

AGNIESZKA LISZEWSKA

Uniwersytet Łódzki

NIEBEZPIECZEŃSTWO USIŁOWANIA NIEUDOLNEGO

W nauce prawa karnego za powszechnie aprobowany można uznać pogląd, że warunkiem kryminalizacji określonego typowo zachowania człowieka jest wykazanie *in abstracto* jego społecznej szkodliwości identyfikowanej z nieakceptowalnym społecznie niebezpieczeństwem, jakie zachowanie to stwarza dla dobra prawnego¹. Konstytucyjnych podstaw tak ujmowanego warunku kryminalizacji poszukuje się w art. 5 Konstytucji w części, w której mowa jest o konieczności zapewnienia przez państwo bezpieczeństwa obywateli², a także w art. 31 ust. 3 Konstytucji wyrażającym zasadę proporcjonalności *sensu largo*³. Funkcja ochronna prawa karnego, która determinuje dopuszczalność stanowienia norm sankcjonujących naruszenia zakazów/nakazów określonego postępo-

¹ L. GARDOCKI, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 157 i n.; T. KACZMAREK, *Paradygmat naruszenia (zagrożenia) dobra prawnego jako aksjologiczna podstawa kryminalizacji*, [w:] *Między nauką a praktyką prawa karnego. Księga jubileuszowa Profesora Lecha Gardockiego*, red. Z. JĘDRZEJSKI, M. KRÓLIKOWSKI, Z. WIERNIKOWSKI, S. ŻÓŁTEK, Warszawa 2014, s. 148; J. KULESA, *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017, s. 113-118; IDEM, *Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako warunek kryminalizacji*, «Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego» 43/2017, s. 326 i n.; R. ZAWŁOCKI, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 110-111.

² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 października 2006 r., P 10/06, «Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy» 9A/2006, poz. 128.

³ .M. DĄBROWSKA-KARDAS, *O dwóch znaczeniach pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu*, «Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych» 2/1997, s. 29; A. ZOLL, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, I, red. A. ZOLL, Warszawa 2012, s. 41.

wania, nakłada na ustawodawcę obowiązek wskazania dobra prawnego oraz niebezpieczeństwa związanego z czynem naruszającym normę sankcjonowaną dla tego właśnie dobra. W niniejszym opracowaniu zostanie podjęta próba odczytania charakteru niebezpieczeństwa uzasadniającego kryminalizację usiłowania nieudolnego. Mimo świadomości ustawodawcy, że istotą tej konstrukcji jest deficyt strony przedmiotowej czynu polegający na obiektywnej niemożliwości naruszenia dobra prawnego postępowaniem uzewnętrzniającym taki właśnie zamiar sprawcy, została ona wprowadzona do wszystkich polskich kodeksów karnych, począwszy od kodeksu z 1932 r.⁴, i nic nie wskazuje na to, aby sytuacja ta miała ulec zmianie. Wprawdzie karygodność usiłowania można uzasadniać także nagannym nastawieniem sprawcy przejawiającym się zamiarem naruszenia dobra prawnego (konceptje subiektywne) albo względami prewencyjnymi, ale w świetle dominującego współcześnie poglądu, zgodnie z którym nieprzekraczalną granicę dopuszczalnej kryminalizacji wyznacza społecznie nieakceptowalne niebezpieczeństwo, jakie czyn stwarza dla dobra prawnego, pytanie o spełnienie tego warunku w odniesieniu do usiłowania nieudolnego pozostaje nadal aktualne. Podstawa legitymacyjna karalności każdej formy usiłowania (w tym usiłowania nieudolnego) powinna być taka sama, jak dokonania odpowiedniego typu czynu zabronionego, i jest nią zawsze ochrona dóbr prawnych⁵. Mimo różnic w stronie przedmiotowej usiłowanie nieudolne – tak jak udolne – zostało ukształtowane jako forma przeddokonania

⁴ Odnosząc się do zakresu karalności usiłowania nieudolnego w ramach regulacji dziewiętnastowiecznych kodyfikacji karnych, E. Krzymuski podkreślał, że wobec braku przepisów szczególnych decydujące zdanie w tej sprawie należało do teorii i praktyki orzeczniczej, która skłaniała się do uwzględniania podziału usiłowania na względnie i bezwzględnie nieudolne. E. KRZYMUSKI, *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*, Warszawa 1884, s. 168-169.

⁵ D. GRUSZECKA, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia*, Warszawa 2012, s. 298. Wprawdzie w polskim kodeksie karnym – odmiennie niż w niemieckim – usiłowanie nieudolne zostało uregulowane w odrębnym przepisie (art. 13 § 2 k.k.), nie ma to jednak znaczenia z perspektywy uzasadnienia jego karalności jako formy stadialnej przestępstwa. Odmiennie J. MAJEWSKI, *O różnicy i granicy między usiłowaniem udolnym a nieudolnym*, [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, red. J. MAJEWSKI, Toruń 2007, s. 24 i n.

przestępstwa i ta konstatacja winna stanowić punkt wyjścia do rozważań na temat jego karygodności. Udzielenie odpowiedzi na pytanie o niebezpieczeństwo związane z usiłowaniem nieudolnym wymaga w związku z tym odwołania się do podstaw karygodności każdego usiłowania jako formy stadialnej przestępstwa. Należy jednak już w tym miejscu dodać, że legitymacja normy prawnokarnej sankcjonującej czyn mieszczący się w ramach konstrukcji usiłowania zależy w dużej mierze od wyboru elementów przesądzających o jego karygodności. Ograniczając podstawę kryminalizacji do obiektywnie istniejącego niebezpieczeństwa wyrządzenia szkody w dobru prawnym, należałoby postulować istotne ograniczenie karalności stadiów przeddokonania, w tym także usiłowania zwykłego. Skutkiem takiego ograniczenia byłoby jednocześnie wyłączenie dopuszczalności legalnego przeciwdziałania wielu czynom znajdującym się na przedpolu naruszenia dobra, do których – obok przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo – należą także przygotowanie i usiłowanie. Bezprawność tego typu zachowań wywodzona jest przecież często wyłącznie z przepisów prawnokarnych⁶.

Rozważania poświęcone niebezpieczeństwu usiłowania należy rozpocząć od przypomnienia, że formy stadialne przeddokonania nie posiadają bytu samoistnego, lecz zostały ustanowione jako podstawa rozszerzenia zakresu karalności na przedpole dokonania czynu zabronionego⁷. Uwzględniając różnorodność typizacji dokonania, obejmującą

⁶ Na tę konsekwencję kwestionowania dopuszczalności przesuwania karalności na przedpole naruszenia dobra wskazuje P. KARDAS, *Sporne kwestie usiłowania przestępstw z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, [w:] *Kryminalizacja narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, red. J. MAJEWSKI, Warszawa 2015, s. 92.

