

CZEŚĆ II. ODPOWIEDZIALNOŚĆ W TEORII I DOGMATYCE PRAWA KARNEGO

Beata Marciniak

RACJONALIZACJA ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA USIŁOWANIE POPEŁNIENIA PRZESTĘPSTWA (MIĘDZY TEORIAŃ OBIEKTYWNAŃ A SUBIEKTYWNAŃ)

1. WPROWADZENIE

Zasada odpowiedzialności karnej za popełniony czyn jest regułą funkcjonującą na gruncie prawa karnego. Oznacza ona, że podstawą ponoszenia odpowiedzialności karnej nie mogą być nieuzewnętrznione w postaci zachowania myśli lub poglądy człowieka, a także jego właściwości fizyczne lub psychiczne. Odpowiedzialność karna związana jest zawsze z niebezpiecznym dla dóbr prawnie chronionych czynem, a nie z niebezpieczeństwem, jakie może stwarzać człowiek ze względu na swoje właściwości czy poglądy. W tym ostatnim przypadku prawo karne przewiduje stosowanie innych niż kary środków zapewniających społeczeństwu ochronę przed niebezpieczeństwem płynącym ze strony człowieka cierpiącego na zaburzenia psychiczne.

Ponadto funkcjonuje także zasada odpowiedzialności karnej indywidualnej i osobistej, która oznacza, że wyklucza się tzw. odpowiedzialność zbiorową oraz że nie można przejąć na siebie odpowiedzialności za inną osobę. Każdy człowiek ponosi bowiem indywidualną odpowiedzialność za swoje zachowanie, a kara wymierzana za przestępstwo powinna stanowić osobistą dolegliwość dla jego sprawcy¹.

Zasada winy (inaczej zasada subiektywizmu) oznacza z kolei, że odpowiedzialność karna jest uzależniona od przypisania sprawcy winy w czasie popełnienia czynu – art. 1 § 3 ustawy z 6.6.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. nr 88, poz. 553 ze zm.). Możliwość postawienia zarzutu winy sprawcy czynu zabronionego zależy od spełnienia wielu przesłanek, lecz najważniejszą z nich jest istnienie

¹ K. Indecki, A. Liszewska, *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*, Warszawa 2002, s. 36–37.

określonej relacji psychicznej między sprawcą a czynem, gdyż wyznacza ona tzw. stronę podmiotową czynu zabronionego². Nie jest zatem we współczesnych systemach prawnych dopuszczalna tzw. odpowiedzialność obiektywna, czyli odpowiedzialność za niezawinione spowodowanie szkodliwego skutku bądź też narażenie dobra na niebezpieczeństwo.

Przepisy części szczególnej kodeksu karnego określają zachowania się sprawców czynów dokonanych. Sankcja karna łączy się w nich ze zrealizowaniem czynu zabronionego stypizowanego w ustawie. Przy przestępstwie formalnym urzeczywistnienie czynu oznacza całkowite zakończenie (spełnienie) zachowania opisanego w ustawie, przy przestępstwie materialnym – również osiągnięcie określonego tam skutku³. Przestępstwo popełnione jest więc zazwyczaj w formie dokonania. Dokonanie przestępstwa to tyle, co realizacja zestawu znamion typu czynu zabronionego określonego w ustawach karnych. O dokonaniu mówimy w odniesieniu do przestępstw materialnych, formalnych, z narażenia, nieumyślnych itd. W przypadku niektórych przestępstw (np. umyślnych i skutkowych) ich popełnienie trwa określony czas, przechodząc przez kolejne etapy, takie jak: zamiar popełnienia czynu zabronionego, przygotowanie, usiłowanie i dokonanie. Etapy te zwane są formami (postaciami) stadialnymi przestępstwa. Przechodzenie przestępstw przez poszczególne stadia nosi nazwę pochodzenia przestępstwa (*iter delicti*). Przygotowanie, usiłowanie i dokonanie stanowią tzw. zewnętrzny pochod przestępstwa. Podstawowym kryterium wyodrębnienia postaci stadialnych jest stopień zagrożenia dla dobra prawnego (tym większy, im bliżej dokonania czynu zabronionego).

