



You have downloaded a document from  
**RE-BUŚ**  
repository of the University of Silesia in Katowice

**Title:** Czyny żal związany z usiłowaniem w polskim prawie karnym : analiza dogmatyczna i kryminologiczna

**Author:** Olga Sitarz

**Citation style:** Sitarz Olga. (2015). Czyny żal związany z usiłowaniem w polskim prawie karnym : analiza dogmatyczna i kryminologiczna. Katowice : Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.



Uznanie autorstwa - Użycie niekomercyjne - Bez utworów zależnych Polska - Licencja ta zezwala na rozpowszechnianie, przedstawianie i wykonywanie utworu jedynie w celach niekomercyjnych oraz pod warunkiem zachowania go w oryginalnej postaci (nie tworzenia utworów zależnych).



UNIwersYTET ŚLĄSKI  
W KATOWICACH



Biblioteka  
Uniwersytetu Śląskiego



Ministerstwo Nauki  
i Szkolnictwa Wyższego

Olga Sitarz

# Czynny żal

związany z usiłowaniem  
w polskim prawie karnym

Analiza dogmatyczna i kryminalnopolityczna



WYDAWNICTWO  
UNIwersytetu Śląskiego  
KATOWICE 2015



Czynny żal  
związany z usiłowaniem  
w polskim prawie karnym

Analiza dogmatyczna i kryminalnopolityczna

*Mateuszowi i Marcinowi*



NR 3329

Olga Sitarz

Czynny żal  
związany z usiłowaniem  
w polskim prawie karnym

Analiza dogmatyczna i kryminalnopolityczna

Redaktor serii: Prawo  
Andrzej Matan

Recenzent  
Jarosław Majewski

## Spis treści

Wstęp . . . . .	7
Rozdział pierwszy	
Rozwój historyczny usiłowania jako formy stadialnej oraz powiązanego z nim czynnego żalu . . . . .	13
1. Ewolucja instytucji usiłowania . . . . .	14
2. Ewolucja instytucji czynnego żalu . . . . .	45
Rozdział drugi	
Uzasadnienie karalności usiłowania i odstąpienia od karalności w razie wykazania przez sprawcę czynnego żalu . . . . .	53
1. Przegląd stanowisk doktryny w kwestii uzasadnienia karalności usiłowania . . . . .	53
2. Pierwotny czy wtórny charakter usiłowania względem dokonania . . . . .	68
3. Własne stanowisko w kwestii uzasadnienia kryminalizacji usiłowania . . . . .	77
4. Uzasadnienie bezkarności w przypadku okazania przez sprawcę czynnego żalu . . . . .	100
Rozdział trzeci	
Prawnokarna konstrukcja usiłowania we współczesnym polskim prawie karnym . . . . .	115
1. Usiłowanie w polskich kodeksach karnych XX wieku . . . . .	120
2. Problem wytyczania granic usiłowania w pochodzie przestępstwa . . . . .	125
3. Strona podmiotowa usiłowania . . . . .	177
4. Problem usiłowania nieudolnego . . . . .	183
5. Usiłowanie kwalifikowane . . . . .	220
6. Usiłowanie ukończone i nieukończone . . . . .	241
7. Karalność usiłowania . . . . .	246
Rozdział czwarty	
Usiłowanie w przypadku określonych kategorii przestępstw . . . . .	261
1. Przestępstwa z narażenia . . . . .	263
2. Przestępstwa formalne . . . . .	274
3. Przestępstwa naruszające tzw. zdematerializowane dobro prawne . . . . .	280



4. Przepęstwa <i>sui generis</i> . . . . .	282
5. Przepęstwa kierunkowe . . . . .	293
6. Przepęstwa dwustadialne (o „pojemnych” znamionach) . . . . .	297
7. Przepęstwa, co do których „ze stanu faktycznego danego przepęstwa wynika, że ustawa poddaje karze jedynie dokonanie” . . . . .	302
8. Przepęstwa zakládajęce wieloczynowość . . . . .	305
9. Przepęstwa trwałe . . . . .	306
10. Przepęstwa z zaniechania . . . . .	306
11. Przepęstwa jednochwilowe . . . . .	311
12. Przepęstwa nieumyślne i o mieszanej stronie podmiotowej . . . . .	314
13. Podsumowanie . . . . .	322
Rozdział pięty	
Prawnokarna konstrukcja żalu i jego znaczenie przy usiłowaniu określonych rodzajów przepęstw . . . . .	329
1. Przesłanki bezkarności o charakterze przedmiotowym . . . . .	336
2. Podmiot okazujący czynny żal . . . . .	376
3. Strona podmiotowa czynnego żalu . . . . .	378
4. Czynny żal związany z usiłowaniem kwalifikowanym . . . . .	413
5. Czynny żal związany z usiłowaniem w przypadku określonych kategorii przepęstw . . . . .	421
5.1. Przepęstwa z narażenia . . . . .	422
5.2. Przepęstwa formalne . . . . .	425
5.3. Przepęstwa <i>sui generis</i> . . . . .	427
5.4. Przepęstwa kierunkowe . . . . .	433
5.5. Przepęstwa „dwustadialne” . . . . .	434
5.6. Przepęstwa zakládajęce wieloczynowość . . . . .	436
5.7. Czyny współukarane . . . . .	439
5.8. Przepęstwa z zaniechania . . . . .	444
5.9. Przepęstwa trwałe . . . . .	449
5.10. Przepęstwa jednochwilowe . . . . .	451
5.11. Przepęstwa zakládajęce wielość skutków . . . . .	451
5.12. Przepęstwa nieumyślne . . . . .	453
6. Podsumowanie . . . . .	455
Rozdział szósty	
Prawnokarne konsekwencje czynnego żalu . . . . .	457
Rozdział siódmy	
Zamiast zakończenia — próba oceny skuteczności rozwiązań przyjętych w obowiązującym stanie prawnym oraz wnioski <i>de lege ferenda</i> . . . . .	487
Bibliografia . . . . .	509
Summary . . . . .	531
Zusammenfassung . . . . .	533

## Wstęp

Czynny żal, chociaż w statystycznym obrazie polskiej przestępczości i prawnokarnej reakcji na nią praktycznie nie występuje, jest jednak niezmiernie ważną konstrukcją prawa karnego. Podkreślić należy, że — wbrew pozorom — ma ogromne znaczenie nie tyle dla sprawcy, ile dla pokrzywdzonego przestępstwem, jak również dla społeczności, w kręgu której przestępstwo miało być dokonane.

Na teoretycznej drodze przestępstwa, obejmującej etapy: zamiaru, przygotowania, usiłowania i dokonania, usiłowanie jest najbliższą dokonaniu formą stadialną — zmierza bowiem już bezpośrednio do dokonania. Z kryminalnopolitycznego punktu widzenia niezwykle istotne jest zatrzymanie „pochodu” przestępstwa na etapie usiłowania i niedopuszczenie do dokonania, które często wiąże się już z wyrządzeniem szkody. Służy temu naturalnie działalność prewencyjna służb powołanych do ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, wykrywania i ścigania przestępstw. Niejednokrotnie sam potencjalny pokrzywdzony może także udaremnić pełną realizację znamion czynu zabronionego. Najlepiej wszakże byłoby, aby to sam sprawca zrezygnował ze swego przestępczego zamiaru, przerwał realizację znamion przestępstwa i — jeśli zachodzi taka potrzeba — podjął stosowną aktywność zmierzającą do odwrócenia skutków przestępczego działania. Zmiana bowiem postawy samego sprawcy daje największą gwarancję skuteczności podjętych działań oraz — co wydaje się ważniejsze — trwałego efektu w postaci braku ponawiania próby dokonania zaplanowanego czynu zabronionego. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób skłonić sprawcę do zmiany postawy. Pytanie to występuje w centrum problematyki instytucji znanej od dawna w prawie karnym, a określanej mianem czynnego żalu.

Pojęcie „czynny żal” nie ma charakteru normatywnego, a treść nadawana tej nazwie jest wynikiem pewnej konwencji językowej. W aspekcie językowym termin „czynny żal” ma zabarwienie etyczno-moralne i sugeruje jakąś aktywność sprawcy „żałującego” swego zachowania. Ujęcie karnistyczne jest o wiele

szersze. Ujmując rzecz obrazowo, czynny żal w prawie karnym nie jest „ani czynny, ani nie jest żalem”. Można zgodzić się z poglądem, zgodnie z którym prawo karne ujmuje czynny żal w najogólniejszym znaczeniu jako zachowanie człowieka o charakterze społecznie pozytywnej kontrakcji, niweczącej jego wcześniejsze, przestępcze zachowanie. Początkowo pojęcie czynnego żalu ujmowano w literaturze karnistycznej wąsko, uznając, że chodzi o zachowanie podjęte dopiero po dokonaniu, czyli zrealizowaniu wszystkich znamion czynu zabronionego. Z czasem rozciągnięto je na odstąpienie od realizacji znamion czynu zabronionego na jego etapach poprzedzających dokonanie. Obecnie nie ma więc wątpliwości, że pojęcie czynnego żalu można odnosić także do formy usiłowania przestępstwa. Właśnie tę postać czynnego żalu uczyniono przedmiotem niniejszej rozprawy.

Głównym problemem badawczym pracy jest analiza funkcji czynnego żalu w odniesieniu do formy usiłowania oraz ocena pod tym kątem aktualnego stanu prawnego. Można go ująć, wskazując trzy główne cele, a mianowicie:

- całościowe naświetlenie instytucji czynnego żalu na etapie usiłowania (uzasadnienie, historia, kształt normatywny i ocena, wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda*);
- próba rozstrzygnięcia wątpliwości pojawiających się w tym obszarze;
- uporządkowanie chaotycznej terminologii, zwłaszcza związanej z podziałami usiłowania i czynnego żalu.

W pracy zasadniczo nie będzie poruszana problematyka czynnego żalu podjętego po dokonaniu przestępstwa. Jest to bowiem grupa niejednolita, pełniącą różnorodne funkcje, często odmienne od przeddokonaniowego czynnego żalu<sup>1</sup>. Niemniej w ostatniej części monografii przywołane zostały wybrane postaci poddokonaniowego czynnego żalu, gdy pełnią funkcje czynnego żalu związanego z usiłowaniem.

Wyjaśnienia wymaga również kwestia konieczności szerszej analizy jednej z form stadialnych — usiłowania. Nie ma wątpliwości, że istnieje silny związek między tą formą stadialną a czynnym żalem. Dlatego też tak istotna jest nie tylko analiza samej konstrukcji usiłowania. Należało również podjąć wiele innych problemów, do których zaliczyć należy między innymi kwestię wytyczenia granicy między przygotowaniem a usiłowaniem oraz między usiłowaniem a dokonaniem — wyznaczają one niejako cezurę czasową możliwości skorzystania z prawnokarnych konsekwencji czynnego żalu w tej postaci. Biorąc pod uwagę te konsekwencje, kluczowe okazało się także poprowadzenie rozważań związanych z oceną, które kategorie przestępstw mogą być usiłowane. Brak od-

<sup>1</sup> Por. szerzej: O. Sitarz, L. Wilk: *Post-Perpetration Active Repetence and Restorative Justice*. In: *The Postulates of Restorative Justice and the Continental Model of Criminal Law. As Illustrated by Polish Criminal Law*. Ed. T. Dukiet-Nagórska. Frankfurt am Main—Bern—Bruxelles—New York—Oxford—Warszawa—Wien 2015, s. 137—149.

powiedzialności karnej za etap usiłowania danej kategorii czynów zabronionych zdezaktualizuje zagadnienie czynnego żalu; z kolei przyjęcie możliwości usiłowania niektórych kategorii przestępstw każe w kontekście ewentualnego czynnego żalu przeprowadzić szczególne ustalenia w zakresie przesłanek i konsekwencji okazanego czynnego żalu. Powiązania między usiłowaniem a poszczególnymi kategoriami przestępstw niejednokrotnie wymagały sięgnięcia do ewolucji kształtowania się odpowiedzialności karnej za etapy poprzedzające wyrządzenie szkody. Historyczne ujęcie usiłowania pozwoliło też rozstrzygnąć kilka innych zagadnień, na przykład usiłowania ukończonego i nieukończonego, tak mocno w doktrynie wiązanych z postaciami czynnego żalu. Nieodzowne również stało się przedstawienie różnorodnych poglądów uzasadniających karalność zachowania mimo braku dokonania czynu zabronionego oraz rezygnację z tej karalności w przypadku skutecznego czynnego żalu okazanego przez sprawcę. Ostatecznie to cel i funkcje czynnego żalu kształtować powinny tę instytucję, zarówno w płaszczyźnie przesłanek (przedmiotowych i podmiotowych), jak i karnoprawnych konsekwencji.

Wskazana nieodzowność przeprowadzenia szerokich rozważań dotyczących usiłowania uzasadnia zatem ograniczenie zakresu pracy wyłącznie do czynnego żalu okazanego na etapie usiłowania i wyłączenie tym samym z analizy zachowania sprawcy na etapie przygotowania. Mimo wielu podobieństw, są to jednak dość różne instytucje — powiązane są bowiem z odmiennymi stadiami *iter delicti*. Nie ma wątpliwości, że zarówno samo usiłowanie, jak i czynny żal z nim związany mają o wiele większe znaczenie zarówno dogmatyczne, jak i praktyczne. Przede wszystkim usiłowanie bezpośrednio poprzedza dokonanie, a więc — zdaniem większości — stanowi zasadniczy element bezprawia w ujęciu przedmiotowym. Ponadto, w przeciwieństwie do przygotowania, polski ustawodawca przewiduje karalność zasadniczo usiłowania każdego typu przestępstwa. Ewentualne zmiany w tym zakresie, sprowadzające się do ograniczenia zakresu karalności za usiłowanie, nie uczynią z pewnością z karalnego usiłowania instytucji tak wyjątkowej, jak ma to miejsce w przypadku karalnego przygotowania.

Przedmiotem niniejszej rozprawy jest głównie czynny żal wyrażony przez sprawcę samodzielnie i jednoosobowo popełniającego czyn zabroniony. Analizie zatem poddane zostaną regulacje przepisów art. 13—15 kodeksu karnego. Problem czynnego żalu sprawcy współdziałającego z inną osobą przy popełnieniu czynu zabronionego wymaga odrębnego omówienia, na co w niniejszej pracy nie ma miejsca<sup>2</sup>. Siłą rzeczy, z zakresu pracy wyłączone zostały też z pewnością

---

<sup>2</sup> Warto jednak sięgnąć po prace: A. Liszewskiej: *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*. Łódź 2004; Eadem: *Podżeganie i pomocnictwo a usiłowanie*. „Państwo i Prawo” 2000, z. 6; a także P. Kardas: *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*. Kraków 2001; autor wskazuje: „Kwestia zasad odpowiedzialności za współdziałanie przestępne na etapach przeddokonania przestępstwa stanowi jedno z najbardziej skomplikowanych i stosunkowo mało opracowanych zagadnień nauki prawa karnego. Kodeksy karne albo w ogóle przemilczają to zagadnienie, albo, co jest przypadkiem

ciekawa i ważna problematyka odpowiedzialności prowokatora i przewidziane przez prawo karne konsekwencje jego zachowania<sup>3</sup>. Dodać również należy, że przedmiotem analizy zasadniczo poddane zostaną wyłącznie przepisy prawa karnego materialnego odnoszące się do przestępstw. Poza obszarem badawczym pozostanie więc zagadnienie czynnego żalu (i będące jego podstawą usiłowanie) na tle prawa wykroczeń oraz prawa karnego skarbowego.

Reasumując, w niniejszym opracowaniu przedmiotem refleksji stały się następujące zagadnienia:

- ewolucja usiłowania i czynnego żalu z nim związanego;
- uzasadnienie karalności usiłowania i bezkarności czynnego żalu;
- prawnokarna konstrukcja usiłowania;
- usiłowanie w przypadku określonych kategorii przestępstw (m.in.: przestępstwa z narażenia, przestępstwa formalne, przestępstwa „dwustadialne”, przestępstwa zakładające wieloczynowość, przestępstwa z zaniechania, przestępstwa, które stanowią przygotowanie lub usiłowanie podniesione do rangi dokonania, przestępstwa nieumyślne i o mieszanej stronie podmiotowej);
- prawnokarna konstrukcja czynnego żalu i jego znaczenie przy usiłowaniu określonych rodzajów przestępstw oraz prawnokarne konsekwencje czynnego żalu;
- świadomość prawna społeczeństwa w zakresie karalności usiłowania, konsekwencji czynnego żalu i opinia społeczna z tymi zagadnieniami związana;
- próba oceny skuteczności rozwiązań przyjętych w k.k. oraz wnioski *de lege ferenda*.

Przyjęta w pracy metoda badawcza to analiza dogmatyczna, oparta na wykładni językowej i historycznej, z niewielkim udziałem wykładni prawnoporównawczej. W pewnym zakresie, z racji oceny instytucji czynnego żalu z perspektywy kryminalnopolitycznej, posiłkowano się ustaleniami dokonanymi w kryminologii, a także przytoczono najważniejsze wyniki własnych badań.

Jak bowiem wskazuje M. Zieliński, to w problematyce wykładni ześrodkowują się niemal wszystkie problemy nauki prawa i praktyki prawniczej. Wszystko, co się w nauce i praktyce prawniczej czyni, albo wprost polega na wykładni, albo jej dotyczy, albo wykładnię rozwija, albo wykładnię uwzględnia, albo ją po prostu

---

znacznie częściej, rozstrzygają je połowicznie, nie usuwając wielu znaków zapytania, stąd też problem ten w nauce w znacznej części pozostaje otwarty. Specyficzna trudność w rozwiązaniu problemu odpowiedzialności za współdziałanie przed popełnieniem przestępstwa wynika z dość powszechnie przyjmowanego w piśmiennictwie karnistycznym punktu wyjścia, opartego na założeniu, że odpowiedzialność za współdziałanie, jak i za stadia poprzedzające dokonanie przestępstwa (usiłowanie, przygotowanie), stanowią rozszerzenie zakresu odpowiedzialności karnej” — s. 677. Również S. Stomma: *Współdziałanie przed dokonaniem przestępstwa*. Warszawa 1975.

<sup>3</sup> Por. K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym w ujęciu prawnoporównawczym*. Przemyśl 2008, s. 158—159.

— jak pisze autor — warunkuje<sup>4</sup>. Jak podaje S. Tkacz, w polskiej literaturze teoretycznoprawnej rozpowszechnione jest rozróżnienie trzech podstawowych grup dyrektyw interpretacyjnych i trzech rodzajów wykładni — językowej, systemowej i celowościowej. Dość powszechnie jest także formułowany pogląd, w myśl którego wykładnia językowa stanowi punkt wyjścia procesu interpretacji tekstów prawnych, w którym kolejno należy stosować dyrektywy językowe, systemowe i funkcjonalne. W sytuacji, gdy wykładnia językowa nie doprowadzi do ustalenia „dostatecznie określonego znaczenia”, należy kierować się bądź narzędziami funkcjonalnymi, bądź dyrektywami systemowymi — S. Tkacz wskazuje różne stanowiska doktryny. Autor ten przywołuje też opinię, że od niebudzącego wątpliwości rezultatu wykładni językowej wolno odstąpić tylko wtedy, gdy przemawiają za tym ważne racje, które to stanowisko najczęściej uzasadniane jest funkcją gwarancyjną prawa karnego oraz zasadą *nullum crimen sine lege*<sup>5</sup>. W myśl bowiem stanowiska M. Zielińskiego, zasadę *clara non sunt interpretanda* należałoby traktować (współ z równoznaczną z nią niekiedy zasadą *interpretatio cessat in claris*) jedynie jako wyznaczoną granicę wykładni, której przekroczenie wymagałoby najmocniejszych z możliwych uzasadnień<sup>6</sup>. Stanowisko to wspomniany autor szczególnie silnie zaakcentował, gdy chodzi o wykładnię przepisów prawa karnego. Jego zdaniem, tzw. gotowość do przełamania dyrektywy językowej w prawie karnym wymaga wyjątkowo silnego uzasadnienia, pamiętając jednak i o tym, że dyrektywy funkcjonalne obecne są w interpretacji prawa karnego niemal od zawsze<sup>7</sup>. Jednocześnie pamiętać należy, że definicje legalne należy poddawać interpretacji wedle procedur odnoszących się i do innych przepisów, jednak bez możliwości przełamania jej językowo jednoznacznego sensu<sup>8</sup>. Zatem dyrektywy wykładni derywacyjnej stanowić będą podstawowe narzędzie przy analizie instytucji czynnego żalu związanego z usiłowaniem.

Warto zaznaczyć, że mimo publikacji na ten temat<sup>9</sup>, opracowanie zagadnienia czynnego żalu wydaje się wysoce niewystarczające. Opublikowane dotąd

<sup>4</sup> M. Zieliński: *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*. Warszawa 2002, s. 13.

<sup>5</sup> S. Tkacz: „O tym, kto posiada środki odurzające...”. *Studium jednego przypadku*. W: *Prawnicze dylematy interpretacyjne*. Red. J. Glumińska-Pawlic, Z. Tobor. Toruń 2011, s. 187 i nast. Por. też O. Górniok: *Znaczenie subsydiarności prawa karnego w jego interpretacji*. „Państwo i Prawo” 2007, 5, gdzie autorka — zasadniczo na podstawie pozakodeksowego prawa gospodarczego — wskazywała na problem interpretacji przepisów karnych zakotwiczonych w regulacjach poszczególnych sfer życia gospodarczego. Zadać jednak można generalne pytanie, czy szczególnie charakter prawa karnego ma znaczenie w jego interpretacji.

<sup>6</sup> M. Zieliński: *Wykładnia prawa...*, s. 57.

<sup>7</sup> M. Zieliński: *Kształtowanie się polskich koncepcji wykładni prawa*. Wykład wygłoszony na WPiA UŚ dn. 22.02.2012 r.

<sup>8</sup> M. Zieliński: *Wykładnia prawa...*, s. 312.

<sup>9</sup> D. Gajdus: *Czynny żal w polskim prawie karnym*. Toruń 1984 oraz K. Tkacz: *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym...*

monografie poświęcone są czynnemu żalowi w rozmaitych jego postaciach, co powoduje, że nie zostały dostrzeżone i rozwiązane wszystkie problemy pojawiające się na tle czynnego żalu okazanego na etapie usiłowania. Niemniej wydane wcześniej monografie stanowią doskonały punkt wyjścia do dalszej analizy. Jednocześnie obecność w polskiej literaturze karnistycznej dwóch monografii z zakresu czynnego żalu zwalnia z obowiązku przedstawiania sposobu uregulowania tej instytucji w innych krajach. Za D. Gajdus powtórzyć należy, że instytucja czynnego żalu ma w poszczególnych ustawodawstwach trzy różne rozwiązania: jedno ustawodawstwa poszły drogą przepisów kazuistycznych, drugie stanęły na stanowisku ogólnego przepisu, a trzecie — zastosowały kryterium mieszane (i tych jest najwięcej). Jak wskazuje wspomniana autorka, w metodzie mieszanej regulacja czynnego żalu nie ogranicza się do przepisu ogólnego bądź połączenia czynnego żalu z formami stadialnymi o postaciach zjawiskowych, ale przewiduje także szczególne przypadki czynnego żalu odnoszące się do różnych grup przestępstw, a uzyskanie bezkarności lub znacznego złagodzenia kary uzależnione jest od spełnienia wielu zróżnicowanych przesłanek natury subiektywnej i obiektywnej<sup>10</sup>. Szczegółowo warunki podmiotowe i przedmiotowe czynnego żalu w wybranych krajach (przede wszystkim z obszaru niemieckojęzycznego), do których niejednokrotnie przyjdzie nam nawiązywać, przedstawia K. Tkaczyk<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 22—26.

<sup>11</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym...*, s. 49—90, 134—183 oraz 351—384.

*Stan prawny na dzień 1 lipca 2015 r.*

*Na zakończenie niniejszego „Wstępu” pozostał mi jeszcze miły obowiązek złożenia podziękowań wszystkim, którzy w mej pracy bardzo mnie wspierali. W pierwszym rzędzie winna jestem ogromną wdzięczność mojej dawnej promotorce i wciąż niedoścignionej mentorce Pani Profesor Teresie Dukiet-Nagórskiej. Bardzo wiele zawdzięczam też regularnym spotkaniom z pracownikami Katedry Prawa Karnego i Kryminologii WPiA UŚ, w czasie których mogłam prezentować wybrane fragmenty pracy. Szczególne podziękowania chciałabym złożyć recenzentowi pracy Panu Profesorowi Jarosławowi Majewskiemu. Jego bardzo wnikliwa lektura mojej monografii, a potem cenne uwagi sprawiły, że kilka kwestii raz jeszcze musiałam przemyśleć. Podkreślić jednak muszę, że wszelkie występujące w pracy błędy i niedociągnięcia obciążają już tylko mnie. I wreszcie, bardzo chciałabym podziękować Rodzinie, która skutecznie wspierała mnie w moich usiłowaniach. To dzięki Niej zdołałam z usiłowania przejść do etapu dokonania (ufając, że nie jest to usiłowanie kwalifikowane).*

## Rozdział pierwszy

# Rozwój historyczny usiłowania jako formy stadialnej oraz powiązanego z nim czynnego żalu

Trudno nie zgodzić się z A. du Boys, który pisał, że prawnik „nie może pomijać historii prawa. Aby wiedzieć, gdzie jest, musi wiedzieć, skąd przyszedł i dokąd zmierza”<sup>1</sup>. Z kolei I. Andrejew wskazywał, że bez znajomości genealogii instytucji dzisiejszego prawa wiedza o nim jest powierzchowna<sup>2</sup>. Od kształtu, zakresu, temporalizacji usiłowania zależy kształt i zakres czynnego żalu. Dlatego też pierwsza część niniejszej pracy winna być poświęcona tej formie stadialnej i jej rozwojowi, a przede wszystkim — chociaż w dalszej kolejności — czynnemu żalowi powiązanemu z usiłowaniem. Historia usiłowania i czynnego żalu to nie tylko możliwość poznania początków i ewolucji rozmaitych elementów składowych tych instytucji, lecz także swoisty spis treści problemów łączących się z tymi zagadnieniami, o których szerzej wypadnie później powiedzieć. I to właśnie w historii tych instytucji poszukiwać można rozwiązań, przynajmniej niektórych, problemów związanych z usiłowaniem (i czynnym żalem).

---

<sup>1</sup> Cyt. za: M. Wąsowicz: *Nurt socjologiczny w polskiej myśli prawnocarnej*. Warszawa 1989, s. 158.

<sup>2</sup> I. Andrejew: *Ankieta na temat miejsca dyscyplin historycznoprawnych wśród nauk historycznych i prawnych*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1970, 22, 1, s. 195, gdzie autor wskazał równocześnie na niedostatki opracowań historycznych w zakresie prawa karnego.



## 1. Ewolucja instytucji usiłowania

Trud opisanie historii usiłowania podjął już w 1941 r. J. Makarewicz, jednak sama praca, o której tu mowa, się nie zachowała<sup>3</sup>. W latach powojennych, pracując na Państwowym Uniwersytecie Iwana Franki we Lwowie, składając coroczne sprawozdanie na posiedzeniu Katedry, poinformował zebranych, że pracuje nad tematem „Historia rozwoju instytucji usiłowania”. Tak sformułowany temat nie zyskał jednak akceptacji zebranych i ostatecznie J. Makarewicz, jak wynika z protokołu, wyraził zgodę, by pracy nadać nowe brzmienie, mianowicie *Реакционная сущность института покушения в буржуазном уголовном праве*. Jak zauważa A. Redzik, nie wiemy, czy zapowiadana praca Makarewicza powstała, czy też wspomniana wypowiedź służyła jedynie do celów sprawozdawczych<sup>4</sup>.

Zdaniem S. Śliwińskiego, „Usiłowanie jako zjawiskowa forma przestępstwa nie jest znane ustawodawstwom prymitywnym. Dla nich istotną rzeczą jest skutek przestępny. Wychodzą one z założenia odpowiedzialności za skutek, skoro więc sprawca próbował dokonać przestępstwa, ale mu się to nie udało, więc czyn z jego punktu widzenia tak pojętego porządku prawnego jest obojętny”<sup>5</sup>. Niezależnie od dzisiejszego pojmowania sformułowania „prawodawstwa prymitywne” zauważyć trzeba, że w Kodeksie Hammurabiego, zredagowanym w XVIII w. p.n.e w Mezopotamii i niemal w całości do dzisiaj zachowanym, brak jest przepisów statuujących odpowiedzialność za usiłowanie. Analiza bardzo kazuistycznych przepisów pozwala na dostrzeżenie swoistego usiłowania czy przygotowania podniesionego do rangi dokonania. Chyba o takiej formie można mówić na tle § 226 (Nagłówek LXVIII *O karze za zgolenie znaku niewolniczego*) o treści: „Jeśli cyrulik niewolników bez zgody pana niewolnika zgolił znak niewolniczy, obetną temu cyrulikowi rękę”<sup>6</sup>. Również w prawie karnym greckim epoki niewolnictwa karane było tylko przestępstwo dokonane, a nie usiłowane<sup>7</sup>. Szczegółową analizę prawa obowiązującego w tym okresie przeprowadził już w 1938 r. K. Mosing. W epoce Homerowej nie znano odpowiedzialności za

<sup>3</sup> Juliusz Makarewicz, w: K. Pol: *Poczet prawników polskich XIX—XX w.* Warszawa 2000, s. 877.

<sup>4</sup> A. Redzik: *Profesor Juliusz Makarewicz — życie i dzieło*. W: *Prawo karne w poglądach Profesora Juliusza Makarewicza*. Red. A. Grześkowiak. Lublin 2005, s. 82.

<sup>5</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne*. Warszawa 1946, s. 293.

<sup>6</sup> R. Skeczkowski: *Pomniki prawa. Kodeks Hammurabiego, Prawo Salickie, Wielka Karta Wolności*. Koszalin 1996, s. 92. Por. też C. Kunderewicz: *Kodeks Ur-Nammu*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1958, 10, 2, s. 9—17, gdzie autor analizuje najstarszy znany dotychczas zbiór przepisów prawnych (poprzedzający o ponad 350 lat Kodeks Hammurabiego).

<sup>7</sup> B. Lesiński, W. Rozwadowski: *Historia prawa*. Warszawa—Poznań 1980, s. 40.

usiłowanie przestępstwa — nie było reakcji (odpłaty) nawet za nieudany zamach na życie ludzkie. Usiłowanie zabicia człowieka nienacechowane krwią ofiary nie wymagało krwi zamachowca<sup>8</sup>. Równocześnie wymieniony autor nie zgadzał się z tezą Jamontta, w myśl której ustęp *Odysei* Homera, opisujący, jak zalotnicy Penelopy po nieudanej zasadzce na życie Telemacha obawiali się kary wygnania z kraju za „skrytobójstwa zamach choć chybiony” (ks. XVI, w. 379)<sup>9</sup>, świadczy o karalności usiłowania, a nawet przygotowania w epoce Homera. Mosing, nawiązując do ks. XVI, wersy 400—402, uważał, że przygotowanie i spiski na życie rządzących to nie usiłowanie, ale specyficzne dokonanie przestępstwa. Przekonywał ponadto, że w przypadku tego typu czynów kara ma sens właśnie przy braku dokonania, udany zamach bowiem oznaczał najczęściej nowy porządek prawny oparty na zwycięskiej sile „wywrotowca”, który już nie dawał podstawy do ukarania sprawcy<sup>10</sup>. Prawo Drakona, będące pierwszą ateńską kodyfikacją, rozróżnia już zabójstwa umyślne i nieumyślne, zamiast zemsty krwawej przewiduje sądownictwo publiczne, wciąż brak jednak pojęcia usiłowania<sup>11</sup>. W prawie karnym mówców ateńskich (prawo Salona) pojawia się odpowiedzialność za zranienie bez wyniku śmiertelnego, mimo że wynik ten był przez sprawcę zamierzony. Zdaniem wielu (Thonissen, Lipsius, Herrlich, Caner, Tesar, Levi) — jak relacjonuje K. Mosing — świadczy to o tym, że oprócz zabójstwa dokonanego było ówczas należyte zrozumienie i uwzględnienie pojęcia usiłowania tego przestępstwa. Jednak według K. Mosinga, wymienieni autorzy nie zauważają, że owo zranienie było już obiektywnym złem przynoszącym dotkliwy uszczerbek, a prawo karne tamtego okresu nie знаło pojęcia usiłowania zabicia człowieka<sup>12</sup>.

Sięgając do innego obszaru kulturowego, warto zauważyć, że wśród praw, które Mojżesz miał przedłożyć z woli Boga Hebrajczykom, znalazło się i takie: „Jeżeli ktoś zastawia na bliźniego swego zasadzkę, by go podstępnie zabić, to weźmiesz go nawet od ołtarza mojego, aby go ukarać śmiercią” — II Księga Mojżeszowa, 21.14<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> K. Mosing: *Prawo starożytnej Grecji a zagadnienie usiłowania przestępstwa*. Lwów 1938, s. 12. Należy jednak pamiętać, że rekonstrukcji instytucji prawa karnego w starożytnym Egipcie sprzed XVI w. p.n.e. dokonywać należy bardzo ostrożnie, ze względu na „kazuistyczne źródła, najczęściej w postaci dokumentów praktyki — M. Stus: *Staroegipskie prawo karne w świetle źródeł z epoki Nowego Państwa (XVI—XI w. p.n.e.)*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2008, 40, 2, s. 16—17.

<sup>9</sup> Jamontt: *Zagadnienia kryminologiczne w mitologii greckiej*. Warszawa 1924, s. 32—34, cyt. za: K. Mosing: *Prawo starożytnej Grecji...*, s. 18.

<sup>10</sup> K. Mosing: *Prawo starożytnej Grecji...*, s. 18—21. Por. również opis przypadku zdrady stanu w: M. Stus: *Staroegipskie prawo karne...*, s. 19—22.

<sup>11</sup> K. Mosing: *Prawo starożytnej Grecji...*, s. 21—25.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 28—32.

<sup>13</sup> *Biblia to jest Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu*. Warszawa 1975, s. 85.

Jak akcentował S. Śliwiński, karalność usiłowania toruje sobie drogę w prawie karnym powoli, ale stale. W literaturze wskazuje się, że rekonstruowanie ogólnych zasad rzymskiej odpowiedzialności karnej jest niezmiernie trudne. Wynika to zarówno ze specyficznego rozwoju rzymskiego prawa karnego, który był związany z przemianami rodzajów postępowania sądowego i tworzeniem odrębnie unormowanych form odpowiedzialności za poszczególne przestępstwa, jak i faktem typowo kazuistycznego rozumowania rzymskich jurystów. Spotykane w źródłach prawa rzymskiego pewne zasady generalne, które mają zresztą jedynie charakter fragmentaryczny, są przejawem poglądów poszczególnych jurystów lub też są sformułowane w odniesieniu do określonych historycznie rodzajów przestępstw<sup>14</sup>. Już w późniejszym prawie rzymskim oprócz wyniku (*exitus*) zaczynał odgrywać rolę czynnik woli sprawcy (*voluntas*). Cesarz Hadrian (117—138) pisał w Reskrypcie: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* („Przy przestępstwach bierze się w rachubę chęć, nie wynik”)<sup>15</sup>. Z tą tezą nie zgadza się E. Krzymuski, twierdząc, że Reskrypt Hadriana pozwala jedynie wnosić, że prawo rzymskie „pociągało już do kary za niektóre akta, dążące do zabicia człowieka na równi z dokonaniem tej zbrodni, nie zaś iżby miało w myśl jakiejś ogólnej ustawy karać, choćby tylko każdy akt będący usiłowaniem zabójstwa, i tylko tyle znaczyła reguła *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*”<sup>16</sup>. Zdaniem W. Wołodkiewicza, z którym jednak trudno się zgodzić, odpowiedzialność za usiłowanie popełnienia przestępstwa była znana jedynie w przypadku niektórych rodzajów przestępstw, np. *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* (81 r. p.n.e.) przewidywała odpowiedzialność za samo chodzenie z bronią w celu zabicia człowieka. W zasadzie jednak odpowiadało się jedynie za dokonanie przestępstwa<sup>17</sup>. Szerzej na ten temat wypowiedział się K. Amielańczyk, który zakwestionował stanowisko W. Wołodkiewicza. K. Amielańczyk, powołując się też na poglądy A. Stankiewicza<sup>18</sup>, podkreśla, że prawo rzymskie, w tym ustawa Korneliusza Sulli, nie знаło konstrukcji usiłowania. Wszystkie zachowane opisy czynów podlegających karze świadczą — zdaniem tego autora — że podstawowym przedmiotem ochrony było bezpieczeństwo i porządek publiczny. Jak dodaje wspomniany autor, ochrona taka musiała w pierwszym rzędzie polegać na eliminacji zachowań grożących życiu i zdrowiu ludzkiemu, i to niezależnie od tego, czy zachowania te doprowadziły do śmierci człowieka, czy też nie. W istocie, jak w innym miejscu

<sup>14</sup> W. Wołodkiewicz, w: *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*. Red. W. Wołodkiewicz. Warszawa 1986, s. 220.