⁷ A. ZOLL, *op. cit.*, s. 245; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, s. 515. Jak wskazuje P. Kardas, „przepisy dotyczące karalności usiłowania uzupełniają treść przepisów części szczególnej, określających zrębowo typ czynu zabronionego. Innymi słowy, zawierają one niewyrażone ze względu na potrzebę ekonomii i kondensacji tekstu prawnego, elementy norm zawartych w poszczególnych typach czynów zabronionych. Znamiona typu czynu zabronionego usiłowania są więc zawsze określone w co najmniej dwóch przepisach ustawy karnej, a mianowicie w odpowiednim przepisie części ogólnej, określającym warunki odpowiedzialności za usiłowanie, oraz w przepisie części szczególnej, opisującym nastawiony na dokonanie

zarówno czyny zabronione, których popełnienie wymaga nastąpienia skutku w postaci naruszenia dobra, jak i typy z narażenia na niebezpieczeństwo konkretne oraz abstrakcyjne, za nietrafną należy postrzegać tezę, że warunkiem spełnienia znamion usiłowania jest podjęcie przez sprawcę czynności „powodującej przekształcenie się zagrożenia abstrakcyjnego w realne”⁸. Charakter niebezpieczeństwa dla dobra prawnego związanego ze stadium usiłowania zależy od typu czynu zabronionego, z którym łączona jest ta forma stadialna, ukształtowanego w postaci dokonania. Usiłowanie przestępstwa z narażenia konkretnego nie może powodować realnego zagrożenia dla dobra, ponieważ osiągnięcie takiego poziomu niebezpieczeństwa oznacza, że nastąpiło dokonanie. Z kolei usiłowanie przestępstwa z narażenia abstrakcyjnego pozostaje na jeszcze dalszym przedpolu naruszenia dobra, ponieważ powstanie stanu rzeczywistego zagrożenia dla tego dobra nie jest w tym wypadku nawet warunkiem dokonania, które następuje wraz ze spełnieniem znamion opisujących zachowanie charakteryzujące się odpowiednim poziomem niebezpieczeństwa⁹. Biorąc pod uwagę z jednej strony niesamoistny charakter usiłowania, z drugiej zaś zadekretowaną ustawowo odpowiedzialność za usiłowanie każdego umyślnego typu czynu zabronionego, na uwzględnienie zasługuje propozycja zmiany punktu odniesienia dla badania niebezpieczeństwa jako warunku kryminalizacji. Niebezpieczeństwo usiłowania można oceniać nie tylko z perspektywy zagrożenia dla dobra prawnego, lecz także zagrożenia wypełnienia

typu czynu zabronionego”; P. KARDAS, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 685-686.

⁸ A. ZOLL, *op. cit.*, s. 256.

⁹ Posłużenie się w tym miejscu określeniem „niebezpieczeństwo” nawiązuje do dokonanego przez M. Cieślaka rozróżnienia dwóch znaczeń pojęcia „niebezpieczeństwo”. Niebezpieczeństwo może być rozumiane jako pewien stan rzeczy (statyczny bądź dynamiczny – zachowanie), z którym związane jest prawdopodobieństwo naruszenia dobra albo jako cecha decydująca o tym, że dane zjawisko (w tym także zachowanie) jest niebezpieczne. W tym drugim wypadku M. Cieślak proponuje posługiwanie się terminem „niebezpieczeństwo”, nawiązując tym samym do używanych na gruncie niemieckiej dogmatyki prawa karnego określeń *Gefahr* i *Gefährlichkeit*; M. CIEŚLAK, *Pojęcie niebezpieczeństwa w prawie karnym*, «Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Seria Prawo» 1/1955, s. 152.

znamion dokonania¹⁰. W polskiej doktrynie prawa karnego za takim sposobem rozumienia niebezpieczeństwa związanego z usiłowaniem opowiada się Dagmara Gruszecka. Autorka podnosi, że skoro usiłowanie zawsze odnosimy do dokonania, to kwestię niebezpieczeństwa związanego z tą formą stadialną należy oceniać nie w relacji do naruszenia dobra prawnego, lecz z perspektywy bliskości dokonania i dlatego właśnie „usiłowanie udolne stanowi nie konkretne niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, ale konkretne niebezpieczeństwo wyczerpania znamion typu”¹¹. Niebezpieczeństwo stanowiące podstawę kryminalizacji usiłowania oznacza w tym ujęciu prawdopodobieństwo zrealizowania znamion czynu zabronionego ukształtowanego w formie dokonania, zaś dokonanie następuje albo dopiero z chwilą naruszenia dobra, albo już wtedy, gdy doszło do narażenia tego dobra na niebezpieczeństwo (konkretne bądź abstrakcyjne)¹². Analizując problem zawartości bezprawia usiłowania, należy w związku z tym uwzględnić jego nieautonomiczny charakter, z którego wynika, że karalność tej formy stadialnej przestępstwa uzasadnia bliskość dokonania czynu zabronionego, a nie bliskość naruszenia dobra stanowiącego przedmiot ochrony¹³. Wska-

¹⁰ Odmienne E. HRYNIEWICZ, *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*, Warszawa 2012, s. 178. Autorka przyjmuje, że rodzaj zagrożenia jest niezależny od konstrukcji czynu zabronionego i dlatego oznacza ono zawsze prawdopodobieństwo naruszenia chronionego dobra, a nie prawdopodobieństwo dokonania czynu zabronionego.

¹¹ D. GRUSZECKA, *op. cit.*, s. 324. W ten sposób postrzega niebezpieczeństwo usiłowania C. ROXIN, który uważa, że nie należy go relatywizować do dobra prawnego, lecz do zespołu znamion opisującego dokonanie („Gefährdung muß tatbestandsnah, nicht notwendig rechtsgutnah sein”), ponieważ w ramach usiłowania mieszczą się także takie czyny, które z perspektywy dobra leżą jeszcze daleko w obszarze przygotowania; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I.1: *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, s. 334. Odmienne E. HRYNIEWICZ, *op. cit.*, s. 178.

¹² W tym miejscu warto zauważyć, że to samo dobro prawne może być chronione przy pomocy przepisów zawierających normy sankcjonujące zarówno jego naruszenie, jak i narażenie na niebezpieczeństwo, przy czym w obu wypadkach mamy do czynienia z konstrukcją dokonania (np. art. 160 § 1 k.k. i art. 156 § 1 k.k.).

¹³ Usiłowanie stanowi tylko wtedy realne zagrożenie dla dobra, gdy odnosi się do przestępstwa, którego dokonanie zostało uzależnione od skutku w postaci naruszenia dobra.

zanie związku z dokonaniem pozwala na lepsze odczytanie istoty niebezpieczeństwa czynu polegającego na bezpośrednim zmierzaniu do dokonania, także w przypadku, gdy jest ono obiektywnie niemożliwe.

Rozważając problem karygodności usiłowania, warto także nawiązać do prezentowanego przede wszystkim w nauce niemieckiej poglądu, że o ujemnym wartościowaniu czynu decyduje nie tylko wywołanie tym czynem negatywnego skutku w postaci naruszenia dobra chronionego prawem (*Erfolgsunwert*), lecz także ujemna wartość samego zachowania (*Handlungsunwert*)¹⁴. Rozróżnienie to nabiera szczególnego znaczenia w odniesieniu do usiłowania, ponieważ w tym wypadku zawsze ocena niebezpieczeństwa pozostaje oderwana od faktycznych następstw czynu podlegającego wartościowaniu. Zagrożenie dla dobra prawnego determinuje wprawdzie niebezpieczność zachowania decydującą o jego ujemnym wartościowaniu, ale niebezpieczność ta nie zależy ani od rzeczywistego naruszenia dobra, ani nawet od powstania takiego zagrożenia¹⁵. Innymi słowy ujemna wartość czynu pozostaje niezależna od tego, czy doprowadził on do powstania jakiegokolwiek skutku¹⁶.