Zgodnie z zasadą *cogitationis poenam nemo patitur*, sam zamiar dokonania czynu zabronionego (powzięcie takiego zamiaru) nie podlega karze. Warunkiem odpowiedzialności karnej jest uzewnętrznienie zamiaru, przybierające postać zachowania pośrednio lub bezpośrednio zmierzającego do wypełnienia znamion czynu zabronionego⁴. Forma poprzedzająca dokonanie – usiłowanie, jest zawsze powiązana z określonym typem czynu zabronionego (typem przestępstwa), czyli czynem, którego popełnienie było zamiarem sprawcy. Usiłowanie nie występuje samodzielnie, gdyż ma charakter wtórny w stosunku do zachowań pierwotnie stypizowanych jako zabronione w części szczególnej k.k. albo w innych ustawach. Dlatego też nie istnieje usiłowanie popełnienia jakiegokolwiek czynu zabronionego, lecz tylko usiłowanie popełnienia czynu określonego typu (rodzaju)⁵. Wprowadzając do części ogólnej k.k. przepisy określające usiłowanie popełnienia przestępstwa oraz warunki, jakie muszą być spełnione, aby sprawca mógł ponieść za nie odpowiedzialność, ustawodawca wyznaczył obszar zachowań karalnych,

² *Ibidem*.

³ R. Dębski, *Karalność usiłowania nieudolnego*, RPEiS 1999, z. 2, s. 101.

⁴ A. Liszewska, *Rozdział II. Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego*, [w:] *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, R. Dębski (red.), t. 3, Warszawa 2013, s. 709.

⁵ *Ibidem*.

stosownie do przyjętych w tym względzie założeń, związanych z realizacją funkcji ochronnej prawa karnego. Dzięki konstrukcji odpowiedzialności karnej za usiłowanie, podjęcie zachowania zmierzającego do popełnienia określonego czynu zabronionego staje się karalne zanim jeszcze dojdzie do jego dokonania, mimo że do dokonania tego czynu nie doszło. Dlatego też wprowadzenie do ustawodawstw karnych odpowiedniej regulacji przewidującej odpowiedzialność karłą za usiłowanie nastąpiło wskutek rozwoju nauki prawa, która wypracowała teoretyczne podstawy rozszerzenia granic karalności na obszar naruszenia dobra prawnego. Stanowią one uzasadnienie dla ponoszenia odpowiedzialności karnej za usiłowanie popełnienia przestępstwa.

Jak stwierdził J. Makarewicz, dla ustawodawstw pierwotnych liczyła się tylko zmiana w świecie zewnętrznym. Jeżeli jej nie było, nie mogło być mowy o odpowiedzialności karnej. Z upływem czasu jednak, pod wpływem tzw. „instinktu samozachowawczego społeczeństwa”, zrodziło się przekonanie o potrzebie karania samych działań antyspołecznych, nawet wówczas, gdy do niekorzystnej zmiany w świecie zewnętrznym nie dojdzie⁶. W ten sposób rozszerzona została karalność – początkowo przez opis takich nagannych, choć bezskutkowych zachowań, na przestępstwa formalne, a następnie także na usiłowanie. Tak więc starsze prawo rzymskie nie znało karalności usiłowania, nowsze znając przypadki karalności nie posługiwało się ogólnym pojęciem usiłowania⁷. Pojęcie to nauka prawa karnego zawdzięcza średniowiecznym włoskim glosatorom. Oni też wskazywali na istotne cechy usiłowania, zawarte w słynnej formule: zamiar, przystąpienie do czynu i nieosiągnięcie skutku⁸.

W dawnych systemach prawa, aż do czasów Oświecenia, odpowiedzialność karna wiązała się więc ze skutkiem, rozumianym jako wywołanie niekorzystnej dla społeczeństwa zmiany w świecie zewnętrznym. Dlatego też w prawie nie przewidywano kar za czyny, które nie prowadziły do naruszenia dobra prawnego. Powoli zaczęło się jednak w społeczeństwach kształtować przekonanie o konieczności karania także takich zachowań, które poprzedzają wyrządzenie szkody, chociaż nie powodują żadnej widocznej zmiany w świecie zewnętrznym. Wyodrębnienie prawnokarnej instytucji usiłowania poprzedziło wprowadzenie do prawa odpowiedzialności za zachowania sprowadzające jedynie niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, ale niewywołujące żadnego innego negatywnego skutku.