<sup>15</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 293 i nast.; W. Makowski: *Kodeks karny*. Warszawa 1921.

<sup>16</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*. Warszawa 1884, s. 20.

<sup>17</sup> W. Wołodkiewicz, w: *Prawo rzymskie...*, s. 220.

<sup>18</sup> A. Stankiewicz: *Usiłowanie zabójstwa w prawie rzymskim*. „Prawo Kanoniczne: kwartalnik prawnohistoryczny” 20, 3—4 (1977), s. 295—297.

zauważa A. Stankiewicz, *lex Cornelia* to normy o charakterze policyjnym, mające przede wszystkim zapobiegać zadawaniu śmierci, a nie oddziaływać represyjnie na samych sprawców zabójstw<sup>19</sup>. Wcześniej, w ustawie XII tablic (druga połowa okresu prawa antycznego, ok. 450 r. p.n.e.), karalne było np. wyspiwywanie guseł mających ściągnąć na kogoś śmierć lub inne nieszczęścia (*malum carmen incantare*)<sup>20</sup>. Wszystkie te konstrukcje, chociaż przypominają instytucje usiłowania, bliższe są chyba jednak konstrukcji usiłowania określonego typu czynu podniesionego do rangi dokonania czy też przestępstwa z narażenia abstrakcyjnego.

W czasach feudalnych, w okresie rodowo-plemiennym, przestępstwo traktowano jako naruszenie pokoju (*Frieden*, słowiański *mir*) panującego w danej grupie społecznej. Przy ocenie przestępstwa bardzo małą rolę odgrywała kwestia winy przestępcy. Zwracano uwagę przede wszystkim na skutki popełnionego czynu, bez względu na zamiar sprawcy i (zasadniczo) okoliczności towarzyszące przestępstwu. Prowadziło to do nieuznawania usiłowania przestępstwa jako czynu przestępczego<sup>21</sup>. Poglądy te utrzymały się we wczesnym średniowieczu<sup>22</sup>. Podobnie było w prawie polskim<sup>23</sup>. Niemniej jednak w VI w. istniały już regulacje swoją konstrukcją przypominające dzisiejsze usiłowanie podniesione do rangi dokonania. Przepisy tamtego okresu wprowadzały karalność swoistego rodzaju usiłowania (a nawet przygotowania w dzisiejszym rozumieniu), ale wyłącznie w stosunku do czynów przeciwko życiu i władcy, przy czym — co należy podkreślić — wyraźnie zaznaczano w przepisach brak „dokonania”, co szczególnie upodabnia konstrukcję tych przepisów do definicji usiłowania. I tak *Lex Salica* (VI w.) przewidywał: „XVII.1. Gdyby ktoś chciał zabić i cios chybił, niech będzie skazany na 2500 denarów, które czynią 63 solidy [...]. XIX.2. Gdyby ktoś rzucił na kogoś czary, a ten uniknął ich działania, sprawca przestępstwa, któremu je udowodniono, niech będzie skazany na 2500 denarów, co czynią 63 solidy”. Natomiast Edykt Rotara (z 643 r.) stanowił: „jeżeli wolni ludzie naradzają się z sobą co do śmierci innego, bez rady króla, i z tej umowy nie wyniknie śmierć, niech każdy okupi [to], jak wyżej, 20 solidami”<sup>24</sup>. Z kolei Prawda

<sup>19</sup> K. Amiełańczyk: „*Lex Cornelia de sicariis et veneficis*”. *Ustawa Korneliusza Sulli przeciwko nożownikom i trucicielom. 81 r. p.n.e.* Lublin 2011, s. 28, 150—155.

<sup>20</sup> B. Lesiński, W. Rozwadowski: *Historia prawa...*, s. 40.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 273.

<sup>22</sup> *Ibidem*, s. 276.

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 332—333.

<sup>24</sup> A. Dziadzio, D. Malec: *Historia prawa. Prawo karne w świetle źródeł*. Kraków 1997, s. 41. Jednocześnie zaznaczyć należy, że zdaniem M. Patkaniowskiego, Edykt Rotara zna usiłowanie karalne otrucia; na potwierdzenie autor przywoływał stosowny jego fragment: „*De venenum temperatum. Si quis homo liber aut mulier venenum temperaverit et alii ad bivendum dare voluerit, conponat solidos viginti, sicut ille qui de morte alterius consiliatus fuerit*” oraz „*Si liber aut libera venenum alli daderit ad bivendum, et qui acceperit, ex ipso veneno mortuus non fuerit, conponat qui venenum dedit, medietatem praetii ipsius, quod adpraetiatum fuerit, si*

Ruska (XI—XII w.) w art. 9 stanowiła: „Jeżeli kto wyciągnął miecz, lecz nie uderzył, płaci 1 grzywnę”<sup>25</sup>, gdzie swoiste usiłowanie przybrało — z dzisiejszej perspektywy — postać przestępstwa formalnego z narażenia. Natomiast wydawać by się mogło, że w art. 30 mamy do czynienia z usiłowaniem *sui generis*: „Jeżeli kto uderzy mieczem, lecz nie zabije na śmierć, to 3 grzywny, a tamtemu grzywna za ranę na leczenie; a jeśli posieka na śmierć, to wira”<sup>26</sup>. Jednak chyba bardziej prawdopodobne jest to, że podstawą karalności był sam skutek w postaci zranienia, a brak śmierci to wyłącznie okoliczność zdarzenia (zatem konstrukcja przypominająca dzisiejsze usiłowanie kwalifikowane). Inaczej kwestia ta wygląda w § 539 Księgi ławniczej miasta Brna z 1243 r. — **„Każdy, kto mianowicie umyślnie i z rozmysłem napadnie na drugiego i wprowadzie go nie zabije, lecz tylko rani, zostanie według swej woli, którą on miał, ukarany jak morderca”**<sup>27</sup>. Tutaj wyraźnie mamy do czynienia z **usiłowaniem przestępstwa zabójstwa, co więcej przewidziana karalność odsyłała *de facto* do formy dokonaniowej tego czynu**. Natomiast przestępstwo formalne z zaniechania, w kształcie podobnym do obowiązującego dzisiaj, przewidywał Przywilej Bolesława Pobożnego dla Żydów z 1264 r.: „Stanowimy — skoro żyd jaki, koniecznością nadmierną zmuszony, będzie wołał w nocy o pomoc, a sąsiedzi chrześcijanie udzielić mu pomocy doraźnej omieszkują, a na wołanie nie przybędą, każdy sąsiad jego chrześcijanin 30 solidów zapłaci”<sup>28</sup>. Usiłowania zabójstwa, zdaniem T. Maciejewskiego, dotyczy § 7<sup>29</sup> najstarszego Zводу prawa polskiego (zwany Księgą elbląską<sup>30</sup>), prawdopodobnie z XIII w.<sup>31</sup>, jednak — jak się wydaje — nie o usiłowanie tu chodzi, a o swoistą obronę konieczną. „O wyjęciu miecza alibo korda w sądzie” stanowiły natomiast Statuty Kazimierza Wielkiego (ok. poł. XIV w.)<sup>32</sup>. Ilustracją przestępstw formalnych o charakterze reli-

eum occidissit”. — M. Patkaniowski: *Wina i kara. Elementy rzymskie i germańskie w prawie karnym statutów miast włoskich*. Kraków 1939, s. 84.

<sup>25</sup> A. Gulczyński, B. Lesiński, J. Walachowicz, J. Wiewiorowski: *Historia państwa i prawa. Wybór tekstów źródłowych*. Poznań 2002, s. 111.

<sup>26</sup> A. Dziadzio, D. Malec: *Historia prawa...*, s. 16.

<sup>27</sup> Ibidem, s. 26.

<sup>28</sup> A. Gulczyński, B. Lesiński, J. Walachowicz, J. Wiewiorowski: *Historia państwa i prawa...*, s. 129.

<sup>29</sup> „§ 7. Jeśli kto napada drugiego, chcąc go zabić, a ów broniąc się, tamtego rani i przyjdzie przed jego sędziego i oskarża go ze świadkami, że go napadł i chciał zabić, wówczas gdy dowiedzie samosiódm, ten [napastnik], mimo że został ranny, płaci karę 6 grzywien”. — A. Dziadzio, D. Malec: *Historia prawa...*, s. 32.

<sup>30</sup> Por. J. Adamus: *Najstarszy zwód prawa polskiego*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1960, 12, s. 189—193.

<sup>31</sup> T. Maciejewski, w: *Źródła prawa karnego. System prawa karnego*. Red. T. Bojarski. T. 2. Warszawa 2011, s. 10. Por. jednak J. Matuszewski: *Dyskusja nad Najstarszym Zводом Prawa Polskiego*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1960, 12, s. 252—259.

<sup>32</sup> A. Gulczyński, B. Lesiński, J. Walachowicz, J. Wiewiorowski: *Historia państwa i prawa...*, s. 136—137.

gijnym, charakterystycznych dla XIV, XV i XVI w., jest karalność posiadania lub czytania książek heretyckich oraz wyznawania, obrony i rozpowszechniania herezji przewidziana w Statutach mazowieckich księcia Janusza II z 1525 r.<sup>33</sup> Klasyczny przykład przestępstwa z narażenia, wprowadzającego karalność na przedpolu dokonania przestępstwa nieumyślnego, przytaczają art. 54 i 56 Tomasa Działyńskiego wilkierza na starostwo łąkorskie (z 1692 r.), przewidujące odpowiedzialność za pozostawienie dzieci lub kotów bez opieki mogące doprowadzić do pożaru<sup>34</sup>.

Reasumując, nie można zgodzić się z tezą, że aż do czasów Oświecenia zachowania, które nie wyrządziły żadnej szkody, dla dobra mającego wartość społeczną pozostawały irrelewantne<sup>35</sup>.

W średniowieczu początkowo (aż do XII w.) prawo nie знаło konstrukcji usiłowania. Jak wyjaśnia M. Patkaniowski, w statutach miast włoskich faktyczne usiłowania poszczególnych przestępstw karane były jako osobne przestępstwa — z różnych czynności przygotowawczych wiodących do wykonania jakiegoś przestępstwa — tworzyły statuty odrębne, bardzo kazuistyczne stany przestępne, z których każdy był karany jako osobne przestępstwo, a nie jako akt przedsięwzięty w celu popełnienia jeszcze większego przestępstwa, jako początek przestępstwa głównego<sup>36</sup>. W ostatnich wiekach średniowiecza (XIII—XV w.) nastąpiły nowe, istotne zmiany w prawie karnym. Wielkie znaczenie dla ewolucji prawa karnego miała szkoła włoska, wywodząca się zarówno z nauki prawa lombardzkiego, jak i rzymskiego (zwłaszcza z nauki komentatorów). Prawo to dokonuje już wyraźnego rozróżnienia między złym zamiarem (*dolus*) a winą nieumyślną (*culpa*). W związku z tym, jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, rozwinęto też konstrukcje usiłowania, tj. działania mającego na celu urzeczywistnienie

---

<sup>33</sup> K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezsuktkowe). Zagadnienia teoretyczne, politycznoprawne i technicznolegislacyjne* [niepublikowana praca doktorska]. Warszawa INP PAN 1988, s. 76.

<sup>34</sup> Artykuł 54 *O zamykaniu dzieci małych w domu*: „A ponieważ wielka w tym nieuwaga głupich matek bywa, że częstokroć, wychodząc z domu, zamykają i zostawiają dziatki przy ogniu, które jako głupie i swawolne, igrając z ogniem, częstokroć dom zapalają z niebezpieczeństwem całej wsi, więc warujemy niniejszym wilkierzem, aby za przeświadczeniem tacy raz i drugi od frejszulca napomnieni, we wsi cierpieni nie byli, nadto za każdy raz dadzą winy na kościół 5 funtów wosku”. Art. 56 *O kotach kominem skaczących*: „Jeżeli by też miał kto nałożonego kota w domu, żeby z izby kominkiem wyskakiwał, takiego kota powinien gospodarz zatracić dla bezpieczeństwa ognia, żeby skacząc kominkiem, ognia gdzie nie zaproszył, pod winą groszy 5 przysiężnemu”. — A. Gulczyński, B. Lesiński, J. Wałachowicz, J. Wiewiorowski: *Historia państwa i prawa...*, s. 156.

<sup>35</sup> A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, System prawa karnego*. Red. R. Dębski. T. 3. Warszawa 2013, s. 710.

<sup>36</sup> M. Patkaniowski: *Wina i kara...*, s. 884—885.

złego zamiaru, które jednak nie odniosło zamierzonego skutku. W ślad za tym wprowadzono karalność usiłowania<sup>37</sup>. W myśl teorii glosatorów, w pochodzie działania przestępnego można wyróżnić trzy główne etapy (stacje): 1) *cogitare et ad actum non procedere*, 2) *cogitare, ad actum procedere et perducere ad effectum*, 3) *cogitare, ad actum procedere et non perducere ad effectum*. Pierwsza (jak nazwał ją E. Krzymuski) stacja zamyka pochod wewnętrzny działania przestępnego i nie stanowi żadnego aktu karygodnego. Druga zamyka pochod zewnętrzny działania przestępnego, tj. zaznacza ostatni punkt zmanifestowania się woli przestępczej w świecie zewnętrznym (działanie ukazuje się w postaci skończonej i otrzymuje nazwę dokonania). Trzecia stacja — pośrednia, obejmuje cały pochod zewnętrzny między pierwszym a ostatnim aktem zmanifestowania się na zewnątrz woli przestępczej — czyli to, co nauka późniejsza włączyła w zakres pojęcia „usiłowanie przestępstwa” (*conatus delinquendi*) w jego najszerszym znaczeniu<sup>38</sup>. Jeden z glosatorów Albertus Gandinus (autor dzieła *Tractatus maleficiorum*, wydane w 1494 r., a napisanego prawdopodobnie w 1462 r.) rozróżnia cztery przypadki: 1) *aut quis cogitat, agit et perficit, aut 2) quis cogitat et agit nec perficit, aut 3) non cogitat et agit et perficit, aut 4) nec cogitat, nec agit, nec perficit*. Jak zauważa i podkreśla E. Krzymuski, usiłowanie określone zostało w pkt. 2, z wyraźnie zaznaczonym (po raz pierwszy) zamiarem<sup>39</sup>.

W czasach nowożytnych, pod wpływem nauki i praktyki włoskiej, jak również w niemałym stopniu pod wpływem prawa kanonicznego, rozwinęły się i ustaliły bardziej nowoczesne zasady obowiązujące w materialnym prawie karnym. Kładzenie m.in. nacisku na nastawienie woli sprawcy położyło kres dawnej średniowiecznej zasadzie, że o przestępstwie decyduje skutek zewnętrzny. W tym czasie za przestępstwo uznawano też usiłowanie (rozróżniano różne jego rodzaje)<sup>40</sup>. Jednak zdaniem J. Makarewicza, początkowy rozwój pojęcia usiłowania nie oznacza zwycięstwa „subiektywnej winy”. Wprawdzie człowiek pierwotny — jak pisał wspomniany autor w 1906 r. — nie znał go, a u ludów cywilizowanych jest już znane, jednak to nie wewnątrz sprawcy było przyczyną zwrócenia uwagi na konieczność karania usiłowania przestępstwa, lecz procesy zachodzące w świecie zewnętrznym. Gdy dostrzeżono bowiem, że wymierzona w kogoś broń nie zabija tylko dlatego, że uniemożliwił to szczęśliwy traf, pojawiła się skłonność do uznawania tego za przestępstwo. Nie brano — zdaniem J. Makarewicza — pod uwagę woli sprawcy, lecz owo niepokojące „niebezpieczeństwo”<sup>41</sup>.

Pierwsza wielka nowożytna kodyfikacja prawa — *Constitutio Criminalis Carolina* z 1532 r., oprócz wielu nowatorskich rozwiązań (instytucji błędu, ogra-

<sup>37</sup> B. Lesiński, W. Rozwadowski: *Historia prawa...*, s. 279—280.

<sup>38</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw...*, s. 26.

<sup>39</sup> Ibidem, s. 29.

<sup>40</sup> B. Lesiński, W. Rozwadowski: *Historia prawa...*, s. 281—282.

<sup>41</sup> W. Makarewicz: *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*. Lublin 2009, s. 446.

niczenia odpowiedzialności karnej ze względu na stan sprawy potwierdzany opinią biegłych), sformułowała po raz pierwszy ogólną definicję usiłowania<sup>42</sup>. Przepis art. 178 stanowił: Jeśli ktoś usiłowałby popełnić przestępstwo za pomocą czynności, które jawnie służyłyby dokonaniu przestępstwa, lecz wbrew jego woli w dokonaniu tego przestępstwa przeszkodziłyby mu inne czynności, to za tę swą złą wolę, przejawiającą się w tych działaniach, powinien on zostać ukarany, uwzględniając okoliczności i charakter sprawy w jednych przypadkach bardziej surowo niż w innych. Dlatego ławnicy winni zasięgać rady, czy podlega on karom cielesnym, czy też karze śmierci<sup>43</sup>. Warto jednak za S. Salmonowiczem podkreślić, że dogmatyką *Caroliny* rządziła szczególna reguła, zupełnie odmienna od reguł współczesnej dogmatyki prawa karnego. Zawarte w tym akcie prawnym ujęcie instytucji ogólnych prawa karnego jest efektem rozważań, czy w odniesieniu do sprawcy jakiegoś czynu nagannego mamy do czynienia z sytuacją klarowną, typową, co pozwala na wymierzenie kary przewidzianej, czy też w grę wchodzi jakieś przyczyny (odchylenia), które przy wymierzeniu kary należy uwzględnić<sup>44</sup>. W takim więc kontekście pojawia się wspomniana definicja usiłowania. Należy przy tym pamiętać, że *Carolina* pośrednio lub bezpośrednio wywarła olbrzymi wpływ na prawo karne wielu państw. Przepis dotyczący usiłowania znany był również w Polsce, zwłaszcza dzięki opracowaniu B. Groickiego<sup>45</sup>, i wszedł do praktyki sądów miast na prawie magdeburskim<sup>46</sup>, jednak upłynąć musiało jeszcze dużo czasu.

Kolejnym etapem rozwoju nowożytnego prawa karnego był Powszechny kodeks karny o zbrodniach i karach (*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*; Josephina, Józefina) — kodeks karny cesarza Józefa II, obowiązujący od 1787 r. w krajach monarchii habsburskiej. Po raz pierwszy zrównano w nim usiłowanie z dokonaniem przestępstwa, stanowiąc: „Lubo sama tylko myśl i wewnętrzny szczególnie zły zamiar występku kryminalnego nie sprawują, występki jednak rozumieć się może, chociażby rzeczywiście popełniony nie był. Same usiłowanie może być kryminalnym występkiem, jak tylko ten, który ma myśl do rzeczywistego popełnienia zbrodni, do się przysposobił, i swoje przedsięwzięcie przez powierzchowne znaki, i uczynkiem odkrył,

<sup>42</sup> S. Salmonowicz ocenia regulację usiłowania jako czołową zdobycz CCC — S. Salmonowicz: *Wizerunek kodeksu: „Constitutio Criminalis Carolina”*. „Roczniki Nauk Prawnych” 2003, 13 (1), s. 59.

<sup>43</sup> A. Dziadzio, D. Malec: *Historia prawa...*, s. 42.

<sup>44</sup> S. Salmonowicz: *Wizerunek kodeksu...*, s. 58.

<sup>45</sup> „Gdzieby na kogo ukazało się z tych rzeczy, których do wypełnienia jakowego złoczynstwa potrzeba, że chce co złego wypełnić i uczynić, a iż nad wolą jego cokolwiek do tego przeszkadza, żeby nie mógł tego, co umyślił, ku końcowi przywieść, takowe umyślenie i przedsięwzięcie gdzieby się słusznie polazało, a dowody na to pewne były, ma być criminaliter karan”. — M. Mikołajczyk: *Stadia popełnienia przestępstwa. Z badań nad miejskim prawem karnym w Polsce XVI—XVIII wieku*. W: *Z dziejów prawa*. Red. A. Lityński. Katowice 1996, s. 46.

<sup>46</sup> S. Salmonowicz: *Wizerunek kodeksu...*, s. 56.



sama zaś zbrodnia, dla niemocy, lub zdarzonych innych przeszkód, albo przypadku, nie dopełnioną była<sup>747</sup>. Definicja ta bardzo szeroko ujmowała usiłowanie — mieściło się w nim również dzisiejsze przygotowanie.

Jednocześnie zaś, jeszcze w 1764 r., C. Beccaria pisał: „Z tego, że prawa nie karzą za sam zamiar, nie wynika bynajmniej, by przestępstwo rozpoczynające się jakimś działaniem, które ujawnia chęć doprowadzenia go do końca, nie zasługiwało na karę, choćby lżejszą niż za dokonanie tego przestępstwa. Zastosowanie kary uzasadnione jest tym, że jest rzeczą ważną, aby zapobiegać usiłowaniu<sup>748</sup>”.

W następnych latach autorzy podjęli trud definiowania samego usiłowania, a także wytyczania jego granic temporalnych. Pozostali wierni określeniu glosatorów i tezie, że usiłowanie zasadza się na *cogitare, agere sed non perficere*, aczkolwiek wypowiadali tę myśl w nieco odmiennych słowach. Żyjący w latach 1761—1835 G.D. Romagnosi (autor *Genesi del divitto penale*) uważał, że o usiłowaniu można mówić od momentu podjęcia decyzji o popełnieniu przestępstwa przez ewentualnego sprawcę aż do jego dokonania. P.J.A. Feuerbach (1775—1833) nie wyodrębnia wprawdzie instytucji usiłowania, ale do działań wpisujących się w zakres tego pojęcia zalicza wszystkie „akta” mające miejsce między zapadnięciem postanowienia przestępnego a dokonaniem odpowiadającego mu przestępstwa, „zarówno to, co on nazywa ‘*die geendigte Unternehmung*’, a co jest niczem innym, tylko t.z. usiłowaniem zupełnym (*delictum perfectum*), jak i akta przygotowawcze, które znów u niego noszą nazwę usiłowania oddalonego (*entfernter Versuch*)<sup>749</sup>. Podobnie wypowiadał się K. Zachariae (1812—1894), na którego definicję usiłowania po wielokroć powoływał się E. Krzymuski. Definicja usiłowania autorstwa K. Zachariaego w tłumaczeniu Krzymuskiego brzmiała następująco: „Usiłowanie danego przestępstwa jest to dopuszczenie się lub zaniechanie pewnego działania zewnętrznego zwrócone ku popełnieniu tego przestępstwa, a z którym nie wszystko się jeszcze stało, lub też wskutek którego nie wszystko jeszcze nastąpiło, co wchodzi w skład dokonania tego przestępstwa w myśl jego pojęcia ustawowego<sup>750</sup>”.

Za najwybitniejszy pomnik polskiej kultury prawnej doby Odrodzenia można — zdaniem W. Uruszczaka — uznać Korekturę praw z 1535 r. (mimo że nie zyskała rangi ustawy, była projektem kodeksu prawa polskiego przygotowanym na polecenie sejmu walnego). Prawo karne w Korekturze praw nie stanowi zwartej całości, wyodrębnionej z innych części projektu. Warto zaznaczyć, że tworzyły je normy, które dawały rozstrzygnięcie konkretnych stanów faktycznych. Nie zawiera ono ustawowych pojęć ogólnych — Korektura nie знаła usiłowania

<sup>47</sup> A. Dziadzio, D. Malec: *Historia prawa...*, s. 43.

<sup>48</sup> C. Beccaria: *O przestępstwach i karach*. Warszawa 1959, s. 190—191.

<sup>49</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępczym...*, s. 31.

<sup>50</sup> *Ibidem*, s. 31 i 43.

jako formy popełnienia przestępstwa. W polskim prawie karnym w XVI w., a także później dominowała koncepcja, że usiłowanie jest karalne tylko jako przestępstwo *sui generis*. Znaleźć więc można kilka tego rodzaju przepisów, np. noszenie broni na rokach sądowych (C. 198), wyciągnięcie i zamachnięcie się mieczem (C. 199). Co istotniejsze, według W. Uruszczaka, zgodnie z wykładnią literalną niektórych przepisów, w pewnym przypadku ustawodawca polski mógł mieć na myśli również karalność usiłowania. Ma to miejsce, zdaniem wymienionego autora, wszędzie tam, gdzie dana przestępna czynność występuje z dodatkowym określeniem *praesumere*. Wspomniany autor wskazuje przykład C. 686, zgodnie z którym samo podjęcie się sprzedaży lub kupna złotego dukata po cenie odbiegającej od przepisanej kursu podlegało karze (*Si quis autem per alium walorem aut vendere aut emere florenom Ungaricales praesumpserit*). Podobnie w przykładzie C. 44 za winnego zbrodni obrazy majestatu uznano także tego, kto sędziów lub innych urzędników *violare praesumpserit*<sup>51</sup>. Kreśląc obraz polskiego prawa karnego u schyłku Rzeczypospolitej, opierając się przede wszystkim na prawie pisanym zawartym w konstytucjach ogłoszonych przez xx. Pijarów pod nazwą *Volumina Legum*, J. Makarewicz konstatuje, że prawo to nie zna pojęcia usiłowania w rozumieniu nowożytnym, czyli jako ogólnej formy przejawu przestępstwa, a jedynie sporadycznie kryminalizuje działanie zmierzające do osiągnięcia skutku bez dokonania. Jako najwymowniejszy tego przykład wskazuje chodzenie z rusznicami, cytując konstytucję z 1557 r. — „A żaden ważyć się tego nie ma, aby z nabitą w mieście chodzić miał”, oraz konstytucję z 1581 r. — „Rusznic aby żaden, *cuiuscunque conditionis...* na sejmikach, na zjeździech y na innych Sądowych akcyach, także na biesiadach wszelakich, Targach, Jarmarkach nie używał ani nosił pod winą czternastu grzywien”. Zauważa przy tym, że wielką rolę odgrywa tu presumpcja, że broń ma służyć do zakazanego celu, zagraża bezpieczeństwu życia. Zatem w sytuacjach, gdy presumpcja ma szczególnie silne podstawy, mające oparcie np. w przeszłości sprawcy („hultaje”) albo w stanowisku społecznym niewymagającym noszenia broni (plebejusze), sankcja karna jest o wiele bardziej rygorystyczna. Konstytucja z 1611 r. uzasadnia nawet powody wprowadzenia takich zakazów, podkreślając, że „się ludzi swawolnych namnożyło, że rzadkie zranienia między ludźmi zwyczajną bronią bywają, tylko z rusznicy”<sup>52</sup>. Odtwarzając historię instytucji usiłowania w prawie karnym na obszarach polskich, nie można nie sięgnąć do monografii M. Mikołajczyka, który bardzo szczegółowo przedstawił problem form stadialnych w prawie miast Polski południowej w XVI—XVIII w. W literaturze historycznoprawnej zwraca się uwagę na niejednorodność prawa miast polskich.

<sup>51</sup> W. Uruszczak: *Korektura praw z 1532 roku. Studium historycznoprawne*. T. 2. Warszawa—Kraków 1991. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego”. *Prace prawnicze*, z. 137, s. 9, 11, 23—24.

<sup>52</sup> J. Makarewicz: *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Lwów—Warszawa 1919, s. 55—57.

Nie ograniczała się ona do kilku podstawowych odmian tego prawa, lecz sięgała głębiej — nawet do poziomu poszczególnych osad<sup>53</sup>. Jak wskazuje wymieniony autor, w szesnastowiecznych opracowaniach prawa miejskiego opartych na Zwierciadle saskim i Weichbildzie opisywano pewne stany faktyczne, które dziś zakwalifikowalibyśmy jako przygotowanie bądź usiłowanie przestępstwa. Karano za posiadanie fałszywych kości do gry, fałszywych pieniędzy, noszenie broni, a także osobę, którą zastano nocą w zamkniętym domu<sup>54</sup>. Z kolei W. Maisel zaznacza, że usiłowaniem dokonania przestępstwa, a zarazem samodzielnym przestępstwem było samo czatowanie na drodze, nawet gdy nie doszło do napadu, oraz noszenie zakazanej broni<sup>55</sup>. Coraz częściej widać jednak tendencję do traktowania czynności poprzedzających dokonanie jako formy stadialnej i powiązania z zaplanowanym czynem, przy czym w wypadku zabójstwa elementem konstytutywnym miała być wola sprawcy. Zdaniem M. Mikołajczyka, od II poł. XVI w. nie można wskazać ani jednego przykładu praktyki uwolnienia oskarżonego z tego tylko powodu, że nie osiągnął zamierzonego celu. Jednocześnie stosunkowo długo utrzymywała się w porządkach prawnych samodzielna konstrukcja czynu zadawania trucizny, gdyż dopiero w aktach z 1778 r. znaleźć można sformułowanie, że sprawca „*consorte suam veneno e vita sustulisse attentavit*”. W innych sprawach zachowanie sprawcy już wcześniej starano się powiązać z zamierzonym przestępstwem. Wspomniany autor ustalił, że w Krakowie, przynajmniej od lat osiemdziesiątych XVII w., posługiwano się w miarę stałą terminologią (łacińską), a w II poł. XVIII w. znano też polski termin „usiłowanie”. Zdaniem M. Mikołajczyka, wszystko też świadczy o wyraźnym dążeniu do subiektywizacji odpowiedzialności i uzależnieniu kary nie tylko od dających się zaobserwować zachowań, ale i od celów wyznaczonych sobie przez sprawcę<sup>56</sup>. W rozstrzygnięciach tamtego okresu widać również próbę określania zakresu (czasowego) formy stadialnej. Jedną z granic wytyczało dokonanie, które nie budziło większych wątpliwości<sup>57</sup>. Dru-

<sup>53</sup> M. Mikołajczyk: *Przestępstwo i kara w prawie miast Polski południowej XVI—XVIII wieku*. Katowice 1998, s. 269. Por. też W. Maisel: *Prawo karne w statutach miast polskich do końca XVIII wieku*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1974, 26, 2, s. 103—104, gdzie autor wspomina np. o wilkierzach mówiących o konieczności zapobiegania niebezpieczeństwu grożącemu całemu społeczeństwu na skutek niszczenia fortyfikacji.

<sup>54</sup> M. Mikołajczyk: *Przestępstwo i kara...*, s. 270.

<sup>55</sup> W. Maisel: *Prawo karne w statutach...*, s. 105.

<sup>56</sup> Wskazując na liczne przykłady, autor stawia nawet pytanie, czy w ówczesnej praktyce przyjmowano karalność samych zamierzeń. Zauważa, że terminologia bywa bardzo zwodnicza. I chociaż niejakiego Adama Kubalę skazano w 1705 r. na ścięcie za „rabunkowy zamysł”, to jednak oznaczać to mogło przygotowanie, a nawet usiłowanie — por. M. Mikołajczyk: *Stadia popelnienia przestępstwa...*, s. 44—45.

<sup>57</sup> Chociaż, jak zaznacza autor, niewykluczone, że dokonanie rozumiano wówczas bardzo dosłownie, o czym mogą świadczyć niektóre zeznania oskarżonych rozpaczliwie próbujących dowieść, że ostatecznego skutku nie osiągnęli — Por. *ibidem*, s. 50 i przyp. 66.

gą granicę stanowiły zachowania lokujące się między zamiarem popełnienia przestępstwa a czynnościami przygotowawczymi. To spowodowało, że zaczęto rozróżniać usiłowanie bliskie i oddalone (jednak bez precyzyjnego podziału), które M. Mikołajczyk porównuje do dzisiejszych form przygotowania i usiłowania. Ostatecznie na sposób traktowania przez sądy wstępnych stadiów przestępstwa wpływ miały przede wszystkim waga i rzeczywiste następstwa zamierzonego czynu<sup>58</sup>.

W II poł. XVIII w., w ostatnim okresie niepodległości Polski, w sądach marszałkowskich pojawiło się pojęcie usiłowania kradzieży i rabunku, a kara, jaka spotykała sprawcę, była w zasadzie taka sama, jak ta, która groziła za dokonanie<sup>59</sup>.

W 1776 r. podczas obrad sejmku podjęto próbę kodyfikacji polskiego prawa. Powołano Komisję, na czele której stanął Andrzej Zamojski. Projekt Zbioru praw sądowych (*Zbiór praw sądowych na mocy konstytucji roku 1776 przez J.W. Andrzeja Zamojskiego ekskanclerza koronnego ułożony...* — Kodeks Zamojskiego) został opublikowany i przedstawiony do zatwierdzenia przez sejm w 1778 r., a odrzucony przez sejm w 1780. Jak pisał J. Makarewicz, nie odbiegał on od wzorów przeszłości i „zjawiają się u niego konsekwentnie *delicta sui generis* zamiast usiłowania i to w formie najpierwotniejszej [...], nawet tam, gdzie zdarzy się Zamojskiemu rozpęd w kierunku oczywistej konstrukcji usiłowania, gdzie zjawia się przebłysk myśli o konieczności traktowania na równi z dokonaniem, kończy się sprawa na wypadku sporadycznym — przy kradzieży. Tu jednak wątpliwym jest także, czy Zamojski przepisuje rzeczywiście karę równą, czy też dla usiłowania karę arbitralną — Gdyby na złodzieystwie postrzeżony, rzecz, którą chciał ukraść, zabrać jej czasu nie miał, taki wszelako iak gdyby w rzeczy samej złodzieystwo popełnił podług natury y okoliczności kradzieży ukarany zostanie”<sup>60</sup>.

Kolejny etap rozwoju polskiego prawa karnego wyznaczyła Konstytucja 3 maja z 1791 r., która w art. IX, *in fine*, stanowiła: „Nowy kodeks praw cywilnych i kryminalnych przez wyznaczone przez sejm osoby spisać rozkazujemy”. Do opracowania projektu powołane zostały dwie komisje: dla Korony (jej pracami kierował Hugo Kołłątaj) i dla Litwy. W ich skład wchodził profesorowie prawa, pisarze i działacze sejmowi. Komisje nie zdołały doprowadzić swoich prac do końca z powodu wybuchu wojny z Rosją. Projekt kodeksu, popularnie nazy-

<sup>58</sup> M. Mikołajczyk: *Przestępstwo i kara...*, s. 44—50.

<sup>59</sup> K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezsuktywne)...*, s. 83.

<sup>60</sup> J. Makarewicz: *Polskie prawo karne...*, s. 56—57. Współcześnie podobnej oceny dokonuje E. Borkowska-Bagieńska, dodając, że usiłowanie niektórych przestępstw (jako delikty *sui generis*) karane było tak samo, jak przestępstwo dokonane (np.: zdrada kraju, zabójstwa i zranienia z zasadzki), natomiast inne karane było łagodniej niż przestępstwo dokonane (np.: usiłowanie kradzieży, najazdu na dom czy rebelii) — E. Borkowska-Bagieńska: „*Zbiór praw sądowych*” *Andrzeja Zamojskiego*. Poznań 1986, s. 256—257.

wany Kodeksem Stanisława Augusta, nigdy nie został ukończony (ani nie wszedł w życie). Pozostały po nim jedynie cenne materiały. Jak zauważa W. Szafrąński, zarówno w projekcie litewskim, jak i koronnym brak było szczegółowych rozwiązań zasad odpowiedzialności (co zdaniem autora mogło jednak wynikać ze wstępnego charakteru prac), zabrakło więc m.in. ogólnej teorii form stadialnych. Jednakże w pracy J. Weysenhoffa znalazły się elementy o projektowanym opisie problematyki związanej z usiłowaniem przestępstwa zabójstwa. Jak podkreśla W. Szafrąński, wyodrębnienie dwóch przestępstw publicznych: zabójstwa króla dokonane oraz zabójstwa króla projektowane i niezupełnie wykonane, a także odpowiednio dwóch przestępstw partykularnych przeciwko zdrowiu: zabójstwo proste oraz zabójstwo projektowane i niedokonane, stanowiło nie tyle zastosowanie konstrukcji usiłowania, ile karanie czynów bezskutkowych, będących odrębnymi samoistnymi przestępstwami dokonanymi. W projekcie W. Olszewskiego, w części dotyczącej zabójstwa, znalazła się następująca regulacja: „Kto by się przed trzema osobami oświadczył, a to nie w jednym tylko czasie, iż chce kogo zabić, lub spalić, i to z determinacją podjęcia kary mówił, co gdyby mu dowiedziono sześćioletnim więzieniem ukarany być ma”. Podzielić więc należy opinię W. Szafrąńskiego, że tym samym nie samo usiłowanie zabójstwa czy podpaleń, ale powzięcie zamiaru potraktowane zostało jako osobne przestępstwo<sup>61</sup>. Jednocześnie K. Rastawicki w projekcie J. Szymanowskiego zauważa odmienną tendencję kształtowania odpowiedzialności karnej na podstawie konkretnych szkodliwych skutków. I nie chodzi tu bynajmniej o powrót do średniowiecznego modelu odpowiedzialności obiektywnej za wyrządzone zło, lecz o postulaty zawężenia penalizacji karnej przez wprowadzenie warunku stwierdzenia w konkretnym przypadku realnej szkodliwości czynu przestępnego<sup>62</sup>.