¹⁴ H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, s. 239-244; C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2020, s. 419-426; J. GIEZEK, *Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji czynu zabronionego*, «Przeгляд Prawa i Administracji» 50/2002, s. 114. Źródła tego rozróżnienia należy poszukiwać w finalnej koncepcji czynu H. Welzla, który przeciwstawiał się kauzalnemu pojmowaniu ludzkiej aktywności i stworzył koncepcję personalnego bezprawia. Zob. na ten temat Z. JĘDRZEJEWSKI, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 87-91 oraz 178-182.

¹⁵ J. GIEZEK, *op. cit.*, s. 114-115. Autor zauważa, że: „Każde zachowanie może być bowiem ocenione zarówno ze względu na skutek, jaki ono wywołuje, jak i – niezależnie od tego, czy ów skutek w ogóle został osiągnięty – ze względu na sens samej aktywności jako takiej. Jeśli z punktu widzenia systemu norm stanowiącego podstawę wartościowania skutek oceniony zostanie negatywnie, mówić będziemy o ujemnej jego wartości. Jeśli natomiast sama aktywność działającego podmiotu, zmierzająca w sposób mniej lub bardziej uświadomiony do negatywnego skutku, z tego właśnie powodu poddana zostanie dezaprobachie, mówić będziemy o ujemnej wartości zachowania, niezależnie od tego, czy skutek faktycznie został urzeczywistniony”.

¹⁶ J. Giezek ujmuje to następująco: „Sama perspektywa szkody, nawet jeśli ona nie nastąpi, może stanowić, w warunkach nowoczesnego społeczeństwa, przeszkodę i hamulec normalnego rozwoju życia społecznego. Perspektywa ta nadaje zatem

W polskiej nauce prawa karnego dostrzeżenie ujemnej wartości samego zachowania znalazło odzwierciedlenie na gruncie analiz normatywnych, gdzie przeważa pogląd, że skutku nie należy sytuować na płaszczyźnie zakresu normowania normy sankcjonowanej wyznaczającej pole bezprawności, lecz w ramach hipotezy (zakresu zastosowania) normy sankcjonującej¹⁷. Podkreśla się przy tym, że zakaz/nakaz określonego postępowania winien zawsze wyprzedzać zaistnienie skutku, ponieważ jest on formułowany w stosunku do zachowań przyszłych, których ujemna ocena (ujemne wartościowanie) nie może zależeć od tego, czy skutek rzeczywiście nastąpił, lecz wyłącznie od prognozy jego nastąpienia. Przyjęcie poglądu odmiennego prowadziłyby do wniosku, że „każde przyczynowe wywołanie ustawowo stypizowanego, negatywnego skutku niejako automatycznie uzyskiwałoby ujemną wartość, stając się samodzielną i wyłączną podstawą realizacji znamion czynu zabronionego”¹⁸.

Dokonanie oceny niebezpieczności zachowania bez uwzględnienia jego negatywnych następstw dla dobra prawnego powoduje, że większego znaczenia nabierają elementy subiektywne związane z nastawieniem psychicznym sprawcy¹⁹ determinującym podjęcie (albo zaniechanie podjęcia) określonych czynności. Ujemne wartościowanie

niebezpieczeństwu pewną samodzielną ujemną wartość. Samodzielność tę należy rozumieć w ten sposób, że niebezpieczeństwo naruszenia dobra prawnego ma wartość ujemną niezależnie od tego, czy do grożącego naruszenia w ogóle dojdzie. O tak rozumianej ujemnej wartości mówić możemy już w chwili wystąpienia niebezpieczeństwa, polega ona bowiem na wywołaniu stanu niepewności co do dalszego istnienia zagrożonego dobra prawnego”; J. GIEZEK, *op. cit.*, s. 115-116.

¹⁷ A. ZOLL, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, «Krakowskie Studia Prawnicze» 23/1990, s. 60 i n.; M. DĄBROWSKA-KARDAS, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 177; P. KARDAS, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, «Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych» 4/2012, s. 41; J. MAJEWSKI, *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1997, s. 62 i n. Odmiennie Ł. POHL, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 60-61.

¹⁸ J. GIEZEK, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 68-69.

¹⁹ Przy czynach umyślnych chodzi o nastawienie psychiczne w postaci zamiaru. W odniesieniu natomiast do czynów nieumyślnych charakteryzujących się brakiem

czynu, który nie sprowadza co najmniej rzeczywistego zagrożenia dla dobra prawnego, staje się niemożliwe wyłącznie w oparciu o zobiektywizowaną ocenę strony przedmiotowej. Problem ten uwidacznia się zwłaszcza w odniesieniu do usiłowania nieudolnego, ale także niektórych przypadków przygotowania do przestępstwa. W ramach ewolucji koncepcji teoretycznych dotyczących bezprawia usiłowania nieudolnego²⁰ niejednokrotnie zwracano uwagę na konieczność łączenia elementów subiektywnych i obiektywnych dla wyjaśnienia niebezpieczeństwa takich czynów, które obiektywnie *in concreto* nie zagrażają żadnemu dobru prawnemu. Uwzględnienie elementów subiektywnych staje się niezbędne także w odniesieniu do przygotowania, ponieważ czynności przygotowawcze rozpatrywane czysto obiektywnie, w oderwaniu od celu działania sprawcy, mają w większości wypadków charakter prawnie irrelevantny²¹. Jak zauważa Jacek Giezek, wraz z przesuwaniem kryminalizacji na przedpole naruszenia dobra prawnego wzrasta rola strony podmiotowej czynu, która zaczyna w mniejszym lub większym stopniu dominować nad stroną przedmiotową, rekompensując jej niedostatki²². Dlatego autor stwierdza, że „im bardziej zwiększamy dystans od dokonania oznaczającego naruszenie dobra prawem chronionego, tym istotniejsza staje się płaszczyzna wolicjonalna, znaczenia nabiera

zamiaru elementem wymagającym uwzględnienia przy ocenie niebezpieczeństwa zachowania jest naruszenie reguł postępowania względem dobra prawnego.

²⁰ Por. na ten temat Z. JĘDRZEJEWSKI, *op. cit.*, s. 15 i n.; IDEM, *Granice karalności usiłowania nieudolnego*, «Wojskowy Przegląd Prawniczy» 2/2007, s. 70 i n.; D. GRUSZECKA, *Rozwój koncepcji karalności usiłowania nieudolnego*, «Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie» 4/2010, s. 31-47; R. DĘBSKI, *Karalność usiłowania nieudolnego*, «RPEiS» 61.2/1999, s. 114 i n.

²¹ Dlatego, jak słusznie zauważa J. Giezek, w konstrukcji przygotowania strona podmiotowa odgrywa niebagatelną rolę, ponieważ od strony przedmiotowej czynności przygotowawcze nie muszą wykazywać żadnej ujemnej wartości i dopiero strona podmiotowa, a ściślej cel, w jakim zostały one podjęte, zmienia ich ocenę na poziomie bezprawności i karalności; J. GIEZEK, *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, «Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska» 60.2/2013, s. 42-43.

²² J. GIEZEK, *Strona podmiotowa czynu zabronionego a formy jego popełnienia – zagadnienia wybrane*, «Przegląd Prawa i Administracji» 120.2/2020, s. 21.

bowiem intencjonalność takiego naruszenia, która – dzięki jego projekcji (wyobrażeniu) – stanowi swoistą rekompensatę elementów strony przedmiotowej. Zdekompletowanym, a w zasadzie jeszcze niezrealizowanym znamionom strony przedmiotowej towarzyszyć bowiem muszą określone plany oraz zamierzenia sprawcy czynu zabronionego i w tym właśnie znaczeniu strona podmiotowa zyskuje nad nią przewagę. Taka prawidłowość zdaje się – ze względów kryminalnopolitycznych – w pełni uzasadniona i dobrze zracjonalizowana”²³.