Pod wpływem nauki włoskiej usiłowanie – jako postać stadialna przestępstwa – zostało włączone do *Constitutio Criminalis Bambergensis* z 1507 r. oraz *Constitutio Criminalis Carolina* z 1532 r.⁹

⁶ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy*, Lwów–Warszawa 1924, s. 93.

⁷ R. Dębski, *Karalność...*, s. 101.

⁸ *Ibidem*.

⁹ R. Zawłocki, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz do art. 1–31*, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), t. I, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 553.

Instytucja usiłowania weszła od XIX w. już na stałe do europejskich systemów prawa karnego, przy czym zakres karalności zachowań poprzedzających dokonanie był różny w ustawodawstwach poszczególnych państw. Rozszerzając odpowiedzialność karną na przypadki braku dokonania czynu zabronionego, należało przede wszystkim odpowiedzieć na pytanie o uzasadnienie karalności zachowań niepowodujących żadnej zmiany w świecie zewnętrznym, czyli żadnego, w ten sposób rozumianego, ujemnego skutku dla dobra prawnego. Dlatego też pojawiły się w doktrynie prawa karnego różne koncepcje uzasadniające karalność usiłowania, które – wskazując przesłanki takiej karalności – miały jednocześnie istotny wpływ na formułowanie ustawowych definicji usiłowania¹⁰.

Zgodnie więc z powyższym rozszerzając karalność na etap poprzedzający dokonanie, należało znaleźć uzasadnienie dla takiej operacji. Z upływem czasu przewagę nad klasyfikacyjnym znaczeniem takiego uzasadnienia zyskiwać zaczęło jego znaczenie selekcyjno-gwarancyjne¹¹. O ile bowiem początkowo można było określać dość szeroko granice karalnego usiłowania (m. in. rozszerzając je częściowo na czynności przygotowawcze), o tyle pod wpływem zwłaszcza dziewiętnastowiecznych koncepcji liberalnych i idei państwa prawnego na pierwszy plan zaczęto wysuwać pytanie o zakres karalności za poprzedzające dokonanie etapy na drodze przestępstwa (*iter delicti*)¹². Dążenie do przeciwstawienia się nadmiernej władzy państwa skłaniało do jasnego i niezbyt szerokiego określenia granic karalności usiłowania. W doktrynie ukształtowało się w tej sprawie szereg koncepcji, które podzielić można na obiektywne (przedmiotowe) i subiektywne (podmiotowe) teorie usiłowania¹³. Pierwsze, skuteczniej spełniając funkcje selekcyjno-gwarancyjne, lepiej odpowiadają ideom liberalnym, drugie wiążą się natomiast z tendencją do subiektywizacji odpowiedzialności karnej¹⁴. Wyróżnia się także trzecią grupę – teorii mieszanych.

Tak więc już w pierwszych latach XIX w. Paul Johann Feuerbach uzasadniał potrzebę karalności usiłowania zagrożeniem dla dobra prawnego. Według jego teorii karalność usiłowania jest znakomitym testem dla ustalenia, gdzie leży ciężar w ocenie bezprawia: czy po stronie sprowadzenia niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, czy po stronie braku posłuchu dla normy prawnej i czy postrzegamy bezprawie z akcentem na elementy obiektywne czy subiektywne. Zrównanie karalności za usiłowanie z karalnością za dokonanie stanowi niewątpliwie zaakcentowanie elementu subiektywnego w bezprawiu¹⁵. W doktrynie prawa karnego można wskazać na kierunek, który utrzymuje, że to nie dokonanie, tylko

¹⁰ A. Liszewska, *Rozdział II. Formy...*, s. 710.

¹¹ R. Dębski, *Karalność...*, s. 102.

¹² *Ibidem*.

¹³ Z. Jędrzejewski, *Usiłowanie udolne i nieudolne w świetle nauki i orzecznictwa polskiego*, EP 1994, nr 4, s. 75 i n.

¹⁴ A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 93 i n.

