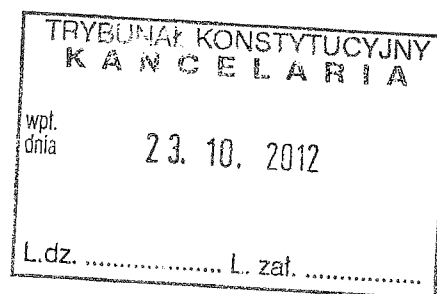




PG VIII TK 71/12

(SK 35/12)



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

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

– na podstawie art. 33 w zw. z art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) –

przedstawiam następujące stanowisko:

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

### UZASADNIENIE

Skarga konstytucyjna J R (dalej: Skarżący) – jak wynika z jej uzasadnienia i dołączonych do niej orzeczeń – złożona została w związku z następującym stanem faktycznym.

Wyrokiem z dnia kwietnia 2009 r., sygn. akt , Sąd Rejonowy w L Wydział Karny uznał Skarżącego za winnego tego, że „w dniu czerwca 2003 r. w L , chcąc, aby J.U. udzielił mu pomocy do popełnienia czynu zabronionego polegającego na obietnieniu 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 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 [Skarżącemu – przyp. wł.] pomocy”. Uznając, że działanie Skarżącego wyczerpało znamiona występkę z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k., sąd skazał Skarżącego (przyjmując za podstawę wymiaru kary art. 229 § 1 k.k. w zw. z art. 14 § 1 k.k. i art. 19 § 1 k.k.) na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres lat oraz wymierzył Skarżącemu grzywnę w wysokości stawek dziennych.

Prawomocnym wyrokiem z dnia grudnia 2009 r., sygn. akt , Sąd Okręgowy w L Wydział Karny wniesioną przez Skarżącego apelację uznał za oczywiście bezzasadną i zaskarżony wyrok sądu pierwszej instancji utrzymał w mocy.

Wyrok ten, ze względu na orzeczenie nim kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, nie podlegał zaskarżeniu w trybie kasacji na korzyść (art. 523 § 2 k.p.k.). W związku z tym Skarżący, uznając, że w jego sprawie doszło do ostatecznego, w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji, rozstrzygnięcia o jego wolnościach lub prawach konstytucyjnych, wniósł skargę konstytucyjną na te przepisy części ogólnej ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm., dalej: k.k. lub Kodeks karny), na podstawie których sądy zakwalifikowały jego działanie jako przestępstwo, polegające na usiłowaniu podżegania do pomocnictwa w popełnieniu przestępstwa przekupstwa, stypizowanego w części szczególnej k.k. (art. 229 § 1 k.k., którego Skarżący nie poddaje kontroli).

Trybunał Konstytucyjny, postanowieniem z dnia 17 stycznia 2012 r., sygn. akt Ts 103/10 (po wcześniejszym wezwaniu Skarżącego do określenia, w jaki sposób zaskarżone przepisy naruszają konstytucyjne prawo, wynikające

z art. 42 ust. 1 Konstytucji, i po uzyskaniu odeń stosownej odpowiedzi, uzupełniającej skargę), odmówił nadania dalszego biegu skardze konstytucyjnej w zakresie art. 18 § 3 k.k.

W uzasadnieniu tego postanowienia Trybunał stwierdził: „Skarżący nie wskazał, jakie dokładnie sformułowania użyte w zaskarżonych przepisach są niejasne lub nieprecyzyjne, skupiając się de facto na krytyce konsekwencji przyjmowanej (w oparciu o ich brzmienie) konstrukcji dogmatycznej, która nakazuje traktować podżeganie (pomocnictwo) jako odrębny typ czynu zabronionego. W konsekwencji zarówno bezpośrednio zmierzanie do dokonania czynu zabronionego w postaci podżegania/pomocnictwa (o którym to bezpośrednim zmierzaniu mowa w art. 13 § 1 k.k.), jak i nakłanianie/udzielanie pomocy w popełnieniu czynu zabronionego będącego podżeganiem/pomocnictwem (nakłanianie i udzielanie pomocy spenalizowane jest w art. 18 § 2 i 3 k.k.) realizują znamiona typu czynu zabronionego (mogą stanowić przestępstwo). Niezależnie od tego, czy naruszenie wskazanych w skardze konstytucyjnych praw i wolności upatrywać będziemy w niejasności i nieprecyzyjności kwestionowanych przepisów (art. 42 ust. 1 Konstytucji), czy w zbyt szeroko posuniętej penalizacji (art. 31 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji), nie zostały – w ocenie Trybunału Konstytucyjnego – spełnione przesłanki skargi konstytucyjnej, w zakresie, w jakim jej przedmiot stanowi art. 18 § 3 k.k. Brzmienie tego przepisu w tej konkretnej sprawie nie mogło bowiem doprowadzić do naruszenia wskazanych w skardze praw i wolności. Nie ma bowiem znaczenia dla przyjęcia, że zachowanie skarżącego stanowiło realizację znamion czynu zabronionego w zakresie wyznaczonym przez art. 18 § 3 k.k., czy uznamy podżeganie i pomocnictwo za odrębne typy czynów zabronionych czy też nie. Bez względu bowiem na to, jak będziemy rozumieli termin „czyn zabroniony”, użyty w kwestionowanej regulacji, czy tylko jako opis zachowania zawarty w przepisach części szczególnej (lub ustaw szczegółowych), czy także jako obejmujący typy czynów zabronionych

stanowiących podżeganie i pomocnictwo do popełnienia przestępstwa, zachowanie, jakiego dopuścił się skarżący, realizować będzie w każdym przypadku znamiona typu czynu zabronionego w zakresie wyznaczonym przez art. 18 § 3 k.k. Ułatwienie popełnienia czynu zabronionego odnosiło się w tym konkretnym przypadku bowiem do zachowania opisanego w przepisie części szczególnej kodeksu karnego. Ewentualna nieprecyzyjność zakwestionowanej regulacji jest zatem o tyle irrelevantna w niniejszej sprawie, że nawet gdyby przyjąć wąskie rozumienie terminu „czyn zabroniony” – czyli takie, które nie obejmuje swym zakresem tzw. postaci zjawiskowych popełnienia przestępstwa (tj. podżegania i pomocnictwa) – orzekające w sprawie organy nadal będą mogły stwierdzić, że doszło do realizacji części znamion (interpretowanych z art. 18 § 3 k.k.) przypisanego skarżącemu czynu zabronionego” (str. 5-6).

Na postanowienie to Skarżący złożył zażalenie, którego Trybunał, postanowieniem z dnia 25 maja 2012 r., nie uwzględnił.

Taki wynik wstępnej kontroli oznacza, że wniesiona skarga konstytucyjna uzyskała stosowny bieg w części dotyczącej badania zgodności art. 13 § 1 k.k. i art. 18 § 2 k.k. z powołanymi przez Skarżącego wzorcami konstytucyjnymi.

Rzecznik Praw Obywatelskich, pismem z dnia 8 sierpnia 2012 r., zawiadomił, że nie zgłasza udziału w postępowaniu zainicjowanym przez Skarżącego.

Kwestionowane przez Skarżącego przepisy Kodeksu karnego, zakwalifikowane przez Trybunał Konstytucyjny do dalszej kontroli, mają następujące brzmienie:

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

„Art. 18. § 2. Odpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego.”.

Treść skargi wskazuje, że Skarżący wiąże z wydaniem wskazanych rozstrzygnięć sądowych naruszenie zasady *nullum crimen sine lege stricta*, interpretowanej z art. 42 ust. 1 Konstytucji, a którą Skarżący analizuje w kontekście art. 2 Konstytucji. Naruszenie to stanowi – zdaniem Skarżącego – konsekwencję zbyt daleko posuniętej penalizacji zachowania człowieka na styku formy stadialnej i dwóch form zjawiskowych popełnienia przestępstwa, bardzo odległego od dokonania czynu zabronionego oraz nieposiadającego obiektywnej i rzeczywistej szkodliwości społecznej, które to zachowanie nie powinno rodzić skutku w postaci odpowiedzialności karnej. Zaskarżone przepisy – twierdzi Skarżący – stanowią unormowanie niedostatecznie określone, niejasne i trudne do jednoznacznej interpretacji. Jego zdaniem, „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” (str. 12 uzasadnienia skargi). Skarżący odwołuje się także do obowiązku stanowienia norm niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, który – w przypadku zaskarżonych przepisów – nie został spełniony. Z wydaniem wskazanych w skardze orzeczeń Skarżący wiąże także naruszenie art. 31 ust. 1 i 3 Konstytucji. W jego ocenie, zaskarżone przepisy stanowią ingerencję w sferę jego wolności, w tym wolności od bezpodstawnej represji, oraz nadmierną ingerencję w sferę wolności i praw związanych ze statusem osoby niekaranej. Skarżący podnosi, że ograniczenie sfery jego wolności, w tym wolności od odpowiedzialności karnej, nie pozostaje w jakimkolwiek związku z ochroną konstytucyjnych wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Odwołuje się on także do wyinterpretowanej z art. 31 ust. 3 Konstytucji zasady

proporcjonalności, która – w jego przekonaniu – w tym przypadku została naruszona.

