

DR. WŁADYSŁAW WOLTER

Profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie

BRAK PRZESTĘPNOŚCI CZYNU I BEZKARNOŚĆ W PROJEKCIE KODEKSU KARNEGO

Dla dogmatyki prawa tekst ustawy stanowi jedyne podłoże konstrukcyjne, wobec czego na pierwszy plan wysuwa się kwestja stylizacji, domagając się tego rodzaju ujęcia, by wymogi systematyzującej nauki nie doznały żadnego uszczerbku, a nawet więcej, by praktyka realizująca prawo nie dochodziła do wyników sprzecznych z zasadami porządku prawnego. Niewątpliwie do pewnego stopnia rację ma Wolf¹⁾, jeżeli z przekonującą precyzją ustala stosunek prawa (pojęć prawnych) do nauki prawa (pojęć nauki prawa) i, oświetlając metodę tworzenia pojęć prawa i nauki prawa, stwierdza, iż prawo zorientowane jest na wartości „sprawiedliwości”, a nauka prawa na wartości „prawdy”, na tej też zasadzie tłumaczy odwieczny rozdzwitek między wymogami nauki a stanowiskiem (w szczególności) najwyższych sądów. Niewątpliwie sąd ma wydać sprawiedliwy wyrok, a taki wyrok będzie „dobry”, choćby jego podstawy naukowe były istną herezją i niewątpliwie sędzia, sprawiedliwy nie musi być dobrym teoretykiem, ale to wszystko tylko dlatego, że przy transformacji pojęć prawnych (ustawowych) na naukowe wchodzą w grę wymogi systematyki, czasem momenty metajuridyczne, które nie interesują lub nawet nie mogą interesować tego, dla którego transformacja naukowa jest bez znaczenia, bo sięga poza wiążącą go ustawę. Jednakowoż nie można znów przeciwstawienia wartości „sprawiedliwości” i „prawdy” posuwać zbyt daleko, gdyż ocena wypadku, oparta na zasadach zgodnych z wymogami „prawdy”, nie może nigdy doprowadzić do „niesprawiedliwości”, zaś fałszywa konstrukcja naukowa wprowadzona do budowy prawa może doprowadzić do fałszywej oceny, o ile świadomie lub nieświadomie nie będzie działał jakiś korektyw, którego kontrakcja przeciwdziała zwichnięciu zasady prawa. Dlatego też fałszywa teoria gorsza jest od jej braku. Innemi słowy rozbieżność

¹⁾ Erik Wolf, *Strafrechtliche Schuldlehre*, I. 1529.

żywego prawa i teorii może być przewyżczona przez wprowadzenie w ogień teorii zahartowanych pojęć naukowych, które, przeszedłszy transformację naukową, okażą się i naukowo dodatnie i praktycznie słuszne.

Tych kilka uwag posłużyć ma jako wstęp do krótkiego rozważania na temat, czy trafne jest sformułowanie projektu, o ile chodzi o konstrukcję tak zasadniczą jak pojęcie przestępstwa, względnie jego brak, co w szczególności przejawia się przy okolicznościach wyłączających bezprawność czynu oraz poczytanie winy, względnie przy tej naukowo nie zbyt zadawalającej grupie wypadków²⁾, gdzie, nie tykając charakteru przestępstwa, chodzi jedynie o bezkarność.