¹⁵ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 222.

usiłowanie jest pełną realizacją znamion czynu zabronionego, gdyż istota karnoprawnego bezprawia tkwi w działaniu lub zaniechaniu nastawionym na naruszenie dobra prawnego – czy do takiego naruszenia dochodzi, jest już dla istoty sprawy bez znaczenia (Diethart Zielinski, Armin Kaufmann)¹⁶.

Położenie nacisku na element subiektywny w usiłowaniu daje lepsze uzasadnienie dla karalności usiłowania nieudolnego, charakteryzującego się brakiem zagrożenia dla dobra prawnego. Koncepcja subiektywna zawiera podstawy do wprowadzenia odpowiedzialności karnej za usiłowanie w odniesieniu do każdego typu czynu zabronionego i karania za usiłowanie na równi z karaniem za dokonanie. Natomiast koncepcja obiektywna uzasadnia ograniczenie karalności usiłowania do przestępstw o poważniejszym ciężarze gatunkowym oraz do różnicowania stopnia dolegliwości zawartej w karze przewidzianej za dokonanie i za usiłowanie¹⁷.

2. TEORIE OBIEKTYWNE

Jak wynika z powyższego, podstawę obiektywnych teorii usiłowania stanowi założenie, że karalność usiłowania uzasadnia sprowadzenie przez sprawcę czynu obiektywnego niebezpieczeństwa naruszenia dobra chronionego prawem. Tylko taki czyn człowieka zasługuje na ujemne wartościowanie (jest karygodny), a tym samym także na ukaranie, który sprowadza niebezpieczeństwo powstania ujemnie ocenianego skutku. Za punkt wyjścia teorii przedmiotowe przyjmują więc szkodliwość naruszenia dobra posiadającego wartość społeczną. Usiłowanie, jako etap bezpośrednio poprzedzający owo naruszenie, wiąże się z niebezpieczeństwem dla przedmiotu chronionego prawem. Za twórcę teorii obiektywnych uważa się właśnie niemieckiego uczonego A. Feuerbacha, który także jako pierwszy sformułował pogląd, zgodnie z którym o karalności usiłowania powinno decydować to, czy czyn człowieka pozostawał w związku przyczynowym z zamierzonym przestępstwem, a zatem czy był on obiektywnie niebezpieczny¹⁸.

Teorie przedmiotowe upatrywały więc racji karalności usiłowania w obiektywnym zagrożeniu chronionego przedmiotu czynu, czy też w niebezpieczeństwie naruszenia dobra prawnego – punktem wyjścia była szkodliwość naruszenia dobra chronionego, a usiłowanie postrzegane było jako stadium poprzedzające to naruszenie i wiązało się z zagrożeniem, niebezpieczeństwem dla chronionego przedmiotu¹⁹. W ten sposób uzasadnienie karygodności usiłowania wytyczyło też granice jego karalności: usiłowanie karalne miało miejsce tylko wówczas, gdy występowało niebezpieczeństwo dla chronionego przedmiotu czynu.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 94.

¹⁹ Z. Jędrzejewski, *Usiłowanie...*, s. 75 i n.

Teorie obiektywne, które pojawiły się w pierwszej połowie XIX w. i były następnie rozwijane zwłaszcza w nauce niemieckiej, występowały w różnych odmianach. Początkowo dominowała tzw. starsza teoria obiektywna (lub inaczej starsza teoria niebezpieczeństwa), następnie pojawiły się tzw. młodsza lub nowsza teoria obiektywna oraz teoria braku w istocie czynu²⁰. W doktrynie prawa karnego podkreśla się jednak, że niezależnie od różnic, najważniejszym zadaniem, jakie teorie te spełniały, była realizacja funkcji delimitacyjnej. Po pierwsze, chodziło o wytyczenie granicy między usiłowaniem, które powinno być karane ze względu na niebezpieczeństwo, jakie tworzy dla dobra chronionego prawem, a przygotowaniem – niezaskującym jeszcze na karalność z powodu zbyt dużej odległości dzielącej czyn znajdujący się w fazie przygotowania od naruszenia dobra. Po drugie natomiast, chodziło także o wyznaczenie granicy między usiłowaniem karygodnym ze względu na rzeczywiste niebezpieczeństwo dla dobra prawnego a usiłowaniem będącym zachowaniem realizującym wprawdzie „zły” zamiar sprawcy, ale niepowodującym faktycznie żadnego zagrożenia (tzw. usiłowaniem nieudolnym)²¹.