W związku z tym, że Trybunał Konstytucyjny odmówił nadania dalszego biegu skardze w zakresie odnoszącym się do kontroli konstytucyjności art. 18 § 3 k.k. (pomocnictwo), odpowiedniej modyfikacji wymaga *petitum* tej skargi. Usunięcie art. 18 § 3 k.k. z oznaczonego przez Skarżącego przedmiotu kontroli powoduje bowiem, że w istocie kontrola ta ogranicza się do zbadania konstytucyjności art. 13 § 1 k.k. i art. 18 § 2 k.k. w zakresie, w jakim przepisy te, kumulatywnie zastosowane przez orzekające sądy, stały się jedną z podstaw uznania działania Skarżącego za karalne, w sytuacji, gdy podżeganie przezeń innej osoby do dalszych czynności, których końcowym efektem miało być popełnienie przestępstwa przekupstwa przez sprawcę wykonawczego, okazało się bezskuteczne w zakresie tego efektu. Inaczej problem ten ujmując – Skarżący nie domaga się wprost derogacji obu tych przepisów (choć zarzut ogólnikowości i niedookreśloności całego ich brzmienia może wskazywać na taki właśnie cel ich zaskarżenia), jego argumenty skupiają się natomiast przede wszystkim na tezie (postulacie) zakładającej, iż nieskuteczne podżeganie, zakwalifikowane w jego sprawie karnej jako usiłowanie podżegania, powinno w ogóle pozostawać poza sferą karalności.

Określony w ten sposób problem konstytucyjny zdaje się, na pierwszy rzut oka, dotyczyć niepodlegającej kognicji Trybunału Konstytucyjnego kwestii stosowania prawa, albowiem zaskarżone przepisy nie wprowadzają - wbrew temu, co sugeruje Skarżący - karalności usiłowania podżegania w każdym wypadku, lecz stwarzają jedynie taką możliwość, gdy ustalenia faktyczne w konkretnej sprawie dają się jednoznacznie przyporządkować (zakwalifikować) do treści zastosowanych przepisów. Subsumpcja zachowania Skarżącego pod kwestionowane przezeń normy nie miała jednak charakteru czysto formalnego i automatycznego, wymuszonego treścią tych norm, lecz

poprzedzona została bardzo dokładną, wręcz drobiazgową, analizą stanu faktycznego, czemu dały wyraz, w uzasadnieniach dołączonych do skargi wyroków, orzekające w sprawie Skarżącego sądy.

Pomimo tego zastrzeżenia, mając na uwadze, że w sprawie karnej Skarżącego doszło do zakwalifikowania jego zachowania jako karalnego usiłowania podżegania pośredniego do popełnienia przestępstwa oraz że źródła takiego rozstrzygnięcia, które naruszać ma – w opinii Skarżącego - m. in. jego wolność od bezzasadnej represji, upatruje on w brzmieniu zaskarżonych przepisów i jednolicie ukształtowanej praktyce ich stosowania, a z drugiej strony uwzględniając to, że jego skarga, w omawianej części, przeszła pomyślnie wstępną kontrolę jej dopuszczalności, za celowe należy uznać zajęcie merytorycznego stanowiska w niniejszej sprawie.

Istotne znaczenie w omawianej sprawie ma określenie właściwej relacji pomiędzy poszczególnymi wzorcami kontroli, powołanymi w skardze konstytucyjnej. Skarżący bowiem, na co wskazuje redakcja skargi, kwestionuje niedookreśloność zaskarżonych przepisów w zasadzie jedynie przez pryzmat art. 2 Konstytucji, zarzucając, że przepisy te wykazują „wadliwość normatywną z punktu widzenia reguł poprawnej legislacji, [co] oznacza naruszenie zasady państwa prawa i sprawiedliwości społecznej, wyrażonej w art. 2 Konstytucji” (str. 12). Omawiając z kolei (w końcowych fragmentach uzasadnienia skargi) wzorzec zawarty w art. 42 ust. 1 Konstytucji, Skarżący nie odnosi się do związku tego wzorca z art. 2 Konstytucji i pomija relację pomiędzy tymi obiema normami, zarzucając ogólnie, że zaskarżone przepisy „pozostają w rażącej sprzeczności z wymogami art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, naruszając konstytucyjne prawa i gwarancje [...] osoby pociągniętej do odpowiedzialności karnej” (str. 15).

Przypomnieć więc należy, że, według utrwalonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, art. 2 Konstytucji, powołany samodzielnie, nie



może stanowić wzorca kontroli w postępowaniu skargowym. Z wyrażonych w nim zasad demokratycznego państwa prawnego i zasady sprawiedliwości społecznej nie wynikają bowiem wprost żadne konkretne wolności lub prawa obywatelskie. Możliwe jest jednak powołanie tego przepisu jako wzorca kontroli w sytuacji, gdy obok niego skarżący wskazuje inną normę konstytucyjną, statuującą wolność lub prawo. Wówczas powołanie art. 2 Konstytucji ma na celu podkreślenie powagi naruszenia ściśle oznaczonej wolności lub prawa, wynikających z innej normy konstytucyjnej (np. wyrok z dnia 16 grudnia 2003 r., sygn. akt SK 34/03, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 102, str. 1182).

Trybunał Konstytucyjny podkreślał też, iż zasada określoności czynów zabronionych, wynikająca z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji, stanowi szczególną formułę ogólnej zasady określoności przepisów prawnych [stanowiącej jeden z elementów zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i prawa, wynikającej z art. 2 Konstytucji – przyp. wł.] odniesioną do wymogów prawa karnego (wyrok z dnia 22 czerwca 2010 r., sygn. akt SK 25/08, OTK ZU nr 5/A/2010, poz. 51, str. 741).

W tej sytuacji zasadne wydaje się przyjęcie, że zarzut domniemanej niedookreśloności obu poddanych kontroli przepisów kwalifikuje się do zbadania przez pryzmat art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze w związku z art. 2 Konstytucji. Taka też konfiguracja obu tych wzorców jest stosowana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (np. wyrok z dnia 28 czerwca 2005 r., sygn. akt SK 56/04, OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 67).

Zgodnie z art. 42 ust. 1 Konstytucji, „[o]dpowiedzialności 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.”.

Norma ta odzwierciedla zasadę *nullum crimen sine lege*, z której wynikają trzy postulaty: typizacji czynów zabronionych tylko przez ustawę (*nullum crimen sine lege scripta*), maksymalnej określoności tworzonych typów czynów zabronionych (*nullum crimen sine lege certa*), zakazu stosowania analogii i wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy (*nullum crimen sine lege stricta*) [zob. A. Zoll, komentarz do art. 1 k.k. [w:] A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Ćwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Zakamycze 2004, tom I, teza 45, str. 44].

Zdanie pierwsze omawianej normy konstytucyjnej powtórzone zostało, z niewielką różnicą redakcyjną, w art. 1 § 1 k.k., który stanowi, że odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Użyte w tym przepisie „[z]namie” „popełnia” jest pojęciem zbiorczym, obejmującym zarówno formy stadialne (przygotowanie, usiłowanie, dokonanie), jak i formy zjawiskowe (sprawstwo, podżeganie i pomocnictwo) popełnienia czynu zabronionego” (A. Wąsek, M. Kulik, komentarz do art. 1 k.k. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, praca zbiorowa pod red. M. Filara, wyd. 2, LexisNexis, Warszawa 2010, str. 18).

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że art. 42 ust. 1 Konstytucji wyraża fundamentalne zasady prawa karnego (represyjnego). Zasady te Trybunał syntetycznie ujął w wyroku z dnia 1 grudnia 2010 r., sygn. akt K 41/07, stwierdzając: „Po pierwsze, w myśl tego przepisu, czyn zabroniony i rodzaj oraz wysokość kar i zasady ich wymierzania muszą zostać określone bezpośrednio w ustawie, przy czym Konstytucja nie wyklucza doprecyzowania niektórych elementów przez akty podustawowe (zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego). (...) Po drugie, podstawowe znamiona czynu zabronionego muszą zostać określone w ustawie w sposób odpowiadający pewnym minimalnym wymogom precyzji, tak aby adresat normy prawnej mógł

zorientować się na podstawie samej tylko ustawy co do zasadniczej treści ustanowionego zakazu (zasada określoności regulacji z zakresu prawa represyjnego). Po trzecie, Konstytucja ustanawia zakaz karania za czyn, który nie był zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w chwili jego popełnienia (zasada *lex poenalis retro non agit*)” [OTK ZU nr 10/A/2010, poz. 127, str. 1783 i powołany tam wyrok TK z 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02, OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 62].

W dalszych fragmentach cytowanego wyroku Trybunał Konstytucyjny przytoczył, formułowane we wcześniejszym orzecznictwie konstytucyjnym, podstawowe wymogi, pozwalające na uznanie, że zasada określoności regulacji z zakresu prawa karnego jest zachowana i zagwarantowana. Z podsumowania tego orzecznictwa wynika, że Trybunał:

„Po pierwsze, potwierdził i uszanował za doktryną kardynalne znaczenie tej zasady na gruncie prawa karnego, gdzie tradycyjnie przyjmuje się, że zakaz albo nakaz obwarowany sankcją karną powinien być sformułowany w sposób precyzyjny i ścisły [...].

