

RYSZARD DĘBSKI

KARALNOŚĆ USIŁOWANIA NIEUDOLNEGO

*

Przepisy części szczególnej kodeksu karnego określają zachowania się sprawców czynów dokonanych. Sankcja karna łączy się tu ze zrealizowaniem czynu zabronionego stypizowanego w ustawie. Przy przestępstwie formalnym urzeczywistnienie czynu oznacza całkowite zakończenie (spełnienie) zachowania opisanego w ustawie, przy przestępstwie materialnym – również osiągnięcie określonego tam skutku. Odpowiada za zabójstwo zatem ten kto „zabił” człowieka (art. 148 k.k. – mimo, że przepis mówi: „kto zabija człowieka”, chodzi oczywiście o tego, kto „zabił”), za kradzież ten, kto „zabrał” w celu przywłaszczenia cudzą rzecz ruchomą (art. 278 k.k.), za zniszczenie mienia – ten, kto cudzą rzecz „zniszczył”, „uszkodził” lub „uczynił niezdatną do użytku” (art. 288 k.k.). Chodzi tu o czyny, które stanowiły zamach na określone dobro prawne i spowodowały naruszenie chronionego przedmiotu. Naruszenie takie ze względu na uznaną wartość społeczną przedmiotu ochrony spotyka się z potępieniem i sankcją karną. Argumentacja ta nie dotyczy sytuacji, w których do dokonania nie doszło. Karanie etapów poprzedzających dokonanie (zabicie, zabranie, zniszczenie) wymaga zatem odrębnego postanowienia ustawy i odrębnego uzasadnienia.

Jak stwierdza J. Makarewicz¹, dla ustawodawstw pierwotnych liczyła się tylko zmiana w świecie zewnętrznym. Jeżeli jej nie było nie mogło być mowy o odpowiedzialności karnej. Z upływem czasu jednak, pod wpływem – jak to określa J. Makarewicz – „instynktu samozachowawczego społeczeństwa” zrodziło się przekonanie o potrzebie karania samych „działań antyspołecznych”, nawet wówczas, gdy do niekorzystnej zmiany w świecie zewnętrznym nie dojdzie². W ten sposób rozszerzona zostaje karalność – początkowo przez opis takich nagannych, choć bezskutkowych, zachowań na przestępstwa formalne, a następnie także na usiłowanie. Tak więc starsze prawo rzymskie nie znało karalności usiłowania, nowsze znając przypadki karalności nie posługiwało się ogólnym pojęciem usiłowania³. Pojęcie to (*conatus*) nauka prawa karnego zawdzięcza średniowiecznym włoskim glosatorom. Oni też wskazali na istotne cechy usiłowania, zawarte w słynnej formule: *cogitare* (zamiar), *ad actum procedere* (przystąpienie do czynu), *non perficere, non perducere ad effectum* (nie osiągnięcie skut-

¹ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy*, Lwów-Warszawa 1924, s. 93.

² Tamże.

³ F. v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1903, s. 203.

ku)⁴. Z doktryny włoskiej definicja usiłowania przenika do ustawodawstwa – przede wszystkim do *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507 r.) oraz *Constitutio Criminalis Carolina* (1532 r.)⁵. Odtąd staje się ona – jak pisze J. Makarewicz – własnością prawa społeczeństw europejskich⁶.

*

Rozszerzając karalność na etap poprzedzający dokonanie należało znaleźć uzasadnienie dla takiej operacji. Z upływem czasu przewagę nad klaryfikacyjnym znaczeniem takiego uzasadnienia zyskiwać zaczęło jego znaczenie selekcyjno-gwarancyjne. O ile bowiem początkowo można było zakreślać dość szeroko granice karalnego usiłowania (m.in. rozszerzając je częściowo na czynności przygotowawcze), o tyle pod wpływem zwłaszcza dziewiętnastowiecznych koncepcji liberalnych i idei państwa prawnego na pierwszy plan wysuwać zaczęło pytanie o zakres karalności za poprzedzające dokonanie etapy na drodze przestępstwa (*iter delicti*)⁷. Dążenie do przeciwstawienia się nadmiernej władzy państwa skłaniało do jasnego i niezbyt szerokiego zakreślenia granic karalności usiłowania. W doktrynie – jak wiadomo – ukształtowało się w tej sprawie szereg koncepcji, które podzielić można na dwie grupy: **obiektywne** (przedmiotowe) i **subiektywne** (podmiotowe) **teorie usiłowania**⁸. Pierwsze skuteczniej spełniając funkcje selekcyjno-gwarancyjne lepiej odpowiadają ideom liberalnym, drugie wiążą się natomiast z tendencją do subiektywizacji odpowiedzialności karnej.

Teorie przedmiotowe – jak to zwięźle określa A. Spotowski – upatrywały racji karalności usiłowania w obiektywnym zagrożeniu chronionego przedmiotu czynu, czy też w **niebezpieczeństwie naruszenia dobra prawnego** (stąd niemiecka nazwa: *objektive Gefährlichkeitstheorien*)⁹. Punktem wyjścia jest tu szkodliwość naruszenia dobra chronionego. Usiłowanie jest stadium poprzedzającym to naruszenie i wiąże się z zagrożeniem, niebezpieczeństwem dla chronionego przedmiotu¹⁰. W ten sposób uzasadnienie karygodności usiłowania wytycza też granice jego karalności: usiłowanie karalne ma miejsce tylko wówczas, gdy występuje niebezpieczeństwo dla chronionego przedmiotu czynu.

Teorie obiektywne występowały w doktrynie (zwłaszcza niemieckojęzycznej) w różnych odmianach. Zróżnicowanie to wiązało się przede wszystkim z odmiennością funkcji, na które nastawiali je twórcy poszczególnych kon-

⁴ Por. np.: W. Makowski, *Prawo karne, Część ogólna*, Warszawa-Lublin-Łódź-Poznań-Kraków (brak daty), s. 186 i n.; E. Krzymuski, *System prawa karnego*, Kraków 1921, s. 134 i n.

⁵ Por.: E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, München-Leipzig 1931, s. 376; R. v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin 1932, s. 29 - 32.

⁶ J. Makarewicz, *Prawo...*, s. 95.

⁷ Por. F. Haft, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (dalej skrót: AT), München 1987, s. 223 i n.

⁸ Por. A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 93 i n. Por. także na ten temat Z. Jędrzejewski, *Usiłowanie udolne i nieudolne w świetle nauki i orzecznictwa polskiego*, „Edukacja Prawnicza” 1994, nr 4, s. 75 i n.

⁹ Por. G. Jakobs, *Strafrecht. AT*, Berlin-New York 1991, s. 709 i n.

¹⁰ A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 93 - 96.

cepcji. Najważniejsze zadania tych teorii wiązano – jak powiedziano – z funkcjami delimitacyjnymi. Chodziło o wytyczenie dwóch granic: 1) po pierwsze – starano się wytyczyć linię podziału pomiędzy zachowaniem będącym „niebezpiecznym” usiłowaniem, a więc czynem już karygodnym, a zachowaniem jeszcze zbyt odległym od naruszenia chronionego przedmiotu, nie zagrażającym mu bezpośrednio, zatem w zasadzie nie zasługującym na karalność i z reguły bezkarnym – przygotowaniem; 2) po drugie – poszukiwano koncepcji wyznaczającej granicę pomiędzy zachowaniem rzeczywiście niebezpiecznym, które podlegać ma ukaraniu jako usiłowanie, a działaniem podjętym co prawda ze złym zamiarem przez sprawcę, lecz nie-niebezpiecznym, niezdatnym bowiem do zrealizowania tego zamiaru (usiłowaniem niezdatnym, nieudolnym).

