

ANDRZEJ MAREK

ISTOTA NIEUDOLNEGO USIŁOWANIA PRZESTĘPSTWA

I. USIŁOWANIE NIEUDOLNE W ŚWIETLE USTAWODAWSTWA

Usiłowanie nieudolne w zasadzie nie było znane ustawodawstwom XVI—XVIII w., jakkolwiek przewiduje je już Karolina z 1532 r., landrechty pruskie z 1620, 1722, 1794 r. i inne akty prawa niemieckiego. Koncepcję usiłowania nieudolnego pierwszy wysunął Feuerbach w przykładzie o Baiwarczyku, który pielgrzymował do kościoła, by tam modlić się o śmierć znieprawionego sąsiada¹. Należy przyjąć, że postulat karalności usiłowania nieudolnego jest wyrazem przesunięcia akcentu z przedmiotowych czynności zmierzających do przestępstwa na zamiar jego dokonania. Dlatego też ustawodawstwa, które opierają konstrukcję usiłowania na elementach przedmiotowych, z reguły usiłowania nieudolnego nie przewidują².

Wśród ustawowych konstrukcji usiłowania XIX w. szczególnie rozpowszechniła się formuła, według której usiłowanie stanowi „początek dokonania” przestępstwa, jakkolwiek tym dokonaniem jeszcze nie jest. W formule tej usiłowanie nieudolne z reguły się nie mieści, gdyż skazane ex ante na niepowodzenie działania sprawcy, nie mogą zbliżyć się do dokonania na tyle, by stać się jego „początkiem”. Nie zawierają więc usiłowania nieudolnego: Theresiana z 1769 r., francuski Code Pénal z 1810 r., k.k. hiszpański z 1870 r., k.k. niemiecki z 1871 r., Kodeks Karzący Królestwa Polskiego z 1818 r. i k.k. rosyjski z 1903 r.

W XX w. rozpowszechniła się inna formuła usiłowania, jako „podjętego w zamiarze przestępnym działania bezpośrednio zmierzającego do dokonania”. Określenie takie zawierają m. in. ustawa karna austriacka z 1852 r., k.k. polski z 1932 r., k.k. szwajcarski z 1937 r., k.k. RSFR z 1960 r., k.k. CSRS z 1961 r. i inne kodeksy państw socjalistycznych. Określenie to bardziej akcentuje elementy podmiotowe, dlatego też kodeksy opierające na nim konstrukcję usiłowania, z reguły przewidują także usiłowanie nieudolne³. Z punktu widzenia bowiem zamiaru sprawcy

¹ E. Krzymuski, *Zasady nauki o usiłowaniu*, 1884.

² Za wyjątki uznać można kodeksy księstw niemieckich XIX w., Saksonii (1838), Hanoweru (1840) czy Badenii (1845).

³ W państwach, w których kodeksy określają usiłowania jako „początek do-

między usiłowaniem tzw. udolnym, a nieudolnym nie można ujawnić żadnej różnicy. I w jednym i w drugim przypadku sprawca chce popełnić przestępstwo, aczkolwiek go nie dokonuje z przyczyn od siebie niezależnych. Według tego rozumowania, na karalność zasługuje nie tylko chybiony strzał do żywego człowieka (usiłowanie udolne), ale i strzał do trupa, gdy sprawca jest przekonany, że strzela do człowieka żywego (usiłowanie nieudolne). Różnica polega jedynie na tym, że przy usiłowaniu udolnym dokonanie przestępstwa było możliwe, zaś przy nieudolnym — z góry nieosiągalne. Różnica tkwi więc w stronie przedmiotowej usiłowania. Nieudolne usiłowanie dotknięte jest błędem sprawcy, który jest przekonany, iż dokona przestępstwa, podczas gdy jest to obiektywnie niemożliwe.

Zagadnienie błędu przy usiłowaniu Maurach określa następująco: „Usiłowanie [...] jest brakiem w istocie czynu [Tatbestand]. Jest ono dane, gdy dana jest podmiotowa istota czynu natomiast przedmiotowa istota czynu zawiera luki; sprawca przyjmuje błędnie stan rzeczy, który, gdyby zaistniał, wypełniałby istotę czynu. Słusznie więc określa się usiłowanie nieudolne jako błąd na niekorzyść sprawcy, jako odwrócenie reguły zawartej w § 59 ust. 1 [kodeksu niemieckiego]; tak samo jak rzeczywiście zaistniałe znamiona czynu, których sprawca nie znał, nie mogą mu być zaliczone na jego zamiar, muszą mu być zaliczone na jego niekorzyść w rzeczywistości brakujące znamiona istoty czynu, których istnienie sprawca błędnie przyjął”⁴. Maurach staje więc na stanowisku, iż w każdym usiłowaniu występuje błąd.

