

USIŁOWANIE Z ZAMIAREM EWENTUALNYM

I

Spór dotyczący możliwości usiłowania cum dolo eventuali istnieje w nauce prawa karnego i orzecznictwie sądowym od dawna. W ostatnich zaś latach obserwuje się ożywienie dyskusji wokół tego zagadnienia. Ponieważ spór ten interesuje również praktykę, warto więc wypowiedzieć się na ten temat właśnie z tego punktu widzenia.

W doktrynie polskiego prawa karnego za możliwością usiłowania przestępstw w zamiarze ewentualnym wypowiedzieli się: I. Makarewicz, S. Śliwiński, W. Wolter, M. Siewierski, W. Świda, Z. Papierkowski, L. Lernel, I. Jamontt i E. Rappaport, K. Mioduski i W. Bugajski¹. W radzieckiej nauce prawa karnego na tym samym stanowisku stali w sposób zdecydowany W. Liwszyc² i A. Zizilenko³. Po stronie przeciwników usiłowania z zamiarem ewentualnym opowiadali się: Makowski, Glaser, Mogilnicki, Peiper, Berger, Nowotny, Śliwowski i Buchała⁴. W radzieckiej literaturze prawniczej przeciwko dopuszczeniu

¹ I. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. 5, Lwów 1938, s. 121; S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne, Cz. ogólna*, Warszawa 1946, s. 303; W. Wolter, *Prawo karne, Cz. ogólna*, wyd. 8, t. I, Warszawa 1947, s. 318; M. Siewierski, *Kodeks karny, komentarz*, wyd. 8, Warszawa 1958, s. 61–62; W. Świda, *Prawo karne*, Wrocław 1960, s. 132, wyd. z 1959 r., s. 76; Z. Papierkowski, *Glosa do Orz. S. N. z 3 II 1958 r.*, OSPiKA 1958, z. 10, poz. K. 246, s. 581–584, glosa do tegoż orz., S. N., OSPiKA 1950, s. 3, poz. K. 83, s. 181–184, oraz *Usiłowanie a dolo eventualis*, Palestra 1936, nr 9; Lr. Lernel, *Wykład prawa karnego, Cz. ogólna*, Warszawa 1961, s. 136; I. Jamontt, E. Rappaport, *Kodeks karny*, t. IV, Warszawa 1932; K. Mioduski, *Usiłowanie, Rozważania de lege ferenda*, Nowe Prawo 1957, nr 4; W. Bugajski, *Zamiar ewentualny i usiłowanie*, Nowe Prawo 1961, nr 1, s. 21–36, oraz *Element woli w zamiarze ewentualnym*, Nowe Prawo 1960, nr 1, s. 66 i n.

² W. Liwszyc, *K woprosu o poniatu ewentualnogo umysla*, Sowietsoje Gosudarstwo i Prawo 1947, nr 7, s. 43.

³ Podaję za A. Piontkowskim, *Uczeniye o priestuplenii*, Moskwa 1961, s. 516.

⁴ W. Makowski, *Kodeks karny*, wyd. 2, Warszawa 1933, s. 99–100; S. Glaser, *Usiłowanie przestępstwa opartego na zamiarze ewentualnym*, Gazeta Sądowa Warszawska 1935, nr 51–52, oraz *Kodeks karny*, Kraków 1933, a. 62, 134; A. Mogilnicki, *Zamiar ewentualny a usiłowanie*, Państwo i Prawo 1948, z. 1; L. Peiper, *Komentarz*

usiłowania przy zamiarze ewentualnym wypowiadają się m. in.: N. Durmanow, W. Lass, N. Kuźniecowa, A. Piontkowski, A. Trajnin, I. Tiszkievicz⁵.

Charakteryzując sprawę najbardziej ogólnie, zwolennicy koncepcji usiłowania cum dolo eventuali swoje stanowisko opierają głównie na następujących przesłankach:

1. Przepis art. 23 § 1 k. k. powinien być rozpatrywany łącznie z art. 14 § 1 k. k., który umyślność rozumie jako działanie zarówno w złym zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym.

2. Usiłowanie nie jest działaniem kierunkowym i wobec tego może być ono urzeczywistnione z zamiarem bezpośrednim i ewentualnym.

3. Pomiędzy nastrojem psychicznym sprawcy działającym z zamiarem bezpośrednim i działającym z zamiarem ewentualnym nie ma jakiegś zasadniczej różnicy, ponieważ w istocie swej godzenie się jest także wolą popełnienia przestępstwa.

4. Jeżeli więc zamiar ewentualny uznany jest jako zamiar popełnienia przestępstwa w wypadku dokonania tego przestępstwa, to samo niedoprowadzenie owego zamiaru do skutku nie daje jeszcze podstaw do zmiany istoty tego zamiaru.

5. Zły zamiar sprawcy — bezpośredni czy ewentualny — jest zawsze antyspołeczny i powinien podlegać karze, jeżeli tylko przejawiał się w postaci zewnętrznego zachowania się, z którego widać, że sprawca zmierza bezpośrednio do dokonania przestępstwa.