Starsza teoria obiektywna, nazywana także abstrakcyjno-obiektywną, wiązała usiłowanie z początkiem wykonania czynu zabronionego, czyli z podjęciem przez sprawcę realizacji znamion wskazanych w dyspozycji przepisu karnego. Granicą pomiędzy niekaralnym przygotowaniem a karalnym usiłowaniem było przystąpienie do realizacji czynności wykonawczej opisanej w znamionach czasownikowych typu czynu zabronionego²². Teoria ta była jednocześnie obiektywna i formalna, ponieważ – wskazując obiektywne warunki usiłowania – odwoływała się także do określonego w ustawie znamienia czasownikowego (element formalny)²³.

Nowsza teoria obiektywna, nazywana także konkretno-obiektywną, której twórcą był Franciszek von Liszt, nakazywała badanie tkwiącego w czynie niebezpieczeństwa *ex ante*, a nie *ex post*, czyli bez uwzględniania późniejszej wiedzy oraz okoliczności, które nie istniały w chwili podejmowania zachowania będącego początkiem wykonania czynu zabronionego²⁴. Dlatego właśnie, zgodnie z nowszą teorią, podstawą oceny niebezpieczeństwa czynu było stanowisko bezstronnego obserwatora posiadającego wiedzę sprawcy oraz rozsądek roztropnego człowieka – usiłowanie jest zatem niebezpieczne i karygodne, gdy roztrotny człowiek posiadający wiedzę sprawcy oraz dodatkowo wiadomości rozsądnego obserwatora w chwili czynu (*ex ante*) uzna dokonanie za niewykłuczone (nie nieprawdopodobne)²⁵. Usiłowanie zasługuje więc na karalność jedynie wtedy, gdy w chwili czynu postronny obserwator uznał dokonanie przestępstwa za niewykłuczone. Tylko w takim przypadku można mówić o niebezpieczeństwie, jakie zachowanie

²⁰ A. Liszewska, *Rozdział II. Formy...*, s. 711.

²¹ R. Dębski, *Karalność...*, s. 103.

²² A. Liszewska, *Rozdział II. Formy...*, s. 711.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, s. 713.

²⁵ R. Dębski, *Karalność...*, s. 105.

to stworzyło dla dobra prawnie chronionego, które stanowi uzasadnienie jego karalności²⁶. Przykładowo, według tej teorii, usiłowanie zabójstwa zasługuje na ukaranie także wtedy, gdy sprawca nie mógł obiektywnie dokonać czynu zabronionego, ponieważ jego pistolet został wcześniej bez jego wiedzy (a tym samym także wiedzy postronnego obserwatora) rozładowany²⁷.

Podsumowując analizę teorii formalno-obiektywnych, należy wskazać następujące wnioski, do których prowadzi przyjęcie stanowiska obiektywistycznego w zakresie wyznaczenia granic karalnego usiłowania:

- 1) karalność usiłowania jest uzasadniona powstaniem niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, u którego źródła leży zachowanie sprawcy,
- 2) usiłowaniem jest początek wykonania czynu rozumiany jako przystąpienie do realizacji, wskazanego w zespole znamion typu czynu zabronionego, znamienia czasownikowego,
- 3) usiłowanie powinno być karane łagodniej niż dokonanie, ponieważ stwarza jedynie groźbę naruszenia dobra, podczas gdy dokonanie oznacza wyrządzenie szkody, jest zatem w większym stopniu szkodliwe,
- 4) usiłowanie nieudolne, czyli takie, które bezwzględnie nie może zagrozić dobru, ponieważ albo nie ma środka nadającego się do popełnienia czynu, albo nie istnieje przedmiot wykonawczy, nie powinno być karalne²⁸.

