



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Sygn. akt SK 35/12

BAS-WPTK-1536/12

Warszawa, dnia 24 czerwca 2013 r.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KAN C E L A R I A	
wpl. dnia	24. 06. 2013
L.dz.	L.zał.

Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie skargi konstytucyjnej J R z 19 kwietnia 2010 r. (sygn. akt SK 35/12), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 13 § 1 w związku z art. 18 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.):

– 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;

– w zakresie, w jakim penalizuje bezskuteczne usiłowanie podżegania do pomocnictwa przestępnego, **jest zgodny** z art. 42 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 1 i ust. 3 Konstytucji.

Uzasadnienie

I. Uwagi wstępne

Na wstępie należy zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny odniósł się już częściowo do skargi konstytucyjnej J R (dalej: skarżący) z 19 kwietnia 2010 r. (dalej: skarga, skarga konstytucyjna), bowiem postanowieniem z 17 stycznia 2012 r. (sygn. akt Ts 103/10) odmówił on nadania dalszego biegu skardze konstytucyjnej w zakresie art. 18 § 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.; dalej: k.k.). Na powyższe postanowienie skarżący wniósł zażalenie rozpatrzone negatywnie postanowieniem Trybunału Konstytucyjnego z 25 maja 2012 r. (sygn. akt Ts 103/10).

Z uwagi na powyższe, przedmiotem dalszej analizy może być tylko ta część skargi konstytucyjnej, która nie została objęta postanowieniem Trybunału Konstytucyjnego z 17 stycznia 2011 r. (sygn. akt Ts 103/10).

II. Stan faktyczny sprawy

Wyrokiem Sądu Rejonowego w L Wydział Karny z kwietnia 2009 r. (sygn. akt) skarżący został uznany za winnego „tego, że w dniu czerwca 2003 roku w L , chcąc, aby J U udzielił mu pomocy do popełnienia czynu zabronionego polegającego na obiecaniu udzielenia osobie pełniącej funkcję publiczną – radnemu Rady Miejskiej w L – korzyści majątkowej, usiłował nakłonić J U do tego, aby przekazał radnemu R S obietnicę zapłaty pieniędzy w kwocie złotych lub udzielenia innej korzyści majątkowej, w zamian za zajęcie przez R S na sesji Rady Miejskiej zaplanowanej na dzień i czerwca 2003 roku stanowiska umożliwiającego przyjęcie projektów uchwał w sprawach miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego dla terenów oznaczonych na graficznych załącznikach miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego nr , i , sprzedaży lub oddania w użytkowanie wieczyste nieruchomości stanowiącej własność Gminy Miasta L położonej w L przy al. , jednak

zamierzonego celu nie osiągnął, gdyż J U nie powziął zamiaru udzielenia oskarżonemu pomocy, czym J R wyczerpał znamiona występkę z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 18 § 2 w zw. z art. 18 § 3 w zw. z art. 229 § 1 kk”.

Apelację od wyroku Sądu Rejonowego w L Wydział Karny złożyli obrońcy skarżącego, zaskarżając wyrok w całości na korzyść oskarżonego (skarżącego). Sąd Okręgowy w L Wydział Karny wyrokiem z grudnia 2009 r. (sygn. akt) utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

III. Analiza formalnoprawna

1. Na wstępie należy rozważyć dopuszczalność odniesienia się przez Trybunał Konstytucyjny do zarzutów przedstawionych w skardze. Trzeba bowiem przypomnieć, że „Trybunał Konstytucyjny jest «sądem prawa» nie zaś «sądem faktów» i w zasadzie problematyka stosowania prawa nie mieści się w zakresie jego kognicji (...)” (postanowienie TK z 21 września 2005 r., sygn. akt SK 32/04). Tymczasem z treści skargi konstytucyjnej wynika, że skarżący kwestionuje przyjęte przez sądy orzekające rozumienie zaskarżonych przepisów. Powyższe zostało odnotowane przez skarżącego, który rozważając czy przedstawiony problem konstytucyjny lokuje się w sferze oceny relacji norm w systemie prawnym czy też pozostaje w sferze stosowania prawa opowiada się za trafnością pierwszego ujęcia. Jak zauważa: „Niezależnie bowiem od istniejącej i nie podlegającej kamuflowaniu poważnej rozbieżności poglądów i ocen prawnych w sferze objętych skargą norm prawa karnego materialnego, tak w wypowiedziach doktryny, jak i orzecznictwa Sądu Najwyższego (...), za dominujące należy uznać stanowisko takie, jakie przyjęły Sądy I i II instancji w sprawie Skarżącego. (...) Skarżący uznaje, że przy ferowaniu tych rozstrzygnięć, Sądy dokonały adekwatnej wykładni kwestionowanych przepisów prawnych i zastosowały je w sposób zgodny z ich rzeczywistością, a zarazem wadliwą z punktu widzenia Konstytucji zawartością normatywną” (skarga, s. 6-7).

W tym miejscu wypada zatem przypomnieć, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ugruntowany jest pogląd, że „naruszenie konstytucyjnych praw (wolności), zmaterializowane w postaci ostatecznego orzeczenia, może wynikać ze «złego» prawa (np. ustanawiającego konstytucyjnie nieuzasadnione przesłanki ograniczenia wolności), albo ze złego stosowania prawa, które samo w sobie jest

«dobre». W wypadku, gdy prawo jest *per se* «złe» – Trybunał Konstytucyjny może orzekać bez ograniczeń. Jeśli prawo jest «dobre», ale źle zastosowane w jednostkowym przypadku (np. z powodu błędu sędziego) – Trybunał wyrokować nie może, bo jest sądem prawa nie zaś faktów. Istnieje jednak sytuacja trzecia, gdy prawo jest sformułowane w taki sposób, że choć nie jest jednoznacznie niekonstytucyjne i mogłoby być właściwie (czyli bez uszczerbku dla praw i wolności) stosowane, to jednak powszechnie stosowane jest niewłaściwie. Wówczas przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego jest norma prawna dekodowana zgodnie z ustaloną praktyką (...)" – wyrok TK z 24 czerwca 2008 r., sygn. akt SK 16/06. Precyzując charakter przywołanej przez sąd konstytucyjny ustalonej praktyki stosowania przepisów należy zauważyć, że kontrola konstytucyjności będzie dopuszczalna w przypadku takiej treści przepisu, jaką uzyskał on w wyniku „jednolitej, powszechnej i stałej” wykładni sądowej (zob. postanowienie TK z 16 października 2007 r., sygn. akt SK 13/07; por. postanowienie TK z 21 września 2005 r., sygn. akt SK 32/04; wyrok TK z 6 września 2001 r., sygn. akt P 3/01).

Dookreślenie stopnia utrwalenia się określonej (sprzecznej z normami, zasadami lub wartościami, których poszanowania wymaga Konstytucja) wykładni w orzecznictwie ma wpływ również na sposób rozstrzygania spraw przez sąd konstytucyjny. „W pewnych sytuacjach Trybunał Konstytucyjny może naprawiać tę sytuację posługując się techniką wykładni ustawy w zgodzie z konstytucją i wskazując właściwe rozumienie ustawy organom je stosującym. Jeżeli jednak określony sposób rozumienia przepisu ustawy utrwalił się już w sposób oczywisty, a zwłaszcza jeśli znalazł jednoznaczny i autorytatywny wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego bądź Naczelnego Sądu Administracyjnego, to należy uznać, że przepis ten – w praktyce swego stosowania – nabrał takiej właśnie treści, jaką odnalazły w nim najwyższe instancje sądowe naszego kraju. Jeżeli zaś tak rozumiany przepis nie da się pogodzić z normami, zasadami lub wartościami konstytucyjnymi, to Trybunał Konstytucyjny może orzec o jego niezgodności z konstytucją i tym sposobem umożliwić ustawodawcy bardziej precyzyjne i jednoznaczne uregulowanie danej kwestii" (wyrok TK z 3 października 2000 r., sygn. akt K 33/99).

Poza – wymienionymi wyżej – przesłankami pozytywnymi uznania, że treść normatywna danego przepisu jest zgodna z jego rozumieniem przejawiającym się w praktyce organów stosujących prawo w orzecznictwie Trybunału wskazuje się

również na okoliczność limitującą, której wystąpienie wyłącza taką możliwość – przyjęta interpretacja nie może być kwestionowana przez przedstawicieli doktryny (zob. np. postanowienie TK z 4 grudnia 2000 r., sygn. akt SK 37/04).

Rekapitułując, należy stwierdzić, że w aktualnie obowiązującym modelu postępowania w sprawach inicjowanych skargami konstytucyjnymi Trybunał jest władny podjąć rozstrzygnięcie merytoryczne w odniesieniu do przepisów, których treść normatywną można wywieść z jednolitej, powszechnej i stałej (konsekwentnej) praktyki stosowania prawa. Ponadto trzeba wykazać, że dana wykładnia została ustalona w sposób bezsporny i jednocześnie nie jest kwestionowana przez przedstawicieli nauki prawa.

W dalszej kolejności należy zatem odnieść zaprezentowane uwagi do okoliczności dotyczących przedmiotowej sprawy. Przede wszystkim trzeba dostrzec, że zaktualizowanie się omawianych przesłanek dopuszczalności orzekania nie zostało wykazane przez skarżącego. W uzasadnieniu skargi konstytucyjnej można wręcz dostrzec argumenty przemawiające za niespełnieniem omawianych warunków. W cytowanej już wypowiedzi, skarżący wspomina o „istniejącej i nie podlegającej kamuflowaniu poważnej rozbieżności poglądów i ocen prawnych w sferze objętych skargą norm prawa karnego materialnego, tak w wypowiedziach doktryny, jak i orzecznictwa Sądu Najwyższego” (skarga, s. 6-7). W odniesieniu do charakteru wykładni przyjętej przez sądy I i II instancji w odniesieniu do zakwestionowanych przepisów skarżący poprzestaje na konstatacji, że „przy ferowaniu tych rozstrzygnięć, Sądy dokonały adekwatnej wykładni kwestionowanych przepisów” (skarga, s. 7). Trzeba zatem zauważyć, że uznanie skarżącego, nie może stanowić miarodajnej podstawy dla twierdzenia o nadaniu przepisom prawa określonej treści w procesie wykładni operatywnej.

2. Wobec powyższego analizie należy podać prezentowane w orzecznictwie i doktrynie prawa poglądy na temat znaczenia normatywnego przepisu objętego zakresem skargi konstytucyjnej.

W pierwszej kolejności należy rozważyć dopuszczalność odnoszenia konstrukcji usiłowania do podżegania.

W tej kwestii istotne znaczenie posiada uchwała Sądu Najwyższego (7 sędziów) z 21 października 2003 r. (sygn. akt I KZP 11/03; dalej: uchwała SN),

w której stwierdzono, 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”. Stanowisko Sądu Najwyższego opiera się na definicji czynu zabronionego z art. 115 § 1 k.k. („Czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej”), która „obejmuje swoim zakresem również część ogólną Kodeksu karnego, w której właśnie określa się znamiona podżegania i pomocnictwa”.

Powyższe zapatrywanie Sądu Najwyższego było przywoływane w jego późniejszych orzeczeniach. W wyroku Sądu Najwyższego z 3 kwietnia 2006 r. (sygn. akt V KK 316/05) wskazano, że: „W takim wypadku [kiedy nie został urzeczywistniony skutek nakłaniania przez wzbudzenie u osoby nakłanianej zamiaru popełnienia czynu zabronionego – uwaga własna] podżeganie kończy się w formie stadialnej usiłowania (...)”. Mniej kategoryczną wypowiedź w omawianej kwestii zawarto z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z 28 listopada 2006 r. (sygn. akt III 156/06), w którym – przekazując sprawę do ponownego rozpoznania – stwierdzono, że: „Sąd Apelacyjny rozstrzygając ponownie sprawę, w tej sytuacji, winien też wziąć pod uwagę, że w doktrynie zagadnienie krzyżowania się form zjawiskowych oraz postaci stadialnych jest sporne. Wedle części autorów z uwagi na funkcję podżegania, sprowadzającą się do poszerzenia zakresu odpowiedzialności karnej poza wypadki sprawczego popełnienia czynu zabronionego, nie jest możliwe tzw. krzyżowanie się postaci stadialnych i form zjawiskowych, co przesądza o bezkarności podżegania [jak się wydaje chodzi o usiłowanie podżegania – uwaga własna]. Podnoszą oni, iż podżeganie i pomocnictwo nie są zachowaniami, które by mogły bezpośrednio zmierzać do popełnienia przestępstwa. Wedle drugiej koncepcji polski Kodeks karny nie stwarza przeszkód w przyjmowaniu odpowiedzialności za usiłowanie podżegania. Zwolennicy tej koncepcji wskazują, iż podżeganie stanowi na gruncie polskiego Kodeksu karnego czyn zabroniony, określający znamiona podżegania, a wyrażona w art. 13 konstrukcja usiłowania w żadnym zakresie nie została ograniczona wyłącznie do postaci sprawczych”. Następnie przypominając o stanowisku wyrażonym w uchwale SN, Sąd Najwyższy stwierdził, iż: „Przy opowiedzeniu się za tą właśnie koncepcją, tj. koncepcją możliwości krzyżowania form

sprawczych i zjawiskowych, należy się zastanowić, na podstawie jakich przepisów dokonywać wymiaru kary za czyn skazanego polegający na «nakłanianiu», które zostało przerwane i nie doszło tym samym do wywołania zamiaru popełnienia przestępstwa u innej osoby to jest czy przy zastosowaniu ewentualnym art. 22 § 2 k.k. czy art. 13 k.k.». Stanowisko wyrażone w uchwale SN zostało natomiast wprost przywołane i podzielone w wyroku Sądu Najwyższego z 5 marca 2008 r., sygn. akt V KK 343/07 (por. postanowienia SN z: 29 kwietnia 2009 r., sygn. akt I KZP 6/09; 22 września 2009 r., sygn. akt III KK 58/09).

Pogląd o dopuszczalności usiłowania podżegania prezentują również sądy apelacyjne. Daje się jednak zauważyć swoista ostrożność przy formułowaniu przedmiotowej tezy. Przykładowo Sąd Apelacyjny w Lublinie stwierdził, że: „Sąd bowiem przypisał oskarżonemu W R. czyn popełniony w formie stadialnej usiłowania do popełnienia czynu w postaci zjawiskowej podżegania. Zgodnie z wyżej wymienionym stanowiskiem, które akceptuje Sąd Apelacyjny w Lublinie w tym składzie sędziowskim, przestępstwo w formie podżegania jest dokonane, jeśli spowodowało ono skutek w postaci wywołania u osoby nakłanianej skutek w postaci zamiaru popełnienia przestępstwa, do którego jest nakłaniana. Natomiast, jeśli takowy skutek nie nastąpił, mamy do czynienia jedynie z usiłowaniem podżegania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2006 r., sygn. akt III KK 156/06, OSNwSK 2006/1/2264, LEX nr 257825; zob. też wyrok SA w Lublinie z 13 lutego 2013 r., sygn. akt II AKa 166/12)”. Z kolei Sąd Apelacyjny w Katowicach – podzielając stanowisko wyrażone w uchwale SN – zagadnienie dopuszczalności usiłowania podżegania określa mianem „spornego” (zob. wyrok SA w Katowicach z 13 listopada 2003 r., sygn. akt II AKa 236/03; por. wyrok SA w Katowicach z 9 lutego 2012 r., sygn. akt II AKa 496/11). Wydaje się, że w sposób najbardziej stanowczy na temat poglądu wyrażonego w uchwale SN wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Warszawie, wskazując, że „tezą tą Sąd Najwyższy zakończył ostatecznie trwający od ponad siedemdziesięciu lat spór w polskiej doktrynie i judykaturze, co do wzajemnej relacji między formą stadialną przestępstwa – usiłowaniem, a postacią zjawiskową przestępstwa – podżeganiem” (wyrok SA w Warszawie z 14 sierpnia 2009 r., sygn. akt II AKa 220/09; zob. też wyrok SA w Warszawie z 7 lutego 2013 r., sygn. akt II AKa 370/12). Trzeba jednak wskazać, że ten sam sąd w wyroku z 26 września 2012 r. (sygn. akt II AKa 147/12) – przekazując

sprawę do ponownego rozpoznania – stwierdził, że „sąd orzekający nie uniknie badania prawidłowości użytej kwalifikacji prawnej, w kontekście wątpliwej teorii o możliwości krzyżowania się form stadialnych i zjawiskowych przestępstwa”.

Jak wynika z powyższego przeglądu, stanowisko o dopuszczalności usiłowania podżegania jest względnie jednolicie prezentowane w orzecznictwie. Podkreślić jednak trzeba rozpiętość ocen formułowanych w odniesieniu do konsekwencji wydania uchwały SN. Z jednej strony sam Sąd Najwyższy wskazuje, że jest to jedna z możliwych koncepcji (której wybór pozostawia – przekazując sprawę do ponownego rozpoznania – sądowi apelacyjnemu) – wyrok SN z 28 listopada 2006 r., sygn. akt III 156/06, z drugiej zaś wyrażany jest kategoryczny pogląd o ostatecznym charakterze stanowiska Sądu Najwyższego (wyrok SA w Warszawie z 14 sierpnia 2009 r., sygn. akt II AKa 220/09).