Przeciwnicy możliwości usiłowania przestępstw z zamiarem ewentualnym opierają się na tych samych podstawach faktycznych i prawnych konstrukcji usiłowania, co i zwolennicy usiłowania cum dolo eventuali, jednakże wyciągają z nich krańcowo różne wnioski.

do kodeksu karnego, wyd. 2, Kraków 1936, s. 91; A. Berger, *Usiłowanie dolo eventuali*, Głos Sądownictwa 1934, nr 2; A. Nowotny, *Art 14 §. 1 i 23 § 1 a orzecznictwo*, Głos Sądownictwa 1936, nr 10; I. Śliwowski, *Glosa do orzeczenia S. N. z 5 II 1958 r.*, OSPiKA 1958, z. 10, poz. K. 246, s. 584 i nast., oraz glosa do tegoż orzeczenia S. N., OSPiKA 1959, z. 3, poz. K. 83, s. 184—186; K. Buchała, *Usiłowanie dolo eventuali*, w: *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa*, Warszawa 1959, s. 25—41.

⁵ N. Durmanow, *Stadii Sowierszenija priestupljenija po sowietskemu ugołownomu prawu*, s. 123; W. Lass, *Ponijatije i osnowanija nakazujemosti prigotowlenija i pokuszenija*, *Woprosy ugołownogo prawa i processa*, *Uczenije zapiski*, Leningrad 1956, s. 50 i n.; N. Kuźniecowa, *Otwietswienost za prigotowlenija i pokuszenije po sowietskemu ugołownomu prawu*, (Praca kandydacka), Moskwa 1953, a także *Niekotoryje woprosy otwetswennosti za prigotowlenije i pokuszenije*, *Sowietskoje Gosudarstwo i prawo* 1955, s. 118; A. Piontkowski, *Uczenije o priestuplenii*, Moskwa 1961, s. 516, oraz *Prawo karne*, Cz. ogólna, Praca zbiorowa, Moskwa 1948; A. Trajnin, *Sostaw priestupljenija po sowietskemu ugołownomu prawu*, Moskwa 1951, s. 313; I. Tiszkievicz, *Prigotowlenije i pokuszenije po sowietskemu ugołownomu prawu*, Moskwa 1958, s. 198 i n.

1. Odwrotnie niż zwolennicy twierdzą oni, że o istocie zamiaru będącego elementem usiłowania decydują odmienne procesy psychiczne niż ma to miejsce przy zamiarze ewentualnym. Zamiar wg nich to akt woli skierowany stanowczo na urzeczywistnienie danego przestępstwa, przy czym pojęty zamiar występuje tylko przy winie umyślnej w postaci *dolus directus*. *Dolus eventualis*, przy którym wg motywów Komisji Kodyfikacyjnej „sprawca skutku nie pragnie i do niego nie zmierza”, wyklucza cechę stanowczości i wobec tego nie może być mowy o usiłowaniu z zamiarem ewentualnym.

Przeciwnicy usiłowania przy zamiarze ewentualnym kładą największy nacisk właśnie na zamiar przestępny. Tam więc, gdzie nie ma zamiaru przestępnego lub gdzie skutek stoi w wyraźnej sprzeczności z zamiarami, którymi kierował się sprawca, nie można mówić o usiłowaniu. Usiłowanie, stwierdza Makowski, jest możliwe tylko przy złym zamiarze bezpośrednim. „Tylko tam bowiem, gdzie sprawca wprost chce popełnić czyn określony, można znaleźć odpowiednik określenia, zawartego w art. 23 § 1, które wymaga, ażeby sprawca przedsięwziął działanie skierowane bezpośrednio ku urzeczywistnieniu zamiaru przestępnego. Jeżeli zaś sprawca godzi się tylko na ewentualną przestępnosć swego działania, bezpośrednio jednak do niej nie dąży, to oczywiście działanie takie nie będzie odpowiadało warunkom art. 23”⁶.

2. Za odrzuceniem możliwości usiłowania *cum dolo eventuali*, które jest jednocześnie odrzuceniem karalności usiłowania z tym zamiarem przemawiają względy subiektywizmu. Jakże, twierdzą oni, można kogoś karać za to, czego on nie pragnął i co nie nastąpiło. Nie mając np. zamiaru dokonać zabójstwa i gdy ono nie nastąpiło, sprawca — wg Piontkowskiego⁷ — nie może też odpowiadać za usiłowanie tegoż zabójstwa, gdyż bez takiego zamiaru usiłowania również nie było.

3. Usiłowanie jest etapem poprzedzającym dokonanie i podjętym po to, by dane przestępstwo dokonać. Ten sam etap, w którym taka sama czynność wykonana jest w innym celu, nawet przy aprobachie ewentualnego skutku przestępnego, może być tylko narażeniem dobra chronionego przez prawo na bezpośrednie niebezpieczeństwo. Tak jest wg Buchały⁸ np. w przypadku ostrzeliwania się sprawcy w zamiarze wstrzymania za nim pogoni.

4. W związku z pojawiającymi się od czasu do czasu w teorii prawa karnego koncepcjami trójpodziału winy, zmierzającymi do połączenia zamiaru ewentualnego z lekkomyślnością w tzw. trzecią formę winy, mającą wspólne oparcie w świadomości sprawcy oraz z próbami okre-

⁶ W. Makowski, op. cit., s. 99—100.

