

Spółeczna nieadekwatność czynu jako podstawa bezprawności usiłowania



Andrzej Jezusek

Absolwent studiów magisterskich w zakresie stosunków międzynarodowych (na Wydziale Studiów Międzynarodowych i Politycznych UJ) oraz prawa (na Wydziale Prawa i Administracji UJ). W 2013 r. uzyskał stopień doktora nauk prawnych w zakresie prawa karnego. Od 2014 r. prowadzi samodzielną praktykę adwokacką.

✉ biuro@jezusekkancelaria.pl

<https://orcid.org/0000-0003-3992-9733>

Social Inadequacy of the Act as the Basis of the Unlawfulness of Attempts

The aim of the study is to answer a question, what determines the unlawfulness of attempts. According to the author, attempts take place only if a behavior of a perpetrator either already has violated the precautionary rules that determine the content of the norm underlying the offense at the stage of accomplishment, or has not violated this rule, but situates on the foreground of its violation, creating a situation that allows immediate undertaking of behavior contrary to this rule. This means that the essence of the unlawfulness of attempts is the social inadequacy of the perpetrator's behavior, because such behavior, evaluated from the ex ante perspective, creates a socially unacceptable danger to the specific legal good. This property of behavior is the material content of its illegality. Formally, a breach of precautionary rules or a direct attempt to breach them is a requirement of the violation of the norm, which underlies criminal liability for attempted crime. From the dogmatic perspective, behavior which has not met the above-mentioned condition, does not realize the element of any attempted crime in the form of "a direct act done towards committing the offence" and for that reason such behavior cannot be considered as an attempt within the meaning of the Polish penal code.

Słowa kluczowe: usiłowanie, zamiar, bezprawność, dobro prawne

Key words: attempt, intent, illegality, legal good

W nauce prawa karnego kwestią sporną pozostaje uzasadnienie bezprawności usiłowania przestępstwa. W literaturze wyartykułowano w tym zakresie wiele różnych poglądów, które zasadniczo mogą zostać przyporządkowane dwóm konkurującym ze sobą

teoriom¹: przedmiotowej (obiektywnej), upatrującej uzasadnienia bezprawności usiłowania w nara-

¹ Zob. szczegółowe omówienie owych poglądów w Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 15–108.

żeniu dobra prawnego na niebezpieczeństwo, oraz podmiotowej (subiektywnej), wedle której podstawą bezprawności usiłowania jest naganny stosunek psychiczny sprawcy do dobra prawnego, a więc niebezpieczność woli sprawcy. Przyjęcie określonej teorii bezprawności usiłowania wpływa na kształt

prawa³. W tym kontekście problem uzasadnienia bezprawności przypadków, w których dokonanie przestępstwa było z góry wyłączone, ma kluczowe znaczenie przy formułowaniu określonej teorii bezprawności zachowania sytuowanego na bezpośrednim przedpolu dokonania przestępstwa.



W literaturze przedmiotu przedstawiono dualistyczne teorie bezprawności usiłowania, odmiennie uzasadniające bezprawność usiłowania udolnego i nieudolnego, jednak dąży się do sformułowania jednej koncepcji, która musi objąć wszystkie przypadki usiłowania przewidziane w ustawie, w tym te najbardziej redukujące elementy bezprawności.

wielu rozwiązań normatywnych odnoszących się do tej instytucji prawnej, przy czym najważniejszym polem sporów pomiędzy przedstawicielami powyższych teorii pozostaje kwestia możliwości ukarania za przypadek, w którym zachowanie sprawcy nie mogło doprowadzić do dokonania przestępstwa: obiektywiści zawężają zakres odpowiedzialności karnej jedynie do przypadków tzw. niebezpiecznego usiłowania nieudolnego, subiektywiści przyjmują odpowiedzialność karną za wszystkie przypadki usiłowania nieudolnego.

Co prawda w literaturze przedmiotu przedstawiono dualistyczne teorie bezprawności usiłowania, odmiennie uzasadniające bezprawność usiłowania udolnego i nieudolnego², jednak generalnie dąży się do sformułowania jednej koncepcji, która siłą rzeczy musi wspólnym mianownikiem objąć wszystkie przypadki usiłowania przewidziane w ustawie, w tym te, które charakteryzuje największa redukcja elementów bez-

Polski Kodeks karny zawiera przepis statuujący odpowiedzialność za usiłowanie nieudolne. Artykuł 13 § 2 k.k. stanowi, że usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, iż dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego. Ze względu na treść powyższego przepisu większość polskich karnistów przyjmuje, że polska regulacja prawna usiłowania jest oparta na teorii subiektywnej, przy czym zwolennicy tego poglądu opowiadają się za jej różnymi wersjami⁴. Wszakże można także wskazać grono wybitnych przed-

2 Np. koncepcja usiłowania niebezpiecznego i intencjonalnego w ujęciu H. Alwarta i E. Schmidhäusera – szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania...*, dz. cyt., s. 99–104.

3 Zob. R. Bloy, *Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs*, „Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft” 2001, t. 113, nr 1, s. 77.

4 Zob. S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 294; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 285; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 196; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 367–368; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 109.

stawiciele nauki prawa karnego, którzy opowiedzieli się za poglądem, iż w przypadku usiłowania nieudolnego czyn sprawcy atakuje dobro prawne poprzez sprowadzenie potencjalnego niebezpieczeństwa jego naruszenia⁵. I tak Ryszard Dębski zaznacza, iż należy odróżnić dobro prawne rozumiane jako pewien przedmiot idealny od konkretnego przedmiotu zamachu: usiłowanie nieudolne nie zagraża konkretnym nośnikom dobra prawnego, lecz jest zachowaniem typowo niebezpiecznym dla dobra prawnego, co przesądza o jego ujemnym wartościowaniu i karalności. Tak rozumiane niebezpieczeństwo można odnosić wyłącznie do wartości społecznych ujętych abstrakcyjnie⁶. W opinii Jacka Giezka podstawą karalności usiłowania nieudolnego jest społeczna nieadekwatność zachowania polegająca na naruszeniu reguł postępowania z dobrem prawnym, które wymagają unikania zachowań typowo uruchamiających przebieg kausalny prowadzący do naruszenia dobra prawnego. Z tego względu zachowanie sprawcy usiłowania nieudolnego jest generalnie niebezpieczne i społecznie szkodliwe⁷. Z kolei zdaniem Andrzeja Zolla w przypadku usiłowania nieudolnego należy ocenić plan sprawcy. Jeżeli w ocenie obiektywnego obserwatora może on doprowadzić do zamierzonego przez sprawcę rezultatu, próbę jego realizacji można ocenić jako potencjalnie niebezpieczną dla dobra prawnego⁸.

5 Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2012, s. 238–239; R. Zawłocki, *Komentarz do art. 13 k.k.* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31*, t. 1, Warszawa 2011, s. 561, 616; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2013, s. 189; M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, niepubl., s. 412; E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 233; D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2011, s. 317.

6 R. Dębski, *Karalność usiłowania nieudolnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1999, nr 2, s. 114–116.

7 J. Giezek, *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, Sectio G, 2013, nr 2, s. 49–50.

8 A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji* (w:) J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, Toruń 2007, s. 18.

Jak więc rozstrzygnąć spór w kwestii charakteru usiłowania nieudolnego? Wydaje się, że zacząć należy od ustalenia, dlaczego ukaraniu nie podlegają przypadki tzw. usiłowania bezwzględnie nieudolnego. Pogląd ten został wypracowany jeszcze w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1932 r., który przewidywał, że nie odpowiada za usiłowanie, kto tylko z powodu zabobonu lub ciemnoty wierzył w skuteczność swego działania (art. 28 § 3 k.k. z 1932 r.)⁹. Podobnego zapisu zabrakło w późniejszych kodyfikacjach prawa karnego, jednak dość powszechnie twierdzi się, że przypadki usiłowania bezwzględnie nieudolnego nie zasługują na ukaranie¹⁰. Ustalenie przyczyn wyłączenia odpowiedzialności karnej za takie przypadki usiłowania pozwoli określić granice karalności usiłowania nieudolnego i tym samym może się okazać pomocne w rozstrzygnięciu sporu o istotę bezprawności tego stadium popełnienia przestępstwa.

1. Uzasadnienie wyłączenia karalności usiłowania bezwzględnie nieudolnego: brak zagrożenia dla dobra prawnego z perspektywy ex ante

Niektórzy autorzy, w zgodzie z teoriami subiektywnymi, przyjmują znamienność zachowania sprawcy dopuszczającego się usiłowania bezwzględnie nieudolnego, a jedynie proponują zakwalifikowanie tego typu przypadków jako czyny charakteryzujące się znikomą

9 W nauce niemieckiej wyróżnia się usiłowanie wynikłe z „ciężkiej głupoty” sprawcy (*grob unverständiger Versuch*), które polega na działaniu sprzecznym z powszechną wiedzą kausalną, oraz usiłowanie nierealne (*irrealer, abergläubischer Versuch*), polegające na próbie wykorzystania sił nadprzyrodzonych. Pierwsze jest czynem karalnym, sąd jest jedynie uprawniony do nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia. Jeżeli chodzi o usiłowanie nierealne, to jego status jest sporny, jednakże najczęściej przyjmuje się, że nie wypełnia ono znamion usiłowania, ponieważ przedmiotem zamiaru nie jest zachowanie oparte na kausalności i ludzkim działaniu, a tylko takie zachowanie może uchodzić za czyn zabroniony. Zob. K. Kühn, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2002, s. 551–553.

10 Ł. Pasternak, *Usiłowanie nieudolne, usiłowanie nierealne a przestępstwo urojone*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2013, nr 1, s. 107.

społeczną szkodliwością¹¹ albo zalecają odstąpienie od wymierzenia kary na podstawie art. 14 § 2 k.k.¹² Pierwsza z zaprezentowanych koncepcji pomija, że stopień społecznej szkodliwości ocenia się zawsze *ad casu*, przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danego czynu. Stąd ocena stopnia społecznej szkodliwości nie nadaje się do generalnego wyłączenia odpowiedzialności za określoną kategorię czynów zabronionych. Również druga z proponowanych okoliczności nie znajduje oparcia w ustawie. Także i w tym wypadku sąd musi podjąć decyzję *ad casu*, przy czym w przeciwieństwie do oceny stopnia karagodności czynu sąd winien uwzględnić znacznie szerszy zakres okoliczności (zob. art. 53–55 k.k.), np. dotyczących osoby sprawcy, które mogą przemawiać za wymierzeniem mu kary.

Kolejna grupa autorów wyłącza znamienność przypadków usiłowania bezwzględnie nieudolnego. Wśród wielu koncepcji¹³ wyróżnia się podgląd Zolla, w myśl którego zachowanie sprawcy kwalifikowane jako usiłowanie bezwzględnie nieudolne nie stanowi ataku na dobro prawne¹⁴. Zapatrywanie to spotkało się z uwagą, iż cechą konstytutywną każdego usiłowania

nieudolnego jest brak ataku na dobro prawne, przeto ta właściwość nie nadaje się do wyróżnienia kategorii czynów kwalifikowanych jako usiłowanie bezwzględnie nieudolne¹⁵. Powyższy zarzut jest nietrafny, ponieważ Zoll klasyfikuje usiłowanie nieudolne karalne jako przestępstwo abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, natomiast przypadkom usiłowania bezwzględnie nieudolnego odmawia tego przymiotu. W świetle jego koncepcji zachowanie kwalifikowane jako usiłowanie względnie nieudolne jest potencjalnie niebezpieczne dla dobra prawnego, dlatego jego przedsięwzięcie przez sprawcę stanowi zamach na to dobro i podlega karze. Natomiast usiłowanie bezwzględnie nieudolne nie wiąże się z chociażby abstrakcyjnym narażeniem dobra prawnego na niebezpieczeństwo, przeto jego przedsięwzięcie przez sprawcę nie stanowi zamachu na dobro prawne, a w rezultacie nie może wyczerpać znamion tego stadium popełnienia przestępstwa. Dla koncepcji Zolla większy problem stanowi zarzut sformułowany przez Andrzeja Spotowskiego, wedle którego pojęcie zamachu implikuje wytworzenie niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, podczas gdy art. 13 § 2 k.k. przyjmuje jako cechę charakterystyczną usiłowania nieudolnego brak możliwości dokonania czynu zabronionego, a w konsekwencji także brak możliwości naruszenia dobra prawnego. Powstaje więc pytanie, jak ten sam czyn (usiłowanie względnie nieudolne) może zostać uznany za sprowadzający niebezpieczeństwo dla dobra przy jednoczesnej konkluzji, iż w jego przypadku naruszenie dobra było wykluczone (*verba legis* „dokonanie jest niemożliwe”)¹⁶.