1. Z punktu widzenia pierwszej funkcji wyodrębnić można przede wszystkim starszą teorię **formalno-objektywną**, która zakładała, iż karalne usiłowanie wiąże się z „**początkiem wykonania**”¹¹ czynu zabronionego, czyli podjęciem zachowania opisanego w dyspozycji przepisu karnego (*commencement d'exécution, Anfang der Ausführung*). Zgodnie z tą koncepcją nie mogło być zatem mowy o usiłowaniu, jeśli sprawca nie przystąpił do realizacji zespołu znamion, do urzeczywistnienia znamienia czasownikowego. Była to teoria czysto objektywna i zarazem formalna. Odwoływała się bowiem bezpośrednio do ustawowego opisu czynu zabronionego i wymagała rozpoczęcia wykonywania opisanego działania. Koncepcji tej początek dało (wywodzące się z rewolucyjnego kodeksu francuskiego z 1791 r.) określenie usiłowania we francuskim *Code pénale* z 1810 r. jako *commencement d'exécution* (por. art. 2 CP)¹². Zyskała ona licznych zwolenników w dziewiętnastowiecznej doktrynie europejskiej i odbicie w wielu kodeksach karnych (starszych – np. w pruskim z 1851 r., Rzeszy Niemieckiej z 1871 r. – dawny § 43, rosyjskim z 1903 r. – art. 49, a także nowszych – np. w szwajcarskim z 1937 r. – art. 21, francuskim z 1992 r. – art. 121-5)¹³, które określają usiłowanie właśnie jako początek wykonania.

Do przełamania formalizmu koncepcji „początku wykonania” i pewnego rozszerzenia karalności usiłowania zmierzały teorie **materialno-objektywne**. Zaliczały one do obszaru karalnego usiłowania już takie czynności sprawcy, które – zgodnie ze znaną formułą R. Franka¹⁴ – ze względu na ich konieczną jedność z czynem opisanym w znamionach typu przestępstwa w naturalnym ujęciu jawią się jako jego części składowe, lub takie działania, które sprowadzały **bezpośrednie niebezpieczeństwo** dla chronionego przedmiotu czynu¹⁵.

¹¹ W naszym piśmiennictwie mówi się często o „początku dokonania” – por. np.: K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 361; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1994, s. 102. Niektórzy autorzy posługują się jednak określeniem „początek wykonania” (por. np. A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 92).

¹² Por. np. R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, Paris 1984, s. 580. Por. także określenie usiłowania w art. 121-5 (*Livre I-er*) obecnie obowiązującego francuskiego kodeksu karnego z 22 lipca 1992 r.

¹³ Por. np.: H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin 1988, s. 460 i n.; I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, Warszawa 1978, s. 232 - 233.

¹⁴ R. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen 1931, s. 87.

¹⁵ Por.: J. Wessels, *Strafrecht. AT*, Heidelberg 1987, s. 171; H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin 1969, s. 190. Por. także A. Spotowski, *Erscheinungsformen der Straftat im deutschen und polnischen Recht*, Baden-Baden 1979, s. 29.

Różnie rozstrzygano również wątpliwości dotyczące tego, na jakiej podstawie oceniać, kiedy zachodzi „początek wykonania” lub „bezpośredniość” niebezpieczeństwa dla chronionego przedmiotu. Teoria **generalno-objektywna** proponowała tu punkt widzenia obserwatora zewnętrznego. Natomiast teoria **indywidualno-objektywna** wskazywała na potrzebę odwołania się do indywidualnego planu sprawcy¹⁶. W ten sposób teoria indywidualno-objektywna uwzględniając subiektywne wyobrażenie sprawcy dotyczące realizowanego czynu stawiała się w istocie teorią mieszaną (subiektywno-objektywną)¹⁷.

2. Próbę wytyczenia granicy pomiędzy karalnym usiłowaniem prowadzącym niebezpieczeństwo dla dobra chronionego i czynem pozbawionym cechy „niebezpieczności”, a więc – zgodnie z zasadą – bezkarnym (usiłowaniem nieudolnym) podejmowały z kolei tzw. **starsza teoria obiektywna**, zwana **abstrakcyjno-objektywna** oraz nowsza **teoria obiektywna**, nazywana **konkretno-objektywną**¹⁸. Koncepcje te różniły się przede wszystkim sposobem ustalania niebezpieczeństwa. Starsza koncepcja abstrakcyjno-objektywna wywodząca się od A. v. Feuerbacha¹⁹ zakładała, iż badanie niebezpieczeństwa działania sprawcy przeprowadzać powinien sędzia, który formułuje ocenę z pozycji *ex post*. Posiadając wiadomości z chwili dokonywania osądu powinien on odróżnić **usiłowanie absolutnie nieudolne od względnie nieudolnego**. Przyjmowano, iż pierwsze polegające na posłużeniu się niezdatnym do zrealizowania skutku środkiem lub skierowaniu działania na nie nadający się do tego przedmiot, powinno pozostać bezkarne, jako w ogóle niezdatne do sprowadzenia niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. Nieudolność takiego działania związana z tzw. **niewłaściwością rzeczową**, tj. brakiem przedmiotu nadającego się do dokonania na nim czynu, lub **niewłaściwością jakościową** użytego **środka**, powodowała bowiem, że w żadnym wypadku nie mogło ono doprowadzić do dokonania. Drugi rodzaj usiłowania – określane jako usiłowanie względnie nieudolne – miał miejsce wówczas, gdy działanie jedynie w danym konkretnym przypadku nie mogło osiągnąć celu w związku niezdatnością użytego środka w stosunku do danego przedmiotu (chodziło więc o konkretną relację pomiędzy środkiem i przedmiotem, stąd nazwa – *relativ untaugliche Versuch*)²⁰. Przypadki te wiązały się przede wszystkim z **niewłaściwością miejscową**, tj. brakiem przedmiotu w miejscu oczekiwanym przez sprawcę lub **niewłaściwością ilościową** użytego **środka**. Zgodnie z teorią abstrakcyjno-objektywną działanie takie uznać należy za karygodne²¹. Jak wykazano w piśmiennictwie – podziału na usiłowanie abso-

¹⁶ H. Welzel, *Das Deutsche...*, s. 191; H.-H. Jescheck, *Lehrbuch...*, s. 466 i n.

¹⁷ Por.: H.-H. Jescheck, *Lehrbuch...*, s. 466 i n.; G. Rejman, *Usiłowanie przestępstwa w prawie polskim*, Warszawa 1965, s. 53.

¹⁸ Por. np.: R. Maurach, K. H. Zipf, H. Gössel, *Strafrecht. AT*, T. 2, Heidelberg-Karlsruhe 1978, s. 15 i 30 - 31; G. Jakobs, *Strafrecht...*, s. 709; A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 94 - 95; Z. Jędrzejewski, *Usiłowanie...*, s. 75.

¹⁹ A. v. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen 1847, s. 76 (noty C. J. A. Mittermaiera).

²⁰ R. v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin 1932, s. 156 - 157.

²¹ Por.: W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 100 - 101; A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 94 - 95.

lutnie nieudolne i względnie nieudolne nie daje się jednak skutecznie przeprowadzić²².

Powstała więc nowsza **teoria konkretno-objektywna**, której twórcą był F. v. Liszt (1884 r.)²³, a kontynuatorem m.in. R. v. Hippel²⁴. Teoria ta zakwestionowała przyjmowany uprzednio sposób ustalania *ex post* tkwiącego w czynie „niebezpieczeństwa”. Według niej niezbędna jest każdorazowa ocena konkretnego niebezpieczeństwa zachowania w postaci następczej prognozy (*nachträgliche Prognose*). Chodzi tu o ocenę *ex ante* dokonywaną ze stanowiska objektywnego obserwatora z chwili czynu. Przy tym wartościowaniu brane są pod uwagę okoliczności, które w chwili działania były „ogólnie rozpoznawalne”, a także te, które znane były jedynie sprawcy. Nie uwzględniano jednak okoliczności, które ujawniały się dopiero po czynie²⁵. Usiłowanie jest zatem „niebezpieczne” (i karygodne), gdy roztropny człowiek posiadając wiedzę sprawcy oraz dodatkowo wiadomości rozsądnego obserwatora w chwili czynu (*ex ante*) uzna dokonanie za nie wykluczone (nie nieprawdopodobne)²⁶.

W literaturze (przede wszystkim – niemieckojęzycznej) opracowano także inne jeszcze teorie objektywne zmierzające do odróżnienia usiłowania karygodnego, bo związanego z zagrożeniem dla chronionego przedmiotu czynu, od zachowania nie niebezpiecznego, nie zasługującego zatem na karałność. Znaczny rozgłos zdobyła np. tzw. **teoria braku w istocie przestępstwa** (*Mangel am Tatbestand*)²⁷. Odróżniała ona (karałne) usiłowanie, przy którym brak jedynie niezbędnego dla dokonania końcowego ogniwa czynu – osiągnięcia skutku, od sytuacji znamiennej odmiennym „brakiem”. Chodzi o sytuację, w której brak innego znamienia czynu (błędnie przyjmowanego przez sprawcę za istniejące) powodował, iż nie popełniano przestępstwa. Ten drugi przypadek polegający właśnie na braku w istocie przestępstwa (związany z bezwzględną niezdatnością przedmiotu lub środka)²⁸ wykluczać miał karałność autora czynu.

