

Konstytucyjnoprawne podstawy odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne

Constitutional and Legal Basis of Criminal Liability for an Inept Attempt

The attempt is the absence of the essence of the act. In the case of full wrongfulness (illegality) on the subjective side, the objective side shows a gap in the form of the absence of commission and, in the case of the inept attempt, in the form of the absence of threat to the legal good. Given the assumed absence of criminal wrongfulness in the absolutely inept act and the deficit in it in the case of a relatively inept attempt, arises questions about criminal liability for an inept attempt as the crime which does not pose a threat to a legal good, and the justification of its criminalisation in the Polish Penal Code of 1997 in the light of the principles and rules expressed in the Polish Constitution. The authors address the above problem and, more precisely, examine the existing constitutional and legal basis of criminal liability for the inept attempt.

Marcin Berent

*doktor nauk prawnych
magister historii*

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
ORCID – 0000-0001-7287-2148
e-mail: marcinberent@umk.pl

Paweł Rażny

*magister nauk politycznych
magister administracji*

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
ORCID – 0000-0003-2604-4602
e-mail: pawelrazny@umk.pl

Słowa kluczowe:

usiłowanie, usiłowanie udolne, usiłowanie względnie nieudolne, usiłowanie bezwzględnie nieudolne, usiłowanie nierealne, kryminalizacja, odpowiedzialność karna, Konstytucja RP, test konstytucyjności

Key words:

attempt, inept attempt, relatively inept attempt, absolutely inept attempt, unrealistic attempt, criminalisation, criminal liability, Constitution of the Republic of Poland, constitutionality test

<https://doi.org/10.36128/priv.vi38.346>

W kwestii karalności usiłowania nieudolnego wielki dyskurs doktrynalny trwa co najmniej od czasów Anzelma Feuerbacha i słynnego jego kazu o pielgrzymie maszerującym w intencji śmierci sąsiada. Wiemy oczywiście, czym jest usiłowanie i usiłowanie nieudolne. Oto usiłowanie jest brakiem w istocie czynu (*Mangel am Tatbestand*), a usiłowanie nieudolne zwłaszcza – figurą niepokojącą w prawie karnym. Przy pełnym bezprawiu (bezprawności¹) od strony podmiotowej strona przedmiotowa wykazuje lukę w postaci braku dokonania, a w przypadku usiłowania nieudolnego – w postaci braku zagrożenia dla dobra

1 O odróżnianiu obu tych pojęć będzie mowa w dalszej części tekstu.

prawnego². Wobec przyjmowanego (niesłusznie) braku kryminalnego bezprawia w czynie usiłowanym bezwzględnie nieudolnie i deficytu w tym zakresie w przypadku usiłowania względnie nieudolnego, staje kwestia odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne jako przestępstwa niesprowadzającego zagrożenia dla dobra prawnego i uzasadnienia jego kryminalizacji w polskim Kodeksie karnym z 1997 roku³ w świetle zasad i reguł wyrażonych w Konstytucji RP⁴. Temu problemowi, a ściśle rzecz biorąc: badaniu istniejących podstaw konstytucyjnoprawnych odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne, poświęcony jest tekst niniejszy.

Z wyżej wskazanym problemem zakwestionowania przedmiotowego kryminalnego bezprawia zawartego w czynie usiłowanym nieudolnie, czy odmawiającego usiłowaniu nieudolnemu ujemnej wartości w ogóle, związane jest tytułowe zagadnienie podstaw konstytucyjnych dla kryminalizacji zachowań niesprowadzających zagrożenia dla dóbr prawem chronionych. Jednocześnie nie jest to problem wyłącznie teoretycznoprawny czy doktrynalny, lecz także, a może przede wszystkim, praktyczny, a jego znaczenie trudno przecenić. Zaiste jest bowiem tak, że zakwestionowanie konstytucyjnoprawnych podstaw karalności usiłowania nieudolnego jest równoznaczne z niedopuszczalnością samej kryminalizacji, a skoro brak jest oparcia figury karнопrawnej w konstytucji, to figura taka winna zostać z porządku prawnego wyeliminowana jako niezgodna z konstytucją. Zagadnienie konstytucyjnoprawnych podstaw odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne nie jest przy tym ani nowe, ani wydumane, jest za to nadal nierozstrzygnięte w dyskursie naukowym. Andrzej Zoll wprost napisał, że „Na gruncie konstytucyjnym może budzić wątpliwości karalność usiłowania nieudolnego. Zabronione pod groźbą kary [...] mogą być jedynie te kategorie czynów, które są społecznie szkodliwe. W wypadku usiłowania nieudolnego ma miejsce odpowiedzialność karna pomimo założonego braku zagrożenia dla dobra prawnego. Zagrożenie dobra prawnego (co najmniej o charakterze abstrakcyjnym) jest warunkiem naruszenia normy sankcjonowanej i możliwości uznania zachowania za społecznie szkodliwe”⁵.