Wydaje się, że powyższy problem należy rozwiązać w następujący sposób. Ocena, czy dane zachowanie zagraża określonemu dobru prawnemu, może być dokonana z perspektywy *ex ante*, biorąc za punkt odniesienia obserwatora zachowania sprawcy, przy uwzględnieniu okoliczności dostrzegalnych w chwili popełniania czynu, albo przez organ postępowania karnego z perspektywy *ex post*, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności związanych z czynem, ustalonych w postępowaniu karnym. W pierwszym przypadku

11 J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 353.

12 L. Gardocki, *Prawo karne*, dz. cyt., s. 109.

13 Zdaniem A. Wąska usiłowanie bezwzględnie nieudolne jest niekaralne ze względu na przyjęty przez sprawcę sposób działania, który jest niezdatny do popełnienia czynu zabronionego, co ma nie mieścić się w dwóch dopuszczonych przez ustawę postaciach usiłowania nieudolnego karalnego. A. Wąsek, *Komentarz do art. 13 k.k.* (w:) O. Górniok i in., *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna*, Gdańsk 2005, s. 220. Z kolei J. Majewski i R. Zawłocki wskazują, że brak jest zamiaru wymaganego przez ustawę dla usiłowania, bowiem czyn objęty zamiarem nie narusza reguł postępowania z dobrem prawnym [J. Majewski, *O (braku) karalności usiłowań „nierealnych”, „absolutnie nieudolnych” i im podobnych* (w:) Ł. Pohl (red.) *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 356–358] i tym samym jest bezpieczny dla dobra prawnego (R. Zawłocki, *Komentarz do art. 13 k.k.*, dz. cyt., s. 616).

14 A. Zoll, *Komentarz do art. 13 k.k.* (w:) A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116*, Warszawa 2007, s. 214.

15 J. Majewski, *O (braku)...*, dz. cyt., s. 356.

16 A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 107, 109–110.

ku mamy do czynienia z prognozą: probabilistycznym sądem o zdatości określonego zachowania do wywołania niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. W drugim przypadku z diagnozą: ustaleniem, czy określone zachowanie rzeczywiście zagroziło dobru prawnemu. Ocena zachowania dokonana z tych dwóch płaszczyzn może być odmienna¹⁷. Tak więc można w sposób racjonalny argumentować, iż zachowanie, które nie mogło w danych okolicznościach doprowadzić do naruszenia dobra prawnego, było jednakże dla tego dobra niebezpieczne. Warunkiem jest nadanie tym ustaleniom odmiennego charakteru, tj. traktowanie pierwszego z nich jako diagnozy, a drugiego jako prognozy.

W tym miejscu warto przywołać zapatrywanie na charakter usiłowania nieudolnego wyrażone przez Hansa Joachima Hirscha. Autor ten dokonał podziału usiłowania nieudolnego na takie, które jest dla dobra prawnego niebezpieczne (usiłowanie właściwe), oraz takie, które można określić jako bezpieczne (usiłowanie niewłaściwe). Zdaniem Hirscha przypadków niebezpiecznego usiłowania nieudolnego nie należy odróżniać od przypadków usiłowania udolnego. Problem stanowią przypadki bezpiecznego usiłowania nieudolnego, tzn. takie sytuacje, w których zachowanie sprawcy z obiektywnego punktu widzenia *ex ante* nie powoduje ryzyka urzeczywistnienia skutku przestępnego¹⁸. Zachowanie takie powinno pozostać bezkarne¹⁹.

17 Zob. J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 65–67.

18 H.J. Hirsch, *Problematyka regulacji nieudolnego usiłowania w polskim i niemieckim prawie karnym* (w:) J. Giezek (red.), *Przestępstwo, kara, polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 268 i n.

19 Tak również, jakkolwiek wychodząc z odmiennych założeń, M. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–New York 1997, s. 452–458. Krytykę koncepcji obu autorów przeprowadził R.D. Herzberg, *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, „*Goldammer's Archiv für Strafrecht*” 2001, nr 6, s. 258–259, 260–262. Zarzuty Herzberga odnoszą się głównie do ich niezgodności z niemiecką regulacją prawną, która wymaga, aby sprawca według swojego wyobrażenia (*nach seiner Vorstellung*) bezpośrednio zmierzał do dokonania, co mocno subiektywnie to znamię, a nadto przewiduje wprost karalność *grob unverständiger Versuch*.

Propozycja Hirscha wprost nawiązuje do młodszej teorii obiektywnej opracowanej przez Franza von Liszta i rozwiniętej przez Roberta von Hippela. Koncepcje przedmiotowe (obiektywne) swój początek biorą z prac Paula Johanna Anselma von Feuerbacha, którego zdaniem ukaranie sprawcy znajduje uzasadnienie, gdy bezprawie zostało rzeczywiście wyrządzone, zaś zachowanie staje się bezprawne, gdy narusza lub zagraża dobru prawnemu. W starszej teorii obiektywnej wyróżniono usiłowanie bezwzględnie i względnie nieudolne, przy czym to ostatnie uważano za niebezpieczne i karalne, zaś ocena niezdatności zachowania była dokonywana w oderwaniu od okoliczności konkretnego przypadku w oparciu o nieostre kryteria, co prowadziło do niesprawiedliwych rozstrzygnięć, w których karalność usiłowania zależała w gruncie rzeczy od przypadkowych okoliczności²⁰. Krytyka starszej teorii obiektywnej doprowadziła do jej modyfikacji przez Liszta: podstawą karalności usiłowania jest niebezpieczeństwo czynu sprawcy, które polega na stworzonej przez jego działanie obiektywnej możliwości realizacji istoty czynu, przy czym ocena, czy zachodzi takie niebezpieczeństwo, ma charakter konkretny, tj. odnosi się do konkretnego czynu, a nadto musi być dokonana w momencie działania (*ex ante*) i uwzględnić tylko te okoliczności, które są ogólnie rozpoznawalne lub znane sprawcy²¹. Hippel sprecyzował, że chodzi o ocenę doświadczonego i obiektywnego obserwatora zachowania sprawcy: sędzia ma wejść w położenie takiej osoby i ocenić z tej perspektywy, czy dokonanie czynu zabronionego było możliwe. Usiłowanie jest niebezpieczne i karalne, gdy dokonanie czynu z tego punktu widzenia wydaje się możliwe; usiłowanie nie jest niebezpieczne ani karalne, gdy dokonanie jest praktycznie wyłączone. Niepewność podmiotu oceniającego co do rezultatu zachowania sprawcy oznacza istnienie niebezpieczeństwa dla dobra prawnego²².

Również we współczesnej nauce niemieckiej, opierając się na kryteriach oceny *ex ante*, wyodrębnia się

20 Zob. szerzej Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania...*, dz. cyt., s. 25–33, 41.

21 F. von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1914, s. 205, 212–213. Zob. także R. von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin–Heidelberg 1932, s. 157–158.

22 R. von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, dz. cyt., s. 158.

wśród czynów stanowiących usiłowanie nieudolne dwie kategorie zachowań, tj. przypadki niebezpiecznego usiłowania nieudolnego oraz przypadki bezpiecznego usiłowania nieudolnego. To odróżnienie jest przyjmowane także przez autorów uznających *de lege lata* na gruncie niemieckiego Kodeksu karnego karalność obu powyższych kategorii przypadków usiłowania nieudolnego²³.

Absorpcja przez polską naukę prawa karnego założeń wypracowanych przez młodszą teorię obiektywną napotyka na poważną przeszkodę. Otóż wyróżnienie dwóch kategorii usiłowania nieudolnego następuje w oparciu o ocenę niebezpieczności zachowania dokonaną z perspektywy *ex ante*: z tej perspektywy odróżniamy usiłowanie niebezpieczne od usiłowania bezpiecznego. Tymczasem w polskiej nauce prawa karnego²⁴ dość powszechnie przyjmuje się, że z perspektywy *ex ante* należy ocenić zachowanie sprawcy po to, aby odróżnić usiłowanie udolne od usiłowania nieudolnego, przy czym za usiłowanie nieudolne uważa się zachowanie sprawcy, które od samego początku było skażone takim błędem w postępowaniu, iż w danych warunkach nie mogło doprowadzić do dokonania. Ocena *ex ante* nie służy więc odróżnieniu przypadków usiłowania nieudolnego niebezpiecznego od usiłowania nieudolnego bezpiecznego, lecz odróżnieniu usiłowania udolnego od usiłowania nieudolnego. Odmienne stanowisko przedstawił bodajże jedynie Igor Andrejew, wedle którego usiłowanie okazuje się usiłowaniem nieudolnym *ex post*, zaś w chwili czynu nie różni się od usiłowania zwykłego²⁵.

Za koniecznością oceny udolności zachowania z perspektywy *ex ante* ma przemawiać argument, iż z perspektywy oceny *ex post* każde usiłowanie jest nieudolne ze względu na brak dokonania, co oznacza, że także w przypadku usiłowania udolnego została popełniona jakaś nieprawidłowość²⁶. Takiemu zapatrywaniu

należy zarzucić, iż opiera się na błędzie logicznym. Brak dokonania czynu zabronionego ma miejsce, gdy wyczerpanie znamion przestępstwa w chwili przedsięwzięcia zachowania bezpośrednio zmierzającego do dokonania było niemożliwe, jak i wówczas, gdy wyczerpanie znamion było możliwe, jakkolwiek nie przesądzone²⁷. Oznacza to, że z faktu niedokonania czynu zabronionego nie można wywodzić wniosku, iż dokonanie od samego początku było niemożliwe.

zabronionego – analiza krytyczna, „Prokurator i Prawo” 2003, nr 12, s. 34. Również w literaturze niemieckiej twierdzi się niekiedy, że z perspektywy *ex post* każde usiłowanie, które nie doprowadziło do dokonania, jawi się jako bezpieczne. Tacy autorzy albo stosują kryterium oceny niebezpieczeństwa z perspektywy *ex ante* (C. Roxin, *Strafrecht...*, dz. cyt., s. 334–335, 446–451), albo w ogóle podważają zasadność rozróżniania dwóch form usiłowania, wskazując, że z perspektywy *ex ante* każde usiłowanie jest subiektywnie udolne (G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, New York–Berlin 1983, s. 594).

27 Odmienne R.D. Herzberg: „Denn wenn jemand mit seinem Versuch erfolglos bleibt, dann musste er, unter den gegebenen Umstände, erfolglos bleiben”. Jedyną różnicą między usiłowaniem, które uchodzi za udolne, a usiłowaniem nieudolnym polega na tym, że w przypadku tego pierwszego człowiek, znając nawet wszystkie okoliczności faktyczne określonego zachowania, nie jest w stanie w oparciu o dostępną wiedzę rozpoznać braku możliwości dokonania czynu zabronionego. R.D. Herzberg, *Zur Ultima-ratio-Maxime, zum rechtswidrigen Versuch und zum Verhältnis von Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit* (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, Warszawa 2012, s. 408. Powyższy pogląd nie odpowiada polskiej regulacji, bowiem zgodnie z nim każde usiłowanie należałoby uznać za nieudolne, co nie świadczy jeszcze o jego wadliwości. Przede wszystkim jednak powyższe zapatrywanie wydaje się nietrafne. *Ex post* można oczywiście ustalić przebieg przyczynowy prowadzący do określonego rezultatu. Niemniej jednak, ustalając możliwość zajścia takiego przebiegu w chwili podjęcia bezpośredniego zmierzania, trzeba się odwołać nie tylko do wszystkich okoliczności faktycznych zachowania, lecz także do praw przyczynowych, które z określonym zdarzeniem mogą wiązać cały szereg możliwych konsekwencji lub po prostu mieć charakter probabilistyczny. Niepewność co do rezultatu działania sprawcy nie wynika więc tylko z ułomności wiedzy ludzkiej, lecz także z natury samej przyczynowości.

23 Np. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 2: *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, s. 335–336.

24 Zob. W. Wolter, *Nauka...*, dz. cyt., s. 279; A. Marek, *Prawo...*, dz. cyt., s. 195; S. Śliwiński, *Polskie prawo...*, dz. cyt., s. 313.