W dalszej kolejności należy ocenić aprobatę dla stanowiska o dopuszczalności usiłowania podżegania do czynu zabronionego o znamionach podżegania (pomocnictwa). Kwestia ta wydaje się nie budzić większych kontrowersji. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, że poparcie wyrażane przez sądy dla stanowiska wyrażonego w uchwale SN zasadniczo odnosi się również do tego jej fragmentu (nie był on przez nie kwestionowany). Pewne wątpliwości może nasuwać lapidarna wypowiedź Sądu Apelacyjnego w Lublinie, zdaniem którego „Podżeganie w rozumieniu art. 18 § 2 k.k. polega na nakłanianiu innej osoby do popełnienia czynu zabronionego określonego przez przepis części szczególnej Kodeksu karnego (...)” (wyrok SA w Lublinie z 12 stycznia 2006 r., sygn. akt II AKa 290/05).

W ocenie Sejmu dla zrekonstruowania normy prawnej w oparciu o wypowiedzi orzecznictwa znaczenie ma również ocena charakteru podżegania. Chodzi mianowicie o ustalenie tego, czy podżeganie ma charakter skutkowy czy też formalny. Innymi słowy czy w pochodzie przestępstwa momentem granicznym usiłowania podżegania będzie wystąpienie określonego skutku (po którym mamy do czynienia z dokonanym podżeganiem) czy też samo zakończenie nakłaniania przesądzi o dokonaniu podżegania. Trzeba ponadto zwrócić uwagę, że w przypadku uznania, że podżeganie ma charakter skutkowy, już przed wystąpieniem skutku (abstrahując w tym miejscu od jego określania) a po zakończeniu czynności nakłaniania dochodzi do zwerbalizowania przez podżegającego jego intencji (wyrażenia woli dokonania przez osobę nakłanianą czynu zabronionego). Tym

samym w pewnym sensie podżegacz traci kontrolę nad dalszym biegiem wydarzeń, a wystąpienie skutku właściwego dla podżegania przestaje być zależne od niego. Natomiast przy uznaniu, że podżeganie ma charakter formalny moment usiłowania wyznaczy bezpośrednio zmierzanie sprawcy podżegania do nakłonienia (wycinek czasu pomiędzy rozpoczęciem a zakończeniem czynności nakłaniania). Może to rzutować na konstytucyjną ocenę dopuszczalności penalizacji usiłowania podżegania z uwagi na rangę potencjalnego niebezpieczeństwa dla dóbr prawnie chronionych. Innymi słowy: „[U]znanie, że podżeganie ma charakter skutkowy zmienia ocenę prawną czynu polegającego na tym, że nakłaniającemu do popełnienia czynu zabronionego nie uda się wzbudzić u nakłanianego zamiaru popełnienia takiego czynu. W zależności od stanowiska w sprawie skutkowego względnie bezskutkowego charakteru podżegania oraz możliwości usiłowania podżegania sytuacja taka może być oceniona bardzo różnie – od przyjęcia, że mamy tu do czynienia z dokonanym podżeganiem, aż do stanowiska, że sytuacja taka to tylko przygotowanie (niekoniecznie karalne)” – zob. uchwała SN.

W uchwale SN wyrażono pogląd o skutkowym charakterze podżegania: „[W] art. 18 k.k. chodzi o pomocnictwo polegające na tym, że pomocnik «ułatwił» popełnienie czynu zabronionego, a podżegacz «nakłonił do» popełnienia czynu zabronionego. Skutkiem, przy dokonanym podżeganiu, jest określone zjawisko psychiczne, mianowicie zamiar podżeganego, by popełnić przestępstwo, do którego został nakłoniony”.

Sąd Najwyższy zauważa jednocześnie, że „w literaturze przedmiotu zagadnienie, czy czyn zabroniony przewidziany w art. 18 § 2 k.k. ma charakter przestępstwa skutkowego czy przestępstwa bezskutkowego wywołuje spory (...)”, natomiast w orzecznictwie Sądu Najwyższego „raczej odrzuca się koncepcję podżegania jako przestępstwa formalnego i przestępstwa konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo” (postanowienie SN z 29 kwietnia 2009 r., sygn. akt I KZP 6/09).

Stanowisko zaprezentowane w uchwale SN (o skutkowym charakterze podżegania, gdzie skutkiem jest wywołanie u osoby nakłanianej zamiaru popełnienia czynu zabronionego) jest stanowiskiem dominującym w orzecznictwie Sądu Najwyższego (zob. wyroki SN z: 3 kwietnia 2006 r., sygn. akt V KK 316/05; 3 sierpnia 2006 r., sygn. akt III KK 445/05; 28 listopada 2006 r., sygn. akt III KK 156/06;

20 września 2007 r., sygn. akt III KK 149/07; postanowienie SN z 22 września 2009 r., sygn. akt III KK 58/09).

Jeżeli chodzi o wypowiedzi Sądu Najwyższego na temat formalnego charakteru podżegania należy przywołać następujące judykaty. W wyroku z 26 września 2003 r. (sygn. akt WA 42/03) stwierdzono, że „Podżeganie jako postać zjawiskowa przestępstwa jest zrealizowana w momencie zakończenia nakłaniania”. Z kolei w wyroku z 7 września 2004 r. (sygn. akt WK 18/04) Sąd Najwyższy zaaprobował stanowisko wyrażone w wyroku SN z 2 października 2002 r. (sygn. akt IV KKN 109/00), że „przestępstwo podżegania nie ma charakteru skutkowego i ta postać zjawiskowa przestępstwa nie zależy od dokonania przestępstwa przez sprawcę, a jest zrealizowana w momencie zakończenia nakłaniania”. Pewne wątpliwości w odniesieniu do zaprezentowanego stanowiska może budzić fakt, że Sąd Najwyższy powiązał skutek nakłaniania z dokonaniem przestępstwa przez osobę nakłanianą (a nie z wywołaniem zamiaru dokonania czynu zabronionego). Wypada jednak zauważyć, że w uzasadnieniu wyroku SN z 2 października 2002 r. (sygn. akt IV KKN 109/00) stwierdzono, iż: „Wyrażony w uzasadnieniu wyroku Sądu pierwszej instancji pogląd, w pełni akceptowany przez sąd odwoławczy, że podżeganie ma wyłącznie postać materialną i nakłaniający do dokonania czynu przestępnego może być uznany za winnego popełnienia tej formy przestępstwa tylko wówczas, gdy nastąpi skutek w postaci nakłonienia osoby podżeganej do popełnienia przestępstwa – jest poglądem błędnym”. Tym samym należy uznać, że w ocenie Sądu Najwyższego samo ukończenie nakłaniania przesądza o dokonaniu podżegania. Ta ostatnia konstatacja jest o tyle istotna, że pogląd ten został podtrzymany we wspomnianym wyroku Sądu Najwyższego z 7 września 2004 r. (sygn. akt WK 18/04), wydanym już po uchwale SN (choć należy przypomnieć, że kwestia skutkowego charakteru podżegania nie była jej przedmiotem).

Jeżeli idzie o orzecznictwo sądów apelacyjnych, to również zdaje się przeważać pogląd, że dla przypisania podżegania niezbędny jest skutek w postaci wywołania zamiaru popełnienia czynu zabronionego przez osobę nakłanianą. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Katowicach na aprobatę zasługuje stanowisko wyrażone w uchwale SN, a „Skutkiem (...) przy dokonaniu podżegania jest określone zjawisko psychiczne, mianowicie zamiar podżeganego, by popełnić przestępstwo do którego został nakłoniony” (wyrok SA w Katowicach z 9 lutego 2012 r., sygn. akt II

AKa 496/11; por. wyrok SA w Katowicach z 13 listopada 2003 r., sygn. akt II AKa 236/03, w którym sąd podzielił stanowisko wyrażone w uchwale SN nie odnosząc się jednak *explicite* do kwestii skutkowego charakteru podżegania). Analogiczny pogląd prezentują: Sąd Apelacyjny w Warszawie (zob. wyroki SA w Warszawie z: 14 sierpnia 2009 r., sygn. akt II AKa 220/09; 7 lutego 2013 r., sygn. akt II AKa 370/12); Sąd Apelacyjny w Lublinie (zob. wyroki SA w Lublinie z: 12 stycznia 2006 r., sygn. akt II AKa 290/05; 26 listopada 2008 r., sygn. akt II AKa 260/08; 13 lutego 2013 r., sygn. akt II AKa 166/12); Sąd Apelacyjny w Gdańsku (zob. wyrok SA w Gdańsku z 24 października 2012 r., sygn. akt II AKa 290/12); Sąd Apelacyjny we Wrocławiu (zob. wyrok SA we Wrocławiu z 14 lutego 2013 r., sygn. akt II AKa 1/13).

Jednocześnie można jednak wskazać przykłady orzeczeń, wyrażających przekonanie o formalnym charakterze podżegania. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Łodzi podżeganie jest dokonane już z chwilą, gdy podżegacz nakłania do popełnienia czynu zabronionego (zob. wyrok SA w Łodzi z 13 marca 2008 r., sygn. akt II AKa 17/08). Z kolei w ocenie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku przestępstwo podżegania jest zrealizowane „w momencie zakończenia nakłaniania” (wyrok SA w Białymstoku z 25 kwietnia 2002 r., sygn. akt II AKa 112/02). Przekonanie o bezskutkowym charakterze podżegania (które zostaje zrealizowane „w momencie zakończenia nakłaniania”) jest konsekwentnie prezentowane przez Sąd Apelacyjny w Krakowie (zob. wyroki SA w Krakowie z: 17 grudnia 2008 r., sygn. akt II AKa 96/08; 17 grudnia 2008 r., sygn. akt II AKa 196/08; 4 listopada 2011 r., sygn. akt II AKa 212/11).

W świetle powyższego należy zwrócić uwagę, że nawet w poglądach o formalnym charakterze podżegania można zaobserwować pewne rozbieżności. Nie rozwijając szerzej tego wątku, w ocenie Sądu Apelacyjnego w Łodzi podżeganie jest dokonane „z chwilą, gdy podżegacz nakłania”, zaś w przypadku wypowiedzi Sądu Apelacyjnego w Krakowie miarodajny jest moment „zakończenia nakłaniania”.

Warto również odnotować, że zdaniem Sądu Apelacyjnego w Katowicach: „Niewłaściwa była również kwalifikacja prawna przyjmowana przy przestępstwach polegających na podżeganiu innych osób do popełnienia konkretnych przestępstw z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, gdyż jak wynika z materiału dowodowego i poczynionych ustaleń faktycznych, osoby podżegane nawet nie usiłowały dopuścić się czynów, do których były namawiane. W takich sytuacjach, zgodnie

z ugruntowanym stanowiskiem judykatury, zapoczątkowaną uchwałą składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r. (sygn. I KZP 11/03, OSNKW 2003/11-12/89), właściwa kwalifikacja prawna powinna wskazywać na usiłowanie podżegania do popełnienia określonego przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii” (wyrok SA w Katowicach z 8 marca 2013 r., sygn. akt II AKa 503/12). Z przywołanego fragmentu nie wynika jednoznacznie czy sąd upatruje skutku podżegania w wywołaniu określonego przeżycia psychicznego u osoby nakłanianej (za czym przemawia powołanie się na uchwałę SN) czy też w dokonaniu (względnie usiłowaniu) czynu zabronionego przez osobę nakłanianą (o czym świadczy zwrot: „osoby podżegane nawet nie usiłowały dopuścić się czynów, do których były namawiane”).

Na marginesie uwag odnoszących się do zbieżności poglądów judykatury ze stanowiskiem zawartym w uchwale SN należy odnotować, że Sąd Najwyższy nie wypowiedział się w jej ramach na temat podziału przestępstw na przestępstwa z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo i na przestępstwa z naruszenia dobra prawnego ani nie umiejscowienia podżegania jako postaci zjawiskowej popełnienia przestępstwa w ramach tego podziału. Również w innych orzeczeniach sądowych trudno znaleźć wyczerpujące rozważania na ten temat. Poruszana kwestia ma jednak istotne znaczenie z punktu widzenia omawianej problematyki (stanowi istotny element analizy dogmatycznej). Trzeba bowiem zauważyć, że „autorzy negujący możliwość usiłowania podżegania (podobnie jak i pomocnictwa) odwołują się raczej do specyficznych reguł odpowiedzialności za przestępstwa narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, aniżeli do samego, raczej głównie teoretycznego, problemu dotyczącego materialnego bądź formalnego charakteru podżegania lub pomocnictwa” (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” 2005, z. 1, s. 155). Na temat sygnalizowanego zagadnienia będzie jeszcze mowa w dalszej części niniejszego stanowiska. W tym miejscu wypada tylko wskazać, że również ta kwestia wywołuje daleko idące kontrowersje.

Jak już była o tym mowa, drugim warunkiem uznania, że określona w orzecznictwie sądowym wykładnia przepisów przesądza o ich treści normatywnej,

jest brak sprzeciwu przedstawicieli doktryny w tym zakresie. Odnośnie do omawianego problemu, wskazać należy, że budzi on spory w literaturze przedmiotu.

Tezy o dopuszczalności usiłowania podżegania (krzyżowania się form stadialnych i zjawiskowych popełnienia przestępstwa) prezentują m. in.: P. Kardas (zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Zakamycze 2001, s. 865; P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 364); L. Tyszkiewicz [w:] *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2008, s. 123); A. Marek (A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 154); J. Giezek, (J. Giezek, *Komentarz do art. 18 k.k.*, LEX/el., teza 54).

Trzeba jednak zwrócić uwagę, że nie wszyscy przedstawiciele doktryny dopuszczając możliwość usiłowania podżegania, podzielają pogląd o możliwości usiłowania podżegania do podżegania (w realiach niniejszej sprawy można to odnieść do usiłowania podżegania do pomocnictwa). Jak bowiem wskazuje A. Marek, odnosząc się do wypowiedzi zawartej w uchwale SN, „obowiązująca regulacja prawna nie wyklucza usiłowania samodzielnej formy popełnienia czynu, jaką w polskim prawie jest podżeganie (...) Wątpliwości budzi natomiast «łańcuszkowe» ujmowanie tych możliwości, których mnożenie prowadzi może do konsekwencji trudnych do zaaprobowania w praktyce” (A. Marek, *Kodeks...*, s. 154).

Przeciwko dopuszczalności usiłowania podżegania wypowiada się R. Zawłocki. Jak wskazuje: „Podżeganie do określonego przestępstwa jest zjawiskową formą jego popełnienia, a zatem *ex definitione* nie obejmuje go «pochód przestępstwa». Podżegacz nie przechodzi tego «pochodu» lecz w nim uczestniczy «osobowo» (a nie «czynnościowo»). Ponadto, należy zauważyć, że przyjęcie, iż możliwe jest przygotowanie/usiłowanie do podżegania prowadzi w konsekwencji do przyjęcia niekończącego się łańcucha zachowań karalnych, albowiem takie przygotowanie usiłowania można popełnić w formie podżegania, a to zaś można byłoby znowu popełnić w formie przygotowania/usiłowania itd.” (R. Zawłocki [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1-31*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 541).

Jak się wydaje jeszcze większe rozbieżności w doktrynie prawa budzi problematyka skutkowego charakteru podżegania. Jacek Giezek przywołuje w tej

kwestii wypowiedź T. Bojarskiego, iż „jest to przedmiot niezakończony ciągle dyskusji” (J. Giezek, *Komentarz...*, teza 46).

Za skutkowym charakterem podżegania (gdzie skutkiem jest wywołanie zamiaru popełnienia czynu zabronionego u osoby nakłanianej) opowiadają się m.in.: P. Kardas (P. Kardas, *Kodeks...*, s. 351), J. Giezek (J. Giezek, *Komentarz...*, teza 52), A. Marek, (A. Marek, *Kodeks...*, s. 154).

Z kolei zdaniem L. Tyszkiewicza „podżeganie i pomocnictwo mają charakter skutkowy ze skutkiem w postaci dokonania czynu zabronionego przez sprawcę” (L. Tyszkiewicz [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2012, s. 74).

W doktrynie prezentowane są również stanowiska o bezskutkowym charakterze podżegania (zdaniem L. Tyszkiewicza za takim stanowiskiem opowiada się większość przedstawicieli doktryny – zob. L. Tyszkiewicz, *Kodeks...*, s. 74). Powyższą koncepcję aprobuje np.: A. Sakowicz (zob. A. Sakowicz [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1-31*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 685), T. Bojarski, (zob. T. Bojarski, *Z problematyki współdziałania przestępczego* [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Zakamycze 2006, s. 92), A. Zoll (zob. 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*, Zakamycze 2006, s. 725).

Wypada przy tym zauważyć, że z teoretycznego punktu widzenia można by również zaakceptować koncepcję dopuszczającą usiłowanie podżegania o bezskutkowym charakterze (jak wskazuje P. Kardas takie stanowisko na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. prezentował A. Wąsek – zob. P. Kardas, *Teoretyczne...*, s. 849).