-
- 2 Brak tego zagrożenia nie jest oczywisty, o czym, w zarysie, mowa będzie w dalszej części tekstu.
 - 3 Tj. Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm. Dalej jako Kodeks karny.
 - 4 Tj. Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze sprost. Dalej jako Konstytucja RP lub Konstytucja.
 - 5 Andrzej Zoll, „Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, red. Andrzej Zoll (Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze, 2004), 252. O wolnościach, prawach i obowiązkach człowieka i obywatela w Konstytucji RP – zob. Bożena Gronowska, „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. Zbigniew Witkowski,

Powyższa teza budzi sprzeciw, a w każdym razie nie przekonuje do końca. Podtrzymując stanowiska wyrażone wcześniej⁶ oraz przyjmowaną w tym tekście generalną⁷ aprobatę dla analizowanych dalej rozważań Szymona Tarapaty⁸ i Andrzeja Zolla, zgodzić wypada się jeszcze ze stwierdzeniem, że „W wypadku usiłowania nieudolnego ma miejsce odpowiedzialność karna pomimo założonego braku zagrożenia dla dobra prawnego”⁹, na tym jednak, dyskusyjna zresztą, zgoda się kończy. Argumenty służące za dowód tezy o wątpliwych podstawach karalności usiłowania nieudolnego w płaszczyźnie konstytucyjnoprawnej Andrzej Zoll wyprowadza z zasady adekwatności reakcji państwa, wyrażonej w art. 2 i 31 ust. 3 Konstytucji RP. W tym zakresie Autor zdaje się czerpać również z zasady przydatności, jakkolwiek nie wyraża tego bezpośrednio. Powierzchnowa analiza przedstawionych argumentów wieść może do uznania ich prawdziwości, głębsza refleksja skłania jednak do przekonania, że przywoływane przez Andrzeja Zolla przepisy konstytucyjne nie dają podstaw do interpretowania i pojmowania pojęcia społecznej szkodliwości w sposób, w jaki widzi to Autor. Wyniki oraz wnioski wywodzone z dekodowania istoty art. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP nie dostarczają przecież podstaw do przyjęcia prawdziwości założenia, jakoby Konstytucja RP warunkowała kryminalizację społeczną szkodliwość czynu rozumianą tak, jak rozumie ją Zoll. Wydaje się wszakże, że nie istnieje konstytucyjnie wyznaczana relacja między ograniczeniem praw i wolności obywatelskich a społeczną szkodliwością (społecznym niebezpieczeństwem) zachowań, które uzasadniałyby takie ograniczenia. Nie ma w Konstytucji bezwzględnego nakazu kryminalizowania tylko zachowań naruszających lub mogących naruszyć przedmiot ochrony zabezpieczany danym przepisem prawa karnego, tkwiącym u podstaw normy sankcjonowanej ustanowionej w celu ochrony dobra prawnego. W przypadku przepisów wziętych za argumenty stanowiska prezentowanego przez Zolla jest tak, że wysławiają one tylko zakaz ograniczania praw obywatelskich w sytuacjach, w jakich nie byłoby żadnego dobra prawnego ograniczenie takie usprawiedliwiającej-

Agnieszka Bień-Kacała (Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, 2015), 189-194.