25 I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 187.

26 Tak K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 368; J. Raglewski, *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu*

Powyższy błąd ma źródło w pominięciu dynamicznego charakteru usiłowania. W miarę zaawansowania sprawy w realizacji jego zamiaru prawdopodobieństwo dokonania czynu zabronionego może rosnąć lub maleć. Na pewnym etapie wskutek rozwoju wydarzeń wyczerpanie znamion przestępstwa może być już przesądzone albo wykluczone. Nie oznacza to jednak, że w chwili podjęcia zachowania bezpośrednio zmierzającego do dokonania czynu zabronionego wyczerpanie istoty czynu było nieuniknione albo brak było możliwości realizacji zamiaru. Stąd trzeba określić moment czasowy, w którym dla przyjęcia usiłowania nieudolnego dokonanie czynu zabronionego musi być wyłączone. Tym momentem czasowym powinna być chwila, w której sprawca podjął zachowanie kwalifikowane jako bezpośrednie zmierzanie do dokonania. Czym

Ocena zachowania sprawcy dokonana z perspektywy *ex ante* przez obiektywnego i rozsądnego obserwatora, znającego jego zamiar i dysponującego jego wiedzą szczególną, powinna służyć odróżnieniu zachowań bezprawnych od zachowań legalnych, w tym także niekaralnego usiłowania bezwzględnie nieudolnego od karalnego usiłowania względnie nieudolnego. Siłą rzeczy taka prognoza będzie się odwoływała do pewnych generalizacji, schematów myślowych zso-cjalizowanych przez członków społeczności i nie będzie uwzględniała wszystkich okoliczności danego konkretnego zachowania. Bezpośrednie zmierzanie, które ocenione *ex ante* jawiło się jako niebezpieczne, w danych konkretnych warunkach może być od początku skazane na niepowodzenie, co będzie wynikać z oceny jego niebezpieczeństwa dokonanej *ex post*.

Ocena, czy usiłowanie od początku było nieudolne, może być dokonana z dwóch różnych perspektyw czasowych, tj. *ex ante* i stanowić tym samym prognozę niebezpieczeństwa usiłowania, oraz *ex post* i stanowić diagnozę relacji, w jakiej w rzeczywistości znajdował się czyn sprawcy wobec dobra prawnego.

innym jest jednak określenie momentu, w którym ma być spełniony ów warunek, a czym innym perspektywa czasowa, z której następuje ocena, czy w określonej chwili dokonanie czynu zabronionego było niemożliwe.

Formułowany w polskiej literaturze wymóg, aby usiłowanie było nieudolne od początku, należy rozumieć w ten sposób, że w chwili wkroczenia w etap bezpośredniego zmierzania czyn sprawcy nie powodował zagrożenia dla dobra prawnego. Ocena, czy w chwili przystąpienia do usiłowania ten warunek się ziszczył, może być jednak dokonana z dwóch różnych perspektyw czasowych, tj. *ex ante* i stanowić tym samym prognozę niebezpieczeństwa usiłowania, oraz *ex post* i stanowić diagnozę relacji, w jakiej w rzeczywistości znajdował się czyn sprawcy wobec dobra prawnego.

Ocena *ex post* winna uwzględnić wszystkie okoliczności konkretnego zachowania ustalone w postępowaniu karnym, w tym także te, które w chwili podjęcia bezpośredniego zmierzania były dla sprawcy nierozpoznawalne²⁸. Odróżnieniu usiłowania udolnego od nieudolnego służy więc diagnoza, a nie prognoza, dokonana przez sąd w chwili orzekania na podstawie wszystkich okoliczności towarzyszących zachowaniu sprawcy. Przy ocenie niebezpieczeństwa zachowania można wziąć pod uwagę okoliczności zaistniałe w czasie akcji przestępczej – pozwoli to ustalić przeszkody stojące na drodze prowadzącej do dokonania przestępstwa. Jednak nacisk należy położyć na stan

28 Zob. K. Buchała, *Prawo...*, dz. cyt., s. 369.

rzeczy istniejącej w chwili przedsięwzięcia zachowania bezpośrednio zmierzającego do dokonania przestępstwa, a w szczególności należy ustalić, czy w świetle stanu rzeczy z tej chwili późniejsze zaistnienie faktu uniemożliwiającego dokonanie przestępstwa było przesądzone, czy jedynie możliwe. W tym drugim przypadku, nawet w razie wysokiego prawdopodobieństwa zaistnienia przeszkody, należałoby przyjąć usiłowanie udolne.

2. Społeczna nieadekwatność zachowania jako prawidłowe rozwiązanie zagadnienia badawczego (modyfikacja warunku bezprawności usiłowania zaproponowanego przez młodszą teorię obiektywną)

2.1. Mankamenty warunku bezprawności usiłowania w postaci oceny zachowania jako niebezpiecznego z perspektywy *ex ante*

Przyglądając się bliżej zaprezentowanemu powyżej postulatowi, łatwo spostrzec, że ujmuje on zakres niekaralnego usiłowania nieudolnego znacznie szerzej, niż wynikało to z art. 28 § 3 k.k. z 1932 r. Warunkiem wyłączającym ukaranie sprawcy było działanie pod wpływem błędu wynikającego z zabobonu lub ciemnoty, a więc wyłącznie ze względu na błąd sprawcy co do praw przyrody²⁹. Zgodnie z zaprezentowanym postuletem wyłączenie bezprawności może wynikać także z błędu sprawcy co do okoliczności faktycznych, o ile rzeczywisty stan rzeczy był rozpoznawalny w chwili podjęcia przez sprawcę zachowania bezpośrednio zmierzającego do dokonania przestępstwa. Za przykład działania sprawcy pod wpływem błędu

29 Wyłączenie karalności wyłącznie w przypadku błędu o charakterze nomologicznym przyjmował W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 109. W literaturze niemieckiej błąd nomologiczny jest zasadniczo wiązany z usiłowaniem nieudolnym ze względu na błąd sprawcy wynikły z ciężkiej głupoty (*grob unverständiger Versuch*), który obejmuje szerszą kategorię przypadków niż tylko te, w których sprawca odwołał się do sił nadprzyrodzonych, np. próbę zestrzelenia samolotu przy użyciu wiatrówki. Przypadki, w których sprawca próbuje skorzystać z sił nadprzyrodzonych, są określane mianem usiłowania nierealnego (*irrealer, abergläubischer Versuch*). Zob. K. Kühn, *Strafrecht...*, dz. cyt., s. 551–553.

ontologicznego może służyć czyn osoby, która pod wpływem silnych emocji, działając w zamiarze zabicia człowieka, wbija nóż w ciało nieboszczyka, mimo iż oznaki śmierci były już wyraźnie dostrzegalne³⁰.

Następnie trzeba przyznać, że ocena zachowania jako niebezpiecznego z perspektywy *ex ante* nie jest wystarczającym kryterium pozwalającym wyznaczyć przypadki usiłowania nieudolnego, które zasługują na ukaranie, jeżeli podstawą bezprawności usiłowania nieudolnego ma być zamach na dobro prawne. Już twórcom młodszej teorii obiektywnej zarzucono, że w świetle jej założeń odpowiedzialności karnej za nieudolne usiłowanie kradzieży portfela może podlegać jego właściciel, o ile z perspektywy *ex ante* okoliczność ta nie byłaby obiektywnie rozpoznawalna. Nie można przecież w takim przypadku racjonalnie twierdzić, że zachowanie sprawcy stwarzało chociażby potencjalne niebezpieczeństwo dla dobra prawnego. Należy raczej mówić o wrazeniu niebezpieczeństwa, poczuciu prawdopodobieństwa naruszenia dobra prawnego³¹.

Oprócz (a) przedsięwzięcia przez sprawcę „zamazach” na własne dobro prawne można wskazać następujące przypadki, w których *ex ante* brak zagrożenia dla dobra prawnego nie jest obiektywnie rozpoznawalny, jednakże nie zasługują one na ukaranie, jeżeli przyjąć, że podstawą odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne jest atak na dobro prawne:

(b) sprzedaż biżuterii wykonanej ze szlachetnego metalu po zaniżonej cenie przez sprawcę przekonanego, że jest ona wykonana z materiału udającego metal szlachetny, przy czym w swoim przekonaniu wprowadzającego w błąd swojego kontrahenta co do tej okoliczności;

(c) zniszczenie cudzej rzeczy bez wiedzy, że odpowiada to woli jej właściciela, lub wykonanie zabiegu przez lekarza mylnie sądzącego, że działa bez zgody pacjenta;

(d) współzycie przez sprawcę z kobietą, o której błędnie sądzi, że jest jego córką, ewentualnie współ-

30 Powyższą konsekwencję zdaje się akceptować J. Giezek, który sytuacje nieudolności usiłowania wynikające z zabobonu lub niedostatecznej wiedzy kausalnej uznaje za jedynie część przypadków nieprowadzących do odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne. Zob. J. Giezek, *Formy...*, dz. cyt., s. 50.

31 Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania...*, dz. cyt., s. 41.

życie przez sprawcę z osobą, o której błędnie sądzi, że nie skończyła 15 roku życia³².

Zauważmy, że okoliczności, co do których błędzi sprawca, są istotne dla oceny, czy dojdzie do wyczerpania czynu zabronionego, lecz pozostają obojętne dla sprawcy. Poza przypadkiem określonym w pkt (a) sprawca dokonałby czynu nawet wówczas, gdyby one nie zachodziły, tj. jego świadomość prawidłowo odzwierciedlała rzeczywistość, np. sprawca z pkt (c) podjąłby współzycie z kobietą także wówczas, gdyby wiedział, że nie jest ona jego córką. Sprawca wołałby nawet, aby owe okoliczności nie ziściły się. Formułując myśl bardziej ogólnie, mowa tutaj o przypadkach, w których sprawca jest w stanie zrealizować swój „zamiar” i osiągnąć zamierzony skutek bez wyczerpania znamion czynu zabronionego, a więc i zaatakowania dobra prawnego, a jednie pod wpływem mylnego postrzegania rzeczywistości uroił sobie okoliczności odzwierciedlające znamiona przestępstwa. Łatwo zauważyć, że opisane sytuacje różnią się od klasycznych przypadków usiłowania nieudolnego, w których realizacja zamiaru sprawcy byłaby równoznaczna z wyczerpaniem znamion czynu zabronionego, do czego jednak nie może dojść z przyczyn obiektywnych i od sprawcy niezależnych. Po jednej stronie są przypadki, w których „zamiar” sprawcy może zostać zrealizowany, przy czym jego urzeczywistnienie odbywa się bez uszczerbku w dobrach prawnych. Sprawca jest w stanie wykonać i często wykonuje planowany czyn, który jednak nie jest czynem zabronionym. Po drugiej – przypadki, w których zamiar sprawcy nie może zostać zrealizowany (dokonanie planowanego czynu jest wyłączone), przy czym gdyby sprawca miał możliwość zrealizowania zamiaru, jego czyn wiązałby się z naruszeniem lub zagrożeniem dobra prawnego oraz wyczerpaniem znamion.

Jak więc zmodyfikować kryterium wypracowane przez młodszą teorię obiektywną tak, aby wykluczyć możliwość zaliczenia powyższych sytuacji w poczet przypadków usiłowania nieudolnego zasługującego na ukaranie? Właściwym rozwiązaniem problemu jest odwołanie się do koncepcji reguł postępowania z dobrem prawnym opracowanej w związku z rozwojem nauki prawa karnego o nieumyślności i przypisaniu skutku.

32 Przypadki te rozważa także Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania...*, dz. cyt., s. 202.

2.2. Naruszenie lub bezpośrednie zmierzanie do naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym (społeczna nieadekwatność czynu) jako podstawa bezprawności usiłowania

Ocena prognostyczna dokonywana z perspektywy *ex ante* ma na celu ustalenie, czy określone zachowanie może prowadzić do naruszenia dobra prawnego. W rezultacie wyznacza ona zakres zachowań, które potencjalnie prowadzą do naruszenia dobra prawnego. Aby *ex ante* określić, czy dane zachowanie może być niebezpieczne dla dobra prawnego, trzeba odwołać się do wiedzy kauzalnej, zawierającej informację o jego możliwych następstwach. Wiedza o powiązaniach przyczynowych pozwala formułować dyrektywy techniczne (normy celowościowe) wskazujące, jak uniknąć spowodowania uszczerbku w dobru prawnym albo jak takim uszczerbkowi zapobiec. Jednakże nie każde zachowanie zalecane przez dyrektywę celowościową staje się obowiązkiem prawnym, ponieważ w danej sytuacji faktycznej niebezpieczeństwo wystąpienia skutku stwarzane przez zachowanie odmienne nie jest oceniane jako nadmierne – bądź też takie zachowanie z innego powodu jest oceniane jako społecznie pożyteczne. Na oceny użyteczne nakładają się oceny aksjologiczne. W prawie karnym tak wyselekcjonowane dyrektywy techniczne są znane jako reguły postępowania z dobrem prawnym (reguły ostrożności)³³.

W art. 13 § 1 k.k. ustawodawca zabronił pod rygorem pociągnięcia do odpowiedzialności karnej przejawiania zachowań bezpośrednio zmierzających do dokonania czynu zabronionego. W przypadku przestępstw materialnych ustawodawca stypizował skutek, którego należy uniknąć, zazwyczaj nie precyzując sposobu zachowania się sprawcy. Z tego powodu reguły postępowania z dobrem prawnym wyznaczają zachowanie nakazane lub zakazane przez normę prawną³⁴. Sprzecznosc zachowania z normą prawną nie oznacza jeszcze dokonania czynu zabronionego. Czyn zabroniony będzie dokonany z chwilą nastąpienia skutku. Oznacza to, że w przypadku przestępstw

33 Zob. K. Buchała, *Bezprawność przestępstw nieumyślnych i wyłączające ją dozwolone ryzyko*, Warszawa 1971, s. 121–122, a także M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność...*, dz. cyt., s. 31, 51, 54–55.