I. Na pierwszy plan wysuwa się kwestja określenia przestępstwa dlatego, że jego ustawowa charakteryzacja jest wciągnięciem konstrukcji naukowej w orbitę pojęć prawnych i zmusza do wypróbowania wytrzymałości. W art. 1. czytamy: „Popełnia przestępstwo, kto dopuszcza się czynu, zabronionego pod groźbą kary przez ustawę itd.”, czyli przestępstwem jest czyn zabroniony pod groźbą kary. Pomijając tautologiczność³⁾ tej zresztą nie wprost jako charakteryzacja przestępstwa pomyślanej definicji — chodziło tu o wyrażenie zasady „nullum crimen sine lege” i o kwestję obowiązywania ustawy co do czasu — wynika z niej, że termin „czyn zabroniony pod groźbą kary” nie ma mieć znaczenia czysto obiektywnego⁴⁾, nie odnosi się li tylko do tych wymogów, które powodują jego bezprawność, ale oznaczać ma, że czyn ten musi mieć wszystkie wymogi przestępstwa, czyli musi być zabroniony jako bezprawny i „zawiniony”. Odmierna interpretacja powodowałaby nietylko nietrafność definicji art. 1., ale kolidowałaby między innymi z brzmieniem art. 12., który stwierdza brak przestępstwa, gdy zaszedł błąd, dotyczący wszak jedynie sfery zawinienia, który więc w zupełności nie usuwa bezprawności działania. Tak samo wynika z brzmienia art. 10, że przestępstwo popełnić może jedynie osoba poczytalna, czyli że czyn popełniony przez niepoczytalnego jest wprawdzie czynem bezprawnym, ale nie przestępnym. Tymczasem w rozdziale o środkach zabezpieczających natrafiamy na następującą definicję (art. 75.): „Jeżeli sprawcę czynu, zabronionego pod groźbą kary, uznano za trwale nieodpowiedzialnego, itd.”;

²⁾ Por. Wolter, Notrecht, Archiv für Rechte- und Wirtschaftsphilosophie. B. XXII H. 1, str. 68, uw. 11.

³⁾ Spowodowaną czysto formalnem ujęciem, por. Sauer, Grundlagen des Strafrechts 1921, str. 209.

⁴⁾ Por. § 20 projektu niem. z 1925 r.

w przeciwieństwie do tego, art. 76. § 1. brzmi: „Jeżeli przestępcę uznano za mającego zmniejszoną zdolność rozpoznawania lub kierowania działaniem itd.". Projekt stanął więc na następującym stanowisku: umniejszona poczytalność pozwala sprawcę czynu nazwać „przestępcą”, gdyż u niego wina jest tylko umniejszona, a więc w całości nie brakuje, tak że znamiona przestępstwa nie są zdekompletowane, natomiast niepoczytalny w myśl art. 10. przestępstwa nie popełnia, czyli nie może być przestępcą; określić go więc należy jako sprawcę czynu zabronionego pod groźbą kary, a więc jako sprawcę czynu bezprawnego. Inaczej tę zmianę terminologiczną w art. 75. i 76. tłumaczyć chyba nie można. W takim jednak razie tekst art. 1. jest błędny, bo określeniem „czyn zabroniony pod groźbą kary” objęto znamiona obiektywne i subiektywne. W każdym razie gdzieś tkwi błąd, obydwie alternatywy obok siebie istnieć nie mogą.

Z ujęciem art. 75., 10. i 12 łączy się stylizacja art. 37., ale tylko do pewnego stopnia. Chodzi tu o nieuznany przez projekt zbieg jednoczynowy⁵⁾ i zastąpienie go konstrukcją zbiegu przepisów ustawy. Projekt wyraża się: „Jeżeli czyn, zagrożony karą, podpada pod kilka przepisów ustawy karnej itd.". Odmienność „czyn zagrożony karą” („zabroniony pod groźbą kary”) jest jedynie odchyleniem stylistycznym, niepotrzebnym, ale i nieszkodliwym, natomiast zwrot, iż czyn zabroniony czy zagrożony karą podpada pod jakieś przepisy ustawy jest logicznie chybiony; zakaz czy zagrożenie karą czynu jest wynikiem podpadania „czynu” pod przepisy ustawy; substratem zbiegu przepisów ustawy jest jedynie niezwartościowany czyn, który ulegać może różnemu wartościowaniu z punktu widzenia różnych norm. Poza tem ujęcie to, gdyby było logicznie możliwe, wskazywałoby na to, że czyn zagrożony karą to czyn tylko obiektywnie pojęty, gdyż przy zbiegu przepisów ustawy chodzi jedynie o trudności wynikające ze zbiegania się różnych stanów przestępnych, a nie o kwestje zawinienia.