- 6 Zob. Marcin Berent, *Usiłowanie przestępstwa w polskim prawie karnym* (Toruń: niepublikowana rozprawa doktorska, 2018), 221-226.
- 7 Generalną, ale nie bezdyskusyjną – autorzy niniejszego opracowania na wiele kwestii, z konieczności pozostających poza ramami tekstu, patrzają zupełnie inaczej.
- 8 Zob. Szymon Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 492-534.
- 9 Tak: Zoll, „Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa”, 252.

go. Jednocześnie ochrona dobra prawnego nie polega tylko na jego zabezpieczeniu przed zamachami przestępczymi obiektywnie sprowadzającymi realne zagrożenie dla dobra. Nie chodzi w tym miejscu o wikłanie się w teorie uzasadniające karalność (karygodność) usiłowania nieudolnego czy o kryminalizację na przedpolu naruszenia dobra pewnego w ogóle, lecz o to, że w świetle Konstytucji dopuszczalne jest objęcie zakazem karnoprawnym nie tylko czynów rzeczywiście naruszających reguły postępowania z dobrem prawnym objętym ochroną. Jeśli tak, to źródło społecznej szkodliwości czynu tkwi nie tylko w naruszeniu lub zagrożeniu dobra, lecz w zachowaniu sprawcy uzewnętrznionym w czynie i stanowiącym emanację jego złej woli (zamiaru), który atakuje wartości społeczne respektowane przez ustawodawcę. W takim ujęciu wartości społeczne zasługują na ochronę nawet wówczas, jeśli nie mogą zostać naruszone. O zamachu na takie dobra można mówić zawsze wtedy, gdy sprawca atakuje normę sankcjonowaną, stanowiącą element zabezpieczający cały porządek prawny. Zasady demokratycznego państwa prawnego i reguły z nich wynikające, jak zostało przed momentem napisane, nie pozwalają oczywiście na kryminalizowanie zachowań bez żadnego uzasadnienia i w oderwaniu od jakiegoś przedmiotu ochrony, ale to wcale nie oznacza, że odpowiedzialność karna może aktualizować się wyłącznie w przypadku naruszenia lub zagrożenia takiego przedmiotu. Społeczna szkodliwość czynu nie jest przecież kategorią homogeniczną, ale w jakimś sensie rozwarstwowaną, a w każdym razie – co najmniej dualistyczną, a jednocześnie kompleksową zarazem. Mimo jej uprzedmiotowienia w stosunku do społecznego niebezpieczeństwa, pozostającego niegdyś bardziej w koincydencji ze sprawcą niż z jego czynem, społeczna szkodliwość nie zatraciła zupełnie momentów podmiotowych, a skoro tak, to również współcześnie karygodność czynu wynika nie tylko z elementów przedmiotowych. W ostatecznym więc rozrachunku całkowicie uprawnione jest twierdzenie, że społecznie szkodliwe pozostają również zachowania sprowadzające subminimalne niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, a nawet takie, które nie sprowadzają go w ogóle¹⁰. Rację

10 Zob. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa*, passim, zwł. 519, 524-528 i wskazana tam pozycja z przyp. 949 – Piotr Kardas, „Sporne kwestie usiłowania przestępstw z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo”, [w:] *Kryminalizacja narażenia dobra na niebezpieczeństwo*, red. Jarosław Majewski (Warszawa: Wydawnictwo UKSW, 2015) 91-95. Samo naruszenie dobra prawnego nie musi być zresztą poprzedzone sprowadzeniem dlań stanu niebezpieczeństwa. Zob. Grzegorz Łabuda, „Przyczynek do koncepcji niebezpieczeństwa w prawie karnym” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, z. 2 (2004): 88. https://repozytorium.amu.edu.pl/bitstream/10593/6716/1/05_Grzegorz_Labuda_Przyczynek%20do%20koncepcji%20niebezpiecze_stwa%20w%20prawie%20karnym_77-97.pdf. [dostęp: 26.10.21].

miał zatem Kryspin Mioduski, kiedy napisał, że „Usiłowanie nieudolne jako przestępstwo, jest czynem społecznie niebezpiecznym [...], choć *ex definitione* nie stanowi ono realnego niebezpieczeństwa dla dobra, w które godzi sprawca. Społeczne niebezpieczeństwo czynu nieudolnie usiłowanego wyraża się w zagrożeniu, jakim jest dla porządku prawnego umyślne działanie sprawcy, zmierzającego do naruszenia dobra chronionego przez prawo karne”¹¹. Racja Kryspina Mioduskiego nie jest jednak bezwzględna, łatwo można bowiem wykazać, z korzyścią dla prezentowanej tutaj tezy, że w szczególnych wypadkach istnieją usiłowania nieudolne realnie zagrażające dobru prawnemu, a nawet naruszające przedmiot ochrony¹². W takim układzie nie jest ani tak, że bezprawie (szkodliwość, niebezpieczeństwo) usiłowania nieudolnego wyrasta tylko z zamiaru sprawcy, ani z jakichś „przekombinowanych” konstrukcji na siłę eksponujących obiektywne zagrożenie dla dobra prawnego tam, gdzie w istocie go nie ma, lecz z realnych niebezpieczeństw i naruszeń dobra prawem chronionego.