Podobnego zdania jest Wolter⁵. Powołuje się on przy tym na znane w nauce prawa cywilnego rozróżnienie błędu sensu stricto, tj. wadliwego powzięcia decyzji woli, oraz błędu zwanego pomyłką, który zachodzi, gdy wola powzięta jest prawidłowo, a wykonanie wadliwe. Przy usiłowaniu udolnym plan jest prawidłowy, a tylko wykonanie wadliwe (błąd dynamiczny), zaś przy usiłowaniu nieudolnym błędny jest sam plan (błąd statyczny). W tym miejscu stwierdzić można, że co prawda każde usiłowanie obarczone jest błędem (inaczej mielibyśmy do czynienia z dokonaniem), ale przy usiłowaniu nieudolnym ten błąd jest zasadniczo różny, gdyż dotyczy istnienia znamienia przestępstwa.

Nieudolność musi być obiektywna i nadto istnieć wbrew przekonaniu sprawcy. Może to być nieudolność bezwzględna (jakościowa), powodująca, że dokonanie jest w ogóle niemożliwe w każdych warunkach, lub wzglę-

konainia”, teoria i praktyka wykazują tendencję do objęcia karalnością czynności „bezpośrednio” ów „początek” poprzedzających, por. projekt wstępny k.k. Francji z 1934 r.

⁴ R. Maurach, *Deutsche Strafrecht*, 1958, s. 393.

⁵ W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 95 i n.

dna (ilościowa), przy której dokonanie staje się możliwe przy zmianie warunków lub np. ilości zastosowanego środka. Makowski jest zdania, że usiłowanie nieudolne może dotyczyć tylko braku właściwego środka, natomiast gdy chodzi o brak przedmiotu, mamy do czynienia nie z usiłowaniem, ale z dokonaniem nie wypełniającym stanu faktycznego przestępstwa (brak znamienia przedmiotu)⁶. Ten ostatni brak może dotyczyć właściwości prawnej (np. zabór własnej rzeczy zamiast cudzej) lub fizycznej (np. strzał do trupa).

W okresie dyskusji nad polskim k.k. z 1932 r. wskazywano, że celowe będzie w karalnym usiłowaniu uwzględnienie tylko nieudolności co do środka lub przedmiotu jako bardziej niebezpiecznych niż przypadki błędu co do podmiotu i modalnych okoliczności czynu⁷. Takie też rozwiązanie przyjął polski k.k. z 11 VII, 1932 r. Usiłowanie nieudolne określa on w art 23 § 2 następująco: „Usiłowanie zachodzi także (Wtedy, kiedy sprawca nie wiedział, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim zamierzonego przestępstwa lub ze względu na użycie środka nie nadającego się do wywołania zamierzonego skutku (§ 1 art. 23 określa usiłowanie tzw. udolne).

Stanowisko to zostało krytycznie ocenione przez Śliwińskiego⁸, który wychodząc z przesłanek podmiotowych, postulował uzupełnienie przepisu dotyczącego nieudolnego usiłowania przez: 1. uwzględnienie błędu sprawcy co do podmiotu (np. sprawca błędnie sądzi, że nominacja była ważna, że jest urzędnikiem i bierze łapówkę)⁹; 2. uwzględnienie błędu co do modalnych okoliczności czynu (miejsca, czasu lub sposobu)¹⁰. Wolter uzupełniając tę kwestię podnosi, że wszystkie znamiona istoty czynu są równoważne i stanowią *conditio sine qua non* przestępstwa. Skoro więc nieświadomość jakiegokolwiek znamienia uchyla odpowiedzialność z winy umyślnej, to — rozumując *a contrario* — błędne przyjęcie istnienia jakiegokolwiek znamienia powinno prowadzić do odpowiedzialności karnej za usiłowanie (reguła odwróconego błędu). Nadto postuluje on uwzględnienie nieudolnego usiłowania popełnienia przestępstwa typu zasadniczego, które sprawca chce osiągnąć, choć w istocie wypełnia tylko typ uprzywilejowany. Podobne uwagi dotyczą typu kwalifikowanego przestępstwa¹¹.