Łącznie z kwestją przestępczości czy nieprzestępczości czynu osoby niepoczytalnej powstaje dalsze zagadnienie, nierozstrzygnięte przez projekt. Zna on jedynie „winę umyślną” (art. 27. § 2.) i „winę nieumyślną” (art. 28. § 2.), jedną i drugą określa czysto psychologicznie z pominięciem kwestji „zarzutu” czyli normatywnej strony winy (występująca w projekcie normatywność przy winie nieumyślnej dotyczy jedynie braku przewidywania, ale nie-

⁵⁾ Por. Wolter, Zbieg przestępstw (ustaw) w projekcie kod. kar. pol. i niem. Czasopismo praw. i ekon. XIV.

właściwego zarzutu). Komplikacja tkwi tu w tem, że te czysto psychologiczne momenty nie otrzymały czysto psychologicznej nazwy, jaką w każdym razie może być niemiecka nazwa „Vorsatz” (zamyśl) lub „Fahrlässigkeit” (zarzucalna nieumyślność), lecz wyrażają psychologiczne ujęcie winy (dla celów prawa, praktycznych, nie naukowych). Konsekwencją tego jest, że niepoczytalność wszak wyklucza możliwość „winy”, wyklucza stosowanie tych czysto psychologicznych pojęć, w jakie wina została ubrana. Skutki tego widzimy przy kwestji środków zabezpieczających. Wobec niepoczytalnego stosuje się środki zabezpieczające, o ile z okazji popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary, uznano go za trwale nieodpowiedzialnego, a pozostawienie go na wolności grozi niebezpieczeństwem dla porządku prawnego. Chociaż niepoczytalność wyklucza winę, to jednak faktem, z którego się wnioskuje na istnienie niebezpieczeństwa ze strony sprawcy, nie jest jedynie obiektywna strona czynu. I niepoczytalny może popełnić dany czyn pod wpływem błędu, przypadku, a wtedy on niebezpiecznym nie jest; innemi słowy tylko „umyślny” czyn (względnie nieumyślny) uzasadnia niebezpieczeństwo. Zmuszonym się więc jest operować temi pojęciami psychologicznymi, które jako formy winy są przy niepoczytalnych wyłączne. Czy potem powiemy, że niepoczytalny może umyślnie działać względnie (co jest gorsze) nieumyślnie⁷⁾, czy też że sprawca jest wtedy niebezpieczny, jeżeli jego stosunek do czynu i skutku jest taki, że gdyby zaistniał u poczytalnego, byłby stosunkiem umyślności itd., jak tego domaga się Alexander⁸⁾, jest już sprawą drugorzędną, dotyczącą raczej formy niż treści. Sprawa ta ma w naszym związku o tyle znaczenie, że w tem oświetleniu „czyn zabroniony pod groźbą kary” z art. 75. może mieć inne znaczenie, niż to poprzednio wskazano, skoro może on obejmować nietylko stronę obiektywną ale i subiektywną w formie psychologicznie identycznej z jednym z rodzajów winy. Jednak i taka interpretacja wprowadzająca do projektu pojęcie przestępstwa z projektu Ferriego i jego epigonów, nie byłaby pozbawiona logicznych błędów, raz dlatego, że projekt nie odróżnia kwestji zawinienia od kwestji wspomnianych form psychologicznych, a dalej dlatego, że art. 10. odrzuca takie pojęcie przestępstwa.

⁶⁾ Bez względu na to, czy poczytalność należy do istoty winy, czy też jest jej podstawą.

⁷⁾ Konsekwencja krańcowa czystej psychologiczności tych pojęć.

⁸⁾ Rudolf Aleksander, Das verbrecherische Verhalten des Geisteskranken, 1926, str. 56 i nast.