Po drugie, wywiódł, że wymaganie określoności dotyczyć musi zarówno materialnych elementów czynu, jak i elementów kary, tak by czyniło to zadość wymaganiu przewidywalności. (...) Materialne elementy czynu, uznanego za przestępny, muszą więc być zdefiniowane w ustawie (zgodnie z konstytucyjną zasadą wyłączności ustawy) w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny [...]. Zatem oczywistym jest, że w demokratycznym państwie prawnym przepisy karne winny precyzyjnie określać zarówno osobę, do której skierowany jest zakaz, znamiona czynu zabronionego, jak i rodzaj sankcji grożącej za popełnienie takiego czynu” [...].

Po trzecie, przyznał, że nie wszystkie przepisy karne mają charakter zupełny, tj. normują wprost wszystkie konieczne elementy tworzące normę sankcjonowaną i sankcjonującą. Nie ulega wątpliwości, że nieprecyzyjne czy ogólnikowe przepisy odsyłające, blankietowe „nie spełniają warunku

określoności czynu zabronionego”, ponieważ „typ czynu nawet po odwołaniu się do wskazanych przepisów nie jest jednoznacznie określony”. Stąd też doktryna prawa karnego uznaje, że „należy je maksymalnie ograniczyć jako kolidujące z zasadą nullum crimen sine lege certa” [...].

Po czwarte, zauważył, że nie należy tracić z pola widzenia, iż wymóg określoności nie oznacza, „że ustawodawca nie może określać pewnych zachowań stanowiących czyn zabroniony w sposób na tyle ogólny, aby w ich zakresie mieściły się różne działania, które są zabronione np. ze względu na cel, jaki ma być osiągnięty przez ich realizację. Wniosek przeciwny należałoby uznać za absurdalny, bowiem w krańcowym ujęciu prowadziłyby do konieczności zaprzeczenia abstrakcyjnego i ogólnego charakteru normy prawnej” [...].

Po piąte, przesądził, że to właśnie zasada określoności przepisów prawnokarnych wyrażona w art. 42 ust. 1 Konstytucji pozwala na przeprowadzenie swoistego testu konstytucyjności niezupełnych przepisów karnych (odsyłających, blankietowych). Nakazuje mianowicie precyzyjne i jednoznaczne określenie wszystkich elementów normy prawnokarnej, aby zarówno dla jej adresata, jak i organów stosujących prawo nie budziło wątpliwości, kto może ponieść odpowiedzialność karną – jest adresatem nakazu lub zakazu, jakie zachowanie się jest zabronione – co stanowi czyn zabroniony pod groźbą kary i wreszcie, jaka jest przewidziana sankcja. Przepisy karne mogą mieć zatem także charakter odsyłający, o ile na ich podstawie i przepisów, do których odsyłają, da się bez wątpliwości precyzyjnie dekodować zupełną normę prawnokarną [...].

Po szóste, stwierdził, że wykluczyć należy niedoprecyzowanie jakiegokolwiek elementu tej normy, które pozwalałoby na dowolność w jej stosowaniu przez właściwe organy władzy publicznej czy na «zawłaszczanie» przez te organy pewnych sfer życia i penalizowanie zachowań, które nie zostały *expressis verbis* określone jako zabronione (...). Stwarzać to może bowiem nie

tylko wskazany już stan niepewności po stronie jednostki co do zakresu zachowań dozwolonych i niedozwolonych, lecz również w sposób sprzeczny z konstytucyjną zasadą państwa prawa może prowadzić do dowolności orzekania (...) «Ustawodawca nie może bowiem wymagać od obywatela uświadomienia sobie zakresu zakazu karnego i przestrzegania go, jeżeli sam nie jest w stanie określić wyraźnie jego granic» [...].

Po siódme, wyraźnie zaakcentował, że z perspektywy adresata normy prawnokarnej nie może budzić wątpliwości, w jakich okolicznościach narażony jest na odpowiedzialność karną. (...) samo ryzyko karalności powinno być rozpoznawalne dla adresatów normy [...].

[W konkluzji – przyp. wł.] Trybunał Konstytucyjny uznaje za konieczne podkreślić, że zasada określoności przepisów prawnokarnych wyrażona w art. 42 ust. 1 Konstytucji wymaga dookreślenia wszystkich koniecznych elementów pozwalających jednoznacznie określić podmiot odpowiedzialności karnej, czyn zabroniony i sankcję. A zatem wskazanie ogólnikowe, niezupełne, nieprecyzyjne czy też niejednoznaczne, uniemożliwiające tym samym ustalenie adresata albo treści zakazu lub nakazu karnego, a więc zachowania się (działania lub zaniechania) wypełniającego znamiona czynu zabronionego – jest sprzeczne z zasadą określoności przepisów prawnokarnych” (wyrok z dnia 1 grudnia 2010 r., sygn. akt K 41/07, *op. cit.*, str. 1783-1784 i powołane tam liczne przykłady orzecznictwa i piśmiennictwa).

Podżeganie do popełnienia czynu zabronionego, określone w art. 18 § 2 k.k, jest niesprawczą (zjawiskową) postacią współdziałania. Umieszczenie tej regulacji w strukturze Rozdziału II Kodeksu karnego (pt. „Formy popełnienia przestępstwa”), w tym samym przepisie, co regulacja dotycząca sprawstwa, rzutuje jednak na sposób wykładni przepisu odnoszącego się do podżegania.

Na początek - ogólnie tylko, ale w związku z krytycznymi uwagami Skarżącego, odnoszącymi się do samej konstrukcji podżegania w jej kształcie

przewidzianym w aktualnie obowiązującym Kodeksie karnym - wypada zauważyć, że konstrukcja ta, jako zjawiskowa forma popełnienia czynu, funkcjonowała w systemie prawa karnego już w poprzednio obowiązujących Kodeksach karnych.

Art. 26 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571) stanowił bowiem, że „[p]odżegania dopuszcza się, kto inną osobę nakłania do popełnienia przestępstwa.”. Kolejne artykuły tego kodeksu przewidywały odpowiedzialność podżegacza w granicach jego zamiaru, niezależnie od odpowiedzialności osoby, która zamierzonego czynu dokonała lub miała dokonać (art. 28), a także (art. 29 § 1 i 2) wprowadzały odpowiedzialność podżegacza jak za usiłowanie, jeżeli przestępstwa nie dokonano, z możliwością nadzwyczajnego złagodzenia kary lub uwolnienia od niej, jeżeli przestępstwa nie usiłowano dokonać.

Z kolei, art. 18 § 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94) przewidywał, że „[o]dpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego.”. W kolejnych artykułach potwierdzono (podobnie jak w art. 28 kodeksu z 1932 r.) odpowiedzialność podżegacza w granicach jego zamiaru (art. 19 § 1), przewidziano także wymierzanie kary za podżeganie w granicach zagrożenia za dane przestępstwo (do którego popełnienia podżegacz nakłaniał), z możliwością jej nadzwyczajnego złagodzenia lub odstąpienia od niej, jeżeli czynu zabronionego nie usiłowano dokonać (art. 20).

W obu tych kodeksach zawarto też regulacje dotyczące traktowania podżegacza, który dobrowolnie zapobiegł skutkom swego działania (odpowiednio – uwolnienie go od odpowiedzialności lub od kary) lub który starał się zapobiec skutkom swego działania (możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary).

Aktualne brzmienie art. 18 § 2 Kodeksu karnego z 1997 r. jest identyczne z brzmieniem art. 18 § 1 Kodeksu karnego z 1969 r. i podobne, co do

zasady, z treścią art. 26 Kodeksu karnego z 1932 r. Ustawodawca powtórzył też regulacje dotyczące sposobu kwalifikowania czynu podżegacza, jeżeli czynu zabronionego tylko usiłowano dokonać (art. 22 § 1 k.k., wprowadzający w takim wypadku odpowiedzialność jak za usiłowanie) oraz jeżeli czynu zabronionego nie usiłowano dokonać (art. 22 § 2 k.k., dający możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia).

Przedstawione wyżej, w ujęciu chronologicznym, unormowania odnoszące się do podżegania nie nasuwają wątpliwości co do tego, iż intencją kolejnych ustawodawców było wprowadzenie i utrzymywanie (przez 80 lat) odpowiedzialności za tę formę popełnienia czynu zabronionego – także wówczas, gdy sprawca wykonawczy czynu nie popełnił lub nie usiłował popełnić, choć w tym drugim wypadku, po myśli art. 22 § 2 k.k., sąd może odstąpić od wymierzenia kary (co nie jest tożsame z dekryminalizacją zachowania). Na tle sprawy Skarżącego konkluzja ta wymagać będzie pogłębienia (nastąpi to w dalszej części niniejszego stanowiska), jako że jego przypadek dotyka tzw. podżegania łańcuszkowego.

Podżeganie polega na nakłanianiu innej osoby do popełnienia czynu zabronionego. Konstrukcja podżegania była przedmiotem licznych wypowiedzi doktryny, niekiedy skrajnie rozbieżnych, które, ogólnie rzecz ujmując, dotyczyły dwóch kwestii: 1) rozstrzygnięcia, czy podżeganie stanowi w polskim Kodeksie karnym czyn zabroniony, posiadający znamiona różniące się od znamion charakteryzujących sprawcze postaci popełnienia przestępstwa; 2) konstrukcji znamion podżegania, tj. rozstrzygnięcia, czy podżeganie ma na gruncie k.k. z 1997 r. charakter skutkowy czy też formalny, oraz rozstrzygnięcia, czy w razie przyjęcia, że podżeganie ma charakter skutkowy, skutkiem podżegania jest określone zjawisko psychiczne w postaci zamiaru lub decyzji wywołanej w wyniku nakłaniania u bezpośredniego wykonawcy czy też

skutkiem jest dokonanie lub co najmniej usiłowanie popełnienia czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę.