3. Zaprezentowany przegląd stanowisk orzecznictwa i doktryny prawa nie pretenduje oczywiście do miana wyczerpującego (zob. np. P. Kardas, *Teoretyczne...*, s. 845 i n.; M. G. Węglowski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2006 r., sygn. III KK 156/06*, „Prokuratura i Prawo” 2008 nr 5, s. 174 i n.; P. Kuziak, *Usiłowanie...*, s. 154 i n.). Powyższe ma jednak znaczenie dla

ustalenia dopuszczalności rozpoznania skargi konstytucyjnej przez Trybunał. Jak bowiem wskazano, przyjęcie, że 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 prawa. W ocenie Sejmu jakkolwiek można podjąć próbę wskazania stanowisk dominujących, to trudno jednoznacznie wskazać na jednolitość prezentowanych poglądów (warto zauważyć, że odnośnie do kwestii określenia jakie zachowania stanowią usiłowanie podżegania, sam skarżący wskazuje na „rozbieżną judykaturę sądową w tym obszarze” – zob. pismo skarżącego, s. 3).

W takim stanie rzeczy rozpoznanie skargi konstytucyjnej (w zakresie wskazanym przez skarżącego) 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. To zaś byłoby sprzeczne z przyjętym modelem kontroli konstytucyjności.

Należy przypomnieć, że sąd konstytucyjny podkreślał, że kwestia badania dopuszczalności skargi nie kończy się na rozpoznaniu wstępnym i trwa przez całe postępowanie, w tym także w czasie jej rozpatrywania merytorycznego. Tak więc na każdym etapie postępowania niezbędna jest kontrola, czy w danej sprawie nie zachodzi konieczność umorzenia postępowania (zob. postanowienia TK z: 10 stycznia 2005 r., sygn. akt SK 14/02; 6 lipca 2004 r., sygn. akt SK 47/03; 28 maja 2003 r., sygn. akt SK 33/02).

Wobec powyższego Sejm poddaje pod rozważę Trybunału umorzenie 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.; dalej: ustawa o TK) ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

4. Merytoryczne rozpoznanie skargi konstytucyjnej możliwe jest zatem w przypadku uznania, że zaskarżone przepisy wyrażają normę prawną, zgodnie z którą karalne jest usiłowanie podżegania do pomocnictwa do popełnienia czynu zabronionego. Stanowisko takie opiera się na konstrukcyjnych założeniach, iż zarówno podżeganie, jak i pomocnictwo stanowią samodzielne czyny zabronione.

Ponadto dla uznania, iż podżeganie zostało dokonane, konieczne jest wystąpienie skutku w postaci określonego przeżycia psychicznego u osoby nakłanianej. Z punktu widzenia prowadzonej kontroli konstytucyjności nie jest natomiast niezbędne jednoznaczne wskazanie czy treścią tego przeżycia musi być zamiar popełnienia czynu zabronionego czy też zamiar zachowania się w sposób określony przez podżegacza, który z perspektywy normatywnej będzie odpowiadał zrealizowaniu znamion typu czynu zabronionego. Podkreślić wreszcie trzeba, że usiłowaniem podżegania będzie również zakończenie czynności nakłaniania bez wywołania wzmiankowanego skutku (co można określić mianem usiłowania bezskutecznego).

5. Poddanie skargi konstytucyjnej merytorycznej analizie w pierwszej kolejności wymaga odniesienia się do sposobu sformułowania jej *petitum*. Już *prima facie* można zauważyć, że skarżący uczynił to w sposób specyficzny. Mianowicie postuluje stwierdzenie niekonstytucyjności przepisów „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 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, przez: sprzeczne z regułami stanowienia prawa, wynikającymi z zasady demokratycznego państwa prawnego, wymogami określoności przepisów prawa karnego, sprzeczne z istotą wolności człowieka, w tym wolności od bezzasadnej represji karnej oraz sprzeczne z regułami dopuszczalnych ograniczeń zakresu wolności i praw człowieka – ustanowienie przepisów niedookreślonych, niejasnych i niepoddających się jednoznacznej wykładni, wprowadzających karalność zachowania ocenianego skrajnie subiektywnie i nie posiadającego materialnej cechy przestępstwa, tj. obiektywnej i rzeczywistej szkodliwości społecznej i niezasługującego na represyjną reakcję państwa, co nadmiernie poszerza zakres odpowiedzialności karnej a w rzeczywistości nie służy ochronie żadnej z wartości konstytucyjnych, uzasadniającej ingerencję w sferę wolności i praw o najwyższym stopniu intensywności, tj. represji karnej”.

Ponadto w dalszej części skargi konstytucyjnej, redakcyjnie nadal odseparowanej od właściwego uzasadnienia (poprzedzającej je), wskazano iż: „Zaskarżone przepisy naruszają w stosunku do skarżącego nie tylko zasadę państwa prawa i sprawiedliwości społecznej, w tym reguły zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz reguły przyzwoitej legislacji, ale przede wszystkim prowadzą do sprzecznego z Konstytucją pogwałcenia wolności człowieka oraz ograniczenia korzystania przez Skarżącego z gwarancji ochrony wolności i praw osoby pociągniętej do odpowiedzialności karnej i skazanej, umożliwiają wymierzenie kar i środków karnych, bez związku z ochroną konkurencyjnych wartości w postaci bezpieczeństwa lub porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób oraz prowadzą do bezzasadnego represjonowania karnego zachowań, które nie powinny pociągać żadnej odpowiedzialności karnej”.

Tak sformułowane *petitum* zawiera elementy, które – w ocenie Sejmu – nie są niezbędne dla oddania istoty problemu konstytucyjnego.

Po pierwsze, w wypowiedziach skarżącego dają się dostrzec fragmenty stanowiące w istocie uzasadnienie stawianych zarzutów. Przykładowo można tu wymienić wskazanie na sprzeczność zakwestionowanych przepisów z zasadą poprawnej legislacji z uwagi na ich niedookreśloność i niejasność.

Po drugie, skarżący zawarł w *petitum* sądy wartościujące, odnoszące się do skutków stosowania zaskarżonych regulacji, np.: „bardzo odległe od dokonania czynu zabronionego”, „karalność zachowania ocenianego skrajnie subiektywnie”.

Kolejna wątpliwość wiąże się z przyjęciem przez skarżącego założenia, że zakwestionowane przepisy „wprowadzają karalność bezskutecznego usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępnego”. Powyższa teza wydaje się *de lege lata* nieuprawniona.

Primo, karalność wskazanego przez skarżącego zachowania nie wynika wprost z treści zakwestionowanych przepisów. Ustawodawca uregulował odpowiedzialność za usiłowanie oraz za podżeganie w osobnych jednostkach redakcyjnych (art. 13 i art. 18 § 2 k.k.), zaś żaden przepis ustawy karnej nie wyraża wprost obowiązku ich kumulatywnego powoływania dla prawnego oddania charakteru zachowania stanowiącego podstawę wydania przez sądy powszechne orzeczeń stanowiących grunt skargi konstytucyjnej.

Secundo, z samego uzasadnienia skargi można wyprowadzić wniosek, że skarżący dostrzega, iż podstawą wzmiankowanych wyroków była zastosowana przez sądy powszechne wykładnia zakwestionowanych przepisów. Jak wskazuje: „Brzmienie przytoczonych przepisów Kodeksu karnego pozwala na taką ich interpretację, jaką zastosowały w przedmiotowej sprawie sądy powszechne (...)” – skarga, s. 5; „(...) Skarżący uznaje, że przy ferowaniu tych rozstrzygnięć, Sądy dokonały adekwatnej wykładni kwestionowanych przepisów prawnych i zastosowały je w sposób zgodny z ich rzeczywistą (...) zawartością normatywną” (skarga, s. 7).

Tym samym należy podkreślić, że badanie zgodności zaskarżonych przepisów, w zakresie w jakim penalizują usiłowanie podżegania do pomocnictwa przestępnego jest możliwe tylko przy przyjęciu ich określonej treści normatywnej, niewyrażonej *explicite* przez ustawodawcę.

Wydaje się zatem, że rozstrzygnięcie podnoszonych wątpliwości winno zostać poprzedzone pewną modyfikacją sposobu ujęcia zakresu zaskarżenia. Zabieg ten ma znaczenie nie tylko z punktu widzenia poprawności redakcyjnej, ale również potencjalnych skutków wyroku Trybunału Konstytucyjnego. Analiza całości skargi konstytucyjnej pozwala – zdaniem Sejmu – na stwierdzenie, że niekonstytucyjność zaskarżonych przepisów lokuje się w dopuszczalności penalizacji bezskutecznego usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępnego.

Trzeba również wskazać, że skarżący formułuje zarzuty dwojakiego rodzaju (o czym dalej). Po pierwsze, podnosi, że zaskarżone regulacje zostały sformułowane w sposób wadliwy (niejasny), co sprawia, że nie można ustalić jakie zachowanie przyjmuje postać usiłowania podżegania. Po drugie, zarzuca kwestionowanym przepisom przekroczenie konstytucyjnie dopuszczalnych ram kryminalizacji, poprzez karalność zachowania odległego (ontologicznie) od naruszenia dobra prawnego. Zasadne wydaje się zatem oddanie charakteru tych zarzutów w *petitum* stanowiska Sejmu. Można więc przyjąć, że w odniesieniu do pierwszego z zarzutów skarżący zarzuca zaskarżonym przepisom niekonstytucyjność w zakresie, w jakim nie precyzują jakie zachowanie przyjmuje postać usiłowania podżegania (podobną formułę orzeczniczą przyjął Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04, orzekając m.in. w przedmiocie zgodności z Konstytucją art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 o Policji [t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 287, poz. 1687] w zakresie w jakim przepis ten „nie precyzuje, w jakich sytuacjach można

gromadzić informacje o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstwa ściganego z urzędu, i nie określa rodzajów tych informacji w sposób wyczerpujący”). Drugi z zarzutów odzwierciedla natomiast naruszenie – przez kwestionowane przepisy – Konstytucji w zakresie, w jakim penalizują bezskuteczne usiłowanie podżegania do pomocnictwa przestępnego.

Ponadto właściwym wydaje się wskazanie zaskarżonych przepisów w tzw. relacji związkowej. Przemawia za tym nie tylko takie ich ujęcie przez sądy wyrokujące w sprawie skarżącego, ale również fakt, że właściwa norma prawna, relewantna dla orzekania przez Trybunał Konstytucyjny, daje się wyinterpretować z obu tych przepisów wykładanych łącznie.

Wobec powyższego, w dalszej części pisma Sejm zbada zgodność art. 13 § 1 w związku z art. 18 § 2 k.k. ze wskazanymi wzorcami kontroli w zakresie, w jakim nie precyzuje, jakie zachowanie przyjmuje postać usiłowania podżegania, oraz w zakresie, w jakim penalizuje bezskuteczne usiłowanie podżegania do pomocnictwa przestępnego.

6. Analizy wymaga również sposób sformułowania przez skarżącego wzorców kontroli konstytucyjności. W *petitum* wskazano bowiem, że zaskarżone przepisy naruszają art. 2, art. 31 ust. 1, art. 31 ust. 3 oraz art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Oдноśnie do art. 2 Konstytucji skarżący zauważa na wstępie, że zarzut naruszenia tego przepisu podnosi „dla wyrażenia możliwie pełnej kwalifikacji niekonstytucyjności kwestionowanych przepisów Kodeksu karnego, nie zaś dla wskazania na samoistne źródło prawa podmiotowego Skarżącego. Skarżący respektuje bowiem stanowisko Trybunału, według którego zarzut naruszenia art. 2 Konstytucji nie może stanowić samoistnej i wyłącznej podstawy skargi konstytucyjnej” (skarga, s. 11). W dalszej części uzasadnienia można jednak odnaleźć zarzuty dotyczące naruszenia określonych standardów (zasad) dekodowanych z zasady demokratycznego państwa prawnego wyrażonej w art. 2 Konstytucji. Mianowicie skarżący wskazuje, iż zaskarżone przepisy „stanowią unormowania niedostatecznie określone, niejasne i trudne do jednoznacznej interpretacji (...)”, zaś „Ta wadliwość normatywna z punktu widzenia reguł poprawnej legislacji, oznacza naruszenie zasady państwa prawa i sprawiedliwości społecznej wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP (...)” (skarga, s. 12). W ocenie skarżącego

„Obowiązywanie zaskarżonego, wadliwego przepisu, podważa reguły przyzwoitej legislacji oraz zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa, co ma postać rażąca i zasługuje na dezaprobatę właśnie w kontekście ustawowego formułowania podstaw odpowiedzialności karnej” (*ibidem*). W tym kontekście skarżący odnotowuje również właściwe wypowiedzi sądu konstytucyjnego doprecyzowujące treść zasady przyzwoitej legislacji, wywodzonej z art. 2 Konstytucji.

W ocenie Sejmu tak sformułowane zarzuty naruszenia art. 2 Konstytucji można byłoby uznać za niedostatecznie uzasadnione z punktu widzenia wymogów formalnych skargi konstytucyjnej.

Należy jednak zauważyć, że wśród przywołanych przez skarżącego wzorców kontroli znalazł się art. 42 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym „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”. W piśmie procesowym skarżącego z 28 czerwca 2010 r. (przedstawionym w wykonaniu zarządzenia sędziego Trybunału Konstytucyjnego z 15 czerwca 2010 r. wzywającym do usunięcia braku formalnego skargi konstytucyjnej przez określenie, w jaki sposób zaskarżone przepisy naruszają konstytucyjne prawo wynikające z art. 42 ust. 1 Konstytucji; dalej: pismo skarżącego) przedstawiono stosowną argumentację odnoszącą się również do standardu przyzwoitej legislacji (w odniesieniu do przepisów prawa karnego). Jak zauważa skarżący: „[W]ynikające z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP zasady gwarancyjne *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori, sine lege scripta, certa, stricta* oraz *nullum crimen sine culpa*, oznaczają wymogi ustawowej rangi i publikowanego charakteru przepisów prawa karnego, spełniających kryterium dostatecznej określoności i precyzji czynu zabronionego (...)” – pismo skarżącego, s. 2. W tym kontekście zaskarżone przepisy „nie mogą być uznane za spełniające wymogi pewności i ścisłości, określoności i precyzji kodeksowego ujęcia czynu zabronionego (...) i w tym aspekcie niewątpliwie naruszają wymogi art. 42 ust. 1 Konstytucji RP” (pismo skarżącego, s. 2-3). Trzeba przy tym zauważyć, że w przeciwieństwie do zarzutu naruszenia art. 2 Konstytucji skarżący wskazał na czym – jego zdaniem – polega naruszenia konstytucyjnego wymogu określoności i precyzji przepisu prawa karnego. Jak wywiódł: „[U]stalenie w świetle Kodeksu karnego w jego obecnym

brzmieniu, jakie konkretnie zachowanie przyjmuje postać «usiłowania podżegania», zwłaszcza gdy chodzi o usiłowanie «bezskuteczne» – pozostaje zupełnie niesprecyzowane i niemożliwe do obiektywnego ustalenia. Brak wyłączenia takiej postaci zachowania spod działania norm prawa karnego otwiera pole do zupełnej dowolności kwalifikacji i treści orzeczeń sądowych w sferze odpowiedzialności karnej (...)» – pismo skarżącego, s. 3. Tym samym wypada uznać, że odnoszony do art. 2 Konstytucji zarzut naruszenia standardu przyzwoitej legislacji został należycie uzasadniony przez skarżącego w ramach kontroli zaskarżonych przepisów z art. 42 ust. 1 Konstytucji. Tym samym, w kształcie przedstawionym powyżej, nadaje się on do merytorycznego rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny.

Należy podkreślić, że Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 25 maja 2004 r. (sygn. akt SK 44/03) potwierdził programowy dla prawa karnego charakter art. 42 ust. 1 Konstytucji, stwierdzając, że z przepisu tego wynikają bezpośrednie konsekwencje dla wszystkich elementów, które składają się na naturę normy prawa karnego (karalność czynu, odpowiedzialność, wymiar kary, przedawnienie karalności itd.), a także strukturę normy prawnej przewidującej odpowiedzialność karną. Przypomnieć także należy stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, który – przykładowo – w wyroku z 9 czerwca 1998 r. (sygn. akt K 28/97) wyraził pogląd, że: „[W] razie zakwestionowania zgodności aktu normatywnego ze standardami demokratycznego państwa prawnego, skonkretyzowanymi i rozwiniętymi w odrębnych postanowieniach ustawy zasadniczej, podstawę kontroli konstytucyjności powinny stanowić przede wszystkim szczegółowe przepisy konstytucyjne. W takich sytuacjach nie ma natomiast potrzeby powoływania – jako podstawy kontroli – zasady demokratycznego państwa prawnego, wyrażonej w art. 2 Konstytucji. Zasada ta pełni wówczas przede wszystkim funkcję wskazówki dla interpretacji wymienionych, szczegółowych przepisów ustawy zasadniczej” Innymi słowy: „Wynikająca z niego [art. 2 Konstytucji – uwaga własna] ogólna zasada określoności przepisów prawnych jest (...) doprecyzowana – w odniesieniu do przepisów prawa karnego w art. 42 ust. 1 Konstytucji” (wyrok TK z 19 lipca 2011 r., sygn. akt K 11/10).