⁶ W. Makowski, *Wykład porównawczy prawa rosyjskiego, niemieckiego i austriackiego*, s. 186—209.

⁷ S. Glaser, *Oplaty sądowe a usiłowanie nieudolne*. Gazeta Sądowa Warszawska 1934, nr 39.

⁸ S. Śliwiński, *O niektórych zagadnieniach przyszelego k.k.*, Nowe Prawo 1955, nr 1.

⁹ H. Welzel, (*Deutsches Strafrecht*, 1956), stanął na stanowisku odmiennym, iż błędne przyjęcie, że jest się urzędnikiem, nie może uzasadniać odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne, gdyż jest to przestępstwo urojone. Obowiązek urzędniczy naruszyć może tylko urzędnik, albowiem na nim on tylko ciąży.

¹⁰ Podobnie R. Maurach, *op. cit.*, s. 393 i n.

¹¹ W., Wolter, *op. cit.*, s. 95 i n.

Wydaje się, że problemem wielkiej wagi teoretycznej i praktycznej jest, jakie przyczyny nieudolności uwzględnić w karalnym usiłowaniu, rozszerza to bowiem lub zwęża zakres odpowiedzialności. Zanim będzie można wypowiedzieć się w tej kwestii, należy zastanowić się nad prawną istotą usiłowania nieudolnego.

II. USIŁOWANIE NIEUDOLNE JAKO SAMODZIELNA POSTAĆ ZJAWISKOWA PRZESTĘPSTWA

Na gruncie obowiązującego kodeksu usiłowanie nieudolne jest niesamoistną, zależną od usiłowania zwykłego postacią zjawiskową przestępstwa. Usiłowanie nieudolne zależy bowiem od usiłowania w ogóle, mieści się w jego zakresie, a różni tylko dodatkowym elementem ustawowo uwzględnionej nieudolności. O takiej sytuacji usiłowania nieudolnego decyduje choćby interpretacja systematyczna art. 23 k.k., w którym usiłowanie nieudolne stanowi tylko odrębny paragraf, mieszczący się w artykule określającym istotę usiłowania zwykłego. Jakie są konsekwencje takiej konstrukcji usiłowania nieudolnego?

1. Usiłowanie nieudolne zachodzi tylko wtedy, gdy spełnione są wszystkie elementy usiłowania zwykłego plus dodatkowy element nieudolności.

2. Usiłowanie nieudolne nie ma więc jakościowo różnej natury od zwykłego usiłowania.

3. Tam, gdzie niemożliwe jest usiłowanie zwykłe (udolne), niemożliwe powinno być usiłowanie nieudolne, które jest przecież tylko postacią zwykłego.

Sprawdźmy słuszność tej obowiązującej przecież koncepcji, której nikt w literaturze nie kwestionował. Dla udowodnienia odmiennej tezy posłużmy się przykładem usiłowania przestępstw formalnych.

Istnieje spór co do możliwości usiłowania przestępstw formalnych, tym bardziej istotny, że orzecznictwo wykazuje zmienność poglądów na to zagadnienie¹². Zwolenników koncepcji usiłowania przestępstw formalnych z zaniechania jest niewielu, gdyż nie sposób znaleźć przekonujący przykład takiego usiłowania. W szczególności nie może przekonać przykład Śliwińskiego o poborowym zatrzymanym w przeddzień stawienia się wobec komisji wojskowej przed zamierzonym (?) wyjazdem do innej miejscowości¹³. Natomiast możliwość usiłowania przestępstw formalnych z działania nie może budzić wątpliwości (np. usiłowanie gwałtu przy nie

¹² Orzeczenie Sądu Najwyższego z 12 II 1947 r. (II K 1885) wprost wyklucza usiłowanie przestępstw formalnych, odmiennie orzeczenie SN, Zbiór Orzeczeń 1948, nr 12.

¹³ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 313 i n.

dojściu do czynu nierządneho, usiłowanie fałszerstwa itd.), dlatego też ten pogląd zdecydowanie i słusznie przeważa¹⁴.