3. TEORIE SUBIEKTYWNE

Obiektywnym teoriom usiłowania przeciwstawiano w nauce teorie subiektywne, które negowały znaczenie, jakie zwolennicy teorii przedmiotowych nadawali spowodowaniu niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. Uzasadnienia karalności usiłowania poszukiwano w stronie podmiotowej czynu, a nie w zagrożeniu, które ten czyn powoduje dla dóbr przedstawiających wartość społeczną. Teorie subiektywne opierają się na założeniu, że o karygodności zachowania człowieka nie decyduje niebezpieczeństwo, jakie to zachowanie stwarza dla dobra chronionego prawem, ale niebezpieczeństwo woli sprawcy, jego zły zamiar, rozumiany jako zamiar dokonania czynu zabronionego²⁹. Nie oznacza to jednak, że o karygodności może przesądzać samo powzięcie zamiaru popełnienia czynu o znamionach określonych w ustawie karnej – byłoby to bowiem sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa karnego (*cogitationis poenam nemo patitur*)³⁰. Odpowiedzialność karna musi wiązać się z podjęciem zachowania, które uzewnętrznia ową

²⁶ A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 95.

²⁷ Z. Jędrzejewski, *Granice karalności usiłowania nieudolnego*, WPP 2007, nr 2, s. 61.

²⁸ A. Liszewska, *Rozdział II. Formy...*, s. 714–715.

²⁹ Z. Jędrzejewski, *Granice...*, s. 65.

³⁰ A. Liszewska, *Rozdział II. Formy...*, s. 715.

złą wolę, wskazując przez to na niebezpieczność samego sprawcy. Usiłowanie jest karygodne, ponieważ wyraża wrogie nastawienie sprawcy wobec porządku prawnego, które w innych, bardziej sprzyjających okolicznościach, może doprowadzić do dokonania czynu zabronionego³¹. Na podstawie tych teorii uzasadnieniem karalności usiłowania jest więc w istocie niebezpieczność samego sprawcy, który skoro raz okazał się zdolny do podjęcia decyzji popełnienia przestępstwa, może ją zrealizować również w innych, bardziej sprzyjających okolicznościach doprowadzając do dokonania. Teorie podmiotowe pozwalają uzasadnić karalność działań podejmowanych z zamiarem dokonania czynu zabronionego niezależnie od związanej z nim bliskości naruszenia dobra prawnego (a więc także przypadków przygotowania) lub realności tego zagrożenia (usiłowanie nieudolne)³².

Przyjęcie założeń teorii subiektywnych prowadzi zatem do następujących wniosków:

1) skoro strona podmiotowa czynu przy usiłowaniu wygląda identycznie jak przy dokonaniu, oba te stadia realizacji przestępstwa powinny być karane w podobnym zakresie (zagrożone podobnymi sankcjami),

2) karalność usiłowania uzasadniona jest już wówczas, gdy sprawca w jakikolwiek sposób rozpoczął wcielić w czyn swój zamiar przestępczy uzewnętrzniając złą wolę,

3) nie jest istotna odległość dzieląca czyn sprawcy od zabronionego naruszenia dobra prawnego, jeśli tylko w działaniu dostatecznie jasno manifestuje się jego zamiar,

4) karać należy również takie zachowania się sprawcy, które co prawda w danej sytuacji w ogóle chronionemu przedmiotowi czynu nie zagrażały, lecz stanowiły dostateczny dowód złej woli sprawcy, podjęte bowiem były przez niego w przeświadczeniu, iż są w stanie zrealizować jego przestępczy zamiar (usiłowanie nieudolne)³³.

Teorie dualistyczne i mieszane powstały z kolei w opozycji do obiektywnego i subiektywnego pojmowania bezprawia czynu. Zwolennicy tych teorii stali zasadniczo na stanowisku, że uzasadnieniem ponoszenia odpowiedzialności karnej za usiłowanie jest obiektywne niebezpieczeństwo, jakie zachowanie stwarza dla dobra chronionego prawem. Do nich zalicza się bardzo popularna w piśmiennictwie niemieckim tzw. teoria wrażenia, według której usiłowanie – będące uzewnętrznieniem woli sprzecznej z normą postępowania – zasługuje na karalność, o ile przez to zachowanie naruszone może zostać zaufanie społeczne do obowiązywania porządku prawnego³⁴.

³¹ A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 97.

³² *Ibidem*.

³³ R. Dębski, *Karalność...*, s. 106–107.

³⁴ *Ibidem*, s. 107.