Późniejsze, już europejskie rozwiązania prawne poddał analizie E. Krzymuski. Jak wskazywał, kodeksy karne, nawiązując do konstrukcji usiłowania, albo: 1) określają wyraźnie całkowite pojęcie usiłowania przestępstwa, albo 2) ograniczają się do podawania charakterystyki jednej tylko postaci, a mianowicie tej, która według nich powinna zasługiwać na karę, tzw. karalne usiłowanie. Do pierwszej z grup autor ten zaliczył kodeks bawarski z 1813 r. (tzw. Kodeks Feuerbacha), podobnie jak kodeks karny kantonu Ticino w Szwajcarii z 1816 r., gdzie w § 44 zdefiniowano usiłowanie w następujący sposób: „usiłowanie jest aktem zaczęтым, dążącym do spełnienia pewnego oznaczonego przestępstwa”. Pewne wątpliwości, w opinii E. Krzymuskiego, budził Kodeks kar głównych i poprawczych z 1866 r., który w art. 9 stanowił: „Usiłowaniem przestępstwa jest wszelkie działanie, za pomocą którego rozpoczyna się lub dalej prowadzi wykonanie złego zamiaru”. Zdaniem autora, ustawodawcy przyświecała idea

<sup>61</sup> W. Szafrąński: *Kodeks Stanisława Augusta*. Poznań 2007, s. 266—267.

<sup>62</sup> K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezskutkowe)*..., s. 85.

określenia usiłowania zgodnie z najnowszymi teoriami prawa karnego — definicja miała określać tylko to usiłowanie, które odpowiada już warunkowi niezbędnemu do nadania mu cechy aktu karygodnego, ale tej myśli przewodniej ustawodawca nie realizuje (kodeks ten nie mówi o początku wykonania przestępstwa, lecz o początku wykonania zamiaru)<sup>63</sup>. Podobne wątpliwości musiał też budzić wcześniejszy Kodeks kar głównych i poprawczych z 1847 r., który w art. 11 zadekretował: „Usiłowaniem przestępstwa jest wszelkie działanie, za pomocą którego rozpoczyna się lub dalej prowadzi wykonanie złego zamiaru”. Równocześnie „za usiłowanie wstrzymane, nie z własnej woli działającego, lecz na skutek okoliczności od niego niezawisłych, kara wymierzona zostanie w miarę większego lub mniejszego zbliżenia się usiłowania do dokonania przestępstwa, o jeden lub o dwa stopnie niżej w stosunku do kary za samo dokonanie przestępstwa postanowionej” (art. 121). Natomiast „jeżeli winny usiłowania wszystko to dopełnił, co uważał być potrzebnym dla dokonania przestępstwa, a zły skutek przez niego nie zamierzony nie nastąpił jedynie z powodu szczególnych nieprzewidzianych okoliczności, ukarany ma być tak, jak gdyby w zupełności dokonał przestępstwa” (art. 122). W tym też akcie prawnym pojawia się odpowiedzialność za tzw. usiłowanie kwalifikowane (art. 123)<sup>64</sup>. Druga grupa kodeksów, o których wspomina E. Krzymuski, obejmuje dawniejsze akty prawne: kodeks karny ułożony dla biskupstwa Bamberskiego przez Schwarzenberga z 1507 r. (§ 204: „Jeżeli ktoś przedsięwzięmie jakieś przestępstwo za pomocą pewnych działań zewnętrznych, które mogą służyć do jego wykonania, a jednak inne okoliczności, od jego woli niezależne, przeszkodzą mu spełnić je całkowicie; to wtedy podobny zły zamiar, który zmanifestował się w postaci działań, o których powiedziano wyżej, ma być karany kryminalnie”), wspomniany już Kodeks Carolina<sup>65</sup> oraz współczesne

<sup>63</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw...*, s. 34—36. Krótkie omówienie dzieła E. Krzymuskiego zob. też A. Karabowicz, M. Kołodziej: *Edmunda Krzymuskiego koncepcja usiłowania*. „Studenckie Zeszyty Prawnicze” TBSP UJ 2003, 9—10, s. 59—78.

<sup>64</sup> A. Dziadzio, D. Malec: *Historia prawa...*, s. 91. Warto też jednak odnotować, że przepis art. 119 brzmiał: „Za przygotowanie do spełnienia przestępstwa winny ulega karze stosownie do tego: najprzód, czy użyte przez niego w tym celu środki były bezprawnymi, powtóre, czyli samo przysposobienie środków podobnych zagrażało już niebezpieczeństwem jednej lub więcej osobom, lub też całemu społeczeństwu. Kara za samo przygotowanie do przestępstwa, bez takowych zwiększających winę okoliczności, wyrzeczoną będzie tylko w przypadkach prawem wyraźnie oznaczonym”.

<sup>65</sup> *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) — art. 178: „Jeśli ktoś usiłowałby popełnić przestępstwo za pomocą takich czynności, które jawnie służyłyby dokonaniu przestępstwa, lecz jednakże wbrew jego woli w dokonaniu tego przestępstwa przeszkodziłyby inne czynności, to za tę swą złą wolę, przejawiającą się w tych działaniach, powinien on zostać ukarany, uwzględniając okoliczności i charakter sprawy, w jednych przypadkach bardziej surowo niż w innych. Dlatego ławnicy winni zasięgać rady, czy podlega on karom cielesnym, czy karze śmierci”. — A. Dziadzio, D. Malec: *Historia prawa...*, s. 42. S. Śliwiński rozwinął pojęcie usiłowania w Kodeksie Carolina ocenił jako „zupełnie udatne” — S. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 294.

E. Krzymuskiemu nowe kodeksy: francuski, niemiecki i niderlandzki<sup>66</sup>. Wydaje się, że do drugiej z wymienionych grup zaliczyć można było również Kodeks Karzący Królestwa Polskiego z 1818 r. (KKKP), który w art. 25 przewidywał: „O usiłowanej zbrodni. Przedsięwzięcie przygotowawczych środków, czyli usiłowanie wykonania zbrodni, skoro przez zewnętrzne czyny objawione zostały i jeżeli sprawca zbrodni już wykonywać zaczął, lecz tylko niemoc, przypadek lub nieprzewidziane obce przeszkody zupełnemu zbrodni spełnieniu tamę położyły, jako same dokonania zbrodni uważane być powinny”<sup>67</sup>.

Ostatniej z wymienionych regulacji należy poświęcić nieco uwagi, nawiązując do *Wykładu zasad o usiłowaniu występku z zastosowaniem do Kodeksu Karnego Król. Pol.* R. Hubego<sup>68</sup>. W pierwszej części rozprawy autor przytacza tezę o trzech stopniach usiłowania: 1) *conatus remotus (delictum attentatum)* — usiłowanie odległe (wszystkie czyny przygotowawcze, przysposabiające wykonanie samego głównego czynu zbrodniczego), 2) *conatus proximus (delictum inchoatum)* — usiłowanie bliskie (rozpoczęcie wykonywania samego głównego czynu), i 3) *delictum perfectum* — występki spełnione (spełnienie czynu głównego na tyle, na ile sprawca mógł w swym indywidualnym położeniu spełnić, jednakże bez zamierzonego skutku — *delictum perfectum sed non consumatum*), do końca jej jednak nie dzieląc<sup>69</sup>. Kwestionuje on bowiem karygodność pierwszego z wymienionych etapów, gdyż zła wola nie została jeszcze utwierdzona, nie ma też — co ważniejsze — naruszenia obrazy prawa. Według R. Hubego, usiłowanie dopiero wtedy staje się karygodne, gdy przekracza sferę wolności zewnętrznej człowieka (zakres wolnej działalności człowieka), zakres, który powinien być zachowany dla utrzymania jego prawnej osobistości<sup>70</sup>. Natomiast analizując art. 25 Kodeksu Karzącego Królestwa Polskiego, wspomniany autor zgłasza wątpliwości dotyczące granicy usiłowania karygodnego. „Z pierwszych wyrazów podanej definicji: *przedsięwzięcie przygotowawczych środków, czyli usiłowanie wykonania zbrodni*, wnioskowaćby można, iż już usiłowanie odległe (*conatus remotus*) objęte jest w definicji karygodnego usiłowania. W dalszym jednakże postępie przytoczonego artykułu ścieśnia prawodawca początkową definicją, mówiąc: że usiłowanie jest wtenczas, gdy *‘sprawca zbrodnię już wykonywać zaczął’*, a zatem że wten-

<sup>66</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw...*, s. 37—39.

<sup>67</sup> A. Dziadzio, D. Malec: *Historia prawa...*, s. 91. Warto za J. Śliwowskim nadmienić, że w pierwotnym projekcie zamiast nazwy „usiłowanie” podano przejętą z francuskiego nazwę „**attentacji**” (*tentative*) i dopiero dyskusja w Radzie Stanu usunęła tę niepolską i niezręczną nazwę — J. Śliwowski: *Kodeks Karzący Królestwa Polskiego (1818 r.). Historia jego powstania i próba krytycznej analizy*. Warszawa 1958, s. 320.

<sup>68</sup> R. Hube: *Wykład zasad o usiłowaniu występku z zastosowaniem do Kodexu karnego Król. Pol., Themis Polska, czyli pismo nauce i praktyce prawa poświęcone. Tom pierwszy*. Warszawa 1828, s. 30—62.

<sup>69</sup> Ibidem, s. 38.

<sup>70</sup> Ibidem, s. 39—40.

czas dopiero usiłowanie staie się karygodnem, gdy czyn główny zbrodniczy zaczęto wykonywać. Idzie więc prawo nasze za przykładem prawa Francuzkiego, które za usiłowanie karygodne tylko *le commencement d'execution* uważa, podobnie za prawem Austryackiem. Rozpoczęcie zatem głównego działania bezprawnego i spełnienie onegoż są dwoma gatunkami usiłowania przez nasze prawo za karygodne uznaniem. Zataić jednakże nie należy, iż dalsze ieszcze wyrażenia artykułu naszego w słowach: *'zupelnemu zbrodni spełnieniu'* na tę nieiako myśl zdaie się naprowadzać, iakoby prawodawca nasz samo nawet *rozpoczęcie wykonania zbrodni* wtenczas tylko uważał za karygodne, gdy osoba działająca wszystko w działaniu takowem ze swej strony przedsięwzięła, tylko *samo dokonanie* przez przypadek wstrzymanem zostało<sup>71</sup>. Taka postać usiłowania karygodnego (przypominająca usiłowanie zakończone), chociaż zgodna z literą prawa, nie do pogodzenia jest z duchem prawa, na którym KKKP się wzoruje. Jak twierdzi R. Hube, prawo za usiłowanie karygodne poczytuje usiłowanie bliskie i usiłowanie odległe, nie odróżniając tych dwóch postaci<sup>71</sup>. Analizę konstrukcji usiłowania autor ten wzbogaca o jeszcze dwie zasady. Po pierwsze, należy pamiętać, że KKKP w niektórych przypadkach uważa usiłowanie za istotnie dokonaną już zbrodnię, np. podłożenie ognia. Po drugie, w przypadku niektórych zbrodni „wcale utworzyć sobie nie można wyobrażenia usiłowania” — zbrodnie oparte na *dolus indirectus* (zabójstwa, ciężkich skaleczeń) oraz takie, w przypadku których bezprawność ujawnia się dopiero w momencie dokonania (nadużycie władzy w urzędzie, fałsz i oszustwo popełnione przez krzywoprzysięstwo)<sup>72</sup>. Wspomniany autor opisuje też prawną instytucję konkurencji usiłowania zbrodni z inną już dokonaną zbrodnią lub występkiem. Przyjętą zasadą było ustanowienie karygodności usiłowania w sposób szczególny — karę za dokonany występki zastrzano z powodu wspomnianej konkurencji<sup>73</sup>. W literaturze podkreśla się również, że chociaż sama ustawa nie przewidywała konstrukcji usiłowania nieudolnego, to „brak ten uzupełniła nauka”<sup>74</sup>.

Autor *Wykładu zasad*... przedstawił też problem karygodności usiłowania, dostrzegając dwie zupełne sprzeczne zasady nimi kierujące. Z jednej strony kara powinna być taka, jak za dokonanie, gdyż sprawca nie z własnej woli czynu nie dokonał, a „złość moralna przekraczającego w usiłowaniu iest zupełnia taż sama, co i w występku dokonanym”. Z drugiej zaś strony brak szkody, która jest swoistą miarą karanania, uniemożliwia karalność usiłowania. Te dwie

---

<sup>71</sup> Ibidem, s. 52—54. Odmiennej oceny dokonał F. Maciejowski, który — jak przytacza J. Śliwowski — kategorycznie twierdzi, że art. 25 odnosi się jedynie do usiłowania bliskiego (z wyjątkiem zbrodni stanu, dla których czyny odpowiadające usiłowaniu odległemu są karalne) — podaje za: J. Śliwowski: *Kodeks Karzący Królestwa Polskiego*..., s. 322.

<sup>72</sup> R. Hube: *Wykład zasad o usiłowaniu występku*..., s. 56—57.

<sup>73</sup> Ibidem, s. 59—60.

<sup>74</sup> J. Śliwowski: *Kodeks Karzący Królestwa Polskiego*..., s. 327.



„zupełnie sprzeczne zasady karygodności usiłowania” zmuszają do wybrania „środkowej drogi” — z pierwszej zasady bowiem wynika konieczność karalności usiłowania, a z drugiej wynika, że usiłowanie nie może być karane na równi z dokonanym występkiem<sup>75</sup>. J. Śliwowski zauważa w tym względzie, że chociaż art. 25 głosił, że usiłowanie powinno być karane jak dokonanie (i na zasadę tę powołano się również przy przestępstwie zbrodni stanu — art. 68), to jednak przepisy części szczególnej odnoszące się do poszczególnych przestępstw przewidują łagodniejszą karalność za usiłowanie. Sprzeczność tę autor wyjaśnia dwoma odmiennymi regulacjami (francuską i austriacką), stanowiącymi wzór dla KKKP. Ponadto, co jest rozwiązaniem niezmiernie oryginalnym, KKKP wprowadził zasadę, że za usiłowanie wybranych zbrodni (kradzieży i sprzeniewierzeń) uznawane są występk<sup>76</sup>. Równocześnie podkreślić należy, że wskazane zasady karalności odnosiły się wyłącznie do zbrodni. Odpowiednik bowiem art. 25 w księdze II (dotyczącej występków) — art. 214, ustalał tylko, że usiłowanie występków jest karalne, a w części szczególnej księgi II przewidywał wprost łagodniejszą karalność<sup>77</sup>.

Podjmując analizę pojęcia „usiłowanie” w II poł. XIX w., E. Krzymuski oparł się na definicji usiłowania zaproponowanej przez K. Zachariaego. Zauważył, że skoro nauka prawa karnego wyróżnia zamiar oznaczony (*dolus determinatus*), który odnosi się bezwarunkowo do jednego czynu przestępnego, oraz zamiar nieoznaczony (*dolus indeterminatus*), to pojawić się musi pytanie o znaczenie tych postaci zamiaru w konstrukcji usiłowania. Według tego autora, wykluczony jest *dolus generalis* (jako swoista postać zamiaru nieoznaczonego), natomiast *doli alternativi* i *eventualis* są postaciami zamiaru oznaczonego, chociaż „niepodobna z góry wskazać żadnej reguły odnośnie tego, które przestępstwo ma być uważane za usiłowane, jeżeli działanie sprawcy nie odniosło żadnego skutku przestępnego, oraz czy w razie *dolus eventualis* można uważać odpowiadające jemu przestępstwo za usiłowane”<sup>78</sup>.

W stronie przedmiotowej E. Krzymuski uważał, że usiłowaniem są zarówno „akta przygotowawcze, jak i akta nacechowane początkiem wykonania zamierzonego przestępstwa”. Pisał: „są to przedsięwzięcia mające pozwolić przejść ze sfery zamykającej się w duszy człowieka do sfery wypadków odgrywających się na widowni świata zewnętrznego”<sup>79</sup>. Rozpatrywał też problem usiłowania przestępstw z „opuszczenia”. Mając na uwadze dwie grupy tych przestępstw: w ścisłym tego słowa znaczeniu i dokonywane przez opuszczenie (*delicta per omissionem commissa*), uznał, że tylko te ostanie mogą być usiłowane. Niemożliwe jest usiłowanie przestępstw pierwszej grupy, ponieważ po podjęciu posta-

<sup>75</sup> R. Hube: *Wykład zasad o usiłowaniu występk...*, s. 35—37.

<sup>76</sup> J. Śliwowski: *Kodeks Karzący Królestwa Polskiego...*, s. 322, 324.

<sup>77</sup> *Ibidem*, s. 322—324.

<sup>78</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw...*, s. 50—53.

<sup>79</sup> *Ibidem*, s. 55.

nowienia o bezczynności sprawcy nie pozostaje nic innego, jak sama bezczynność (będąca dokonaniem)<sup>80</sup>.

E. Krzymuski poświęcił też uwagę uzasadnieniu karygodności oraz — przede wszystkim — ustaleniu wpływu usiłowania na wysokość kary. Jego zdaniem, o karygodności usiłowania można mówić dopiero wtedy, gdy ustalona zostanie istota kary i warunki prawne karygodności czynów ludzkich w ogóle. Wyróżnił trzy takie warunki: 1) urzeczywistnienie się woli sprawcy w świecie zewnętrznym, 2) wyrządzenie szkody nienadającej się naprawić tylko materialnie — krzywda moralna, 3) cecha formalnego bezprawia — czyn „obłożony” jest karą przez ustawę<sup>81</sup>. Nawiązując raz jeszcze do definicji usiłowania, wspomniany autor nie ma oczywiście wątpliwości, że pierwszy z warunków został spełniony. Niejako przy okazji czyni uwagę, że błędny jest pogląd o usiłowaniu kwalifikowanym; według niego, „nowy skutek” to po prostu brak dokonania („właściwego”)<sup>82</sup>. E. Krzymuski nie ma wątpliwości, że usiłowanie wyrządza szkodę społeczeństwu — krzywdę moralną, niezależnie od tego, czy zło materialne stało się następstwem faktycznym<sup>83</sup>. Nawiązując do trzeciego warunku karygodności, pyta jednak, czy usiłowanie przestępstwa samo przez się jest już czynem formalnie karygodnym, podając jednocześnie dwie możliwe na to pytanie odpowiedzi. Odpowiedź twierdząca opiera się na zasadzie, że jeżeli ustawa zakazuje pewnego czynu, to zakazuje go w całości, tj. od pierwszego do ostatniego jego elementu („aktu”) — *Quando aliquid prohibetur, prohibetur te omnia, per quod devenitur ad illud* (Gdy coś jest zakazane, zakazane jest wszystko, co do tego zmierza). Do zwolenników tej koncepcji zaliczał takie postacie świata nauki, jak: Carl J.A. Mittermaier, Lelièvre, Abegg, Zikler, Luden, Köstlin, Hälschner. Sam E. Krzymuski bardziej skłania się do odpowiedzi negatywnej, uznając, że karygodność dokonania nie przesądza o karygodności usiłowania; ustawa karna jest po to, aby wśród „bezprawia, noszących na sobie cechy materialne możliwej karygodności, oznaczyć te, które powinny być karane”. Przytacza również nazwiska osób, które podzielają jego pogląd, jak: Hopp, Zacharias, Pfotenhauer, Otto, Krug, a także Mittermaier i Luden<sup>84</sup>.

Zdaniem E. Krzymuskiego, sposób wyrażenia woli karygodności usiłowania może być różnorodny: 1) w części szczególnej — co do poszczególnych przestępstw (co autor ocenia jako rozwiązanie mało praktyczne); 2) w części ogólnej (według autora, sposób o tyle niebezpieczny, że każe się ustawodawcy rozstrzygać o karygodności usiłowania bez względu na „ważność tego, czy owego przestępstwa?”; 3) sposób mieszany — w części ogólnej reguła o karygodności usiłowania poważniejszych przestępstw, w części szczególnej zaś — wy-

<sup>80</sup> Ibidem, s. 56—59, 66.

<sup>81</sup> Ibidem, s. 79—80.

<sup>82</sup> Ibidem, s. 84—85.

<sup>83</sup> Ibidem, s. 86.

<sup>84</sup> Ibidem, s. 88—90.

jątkowo wzmianka o karygodności usiłowania mniej poważnych przestępstw. Jako przykład drugiego rozwiązania autor wskazywał współczesny mu kodeks austriacki, a jako przykład rozwiązania trzeciego — kodeks karny francuski i niemiecki<sup>85</sup>.

Wspomniany autor zajął się również kwestią karalności względnej usiłowania, czyli problemem, jak usiłowanie winno być karane w stosunku do dokonania. Przywołał myśl Platona: „Nie godzi się karać na równi z człowiekiem, który dokonał zamierzonego przestępstwa, tego, który nie zdołał go popełnić; jego dobry geniusz bowiem rozciągnął nad nim swoją opiekę i odwrócił go od złego”, wyrażającą pogląd, że usiłowanie powinno być karane łagodniej niż dokonanie. Uzasadniając tę tezę, stwierdził, że na szkodliwość samego przestępstwa składają się dwa elementy: 1) rzeczywiste wywołanie w świecie zewnętrznym pewnego skutku materialnego wyrządzającego krzywdę społeczeństwu — czynnik materialny; 2) wzniesienie obawy, że sprawca lub inni zachęceni jego przykładem będą wywoływali dalsze, podobne skutki materialne — czynnik moralny. Według E. Krzymuskiego, w przypadku usiłowania również czynnik materialny występuje w postaci zła, które mogłoby nastąpić. Ponieważ jednak nigdy nie ma pewności, czy skutek by nastąpił, zasadny jest podział na usiłowanie zupełne i niezupełne, które ma wpływ na karalność usiłowania. Usiłowanie niezupełne powinno być zawsze łagodniej karane niż przestępstwo dokonane, ponieważ w takiej sytuacji nigdy nie ma pewności, czy sprawca zrealizowałby swój czyn ostatecznie. Karalność usiłowania zupełnego zależy natomiast od subiektywnego lub obiektywnego podejścia. Podejście obiektywne skłania do każdorazowego łagodniejszego karania nawet przy usiłowaniu zakończonym, a podejście subiektywne uzasadnia łagodniejszą karalność tylko w sytuacjach, w których mimo zakończonego usiłowania sprawca miał możliwość zapobiec skutkowi. Ponadto, nawiązując do drugiego czynnika szkodliwości przestępstwa, wielkość szkody materialnej rzutuje na wielkość czynnika moralnego. Zatem w usiłowaniu mniejszy jest czynnik moralny szkody niż w przypadku dokonania (zwłaszcza przy usiłowaniu nieukończonym), co również uzasadnia niższą karalność usiłowania. Wspomniany autor dodaje także, że kara za usiłowanie powinna być niższa, gdyż w przeciwnym razie powstanie niebezpieczeństwo, że sprawca wiedząc o grożącej mu karze jak za dokonanie powęźmie jak najbardziej skuteczne środki<sup>86</sup>. E. Krzymuski zaprezentował trzy podejścia do problemu wysokości kary za usiłowanie w stosunku do dokonania: 1) francuski — usiłowanie karane jest na równi z przestępstwem dokonany, 2) niemiecki (ale również występujący w kodeksie karnym belgijskim z 1867 r. i Kodeksie kar głównych i poprawczych Cesarstwa Rosyjskiego z 1866 r.) — usiłowanie ma być karane łagodniej niż przestępstwa dokonane, 3) austriacki — usiłowanie

<sup>85</sup> Ibidem, s. 90—93.

<sup>86</sup> Ibidem, s. 96—106.

jest karane na równi z przestępstwem dokonany, ale usiłowanie ma stanowić okoliczność łagodzącą w miarę swojego oddalenia od przestępstwa dokonanego<sup>87</sup>. Jednocześnie autor konstatuje, że nauka i praktyka „kryminalna” coraz bardziej skłaniają się do tego, aby „wyrugować” tzw. akta przygotowawcze z usiłowania karygodnego, podkreślając, że wszyscy „kryminaliści” i wszystkie kodeksy uznają, że usiłowaniem karygodnym jest tylko usiłowanie noszące już cechę początku wykonania (*Auffang der Ausführung, commencement d'exécution*), będące manifestacją złej woli<sup>88</sup>. E. Krzymuski pisał, że im dalsza stacja osiągnięta w pochodzie przez sprawcę, tym kara powinna być surowsza (ale mniejsza niż za dokonanie), pozwoli bowiem sędziemu przekonać się z większą pewnością, że zamiarem sprawcy istotnie było doprowadzenie do końca danego przedsięwzięcia. Ta prawda z czasem cieszyła się tak wielkim uznaniem, że pojęcie usiłowania karygodnego dzisiaj nie obejmuje już wszystkich aktów, które można zaliczyć do charakterystyki usiłowania. Karygodne usiłowanie nie zaczyna się — jak podkreślał E. Krzymuski — od pierwszego aktu mogącego być spełnionym przez jego sprawcę w celu dokonania jakiegoś przestępstwa. Usiłowanie karygodne winno być aktem znajdującym się już w tak bliskim stosunku do pewnego przestępstwa, że wskazywałby wyraźnie, że dokonanie tego ostatniego odpowiadało zamiarowi sprawcy. Według E. Krzymuskiego, etapy te można wyróżnić nawet w tzw. przestępstwach jednochwilowych (np. obelgi)<sup>89</sup>. Wspomniany autor podkreślał jednocześnie, że już w XIV w. Baldus de Ubaldis nie tylko odróżniał usiłowanie słowne od czynnego, ale nawet w ramach tego ostatniego przeprowadzał rozdział między *conatus remotus* a *conatus proximus*, tj. między usiłowaniem dalszym i bliższym. Zdaniem E. Krzymuskiego, „*conatus proximus* w znaczeniu czynu, który już *ad »actum ipsum executionis delicti processit«* nie jest niczem innym tylko ową stacją, o której powiedzieliśmy, że gdy sprawca do niej doszedł, to przez to samo dał już poznać, że zamiarem jego i możliwością przynajmniej w tej chwili było posunąć jeszcze dalej swoje działanie, a mianowicie doprowadzić je do tego punktu, który byłby mu nadał cechę przestępstwa dokonanego. Ta stacja nosi dzisiaj powszechnie w teorii i praktyce prawa karnego nazwę początku wykonania (*Anfang der Ausführung, commencement d'exécution*). Stacja ta tworzy dzisiaj jedyne pole usiłowania karygodnego”<sup>90</sup>.

Analizując tzw. początek wykonania i jego stosunek do aktów przygotowawczych, E. Krzymuski pisał, że pojęcie usiłowania, które przekazała nauka średniowieczna, nie „rozchwiało się” w nowszych czasach, a jedynie podzieliło się na dwa pojęcia: na usiłowanie niekarygodne i karygodne. Do pierwszego należą powszechnie tzw. akta przygotowawcze, do drugiego zaś — akta wyko-

<sup>87</sup> Ibidem, s. 125.

<sup>88</sup> Ibidem, s. 132.

<sup>89</sup> Ibidem, s. 135—135.

<sup>90</sup> Ibidem, s. 137.

nawcze. Niektórzy „kryminaliści” — jak wskazywał autor — idą nawet dalej; mianowicie mówiąc o usiłowaniu, mają na myśli tylko tę jego postać, która nosi już cechę karygodności, dlatego też wykluczają niejako ze sfery usiłowania akta przygotowawcze. Z takim poglądem nie zgadzał się E. Krzymuski, akcentując jednak, że wyznaczenie linii demarkacyjnej między aktami przygotowawczymi a początkiem wykonania jest najtrudniejszą kwestią w prawie karnym<sup>91</sup>. Wspomniany autor przytaczał również, w jaki sposób ówczesna nauka zapatrywała się na ten problem. I tak Chop (1861) widział w początku wykonania jego cechę charakterystyczną w tym znaczeniu, że w nim ma się już wyrażać choćby najdrobniejsza część składowa zewnętrznej istoty czynu danego przestępstwa. E. Krzymuski, nie podzielając tego poglądu, twierdził, że są przestępstwa, w których zewnętrzna istota czynu odznacza się takim charakterem, że nie może znaleźć choćby najdrobniejszego wyrazu w samym działaniu sprawcy; tu zaliczał wszystkie przestępstwa materialne, tzn. te, w których skutek nie zlewa się z ostatnim aktem mającego wywołać działania, np. zabójstwo. Ponadto w przypadku pewnych przestępstw ta istota czynu nie może zmanifestować się częściowo w działaniu sprawcy, lecz tylko całkowicie lub wcale<sup>92</sup>. Chop przedstawia (jak pisze E. Krzymuski) dwie dalsze reguły odnoszące się do początku wykonania. W przestępstwach formalnych, których zewnętrzna istota czynu musi lub może (ze względu na obrany przez sprawcę *modus procedendi*) składać się z kilku odrębnych działań, początek wykonania ma miejsce wówczas, gdy jedno z tych działań zostało spełnione, np. w rabunku, gdy użyto gwałtu w celu zaboru cudzej rzeczy, czy w przypadku kradzieży z włamaniem, gdy ktoś oderwał wieko od skrzyni zawierającej kosztowności. We wszystkich innych przestępstwach, a więc w przestępstwach formalnych, których zewnętrzna istota czynu składa się tylko z jednego działania (kradzież zwyczajna), oraz we wszystkich przestępstwach materialnych (zabójstwo, podpalenie) początek wykonania ma miejsce wtedy, gdy spełniono działanie, które mogło lub powinno było bezpośrednio doprowadzić do zmanifestowania się strony zewnętrznej ich istoty czynu<sup>93</sup>. Zdaniem E. Krzymuskiego, brak jest uzasadnienia, aby przyjmować początek wykonania w inny sposób dla dwóch różnych kategorii przestępstw. Powinno się — w przekonaniu tego autora — stworzyć jedną charakterystykę, która „pasowałaby” do wszystkich przestępstw i byłaby osobną

<sup>91</sup> Ibidem, s. 139—140.

<sup>92</sup> Ibidem, s. 140—141.

<sup>93</sup> Ibidem, s. 143. Należy uzupełnić, że według E. Krzymuskiego przestępstwa formalne „różnią się [...] od materialnych tem, że uważają się za dokonane ze spełnieniem ostatniego aktu wchodzącego w skład działania przestępnego. Skutek przestępny zlewa się tutaj z ostatnim aktem działania w jeden fakt, którego nastąpienie nadaje całemu przedsięwzięciu cechę czynu dokonanego”. Zdaniem autora, przykładami tego rodzaju przestępstw jest fałszowanie papierów i monety, kradzież, rozbój — ibidem, s. 64—65.

„stacją” w pochodzie każdego przestępstwa<sup>94</sup>. Z kolei zdaniem Otto (1854), różnica między aktami przygotowawczymi i wykonawczymi leży w naturze rzeczy: działania, za pomocą których człowiek stwarza sobie warunki pozwalające mu wywołać w świecie zewnętrznym dany skutek przestępny, nazywa aktami przygotowawczymi, te zaś za pomocą których człowiek wyprowadza ów skutek ze sfery możliwości do kategorii rzeczywistości określa aktami wykonania<sup>95</sup>. W odpowiedzi E. Krzymuski formułuje zarzut nieuwzględnienia prawdy, że właściwie mówiąc, cała sfera usiłowania należy tylko do kategorii możliwości, rzeczywiste w znaczeniu prawnym jest tylko przestępstwo dokonane<sup>96</sup>. Berner z kolei upatruje tę różnicę w tym, że akta przygotowawcze zasadzają się na wytwarzaniu i przyrządzaniu środków wykonania, natomiast akta wykonawcze — na bezpośrednim wywołaniu skutku przestępnego. Sam Berner przyznaje jednak, że niepodobna z góry oznaczyć, jakie akta mają być uważane za odpowiednią kategorię. I ta właśnie tautologia, zdaniem E. Krzymuskiego, czyni teorię Bernera chybioną<sup>97</sup>. Mittermaier (który poświęcił oznaczeniu tej granicy dwie rozprawy) dostrzega między wymienionymi stadiami podwójną różnicę: 1) ze względu na odmienny stopień natężenia woli sprawcy i 2) z uwagi na stronę przedmiotową odnośnych działań. W przekonaniu E. Krzymuskiego pierwszy warunek odpada, gdyż stopień natężenia postanowienia nie musi odpowiadać aktom przygotowawczym i wykonawczym różnych ludzi. Co do drugiego warunku, autor zarzuca Mittermaierowi, że ten niewiele w tej kwestii wyjaśnia, a kryterium akt przygotowawczych polegające na tym, że nie wchodzi jeszcze w skład jego zewnętrznej istoty czynu, jest nieprzydatne (często same akta wykonawcze taką cechą posiadają)<sup>98</sup>. Na koniec E. Krzymuski przedstawia teorię K. Zachariaego: „początek wykonania ma miejsce wtenczas, gdy rozpoczęto działanie, które można już uważać za rzeczywistą część składową czynu zagrożonego przez ustawę, a więc wtedy, gdy już przestąpienie ustawy otrzymało początek. Tu K. Zachariae zalicza: 1) działania, zasadzające się na samym zastosowaniu środków, których sprawca już był sobie przedtem dostarczył w celu dokonania pewnego przestępstwa, np. złodziej wchodzi na drabinę, którą był wprzód przystawił do okna, 2) działania, które zasadzają się już na samym wykonywaniu danego przestępstwa, np. zabójca strzela do swej ofiary”. Aktami przygotowawczymi mają być zatem wszystkie działania, mające miejsce przed właściwym zastosowaniem środków, za pomocą których sprawca chciał spełnić dane przestępstwo; należą więc tu: 1) działania, za pomocą których sprawca pragnie sobie z góry zapewnić zatarcie śladów mającego się dokonać przezeń przestępstwa, oraz wyciągnięcie z niego zamierzonych korzyści, 2) działania, za

<sup>94</sup> Ibidem, s. 143.

<sup>95</sup> Ibidem, s. 144.

<sup>96</sup> Ibidem, s. 145.

<sup>97</sup> Ibidem, s. 146.

<sup>98</sup> Ibidem, s. 147—149.

pomocą których sprawca pragnie przekonać się o możliwości i bezpieczeństwie dokonania pewnego przestępstwa oraz wybrać ku temu odpowiednią chwilę, 3) działanie zasadzające się na dostarczeniu sobie (*Anschaffung*) i przygotowaniu sił, środków lub narzędzi potrzebnych do wykonania danego przestępstwa, 4) działania, mające służyć sprawcy do postawieniu się w takim położeniu fizycznym, które jest mu bezpośrednio potrzebne do dokonania zamierzonego przestępstwa (*A* udaje się z bronią nabitą do tego miejsca, z którego może strzelić do *B*). E. Krzymuski, krytykując to stanowisko, powtarza, że w przestępstwach materialnych nie można zaznaczyć działań, mogących uchodzić za rzeczywistą część charakterystyki zewnętrznej czynu. Stawia też pytanie: Jaka jest różnica między zachowaniem złodzieja, który wchodzi na przystawioną do okna drabinę (to ma być początek wykonania), a zachowaniem złodzieja, który wchodzi do mieszkania drzwiami (akt przygotowawczy — postawienie złodzieja w położeniu, które jest potrzebne do dokonania kradzieży)<sup>99</sup>. K. Zachariae widział w swym rozróżnieniu nie tyle linię demarkacyjną, ile jedynie ogólnie wskazówki. Ostatecznie skłania się on do przyjęcia zasady, popieranej przez „kryminalistów” francuskich (Rosi, Ortolan, Chauveau, Hélie), wedle której o tym, czy zaliczyć dane działanie do rzędu aktów przygotowawczych, czy też należy je uważać za usiłowanie nacechowane początkiem wykonania, mają rozstrzygać wyłącznie okoliczności towarzyszące jego dokonaniu i wskazujące, w jakim stopniu działanie to jest już niewątpliwym wyrazem pewnego postanowienia przestępczego<sup>100</sup>.

Zdaniem E. Krzymuskiego, granicy między przygotowaniem a początkiem wykonania danego przestępstwa należałoby raczej szukać w mniejszej lub większej stanowczości postanowienia urzeczywistniającego się w jego usiłowaniu. Każde usiłowanie danego przestępstwa, które nie urzeczywistnia tak silnego postanowienia jego popełnienia, że można by już uważać to postanowienie za wystarczające do doprowadzenia do końca owego przestępstwa, zaliczał do rzędu aktów przygotowawczych; każde zaś usiłowanie, które urzeczywistnia podobne postanowienie, chciał nazwać początkiem wykonania danego przestępstwa<sup>101</sup>.