34 M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność...*, dz. cyt., s. 51–52.

materialnych usiłowanie przestępstwa może polegać bądź na bezpośrednim zmierzaniu do naruszenia reguły postępowania dookreślającej treść normy sankcjonowanej leżącej u podstaw przestępstwa dokonanego (np. wycelowaniu pistoletu w kierunku innej osoby), bądź na naruszeniu samej reguły postępowania (np. oddaniu strzału z pistoletu w kierunku innej osoby), o ile oczywiście skutek nie nastąpi. W przypadku przestępstw formalnych dokonanie następuje z chwilą wyczerpania znamienia czasownikowego. W takim

Takie postąpienie nie sprzeciwia się motywacyjnej funkcji normy prawnej, ponieważ przekroczenie reguł postępowania z dobrem prawnym jest kluczowym, lecz nie jedynym warunkiem, jaki musi się ziszczyć, by stwierdzić sprzeczność z prawem określonego zachowania. Innym fundamentalnym warunkiem bezprawności jest obiektywna rozpoznawalność postępowania nakazanego lub zakazanego w danych konkretnych okolicznościach. Tak więc społeczna nieadekwatność zachowania prowadzi do jego bezprawności tylko



Treść reguł postępowania z dobrem prawnym określa się na chwilę popełnienia czynu, jednak sąd ich naruszenie przez czyn określonej osoby ocenia *ex post*, podczas prawnokarnego wartościowania danego zachowania.

wypadku reguła postępowania z dobrem prawnym egzemplifikuje w konkretnych okolicznościach treść zakazu lub nakazu wysłowionego przez znamię czasownikowe, stąd jej przekroczenie zazwyczaj będzie oznaczało dokonanie przestępstwa³⁵. Zasadniczo w przypadku przestępstw formalnych usiłowanie może polegać na bezpośrednim zmierzaniu do naruszenia takiej reguły postępowania.

Treść reguł postępowania z dobrem prawnym określa się na chwilę popełnienia czynu (a więc *ex ante*), zasadniczo przy uwzględnieniu wiedzy dostępnej sprawcy w tym momencie, jednakże sąd o ich przekroczeniu przez czyn określonej osoby formułuje się *ex post*, podczas prawnokarnego wartościowania danego zachowania, co pozwala uwzględnić także okoliczności istniejące już w chwili czynu, lecz wówczas nierozpoznawalne, o ile oczywiście nie sprzeciwiałyby się to podstawowemu celowi tej figury prawnej, tj. rozgraniczeniu zachowań społecznie adekwatnych od zachowań ocenianych negatywnie i nieakceptowalnych.

wówczas, gdy była ona *ex ante* obiektywnie rozpoznawalna. Nie zachodzi natomiast relacja odwrotna: wadliwe przyjęcie przez sprawcę, iż dopuszcza się naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym, nie oznacza naruszenia normy prawnej nawet wówczas, gdy błąd był obiektywnie nie do uniknięcia, bowiem reguły postępowania z dobrem prawnym mają charakter obiektywny³⁶, a w konsekwencji urojenie ich przekroczenia nie prowadzi do społecznej nieadekwatności zachowania.

W rezultacie kryterium społecznej nieadekwatności zachowania (jego sprzeczności z regułami postępowania z dobrem prawnym) modyfikuje krąg relewantnych prawnie czynów w porównaniu do kryterium oceny ich niebezpieczeństwa z perspektywy *ex ante*. Wynika to z uwzględnienia w procesie oceny legalności czynu niektórych okoliczności obiektywnie nierozpoznawalnych w chwili popełnienia czynu, a także pominięcia niektórych okoliczności obiektywnie rozpoznawalnych i wskazujących na ryzyko dla dobra prawnego, które

35 Tamże, s. 187.

36 Tamże, s. 191.

jednak nie przekracza poziomu społecznie akceptowalnego. Stąd nie wszystkie zachowania, które ocenione z perspektywy *ex ante* stwarzały niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, można równocześnie uznać za społecznie nieadekwatne i zabronione. W moim przekonaniu wskazane powyżej szczególne przypadki usiłowania nieudolnego zaliczają się do wymienionych wyżej kategorii zachowań z następujących powodów.

(b) Reguły postępowania z dobrem prawnym mają na celu jego ochronę. Dlatego nie zakazują one podejmowania zachowań dla tych dóbr korzystnych, nawet jeżeli *ex ante* wiążą się dla nich z pewnym niebezpieczeństwem. Na przykład zabieg lekarski, mimo związanego z nim ryzyka, obiektywnie zmierza do ochrony zdrowia ludzkiego. W rezultacie nie mamy tutaj do czynienia z atakiem na dobro prawne³⁷. Tym bardziej za zamach na dobro prawne nie może uchodzić czyn, który jest dla dobra korzystny i bezpieczny. Słusznie więc Andrejew wskazał, że lekarz, który w nadziei przedłużenia choroby stosuje w swoim mniemaniu niewłaściwe leczenie, nie odpowiada za usiłowanie nieudolne, jeżeli chory wskutek leczenia ozdrowieje. Mimo nagannego zamiaru zachowanie takiego lekarza było społecznie użyteczne³⁸. Stąd także zachowanie, które z obiektywnego punktu widzenia pomnaża majątek innej osoby, nie jest społecznie nieadekwatne, nawet pomimo nagannego zamiaru sprawcy dążącego do spowodowania szkody w tym majątku. (a) W przypadku „kradzieży” własnej rzeczy lub jej zniszczenia sprawca korzysta z przysługującego mu prawa podmiotowego. Również w takiej sytuacji nie mamy do czynienia z atakiem na dobro prawne (własność), lecz z korzystaniem z dobra przez jego dysponenta. Zachowanie, które z przedmiotowego punktu widzenia polega na wykonywaniu prawa podmiotowego, nie może zostać uznane za bezprawne, tym bardziej nie może stanowić podstawy odpowiedzialności karnej. Odmienne prezentuje się sytuacja, gdy sprawca atakuje własne dobra prawne, którymi jednak nie może swobodnie dysponować (np. życie, zdrowie). W takim wypadku można sensownie mówić o spowodowaniu uszczerbku w dobru prawnym, jednakże we współczesnych systemach prawa karnego nie formułuje się

reguł postępowania z dobrami prawnymi, które byłyby adresowane do ich dysponentów³⁹. Z tego powodu zamach skierowany przez sprawcę na własne dobro prawne nie może zostać zakwalifikowany jako zmierzający do przekroczenia takich reguł. (c) Również ingerencja w dobro prawne innej osoby za jej zgodą nie stanowi ataku na to dobro, o ile zgoda jest prawnie relewantna. Nieświadomość wyrażenia zgody nie zmienia faktu, że w takim wypadku mamy do czynienia z wykonywaniem prawa podmiotowego przez dysponenta dobra prawnego, tyle tylko, że dysponent dobra korzysta przy tej czynności z „pomocy” innej osoby (sprawcy)⁴⁰.

Najwięcej trudności sprawia wyjaśnienie przypadków opisanych w pkt (d): dlaczego mężczyzna, który współżył z kobietą, mylnie przypuszczając, że jest jego córką, ma uniknąć odpowiedzialności? Otóż wydaje się, że w przypadku niektórych dóbr prawnych reguły postępowania nie wymagają zachowania ostrożności. W przypadku takich dóbr społecznie nieadekwatne byłoby jedynie takie zachowanie, które w danych konkretnych okolicznościach z pewnością prowadziłoby do naruszenia dobra prawnego. Podstawowa różnica z regułami postępowania nakazującymi zachować ostrożność polegałaby na tym, że te ostatnie czyniłyby społecznie nieadekwatnymi także zachowania, które potencjalnie mogły spowodować naruszenie dobra prawnego. W tym miejscu pojawia się oczywiście pytanie o kryterium pozwalające odróżnić kategorię dóbr prawnych, w stosunku do których reguły postępowania zakazują podejmowania chociażby potencjalnie niebezpiecznych zachowań, od kategorii dóbr, w stosunku do których reguły postępowania nie nakazują zachowania ostrożności. Moim zdaniem można wymienić dwie wskazówki: stypizowanie przypadków nieumyślnego naruszenia dobra prawnego oraz określenie w prawie karnym typów abstrakcyjnego narażenia danego dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Aktualizacja chociażby jednej z nich w przypadku danego dobra prawnego prowadziłaby do wniosku, że ustawodawca wymaga od osoby wchodzącej w kontakt z tym dobrem prawnym zachowania ostrożności. Pomocna mogłaby być także

37 Tamże, s. 63.

38 I. Andrejew, *Ustawowe...*, dz. cyt., s. 188–189.

39 Zob. M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność...*, dz. cyt., s. 58.

40 Tamże, s. 57–58.

analiza przepisów z innych dziedzin prawa niż prawo karne i ustalenie stopnia intensywności ochrony danego dobra prawnego przez regulację pozakarną.

Wracając do występkę z art. 201 k.k., należy zauważyć, że ma on charakter umyślny, a ustawodawca nie przewidział jego nieumyślnej odmiany. Nie specjalizował także zachowań, które stwarzałyby tylko abstrakcyjne ryzyko urzeczywistnienia znamion tego występkę. Oznacza to, że ustawodawca nie wymaga od mężczyzny podejmującego współżycie z kobietą zachowania ostrożności i weryfikowania, czy nie jest ona przypadkiem jego bliską krewną. Tym samym godzi się z zachowaniami wiążącymi się jedynie z potencjalną możliwością realizacji znamion tego występkę. Sprzeczne z normą prawną jest wyłącznie zachowanie,

którym układzie faktycznym⁴¹. Występuje tutaj dość istotna różnica w stosunku do dokonywania prognozy niebezpieczeństwa zachowania z perspektywy *ex ante*, która opiera się na uogólnieniach i daleko posuniętych generalizacjach, przy czym zasadniczo uwzględnia jedynie gatunkowe właściwości nośników dóbr prawnych. Dlatego pisze się niekiedy, że nie mamy tutaj do czynienia z narażeniem na niebezpieczeństwo skonkretyzowanych nośników dóbr prawnych, lecz z narażeniem określonej wartości rozumianej abstrakcyjnie⁴². W przypadku reguł ostrożności badamy nieadekwatność zachowania ze względu na jego stosunek do konkretnych nośników dóbr prawnych, co wymaga uwzględnienia przy wydawaniu oceny indywidualnych cech tych przedmiotów, na które



O naruszeniu reguł postępowania z dobrem prawnym można mówić wyłącznie w odniesieniu do zindywidualizowanego nośnika dobra prawnego w konkretnym układzie faktycznym.

które w danych konkretnych warunkach prowadzi do wyczerpania znamion czynu zabronionego z art. 201 k.k. Konsekwentnie podjęcie współżycia z inną osobą przy błędnym przekonaniu, że jest to osoba bliska, nie jest społecznie nieadekwatne i nie może rodzić odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne, nawet wówczas gdy błąd sprawy był obiektywnie nierozpoznawalny.

2.3. Niektóre zagadnienia wiążące się z przyjęciem społecznej nieadekwatności czynu jako podstawy bezprawności usiłowania

a) Oceny społecznej adekwatności czynu w odniesieniu do zindywidualizowanego nośnika dobra prawnego w konkretnym układzie faktycznym

O naruszeniu reguł postępowania z dobrem prawnym można mówić wyłącznie w odniesieniu do zindywidualizowanego nośnika dobra prawnego w kon-

kretnym układzie faktycznym, jak również konkretnych okoliczności faktycznych czynu. Wszakże nie wszystkich, ale tylko tych, które mają znaczenie dla określenia społecznej adekwatności zachowania, a trzeba pamiętać, że społecznie nieadekwatne mogą być już zachowania jedynie potencjalnie niebezpieczne.

Ta ostatnia właściwość reguł postępowania z dobrem prawnym umożliwia sensowne mówienie o ich naruszeniu w odniesieniu do nośnika dobra prawnego, którego istnienie sprawca sobie uroił, o ile błąd sprawy z perspektywy *ex ante* nie był obiektywnie rozpoznawalny⁴³. Za przykład może posłużyć oddanie

41 Zob. A. Barczak-Oplustil, *Przegląd orzecznictwa SN i sądów apelacyjnych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2004, nr 2, s. 205.