II. W myśl projektu nie popełnia przestępstwa, kto jest nie-poczytalny (art. 10.), kto dopuszcza się czynu pod wpływem przy-musu fizycznego (art. 11.), błędu (art. 12.), kto działa w granicach swego prawa lub obowiązku prawnego (art. 13.), w obronie koniecznej (art. 14.), dla uchylenia niebezpieczeństwa grożącego dobru własnemu (art. 15. § 1.), dobru innej osoby (art. 15. § 2.), kto świadomie działa przeciw przedmiotowi nieistniejącemu lub bez-względnie nienadającemu się do popełnienia na nim zamierzonego przestępstwa⁹⁾.

Chcąc tę sprawę rozpatrzyć trzeba sięgnąć nieco wstecz. Ko-deks karny rosyjski z 1903 r. używa następujących zwrotów: „Nie będzie uważany za przestępstwo czyn itd.”, oraz: „Nie będzie poczy-tane za winę przestępstwo”. Jak widać dalej z segregacji okolicz-ności wykluczających przestępność czynu (obrona konieczna) oraz poczytanie za winę (błąd), brak przestępności oznaczać ma tyle co brak „bezprawności” czynu. W dyskusji nad tekstem projektu członkowie Komisji Kodyfikacyjnej (Makowski, Mogilnicki, Nowo-dworski) używają zwrotu „przestępczość” w znaczeniu „bezpraw-ność”¹⁰⁾. To samo czyni kodeks postępowania karnego z 1928 r., odróżniając przy pytaniach stawianych przysięgłym (art. 406) pyta-nia dodatkowe co do okoliczności wyłączających przestępność czynu lub poczytanie winy. Z punktu widzenia logiki nietrafne jest okre-ślanie bezprawności (kryminalnej) terminem przestępność, o ile stoi się na stanowisku, że czyn, aby był przestępny, musi być i bez-prawny i zawiniony; o ile mówi się o przestępstwie bez względu na zawinienie, można się na ten termin zgodzić, pod tym jednak wa-runkiem, że będzie on jednolicie wszędzie używany. Niedopuszczalną jest więc rozbieżność istniejąca obecnie między termi-nologią proceduralną a materialną projektu, który, jak o tem już była mowa, wyklucza przestępność, gdzie brak poczytania winy. Wobec możliwości znalezienia lepszego ujęcia nie potrzeba się przy tem oświadczać za tem, by projekt poszedł za wzorem pro-cedury, raczej by procedura dostosowała się do kodeksu karnego, który winien być jak najlepiej zredagowany.

Jeśli się zważy, że określenie projektu „nie popełnia prze-stępstwa” nie oznacza braku bezprawności, ale ewentualnie i brak

⁹⁾ Tekst półoficjalnego projektu Pol. Tow. Ustawodawstwa Krym. (ogłosz. w Gaz. Sąd. 1926) różni się o tyle, że zniknęły przepisy o działaniu pod przy-musem i o wykonywaniu swego prawa, że niepoczytalność nie wyklucza prze-stępstwa ale odpowiedzialność (art. 16), zaś błąd wyłącza poczytanie (art. 19).

¹⁰⁾ Kom. Kod. Rz. P. Wydział karny, tom I, z. 3, str. 105.

zawinienia, to nasuwa się wniosek, że projektodawcy stanęli na stanowisku, iż ustawowe decydowanie, czy chodzi o okoliczność wyłączającą bezprawność czynu czy poczytanie winy jest niepotrzebne, przy wymiarze sprawiedliwości zbędne, tak że wystarczy przekazanie tej sprawy nauce. Z tym poglądem naturalnie zgodzić się nie można, jak to się o tem szybko przekonać można; skoro wgląd w mózgownięć projektu, t. j. w protokoły, zaraz dowodzi, że członkowie Komisji uznawali wyraźnie potrzebę stwierdzenia, czy w danym wypadku chodzi o wyłączenie bezprawności, czy też nie. Dlatego też istnieje łączność między uchwałami projektu a tekstem projektu wstępnego, ułożonego przez Makarewicza, który odróżnia „brak przestępstwa” i „brak poczytania czynu”, niema zaś tej łączności między projektem Sekcji a uchwałami. Taka rozbieżność niesłychanie utrudnia krytykę, bo się nie wie, dlaczego odstąpiono od poprzedniego zapatrywania.