W niniejszym stanowisku, w obrębie obu powyższych kwestii, należy aprobować odnieść się do – zdecydowanie przeważających w doktrynie i znajdujących potwierdzenie w orzecznictwie – poglądów P. Kardasa, które Autor ten wyraził w komentarzu do art. 18 § 2 k.k. (lex.online.wolterskluwer.pl), zawierającym nawiązania do publikacji tegoż Autora pt. *„Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie”*, Kraków 2001.

W odniesieniu do pierwszej z wymienionych kwestii, P. Kardas stwierdza (w tezie 119 komentarza), że „[p]odżeganie stanowi w polskim Kodeksie karnym czyn zabroniony, ma więc samodzielnie określone znamiona, których wypełnienie przez nakłaniającego stanowi podstawę odpowiedzialności karnej [...]”. Pogląd ten koresponduje z powołanymi przez Autora tezami orzeczniczymi (dotyczącymi interpretacji pojęcia „czynu zabronionego”, użytego w art. 18 § 2 k.k.), w świetle których „[d]efinicja czynu zabronionego zamieszczona w art. 115 § 1 k.k. w żadnym swym fragmencie nie wskazuje na wąską interpretację tego pojęcia. W szczególności sformułowanie, że chodzi o zachowanie »o znamionach określonych w ustawie karnej« obejmuje swoim zakresem również część ogólną Kodeksu karnego, w której właśnie określa się znamiona podżegania i pomocnictwa. Jest zresztą w Kodeksie karnym szereg takich przepisów, w których używa się pojęcia »czyn zabroniony«, przy czym nie budzi wątpliwości, że dotyczą one także takich czynów zabronionych, jak podżeganie i pomocnictwo [...]” [tu Autor powołuje się na uchwałę SN z dnia 21 października 2003 r., I KZP 11/03, o której będzie mowa w dalszej części niniejszego stanowiska]; “[p]odżegacz popełnia «własne» przestępstwo i jako postać zjawiskowa przestępstwa jest ono zrealizowane, w odróżnieniu od



postaci sprawczych, w momencie realizacji znamion tej postaci zjawiskowej [...]".

Dla potwierdzenia słuszności przedstawionych wyżej poglądów, Autor wskazuje na określone w art. 42 ust. 1 Konstytucji oraz art. 1 § 1 k.k. zasady odpowiedzialności karnej: „Zgodnie z treścią obu powołanych przepisów odpowiedzialność karna możliwa jest jedynie wówczas, gdy konkretna osoba popełni czyn zabroniony pod groźbą karny. Oznacza to, że odpowiedzialność karna w każdym przypadku zasadza się na "czynie zabronionym", który zgodnie z treścią art. 115 § 1 k.k. rozumie się jako "zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej". Z uwagi na fakt, iż przepis art. 115 § 1 k.k. nie zawiera żadnego wskazania, iż pojęcie czynu zabronionego rozumieć należy wąsko, jako odnoszące się wyłącznie do przepisów części szczególnej, stwierdzić należy, że określone w kodeksie karnym przesłanki stanowiące podstawę odpowiedzialności traktować należy jako znamiona czynu zabronionego określające podstawy odpowiedzialności za podżeganie. [...]. W przeciwnym bowiem razie pociąganie do odpowiedzialności karnej na gruncie polskiej konstrukcji podżegania i pomocnictwa za nakłonienie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego prowadziłyby do wymierzania kary za zachowanie, które nie stanowi czynu zabronionego [...]. Taka formuła odpowiedzialności naruszałaby konstytucyjne zasady odpowiedzialności karnej, pozostawałaby także w sprzeczności z regulacją zawartą w art. 1 § 1 k.k., w tym w szczególności z zasadą *nullum crimen sine lege* [...]” (*op. cit.*, końcowy fragment tezy 119 i powołane tam orzecznictwo i piśmiennictwo).

W odniesieniu do drugiej z zasygnalizowanych wyżej kwestii, P. Kardas powołuje się na opracowania opublikowane już po wejściu w życie k.k. z 1997 r., prezentujące „[t]rzy modele wykładni podżegania, które z punktu widzenia zakresu odpowiedzialności za dokonane podżeganie określić można jako: szeroki (liberalny - najszerszej określający zakres odpowiedzialności za

dokonanie), umiarkowany oraz wąski (restryktywny). Pierwszy model wykładni podżegania opiera się na założeniu, że podżeganie to odrębny typ czynu zabronionego mający formalny charakter. Odpowiedzialność za podżeganie zakorzeniona jest wyłącznie w zachowaniu nakłaniającego i wyczerpuje się w realizacji znamienia czasownikowego "nakłania", przy czym znamię to rozumie się jako zwrot niebędący zwrotem równoważnym do czasownika "powodować"[...]. Tym samym z dokonanym podżeganiem mamy do czynienia już wówczas, gdy nakłaniający ukończył czynność nakłaniania niezależnie od tego, czy osoba nakłaniana powzięła w wyniku czynności podżegacza zamiar popełnienia czynu zabronionego czy też nie [...]. W świetle drugiego modelu interpretacyjnego podżeganie stanowi odrębny czyn zabroniony określający przestępstwo ujęte jako odmiana przestępstwa konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo. Z punktu widzenia podstaw odpowiedzialności za podżeganie konieczne jest zatem ukończenie czynności nakłaniania oraz wywołanie w ten sposób swoiście ujętego skutku w postaci zamiaru lub decyzji podjęcia określonego zachowania przez osobę nakłanianą. Zwrot "nakłanianie" rozumiany jest w tym modelu jako zwrot synonimiczny wobec czasownika "powodować" [...]. Wreszcie w ujęciu najbardziej restryktywnym podżeganie ma charakter skutkowy, przy czym skutek stanowi zachowanie bezpośredniego wykonawcy. Oznacza to, że z dokonanym podżeganiem mamy do czynienia dopiero wówczas, gdy podżegacz ukończył czynność nakłania oraz bezpośredni wykonawca, u którego wzbudzone zamiar popełnienia czynu zabronionego, dokonał czynu zabronionego stanowiącego przedmiot nakłaniania [...]" (*op. cit.*, teza 120 i powołane tam piśmiennictwo).

Cytowany Autor powołuje się na powszechnie prezentowany w piśmiennictwie pogląd, iż „[p]rzepis atr. 18 § 2 k.k. nie ma samodzielnego charakteru, wymaga bowiem w każdym przypadku uzupełnienia zawartego w nim opisu przez treść odpowiedniego przepisu części szczególnej lub przepisu pozakodeksowego, określającego zestaw znamion czynu zabronionego, do

popęnienia którego podżegacz nakłania inną osobę [...]. Przesądza to, że podżeganie zostało opisane w sposób złożony, co sprawia, iż dla odczytania znamion charakteryzujących tę postać (odmianę) czynu zabronionego konieczne jest w każdym przypadku wykorzystanie dwóch jednostek tekstu prawnego. Z uwagi na wykorzystaną przez ustawodawcę przy opisie przesłanek odpowiedzialności za podżeganie technikę legislacyjną (określaną czasami w piśmiennictwie karnistycznym jako technika wyciągnięcia przed nawias elementów odnoszących się do każdego typu czynu zabronionego [...]), konstrukcja ta odnosi się do typów czynu zabronionego przewidzianych w części szczególnej oraz typów określonych w przepisach pozakodeksowych. Przepisy części szczególnej oraz przepisy pozakodeksowe pełnią funkcję uzupełniającą treściowo ustawową charakterystykę podżegania wyrażoną w art. 18 § 2, określają bowiem przedmiot nakłaniania. Połączenie art. 18 § 2 z odpowiednim przepisem części szczególnej prowadzi do zastąpienia ogólnie ujętego w art. 18 § 2 k.k. zwrotu "czyn zabroniony" charakterystyką zaczerpniętą z przepisu części szczególnej. Podżeganie charakteryzuje konstrukcyjne powiązanie z tym, do czego podżegacz nakłania [...]. Z punktu widzenia elementów konstrukcyjnych, znamiona podżegania składają się z elementów stałych - wymienionych w art. 18 § 2 k.k., oraz elementów zmiennych - zaczerpniętych z przepisu części szczególnej [...]. Konstrukcyjnie (techniczno-legislacyjnie) znamiona podżegania nie różnią się od znamion współsprawstwa, sprawstwa kierowniczego oraz sprawstwa polecającego, bowiem we wszystkich tych przypadkach znamiona określone są w przepisie części ogólnej oraz przepisie części szczególnej" (*op. cit.*, teza 122 i 123 oraz powołane tam piśmiennictwo).