⁷ A. Piontkowski, *Uczenie o przestępstwach*, s. 516.

⁸ K. Buchała, op. cit., s. 38.

ślania zamiaru ewentualnego jako obojętności wobec skutku — powinniśmy, zdaniem niektórych przeciwników usiłowania cum dolo eventuali, np. Glasera i Buchały⁹, bardziej jeszcze skłaniać się do interpretacji ścieśniającej art. 23 § 1 k. k., zwłaszcza że i ustawa w sposób wyraźny nie stanowi, iż usiłowania można się dopuścić także z zamiarem ewentualnym.

5. Oprócz argumentów natury materialno-prawnej, przemawiających za niemożnością przyjęcia usiłowania cum dolo eventuali, niektórzy autorzy, np. Durmanow¹⁰, przytaczają również argumenty natury prawno-procesowej, a mianowicie duże trudności udowodnienia sprawcy winy opartej na takiej konstrukcji usiłowania cum dolo eventuali.

6. J. Śliwowski¹¹ dorzuca jeszcze jeden argument mający przemawiać za wykluczeniem usiłowania cum dolo eventuali. Twierdzi on, że skoro polski kodeks karny uznaje za niekaralne usiłowanie podjęte przy pomocy środków dyktowanych przez ciemnotę lub zabobon, to jest to dowodem tego, że nasz kodeks karny odwraca się od skrajnego subiektywizmu i że właśnie w drodze analogii na zasadzie ogólnej polityki prawa da się wykluczyć usiłowanie cum dolo eventuali.

II

Wydaje się, że powodem tego, iż kwestia usiłowania cum dolo eventuali nie została doprowadzona w doktrynie prawa karnego do jednolitego rozstrzygnięcia, jest konstrukcja zamiaru ewentualnego, polegająca na godzeniu się, które — zdaniem przeciwników usiłowania cum dolo eventuali — nie może być zrównane z wolą bezwzględną popełnienia przestępstwa, gdyż dopiero taka bezwzględna wola daje podstawę do przyjęcia, że sprawca przedsięwzięcie działanie skierowane bezpośrednio ku urzeczywistnieniu przestępstwa.

Punktem centralnym sporu i kluczowym argumentem przeciwników usiłowania cum dolo eventuali jest niewątpliwie wyraz „bezpośrednie” użyty przez art. 23 § 1 k. k. Jakkolwiek wielu spośród przeciwników tego usiłowania, jak np. Śliwowski, uważa, że „zwrot ten nie ma nic wspólnego z zagadnieniem zamiaru bezpośredniego”, to jednak twierdzą, że oznacza on bezpośredniość skojarzenia woli i narzucającego się skutku tej woli. Bezpośrednio działa ten, który przedsięwzięcie działanie w niewątpliwym, pełnym, zdecydowanym zamiarze osiągnięcia skutku, ale

⁹ Ibidem.

¹⁰ N. Durmanow, *Stadii sowierszenija priestupljenija po sowietskemu ugotownomu pravu*, s. 123—124.

¹¹ I. Śliwowski, *Głosa do wyroku S. N. z dn. 3 II 1958 r. w spr. I. K. 745/57*, OSPiKA 1958, z. 10, poz. 246, s. 586.

nie ten, który się tylko godzi"¹², gdyż — zdaniem Śliwowskiego — „takie godzenie się nie może być skojarzone z warunkiem bezpośredniości działania dla osiągnięcia skutku”¹³. Buchała¹⁴ idzie jednak dalej i twierdzi, że usiłowanie w sensie obiektywnym ma być bezpośrednio związane z celem, a w sensie subiektywnym istnieje ono dopiero wówczas, gdy sprawca przejawia planową dążność do zamierzonego celu. A więc nie takie nastawienie psychiczne, jakie zostało opisane w art. 14 § 1 k. k., drugim jego członem.

Jednakże ta kwestia, że pojęcia usiłowania nie należy utożsamiać z kierunkowością działania, została rozstrzygnięta pozytywnie przez samych przeciwników usiłowania cum dolo eventuali, a Wolter¹⁵, który przeprowadzał w tym kierunku badania szczegółowe, doszedł do przekonania, że konstrukcja usiłowania nie odnosi się tylko i wyłącznie do zamiaru bezpośredniego. Bugajski, który podjął polemikę z powyższymi wywodami Śliwowskiego, słusznie twierdzi, że wykładnia gramatyczna pozwala tylko na przyjęcie, iż „chodzi tu o stosunek samego «działania» do jego «ureczywistnienia», czyli do skutku w najogólniejszym sensie, a więc do skutku przestępnego w rozumieniu art. 14 § 1 lub przestępczości działania”¹⁶ i że wyraz «bezpośrednio» uściśla i ogranicza znaczenie poprzedniego wyrazu „skierowane”¹⁷. Słusznie zwraca się uwagę na to, że przewidywanie i godzenie się nie jest czymś bardzo różnym od chęci popełnienia przestępstwa¹⁸, że godzenie się jest wolą i że — jak twierdzi Bugajski¹⁹ — nawet w przypadkach przewidywania przez sprawcę małego prawdopodobieństwa skutku ewentualnego, w psychice sprawcy występuje wola doprowadzenia do ewentualnego skutku niepożądanego.