42 Zob. R. Dębski, *Karalność...*, dz. cyt., s. 114.

43 M. Bielski (*Obiektywna przypisywalność...*, dz. cyt., s. 224–225) uważa, że podjęte zachowanie może zostać uznane za

strzału do osoby leżącej w łóżku, która przed oddaniem strzału zmarła, jeżeli nie wykazywała ona oznak śmierci, które rozpoznałby obiektywny obserwator zdarzenia. W takiej sytuacji osoba, do której oddano strzał, mogła wciąż żyć, przy czym prawdopodobieństwo, iż mamy do czynienia z żywą osobą, było duże. Stąd zachowanie sprawcy wobec owej osoby było nieadekwatne społecznie, mimo iż zindywidualizowane dobro prawne już uprzednio wygasło.

b) Tożsama treść reguł postępowania z dobrem prawnym w przypadku usiłowania udolnego i nieudolnego

W literaturze można spotkać się z zapatrywaniem, że podłożem usiłowania nieudolnego, w przeciwieństwie do usiłowania udolnego, jest wadliwe rozpoznanie przez sprawcę elementów rzeczywistości w zakresie wyznaczonym przez znamiona czynu zabronionego⁴⁴. Dlatego w przypadku usiłowania nieudolnego sprawca narusza inną regułę postępowania z dobrem prawnym niż sprawca usiłowania udolnego, mianowicie taką, która aktualizuje się w razie urojenia sobie przez

sprzeczne z regułą postępowania odniesioną do nośnika dobra prawnego, który w chwili czynu nie istnieje. Wystarczy, że będzie on istnieć w chwili wystąpienia skutku. Warunkiem jest, aby wystąpienie takiego nośnika w przyszłości było obiektywnie rozpoznawalne. Tak również A. Barczak-Oplustil, *Kilka uwag na temat konieczności istnienia przedmiotu czynności wykonawczej w czasie czynu* (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.) *Państwo prawa...*, dz. cyt., s. 496–499. Tak więc wystąpienie w chwili czynu skonkretyzowanego nośnika dobra prawnego nie jest warunkiem uznania zachowania za społecznie nieadekwatne w odniesieniu do tego nośnika. Co oczywiste, jeżeli po zakończeniu czynu z jakichś powodów określony nośnik dobra prawnego jednak nie wystąpi, zachowanie sprawcy nie może stracić powyższej kwalifikacji ze skutkiem wstecznym. Jeżeli sprawca działał z zamiarem zniszczenia takiego nośnika dobra prawnego, poniesie on odpowiedzialność za usiłowanie (udolne bądź nieudolne, w zależności od powodów, dla których nośnik dobra prawnego nie wystąpił). Konsekwentnie należy twierdzić, że zachowanie sprawcy jest społecznie nieadekwatne, jeżeli naruszył on regułę postępowania z nośnikiem dobra prawnego, którego istnienie w chwili czynu sobie uroił, o ile jego błąd był obiektywnie nierozpoznawalny.

44 J. Majewski, *O różnicy...*, dz. cyt., s. 31.

sprawcę przedmiotu, na którym można popełnić czyn zabroniony, lub środka zdadnego do jego popełnienia⁴⁵. Istotę problemu można wyjaśnić na przykładzie osoby naciskającej spust rewolweru wymierzonego w inną osobę, w którym jednak brak jest naboju. Niewątpliwie osoba, która wie o tym fakcie, nie dopuszcza się naruszenia reguły postępowania z życiem ludzkim. Twierdzi się natomiast, że osoba, która sobie tego faktu nie uświadamia, postępuje w sposób społecznie nieadekwatny. Stąd sprawca usiłowania nieudolnego narusza inną regułę postępowania z dobrem prawnym niż ta, której naruszenia dopuszcza się sprawca przestępstwa dokonanego lub usiłowania udolnego.

Zaistniałe zagadnienie należy rozwiązać odmiennie. Otóż wydaje się, że nieadekwatność zachowania w powyższym przykładzie wynika z braku weryfikacji faktu, czy pistolet jest nabit. Sprawca przed wycelowaniem pistoletu w inną osobę i naciśnięciem spustu powinien upewnić się, że bębenek rewolweru jest pusty, przy czym samo przekonanie sprawcy, że jest on pusty, nie czyni owego zachowania prawidłowym, o ile nie miało ono racjonalnych podstaw. Gdyby jednak pistolet był uzbrojony, taka osoba odpowiadałaby przecież za nieumyślne spowodowanie śmierci. Co paradoksalne, naganność zachowania sprawcy usiłowania nieudolnego i przestępstwa nieumyślnego wynika z tej samej okoliczności, tj. dopuszczenia się zachowania potencjalnie niebezpiecznego bez wymaganej weryfikacji stanu wiedzy sprawcy co do występowania w danej konkretnej sytuacji okoliczności wyłączających ryzyko naruszenia dobra prawnego lub obniżających je w stopniu wystarczającym do uznania zachowania za społecznie akceptowalne. Brak weryfikacji stanu wiedzy w pierwszym wypadku prowadzi do braku nastąpienia pożądanego przez sprawcę rozwoju wydarzeń, w drugim wypadku – do nastąpienia niepożądanego przez sprawcę rozwoju wydarzeń, niemniej naganność zachowania wynika z naruszenia tej samej reguły postępowania z dobrem prawnym. Takie zapatrywanie można zarzucić, iż nie sposób od osoby dążącej do naruszenia dobra prawnego sensownie oczekiwać, by powzięła środki ostrożności w kontakcie z tym dobrem prawnym. Jest

45 Zob. M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność...*, dz. cyt., s. 410–411.

to jednak uwaga, którą dałoby się podnieść odnośnie do każdego przestępstwa umyślnego, które polega przecież na świadomym korzystaniu z nieostrożnych metod działania. Należy więc pamiętać, że system prawa karnego nie nakłada obowiązku zachowania ostrożności, a jedynie zakazuje zachowań nieostrożnych⁴⁶. A z takim zachowaniem niewątpliwie mamy do czynienia w przypadku osoby, która naciska na spust pistoletu skierowanego w innego człowieka bez uprzedniego upewnienia się, że w magazynku nie ma naboju lub iż broń jest w inny sposób zabezpieczona przed oddaniem strzału.

c) Rola zamiaru w koncepcji przyjmującej społeczną nieadekwatność czynu jako podstawę bezprawności usiłowania

Współczesne teorie obiektywne uzasadniają karalność usiłowania w oparciu o dwa elementy: subiektywny (naganny zamiar) i obiektywny (niebezpieczeństwo dla dobra prawnego)⁴⁷. Trzeba więc zadać pytanie, czy i ewentualnie jaką rolę może pełnić zamiar w uzasadnieniu bezprawności usiłowania w koncepcji dopatrującej się naganności tej formy popełnienia przestępstwa w społecznej nieadekwatności czynu.

W zaproponowanej w niniejszym opracowaniu koncepcji można mówić o bezprawnym usiłowaniu, gdy sprawca albo naruszył regułę postępowania z dobrem prawnym, albo bezpośrednio zmierza do jej naruszenia. Zachowanie naruszające reguły postępowania z dobrem prawnym jest niewątpliwie społecznie nieadekwatne i naganne. A jaki efekt da zastosowanie kryterium społecznej nieadekwatności do zachowania bezpośrednio zmierzającego do naruszenia reguły postępowania z dobrem prawnym? Włodzimierz Wróbel wyjaśnił, że nieadekwatność takiego zachowania wynika z sensu społecznego, jaki wiąże się z taką czynnością, a mianowicie może ona służyć przedsięwzięciu czynności bezpośrednio skierowanej ku naruszeniu dobra prawnego. Na przykład dokument fałszuje się po to, aby następnie posłużyć się nim w obrocie prawnym. Ryzyko takiego rozwoju wypadków może w określonych okolicznościach nie

mieścić się w granicach społecznej tolerancji⁴⁸. Sytuacja nie przedstawia się jednak tak prosto. Wskazany przez krakowskiego uczonego przykład trafia do przekonania, ponieważ trudno wyobrazić sobie legalny sposób skorzystania ze sfałszowanego dokumentu. Z wielkim prawdopodobieństwem będzie on służył przestępczej działalności. Problem w tym, że inne zachowania mogące zostać zakwalifikowane jako bezpośrednie zmierzanie do dokonania czynu zabronionego, stwarzają niekiedy warunki do podjęcia także legalnej czynności. Na przykład uzbrojony człowiek zbliżający się do innej osoby z odbezpieczonym pistoletem może to czynić w celu jej zabicia, ale także w celu zapewnienia jej ochrony.

Zachowanie uzbrojonej osoby zbliżającej się do innego człowieka zostanie zakwalifikowane jako społecznie nieadekwatne ze względu na ryzyko, jakie stwarza w związku z motywacją tej osoby. To właśnie determinacja sprawcy w dążeniu do realizacji naganego celu sprawia, że czynności stwarzające warunki umożliwiające natychmiastowe przejście do realizacji znamion przestępstwa stają się nieakceptowalne społecznie. W odbiorze społecznym takie zachowania niekoniecznie zostałyby ocenione jako nieadekwatne, mimo wiążącego się z nimi ryzyka przejścia do zachowania naruszającego regułę postępowania z dobrem prawnym, gdyby sprawca działał z inną motywacją. Negatywne usposobienie sprawcy do określonego nośnika dobra prawnego stanowi jedno ze źródeł niebezpieczeństwa jego zachowania. Zamiar ulega tutaj pewnemu uprzedmiotowieniu: w świetle zobiektywizowanych generalizacji dotyczących życia społecznego jego wystąpienie znacząco podnosi ryzyko wiążące się z określonymi typami zachowań i czyni je społecznie nieadekwatnymi.

Kontynuując ten wątek, należy wskazać, że naganny zamiar przy usiłowaniu pełni bardziej złożoną rolę niż przy dokonaniu przestępstwa. W razie dokonania przestępstwa nie interesuje nas zasadniczo fakt, iż zamiar sprawcy był czynnikiem prowadzącym do wyczerpania znamion. Interesuje nas rezultat działania sprawcy oraz psychiczna relacja sprawcy wobec tego rezultatu. Istotne jest więc to, iż sprawca był pozytywnie usposobiony do faktu wyczerpania przedmiotowych zna-

46 Zob. W. Wróbel, *Znamiona normy sankcjonowanej i sankcjonującej w przepisie prawa karnego*, niepubl, pkt 5.3.3.

47 Zob. D. Gruszecka, *Ochrona dobra...*, dz. cyt., s. 300–302.

48 Zob. W. Wróbel, *Znamiona normy...*, dz. cyt., pkt 5.2.4.

mion przestępstwa. Stąd, ze względów aksjologicznych, przyjmujemy zwiększoną karygodność takiego zachowania. Natomiast w przypadku usiłowania zamiar dokonania czynu zabronionego pełni podwójną rolę. Z jednej strony obrazuje on niewłaściwe usposobienie sprawcy do możliwości naruszenia przez niego dobra prawnego, do czego wszakże nie dochodzi. Z drugiej strony stanowi motor napędowy działania sprawcy i tym samym obiektywny czynnik zwiększający ryzyko dla dobra prawnego wynikające z zachowania sprawcy, tj. ze stworzenia warunków umożliwiających natychmiastowe naruszenie reguły postępowania z dobrem. W konsekwencji należy stwierdzić, że w koncepcji upatrującej podstawy bezprawności usi-

osób spełniających określone właściwości. W rezultacie obowiązek dostosowania zachowania do reguł postępowania z dobrem prawnym dookreślających treść takiej normy spoczywa wyłączenia na osobach spełniających te właściwości; tylko takie osoby mogą te reguły naruszyć lub zmierzać do ich naruszenia⁴⁹. Osoba, która nie charakteryzuje się wymaganymi właściwościami, nie jest adresatem normy prawnej, nie jest więc zdolna do naruszenia reguł postępowania dookreślających treść tej normy, a w rezultacie nie jest także możliwe bezpośrednie zmierzanie przez taką osobę do ich naruszenia. Jeżeli *extraneus* błędnie przyjmie, że posiada wymagane ustawą właściwości, może jedynie sobie uroić naruszenie reguły postępo-



W przypadku usiłowania zamiar dokonania czynu zabronionego pełni podwójną rolę. Stanowi motor napędowy działania sprawcy i tym samym obiektywny czynnik zwiększający ryzyko dla dobra prawnego wynikające z zachowania sprawcy.