Reasumując, w świetle zarzutów sformułowanych przez skarżącego zasadne wydaje się rozpatrzenie argumentów odnoszących się do naruszenia standardu poprawnej legislacji w świetle art. 42 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji. Takie ujęcie

wzorców kontroli (wobec zarzutu wadliwego sformułowania przepisów prawa karnego) znajduje oparcie w dotychczasowej praktyce orzeczniczej sądu konstytucyjnego. Przykładowo można wskazać na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 lipca 2011 r. (sygn. akt K 11/10), w którym Trybunał odnosząc się do zarzutu naruszenia zasad przyzwoitej legislacji i określoności, (których źródła wnioskodawcy upatrywali w art. 2 Konstytucji) potwierdził podstawowy w tej materii charakter art. 42 ust. 1 Konstytucji, ujmując w sentencji wyroku przywoływane przepisy w tzw. relacji związkowej.

7. W dalszej kolejności należy odnieść się do przywołania przez skarżącego (jako samodzielnego wzorca kontroli) art. 31 ust. 1 Konstytucji. W doktrynie prawa podkreśla się, że wyrażona w art. 31 ust. 1 Konstytucji „Zasada wolności zakłada, że każdemu przysługuje swoboda decydowania o własnym postępowaniu. Tym samym, ingerencje władzy publicznej w tę swobodę następować mogą tylko w sytuacjach i w formach przewidzianych konstytucyjnie” (L. Garlicki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 31, s. 4). Sformułowana w art. 31 ust. 1 Konstytucji zasada wolności daje przy tym wyraz trzem podstawowym funkcjom, jakie ma odgrywać w polskim porządku konstytucyjnym: 1) funkcji zasady ustroju; 2) funkcji zasady systemu praw i wolności jednostki; 3) funkcji samoistnego prawa podmiotowego (zob. *ibidem*, s. 5). Z punktu widzenia rozpatrywanej sprawy najistotniejsze jest ostatnie wymienione ujęcie zasady wolności. Pozwala ono na wskazywanie na art. 31 ust. 1, jako samoistną podstawę skargi konstytucyjnej. Jednocześnie trzeba jednak zauważyć, że „we wszystkich sytuacjach, gdy możliwe będzie także wskazanie konkretnego przepisu konstytucyjnego, gwarantującego poszczególne prawo czy wolność, skarga będzie musiała podnosić zarzut naruszenia tego przepisu” (*ibidem*, s. 11). Jak bowiem zauważył Trybunał Konstytucyjny „zasada wyrażona w art. 31 ust. 1 konstytucji jest dopełnieniem przepisów, określających poszczególne wolności konstytucyjne” (wyrok TK z 20 grudnia 1999 r., sygn. akt K 4/99), stanowiąc *lex generalis* w stosunku do tych przepisów (zob. wyrok TK z 7 maja 2002 r., sygn. akt SK 20/00).

Należy zatem rozważyć czy w kontekście zarzutów skargi konstytucyjnej możliwe jest powiązanie zarzutu naruszenia art. 31 ust.1 Konstytucji z – również

przywoływanym jako wzorzec kontroli – art. 42 ust. 1 ustawy zasadniczej. W tym miejscu trzeba zauważyć, że skarżący wiąże naruszenie „wolności człowieka”, wyrażonej w art. 31 ust. 1 Konstytucji z „bezpodstawną ingerencją w sferę wolności (...), w tym wolności od bezpodstawnej represji karnej, oraz bezpodstawną i nadmierną ingerencją w sferę jego wolności i praw, związanych ze statusem osoby niewinnej i niekaranej” (skarga, s. 13). Ponadto zauważa on, że „Wolność przejawia się w różnych aspektach, częściowo tylko definiowanych i normowanych przez prawo stanowione, poprzez tworzenie pozytywnych warunków ich realizacji oraz ustanawianie negatywnych granic zakresu korzystania z uprawnień, w ramach dopuszczalnych ingerencji prawnych, także formułowanych przez prawo karne” (*ibidem*). Niewątpliwie źródłem naruszenia tak pojmowanej wolności jest ustanowienie przepisów prawa karnego z naruszeniem standardów konstytucyjnych. Należy zatem wskazać, że art. 42 ust. 1 Konstytucji to „w gruncie rzeczy jedyny przepis Konstytucji, który w całości i wprost odnosi się do prawa karnego i przestępczości prawnokarnej w ogóle (pozostałe przepisy dotyczą jedynie różnych jego aspektów). Przez to przyjęć należy, że wynikają z niego bezpośrednio konsekwencje dla wszelkich elementów, które składają się na naturę normy prawa karnego (karalność czynu, odpowiedzialność, wymiar kary, przedawnienie karalności itd.), a także strukturę normy prawnej przewidującej odpowiedzialność karną. Konsekwencje te są uzależnione od tego, o jakie aspekty i desygnaty normy prawnokarnej (przepisu prawnego) chodzi. Z brzmienia art. 42 ust. 1 Konstytucji można wyprowadzić wnioski dotyczące tych treści o charakterze materialnoprawnym, których ustawodawca nie może zmienić, ponieważ wyraża je wprost Konstytucja, oraz te, które mimo że są podstawą odpowiedzialności karnej i decydują o jej treści, nie zostały bezpośrednio w Konstytucji określone” (wyrok TK z 25 maja 2004 r., sygn. akt SK 44/03).

Ingerowanie w sferę „wolności człowieka” może odbywać się poprzez stosowanie instytucji należących do różnych gałęzi prawa. Wydaje się, że największy – co do zasady – stopień dolegliwości należy przypisać ingerencji za pomocą instrumentów prawa karnego. Wyrażona w art. 42 ust. 1 Konstytucji „odpowiedzialność karna” w sensie faktycznym przejawia się bowiem stosowaniem sankcji (kar i środków karnych) nakierowanych na pozbawienie lub ograniczenie korzystania z ogólnie pojmowanych praw i wolności. Dolegliwość sankcji karnej

ujawnia się szczególnie w odniesieniu do wolności osobistej (art. 41 ust. 1 Konstytucji), która stanowi pierwszy przejaw przejawem wolnościowego statusu jednostki, wyrażonego w art. 31 ust. 1 Konstytucji (zob. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 41, s. 1). Nie można także tracić z pola widzenia tego (*argumentum a rubrica*), że art. 42 ust. 1 Konstytucji (precyzujący zasady ustanawiania odpowiedzialności karnej) pomieszczony został w rozdziale II ustawy zasadniczej („Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”) po art. 41 ust. 1 Konstytucji (odnoszącym się do wolności osobistej oraz zasad jej pozbawiania i ograniczania).

Ponadto, jak już była o tym mowa, sam skarżący funkcjonalnie powiązał ograniczenie wolności, o której mowa w art. 31 ust. 1 Konstytucji z art. 42 ust. 1 ustawy zasadniczej, wskazując na wolność od „represji karnej” oraz prawa związane ze statusem „osoby niewinnej i niekaranej”.

Tym samym art. 42 ust. 1 Konstytucji, jako przepis przyznający ustawodawcy swobodę stosowania represji prawnokarnej (oraz wyznaczający ramy, w jakich winna się ona realizować) powinien być brany pod uwagę przy ocenie proporcjonalności decyzji kryminalizacyjnej.

Należy zatem uznać, że art. 42 ust. 1 Konstytucji ma podstawowe znaczenie dla określenia dopuszczalności i proporcjonalności ograniczania wolności osobistej za pomocą zakazu karnego. Wszak to w tym przepisie ustrojodawca określił podstawowe przesłanki wymierzania odpowiedzialności karnej, skutkującej ograniczeniem omawianej wolności konstytucyjnej.

Należy wreszcie zauważyć, że jako samoistnie ujęty wzorzec kontroli, nie może występować art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wskazanie na art. 31 ust. 3 obliuguje do jego powiązania z przepisem statuującym podmiotowe prawo konstytucyjne. Jak bowiem zauważył Trybunał Konstytucyjny: „Brak wskazania przepisu konstytucyjnego, który statuuje prawo lub wolność podlegającą ograniczeniu przez kwestionowaną regulację ustawową powoduje, że art. 31 ust. 3 Konstytucji jest nieadekwatnym wzorcem kontroli” (wyrok TK z 7 kwietnia 2009 r., sygn. akt P 7/08). Zatem właściwym sposobem przywołania omawianego przepisu ustawy zasadniczej jest jego wskazanie w tzw. relacji związkowej z art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Tym samym w odniesieniu do postawionych przez skarżącego zarzutów nadmiernej kryminalizacji i nieproporcjonalnego ograniczania wolności właściwym jest ich odniesienie do art. 42 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 1 oraz w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

8. Na marginesie należy odnotować, że przywoływane przez skarżącego naruszenie zasad, wywodzonych z art. 2 Konstytucji (np. „zasady państwa prawa i sprawiedliwości społecznej”, „reguły zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa” – zob. skarga, s. 2) traktować należy – wobec braku stosownego uzasadnienia (oraz dostrzeganych przez skarżącego trudności z wywiedzeniem z nich podmiotowych praw i wolności konstytucyjnych) – jako uzupełnienie (wzmocnienie) argumentacji.

Podobnie (jako dopełnienie argumentacji) należy ustosunkować się do twierdzeń skarżącego odnoszących się do wymiaru kary za usiłowanie podżegania.

Po pierwsze, w skardze nie zakwestionowano ani art. 14 § 1 k.k., określającego zasady wymiaru kary za usiłowanie, ani żadnego z przepisów dotyczących wymiaru kary za podżeganie.

Po drugie, w omawianym zakresie brak stosownego uzasadnienia zarzutów, z całości skargi można zaś wyprowadzić wnioski, iż skarżący kwestionuje dopuszczalność stosowania kwestionowanej konstrukcji prawnej *in genere*, nie zaś w świetle określonych zasad wymiaru kary.

9. Reasumując, Sejm zbada zgodność art. 13 § 1 w związku z art. 18 § 2 k.k.:

- w zakresie, w jakim nie precyzuje, jakie zachowanie przyjmuje postać usiłowania podżegania z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji;
- w zakresie, w jakim penalizuje bezskuteczne usiłowanie podżegania do pomocnictwa przestępnego z art. 42 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 1 i ust. 3 Konstytucji.

IV. Przedmiot kontroli

Artykuł 13 § 1 k.k. stanowi: „Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje”.

Natomiast zgodnie z art. 18 § 2 k.k.: „Odpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego”.

Wymienione przepisy są kwestionowane w doprecyzowanych wyżej ramach, tj. w zakresie, w jakim nie precyzują jakie zachowanie przyjmuje postać usiłowania podżegania, oraz w zakresie, w jakim penalizują bezskuteczne usiłowanie podżegania do pomocnictwa przestępnego.

V. Zarzuty skarżącego

Zarzuty niekonstytucyjności podnoszone przez skarżącego dotyczą dwóch kwestii: braku wymaganej dla przepisów prawa karnego precyzji (zarzut naruszenia art. 42 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji) oraz nieproporcjonalnej kryminalizacji (zarzut naruszenia art. 42 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Odnosnie do pierwszego zagadnienia skarżący zauważa, że „ustalenie w świetle Kodeksu karnego w jego obecnym brzmieniu, jakie konkretne zachowanie przyjmuje postać «usiłowania podżegania», zwłaszcza gdy chodzi o usiłowanie «bezskuteczne» – pozostaje zupełnie niesprecyzowane i niemożliwe do obiektywnego ustalenia” (pismo skarżącego, s. 3).

Jeżeli zaś idzie o przekroczenie przez ustawodawcę dopuszczalnych granic kryminalizacji skarżący podnosi, że „ograniczenie sfery wolności i praw (...), w tym wolności od represji 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 żadnych wartości ogólnych, jak bezpieczeństwo, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, ani z ochroną wartości indywidualnych, tj. wolności i praw innych osób” (skarga, s. 14). Zdaniem skarżącego „ustawodawca nie jest uprawniony do wprowadzenia karalności bezskutecznego usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępnego. Wskazany

przepis [art. 42 ust. 1 Konstytucji – uwaga własna] zawiera bowiem (...) jeszcze jedną regułę nowoczesnego prawa i procesu karnego: *cogitationis poenam nemo patitur* (...) Zaskarżone przepisy kodeksu karnego umożliwiają natomiast pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za «czyn», który w istocie nie przekracza poziomu zamiaru, jego «uzewnętrznienie» w postaci nieskutecznego usiłowania podżegania do pomocnictwa przestępnego – pozostaje w sferze mentalnej, «myślowej», a nie sprawczej” (pismo skarżącego, s. 3).

Niejasna pozostaje natomiast dezaprobatą skarżącego dla – przytaczanego przez niego – stanowiska, zgodnie z którym „(...) zastosowanie konstrukcji usiłowania podżegania do czynu zabronionego o znamionach podżegania nie znajduje przeciwwskazań natury dogmatycznej. Pomimo iż dopuszczenie karalności podżegania ujmowanego jako przestępstwo bezskutkowe prowadzi w konsekwencji do znacznego rozszerzenia kręgu zachowań prawnie relewantnych, to nie istnieją szczególne podstawy dla wyłączenia takiej możliwości” (skarga, s. 11). Jak bowiem wskazuje skarżący, „istnieją szczególne i zgoła zasadnicze podstawy dla żądania wyłączenia dopuszczalności karalności usiłowania podżegania, traktowanego jako przestępstwo bezskutkowe, a tym bardziej podżegania do pomocnictwa (...) Tę rację stanowi wzgląd na konieczność przestrzegania przez ustawodawcę i praktykę sądową wymogów prawnych, wynikających z Konstytucji RP, a dotyczących reguł stanowienia prawa oraz poszanowania wolności i praw człowieka” (*ibidem*).

Wobec powyższego należy zwrócić uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, z uzasadnienia skargi konstytucyjnej nie wynika, by skarżący podważał dogmatyczną dopuszczalność koncepcji usiłowania podżegania do podżegania. Prezentowane przez niego zarzuty mają charakter aksjologiczny (kryminalnopolityczny). Po drugie, przytaczany przez skarżącego fragment glosy G. Cichońskiej odnosi się do podżegania ujmowanego jako przestępstwo bezskutkowe, zaś przekonanie o dopuszczalności skargi konstytucyjnej (a co za tym idzie charakter obowiązków argumentacyjnych) skarżący wywodzi z jednolitego – jego zdaniem – orzecznictwa, w którym akcentuje się materialny (skutkowy) charakter podżegania. Zresztą sama autorka stwierdza, że w glosowanej uchwale Sąd Najwyższy opowiedział się za skutkowym charakterem podżegania (zob. G. Cichońska, *Glosa...*, s. 174).

VI. Wzorce kontroli

1) Artykuł 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji

1. Artykuł 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”. Natomiast zgodnie z art. 2 Konstytucji: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”.

W doktrynie prawa i orzecznictwie sądowym powszechnie przyjmuje się, że w art. 42 ust. 1 Konstytucji wyrażona została fundamentalna zasada prawa karnego *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori* (zob. np. A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, tom I, Gdańsk 1999, s. 16; wyrok TK z 8 lipca 2003 r., sygn. akt P 10/02; postanowienie SN z 29 stycznia 2009 r., sygn. akt I KZP 29/08). Wymaga przy tym zauważenia, że regulacja o analogicznej treści znajduje się również w art. 1 § 1 k.k.

Z ogólnej zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori* wyprowadzane są następujące zasady szczegółowe:

1) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, zgodnie z którą źródłem określenia przestępstwa i kary kryminalnej może być tylko ustawa bądź też akty prawne równe ustawie (np. przedwojenne rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej i powojenne dekrety Rady Państwa);

2) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, zgodnie z którą w prawie karnym zabronione jest stosowanie analogii (*legis* lub *iuris*) mającej na celu poszerzenie zakresu kryminalizacji lub penalizacji, jak również dokonywanie wykładni rozszerzającej przepisu karnego na niekorzyść sprawcy;

3) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, zgodnie z którą określenie przestępstwa i kary powinno charakteryzować się dostateczną precyznością;

4) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, zgodnie z którą zabronione jest wsteczne działanie ustawy karnej w takim zakresie, w jakim pogarsza to sytuację sprawcy (zob. np. R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym*

charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie, Łódź 1995, s. 19–20; A. Grześkowiak, *Nullum crimen, nulla poena sine lege anteriori* [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, red. R. Wieruszewski, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991, s. 506; A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 19-20).

Wyłączność ustawy w zakresie prawa karnego materialnego nie oznacza, że ustawy te powinny być „zamknięte” w tym sensie, że wszelkie elementy czynów zabronionych muszą zostać wyczerpująco ustalone wprost na podstawie tekstu ustawy. W odniesieniu do typizacji przestępstw dopuszczalne jest bowiem odwoływanie się w przepisach do pewnych sformułowań ocennych (np. „ciężkie” uszkodzenie ciała, „silne” wzburzenie), pozostawiających orzekającemu organowi (sądowi) ostateczną decyzję o występowaniu lub nie zarzucanego czynu (zob. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 42, s. 5). W piśmiennictwie wyrażany jest również pogląd, że określając czyny zabronione pod groźbą kary ustawodawca nie może odwoływać się do innych systemów normatywnych, jako podstawy odpowiedzialności karnej, np. do zwyczaju, zasad współżycia społecznego, zasad uczciwego obrotu itd. (*ibidem*). Podobnie uznaje się, że ustawa powinna w sposób precyzyjny, niebudzący jakichkolwiek wątpliwości pozwolić na wskazanie czynu (zachowania zabronionego) i definiować wszystkie jego znamiona tworzące zarys typu przestępstwa (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 229).