Trafnie podkreśla się również, że byłoby rzeczą niegodną prawa karnego „opartego w całej swej strukturze na subiektywizmie, gdybyśmy chcieli uzależniać odpowiedzialność karną za realizację zamiaru ewentualnego od zaistnienia skutku przestępnego (przestępstwo materialne), względnie całkowitego zaistnienia stanu przestępnego (przestępstwo formalne), a zatem zjawisk z natury swojej obiektywnych”²⁰.

¹² Ibidem, s. 586.

¹³ Ibidem, s. 586.

¹⁴ K. Buchała, op. cit., s. 31.

¹⁵ W. Wolter, *Problematyka zamiaru ewentualnego, Studia w zakresie prawa karnego*, Kraków 1947, s. 36.

¹⁶ W. Bugajski, op. cit., s. 23.

¹⁷ Ibidem, s. 23.

¹⁸ Por. Z. Papierkowski, *Glosa do wyroku S. N. z dn. 3 II 1958 r., w spr. I. K. 245/57*, OSPiKA 1958, z. 10, poz. 246, s. 582—584.

¹⁹ W. Bugajski, op. cit., s. 29.

²⁰ Z. Papierkowski, op. cit., s. 583.

Argument Śliwowskiego²¹ o odstępstwie art. 23 § 3 k.k. od zasady subiektywizmu w przypadku działania sprawcy przy pomocy środków dyktowanych przez ciemnotę i zabobon niczego w tym względzie nie zmienia. Jeśli w dodatku się zważy, że zły zamiar osoby podejmującej działanie na skutek zabobonu lub ciemnoty np. rzucającej klątwę lub czary, nie pozostaje w żadnym związku przyczynowym ze skutkiem²², trudno jest tu w ogóle powiedzieć, że takie czynności zdolne są wywołać skutek w sensie obiektywnym i są niebezpieczne społecznie na tyle, by je karać, podczas gdy usiłowanie we wszystkich innych przypadkach stwarza zawsze realną groźbę.

Wreszcie słusznie zwraca się uwagę i na to, że trudności związane z zagadnieniami dowodowymi przy usiłowaniu cum dolo eventuali, nie mogą nam zaciemniać obrazu istoty zagadnienia, które należy rozpatrywać zawsze z pozycji zasadniczych, a nie większych czy mniejszych trudności dowodowych²³. Jest rzeczą oczywistą, że trudności dowodowych przy usiłowaniu cum dolo eventuali lekceważyć nie wolno, gdyż mają one olbrzymie znaczenie praktyczne, ale z drugiej znów strony należy podkreślić, że winę umyślną ze złym zamiarem ewentualnym nie jest w ogóle łatwo wykazać nawet przy przestępstwie dokonanym.

Jakkolwiek przytoczone powyżej argumenty, którymi posługują się zwolennicy usiłowania cum dolo eventuali są poważne, trudno byłoby jednak wyłącznie za ich pomocą przekonać przeciwników takiego usiłowania o niezasadności ich poglądów. Odwrotnie, argumentacja przeciwników usiłowania cum dolo eventuali ma takie walory zewnętrzne, że jest bardziej sugestywna, bardziej trafia do przekonania i jest bardziej prosta.

Mam w ogóle wątpliwość, czy na podstawie samych tylko argumentów i wywodów ściśle teoretycznych, bez szerokiego oparcia się na praktyce sądowej, uda się to osiągnąć. Z drugiej znów strony, jak się wydaje, opierając się właśnie na praktyce olbrzymia większość teoretyków prawa karnego w ZSRR wypowiada się przeciwko usiłowaniu cum dolo eventuali.

Należy jednak podkreślić, że Śliwiński²⁴ przykładem o sprawcy, który podpala dom w celu uzyskania premii asekuracyjnej i liczy się jednocześnie z możliwością śmierci mieszkańców i na nią się godzi, przekonuje nas bardziej o możliwości usiłowania przy zamiarze ewentualnym, niż wszystkie rozważania natury czysto teoretycznej. Ale i przykład

²¹ J. Śliwowski, op. cit., s. 586.

²² W. Bugajski, op. cit., s. 22.

²³ Por. Z. Papierkiowski, op. cit., s. 583.

²⁴ Por. S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne, Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 303.