Stwierdziliśmy wyżej, że usiłowanie przestępstw formalnych z zaniechania jest niemożliwe, np. niemożliwe jest usiłowanie nieudzielenia pomocy człowiekowi znajdującemu się w niebezpieczeństwie dla życia, gdyż moment bezczynności staje się dokonaniem przestępstwa (art. 247)¹⁵. Wyobraźmy sobie jednak, że sprawca nie udzielił pomocy tonącemu, mogąc to uczynić bez narażenia się na niebezpieczeństwo, i nie wiedział, że tonący już w tym momencie był trupem. Nie ma dokonania przestępstwa z art. 247 k.k., bowiem nie można nie udzielić pomocy trupowi (brak znamienia przedmiotu). Stwierdziliśmy także, że niemożliwe jest zwykle usiłowanie tego przestępstwa (to zwykle „usiłowanie” — gdyby tonący nie był trupem — byłoby dokonaniem). Niewątpliwie pociągniemy jednak sprawcę do odpowiedzialności za nieudolne usiłowanie przestępstwa z art. 247 k.k. Jakże stąd płyną wnioski?

1. Okazuje się, że tam, gdzie niemożliwe jest usiłowanie zwykle (udolne), możliwe jest usiłowanie nieudolne.

2. Usiłowanie nieudolne nie jest więc zależną od zwykłego, ale samodzielną postacią zjawiskową przestępstwa.

3. Co więcej, możliwe jest usiłowanie nieudolne tam, gdzie w ogóle inna postać przestępstwa nie wchodzi w grę z braku jednego ze znamion przestępstwa.

Dlatego też należy stanąć na stanowisku, że usiłowanie nieudolne jest samodzielną postacią zjawiskową przestępstwa skonstruowaną na odrębnych kryteriach. Zasadą prawa karnego jest, iż możliwe jest popełnienie przestępstwa tylko wtedy, gdy realnie istnieją wszystkie jego znamiona. Dotyczy to także postaci zjawiskowych, a więc i usiłowania — jednak tylko zwykłego. Nieudolne usiłowanie jest instytucją zupełnie odmienną. Błąd co do okoliczności należącej do istoty czynu (art. 20 § 1 k.k.) skutkuje odpowiedzialnością tylko za przestępstwo z winy nieumyślnej. Nie ma tu jednak żadnej zbieżności z usiłowaniem nieudolnym. Okoliczność, co do której sprawca jest w błędzie, istnieje bowiem realnie, podczas gdy w przypadku usiłowania nieudolnego nie istnieje. Błąd występujący przy usiłowaniu nieudolnym stanowi odwrócenie reguły zawartej w art. 20 § 1 k.k.¹⁶ Jest on więc jakościowo różny od innych przypadków błędu. W innych przypadkach błąd sprawcy dotyczy okoliczności realnie istnie-

¹⁴ W nauce niemieckiej: Finger, Hafter, Liszt, Meyer, Mezger; w nauce radzieckiej: Piontkowski, Geroenzon, Mieńszagin-Wyszyńska; w nauce (polskiej): Krzymuski, Glaser, Berger, Śliwiński, Wolter i inni.

¹⁵ Błędne orzeczenie SN (VK 517/64) zamieszczone w Nowym Prawie 1965, nr 1, dopuszcza usiłowanie przestępstwa z art. 247 k.k. To „usiłowanie” będzie dokonaniem, nieudzieleniem pomocy.

¹⁶ Por. R. Maurach, op. cit.

jącej¹⁷. W usiłowaniu zwykłym także występuje błąd, jest on jednak zasadniczo różny, nie stanowi bowiem urojenia okoliczności nie istniejącej. Reasumując powyższe uwagi można usiłowanie nieudolne określić następująco: „Usiłowanie nieudolne jest samoistną postacią zjawiskową przestępstwa zachodzącą wtedy, gdy niemożliwe jest zaistnienie innej postaci przestępstwa z powodu braku znamienia istoty czynu, co do istnienia którego sprawca jest w błędzie”.

Teoretyczną konsekwencją zajętego wyżej stanowiska będzie dopuszczenie wszystkich przyczyn nieudolności (błędów co do istnienia znamion przestępstwa), które — jak słusznie podkreślił Wolter — są równoważne i stanowią *conditio sine qua non* przestępstwa. Skoro bowiem stanęliśmy na stanowisku, że istota usiłowania nieudolnego polega własne na błędzie co do istnienia znamion przestępstwa, to każdy błąd co do znamienia (oczywiście przy istnieniu zamiaru) implikuje byt usiłowania nieudolnego.