łowania w społecznej nieadekwatności czynu zamiar jest jedną z okoliczności uzasadniających bezprawie tej formy popełnienia przestępstwa, jednakże nie ma on samodzielnego charakteru. Stanowi jedynie faktor, który z obiektywnego punktu widzenia zwiększa stopień niebezpieczeństwa wynikający z zachowania sprawcy, i tym samym prowadzi do przyjęcia jego społecznej nieadekwatności.

d) Społeczna nieadekwatność czynu jako podstawa bezprawności usiłowania a błąd co do podmiotu czynu zabronionego

Zaproponowana koncepcja bezprawności usiłowania wyjaśnia także brak karalności przypadków, w których sprawca uroił sobie, że jest podmiotem zdolnym do popełnienia przestępstwa indywidualnego. W przypadku takich przestępstw norma prawna nakłada obowiązek pewnego zachowania na kategorię

wania z dobrem prawnym. Z przedmiotowego punktu widzenia jego zachowanie jest jednak społecznie adekwatne i zgodne z prawem. W płaszczyźnie normatywnej sytuacja *extraneusa* jest więc tożsama z sytuacją osoby, która dopuściła się przestępstwa urojonego (zachowanie ocenione przedmiotowo nie narusza i nie zmierza do naruszenia reguły postępowania, a więc jest zgodne z prawem; bezprawność jest wyłącznie urojona) i istotnie różni się od sprawcy karalnego usiłowania nieudolnego (zachowanie z punktu widzenia przedmiotowego albo zmierza do naruszenia reguły

⁴⁹ Tę właściwość usiłowania nieudolnego ze względu na błąd co do podmiotu dostrzega także niemiecka nauka prawa karnego. Część jej przedstawicieli wręcz twierdzi, iż w przypadku urojenia okoliczności charakteryzujących podmiot przestępstwa mamy do czynienia z przestępstwem urojonym. Zob. C. Roxin, *Strafrecht...*, dz. cyt., s. 449.

postępowania, albo już tę regułę narusza, a więc jest bezprawne; błąd sprawcy dotyczy jedynie możliwości dokonania czynu zabronionego). Dlatego błędy leżące u podstaw powyższych sytuacji, mimo swojego niejednorodnego charakteru, nie powinny prowadzić do zróżnicowanych konsekwencji prawnych.

3. Zasadność koncepcji upatrującej podstawy bezprawności usiłowania w społecznej nieadekwatności czynu w perspektywie polskiej regulacji prawnej

Trzeba sobie oczywiście zadać pytanie, czy powyższe wywody mają walor wyłącznie teoretyczny, czy też znajdują oparcie w obowiązującej regulacji prawnej. Moim zdaniem można wskazać argumenty konstytucyjne i dogmatyczne przemawiające za przyjęciem obiektywizującego podejścia do odpowiedzialności za usiłowanie czyniące podstawą bezprawności usiłowania albo naruszenie reguły postępowania z dobrem prawnym, albo bezpośrednie zmierzanie do naruszenia takiej reguły.

3.1. Argument konstytucyjny

Artykuł 31 ust. 3 konstytucji przewiduje między innymi, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Kara może zostać wymierzona jedynie za zachowanie bezprawne, naruszające zakaz karny, zaś norma wyrażająca zakaz karny ingeruje w wolność człowieka. W rezultacie jej obowiązywanie musi znaleźć uzasadnienie w świetle wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 konstytucji, tj. zachowanie sprzeczne z zakazem musi atakować wymienione w tym przepisie dobra indywidualne lub zbiorowe. Słusznie z art. 31 ust. 3 konstytucji wywodzi się obowiązywanie w płaszczyźnie konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine periculo sociali*⁵⁰. Subiektywne koncepcje usiłowania nie są kompatybilne z powyższą regułą, ponieważ postulują uznanie za bezprawne zachowania nie z powodu jego

niewłaściwej relacji do jednej z wartości określonych w art. 31 ust. 3 konstytucji, lecz z powodu wadliwej treści zamiaru sprawcy. W konsekwencji w niektórych sytuacjach za zakazane zostałyby uznane zachowanie, które nie jest szkodliwe. Również samo niebezpieczeństwo określonej osoby nie uzasadnia jeszcze szkodliwości przejawianego przez nią zachowania, za które ma być wymierzona kara. W świetle art. 31 ust. 3 konstytucji w takim przypadku mogłoby zostać uznane za uzasadnione zastosowanie środków ochrony społecznej o charakterze prewencyjnym, np. detencji do czasu ustania niebezpieczeństwa. Środki tego typu stanowią reakcję na niebezpieczeństwo, którego źródłem jest określona osoba, a nie na jej bezprawne zachowanie, nie wymagają więc stwierdzenia naruszenia przez nią normy prawnej, co jest warunkiem *sine qua non* pociągnięcia do odpowiedzialności karnej, przy czym całkowicie odmienne są przesłanki i reguły stosowania środków represyjnych oraz środków o charakterze prewencyjnym. Stosowanie tych drugich, ze względu na brak winy (zarzucalnej naganności zachowania), musi być ostatecznością znajdującą uzasadnienie w naglącej potrzebie ochrony tylko najistotniejszych dóbr prawnych.

3.2. Argumenty dogmatyczne

Przechodząc do argumentów o naturze dogmatycznej, należy w pierw ustalić relację między jednostkami redakcyjnymi art. 13 k.k. Dość rozpowszechnione jest stanowisko, że usiłowanie nieudolne jest odmianą usiłowania i musi spełniać wszystkie znamiona określone w art. 13 § 1 k.k.⁵¹ W takim ujęciu art. 13 § 2 k.k. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 13 § 1⁵². W literaturze występuje także pogląd odmienny, wedle którego regulacja dotycząca usiłowania udolnego (art. 13 § 1 k.k.) nie ma wprost zastosowania do usiłowania nieudolnego⁵³. Usiłowanie nieudolne stanowi „samoistną postać zjawiskową przestępstwa zachodzącą wtedy, gdy niemożliwe jest zaistnienie innej postaci z powodu braku znamienia istoty czynu, co do które-

50 Zob. szerzej A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, dz. cyt., s. 11–14, 18; E. Plebanek, *Materialne...*, dz. cyt., s. 106–109, 262.

51 Tak m.in. K. Buchała, *Prawo...*, dz. cyt., s. 370–371; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, dz. cyt., s. 235.

52 J. Raglewski, *Usiłowanie...*, dz. cyt., s. 46.

53 Zob. S. Słiwiński, *Polskie...*, dz. cyt., s. 317; R. Zawłocki, *Komentarz do art. 13 k.k.*, dz. cyt., s. 613–614.

go sprawca jest w błędzie”⁵⁴. Przystając do tego nurtu nauki, Jarosław Majewski argumentuje, że w art. 13 § 2 k.k. posłużono się słowem „także”, co ma wskazywać, że zachowania opisane w tej jednostce redakcyjnej nie są objęte znamionami określonymi w art. 13 § 1 k.k., a nadto, iż pogląd konkurencyjny prowadzi do odpowiedzialności w przypadku błędu co do znamienia podmiotu czynu zabronionego i znamienia modalnych na zasadach przewidzianych dla usiłowania udolnego. Co więcej, skoro dokonanie czynu zabronionego ma być niemożliwe, to niepodobna przyjąć, że sprawca bezpośrednio zmierza do jego dokonania. Stąd należy twierdzić, że art. 13 § 2 k.k. rozszerza formułę karalnego usiłowania, wprowadzając odmienną niż przewidziana w art. 13 § 1 k.k. formę popełnienia przestępstwa, do której znamion nie zalicza się bezpośredniego zmierzania do jego dokonania, a jedynie zamiar dokonania czynu zabronionego, zachowanie polegające na uzewnętrznieniu takiego zamiaru oraz brak możliwości dokonania czynu zabronionego z powodów określonych w tej jednostce redakcyjnej. W tej perspektywie usiłowanie nieudolne nie jest odmianą usiłowania, o którym mowa w art. 13 § 1⁵⁵.

Zgadzam się, że art. 13 § 2 k.k. nie stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 13 § 1 k.k. Nie podzielam jednak poglądów wyrażonych przez Majewskiego, w szczególności w zakresie, w jakim zmierzają do wykazania, że znamiona określone w art. 13 § 1 k.k. nie stanowią znamion usiłowania nieudolnego. W świetle argumentacji przedstawionej przez wspomnianego uczonego za zupełnie arbitralny należy uznać pogląd, że na znamiona usiłowania nieudolnego składają się zamiar dokonania czynu zabronionego oraz jego uzewnętrznienie. W kwestii zamiaru należy wskazać, że w art. 13 § 2 k.k. mowa jedynie o błędzie sprawcy co do zdatości środka lub przedmiotu, z czego można wnioskować, że sprawca usiłowania nieudolnego działa ze świadomością, iż istnieje przedmiot, na którym można popełnić czyn zabroniony, lub że użyty przez niego środek jest zdalny do popełnienia czynu zabronionego. Z omawianego przepisu nie wynika konieczność posiadania przez sprawcę świadomości zachodzenia

pozostałych znamion czynu zabronionego. Nawet jeżeli w jakiś sposób uzasadnimy obowiązywanie takiego wymogu, sprawca może działać ze świadomością możliwości zachodzenia wszystkich lub części znamion czynu zabronionego, co oznacza, że może działać bez zamiaru (świadoma nieumyślność). Brak jest jakichkolwiek ustawowych podstaw do przyjęcia wymogu, aby sprawca swoim zachowaniem uzewnętrzniał zamiar, a co więcej – tak określone, niepisane znamię usiłowania nieudolnego znacząco w stosunku do usiłowania udolnego przesuwają granicę karalności na przedpolu naruszenia dobra prawnego, bowiem obejmuje ono także czynności przygotowawcze.

Należy zauważyć, że ustawodawca posługuje się jedynie terminem „usiłowanie”, przy czym także na określenie zachowania opisanego w art. 13 § 2 k.k. Co więcej, tylko w art. 13 § 1 k.k. przewiduje odpowiedzialność karną za tę formę popełnienia przestępstwa. W art. 13 § 2 k.k. mowa jedynie o elementach charakteryzujących usiłowanie nieudolne, bez naku pociągnięcia jego sprawcy do odpowiedzialności karnej. Jeżeli art. 13 § 1 k.k. nie miałyby zastosowania do usiłowania nieudolnego, o jego karalności można byłoby wnioskować jedynie z art. 14 § 2 k.k., przewidującego w takim wypadku możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary. *Notabene* ustawowe zagrożenie za usiłowanie w jego obu odmianach zostało jednolicie określone w art. 14 § 1 k.k.

Artykuł 13 § 1 k.k. stanowi przepis zrębowy służący odtworzeniu normy sankcjonującej, nakazującej sądowi pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osoby, która popełniła przestępstwo w stadium usiłowania. Jednocześnie przepis ten zawiera kontekstową definicję tego terminu, która jednak jest niepełna i musi zostać uzupełniona o elementy wynikające z art. 13 § 2 k.k.⁵⁶ Należy podkreślić, że przepis ten stanowi, że „usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe”, przy czym chodzi niewątpliwie o usiłowanie, o którym mowa w art. 13 § 1 k.k. Wskazuje na to także art. 14 § 1 k.k. Natomiast słowo „także” sugeruje, że art. 13 § 2 k.k. określa przypadki usiłowania nieobjęte formułą określona w art. 13 § 1 k.k., z czego należy

54 A. Marek, *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa*, „Ruch

Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1968, nr 1, s. 100.

55 J. Majewski, *O różnicy...*, s. 27–30.

56 Tak też, jak się zdaje, Ł. Pasternak, *Usiłowanie...*, dz. cyt., s. 95.

wnioskować, że w przypadku zachowania, o którym mowa w tej ostatniej jednostce redakcyjnej, dokonanie czynu zabronionego jest możliwe⁵⁷. Wynika to stąd, iż sprawca z art. 13 § 1 k.k. nie znajduje się w błędzie co do braku możliwości dokonania. W innym przypadku nie byłoby konieczne wskazywanie przez ustawodawcę, że także w takiej sytuacji zachodzi usiłowanie. Można rozważyć dwie sytuacje, w których sprawca nie znajduje się w błędzie co do braku możliwości dokonania. Pierwsza, w której dokonanie jest niemożliwe i sprawca o tej sytuacji wie. W takiej jednak sytuacji zachowanie sprawcy nie może zostać uznane za bezpośrednie zmierzanie do dokonania czynu zabronionego w zamiarze jego popełnienia. Sprawca mógłby jedynie świadomie pozorować bezpośrednio zmierzanie do dokonania czynu zabronionego. Dlatego należy taką ewentualność odrzucić. Druga sytuacja ma miejsce wówczas, gdy dokonanie jest możliwe i sprawca co do tej okoliczności nie błędzi. W rezultacie do znamion usiłowania należy zaliczyć możliwość dokonania czynu zabronionego. Jest to znamie niepisane, jakkolwiek mające normatywne zakotwiczenie w art. 13 § 2 k.k., z którego wniosujemy o jego ustanowieniu przez ustawodawcę. Nadto ze względu na treść art. 13 § 2 k.k. należy przyjąć, że zostało ono określone alternatywnie: z art. 13 § 1 i 2 k.k. można zrekonstruować pełny zakres znamion usiłowania, na który składają się: zamiar dokonania czynu zabronionego, bezpośrednie zmierzanie do jego dokonania, brak dokonania czynu zabronionego oraz możliwość dokonania czynu zabronionego albo brak takiej możliwości, ale jedynie wówczas, gdy wynika z błędu sprawcy co do środka lub przedmiotu. Należy podkreślić, że oba przepisy wspólnie konstruują instytucję usiłowania, przy czym art. 13 § 2 precyzuje i uzupełnia pod względem semantycznym treść normy sankcjonującej zrekonstruowanej z art. 13 § 1 k.k. Ustawowe zagrożenie za tę formę popełnienia przestępstwa przewidziano w art. 14 § 1 k.k. Mamy tutaj do czynienia z jedną normą sankcjonującą i jednym typem czynu zabronionego (co oczywiście, w odniesieniu do tego samego typu rodzajowego przestępstwa)⁵⁸.