Przy całej świadomości niejednoznaczności powyższych rozważań muszą one jednak prowadzić do wniosku, że usiłowanie nieudolne zawiera w sobie jakiś pierwiastek, choćby ledwie namacalny, przedmiotowo ujmowanego bezprawia (*Unrecht*) i bezprawności (*Rechtswidrigkeit*), będący emanacją, a przynajmniej pochodną społecznej szkodliwości przestępstwa usiłowanego nieudolnie. Znow unikając wejścia na płaszczyznę teorii usiłowania, w szczególności koncepcji zasadzających się na rekonstrukcji przedmiotowo rozumianego niebezpieczeństwa usiłowania nieudolnego, wywieść trzeba jednak, że założenie o przedmiotowym pojmowaniu nawet usiłowania bezwzględnie nieudolnego jako usiłowania nierealnego jest możliwe do udowodnienia. Zaiste, dla zewnętrznego obserwatora, nienależycie rozpoznającego wszakże w rzeczywistym charakterze usiłowania, jego nieudolności *ex ante* oraz w przyczynach tej nieudolności, *ergo*: nierealności w sensie kauzalnym całego zachowania, każde usiłowanie, choćby ze sfery skrajnego zabobonu i ciemnoty, przynależać będzie do zachowań relewantnych przyczynowo

11 Kryspin Mioduski, „Formy popełnienia przestępstwa”, [w:] Jerzy Bafia, Kryspin Mioduski, Mieczysław Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I. Część ogólna* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1987), 66. Por. Tadeusz Cyprian, „Uwagi o projekcie części ogólnej kodeksu karnego” *Państwo i Prawo*, nr 7 (1951), 99. Por. też: Andrzej Spotowski, „Karalność w razie braku zagrożenia dobra prawnego” *Państwo i Prawo*, nr 7 (1988), 75-81. Szerzej: Woldemar von Rohland, *Gefahr im Strafrecht. Eine Festschrift* (Dorpat: Druck von C. Mattiesen, 1886), *passim*.

12 Z takim przypadkiem mamy do czynienia np. w rozboju, w którym sprawca używa przemocy, lecz kradzieży nie dokonuje wobec braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego.

i – jako takich – postrzegalnych jako całkowicie niebezpieczne. Zobiektywizowana, nawet bezwzględna, nieudolność usiłowania nieudolnego (nierealnego) i jego wypchnięcie poza prawa rządzące przyczynowością, zupełnie nie demontuje owego pierwiastka postrzeganego przez zewnętrznego, lecz niewszechwiedzącego, obserwatora zdarzeń realnie niekazualnych, ale odbitych w jego świadomości jako rzeczywiste zamachy na dobro prawem chronione, pozostające jednakowoż niezagrożone naruszeniem. Wszystko to prowadzi do kategorycznej konstatacji, że w świetle polskiego Kodeksu karnego z 1997 roku możliwa jest jednak rekonstrukcja społecznej szkodliwości czynu usiłowanego nieudolnie.

Wobec powyższego nie sposób prawdziwie twierdzić, nawet prawidłowo i rygorystycznie pojmując różnice między przedmiotowo afliiowaną społeczną szkodliwością a podmiotową zabarwionym społecznym niebezpieczeństwem, że usiłowanie nieudolne jest usiłowaniem niekarygodnym li tylko dlatego, że nie doprowadza do dokonania ani nawet do niego doprowadzić nie może. *Sit venia verbo*, upodmiotowione społeczne niebezpieczeństwo, mocniej nie współczesna konstrukcja społecznej szkodliwości, sprzyjało wręcz rekonstrukcji bezprawia i bezprawności, *ergo*: karygodności, *ergo*: konstytucyjności każdego usiłowania, niezależnie od jego odległości względem dokonania, choć to uwaga o znaczeniu historycznym.