można odpowiednio dopasować do wsparcia określonej argumentacji, dlatego też wydaje się, że celem nabrania właściwego przekonania o możliwości lub niemożliwości usiłowania cum doło eventuali, najlepiej chyba będzie sięgnąć wprost do praktyki sądowej, do konkretnych spraw rozpoznawanych w sądach, do spraw, które ożywiły dyskusję zwolenników i przeciwników usiłowania z zamiarem ewentualnym. Posłużmy się sprawą²⁵ Władysława W., oskarżonego m. in. o usiłowanie zabójstwa Kazimierza S. Aby uniknąć bezpośredniego pościgu, Władysław W. strzelił z pistoletu z odległości około dwóch kroków, powodując ranę postrzałową ramienia lewego. Sąd Wojewódzki kwalifikacji z art. 23 § 1 w związku z art. 225 k. k. nie przyjął, ponieważ stanął na stanowisku, że takie usiłowanie wymaga zamiaru bezpośredniego i nie może ono zachodzić przy zamiarze ewentualnym, gdyż taki zamiar można byłoby przypisać oskarżonemu. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 II 1958 r. (I. K. 745/57) uznał, że jest to stanowisko błędne, stwierdzając jednocześnie, że „przepis art. 23 k. k. mówiąc o zamiarze popełnienia przestępstwa nie ograniczył go do zamiaru bezpośredniego, a skoro kodeks karny w art. 14 § 1 dopuszcza w zakresie winy umyślnej obok zamiaru bezpośredniego także zamiar wynikowy, to nie ma powodu, który by nakazywał stosować ten rodzaj zamiaru tylko do dokonania przestępstwa, a wyłączyć go przy jego usiłowaniu”²⁶. Podobny pogląd wyraził Sąd Najwyższy i w innym wyroku²⁷, przy czym podkreślić należy, że jest to pogląd, który przeważa w orzecznictwie naszego Sądu Najwyższego i to zarówno okresu międzywojennego, jak i powojennego.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego ZSRR przeważa natomiast pogląd przeciwny²⁸. Np. w jednej ze spraw oskarżony A. pilnował transportu jako konwojent na kolei. W pewnym momencie opuścił samowolnie posterunek służbowy udając się na dworzec kolejowy, gdzie napił się wódki. Wracając do transportu spostrzegł przechodząc w pobliżu tego transportu kobietę, do której oddał z automatycznego karabinu ręcznego kilka strzałów, z których jeden ranił ją, powodując ciężkie uszkodzenie ciała. O działaniu z zamiarem bezpośrednim mowy być tu nie mogło i dlatego też cały problem musiał być rozstrzygnięty z punktu widzenia zamiaru ewentualnego, przy czym gdy chodziło o zabójstwo, to tylko usiłowane. Sąd Najwyższy ZSRR odrzucił jednak kwalifikację usiłowanego zabójstwa, przyjmując jako zasadę, że usiłowanie możliwe jest tylko przy zamiarze bezpośrednim²⁹.

²⁵ Por. OSPiKA, 1958, z. 10, poz. 246, s. 577–587, wraz z głosami Z. Papierkowskiego i J. Śliwowskiego.

²⁶ Ibidem, s. 577–578 i 580.

²⁷ Por. wyrok z dn. 19 XII 1958 r., III K. 1142/58, OSN 1959, z. 4, s. 132-142.

²⁸ Por. A. Pionkowski, op. cit., s. 517.

²⁹ Ibidem.

Odrzucając możliwość usiłowania cum dolo eventuali, zastanówmy się więc, w jaki sposób i czym zapełnimy powstałą w ten sposób po stronie przedmiotowej i podmiotowej tych przestępstw lukę. Sąd Najwyższy ZSRR rozstrzygnął to w ten sposób, że zamiar ewentualny konwojenta ograniczył i dopasował po prostu do powstałego skutku. Ale na jakiej podstawie to uczynił, nie wiadomo. Z pewnością konwojent chciał tylko odstraszyć kobietę, ale strzelając w jej kierunku z karabinu maszynowego musiał niewątpliwie zgodzić się z powstaniem niepożądanych dla niego skutków w postaci bądź lekkiego, bądź ciężkiego uszkodzenia ciała, albo nawet na pozbawienie jej życia. Nie ma więc żadnego uzasadnienia, dlaczego to Sąd dopatrzył się po stronie konwojenta akurat zamiaru ewentualnego spowodowania ciężkiego uszkodzenia ciała? A gdyby obrażenia spowodowały tylko lekkie uszkodzenie ciała to i automatycznie zamiar zostałby zdegradowany do rozmiaru skutku. Dlaczego, z jakiej to racji, przecież skoro zaczniemy badać „zgodę”, „występującą w zamiarze ewentualnym przy różnym stopniu przewidywania sprawcy o konieczności lub prawdopodobieństwie przewidywanych ewentualnych skutków niepożądanych, to widać, że charakter tej «zgody» nie zmienia się w miarę jak to prawdopodobieństwo maleje i to aż do momentu, gdy sprawca uznaje je za tak już nierealne, że na przewidywaniu ich nienastąpienia oprze swoją decyzję. Jeżeli bowiem prawdopodobieństwo przewidywanego skutku X i niepożądanego Y jest dla sprawcy jednakowe i sprawca «zgodzi się» na działanie, nie wiedząc, który z tych dwóch skutków wywoła, ale wie, że jeden z nich na pewno nastąpi, to znajdzie się on w takiej sytuacji, jak gdyby decydował się z osobna na wywołanie każdego z tych skutków, czyli w takiej sytuacji, jaka istnieje w zamiarze bezpośrednim przemiennym, gdyż w przeciwnym razie musi z działania rezygnować. Od zamiaru alternatywnego przemiennego różni się ta sytuacja tylko tym, że dolus alternativus directus sprawca widzi obydwa skutki «chętnie», bo obydwa są jego celem, a przy zamiarze ewentualnym brak tej chęci wobec skutku ewentualnego, ale ta różnica dotycząca zabarwienia uczuciowego, nie ma przecież znaczenia dla istnienia lub nieistnienia woli”³⁰.