57 Zob. J. Raglewski, *Usiłowanie...*, dz. cyt., s. 45.

58 Pełny zakres znamion usiłowania podlega odtworzeniu w oparciu o co najmniej dwa przepisy: art. 13 k.k. i przepis

Doktrynalnie można jednak wyróżnić dwie odmiany usiłowania: usiłowanie udolne (znamiona z art. 13 § 1 k.k. oraz możliwość dokonania czynu zabronionego, o czym wnioskujemy z art. 13 § 2 k.k.) oraz usiłowanie nieudolne (znamiona statuowane w art. 13 § 1 i 2 k.k.). Tak wyróżnione odmiany usiłowania pozostają ze sobą w relacji rozłączności. Przyjmując powyższe podejście wykładnicze, unikamy rozszerzenia karalności o przypadki usiłowania nieudolnego wynikającego z błędu sprawcy co do znamienia podmiotu czynu zabronionego lub znamion modalnych.

Powyższy wywód zmierzał do wykazania, że bezpośrednio zmierzanie do dokonania czynu zabronionego stanowi znamie również usiłowania nieudolnego. Jeżeli zaś pozostaje ono w zespole znamion tej figury prawnej, to otrzymujemy ustawowe zakotwiczenie wymogu, by każde usiłowanie, w tym także usiłowanie nieudolne, było zachowaniem społecznie nieadekwatnym, naruszającym reguły postępowania z dobrem prawnym lub bezpośrednio zmierzającym do ich naruszenia. Zacząć należy od wskazania, że w polskiej nauce znamie czynnościowe usiłowania rozumie się przedmiotowo⁵⁹. Rację ma Lech Gardocki, wskazując, iż „definicja usiłowania (...), odwołując się do elementu bezpośredniości zmierzania ku dokonaniu, ma charakter obiektywny, ale nie w postaci skrajnej, jak to jest przy koncepcji „początku dokonania”⁶⁰. W przeciwieństwie do regulacji niemieckiej polski Kodeks karny nie przewiduje, iżby ocena zachowania sprawcy uwzględniała wyobrażenie sprawcy o realizowanym przestępstwie. Zachowanie sprawcy ma wedle obiektywnych ocen zmierzać do dokonania czynu zabronionego, a więc do urzeczywistnienia zachowania o znamionach opisanych w ustawie karnej (art. 115 § 1 k.k.), składających się na określony typ czynu zabronionego.

statuujący odpowiedzialność za przestępstwo dokonane w części szczególnej Kodeksu karnego albo w prawie pozakodeksowym. W odniesieniu do różnych przestępstw otrzymamy różne zestawy znamion i wyinterpretujemy odmienne normy sankcjonujące.

59 Zdecydowana większość nauki odczytuje to znamie w oparciu o kryteria przedmiotowe. Zob. m.in. G. Rejman, *Usiłowanie przestępstwa w polskim prawie (problem bezpośredniości)*, Warszawa 1965, s. 58 i n.

60 L. Gardocki, *Prawo karne*, dz. cyt., s. 107.

Następnie trzeba się zgodzić z Majewskim, gdy wskazuje, że wymóg wyczerpania znamion czynu zabronionego może być spełniony wyłącznie przez zachowanie przekraczające normę prawną (sankcjonowaną), z którą dany typ jest sprzężony. Typ czynu zabronionego jest przecież wzorcem karalnego naruszenia normy sankcjonowanej. Zaś treść zakresu normowania normy sankcjonowanej dookreślają reguły postępowania z dobrem prawnym, które wskazują zachowanie wymagane w danych, konkretnych okolicznościach w odniesieniu do skonkretyzowanego nośnika dobra prawnego⁶¹. Stąd o bezpośrednim zmierzaniu do dokonania czynu zabronionego

cy, które wedle wyobrażenia sprawcy bezpośrednio zmierza do dokonania czynu zabronionego, lecz nie spełnia powyższego warunku, nie podlega karze ze względu na dekompletację znamion usiłowania (nie-wyczerpanie znamienia bezpośredniego zmierzania do dokonania). Może ono uchodzić za usiłowanie jedynie w cudzysłówie.

Zachowanie realizujące znamię bezpośredniego zmierzania w zaproponowanym powyżej ujęciu może w niektórych sytuacjach faktycznych być z góry skazane na niepowodzenie. Powyżej starałem się uzasadnić pogląd, że ustalenia dotyczące braku możliwości dokonania czynu zabronionego, który to wymóg służy

O bezpośrednim zmierzaniu do dokonania czynu zabronionego można mówić wyłącznie, gdy zachowanie sprawcy albo już naruszyło regułę postępowania z dobrem prawnym, albo znajduje się na bezpośrednim przedpolu jej naruszenia.

można mówić wyłącznie wówczas, gdy zachowanie sprawcy albo już naruszyło regułę postępowania z dobrem prawnym, albo znajduje się na bezpośrednim przedpolu jej naruszenia. Rację ma Piotr Zakrzewski, pisząc: „(...) zarówno przy usiłowaniu udolnym, jak i przy usiłowaniu nieudolnym zachowanie sprawcy musi być kierunkowo nastawione na przekroczenie owych reguł postępowania. Innymi słowy, musi „bepośrednio zmierzać” do dokonania czynu zabronionego. Właśnie nierealizowanie przez zachowanie [tj. usiłowanie nierealne – przyp. A.J.] przesłanki „bepośredniego zmierzania” nie pozwala na zakwalifikowanie tego zachowania jako usiłowania nieudolnego”⁶². Wynika stąd, że zachowanie spraw-

odróżnieniu usiłowania udolnego od niebezpiecznego usiłowania nieudolnego, powinny być dokonywane przez organ postępowania z perspektywy *ex post* przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności konkretnego czynu. W istocie, jeżeli sąd ustali, że brak było możliwości dokonania czynu zabronionego, to zachowanie sprawcy z perspektywy *ex post*, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności konkretnego czynu, nie będzie się jawiło jako bezpośrednio zmierzające do jego dokonania. Wszakże przy badaniu, czy dane zachowanie wyczerpało określone znamię, Sąd nie jest obowiązany do uwzględnienia wszystkich okoliczności ustalonych w sprawie. Przeciwnie, powinien

61 J. Majewski, *O różnicy...*, dz. cyt., s. 50; tenże, *O (braku)...*, dz. cyt., s. 356–358.

62 P. Zakrzewski, *Przesłanka „bepośredniości zmierzania” przy usiłowaniu nieudolnym a tzw. usiłowanie bezwzględnie*

nieudolne, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 4, s. 89. Również Ł. Pohl przyjmuje, że w przypadku usiłowania nierealnego nie mamy do czynienia z obiektywnym zmierzaniem do dokonania czynu zabronionego. Zob. Ł. Pohl, *Prawo...*, dz. cyt., s. 189.

poprzestać jedynie na tych okolicznościach, które są relewantne dla oceny, czy badany czyn zrealizował to znamię. Moim zdaniem Sąd przy badaniu, czy czyn wyczerpał znamię bezpośredniego zmierzania, powinien przyjąć perspektywę osoby, która posiada wiedzę wyłącznie o okolicznościach relewantnych dla stwierdzenia, czy obserwowane zachowanie było obiektywnie ukierunkowane na naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym. Reguły postępowania z dobrem prawnym mają w zdecydowanej większości charakter ostrożnościowy, obejmują zachowania, które jedynie potencjalnie zagrażają dobru prawnemu. Ich przekroczenie nie przesądza o wyczerpaniu znamion przestępstwa ani nawet nie musi się wiązać z możliwością jego dokonania z perspektywy *ex post*. Tak więc przy wykorzystaniu kryterium niezgodności zachowania z regułami postępowania z dobrem prawnym badane zachowanie może jawić się sądowi jako społecznie nieadekwatne i zmierzające do dokonania czynu zabronionego, nawet jeżeli ten sam sąd równocześnie ustali, że z perspektywy *ex post* dokonanie przestępstwa było z góry wyłączone.

Dodać należy jeszcze kilka uwag o relacjach między przedstawioną tutaj koncepcją wykładniczą a obiektywnym przypisaniem skutku. Koncepcja społecznej nieadekwatności zachowania stanowi modyfikację młodszej teorii obiektywnej, która za istotę bezprawności usiłowania przyjmowała stworzenie przez zachowanie sprawcy niebezpieczeństwa dla dobra prawnego ocenianego z perspektywy *ex ante*. Znajdowała ona silne uzasadnienie w teorii adekwatnego związku przyczynowego⁶³. Owa koncepcja wyróżniała dwojakiego rodzaju więzy kauzalne: pierwsze – odnoszące się do konkretnych wypadków związku przyczynowe, drugie – uogólnione powiązania przyczynowe o charakterze abstrakcyjnym, mające charakter generalizacji wskazujących, iż określone okoliczności mają w sobie obiektywną tendencję do nastąpienia skutku, przy czym ocenę owej tendencyjności dokonywano z perspektywy *ex ante*, przy wykorzystaniu figury niezależnego obserwatora wyposażonego w średnią wiedzę ontologiczną i nomologiczną, z uwzględnieniem szcze-

gólnej wiedzy sprawcy. Powiązania drugiego rodzaju ujmowały przyczynowość w kategoriach pewnej potencjalności. Łatwo zauważyć, że przypadki niebezpiecznego usiłowania nieudolnego obejmowały wypadki, które w świetle owych generalizacji cechowały się tendencyjnością do wywołania skutku, chociażby związek przyczynowy nie mógł nastąpić. Niebezpieczeństwo nastąpienia skutku miało charakter potencjalny⁶⁴. Natomiast popularność teorii subiektywnych wiąże się z uzyskaniem przewagi przez teorię ekwiwalencji⁶⁵, która ujmowała przyczynowość naturalistycznie: związek przyczynowy mógł zachodzić tylko wówczas, gdy nastąpił skutek. W rezultacie teoria ekwiwalencji odrzucała potencjalną przyczynowość jako wynik wyłącznie analizy myślowej, a nie cechę konkretnego zdarzenia. Ponieważ w usiłowaniu skutek nie nastąpił, brak w nim jakiegokolwiek przyczynowości. Z tej perspektywy brak jest różnicy między usiłowaniem udolnym, w którym skutek potencjalnie mógł nastąpić, a usiłowaniem nieudolnym, w którym wystąpienie skutku było wykluczone. Każde usiłowanie jest ze swej natury nieudolne, ponieważ nie doprowadziło do wystąpienia skutku. Jako że wszystkie warunki mają równą wartość kauzalną, przyczyn nieudolności nie można wartościować. Dla prawnokarnej oceny zdarzenia różnice te są bez znaczenia⁶⁶.

Współczesne prawo karne odrzuca teorię ekwiwalencji. Została ona zastąpiona przez koncepcję obiektywnego przypisania skutku, która stanowi zmodyfikowaną, poprawioną pod względem metodologicznym i rozbudowaną teorię adekwatnego związku przyczynowego. W świetle teorii obiektywnego przypisania skutek może być sprawcy przypisany tylko wówczas, jeżeli rzeczywistnie się w nim niebezpieczeństwo wynikające z zachowania sprawcy, które było społecznie nieadekwatne (sprzeczne z regułami postępowania z dobrem prawnym), o ile wystąpienie skutku było obiektywnie rozpoznawalne z perspektywy *ex ante*. Koncepcja obiektywnego przypisania odmiennie wartościuje przebiegi przyczynowe, w zależności od tego,

63 Na teorię adekwatności jako argument uzasadniający trafność młodszej teorii obiektywnej powoływał się R. von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, dz. cyt., s. 159.