III. USIŁOWANIE NIEUDOLNE W PROJEKTACH KODEKSU KARNEGO PRL: UWAGI DE LEGE FERENDA

Po rozważeniu kwestii istoty usiłowania nieudolnego należy zastanowić się nad właściwą jego ustawową konstrukcją. Powoduje to konieczność rozstrzygnięcia, jakie przyczyny nieudolności uwzględnić w ramach karalnego usiłowania nieudolnego. Czy stanąć na stanowisku obowiązującego k.k., że tylko brak przedmiotu i środka powoduje karalność usiłowania nieudolnego, czy też uwzględnić także błąd co do podmiotu i okoliczności modalnych czynu (co postulowali Śliwiński i Wolter).

Z rozważań nad istotą usiłowania nieudolnego wynika, że należy uwzględnić w ramach karalnego usiłowania wszystkie przyczyny nieudolności. Ustawowa konstrukcja usiłowania nieudolnego nie może być bowiem sprzeczna z jego istotą. Rozwiązaniu takiemu można by postawić następujące zarzuty: 1. usiłowanie nieudolne co do przedmiotu lub środka jest bardziej niebezpieczne niż w przypadku błędu co do podmiotu lub okoliczności modalnych czynu¹⁸; 2. przygotowanie do wielu przestępstw (z reguły bezkarne) jest także bardziej niebezpieczne niż usiłowanie nieudolne (np. przygotowanie do zabójstwa)¹⁹; 3. nawet w najbardziej subiektywistycznym klimacie niekaralne jest usiłowanie nieudolne z braku cech modalnych jako zbliżone do przestępstwa urojonego²⁰; 4. niechęć praktyki do szerokiego ujmowania usiłowania nieudolnego.

¹⁷ W przestępstwie urojonym (*delictum putativum*) nie chodzi o błąd co do znamion, lecz o błędne wyobrażenie, że czyn jest przestępny, gdy tak w istocie nie jest.

¹⁸ S. Glaser, op. cit.

¹⁹ K. Mioduski, *Usiłowanie. Rozważania de lege ferenda*, Nowe Prawo 1957, nr 4.

²⁰ G. Rejman, *Usiłowanie przestępstwa według projektu k.k.*, Państwo i Prawo 1963, nr 7.

Zanim ustosunkujemy się do tych wątpliwości, spójrzmy, jak zagadnienie regulują inne ustawodawstwa socjalistyczne. I tak k.k. RSFR z 27 X 1960 r. w art. 15 określa usiłowanie przestępstwa nie rozgraniczając usiłowania nieudolnego i udolnego. Podobnie sprawę regulował kodeks z 1926 r. W związku z tym Gercenzon pisze: „Ustawa o karalności usiłowania nieudolnego nigdzie nie wspomina, ale teoria i praktyka rozstrzyga, że jest karalne jak udolne, z wyjątkiem wypadków, gdy z usiłowania wynika jego zupełna nieudolność lub nieszkodliwość czynu”²¹. Tak więc ustawodawstwo radzieckie rozwiązuje zagadnienie usiłowania nieudolnego w ramach przepisu o usiłowaniu zwykłym, dopuszczając tym samym wszystkie przyczyny nieudolności.

Dość zbliżone są rozwiązania kodeksów innych państw socjalistycznych. Natomiast projekty k.k. PRL rozstrzygają tę kwestię niejednolicie. Projekt z 1950 r. o usiłowaniu nieudolnym nie mówi. Oznacza to rozwiązanie podobne do radzieckiego. Już jednak projekt z 1956 r. — jakby w obawie przed zbyt szerokim ujęciem usiłowania nieudolnego — wy-suwa na pierwszy plan nieudolność środka lub przedmiotu. Projekt z 1963 r. nieudolnemu usiłowaniu poświęca odrębny paragraf, dopuszczając przy tym wszystkie przyczyny nieudolności. Poświęcenie usiłowaniu nieudolnemu odrębnego paragrafu oznacza rezygnację z rozwiązywania zagadnienia w ramach usiłowania zwykłego. Jest to słuszne, skoro usiłowanie nieudolne ma odmienną naturę. W tym samym projekcie ze zdziwieniem jednak czytamy, że usiłowanie karalne jest tylko w wypadkach, gdy czyn zagrożony jest karą powyżej 3 lat pozbawienia wolności i gdy przepis szczególny tak stanowi.