Właściwymi teoriami mieszanymi, które unikają zarówno wad teorii obiektywnych, jak i subiektywnych, są tzw. teorie udolności planu. Zgodnie z koncepcją niebezpieczeństwa planu, karalność usiłowania zależy od tego, czy plan, według którego postępuje sprawca, przedstawia się jako możliwy do zrealizowania – możliwość rozpatrujemy jednak w odniesieniu do wyobrażenia sprawcy z chwili podjęcia zachowania zmierzającego do realizacji czynu zabronionego³⁵.

4. PROBLEMATYKA USIŁOWANIA NIEUDOLNEGO

Problematyczna pozostaje także kwestia uzasadnienia ponoszenia odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne, które różni się od usiłowania udolnego brakiem realnego zagrożenia dla dobra prawnego. Ten brak zagrożenia musi być rozpatrywany *ex ante*, a więc ocenie podlega zagrożenie w czasie, w którym sprawca przystąpił do bezpośredniego zmierzania do realizacji zamiaru dokonania czynu zabronionego. Jeżeli w późniejszym okresie okaże się, że nastąpił brak przedmiotu czynności wykonawczej albo środek utracił swoją użyteczność do dokonania czynu, to jednak usiłowanie należy ocenić jako udolne. Nie odpowiada natomiast za usiłowanie udolne, lecz za nieudolne, osoba, która w zamiarze zabicia drugiego człowieka przystąpiła do przygotowań realizacji swojego zamiaru, jednak w czasie, w którym zaczęła bezpośrednio zmierzanie do dokonania tego czynu, okazało się, że przyszła ofiara zmarła z przyczyn niezależnych od usiłującego ją zabić.

Brak realnego zagrożenia dla dobra prawnego jako cechy usiłowania nieudolnego rodzi poważne problemy natury konstytucyjnej. Powstają pytania: jakie uzasadnienie ponoszenia odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne może przedstawić ustawodawca z punktu widzenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), a także jak uzasadnić istnienie społecznej szkodliwości usiłowania nieudolnego w stopniu wystarczającym dla przyjęcia przestępstwa (karygodność czynu jako element struktury przestępstwa – art. 1 § 2 KK)? W świetle zasady proporcjonalności albo należy wykazać, że karalność usiłowania nieudolnego jest legitymowana społeczną szkodliwością czynu realizujących znamiona tej instytucji, i to w natężeniu uzasadniającym kryminalizację, albo należy zrezygnować z karalności usiłowania nieudolnego jako sprzecznej z Konstytucją. W doktrynie polskiej na wiele sposobów próbowano uzasadnić karalność usiłowania nieudolnego. Najłatwiej jest powołać się na zademonstrowanie przez sprawcę braku posłuszeństwa dla norm prawnych. Wydaje się jednak, że istnieją racje dla uznania społecznej szkodliwości czynu realizującego znamiona usiłowania nieudolnego. Na płaszczyźnie działań ustawodawczych społeczna

³⁵ A. Liszewska, *Rozdział II. Formy...*, s. 716–717.

szkodliwość, legitymująca wprowadzenie zakazu pod groźbą kary, wystąpi, gdy ustali się, że określona kategoria czynów zagraża danemu dobru posiadającemu społecznie uznaną wartość. Będzie też konieczne ustalenie, że za pomocą zakazu i zastosowania kary w razie niepodporządkowania się normie prawnej będzie można wpływać na postępowanie adresatów normy. Z punktu widzenia Konstytucji też jest konieczne ustalenie, że kara jest proporcjonalną reakcją na ujemną wartość, ocenioną abstrakcyjnie, łączącą się z danym typem czynów, które ma obejmować zakaz pod groźbą kary. Zarówno usiłowanie udolne, jak i nieudolne czerpią swój sens, ale też podstawę do ujemnego wartościowania w odniesieniu do dobra prawnego.

Wydaje się więc uzasadnione wymaganie, aby karalność usiłowania nieudolnego była uzależniona także od wystąpienia potencjalnego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. To niebezpieczeństwo powinno być ustalane przez obiektywne (wzorcowego) obserwatora, dysponującego wiedzą odnośnie do planu działania sprawcy. Ponadto, w przypadku usiłowania nieudolnego, stopień społecznej szkodliwości konkretnego czynu będzie zależeć od rodzaju dobra prawnego, które sprawca miał zamiar zaatakować, oraz od stopnia nieudolności i charakteru błędu, który spowodował, że sprawca podjął działanie mimo braku właściwego przedmiotu lub posłużył się środkiem nienadającym się do popełnienia czynu zabronionego.