Słusznie podkreśla Bugajski, że jeśli „człowiek przewiduje, że działaniem swoim może doprowadzić do zdarzenia niepożądanego, zwłaszcza zaś takiego, które może go narazić na tak przykre konsekwencje, jak odpowiedzialność karna, to wtedy musi on podjąć osobną decyzję w sprawie objęcia swym postępowaniem (działaniem) skutku ewentualnego jako niepożądanego i przeprowadzić choćby błyskawiczną ocenę rozumową zwalczających się tu motywów (tj. z jednej strony — chęć osiągnięcia

³⁰ W. Bugajski, op. cit., s. 29—30.

celu działania, a z drugiej strony — wyobrażenia przykrości, które mogą wyniknąć z wywołania skutku niepożądanego)³¹.

Śliwowski³² natomiast znalazł takie wyjście z sytuacji, że czyn Władysława W. opisany w pierwszym przykładzie zakwalifikował jako usiłowanie zabójstwa z zamiarem bezpośrednim. Bezpośrednia bliskość strzelającego W. do ofiary i to w okolicę części ciała najbardziej narażonych na niebezpieczeństwo utraty życia w wypadku postrzału daje podstawę do wyciągnięcia nawet tak daleko idących wniosków, jak to uczynił Śliwowski. Skoro jednak celem Władysława W. było zrabowanie pieniędzy ze sklepu, a następnie uwolnienie się od ścigających go osób, to czy do takiego wypadku nie lepiej pasuje zamiar ewentualny, który przecież odpowiada bardziej nastrojowi psychicznemu i sytuacji, w jakiej działał sprawca? Zgadzam się z tym, że to godzenie się Władysława W. na ewentualną śmierć Kazimierza S. jest w konkretnym przypadku bliższe (nawet bardzo bliskie) „chceni”, niż „niechceni” śmierci, ale przez to zamiar ewentualny sprawcy jest tu bardziej widoczny i ostry i daje się łatwiej oddzielić od lekkomyślności, jednakże bezpośrednim zamiarem takiego nastroju sprawcy nazwać nie można. Przypisanie zamiaru bezpośredniego jest tu więc ryzykowne, odrzucając zaś możliwość usiłowania z zamiarem ewentualnym tworzymy pustkę, z której jedyne wyjście to alternatywa: albo naciągnąć zamiar ewentualny do zamiaru bezpośredniego, albo zdegradować i dopasować zamiar sprawcy do powstałego skutku. Jednakże zarówno naciąganie, jak i degradowanie zamiaru sprawcy jest niesłuszne, tak jak niesłuszne byłoby zakwalifikowanie takiego działania sprawcy, który strzela do człowieka, jako narażenie życia na bezpośrednie niebezpieczeństwo, w wypadku gdyby nie odniósł on żadnych obrażeń ciała. Również niesłuszna byłaby kwalifikacja z art. 230 § 2 k. k. w wypadku śmierci Kazimierza S., ponieważ kierunek i bliskość strzałów od ofiary nie wskazują na to, by celem sprawcy było jedynie uszkodzenie ciała, co mogłoby mieć miejsce w wypadku, gdyby np. sprawca specjalnie strzelał w nogi, a strzał okazał się śmiertelny. Skoro zatem możliwe jest zabójstwo z zamiarem ewentualnym i w konkretnym przypadku, gdyby śmierć Kazimierza S. nastąpiła, nikt nie kwestionowałby takiej kwalifikacji — to wydaje się też możliwe usiłowanie tego przestępstwa z takim samym zamiarem ewentualnym.

III

Wypowiadając się za możliwością usiłowania cum dolo eventuali trzeba jednocześnie stwierdzić, że możliwości takie nie są bynajmniej

³¹ Ibidem, s. 30.

³² J. Śliwowski, op. cit., s. 584.

nieograniczone. Przede wszystkim są takie przestępstwa, w stosunku do których usiłowanie jest w ogóle niemożliwe.

a) Przestępstwa nieumyślne. Wprawdzie kodeksy karne niektórych państw dopuszczają możliwość karania usiłowania przy przestępstwach nieumyślnych, np. duński, japoński³³, to jednak z uwagi na to, że konstrukcja usiłowania kładzie ogromny nacisk na element woli przejawiającej się w działaniu skierowanym bezpośrednio ku urzeczywistnieniu złego zamiaru, przeto nie ulega wątpliwości, że nie może być mowy o usiłowaniu przestępstw nieumyślnych, gdzie brak jest woli popełnienia przestępstwa. W literaturze prawniczej polskiej i zagranicznej stanowisko co do tego jest niemal że jednolite. Nawet w Japonii, której kodeks dopuszcza taką możliwość, w teorii prawa karnego panuje przeciwny pogląd³⁴.

b) Wszelkie usiłowanie bez względu na rodzaj zamiaru jest niemożliwe i przy przestępstwach, w których istotę czynu dokonanego wypełnia usiłowanie w rozumieniu naturalnym. W tych bowiem wypadkach stadium jeszcze wcześniejsze nie da się skonstruować w formie usiłowania jako „przedsięwzięcia działania skierowanego bezpośrednio” i nie wykroczy poza czynności przygotowawcze, niekaralne.