Kolejną poruszaną przez E. Krzymuskiego kwestią jest usiłowanie nieudolne i jego stosunek do usiłowania udolnego (warto zauważyć, że to właśnie Krzymuski wprowadził do polskiego języka naukowego pojęcia „usiłowanie udolne” oraz „usiłowanie nieudolne”<sup>102</sup>). Jak bowiem wspomniany autor zauważył, dawniejsza nauka prawa karnego nie uważała zdolności przedmiotowej wywołania w świecie zewnętrznym zamierzonego skutku przestępczego za warunek, któremu powinno koniecznie odpowiadać usiłowanie karygodne. Jako pierwszy P.J.A. Feuerbach, w 4. wydaniu swojego *Lerbuch des peinlichen Rechts* (1808),

<sup>99</sup> Ibidem, s. 151—152.

<sup>100</sup> Ibidem, s. 153.

<sup>101</sup> Ibidem, s. 153—154.

<sup>102</sup> Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania nieudolnego*. Warszawa 2000, s. 112.

postawił, jako ogólną regułę prawa karnego, zasadę, wedle której usiłowanie danego przestępstwa miało być karane tylko wtedy „*wenn die Handlung selbst inhrer äusseren Beschaffenheit nach mit dem beabsichtigten Verbrechen in ursachlichem Zusammenhange steht, wenn sie objectiv gefährlich ist*”. Zdanie to, jak relacjonuje Krzymuski, rozpętało w literaturze prawdziwą burzę. Wprawdzie już Böhmer, analizując karygodność usiłowania otrucia, powiedział, że nie należy karać człowieka, który daje komuś do spożycia jakąś substancję nieszkodliwą w przekonaniu, że jest ona trucizną, gdyż „*putativum veneficium vere tale non est*”. Wszakże zdanie to uchodziło dotąd w nauce prawa karnego za pewnego rodzaju osobliwość i nawet sam P.J.A. Feuerbach w trzech pierwszych wydaniach swojego podręcznika nazywa je „*eine sonderbare Meinung*” (dziwną opinią)<sup>103</sup>. Autor *Wykładu* z 1828 r., nie używając pojęcia usiłowania nieudolnego, podkreślał, że przedsięwzięte środki muszą być takiego rodzaju, że według naturalnego porządku rzeczy mogą generalnie (w ogólności) doprowadzić do wywołania zamierzonego skutku. Nie jest zatem takim środkiem kij pleciony ze słomy czy zanoszone modły. Co ważne, to środki obrane powinny być „w ogóle” właściwe, nie ma natomiast znaczenia, że użyte zostały niewłaściwie (jako przykład autor podaje drabinę zbyt niską, aby mogła dosięgnąć okna). Ponadto przedmiot, na którym czyn jest usiłowany, musi być tej „w ogóle” natury, aby mógł być na nim dokonywany występki (nie może mieć miejsca usiłowanie zamordowanej już osoby oraz kradzież rzeczy nieruchomości)<sup>104</sup>. Zdaniem E. Krzymuskiego, cechą charakterystyczną usiłowania jest właśnie ta okoliczność, że w nim objawia się nie tylko sam zamiar dokonania przestępstwa, lecz nadto i postanowienie uczynienia wszystkiego, co mogłoby wywołać w świecie zewnętrznym skutek odpowiadający temu zamiarowi. Wszelki zamiar można zmanifestować w sposób trojaki, a mianowicie w postaci aktów zwiastujących, przygotowawczych i w postaci działania, mającego na celu jego zupełne urzeczywistnienie. Dopóki dany zamiar objawił się jako zapowiedź lub też przygotowanie pewnego przestępstwa, dopóty nie podlega on jeszcze odpowiedzialności karnej. W przypadku podania ocukrzony wody — uważał E. Krzymuski — w zamiarze otrucia w przekonaniu, że woda ta ma właściwości trujące, sprawca objawił nie *nuda cogitationem*, lecz bardzo już silne postanowienie dokonania tego przestępstwa. Jeśli bowiem sprawca dowie się w przyszłości, że woda ocukrzona nie jest środkiem trującym, lecz jest nim np. arsenik, to następnym razem użyje arsenu, podkreślał autor<sup>105</sup>. E. Krzymuski uważał, że ze względu na karygodność nie można zauważyć żadnej istotnej różnicy między usiłowaniem udolnym a nieudolnym<sup>106</sup>. Chop i Geib utrzymywali, że usiłowanie w przypadku niewłaściwości przedmiotu powinno

<sup>103</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw...*, s. 155.

<sup>104</sup> R. Hube: *Wykład zasad o usiłowaniu występk...*, s. 32—33.

<sup>105</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw...*, s. 163—164.

<sup>106</sup> *Ibidem*, s. 165.



być zawsze niekarygodne, a w przypadku nieodpowiedniości środków — tylko wtedy, gdy te ostatnie absolutnie są nieprzydatne<sup>107</sup>. Jednak E. Krzymuski był zdania, że każdy środek jest wobec działań znajdujących się w mocy ludzkiej tylko względnie przydatny lub nieprzydatny<sup>108</sup>. Osobny problem w związku z usiłowaniem nieudolnym stanowiły zabobony. Pod tym względem E. Krzymuski rozróżniał dwie sytuacje: czy sprawca używając gusła przypisywał jemu samemu zdolność przedmiotową wywołania pewnego skutku przestępnego, czy też pragnął za jego pomocą skłonić jakąś potęgę nadprzyrodzoną do wysłuchania jego prośby i sprawienia tego, co odpowiadałoby jego życzeniu. W pierwszym przypadku sprawca objawia już postanowienie uczynienia wszystkiego, co uważał za właściwe, a w drugim — wyraża tylko życzenie<sup>109</sup>.

Powracając do historycznego rozwoju konstrukcji usiłowania, zauważyć należy, że Kodeks karny z 1903 r. (Tagancewa), obowiązujący tymczasowo na ziemiach Rzeczypospolitej Polskiej, przepisy dotyczące usiłowania zawierał w Dziale V zatytułowanym *Rodzaje winy*. Ponieważ sama wina rozumiana była przez ówczesną naukę jako „związek psychiczny sprawcy z wynikami jego działania”<sup>110</sup>, w ten sposób zaakcentowana została silna więź między zasadą subiektywizmu odpowiedzialności karnej a przeddokonaniowymi formami stadialnymi. Przepis art. 49 wspomnianego Kodeksu stanowił: „Działanie rozpoczynające wykonanie przestępstwa, którego spełnienia winowajca pragnął, jeżeli przestępstwo nie zostało dokonane wskutek okoliczności niezależnej od woli winowajcy, uważa się za usiłowanie [...]”. W myśl zaś ustawodawstwa obowiązującego na ziemiach byłego zaboru pruskiego, „Ktoby postanowienie popełnienia zbrodni lub występku okazał czynami obejmującymi początek ich wykonania, ten w razie niedojścia do skutku zamierzonej zbrodni lub występku ulegnie karze za usiłowanie” (§ 43 Kodeksu karnego niemieckiego z 1871 r.). W 1921 r. W. Makowski pisał, że usiłowanie jest jednym (oprócz przygotowania) z ogniw pośrednich, które łączą powzięcie zamiaru z osiągnięciem zamierzonego skutku. Twierdził także, że określenie momentu przełomowego między przygotowaniem a usiłowaniem jest bardzo trudne i nie został on w sposób zadowalający ustalony, i chociaż może to budzić kontrowersje, usiłowanie uważa należy za początek wykonania przestępstwa. Natomiast „ażebym utrafić w intencje ustawodawcy oraz odpowiedzieć potrzebom życia, nie można określenia

<sup>107</sup> Ibidem.

<sup>108</sup> Ibidem.

<sup>109</sup> Ibidem, s. 170.

<sup>110</sup> *Kodeks karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. zaboru rosyjskiego z dodaniem: przepisów przechodnich i ustaw, zmieniających i uzupełniających postanowienia karne kodeksu, odpowiednich przepisów Kodeksu Karnego Niemieckiego i Ustawy Karnej Autryjackiej, obowiązujących w pozostałych dzielnicach Rzplitej, oraz Komentarza i orzeczeń Sądu Najwyższego*. T. 1. Oprac. W. Makowski. Warszawa 1921, s. 165.

»początek wykonania« pojmować literalnie, rozumieć je należy, że ustawodawca miał na myśli działanie, kierowane bezpośrednio na wywołanie zdarzenia wypełniającego stan faktyczny przestępstwa. W kierunku takiego skorygowania określenia usiłowania przychyliła się również opinia Wydziału Karnego Komisji Kodyfikacyjnej RP<sup>111</sup>. Ponieważ kodeks z 1903 r. wprowadził już do samego określenia usiłowania warunek przerwania działalności przestępnej przez okoliczności od woli sprawcy niezależne, poza granicami karnoprawnego usiłowania pozostało takie usiłowanie, które dobrowolnie zostało zaniechane lub gdzie nastąpienie skutku zostało przez sprawcę przed wykryciem działań odwrócone. W. Makowski nazwał taką sytuację „niebytem usiłowania”, co miało oznaczać, że nie stanowi ono jakiegoś odrębnego stanu prawnego — jest jego uzupełnieniem, a w zasadzie ograniczeniem pojęcia karalnego usiłowania. Ten sam autor podjął również problem, używając obecnej terminologii, usiłowania kwalifikowanego. Wskazał: „To samo działanie ludzkie rozważane być może pod względem kwalifikacji karnej z dwóch punktów widzenia: jako usiłowanie przestępstwa oraz jako samoistne przestępstwo, jeżeli działania skierowane na wykonanie przestępstwa są same przez się przez ustawę zakazane. W tym wypadku bezkarność działania rozważanego jako usiłowanie nie uchyla jego karalności samoistnej”<sup>111</sup>.

Swego rodzaju podsumowania definiowania usiłowania dokonał w 1924 r. J. Makarewicz, wyróżniając cztery typy definicji tego pojęcia:

- „a) »Usiłowanie jest początkiem wykonania«. Jest to ujęcie najdawniejsze, które w drodze historycznie stwierdzonej filjacji, poprzez rewolucyjny kk. francuski (1791), przedostało się do *Code pénal*, a stąd do całego szeregu nowszych ustaw (kk. niemiecki 1871 § 43, węgierki 1878 § 65, bułgarski 1896 § 48, holenderski 1881 § 45, włoski § 41, japoński § 43, rosyjski § 49).
- b) »Usiłowanie polega na przedsięwzięciu działania prowadzącego (bezpośrednio) do (rzeczywistego) wykonania przestępstwa« (typ austriacki por. kk. § 8 i proj. 1913 § 13).
- c) »Usiłowanie polega na działaniu, przez które sprawca miał zamiar rozpocząć wykonanie« (kk. norweski § 49 i proj. niemiecki (1919) § 23).
- d) »Usiłowanie polega na działaniu, którego celem jest dokonanie ułatwić lub sprowadzić« (kk. duński 1866 § 44).

Z zestawienia tych czterech typów wynika, że postępując od *a* do *d*, mamy do czynienia z coraz obszerniejszą sferą karygodności usiłowania, że kładziemy coraz silniejszy nacisk na zewnętrzny przejaw woli sprawcy, a coraz mniejszy na stosunek działania do skutku i na samo działanie jako urzeczywistnienie stanu faktycznego przestępstwa. Jest to wpływ subiektywizmu. Subiektywna teoria usiłowania uwypuklać musi zamiar sprawcy, a mniejszą zwracać uwagę

<sup>111</sup> Ibidem, s. 171—177.

na samo działanie<sup>112</sup>. W przypisie zaś autor ten przytaczał definicję zawartą w projekcie sekcji prawa karnego komisji kodyfikacyjnej, stanowiącą pośrednią postać między typem *b* i *c*: „Usiłowania dopuszcza się, kto w zamiarze popełnienia przestępstwa przedsięwzięje działanie skierowane bezpośrednio na zniszczeniu tego zamiaru, lecz zamierzonego przestępstwa nie dokonywa<sup>113</sup>. Rozważając zaś nieco dalej warunki bezkarności, J. Makarewicz mówił o odstąpieniu od usiłowania, a więc porzuceniu działania przed jego zakończeniem, oraz zapobieżeniu powstaniu skutku przestępnego, jeżeli działanie jest ukończone<sup>114</sup>. Jednocześnie, w związku z postulatem równego ustawowego zagrożenia za usiłowanie i dokonanie, uważał za zbędne kodeksowe różnicowanie usiłowania w zależności od bliskości dokonania<sup>115</sup>. W innym miejscu autor ten uzasadniał, że z subiektywnego punktu widzenia podział ten jest całkowicie obojętny (jeśli ujawniła się wola przestępstwa, nie ma znaczenia, czy i jak wiele brakowało do jej realizacji), a prawdziwą przyczyną przytoczonego rozróżnienia był ukryty obiektywizm. Przyjęta w austriackiej ustawie z 1787 r. (Józefina) zasada: „Już samo usiłowanie stanowi przestępstwo”, uczyniła bezzasadnym rozróżnianie usiłowania odległego, bliskiego i najbliższego<sup>116</sup>.

Po zakończeniu I wojny światowej, w odrodzonym państwie polskim funkcjonowała prawdziwa mozaika różnorodnych systemów prawnych. O konieczności stworzenia nowego, wszechstronnego systemu prawnego, który integrowałby rozdarłe części ziem i narodu, przekonani byli prawnicy. W. Makowski już w 1916 r. zainicjował publikowanie *Materiałów do kodyfikacji prawa karnego*<sup>117</sup>. Z kolei w 1917 r. E. Krzymuski „ulożył projekt kodeksu karnego dla Królestwa Polskiego”. W myśl przepisu art. 27 § 1 tego projektu, „usiłowania karygodnego dopuszcza się ten, kto zamierzonego przestępstwa nie zdołał dokonać, ale jednak, postanowiwszy przedsięwziąć czynność prowadzącą do rzeczywistego jego wykonania, już zaczął realizować to postanowienie, a to nawet wtedy, gdyby, wskutek błędu sprawcy lub przypadku, to, co uczynił faktycznie, nie miało odpowiadać temu, co postanowił był przedsięwziąć”. W odrębnych uwagach autor ten wskazał, że nie można mówić o usiłowaniu, gdy sprawca posługuje się środkiem całkowicie nieszkodliwym (np. gusła, zaklęcia lub mo-

---

<sup>112</sup> J. Makarewicz: *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*. Lwów—Warszawa 1924, s. 97.

<sup>113</sup> Ibidem.

<sup>114</sup> Ibidem, s. 98.

<sup>115</sup> M. Gałązka: *Subiektywizm i indywidualizacja odpowiedzialności karnej w poglądach Juliusza Makarewicza*. W: *Prawo karne w poglądach profesora Juliusza Makarewicza...*, s. 228.

<sup>116</sup> J. Makarewicz: *Wstęp do filozofii prawa karnego...*, s. 448—449.

<sup>117</sup> A. Lityński: *Wydział Karny Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej*. Katowice 1991, s. 12—13.

dlitwy), ponieważ „wyjawił nie tyle wolę zabicia człowieka za pomocą własnej akcji, ile życzenie, aby jego wróg utracił życie i aby za jego interwencją jakaś inna nadprzyrodzona siła śmierć mu zadała. Nie ma więc tu właściwie postanowienia przestępnego, i chęć ukarania takiego człowieka za usiłowanie morderstwa sprzeciwiałaby się niewątpliwie regule *cogitationis poenam nemo patitur*”. Natomiast „klasyczne” usiłowanie nieudolne, w postaci błędu sprawcy, według projektu autora, nie zostało w szczególny sposób wyodrębnione, zatem kara grożąca za tę postać usiłowania wymierzana być miała jak za każde usiłowanie, w myśl zasad przewidzianych w art. 29 § 1<sup>118</sup>.

Opracowanie nowego kodeksu powierzono Wydziałowi Karnemu Komisji Kodyfikacyjnej. Kwestionariusz programowy do części pierwszej (ogólnej) projektu ustawy karnej przygotowany przez J. Makarewicza w styczniu 1920 r. zawierał pytania pogrupowane w osiem działów. W piątym dziale — E znalazły się pytania dotyczące usiłowania: począwszy od jego pojęcia, zakresu, rodzajów, zasad karalności, aż do problemu umiejscowienia go w kodeksie<sup>119</sup>. J. Makarewicz zaproponował następujący opis instytucji: „Działanie ujawniające bezpośrednio zamiar sprawcy dokonania przestępstwa, o ile skutek nie nastąpi, stanowi usiłowanie”. Propozycja opisu usiłowania, z jaką wystąpił ten autor, wywołała krytyczne oceny, koncentrujące się wokół niewystarczającego uwzględnienia cech przedmiotowych tej instytucji. I tak zdaniem W. Makowskiego, słowo „bezpośrednio” powinno być odniesione „nie do ujawnienia zamiaru, a do związku ujawniającego zamiar działania z przestępstwem”. E. Krzymuski zarzucił wręcz J. Makarewiczowi kryminalizację myśli ludzkich. Jego zdaniem, choć sam również był zwolennikiem subiektywnej teorii usiłowania, definicja J. Makarewicza nie uwzględnia elementu czynu rozpoczynającego realizację przestępnego postanowienia, w efekcie czego treścią usiłowania stało się „zwiastowanie *nudae cogitationis*”, wbrew zasadzie *cogitationis poenam nemo patitur*<sup>120</sup>. Posiedzenie Komisji w części dotyczącej usiłowania było na

<sup>118</sup> Artykuł 29 § 1: „Kara, przypisaną za dokonane przestępstwa, należy w przypadku usiłowania uważać za złagodzoną przez ustawę w ramach następujących: a) w miejsce kary dożywotniej ma wejść kara najwyższej dziesięcioletnia; b) najniższą i najwyższą granicę zakresu ustawowego innych kar należy obniżyć o jedną czwartą część, z tem jednak zastrzeżeniem, aby i w tym przypadku kryminal nie miał nigdy wypaść poniżej jednego roku”. — E. Krzymuski: *Projekt kodeksu karnego polskiego. Uwagi autora. Tytuł wstępny i część ogólna*. Warszawa 1918, s. 11—12 i 35. Por. jednak wypowiedź J. Makarewicza, odnoszącą się co prawda do pewnej wtórności projektu E. Krzymuskiego w stosunku do kodeksu austriackiego, niemniej kilka drobnych wątków z zakresu usiłowania podejmującą — J. Makarewicz: *Lex Krzymuski. „Przegląd Prawa i Administracji” 1922, 47, s. 1—18*.

<sup>119</sup> *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Wydział karny — prawo materialne*. T. 1. Z. 1. Warszawa 1921, s. 16—17, za: A. Lityński: *Wydział Karny Komisji Kodyfikacyjnej...*, s. 51.

<sup>120</sup> M. Gałązka: *Subiektywizm i indywidualizacja odpowiedzialności karnej...*, s. 225—226.

tyle burzliwe, że nie podjęto w ogóle głosowania nad definicją usiłowania, nie określono też zasad konstrukcji usiłowania nieudolnego; potwierdzono jedynie karalność usiłowania zbrodni oraz przyjęto zasadę łagodniejszego karania za usiłowanie niż za dokonanie<sup>121</sup>. W efekcie redakcja przepisów o siłowaniu ulegała w kolejnych projektach<sup>122</sup> pewnym zmianom. W projekcie wstępnym do istoty usiłowania należało działanie, z którego zamiar popełnienia przestępstwa wyraźnie wynika. W wersji przygotowawczej (po pierwszym czytaniu) była mowa o działaniu skierowanym „bezpośrednio ku zniszczeniu” zamiaru. W wersji po trzecim czytaniu zmieniono wyraz „zniszczenie” na „urzeczywistnienie”. Jak podkreśla się w opracowaniach, twórca tej części J. Makarewicz konsekwentnie odrzucał tradycyjne rozumienie usiłowania jako początku wykonania, stojąc na stanowisku, że subiektywizm prawa karnego domaga się, by karygodność zachodziła już wówczas, gdy zamiar sprawcy niewątpliwie się zaznaczył — „czysty subiektywizm domagać się musi traktowania usiłowania na równi z dokonaniem, a więc karanie usiłowania przy każdym przestępstwie i to karą wyznaczoną za dokonanie”, a stanowisko przeciwne jest dyktowane względami oportunistycznymi<sup>123</sup>. Jednak karalność usiłowania w dwóch pierwszych projektach określona została dość enigmatycznie, stanowiąc, że usiłowanie „podlega karze łagodniejszej”, niczego bliżej nie precyzując. Redakcja po drugim czytaniu brzmiała już następująco: „Przy wymiarze kary sąd uwzględni usiłowanie jako okoliczność łagodzącą”, a więc zasadą stało się karanie jak za dokonanie. Dopiero w wersji po trzecim czytaniu pojawia się regulacja odnosząca się do usiłowania względnie nieudolnego (w wersji wcześniejszej projekt regulował przypadki usiłowania bezwzględnie nieudolnego). Ostatecznie też wycofano się z traktowania usiłowania jako okoliczności łagodzącej, formułując zasadę takiej samej odpowiedzialności za usiłowanie, jak za dokonanie<sup>124</sup>.

Finalnie kodeks karny z 1932 r. w art. 23 statuuje odpowiedzialność karną za usiłowanie wobec tego, „kto w zamiarze popełnienia przestępstwa, przedsięwzięcie działanie skierowane bezpośrednio ku urzeczywistnieniu tego zamiaru,

<sup>121</sup> A. Lityński: *Wydział Karny Komisji Kodyfikacyjnej...*, s. 64—67.

<sup>122</sup> Jak podaje A. Lityński, pomijając projekty nieurzędowe, w toku prac Komisji Kodyfikacyjnej powstało łącznie pięć wersji projektu części ogólnej kodeksu karnego: 1) projekt wstępny Makarewicza, 2) projekt przygotowawczy, czyli wersja po pierwszym czytaniu w sekcji prawa karnego — 1922, 3) wersja przyjęta w drugim czytaniu — 1929, 4) wersja przyjęta w trzecim czytaniu — 1931, 5) wersja po poprawkach przyjętych w komitecie organizacji prac Komisji Kodyfikacyjnej — 1931, czyli po swoistym czwartym czytaniu. Ibidem, s. 124—125.

<sup>123</sup> M. Gałązka: *Subiektywizm i indywidualizacja odpowiedzialności karnej...*, s. 228. Z tego względu J. Makarewicz odrzucał różnicowanie usiłowania w zależności od bliskości dokonania, widząc w tym nie tylko zbędną kazuistykę, ale też odejście od zasady subiektywizmu. Opowiadał się również przeciwko wyodrębnieniu w kodeksie karnym przestępstwa nieudanego („nieudalego”), które polega na zakończeniu czynu zabronionego bez osiągnięcia skutku, traktując je jako jedną z odmian usiłowania; dziś nazywane ukończone, zatamowane. Ibidem.

<sup>124</sup> A. Lityński: *Wydział Karny Komisji Kodyfikacyjnej...*, s. 132—134.

lecz zamierzonego przestępstwa nie dokonywa”. Jak zauważył J. Makarewicz, pojęcie usiłowania wymaga trzech zasadniczych warunków: złego zamiaru, przestępnego działania i braku skutku. Pisał: „definicja usiłowania z art. 23 schodzi się przypadkowo z ujęciem u.k. austriackiej § 8. Tu, jak tam, ustawa sięga poza ostro zarysowaną granicę »początku wykonania« (k.k. niemiecki i rosyjski), działanie nie potrzebuje być początkiem wykonania, aby być usiłowaniem. Wymaga się tylko, by prowadziło do urzeczywistnienia wyraźnie określonego zamiaru, i by prowadziło do tego celu »bezpośrednio« [...]. Dla przyjęcia usiłowania nie potrzeba stwierdzenia wszystkich środków, za pomocą których przestępstwo ma być dokonane; wystarczy ustalenie choćby jednej czynności w łańcuchu działań prowadzących do dokonania danego przestępstwa, byleby czynność skierowana była bezpośrednio ku urzeczywistnieniu zamiaru przestępnego [...]. Bezpośredniość stosunku działania do skutku oceniać należy według nastroju woli sprawcy, a nie według obiektywnego związku przyczynowego”<sup>125</sup>. Z aprobatą J. Makarewicz przytacza zdanie Buscha: „Im polnischen Str. G. liegt die Abgrenzung des Versuchs gegen die Vorbereitungshandlung in dem Merkmal »unmittelbar«. Es wäre aber irrig, in Tatbestand geschützten Rechtsgutes zu erblicken, die zur Betätigung des Erfolgswillens hinzutreten müsste, um deren Strafbarkeit zu begründen”<sup>126</sup>. Podobnej oceny dokonywał L. Peiper, pisząc na gruncie już obowiązującego polskiego kodeksu karnego: „Subiektywizm nowożytnego prawa karnego [...] nie godzi się na to, aby karygodne usiłowanie pokrywało się z początkiem wykonania, domaga się karygodności takiego nawet działania, które nie jest, a nawet nie może być początkiem wykonania, domaga się dla karygodności i zaistnienia usiłowania tylko, by zamiar sprawcy w sposób niewątpliwy się zaznaczył. Usiłowanie według nowożytnych zapatrywań ma być niedwuznaczną manifestacją zamiaru. Także z pedagogicznych względów należy zerwać raz na zawsze z wyrażeniem »rozpoczęcie wykonania«, przypominającym żywo dawne obiektywistyczne konstrukcje”<sup>127</sup>.

<sup>125</sup> J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem*. Lwów 1938, s. 120—121. A. Berger komentował jednak, że ustawodawca, jak przypuszczał, nie miał zamiaru rozszerzenia nadmiernie granic pojęcia usiłowania, co bezspornie wynika z przytoczonych przez niego fragmentów uzasadnienia projektu kodeksu karnego, zgodnie z którym: „ustawa karna nie może operować samym tylko nastrojem woli sprawcy, [...] prawo karne zna sferę izolacyjną bezkarności, którą nazywa czynnościami przygotowawczymi”. Dalej autor krytycznie ocenia powtórzenie rozwiązań austriackich, wskazując jego mankamenty. A. Berger: *Usiłowanie przestępstwa (uwagi do art. 23 § 1 K.K. z 1932 r.)*. Lublin 1933, s. 11—12.

<sup>126</sup> J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem...*, s. 121 i cytowane tam źródło.

<sup>127</sup> L. Peiper: *Komentarz do Kodeksu Karnego i prawa o wykroczeniach*. Kraków 1936, s. 94, cyt. za: E. Darmorost-Sierocińska: *Odpowiedzialność karna w dawnych kodyfikacjach norweskiej i polskiej. Próba ujęcia porównawczego*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2009, 61, 1, s. 287.

Reasumując ewolucję instytucji usiłowania, powtórzyć wypada, że zdaniem J. Makarewicza, początkowy rozwój usiłowania nie oznacza zwycięstwa „subiektywnej winy”. To bowiem nie wewnątrz sprawcy było przyczyną zwrócenia uwagi na konieczność karania usiłowania przestępstwa, lecz procesy zachodzące w świecie zewnętrznym. Gdy dostrzeżono, że wymierzony w kogoś strzał nie zabił tylko dlatego, że uniemożliwił to szczęśliwy traf, powstała skłonność — pisał autor — do traktowania tego jako przestępstwo. Nie brano więc pod uwagę woli sprawcy, lecz owo niepokojące „niebezpieczeństwo”<sup>128</sup>. O słuszności tego poglądu świadczy fakt, że początkowo, jak wcześniej wykazano, karalne jako przestępstwa dokonane pojawiły się zachowania przypominające dzisiejsze usiłowanie najpoważniejszych, najgroźniejszych czynów — zamachu stanu, zabójstwa itp. O tym „niepokojącym” niebezpieczeństwie pisał też S. Śliwiński, zauważając, że nowożytny ustawodawca wychodzi z założenia, że nie sam skutek ma znaczenie rozstrzygające, ale uwzględnić należy także niebezpieczeństwo, jakie łączy się z usiłowaniem. W myśl teorii przedmiotowej, istotne jest niebezpieczeństwo, na które narażone zostało dobro prawne przez usiłowanie. Teoria podmiotowa kładzie nacisk nie tyle na rzeczywiste zagrożenie dobra, ile na niebezpieczeństwo grożące od sprawcy, na niebezpieczny charakter sprawcy usiłowania. I to ostanie ujęcie jest, zdaniem S. Śliwińskiego, właściwe dla nowożytnego ustawodawcy, którego poglądy stale się przesuwają w kierunku subiektywnym<sup>129</sup>. Warto jednak zauważyć, że — jak się wydaje — możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku usiłowania nieudolnego (art. 24 k.k. z 1932 r.) osłabiał ten subiektywizm.

Odnotać również należy, że historia usiłowania to — *de facto* — po części historia przesuwania granic ochrony dobra prawnego i wprowadzania karalności zachowań na tzw. przedpolu dokonania. Z tego też względu dość wcześnie ustanowiono karalność nie tylko za wyrządzenie szkody, jako realnej i postrzegalnej zmiany w świecie zewnętrznym, ale też za zachowania potencjalnie niebezpieczne — odpowiedniki przestępstw z narażenia czy też przestępstw formalnych. Z czasem pojawiła się karalność usiłowania konkretnych typów przestępstw, a następnie sformułowano zasady odpowiedzialności za usiłowanie. Później pojawia się periodyzacja zachowań przeddokonaniowych i wreszcie problem usiłowania nieudolnego. Trudno więc zgodzić się z E. Hryniewicz, że rozwój typów przestępstw polegających na samym sprowadzeniu zagrożenia nastąpił równoległe z rozszerzeniem karalności na wcześniejsze etapy zachowania sprawcy, o czym przekonują przykłady wskazane przez autorkę w dalszej części<sup>130</sup>. Zdaniem K. Rastawickiego, pojawienie się (już bardzo wcześnie w historycznym rozwoju prawa karnego) przestępstwa formalnego wiązało się z brakiem in-

<sup>128</sup> J. Makarewicz: *Wstęp do filozofii prawa karnego...*, s. 446.

<sup>129</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 294.

<sup>130</sup> E. Hryniewicz: *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*. Warszawa 2012, s. 2.

stytucji usiłowania przestępstwa, a rolę instytucji usiłowania przejęły samoistne typy przestępstw *sui genesis*, polegające na samym określonym zachowaniu się. Istnienie typów przestępstw formalnych pełniło, zdaniem autora, funkcję kompensacyjną wobec braku instytucji usiłowania<sup>131</sup>. Wydaje się, że taka konstatacja jest zbyt daleko idąca. Z pewnością kryminalizacja zachowań zmierzających do wywołania określonego skutku lub potencjalnie mogących taki skutek wywołać pojawiła się niemal równocześnie z odpowiedzialnością za wyrządzenie szkody, trudno jednak wiązać to z brakiem instytucji usiłowania. Taka interpretacja byłaby możliwa, gdyby był to brak uświadomiony i stąd wynikało sięgnięcie do instytucji „zastępczej” (tak jak wykorzystanie konia np. w transporcie w rozwoju cywilizacyjnym nie wiązało się z brakiem samochodu jako takiego, natomiast współcześnie z powodu biedy, klęski itp. brak samochodu może spowodować sięgnięcie po konia). Pojawienie się przestępstw formalnych, przestępstw z narażenia, a przede wszystkim przestępstw będących usiłowaniem podniesionym do rangi dokonania to ewolucja instytucji prawa karnego zmierzającego do karania również wtedy, gdy szkoda (jeszcze) nie nastąpiła. Trzeba przy tym zauważyć, że wiele z rodzajów przestępstw, które pojawiały się w czasie, gdy nie znano pojęcia usiłowania generalnego, a które wprowadzało karalność na przedpolu dokonania, istnieje do dzisiaj (lub istnieją ich odpowiedniki) — np.: posiadanie broni, zamach na życie prezydenta, nieudzielenie pomocy itp. Co istotniejsze, nie zniknęły one wraz z pojawieniem się odrębnego, karalnego stadium usiłowania. Wydaje się więc, że ten ich rodowód każe z wielką rozważą podchodzić do koncepcji usiłowania tego rodzaju przestępstw.

## 2. Ewolucja instytucji czynnego żalu

Czynny żal jako instytucja prawa karnego ma historię równie długą, jak usiłowanie, chociaż nieco gorzej udokumentowaną. Zwięźłą ewolucję tej instytucji w swojej monografii przedstawiła już D. Gajdus<sup>132</sup>. W tym miejscu warto więc tylko zaznaczyć punkty przełomowe w rozwoju tej instytucji. Wypada jednak nadmienić, że pojęcie „czynny żal” ani w przeszłości, ani teraz nie ma jednoznacznej konotacji (do czego jeszcze przyjdzie wrócić). Kreśląc jednak historię czynnego żalu, należy przyjąć wstępne założenia terminologiczne. Zatem za czynny żal uznawać będą zachowania sprawcy po popełnieniu przestępstwa (na różnych etapach drogi przestępczej), w których to zachowaniach prawodawca chciał widzieć porzucenie zamiaru kontynuowania *iter delicti*, i z którymi wiązał określone konsekwencje prawnokarne dla sprawcy czynu.

<sup>131</sup> K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezskutkowe)...*, s. 69—70, 89—90.

<sup>132</sup> D. Gajdus: *Czynny żal w polskim prawie karnym*. Toruń 1984.



Początkowo czynny żal — jako instytucja prawna — występował wyłącznie w postaci podokonaniowej. Zdaniem D. Gajdusa, już w Indiach, za czasów panowania Bratanica, kodeks Manou<sup>133</sup> stanowił, że sprawca uszkodzenia tamy i straty wody, o ile naprawił uszkodzenie, nie był karany śmiercią, a jedynie płacił 1 000 pana. Podobnie złodziej, który ukradł przedmioty małowartościowe i oddał je właścicielowi, nie podlegał karze. Takie zachowanie sprawców, pisze D. Gajdus, połączone z oczyszczeniem moralnym powodowało uwolnienie od kary boskiej i ludzkiej. W prawie hebrajskim, opartym na dwóch koncepcjach odpowiedzialności: etyczno-religijnej i prawnej, aby uniknąć kary Bożej, złodziej musiał się przyznać do winy i okazać żal, aby zaś uniknąć kary ludzkiej (prawnej) sprawca musiał spontanicznie przyznać się do popełnionego przestępstwa i zwrócić ukradzioną rzecz, zanim pokrzywdzony o tym się dowiedział<sup>134</sup>. Takie „ograniczenie” czynnego żalu wyłącznie do postaci podokonaniowej oczywiście nie dziwi, skoro bardzo późno pojawiło się usiłowanie jako odrębna forma stadialna.

W prawie rzymskim, wobec sporów co do obecności usiłowania w ówczesnym porządku prawnym, również kwestia czynnego żalu musi budzić wątpliwości. Z całą pewnością prawo rzymskie uwzględniało czynny żal po dokonaniu przestępstwa. Jednak częściej stosowana — ze względów politycznokryminalnych — była instytucja ulaskawienia wobec sprawcy, który manifestował swój żal i chęć naprawienia szkody<sup>135</sup>. W literaturze można też spotkać informację, że ustawa XII tablic w przypadkach *membrum ruptum* (ciężkie okaleczenia ciała) przewidywała karę talionu, jeśli strony nie zawarły ugody<sup>136</sup>, co świadczyć może *a contrario* o znaczeniu ugody i ewentualnym czynnym żalu.

Czynny żal znalazł odzwierciedlenie w dwóch artykułach Korektury praw z 1532 r. (projekt kodeksu prawa polskiego, przygotowanym na polecenie sejmu walnego, który nigdy nie zyskał rangi ustawy). Przewidywał go C. 549 w postaci dobrowolnego wydania zbiegłego chłopca przez nowego pana, u którego się osiedlił. Zwrot rzeczy skradzionej uwalniał od kary infamii, jeśli nie zachodził przypadek trzykrotnej recydywy<sup>137</sup>.

<sup>133</sup> R. Tokarczyk zaznacza: „W drugim okresie [kultury hinduizmu — O.S.] — bramińskim, od około 1000 do około 400 r. p.n.e., główną rolę odgrywali kapłani, bramini, obdarzeni nadzwyczajnymi mocami. [...] Bramiński nurt kultury prawnej hinduizmu zawiera się przede wszystkim w sławnych prawach manu — bliżej nie znanego autora prehistorycznego. Kulturowany przez ponad dwa tysiąclecia, urósł do ogromnych rozmiarów tysięcy tomów prawa, opartego na spekulacjach duchownych, moralistów i prawników”. — R. Tokarczyk: *Współczesne kultury prawne*. Kraków 2003, s. 253—255.

<sup>134</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 8.

<sup>135</sup> Ibidem, s. 9—10.

<sup>136</sup> B. Lesiński, W. Rozwadowski: *Historia prawa...*, s. 193.

<sup>137</sup> W. Uruszczak: *Korektura praw z 1532 roku...*, s. 32.