Ostatecznie wszystko zależeć będzie od tego, jakie stanowisko zajmie się wobec protokołów. Jeżeli się im przyzna moc wyjaśnienia myśli, które nie uzyskały w ustawie jednoznacznej szaty, to o tem, czy chodzi o okoliczność wyłączającą bezprawność czynu, czy też zawinienie, decydować będą uchwały; jeżeli zaś, nie kwestjonując trafności takiej interpretacji, podkreśli się, że tu zachodzi wypadek widocznego odstąpienia od poprzednich zapatrywań w formie chęci nie wyrażania zdecydowanego stanowiska w ustawie, to rzeczywiście nauka uzyskuje wolne pole, a ponieważ w szczególności w jednym wypadku sprawa jest bardzo wątpliwa, odchylenie się od poglądu Komisji jest bardzo możliwe.

W szczególności ma to znaczenie w kwestji wyższej konieczności. Nie tu miejsce rozbierać istotę tej niezmiernie misternej konstrukcji¹¹⁾, ale podkreślić trzeba, że Komisja, jak to widać z protokołu, nie uwzględnia ostatnich tendencyj nauki, nie oparła się na ostatnich badaniach na temat normatywno-etycznej winy, gdyż problem wyższej konieczności (poza prawem wyższej konieczności) nie jest zamkniętem w sobie zagadnieniem, ale wynikiem należytego ujęcia problemu winy, tak jak kwestja okoliczności wyłączających przestępność czynu jest tylko wynikiem należytego ujęcia problemu prawności i wobec tego niesłusznie¹²⁾ nie poszła za wnioskiem referenta (Makarewicza), który przemawiał za odrębnością wyższej konieczności, za nieprzyznawaniem jej charakteru okoliczności

¹¹⁾ Wolter, Notrecht, o ile chodzi o stronę obiektywną.

¹²⁾ Heimberger, Der Ausschluss der Rechtswidrigkeit und Verwandtes, Reform des Strafrechts, 1926, str. 81.

wyłączającej bezprawność czynu. Prawność takiej akcji uzasadniona bywa przy pomocy tak zwanej „teorii odważania dóbr” (Güterabwägungstheorie), ale właśnie ta teoria uwidaczniająca socjologiczne podstawy prawa (metajurydyczne pojęcie „materjalnej bezprawności”¹³) nie jest w stanie pokryć wszystkich wypadków, tak że poza „prawem wyższej konieczności” musi istnieć „stan wyższej konieczności” (w kodeksie karnym wystarczy sam stan, o ile prawo jest gdzieindziej ustalone). Ogólne prawo wyższej konieczności nastrocza specjalnie trudności, jeśli słuszność wymaga przyznania zaatakowanemu przez zagrożonego możliwości jakiejś obrony, czyli jeżeli się przeczy istnieniu odpowiadającego prawu obowiązku (co już podrywa konstrukcję „prawa”). Obrona konieczna jest niemożliwa, zaś złudne jest przypuszczenie, że pomoże tu konstrukcja obustronnego stanu wyższej konieczności¹⁴). Taka konstrukcja była możliwa u Krzymuskiego¹⁵), który stan wyższej konieczności charakteryzował jako niebezpieczeństwo grożące dwom (obu) osobom. A właśnie to ustalenie jest chybione, gdyż niebezpieczeństwo dla drugiej osoby powstać może np. dopiero przez akcję ratowniczą pierwszej osoby, która właśnie znajduje się wobec rodzajowo innego niebezpieczeństwa. Przy tym stanie rzeczy nie można zaś osobie zaatakowanej przyznać również „prawa” uzasadnionego wyższą koniecznością, skoro wyższa konieczność jest wynikiem kolizji interesów „nieuwzględnionej” w normie ustawowej, natomiast akcja osoby zagrożonej jest wynikiem (wedle projektu) „szczególnego upoważnienia” „specjalnej normy”, która właśnie uwzględnia te kolizję interesów, czyli przeciwnie nie może być równocześnie prawnie dozwolona.