Badanie problemu uzasadnienia kryminalizacji usiłowania nieudolnego w oparciu o kryterium społecznej szkodliwości czynu może zostać przeprowadzone przy uwzględnieniu następujących założeń wstępnych. Po pierwsze, niebezpieczeństwa usiłowania nie należy oceniać z perspektywy naruszenia dobra prawnego, lecz w relacji do wypełnienia zespołu znamion czynu zabronionego ukształtowanego w postaci dokonania. Po drugie, niebezpieczeństwo to należy weryfikować za pomocą wartościowania samego czynu z pominięciem ujemnej wagi skutku, którego brak należy do znamion każdego usiłowania, i po trzecie, dla wykazania niebezpieczeństwa usiłowania istotne znaczenie ma strona podmiotowa, bez uwzględnienia której ocena niebezpieczności czynu staje się albo niepełna, albo wręcz niemożliwa. O karygodności każdej postaci usiłowania decyduje zatem połączenie przestępczej woli sprawcy nastawionego na dokonanie czynu zabronionego z obiektywnym rozpoczęciem jej realizacji ocenianym z perspektywy prawdopodobieństwa dokonania. Ze względu jednak na charakteryzujący usiłowanie nieudolne obiektywny brak możliwości dokonania, ocena stopnia jego niebezpieczeństwa nie jest łatwa nawet przy przesunięciu akcentów na niebezpieczność samego zachowania. Skoro o niebezpieczeństwie usiłowania decyduje prawdopodobieństwo zrealizowania przez sprawcę znamion czynu zabronionego, to wobec obiektywnego braku takiej możliwości pojawia się pytanie, według jakich kryteriów należy dokonywać oceny owego prawdopodobieństwa. Należy także zauważyć, że przyjęta w polskim kodeksie karnym konstrukcja usiłowania nieudolnego jest niezwykle pojemna i obejmuje różne zachowania, z których

²³ J. GIEZEK, *Strona podmiotowa...*, s. 23-24.

nie wszystkie dają się zweryfikować w oparciu o kategorię niebezpieczeństwa. Przegląd stanowisk na ten temat przedstawili wyczerpująco Dagmara Gruszecka²⁴ oraz Zbigniew Jędrzejewski²⁵. W tym miejscu wypada jedynie zwrócić uwagę na niektóre współcześnie prezentowane koncepcje teoretyczne łączące kryminalizację usiłowania nieudolnego z obiektywnie postrzeganym niebezpieczeństwem. Podstawowym założeniem tych koncepcji jest zwrócenie uwagi na konieczność jednolitego traktowania wszystkich postaci usiłowania i nieprzeciwstawianie sobie usiłowania zwykłego usiłowaniu nieudolnemu²⁶.

W pierwszej kolejności na uwagę zasługują koncepcje nawiązujące do tzw. nowszej teorii obiektywnej²⁷, zgodnie z którą o niebezpieczeństwie usiłowania decyduje dokonana *ex ante* ocena konkretnego zachowania, która uwzględnia okoliczności rozpoznawalne przez postronnego obserwatora dysponującego wiedzą sprawy. Jeżeli według tej oceny dokonanie czynu zabronionego jawi się jako obiektywnie możliwe, mamy do czynienia z usiłowaniem, którego karygodność (ujemne wartościowanie) opiera się na niebezpieczeństwie. Do koncepcji obiektywnej w przedstawionym ujęciu nawiązuje Hans J. Hirsch, który wychodzi z założenia, że ocenę niebezpieczeństwa usiłowania zwykłego (udolnego) należy opierać na „formułowanej *ex ante* ocenie roztropnej osoby trzeciej, która w momencie rozpoczęcia aktywności znajdowałaby się na miejscu działającego i realizowała jego plan działania. Decydujące jest zatem to, czy zgodnie z oceną sytuowanej na miejscu sprawcy miarodajnej osoby trzeciej, która zna plan jego działania, możliwe jest w konkretnych realiach urzeczywistnienie (dokonanie) zamierzonego, wypełniającego znamiona działania”²⁸. Analogicznie w przypadku usiłowania nieudol-

²⁴ D. GRUSZECKA, *Ochrona dobra prawnego...*, s. 282 i n.; IDEM, *Rozwój koncepcji...*, s. 31-47.

²⁵ Z. JĘDRZEJEWSKI, *Bezprawie...*, s. 15 i n.

²⁶ H.J. HIRSCH, *Problematyka regulacji nieudolnego usiłowania w polskim i niemieckim kodeksie karnym*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. GIEZEK, Kraków 2006, s. 267-269.

²⁷ Twórcami tej koncepcji byli F. von Liszt i R. von Hippel. Z. JĘDRZEJEWSKI, *Bezprawie...*, s. 34-35.

²⁸ H.J. HIRSCH, *op. cit.*, s. 266-267.

nego o niebezpieczeństwie powinna decydować ocena postronnego obserwatora dokonywana *ex ante*, dla której nieistotne pozostaje to, czy z perspektywy *ex post* przedmiot czynu albo użyty środek były od początku nieudolne. Poziom niebezpieczeństwa każdej postaci usiłowania wyznaczany jest w oparciu o ocenę miarodajnej, rozsądnej osoby, która pozostając w tym samym miejscu co sprawca, potwierdziłaby możliwość zrealizowania znamion czynu zabronionego. Hans J. Hirsch proponuje w związku z tym, aby rozróżniać usiłowanie nieudolne niebezpieczne – czyli takie, które w ocenie postronnego obserwatora przedstawia się *ex ante* jako zdadne do zrealizowania znamion określonego typu przestępstwa – oraz bezpieczne, które z perspektywy oceny *ex ante* nie wiąże się z takim ryzykiem²⁹. Konkludując, autor stwierdza, że „pod względem merytorycznym nie jest trafne rozróżnienie pomiędzy usiłowaniem udolnym i nieudolnym, lecz należy dokonywać rozróżnienia pomiędzy usiłowaniem niebezpiecznym i bezpiecznym. Można tutaj również używać określeń »usiłowanie właściwe« i »usiłowanie niewłaściwe«. Do tych właściwych należą obok usiłowania udolnego również przypadki dotyczące usiłowania zwyczajowo nieudolnego, w których realizacja decyzji o dokonaniu czynu uwidacznia się w zachowaniu, które w odniesieniu do urzeczywistnienia znamion czynu przestępczego (z perspektywy *ex ante*) jawi się jako obiektywnie niebezpieczne”³⁰.

W polskiej doktrynie prawa karnego do poglądu tego nawiązuje Andrzej Zoll, który niebezpieczeństwo usiłowania nieudolnego łączy z oceną zachowania dokonywaną *ex ante* przez postronnego obserwatora dysponującego wiedzą sprawcy odnośnie do przyjętego planu działania. Zdaniem Andrzeja Zolla niebezpieczeństwo usiłowania nieudolnego

²⁹ H.J. HIRSCH, *op. cit.*, s. 267-269. Według H.J. Hirscha niebezpieczeństwa usiłowania nie można wiązać wyłącznie z obiektywnie postrzeganym zachowaniem sprawcy, lecz opiera się ono na połączeniu elementów przedmiotowych z wolą dokonania czynu zabronionego (tzw. *Vereinigungstheorie*). Niebezpieczność usiłowania staje się przez to kategorią subiektywno-obiektywną i oba te elementy należy uwzględniać łącznie; *ibidem*, s. 276. Podobne stanowisko w kwestii subiektywno-obiektywnego charakteru niebezpieczeństwa każdej formy usiłowania zajmuje C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I.1..., s. 334.