Dopiero w XVI w. rozróżniano dwie postaci czynnego żalu: przed i po dokonaniu przestępstwa (choć pierwszym źródłem koncepcji czynnego żalu — zdaniem D. Gajdusa — są jego „związki z religią”<sup>138</sup>). Jak zauważa D. Gajdus, to przedstawicielom tego okresu zawdzięczamy ustanowienie dodatkowych warunków do zastosowania prawnych regulacji czynnego żalu. I tak E. Bossio wprowadził warunek dobrowolności, G. Claro zaś, nawiązując do wspomnianych dwóch postaci czynnego żalu, sformułował dodatkowe kryterium różnicowania odpowiedzialności zależnie od stopnia efektywności działania sprawcy. Z kolei Menochio nakreślił cezurę czasową okazania czynnego żalu, a A. Tiraquello wprowadził przy niektórych postaciach czynnego żalu po dokonaniu obowiązku denuncjacji<sup>139</sup>. Usystematyzowania wszystkich zasad odnoszących się do czynnego żalu dokonała już niemiecka nauka prawa karnego — w 1516 r. w Strassburgu ukazał się zbiór *Klagspiegel*, opracowany przez S. Brandta, w którym znalazło się m.in. usiłowanie zatamowane i zaniechane<sup>140</sup>.

Niejako ukoronowaniem wysiłków doktryny prawa karnego w zakresie czynnego żalu stała się *Constitutio Criminalis Carolina* z 1532 r., w której jako pierwszej nowożytnej kodyfikacji prawa po raz pierwszy sformułowane zostało ogólne określenie usiłowania. Przewidywała też złagodzenie kary wobec odstępującego od usiłowania na podstawie zasady „nie chcieć”<sup>141</sup>. *Constitutio Criminalis Theresiana* z 1768 r., wśród okoliczności uchylających odpowiedzialność karną wymieniała m.in. nienastąpienie skutku. Ponadto stanowiła, że w razie okazania przez sprawcę czynnego żalu nie dochodzi do dokonania przestępstwa, a konsekwencją jest uwolnienie od kary lub zasądzenie kary pieniężnej<sup>142</sup>. Na podobnej zasadzie czynny żal, skutkujący łaską darowania kary, uwzględniony został w § 43 Landrechtu pruskiego (1794) — „Ktokolwiek z własnej pobudki odstępuje od wykonania zbrodni, a przy tem czyni przysposobienia, iż skuteczność jej prawu przeciwna całe nastąpić nie może; niemniej ten, kto przez wczesne odkrycie współwinowajców i ich przedsięwzięcia, wykonanie Onego czyni zawodnem, ten może żądać darowania łaską”<sup>143</sup>.

Nieco wcześniej swoisty czynny żal znalazł swoje miejsce w Józefinie z 1787 r. Jej § 123 (I) przewiduje m.in. konsekwencje dotyczące samobójcy, w zależności od okazania przed śmiercią czynnego żalu lub jego braku — „Gdyby samobójca albo natychmiast umarł, albo bez okazania żalu zeszedł, natenczas ciało jego, przez kata pogrzebane będzie. Gdyby zaś, w środkującym czasie między uczynkiem i nastąpiłą śmiercią, żal okazał, wtedy zwykły po-

<sup>138</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 83.

<sup>139</sup> Ibidem, s. 11—12.

<sup>140</sup> Ibidem, s. 12.

<sup>141</sup> Ibidem, s. 13.

<sup>142</sup> Ibidem, s. 17.

<sup>143</sup> A. Dziadzio, D. Malec: *Historia prawa...*, s. 90.

grzeb ciała jego odmówiony będzie, i bez wszelkiej asystencji, i pompy pochowany zostanie”<sup>144</sup>.

Z treści przytoczonego wcześniej art. 25 Kodeksu Karzącego Królestwa Polskiego z 1818 r. wynika ważna zasada, podkreślana przez wspomnianego wcześniej R. Hubego — „każde usiłowanie zaniechane z własnej woli osoby chcącey występku popełnić ma być uważane za bezkarne”. Jednak od tej zasady Kodeks przewidywał wyjątek — sprawca usiłowania morderstwa lub podpalenia, pomimo poniesienia czynu z własnych pobudek (pobudzony żalem), podlegać miał karze (od 8 dni do 3 miesięcy lub od 3 miesięcy do roku)<sup>145</sup>.

O bezkarnym usiłowaniu stanowił niemiecki kodeks karny z 1871 r., który taką bezkarność przewidywał w dwóch sytuacjach: 1) gdy sprawca odstąpił od wykonania zamierzonego czynu, a w wykonaniu tym nie przeszkodziły okoliczności od jego woli niezależne, lub 2) gdy sprawca zapobiegł przed wykryciem czynu własnym działaniem powstanie skutku, od którego zależy dokonanie zbrodni lub występku<sup>146</sup>.

E. Krzymuski, zajmując się osiemnasto- i dziewiętnastowieczną konstrukcją usiłowania, podjął problem usiłowania zaniechanego i jego stosunku do zatamowanego. Jak zaznaczył, jedna z glos (do 5 Lex, tytułu 3. ks. I Kodeksu Justyniana) uwzględnia dwa przypadki: 1) ten, w którym sprawca nie chciał osiągnąć zamierzonego skutku przestępnego (*quia noluit*), i 2) ten, w którym sprawca nie mógł go osiągnąć (*quia non potuit*); w pierwszym przypadku sprawca miał być wolny od kary, w drugim zaś powinien ją ponieść<sup>147</sup>. Na tym opiera się podział usiłowania na zaniechane i zatamowane. Zdaniem E. Krzymuskiego, podział taki jest całkowicie zasadny: brak wyrazu powzięcia przez sprawcę postanowienia wystarczającego do popełnienia przestępstwa<sup>148</sup>. Ten sam autor przytacza, że wcześniej wyrażano poglądy nieco inne. Dobrowolne odstąpienie powinno sta-

<sup>144</sup> Ibidem, s. 19.

<sup>145</sup> R. Hube: *Wykład zasad o usiłowaniu występku...*, s. 59. Nieco inny jest wydźwięk wypowiedzi J. Śliwowskiego, który podkreśla wyjątkowość i nowoczesność regulacji prawno-karnych związanych z odstąpieniem od usiłowania zbrodni zabójstwa lub podpalenia. Treść jego wypowiedzi zdaje się sugerować niedostrzeżenie czynnego żalu wkomponowanego w treść samego art. 25 Kodeksu Karzącego Królestwa Polskiego. Argumentem takiej interpretacji stanowiska J. Śliwowskiego jest przytoczenie przez niego poglądu F. Maciejowskiego, że „przy odstąpieniu od usiłowania należy jeśli nie całkowicie uchylić odpowiedzialność, to w każdym razie **znacznie złagodzić karę** [podkreśl. O.S.]”. — por. J. Śliwowski: *Kodeks Karzący Królestwa Polskiego...*, s. 325—326 i przywołana przez niego publikacja: F. Maciejowski: *O zewnętrznych działaniach bezprawnych*. „Biblioteka Warszawska” 1844, 1, s. 516.

<sup>146</sup> A. Gulczyński, B. Lesiński, J. Walachowicz, J. Wiewiorowski: *Historia państwa i prawa...*, s. 393.

<sup>147</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw...*, s. 170.

<sup>148</sup> Ibidem, s. 171—172. Jednakże przy usiłowaniu wyrządzającym pewną szkodę za podanie określonej dawki trucizny powodującej uszczerbek na zdrowiu winna być już przewidziana odpowiedzialność karna ze względu na tę szkodę.

nowić jedynie nadzwyczajne złagodzenie kary (Clarus, Carpzw, Kress, Boehmer i in., ale też *CC Theresiana* z 1768 r., Landrecht pruski z 1793 r.). Inni twierdzili (Farinacius, Cropp), że zaniechanie usiłowania ma stanowić okoliczność znoszącą karę tylko wtedy, gdy nastąpiło to ze skruchy i wyrzutów sumienia, a gdy ze strachu przed karą — okoliczność łagodzącą. A przecież — zdaniem E. Krzymuskiego — zadaniem prawa karnego jest powstrzymanie ludzi od przestępstw, wzniesając obawę kary. W myśl trzeciego poglądu wskazanego przez Krzymuskiego samo zaniechanie usiłowania jest niewystarczające; sprawca dopiero wtedy może liczyć na bezkarność lub złagodzenie kary, gdy dokona jakiegoś aktu w kierunku przeciwnym (Otto, Buri). Ale sytuacja taka — według Krzymuskiego — możliwa byłaby tylko przy usiłowaniu zupełnym i jedynie w przypadkach, w których między skutkiem a ostatnim aktem zachodzi stosunek tego rodzaju, że działanie to może być jeszcze przez sprawcę pozbawione zdolności wywołania skutku w świecie zewnętrznym<sup>149</sup>.

Natomiast sam sposób formułowania braku karalności, a w zasadzie karygodności usiłowania zaniechanego E. Krzymuski przedstawia w dwóch postaciach: 1) w skład samego pojęcia usiłowania karygodnego wchodzi jego przerwanie wskutek okoliczności niezależnych od sprawcy — kodeks francuski, belgijski (1867), toskański (1853), sardyński (1859); 2) usiłowanie uważa się za karygodne bez względu na tę ostatnią okoliczność i dopiero jego dobrowolne zaniechanie ze strony sprawcy jest okolicznością uchylającą jego karygodność — kodeks karny Cesarstwa Niemieckiego (1871). W przekonaniu E. Krzymuskiego, różnica jest raczej natury formalnej niż materialnej, ma znaczenie proceduralne. Jednak ten ostatni system według niego jest bardziej racjonalny<sup>150</sup>.

Jak zauważa W. Makowski, kodeks karny obowiązujący tymczasowo na ziemiach polskich byłego zaboru rosyjskiego (z 1903 r.) już do samego określenia usiłowania wprowadza warunek przerwania działalności przestępnej przez okoliczności od sprawcy niezależne. W ten sposób, poza normatywnym kształtem usiłowania, pozostawia usiłowanie, które dobrowolnie zostało zaniechane, lub w którym nastąpienie skutku jeszcze przed wykryciem zostało przez sprawcę odwrócone<sup>151</sup>. W art. 49 tego kodeksu mowa jest bowiem o usiłowaniu jako o przestępstwie niedokonanym wskutek okoliczności niezależnych od woli winowajcy. Swoistego podsumowania dokonał, podobnie jak wcześniej E. Krzymuski, J. Makarewicz, który wskazywał, że znaczna część ustaw zawiera taką definicję usiłowania, że w razie zaniechania „niema mowy o postępowaniu przestępnem: np. »a jedynie z powodu niemocy, obcej przeszkody skutek nie nastąpił« (kk. austriacki z 1852 r.). Albo »jeżeli przestępstwo nie zostało dokonane wskutek okoliczności niezależnej od woli winowajcy« (por.

<sup>149</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw...*, s. 173.

<sup>150</sup> Ibidem.

<sup>151</sup> *Kodeks karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. zaboru rosyjskiego...*, s. 171—172.

kk. rosyjski art. 49). Ustawy inne (np. kk. niemiecki § 46, k.k. norweski § 50) uznają w tym razie usiłowanie, natomiast podają z reguły bezkarność w razie odstąpienia. [...] Dwa te odrębne typy schodzą się w punkcie bezkarności usiłowania zaniechanego, różnica praktyczna wyniknąć może w tym kierunku, że w pierwszym przypadku wysunięcie zaniechania poza nawias nie ma czynu karygodnego, nikt więc nie odpowiada w zasadzie, w drugim wypadku wyraźnej reguły bezkarności jest przestępstwo, lecz zachodzi okoliczność wykluczająca karygodność<sup>152</sup>.

Wiele lat później D. Gajdus (która widziała — niesłusznie w moim przekonaniu — w tym podziale różne uzasadnienie bezkarności usiłowania zatamowanego, chociaż szerzej tego wątku nie rozwijała) konkludowała: 1) jeśli przyjąć, że w pojęciu usiłowania mieści się jego przerwanie z powodów niezależnych od sprawcy — sąd musi udowodnić, że zostało one przerwane z powodów obiektywnych, niezależnych od sprawcy (np. k.k. francuski z 1810 r., k.k. belgijski z 1867 r., k.k. austriacki z 1852 r.) lub 2) karalność usiłowania jest cechą niezależną tej postaci stadialnej, natomiast dobrowolne odstąpienie ze strony sprawcy uchyla karalność usiłowania, zatem sąd może uwolnić od kary, gdy dojdzie do przekonania, że sprawca dobrowolnie zaniechał usiłowania (np. k.k. niemiecki z 1871 r.)<sup>153</sup>.

W kodeksie karnym z 1932 r. czynny żal został już odrębnie, w przepisie art. 25, uregulowany w dwóch postaciach — „Nie odpowiada za usiłowanie, kto dobrowolnie odstąpił od działania lub zapobiegł powstaniu skutku przestępnego”<sup>154</sup>. Zdaniem J. Makarewicza, tzw. usiłowanie zaniechane względnie czynny żal uwalnia sprawcę od odpowiedzialności karnej; autor ten stwierdza nawet, że w określonych w art. 25 sytuacjach nie ma bezprawia po stronie sprawcy<sup>155</sup>. S. Śliwiński instytucję przewidzianą w art. 25 nazywa po prostu odstąpieniem od usiłowania, które może mieć dwie postaci: dobrowolne odstąpienie od działania lub zaniechania oraz zapobieżenie powstaniu skutku przestępnego. Nie zgadza się z J. Makarewiczem (podobnie jak z W. Wolterem, W. Makowskim, L. Peiperem, S. Glaserem i A. Mogilnickim) co do oceny prawnokarnych konsekwencji odstąpienia od usiłowania. Jak słusznie zauważa (porównując odstąpie-

<sup>152</sup> J. Makarewicz: *Prawo karne...*, s. 99.

<sup>153</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 84.

<sup>154</sup> W projekcie k.k. „ułożonym dla Królestwa Polskiego” przez E. Krzymuskiego w 1917 r. art. 27 § 2 miał treść następującą: „Usiłowanie przestaje być karygodnym, jeżeli sprawca w chwili, gdy jeszcze nie sprowadził żadnego skutku przestępnego, dobrowolnie i to niezależnie od pobudek, które go do tego mogły być skłonić, odstąpił od zamierzonego przestępstwa, a przez to, że bądź powstrzymał się od dalszej akcji, bądź, już po doprowadzeniu do końca postanowionej akcji, własną działalnością udaremnił mający z niej wypłynąć skutek przestępny”. — E. Krzymuski: *Projekt kodeksu karnego polskiego. Uwagi autora. Tytuł wstępny i część ogólna*. Warszawa 1918, s. 35.

<sup>155</sup> J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem*. Lwów 1932, s. 84.

nie od usiłowania do przedawnienia), czyn sprawcy jest przestępny i zawiniony, wyłączona jest jedynie karalność<sup>156</sup>.

Ostatecznie D. Gajdus w historii ewolucji czynnego żalu wyróżnia trzy okresy. Pierwszy to czas tworzenia się nowożytnego prawa karnego, a wraz z nim podstawowych instytucji, w tym czynnego żalu (związanego z pojawieniem się usiłowania). Drugi okres to czas niewielkiego znaczenia praktycznego instytucji czynnego żalu, która choć była obecna w kodyfikacjach, to „powoli o niej zapomniano”. Trzeci okres, zapoczątkowany po II wojnie światowej, to rozwój kryminologii, a zwłaszcza wiktymologii, przy równoczesnym nasileniu przestępczości najpoważniejszej — przede wszystkim terrorystycznej. W efekcie tych czynników nastąpił duży wzrost zainteresowania czynnym żalem jako skutecznym instrumentem polityki karnej. Ilustracją żywego działania tej instytucji jest — zdaniem wymienionej autorki — ustawodawstwo włoskie, a przede wszystkim ustawa z 1982 r., która stanowi „najwyższą formę normatywnego uznania dla instytucji czynnego żalu i podkreśla jej związek z ewolucją poglądów i rozwiązań kształtujących się przez wiele wieków we Włoszech”<sup>157</sup>. Wydaje się, że o ile Włochy faktycznie wkroczyły w trzeci okres ewolucji czynnego żalu, o tyle Polska ciągle tkwi w okresie drugim, do czego jeszcze przyjdzie wrócić.

---

<sup>156</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 310—311.

<sup>157</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 20—21.



## Uzasadnienie karalności usiłowania i odstąpienia od karalności w razie wykazania przez sprawcę czynnego żalu

### 1. Przegląd stanowisk doktryny w kwestii uzasadnienia karalności usiłowania

Zajmując się czynnym żalem na etapie usiłowania, nieco uwagi poświęcić należy uzasadnieniu karalności samego usiłowania. Uzasadnienie karalności usiłowania pozwoli — jak się wydaje — na wyciągnięcie wniosków dotyczących uzasadnienia prawnych następstw czynnego żalu związanego z usiłowaniem. Jeśli bowiem poddajemy pod rozagę uzasadnienie czynnego żalu, a mówiąc precyzyjniej, szukamy przyczyn zaniechania karalności usiłowanego czynu, to rozpoznać najpierw należy, dlaczego podjęta została decyzja o karalności samego usiłowania. Upraszczając bardzo historię prawa karnego w przedmiotowym zakresie, stwierdzić należy, że bardzo wcześnie wprowadzono karalność nie tylko za skutek/szkodę, ale również i zachowanie, które jeszcze określonej szkody nie wywołało (a które najczęściej niebezpieczeństwo określonej szkody za sobą niosło). Ukształtowanie ogólnych reguł związanych z usiłowaniem niemal natychmiast spowodowało pojawienie się instytucji czynnego żalu. Zarówno przy usiłowaniu, jak i czynnym żalu nie ma dokonania przestępstwa (najczęściej brak po prostu skutku), jednak — co oczywiste — inaczej ustawodawca chce traktować sprawcę „klasycznego” usiłowania, inaczej sprawcę, który wykazał się czynnym żalem. Wyjaśnienie tego zróżnicowanego podejścia opiera się na odmiennym uzasadnieniu obecności tych instytucji w prawie karnym. Rozważyć jednak należy, czy rzeczywiście są to dwie różne instytucje, i czy ich uzasadnienia są z sobą spójne i koherentne.



R. Zawłocki pisze, że normatywna koncepcja form stadialnych ma charakter ściśle konwencyjny, a w rzeczywistości zamach na określone dobro ontologicznie stanowi zasadniczo nierozzerwalny zbiór konkretnych faktycznych czynności sprawy. Czynności te — jak zauważa autor — wykazują stadialny charakter wyłącznie ze względu na formalnie ustanowione cechy — zaawansowanie realizacji zamiaru przestępnego — i w rzeczywistości realizowane są w oderwaniu od formalno-prawnej matrycy, podlegając *ex post* ocenie. Zdaniem R. Zawłockiego, wyróżnienie form stadialnych stanowi więc modelowe ujęcie popełnienia przestępstwa i nie ma podstaw ontologicznych<sup>1</sup>. Konstatacja ta z pewnością utrudnia poszukiwania uzasadnienia karalności usiłowania, lecz bynajmniej nie uniemożliwia. Wydaje się również, że brak dokonania, a w przypadku odwoływania się do perspektywy ontologicznej po prostu brak skutku/szkody wyraźnie jednak różnicuje dwie formy, a w zasadzie dwa etapy popełnienia czynu: wyrządzenie określonej szkody i (poprzedzające je) podjęcie próby wyrządzenia określonej szkody.

Nie ma jednak wątpliwości, że szczególne trudności napotyka się przy poszukiwaniu jednolitego uzasadniania karalności usiłowania, biorąc pod uwagę usiłowanie nieudolne. Prawie czterdzieści lat temu M. Szerer pisał, że „ontologia usiłowania nieudolnego tuła się po teorii prawa karnego od półtora wieku i uporczywie opiera się jednolitemu uzasadnieniu”<sup>2</sup>. Może się bowiem wydawać, jak zaznacza E. Plebanek, że nie ma w przypadku usiłowania nieudolnego możliwości naruszenia dobra prawnego oraz faktycznego naruszenia reguł postępowania z nim, co powodować by musiało niemożność uznania tego rodzaju zachowań za bezprawne i — co zgodnie z przyjętym przez autorkę modelem struktury przestępstwa — wyłączenie możliwości ich dalszego prawnokarnego wartościowania (a więc np. badania strony podmiotowej, która dla tej postaci stadialnej ma znaczenie decydujące przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu)<sup>3</sup>.

Na ogół nie ma problemu z uzasadnieniem wprowadzenia karalności usiłowania udolnego. Przedstawiona wcześniej historia usiłowania poruszała wątek uzasadnienia karalności usiłowania. Przyczyną pojawienia się usiłowania w systemach prawa karnego było, zdaniem J. Makarewicza, nie tyle zwycięstwo subiektywizmu w prawie karnym, ile uświadomienie sobie realnego niebezpieczeństwa wystąpienia skutku. Współcześnie wskazuje się na dwa aspekty. K. Buchała twierdził, że społeczne niebezpieczeństwo usiłowania wynika z przedmiotowych i podmiotowych okoliczności czynu stanowiącego naruszenie normy sankcjonowanej. Usiłowanie, jak pisał, wykazuje identyczną stronę podmiotową

<sup>1</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Warszawa 2010, s. 523—524.

<sup>2</sup> M. Szerer: *Z rozważań nad karaniem usiłowania nieudolnego*. „Państwo i Prawo” 1975, 7, s. 65.

<sup>3</sup> E. Plebanek: *Materialne określenie przestępstwa*. Warszawa 2009, s. 233.

jak dokonanie, przedmiotowo zaś stanowi częściową realizację znamion czynu zabronionego<sup>4</sup>. Zdaniem A. Zolla, usiłowanie udolne (przy odrzuceniu skrajnie subiektywistycznych koncepcji znamienia bezpośredniości w definicji usiłowania) charakteryzuje się, jeśli nie konkretnym, to w każdym razie realnym niebezpieczeństwem dla dobra prawnego, a więc pewną obiektywną zmianą, niekorzystną sytuacją. Uznanie czynu, zdaniem autora, sprowadzającego taką zmianę za społecznie szkodliwy nie nasuwa wątpliwości<sup>5</sup>. Tezę taką prezentuje też R. Zawłocki, zdaniem którego wywołanie zagrożenia dla dobra prawnego stanowi podstawę form stadialnych popełnienia przestępstwa, a ustawodawca potwierdził, że zagrożenie dla dobra prawnego chronionego normą karnoprawną wywołane usiłowaniem jest społecznie niebezpieczne w stopniu równym, jak dokonanie, czyli naruszenie tego dobra prawnego<sup>6</sup>.

Usiłowaniu nieudolnemu jako pierwszy uwagę poświęcił P.J.A. Feuerbach. Co prawda, zdaniem Z. Jędrzejewskiego, nawet prawa dawnych epok знаły karalność pewnych zachowań, które nie kwalifikują się do dzisiejszego rozumienia pojęcia usiłowania nieudolnego, jak np. uprawianie czarnej magii lub czarów<sup>7</sup>. Wydaje się jednak, że wobec powszechnej wiary w skuteczność takich przedsięwzięć trudno je porównywać z usiłowaniem nieudolnym. P.J.A. Feuerbach zakwestionował zasadność obejmowania reakcją karną zachowań związanych z samym tylko nagannym zamiarem, a niezagrażających w istocie przedmiotowi przestępstwa<sup>8</sup>. Formułując to twierdzenie, rozpoczął spór o karygodność usiłowania, który — pomimo upływu lat — trwa do dziś. Jednocześnie poglądy Feuerbacha w tej kwestii dały początek bardzo popularnej w XIX w. tzw. starszej teorii obiektywnej (lub starszej teorii niebezpieczeństwa). Zgodnie z nią, usiłowanie jest karalne tylko wtedy, gdy zachowanie, oceniane wedle właściwości zewnętrznych, pozostaje w związku przyczynowym z zamierzonym przestępstwem, jest obiektywnie niebezpieczne<sup>9</sup>. C.J.A. Mittermaier, kontynuator myśli P.J.A. Feuerbacha i zwolennik racjonalizacji sprawiedliwościowej, utrzymywał, że kara jest odpłatą za wyrządzone zło, nie może więc kierować się ku przyszłości — ukaranie znajduje uzasadnienie tylko wówczas, gdy zło bezprawnie rze-

<sup>4</sup> K. Buchała: *Prawo karne materialne*. Warszawa 1980, s. 392.

<sup>5</sup> A. Zoll: *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji*. W: *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*. Red. J. Majewski. Toruń 2007, s. 10.

<sup>6</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 533.

<sup>7</sup> Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania nieudolnego*. Warszawa 2000, s. 15—16. Podobnie też J. Makarewicz: *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*. Lublin 2009, s. 452.

<sup>8</sup> D. Gruszecka: *Rozwój koncepcji karalności usiłowania nieudolnego*. „Wrocławskie Studia Erazmiańskie”. Zeszyty Studenckie 2010, 4, s. 31.

<sup>9</sup> Z. Jędrzejewski: *Granice karalności usiłowania nieudolnego*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2007, 2, s. 61.

czywiście zostało wyrządzone. Działanie sprawcy nosi znamiona bezprawności, jeśli narusza lub zagraża dobru prawnemu (sam zaś zamiar takiej cechy nadać mu nie może)<sup>10</sup>. C.J.A. Mittermaier dokonał podziału na usiłowanie z użyciem środków tzw. absolutnie (bezwzględnie) niezdatnych — niekaralne, oraz usiłowanie z użyciem środków relatywnie (względnie) niezdatnych — karalne. Dało to podstawę do rozróżnienia niewłaściwości ilościowej — relatywnie nieudolne, oraz niewłaściwości jakościowej użytego środka — bezwzględnie nieudolne. Pozwoliło to później na przeprowadzenie dalszego podziału na absolutnie i relatywnie niezdatny przedmiot oraz odpowiednio właściwość rzeczową — brak w ogóle przedmiotu nadającego się do dokonania, oraz niewłaściwość miejscową — brak przedmiotu w oczekiwanym przez sprawcę miejscu<sup>11</sup>. Trudności pojawiające się wokół kryterium rozróżnienia między usiłowaniem absolutnie i relatywnie nieudolnym (wobec nieostrych *de facto* kryteriów doboru właściwości uwzględnianych w ocenie — np.: przy jakiej długości zbyt krótkiej drabiny przyjąć należy niekaralne usiłowanie<sup>12</sup>) starała się usunąć tzw. młodsza teoria niebezpieczeństwa (młodsza teoria obiektywna), którą przedstawił F. von Liszt, a rozwinął R.N. Hippel. Podstawą bezprawności usiłowania ma być niebezpieczeństwo czynu sprawcy (działanie nie niebezpieczne nie jest usiłowaniem, lecz niekaralnym przestępstwem urojonym). Niebezpieczeństwo ma być przy tym konkretne, a nie urojone<sup>13</sup>. Ocena niebezpieczeństwa miała być dokonywana nie *ex post*, jak w przypadku starszej teorii, lecz *ex ante*, tj. w momencie działania, i winna uwzględniać tylko takie okoliczności, które w tym momencie są ogólnie rozpoznawalne lub znane jedynie sprawcy. Swoistym testem na niebezpieczność usiłowania była możliwość wypowiedzenia twierdzenia: „Jest możliwe, że skutek nastąpi”. Gdy skutek wydaje się praktycznie wyłączony, usiłowanie nie jest niebezpieczne. Zwolennicy młodszej teorii spierali się, kto powinien być podmiotem dokonującym oceny (np. o brzemienności kobiety). Brak niebezpieczeństwa zwolennicy młodszej teorii przyjmowali dopiero wtedy, gdy nastąpienie skutku było całkowicie wyłączone, co zdaniem Z. Jędrzejewskiego, stanowiło odejście od obiektywizmu<sup>14</sup>. Poważną wadą teorii — z punktu widzenia obiektywizmu — jest możliwość przyjęcia niebezpieczeństwa przy braku przedmiotu (jeśli obserwator ma podstawy przypuszczać, że przedmiot taki istnieje). A, jak zauważa Z. Jędrzejewski, istnienie niebezpieczeństwa jest zagadnieniem wtórnym — niebezpieczeństwo musi się odnosić do czegoś, co rzeczywiście istnieje<sup>15</sup>. Stąd porównanie tej teorii do subiektywnej teorii wrażenia i pytanie, „czy ocena wydawana przez zewnętrznego obserwatora nie jest często tylko jakimś

<sup>10</sup> Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania...*, s. 25.

<sup>11</sup> Z. Jędrzejewski: *Granice karalności...*, s. 61.

<sup>12</sup> Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania...*, s. 31.

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 34—35.

<sup>14</sup> Z. Jędrzejewski: *Granice karalności...*, s. 62—63.

<sup>15</sup> Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania...*, s. 40—41.

wrażeniem o niebezpieczeństwie czynu albo niekiedy sądem o niebezpieczeństwie samego sprawcy<sup>16</sup>. Jednocześnie „za nietrafne pod względem merytorycznym” uważa H.J. Hirsch rozróżnienie między usiłowaniem udolnym i nieudolnym. Jego zdaniem, rozróżnienia należy dokonywać między usiłowaniem niebezpiecznym i usiłowaniem bezpiecznym, stąd proponuje używanie określeń „usiłowanie właściwe” i „usiłowanie niewłaściwe”<sup>17</sup>.

W ten oto sposób w nauce prawa karnego zagościły teorie obiektywne uzasadniające karalność usiłowania nieudolnego. Warto zauważyć, że zarówno starsza, jak i młodsza teoria niebezpieczeństwa wskazały nie tyle uzasadnienie karalności usiłowania nieudolnego, ile wytyczyły granice między usiłowaniem karalnym a niekaralnym.

„Czysty” charakter obiektywny ma z pewnością tzw. teoria braku w istocie czynu (*die Lehre vom Mangel am Tatbestand*). Wykazuje ona pewne dogmatyczne odmienności, nie odwołuje się bowiem wprost do zagadnień udolności czy niebezpieczeństwa, lecz przede wszystkim do kwestii związanych z wypełnieniem ustawowej istoty czynu<sup>18</sup>. Za R. Frankiem Z. Jędrzejewski tak wyjaśnia tę teorię: usiłowanie zachodzi tylko wtedy, gdy przy nastąpieniu zdarzenia zewnętrznego należącego do istoty czynu, którego spowodowanie sprawca wytknął sobie za cel, przestępstwo byłoby dokonane, brak w istocie czynu (niekaralny) zaś wtedy, gdy nastąpienie tego zdarzenia nie spowodowałoby całkowitego urzeczywistnienia istoty czynu (dokonania przestępstwa)<sup>19</sup>. Innymi słowy, usiłowanie zachodzi tylko wtedy, gdy nie nastąpił wymagany przez ustawę skutek, natomiast w przypadku braku jakiegoś innego znamienia, którego istnienie sprawca błędnie przyjął, zachodzi ów niekaralny brak w istocie czynu. W konsekwencji należało przyjmować brak kary w przypadku usiłowania nieudolnego ze względu na przedmiot (np. usiłowanie przerwania ciąży kobiety, która w ciąży nie była), ale równocześnie przyjąć należało karalność przy nieudolnym środku, chyba że środek ten objęty był znamionami czynu zabronionego<sup>20</sup>. Szerzej wyłączenia możliwości przyjęcia usiłowania wskazywał m.in. A. Dohny, uznając, że nie można przyjąć usiłowania, gdy zachodzi brak:

- okoliczności stanowiącej znamię podmiotu (kto nie jest urzędnikiem, nie może usiłować popełnić przestępstwa urzędniczego),
- przedmiotu czynu wymaganego przez ustawę (np. zabór własnej rzeczy nie może stanowić usiłowania kradzieży),

<sup>16</sup> Ibidem, s. 41—42.

<sup>17</sup> H.J. Hirsch: *Problematyka regulacji nieudolnego usiłowania w polskim i niemieckim kodeksie karnym*. W: *Przestępstwo — kara — polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*. Red. J. Giezek. Kraków 2006, s. 277.

<sup>18</sup> Z. Jędrzejewski: *Granice karalności...*, s. 64.

<sup>19</sup> Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania...*, s. 47.

<sup>20</sup> D. Gruszecka: *Rozwój koncepcji karalności...*, s. 43.

- środka użytego przez sprawcę, jeżeli stanowi on znamię czynu,
- okoliczności stanowiących znamiona miejsca,
- okoliczności stanowiących znamiona czasu<sup>21</sup>.

Swoistego podsumowania założeń rozmaitych teorii obiektywnych dokonał R. Dębski, konkludując: 1) usiłowanie powinno być karane wyraźniej łagodniej niż dokonanie, ponieważ dobro jest jedynie zagrożone, 2) karalność ta może nastąpić jedynie wtedy, gdy nastąpiło rzeczywiste zagrożenie dobra, 3) zachowanie to powinno polegać na przystąpieniu do czynu, 4) nie może podlegać karalności usiłowanie nieudolne<sup>22</sup>.

Rodzi się zatem pytanie o znaczenie teorii obiektywnych. Wydaje się, że one wyłącznie *de facto* precyzują, co usiłowaniem nieudolnym nie jest, brakuje jednak odpowiedzi na pytanie o karygodność usiłowania nieudolnego (ponieważ zasadniczo je odrzucają). Pełnią one jednak, jak zauważa R. Dębski, skuteczniej (w porównaniu z teoriami subiektywnymi) funkcje selekcyjno-gwarancyjne, lepiej odpowiadając ideom liberalnym<sup>23</sup>.

Poddając krytyce podejście obiektywistyczne, Z. Jędrzejewski konstatuje, że pojęcie niebezpieczeństwa jest niezwykle „rozciągliwe”. Stwierdza on, że zdarzenie (niebezpieczne) można generalizować właściwie w nieskończoność. Pojawiały się więc teorie niebezpieczeństwa operujące bardzo ogólnymi, abstrakcyjnymi formułami zagrożenia dobra prawnego, uogólniano także samo pojęcie dobra prawnego (np. usiłowanie nieudolne jest karalne, ponieważ „narusza lub zagraża porządkowi prawnemu”, „stosunkom społecznym”, wywołuje „wrażenie”, że dobro prawne jest zagrożone). W istocie rzeczy — jak pisze Z. Jędrzejewski — były to teorie subiektywne, chociaż często reprezentowali je teoretycy, którzy postulowali karalność usiłowania nieudolnego, ujmując równocześnie bezprawność i bezprawie karne obiektywistycznie<sup>24</sup>.

Zatem, oprócz teorii obiektywnych, niemal od samego początku funkcjonowały teorie subiektywne, podkreślające rolę zamiaru (niebezpiecznego) w uzasadnieniu usiłowania nieudolnego.

Z pewnością trzeba podkreślić, że w historii nowożytnego prawa karnego trudno znaleźć przykłady karalności za sam zamiar. Do wyjątkowych należy regulacja z 1649 r. — *Sobornoje Ułożenije*, w której zamiar był samoistną podstawą odpowiedzialności (art. II, 1. „Jeśli kto [...] zacznie obmyślać złą sprawę przeciw zdrowiu cara i w sprawie tego złego zamysłu przeprowadzi się śledztwo, [z którego wyniknie] że on na cara złą sprawę obmyślał, i chciał działać,

<sup>21</sup> Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania...*, s. 49.

<sup>22</sup> R. Dębski: *Karalność usiłowania nieudolnego*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1999, 2, s. 105—106.

<sup>23</sup> Ibidem, s. 101.

<sup>24</sup> Z. Jędrzejewski: *Usiłowanie udolne i nieudolne w świetle nauki i orzecznictwa polskiego*. „Edukacja Prawnicza” 1994, 4, s. 75—76.

takiego po śledztwie należy karać śmiercią<sup>25</sup>). Zasadą niedoznącą już wyjątku<sup>26</sup> jest zasada odpowiedzialności za czyn — *nullum crimen sine actione*, innymi słowy, ulpianowskie: *cogitationis poenam nemo patitur*. To właśnie ta zasada tak utrudnia uzasadnienie usiłowania nieudolnego, zwłaszcza zwolennikom koncepcji subiektywistycznych.

M.v. Buri, zajmując się m.in. teorią ekwiwalencji, konstatawał, że skoro wszystkie warunki mają równą wartość kauzalną, nie można wartościować przyczyn nienastąpienia dokonania. Wyłącznym kryterium przyjęcia usiłowania staje się więc zamiar sprawcy<sup>27</sup>. Wydaje się jednak, że tak jak teoria ekwiwalencji nie może stać się wyłączną przesłanką odpowiedzialności na płaszczyźnie związku przyczynowo-skutkowego, tak przyczyny nienastąpienia skutku (dokonania) mogą być także różnicowane w ocenie ich prawnokarnego znaczenia.

Uzupełnieniem teorii ekwiwalencji przy uzasadnieniu usiłowania stała się teoria woli, w myśl której zamiar jest wolą urzeczywistnienia całej istoty czynu, innymi słowy — świadomością i chceniem skutku nie tylko w wąskim jego znaczeniu, jako zmiany w świecie zewnętrznym, ale również w znaczeniu szerokim — jako wypełnienie wszystkich znamion<sup>28</sup>.