Co się tyczy ujęcia pomocy koniecznej, to referent (Makarewicz) stanął na stanowisku, że wyższa konieczność opiera się na uwzględnieniu „stanu psychicznego” sprawcy (czego nie uwzględniła Komisja, wprowadzając tu prawo wyższej konieczności), zaś pomoc konieczna na „poczuciu solidarności społecznej”, efektem tego podłoża działania ma być, dające się powszechnie zauważyć, rozszerzenie pomocy koniecznej na każdą trzecią osobę. Niestety to ciekawe uzasadnienie nie jest w wywodach referenta bliżej opracowane, wobec czego trudno zrozumieć, w jaki sposób czyn przedsięwzięty pod wpływem poczucia solidarności społecznej usprawiedliwia sprawcę, któremu chyba to samo poczucie solidarności nie

¹³) Por. Sauer, l. c., str. 324 i nast.

¹⁴) O trudności w praktyce wspomina Makarewicz, T. I. Z. 3, str. 104.

¹⁵) System prawa karnego, 1921, str. 66.

przeszkodziło naruszyć interesu osoby niezagrożonej; wszak solidarność nie zna wyjątków. Jeżeliby ten punkt widzenia miała w ostateczności ratować zasada, że dobro poświęcone nie może mieć wartości oczywiście większej od dobra zagrożonego, to zniknęłyby kontury konstrukcji opartej na poczuciu solidarności, a wystąpiłaby z powrotem znana teoria odważania dóbr, która nie doprowadza do odrębności problemu pomocy koniecznej, ale go redukuje do (niemożliwego wobec stanowiska referenta) problemu wtórnego. Zdaje się, że uzasadnienie to nie jest trafne. Prawność działania przy wyższej konieczności powoduje, że pomoc konieczna, tak jak przy obronie koniecznej, nie doznaje żadnych ograniczeń. Wyłączenie winy (z powodu niemożliwości uczynienia zarzutu) przy wyższej konieczności występować może jedynie indywidualnie. Trzecia osoba może się powołać na tę wyjątkową sytuację wtedy, jeżeli stosunek łączący ją z osobą zagrożoną jest ściślejszy niż stosunek łączący ją z osobą niezagrożoną. Tę bliższosc stosunku typizuje kod. niem. określeniem, że może to być jedynie osoba bliska; nowsze kodeksy widzą niesłusznosc wynikającą z tej typizacji i rozszerzają tę konstrukcję na każdą trzecią osobę, podkreślając tem samem, że zrealizowana pomoc konieczna wykazuje właśnie bliższosc¹⁶⁾ osoby zagrożonej. Typizacja jest tu już z tego powodu niepotrzebna, że nie chodzi tu o generalizującą konstrukcję prawa, ale o wyłączenie jedynie winy.

Projektodawcy z natury rzeczy i tu przyjąć musieli prawo pomocy koniecznej, dając więc każdej osobie „prawo” wmięszania się i bezapelacyjnego (z powodu braku obrony koniecznej) rozstrzygania, czyje dobro ma zginąć.

Czy wobec braku ustawowego związania będzie się można dziwić, jeśli interpretator nie pójdzie po linii uchwały?

III. Projekt konstruuje również brak przestępstwa, gdy chodzi o świadome działanie przeciw przedmiotowi nieistniejącemu itd. (art. 16.), natomiast przy nieudolności co do środka mówi o „nieodpowiadaniu za usiłowanie” (art. 20.). Skoro przepis art. 16. wstawiony został do rozdziału „Przestępstwo”, a przepis art. 20. do rozdziału „Usiłowanie”, przeto chciano tu uwydatnić pewną różnicę. I rzeczywiście czytamy w „Wyjaśnieniu” Makarewicza do art. 20. projektu wstępnego¹⁷⁾, że w art. 16. chodzi o zjawisko dawniej podciągane pod pojęcie usiłowania bezwzględnie nieudol-

¹⁶⁾ Która w ostateczności redukuje się do pewnych uczuć, nie dających się udowodnić, o ile ustawodawca nie zadawała się grubą typizacją.