Rezygnując z dalszej charakterystyki koncepcji objektywnych wskazać trzeba konsekwencje przyjęcia tezy, iż podstawą karałności usiłowania jest zagrożenie (niebezpieczeństwo) dla chronionego przedmiotu czynu.

Przyjęcie założeń teorii objektywnych prowadzi m.in. do następujących wniosków. 1) Usiłowanie powinno być karane wyraźnie łagodniej niż dokonanie, skoro zagrożenie dobra chronionego jest w oczywisty sposób mniej „szkodliwe” niż jego naruszenie. 2) Karałność usiłowania może nastąpić jedynie wówczas, gdy zewnętrzne zachowanie się sprawcy sprowadziło rzeczywiste zagrożenie dla dobra chronionego. 3) Zachowanie to polegać powinno zatem w zasadzie na przystąpieniu już do wykonywania czynu

²² Por.: F. v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1903, s. 209 - 210; R. Maurach i inni, *Strafrecht...*, s. 30; A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 95; W. Wolter, *Funkcja...*, s. 101.

²³ Por. F. v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1903, s. 211 - 212.

²⁴ R. v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin 1932, s. 158 - 159.

²⁵ Por.: F. v. Liszt, *Lehrbuch...*, s. 211 - 212; R. v. Hippel, *Lehrbuch...*, s. 157 - 158.

²⁶ Por.: G. Jakobs, *Strafrecht...*, s. 109; A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 95.

²⁷ Por.: R. Frank, *Das Strafgesetzbuch...*, s. 84; G. Jakobs, *Strafrecht...*, s. 710 - 711. Por. także Z. Jędrzejewski, *Usiłowanie...*, s. 75.

²⁸ W. Wolter, *Funkcja...*, s. 99 - 100.

zabronionego (a nie na jakiś „odleglejszych” od naruszenia dobra czynnościach przygotowawczych). 4) Nie może podlegać karalności za usiłowanie zachowanie niezdatne do sprowadzenia zagrożenia, dotknięte takim brakiem, który od początku działania skazywał je na niepowodzenie, zachowanie nie stwarzające zatem niebezpieczeństwa dla dobra prawnego (usiłowanie nieudolne)²⁹.

Odmienne wnioski wyciągają zwolennicy subiektywnych teorii usiłowania.

Teorie podmiotowe poszukują uzasadnienia dla karalności usiłowania w stronie podmiotowej czynu, która – jak wiadomo – nie różni usiłowania od dokonania. Różnica występuje tu tylko „od strony przedmiotowej” i wyraża się w braku realizacji wszystkich znamion typu rodzajowego przestępstwa (chodzi zazwyczaj o zamię skutku). Strona podmiotowa wygląda natomiast przy dokonaniu i przy usiłowaniu analogicznie. Znamionuje ją zły zamiar sprawcy³⁰. Racją karalności usiłowania jest więc **niebezpieczność woli sprawcy**³¹. Karalność jest zatem uzasadniona od momentu, gdy sprawca ujawnił swą złą wolę w sposób jednoznaczny.

Oczywiście sprawca nie odpowiada za sam zły zamiar – *cogitationis poenam nemo patitur*. Odpowiada za podjęcie realizacji tego zamiaru, a więc za swój czyn³². Nie ma tu jednak znaczenia rzeczywiste zagrożenie dla chronionego przedmiotu czynu, lecz fakt uzewnętrznionej w działaniu złej woli sprawcy, jego dowiedzionego czynem wrogiego nastawienia wobec prawa. W piśmiennictwie podkreśla się niekiedy, iż uzasadnieniem karalności usiłowania jest w istocie **niebezpieczność samego sprawcy**, który skoro raz okazał się zdolny do podjęcia decyzji popełnienia przestępstwa, może ją zrealizować również w innych, bardziej sprzyjających okolicznościach doprowadzając do dokonania (*Tätertheorie*)³³. Teorie podmiotowe pozwalają uzasadnić karalność działań podejmowanych z zamiarem dokonania czynu zabronionego niezależnie od związanej z nimi „bliskości” naruszenia dobra prawnego (a więc także przypadków przygotowania) lub realności tego zagrożenia (usiłowanie nieudolne)³⁴.

Przyjęcie założeń teorii subiektywnych prowadzi zatem do następujących wniosków. 1) Skoro strona podmiotowa czynu przy usiłowaniu wygląda identycznie jak przy dokonaniu, oba te stadia realizacji przestępstwa powinny być karane w podobnym zakresie (powinny być zagrożone podobnymi sankcjami). 2) Karalność usiłowania uzasadniona jest już wówczas, gdy sprawca w jakikolwiek sposób rozpoczął wcielać w czyn swój zamiar przestępczy uzewnętrzniając złą wolę. 3) Nie jest istotna „odległość” dzieląca czyn sprawcy od zabronionego naruszenia dobra prawnego, jeśli tylko w działaniu tym dostatecznie jasno manifestuje się jego zamiar. 4) Karać należy również takie zachowania się sprawcy, które co prawda w danej

²⁹ Por. O. Trifflerer, *Österreichisches Strafrecht. AT*, Wien-New York 1985, s. 353.

³⁰ O. Trifflerer, *Österreichisches Strafrecht. AT*, Wien-New York 1985, s. 353.

³¹ A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 96.

³² J. Baumann, U. Weber, *Strafrecht. AT*, Bielefeld 1985, s. 472.

³³ H.-H. Jescheck, *Lehrbuch...*, s. 463; A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 97.

³⁴ A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 97.

sytuacji w ogóle chronionemu przedmiotowi czynu nie zagrażały, lecz stanowiły dostateczny dowód złej woli sprawcy, podjęte bowiem były przezeń w przeświadczeniu, iż są w stanie zrealizować jego przestępczy zamiar (usiłowanie nieudolne).

Trzeba wreszcie powiedzieć, iż obecnie w doktrynie (zwłaszcza niemieckojęzycznej) doniosłe znaczenie przyznać należy **teoriom mieszanym** łączącym elementy koncepcji subiektywnych i obiektywnych. Do nich zalicza się bardzo popularna w piśmiennictwie niemieckim tzw. **teoria wrażenia** (Eindruckstheorie)³⁵, według której usiłowanie – będące uzewnętrznieniem woli sprzecznej z normą postępowania – zasługuje na karalność, o ile przez to zachowanie naruszone może zostać zaufanie społeczne do obowiązującego porządku prawnego.

W obliczu istotnych odmienności wniosków płynących z założeń obu zasadniczych grup teorii, powstaje pytanie, które z tych założeń legły u podstaw kodeksowego uregulowania karalności usiłowania w prawie polskim.

*

Definicja usiłowania zamieszczona w art. 13 nowego kodeksu karnego z 1997 r. (w zasadzie niezmieniona w stosunku do definicji zawartej w art. 11 k.k. z 1969 r.)³⁶, podobnie zresztą do wcześniejszej, zamieszczonej w art. 23 k.k. z 1932 r., dopuszcza w tym względzie różne możliwości interpretacji.

Na gruncie dawnego uregulowania kodeksowego z 1932 r. spotkać można było w piśmiennictwie i judykaturze wypowiedzi – odnoszone do karalności usiłowania – podkreślające przede wszystkim, iż kodeks karny z 1932 r. hołduje zasadzie subiektywizmu. Art. 23 § 1 k.k. z 1932 r. określając usiłowanie mówił o „przedsięwzięciu działania, skierowanego bezpośrednio ku urzeczywistnieniu tego zamiaru”. Toteż – jak stwierdza M. Siewierski – za usiłowanie ustawa ta uważa „wszelkie działanie, w którym zamiar popełnienia przestępstwa zaznaczył się w sposób niewątpliwy”³⁷. Podobne poglądy – z odwołaniem się do orzecznictwa – wypowiada W. Wolter. Podkreśla on, iż kodeks z 1932 r. przeniósł punkt ciężkości na zamiar sprawcy, ujawniony w działaniu, nie budzącym wątpliwości co do jego intencji. Zgodnie z taką interpretacją autor ten konsekwentnie stwierdza, iż nie można przesuwać karalności czynności sprawcy dopuszczającego się usiłowania tak daleko od dokonania czynu, aby wystąpiła ich wieloznaczność³⁸.