Inną niezmiernie istotną teorią należącą do grupy teorii subiektywnych jest teoria oparta na tzw. wniosku odwrotnym z przepisu o błędzie. W myśl jej podstawowego założenia, skoro błąd co do znamienia ustawowej istoty czynu wyłącza odpowiedzialność za przestępstwo umyślne, to w sytuacji odwrotnej urojenie znamienia prowadzi do odpowiedzialności za przestępstwo umyślne w formie nieudolnego usiłowania; podobnie jak odwrotnością nieświadomości bezprawności niewyłączającej odpowiedzialności za przestępstwo jest urojenie bezprawności, które nie może stać się podstawą odpowiedzialności<sup>29</sup>. Można jednak zadać pytanie, na ile uzasadnione jest oczekiwanie swoistej symetrii elementów konstytuujących przestępstwo. Pytanie to, jak się zdaje, jest tym zasadne, że obecnie świadomość i urojenie bezprawności jako przesłanki odpowiedzialności (o różnych zwrotach/kierunkach) również pełną symetrią się nie charakteryzują.

Wśród zwolenników teorii subiektywnej znaleźć można i tak skrajne poglądy, jak przyjmowanie odpowiedzialności za samą winę bez bezprawia. F. Nowakowski, stojąc na stanowisku przedmiotowej struktury bezprawia, wywodził, że istnieją przypadki, którym brakuje bezprawności (ujemności przedmiotowej). Do nich zaliczył usiłowanie<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> A. Dziadzio, D. Malec: *Historia prawa. Prawo karne w świetle źródeł*. Kraków 1997, s. 42.

<sup>26</sup> Por. J. Warylewski: *Prawo karne część ogólna*. Warszawa 2004, s. 87.

<sup>27</sup> Z. Jędrzejewski: *Granice karalności...*, s. 66.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania...*, s. 81.

Najciekawszą, w moim przekonaniu, jest teoria wrażenia (*Eindruckstheorie*), która we współczesnej nauce niemieckiej cieszy się dużą popularnością. Zdaniem Z. Jędrzejewskiego, jest to teoria subiektywna, która jednak posiłkuje się elementem przedmiotowym w **postaci wrażenia, że czyn sprawcy narusza dobro prawne lub porządek prawny**<sup>31</sup>. Jak podkreśla wspomniany autor, jej punktem wyjścia jest usiłowanie ujęte w duchu subiektywnym; wielu współczesnych zwolenników teorii wrażenia włącza zamiar do bezprawia. Element „obiektywny” służy do ograniczenia karalności „od dołu”, przez wyłączenie z zakresu usiłowania przypadków działania nierealnego<sup>32</sup>. H.J. Hirsch zauważa, że jest to modyfikacja teorii subiektywnej, która — w przeciwieństwie do teorii obiektywnej — nie jest nastawiona na element przystąpienia do realizacji czynu wywołującego konkretne zagrożenie lub niebezpiecznego, lecz wprowadza ograniczenie teorii subiektywnej wyłącznie w aspektach socjalno-psychologicznych<sup>33</sup>. Znaczenie mają tu więc elementy subiektywne, jednak nie leżące po stronie sprawcy, a społeczeństwa — odpowiadające społecznemu odbiorowi jego zachowania<sup>34</sup>. Zdaniem H. Radtke, prezentowana teoria nawiązuje do woli, ponieważ jej zwolennicy uznają za podstawę karalności usiłowania uzewnętrznienie, uruchomienie przestępnej woli sprawcy, co redukuje tę teorię do jakiegoś kryterium uzupełniającego czysty subiektywizm<sup>35</sup>. F. Zieschang podnosi krytycznie, że o karze lub bezkarności czynu decyduje nie jego obiektywna bezprawność, ale to, czy wyszedł na światło dzienne i wzbudził odpowiednie potępienie. Ponadto polujące na sensację media wypaczają ludzką wrażliwość, zatem trudno byłoby przyjąć za miarodajną tzw. społeczną ocenę zjawiska<sup>36</sup>. Natomiast H.J. Hirsch wskazuje, że wiara w stabilność porządku prawnego maleje na skutek zaniedbań policji oraz organów wymiaru sprawiedliwości. Zarzuca też, że „przy kryteriach teorii wrażenia chodzi o puste formuły, z których — w zależności od wycucia — można wyczytać pożądaný rezultat”. Jak dalej dodaje, jest tylko „środkiem zastępczym, który nie wyjaśnia problematyki zasadniczej, wynikającej z uznania za wystarczające jakiegokolwiek (czasowo bliskiego realizacji znamion) uaktywnienia przestępczej woli”<sup>37</sup>.

Nie jestem przekonana, czy rzeczywiście teoria wrażenia ma charakter subiektywny, czy też subiektywizujący<sup>38</sup>. Jeśli bowiem przyjąć, że podstawową

<sup>31</sup> Ibidem, s. 82.

<sup>32</sup> Ibidem, s. 96.

<sup>33</sup> H.J. Hirsch: *Problematyka regulacji...*, s. 262.

<sup>34</sup> D. Gruszecka: *Rozwój koncepcji karalności...*, s. 38.

<sup>35</sup> D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza kar-nistyczna*. Warszawa 2012, s. 295, przyp. 682.

<sup>36</sup> F. Zieschang: *Die Gefährdungsdelikte*. Berlin 1998, s. 130, cyt. za: D. Gruszecka: *Rozwój koncepcji karalności...*, s. 38.

<sup>37</sup> H.J. Hirsch: *Problematyka regulacji...*, s. 263—264.

<sup>38</sup> Jak pisze D. Gruszecka, teoria wrażenia z założenia nie miała być teorią subiektywną/podmiotową — D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 295.

formą bezprawia jest umyślne dokonanie, to element podmiotowy w określonej konstrukcji prawa karnego nie przesądza o charakterze teorii ją uzasadniających<sup>39</sup>. Zadać też trzeba pytanie, czy ocena czyjegoś zachowania dokonywana przez społeczeństwo (i wywołane tym zachowaniem odczucia) nadaje walor subiektywizmu teorii wrażenia. Czyż przestępstwem nie jest czyn szkodliwy w ocenie społecznej<sup>40</sup>? A przecież nikt z tego powodu nie nadaje mu waloru subiektywnego. Wydaje się, że subiektywizm w prawie karnym oznacza podkreślenie znaczenia woli, zamiaru (osobistego zaangażowania sprawcy) dla przypisania odpowiedzialności karnej. J. Kochanowski, pisząc o subiektywizacji odpowiedzialności, wskazywał na dwa znaczenia pojęcia „subiektywizm”. Według pierwszej szkoły, „subiektywizacja” uzależniała odpowiedzialność od oceny osoby sprawcy i jego „wewnętrznego usposobienia”, które wyrażało się w potencjalnym stanie niebezpieczeństwa dla porządku prawnego. Natomiast dla drugiej szkoły był to postulat rozwoju konstrukcji winy, mającego zmierzać w kierunku likwidacji istniejących jeszcze pozostałości odpowiedzialności obiektywnej<sup>41</sup>. Ocena czynu dokonywana przez osobę trzecią (z zewnątrz) nie nadaje temu zjawisku cechy subiektywności. W konstrukcji karygodności usiłowania nieudolnego nie chodzi też o ocenę indywidualnego przypadku przez

<sup>39</sup> Podobnie jak — antycypując dalsze rozważania — w znaczeniu czystych teorii obiektywnych odnoszących się do pojęcia „bezpośredniości”, nie każde przecież zmierzanie bezpośrednio do dokonania jest usiłowaniem, lecz tylko to zamierzone.

<sup>40</sup> Por. np. pogląd A. Zolla, że „o karygodności czynu zabronionego decyduje w istocie istnienie i natężenie dezaprobaty społecznej dla określonego naruszenia określonego dobra prawnego. Miernikiem tej dezaprobaty są w szczególności społeczne reguły postępowania z określonym dobrem prawnym”. — A. Zoll: *Aksjologiczne podstawy prawa karnego*. W: *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa: materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej w dniach 11 i 12 czerwca 1991 r. w Katowicach*. Red. B. Czech. Katowice 1992, s. 306.

<sup>41</sup> J. Kochanowski: *Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej*. Warszawa 1985, s. 46—47. Według K. Buchały, subiektywizacja prawa karnego obejmuje dwa kierunki: pierwszy postuluje, aby każde znamię przedmiotowe znajdowało odbicie lub możliwość takiego odbicia w sferze psychiki sprawcy, traktując to jako warunek odpowiedzialności, drugi — oznacza przesunięcie punktu ciężkości przy karaniu na osobowość sprawcy przestępstwa. K. Buchała: *Bezprawność zorientowana na zachowanie się sprawcy czy też na jego następstwa*. W: *Księga pamiątkowa ku czci prof. dra Witolda Świdły*. Red. J. Fiema, W. Gutekunst, S. Hubert. Warszawa 1969, s. 25. J. Makarewicz pisał, że „subiektywizm w dziedzinie winy sięga najgłębiej tam, gdzie dotyka nie tylko podłoża psychicznego samego działania, ustosunkowania się psychiki sprawcy do skutku, ale gdzie obejmuje całość psychofizyczną sprawcy, gdzie dotyka kwestji poczytalności sprawcy”. — J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem*. Lwów 1932, s. 32. A. Mogilnicki wskazywał, że „subiektywizm jest kierunkiem nowym i przyjęło się na ogół jego hasło, że karać trzeba osobę, nie czyn”. — *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Wydział Karny, Prawo materialne, Protokoły obrad*. Z. 1. Warszawa 1921, s. 109, cyt. za: J. Kochanowski: *Subiektywne granice sprawstwa...*, s. 46. Natomiast o miejscu umyślności w konstrukcji bezprawności zob.: Z. Jędrzejewski: *Uwagi o pojęciu przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 1993, 10, s. 94—96.



indywidualnego świadka zdarzenia, lecz o globalną ocenę zachowań abstrakcyjnego sprawcy nieudolnie dążącego do dokonania przestępstwa. I tak jak karygodny jest każdy czyn zabroniony przez prawo, niezależnie czy ujawniony, czy też nie, tak samo irrelevantne może być „wyjście na światło dzienne” usiłowania dokonania. Rodzi się bowiem pytanie, czy całe prawo karne nie jest oddziaływaniem społeczno-psychologicznym (niezależnie od przypisywanej mu funkcji). Teoria wrażenia budzi zastrzeżenia zupełnie z innego powodu: czy swoisty skutek — zwątpienie w trwałość porządku prawnego, może być podstawą karygodności. Czy jest to dobro prawne zasługujące na ochronę lub reakcję prawnokarną w razie jego naruszenia?

Dodatkowych argumentów w dyskusji o karygodności usiłowania nieudolnego dostarczył finalizm. Podniósł on subiektywnie ujęte usiłowanie do rangi niemal centralnej figury systemu. Jego twórca H. Welzel przeorientował ujęcie bezprawia karnego, dochodząc do wniosku, że o ujemności czynu zabronionego nie decyduje zagrożenie czy naruszenie dobra, lecz ujemność samego czynu, wyrażona przez zamiar sprawcy dokonania przestępstwa<sup>42</sup>. Jak twierdził H. Welzel, ujemność skutku jest tylko niesamodzielnym elementem w przypadku pewnych przestępstw. Personalna ujemność działania jest zaś generalną ujemnością wszystkich przestępstw. W konkretnym wypadku może więc brakować ujemności skutku, jednak nie niweluje się ujemność działania — tak ma się rzecz z usiłowaniem nieudolnym. Jeżeli sprawca podejmuje pewne działanie w celu osiągnięcia antycypowanego stanu rzeczy, to bez względu na to, czy jest on w ogóle możliwy do zrealizowania, istnieje wystarczająca podstawa do przyjęcia bezprawia takiego zachowania<sup>43</sup>.

Niektórzy subiektywiści twierdzili, że ujemność usiłowania nieudolnego bierze się nie tyle z niebezpieczeństwa czynu, ile z niebezpieczeństwa samego sprawcy. Popularna była teoria niebezpieczeństwa powtórzenia czynu przez sprawcę za pomocą środków udolniejszych lub po odnalezieniu zdatnego przedmiotu. Dobro prawne po nieudanym na razie zamachu sprawcy pozostaje nadal w utajonym niebezpieczeństwie. Niebezpieczeństwo znika tylko wtedy, gdy sprawca traci motyw powtórzenia ataku (całkowity brak przedmiotu — śmierć upatrzonej ofiary). Dlatego nie podlegał on karze, jeżeli po usiłowaniu stracił motyw do powtórzenia czynu<sup>44</sup>. Czysty subiektywizm widoczny był w poglądach J. Makarewicza, uzasadniającego usiłowanie nieudolne. Podkreślał, obawę „dokonania czynu w przyszłości środkami lepszymi, po dokładnym zbadaniu przedmiotu”<sup>45</sup>, chociaż równocześnie odzęgnywał się od teorii

<sup>42</sup> Z. Jędrzejewski: *Usiłowanie udolne...*, s. 75—76.

<sup>43</sup> Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania...*, s. 90.

<sup>44</sup> Z. Jędrzejewski: *Usiłowanie udolne...*, s. 75—76 oraz Idem: *Bezprawie usiłowania...*, s. 98.

<sup>45</sup> J. Makarewicz: *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*. Lwów—Warszawa 1924, s. 103.

*perocolosità* sprawcy<sup>46</sup>. Twierdził, że sprawca, dopuszczając się usiłowania nieudolnego, „w sposób niedwuznaczny okazał swą wolę podjęcia działania niewątpliwie prowadzącego do zamierzonego celu przestępnego” i „działanie to podjął”, a „reszta to tylko pomyłka, niedopatrzenie sprawcy, błąd”. Zaznaczył też, że karalności usiłowania nieudolnego domaga się poczucie sprawiedliwości<sup>47</sup>. O niebezpieczeństwie powtórzenia czynu uzasadniającym karalność usiłowania nieudolnego pisał M. Cieślak<sup>48</sup>. W podobnym nieco duchu wypowiadał się W. Mąciór. Jego zdaniem, „w nauce prawa karnego twierdzi się, że racją uzasadniającą zakaz karny jest społeczne niebezpieczeństwo czynu. Nie ulega żadnej wątpliwości, że z obiektywnego punktu widzenia usiłowanie nieudolne nie jest czynem społecznie niebezpiecznym. Dlaczego jest więc karalne? Jest chyba jasne, że decyduje o tym zły zamiar, który sprawca jednoznacznie uzewnętrznia swoim nieudolnym i obiektywnie nieszkodliwym działaniem. Dlatego też usiłowanie nieudolne — co jest bardzo ważne — należy oceniać jako przejaw społecznego niebezpieczeństwa sprawcy, który swoim postępowaniem wykazał w sposób niewątpliwy, że jest zdolny popełnić przestępstwo, np. zabić człowieka. Zapewne takie podejście do sprawy może wywołać zastrzeżenia z punktu widzenia ogólnego ujęcia przestępstwa, w ramach którego zasadnicze znaczenie ma społeczne niebezpieczeństwo czynu, ale nie widzę innej możliwości racjonalnego uzasadnienia karalności usiłowania nieudolnego. Sądzę, że rozważana tu kwestia stawia nas w sytuacji *aut — aut*. Albo należy zrezygnować z karania za usiłowanie nieudolne, albo trzeba zgodzić się z tym, że podstawą karalności usiłowania nieudolnego jest uzewnętrznione społeczne niebezpieczeństwo sprawcy<sup>49</sup>. Do podobnych wniosków poniekąd dochodzi A. Wąsek. Jego zdaniem, możliwe są dwa różne (alternatywne) rozwiązania kwestii uzasadnienia karalności usiłowania nieudolnego, mianowicie: 1) przyjęcie specyficznego rozumienia społecznej szkodliwości (w którym mieści się też m.in. lęk) lub 2) przyjęcie, że usiłowanie nieudolne to wyjątek od formalno-obiektywnego ujęcia przestępstwa<sup>50</sup>. Wydaje się jednak, że nie do przyjęcia jest odrzucenie zasady *cogitationis poenam nemo patitur* i wprowadzenie karalności za niewątpliwą zdolność do popełnienia przestępstwa, jak również materialnego ujęcia przestępstwa.

---

<sup>46</sup> M. Gałązka: *Subiektywizm i indywidualizacja odpowiedzialności karnej w poglądach Juliusza Makarewicza*. W: *Prawo karne w poglądach profesora Juliusza Makarewicza*. Red. A. Grześkowiak. Lublin 2005, s. 231, przyp. 208.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> M. Cieślak: *Pojęcie i funkcje „społecznego niebezpieczeństwa czynu” w polskim prawie karnym*. „Palestra” 1979, 6, s. 58.

<sup>49</sup> W. Mąciór: *Formy popełnienia przestępstwa w projekcie kodeksu karnego z 1995 r.* „Państwo i Prawo” 1996, 7, s. 76.

<sup>50</sup> A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Art. 1—116. Gdańsk 2005, s. 212.

Słabym punktem w teoretycznych rozważaniach subiektywistów — zdaniem Z. Jędrzejewskiego — jest tzw. usiłowanie nierealne (z zabobonu lub ciemnoty), ponieważ z psychologicznego punktu widzenia wolą (zamiarem) sprawcy jest popełnienie przestępstwa, co znajduje wyraz w jego aktywności zewnętrznej. Elementarnym przykładem jest modlitwa lub proszenie Boga o śmierć sąsiada. Podejmowano więc w tym przypadku próby zanegowania istnienia zamiaru, uznając, że mowa tu jedynie o życzeniu lub nadziei. W płaszczyźnie bezprawia wola musi mieć bowiem jakąś „potencjalną skuteczność”<sup>51</sup>.

Podsumowując rozważania na temat teorii subiektywnych, powtórzyć wypada za R. Dębskim, że przyjęcie założeń teorii subiektywnych prowadzi do innych wniosków, a mianowicie: 1) karalność usiłowania i dokonania powinna być podobna, skoro strona podmiotowa tych dwóch etapów jest identyczna, 2) karalność winna wystąpić już wówczas, gdy sprawca w jakikolwiek sposób swój zamiar ujawnił, 3) nie ma znaczenia „odległość” zachowania sprawcy od naruszenia dobra obejmowanego zamiarem sprawcy, 4) karalne winno być również usiłowanie nieudolne<sup>52</sup>.

Swoistą odpowiedzią na słabości teorii przedmiotowych i subiektywnych stały się teorie mieszane, łączące elementy subiektywne i obiektywne. W literaturze istnieją spory, które z teorii można zaliczyć do tej grupy. Na przykład teoria wrażenia często zaliczana jest również do teorii mieszanych<sup>53</sup> i — wskazując

<sup>51</sup> Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania...*, s. 92—94. Por. też: J. Majewski: *O (braku) karalności usiłowań „nierealnych”, „absolutnie nieudolnych” i im podobnych*. W: *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*. Red. Ł. Pohl. Poznań 2009.

<sup>52</sup> R. Dębski: *Karalność usiłowania...*, s. 106. Znakomitą ilustracją praktycznego przełożenia problemów związanych z uzasadnieniem karalności usiłowania może być próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób ustalić krąg osób pokrzywdzonych w przypadku usiłowania (nieudolnego). Jak pisał S. Śliwiński, jeśli przy usiłowaniu nieudolnym dobru prawnemu nie grozi żadne niebezpieczeństwo, to z punktu widzenia przywołanych przepisów ówczesnego k.p.k. powstać musi wątpliwość, czy w grę może wchodzić pokrzywdzony o określonych uprawnieniach. W przypadku przestępstw ściganych na wniosek negatywna odpowiedź na pytanie o istnienie pokrzywdzonego w myśl art. 62 d. k.p.k. wymusza rezygnację z karalności. Zdaniem wymienionego autora, należy przyjąć, że w przypadku usiłowania nieudolnego pokrzywdzonym **jest ten, czyje dobro prawne byłoby naruszone lub zagrożone według stanu faktycznego, jaki sprawca sobie wyobrażał**, i taki pokrzywdzony jest uprawniony do wykonywania praw procesowych służących pokrzywdzonemu. Jak wyjaśnia autor, wchodzi w grę przypadek, w którym nauka prawa widzi tzw. podmiotowy element przedmiotowej bezprawności. — S. Śliwiński: *Czy w przypadku nieudolnego usiłowania (art. 23 § 2 k.k.) istnieje pokrzywdzony (art. 62 k.p.k.) uprawniony do wykonywania praw procesowych służących pokrzywdzonemu, w szczególności do złożenia wniosku (art. 56 k.p.k.), wystąpienia w roli oskarżyciela z art. 67 k.p.k. lub wywołania skargi publicznej (art. 464, 464<sup>1</sup> k.p.k.)? Odpowiedzi na pytania prawne*. „Państwo i Prawo” 1948, 5—6, s. 197—199.

<sup>53</sup> R. Dębski: *Karalność usiłowania...*, s. 107.

na podobieństwo właśnie do *Eindrucktheorie* — R. Dębski w tej grupie przedstawił poglądy I. Andrejewa<sup>54</sup>. Zdaniem Andrejewa bowiem, to podobieństwo, zarówno z perspektywy sprawcy, jak i osób stykających się z czynem, usiłowania nieudolnego do usiłowania udolnego nadaje czynowi cechę niebezpieczeństwa (szkodliwości). W świadomości społecznej usiłowanie nieudolne jest więc zamachem na dobro prawne i dlatego zasługuje na potępienie<sup>55</sup>. Ponadto do teorii mieszanych należy teoria (udolności) planu. Karalność usiłowania zależy od tego, czy plan sprawcy, będący konkretyzacją zamiaru realizacji czynu zabronionego, przedstawia się jako możliwy do zrealizowania<sup>56</sup>. Przytaczane są słowa J. Kohlera: „Nie dlatego modlenie się o czyjąś śmierć jest bezkarne, bo sprawca czyni coś nieudolnego, ale dlatego, że chce czegoś nieudolnego, a więc zachodzi brak woli skierowanej na przestępne działanie”<sup>57</sup>. Do planu działania sprawcy nawiązuje też w swojej koncepcji A. Zoll, konstatując, że potencjalne niebezpieczeństwo będzie zachodziło także wtedy, gdy sprawca zaplanował czyn w sposób realnie zagrażający dobru prawnemu, natomiast przy jego realizacji doszło do błędu wykluczającego możliwość realizacji tego planu<sup>58</sup>. Jak bowiem podkreśla W. Wróbel, dobro prawne obejmuje także pewną sferę idealną, co oznacza, że nie można w tym kontekście posługiwać się terminologią nawiązującą jedynie do realnych zmian powodowanych w świecie zewnętrznym (naruszenie dobra, narażenie na niebezpieczeństwo<sup>59</sup>). E. Plebanek dodaje, że jeśli wartościujemy dobra prawne z punktu widzenia celów realizowanych przez ustawodawcę, to dla tej oceny nie ma znaczenia, czy dane zachowanie doprowadziło w istocie do jakiegoś „realnego skutku”, czy też nie<sup>60</sup>. Wagę elementu subiektywnego podkreśla też Z. Jędrzejewski. Wskazuje on, że potraktowanie usiłowania nieudolnego jedynie jako czynu z narażenia na niebezpieczeństwo nie tyle zubaża, ile wręcz fałszuje obraz jego ujemności. Zdaniem tego auto-

<sup>54</sup> Ibidem, s. 113.

<sup>55</sup> I. Andrejew: *Polskie prawo karne w zarysie*. Warszawa 1989, s. 233. W innym miejscu autor wyrażał przekonanie, że fakt, że została wyłączona przez ustawodawcę możliwość szkody nie przeszkadza uważać czynu za społecznie niebezpieczny. Uwaga ta odnosi się m.in. do usiłowania nieudolnego — I. Andrejew: *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstwa*. Warszawa 1978, s. 241.

<sup>56</sup> Z. Jędrzejewski: *Granice karalności...*, s. 68.

<sup>57</sup> Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania...*, s. 105.

<sup>58</sup> A. Zoll: *Odpowiedzialność karna...*, s. 19. Por. też W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Kraków 2010, s. 234—235. Z kolei o uruchomionym przez sprawcę powiązaniu kauzalnym zwykle niebezpiecznym dla dobra prawnego, co stanowi podstawę ujemnego wartościowania, pisze J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek. Warszawa 2012, s. 128; chociaż może budzić wątpliwość, czy rzeczywiście uruchomiony został związek kauzalny, jeśli brak jest przedmiotu wykonawczego.

<sup>59</sup> W. Wróbel: *Znamiona normy sankcjonowanej i sankcjonującej w przepisie prawa karnego*. Kraków 1992 [niepublikowana rozprawa doktorska], cyt. za: E. Plebanek: *Materialne określenie...*, s. 233.

<sup>60</sup> E. Plebanek: *Materialne określenie...*, s. 232.

ra, zdecydowana większość doktryny traktuje obecnie zamiar jako element warunkujący byt bezprawia (bezprawności) usiłowania<sup>61</sup>. Sam Z. Jędrzejewski konstruuje „personalną” granicę ujemności zamiaru, przyjmując personalno-subiektywne bezprawie usiłowania nieudolnego. Zdaniem tego autora, usiłowanie zawiera wymagane minimum ujemności, gdy istniała możliwość sterowania, która nie przekształciła się w sterowania faktyczne z powodu błędu sprawcy. Sprawca — wyjaśnia autor — mógł „władać” kauzalną rzeczywistością, „realizować” cel, chociaż już w konkretnym zachowaniu takiej urzeczywistniającej roli nie stwierdzamy. Według Jędrzejewskiego, w tej potencjalnej skuteczności woli tkwi właśnie element niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, a to niebezpieczeństwo (lub możliwość) jest realne<sup>62</sup>. Niezmiernie ciekawą koncepcję przedstawił R. Dębski. Jego zdaniem, zasadność karalności usiłowania nieudolnego zasadza się na niebezpieczeństwie grożącemu określoneemu dobru prawnie chronionemu (które należy odróżnić od przedmiotu czynności wykonawczej, którego rzeczywiście może nie być). Innymi słowy, przy usiłowaniu nieudolnym czyn *ex definitione* nie zagraża konkretnemu przedmiotowi, na który sprawca skierował zamach, zagraża jednak przedmiotowi ochrony w jego idealnym (abstrakcyjnym) ujęciu. Jak dodaje autor, usiłowanie takie nie tyle polega na zniszczeniu lub uszkodzeniu konkretnego obiektu, ile na naruszeniu poszanowania danej wartości (a przez efekt naśladownictwa może okazać się pośrednio niebezpieczne dla konkretnie już określonego przedmiotu ochrony)<sup>63</sup>. R. Dębski, dzieląc pogląd A. Spotowskiego, że karalność usiłowania może spotkać się z zarzutem stwarzania fikcji społecznej szkodliwości (społecznego niebezpieczeństwa) czynu, postuluje ograniczenie kryminalizacji w tym zakresie do niezbędnego minimum<sup>64</sup>. Wydaje się, że chociaż teoria ta musi budzić zainteresowanie, to jednak pojęcie „zamach na dobro” bez jego narażenia, w świetle poglądu, że prawo karne sankcjonuje tylko określone metody obchodzenia się z dobrem prawnym (a nie narażenie go „w ogóle”), musi budzić zastrzeżenie. Ponadto ostatnia uwaga o ograniczeniu kryminalizacji usiłowania nieudolnego do niezbędnego minimum nasuwa pytanie, czym jest to minimum i jak je wyznaczać, zatem — w zasadzie — wracamy do początku.

Do odosobnionych poglądów (o charakterze mieszanym) zaliczyć należy stanowisko A. Marka, zdaniem którego przewidziana w art. 13 § 2 karalność usiłowania opiera się na ujemnej ocenie nastawienia sprawcy, który dąży do po-

<sup>61</sup> Z. Jędrzejewski: *Uwagi o pojęciu przestępstwa...*, s. 94.

<sup>62</sup> Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania...*, s. 188, 192—193, za: D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 294.

<sup>63</sup> R. Dębski: *Karalność usiłowania...*, s. 114—116; nieco podobnie — jak się wydaje — wypowiada się J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., s. 127—128.

<sup>64</sup> R. Dębski: *Karalność usiłowania...*, s. 116—117 i przywołany A. Spotowski: *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*. Warszawa 1990, s. 167.

pełnienia czynu zabronionego, nie wiedząc, że jest ono niemożliwe, jak również na obiektywnym fakcie, że jego zachowanie jest sprzeczne z porządkiem prawnym<sup>65</sup>. Trudno bowiem uzasadnienie karalności czerpać z naruszenia prawa.

Odpowiedzi na pytanie, dlaczego należy karać za usiłowanie, próbuje też udzielić ekonomiczna teoria prawa, oparta na zastosowaniu rachunku ekonomicznego lub *quasi*-ekonomicznego i wprowadzeniu pojęcia *homo oeconomicus*, przy równoczesnym odrzuceniu (jako niepotrzebnego balastu) dogmatyki prawa karnego i jego klasycznych zasad. Zdaniem G. Beckera, podejście ekonomiczne jest uniwersalne i można je zastosować do każdego ludzkiego zachowania, w tym ukrytych, domniemanych decyzji powtarzających się i sporadycznych oraz dążeń emocjonalnych i fizykalnych. *Homo oeconomicus* charakteryzuje się bowiem dwoma cechami: maksymalizuje swoje zadowolenie, a czyni to, dokonując racjonalnych wyborów. Ekonomiczna analiza prawa karnego, koncentrując się na zagadnieniach związanych z karą, pewną uwagę poświęca ekonomicznej analizie instytucji wiążących się z podstawowymi zasadami odpowiedzialności karnej. Tak więc karanie usiłowania jest pożądane, ponieważ odstraszenie byłoby niewystarczające w przypadku, gdyby sankcjonowane było tylko dokonanie czynu zabronionego. Podjęcie kroków w kierunku dokonania czynu jest w takim przypadku bardziej ryzykowne i prawdopodobieństwo ukarania wzrasta o takie przypadki, w których sprawca zatrzymał się w fazie usiłowania. Stawiane jednak zarzuty ekonomicznej teorii prawa (jej praktyczna nieweryfikowalność, a przy tym częstokroć zdroworozsądkowy charakter niektórych tez)<sup>66</sup> każą podchodzić do tej teorii z pewną ostrożnością, mimo że niektóre propozycje niosą z sobą świeże, wzbogacające doktrynę spostrzeżenia.

Przedstawiony przegląd teorii uzasadniających karalność usiłowania oparty został na schemacie uwzględniania, a nawet akcentowania czynnika obiektywnego lub subiektywnego usiłowania. Jednak nie zawsze można mówić o subiektywnych i obiektywnych konstrukcjach składających się na siatkę warunków odpowiedzialności karnej. Często ich treść jest relatywna — subiektywizacja bądź obiektywizacja danej instytucji lub zasady prawnokarnej oddaje pewien proces nasycenia jednymi lub drugimi elementami relacji sprawstwa i kryteriów, za pomocą których określimy granice odpowiedzialności karnej<sup>67</sup>. Również usiłowanie przechodzi swoistą ewolucję, która jeszcze się nie zakończyła. Efektownej metafory użył S. Krajnik, nawiązując do znanego określenia J. Makarewicza, że „ustawa karna jest jakby negatywem fotograficznym

<sup>65</sup> Na przykład A. Marek: *Prawo karne*. Warszawa 2011, s. 193 oraz Idem: *Komentarz do art. 13 Kodeksu karnego*. LEX.

<sup>66</sup> K. Pawłusiewicz, B. Brożek: *Prawo karne w świetle ekonomicznej teorii prawa (uwagi krytyczne)*. „Państwo i Prawo” 2002, 12, s. 46—49, 51 oraz J. Warylewski, w: *Zagadnienia ogólne. System prawa karnego*. T. 1. Red. A. Marek. Warszawa 2010, s. 93—97.

<sup>67</sup> J. Kochanowski: *Subiektywne granice sprawstwa...*, s. 55.

malującym [...] stan współczesnej cywilizacji, budowę społeczną, potrzeby i ideały danego społeczeństwa”. S. Krajnik stwierdził, że obiektywizm i subiektywizm to odpowiednio czerń i biel wypełniające kontury negatywu (na fotografii powinna dominować biel, lecz by pojawił się jakkolwiek wizerunek, musi występować również nieco koloru czarnego)<sup>68</sup>. W tej też konwencji przytoczyć można ocenę aktualnego stanu prawnego, jakiej dokonał A. Zoll. Zdaniem tego autora (powołującego się na Z. Jędrzejewskiego), niepowodzenie projektodawcy w ograniczeniu karalności usiłowania (przez wyłączenie jej w przypadku przestępstw zagrożonych niskimi karami — początkowo do 2 lat, potem do roku) oznacza, że istotnym uzasadnieniem tej karalności (obok zagrożenia dobra) jest zademonstrowanie przez sprawcę zamiaru dokonania czynu zabronionego. Prowadzi to, zdaniem autora, do przesunięcia karalności w określaniu istoty karnoprawnego bezprawia z zagrożenia dla chronionych prawem dóbr w kierunku braku dania posłuchu poleceniu zawartemu w normie prawnej i jednocześnie przesunięcia akcentu w kierunku subiektywnego traktowania bezprawia<sup>69</sup>.

## 2. Pierwotny czy wtórny charakter usiłowania względem dokonania

Wydaje się jednak, że uzasadnienie karalności usiłowania w pierwszej mierze zależy od przyjętego modelu usiłowania i jego charakteru. *Prima facie*, wydaje się, że są możliwe dwa podejścia: 1) usiłowanie jest wtórnym etapem w pochodzie przestępstwa — zasadniczym jest dokonanie, a wtórnie następuje rozszerzenie karalności na etapy przeddokonaniowe lub 2) usiłowanie jest pierwotnym, zasadniczym elementem popełnienia przestępstwa. Podejście pierwsze mogłoby sugerować dwoistość form usiłowania — udolne i nieudolne, a co za tym idzie dopuszczalną odrębność uzasadnienia dla każdego z nich. Ustawodawca najpierw bowiem rozszerzył karalność na usiłowanie (nazwane później) udolne, a następnie — tylko na wybrane już kategorie usiłowania nieudolnego. Przyjęcie tezy drugiej oznacza, że usiłowanie jako forma stadialna ma jednolity charakter i w jednolity sposób postać udolna i nieudolna muszą być uzasadniane. Jeśli bowiem swoiste uzewnętrznienie zamiaru jest już przestępstwem (pierwotnie, a nie wtórnie), to rozróżnienie na udolne i nieudolne zasadniczo nie ma znaczenia.

<sup>68</sup> S. Krajnik: *Przesłanki odpowiedzialności w prawie karnym*. Toruń 2010, s. 166.

<sup>69</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zoll..., s. 247; Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania...*, s. 150.

Warto zatem, za M. Rodzynkiewiczem, przypomnieć koncepcję Wittgensteina i Heatha. W myśl jej założeń, naganne jest już „samo zabranie się do czegoś”, skutek jest często wypadkową wielu różnych czynników, zatem — przypadkowy. Zdaniem wymienionych autorów, „jest to niezrozumiała aksjologicznie premia dla sprawcy, który nie osiągnął zamierzonego celu z przyczyn od siebie całkowicie niezależnych”. Na przykład jeśli dwóch sprawców strzela, a tylko jeden z nich skutecznie — dwóch sprawców usiłowało zabić, w wyniku czego „dokonała się śmierć jednej z ofiar”. Zatem: „Jeżeli w prawie karnym przyjmujemy wyższą *sui generis* karygodność dokonania w stosunku do usiłowania, a to z uwagi na przedmiotowe elementy bezprawia — to nie jesteśmy w stanie uzgodnić tego stanowiska z postulatem personalnej zarzucalności jako podstawy odpowiedzialności. Zarzut bowiem powinien być zawsze skierowany na wyjściowe zachowanie sprawcy, a jego intensywność nie będzie mniejsza z tego tylko powodu, że sprawcy nie udało się osiągnąć zamierzonego rezultatu”<sup>70</sup>. Wymienić także można A. Kaufmanna i D. Zielinskiego (radikalnych finalistów), dla których istota przestępstwa zawierała się w zewnętrznym decyzji popełnienia przestępstwa i bez znaczenia miał być rezultat realizacji decyzji naruszenia normy prawnej. Szczególnie według D. Zielinskiego podstawową formą popełnienia przestępstwa jest usiłowanie i z tą formą powinno być związane ustawowe zagrożenie. Skutek nie jest więc znamię czynu zabronionego, a jedynie w wypadku tzw. przestępstw materialnych pełni funkcję obiektywnego warunku karalności<sup>71</sup>. Jednak zdaniem M. Rodzynkiewicza, tradycja prawnicza nie pozwoli chyba na przyjęcie tej koncepcji<sup>72</sup>, o czym świadczy chociażby projektowane wcześniej ograniczenie karalności usiłowania do poważniejszych przestępstw, z jednoczesnym wyznaczeniem górnej granicy sankcji karalnego usiłowania do wysokości 2/3 kary za dokonanie. Ciekawe jest zdanie K. Buchały, który stawiał tezę, że „analiza typów czynu zabronionego, zawartych w części szczególnej k.k., prowadzi do wniosku, że w większości wypadków powstanie skutku nie jest istotnym znamię czynu zabronionego [...], ustawa przyjmuje bowiem, że określone w tym typie zachowanie się jest już społecznie niebezpieczne, niezależnie od skutku, jaki wywołuje”<sup>73</sup>.