2. Wynikająca z art. 42 ust. 1 Konstytucji dyrektywa określoności przepisów karnych (represyjnych) była szeroko omawiana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. Trybunał rekonstruował ją na podstawie ogólnych założeń klauzuli demokratycznego państwa prawnego. Przykładowo w postanowieniu z 13 czerwca 1994 r. (sygn. akt S 1/94) Trybunał wskazał, że przez dostateczną określoność należy rozumieć precyzyjne wyznaczenie dopuszczalnego zakresu ingerencji oraz trybu, w jakim podmiot ograniczony w swoich prawach i wolnościach może bronić się przed nieuzasadnionym naruszeniem jego dóbr osobistych. Podobnie w orzeczeniu z 19 czerwca 1992 r. (sygn. akt U 6/92) Trybunał podniósł, że przepisy prawne muszą stwarzać podmiotowi odpowiedzialności karnej możliwość uprzedniego

i dokładnego rozeznania, jakie mogą być prawnokarne konsekwencje jego postępowania. Materialne elementy czynu uznanego za przestępny powinny być zdefiniowane w ustawie (zgodnie z konstytucyjną zasadą wyłączności ustawy) w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny. Natomiast w wyroku z 26 listopada 2003 r. (sygn. akt SK 22/02) sąd konstytucyjny wskazał, że norma karna powinna wskazywać w sposób jednoznaczny zarówno osobę, do której skierowany jest zakaz, znamiona czynu zabronionego jak i rodzaj sankcji grożącej za popełnienie takiego czynu.

Istotne znaczenie mają również późniejsze wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, w których sformułował on standardy określoności normy prawnokarnej.

W wyroku z 13 stycznia 2005 r. (sygn. akt P 15/02) Trybunał zaakcentował, że: „[F]akt niejednoznaczności przepisu i w związku z tym jego możliwej różnej interpretacji językowej, nie oznacza sam przez się, iż dokonanie właściwej wykładni jest niemożliwe (...) Zastosowanie wszystkich dostępnych metod wykładni prowadzi, bądź co najmniej może prowadzić, do powstania wielu wariantów normy prawnej, a zadaniem organu orzekającego jest zawsze wybór tego, który jest właściwy. Z punktu widzenia normy wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji postawiony przepisowi zarzut nieokreśloności byłby więc zasadny wówczas, gdyby usankcjonowane praktyką sądową reguły interpretacyjne nie mogły, z uwagi na niejasność i nieprecyzyjność użytych w przepisie pojęć, bądź ich sekwencji, doprowadzić do jednoznacznej wykładni treści sankcjonowanej normy prawnej”. W przywołanym orzeczeniu Trybunał wyraził pogląd, zgodnie z którym osiągnięcie przez przepis (i w konsekwencji przez normę prawną) takiego stanu precyzji, aby jego stosowanie nie wymagało dokonywania przez sąd właściwej wykładni, nie jest w zasadzie możliwe, a co najmniej wymagałoby kazuistyki przekraczającej granice racjonalności.

W wyroku z 12 września 2005 r. (sygn. akt SK 13/05) Trybunał stwierdził, że konstytucyjny standard określoności przepisów prawnych w zakresie regulacji penalnej, jakkolwiek stawiający wyższe wymagania ustawodawcy, nie oznacza obowiązku jasności czy komunikatywności wyrażenia zakazu lub nakazu prawnego w stopniu absolutnym, wskazując także, że ani sama konieczność wykładni przepisu prawa, ani fakt posłużenia się odesłaniem (międzygałęziowym, np. do prawa

podatkowego) w zakresie definiowania cech czynu nie przesądzają o niekonstytucyjnym przekroczeniu przez ustawodawcę standardu rzetelnej procedury, i to nawet jeśli chodzi o regulację penalną.

Z kolei wyroku z 3 grudnia 2002 r. (sygn. akt P 13/02), badając zgodność z Konstytucją przepisów nienależących do gałęzi prawa represyjnego, Trybunał zaprezentował fundamentalny pogląd o przesłankach uznawania przepisu za niekonstytucyjny z powodu jego niejasności, w myśl którego: „Pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności winno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany dopiero wtedy, gdy inne metody usuwania skutków niejasności treści przepisu, w szczególności przez jego interpretację w orzecznictwie sądowym, okażą się niewystarczające. Z reguły niejasność przepisu powodująca jego niekonstytucyjność musi mieć charakter «kwalifikowany», przez wystąpienie określonych dodatkowych okoliczności z nią związanych, które nie mają miejsca w każdym przypadku wątpliwości co do rozumienia określonego przepisu. Dlatego tylko daleko idące, istotne rozbieżności interpretacyjne albo już występujące w praktyce, albo – jak to ma miejsce w przypadku kontroli prewencyjnej – takie, których z bardzo wysokim prawdopodobieństwem można się spodziewać w przyszłości, mogą być podstawą stwierdzenia niezgodności z Konstytucją określonego przepisu prawa. Ponadto skutki tych rozbieżności muszą być istotne dla adresatów i wynikać z niejednolitego stosowania lub niepewności co do sposobu stosowania. Dotykać one winny prawnie chronionych interesów adresatów norm prawnych i występować w pewnym nasileniu” (zob. również postanowienie TK z 27 kwietnia 2004 r., sygn. akt P 16/03, w którym Trybunał stwierdził, że brak dostatecznej precyzji jest samoistną podstawą orzeczenia niekonstytucyjności przepisu tylko wówczas, jeżeli nie jest możliwe ustalenie jego treści w drodze wykładni – w tym wykładni dokonywanej w praktyce sądowej; w takiej sytuacji orzeczenie stwierdzające niekonstytucyjność stanowi środek o charakterze *ultima ratio*).

2) Artykuł 42 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 1 oraz w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji

Zgodnie z art. 31 ust. 1 Konstytucji: „Wolność człowieka podlega ochronie

prawnej”. Z kolei art. 31 ust. 3 stanowi, iż: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

W doktrynie prawa wskazuje się, że: „Art. 31 ust. 1 i 2 (ogólna zasada wolności) stanowi jak gdyby tło dla szczegółowych regulacji konstytucyjnych o konkretnych wolnościach. Z jednej więc strony zachodzi pomiędzy nimi stosunek tożsamości, bo wszystkie te przepisy szczegółowe powtarzają ogólną zasadę wolności, przypominając, że odnosi się ona też do wskazanej dziedziny stosunków i nadając jej bardziej szczegółowy kształt prawny. W tym aspekcie ogólne stwierdzenia art. 31 stanowią tylko wskazówkę, w jaki sposób należy interpretować i stosować konkretne przepisy o poszczególnych «wolnościach»”. (L. Garlicki, *Komentarz...*, s. 7). Należy mieć na uwadze, że treścią „wolności”, o której mowa w art. 31 ust. 1 Konstytucji (ujmowanej jako prawo podmiotowe) jest potwierdzenie, że każdemu przysługuje swoboda podejmowania decyzji o swoim postępowaniu, a więc „«swoboda podejmowania aktów woli i wyboru» (...). Swoboda ta odnosi się — z jednej strony do sfery zewnętrznej aktywności (każdy może decydować o sposobie swojego postępowania czy zachowania się, a więc wyznaczać sposób swego oddziaływania na świat zewnętrzny), a z drugiej — do sfery bezpieczeństwa i integralności osobistej (co wyznacza granice oddziaływania świata zewnętrznego na sytuację jednostki)” – *ibidem*, s. 8.

W świetle art. 42 ust. 1 Konstytucji trzeba podkreślić, że „Kryminalizacja stanowi zawsze ingerencję w dwojakiego rodzaju dobra: 1) w wolność jednostki w określonej sferze życia, a także 2) w dobra których dotyka ustanowiona kara, a więc przede wszystkim w wolność osobistą, cześć, własność, wolność wykonywania zawodu” (K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999, z. 2, s. 42).

W odniesieniu do swobody posługiwania się przez ustawodawcę środkami prawa karnego Trybunał Konstytucyjny wskazał, iż: „ogólne warunki dopuszczalności ingerencji w sferę praw konstytucyjnych znajdują zastosowanie także w odniesieniu do ingerencji prawnokarnej. Ze względu na szczególnie stopień dolegliwości takiej

ingerencji zakres swobody regulacyjnej przysługującej ustawodawcy przy stanowieniu regulacji z zakresu prawa represyjnego jest bardziej ograniczony. Rozważane zasady wyznaczają granice władzy karania, określając z jednej strony zakres penalizacji określonych zachowań, a z drugiej strony stopień surowości kar przewidzianych za poszczególne czyny zabronione przez ustawodawcę. Ustawodawca nie może w szczególności nakładać kar, które nie są konieczne dla realizacji wartości konstytucyjnych, uzasadniających ingerencję prawnokarną lub represyjną; nie można również nakładać kar, jeżeli ich efekty nie pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na jednostkę” (wyrok TK z 20 lutego 2008 r., sygn. akt K 30/07).

Ponadto w ocenie sądu konstytucyjnego: „Problem kształtowania prawnokarnej ochrony określonych praw i wolności gwarantowanych konstytucyjnie pozostawia dużo swobody ustawodawcy, w szczególności z tego powodu, iż stosowanie instrumentów ochrony karnej reglamentowane jest szeregiem zasad nie związanych bezpośrednio z faktem naruszenia określonych praw i wolności. Zasady te dotyczą w szczególności celów kary, a z tego powodu mają wyraźny charakter kryminalnopolityczny. Rozważania zaś na płaszczyźnie kryminalnopolitycznej stanowią domenę właściwą działalności ustawodawcy zwykłego” (wyrok TK z 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96).

Odnosnie do zasady proporcjonalności trzeba zauważyć, że w obecnym stanie prawnym wyprowadza się ją przede wszystkim z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W orzecznictwie sądu konstytucyjnego dotyczącym zasady proporcjonalności nie budzi wątpliwości, że: „Z jednej strony stawia ona przed prawodawcą każdorazowo wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w danym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś winna ona być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, a więc rzeczywiście służące realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów. Ponadto chodzi tu o środki niezbędne, w tym sensie, że chronić będą określone wartości w sposób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to również skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu. Ingerencja w sferę statusu jednostki musi więc pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia

dokonane ograniczenie. [...] «Konieczność», którą wyraża art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści więc w sobie postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* wprowadzanych ograniczeń. Nie ulega wątpliwości, iż spełnienie powyższych postulatów wymaga bliższej analizy w każdym konkretnym przypadku ograniczania prawa lub wolności, w szczególności przez skonfrontowanie wartości i dóbr chronionych daną regulacją z tymi, które w jej efekcie podlegają ograniczeniu, jak również przez ocenę metody realizacji ograniczenia. Niezależnie jednak od tego Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, iż ocena spełnienia poszczególnych kryteriów składających się na zasadę zakazu nadmiernej (nieproporcjonalnej) ingerencji wymaga pewnego zrelatywizowania stosownie do charakteru poszczególnych praw i wolności jednostki. Surowsze standardy oceny przykładać należy do regulacji praw i wolności osobistych i politycznych niż do praw ekonomicznych i socjalnych” (wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/98; por. także wyroki TK z: 11 maja 1999 r., sygn. akt K 13/98; 28 czerwca 2000 r., sygn. akt K 34/99 i 24 marca 2003 r., sygn. akt P 14/01).

Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 13 marca 2007 r. (sygn. akt K 8/07): „Zgodnie z ustalonym na tle art. 31 ust. 3 Konstytucji orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, zarzut braku proporcjonalności wymaga przeprowadzenia testu, polegającego na udzieleniu odpowiedzi na trzy pytania dotyczące analizowanej normy: 1) czy jest ona w stanie doprowadzić do zamierzonych przez ustawodawcę skutków (przydatność normy); 2) czy jest ona niezbędna (konieczna) dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (konieczność podjęcia przez ustawodawcę działania); 3) czy jej efekty pozostają w proporcji do nałożonych przez nią na obywatela ciężarów lub ograniczeń (proporcjonalność *sensu stricto*). Wskazane postulaty przydatności, niezbędności i proporcjonalności *sensu stricto* składają się na treść wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji «konieczności». W dotychczasowym orzecznictwie dotyczącym zasady proporcjonalności Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie wskazywał, że jeżeli dany cel jest możliwy do osiągnięcia przy zastosowaniu innego środka, nakładającego mniejsze ograniczenia na prawa i wolności, to zastosowanie przez ustawodawcę środka bardziej uciążliwego wykracza poza to, co jest konieczne, a zatem narusza Konstytucję (zob. w szczególności wyroki TK z: 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P. 11/98; 10 kwietnia 2002 r., sygn. akt K 26/00).

VII. Analiza merytoryczna

1. W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutu naruszenia reguł przyzwoitej legislacji (prawidłowej redakcji przepisów prawa karnego). Jak już była o tym mowa, skarżący podnosi, że „ustalenie w świetle Kodeksu karnego w jego obecnym brzmieniu, jakie konkretne zachowanie przyjmuje postać «usiłowania podżegania», zwłaszcza gdy chodzi o usiłowanie «bezskuteczne» – pozostaje zupełnie niesprecyzowane i niemożliwe do obiektywnego ustalenia” (pismo skarżącego, s. 3).

Zgodnie z cytowanym już art. 13 § 1 k.k. za usiłowanie odpowiada ten, kto „w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje”. Z kolei w art. 18 § 2 k.k. czynność sprawcza podżegacza została określona jako „nakłanianie”.

Jak podkreślono, merytoryczna analiza skargi jest możliwa przy założeniu określonej treści normatywnej zaskarżonych przepisów ugruntowanej w orzecznictwie. Podstawowym czynnikiem warunkującym określenie ram czasowych usiłowania podżegania jest zatem spowodowanie określonego skutku (zmiany w świecie zewnętrznym) przez podżegacza. Skutkiem tym jest zaś wywołanie przeżycia psychicznego (zamiaru) nakierowanego na podjęcie określonego działania (z perspektywy normatywnej chodzić będzie o dokonanie czynu zabronionego) u osoby nakłanianej (zob. m.in. uchwała SN; wyroki SN z: 3 kwietnia 2006 r., sygn. akt V KK 316/05; 3 sierpnia 2006 r., sygn. akt III KK 445/05; 28 listopada 2006 r., sygn. akt III KK 156/06; 20 września 2007 r., sygn. akt III KK 149/07; postanowienie SN z 22 września 2009 r., sygn. akt III KK 58/09; wyroki SA w Katowicach z: 9 lutego 2012 r., sygn. akt II AKa 496/11; 13 listopada 2003 r., sygn. akt II AKa 236/03; wyroki SA w Warszawie z: 14 sierpnia 2009 r., sygn. akt II AKa 220/09; 7 lutego 2013 r., sygn. akt II AKa 370/12; wyroki SA w Lublinie z: 12 stycznia 2006 r., sygn. akt II AKa 290/05; 26 listopada 2008 r., sygn. akt II AKa 260/08; 13 lutego 2013 r., sygn. akt II AKa 166/12; wyrok SA w Gdańsku z 24 października 2012 r., sygn. akt II AKa 290/12).

Przyjmując zatem, że o usiłowaniu można mówić w przypadku kiedy nie doszło do dokonania czynu zabronionego, należy wskazać, że momentem wyznaczającym przejście zachowania podżegacza ze stadium usiłowania

podżegania do dokonania jest wywołanie określonego przeżycia psychicznego u osoby nakłanianej. Odwracając zatem kierunek „pochodu przestępstwa” należy zbadać czy kwalifikowanych trudności nastęca wyznaczenie momentu początkowego usiłowania podżegania (odseparowanie go od niekaralnego w tym przypadku przygotowania – zob. 16 § 2 k.k.). Czynność sprawcza podżegacza została określona przez sprawcę jako „nakłanianie”. Tym samym usiłowanie podżegania należy wiązać z bezpośrednim zmierzaniem do wywołania określonego zamiaru u osoby nakłanianej. Natomiast brak przejścia usiłowania w fazę dokonania może być konsekwencją niedokończenia nakłaniania lub niewystąpienia (pomimo zakończenia procesu nakłaniania) pożądanego przeżycia psychicznego u osoby nakłanianej. Innymi słowy: „usiłowanie podżegania polegać będzie na bezpośrednim zmierzaniu do nakłonienia innej osoby do popełnienia czynu zabronionego”, zaś „Usiłowanie podżegania w rozumieniu przyjętym przez Sąd Najwyższy [w uchwale SN – uwaga własna] obejmować będzie sytuacje, w których podżegacz, podjąwszy zachowanie polegające na bezpośrednim zmierzaniu do nakłonienia nie wywołał u podżeganego zamiaru popełnienia czynu zabronionego ze względu na nieukończenie czynności nakłaniania lub ukończywszy ją nie osiągnął zamierzonego rezultatu z przyczyn od siebie niezależnych” (G. Cichońska, *Glosa...*, s. 179; por. P. Kardas, *Teoretyczne...*, s. 861).