³⁰ H.J. HIRSCH, *op. cit.*, s. 276.

zachodzi wtedy, „gdy sprawca zaplanował czyn w sposób realnie zagrażający dobru prawnemu, natomiast przy jego realizacji doszło do błędu wykluczającego możliwość realizacji tego planu”³¹. Za bezkarne należy uznać jednak takie nieudolne usiłowanie popełnienia czynu zabronionego, który już na etapie podejmowania przez sprawcę zamiaru był niemożliwy do wykonania, nie zagrażał tym samym żadnemu dobru chronionemu przez prawo³².

Do autorów, którzy widzą potrzebę uzasadnienia karalności każdej formy usiłowania w oparciu o kategorię niebezpieczeństwa, należy także Rolf D. Herzberg. Autor na wstępie podkreśla, że zapewnienie efektywnej ochrony wartościom, którym zagraża czyn będący dokonaniem, wymaga wprowadzenia identycznej karalności stadium bezpośrednio poprzedzającego dokonanie³³. W odniesieniu do usiłowania nieudolnego niebezpiecznego stan zagrożenia dla dobra prawnego istnieje zarówno w wyobrażeniu sprawcy, jak i postronnego obserwatora, natomiast gdy chodzi o usiłowanie nieudolne bezpieczne – tylko w wyobrażeniu sprawcy³⁴. Rolf D. Herzberg jest jednak skłonny wyłączyć karalność tylko takiego usiłowania nieudolnego, które opiera się na zabobonie, ponieważ charakteryzuje się ono brakiem odpowiedniego, czyli opartego na racjonalnych przesłankach, wyobrażenia urzeczywistnienia znamion czynu zabronionego³⁵. Jeżeli zatem owo wyobrażenie zostało oparte na

³¹ A. ZOLL, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego*, [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, red. J. MAJEWSKI, Toruń 2007, s. 18.

³² *Ibidem*. Przykładem takiej sytuacji mogą być przypadki usiłowania, którego nieudolność wynika z „zabobonu lub ciemnoty” (art. 23 § 3 k.k. z 1932 r.).

³³ R.D. HERZBERG *Komentarz do § 22*, [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, red. W. JOECK, K. MIEBACH, München 2003, nb 4. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że R.D. Herzberg mówi o ochronie najważniejszych interesów i wartości, takich jak życie czy własność, nawiązując tym samym do przyjętego w prawie niemieckim założenia karalności tylko niektórych przypadków usiłowania (także nieudolnego). Zgodnie z § 23 (1) StGB usiłowanie zbrodni karalne jest zawsze, zaś występkę tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi.

³⁴ *Ibidem*, nb 5.

³⁵ *Ibidem*, nb 6. Podobny argument na rzecz wyłączenia karalności tzw. usiłowania nierealnego przedstawił w polskiej literaturze J. Majewski. Autor uważa, że

przesłankach racjonalnych, to niebezpieczeństwo wypełnienia znamion dokonania należy postrzegać jako realne³⁶.

Akceptując zaproponowane przez Hansa J. Hirscha kryterium podziału usiłowania na niebezpieczne i bezpieczne, niektórzy autorzy widzą jednak potrzebę uzasadnienia karalności także niektórych przypadków usiłowania bezpiecznego (z wyłączeniem tzw. usiłowania opartego na zabobonie czy rażąco nierozumnego), które siłą rzeczy nie może opierać się na niebezpieczeństwie czynu sprawcy³⁷. Potrzeba karania wszystkich przypadków usiłowania nieudolnego wynika bowiem z celów indywidualnoprzewencyjnych. Zdaniem Clausa Roxina karygodność usiłowania ma charakter dualistyczny – albo jest ona oparta na niebezpieczeństwie (usiłowanie niebezpieczne), albo na naruszeniu normy (porządku publicznego) wyrażającym się w kompletnych jedynie od strony podmiotowej przestępnych czynnościach wykonawczych³⁸. Pojawia się w tym miejscu nowe kryterium uzasadniające karalność „bezpiecznych”

w przypadku takiego usiłowania brakuje jednej z konstytutywnych przesłanek karalności, a mianowicie zamiaru, który odnosimy do znamion przedmiotowych czynu zabronionego. Pole znaczeniowe znamienia czasownikowego – często wyznaczone przez wskazanie skutku – nie obejmuje swoim zakresem zachowań, które według aktualnej wiedzy w żaden sposób i w żadnym układzie okoliczności nie mogą doprowadzić do naruszenia dobra. Jeżeli sprawca zdaje sobie sprawę z okoliczności faktycznych, które tylko w jego wyobrażeniu mogą doprowadzić do określonego skutku, faktycznie jest to jednak nierealne, to nie ma zamiaru popełnienia czynu zabronionego; J. MAJEWSKI, *O (braku) karalności usiłowań „nierealnych”, „absolutnie nieudolnych” i im podobnych*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. POHL, Poznań 2009, s. 356-358.

³⁶ R.D. HERZBERG, *op. cit.* Można mieć oczywiście wątpliwości, czy powiązanie niebezpieczeństwa tylko z wyobrażeniem sprawcy co do możliwości dokonania czynu zabronionego nie jest już czysto subiektywnym uzasadnieniem karalności przypadków tzw. usiłowania nieudolnego bezpiecznego.

³⁷ C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I.1..., s. 338.

³⁸ „Die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit läßt es jedoch zu, auch eine lediglich subjektiv komplette deliktische Ausführungshandlung als tatbestandlich konkretisierte Friedensstörung (als «rechtserschütternden Normbruch») für grundsätzlich strafbar zu erklären, soweit er der fehlenden Gefährlichkeit auf der Rechtsfolgenseite in ausreichendem Maße Rechnung trägt”; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I.1..., s. 338.

postaci usiłowania nieudolnego i jest nim naruszenie normy prawnej. Kryterium to stanowi punkt wyjścia poglądu Güntera Jacobsa, który nawiązując wprawdzie do kategorii niebezpieczeństwa, wskazuje zupełnie inną podstawę kryminalizacji usiłowania nieudolnego – tożsamą z podstawą kryminalizacji usiłowania zwykłego i dokonania czynu zabronionego. Jest nią uzewnętrzniony przejaw ataku na normy prawne, który może, ale nie musi, wiązać się z powstaniem zagrożenia dla dobra. Zdaniem Güntera Jacobsa karalność usiłowania jest w każdym wypadku uzasadniona pogwałceniem norm prawnych (*Strafgrund des Versuchs ist das Expressiv-Werden einen Normbruchs*), które w odniesieniu do usiłowania w sensie materialnym przybiera postać zewnętrznego zachowania zmierzającego do wyrządzenia uszczerbku w dobru prawnym, zaś dla usiłowania w sensie formalnym, którego punktem odniesienia jest potencjalne zrealizowanie zespołu znamion czynu zabronionego, przybiera postać zachowania deklarowanego jako zewnętrzne przez prawo pozytywne. Wprawdzie niektórzy autorzy zaliczają poglądy Güntera Jacobsa do grupy koncepcji subiektywnych³⁹, wydaje się jednak, że nie ma bardziej obiektywnego kryterium niż naruszenie normy prawnej zakazującej określonego postępowania, nawet jeśli nie musi się ono wiązać z niebezpieczeństwem dla dobra. Pozostaje otwarte pytanie, czy uzasadnienie karalności „oderwane” od kryterium niebezpieczeństwa może być akceptowane w świetle podstawowych założeń dotyczących legitymacji każdej normy prawnokarnej⁴⁰ i czy mamy w tej sytuacji do czynienia z naruszeniem takiej normy postępowania (sankcjonowanej), której sprzężenie z prawnokarną normą sankcjonującą staje się dopuszczalne, skoro nie wiąże się z żadnym, choćby tylko postrzeganym *ex ante*, zagrożeniem dla dóbr prawnych.