64 Zob. szerzej Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania...*, dz. cyt., s. 38–39.

65 Zob. R. von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, dz. cyt., s. 157.

66 Zob. szerzej Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania...*, dz. cyt., s. 57–58.

czy były one z perspektywy *ex ante* rozpoznawalne dla sprawcy i wiązały się naruszeniem przez niego reguły postępowania z dobrem prawnym. Zachowanie jest społecznie nieadekwatne i naganne wtedy, gdy wiązało się z nieakceptowalnym społecznie ryzykiem naruszenia dobra prawnego, zaś nastąpienie skutku jest przypisywalne tylko wówczas, gdy pozostawał on w związku normatywnym z nagannym zachowaniem⁶⁷. Tak więc teoria obiektywnego przypisania doprowa-

Jednakże mąż życzy sobie zgonu żony, więc funduje jej wycieczkę zagraniczną, której elementem jest lot samolotem. W razie nastąpienia pożądanego przez niego skutku w powyższych okolicznościach nie zostanie on mu przypisany, ponieważ jego zachowanie nie narusza przyjętych reguł postępowania. Wyłączenie odpowiedzialności za spowodowanie skutku opiera się na wyłączeniu bezprawności zachowania ze względu na brak jego społecznej nieadekwatno-



Teoria obiektywnego przypisania doprowadziła do odzicia pojęcia potencjalnej przyczynowości, z tym, że obecnie stanowi ono kryterium oceny społecznej adekwatności zachowania, a co za tym idzie, jest przesłanką jego naganności i bezprawności.

dziła do odzicia pojęcia potencjalnej przyczynowości, z tym że obecnie stanowi ono kryterium oceny społecznej adekwatności zachowania, a co za tym idzie, jest przesłanką jego naganności i bezprawności. Z tego też powodu nieadekwatność zachowania, polegająca na naruszeniu reguł postępowania z dobrem prawnym lub bezpośrednim zmierzaniu do naruszenia tych reguł, powinna stanowić nieprzekraczalną granicę bezprawności także w przypadku usiłowania przestępstw materialnych⁶⁸.

Dodać trzeba, że przebiegi przyczynowe niespełniające powyższego warunku są prawnokarnie irrelewantne, nawet jeżeli sprawca działał z zamiarem naruszenia dobra prawnego. Weźmy przykład mężczyzny, który został ostrzeżony przez lekarza żony, że stan jej zdrowia uniemożliwia podróżowanie samolotem.

Okoliczność ta uniemożliwia także pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności za usiłowanie udolne, którego naganność opiera się przecież na właściwościach przedmiotowych zachowania, a nie na nagannych procesach psychicznych. Do rozważenia pozostaje możliwość zakwalifikowania omawianego przypadku jako usiłowania nieudolnego, co jednak wymagałoby stwierdzenia, że dokonanie czynu zabronionego (sprowadzenie skutku) było niemożliwe. Biorąc pod uwagę, iż skutek nastąpił, proponowana kwalifikacja byłaby, ujmując rzecz ogólnie, nieintuicyjna. Trzeba więc stwierdzić, że ze względu na brak bezprawności zachowania pozostaje ono bezkarne. Tym bardziej bezkarne powinno pozostać takie zachowanie, które nie narusza reguł postępowania z dobrem prawnym i nie sprowadza skutku, mimo iż sprawca działał z zamiarem jego spowodowania.

67 Zob. szerzej W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, dz. cyt., s. 199–207.

68 „Auch passt zu der den Tatbestand konstituierenden Lehre von der objektiven Zurechnung nur der gefährliche Versuch, der ein unerlaubtes Risiko schafft, das beim ungefährlichen Versuch gerade fehlt”, C. Roxin, *Strafrecht...*, dz. cyt., s. 337.

4. Podsumowanie

O usiłowaniu możemy mówić tylko wówczas, gdy zachowanie sprawcy albo już narusza reguły postępowania dookreślające treść normy sankcjonowanej leżącej u podstaw przestępstwa w stadium dokona-

nia, do którego wszakże nie dochodzi, albo co prawda jeszcze nie narusza takiej reguły postępowania, lecz sytuuje się na bliskim przedpolu jej naruszenia, stwarzając sytuację umożliwiającą natychmiastowe przedsięwzięcie zachowania sprzecznego z tą regułą postępowania. Powyższy warunek dotyczy obu odmian usiłowania, także usiłowania nieudolnego. Oznacza to, że istotą naganności usiłowania jest nieadekwatność społeczna zachowania sprawcy, polegająca na podjęciu przez sprawcę zachowania, które z perspektywy *ex ante* stwarza nieakceptowalne społecznie niebezpieczeństwo dla określonego nośnika dobra prawnego. Ta właściwość zachowania stanowi materialną treść jego bezprawności. Od strony formalnej naruszenie reguł postępowania lub bezpośrednio zmierzanie do ich naruszenia jest warunkiem przyjęcia, że badane zachowanie przekroczyło normę sankcjonowaną (zakaz karny) leżącą u podstaw odpowiedzialności karnej za usiłowanie. W aspekcie dogmatycznym zachowanie, które nie spełnia owego warunku, nie wyczerpuje znamienia „bezpośredniego zmierzania do dokonania czynu zabronionego” i nie może zostać uznane za usiłowanie w rozumieniu Kodeksu karnego.

W proponowanym ujęciu naganny zamiar nie jest niezależną od społecznej nieadekwatności czynu podstawą bezprawności usiłowania, niemniej jednak powinien on zostać ujęty w treści normy sankcjonowanej leżącej u podstaw odpowiedzialności za to stadium popełnienia przestępstwa, jeżeli za trafną uznamy przedstawioną powyżej sugestię, iż w przypadku co najmniej niektórych zachowań kwalifikowanych jako bezpośrednio zmierzanie do dokonania czynu zabronionego wystąpienie zamiaru stanowi czynnik zwiększający niebezpieczeństwo działania sprawcy ponad akceptowalną przez społeczeństwo miarę. Nadto należy mieć na względzie, iż w takich przypadkach treść przeżyć psychicznych sprawcy jest pomocna w interpretacji określonego zachowania jako bezpośrednio zmierzającego do naruszenia reguły postępowania. Na przykład czyn polegający na wejściu do cudzego domu jawi się jako bezpośrednio zmierzanie do dokonania kradzieży właśnie z uwagi na cel, który przyświeca sprawcy. Motywacja sprawcy stanowi tutaj pewien kontekst, w ramach którego dokonujemy oceny przedmiotowych elementów zachowania sprawcy. W rezultacie bez jej znajomości rozpoznanie

obiektywnego charakteru czynu jest niemożliwe albo znacznie utrudnione.

W literaturze zwolenników zdobywa sobie poglądy, że usiłowanie nieudolne stanowi przestępstwo abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo⁶⁹. Powyższe zapatrywanie spotkało się z krytyką Spotowskiego, zdaniem którego usiłowanie nieudolne nie jest typem przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia, ponieważ w przypadku takich przestępstw brak niebezpieczeństwa jest wyjątkiem od reguły, a nie regułą, jak w razie usiłowania nieudolnego⁷⁰. Wydaje się, że powyższe zastrzeżenia nie są do końca uzasadnione. Zarówno w przypadku usiłowania nieudolnego, jak i przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo wystarczającym warunkiem odpowiedzialności karnej jest wywołanie przez sprawcę potencjalnego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, a różnica zauważona przez Spotowskiego wynika z techniki legislacyjnej zastosowanej przez ustawodawcę. Nadto owa różnica nie ujawni się, jeżeli instytucję usiłowania potraktujemy jednolicie w odniesieniu do danego przestępstwa stypizowanego w części szczególnej Kodeksu karnego, tj. jako jeden typ czynu zabronionego, którego znamiona odtworzono z art. 13 k.k. i przepisu statuującego przestępstwo w stadium dokonania, z tym że jedno z tych znamion zostało przez ustawodawcę określone alternatywnie. Podobnie jak przy przestępstwach abstrakcyjnego narażenia mogą się zdarzyć przypadki, w których zachowanie wyczerpujące znamiona, ocenione z perspektywy *ex post*, nie będzie stwarzało żadnego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego (usiłowanie nieudolne). Obok nich będzie można wskazać przypadki, w których takie zachowanie, ocenione w perspektywie *ex post*, będzie stwarzało realne niebezpieczeństwo dla dobra prawnego lub nawet – w przypadku usiłowania ukończonego przestępstwa naruszenia dobra prawnego – spowoduje bezpośrednio niebezpieczeństwo dla

69 W literaturze niemieckiej: H. Otto, *Grundkurs. Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin 2004, s. 261; A. Esser, *komentarz do art. 22 n.k.k.* (w:) A. Schönke i in., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2001, s. 420 (w ujęciu tego autora dotyczy to zwykłego usiłowania nieudolnego, gdy błąd sprawcy nie wynika „aus groben Unverstand”).

70 A. Spotowski, *Funkcja...*, dz. cyt., s. 110.

dobra prawnego. Ogólną cechą usiłowania pozostanie jednak niebezpieczność zachowania, potencjalne ryzyko naruszenia dobra prawnego.

Usiłowanie przestępstwa od przestępstw abstrakcyjnego narażenia odróżnia natomiast to, że dla stwierdzenia, czy określone zachowanie wyczerpało znamię bezpośredniego zmiernia, organ postępowania będzie zmuszony ustalić, czy naruszyło lub bezpośrednio zmierniało do naruszenia reguły postępowania ze skonkretyzowanym dobrem prawnym. Znamię to ma charakter nieostry, a w rezultacie wymaga od organu dokonania oceny, czy badane zachowanie z perspektywy *ex ante* było w wystarczającym stopniu niebezpieczne dla określonego nośnika dobra prawnego, tj. czy w danych konkretnych okolicznościach było nieadekwatne społecznie i tym samym zasługuje na ukaranie jako usiłowanie przestępstwa. W ten sposób ta figura prawna wykazuje pewne podobieństwo do tzw. przestępstw z właściwości (*Eignungsdelikt*), których cechą charakterystyczną jest właśnie konieczność każdorazowego wykazania, że zachowanie sprawcze było potencjalnie zdadne do naruszenia dobra prawnego chronionego przez dany przepis ustawy karnej⁷¹. Inną poważną różnicą jest treść zamiaru sprawcy, który nie jest ukierunkowany na spełnienie przedmiotowych właściwości usiłowania polegających na potencjalnym narażeniu dobra prawnego na niebezpieczeństwo, lecz na dokonanie czynu zabronionego, co w niektórych przypadkach może oznaczać zamiar naruszenia dobra prawnego. Czynniki ten uzasadnia znacznie surowszą niż w przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia represję karną. Nadto w razie stwierdzenia, że w perspektywie *ex post* zachowanie jednakże nie zagrażało dobru prawnemu, sąd ma możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia (art. 14 § 2 k.k.), co także odróżnia usiłowanie od przestępstw abstrakcyjnego narażenia.

Bibliografia

Andrejew I., *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959.
 Barczak-Oplustil A., *Przegląd orzecznictwa SN i sądów apelacyjnych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2004, nr 2, s. 87–111.

Bielski M., *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, niepubl.
 Bloy R., *Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs*, „Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft” 2001, t. 113, nr 1, s. 76–111.
 Buchała K., *Bezprawność przestępstw nieumyślnych i wyłączające ją dozwolone ryzyko*, Warszawa 1971.
 Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989.
 Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994.
 Dębski R., *Karalność usiłowania nieudolnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1999, nr 2, s. 101–117.
 Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2009.
 Giezek J., *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, Sectio G, 2013, nr 2, s. 41–57.
 Giezek J. (red.), *Przestępstwo, kara, polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006.
 Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994.
 Górniok O. i in., *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1: Część ogólna, Gdańsk 2005.
 Gruszecka D., *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2011.
 Herzberg R.D., *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, „Goldammer’s Archiv für Strafrecht” 2001, nr 6, s. 257–272.
 Hippel R. von, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin–Heidelberg 1932.
 Jakobs G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, New York–Berlin 1983.
 Jędrzejewski Z., *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000.
 Kardas P., Sroka T., Wróbel W. (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, Warszawa 2012.
 Köhler M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–New York 1997.
 Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31*, t. 1, Warszawa 2011.
 Kühl K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2002.
 Liszt F. von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1914.
 Majewski J. (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, Toruń 2007.
 Marek A., *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1968, nr 1, s. 95–103.

71 Zob. tamże, s. 168–173.

- Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2009.
- Otto H., *Grundkurs. Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin 2004.
- Pasternak Ł., *Usiłowanie nieudolne, usiłowanie nierealne a przestępstwo urojone*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2013, nr 1, s. 95–110.
- Plebanek E., *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009.
- Pohl L. (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarcza*, Poznań 2009.
- Pohl L., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2013.
- Raglewski J., *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego – analiza krytyczna*, „Prokurator i Prawo” 2003, nr 12, s. 89–103.
- Rejman G., *Usiłowanie przestępstwa w polskim prawie (problem bezpośredniości)*, Warszawa 1965.
- Roxin C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 2: *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003.
- Schönke A. i in., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2001.
- Spotowski A., *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990.
- Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946.
- Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009.
- Wolter W., *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Kraków 2012.
- Wróbel W., *Znamiona normy sankcjonowanej i sankcjonującej w przepisie prawa karnego*, niepubl.
- Zakrzewski P., *Przesłanka „bezpośredniości zmierzania” przy usiłowaniu nieudolnym a tzw. usiłowanie bezwzględnie nieudolne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 4, s. 77–90.
- Zoll A., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116*, Warszawa 2007.