Powyższe usprawiedliwia tezę, że karalność usiłowania nieudolnego nie zostaje w sprzeczności z normami Konstytucji i że nie stanowi wyjątku od zasady przyjmującej, że szkodliwość czynu, a nie niebezpieczeństwo sprawcy, jest podstawą odpowiedzialności karnej³⁶.

5. WNIOSKI

Podsumowując, odpowiedzialność karna za formy stadialne poprzedzające dokonanie nie jest kwestią jednoznaczną. Pamiętać bowiem należy, że w przypadku usiłowania nie doszło do naruszenia dobra prawnego lub – jeśli chodzi o usiłowanie nieudolne – do takiego naruszenia dojść nie mogło. Rozszerzenie karalności, poza dokonanie, w literaturze uzasadniane jest faktyczną społeczną szkodliwością takich zachowań, które nie są obojętne z punktu widzenia ich ujemnego znaczenia w sensie społecznym. Każde usiłowanie oznacza narażenie na niebezpieczeństwo dobra prawnego chronionego przez odpowiedni zakaz prawny – w przypadku usiłowania niebezpieczeństwo to jest bezpośrednie³⁷.

Ratio legis stadialnych form popełnienia przestępstwa opiera się na podstawowej ochronnej funkcji prawa karnego, związanej z ochroną prawidłowych stosunków społecznych, a w szczególności – określonych dóbr społecznych

³⁶ Co do całości akapitu: W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 232–234.

³⁷ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990, s. 374.

(prawnych). Naruszenie takiego dobra uzasadnia kryminalizację zachowania stanowiącego przesłankę tego naruszenia.

Karalność usiłowania uzasadniona jest więc dwoma elementami. Z jednej strony zaawansowanie czynu zabronionego jest na tyle dalece posunięte, że zachodzi ze strony zachowania podjętego przez sprawcę realne zagrożenie dla dobra prawnego, przeciwko któremu skierowany jest czyn zabroniony. Z drugiej strony zamiarem sprawcy objęte jest dokonanie czynu zabronionego. Zrównanie, w przypadku usiłowania udolnego, ustawowego zagrożenia karą za usiłowanie i dokonanie świadczy o tym, że ustawodawca przywiązuje do elementu podmiotowego zasadniczą wagę. Jest bowiem oczywiste, że z punktu widzenia przedmiotowego (brak zniszczenia dobra prawnego) usiłowanie wykazuje niższy od dokonania stopień społecznej szkodliwości czynu. Z kolei usiłowanie nieudolne charakteryzuje się brakiem zagrożenia dobra prawnego, na które nakierowany był czyn zabroniony i w tym przypadku istnieje możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia. Trzeba sobie jednak zdawać sprawę z wyjątkowego charakteru postanowień o karalności usiłowania nieudolnego. Karalność ta spotkać się może z zarzutem stwarzania fikcji społecznej szkodliwości (społecznego niebezpieczeństwa) czynu. Zasadny jest więc postulat ograniczenia kryminalizacji w tym zakresie do niezbędnego minimum³⁸.

Beata Marciniak

RATIONALIZATION OF LIABILITY FOR ENDEAVOR OF COMMITTING OF CRIME (BETWEEN OBJECTIVE AND SUBJECTIVE THEORY)

Penal liability for stages of perpetrating an offence is not an unambiguous issue. So, it must be remembered that in case of endeavor there is no infringement of the legal interest, or if clumsy endeavor is meant such infringement could not take place. Expansion of penalty beyond perpetration, is substantiated in literature by actual social harmfulness of such behavior which is not indifferent from the point of view of their negative importance in a social sense.

Each endeavor means endangering the legal interest protected by a proper legal ban; in case of endeavor the danger is direct. So, penalty of endeavor is justified by two elements.

Keywords: liability, endeavor, clumsy endeavor, objective theory, subjective theory

³⁸ R. Dębski, *Karalność...*, s. 116–117.