Na przekroczenie normy sankcjonowanej jako źródła bezprawności usiłowania wskazuje także Andrzej Jezusek, który materialną treść tej postaci stadialnej wiąże ze społeczną nieadekwatnością czynu polegającą

³⁹ *Ibidem*, s. 345-346.

⁴⁰ Krytykę poglądów G. Jacobsa, który proponuje, aby przedmiotem prawnokarnej ochrony uczynić nie dobra prawne, lecz samo obowiązywanie norm, przedstawił T. Kaczmarek; T. KACZMAREK, [w:] *System prawa karnego*, III, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*, red. R. DĘBSKI, Warszawa 2017, s. 284.

na „podjęciu przez sprawcę zachowania, które z perspektywy *ex ante* stwarza nieakceptowalne niebezpieczeństwo dla określonego nośnika dobra prawnego”⁴¹. Od strony formalnej o przekroczeniu normy sankcjonowanej właściwej dla usiłowania w każdej jego postaci decyduje – zdaniem autora – naruszenie reguł postępowania lub bezpośrednie zmierzanie do ich naruszenia, przy czym zamiar sprawcy należy do treści zakazu/nakazu objętego tą normą⁴².

Konieczność wyjaśnienia karygodności usiłowania nieudolnego w oparciu o obiektywne zagrożenie dla dobra podnosi także Zbigniew Jędrzejewski⁴³, chociaż sposób postrzegania przez tego autora niebezpieczeństwa czynu nawiązuje do obiektywno-personalnej koncepcji bezprawia, łączącej karygodność zachowania z osobą sprawcy⁴⁴. Jędrzejewski uważa, że źródła „niebezpieczeństwa woli” dla dobra prawnego należy poszukiwać w „personalnej możliwości sprawcy dobrego zaplanowania, rozeznania w okolicznościach, odpowiedniego doboru środków, właściwie przeprowadzonego działania i w konsekwencji naruszenia lub zagrożenia konkretnemu przedmiotowi (dobru)”⁴⁵. Autor podkreśla, że każdy skutek albo niebezpieczeństwo jego powstania zależą od

⁴¹ A. JEZUSEK, *Společna nieadekwatność czynu jako podstawa bezprawności usiłowania*, «Forum Prawnicze» 3/2018, s. 78.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Uzasadniając karygodność usiłowania nieudolnego, autor podkreśla, że: „Jedynym punktem odniesienia do analizy może być dobro prawne, które ustawodawca chce chronić bezpośrednio. [...] Każda norma zawarta w kodeksie karnym wyraża (lub powinna wyrażać, ponieważ nie można wykluczyć istnienia normy wadliwie skonstruowanej) ujemność czynu z punktu widzenia stosunku zachowania się sprawcy do dobra prawnego. [...] Jeżeli chcemy w jakiś sposób uzasadnić karygodność usiłowania nieudolnego, a więc dowieść, że istnienie art. 13 § 2 k.k. z 1997 nie jest pozbawione racji merytorycznych, to odnaleźć je można jedynie w relacji zachowania sprawcy do dobra prawnego (naturalnie jeśli chcemy pozostać na pozycjach prawa karnego, którego osiłą zasadniczą jest dobro prawne i czyn sprawcy)”. Zob. Z. JĘDRZEJEWSKI, *Bezprawie usiłowania...*, s. 164-165.

⁴⁴ Z tego powodu koncepcja Z. Jędrzejewskiego jest niekiedy postrzegana jako subiektywna, mimo licznych odniesień do elementów obiektywnych, takich jak związek przyczynowy i zagrożenie dla dobra prawnego. Zob. D. GRUSZECKA, *Ochrona dobra prawnego...*, s. 294-295.

⁴⁵ Z. JĘDRZEJEWSKI, *Bezprawie usiłowania...*, s. 194.

„potencjału wykonawczego” sprawcy, ponieważ „działanie i podmiot je realizujący tworzą nierozzerwalną całość”⁴⁶. Dlatego poza zakresem karalności pozostają takie przypadki usiłowania nieudolnego, w których nie istniała możliwość zrealizowania czynu ze względu na brak potencjalnej skuteczności woli sprawcy⁴⁷.

Na zakończenie tego krótkiego przeglądu koncepcji poszukujących wyjaśnienia karygodności usiłowania nieudolnego w oparciu o kryterium niebezpieczeństwa czynu należy uwzględnić pogląd Ryszarda Dębskiego, który proponuje odróżnić „dobro prawne” jako przedmiot idealny, którego ochrona związana jest z danym typem czynu zabronionego, od konkretnego przedmiotu zamachu. Ujemna wartość usiłowania – niezależnie od jego udolności – wynika z tego, że stanowi ono zamach na dobro prawne w jego idealnym kształcie, bez względu na faktyczną, obiektywną możliwość wyrządzenia szkody⁴⁸. Ten sposób identyfikowania niebezpieczeństwa zakłada, że punktem odniesienia

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Z. Jędrzejewski w następujący sposób wyjaśnia podstawy karygodności usiłowania nieudolnego: „W przypadku usiłowania nieudolnego nie ma żadnych szans na osiągnięcie zamierzonego skutku. Wola manifestuje się tylko w konkretnym działaniu, ale kształtowanie procesów przyczynowych w stosunku do celu nie zachodzi. Taki brak nie oznacza jednak automatycznie, że nie istniała jakakolwiek możliwość ingerencji w zewnętrzny świat przyczynowości. Ten «brak» może być efektem wcześniejszego błędu sprawcy. Istniała możliwość sterowania, która nie przekształciła się w sterowanie faktyczne, sprawca mógł «władać» kauzalną rzeczywistością, «realizować» cel, choć w konkretnym już zachowaniu takiej urzeczywistniającej roli woli nie stwierdzamy. W tej potencjalnej skuteczności woli tkwi właśnie element niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. To niebezpieczeństwo (lub możliwość) jest realne. Bowiem celem sprawcy jest naruszenie dobra i przy zdolności tegoż sprawcy do „superdeterminacji” procesu przyczynowości, w momencie powzięcia woli działania lub przystąpienia do pierwszych czynności wykonawczych osiągnięcie skutku nie jest wykluczone. Tylko wtedy usiłowanie zawiera wymagane minimum ujemności”; Z. JĘDRZEJEWSKI, *Bezprawie usiłowania...*, s. 192-193.