Przy określaniu czy dane zachowanie stanowiło usiłowanie (bezpośrednio zmierzało do dokonania czynu zabronionego) można odwołać się również do art. 16 § 1 k.k, zgodnie z którym „Przygotowanie zachodzi tylko wtedy, gdy sprawca w celu popełnienia czynu zabronionego podejmuje czynności mające stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do jego dokonania, w szczególności w tymże celu wchodzi w porozumienie z inną osobą, uzyskuje lub przysposabia środki, zbiera informacje lub sporządza plan działania”. Tym samym wykazanie, że zachowanie sprawcy można uznać za jedną z czynności wymienionych w tym przepisie (lub – z uwagi na użycie przez ustawodawcę zwrotu „w szczególności” – inną podjętą w celu stworzenia warunków do czynu zmierzającego do dokonania czynu zabronionego) wyłącza możliwość przypisania mu usiłowania popełnienia czynu zabronionego (w tym podżegania). Na zasadność takiej metody wykładni wskazał również Sąd Najwyższy w wyroku z 8 marca 2006 r. (sygn. akt IV KK 415/05).

Powyższe należy odnieść do stanu faktycznego leżącego u podstaw niniejszej skargi konstytucyjnej. Jak bowiem ustalił Sąd Rejonowy w L w wyroku wydanym w sprawie skarżącego: „J R prosił J U , aby ten przekonał R S do poparcia projektów uchwał w sprawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (...) Zaproponował, aby R S , jeżeli z jakichś względów nie może poprzeć projektów uchwał, nie przyszedł na sesję (...) J U zapytał J R , co oskarżony może zaproponować radnemu, aby go przekonać. J R odpowiedział, że może to być (...) J R sprecyzował, że może przekazać radnemu pieniądze w kwocie złotych (...) J R deklarował przekazanie korzyści radnemu w dniu czerwca, a więc po sesji (...) J U obiecał, że skontaktuje się z R S i przekaże mu propozycję J R (...) W rzeczywistości J U w ogóle nie miał zamiaru przekazywać R S propozycji J R (...)” – wyrok SR w L z kwietnia 2009 r., sygn. akt

W ocenie Sejmu skarżący nie wykazał dostatecznie, że wskutek wadliwej konstrukcji zaskarżonych przepisów (z punktu widzenia zasady poprawnej legislacji) 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 przytoczonego fragmentu wyroku Sądu Rejonowego w L , skarżący zrealizował czynność sprawczą wskazaną w art. 18 § 2 k.k. (nakłaniał), a jedynie wskutek niewywołania zamiaru u podżeganego nie można było uznać jego zachowania za dokonane podżeganie. Tym samym nie można zasadnie twierdzić, że wadliwy sposób sformułowania art. 13 § 1 k.k. (w części zawierającej zwrot „bezpośrednio zmierza”) spowodował w sprawie skarżącego naruszenie jego konstytucyjnych praw i wolności. Trzeba odnotować, że 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 o niejednoznacznym charakterze, to podnoszona przez niego niedookreśloność nie budzi wątpliwości w świetle ustalonego przez sąd stanu faktycznego. Z kolei oderwanie zarzutu skarżącego od okoliczności sprawy leżącej

u podstaw skargi konstytucyjnej grozi przeniesieniem sposobu procedowania przez Trybunał Konstytucyjny na poziom kontroli abstrakcyjnej.

Skarżący podnosi, że obowiązujące brzmienie zaskarżonych przepisów nie pozwala na ustalenie jakie konkretne zachowanie przyjmuje postać usiłowania podżegania. Należy jednak zwrócić uwagę, że podobny zarzut można sformułować wobec samodzielnej treści art. 13 § 1 k.k. (brak wskazania jakie konkretne zachowania należy uznać za bezpośrednio zmierzające do dokonania czynu zabronionego). Trzeba zatem podkreślić, że obowiązujące brzmienie art. 13 § 1 k.k. stanowi konsekwencję funkcji instytucji usiłowania w prawie karnym. Usiłowanie jako forma stadialna przestępstwa nie stanowi osobnego typu czynu zabronionego. W każdym wypadku musi być zatem łączone z właściwym przepisem wyrażającym znamiona czynu zabronionego (w realiach przedmiotowej sprawy należy uznać, że może nim być czyn określony w części szczególnej kodeksu karnego oraz ustawach, jak i podżeganie oraz pomocnictwo). Innymi słowy: „Zarówno usiłowanie udolne, jak i nieudolne czerpią swój sens, ale i też podstawę do ujemnego wartościowania z odniesienia do dobra prawnego. Tak, jak nie ma usiłowania udolnego, jako takiego, tylko jest usiłowanie zabójstwa, lub usiłowanie kradzieży, tak samo nie ma usiłowania nieudolnego, jako takiego, ale zawsze będzie to usiłowanie zrealizowania czynu zabronionego określonego typu” (A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego* [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, red. J. Majewski, Toruń 2007, s. 18). To zaś sprawia, że w każdym wypadku przypisania usiłowania należy mieć na względzie czynność sprawczą wyrażoną w przepisie określającym dany typ czynu zabronionego. Wobec abstrakcyjnego charakteru przepisów prawa karnego, definiowanie konkretnych zachowań stanowiących usiłowanie (w tym usiłowanie podżegania) jawi się jako niemal niewykonalne z prakseologicznego punktu widzenia.

Należy zatem przypomnieć, że w świetle cytowanego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (zob. pkt VI.1.2 stanowiska Sejmu) to na skarżącym ciąży obowiązek wykazania „kwalifikowanego” charakteru trudności interpretacyjnych. W realiach przedmiotowej sprawy nie można stwierdzić, że argumentacja skarżącego czyni zadość wymogom trybunalskiej derogacji przepisów prawa karnego ze względu na ich niedookreśloność. W szczególności skarżący nie wykazał, że brzmienie

kwestionowanych przepisów odnoszone do usiłowania podżegania w sposób istotny modyfikuje wykładnię art. 13 § 1 k.k. w odniesieniu do usiłowania czynu zabronionego opisanego w części szczególnej Kodeksu karnego.

Wobec powyższego Sejm wnosi 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. Rozpoznanie drugiego z zarzutów dotyczącego nadmiernej kryminalizacji wiąże się ściśle z ustaloną na wstępie zawartością normatywną kwestionowanych przepisów (odnośnie do poglądów prezentowanych w orzecznictwie i doktrynie prawa w tym zakresie zob. pkt III. 2 stanowiska Sejmu).

W tym miejscu należy natomiast wskazać, że kwestie związane z drugim z zarzutów skarżącego (nadmiernej kryminalizacji, której przejawem jest penalizacja usiłowania podżegania do pomocnictwa) łączy się w doktrynie prawa z problematyką przestępstw cechujących się narażeniem dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Należy zatem ustalić charakter przestępstwa podżegania (czy zalicza się do grupy tzw. przestępstw z narażenia). W dalszej kolejności trzeba natomiast zbadać czy, jeżeli mamy do czynienia z narażeniem dobra prawnego na niebezpieczeństwo, narażenie to ma charakter abstrakcyjny czy konkretny. To zaś pozwala na sformułowanie wniosków w odniesieniu do dopuszczalności i zasadności stosowania karnoprawnej figury usiłowania do podżegania.

Jak się wydaje, to właśnie powyższymi zagadnieniami należy przypisać zrębowy charakter dla oceny konstytucyjności zaskarżonych przepisów. Kwestia usiłowania przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo wiąże się bowiem z oceną karygodności takich czynów, która powinna limitować decyzje kryminalizacyjne ustawodawcy w demokratycznym państwie (zob. A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 11 i n). W doktrynie prawa wskazuje się, że „Narażenie na niebezpieczeństwo dobra prawnego poprzedza naruszenie tego dobra, typizacja czynu powodującego zagrożenie jest już zatem efektem podjęcia decyzji o przesunięciu karalności na zachowania poprzedzające naruszenie dobra. Dlatego też pojawia się pytanie, czy karalność usiłowania narażenia dobra niebezpieczeństwo, jako zachowania w jeszcze większym stopniu oddalonego od naruszenia dobra, nie prowadzi w istocie do «podwójnego» rozszerzenia pola karalności i nie staje się przez to

sankcjonowaniem «czystego nieposłuszeństwa wobec normy prawnej» (A. Liszewska [w:] *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 747).

Dla jasności wyводу wypada odnotować, że „Typy konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo charakteryzują się tym, że w zespole znamion określony został skutek zachowania sprawcy, polegający na spowodowaniu bezpośredniego, realnego i skonkretyzowanego zagrożenia dla dobra chronionego prawem” (*ibidem*, s. 748-749). Tym samym typy konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo zalicza się do przestępstw materialnych (skutkowych). Natomiast „[E]lementem uzasadniającym typizację czynów abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo jest (...) element motywu, jaki kieruje ustawodawcą, wprowadzającym zakaz określonego zachowania. Motywem tym jest ocena zachowania jako generalnie niebezpiecznego, przy czym chodzi tu o niebezpieczeństwo wynikające z przynależności do klasy zachowań z istoty swej niebezpiecznych, czyli takich, które z dużym prawdopodobieństwem prowadzą do powstania negatywnego skutku. Przestępstwa abstrakcyjnego narażenia należą zatem do grupy przestępstw formalnych. (...) Tworzenie typów abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo jako przestępstw formalnych wymaga w każdym przypadku odpowiedniego uzasadnienia. Karalnością objęte zostają bowiem zachowania, które nie muszą prowadzić do bezpośredniego zagrożenia dla dobra stanowiącego przedmiot zamachu (...)” – *ibidem*, s. 749-752. Innymi słowy w przypadku typów abstrakcyjnego narażenia skutek w postaci zagrożenia (niebezpieczeństwa) dla dobra prawnego nie zostaje dookreślony w zespole znamion. Trzeba zauważyć, że materialny charakter typów konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo sprawia, że są one „znacznie bliższe naruszeniu dobra niż przestępstwa narażenia abstrakcyjnego, co nie pozostaje bez wpływu na ocenę zasadności karalności usiłowania jako poprzedzającej dokonanie formy stadialnej” (*ibidem*, s. 749).

Trzeba jednak odnotować, że powyższa typologia utożsamiająca przestępstwa konkretnego narażenia z przestępstwami skutkowymi (i odpowiednio przestępstwa narażenia abstrakcyjnego z przestępstwami formalnymi) jakkolwiek rozpowszechniona i akceptowana w doktrynie prawa nie ma waloru uniwersalnej zasady. Jak zauważa P. Kuziak: „To twierdzenie często uchodzi za prawie niepodważalny aksjomat, tymczasem choć rzeczywiście najczęściej tak jest, to

można sobie wyobrazić zarówno sytuację bezskutkowego naruszenia dobra prawnego (...), bezskutkowego konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo (np. oparte na konstrukcji usiłowania *sui generis* przestępstwo zamachu stanu z art. 127 [k.k. – uwaga własna], w którym realizacja znamienia czasownikowego, polegającego na «podjęciu w porozumieniu z innymi osobami działalności bezpośrednio zmierzającego do urzeczywistnienia celu» określonego w znamionach kierunkowych tego typu jest właśnie bezskutkowym przecież stworzeniem już bezpośredniego niebezpieczeństwa zniszczenia dobra prawnego), jak i skutkowe, choć abstrakcyjne, narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo, choć tu przykłady trudno znaleźć (jest nim np. art. 166 § 1 [k.k. – uwaga własna], w którym występuje skutek w postaci przejęcia kontroli nad statkiem powietrznym lub morskim, ale z punktu widzenia dobra prawnego jakim jest życie i zdrowie, stanowi to zaledwie abstrakcyjne zagrożenie dla tych dóbr [dla obrony takiego stanowiska niezbędne jest jednak, poczynione przez autora, założenie, że bezpieczeństwo powszechne nie jest samodzielnym dobrem prawnym chronionym przez art. 166 § 1 k.k. – uwaga własna]). Należy bowiem oderwać pojęcie skutku od pojęcia dobra prawnego, skoro do definicji przestępstwa skutkowego należy, będąca znamieniem typu czynu zabronionego, zmiana w świecie zewnętrznym różna od samego czynu, nie jest nim natomiast samo naruszenie bądź konkretne narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo” (P. Kuziak, *Usiłowanie...*, s. 168-169).

Wobec powyższego należy stwierdzić, że podżeganie i pomocnictwo stanowią typy narażenia na niebezpieczeństwo. Przedmiotem kontrowersji pozostaje jednak, (związany z możliwością zaliczenia podżegania i pomocnictwa do przestępstw skutkowych albo formalnych) charakter (konkretny albo abstrakcyjny) tego narażenia (zob. A. Liszewska, *System...*, s. 760).

Niniejsze wywody opierają się na założeniu, że podżeganie ma charakter skutkowy, skutkiem zaś jest nakłonienie osoby podżeganej (wywołanie zamiaru) do dokonania czynu zabronionego. Podzielający to stanowisko P. Kardas wskazuje, że: „Normatywna charakterystyka znamion podżegania uzasadnia twierdzenie, że podżeganie stanowi szczególną odmianę przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo. Z uwagi na powiązanie zagrożenia dla dobra prawnego z dokonaniem czynu zabronionego przez osobę nakłanianą podżeganie ma nieco inną strukturę formalną niż klasyczne przestępstwo narażenia na niebezpieczeństwo.

W przypadku przestępstw narażenia normatywnym punktem odniesienia jest naruszenie dobra prawnego. W przypadku podżegania bezpośrednim punktem odniesienia nie jest naruszenie dobra prawnego chronionego przez dany typ czynu zabronionego, lecz urzeczywistnienie ustawowego zestawu znamion przez osobę nakłanianą. Oznacza to, że przy podżeganiu występuje identycznie jak przy przestępstwach narażenia czynnik zagrożenia dobra prawnego, «tyle tylko, że w pewnych przypadkach zagrożenie dobra prawnego jest dopiero pośrednie, bardziej odległe». Z tego też względu podżeganie traktowane jest w piśmiennictwie jako «swoiste przestępstwo narażenia na niebezpieczeństwo» (P. Kardas, *Teoretyczne...*, s. 596-597). Rozstrzygając o charakterze narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo P. Kardas wskazuje, że podżeganie należy do kategorii przestępstw konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo. Jak zauważa: „Znamiona podżegania wymagają bowiem wywołania swoistego «skutku» czynności nakłaniania w postaci powstania u osoby nakłanianej zamiaru dokonania określonego zachowania (...). Powzięcie przez nakłanianego zamiaru dokonania czynu stwarza niebezpieczeństwo popełnienia czynu zabronionego określonego w części szczególnej, a w konsekwencji dokonania ataku na dobro prawne. Przesądza to, iż w każdym przypadku dokonanego podżegania istnieje niebezpieczeństwo dla podlegającego ochronie dobra prawnego. Konstrukcja znamion podżegania wyklucza zarazem możliwość zaliczenia tego typu do kategorii przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, w takim wypadku bowiem dla dokonania wystarczające było jedynie podjęcie przez podżegacza czynności nakłaniania, bez konieczności wzbudzenia u osoby nakłanianej zamiaru dokonania określonego zachowania" (*ibidem*, s. 598).

Odmienne stanowisko prezentuje w tej kwestii P. Kuziak. Jego zdaniem podżeganie stanowi rodzaj przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Za powyższym stanowiskiem przemawiają następujące argumenty: 1) w przypadku realizacji znamion podżegania w postaci dokonania, od momentu powzięcia przez nakłanianego decyzji odnośnie do realizacji znamion czynu zabronionego, co najmniej do momentu rozpoczęcia czynności przygotowawczych przez sprawcę, zagrożenie nie tylko dla dobra prawnego, ale nawet zagrożenie realizacji przez tego wykonawcę znamion jakiegokolwiek czynu zabronionego (nawet tego z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na

niebezpieczeństwo) jest co najwyżej potencjalne; 2) podżeganie i pomocnictwo są integralnie związane z dobrem prawnym, które jest chronione przez typ czynu zabronionego do którego popełnienia podżegacz nakłania, a realizacja znamion podżegania godzi przede wszystkim w dobra prawne chronione przez typy czynów zabronionych, do popełnienia których podżegacz nakłania; 3) w ramach omawianego podziału przestępstw należy badać to czy dany typ czynu zabronionego stwarza konkretne bądź abstrakcyjne zagrożenie dla dobra prawnego, będącego przedmiotem karnoprawnej oceny, a nie czy stwarza konkretne bądź abstrakcyjne zagrożenie popełnienia jakiegokolwiek czynu zabronionego.

Na marginesie wypada odnotować, że konstrukcja typu konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo (przy założeniach przyjętych w przedmiotowej sprawie – podżegania jako przestępstwa konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo) – zdaniem A. Zolla (abstrahując w tym miejscu od poglądów autora na istotę podżegania i dopuszczalność jego usiłowania) – nie nasuwa wątpliwości z punktu widzenia społecznej szkodliwości, zarówno w jej abstrakcyjno-generalnym, jak i indywidualnym sensie. Innymi słowy sprowadzenie sytuacji niebezpiecznej dającej się wyodrębnić od samego czynu (jak ma to miejsce przy przestępstwach konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo) pozytywnie rzutuje na dokonywaną przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji, ocenę decyzji kryminalizacyjnej ustawodawcy (zob. A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 10).