Odmiennego zdania jest natomiast I. Andrejew, który podkreśla, iż art. 23 § 1 k.k. z 1932 r. wyraża – wbrew intencjom jego twórców – w zasadzie

³⁵ Por. np.: E. Mezger, *Strafrecht...*, s. 397; H.-H. Jescheck, *Lehrbuch...*, s. 463 (oraz podaną tam literaturę); A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 98; W. Wolter, *Funkcja...*, s. 108.

³⁶ W dalszej części pracy skrót „k.k.”, bez określenia daty wydania ustawy, oznacza kodeks karny z 1997 r.; natomiast skrót „d.k.k.”, bez określenia daty, oznacza kodeks karny z 1969 r.

³⁷ M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1965, s. 61 - 62.

³⁸ W. Wolter, *Prawo karne*, Warszawa 1947, s. 321 - 322.

obiektywne ujęcie usiłowania³⁹. W podobnym kierunku zmierzają rozważania G. Rejman, który zdecydowanie stwierdza, iż znamionującą usiłowanie cechą „bezpośredniości” działania skierowanego na urzeczywistnienie zamiaru oceniać należy jedynie na podstawie kryteriów przedmiotowych⁴⁰.

S. Śliwiński z kolei opowiada się za koncepcją mieszaną. Przyjmuje on mianowicie, iż granice usiłowania (polegającego na przedsięwzięciu działania skierowanego bezpośrednio ku urzeczywistnieniu przestępnego zamiaru) powinny być w zasadzie wyznaczane na podstawie przedmiotowej, jednak z uwzględnieniem planu działania sprawcy⁴¹.

Podobne zróżnicowanie stanowisk spotykamy w piśmiennictwie polskim już pod rządami kodeksu karnego z 1969 r. Ponieważ w nowym kodeksie karnym z 1997 r. przepisy dotyczące usiłowania – poza pewnymi udoskonaleniami sformułowania – w zasadzie nie uległy zmianie, aktualność zachowują także podnoszone na gruncie poprzednio obowiązującego kodeksu wątpliwości i – w konsekwencji – rozbieżne poglądy wypowiedziane w doktrynie. Art. 13 § 1 k.k. z 1997 r. – podobnie jak art. 11 § 1 k.k. z 1969 r. – zawiera określenie usiłowanie zwykłego (udolnego) w pewnym tylko stopniu zmienione w stosunku do przyjętego w art. 23 k.k. z 1932 r. (jak słusznie zauważa A. Spotowski – istotniejsze zmiany związane z uchyleciem kodeksu z 1932 r. dotyczące ustawowego ujęcia usiłowania wynikały z innych przepisów: art. 14 k.k. z 1969 r. wprowadzającego ustawową definicję przygotowania i art. 1 tegoż kodeksu zawierającego tzw. materialne określenie przestępstwa)⁴². Zgodnie z art. 13 § 1 k.k. „odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje”⁴³ (jak widać – mówi się tu o bezpośrednim zmierzaniu do dokonania czynu, a nie – jak w kodeksie z 1932 r. – o bezpośrednim skierowaniu działania ku urzeczywistnieniu zamiaru). Podobnie jak w kodeksie karnym z 1932 r. w osobnym paragrafie tego samego artykułu nowego kodeksu (art. 13 § 2 k.k.) określono karalne usiłowanie nieudolne: „usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego”⁴⁴.

Otóż na gruncie takiego ustawowego określenia usiłowania, przyjętego w kodeksie karnym z 1969 r. i kodeksie z 1997 r., spotkać można niekiedy w piśmiennictwie i orzecznictwie wypowiedzi wskazujące na potrzebę odwołania się przy interpretacji przepisów kodeksowych do założeń subiek-

³⁹ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 185.

⁴⁰ G. Rejman, *Usiłowanie...*, s. 87.

⁴¹ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 297 - 298. Por. także na ten temat A. Spotowski, *Erscheinungsformen...*, s. 25 - 26.

⁴² A. Spotowski, *Erscheinungsformen...*, s. 27.

⁴³ Art. 11 § 1 k.k. z 1969 r. stanowił podobnie, iż „odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem się zmierza bezpośrednio ku jego dokonaniu, które jednak nie następuje”. Zmiany wprowadzone w nowym kodeksie mają zatem wyłącznie charakter poprawek językowych.

⁴⁴ Art. 11 § 2 d.k.k. usiłowanie nieudolne określał podobnie: „usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim przestępstwa lub ze względu na użycie środka nie nadającego się do wywołania zamierzonego skutku”.

tywnych teorii usiłowania. Na przykład J. Kostarczyk-Gryszka aprobując stanowisko Sadu Najwyższego wyrażone w wyroku z 6 VI 1974 r. podnosi, iż „ciężar konstrukcji usiłowania przestępstwa”, jego istota, opiera się na subiektywnym znamieniu zamiaru⁴⁵. K. Buchała stwierdzając „kompromisowy” charakter części rozwiązań przyjętych w kodeksowej regulacji usiłowania stwierdza jednocześnie, iż polski kodeks karny wychodzi niewątpliwie z ujęcia subiektywnego⁴⁶. K. Buchała i A. Zoll podkreślają, że o ile kodeks karny z 1932 r. stał na gruncie teorii subiektywnej, o tyle kodeks z 1969 r. „pozostaje pod jej silnym wpływem”⁴⁷.

I. Andrejew natomiast podnosi potrzebę obiektywnego odczytywania ustawowego określenia usiłowania zwykłego, zwłaszcza znamienia „bezpośredniości” zmierzania ku dokonaniu⁴⁸. Omawiając usiłowanie nieudolne zaznacza jednak, iż kodeks karny opowiada się za stanowiskiem pośrednim – umiarkowanego obiektywizmu⁴⁹. Założenia obiektywnej teorii usiłowania przyjmuje M. Cieślak podkreślając, że w istocie każde usiłowanie oznacza narażenie na niebezpieczeństwo chronionego przez przepis dobra prawnego⁵⁰. Również L. Gardocki stwierdza, iż „definicja usiłowania w polskim prawie karnym, odwołując się do elementu bezpośredniości zmierzania przez sprawcę ku dokonaniu, ma charakter obiektywny, ale nie w postaci skrajnej, tak jak to jest przy koncepcji »początku dokonania«”⁵¹. W podobnym kierunku zmierzają uwagi M. Filara, który podkreśla, że znamionująca usiłowanie „bezpośredniość” musi być ujmowana w sposób zobiektywizowany⁵². Za przedmiotowym rozumieniem bezpośredniości opowiada się również E. Kunze⁵³, a także A. Wąsek w komentarzu do nowego kodeksu karnego⁵⁴.

Inni autorzy m.in. W. Świda i A. Marek podnoszą, iż „bezpośredniość” należy oceniać przedmiotowo i zarazem podmiotowo – biorąc pod uwagę plan działania sprawcy⁵⁵. Toteż sądzić należy, że ustawodawca polski przyjął w kodeksie karnym z 1969 r. i w kodeksie z 1997 r., podobnie jak w dawnym kodeksie z 1932 r., koncepcję usiłowania subiektywno-obiektywną⁵⁶.

⁴⁵ J. Kostarczyk-Gryszka, *Glosa do wyroku SN z 6 VI 1974 (II KR 339/73)*, „Państwo i Prawo”, z. 4, 1976, s. 177 - 178.

⁴⁶ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 363 (wypowiedź dotyczy oczywiście kodeksu z 1969 r.).

⁴⁷ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 282.

⁴⁸ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 217; I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 83.

⁴⁹ I. Andrejew, *Polskie...*, s. 223; I. Andrejew i inni, *Kodeks...*, s. 85.

⁵⁰ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 361, 367. Na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. również M. Siewierski podkreślał, iż cecha usiłowania jest, że „podjęte czynności wykonawcze mają zagrażać bezpośrednio przedmiotowi czynu” (M. Siewierski, *Usiłowanie a przygotowanie według kodeksu karnego*, „Palestra” 1972, z. 5, s. 28 i n.).