Z dalszych fragmentów cytowanego komentarza wynika, że P. Kardas, prezentując pogląd niejako pośredni (przyjmowany także w orzecznictwie sądowym) wśród występujących w doktrynie modeli wykładni podżegania, uważa, iż podżeganie dokonane jest z chwilą nakłonienia sprawcy

bezpośredniego do popełnienia czynu zabronionego o znamionach określonych w ustawie. W konsekwencji podżeganie stanowi, według tej koncepcji, typ formalny o tyle, że nie wymaga się dla przyjęcia jego dokonania popełnienia czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego. Równocześnie podżeganie, wedle zasługujących na akceptację poglądów tego Autora, jest skutkowe w tym sensie, iż dla jego zaistnienia koniecznym jest wywołanie przez podżegacza u nakłanianej osoby decyzji o popełnieniu czynu zabronionego. Usiłowanie będzie natomiast obejmowało te sytuacje, w których podżegacz, podjąwszy czynności zmierzające do wywołania u podżeganego zamiaru popełnienia czynu zabronionego, skutku tego nie osiągnął.

W podobnym kierunku, ale z akcentem na kryminalnopolityczne aspekty odpowiedzialności za podżeganie, wypowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 29 kwietnia 2009 r., sygn. akt I KZP 6/09: „Kodeks karny kryminalizuje, jako dokonaną postać podżegania, zarówno sytuację, w której sprawca dokonał czynu zabronionego, do którego był nakłaniany, jak i sytuację, gdy ten sprawca nawet nie usiłował zrealizować znamion tego typu czynu zabronionego. Prowadzi to do wniosku, że kryminalnopolitycznym uzasadnieniem karalności za podżeganie jest nie tylko stworzenie stanu niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, ale także określone nastawienie psychiczne podżegacza, który wyobraża sobie czyn zabroniony o znamionach określonych w części szczególnej ustawy karnej, realizując znamiona swojej postaci zjawiskowej. Nie ma bowiem większej różnicy, jeżeli chodzi o stopień zagrożenia dla dobra prawnego i społeczną szkodliwość czynu, pomiędzy sytuacją, w której sprawca wywołał zamiar u podżeganego, który jednak nie zdecydował się na realizację tego zamiaru (doszło do realizacji znamion podżegania w postaci dokonania), od sytuacji gdy czynności sprawcze nie wywołały zamierzonego skutku w psychice nakłanianego. Nie powinno się więc a priori odrzucać odpowiedzialności podżegacza za realizację znamion

usiłowania podżegania, gdyż konkretne zachowanie sprawcy realizujące znamiona usiłowania podżegania, może charakteryzować się znacznie większym natężeniem karnoprawnego bezprawia, niż nawet dokonane podżeganie, połączone z dokonaniem przestępstwa przez wykonawcę, gdy czyn zabroniony był zagrożony niewysoką karą” (LEX nr 493997 i powołany tam P. Kuziak, *Usiłowanie podżegania w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r.*, I KZP 11/03, CzPKiNP 2005, nr 1, s. 181-183). W judykacie tym Sąd Najwyższy przypomniał również, że względy polityki kryminalnej nie mogą zastępować konstrukcji ustawowych i że względami tymi można uzasadnić nie tylko zawężenie, ale i rozszerzenie odpowiedzialności karnej. Poddał także krytyce stanowisko Sądu Apelacyjnego w Łodzi, opowiadającego się, w zaskarżonym w tamtej sprawie wyroku, za bezkarnością usiłowania podżegania (którą to bezkarność postuluje Skarżący w niniejszej sprawie), zarzucając temu sądowi, że „[n]ie dostrzegł i nie rozważył argumentacji przemawiającej za stanowiskiem przeciwnym, przedstawionej w licznych publikacjach (por. A. Wąsek: *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1997, s. 84-85 i tegoż autora: *Kodeks karny. Komentarz*, tom I, Gdańsk 2000, s. 288-290; L. Gardocki: *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 95; A. Liszewska: *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym, analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, s. 153-164 oraz tejże autorki: *Podżeganie i pomocnictwo a usiłowanie*, PiP 2000, nr 6, s. 51-62; P. Kardas: *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 848 i n.; P. Kardas w: G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, tom I, Kraków 2004, s. 361 i n.; P. Kuziak: *Usiłowanie...*, s. 153-190; M. Bielski: *Zasady wymiaru kary za podżeganie i pomocnictwo*, CzPKiNP, 2006, nr 2, s. 25-41; J. Giezek w: J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Lex 2007;

Ł. Pohl: Formy stadialne w odniesieniu do podżegania i pomocnictwa według kodeksu karnego z 1997 r., PREiS 2001, nr 1-2, s. 67 i n.)”.

Sprawa karna, w której Skarżący został prawomocnie skazany, dotyczyła tzw. podżegania łańcuszkowego, które obejmuje wypadki, gdy nakłaniający nie ma możliwości oddziaływania na bezpośredniego wykonawcę i czynności nakłaniania kieruje na inną osobę, która następnie ma nakłonić bezpośredniego wykonawcę do popełnienia czynu zabronionego.

Tego rodzaju konstrukcja prawna, ściśle uzależniona od ustaleń faktycznych w każdej sprawie, przyjmowana jest od dawna w orzecznictwie sądowym.

Na przykład, już w wyroku z dnia 16 października 1962 r., sygn. akt I K 437/59, Sąd Najwyższy stwierdził, iż „Podżegacz niemający bezpośredniego dojścia do osoby, którą chce skłonić do pożądanego dla siebie działania, może się posłużyć osobą trzecią. Posłużenie się osobą trzecią w roli pośrednika nie odbiera jego działaniu cech podżegania” (LEX nr 121097).

Nasuującym się w świetle takiej linii orzeczniczej problemem, jak kwalifikować bezskuteczne podżeganie do podżegania (tzn. wówczas, gdy podżegany nie uległ namowom podżegacza, który swe działanie zakończył), zajął się, w składzie siedmiu sędziów, Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2003 r., sygn. akt I KZP 11/03, mającej znaczący wpływ na późniejsze poglądy doktryny i orzecznictwo.

W sentencji tej uchwały Sąd Najwyższy stwierdził: „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.” (OSNKW, rok 2003, zeszyt 11-12, poz. 89). W uzasadnieniu zwrócił uwagę, że w polskim języku prawniczym od dawna istnieje określenie „łańcuszkowe

podżeganie” i „łańcuszkowe pomocnictwo”. Opowiadając się za interpretacją pojęcia „czyn zabroniony” w sposób szerszy, obejmujący swoim zakresem tak część szczególną, jak i ogólną Kodeksu karnego, w której właśnie określa się znamiona podżegania (cytat, ilustrujący takie rozumowanie, przedstawiony został wcześniej, przy okazji powoływania się na komentarz P. Kardasa do art. 18 § 2 k.k.), Sąd Najwyższy logicznie wywiódł, że, skoro – zgodnie z art. 13 § 1 k.k. – usiłowanie polega na bezpośrednim zmierzaniu do dokonania czynu zabronionego, a pojęcie „czyn zabroniony” obejmuje również podżeganie, to podżeganie może polegać również na nakłanianiu do podżegania (vide - *op. cit.*, str. 8).

W późniejszym orzecznictwie sądowym, w sposób niesprzeczny z cytowaną uchwałą SN, przyjmowano, że przestępstwo w formie podżegania jest dokonane, jeśli spowodowało ono, u osoby nakłanianej, skutek w postaci zamiaru popełnienia przestępstwa. Jeśli natomiast skutek taki nie nastąpił, „mamy do czynienia” jedynie z usiłowaniem podżegania (wyrok SA w Lublinie z dnia 26 listopada 2008 r., sygn. akt II AKa 260/08, LEX nr 477865 i powołany tam wyrok SN z dnia 28 listopada 2006 r., sygn. akt III KK 156/06, LEX nr 257825). Taka linia orzecznicza, przy uznaniu za poprawne i zasługujące na akceptację prezentowanego w niej rozumowania w przedmiocie skutkowego charakteru podżegania, uzasadnia konkluzję (aktualną w realiach sprawy karnej Skarżącego), że zakończone działanie podżegacza (w sensie wykonania przez niego wszelkich czynności, wyczerpujących znamiona podżegania i leżących w zasięgu jego możliwości), który jednak nie zdołał skutecznie nakłonić osoby przez niego podżeganej do podjęcia dalszych działań już wobec konkretnego sprawcy wykonawczego, jest usiłowaniem nakłaniania do podżegania.

Przechodząc do oceny konstytucyjności kwestionowanych przez Skarżącego przepisów, w pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutu ich – w opinii Skarżącego - niejasności i niedookreśloności.

Podkreślenia wymaga, na co zwrócił już uwagę Trybunał Konstytucyjny w ramach wstępnego badania dopuszczalności skargi, że Skarżący nie wskazał, jakie dokładnie sformułowania użyte w zaskarżonych przepisach są niejasne lub nieprecyzyjne, choć przedmiotem kontroli konstytucyjnej, przez pryzmat art. 42 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji, mogą być w zasadzie, wskazane konkretnie, te elementy normy prawnej, które, ze względu na swą ogólnikowość czy też niekompletność i wynikające z tego trudności w ich zrozumieniu przez adresata, rzutują na - co najmniej zakresową - niekonstytucyjność tej normy. Wydaje się jednak, że Skarżącemu (na co wskazuje *petitum* jego skargi) chodzi przede wszystkim o zakwestionowanie konstrukcji łącznego zastosowania obu zaskarżonych przepisów w jego sprawie karnej, innymi słowy – zakwestionowanie możliwości i dopuszczalności krzyżowania się postaci stadialnej (usiłowanie) oraz formy zjawiskowej (podżeganie), zaś zarzut dotyczący niejasności krzyżujących się w ten sposób przepisów wzmocnić ma zasadność tej głównej tezy.