c) Przy przestępstwach polegających na przygotowaniu (art. 99, 150, 180, 283 § 2 k. k.), ponieważ w pochodzie przestępstwa czynności przygotowawcze stanowią stadium wcześniejsze od usiłowania. Jeśli zatem już przygotowanie — pierwsze ujawnienie zamysłu przestępczego — traktowane jest jako przestępstwo dokonane, to nie ma już miejsca na usiłowanie, które po nim następuje.

d) Przy przestępstwach opartych na winie kombinowanej (art. 230 § 2 i 240 k. k.) — z przyczyn analogicznych do tych, dla których niemożliwe jest usiłowanie w stosunku do przestępstw nieumyślnych, chyba że staniemy na stanowisku, iż przy winie kombinowanej, np. na gruncie art. 230 § 2 k. k. mamy do czynienia z przestępstwem umyślnym kwalifikowanym przez nieumyślne spowodowanie następstw. Takie postawienie sprawy wydaje się jednak zbyt ryzykowne.

e) Przy przestępstwach, których karalność uzależniona jest od określonego następstwa czynu, np. z art. 198 k. k. Występek ten przedmiotowo wypełniają dwa kolejne fakty — zawarcia i unieważnienia małżeństwa; samo „usiłowanie zawarcia związku małżeńskiego wskazuje na zniweczenie w zarodku pierwszego członu faktycznego i uniemożliwia powstanie drugiego.

³³ *Sowremiennoje zarubieżnoje ugołownoje prawo*, (Przekład z niemieckiego), t. I, Moskwa 1957, s. 141 i 355.

³⁴ *Ibidem*, s. 355.

f) Przy wielu innych przestępstwach, gdzie usiłowanie nie da się pojęciowo skonstruować; np. przy przestępstwach jednochwilowych, jak obraza z art. 256 k. k., przy przestępstwie z art. 162 k. k. W jednym i drugim wypadku nie ma postaci zjawiskowych, istnieje tylko jedno stadium wykonawcze — dokonanie, które pokrywa się (lub prawie) z wypowiedzeniem przez sprawcę słów obelżywych (art. 256 k. k.), albo wypowiedzeniem przez przedstawiciela władzy słów wzywających do opuszczenia zbiegowiska (art. 162 k. k.).

Z powyższego przykładowego wyliczenia widzimy, że spora jest liczba przestępstw, w stosunku do których usiłowanie jest w ogóle niemożliwe.

Jest jednak i druga, dość pokaźna grupa przestępstw, których konstrukcja dopuszcza wprawdzie możliwość usiłowania, ale które mimo to nie mogą być usiłowane z zamiarem ewentualnym z tej prostej przyczyny, że dokonane być mogą one tylko z zamiarem bezpośrednim, z uwagi bądź na kierunkowość, bądź też na istotę lub szczególny zamiar sprawcy, np. art. 104, 108, 118 pkt b, 120, 129, 134, 147, 201, 257, 262, 264, 286 § 2 i 287 k. k. Skoro bowiem dane przestępstwo nie może być dokonane inaczej jak z zamiarem bezpośrednim, to oczywiście nie można go też usiłować z innym zamiarem, jak tylko bezpośrednim.

Jest wreszcie i taka grupa przestępstw, które mogą być popełnione zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym, np. przestępstwa przez zaniechanie (niedopełnienie obowiązku służbowego art. 286 § 1 k. k.), lecz do ich konstrukcji usiłowania cum dolo eventuali nie daje się zastosować. Nie wydaje się po prostu możliwe pojęciowo skonstruowanie takiego usiłowanego zaniechania cum dolo eventuali. Lecz gdyby nawet udało się taką konstrukcję stworzyć w jakiejś pracowni naukowej, jej wartość praktyczna byłaby żadna. Przede wszystkim trudność polega na tym, że istnieje spór o samą zasadę, czy dopuszczalne jest w ogóle usiłowanie przestępstw z zaniechania.

J. Makarewicz, L. Peiper, Z. Papierkowski, I. Andrejew, L. Lernel-J. Sawicki, S. Pławski³⁵ wypowiadają się w sposób zdecydowany za niedopuszczalnością takiego usiłowania.

Autorzy ci dowodzą, że do istoty usiłowania wchodzi działanie, że jest ono ze swojej natury zjawiskiem, które polega na czynnym zachowaniu się, zmierzającym do wytworzenia zmiany w świecie zewnętrznym.

³⁵ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 121; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 92; Z. Papierkowski, *Usiłowanie a przestępstwa polegające na zaniechaniu*, odbliska z Palestry 1936, nr 5, oraz *Problem usiłowania przestępstw z zaniechania*, Palestra 1958, nr 5–6, s. 37–45; I. Andrejew, L. Lernel, J. Sawicki, *Prawo karne Polski Ludowej*, Warszawa 1950, s. 255; S. Pławski, *Prawo karne, Cz. ogólna*, (Skrypt), 1952, s. 182–183.