Usiłowanie nieudolne jest przy tym wszystkim figurą przynależną do świata subiektywizmu, prawdziwie zatem twierdzi Szymon Tarapata, że stanowi ono reminiscencję psychologicznej teorii winy¹³. Klasycznie pojmowany psychologizm w dziedzinie winy współcześnie oczywiście obumarł i nawet dla wąskiej grupy ostałych subiektywistów zatracił swą żywotność, ale gdyby znów sięgnąć, na chwilę wrócić do tego zapomnianego świata, to zupełnie już banalnie objaśnić można nie tylko podmiotowo rekonstruowane bezprawie i bezprawność usiłowania nieudolnego, ale też odtworzyć cały model odpowiedzialności wyrastający z przesłanek wybitnie, o ile nie wyłącznie, subiektywnych. Bezprawie i bezprawność, które przecież nie są pojęciami tożsamyimi¹⁴, usiłowania nieudolnego nie wyrasta jednak wyłącznie z czystego zamiaru, ten bowiem stanowi *dopiero* i *tylko* punkt wyjścia dla odpowiedzialności karnej sprawcy usiłującego. W usiłowaniu nieudolnym nie o sam zamiar bowiem chodzi, lecz, co było wskazywane, zewnętrzną jego manifestację w formie czynu.

13 Tak: Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, 526.

14 Por. Marcin Berent, Marian Filar, „Rozdział III. Wyłączenie odpowiedzialności karnej”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marian Filar (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 109. Por. też: Zbigniew Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego* (Warszawa: Liber, 2000), *passim*.

Jeśli wszystko powyższe jest prawdziwe, a chyba brak logicznie podbudowanych przesłanek do zakwestionowania takiej prawdziwości, to zupełnie już odpadają wszelkie obawy i wątpliwości o podstawy konstytucyjne odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne, a wraz z nimi – obawy i wątpliwości o kryminalizację na (dalekim nawet) przedpolu naruszenia dobra prawem chronionego i przestępstw nierealnych (ale nie urojonych) w ogóle. Odpowiedzialność karna za usiłowanie nieudolne nie zasadza się zresztą na czystym zamiarze sprawcy, a skoro tak, to ewentualny deficyt przedmiotowo pojmowanego bezprawia nie musi być uzupełniany bezwzględnym wymogiem zagrożenia dla dobra prawnego – usiłowanie nieudolne dla uzasadnienia swej karygodności takiego zagrożenia nie potrzebuje. Przyjęcie odmiennej optyki, jakże zapewne atrakcyjnej dla obiektywistów i modernistycznie pojmujących sens represji karnej oraz odmawiających usiłowaniu nieudolnemu jakiegokolwiek karygodności, musiałoby jednak konsekwentnie rzecz biorąc doprowadzić równoległe do odrzucenia karalności przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, i tutaj każdy ma rację (bo mieć ją musi), kto zauważy, że przestępstwa z abstrakcyjnego zagrożenia na niebezpieczeństwo lokują się na tym samym poziomie zobiektywizowanego zagrożenia, a właściwie jego braku, co usiłowanie nieudolne. Wracając w tej sprawie do myśli Zolla, dla którego karalność usiłowania nieudolnego zdaje się nie mieć wystarczającej legitymacji konstytucyjnej, zauważyć należy, że Autor nie jest w tej myśli konsekwentny. Oto bowiem domaga się on skorelowania karalności usiłowania nieudolnego z wystąpieniem potencjalnego niebezpieczeństwa dla chronionego prawem dobra. Takie niebezpieczeństwo miałyby być ustalane przez wzorcowego i obiektywnego obserwatora, posiadającego wiedzę o przestępczym planie sprawcy. Owo potencjalne niebezpieczeństwo będzie powstawało wówczas, gdy czyn sprawcy został zaplanowany w sposób realnie zagrażający dobru prawem chronionemu, ale jego wykonanie zostało skażone błędem skutkującym niemożnością realizacji¹⁵. Wynika z tego przecież, konsekwentnie rzecz biorąc, że karygodność i wyrastająca z niej karalność usiłowania nieudolnego nie jest pozbawiona konstytucyjnej kotwicy, potrzebne jest tylko jakieś limitowanie zasięgu karalności do usiłowań potencjalnie niebezpiecznych, jakkolwiek tego niebezpieczeństwa, by nie ustalać.