¹⁷⁾ Str. 34.

nego ze względu na przedmiot. Gdyby tak było, to mogłoby tu chodzić jedynie o konstrukcję zwaną „brakiem stanu przestępnego”¹⁸⁾ 19). Jednakowoż brak stanu przestępnego nie ma nic wspólnego z decydującym tutaj słowkiem „świadomie”, skoro tam chodzi właśnie o to, co zrobić jeśli usiłujący nie wie, że niema zdatnego przedmiotu. Dlatego też niesłusznie jest powiedzenie, że chodzi tu o przepis analogiczny do art. 47 k. k. ros.²⁰⁾. Gdyby tego słowa „świadomie” nie było, byłaby nawet identyczność, ale to jedno słowo odróżnia tak zasadniczo projekt polski, że i analogji niema. Skoro to nie jest ustawowe unormowanie braku elementu nieprzyczynowego (brak stanu przestępnego) w formie przedmiotu, nie jest ujęciem usiłowania nieudolnego, nasuwa się jeszcze chyba przypuszczenie, że miano na myśli przestępstwo urojone. Skoro chodzić tu może tylko o wypadki, w których sprawca wie, że przedmiot np. „nie istnieje” (duch na seansie spirytycznym), przeto projektodawcy chyba chcą powiedzieć: „Nie popełnia przestępstwa, kto strzelając do czegoś, o czym wie, że jest duchem, sądzi, że takie działanie jest zakazane”. Ale wszak trudno znaleźć autora, któryby twierdził, że przestępstwo urojone podciągać należy pod pojęcie usiłowania nieudolnego, raczej naodwrot, usiłowanie nieudolne podciągane bywa pod pojęcie przestępstwa urojonego²¹⁾. W każdym razie potrzebę tego przepisu (art. 18) można silnie kwestionować²²⁾, chyba, że ma on jeszcze jakiś inny sens, nie dla wszystkich dostępny.

Dla nas bardziej interesujące jest pytanie, dlaczego przy braku przedmiotu mówi się o braku „przestępstwa”, przy nieudolności (też świadomej)²³⁾ środka o „nieodpowiadaniu za usiłowanie”. Albo i tu nieudolność środka powoduje brak bezprawności (brak

¹⁸⁾ Dohna, Natorp, Schüler, Der Mangel am Tatbestand (1910, 1914, 1921).

¹⁹⁾ Usiłowanie nieudolne co do przedmiotu traktuje się często właśnie jako **brak** stanu przestępnego, por. Frank, Strafgesetzbuch, 1926, str. 90.

²⁰⁾ Wyjaśnienie, str. 34.

²¹⁾ Różnicę doskonale uwydatnił Makarewicz, Prawo Karne, I. 1924, str. 105.

²²⁾ Poza analogią w stosunku do k. k. r. nie uzasadniono jego potrzeby.

²³⁾ Tutaj świadomość nadaje unormowaniu specyficzny sens, skoro moment ten rzeczywiście oddziela wypadki błędu co do skuteczności środka, który sprawca zamierzał zadać, od wypadków błędnego użycia innego środka, niż zamierzał. Przy kwestji środków ten moment świadomości istniał i w k. k. ros. tylko w innej formie. Można bowiem rozpatrywać kwestję, czy należy ka-