Rozwiązanie to wydaje się z gruntu błędne. Znakomite zwężenie zakresu karalności usiłowania pozostaje w jaskrawej sprzeczności z rozszerzeniem zakresu usiłowania nieudolnego i świadczy o braku jednolitej koncepcji projektodawcy. Rozwiązaniu temu nadto można postawić teoretyczny zarzut pomieszania problematyki postaci zjawiskowych z problematyką przestępstw szczególnych (*delicta sui generis*), wprowadzenie równocześnie generalnej klauzuli karalności (powyżej 3 lat zagrożenia) i klauzuli szczególnej. Ten sam błąd wykazuje zresztą przepis dotyczący przygotowania do przestępstwa (art. 15). W projekcie tym zawarty też jest inny zasadniczy i praktyczny błąd, jakim jest założenie sztywne i aprioryczne, że każde usiłowanie czynu zagrożonego karą poniżej 3 lat pozbawienia wolności jest mniej społecznie niebezpieczne niż gdyby ten czyn był zagrożony sankcją wyższą. Proponowanemu rozwiązaniu omawianego projektu Rejman²² postawiła jeszcze inny, słuszny zarzut. Oto gdy się przeanalizuje przepisy części szczególnej projektu, okazuje się, iż karą pozbawienia wolności do lat 3 zagrożone są najczęściej czyny prze-

²¹ A. A. Gercenzon, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1952.

²² G. Rejman, *op. cit.*

ciwko dobrom indywidualnym. Skoro usiłowanie tych czynów ma być bezkarne, to można wysnuć zarzut, że projekt mniej chroni dobra indywidualne od społecznych.

Z innych propozycji projektu z 1963 r. jako słuszną należy odnotować propozycję zastąpienia kryterium ciemnoty i zabobonu jako granicy karalności zawartej w k.k. z 1932 r. przez kryterium nieznamości praw przyrody. Jest to kryterium współczesne, jako że w dzisiejszym społeczeństwie ciemnota i zabobon ulegają eliminacji. Za słuszną propozycję projektu uznać także należy wprowadzenie możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku starania się o zapobieżenie skutkowi usiłowania (czego nie przewiduje obowiązujący k.k.) oraz uchylenie karalności usiłowania nieudolnego w przypadku odstąpienia od tegoż usiłowania lub starania się o zapobieżenie jego skutkowi. Jest to zgodne z postulatami Śliwińskiego²³. Instytucja uchylenia karalności usiłowania może bowiem skutecznie skłaniać sprawcę do zawrócenia z drogi przestępstwa.

Projekt z 1966 r. rezygnuje z trafnej koncepcji poprzedniego projektu i nie przewiduje możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku starania się o zapobieżenie skutkowi usiłowania udolnego. Dopiero skuteczne zapobieżenie (czynny żal) daje podstawę niekaralności. Trafnie natomiast projekt przewiduje możliwość złagodzenia nadzwyczajnego lub nawet odstąpienia od kary w przypadkach usiłowania nieudolnego, przy czym ta klauzula bezkarności nie jest uzależniona od odstąpienia od usiłowania. Co się tyczy samej konstrukcji istoty usiłowania, to odnotować należy powrót do koncepcji obowiązującego k.k. z 1932 r. i ograniczenie karalności usiłowania nieudolnego do przypadków, gdy przedmiot lub środek nie nadają się do dokonania przestępstwa (art. 12 § 2).

Rezygnacji ze słusznej propozycji projektu z 1963 r. nie można uznać za trafną. Istota usiłowania nieudolnego polega na błędzie co do istnienia jakiegokolwiek znamienia przestępstwa (reguła odwróconego błędu), przeto sztuczne ograniczenie usiłowania nieudolnego do braku przedmiotu lub środka jest sprzeczne z jego istotą. Zapewne projekt z 1966 r. cofnął się na pozycje obowiązującego k.k. z 1932 r., obawiając się doprowadzenia do karalności usiłowania nieudolnego czynów zbyt błahych. Jest to obawa z gruntu nieuzasadniona, skoro ten sam projekt przewiduje uchylenie odpowiedzialności karnej za czyn znikomo społecznie niebezpieczny (art. 22). Inną, nieuzasadnioną zresztą przyczyną ograniczenia karalności usiłowania nieudolnego do przypadków nieudolności środka lub braku przedmiotu nadającego się do dokonania mogło być przekonanie, że usiłowanie w błędzie co do podmiotu lub okoliczności modalnych czynu jest zawsze mniej niebezpieczne.

Stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu przy usiłowaniu nieudolnym, gdy brak jest przecież realnej szkody, mierzymy przede wszystkim

²³ S. Śliwiński, op. cit., s. 293 i n.

stopniem zawinienia, a ten nie jest zależny od tego, co do jakiego znamienia istoty czynu sprawca jest w błędzie (może być większa wina przy błędzie co do podmiotu niż przedmiotu, zależnie od całokształtu czynu).

Tak więc propozycja projektu z 1966 r. co do ujęcia istoty usiłowania nieudolnego przestępstwa nie jest trafna, konieczne jest powtórne przeanalizowanie zajętego w tej kwestii stanowiska, zwłaszcza w okresie prac nad nowym kodeksem karnym PRL. Wydaje się, iż usiłowanie nieudolne należy skonstruować jako samodzielną postać zjawiskową przestępstwa.

ESSENCE D'UNE TENTATIVE DE DÉLIT MANQUÉE

R é s u m é

L'article constitue un débat du problème en question partagé en trois parties.

Dans la I^{ère} partie, intitulée „La tentative manquée du point de vue de la législation”, l'auteur souligne le fait, que les codes pénaux du XVI—XVIII siècles ne prévoyaient de règle pas la tentative manquée, car ils basaient la construction des tentatives sur des éléments objectifs. Au XIX^e siècle la formule commune de la tentative, commentée comme „début de l'exécution”, m'envisageait non plus une tentative manquée qui n'aurait pas été assez proche de son exécution pour en devenir le „début”. Ce m'est que les codes plus récents, qui définissent une tentative comme pouvant être „une activité entreprise avec une intention coupable dirigée directement vers l'exécution”, et comme un accent spécial /eist mis sur l'intention de l'acteur, la tentative manquée est généralement prévue. Ensuite l'auteur analyse le règlement de l'art. 23 du c.p. polonais de l'an 1932, qui définit d'une "manière analogique une tentative dans laquelle on aurait uniquement pris en considération, dans le cadre d'une tentative manquée passible de peine, deux causes de manquements (le manque d'objet ou de moyen), et il souligne que cette limitation fut réfutée par la critique des theoreticians du droit pénal (Śliwiński, Wolter).

Dans la II^{de} partie „La tentative manquée comme forme indépendante de délit”, l'auteur propose et tâche de prouver la thèse qu'une „tentative manquée est une forme indépendante de délit ayant lieu quand il est (impossible qu'une autre forme de délit puisse prendre place par suite du manque de signe distinctif de l'acte quant à l'existence duquel l'acteur commet une erreur” (p. 5).

Dans la III^e partie „La tentative manquée dans les projets du c. p. de la RPP (remarques de lege ferenda)” l'auteur cite la conception des législations socialistes (sur les exemples du e.p. de la RSFSR du 27 X 1960) qui donnent la solution de la question d'une tentative manquée dans le cadre de la disposition concernant une tentative ordinaire, ainsi que des projets du c. p. de la RPP. Cernime de l'essence d'une tentative il s'en suit, qu'il est admissible de prendre en vue toutes les causes de manquements (erreurs quant à l'essence de l'acte), l'auteur admet le projet du c.p. de l'an 1963 qui comprend ainisi ce problème, et par contre il critique le projet de l'an 1966, qui prévoit uniquement un manquement concernant l'objet ou le moyen (comme le c.p. actuellement en vigueur de l'an 1932). L'auteur ne partage pas la crainte qu'une large conception des tentatives manquées puisse mener à la pénalité d'actes insignifiants, comme autant la loi en vigueur (art. 49 du cp.p.) que les projets du c.p. de la RPP (art. 22 du projet de l'an 1966) prévoient la possibilité de cassation de la responsabilité pénale au cas d'un acte occasionnant un danger social insignifiant.