W związku z tym zauważyć należy, w nawiązaniu, w pierwszej kolejności, do określeń użytych w obu zaskarżonych przepisach, że w doktrynie i orzecznictwie nie zaznaczały się problemy, wynikające z identyfikacji tych określeń w ich praktycznym stosowaniu.

W odniesieniu do podżegania podkreśla się, że w opisie jego znamion wyróżnić można, identycznie jak w przypadku każdego innego czynu zabronionego, elementy określające podmiot, stronę podmiotową, przedmiot i stronę przedmiotową. Podmiot podżegania określony został przy pomocy słowa "kto" (bez jakiegokolwiek dopełnienia, które ograniczałoby krąg sprawców), strona podmiotowa ujęta jest w sposób typowy dla zamiaru bezpośredniego przez zwrot "chcąc", strona przedmiotowa zaś ma złożoną strukturę i obejmuje z jednej strony właściwą czynność podżegania, opisaną jako "nakłanianie", z drugiej normatywny punkt odniesienia czynności



nakłaniania (jego przedmiot), w postaci konkretnego typu czynu zabronionego określonego przez odpowiedni przepis części szczególnej (zob. np. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. akt II AKa 135/06, LEX nr 190471 i powołane tam piśmiennictwo).

Pojęcie „nakłania”, z uwagi na swój ogólny charakter, wymaga więc w każdym przypadku doprecyzowania poprzez powiązanie go z charakterystyką czynu zabronionego stanowiącego przedmiot nakłaniania. Sama forma i sposób nakłaniania, jeśli celem takiego działania jest popełnienie czynu zabronionego przez inną osobę, nie są natomiast istotne dla wypełnienia znamion podżegania i mogą polegać, np., na prośbie, rozmowie, naleganiu czy też złożeniu obietnicy korzyści (np. A. Marek, komentarz do art. 18 Kodeksu karnego, [lex.online.wolterskluwer.pl](http://lex.online.wolterskluwer.pl); wyrok SA w Krakowie z dnia 17 grudnia 2008 r., sygn. akt II AKa 96/08, LEX nr 504062).

Z kolei, elementami usiłowania (art. 13 § 1 k.k.), jako postaci stadialnej, są: zamiar popełnienia czynu zabronionego, zachowanie zmierzające bezpośrednio do dokonania czynu zabronionego oraz brak jego dokonania. Usiłowanie samo w sobie nie jest, co oczywiste, przestępstwem, zawsze bowiem wiąże się z dążeniem do realizacji czynu zabronionego o znamionach określonych w ustawie karnej (także z dążeniem do podżegania, które, w świetle dotychczasowych argumentów, mieści się w definicji czynu zabronionego, zawartej w art. 115 § 1 k.k.).

Z omawianej skargi konstytucyjnej nie wynika, które z elementów usiłowania budzą wątpliwości Skarżącego. Jeśli, teoretycznie zakładając, wątpliwości takie łączyłyby się z rozumieniem pojęcia „zmierza bezpośrednio”, jako określającym przestrzeń czasową trwania usiłowania, to wyraźnie stwierdzić trzeba, że kwestia ta należy do sfery konkretnych ustaleń faktycznych, zwykle na tyle różnorodnych, że niedających się umieścić w normie prawnej o charakterze abstrakcyjnym. Kwestię tę precyzowało jednak, w drodze właściwej wykładni, orzecznictwo sądowe. I tak, w postanowieniu

z dnia 23 maja 2007 r., sygn. akt V KK 265/06, Sąd Najwyższy uznał, iż określenie „bezpośrednio zmierza” do dokonania czynu zabronionego, zawarte w art. 13 § 1 k.k., oznacza całość zachowań wiodących wprost do wypełnienia jego znamion, stwarzających realne zagrożenie dla chronionego dobra prawnego, a nie wyłącznie ostatnie z tych zachowań, poprzedzające realizację czynności sprawczej czynu zabronionego (LEX nr 278817). W wyroku z dnia 10 marca 2006 r., sygn. akt V KK 278/05, Sąd Najwyższy stwierdził z kolei, że słowo „bezpośredniość”, użyte w art. 13 § 1 k.k., należy traktować jako ujętą abstrakcyjnie ogólną wskazówkę interpretacyjną, wyznaczającą granicę pomiędzy karalnym tylko w wypadkach przewidzianych w ustawie przygotowaniem a karalnym zawsze usiłowaniem popełnienia czynu zabronionego (LEX nr 180767).

Przenosząc powyższe uwagi na grunt sprawy Skarżącego, stwierdzić należy, że nie ma żadnych przesłanek do przyjęcia, by uznanie przez sądy jego działania za karalne usiłowanie tzw. podżegania łańcuszkowego do popełnienia przestępstwa przekupstwa i skazanie go za ten czyn miało swe źródło w domniemanej nieprecyzyjności treści, ujmowanych z osobna, przepisów dotyczących usiłowania i podżegania. Kwestia ta nie wymaga rozwinięcia, skoro Skarżący, w *petitum* skargi, nie łączy wprost tego zarzutu z wynikającym z art. 42 ust. 1 Konstytucji wymogiem dostatecznej określoności norm karnych, a w uzasadnieniu skargi, choć formułuje tam zarzut niejasności obu zaskarżonych przepisów w nawiązaniu tylko do wzorca określonego w art. 2 Konstytucji, to równocześnie nie wskazuje, które z elementów obu zaskarżonych przepisów miałyby zasadę określoności norm karnych naruszać.

W konsekwencji – nie ma podstaw do przyjęcia, że poddane kontroli przepisy naruszają *zasadę nullum crimen sine lege scripta* (są bowiem zawarte w ustawie i nie zawierają odesłań do aktów niższej rangi) oraz *zasadę nullum crimen sine lege certa* (są bowiem w dostatecznym stopniu dookreślone

i zrozumiałe dla adresatów). Na marginesie już można dodać, że – jak wynika z zachowania Skarżącego, opisanego w skazujących go wyrokach – nie podejmował on czynności, które, nawet w jego mniemaniu, mieściłyby się w granicach legalności. Jest bowiem faktem powszechnie znanym i niewymagającym skomplikowanych analiz przepisów, że nakłanianie do przekupstwa osoby pełniącej funkcję publiczną (określanego potocznie jako przestępstwo korupcyjne), zwłaszcza przy użyciu prostej i typowej metody, jaką zastosował Skarżący, objęte jest karalnością, która dotyczy także osoby obiecującej korzyść majątkową.

Odrębnej argumentacji wymaga natomiast ustosunkowanie się do, wyraźnie już sformułowanego przez Skarżącego, zarzutu, iż łączne zastosowanie art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 18 § 2 k.k. w ostatecznym rozstrzygnięciu w jego sprawie pociągnęło za sobą ukaranie go za usiłowanie podżegania, co – jego zdaniem – jest ograniczeniem jego wolności od nadmiernej, nieproporcjonalnej represji karnej, naruszającym normy określone w art. 31 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji (po nieznaczonej korekcie skargi, w której Skarżący oba te wzorce powołuje koniunkcyjnie). Skarżący zarazem - dostrzegając wprawdzie (str. 7 uzasadnienia skargi), że skarga konstytucyjna na akt stosowania prawa nie jest dopuszczalna (choć jest w tym niekonsekwentny podkreślając, że „głęboko nie zgadza się z zapadłymi w jego sprawie rozstrzygnięciami sądów powszechnych”) – kwestionuje, przyjętą przez sądy w jego sprawie, „ocenę relacji norm w systemie prawnym”, która to relacja – jak twierdzi – dominuje w doktrynie i orzecznictwie. Takie uzasadnienie zarzutu zdaje się wskazywać, że Skarżący kwestionuje omawianą konfigurację przepisów przez pryzmat zasady *nullum crimen sine lege stricta*, wynikającej (o czym była mowa wcześniej) z art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Z zasady tej wynika „[z]akaz stosowania analogii [zakaz wnioskowania na niekorzyść sprawcy – przyp. wł.], której wynik stanowiłby podstawę pociągnięcia jednostki do odpowiedzialności karnej za czyn, który nie realizuje wprost znamion czynu zabronionego albo do odpowiedzialności za przestępstwo zagrożone karą surowszą aniżeli przestępstwo, którego znamiona czyn sprawcy wprost realizuje”, albowiem „[z]godnie z zasadą *nullum crimen sine lege stricta* podstawą odpowiedzialności karnej może być tylko zgodność czynu ze znamionami typu czynu zabronionego” (A Zoll, komentarz do art. 1 k.k., *op. cit.*, teza 70, str. 56). W dalszym fragmencie cytowanego źródła Autor stwierdza: „Z zasady *nullum crimen sine lege stricta* wynikają też wskazówki dotyczące metod wykładni przepisów prawa karnego. Ustawa karna pisana jest w zasadzie językiem potocznym, który powinien być powszechnie zrozumiały, aby motywować adresatów jej przepisów do postępowania zgodnego z normami sankcjonowanymi. Język potoczny nie jest jednak zawsze ostry i jednoznaczny, toteż właściwie w każdym przypadku stosowania przepisu prawa karnego konieczne jest przeprowadzenie wykładni, tzn. ustalenie znaczenia i zakresu tego przepisu, komunikowanego przez odpowiednie zwroty językowe [...], odkodowanie z tego przepisu jednoznacznej treści normy prawnej w nim zawartej” (teza 73, str. 57).

