle, że niektórzy przyjmowali, iż przestępstwo to jest przestępstwem formalnym (bezsukutowym), wobec czego w momencie, gdy podżegacz ukończył czynność nakłaniania, mamy do czynienia z dokonanym podżeganiem. W takim ujęciu trudno wskazać moment, w którym czynność podżegacza byłaby „bezpośrednim zmierzaniem do dokonania czynu zabronionego”, a więc oznaczałaby stadium usiłowania. W orzecznictwie przyjęto, że przestępstwo to ma charakter skutkowy, przy czym skutek ten sprowadza się do wzbudzenia u osoby nakłanianej zamiaru popełnienia czynu zabronionego. Przy takim spojrzeniu w momencie ukończenia czynności nakłaniania podżegacz znajduje się w stadium usiłowania – dopiero wzbudzenie zamiaru u osoby nakłanianej decyduje o dokonaniu podżegania.

Na tle tego właśnie sporu podawano w doktrynie prawa karnego wiele argumentów na rzecz niedopuszczalności usiłowania podżegania. Skarżący, odwołując się do tychże argumentów, nie uwzględnił jednak tego, że punktem wyjścia przy ich formułowaniu było założenie o formalnym charakterze podżegania. Z tego względu,

przytoczone przez skarżącego stanowiska przedstawicieli doktryny prawa karnego nie korespondują ze stanem faktycznym w sprawie, w której sądy obu instancji oparły się na założeniu materialnego charakteru podżegania. Innymi słowy, gdyby konsekwentnie odwoływać się do argumentacji przywołanej przez skarżącego, należałoby w pierw dostrzec, że czyn, którego się dopuścił, powinien być w świetle tej argumentacji opisany jako dokonane podżeganie, a co za tym idzie względy kryminalno-polityczne, na które wskazują karności, przemawiałyby na rzecz zastosowania w tej sytuacji sankcji karnej.

Z punktu widzenia zasady proporcjonalności przyjęcie przez Sąd Najwyższy tezy o materialnym charakterze podżegania w istocie stanowi ograniczenie zakresu penalizacji. Koncepcji zakładającej, że podżeganie ma charakter bezskutkowy, zarzuca się bowiem, że pomija ona argument natury językowej, nadając znamieniu czynności wykonawczej szerszego znaczenia, a nie ma ku temu szczególnych racji kryminalno-politycznych. Takie ujęcie prowadziło zatem do „zbędnego rozszerzenia zakresu kryminalizacji na zachowania podejmowane na dalekim przedpolu czynu faktycznie zagrażającego dobrom prawnym” (W. Wróbel, A. Zoll, *op.cit.*, s. 273).

Ponadto na gruncie kodeksu karnego ustawodawca, mając na względzie to, że podżeganie jest przestępstwem abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo (a więc uwzględniając stopień oddalenia zachowania realizującego jego znamiona od zachowania naruszającego dobro prawne w sposób bezpośredni), wprowadza wiele rozwiązań ukierunkowanych na pokazanie naganności podżegania. Rozwiązania te są zorientowane na elementy akcesoryjności podżegania. Do takich rozwiązań należy zawarta w art. 22 § 1 k.k. modyfikacja wysokości sankcji karnej przewidzianej dla podżegacza – w przypadku gdy czynu zabronionego, do którego podżegacz nakłaniał, tylko usiłowano dokonać, podżegacz odpowiada „jak za usiłowanie”, z kolei gdy czynu zabronionego nie usiłowano dokonać, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia (art. 22 § 2 k.k.). Innym przejawem łagodzenia odpowiedzialności karnej podżegacza jest instytucja czynnego żalu – podżegacz, który dobrowolnie zapobiegł dokonaniu czynu zabronionego, nie podlega karze. W ten sposób w art. 23 § 1 k.k. ustawodawca wskazał okoliczność wyłączającą karalność podżegania w związku z zachowaniem podżegacza po zrealizowaniu przez niego znamion podżegania. W sytuacji, w której podżegacz starał się dobrowolnie zapobiec dokonaniu przez osobę nakłanianą czynu zabronionego, sąd może zastosować wobec niego nadzwyczajne złagodzenie kary. Ponadto w sytuacji, w której zamiarem podżegacza jest objęte popełnienie przez inną osobę przestępstwa indywidualnego, a sam podżegacz nie posiada cechy kwalifikującej go jako sprawcę tego przestępstwa, to na mocy art. 21 § 3 k.k. sąd może wobec niego zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

Wskazane powyżej regulacje pokazują, że na gruncie kodeksu karnego występują mechanizmy, które pozwalają na korygowanie ewentualnej nazbyt szerokiej kryminalizacji. Z powyższych powodów Trybunał stwierdza, że art. 13 § 1 k.k. i art. 18 § 2 k.k. są zgodne z art. 31 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Trybunał nie wyklucza jednak, że w odniesieniu do innych typów czynów zabronionych konstruowanych „na bazie” art. 13 § 1 i art. 18 § 2 k.k. mogą powstać wątpliwości co do zakresu kryminalizacji. W szczególności wątpliwości te mogą się ujawnić na tle czynów zabronionych, które multiplikowałyby pojęcie czynu zabronionego przez budowanie długich łańcuskowych konstrukcji. Innym problemem, nie podniesionym przez skarżącego, a zarazem niepodjętym przez Trybunał, jest problem dostosowania sankcji do rodzaju czynu zabronionego. Na gruncie kodeksu karnego, zarówno w przypadku naruszenia dobra prawnego przez wypełnienie znamion czynu opisanego w części szczególnej kodeksu karnego, jak i w przypadku podżegania do popełnienia tego czynu czy usiłowania podżegania do popełnienia tego czynu,

ustawodawca cały czas operuje tą samą sankcją, co mogłoby rodzić wątpliwości na gruncie zasady proporcjonalności. Trybunał nie analizuje jednak tego rodzaju problemów w niniejszej sprawie, gdyż pozostają one poza zakresem zaskarżenia.

Z tych względów Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.