Teza o „dokonaniu się” skutku i jego irrelevancji z perspektywy odpowiedzialności karnej jest tym istotniejsza, że przekładać się musi na rozwiązanie przyjęte w ramach instytucji czynnego żalu. Negując bowiem przedmiotowe elementy bezprawia w postaci skutku (jako przypadkowe), podział na czynny żal skuteczny i nieskuteczny traci znaczenie, ponieważ tu także istotne jest podjęcie działania, a efekt (w postaci zapobiegnięcia negatywnym następstwom

<sup>70</sup> M. Rodzynkiewicz: *Usiłowanie — aspekt aksjologiczny*. W: *Przestępstwo — kara — polityka kryminalna...*, s. 523.

<sup>71</sup> A. Zoll: *Odpowiedzialność karna...*, s. 13.

<sup>72</sup> M. Rodzynkiewicz: *Usiłowanie...*, s. 523 i nast.

<sup>73</sup> A. Buchała: *Prawo karne materialne...*, s. 171.



wcześniejszego zachowania) częstokroć/zawsze ostatecznie jest wypadkową wielu okoliczności, zatem też jest przypadkowy. Podstawą pozytywnej oceny zachowania sprawcy winno być więc również „zabranie się do czegoś” — w tym przypadku do zapobiegania skutkowi („podjęcie starań”).

Podobnie zróżnicowane podejście zaobserwował w doktrynie niemieckiej Z. Jędrzejewski, pisząc, że przeciwstawne sobie systemy karne określa się zwięźle jako *Tatstrafrecht* — prawo karne czynu, oraz *Willensstrafrecht* (*Gesinnungsstrafrecht*) — prawo karne woli (nastawienia). W pierwszym z nich usiłowanie stanowi wyjątkowe rozszerzenie karalności w stosunku do centralnej figury, jaką jest dokonanie. I stąd karalność usiłowania przewidziana jest tylko w przypadkach najcięższych przestępstw, a ustawowy wymiar kary — z reguły łagodniejszy niż za dokonanie. W drugim systemie całkowicie subiektywne bezprawia usiłowania i dokonania są takie same, zatem i zagrożenie karą musi być identyczne. Pojawia się więc teza o pierwotności usiłowania w stosunku do dokonania. K.A. Hall wywodził, że usiłowanie nie jest stadium wstępnym skutku, ale skutek — późniejszym i przypadkowym rezultatem usiłowania. Dla grupy teoretyków, którzy ekstremalnie subiektywizują bezprawie, wszystkie elementy przedmiotowe są wyłączone poza jego nawias, nawet w przypadku przestępstwa dokonanego skutkowego. Według nich, jak pisze Z. Jędrzejewski, bezprawie rozciąga się tylko do usiłowania ukończonego (nawet nieudolnego), a więc do punktu, w którym sprawca uznał, że uczynił już wszystko dla realizacji swojego planu popełnienia przestępstwa. Jest to „**prototyp bezprawia**”, skutek zaś można uznać jedynie za obiektywny warunek karalności, leżący poza bezprawiem i tym samym winą<sup>74</sup>. Według H. Welzela, bezprawne nie jest naruszenie dobra prawnego, lecz działanie jako dzieło określonego sprawcy, na którym spoczywają pewne obowiązki, i który swemu czynowi nadaje dany kierunek, odciskając na nim swoje piętno treścią woli zawartej w czynie. Jak przytacza K. Buchała, zdaniem H. Welzela, bezprawność swój sens czerpie z czynu, a nie z naruszenia dobra prawnego, które jest jedynie „*ein unselbständiges Teilmoment der personalrechtswidrigen Handlung, nie in dem Sinne, dass die Techtsgutsverletzung allein das Tatumrecht ausreichend kennzeichnet*”. I dodaje, że naruszenie dobra prawnego zyskuje swe znaczenie dopiero w obrębie personalnego bezprawia, bez którego bezprawność może się obejść w tym sensie, że to naruszenie może odpaść, a mimo to czyn zachowa swą ujemną wartość wystarczającą dla wypełnienia bezprawności<sup>75</sup>.

W latach 60. ubiegłego wieku, wobec swoistego odcięcia się ówczesnego prawa karnego od subiektywizmu kodeksu karnego z 1932 r., K. Buchała pytał,

<sup>74</sup> Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania...*, s. 24—25 oraz 90—99; także Idem: *Granice karalności...*, s. 67.

<sup>75</sup> K. Buchała: *Bezprawność zorientowana...*, s. 27.

czy bezprawność czerpie swój sens tylko ze skutku (naruszenia dobra prawnego), czy też w jakimś zakresie także z czynu; czy wobec tego należy mówić o bezprawności zorientowanej na skutek, czy też — na skutek i czyn. Ostatecznie autor ten konkluduje, wskazując m.in. usiłowanie, w tym nieudolne, ale też przestępstwa nieумыślne formalne, że bezprawność zbudowana na czynie odgrywa w prawie karnym rolę drugorzędną i raczej należy mówić o bezprawności zorientowanej na skutek-czyn<sup>76</sup>.

Trzeba więc powtórzyć za J. Majewskim pytanie, co według nas najbardziej się liczy, co decyduje o wartości moralnej jakiegoś czynu, a więc również czynu zabronionego: intencje, które zrodziły decyzję o jego podjęciu (cel, motywacja, zamiar), sam czyn czy może konsekwencje (skutki)<sup>77</sup>. Zgodnie z przyjętymi na wstępie założeniami, powyższe ustalenia tyczyć winny przede wszystkim obowiązującego stanu prawnego. Próba odpowiedzi na to pytanie jest równocześnie próbą dokonania wyboru między modelami prawa karnego, w tym ustaleniem przyczyn i zakresu kryminalizacji usiłowania.

Warto zauważyć, że przyjęta w kodeksie karnym konwencja językowa — czas terażniejszy niedokonany użyty w konstrukcji typów czynów zabronionych — świetnie, wydawać by się mogło, realizuje założenia, że naganne jest samo „zabranie się do czegoś”. Oczywiście, wyciąganie wniosków z zastosowanej formy czasownika byłoby zbyt daleko idące, jednak spotkać się można z poglądem, że o formalnym ujęciu typu czynu zabronionego przekonuje czasownik użyty przez ustawodawcę w formie niedokonanej<sup>78</sup>.

Ocenę relacji między usiłowaniem a dokonaniem nie ułatwia współczesna nauka o normach. Jak bowiem podkreśla P. Kardas, w przypadku przestępstw skutkowych ustawowo stypizowany skutek nie jest elementem treści normy sankcjonowanej (choćby będzie ona przybierała kształt zakazu wywołania takiego skutku). Warunek urzeczywistnienia się ustawowo stypizowanego skutku — przekonuje autor — stanowi znamię konstytutywne płaszczyzny karalności, nie zaś bezprawności<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Ibidem, s. 31.

<sup>77</sup> J. Majewski: *Czas popełnienia przestępstwa*. W: J. Warylewski: *Czas w prawie karnym*. Gdańsk 2010, s. 231.

<sup>78</sup> A. Sakowicz, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1–31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 683 pisze: „Nie można też tracić z pola widzenia faktu, że ustawodawca posłużył się w art. 18 § 2 k.k. znamieniem czasownikowym »nakłania« w formie niedokonanej”. Również J. Skorupka nawiązuje do formy czasownika, pisząc: „Określenie czynności sprawczych jako ‘podrabia’, ‘przerabia’, ‘usuwa’ oznacza, że sprawca wykonuje je aktualnie, już teraz — *preasens*, a nie *perfectum*. Należy zatem przyjąć, że mamy do czynienia z czynem formalnym”. — J. Skorupka: *Przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi. Rozdział XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*. Warszawa 2002, s. 117.

<sup>79</sup> P. Kardas: *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*. Warszawa 2011, s. 272—273.

Próba oceny charakteru usiłowania (jako pierwotnego lub wtórnego w stosunku do dokonania) oparta być może na historycznym rozwoju odpowiedzialności karnej za poszczególne stadia przestępstwa i pojawianiu się poszczególnych instytucji prawa karnego. Zdaniem A. Zolla, formy stadialne stanowią rozszerzenie karalności na usiłowanie i przygotowanie w stosunku do dokonania — formy historycznie pierwotnej i ukończonej, wiążącej się z naruszeniem dobra prawnego<sup>80</sup>. Nie ulega wątpliwości, że najdawniejsze prawo karne reagowało na dokonanie, rozumiane jako oceniana negatywnie zmiana w świecie zewnętrznym. Przytoczmy raz jeszcze zwięzłą charakterystykę problemu form stadialnych niegdyśszego prawa karnego autorstwa W. Śliwińskiego: „Usiłowanie jako zjawiskowa forma przestępstwa nie jest znana ustawodawstwom prymitywnym. Dla nich istotną rzeczą jest skutek przestępny. Wychodzą one z założenia odpowiedzialności za skutek; skoro więc sprawca próbował dokonać przestępstwa, ale mu się to nie udało, więc czyn z jego punktu widzenia tak pojętego porządku prawnego jest obojętny”<sup>81</sup>. Zanim jednak pojawiło się usiłowanie jako karalne stadium popełnienia przestępstwa, już dość wcześniej przewidywano odpowiedzialność karną za przestępstwa z narażenia zarówno materialne (podpalenia i zalewania<sup>82</sup>), jak i formalne (np. dobytecie miecza<sup>83</sup>). Należy też odnotować, że sam skutek z materialnej, rzeczywistej szkody z biegiem czasu nabiera cech niematerialnych, abstrakcyjnych (naruszenie czci, godności), a naruszenie wartości religijnych podlegało karze niemal od samego początku. Zatem historycznie rzecz ujmując, usiłowanie jako instytucja prawa karnego niewątpliwie ma charakter wtórny, ale już karalność na przedpolu skutku pojawia się bardzo wcześniej. Niemniej pojawia się pytanie, czy chronologia jest wystarczającym kryterium oceny istoty zagadnienia. Z pewnością nie. Niejedna bowiem instytucja prawa karnego pojawiająca się dopiero na dalszym etapie rozwoju nabrała znaczenia zasadniczego, począwszy od samego pojęcia przestępstwa, po jego konstrukcję i poszczególne elementy.

Należy również postawić pytanie, czy rozważając kwestię charakteru usiłowania w kształtowaniu bezprawia (jako pierwotnego lub wtórnego), w przyjętym przez ustawodawcę modelu sięgać można po argument nawiązujący do definicji czasu popełnienia czynu. Czy w myśl przepisu art. 6 § 1 k.k., czasem popełnienia czynu nie jest *de facto* czas usiłowania, a nie dokonania, ilekroć

<sup>80</sup> A. Zoll, w: *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*. Red. K. Buchała. Warszawa 1994, s. 101. Por. też A. Spotowski: *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 91.

<sup>81</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne*. Warszawa 1946, s. 293.

<sup>82</sup> E. Hryniewicz: *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*. Warszawa 2012, s. 2—3.

<sup>83</sup> Prawda Ruska, art. 9: „Jeżeli kto wyciągnął miecz, lecz nie uderzył, płaci 1 grzywnę”. — za: A. Dziadzio, D. Malec: *Historia prawa...*, s. 41.

te dwa „zdarzenia” są w czasie rozdzielone?<sup>84</sup> Jednak czy to oznacza „pierwotność” usiłowania? Przecież instytucje prawa karnego, które nawiązują do czasu popełnienia przestępstwa (odnoszą się do okoliczności podmiotowych — wiek, niepoczytalność, świadomość prawa itp.) oceniane być muszą w kontekście zachowania sprawcy (a nie momentu powstania szkody). Już w innych przypadkach (np. przedawnienie), punktem odniesienia staje się dokonanie (zarówno w przypadku przestępstw formalnych, jak i materialnych)<sup>85</sup>.

Zatem czy pierwotny lub wtórny charakter usiłowania można odczytać z charakteru gałęzi prawnej? Karalność usiłowania, a więc prawna reakcja jeszcze przed wystąpieniem szkody, charakterystyczna jest wyłącznie dla prawa karnego. To ono przewiduje karę już za sam zamach na dobro (podobnie przy przestępstwach formalnych i z narażenia). Cywiliści, m.in. M. Sośniak, piszą: „Prawo karne [...] niejednokrotnie nie pyta o szkodę. Karze nawet za sam zamiar”<sup>86</sup>. Odmiennie, *prima facie*, wygląda sytuacja w prawie cywilnym, które przyjęło się utożsamiać z odpowiedzialnością wyłącznie za szkodę. Warto jednak zwrócić uwagę, że współczesne prawo cywilne coraz chętniej sięga po pojęcie szkody niemajątkowej (krzywdę<sup>87</sup>), do której zalicza się też strach o życie. Wynika to z coraz szerszego katalogu dóbr osobistych, jedynie przykładowo wskazanych w przepisie art. 23 k.c. W literaturze wskazuje się, że zadośćuczynienie (o którym mowa przede wszystkim w przepisie art. 448 k.c.) pełni trzy funkcje: główną — kompensacyjną, i akcesoryjne — prewencyjną i represyjną. Zdaniem Z. Strusa, zadośćuczynienie, według przepisów części ogólnej kodeksu cywilnego, jest środkiem ochrony dóbr osobistych człowieka i odpowiednio, również osób prawnych<sup>88</sup>. Patrząc więc na ewolucję prawa karnego i cywilnego, trudno nie zauważyć pewnego zbliżenia się tych dwóch reżimów odpowiedzialności, które nie ułatwia rozstrzygnięcie kwestii pierwotnego lub wtórnego cha-

---

<sup>84</sup> Warto zaznaczyć, że zdaniem J. Kuleszy, użycie przez ustawodawcę w treści przepisu art. 6 § 1 zwrotu: „popełniony w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był zobowiązany”, oznacza, że w grę wchodzi także popełnienie w formie stadialnej usiłowania — J. Kulesza: *Przestępstwo nieudzielania pomocy w niebezpieczeństwie. Art. 162 k.k. na tle uwag dotyczących § 323 c niemieckiego kodeksu karnego*. Łódź 2008, s. 380.

<sup>85</sup> Nieco o uzasadnieniu przyjęcia obowiązującej definicji czasu popełnienia przestępstwa (jako wyboru jednej z trzech teorii — tzw. teorii długiej ręki, teorii działania lub pobytu oraz tzw. teorii jedności) zob. K. Czajkowski: *Czas popełnienia przestępstwa*. „Palestra” 1966, 12.

<sup>86</sup> M. Sośniak: *Bezprawność zachowania jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za czyny niedozwolone*. Kraków 1959, s. 94.

<sup>87</sup> A. Szpunar: *O zadośćuczynieniu z tytułu uszkodzenia ciała*. „Studia Iuridica” 1994, 21, s. 171.

<sup>88</sup> Z. Strus: *Zadośćuczynienie po śmierci osoby najbliższej*. W: Z. Strus, K. Ortyński, J. Pokrzywniak: *Zadośćuczynienie po nowelizacji art. 446 Kodeksu cywilnego na tle doświadczeń europejskich*. Warszawa 2010; I. Dyka: *Zasady przyznawania i ustalania wysokości zadośćuczynienia pieniężnego w razie naruszenia dobra osobistego*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2001, 3, s. 637.

rakteru usiłowania. Ponadto próba takiego rozróżnienia na podstawie charakteru danej gałęzi prawa zawodzi, gdy usiłowanie nieudolne potraktujemy jako sytuację wyjątkową, w rzeczywistości sprzeczną z zasadami prawa karnego, opartego na ujemności czynu<sup>89</sup>. M. Królikowski zauważa, że bezprawie karne ma charakter podmiotowo-przedmiotowy i wyznaczane jest przez ujemność umyślności i skutku. W niektórych jedynie przypadkach, niejako o „peryferyjnym” znaczeniu, jest wyznaczane niemal wyłącznie przez stronę podmiotową (np. usiłowanie nieudolne) lub przedmiotową (np. czyn nieumyślny)<sup>90</sup>. Można mieć co prawda wątpliwości, czy do tych wyjątków nie należy zaliczyć też przestępstw formalnych (i być może przestępstw z narażenia abstrakcyjnego), o których trudno już powiedzieć, że mają znaczenie peryferyjne. Niemniej jednak to elementy danej gałęzi prawa, jej instytucje (i ich cechy) nadają tej gałęzi charakter, a nie odwrotnie. Jednocześnie zauważyć trzeba, że jeśli określona instytucja nie mieści się w zasadniczych założeniach danej gałęzi prawa, to może to tylko oznaczać, że jest wyjątkowa, ale nie spreczna z tym systemem — nie jest w takim razie konieczna jego przebudowa, reorientacja. Ale ta wyjątkowość instytucji nie pozwala na ocenę, czy i w jakim stopniu z cech/właściwości danej gałęzi prawnej możemy przesądzać o znaczeniu instytucji.

Ponadto nie jest odosobniony pogląd M. Królikowskiego, który podkreśla, że **dla sensu odpowiedzialności są istotne dwa aspekty sprawstwa: 1) działania ludzkie, ponieważ są podejmowane przez podmioty kierujące się intencjami, wyrażają to, co ludzie mają na myśli w chwili decydowania się na podjęcie lub kontynuowanie określonego postępowania, i jednocześnie 2) samo to zachowanie powoduje pewne konsekwencje w zewnętrznym świecie materialnym, przy czym ich istnienie i kształt tylko do pewnego stopnia są zależne od tego, czy były zamierzone, czy też nie**<sup>91</sup>. Zatem definicja bezprawia (karnego) nie udzieli wskazówek, co do pierwotności lub wtórności usiłowania w prawie karnym.

Poszukiwania odpowiedzi na pytanie o pierwotny (lub wtórny) charakter usiłowania w prawie karnym prowadzić można także, odwołując się do przypisywanych funkcji prawa karnego. A. Zoll, referując problem odpowiedzialności karnej za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle

<sup>89</sup> Z. Jędrzejewski: *Usiłowanie udolne...*, s. 75.

<sup>90</sup> M. Królikowski: *Kontekstowa teoria (dogmatyki) prawa karnego*. „Studia Iuridica” 2006, 46, s. 199. Por też M. Filar: *Glosa do wyroku SN z dnia 14 lipca 2011 r., III KK 77/11*. OSP 2012, 5, 49 K, s. 323, który pisał: „naturalnym polem działania prawa karnego jest represjonowanie materialnych przestępstw umyślnych. W ich bowiem przypadku z jednej strony mamy do czynienia z ewidentnie postrzegalną, fizykalną zmianą w świecie zewnętrznym (np. śmiercią człowieka), a z drugiej zaś z tym, co dla odpowiedzialności karnej jest niejako naturalne — złym zamiarem i winą umyślną. Tam zaś, gdy tych elementów brak, mamy do dyspozycji inne warianty odpowiedzialności prawnej (prawo cywilne, administracyjne, dyscyplinarne, a w ostateczności formy stadialne)”.

<sup>91</sup> M. Królikowski: *Kontekstowa teoria (dogmatyki)...*, s. 204.

Konstytucji, zaznaczył, że cechą specyficzną prawa karnego jest wprowadzenie karnoprawnej ochrony za pomocą systemu sankcji już na przedpolu naruszenia dobra prawnego chronionego normą sankcjonowaną. Ta ochrona przejawia się m.in. we wprowadzeniu karalności form stadialnych, w tym usiłowania nieudolnego<sup>92</sup>. Funkcja ochronna, mimo sporów w doktrynie co do katalogu i wzajemnych relacji funkcji prawa karnego<sup>93</sup>, jest tą funkcją, której istnienie nie budzi większych wątpliwości, spory dotyczą jej miejsca i znaczenia. Aczkolwiek są autorzy, którzy podają w wątpliwość funkcję ochronną prawa karnego ze względu na nieokreśloność i różnorodność dóbr prawnych<sup>94</sup>. Jeżeli jednak przyjmiemy, że prawo karne nie chroni (a reaguje na naruszenie czy zagrożenie każdego dobra prawnego w każdej sytuacji), że jest — jak mówił M. Cieślak<sup>95</sup>, a wcześniej W. Wolter — prawem karnym granic, to tym samym nie znajdziemy odpowiedzi na pytanie, czy usiłowanie ma charakter pierwotny, czy też wtórny. Jeżeli prawo karne nie stanowi pewnej zwartej, homogenicznej regulacji i w różnorodnych dziedzinach stawia ludzkiemu zachowaniu nieprzekraczalne granice<sup>96</sup>, to nie ono odpowie na pytanie o miejsce usiłowania. Wprowadzenie karalności usiłowania sprowadza się do postawienia wśród rozmaitych „tablic ostrzegawczych”, o których wspominał Cieślak, jeszcze jednej o następującej treści: „Jeśli będziesz zmierzał (bezpośrednio) do dokonania, spotka cię reakcja taka, jakbyś dokonał zamierzonego czynu”.

Podsumowaniem tej części rozważań mogą być słowa A. Zolla, odnoszące się do założeń polityki karnej w projekcie nowego kodeksu karnego: „konieczne było [...] ustalenie, czy o przestępności czynu decyduje sam uzewnętrzniiony akt decyzji woli nakierowany na zagrożenie lub zniszczenie dobra, czy też dopiero zagrożenie lub zniszczenie dobra. Odpowiedź na to pytanie ma dla kształtowania polityki karnej kluczowe znaczenie. Chodzi bowiem o to, czy istoty przestępstwa należy doszukiwać się w nieposłuszeństwie dla nakazu ustawodawcy wyrażonego w normie prawnej, czy też w samym zagrożeniu lub naruszeniu dobra. Projekt przyjął zasadniczo punkt widzenia łączący przestępność z samym zagrożeniem lub naruszeniem dobra. Prowadzi to do istotnego ograniczenia odpowiedzialności za usiłowanie przestępstwa oraz ma wpływ na budowę szeregu typów czynów przestępnych w części szczególnej projektu kodeksu”<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> A. Zoll: *Odpowiedzialność karna...*, s. 9.

<sup>93</sup> Por. np. A. Marek: *Pojęcie prawa karnego, jego funkcje i podział*. W: „System Prawa Karnego”. T. 1. *Zagadnienia ogólne*. Red. A. Marek. Warszawa 2010, s. 10.

<sup>94</sup> Por. np. *ibidem*, s. 12.

<sup>95</sup> M. Cieślak: *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*. Warszawa 1990, s. 32—33.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> A. Zoll: *Założenia polityki karnej w projekcie kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 1994, 5, s. 5—6.

Ujmując problem nieco inaczej, wskazać można trzy zasadnicze fazy (a precyzyjniej: postaci) w układzie odniesienia „dobro a zachowanie człowieka” — naruszenie dobra, narażenie dobra teraz, możliwość narażenia dobra w przyszłości<sup>98</sup>. Pierwsza postać to przestępstwa dokonane materialnie, druga — dokonane formalne, dokonane z narażenia konkretnego, a trzecia — dokonane z narażenia abstrakcyjnego. Wypada więc zadać pytanie, gdzie w proponowanym schemacie jest miejsce na usiłowanie (i przygotowanie)? Wydaje się *prima facie*, że trzecia kategoria jest tak pojemna, że oprócz przestępstw z narażenia abstrakcyjnego pomieścić musi też usiłowanie, co jest tym łatwiejsze, że rodowód tych typów jest wspólny (a przynajmniej bardzo podobny). Ostatecznie powtórzyć należy za L. Gardockim, że „interwencja na podstawie przepisów zabraniających samego zagrożenia chronionego dobra może nastąpić wcześniej i mieć w związku z tym charakter prewencyjny — w ten sposób silniej podkreślana jest rola ochronna prawa karnego. Karalność za określony rezultat zachowania (w szczególności w postaci naruszenia chronionego dobra) silniej zaznacza element odpłaty w karze”<sup>99</sup>.

Ostatecznie stwierdzić należy, że usiłowanie — w moim przekonaniu — **jest wtórne w stosunku do dokonania**. Oznacza to jednak, że **należy poszukiwać nie tyle odrębnego uzasadnienia karalności usiłowania nieudolnego, ile uzasadnienia dla karalności usiłowania oraz** — równocześnie w aktualnym stanie prawnym — **braku karalności za niektóre formy usiłowania nieudolnego**. Zauważyć przy tym należy, że problem braku karalności innych usiłowań nieudolnych, a przede wszystkim uzasadnienie tego braku karalności, jest niezmiernie rzadko poruszany w literaturze przedmiotu. Co więcej, zdaniem M. Kuli, niekaralność przypadków urojenia właściwości podmiotu, miejsca, czasu i sytuacji to niekonsekwencja ustawodawcy<sup>100</sup>. Zatem jeśli w literaturze wskazuje się, że uzasadnieniem usiłowania nieudolnego jest właściwie tylko strona podmiotowa<sup>101</sup>, to od razu musi pojawić się pytanie, dlaczego nie wszystkie formy usiłowania nieudolnego są karalne, skoro również w przypadku błędu co do podmiotu lub co do okoliczności modalnych ten sam zły zamiar po stronie sprawcy występuje.

<sup>98</sup> D. Gruszecka: *Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym*. „Wrocławskie Studia Erazmiańskie”. Zeszyty Studenckie, s. 142.

<sup>99</sup> L. Gardocki: *Typizacja uproszczona*. „Studia Iuridica” 1982, 10, s. 75—76.

<sup>100</sup> M. Kula: *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności za usiłowanie przestępstwa w kodeksie karnym z 1932 r.* „Studenckie Zeszyty Prawnicze TBSP” UJ 2003, 9—10, s. 104.

<sup>101</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zoll..., s. 248.

### 3. Własne stanowisko w kwestii uzasadnienia kryminalizacji usiłowania

Podjmując próbę uzasadnienia karalności usiłowania, należy zauważyć, że każda teoria pojawiająca się w dogmatyce prawa karnego oceniana jest m.in. przez innych dogmatyków z punktu widzenia jej pożądanego zasięgu — objęcia kryminalizacją (lub nie) określonych zachowań. Przykład za krótkiej drabiny i modlącego się za śmierć sąsiada stał się swoistym testem dla poszczególnych teorii uzasadniających usiłowanie, w tym nieudolne. Teorie te nie tyle odpowiadają zatem na pytanie, dlaczego należy kryminalizować usiłowanie i w jakim zakresie, ile jak uzasadnić kryminalizację usiłowania (w różnych postaciach), czyli te zachowania, które chcemy kryminalizować. Co więcej, często swoiste kryterium oceny stanowi tzw. intuicja prawnicza, o której mówi się, że jest zdolnością bezpośredniego ujmowania tego, co oczywiste, i niezbędna do zrozumienia i zinterpretowania wielu pojęć mających fundamentalne znaczenie dla prawniczego poznania<sup>102</sup> (co natychmiast rodzi pytanie, czy do takich fundamentalnych pojęć należy usiłowanie). Najczytelniejszą ilustracją może tu być stanowisko J. Makarewicza, który podnosił, że karalności usiłowania nieudolnego domaga się poczucie sprawiedliwości. Podając przykład nieudolnego usiłowania zabójstwa przez omyłkowe podanie pokrzywdzonemu środka nasen-

<sup>102</sup> J. Stelmach: *Intuicja prawnicza*. W: *Dziedzictwo prawne XX wieku. Księga pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*. Red. A. Zoll, J. Stelmach, J. Halbert. Kraków 2001, s. 31. Autor, podkreślając, że nie istnieje żaden specyficznie prawniczy rodzaj intuicji, wskazuje trzy jej rodzaje odgrywające szczególną rolę w procesie prawniczego poznania: racjonalną, fenomenologiczną oraz psychologiczną. Intuicja racjonalna ma oznaczać analizę pojęć ogólnych (np. sprawiedliwość, dobro prawne), które w empirycznie definiowalnym świecie w ogóle nic nie znaczą. Intuicja fenomenologiczna, której pierwotną formą jest przedrozumienie, nie ogranicza się tylko do analizy pojęć, lecz zmierza do istoty — przede wszystkim ujmuje fenomen w jego konkretności oraz samą istotę fenomenu; tylko za jej pomocą możliwe staje się uchwycenie „pierwotnego fenomenu prawa” oraz opisywanych go apriorycznych praw. Intuicja psychologiczna, przy braku *de facto* spójnej koncepcji, jest zdolnością bezpośredniego ujmowania rzeczywistości w jej całości i zmienności, rodzajem poznawczego instynktu. Warto też dodać, że według Bergsona, poznanie intuicyjne jest lepsze od poznania intelektualnego, a nawet więcej — jest prawdziwym poznaniem umożliwiającym w szczególności poznanie jaźni głębokiej. *Passim*. Bardzo ciekawe i obrazowe są spostrzeżenia J.C. Hutchesona, który stwierdza, że rozstrzygnięcie konkretnego, indywidualnego i niepowtarzalnego przypadku prawnego, czyli przypadku trudnego, a co za tym idzie, wydanie słusznej, sprawiedliwej decyzji, jest możliwe dzięki specyficznej reakcji sędziego na interpretowany przypadek. Reakcja ta jest irracjonalnym, intuicyjnym, emocjonalnym *hunchem*. *Hunch* oznacza intuicyjny przeblask rozumienia, w efekcie którego następuje „skok iskry” łączącej interpretowane zagadnienie i decyzję, i to w tym miejscu, które zwykle dla dyskursywnego poznania prawniczego jest niedostępne — J.C. Hutcheson: *Judgment Intuitive*. Chicago 1938, s. 21 i 81, cyt. za: J. Stelmach: *Intuicja prawnicza...*, s. 40.



nego zamiast trucizny, autor ten stwierdził: „Poczucie sprawiedliwości, która musi być drogowskazem dla ustawodawcy karnego, wzdraga się na myśl o tego rodzaju wypadkach bezkarności”<sup>103</sup>.

Wydaje się, że konstruując uzasadnienie karalności usiłowania, poszukiwać należy odpowiedzi, dlaczego domagamy się kary, nawet jeśli (potocznie rzecz ujmując) do przestępstwa nie doszło, a ściślej — nie wystąpiła szkoda. Odpowiedzieć należy więc na pytanie, dlaczego mimo braku skutku „poczucie sprawiedliwości wzdraga się na myśl o bezkarności” sprawcy, który do tego skutku dążył (udolnie lub nieudolnie).

Przede wszystkim zadać należy pytanie, czy usiłowanie, w tym nieudolne, sprowadza **wyłącznie zagrożenie** dla dobra prawnego. A mówiąc precyzyjniej, czy oprócz zagrożenia dobra prawnego (do naruszenia którego sprawca zmierzał), **nienaruszone** zostało równocześnie inne dobro? W przypadku usiłowania nieudolnego analogiczne pytanie winno brzmieć, czy mimo że nie doszło nawet do zagrożenia dobra, na które atak sprawcy został skierowany, nie doszło do **naruszenia** innego dobra.

Na wstępie sięgnąć trzeba przede wszystkim do pojęcia dobra prawnego. Zawdzięczamy je niemieckiej dogmatyce epoki oświecenia. W 1801 r. P.J.A. Feuerbach jako pierwszy ujął przedmiot zamachu jako naruszenie praw wywodzących się z idei umowy społecznej i tworzących prawną sferę wolności. Sama jednak nazwa „dobra prawne” pojawiła się nieco później — w 1834 r. — za sprawą J.M.F. Birnbauma, który „przeniósł” punkt ciężkości nauki o przestępstwie z tego, co niematerialne (prawa), w sferę konkretów, obiektów (dobra). Natomiast F. von Liszt przedstawił pojęcie dobra prawnego jako materialny przedmiot zamachu, twierdząc, że ochrona dóbr prawnych stanowi jedyny cel prawa karnego i wprowadzając jednocześnie bezprawność formalną i materialną (czyli ujęcie prawnicze i naturalistyczne funkcjonujące w płaszczyźnie ontologicznej)<sup>104</sup>. Współcześnie pojęcie dobra prawnego ma charakter normatywny<sup>105</sup>, a tym samym staje się kategorią języka prawnego wymagającą podjęcia czynności interpretacyjnych<sup>106</sup>. Według najnowszych opracowań, są to wartości o charakterze społecznym, jak i indywidualnym, których ochrona jest niezbędna dla zapewnienia pokojowego współżycia i ładu społecznego. To właśnie ich znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa po-

<sup>103</sup> M. Gałązka: *Subiektywizm i indywidualizacja...*, s. 231—232.

<sup>104</sup> D. Gruszecka: *Pojęcie dobra prawnego...*, s. 137—139.

<sup>105</sup> Zob. art. 115 § 2 k.k. oraz art. 25 i 26 k.k.

<sup>106</sup> W. Wróbel: *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego*. W: *Aktualne problemy prawa karnego...*, s. 622.

woduje pozytywne wartościowanie takich dóbr<sup>107</sup>. Jak wskazywał C. Roxin, dobrami prawnymi są takie stany, w których konkretyzacji ulegają nieodzowne przesłanki ludzkiej koegzystencji w każdorazowej historycznej sytuacji. Powstają one w procesie kształtowania społecznych postaw i systemu wartości. Są relatywne nie tylko względem uwarunkowań historycznych, geograficznych czy kulturalnych, ale i np. ekonomicznych<sup>108</sup>. Należą do nich zwłaszcza takie wartości, jak życie człowieka, jego zdrowie, wolność, nietykalność, **bezpieczeństwo osobiste**, a także wartości o charakterze zbiorowym, jak niepodległość, bezpieczeństwo powszechne, pokojowe rozwiązywanie konfliktów<sup>109</sup>. Pojęcie dobra rozszerza się ponadto na stosunki społeczne, relacje przedmiotów między sobą. Zdaniem W. Wróbla, można odnieść wrażenie, że poszukiwana obiektywność dobra prawnego nie tyle ma określać stan rzeczy, ile obiektywność wartościowania tego, co chciałaby pod pojęciem dobra zmieścić<sup>110</sup>. Mają one charakter pierwotny, obiektywny, niezależny od ocen ustawodawcy. Jak zauważa, J. Giezek, nie tyle stanowią rezultat działalności ustawodawcy, ile przyczynę ustanowienia normy mającej je chronić<sup>111</sup>. Według W. Wróbla, jeśli pojęcie dobra prawnego ma mieć jakąś wartość poznawczą, to musi określać pewien stan rzeczy lub cechę, która nie jest wyprowadzana z prawa pozytywnego, ale jest jego założeniem<sup>112</sup> (staje się też — a przynajmniej powinno — swoistym ograniczeniem narzuconym przez ustawodawcę przy wykładni funkcjonalnej<sup>113</sup>). Jednocześnie, jak podkreśla się w literaturze, legislator zanim skonstruuje typ danego czynu zabronionego, musi skonkretyzować dobro, które ma zamiar chronić za pośrednictwem danego typu. Tak rozumiane dobro prawne wyklucza możliwość podejmowania decyzji kryminalizacyjnych jedynie pod wpływem presji opinii publicznej, decyzji kryminalizacyjnych „chroniących” zgeneralizowane, zdematerializowane, szeroko pojęte, nieprecyzyjne i niejasno ujęte „dobra prawne”<sup>114</sup>.

Pojęcie dobra prawnego oraz sposoby jego ujęcia i zdefiniowania w nauce niemieckiej prezentuje M. Prengel. Wskazuje on m.in., że M. Marx, opowiadający się za czysto materialnym ujęciem dobra prawnego zależnym od zadań stojących przed prawem karnym, które są związane z celami realizowanymi przez państwo (tj. „godność człowieka jest nienaruszalna”), widzi w dobru

<sup>107</sup> J. Giezek, w: M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz: *Prawo karne materialne, część ogólna i szczególna*. Warszawa 2004, s. 83.

<sup>108</sup> D. Gruszecka: *Pojęcie dobra prawnego...*, s. 149—150.

<sup>109</sup> Por. np. A. Marek: *Pojęcie prawa karnego...*, s. 12.

<sup>110</sup> W. Wróbel: *Pojęcie „dobra prawnego”...*, s. 619—631.

<sup>111</sup> J. Giezek, w: M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz: *Prawo karne materialne...*, s. 84.

<sup>112</sup> W. Wróbel: *Znamiona normy sankcjonowanej...*, s. 100.

<sup>113</sup> W. Wróbel: *Pojęcie „dobra prawnego”...*, s. 619—631.

<sup>114</sup> E. Plebanek: *Materialne określenie...*, s. 100—101.

prawnym „takie przedmioty, których człowiek potrzebuje do samorealizacji”<sup>115</sup>. Bez wątplenia bezpieczeństwo i poczucie bezpieczeństwa do takich „przedmiotów” należą.