Zmierzając do częściowej rekapitulacji powyższych wywodów wy daje się, że konstytucyjne podstawy odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne zostały wykazane. To jednak nie zamyka dyskursu, nie można

15 Por. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa*, passim, zwł. 527-528 i wskazana tam pozycja z przyp. 969 – Andrzej Zoll, „Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji”, [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, red. Jarosław Majewski (Toruń: Dom Organizatora TNOiK, 2007), 18.

bowiem pominać ujęcia ilościowego, nawet przy udowodnionym rozstrzygnięciu jakościowym. Oto bowiem, jakościowo przyjmując za zrekonstruowane podstawy konstytucyjne karalności przestępstwa (czynu zabronionego) usiłowanego nieudolnie, staje jednak, skądinąd dość nieporadne, pytanie, ile niekonstytucyjności w konstytucyjnym usiłowaniu nieudolnym? Przyjęte w tekście niniejszym założenie o zgodności karalności usiłowania nieudolnego ze standardami konstytucyjnymi, w tym z zasadą adekwatności reakcji państwa, nie tylko nie zamyka dyskursu w tej sprawie, lecz otwiera nowy: o zasadność, a nawet dopuszczalność, formalnego zrównania ustawowego wymiaru kary za usiłowanie nieudolne z wymiarem kary za usiłowanie udolne, a zatem także za dokonanie¹⁶. Pytanie to prowokuje pytanie dalsze: o zgodność takich równań z wyżej wymienionymi zasadami. Jasno wyrazić wypada przekonanie, że formalne zrównanie granic karalności usiłowania nieudolnego z dokonaniem zasługuje jednak na aprobatę i nawet w tym zakresie nie może budzić wątpliwości co do dochowania standardów konstytucyjnych. Jest zupełnie oczywiste, że istnieje granica między czynem unicestwiającym dobro prawne a czynem jemu nawet niegrożącym. Nowoczesne ustawodawstwa dla usiłowań nieudolnych przewidują jednak opcję modyfikacji odpowiedzialności karnej względem standardu wynikającego z ustawowego wymiaru kary przypisanej do danego typu czynu zabronionego opisanego jako dokonanie. Modyfikacja taka obejmuje zazwyczaj trzy warianty, a to: (1) nadzwyczajne złagodzenie kary, (2) odstępnie od wymierzenia kary, (3) niekaralność usiłowań nierealnych¹⁷. W ocenie autora niniejszego tekstu, mimo upływu lat kwestią nadal otwartą pozostaje pytanie, jak dalece może posunąć się subiektywizm w kwestii karalności, a także pytanie o zasięg karalności usiłowań nieudolnych, ale model karalności idący od nierealności poprzez zwykłą nieudolność i udolność po dokonanie, oparty o schemat „ustawowy wymiar kary za usiłowanie nieudolne = ustawowy wymiar kary za usiłowanie udolne = ustawowy wymiar kary za dokonanie” ze swoim formalnym równaniem tych karalności nie jest niekonstytucyjny, albowiem w każdym wypadku istnieje możliwość zmodyfikowania zakresu faktycznej represji, różnicowanej z uwzględnieniem przesłanek podmiotowych i przedmiotowych usiłowania (i dokonania). Można oczywiście dyskutować, czy usiłowanie, udolne czy nieudolne, winno być ustawowo zagrożone sankcją przypisaną do dokonania, a nawet skłaniać się do redukcji ram ustawowych w takich wypadkach wobec faktycznego nienaruszenia dobra prawnego, to

16 Możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary oraz możliwość odstąpienia od jej wymierzenia w przypadku usiłowania nieudolnego ma charakter tylko fakultatywny. Zob. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa*, 530-532.

17 Odrębną kwestią są podstawy niekaralności usiłowań nierealnych wobec braku przepisu wprost karalność taką odrzucającego.

jednak dyskurs w całości mieszczący się w graniach konstytucyjnych. Wybór w tym zakresie pozostaje zatem kwestią politycznokryminalną, w tym zwierciadłem odbijającym poziom zaufania do sądów obdarzonych daleko idącą swobodą w tym zakresie, nie zaś kwestią konstytucyjnoprawną, a karalność usiłowania (nieudolnego), niezależnie od ustawowego wymiaru kary, pozostaje zgodna z Konstytucją RP.

W końcu też, bacząc na powyższe, wydaje się zatem, że kryminalizacja usiłowania nieudolnego nie sprzeciwia się prawidłowej realizacji celów politycznokryminalnych, wynikających z kryminalizacji leżącej u podstaw funkcji ochronnej. Nie ma też strachu o ewentualne naruszenie postulatu *ultima ratio* prawa karnego¹⁸.