⁴⁸ R. DĘBSKI, *op. cit.*, s. 114. Autor podnosi, że: „Skoro brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim przestępstwa, nie ma mowy o niebezpieczeństwie dla konkretnie ujmowanego dobra (życia danej osoby). Nie znaczy to, że podjęty czyn (w swej określonej przedmiotowo i podmiotowo postaci) nie był działaniem niebezpiecznym dla życia człowieka, niebezpiecznym z punktu widzenia poszanowania tej wartości, jaką jest życie ludzkie. Takie czyny naruszające normę postępowania są zabronione

dla oceny jest wprawdzie dobro prawne związane z danym typem czynu zabronionego, ale rozumiane jako wartość społeczna chroniona *in abstracto*, czyli w oderwaniu od konkretnego przedmiotu zamachu. Każde usiłowanie zabójstwa, nawet w sytuacji braku przedmiotu nadającego się do dokonania na nim tego czynu, stanowi zamach na życie człowieka jako wartość idealną i z tego powodu zasługuje na ukaranie⁴⁹.

Zaprezentowanie własnego stanowiska na temat niebezpieczeństwa jako podstawy kryminalizacji usiłowania nieudolnego wymaga nawiązania do charakteru normatywnego form stadialnych przestępstwa. Z punktu widzenia oceny dokonywanej *ex ante* każde zachowanie powzięte z zamiarem realizacji znamion typu czynu zabronionego może przedstawiać się jako niebezpieczne, niezależnie od tego, czy stanowiące podstawę ujemnego wartościowania tego zachowania niebezpieczeństwo zrealizuje się w postaci dokonania. Spostrzeżenie to daje podstawę do wniosku, że obie kategorie usiłowania charakteryzuje taki sam rodzaj niebezpieczności, ponieważ stanowią one naruszenie zakazu wyrażonego w normie sankcjonowanej będącej podstawą karalności dokonania⁵⁰. Stanowisko to wymaga jednak zaakceptowania poglądu, zgodnie

jako typowo niebezpieczne, choć w konkretnym wypadku może okazać się, że nie są one w stanie spowodować szkody”.

⁴⁹ Krytycznie do tego poglądu odniósł się S. Tarapata, który zauważa, że przesłanka ataku na dobro prawne ma charakter przedmiotowy, zaś zaatakowanie dobra prawnego nie jest możliwe bez skierowania zachowania w stronę określonego przedmiotu zamachu; Sz. TARAPATA, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 514-515. Uzasadnieniem karalności usiłowania nieudolnego nie może być zatem – zdaniem S. Tarapaty – niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, lecz względy ogólnoprewencyjne. „Penalizując czyny usiłowane nieudolnie, ustawodawca chce generalnie zapobiegać temu, by obywatele uzewnętrzniili zachowania, które w ich wyobrażeniu stwarzają lub mogą stworzyć zagrożenie dla określonych dóbr prawnych. [...] Odpowiedzialność karna za dopuszczenie się usiłowania nieudolnego ma zatem skierować wyraźny nakaz do członków społeczeństwa, by nie podejmowali oni żadnych działań, które mają, chociażby w ich przekonaniu, zagrażać ceniowym przez prawodawcę wartościom”; *ibidem*, s. 529.

⁵⁰ Na temat charakteru normatywnego usiłowania jako naruszenia tej samej normy sankcjonowanej, która stanowi o bezprawności dokonania, zob. A. LISZEWSKA, *Sporne problemy typizacji usiłowania*, «RPEiS» 4/2021, s. 5 i n. Odmienne poglądy w tej sprawie wyraził Ł. POHL, *op. cit.*, s. 137-138, 194.

z którym strona podmiotowa czynu (w tym wypadku zamiar) należy do treści zakazu/nakazu określonego w dyspozycji (zakresie normowania) normy sankcjonowanej, natomiast skutek będący znamieniem czynu zabronionego ukształtowanego w formie dokonania należy sytuować na płaszczyźnie hipotezy (zakresu zastosowania) normy sankcjonującej. Karalność usiłowania oparta jest wprawdzie na naruszeniu tej samej normy sankcjonowanej, która wyznacza bezprawność dokonania, została ona jednak przesunięta na przedpole dokonania i nie wymaga w związku z tym zrealizowania wszystkich znamion przesądających o dokonaniu (w szczególności znamienia skutku). Niebezpieczeństwo usiłowania należy zatem postrzegać jako zagrożenie związane z możliwością wypełnienia znamion czynu zabronionego ukształtowanego w formie dokonania, przy czym o dokonaniu przesądza wypełnienie wszystkich znamion danego typu czynu zabronionego – nie tylko tych, które decydują o bezprawności (płaszczyzna normy sankcjonowanej), lecz także tych, które decydują o karalności (płaszczyzna normy sankcjonującej). Usiłowanie zabójstwa narusza ten sam zakaz (zabijania), który stanowi podstawę bezprawności zabójstwa dokonanego, różnica sprowadza się do elementów określających zakres zastosowania normy sankcjonującej – o ile w przypadku dokonania konieczne jest wystąpienie skutku, o tyle w przypadku usiłowania wystarczy bezpośrednie zmierzanie do spowodowania takiego właśnie skutku⁵¹. Niebezpieczeństwo każdego usiłowania – w tym usiłowania nieudolnego – oceniane z perspektywy prawdopodobieństwa dokonania nie może uwzględniać elementów pozostających w czasie czynu poza świadomością zarówno sprawcy, jak i postronnego obserwatora dysponującego wiedzą sprawcy. Innymi słowy w ocenie osoby obserwującej zachowanie odpowiadające formule usiłowania nieudolnego przedstawia się ono identycznie jak usiłowanie udolne, czyli jako bezpośrednio zmierzające do dokonania czynu zabronionego, narusza zatem zakaz wyrażony w normie prawnej ustanowionej dla ochrony określonego dobra. Przyjęcie takiego punktu widzenia wymaga jednak odwołania się do podziału usiłowania na niebezpieczne i bezpieczne według kryteriów zaproponowanych przez

⁵¹ *Ibidem*, s. 14-15.

Hansa J. Hirscha, czyli oceny dokonywanej *ex ante* przez postronnego obserwatora, który – tak jak sprawca – widzi zdatność ocenianego postępowania do zrealizowania znamion czynu zabronionego. Nie wydaje się przy tym zasadne sięganie przy ocenie niebezpieczeństwa związanego z usiłowaniem nieudolnym do kryterium „zdatności sprawcy”, które zaproponował Zbigniew Jędrzejewski. Uzależnianie obowiązywania zakazu zawartego w normie od indywidualnych cech sprawcy powoduje, że traci on charakter obiektywny, zaś przyjęcie takiego sposobu rozumowania, zgodnie z którym o niebezpieczeństwie czynu decydują właściwości sprawcy, prowadzi do bezpodstawnego ograniczania kręgu adresatów normy. Dlatego wydaje się, że kryterium postronnego obserwatora znacznie lepiej oddaje istotę niebezpieczności charakteryzującej usiłowanie nieudolne, ponieważ nie różni się ono wówczas od usiłowania udolnego w świetle oceny dokonywanej *ex ante*. Jeżeli zauważymy, że z punktu widzenia wypełnienia znamion czynu zabronionego każde usiłowanie charakteryzuje brak dokonania (co oznacza, że w pewnym sensie każde usiłowanie jest „nieudolne”), to ocena związanego z nim niebezpieczeństwa przesądzającego o karygodności powinna mieć charakter obiektywny i dotyczyć postępowania sprawcy stanowiącego realizację zamiaru popełnienia określonego przestępstwa. W ten sposób niebezpieczeństwo usiłowania nieudolnego zostaje powiązane z dokonaniem, ponieważ „zewnątrznie” (obiektywnie) zachowanie sprawcy przedstawia się *ex ante* jako zmierzające do dokonania, zaś dopiero ocena dokonana *ex post* prowadzi do weryfikacji faktycznej możliwości wypełnienia znamion danego typu czynu zabronionego. Przyjęcie powyższego punktu widzenia sprawia, że z ustawowo określonego zakresu usiłowania nieudolnego należy wykluczyć wszystkie przypadki, w których brak możliwości dokonania był dostrzegalny *ex ante* przez postronnego obserwatora wyposażonego w wiedzę sprawcy, a zatem przypadki tzw. usiłowania absolutnie nieudolnego⁵².