⁵¹ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1994, s. 102. Podobny pogląd autor ten wypowiada także na gruncie nowego kodeksu karnego z 1997 r. (*Prawo karne*, Warszawa 1999, s. 103).

⁵² *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, pod red. A. Marka, Warszawa 1986, s. 147.

⁵³ E. Kunze, *Przygotowanie przestępstwa w ujęciu polskiego prawa karnego*, Poznań 1991, s. 83; tenże, *Przygotowanie a usiłowanie (próba rozgraniczenia tych pojęć)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1990, nr 3, s. 274.

⁵⁴ A. Wąsek, *Formy popełnienia przestępstwa w kodeksie karnym z 1997 r.*, w: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 9, Warszawa 1998, s. 20.

⁵⁵ W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 192; A. Marek, *Prawo karne. Część ogólna*, Bydgoszcz 1993, s. 190.

⁵⁶ A. Marek, *Prawo...*, s. 190; tenże, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997, s. 190.

Również A. Zoll – już na gruncie nowego kodeksu – podnosi, iż przy interpretacji zawartego w art. 13 § 1 k.k. znamienia „bezpośrednio” odrzucić należy zarówno jednostronny obiektywizm, jak i także subiektywizm. Kodeks bowiem zajmuje stanowisko kompromisowe⁵⁷.

Spotkać można wreszcie i taki pogląd, który uznaje wątpliwości co do subiektywnej lub obiektywnej konstrukcji usiłowania w naszym kodeksie karnym za nieistotne⁵⁸.

Otóż stwierdzić należy, iż daleko idące rozbieżności stanowisk w piśmiennictwie, znajdujące też odbicie w orzecznictwie, wynikają nie tylko z rzeczywistych różnic zapatrywań dotyczących np. obiektywnego lub subiektywnego sposobu określania znamienia „bezpośredniości” zmierzania ku dokonaniu, ale i z pewnych niejasności co do sposobu rozumienia podmiotowej i przedmiotowej konstrukcji usiłowania. Jeśli pod pojęciem obiektywnej konstrukcji usiłowania rozumie się usiłowanie jako „początek wykonania” (niektórzy autorzy podkreślają, iż jest to koncepcja obiektywna w skrajnej postaci), to niewątpliwie twórcy kodeksu karnego takie wąskie ujęcie odrzucili⁵⁹. Nie ma też wątpliwości, iż kodeks karny nie przyjmuje subiektywnej konstrukcji, zakładającej, że dla karalności usiłowania wystarczy jednoznaczne zamanifestowanie w czynie złej woli sprawcy⁶⁰. Niewątpliwie na gruncie art. 13 § 1 k.k. (art. 11 § 1 d.k.k.) zachowanie będące usiłowaniem udolnym musi zmierzać obiektywnie – a nie tylko w przekonaniu sprawcy – do dokonania⁶¹. Przy ocenie „bezpośredniości” odróżnić należy odmienne stanowiska, które odpowiadać mogą zarówno założeniom teorii generalno-obiektywnej, teorii indywidualno-obiektywnej, jak i teorii subiektywnej. Jeśli przyjmuje się, że decydująca o bezpośredniości ocena, czy zachowanie sprawcy „jest ostatnią fazą działalności, którą ma wykonać, aby urzeczywistnić swój zamiar”⁶² dokonywana być powinna z punktu widzenia przedmiotowego, z pozycji obserwatora nie znającego planu sprawcy, to mamy do czynienia z oceną czysto obiektywną, nawiązującą do koncepcji generalno-obiektywnej⁶³. Jeżeli przedmiotową ocenę bezpośredniości przeprowadzać będziemy na podstawie planu działania sprawcy to odwołujemy się do mieszanej koncepcji indywidualno-obiektywnej⁶⁴. Jeśli jednak biorąc pod uwagę plan działania sprawcy, zamiast oceniać na jego podstawie obiektywnie „bliskość” realizacji znamion przestępstwa, odwołamy się do ocen samego sprawcy w tym względzie, to przesuwamy się już na pozycję zdecydowanie subiektywistyczne⁶⁵. Nie trzeba wykazywać, iż ten ostatni punkt widzenia stoi w sprzeczności z obiektywnie ujętą cechą usiłowania określoną w art. 13 § 1 k.k. (art. 11 § 1 d.k.k.) jako zmierzanie „zachowaniem” do dokonania. Nie ma wątpliwości, że obowiązujący kodeks

⁵⁷ K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*, Kraków 1998, s. 144.

⁵⁸ J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 222.

⁵⁹ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 270.

⁶⁰ Por. A. Spotowski, *Erscheinungsformen...*, s. 26.

⁶¹ Por. na ten temat K. Buchała, *Prawo...*, s. 362.

⁶² Por. w tej sprawie stanowisko Sądu Najwyższego (z 23 X 1967 r. – OSPIKA 3, 1970, poz. 65).

⁶³ Por. na ten temat K. Buchała, *Prawo...*, s. 364.

⁶⁴ Por.: S. Śliwiński, *Polskie...*, s. 298; W. Świda, *Prawo...*, s. 192; G. Rejman, *Usiłowanie...*, s. 51 - 53.

⁶⁵ Por. A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 1991, s. 342 (A. Eser).

karny w określeniu usiłowania zwykłego (udolnego) odwołuje się do koncepcji przedmiotowych, choć niektóre jego postanowienia (np. dotyczące poziomu i zakresu karalności usiłowania) wynikają z odmiennych założeń.

Jeśli się weźmie pod uwagę sposób ujęcia przygotowania w art. 16 § 1 k.k. (art. 14 § 1 d.k.k.), to wnioskować należy – jak słusznie zauważa A. Spotowski – że również usiłowanie wymaga ocen obiektywnych⁶⁶. Nie można mieć jednak wątpliwości, iż przyjęcie w art. 13 § 2 k.k. karalności usiłowania nieudolnego jest wyrazem subiektywizmu, zaś ograniczenie tej karalności jedynie do dwóch przypadków (niewłaściwość przedmiotu lub środka) stanowi z kolei wyraz obiektywizmu (projekt kodeksu karnego z 1994 r. przewidywał trzeci przypadek karalnego usiłowania nieudolnego ze względu na użycie niewłaściwego sposobu). Ustalenie w art. 14 § 1 k.k. zasady zrównania sankcji grożących za usiłowanie z karami za dokonanie stanowi nawiązanie do koncepcji podmiotowych. Natomiast wyrazem obiektywizmu jest uznanie w § 2 tegoż artykułu możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary lub nawet odstąpienia od jej wymierzenia w wypadku usiłowania nieudolnego.

Trzeba zatem stwierdzić, iż u podstaw uregulowania karalności etapów poprzedzających dokonanie w kodeksie karnym niewątpliwie nie leżą założenia jednej tylko teorii usiłowania. Jest to zresztą całkowicie zrozumiałe, że ustawodawca polski (podobnie czyni się w ustawodawstwach obcych) wytyczając granice karalności brał pod uwagę względy polityczno-kryminalne i utylitarne, a nie jedynie взгляд na „czystość konstrukcji”.

Dla nas interesujące jest pytanie, czy określenie usiłowania zawarte w art. 13 § 1 k.k. obejmuje także usiłowanie nieudolne, o którym mówi wyraźnie § 2 tego artykułu.

Otóż i ta kwesta budzi wątpliwości na gruncie obowiązujących (obecnie i poprzednio) przepisów.

J. Makarewicz – odwołując się do podobnego uregulowania zawartego w art. 23 § 1 i § 2 k.k. z 1932 r. – stwierdzał jasno, iż „ogólna definicja usiłowania z art. 23 § 1 obejmuje niewątpliwie wszelkie typy usiłowania”, a więc także usiłowanie nieudolne⁶⁷. Wyraźnie odmienne stanowisko w tej sprawie zajmował I. Andrejew⁶⁸.