3. Przenosząc powyższe na grunt rozważań w przedmiocie usiłowania wypada zauważyć, że „Dopuszczalność stosowania art. 13 § 1 KK w odniesieniu do typów narażenia konkretnego nie budzi w doktrynie wątpliwości” (A. Liszewska [w:] *System...*, s. 760). Jak się wydaje z większą ostrożnością podchodzi się do dopuszczalności usiłowania przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Jednak jak zauważa A. Liszewska: „Nie ma również normatywnych podstaw do wyłączenia odpowiedzialności karnej za usiłowanie przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, skoro art. 13 § 1 KK odnosi się do każdego typu czynu zabronionego w rozumieniu art. 115 § 1 KK, czyli również do czynów typizowanych jako podżeganie i pomocnictwo” (*ibidem*, s. 760-761). Brak normatywnych podstaw dla uznania dopuszczalności usiłowania podżegania ujmowanego jako przestępstwo abstrakcyjnego narażenia, nie

przesądza jednak o dopuszczalności takiego rozwiązania z perspektywy kryminalnopolitycznej. Wypada natomiast zauważyć, że z dogmatycznego punktu widzenia „względy polityki kryminalnej mogą być tylko postulatami *de lege ferenda*” (P. Kuźniak, *Usiłowanie...*, s. 174).

Jak wykazano, można zasadnie twierdzić, że dopuszczalne jest wprowadzenie odpowiedzialności karnej za usiłowanie podżegania ujmowanego jako typ konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo. Zasygnalizowano również, że ocena konstytucyjnej dopuszczalności penalizacji określonych zachowań wiąże się z charakterem narażenia. Typy narażenia konkretnego (jako uzupełnione w zespole znamion o skutek związany z zagrożeniem dla dobra chronionego) cechują się bowiem większym ładunkiem karygodności. Należy zatem rozważyć czy z punktu widzenia gwarancji konstytucyjnych dopuszczalne jest stosowanie odpowiedzialności karnej za usiłowanie podżegania do pomocnictwa. Przy czym nie można tracić z pola widzenia faktu, że w przedmiotowej sprawie chodzi o pomocnictwo do popełnienia czynu zabronionego opisanego w art. 229 § 1 k.k.

W pierwszej kolejności należy zatem rozważyć karygodność (społeczną szkodliwość) zachowania, któremu odpowiada kwalifikacja prawna przyjęta przez sądy orzekające w sprawie skarżącego. Niezwykle istotny wydaje się sposób typizacji przyjęty przez ustawodawcę w art. 229 § 1 k.k. Przepis ten został zamieszczony w rozdziale XXIX k.k. pt. „Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego”, jednak dla sprecyzowania relewantnych dóbr prawnie chronionych należy odwołać się również do zawartych w nim znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego. Mianowicie odpowiedzialności karnej podlega ten, „kto udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną w związku z pełnieniem tej funkcji”. Zasadny wydaje się zatem wniosek, że dobrem prawnie chronionym w tym przypadku nie jest wyłącznie bezstronne (niezależne) sprawowanie funkcji publicznych (w które godzi udzielenie korzyści majątkowej), ale również sprawowanie takiej funkcji w sposób niezakończony. Świadczy o tym poddanie odpowiedzialności karnej osoby, która tylko obiecuje udzielić takiej korzyści. Tym samym za społecznie szkodliwe należy uznać każde zachowanie, które polega na złożeniu wspomnianej obietnicy. Ustawodawca zdecydował, że dla sprawnego działania instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego niezbędne jest zapewnienie im takich

warunków, w których nie są one (ich przedstawiciele) namawiani (lub wręcz tylko informowani) o możliwości uzyskania określonych korzyści. Dla zrealizowania znamion typu czynu zabronionego bez znaczenia pozostaje zatem charakter oraz treść takiej obietnicy. Nie ulega przy tym wątpliwości, że sprawne i bezstronne funkcjonowanie instytucji publicznych stanowi istotną wartość konstytucyjną (jak wprost wynika z preambuły do Konstytucji, jej ustanowienie podyktowane zostało dążeniem do zapewnienia działaniu instytucji publicznych „rzetelności i sprawności”), zaś jej ochrona (w tym również za pomocą sankcji karnych) znajduje uzasadnienie w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W świetle powyższego należy rozważyć czy w tak określone dobro prawne może godzić (lub w sposób prawnie relewantny narażać na niebezpieczeństwo) zachowanie, które z perspektywy prawa karnego przyjmuje postać usiłowania podżegania do pomocnictwa (do złożenia obietnicy korzyści majątkowej).

Osoba nakłaniająca do pomocnictwa w złożeniu obietnicy korzyści majątkowej inicjuje swoim zachowaniem proces, u kresu którego pozostaje (objęte zamiarem) złożenie obietnicy korzyści majątkowej. Trzeba zauważyć, że zgodny z intencją podżegacza przebieg tego procesu pozostaje poza jego wpływem. Osoba skutecznie nakłoniona do pomocnictwa (posiadająca zamiar podjęcia określonego zachowania, które można uznać za pomocnictwo) może doprowadzić do zrealizowania znamion czynu zabronionego.

Istotny jest przy tym również fakt, że w przypadku usiłowania podżegania do popełnienia czynu zabronionego naruszenie (narażenie na niebezpieczeństwo) dobra chronionego zostaje oddalone w łańcuchu zdarzeń o etap działania (zaniechania) podżeganego. W realiach przedmiotowej sprawy konfiguracja okoliczności faktycznych, której odpowiada figura usiłowania podżegania do pomocnictwa tylko pozornie poszerza przedpole naruszenia (narażenia) dobra chronionego. Tak bowiem jak osoba nakłaniana do popełnienia czynu zabronionego może swoim zachowaniem stworzyć niebezpieczeństwo dla dobra prawnego (co skutkuje możliwością przypisania jej odpowiedzialności za dokonanie czynu opisanego w części szczególnej k.k.) tak pomocnik realizujący określone działania doprowadzi („ułatwi”) do popełnienia czynu zabronionego przez podżegacza (który stanie się sprawcą czynu zabronionego, którego znamiona ułatwił zrealizować pomocnik). Zatem z perspektywy ochrony dóbr prawnych nie ma charakteru

ważącego czy zagrożenie stanowić będzie zachowanie podżeganego czy też zachowanie podlegającego do pomocnictwa, który na skutek działań pomocnika stanie się sprawcą. Trzeba bowiem zauważyć, że w stanie faktycznym stwierdzonym przez sądy orzekające w sprawie skarżącego pomocnik pełnił w istocie funkcję pośrednika (postańca) w przekazaniu obietnicy korzyści. Poinformowanie przez niego osoby pełniącej funkcję publiczną o obietnicy składanej przez podżegacza stanowiłoby tylko element łańcucha przyczynowego w popełnieniu przekupstwa przez osobę nakłaniającą. *De lege lata* uprawniony jest bowiem wniosek, że przestępne złożenie obietnicy korzyści może być dokonane za pośrednictwem innej osoby (jak wskazał Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 29 października 2012 r., sygn. akt II AKa 270/12: „Osoba, która przekazuje pieniądze pośrednikowi, celem udzielenia korzyści osobie pełniącej funkcję publiczną w związku z tą funkcją wyczerpuje takim zachowaniem znamiona przestępstwa z art. 229 § 1 k.k. w formie dokonania, gdy pośrednik udzieli «łapówkę» albo w formie usiłowania, gdy do udzielenia łapówki nie doszło”; podobne konkluzje formułowane są w orzecznictwie sądowym w odniesieniu do wypełnienia przedmiotowych znamion czynu zabronionego, w którym jednym ze znamion jest groźba, a sprawca za pośrednictwem osoby trzeciej przekazuje treść groźby pokrzywdzonemu – zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 27 listopada 2003 r., sygn. akt II AKa 338/03).

W świetle powyższego – w ocenie Sejmu – zasadnicze wątpliwości powinna budzić kwestia konstytucyjnej dopuszczalności penalizacji usiłowania podżegania. Jak już była o tym mowa, uznanie skutkowego charakteru podżegania rzutuje na ocenę, iż stanowi ono typ konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo (z uwzględnieniem stanowiska zaprezentowanego przez P. Kuziaka). W realiach przedmiotowej sprawy skutkiem tak ujętego podżegania byłoby wywołanie zamiaru podjęcia określonego zachowania przez osobę nakłanianą (pomocnika). Za dopuszczalnością penalizacji usiłowania podżegania do pomocnictwa przemawia zatem fakt, że swoim zachowaniem podżegacz inicjuje proces, który może doprowadzić do naruszenia dobra prawnego.

Trzeba także zauważyć, że wywołanie skutku podżegania (określonego nastawienia u osoby nakłanianej) leży poza sprawczymi możliwościami (w takim sensie, w jakim nie można zdefiniować sposobu nakłaniania, który dawałby gwarancję wzbudzenia określonego przeżycia psychicznego u osoby nakłanianej)

podżegacza. Tym samym, to nie określone działania podjęte przez podżegacza (np. zaprzestanie nakłaniania) zapobiegły narażeniu dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Powyższa okoliczność wpływa na ocenę społecznej szkodliwości zachowania podżegacza. Można bowiem stwierdzić, że jeżeli osoba nakłaniana nie zrealizowała określonych czynności (wskazanych przez podżegacza) czy to na skutek odstąpienia od wcześniej powziętego zamiaru, czy to na skutek innych okoliczności, podżeganie trzeba będzie uznać za dokonane (bo przynajmniej pierwotnie doprowadziło do wywołania u osoby nakłanianej zamiaru określonego działania). Z kryminalnopolitycznego punktu widzenia nie zajdą zatem różnice pomiędzy bezskutecznym usiłowaniem podżegania (zakończeniu czynności nakłaniania bez wywołania zamiaru działania dla podżeganego) a dokonanym podżeganiem, które nie doprowadziło do popełnienia czynu zabronionego przez osobę nakłanianą. Innymi słowy „podjęcie czynności zmierzających bezpośrednio do wywołania u innej osoby decyzji popełnienia czynu zabronionego (...) może być z punktu widzenia zawartości bezprawia co najmniej tak samo naganne jak sytuacja, w której do wywołania takiej decyzji (...) doszło, jednak nie zostało to spożytkowane przez bezpośredniego wykonawcę (P. Kardas, *Teoretyczne...*, s. 866-867). Jak trafnie zauważa P. Kuziak: „Niebezpiecznie cienką wydaje się też granica między dokonaniem podżegania, co skutkuje odpowiedzialnością karną za realizację tej postaci zjawiskowej przestępstwa, a w ogóle nie karalnym jej usiłowaniem (np. podżegacz już prawie nakłonił daną osobę do podjęcia decyzji o realizacji czynu zabronionego, ale w ostatnim momencie pojawiła się osoba, której kontrargumenty przeważały). Prowadziłoby to prawdopodobnie do pewnej obiektywizacji odpowiedzialności karnej, czyli zbytniego uzależnienia podstaw odpowiedzialności karnej od elementów leżących poza osobą sprawcy i nieuwzględniania elementów subiektywnych, związanych z nastawieniem psychicznym sprawcy do realizowanego przez siebie celu” (P. Kuziak, *Usiłowanie...*, s. 182).

4. Dopuszczalność konstrukcji usiłowania podżegania znajduje również uzasadnienie w świetle ogólnie ujmowanych przesłanek kryminalnopolitycznych. Należy zgodzić się ze stanowiskiem P. Kardasa, że: „[Z] kryminalnopolitycznego punktu widzenia trudno dzisiaj znaleźć jednoznaczne powody, dla których kryminalizacja usiłowania podżegania lub pomocnictwa miałyby być uznana za

niedopuszczalną. Co więcej, mając na względzie znaczny wzrost wypadków popełniania przestępstwa w konfiguracjach wieloosobowych, w tym w szczególności w związku z wykorzystaniem mniej lub bardziej sformalizowanych struktur zorganizowanej przestępczości, które bardzo trudno poddają się ustawowej regulacji, konstrukcja stwarzająca podstawy do pociągania do odpowiedzialności karnej za usiłowane podżeganie lub pomocnictwo może w istotny sposób ułatwić zwalczanie tego rodzaju grupowej (zorganizowanej) przestępczości (P. Kardas, *Teoretyczne...*, s. 868).

Wydaje się więc, że obok przestępczości zorganizowanej dobrym argumentem przemawiającym za zasadnością stosowania figury usiłowanego podżegania jest właśnie przestępstwo przekupstwa opisane w art. 229 k.k. (szerzej: grupa przestępstw związanych z nielegalnym wywieraniem wpływu na instytucje państwowe i samorządu terytorialnego). Przestępstwa godzące w działalność instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego mogą być bowiem popełniane w skomplikowanych okolicznościach faktycznych. Próby wywierania wpływu na przedstawicieli wzmiankowanych instytucji wiążą się przeważnie z oczekiwaniem uzyskania określonych rozstrzygnięć, które zapadają w związku z wykonywaniem funkcji publicznych. Rozstrzygnięcia takie często dotyczą sprzecznych interesów gospodarczych określonych podmiotów prywatnych oraz – przykładowo – wspólnot lokalnych. Zagrożenie dla bezstronności działań osób pełniących funkcje publiczne wiąże się zatem z możliwością niekorzystnego wpływania na sytuację dużych grup podmiotów czy wspólnot obywateli. Z drugiej strony mogą doprowadzić do zakłócenia sprawnego funkcjonowania instytucji państwowych oraz rzetelnego wykonywania nałożonych prawem obowiązków, a w każdym razie do podważenia zaufania i wiarygodności jakie powinny im przysługiwać. Ponadto wywieranie nielegalnego wpływu na osoby pełniące funkcje publiczne może godzić w prawa innych, zindywidualizowanych podmiotów przez nierówne traktowanie, będące konsekwencją rozstrzygnięć zapadających w związku z przyjęciem określonej korzyści lub jej obietnicy.

W realiach przedmiotowej sprawy jako szczególnie istotna jawi się kwestia potencjalnych konfiguracji podmiotowych przy popełnianiu omawianych czynów zabronionych. Nierzadko bowiem faktyczny beneficjent rozstrzygnięć podejmowanych przez osoby pełniące funkcje publiczne posługuje się inną osobą nie

tylko w celu przekazania korzyści (lub jej obietnicy), ale również w celu nawiązania kontaktu z taką osobą. Taka sytuacja może mieć miejsce w przypadku osób pełniących funkcje publiczne w organach jednostek samorządu terytorialnego, które – przykładowo – decydują o tworzeniu warunków dla inwestycji prowadzonych na terenie gminy (powiatu, województwa) przez podmioty o ogólnokrajowym lub nawet międzynarodowym zasięgu działalności. W takich okolicznościach w naturalny sposób może dojść do wykształcenia się sieci nieformalnych powiązań (czy to jako warunku dla powodzenia zamierzonych działań, czy to w celu rozłożenia i „rozmycia” odpowiedzialności).

W tym kontekście należy wspomnieć, że jakkolwiek przy przypisywaniu odpowiedzialności za usiłowane podżeganie większe znaczenie należy przyznać czynnikom subiektywnym i woliowym, to jednak w każdym wypadku musi być to zamiar o określonym charakterze. Zarówno usiłowanie, jak i podżeganie mogą być bowiem popełnione tylko umyślnie. W art. 13 § 1 k.k. wyraźnie mowa o „zamiarze popełnienia czynu zabronionego”, zaś art. 18 § 2 k.k. penalizuje zachowanie osoby, która „chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego”. O ile kwestia możliwości usiłowania *cum dolo eventuali* pozostaje przedmiotem kontrowersji w doktrynie prawa (zob. np. A. Liszewska, *System...*, s. 727 i n.), o tyle postępowanie przez ustawodawcę zwrotem „chcąc” w art. 18 § 2 k.k. przesądza, że podżegać można tylko z zamiarem bezpośrednim.

5. Wobec powyższego należy również zauważyć, że każdorazowe zakwalifikowanie przez sąd zachowania sprawcy jako usiłowanie podżegania do pomocnictwa wymaga wykazania społecznej szkodliwości czynu w ujęciu konkretno-indywidualnym. Innymi słowy niedopuszczalne jest przypisanie usiłowania przestępstwa w sytuacji niewykazania, że stopień społecznej szkodliwości czynu jest wyższy aniżeli znikomy (art. 1 § 2 k.k.). Jak wspomniano figura usiłowania podżegania do pomocnictwa może wiązać się ze skomplikowanymi układami podmiotowymi przy popełnianiu przestępstwa. W każdym wypadku należy zatem zbadać w jakim stopniu zachowanie usiłującego (w realiach przedmiotowej sprawy – usiłującego podżegać) jest *in concreto* społecznie szkodliwe. Konsekwencją tezy o dopuszczalności usiłowania podżegania (jako odrębnego typu czynu zabronionego o złożonym zestawie znamion) będzie zatem adekwatne stosowanie art. 115 § 2 k.k.

Zgodnie z tym przepisem przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę, rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia.

W świetle powyższej definicji należy zwrócić uwagę na dwie – sygnalizowane wcześniej – okoliczności.