Karalność, wyrastająca z udowodnionej, jak się wydaje, karygodności usiłowania nieudolnego, spełnia przy tym wszystkim warunki tzw. testu konstytucyjności, określone przez Trybunał Konstytucyjny¹⁹ w oparciu o samą Konstytucję RP. Badając bowiem problem od strony kryterium przydatności nie powinno być sporu co do tego, że ujęcie usiłowania nieudolnego w polskim Kodeksie karnym z 1997 roku jest adekwatnym narzędziem reakcji karnoprawnej do zrealizowania celów kryminalizacyjnych. Regulacja usiłowania nieudolnego wypełnia istotne luki w egzekwowaniu odpowiedzialności karnej w praktyce, których w inny sposób nie dałoby się „załatać”²⁰. Nie można więc sensownie przyjmować, że kodeksowe objęcie polem kryminalizacyjnym usiłowań nieudolnych nie służy realizacji funkcji prewencyjnej czy ochronnej prawa karnego, uwalniając tym samym społeczeństwo nie tylko od strachu, ale i od realnych zamachów²¹. Usiłowanie nieudolne, choć dla prawa karnego jest w jakimś sensie figurą samą w sobie niepokojącą, zabezpiecza społeczeństwo przed obawą (*Eindruckstheorie?*), która przecież towarzyszy usiłowaniom nieudolnym, o ile nie wejdą one pole usiłowań absolutnie nie-realnych czy jakichś urojeń (*Wahnverbrechen*), wszak brak rozeznania w nieudolności obawy takie generuje (tak przecież już nawet *die ältere objektive*

18 Przeciwnie: Robert Zawłocki, „Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do artykułów 1-31*, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki (Warszawa: C. H. Beck, 2010), 534.

19 Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lutego 1999 r., K 23//98, OTK 1999, nr 2, s. 25. Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lipca 2014 r., SK 35/12, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 11-12, 78-79. Por. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa*, passim.

20 Np. w przypadku *groomingu*.

21 Podobnie o roli usiłowania w ochronie dóbr zabezpieczanych przez porządek prawny – zob. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa*, 529.

Theorie). Co więcej, usiłowanie nieudolne uwalnia od obawy ponowienia zamachu, który, po zmodyfikowaniu przestępczego planu, kolejnym razem zwięźczyć może się sukcesem, *ergo*: dokonaniem.

Karalność usiłowania nieudolnego nie powinna też stręczyć wątpliwości w kwestii kryterium konieczności kryminalizacji czynów usiłowanych w ten sposób, skoro ustawodawca przewiduje możliwość redukcji wymiaru kary, sięgającą aż po odstąpienie od jej wymierzenia. Jako że problem proporcjonalności został omówiony w tekście niniejszym już wcześniej, to wszystko to, co zostało tutaj napisane, winno skłaniać do konkluzji, że karalność (i karygodność) usiłowania nieudolnego w polskim prawie karnym znajduje oparcie w podstawach konstytucyjnych i jest zgodna z zasadami Konstytucji RP. Nie ma zatem niekonstytucyjności tam, gdzie jest usiłowanie nieudolne. Jeśli już chce stawiać zarzut w sprawie podstaw karalności usiłowania nieudolnego, to – przewrotnie – najprędzej w obrębie jego strony podmiotowej. Zaiste, dając już nieco pola do dyskusji adherentom skreślenia usiłowania nieudolnego z Kodeksu karnego, usiłowaniu takiemu, przynależącemu do sfery subiektywizmu, zarzucić można jego oparcie nie na zamiarze w rozumieniu prawa karnego, lecz myśli jakiejś zupełnie nieodręcznej i niedołącznej, której emanacja w formie czynu nie byłaby czynem w rozumieniu koncepcji (socjologicznej) czynu. Ale nawet usiłowanie takiej koncesji na rzecz wspomnianych adherentów okazuje się usiłowaniem nieudolnym, albowiem zarzuty takie byłyby wydumane. Raz, że problem niedołączności zamiaru (cokolwiek to dla karnisty znaczy) staje jedynie w wypadku usiłowania bezwzględnie nieudolnego, pozostającego przecież – choć nie do końca wiadomo, na jakiej podstawie – poza polem kryminalizacyjnym wykreślonym dla usiłowań karygodnych, nie dotycząc zupełnie usiłowania względnie nieudolnego. Z perspektywy psychologicznej nie da się przecież sensownie zakwestionować istoty zamiaru sprawcy nawet najgłębiej błędzącego, albowiem może on chcieć tak samo, jak sprawca dokonujący, jego zamiaru nie da się zatem sprowadzić do jakiejś myśli nierealnej pozostającej poza zainteresowaniem prawa karnego wobec braku jasnej podstawy normatywnej po temu. Nawet więcej, sprawca skrajnie nieudolny w swym usiłowaniu ma zamiar przestępny, zatem strony podmiotowej jego usiłowania nie da się tak po prostu zredukować do jakiejś myśli bez znaczenia. Dwa, że podobnie nie można kwestionować samego czynu sprawcy usiłującego nieudolnie, który, poza przypadkami bezwzględnej nieudolności badanej przez pryzmat koncepcji socjologicznej, pozostaje dla prawa karnego czynem. Co więcej, to znów problem powstający tylko w wypadku usiłowania nierealnego, nie może być więc on argumentem w sporze nad karalnością usiłowania względnie nieudolnego. Przyjmując jednak nawet odmienną optykę, to przecież poza samą karygodnością, jak zostało to napisane, nie ma powodów do zakwestionowania czynu sprawcy usiłującego jako