Na gruncie przepisów kodeksu karnego z 1969 r. często podkreślano, iż nieudolne usiłowanie jest także usiłowaniem⁶⁹, jest odmianą usiłowania i w związku z tym musi wyczerpywać wszystkie znamiona usiłowania⁷⁰, tzn. musi wystąpić zamiar popełnienia czynu zabronionego, zachowanie zmierzające bezpośrednio ku dokonaniu i brak dokonania⁷¹. Innymi słowy do usiłowania nieudolnego odnosić należy również określenie znamion usiłowania zawarte w art. 13 § 1 k.k. (art. 11 § 1 d.k.k.).

⁶⁶ A. Spotowski, *Erscheinungsformen...*, s. 28. Por. także A. Wąsek, *Formy...*, s. 20.

⁶⁷ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 83.

⁶⁸ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 185 - 186.

⁶⁹ W. Wolter, *Nauka...*, s. 279.

⁷⁰ A. Zoll w: *Komentarzu do kodeksu karnego. Część ogólna*, pod red. K. Buchały, Warszawa 1994, s. 111. Na gruncie nowego kodeksu z 1997 r. – por. A. Zoll w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks...*, s. 150.

⁷¹ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, s. 286; K. Buchała, *Prawo...*, s. 370 - 371.

Niektórzy autorzy podnoszą jednak, iż ogólna formuła o usiłowaniu (zawarta w art. 13 § 1 k.k., uprzednio w art. 11 § 1 d.k.k.) nie obejmuje usiłowania nieudolnego. Usiłowanie zwykłe (udolne) dotyczy bowiem zamachów, które przedstawiają rzeczywiste niebezpieczeństwo dla dobra prawnego. Natomiast usiłowanie nieudolne jest odrębną i dodatkowo określoną w kodeksie formą usiłowania⁷². Stwierdzano, że jest ono „samoistną postacią zjawiskową przestępstwa”⁷³. Zgodnie z tym stanowiskiem formuła o karalności usiłowania zawarta w art. 13 § 1 k.k. nie obejmuje usiłowania nieudolnego, które opisano w odrębnym przepisie (art. 18 § 2 k.k.)⁷⁴.

Konsekwencją tego poglądu jest możliwość a nawet – jak stwierdza A. Spotowski – konieczność odrębnego uzasadnienia karygodności usiłowania zwykłego (udolnego) i usiłowania nieudolnego. Gdyby bowiem te dwie formy usiłowania nie różniły się zasadniczo od siebie nie byłoby powodu, do odrębnego stanowienia, iż w wypadku niewłaściwości przedmiotu lub użytego środka także zachodzi usiłowanie⁷⁵. Stanowisko to prowadzi do dualistycznego uzasadnienia karygodności usiłowania, uniezależniając ustalenia dotyczące podstawy karalności usiłowania nieudolnego od przyjętego obiektywnego czy subiektywnego sposobu określania założeń konstrukcji usiłowania zwykłego (udolnego).

*

Jak powiedziano, zwolennicy subiektywnej koncepcji usiłowania (teorii podmiotowych) nie napotykają trudności w uzasadnieniu karygodności usiłowania nieudolnego, również na gruncie monistycznego ujęcia zakładającego, że te same względy skłaniać muszą do karania usiłowania zwykłego i nieudolnego. Zbędne staje się poszukiwanie odrębnego uzasadnienia dla karalności usiłowania nieudolnego, jeśli karygodność usiłowania (zawsze) wynikać ma jedynie z uzewnętrznienia złej woli sprawcy. Zastrzeżenia budzić może natomiast niezrozumiałe w tej sytuacji ograniczenie karalności usiłowania nieudolnego jedynie do dwóch opisanych w art. 13 § 2 k.k. przypadków. Zgodnie z **zasadą odwróconego błędu** karalność powinna bowiem dotyczyć przypadków urojenia jakiegokolwiek ze znamion przestępstwa⁷⁶.

Jeżeli jednak przyjmiemy – jak czyni to większość autorów – przedmiotowe uzasadnienie karygodności usiłowania zwykłego, rodzi się pytanie, na jakiej podstawie oparto odpowiedzialność za usiłowanie nieudolne? W piśmiennictwie (i orzecznictwie) często podkreśla się, iż usiłowanie zwykłe (udolne) tym właśnie różni się usiłowania nieudolnego, iż w wypadku tego

⁷² I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 85 (I. Andrejew).

⁷³ A. Marek, *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1968, z. 1, s. 99.

⁷⁴ A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 101; *Erscheinungsformen...*, s. 37.

⁷⁵ A. Spotowski, *Funkcje...*, s. 101.

⁷⁶ Por. W. Wolter, *Funkcja...*, s. 106. Por. także postulaty rozszerzenia kodeksowego ujęcia usiłowania nieudolnego podnoszone w piśmiennictwie (zwłaszcza – A. Wąsek, *Z problematyki usiłowania nieudolnego*, „Państwo i Prawo” 1985, z. 7 - 8, s. 84 i n.).

pierwszego występuje realne zagrożenie dla dobra prawnego. Natomiast w wypadku usiłowania nieudolnego brak obiektywnego niebezpieczeństwa dla atakowanego dobra⁷⁷. Z tezy tej jedni autorzy wyprowadzają wniosek, iż usiłowanie nieudolne powinno pozostać bezkarne, zwłaszcza w systemie, w którym przyjmuje się zasadę, że przestępstwem jest jedynie czyn społecznie niebezpieczny (szkodliwy)⁷⁸. Inni zaś wskazują na konieczność subiektywnego uzasadniania karalności usiłowania nieudolnego, przede wszystkim przez odwołanie się do społecznej **niebezpieczności sprawcy**⁷⁹.

W istocie koncepcja dualistycznego uzasadnienia karygodności usiłowania w polskim prawie karnym, stwarza możliwość poszukiwania podstaw dla usiłowania nieudolnego w płaszczyźnie subiektywnej. Podejmowano jednak w naszym piśmiennictwie próby innego uzasadnienia karalności usiłowania nieudolnego.

I. Andrejew wskazuje, iż usiłowanie nieudolne jest karalne nie jako wyraz złej woli sprawcy lub jego niebezpieczności, lecz jako czyn społecznie niebezpieczny (szkodliwy) ze względu na pewne jego właściwości. Te właściwości „to przede wszystkim zewnętrzne podobieństwo z czynem stanowiącym usiłowanie zwykle”⁸⁰. „Fakt, że wyłączamy możliwość szkody, nie przeszkadza nam uważać czynu za społecznie niebezpieczny” (podobnie jak w wypadku przestępstw z narażeniem na niebezpieczeństwo)⁸¹. Podobieństwo to bowiem sprawia, że trudno niekiedy w chwili czynu przeprowadzić granicę pomiędzy usiłowaniem zwykłym a nieudolnym. Toteż w społecznej świadomości prawnej usiłowanie nieudolne zasługuje na potępienie. Ze względu na to podobieństwo w świadomości nie tylko sprawcy, ale i innych osób stykających się z czynem, jest ono zamachem na dobro prawne⁸². Mamy tu zatem koncepcję podobną do znanej w doktrynie niemieckiej teorii wrażenia (*Eindrucktheorie*).

K. Buchała podnosi z kolei, że czyn sprawcy usiłowania nieudolnego – choć nie zawiera w sobie możliwości spowodowania szkody – stanowi naruszenie normy sankcjonowanej i przez to zamach na system panujących stosunków społeczno-politycznych⁸³. Usiłowanie nieudolne stanowi zatem zagrożenie, jednak nie dla dobra prawnego, lecz dla systemu stosunków społecznych. Czyn taki jest bowiem „zamachem na określone dobro prawne

⁷⁷ Por. np.: K. Mioduski, *Usiłowanie (rozważania de lege ferenda)*, „Nowe Prawo” 1957, z. 4, s. 81 i n.; G. Rejman, *Usiłowanie przestępstwa według projektu k.k.*, „Nowe Prawo” 1963, z. 7 - 8, s. 808 - 809; W. Wolter, *Nauka...*, s. 279; I. Andrejew, W. Świada, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 84 - 85; K. Daszkiewicz, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z 14 VI 1973 (I KR 91/93)*, „Państwo i Prawo” 1974, z. 4, s. 174; A. Gubiński, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z 12 II 1974 (III KR 324/73)*, „Państwo i Prawo” 1975, z. 1, s. 168; A. Wąsek, *Z problematyki...*, s. 81; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 66; A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 111; tenże, *Karalność w razie braku zagrożenia dobra prawnego*, „Państwo i Prawo” 1988, z. 7, s. 76; K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994, s. 104; L. Gardocki, *Prawo karne...* (1994), s. 103; tenże, *Prawo karne...* (1999), s. 105.