Po pierwsze, sąd ma obowiązek wziąć pod uwagę rozmiar grożącej szkody. Przyjęcie poglądu o konkretnym charakterze narażenia dobra chronionego na niebezpieczeństwo przy przestępstwie podżegania pozwala na dokładniejszą analizę (przez sąd) „rozmiaru grożącej szkody”. Wypada bowiem zauważyć, że ta sama przesłanka znajduje zastosowanie przy ocenie czynu wypełniającego znamiona typu abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, przy którym groźba wyrządzenia (konkretnej) szkody jest jeszcze bardziej odległa. Odnosząc to zaś do realiów przedmiotowej sprawy z punktu widzenia tej przesłanki społecznej szkodliwości może nie wystąpić znacząca różnica pomiędzy usiłowaniem podżegania do popełnienia czynu zabronionego (o znamionach określonych w części szczególnej k.k.) a usiłowaniem podżegania do pomocnictwa w popełnieniu przestępstwa przez podżegacza. Z obiektywnego punktu widzenia bezpośrednie zagrożenie dla dobra prawnego stanowi zachowanie osoby (podżeganego albo pomocnika) z określonym zamiarem (zachowania realizującego znamiona czynu zabronionego albo zamiarem dokonania czynu zabronionego przez inną osobę) wymierzone w dobro prawne. Podobnie z punktu widzenia zagrożenia szkodą może nie występować różnica pomiędzy usiłowanym podżeganiem (przy niewywołaniu określonego przeżycia psychicznego u osoby nakłanianej) a podżeganiem dokonanym, po którym z przyczyn niezależnych od podżegacza nie występuje nakierowane na naruszenie dobra chronionego zachowanie osoby już nakłonionej.

Po drugie, z punktu widzenia stopnia społecznej szkodliwości czynu ma znaczenie sposób i okoliczności popełnienia czynu. W świetle tej przesłanki można dokonać oceny działania usiłującego podżegać, a mianowicie przyczyn z jakich podżeganie pozostało w formie stadialnej usiłowania. Surowiej należy w tym wypadku ocenić nakłanianie stanowiące zakończony proces (nieskuteczne z punktu

wywołania zamiaru określonego zachowania u osoby nakłanianej), aniżeli np. nakłanianie rozpoczęte, lecz niezakończone.

Na dopuszczalność korygowania odpowiedzialności za usiłowanie podżegania (co, jak się wydaje, można odnieść również do usiłowanie podżegania do pomocnictwa) wskazuje się w doktrynie prawa. Jak zauważa P. Kardas: „[W] zależności od konkretnego układu okoliczności faktycznych, organ stosujący prawo ma możliwość albo skorzystania z tej konstrukcji [usiłowanego podżegania lub pomocnictwa – uwaga własna], zwłaszcza wówczas gdy ze względu na komplikacje dowodowe nie sposób przypisać danemu sprawcy odpowiedzialności w oparciu o inną podstawę, albo skorzystać z materialnoprawnej podstawy oportunistycznej wyrażonej w art. 1 § 2 k.k. i uznać takie zachowanie za znikomo społecznie szkodliwe” (P. Kardas, *Teoretyczne...*, s. 868; por. G. Cichońska, *Glosa...*, s. 180).

Również M. G. Węglowski wskazuje na konieczność każdorazowego badania społecznej szkodliwości konkretnego czynu wyczerpującego znamiona usiłowania podżegania. Jak wskazuje: „[N]niesłuszne jest przyjęcie *a priori*, iż każde usiłowanie podżegania (a także pomocnictwo) niesie niższą szkodliwość społeczną niż dokonanie podżegania. Jest bowiem niezwykle istotnym do jakiego czynu podżeganie ma miejsce. Chyba nie może budzić wątpliwości, iż z reguły usiłowanie podżegania do zabójstwa, porwania czy spowodowania katastrofy komunikacyjnej niesie znacznie większy ładunek szkodliwości społecznej niż dokonanie podżegania do drobnej kradzieży z włamaniem. Jeżeli zaś może budzić, to tym bardziej wskazuje to na konieczność rozstrzygnięcia o tej szkodliwości *in concreto*, nie zaś *in abstracto* (...)” (M. G. Węglowski, *Glosa...*, s. 179). Cytowany autor wskazuje również na konsekwencje – istotne z punktu widzenia polityki kryminalnej, bezpieczeństwa obywateli i funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości – jakie mogą wiązać się z niekaralnością usiłowania podżegania. Jak zauważa: „Model niekaralności prowadzi bowiem w prostej linii do bezkarności matactwa procesowego podjętego przez osobę zainteresowaną w odpowiednim ukierunkowaniu postępowania karnego, czy też bezkarności prób dokonywania zemsty przez ukaranych sprawców, których to działań zasadniczym elementem może być właśnie np. wysłanie tzw. grypsów z aresztów śledczych lub korespondencji z zakładu karnego. Osoba przebywająca w areszcie śledczym stałaby bowiem przed iście diabelską alternatywą (...) albo jego korespondencja (np. namawiająca do zabójstwa świadka, sędziego czy prokuratora)

zostanie przechwycona przez odpowiednie służby, co zapobiegnie możliwej tragedii, ale pozostanie to czynnością całkowicie bezkarną; a zatem podżegacz nic nie ryzykuje. Albo też wyekspediowana korespondencja (zwłaszcza gryps) dotrze do adresata, być może wywołując zamierzone przez nadawcę działania" (*ibidem*, s. 181). Trzeba zwrócić uwagę, że wskazany przykład wiąże się ze stanem faktycznym jaki legł u podstaw sprawy zakończonej wyrokiem kasacyjnym Sądu Najwyższego (osoba przebywająca w areszcie śledczym sporządziła tzw. gryps, który przekazała osobie opuszczającej areszt; w zatrzymanej przez służby więzienne korespondencji autor zwracał się do nieustalonej w toku śledztwa osoby o uprowadzenie dwóch świadków i zmuszenie ich do zmiany zeznań, przy czym jeden z tych świadków miał w ostateczności zostać pozbawiony życia). Nie ulega jednak wątpliwości, że przywołane argumenty można odnieść również do innych sytuacji faktycznych, w których możliwe jest zainicjowanie przez osobę usiłującą podżegać, procesu, którego efektem ma być popełnienie określonego przestępstwa.

6. Osobno należy ustosunkować się do tej części skargi konstytucyjnej, w której przywołano wyrok Sądu Najwyższego z 28 listopada 2006 r., w którym stwierdzono, że „obejmowanie formułą karalnego usiłowania także podżegania mogłoby powodować nieuzasadnione polityczno-kryminalne podwójne rozszerzenie zakresu czynu zabronionego w ustawowym typie”. Przywołane przez skarżącego twierdzenie stanowi konsekwencję uznania przez Sąd Najwyższy, że art. 22 § 2 k.k. („Jeżeli czynu zabronionego nie usiłowano dokonać, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzania”) nie znajduje zastosowania do sytuacji usiłowanego podżegania. Zdaniem Sądu Najwyższego „Wykładnia § 2 art. 22 [k.k. – uwaga własna] łącznie z przepisem § 1 [art. 22 § 1 k.k. stanowi: „Jeżeli czynu zabronionego tylko usiłowano dokonać, podmiot określony w art. 18 § 2 i 3 odpowiada jak za usiłowanie” – uwaga własna], który dotyczy wymiaru kary za czyn podżegacza, w przypadku, gdy bezpośredni wykonawca tylko usiłował dokonać czynu zabronionego prowadzi do wniosku, iż przepis ten może mieć zastosowanie jedynie w przypadku wywołania u osoby nakłanianej zamiaru popełnienia przestępstwa”. Jednocześnie Sąd Najwyższy dostrzegł, że takie stanowisko powoduje konieczność wymierzania kary za usiłowanie podżegania na podstawie art. 14 §1 k.k. (a zatem bez możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary

oraz odstąpienia od jej wymierzenia). W ocenie Sądu Najwyższego konkluzji takiej nie można zaakceptować z punktu widzenia kryminalnopolitycznego, albowiem podżegacz, któremu nie udało się nakłonić podżeganego do popełnienia czynu zabronionego odpowiadałby na podstawie przepisu przewidującego surowszą odpowiedzialność, niż taki, który wywołał określony zamiar u osoby nakłanianej, ta zaś nie usiłowała nawet dokonać czynu zabronionego. Wobec efektów przeprowadzonej wykładni Sąd Najwyższy – wydając wyrok kasacyjny – polecił rozważyć sądowi apelacyjnemu bezkarność usiłowania podżegania i pomocnictwa.

Trzeba zatem zauważyć, że stanowisko zaprezentowane przez Sąd Najwyższy odnośnie do art. 22 § 2 k.k. nie jest wolne od wątpliwości.

Za dopuszczalnością stosowania art. 22 § 2 k.k. do wypadków usiłowanego podżegania opowiada się również M. Bielski. Jak wskazuje: „Językowa wykładnia art. 22 § 2 k.k. skłania do wniosku, że obejmuje on swym zakresem zarówno te przypadki podżegania i pomocnictwa, które weszły jedynie w fazę usiłowania, jak i te, które znalazły się już w fazie dokonania (...) Skłania do tego wyraźne odniesienie przez ustawodawcę zasad wymiaru kary za podżeganie i pomocnictwo do zachowania bezpośredniego wykonawcy czynu zabronionego, a nie do zachowania samego podżegacza i pomocnika. (...) zastosowanie wyłącznie art. 14 k.k. jako podstawy do wymiaru kary w przypadku usiłowania podżegania i pomocnictwa, stanowiłoby nieuzasadniony wyłom od tej zasady. Artykuł 14 k.k., odwołujący się przy wymiarze kary za usiłowanie do zagrożenia formułowanego przez ustawę dla danego przestępstwa w przypadku odrębnych typów czynów zabronionych jakimi są podżeganie i pomocnictwo, odsyłałby do ogólnej podstawy wymiaru kary za niesprawcze formy przestępnego współdziałania, jaką jest art. 19 k.k. Taka wykładnia powodowałaby zupełnie niezrozumiałe zróżnicowanie podstaw wymiaru kary za usiłowanie podżegania lub pomocnictwa i za dokonanie tych form niesprawczych. W przypadku usiłowania, wymiar kary byłby bowiem oparty na stopniu zaawansowania na drodze przestępnej samego podżegacza lub pomocnika, zaś w przypadku dokonania wymiar kary byłby zrelatywizowany do stopnia zaawansowania na drodze przestępnej sprawcy bezpośredniego. Opowiedzenie się za poglądem, że art. 22 § 2 k.k. stanowi podstawę wymiaru kary zarówno dla przypadków usiłowania podżegania lub pomocnictwa, których nie dotyczą art. 19 k.k. i art. 22 § 1 k.k. znajduje więc jednoznaczne oparcie w dyrektywach wykładni

językowej oraz jest mocno wspierany wynikami wykładni funkcjonalnej, gdyż pozwala uniknąć niespójności co do zasad wymiaru kary za udolne usiłowanie podżegania i pomocnictwa, wynikających z tego, że brak w art. 14 § 1 k.k. podstawy do nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzania” (M. Bielski, *Zasady wymiaru kary za podżeganie i pomocnictwo*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006, z. 2, s. 39-40).

Do analogicznych wniosków dochodzi M. G. Węglowski. Opierając się na dyrektywie interpretacyjnej *lege non distinguente* wywodzi on, iż „art. 22 § 2 k.k. nie rozróżnia przyczyn braku usiłowania popełnienia czynu zabronionego przez podżeganego. Nie wynika przecież z tego przepisu, czy brak aktywności potencjalnego sprawcy (nakłanianego) ma być efektem odstąpienia przez niego od powziętego zamiaru, czy też dlatego, że zamiar ten w ogóle nie powstał” (M.G. Węglowski, *Glosa...*, s. 179-180).

Omawiana koncepcja znalazła również akceptację P. Kardasa, który we wcześniejszych opracowaniach (zob. P. Kardas, *Teoretyczne...*, s. 955) odrzucał dopuszczalność stosowania art. 22 § 2 k.k. do wypadków usiłowanego podżegania (zob. P. Kardas [w:] *Kodeks karny...*, s. 423 i n.).

Stosowanie art. 22 § 2 k.k. do usiłowanego podżegania zostało zaaprobowane również przez Sąd Najwyższy, który stwierdził *explicite*, iż: „[W] przypadku usiłowania podżegania podstawą wymiaru kary za tę postać przestępnego współdziałania powinny być więc zarówno art. 14 k.k., jak i art. 22 § 2 k.k.” (postanowienie SN z 29 kwietnia 2009 r., sygn. akt I KZP 6/09).

Reasumując, nawet w przypadku uznania, że stopień społecznej szkodliwości zachowania sprawcy pozwala na przypisanie mu odpowiedzialności, sąd orzekający, obok ogólnych dyrektyw wymiaru kary zamieszczonych w art. 53 k.k., powinien stosować art. 22 § 2 k.k., który pozwala na nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpienie od jej wymierzania.

7. Podsumowując powyższe uwagi należy podkreślić następujące okoliczności.

Konstrukcja usiłowania podżegania do pomocnictwa, z dogmatycznego punktu widzenia, nie narusza obowiązujących przepisów. W polskim systemie prawa instytucja podżegania ma nieakcesoryjny charakter (zachowanie sprawcy głównego

nie wpływa na możliwość przypisania podżegania). Do podżegania, jak i 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 umożliwia zastosowanie figury podżegania do pomocnictwa, ponieważ w art. 18 § 2 k.k. jest mowa o nakłanianiu do dokonania czynu zabronionego.

Na rzecz konstytucyjnej dopuszczalności penalizacji usiłowania podżegania do pomocnictwa przemawiają również argumenty natury kryminalnopolitycznej.

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 zarówno czynu zabronionego o formalnym, jak i materialnym charakterze. W realiach przedmiotowej sprawy chodziło o bezskutkowe przestępstwo z art. 229 § 1 k.k. (udzielenie obietnicy korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną). W świetle powyższego należy zauważyć, że 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 dobra prawnego na niebezpieczeństwo albo jego naruszenie. Nie można oczywiście tracić z pola widzenia faktu, że 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 jest w tej sytuacji materialnoprawny oportunizm i każdorazowa ocena stopnia społecznej szkodliwości (o czym dalej).

Po trzecie, z punktu widzenia obiektywnego zagrożenia dla dóbr chronionych wypadki usiłowanego oraz dokonanego podżegania nie zawsze będą się różnić w sposób ważący dla oceny dopuszczalności usiłowania podżegania. Jak wskazano możliwe jest zakończenie czynności nakłaniania 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 (dokonane podżeganie). Innymi słowy możliwość ulokowania opisanych sytuacji na różnych etapach *iter delicti* nie różnicuje poziomu niebezpieczeństwa dla dóbr chronionych. W tym miejscu wypada jeszcze podkreślić, że – z punktu widzenia oceny konstytucyjności – użyty przez skarżącego zwrot „bezskuteczne usiłowanie” ma charakter deskryptywny. Gdyby bowiem 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 sytuację, w której zakończył on nakłanianie można oceniać bardziej krytycznie, niż pozostanie podżegania na etapie usiłowania, np. z powodu przerwania procesu nakłaniania, albowiem w tym drugim wypadku szansa na wywołanie określonego zamiaru u osoby nakłanianej może być mniejsza.

Po czwarte, jak zauważają przedstawiciele doktryny prawa uznane, że podżeganie stanowi typ konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo (przy czym z punktu widzenia oceny konstytucyjności nie jest niezbędne jednoznaczne opowiedzenie się za takim stanowiskiem; wymagałoby to bowiem poczynienia szeregu założeń teoretycznoprawnych oraz przyjęcia określonej aksjologii) przemawia za dopuszczalnością penalizacji jego usiłowania.

Po piąte, za dopuszczalnością kwestionowanych rozwiązań (przy założeniu właściwego stopnia społecznej szkodliwości) przemawia postać zamiaru sprawcy, albowiem podżegać można tylko z zamiarem bezpośrednim. Tym samym podżegacz świadomie i celowo zmierza do stworzenia sytuacji niebezpiecznej. Jak wspomniano nie można jednak uznać, że odpowiedzialność podżegacza wykazuje cechy odpowiedzialności za sam zamiar przestępny. To czynniki zewnętrzne, leżące po stronie osoby nakłanianej sprawiają, że zamiar podżegacza, uzewnętrzniony

i przejawiający się w określonym zachowaniu (nakłanianie) nie znajduje realizacji w świecie zewnętrznym.

Po szóste, w każdym wypadku 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 prawnych – uznanie *in abstracto* niedopuszczalności kwestionowanej figury prawa karnego. Zarówno w przypadku usiłowania, jak i podżegania możliwy jest bogaty katalog okoliczności faktycznych, konfiguracji podmiotowych, modyfikujących konkretne zagrożenie dla dobra prawnego i wpływających na potrzebę i stopień reakcji z użyciem prawa karnego. Innymi słowy „(...) rozstrzygnięcie kolizji dóbr jest możliwe wyłącznie w odniesieniu do określonej sytuacji faktycznej. Przy ocenie konstytucyjności normy prawnej nie chodzi o jednostkową sytuację faktyczną, ale o pewną klasę sytuacji faktycznych, w których dana norma prawna znajduje zastosowanie” (K. Wojtyczek, *Zasada...*, s. 42).

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

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

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

MARSZAŁEK SEJMU

Ewa Kopacz