Ponieważ powołana zasada dotyczy wykładni prawa i jego stosowania w praktyce, powraca więc potrzeba rozważenia dopuszczalności skargi konstytucyjnej w niniejszej sprawie przy uwzględnieniu, że Skarżący, wyrażając niezadowolenie z rozstrzygnięcia sądowego w jego sprawie, wiąże jednak ten stan z jednolitością praktyki orzeczniczej w przedmiocie karalności bezskutecznego podżegania do podżegania.

W jednym z najnowszych orzeczeń Trybunał Konstytucyjny potwierdził – co do zasady - kierunek swej linii orzeczniczej w przedmiocie niedopuszczalności orzekania o aktach stosowania prawa, stwierdzając:

„W obowiązującym stanie prawnym do kompetencji Trybunału Konstytucyjnego należy ocena zgodności aktów prawnych z Konstytucją. Trybunał nie może orzekać o stosowaniu prawa czy też w sposób prawnie doniosły oceniać działalności organów państwa, w tym sądów. Trybunał jest bowiem „sądem prawa”, a nie „sądem faktów”. W wypadku skargi konstytucyjnej powoduje to konieczność wykazania, że to zaskarżony przepis, a nie wadliwa praktyka jego stosowania stanowi źródło naruszenia wolności i praw skarżącego. Niedopuszczalna jest więc taka skarga, której zarzuty odnoszą się do sposobu interpretowania prawa przez sądy, wadliwego ustalenia stanu faktycznego czy też wskazania okoliczności, które są argumentami ze sfery pozaprawnej (tzw. skarga na stosowanie prawa). Skarga konstytucyjna dotyczy bowiem ochrony takich praw lub wolności konstytucyjnych, których ograniczenie wyniknie bezpośrednio z ustawy bądź innego aktu normatywnego, a nie dopiero w rezultacie wydania aktu indywidualnego [...]. Jednocześnie, z uwagi na domniemanie konstytucyjności przepisów prawa, skarżący obowiązany jest przedstawić konkretne i przekonujące argumenty świadczące o niekonstytucyjności zakwestionowanych regulacji. [...] [s]karżący nie tylko winien wskazać, jakie konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone kwestionowaną regulacją, lecz także opisać „sposób” tego naruszenia. Argumenty te muszą koncentrować się na problemie merytorycznej niezgodności zachodzącej między unormowaniami stanowiącymi przedmiot skargi konstytucyjnej oraz tymi, które określone są w niej jako wzorce kontroli [...]. Tym samym nie wystarczy, że skarżący wskaże określone przepisy oraz przepisy konstytucyjne, z którymi są one, w jego opinii, niezgodne. Musi on także wyjaśnić, na czym owa niezgodność polega. Jest to przesłanka konieczna do uznania dopuszczalności skargi konstytucyjnej. Z obowiązku poprawnego wykonania powyższej powinności nie może przy tym zwolnić skarżącego, działający z własnej inicjatywy, Trybunał Konstytucyjny, który – zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 66 ustawy o TK – związany jest granicami wniesionej

skargi konstytucyjnej” (postanowienie z dnia 2 lutego 2012 r., sygn. akt SK 14/09, OTK ZU Nr 2/A/2012, poz. 17, str. 192 oraz powołane tam orzecznictwo i piśmiennictwo). W uzasadnieniu cytowanego postanowienia Trybunał stwierdził też wprost, iż „[n]ie ma kompetencji do weryfikowania orzeczeń sądowych”, oraz że „[w]adliwa praktyka zastosowania przepisów nie może automatycznie przesądzać o niekonstytucyjności samego przepisu, nawet jeśli prowadzi do naruszenia praw i wolności konstytucyjnych”, i dodał, iż „[s]karżący musi uzasadnić, że niekonstytucyjna praktyka stosowania ma swoje źródło w zaskarżonych przepisach, a ponadto ma trwały charakter” (*op. cit.*, str. 193).

Ów trwały charakter praktyki stosowania przepisu był przedmiotem wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego w wyroku z dnia 27 października 2010 r., sygn. akt K 10/08 (wydanym w pełnym składzie Trybunału). W wyroku tym Trybunał, w sprawie zainicjowanej wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich, dokonał bowiem oceny konstytucyjności zaskarżonego przepisu, uznając, że jego jednolite rozumienie nadane zostało konkretną uchwałą Sądu Najwyższego, zarazem jednak zaakceptował bardziej rygorystyczne wymagania w tym zakresie, gdy postępowanie toczy się w trybie skargi konstytucyjnej, podkreślając, iż „[w] przypadku skargi konstytucyjnej nie wystarczy swoiste domniemanie utrwalonego rozumienia określonego przepisu, wynikające z jednoznacznego i autorytatywnego orzecznictwa najwyższych instancji sądowych naszego kraju” (OTK ZU Nr 8/A/2010, poz. 81, str. 1221). W tym względzie Trybunał podzielił słuszność następującego poglądu, wyrażonego w wyroku z dnia 9 czerwca 2003 r., sygn. akt SK 12/03: „Zwłaszcza bowiem w razie konkretnej kontroli konstytucyjności w postaci skargi konstytucyjnej, gdzie kontroli jest poddawany przepis będący podstawą ostatecznego rozstrzygnięcia, chodzi o normę o treści i zakresie obowiązywania wynikającym z ustalonego, powszechnego znaczenia w rzeczywistości nadawanego kontrolowanym przepisom, a nie o jedną z możliwych wersji

abstrakcyjnie dokonywanej interpretacji” (OTK ZU Nr 6/A/2003, poz. 51, str. 674).

W świetle powyższych tez orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego, jeśli nawet przyjmie się, że skarga w niniejszej sprawie jest dopuszczalna, bo zastosowanie zaskarżonych przepisów, w ich kwestionowanym przez Skarżącego powiązaniu, jest rezultatem wpływu na orzecznictwo sądowe cytowanej wcześniej uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r., sygn. akt I KZP 11/03 (choć niewpisanej do księgi zasad prawnych), to nie ma żadnych podstaw do uznania, iż sugerowana tą uchwałą praktyka jest wadliwa i przez to powodująca nieproporcjonalne ograniczenie prawa do wolności.

Za taką konstatacją przemawiają następujące argumenty, które – ze względu na cechę konkretności skargi konstytucyjnej – odnosić się muszą do konkretnych realiów sprawy karnej Skarżącego, przy jednoczesnym odrzuceniu sugerowanej przez niego (abstrakcyjnej, bo oderwanej od ustaleń faktycznych w jego sprawie) interpretacji sposobu powiązania obu zaskarżonych przepisów, której efektem miałyby być – jak chce Skarżący - generalne, w każdym wypadku, zanegowanie karalności (a ściślej – kryminalizacji czy też przestępności) działania, za jakie został uznany winnym.

Istotnym, z punktu widzenia karalności usiłowania podżegania do podżegania (jako czynu zabronionego w tzw. „pochodzie” przestępstw), jest, w sprawie Skarżącego, to, że nieosiągnięcie finalnego celu, do którego zmierzał (sprzeczne z właściwymi procedurami wejście w posiadanie nieruchomości w zamian za korzyść majątkową), zaistniało jedynie wobec niepodjęcia przez osobę przezeń nakłanianą – objętych jego zamiarem (jasno i kilkakrotnie uzewnętrznianym) i wyraźnie sprecyzowanych – dalszych czynności, których sam, z braku w tym zakresie własnych możliwości, nie mógł wykonać.

Zauważyć należy, że, jak wskazują ustalenia faktyczne w jego sprawie, Skarżący był w rzeczywistości inicjatorem (a nie biernym uczestnikiem)

zaplanowanego „pochodu” czynów, których finał, zgodny z jego zamiarem, był realnie osiągalny. Uwzględnić bowiem trzeba, że, deklarując obietnicę określonej korzyści majątkowej, Skarżący podzegał do popełnienia czynu zabronionego konkretną, znaną mu osobę (a za jej pośrednictwem – dalszą osobę, do której nie miał tak bliskiego dostępu), o której wiedział, iż miała rzeczywiste (nie zaś błędnie wyobrażane przez Skarżącego) możliwości podjęcia dalszych działań; aż do uzyskania przez niego prawa do konkretnie wybranej nieruchomości. Nie było to oczywiście działanie, mające charakter dopuszczalnych negocjacji w związku ze złożeniem oficjalnej oferty nabycia nieruchomości. Przeciwnie, działanie to było najzupełniej dyskrecjonalne, charakterystyczne dla przestępstwa przekupstwa. W innym ujęciu omawianej kwestii – zachowanie Skarżącego nie było mimowolne, przypadkowe czy też, z innych względów, abstrakcyjne i niezmiernie do osiągnięcia założonego celu, które to okoliczności, w razie ich udowodnienia, umożliwiały Skarżącemu uniknięcie odpowiedzialności karnej wobec niestwierdzenia znamion podzegania i jego usiłowania. Skarżący miał – co oczywiste – możliwość zachowania zgodnego z prawem (jawne złożenie i popieranie własnej oferty), z czego jednak nie skorzystał. Podejmując zatem działanie z naruszeniem prawa (oferta wsparta obietnicą korzyści majątkowej), Skarżący świadomie stworzył sytuację, pociągającą za sobą represję karną.