akcji niebezpiecznej) w takim razie sprawca nie popełnia przestępstwa w formie usiłowania jak w wypadku art. 16²⁴⁾, albo też niewłaściwy środek wyklucza winę umyślną (zamyśl, jak to twierdzi odnośnie do zabobonów Frank)²⁵⁾, to w myśl terminologii projektu, i tu powinno być wykluczone przestępstwo, a pozatem powstaje kwestja, dlaczego strzał do ducha ma być czynnością prawnie dozwoloną, zaś rzucanie „uroków” czynnością prawnie zabronioną, a wolną od kary wobec braku zamysłu, — albo wreszcie nieudolność środka powodować ma jedynie brak karalności, co znów ze Względów wyżej przy braku zamysłu podanych nie jest uzasadnione. Projekt stanął widocznie na tem stanowisku, iż chodzi o wykluczoną bezprawność, skoro nieodpowiadanie za usiłowania znaczy tyle, że zachodzi usiłowanie, obiektywna bezprawność, ale sprawca za nią nie odpowiada, czyli strzał do ducha nie jest usiłowaniem, zaś sławny przykład Feuerbacha jest przykładem usiłowania zabicia człowieka, sprawca nie odpowiada zaś przypuszczalnie ze względu na brak potrzeby karania. Za ostatnią interpretacją przemawia stylizacja art. 19, gdzie chodzi o bezkarność czynu bezprawnego i zawinionego, fakt, że projekt gdzie indziej brak winy nie uwypuklał brakiem odpowiedzialności, oraz analogiczny przepis k. k. ros. (art. 49), gdzie mowa jest o braku karygodności. W każdym razie w protokule nie ma śladu odrębnego traktowania tych dwóch wypadków; powyższa analiza zaś nie była w stanie ujawnić argumentów takiej odrębności.

IV. Już poprzednio wspomniano, że w art. 19 w grę wchodzi jedynie osobista bezkarność, a nie brak znamion przestępstwa. Identyczną stylizację spotyka się w art. 25, gdzie chodzi o cofnięcie się podżegacza i pomocnika; i tu w grę wchodzi jedynie moment

rać człowieka, który drugiego chce zabić „urokiem”, natomiast niema dyskusji na temat, czy należy karać tego, który chce „zabić” nieczłowieka i wie o tem, że to nie-człowiek.

Wątpliwe jest, czy miano tu na myśli tylko takie krańcowe wypadki. Wobec tego, że środek musi być taki, iż w żadnym wypadku nie może spowodować skutku, chodzi tu chyba tylko o krańcowe wypadki (zabobon) a nie o możliwy i o normalnego człowieka błąd co do skuteczności środka (nieszkodliwy lek).

²⁴⁾ Ten punkt widzenia wydaje się jedynie trafny, naturalnie przy obiektywnem ujęciu usiłowania, ale nie przy przesadnem subiektywnem ujęciu.

²⁵⁾ Str. 88.

osobistej bezkarności, skoro czyn był bezprawny i zawiniony, a przestępca naprawił szkodę (czynny żal)²⁶⁾ wynikłą z jego współdziałania.

Użycie terminu „nie odpowiada” przy przekroczeniu granic obrony koniecznej (art. 14, § 2) może mieć to samo znaczenie, skoro tem samem stwierdzone zostaje, że zaistniało przekroczenie (obiektywna bezprawność), skoro silne wzruszenie, o ile ono nie wyklucza poczytalności, winy wykluczyć nie może; może jednak oznaczać i brak winy (zarzutu), jeśli się przyjmie, że mamy tu właśnie (jak i przy obrazie wzajemnej, art. 162) wypadek ustawowo uznanego braku winy z powodu niemożności uczynienia zarzutu. W takim razie znów powstaje niekonsekwencja w stosunku do innych wypadków braku winy, o czym już była mowa.

V. Te uwagi o kwestji tak ważnej jak jednolita i logicznie trafna terminologia przyszłego kodeksu karnego podyktowane są troską o to, by nasz kodeks w miarę ludzkiej możliwości wolny był od błędów, któreby teoretyka zmuszały do krytyki, praktyka do naciągania przepisów. Czy słuszne są, niech ocenią projektodawcy, a jeśli tak, niech na czas usuną nasuwające się tu niejasności.

²⁶⁾ Wszystkie próby konstruowania przy zaniechaniem usiłowania braku bezprawności zawiodły; Sauer znów nie może się utrzymać z twierdzeniem, że chodzi tu o odpadnięcie (ex post) winy.