⁵² Pojęcia tego używano na określenie przypadków wskazanych w art. 23 § 3 k.k. z 1932 r., który stanowił: „Nie odpowiada za usiłowanie, kto tylko z powodu zabobonu lub ciemnoty wierzył w skuteczność swego działania”.

NIEBEZPIECZEŃSTWO USIŁOWANIA NIEUDOLNEGO

Streszczenie

Warunkiem kryminalizacji czynu określonego w ustawie jako zabroniony pod groźbą kary jest nieakceptowalne społecznie niebezpieczeństwo, jakie zachowanie to sprowadza dla dobra prawnego. Biorąc to pod uwagę, w artykule podjęto próbę wyjaśnienia istoty niebezpieczeństwa usiłowania nieudolnego, które charakteryzuje obiektywny brak możliwości dokonania przestępstwa. Przyjęto, że niebezpieczeństwo każdego usiłowania należy łączyć z dokonaniem przestępstwa, a nie z naruszeniem dobra prawnego, zaś ujemne wartościowanie czynu będące podstawą jego karygodności pozostaje niezależne od powstania jakiegokolwiek skutku, ale wymaga jednocześnie uwzględnienia zamiaru sprawcy. Biorąc to pod uwagę, przyjęto, że o niebezpieczeństwie usiłowania nieudolnego decyduje obiektywna ocena dokonywana z perspektywy *ex ante* przez postronnego obserwatora wyposażonego w wiedzę sprawcy, dla którego będące przedmiotem oceny postępowanie przedstawia się jako zdadne do zrealizowania znamion czynu zabronionego.

THE THREAT IN A FAILED ATTEMPT TO COMMIT AN OFFENCE

Summary

In Polish law, an unlawful act (*czyn zabroniony*) is a criminal offence if it gives rise to a socially unacceptable threat to a legally protected interest. Using this definition as a point of departure, this article examines the threat inherent in a failed attempt to commit a crime, i.e. an act characterized by the objective impossibility of accomplishing the crime. I start with the assumption that the threat inherent in any and every attempt to commit an offence should be associated with the commission of the offence rather than with the infringement of a legally protected interest, while the censure attached to the act as such and its negative evaluation, which provides the grounds for its culpability and penalisation, is independent of whether an effect has actually been achieved, but at the same time calls for the examination of the perpetrator's intent. Hence, I conclude that the threat inherent in a failed attempt to commit an offence may be determined by an external observer who conducts an objective assessment of the perpetrator's conduct from an *ex ante* perspective on the basis of what the perpetrator knew, and reaches a conclusion that this conduct contains the features characteristic of an unlawful act.

Słowa kluczowe: niebezpieczeństwo; usiłowanie nieudolne; kryminalizacja.

Keywords: threat; failed attempt to commit an offence; criminalization.

Literatura

- CIEŚLAK M., *Pojęcie niebezpieczeństwa w prawie karnym*, «Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Seria Prawo» 1/1955, s. 149-166.
- DĄBROWSKA-KARDAS M., *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012.
- DĄBROWSKA-KARDAS M., *O dwóch znaczeniach pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu*, «Zasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych» 2/1997, s. 19-36.
- DĘBSKI R., *Karalność usiłowania nieudolnego*, «RPEiS» 61.2/1999, s. 101-117.
- GARDOCKI L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.
- GIEZEK J., *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, «Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska» 60.2/2013, s. 41-57.
- GIEZEK J., *Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji czynu zabronionego*, «Przegląd Prawa i Administracji» 50/2002, s. 113-133.
- GIEZEK J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994.
- GIEZEK J., *Strona podmiotowa czynu zabronionego a formy jego popełnienia – zagadnienia wybrane*, «Przegląd Prawa i Administracji» 120.2/2020, s. 19-36.
- GRUSZECKA D., *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia*, Warszawa 2012.
- GRUSZECKA D., *Rozwój koncepcji karalności usiłowania nieudolnego*, «Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie» 4/2010, s. 31-47.
- HERZBERG R.D., *Komentarz do § 22*, [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I. Aufl., red. W. JOECKS, K. MIEBACH, München 2003.
- HIRSCH H.J., *Problematyka regulacji nieudolnego usiłowania w polskim i niemieckim kodeksie karnym*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. GIEZEK, Kraków 2006, s. 257-279.
- HRYNIEWICZ E., *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*, Warszawa 2012.
- JESCHECK H.H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996.
- JEZUSEK A., *Spoleczna nieadekwatność czynu jako podstawa bezprawności usiłowania*, «Forum Prawnicze» 3/2018, s. 57-80.
- JĘDRZEJEWSKI Z., *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000.
- JĘDRZEJEWSKI Z., *Granice karalności usiłowania nieudolnego*, «Wojskowy Przegląd Prawniczy» 2/2007, s. 60-79.
- KACZMAREK T., [w:] *System prawa karnego, III: Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*, red. R. DĘBSKI, Warszawa 2017, s. 247-312.
- KACZMAREK T., *Paradygmat naruszenia (zagrożenia) dobra prawnego jako aksjologiczna podstawa kryminalizacji*, [w:] *Między nauką a praktyką prawa karnego. Księga jubileuszowa Profesora Lecha Gardockiego*, red. Z. JĘDRZEJEWSKI, M. KRÓLIKOWSKI, Z. WIERNIKOWSKI, S. ŻÓŁTEK, Warszawa 2014, s. 139-152.

- KARDAS P., *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, «Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych» 4/2012, s. 5-63.
- KARDAS P., *Sporne kwestie usiłowania przestępstw z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, [w:] *Kryminalizacja narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, red. J. MAJEWSKI, Warszawa 2015, s. 69-100.
- KARDAS P., *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001.
- KRZYMUSKI E., *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*, Warszawa 1884.
- KULESZA J., *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017.
- KULESZA J., *Společne niebezpieczeństwo czynu jako warunek kryminalizacji*, «Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego» 43/2017, s. 327-347.
- LISZEWSKA A., *Sporne problemy typizacji usiłowania*, «RPEiS» 83.4/2021, s. 5-17.
- MAJEWSKI J., *O różnicy i granicy między usiłowaniem udolnym a nieudolnym*, [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, red. J. MAJEWSKI, Toruń 2007, s. 23-50.
- MAJEWSKI J., *O (braku) karalności usiłowań „nierealnych”, „absolutnie nieudolnych” i im podobnych*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. POHL, Poznań 2009, s. 351-358.
- MAJEWSKI J., *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1997.
- POHL Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007.
- ROXIN C., GRECO L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2020.
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I.1: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003.
- TARAPATA SZ., *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016.
- ZAWŁOCKI R., *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007.
- ZOLL A., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, I*, red. A. ZOLL, Warszawa 2012.
- ZOLL A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, «Krakowskie Studia Prawnicze» 23/1990, s. 69-95.
- ZOLL A., *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego*, [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, red. J. MAJEWSKI, Toruń 2007, s. 9-21.