Sformułowanie powyższych uwag jest konieczne dla potwierdzenia tezy (przedstawionej w początkowych fragmentach niniejszego stanowiska), że kwestionowane przez Skarżącego przepisy nie determinowały ostatecznego rozstrzygnięcia w jego sprawie, lecz, po prawidłowym zastosowaniu procesu subsumpcji, dawały tylko możliwość prawnokarnej oceny zachowania Skarżącego, ściśle uwarunkowanej ustaleniami faktycznymi, której wynik mógł być dwojaki (popełnił lub nie popełnił czynu zabronionego).

Powyższe argumenty skłaniają do wniosku, że praktyka stosowania zaskarżonych w niniejszej sprawie przepisów (nawet jeśli wykazuje ona cechy



jednolitości, na którą wpływ miałyby powoływana wcześniej uchwała SN) nie jest wadliwa z punktu widzenia standardów konstytucyjnych, dotyczących zasad odpowiedzialności karnej, a w konsekwencji – nie narusza zasady *nullum crimen sine lege stricta*.

Jednakże, w związku z poglądem Skarżącego, który uznaje, że kwestionowane przezeń przepisy, w ich wzajemnej konfiguracji zastosowanej w jego sprawie i przyjmowanej w innych podobnych sprawach, nadmiernie i nieproporcjonalnie wkraczają w sferę wolności rozumianej jako wolność od nieuzasadnionej represji karnej, należy odnieść się do powołanych w skardze wzorców kontroli w tym zakresie, określonych w art. 31 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Art. 31 ust. 1 Konstytucji stanowi, że wolność człowieka podlega ochronie prawnej.

W świetle dorobku orzecznictwa i doktryny, art. 31 ust. 1, w powiązaniu z ust. 2 tej normy („Każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje.”), pełni dwie podstawowe funkcje: z jednej strony jest dopełnieniem przepisów, określających poszczególne wolności konstytucyjne, a z drugiej – jest podstawą samoistnego, podmiotowego prawa do wolności (np. wydany w pełnym składzie wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 marca 2007 r., sygn. akt K 28/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 24, str. 213-214 i powołane tam orzecznictwo i piśmiennictwo).

Według L. Garlickiego, „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. Innymi słowy, zasada wolności formułuje domniemanie swobody decyzji i działań, natomiast dla poddawania ich ograniczeniom konieczna jest zawsze interwencja prawodawcy.

Jest to odwrotność zasady legalizmu [...], określającej sytuację organów władzy publicznej i pozwalającej im na działanie tylko w zakresie przyzwolenia (kompetencji) ustanowionej przez prawo.” (komentarz do art. 31 Konstytucji [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wydawnictwo Sejmowe, t. III, Warszawa 2003, teza 5, str. 4). W dalszych fragmentach tego źródła Autor stwierdza: „[w]olność oznacza zakaz ingerowania czynników zewnętrznych (przede wszystkim – władz publicznych) w sferę swobodnego podejmowania decyzji przez jednostkę. W tym rozumieniu wolność można ujmować zarówno jako „wolność od zakazów” (gdy władza publiczna wskazuje działania i decyzje, jakich jednostce podejmować nie wolno), jak i jako „wolność od nakazów” (gdy władza publiczna wskazuje działania, które jednostka musi podjąć)” i dodaje, że „[w] odróżnieniu od godności człowieka – jego wolność nie może mieć charakteru prawa absolutnego (niezbywalnego i nienaruszalnego)” [...], z czego wynika, że „[u]stanawianie racjonalnych jej ograniczeń nie napotyka przeszkód konstytucyjnych” (*op. cit.*, teza 8, str. 8 i 9 oraz teza 11, str. 11).

L. Garlicki opowiada się ponadto za dopuszczalnością zarzutu naruszenia art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji jako samoistnej podstawy skargi konstytucyjnej, zastrzegając równocześnie (z powołaniem się na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 grudnia 1999 r., sygn. akt K. 4/99), że sytuacja taka może mieć miejsce wówczas, gdy w skardze nie da się wskazać konkretnego przepisu konstytucyjnego, gwarantującego szczegółowe prawo czy wolność (*op. cit.*, teza 12, str. 11-12).

Skoro, w niniejszej sprawie, Skarżący „bezpodstawną ingerencję w sferę [jego] wolności” uznaje za naruszenie art. 31 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji (str. 13 skargi), nie łącząc tych norm z innymi, przewidującymi szczegółowe prawa czy wolności, to w tej sytuacji, zgodnie z zasadą związania granicami skargi konstytucyjnej oraz niemożnością zastępowania inicjatora

postępowania w udowadnianiu jego racji, uznać należy, że intencją Skarżącego jest kontrola konstytucyjna tylko przez pryzmat obu tych wzorców.

Jak już wspomniano, wolność, jako samoistne prawo podmiotowe, nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom. Art. 31 ust. 3 Konstytucji określa przesłanki dopuszczalności ustanawiania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela. W aspekcie formalnym przepis ten wymaga, by ograniczenia te były ustanawiane tylko w ustawie, a w aspekcie materialnym – dopuszcza ustanawianie tylko takich ograniczeń, które nie naruszają istoty danej wolności lub prawa podmiotowego, i tylko wtedy, gdy są one konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Zasada proporcjonalności, wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji, nakazuje, aby spośród skutecznych środków, ograniczających korzystanie z wolności i praw, wybierać środki najmniej uciążliwe dla jednostki. Przepis wprowadzający ograniczenie jest niezgodny z Konstytucją, jeżeli te same efekty można osiągnąć za pomocą środków, które w mniejszym zakresie ograniczają korzystanie z wolności lub prawa podmiotowego. Innymi słowy – stosownie do zasady proporcjonalności, proklamowanej w art. 31 ust. 3 Konstytucji, „ograniczenia wolności i praw są dopuszczalne, jeżeli: 1) wprowadzona regulacja ustawowa jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (jest przydatna); 2) regulacja ta jest wymagana do ochrony interesu publicznego, któremu służy (jest niezbędna); a ponadto 3) jej korzyści pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (jest proporcjonalna w ścisłym tego słowa znaczeniu)” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 108, str. 1104).

Znacznie wcześniej, bo już w wyroku z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P. 2/98, Trybunał Konstytucyjny podniósł, że „[p]rzesłanka „konieczności

ograniczenia w demokratycznym państwie”, sformułowana w art. 31 ust. 3 Konstytucji, stanowi w pewnym sensie odpowiednik wypowiedzianych w orzecznictwie Trybunału postulatów kształtujących treść zasady proporcjonalności. Z jednej strony stawia ona każdorazowo przed prawodawcą wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w konkretnym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś – winna być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, czyli rzeczywiście służące realizacji zamierzonych celów. Ponadto chodzi tutaj o środki niezbędne w tym sensie, że chronić będą określone wartości w sposób, albo w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to także skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa i wolności ulegną ograniczeniu. Ingerencja w sferę statusu jednostki musi zatem pozostawać w racjonalnej i właściwej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie” (OTK ZU nr 1/1999, poz. 2, str. 18).

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

Postulat tego rodzaju uznać należy za chybiony, już choćby z tego względu, że podważa on zasadność tych regulacji kolejnych polskich ustaw

karnych, które, od kilkudziesięciu lat, przewidywały odpowiedzialność za usiłowanie podżegania wówczas, gdy czynu zabronionego, do którego sprawca podzegał, nie dokonano lub nawet nie usiłowano dokonać. W szczególności, także aktualnie obowiązujący Kodeks karny, w art. 22 (niepoddanym przez Skarżącego kontroli), wprowadza, jak wspomniano już wcześniej, odpowiedzialność podzегacza jak za usiłowanie, jeżeli czynu zabronionego tylko usiłowano dokonać. Zarazem, § 2 tego przepisu, nie uchylając samoistnej odpowiedzialności karnej podzегacza, jeżeli czynu zabronionego nie usiłowano dokonać (tak było w przypadku Skarżącego), wprowadza w takiej sytuacji możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia. Regulacje te zatem, umożliwiając, w określonych tam sytuacjach, łagodniejsze potraktowanie podzегacza, różnicują grożące mu sankcje, przez co spełniają test proporcjonalności.

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

Nie jest też zasadne, aby Trybunał Konstytucyjny orzekł o niekonstytucyjności przepisów o usiłowaniu i podżeganiu, w zakresie określonym przez Skarżącego. U podstaw tego żądania legło bowiem niewłaściwe założenie, iż przepisy te wprowadzają (co zdaje się sugerować, że nakazują) automatyczną kryminalizację każdego usiłowania podżegania pośredniego, podczas gdy w rzeczywistości stwarzają one tylko możliwość uznania takiego zachowania za przestępne, ale pozostawioną do oceny sądów i zależną od wyniku konkretnych ustaleń faktycznych.

Z tych wszystkich względów, należało zająć stanowisko jak w *petitum*.

Prof. dr hab. sędzia  
Andrzej Łabuda  
Przewodniczący  
Ryszard Horwand  
Zastępca Przewodniczącego