⁷⁸ Tak K. Mioduski, *Usiłowanie...*, s. 31 i n.

⁷⁹ Por. M. Szerer, *Z rozważań nad karaniem usiłowania nieudolnego*, „Państwo i Prawo” 1975, z. 7, s. 69. Por. także: L. Gardocki, *Prawo karne...* (1994), s. 104; tenże, *Prawo karne...* (1999), s. 105; W. Maćjor, *Formy popełnienia przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 7, s. 76. Por. także wyrok Sądu Najwyższego z 12 II 1974 r. (III KR 324/73), OSPiKA, z. 12, 1974, s. 553.

⁸⁰ I. Andrejew, *Polskie...*, s. 223.

⁸¹ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, Warszawa 1978, s. 241.

⁸² I. Andrejew, *Polskie...*, s. 223.

⁸³ K. Buchała, *Prawo...*, s. 370.

bez względu na to, czy doprowadził do konkretnej szkody, a nawet czy mógł do niej doprowadzić w konkretnych warunkach⁸⁴.

Podobne argumenty, nawiązujące do obu uzasadnień (t.j. podkreślające niewyraźną granicę pomiędzy usiłowaniem udolnym i nieudolnym oraz rzeczywisty charakter zamachu na dobro mimo braku jego obiektywnego zagrożenia) spotykamy także w rozważaniach M. Cieślaka⁸⁵.

Oba przedstawione poglądy, będące wyrazem mieszanej koncepcji (subiektywno-obiektywnej) uzasadnienia karygodności usiłowania nieudolnego, spotkały się w naszym piśmiennictwie z krytyką⁸⁶.

Szczególną uwagę w obu wypowiedziach zwraca teza, że usiłowanie nieudolne mimo, iż nie sprowadza konkretnego zagrożenia dla dobra prawnego, stanowi jednak zamach na dobro prawne. Jak słusznie zauważa A. Spotowski – pojęcie zamachu implikuje wytworzenie niebezpieczeństwa⁸⁷. Skoro więc utrzymujemy, iż czyn sprowadza niebezpieczeństwo dla dobra prawnego mimo, że nie może go sprowadzić, to chodzi tu zapewne o niejednoznaczność wynikającą ze zróżnicowanego pojmowania dobra prawnego⁸⁸ i różnych metod ustalania niebezpieczeństwa.

Przed wszystkim – odróżnić trzeba „dobra prawne” rozumiane jako związane z typem przestępstwa chroniony przedmiot idealny, od konkretnego przedmiotu zamachu⁸⁹. Nikt nie zaprzeczy, że np. strzelanie z pistoletu do osoby siedzącej w fotelu jest „typowo” niebezpieczne dla życia człowieka, jest „zamachem na życie”, naruszeniem normy chroniącej życie ludzkie (reguł postępowania z tym dobrem prawnym). Czyn ten zawiera ujemną treść społeczną, jest szkodliwy społecznie niezależnie od tego, czy w wypadku usiłowania (udolnego czy nieudolnego) nie uzupełni tej oceny ujemna wartość skutku. Nikt nie może mieć też wątpliwości, iż skoro – w podanym przykładzie – osoba siedząca w fotelu zmarła na atak serca 2 godziny wcześniej, strzelanie do niej nie zagraża (już) życiu tej konkretnej osoby. Skoro brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim przestępstwa, nie ma mowy o niebezpieczeństwie dla konkretnie ujmowanego dobra (życie 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 jako typowo niebezpieczne, choć w konkretnym wypadku może okazać się, że nie są one w stanie spowodować szkody. Ujemna wartość społeczna czynu wynika tu jedynie z ujemności społecznej samego

⁸⁴ K. Buchała, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 12 II 1974 r. (II KR 324/73)*, OSPiKA, z. 12, 1974, s. 555.

⁸⁵ M. Cieślak, *Polskie...*, s. 367 - 368.

⁸⁶ A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 106 - 110; tenże, *Karalność...*, s. 77 i n. Por. także M. Szerer, *Z rozważań...*, s. 66 i n.

⁸⁷ A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 107.

⁸⁸ Por. na temat tej niejednoznaczności R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995, s. 187 i n.

⁸⁹ Por. uwagi W. Saxa, który podkreśla, iż przy usiłowaniu nieudolnym niebezpieczeństwo dla chronionego dobra oceniać należy nie jako zagrożenie konkretnego przedmiotu dobra prawnego (*Rechtsgutsobjekt*), lecz jako zagrożenie samego dobra prawnego (*Rechtsgut*) wskutek manifestowanego w zamachu braku poszanowania dla tej wartości (por. W. Sax, *Tatbestand und Rechtsgutsverletzung* [II], „Juristenzeitung” 1976, s. 432 i n.).

zachowania się, nie zaś ze szkodliwości skutku. Pod tym względem z podobną sytuacją mamy do czynienia przy przestępstwach zagrożenia abstrakcyjnego. Oczywiście dla stwierdzenia podobieństwa do konstrukcji przestępstw zagrożenia abstrakcyjnego istotne znaczenie ma rozstrzygnięcie sporu, czy konstrukcja tego typu deliktów oparta jest na koncepcji generalnej niebezpieczności czynu (*die Theorie der generellen Gefährlichkeit, Motivtheorie*) czy też teorii abstrakcyjnej niebezpieczności, niebezpieczności domniemanej (*die Theorie der abstrakten Gefährlichkeit, Präsumtionstheorie*)⁹⁰. A. Spotowski, któremu bliskie są założenia tej drugiej teorii, kwestionuje wspomniane podobieństwo⁹¹. Nie wydaje się jednak, aby przepisy polskiego kodeksu przesądzały o konieczności przyjęcia takiego właśnie stanowiska (tj. koncepcji niebezpieczności domniemanej).

Zasadniczą sprawą jest jednak to, iż przy deliktach zagrożenia abstrakcyjnego występuje ustawowy opis karalnego zachowania naruszającego normę postępowania. Przy usiłowaniu nieudolnym ustalenie, iż mamy do czynienia z zachowaniem naruszającym reguły postępowania z danym dobrem związane jest natomiast ze specyficznie ustalaną „niebezpiecznością” czynu (właśnie generalną). Chodzi tu o szczególną ze względu na punkt odniesienia i sposób ustalania – przyjmowaną ze względów prewencyjnych⁹² – metodę badania „niebezpieczności”. Przy usiłowaniu nieudolnym czyn bowiem – jak powiedziano – *ex definitione* nie zagraża konkretnemu przedmiotowi, na który sprawca skierował zamach. Zagraża natomiast przedmiotowi ochrony w jego idealnym (abstrakcyjnym) ujęciu. W wypadku takiego określenia zagrożonego przedmiotu potencjalny uszczerbek (szkoda) nie polega jednak na zniszczeniu lub uszkodzeniu konkretnego obiektu,