czynu badanego w kategoriach karnoprawnych²². Usiłowanie nieudolne jest więc oparte o zamiar i jest czynem.

Summa summarum, w ostatecznym rozrachunku odpowiedzialność karna za usiłowanie nieudolne przestępstwa (czynu zabronionego) w polskim prawie karnym jest legitymizowana przez podstawy konstytucyjnoprawne – *quod erat demonstrandum*.

Bibliografia

- Berent Marcin, *Usiłowanie przestępstwa w polskim prawie karnym*. 221-226. Toruń: niepublikowana rozprawa doktorska, 2018.
- Berent Marcin, Marian Filar, „Rozdział III. Wyłączenie odpowiedzialności karnej”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marian Filar. 109. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer, 2016.
- Cyprian Tadeusz, „Uwagi o projekcie części ogólnej kodeksu karnego” *Państwo i Prawo*, nr 7 (1951): 99.
- Gronowska Bożena, „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. Zbigniew Witkowski, Agnieszka Bień-Kacała. 189-194. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, 2015.
- Jędrzejewski Zbigniew, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*. Warszawa: Liber, 2000.
- Kardas Piotr, „Sporne kwestie usiłowania przestępstw z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo”, [w:] *Kryminalizacja narażenia dobra na niebezpieczeństwo*, red. Jarosław Majewski. 91-95. Warszawa: Wydawnictwo UKSW, 2015.
- Królikowski Michał, Robert Zawłocki, *Prawo karne*. 160-161. Warszawa: C. H. Beck, 2015.
- Łabuda Grzegorz, „Przyczynek do koncepcji niebezpieczeństwa w prawie karnym” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, z. 2 (2004): 88. https://repozytorium.amu.edu.pl/bitstream/10593/6716/1/05_Grzegorz_Labuda_Przyczynek%20do%20koncepcji%20niebezpiecstwa%20w%20prawie%20karnym_77-97.pdf.
- Mioduski Kryspin, „Formy popełnienia przestępstwa”, [w:] Jerzy Bafia, Kryspin Mioduski, Mieczysław Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*. 66. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1987.
- von Rohland Woldemar, *Gefahr im Strafrecht. Eine Festschrift*. Dorpat: Druck von C. Mattiesen, 1886.

22 Wydaje się, że na gruncie obecnie obowiązującej ustawy karnej, sensownie aplikowalna w praktyce jest tylko koncepcja naturalistyczno-kauzalna. Por. Michał Królikowski, Robert Zawłocki, *Prawo karne* (Warszawa: C. H. Beck, 2015), 160-161.

- Spotowski Andrzej, „Karałość w razie braku zagrożenia dobra prawnego” *Państwo i Prawo*, nr 7 (1988): 75-81.
- Tarapata Szymon, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*. 492-534. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Zawłocki Robert, „Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do artykułów 1-31*, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki. 534. Warszawa: C. H. Beck, 2010.
- Zoll Andrzej, „Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji”, [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, red. Jarosław Majewski. 18. Toruń: Dom Organizatora TNOiK, 2007.
- Zoll Andrzej, „Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, red. Andrzej Zoll. 252. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze, 2004.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license. For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>