Prof. Wolter, który, jakkolwiek opowiada się za możliwością usiłowania przy zaniechaniu, w kwestii tej ma jednak wiele zastrzeżeń i trzykrotnie zmieniał swe stanowisko. Najpierw w 1933 r. głosił, że usiłowanie jest dopuszczalne w stosunku do przestępstw materialnych z zaniechania, a niedopuszczalne względem formalnych przestępstw z zaniechania³⁶. W 1939 r. i 1947 r. uznał za niedopuszczalne usiłowanie również w stosunku do materialnych przestępstw z zaniechania, tworząc przy tym koncepcję tzw. przeszkodzenia³⁷. Następnie znów zmienił swoje stanowisko, dopuszczając w pewnych warunkach usiłowanie w stosunku do materialnych przestępstw z zaniechania oraz w stosunku do formalnych przestępstw z zaniechania³⁸. W konkluzji Wolter stwierdza: „W tym sensie, w jakim mówimy o usiłowaniu przestępstw z działania, przestępstw z zaniechania usiłować nie można”³⁹.

Z definicji usiłowania wynika wyraźnie, że chodzi tu o jakąś aktywność, ruch. W konsekwencji więc należy stwierdzić, że jeśli ma istnieć możliwość usiłowania przez zaniechanie, to jest oczywiste, że i w zaniechaniu musi istnieć jakiś element aktywności, ruchu. Wolterowi udało się to wykazać na podstawie analizy nauki Pawłowa w zastosowaniu jej do dziedziny prawa⁴⁰. Zagadnienie to nie zostało jednak rozstrzygnięte do końca. Coś bowiem musi w tym być, skoro ustaliwszy teoretycznie możliwości usiłowania przez zaniechanie, poza abstrakcyjnymi przykładami nie możemy wskazać na żadną konkretną sprawę z praktyki sądowo-prokuratorskiej. Warto tutaj przypomnieć, jak trudne jest w ogóle rozgraniczenie usiłowania od czynności przygotowawczych nawet przy działaniu przestępnym, kiedy możemy śledzić każdą niemal czynność sprawcy zmierzającą bezpośrednio ku urzeczywistnieniu zamiaru i na tej podstawie określać przynajmniej przedmiotowo poszczególne fazy działania, a przecież zasadnicze trudności związane z przedmiotem rozpoczynają się właściwie przy zaniechaniu usiłowanym, kiedy ów ruch i owa swoista aktywność tkwiąca również w zaniechaniu jest z reguły niedostrzegalna na zewnątrz. Ponadto, kiedy i to uchwycimy, sprawca zawsze ma prawo powoływania się, iż miał jeszcze tyle czasu, by odstąpić od zaniechania i wykonać zadanie.

³⁶ W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego*, t. I, Kraków 1933, s. 201.

³⁷ W. Wolter, *Przestępne przeszkodzenie*, Czasopismo Prawnicze 1939, t. XXXII, cyt. wg Woltera *Problem usiłowania przestępstw z zaniechania*, Państwo i Prawo 1957, z. 12, s. 1027, por. także *Prawo karne*, 1947, s. 319 i n.

³⁸ W. Wolter, *Problem usiłowania przestępstw z zaniechania*, Państwo i Prawo 1957, z. 12, s. 1013–1032.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Por. W. Wolter, *Problem usiłowania przestępstw ...*, op. cit., s. 1023 i n., oraz tenże *O czynie jako działaniu lub zaniechaniu przestępnym*, Państwo i Prawo 1956, z. 5–6, s. 881 i n.

Jeżeli więc do tych wszystkich trudności dodamy jeszcze zamiar ewentualny, który mielibyśmy przypisać sprawcy usiłowanego zaniechania, powstaje taka sytuacja, w której trudno będzie wyobrazić sobie, jak to nawet z punktu widzenia czystej teorii przedstawiałby się zarzut usiłowania cum dolo eventuali wobec przestępstw z zaniechania. Chodzi bowiem o to, że usiłowanie, jak słusznie podkreśla Bugajski, musi się „wyrażać w takim działaniu, które jednoznacznie wskazuje na istnienie zamiaru przestępnego i świadczy bez wątpienia o tym, że sprawca już był w trakcie wykonywania zamiaru, następnie jednak z jakichś przyczyn nie wykonanego, czyli sprawca musi podjąć działanie w obiektywnym sensie bezpośrednio skierowane ku wywołaniu skutku przestępnego lub przestępczości działania”⁴¹. Stąd też i „działanie wieloznaczne, nie wykazujące obiektywnie istnienia zamiaru sprawcy realizacji tego zamiaru ... nie będzie mogło być także usiłowaniem”⁴².

W konkluzji wypada więc stwierdzić, że — mimo postawionej tezy o dopuszczalności usiłowania z zamiarem ewentualnym — w praktyce, z uwagi właśnie na liczne odstępstwa od wspomnianej tezy, trudności konstrukcyjne przy pewnych stanach taktycznych, a także trudności dowodowe, czego również lekceważyć nie wolno, z możliwości usiłowania cum dolo eventuali korzysta się rzadko.

⁴¹ W. Bugajski, op. cit., s. 36.

⁴² Ibidem, s. 36.