⁹⁰ Por. na ten temat obszerne rozważania E. Graul, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Prasumtionen im Strafrecht*, Berlin 1991, s. 144 i n. Charakteryzując koncepcję generalnej niebezpieczności zachowania się sprawcy K. Binding podkreśla, iż dla jej zwolenników niebezpieczność nie jest atrybutem pojedynczego, izolowanego czynu, lecz stanowi (określoną na bazie doświadczenia) właściwość pewnej kategorii, danego rodzaju zachowań się (K. Binding, *Die Normen und ihre Übertragung*, Leipzig 1890, s. 379). Zgodnie z tą koncepcją dla konstrukcji deliktów zagrożenia abstrakcyjnego nie jest zatem istotne domniemanie niebezpieczności każdego pojedynczego czynu, lecz przynależność czynu do grupy zachowań niebezpiecznych. Z punktu widzenia zwolenników koncepcji tzw. niebezpieczności abstrakcyjnej (domniemanej niebezpieczności) czynu, zakładających, iż racja karałności przestępstw zagrożenia abstrakcyjnego jest narażenie przez zachowanie się sprawcy – w pojedynczym przypadku – konkretnego dobra prawnego, który to skutek pominięto jedynie – ze względów dowodowych – w opisie czynu, teoria opierająca karałność deliktów zagrożenia abstrakcyjnego na generalnej niebezpieczności czynu prowadzi do penalizacji „czystego nieposłuszeństwa” ustawie (por. E. Graul, *Abstrakte...*, s. 151). Nie wydaje się jednak, aby zarzut taki właśnie na gruncie Bindingowskiej teorii norm należało uznać za uzasadniony. Zgodnie z tą teorią, normy (sankcjonowane) określające zakazy i nakazy postępowania nastawione są na ochronę wartości społecznych, poszczególnych dóbr prawnych. Przepisy prawa karnego formułując normy sankcjonujące obwarowują sankcją karną naruszenia norm postępowania (norm sankcjonowanych). Racją karałności naruszenia zawartego w normie nakazu lub zakazu jest więc ochrona dobra prawnego. Trzeba zatem stwierdzić, że stosowanie sankcji (normy sankcjonującej) w razie naruszenia normy sankcjonowanej uzasadnione jest ochroną dobra prawnego – wynika z relacji czynu naruszającego normę do dóbr mających wartość społeczną, a nie jedynie ze stwierdzenia niepodporządkowania się woli. ustawodawcy („czystego” nieposłuszeństwa normie). Zatem zerwanie więzi z ochroną dóbr prawnych nastąpiłoby dopiero wówczas, gdyby się okazało, iż naruszona reguła postępowania (norma sankcjonowana) nie służy ochronie żadnej wartości społecznej, nie chroni żadnego dobra.

⁹¹ A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 109 - 110, 146; tenże, *Karałność...*, s. 79, 81.

⁹² Jest to – jak trafnie wykazuje L. Gardocki – взгляд istotny również przy konstruowaniu przestępstw formalnych. Tworząc przestępstwa formalne ustawodawca wzmacnia ochronę dobra prawnego, obejmując karałnością również takie przypadki, w których szkodliwy skutek – pominięty w opisie czynu zabronionego – nie nastąpił, bo nastąpić nie mógł (można więc powiedzieć, że konkretnemu chronionemu przedmiotowi w konkretnej sytuacji nie groziło naruszenie). Abstrakcyjne niebezpieczeństwo nastąpienia skutku – podkreśla L. Gardocki – jakie stwarza popełnienie przestępstwa formalnego, może mieć różny stopień (L. Gardocki, *Typizacja uproszczona*, „Studia Iuridica” t. X, 1982, s. 72 - 75).

lecz – jak słusznie podnosi E. Graul – na naruszeniu **poszanowania danej wartości**. Dopuszczenie takich zamachów może zaś **pośrednio** – zwłaszcza poprzez wyzwolenie efektu naśladownictwa – okazać się niebezpieczne dla konkretnie już określonych przedmiotów chronionych⁹³. Niebezpieczeństwo szkody w postaci uszkodzenia lub zniszczenia konkretnie ujmowanego chronionego obiektu nie ma zatem – w wypadku usiłowania nieudolnego – charakteru **bezpośredniego** i nie może spełnić w procesie karnym funkcji selekcyjnej przy określaniu swoiście rozumianej „niebezpieczności” czynu. Niezbędne jest więc zastosowanie odmiennych metod jej ustalania.

Oczywiście nie chodzi tu o ocenę niebezpieczności czynu dokonywaną *ex post*⁹⁴. Oceniając *ex post* czyn, który nie osiągnął skutku, zawsze można – jak słusznie podnoszą K. Buchała i A. Zoll – uznać go za w pewnym sensie nieudolny, skoro nie doprowadził do dokonania⁹⁵. Jeśli zaś chcemy stwierdzić, czy sprawca swoim zachowaniem nie naruszył zakazu sprowadzania zagrożenia dla dobra prawnego – niebezpieczność zachowania ustalać należy stosując oczywiście ocenę *ex ante*. W wypadku usiłowania nieudolnego nie jest jednak również właściwa metoda badania obiektywnej niebezpieczności *ex ante* według miary „najlepiej poinformowanego obserwatora w chwili czynu”. O ile np. formułując prognozę dla potrzeb obiektywnego przypisania skutku stwierdzamy obiektywną niebezpieczność zachowania odwołując się do oceny dokonywanej z punktu widzenia najlepiej poinformowanego obserwatora w chwili czynu⁹⁶, o tyle przy usiłowaniu nieudolnym ocena *ex ante* uwzględnia materiał dostępny w chwili czynu z pominięciem jednak błędu sprawcy dotyczącego zdatności środka lub przedmiotu⁹⁷. Dla zobiektywizowania osądu tak rozumianej „niebezpieczności” (generalnej) działania sprawcy odwołać się trzeba do oceny rozsądnego obserwatora. Stwierdzenie w ten sposób rozumianej „niebezpieczności” postępowania zachodzi, jeśli z punktu widzenia roztropnego człowieka dysponującego wiedzą dostępną w chwili czynu – z pominięciem jednak faktu wystąpienia błędu co do zdatności środka lub przedmiotu – należało się liczyć z nastąpieniem szkodliwego skutku. Odstępstwo od ocen w pełni obiektywnych jest w tym wypadku usprawiedliwione trudnościami w rozgraniczeniu usiłowania zwykłego i nieudolnego, a decydujące znaczenie ma tu – jak powiedziano – wzgląd prewencyjny. Trzeba sobie jednak zdawać sprawę z wyjątkowego charakteru postanowień o karalności usiłowania nieudolnego. Karalność ta spotkać się może z zarzutem stwarzania fikcji społecznej

⁹³ E. Graul, *Abstrakte Gefährdungsdelikte...*, s. 89.

⁹⁴ Jak słusznie stwierdza W. Gallas – ocena *ex post* właściwa jest wówczas, gdy chodzi o ustalenie niebezpieczeństwa jako skutku czynu, ustalenie ujemnej wartości skutku (*Erfolgsunwert*). Gdy chodzi zaś o wartościowanie czynu (*Handlungsunwert*), badanie, czy sprawca przez swoje zachowanie naruszył zakaz narażania dobra, to właściwa jest tu ocena *ex ante*. Chodzi bowiem o prognozę i odniesienie do wzorca postępowania (W. Gallas, *Abstrakte und konkrete Gefährdung, Festschrift für E. Heinitz*, Berlin-New York 1972, s. 178). Rozróżnienie to ma doniosłe znaczenie. Punkt widzenia i sposób oceny przesądzają o wyniku wartościowania. A. Spotowski przytacza m.in. stwierdzenie O. Triffterera, iż pojęcie niebezpieczeństwa obejmuje również przypadki, w których szkoda w ogóle nie mogła powstać, jeżeli przy obiektywnej ocenie wszystkich okoliczności można było oczekiwać powstania szkody z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa (*Funkcja...*, s. 55 - 56).

⁹⁵ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 286.

⁹⁶ Por. R. Dębski, *Pozaustawowe...*, s. 206 - 207.

⁹⁷ Por. uwagi A. Spotowskiego na temat metod ustalania niebezpieczeństwa w sytuacji, gdy chodzi o określenie wzorca postępowania (A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 61 i n.).

szkodliwości (społecznego niebezpieczeństwa) czynu⁹⁸. Zasadny jest więc postulat ograniczenia kryminalizacji w tym zakresie do niezbędnego minimum.

PUNISHABILITY OF INAPT ATTEMPT

S u m m a r y

The Author – starting his considerations from a discussion of primary legislation that took into account only an alteration in outer world (no alteration = no punishment) – gives a survey of the evolution of dispositions of law within the scope of attempt to commit an act which is illegal (i.e. anti-social act) – and this – beginning from Roman law. Particular theories are then discussed (objective and subjective attempt theories, material theory, abstractive-objective theory, formal-objective theory, material-objective, general-objective and, finally, individual-objective theories). Among recent theories the concrete-objective one and the theory of a gap in essential factors that statutorily constitute an offence are mentioned.

Differences between absolutely inapt attempt and relatively inapt one – what is a result of inappropriateness of the instrument of crime used in its real, qualitative, local or quantitative aspect – are also presented.

When characterizing particular terms of this question the Author analyses the notion of inapt attempt against the background of rich literature of the subject and terminates his considerations with an evaluation of correspondent provisions within the newest Polish penal code that got into force in 1997.

⁹⁸ A. Spotowski, *Funkcja...*, s. 167.