Oczywiście, nie można pomijać problemu dematerializacji pojęcia dobra prawnego w prawie karnym. Przyczynę coraz mniej wyrazistego określania dobra prawnego upatruje się w braku wiedzy co do wszystkich praw przyczynowych rządzących zjawiskami, przy równoczesnym dysponowaniu coraz nowocześniejszymi środkami technicznymi<sup>116</sup>; dotyczy to zwłaszcza przestępstw przeciwko środowisku oraz obrotowi gospodarczemu. Co więcej, zdaniem D. Gruszeckiej, to właśnie przesuwanie granic karalności na tzw. przedpole, co ma miejsce w przypadku form stadialnych lub przestępstw narażenia na niebezpieczeństwo konkretne i abstrakcyjne (i w nauce niemieckiej określana jest mianem „*Vorverlagerung der Strafbarkeit*”), świadczy o sprzężeniu uznawanych wartości ze społecznym przyzwoleniem na penalizację<sup>117</sup>. Wydaje się jednak, że mimo pewnej „abstrakcyjności” samego pojęcia „bezpieczeństwo” jest to jednak dobro na trwałe zakorzenione w katalogu „tradycyjnych” dóbr prawnych.

O ile jednak nie budzi wątpliwości umiejscowienie „bezpieczeństwa” w katalogu dóbr prawnych, o tyle „poczucie bezpieczeństwa” jako dobro prawne może nasuwać pewne zastrzeżenia. Trzeba bowiem odróżnić pojęcie „bezpieczeństwa” i „poczucia bezpieczeństwa”. Pierwsze z nich to pojęcie wieloznaczne,

<sup>115</sup> M. Prengel: *Dobro prawne — centralne pojęcie prawa karnego*. „Jurysta” 2002, 5, s. 5—7.

<sup>116</sup> D. Gruszecka: *Pojęcie dobra prawnego...*, s. 140—142. Jednocześnie, jak zauważa za H.J. Hirschem autorka, istnieje tendencja do przekształcania przestępstw z narażenia w przestępstwa z naruszenia, w odniesieniu do których znowu można sformułować przestępstwa z narażenia (z przesunięta — w stosunku do sytuacji pierwotnej — granicą penalizacji). Np. jeśli w przestępstwie oszustwa ubezpieczeniowego zmienimy dobro prawne z „mienia firmy ubezpieczeniowej” na „niezakłócone funkcjonowanie sfery ubezpieczeniowej”, to z czynu stwarzającego niebezpieczeństwo otrzymujemy dokonanie naruszenia, po czym w następnym etapie przestępstwo narażenia niezakłóconego funkcjonowania sfery ubezpieczeniowej na niebezpieczeństwo. Jak zauważa D. Gruszecka, skoro w danym układzie odniesienia możliwe są tylko trzy fazy: naruszenie teraz, narażenie teraz oraz możliwość narażenia w przyszłości, to wystarczy zmienić punkt odniesienia, aby ustawodawca wedle własnego uznania rozszerzał obszar objęty karnoprawnymi zakazami. Warto nadmienić, że dodatkowym „narzędziem” ustawodawcy w takim procesie jest usiłowanie, które przesuwa granice penalizacji, oddalając je od pierwotnie określonej szkody.

Por. też wywody M. Filara o bijącej w oczy tęsknocie „do powrotu do prawa karnego pierwotnego i naturalnego źródła, którym jest szkodliwie społeczna fizykalna zmiana w świecie zewnętrznym, tj. w sferze realnego bytu, a nie zastępowanie jej »ersatzami« prawniczych formuł werbalnych (np. spotencjonalizowanym niebezpieczeństwem) rodem ze świata intelektualnych fantazji, a więc świadomości, która ów byt próbuje zastępować”. — M. Filar: *Glosa do wyroku SN...*, s. 323.

<sup>117</sup> D. Gruszecka: *Pojęcie dobra prawnego...*, s. 141—142.

odnoszące się do wielu sfer życia człowieka, a przy tym trudno definiowalne<sup>118</sup>. Jak zauważa J. Czapska, polski ustawodawca posługuje się terminami zawierającymi pojęcie „bezpieczeństwo” w sposób niekonsekwentny, co nie pozwala na ustalenie jednolitej wykładni w polskim języku prawnym, a nawet w języku prawnym poszczególnych gałęzi prawa<sup>119</sup>. Najczęściej zwykło się przyjmować, że bezpieczeństwo to stan niezagrożenia, spokoju, pewności<sup>120</sup>. Bezpieczeństwo to stan, który daje poczucie pewności istnienia i gwarancje jego zachowania oraz szanse na doskonalenie. Odznacza się brakiem ryzyka utraty czegoś, co dla podmiotu jest szczególnie cenne — życia, zdrowia, pracy, szacunku, uczuć, dóbr materialnych i dóbr niematerialnych. Bezpieczeństwo jest naczelną potrzebą człowieka i grup społecznych, stanowi także podstawową potrzebę państw i systemów międzynarodowych; jego brak wywołuje niepokój i poczucie zagrożenia. Człowiek, grupa społeczna, państwo, organizacja międzynarodowa starają się oddziaływać na swoje otoczenie zewnętrzne i sferę wewnętrzną, by usuwać, a przynajmniej oddalać zagrożenia, eliminując własny lęk, obawy, niepokój i niepewność<sup>121</sup>. W psychologii poczucie bezpieczeństwa to spokój ducha wywołany przekonaniem, że nie należy się niczego obawiać. Stanowi zasadniczy warunek zdrowia psychicznego człowieka<sup>122</sup>. Jak wskazuje, powołując się na bogatą literaturę socjologiczną, P. Ostaszewski, pod pojęciem poczucia bezpieczeństwa kryją się trzy wymiary: 1) *security*, czyli poczucie pewności, że otaczająca rzeczywistość nie będzie zbyt odbiegać od oczekiwań, 2) *certainly*, czyli przeświadczenie, że rozumie się otaczający świat, że jest on uporządkowany, i że ten porządek można opowiedzieć, 3) *safety*, czyli poczucie bycia zabezpieczonym przed ewentualnymi niebezpieczeństwami<sup>123</sup>. Jednak, jak słusznie zauważa K. Krajewski, pojęcia „poczucie bezpieczeństwa” i „brak poczucia bezpieczeństwa” niosą komponent zakładający pewien sposób postrzegania rze-

<sup>118</sup> J. Mazur: *Bezpieczeństwo publiczne w przestrzeni miejskiej*. W: *Spoleczno-moralna potrzeba bezpieczeństwa i porządku publicznego*. Red. J. Świtka, M. Kuć, G. Gozdór. Lublin 2007, s. 128. O wiele łatwiej skonstruować definicję „niebezpieczeństwa”. I tak zdaniem T. Hanauska, niebezpieczeństwo to „atypowy układ zjawisk, który zawiera znaczne prawdopodobieństwo zaistnienia — jako jego skutku — ujemnych następstw w rzeczywistości”. — T. Hanauska: *O naturze niebezpieczeństwa*. W: *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Woltera*. Red. M. Cieślak. Warszawa 1959, s. 80.

<sup>119</sup> J. Czapska: *Bezpieczeństwo obywateli. Studium z zakresu polityki prawa*. Kraków 2004, s. 27—28.

<sup>120</sup> *Słownik języka polskiego*. T. 1. Red. M. Szymczak. Warszawa 1978, s. 147.

<sup>121</sup> *Słownik terminów z zakresu bezpieczeństwa narodowego*. Red. B. Zdrodowski. Warszawa 2008, s. 14, <http://mkuliczkowski.pl/static/pdf/sownik.pdf>. Por. też W. Gizicki: *Bezpieczeństwo jako proces polityczno-społeczny*. W: *Spoleczno-moralna potrzeba bezpieczeństwa...*, s. 11—43; J. Czapska: *Bezpieczeństwo obywateli...*, s. 14—17.

<sup>122</sup> N. Sillamy: *Słownik psychologii*. Katowice 1995, s. 210—211.

<sup>123</sup> P. Ostaszewski: *Lęk przed przestępczością. Aspekty teoretyczne, metodologiczne i empiryczne*. Warszawa 2014, s. 20.

czywistości, a nie sam stan takiej rzeczywistości, z którym związane są słowa „bezpieczeństwo” i „niebezpieczeństwo”<sup>124</sup>. Na poczucie bezpieczeństwa składa się wiele elementów: rzeczywisty poziom bezpieczeństwa, wykrywalność, jak i stopień zaufania do organów ścigania. To właśnie poczucie bezpieczeństwa, a nie tylko ściśle z nim związany faktyczny stan bezpieczeństwa, wpływa w coraz większym stopniu zarówno na całe życie, jak i na konkretne decyzje podejmowane przez mieszkańców dużych miast. I to właśnie podnoszenie poziomu poczucia bezpieczeństwa ludzi, oprócz zapobiegania i redukcji przestępczości, jest głównym celem działań podejmowanych przez policję<sup>125</sup>. W publikacjach wielu autorów te dwa pojęcia (bezpieczeństwo i poczucie bezpieczeństwa) niemal się zlewają, stają się bez mała synonimami. Nie ma wątpliwości, że łączy je szczególna więź: bezpieczeństwo (jako czynnik obiektywny) warunkuje (do pewnego stopnia) poczucie bezpieczeństwa, a poczucie bezpieczeństwa staje się swoistym miernikiem, wskaźnikiem podejmowanych działań w zakresie samego bezpieczeństwa. Stąd mówiąc o jednym, nie sposób pominąć drugiego.

Nie ma wątpliwości, że bezpieczeństwo to wartość fundamentalna, stanowiąca podstawę innych wartości, które są z kolei podłożem oraz źródłem ludzkich wyborów<sup>126</sup>. Zgodnie z hierarchiczną organizacją potrzeb A.H. Masłowa, wyróżnia się pięć klas potrzeb: fizjologiczną, bezpieczeństwa, przynależności i miłości, szacunku i samoakceptacji, samorealizacji. Głównym założeniem tego modelu jest konstatacja, że człowiek zaspokaja swe potrzeby w ściśle uporządkowanej kolejności, zaczynając od potrzeb niższego rzędu. Zatem realizacja potrzeb wyższego rzędu jest ściśle uzależniona od realizacji potrzeb rzędu niższego. Zlokalizowanie potrzeby bezpieczeństwa na drugim poziomie, zaraz po potrzebach fizjologicznych, sugeruje jej podstawowy charakter. Poczucie bezpieczeństwa ma więc istotny wpływ na działanie człowieka oraz tworzenie pewnych standardów w życiu osobistym. Naturalną konsekwencją jest próba unikania zagrożeń, stanowiących przeciwieństwo bezpieczeństwa<sup>127</sup>. Prawo do bezpieczeństwa gwarantuje sama Konstytucja, która w art. 5 stanowi: „Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli [...]”. J. Widacki, krytykując zajmowanie się bezpieczeństwem przez polityków w kampaniach wyborczych, nie neguje, że samo zainteresowanie pro-

<sup>124</sup> K. Krajewski: *Wstęp*. W: *Poczucie bezpieczeństwa mieszkańców wielkich miast. Kraków na tle innych miast europejskich*. Red. K. Krajewski. Kraków 2008, s. 7.

<sup>125</sup> P. Waszkiewicz: *Wpływ programów prewencyjnych na poczucie bezpieczeństwa mieszkańców Warszawy — na podstawie badań przeprowadzonych wśród studentów Uniwersytetu Warszawskiego*. „*Studia Iuridica*” 2006, 46, s. 285.

<sup>126</sup> W. Wołyniec: *Bezpieczeństwo ludzkiej osoby jako wartość etyczna*. W: *Bezpieczeństwo człowieka, konteksty i dylematy*. Red. M. Rybakowski. Zielona Góra 2007, s. 11.

<sup>127</sup> M. Kuć: *Poczucie bezpieczeństwa jako problem kryminologiczny i wiktymologiczny*. W: *Spoleczno-moralna potrzeba bezpieczeństwa...*, s. 109.

blematyką bezpieczeństwa jest zrozumiałe, wszak zapewnienie bezpieczeństwa obywateli jest jednym z celów państwa, a nawet uważane jest za jedną z ważniejszych przyczyn, dla których państwo jako takie powstało<sup>128</sup>.

Warto również zauważyć, że diagnoza bezpieczeństwa (obok poziomu przestępczości) niemal zawsze zajmuje kluczowe miejsce w programach monitorowania i diagnozowania jakości ludzkiego życia — poczucie bezpieczeństwa ma dość znaczący wpływ na ogólną ocenę sytuacji życiowej jednostki. Poczucie bezpieczeństwa personalnego jednostki jest niewątpliwie kategorią subiektywną, a jednocześnie bardzo złożoną inter- i intraindywidualnie. Poczucie bezpieczeństwa jest także wartością, której znaczenie wzrasta w dynamicznie zmieniającym się społeczeństwie ponowoczesnym. Szczególnej rangi nabiera ono wobec trudnych, niepokojących, a nierzadko przerażających zjawisk początku XXI w., jak np.: wzrost przestępczości i jej nowe wymiary, agresywność i ekspansywność określonych grup społecznych i różnych sfer życia społecznego, ulegający globalizacji terroryzm, a jednocześnie coraz bardziej realny dla każdego z nas<sup>129</sup>. Również w badaniach nad społecznymi kosztami przestępczości na pierwsze miejsce wysuwa się poczucie zagrożenia, strachu przeżywanego przez ludzi w obawie przed stanieniem się ofiarą przestępstwa<sup>130</sup>. W kryminologii strach przed przestępczością traktuje się jako pewną konstrukcję złożoną z trzech składników: afektywnego (emocjonalnego, którego wskaźnikiem jest subiektywne poczucie bezpieczeństwa), kognitywnego (racjonalnego; wyznacznikiem jest tu ocena rozwoju przestępczości oraz prawdopodobieństwa wiktyimizacji) oraz konatywnego (behawioralnego, którego wskaźnikiem są przedsięwzięte przez jednostkę środki ostrożności w celu uniknięcia wiktyimizacji). Podejmowane przez jednostkę środki zabezpieczające przed przestępstwem są dwójakiego rodzaju: są to środki obronne (np. instalowanie dodatkowych zamków) oraz środki uchylania się (unikania pewnych miejsc, sytuacji, kontaktów)<sup>131</sup>. Zatem niski poziom bezpieczeństwa (i/lub wysoki poziom przestępczości) ogranicza w znacznej mierze swobodę działania jednostki, zarówno w wymiarze subiektywnych odczuć (z uwagi na doświadczenie dyskomfortu psychicznego), jak również realnie podejmowanych działań (rezygnowanie z przebywania w miejscach uznawanych za niebezpieczne, ograniczanie aktywności, rezygnacja z kontaktów z innymi osobami itd.), czyli więzi jednostki z lokalną spo-

---

<sup>128</sup> J. Widacki: *Polscy politycy o bezpieczeństwie (między demokracją a demagogią). W: Mit represyjności albo o znaczeniu prewencji kryminalnej*. Red. J. Czapska, H. Kury. Kraków 2002, s. 91.

<sup>129</sup> A. Cudowska: *Poczucie bezpieczeństwa personalnego w narracji kreatywności. W: Edukacja dla bezpieczeństwa*. Red. D. Kowalski, M. Kwiatkowski, A. Zduniak. Lublin—Poznań 2004, s. 13.

<sup>130</sup> J. Ławecka: *Strach przed przestępczością jako wskaźnik poziomu wiktyimizacji społeczeństwa*. „Prokurator” 2004, 1 (17), s. 33.

<sup>131</sup> J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski: *Kryminologia*. Gdańsk 2004, s. 450—452.

łecznością zostają osłabione<sup>132</sup>. Jak podkreśla się w literaturze, człowiek lepiej pracuje i bardziej niezawodnie funkcjonuje, gdy ma wokół uporządkowane i dające się przewidzieć sytuacje: sprawiedliwy i uporządkowany świat, w którym nie ma rzeczy i zjawisk nieoczekiwanych<sup>133</sup>. Reasumując, można powtórzyć za P. Ostaszewskim, że lęk przed przestępczością może powodować: 1) rozpad społeczności lokalnych i zmianę niektórych przestrzeni publicznych w obszary, których ludzie unikają; 2) częstszą wiktymizację osób będących w niekorzystnym położeniu społecznym i ekonomicznym, ponieważ bardziej zamożni mieszkańcy stosują dodatkowe zabezpieczenia lub wyprowadzają się; 3) wzrost punitwności; 4) podważenie zaufania do wymiaru sprawiedliwości i organów ścigania; 5) negatywne konsekwencje w psychologicznym funkcjonowaniu jednostki, zwłaszcza jeżeli lęk ma charakter stałego niepokoju; 6) zmianę zachowania, trybu życia poszczególnych osób, generalnie polegającą na ograniczeniu aktywności<sup>134</sup>. Jednocześnie przeprowadzone m.in. przez P. Jabkowskiego badania i wykonane analizy statystyczne ujawniły, że głównym czynnikiem różnicującym poczucie bezpieczeństwa są wcześniejsze bezpośrednie i pośrednie doświadczenia wiktymizacyjne<sup>135</sup>. Również z badań przeprowadzonych przez A. Cudowską wynika, że najczęściej utrata poczucia bezpieczeństwa wśród badanych studentów następowała na skutek: zachepek, słownej agresji, zagrożenia przestępstwem oraz bycia ofiarą napadu rabunkowego<sup>136</sup>. Warto też odnotować, że zgłoszony przez J. Czapską postulat, aby podstawowe cele polityki kryminalnej, a więc zapobieganie i zwalczanie przestępczości, zostały uzupełnione o redukcję strachu przed nią<sup>137</sup>.

Nie budzi zatem wątpliwości znaczenie poczucia bezpieczeństwa we współczesnym świecie. Warto zwrócić szczególną uwagę na tezę, że sama perspektywa szkody, nawet wtedy, gdy ona nie nastąpi, może stanowić w warunkach nowoczesnego społeczeństwa przeszkodę i hamulec normalnego przebiegu

---

<sup>132</sup> P. Jabkowski: *Poczucie bezpieczeństwa i poziom przestępczości w Poznaniu. Analiza socjologiczna w perspektywie wskaźników jakości życia*. W: *Zastosowanie metod statystycznych w badaniach naukowych*. StatSoft Polska 2008, s. 203.

<sup>133</sup> K. Klimek: *Bezpieczeństwo w systemie wartości uniwersalnych w edukacji*. W: *Edukacja dla bezpieczeństwa...*, s. 24.

<sup>134</sup> P. Ostaszewski: *Lęk przed przestępczością...*, s. 266—267.

<sup>135</sup> P. Jabkowski: *Poczucie bezpieczeństwa...*, s. 212. Por. też: A. Siemaszko: *Kogo biją, komu kradną. Przestępczość nie rejestrowana w Polsce i na świecie*. Warszawa 2001, s. 150; P. Waszkiewicz: *Wpływ programów prewencyjnych...*; J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski: *Kryminologia...*, s. 455. Autorzy wymienionych prac podkreślają, że pośrednie doświadczenie wiktymizacyjne może mieć wpływ na poczucie bezpieczeństwa; nie jest to jednak prosta zależność.

<sup>136</sup> A. Cudowska: *Poczucie bezpieczeństwa...*, s. 17—18.

<sup>137</sup> J. Czapska: *Zapobieganie przestępczości w społecznościach lokalnych — możliwości i granice*. W: *Zapobieganie przestępczości w społecznościach lokalnych*. Red. J. Czapska, W. Krupiarz. Warszawa 1999, s. 55.

działalności i życia gospodarczego<sup>138</sup>. Uwaga ta, odnoszona przez A. Spotowskiego do przestępstw z narażenia abstrakcyjnego, znakomicie — moim zdaniem — ilustruje również istotę karalności usiłowania. O roli bezpieczeństwa w życiu człowieka jako argumentu karalności przestępstw z narażenia pisał również U. Kindhäuser. Zdaniem tego autora, szkodliwość narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne nie miałyby polegać na bezpośredniej, empirycznie potwierdzonej, generalnej relacji kauzalnej między zrealizowaniem znamion czynu zabronionego a wywołaniem ujemnego skutku, ale na stosunku między trzema elementami: opisanym przez znamiona zakazanym zachowaniem, dobrem prawnym i normatywnymi oczekiwaniami. To ostatnie pojęcie autor definiuje jako **możliwość niezagrażonego, pozbawionego niepokoju dysponowania dobrami, które jest warunkiem swobodnego rozwoju osobistego**<sup>139</sup>. W tym kontekście interesująco brzmi inna koncepcja, na którą zwraca uwagę D. Gruszecka. Jak wskazuje wspomniana autorka, ochrona prawno-karna nie jest bowiem ochroną wartości czy dóbr, ale w istocie ochroną **usprawiedliwionych oczekiwań** co do zachowania innych osób. Zdaniem przywołanego autora, ochrona dóbr prawnych oznacza dokładnie ochronę szans na partycypację w społeczeństwie, ochronę zaufania do funkcjonowania systemu oraz zapewnienie spistości procesów interakcji<sup>140</sup>.

Nietrudno więc zauważyć, że bezpieczeństwo ma charakter obiektywny, a poczucie bezpieczeństwa — subiektywny<sup>141</sup>. Tę szczególną więź między bezpieczeństwem a poczuciem bezpieczeństwa widać w usiłowaniu. Z tego punktu widzenia bowiem **usiłowanie ma dwoistą naturę — z jednej strony naraża na niebezpieczeństwo dobro będące przedmiotem zamachu sprawcy, a z drugiej — narusza poczucie bezpieczeństwa pokrzywdzonego** i wszystkich tych, którzy o usiłowaniu się dowiedzieli (w przypadku usiłowania nieudolnego brak jest elementu narażenia określonego dobra, pozostaje jednak element naruszenia poczucia bezpieczeństwa).

Czy zatem poczucie bezpieczeństwa — naruszone, a niezagrażone — może być dobrem prawnym<sup>142</sup>, na straży którego stoi prawo karne (lub — akcentując funkcję sprawiedliwościową prawa karnego — naruszenie którego powoduje karnoprawną reakcję państwa)? Mając na względzie wskazane znaczenie poczu-

<sup>138</sup> A. Spotowski: *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 116.

<sup>139</sup> D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 262—263.

<sup>140</sup> Ibidem, s. 53. A idąc dalej tym tokiem rozumowania, powtórzyć można za H.J. Hirschem, że to nie dobro uzasadnia karę, lecz „legitymacja kary wskazuje chronione karaniem przedmioty ochrony”. — H.J. Hirsch: *W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, 1, s. 9 i nast.

<sup>141</sup> Na temat obiektywnego i subiektywnego charakteru niebezpieczeństwa zob. T. Hanaušek: *O naturze niebezpieczeństwa...*

<sup>142</sup> Por. np. A. Marek: *Pojęcie prawa karnego...*, s. 12.



cia bezpieczeństwa dla jednostki i społeczeństwa oraz szczególną relację, jaka łączy to poczucie z pojęciem bezpieczeństwa, odpowiedź musi być twierdząca. Należy podkreślić, że chodzi tu o zaniepokojenie społeczeństwa — świadków czynu, kręgu osób, do których informacja o czynie dociera. Nie ma więc znaczenia, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z zindywidualizowanym pokrzywdzonym.

Jak się wydaje, w nieco (ale tylko nieco) podobnym duchu wypowiadał się K. Buchała. Stał mianowicie na stanowisku, że usiłowanie czerpie swój sens nie z faktu niebezpieczeństwa (zagrożenia) dla dobra prawnego, podnosząc jednocześnie, że czyn atakujący dobra, którym przyznano w danym systemie społeczno-prawnym karną ochronę, zagraża temu systemowi stosunków społecznych. Jak dalej pisał: „owo zagrożenie dla systemu stosunków społecznych czyn zawiera, gdy jest zamachem na określone dobro prawne bez względu na to, czy doprowadził do konkretnej szkody, a nawet czy mógł do niej doprowadzić w konkretnych warunkach, zatem będący nieudolnym usiłowaniem”<sup>143</sup>. Komentując powyższą wypowiedź, A. Spotowski wyraża wątpliwość, czy to, co nie jest niebezpieczne dla żadnego dobra prawnego, jest (może być) niebezpieczne dla systemu stosunków społecznych. Po czym dodaje jednak, że wraz ze zmianą punktu odniesienia zmianie uległo także pojęcie niebezpieczeństwa (zagrożenia). Ale, jak dalej zauważa autor, o ile przy odnoszeniu „niebezpieczeństwa” do dobra prawnego ma ono w miarę wyraziste kontury, a to, że dany skutek „mógł” nastąpić, można w miarę dokładnie ustalić np. przez określenie stopnia prawdopodobieństwa, o tyle przy odnoszeniu „niebezpieczeństwa” do systemu stosunków społecznych pojęcie to traci wyrazistość, gdyż nie sposób określić stopnia prawdopodobieństwa nastąpienia skutków ujemnych dla stosunków społecznych. A. Spotowski pyta również, czy można mówić o zamachu na dobro prawne wówczas, gdy sprawca podejmuje działania, które nie mogą w żadnych okolicznościach doprowadzić do naruszenia tego dobra, i czy można w kontekście usiłowania nieudolnego nadawać terminowi „zamach” tak bardzo odmienne znaczenie<sup>144</sup>. Warto w tym miejscu przytoczyć zdanie I. Andrejewa, w myśl którego usiłowanie nieudolne, zgodnie ze świadomością prawną społeczeństwa, zasługuje na potępienie w postaci mniej lub bardziej surowej ze względu na doznania innych osób. W ich świadomości (podobnie jak w świadomości sprawcy) usiłowanie nieudolne jest takim samym usiłowaniem, jak usiłowanie udolne i dlatego zasługuje na potępienie<sup>145</sup>. A. Spotowski, parafrazując wypowiedź Andrejewa, pisze, że w ujęciu tego autora karygodność usiłowania zwykłego, wynikająca z zagrożenia dobra prawnego, przenosi się na usiłowanie nieudolne, ponieważ obserwatorowi może się wydawać, że w tych sytuacjach również

<sup>143</sup> K. Buchała: *Glosa do orzeczenia SN z 14 I 1974*. OSPiKA 1974, s. 555.

<sup>144</sup> A. Spotowski: *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 106.

<sup>145</sup> I. Andrejew: *Ustawowe znamiona czynu...*, s. 240—241.

występuje zagrożenie dobra prawnego, czyli granicę karalności wytycza „mylne wyobrażenie” obserwatora. Takie ujęcie uznaje Spotowski za mało precyzyjne i uniemożliwiające klarowne wytyczenie granicy między zachowaniem karalnym a niekaralnym<sup>146</sup>. Niezależnie od oceny przedstawionej przez I. Andrejewa koncepcji, z pewnością trudno zgodzić się z krytyką, jakiej dokonał A. Spotowski, z tego chociażby względu, że czymś innym jest uzasadnienie karalności usiłowania nieudolnego, a czymś innym wytyczanie granicy między tymi usiłowaniem. Niemniej zauważyć należy, że już wcześniej w doktrynie prawa karnego pojawiały się koncepcje akcentujące doznania, odczucia innych osób w związku z usiłowaniem dokonania przestępstwa. Jednak w moim przekonaniu, w kontekście usiłowania należy mówić nie o zagrożeniu, ale naruszeniu dobra, jakim jest poczucie bezpieczeństwa.

Warto zauważyć, że poczucie bezpieczeństwa (i jego naruszenie) jako przesłanka odpowiedzialności za usiłowanie jest wtórnym elementem tego uzasadnienia, pierwotnym elementem zaś jest dobro, do którego naruszenia sprawca dążył (podobnie jak ostatecznie przyjąć należy, że usiłowanie jest wtórnym/pobocznym elementem odpowiedzialności). K. Buchała przekonywał, że punktem wyjścia wprowadzenia karalności określonych czynów (zarówno przestępstw umyślnych, jak i nieumyślnych), a także intensywności tej karalności musi być społeczna wartość określonego dobra prawnego. Zerwanie tej więzi i oparcie odpowiedzialności wyłącznie na bezprawiu nastawienia sprawcy spowodowałoby konieczność zmiany kodeksów — ujemna wartość woli sprawcy jest niezależna od tego, co sprawca chce uczynić, podobnie jak przełamanie obowiązku ostrożności jest co do istoty niezależne od naruszenia określonego dobra. Zatem niezasadne byłoby zróżnicowanie przestępstw umyślnych bądź nieumyślnych na poszczególne typizacje<sup>147</sup>. Podobna relacja łączy usiłowanie. Dobro, a dokładniej — jego społeczna wartość, które sprawca zamierzał naruszyć, uzasadnia nie tylko karalność usiłowania, ale także zróżnicowanie tej karalności. Podjęcie kroków w celu naruszenia cenniejszego dobra prawnego (np. życia) wzbudza większy niepokój niż takie samo zachowanie odnoszące się jednak do dobra mieszczącego się niżej w społecznej hierarchii dóbr. Jest to również argument uzasadniający ewentualną rezygnację z kryminalizacji usiłowania najdrobniejszych przestępstw. Swoiste potwierdzenie tej tezy stanowi regulacja przewidziana w prawie wykroczeń — jedynie najpoważniejsze z nich (o klasycznym rodowodzie kryminalnym, przede wszystkim jako efekt ustawy z 1966 r.) karane są już na etapie usiłowania<sup>148</sup>.

<sup>146</sup> A. Spotowski: *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 108—109.

<sup>147</sup> K. Buchała: *Bezprawność zorientowana...*, s. 22—30.

<sup>148</sup> Chodzi o wykroczenia opisane w: art. 60 § 1, art. 119 § 1 i 2, art. 120 § 1, art. 132 § 1 i 2, art. 133 § 1 i art. 136 § 1 k.w.

Wydaje się, że argumentów za tak sformułowanym uzasadnieniem karalności usiłowania dostarcza też historyczny rozwój tej instytucji. Jak już o tym była mowa, przyczyną pojawienia się w systemie prawa karnego tej formy stadialnej, zdaniem J. Makarewicza, nie było zwycięstwo „subiektywnej winy”, ale „niepokojące niebezpieczeństwo” nastąpienia skutku. Gdy dostrzeżono, że wymierzony w kogoś strzał nie doprowadził do jego śmierci tylko dlatego, że uniemożliwił to szczęśliwy traf — pisał Makarewicz — powstała skłonność do traktowania tego jako przestępstwo<sup>149</sup>. Tezę tę zdaje się potwierdzać fakt, że w pierwszym okresie nie wyodrębniono usiłowania, a jedynie zachowania przypominające dzisiejsze usiłowania, które wówczas stanowiły przestępstwo dokonane *sui generis*; można tu wskazać przygotowanie i spiski na życie rządzących w starożytnej Grecji<sup>150</sup>. W VI w. pojawiły się regulacje, które swoją konstrukcją przypominają dzisiejsze usiłowanie podniesione do rangi dokonania. Przepisy tamtego okresu wprowadzały karalność swoistego rodzaju usiłowania (a nawet przygotowania w dzisiejszym rozumieniu), ale wyłącznie w stosunku do czynów przeciwko życiu i władcy. I tak *Lex Salica* (VI w.) przewidywał: „XVII.1. Gdyby ktoś chciał zabić i cios chybił, niech będzie skazany na 2500 denarów, które czynią 63 solidy [...]. XIX.2. Gdyby ktoś rzucił na kogoś czary, a ten uniknął ich działania, sprawca przestępstwa, któremu je udowodniono, niech będzie skazany na 2500 denarów, co czynią 63 solidy”. Edykt Rotara (z 643 r.) stanowił: „jeżeli wolni ludzie naradzają się ze sobą co do śmierci innego, bez rady króla, i z tej umowy nie wyniknie śmierć, niech każdy okupi [to], jak wyżej, 20 solidami<sup>151</sup>. Równocześnie, według J. Makarewicza, Landrecht pruski kryminalizujący pogroźki dotyczące zamiaru popełnienia przestępstwa jest przykładem kazuistycznego aktu prawnego, przewidującego kary arbitralne, ponieważ jego twórcom zabrakło umiejętności lub odwagi, by ustanowić regułę **związaną z usiłowaniem**<sup>152</sup>. Widać tu więc powiązanie między groźbą (i strachem z niej wynikającym) a konstrukcją usiłowania.

Poszukując uzasadnienia karalności usiłowania, trzeba także zauważyć, że usiłowanie swój negatywny sens czerpie z faktu, że informacja o nim dociera (może dotrzeć) do bliżej nieokreślonych osób, co wywołuje ich zaniepokojenie i utratę poczucia bezpieczeństwa. Podkreślić zatem należy społeczny aspekt usiłowania. Nie chodzi tu bynajmniej o społeczną teorię czynu w „klasycyz-

<sup>149</sup> J. Makarewicz: *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*. Lublin 2009, s. 446—447.

<sup>150</sup> K. Mosing: *Prawo starożytnej Grecji a zagadnienie usiłowania przestępstwa*. Lwów 1938, s. 18.

<sup>151</sup> A. Dziadzio, D. Malec: *Historia prawa...*, s. 41.

<sup>152</sup> J. Makarewicz: *Wstęp do filozofii...*, s. 456: „Już tylko same pogroźki, że zamierza się popełnić przestępstwo, podlegają karze i zobowiązują państwo do podjęcia środków zapewniających bezpieczeństwo zagrożonej osobie”.

nym” ujęciu (przedstawioną chociażby przez W. Mąciora<sup>153</sup>). Mowa wyłącznie o podkreśleniu społecznej doniosłości fragmentu zachowania się<sup>154</sup>. K. Buchała pisał, że czyn sprawcy nie jest działaniem wyizolowanego „ja”, mającym niezmiennie ujemną wartość niezależnie od stosunków społecznych, które narusza; jest raczej międzyludzkim aktem, będąc zdarzeniem w świecie zewnętrznym. W konsekwencji autor ten dodaje, że nie subiektywny cel podmiotu łączy w jedną całość kompleksy ruchów, lecz wartościowanie postrzegającego podmiotu<sup>155</sup>. Rola zatem społecznej oceny — co oczywiście jest truizmem — jest niezmiernie ważna. Odwołanie do społecznych ocen ma charakter priorytetowy niemal w każdym aspekcie prawa karnego — od zdefiniowania przestępstwa aż do oceny jedności i wielości czynów<sup>156</sup>. Łatwo zatem zrozumieć popularność teorii wrażenia uzasadniającej karalność usiłowania, która akcentowała wrażenia, jakie wywołuje usiłowanie, że czyn sprawcy narusza dobro prawne lub porządek prawny. W historii prawa karnego, nawet tej odległej, wskazać można przykłady, w których publiczność działania była przyczyną zaostrzenia kary. W ustawie XII tablic rozróżniano kradzież *manifestum* i *nec manifestum*. Za pierwszą z nich złodzieja złapanego na gorącym uczynku można było zabić, w drugim przypadku — złodziej płacił podwójną wartość rzeczy skradzionej. Z biegiem czasu uznano, że sankcje za *furtum manifestum* są zbyt surowe, wprowadzono więc karę pieniężną — czterokrotną wartość skradzionej rzeczy (i takie rozróżnienie utrzymywało się aż do kodyfikacji justyniańskiej)<sup>157</sup>. Innym przykładem mogą być regulacje *Constitutio Criminalis Carolina*, rozróżniające kradzież tajną i jawną. Ta ostatnia „obciążona [...] niepokojem i rozgłosem” ukarana miała być postawieniem przed pręgierzem, wychłostaniem różgami i wygnaniem z ziemi ojczyściej (kradzież tajna natomiast — jedynie podwójną wartością mienia)<sup>158</sup>. W dzisiejszym ustawodawstwie publiczność działania jako znamię modalne stanowi o kryminalizacji niektórych zachowań (podobnie jak konstytuuje występki o charakterze chuligańskim).

Należy też zaznaczyć, że postulat, aby dostrzec wagę poczucia bezpieczeństwa, nie jest oczywiście rozwiązaniem nowatorskim. Wprost do tego pojęcia nawiązuje A. Zoll, pisząc: „przedmiotem ochrony w określeniu typu czynu zabronionego z art. 190 § 1 jest wolność człowieka przed obawą popełnienia przestępstwa na jego szkodę lub szkodę osoby mu najbliższej. W przepisie tym chronione

---

<sup>153</sup> W. Mąciór: *Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*. Warszawa 1990, s. 21—26.

<sup>154</sup> M. Cieślak: *Polskie prawo karne...*, s. 160.

<sup>155</sup> K. Buchała: *Bezprawność zorientowana...*, s. 29.

<sup>156</sup> P. Kardas: *Zbieg przepisów...*, s. 134.

<sup>157</sup> Na przykład B. Lesiński, W. Rozwadowski: *Historia prawa*. Warszawa 1980, s. 166—167.

<sup>158</sup> A. Dziadzio, D. Malec: *Historia prawa...*, s. 21.

jest więc poczucie bezpieczeństwa jednostki”<sup>159</sup>. Wolność od poczucia strachu jest (indywidualnym) dobrem chronionym typizacji groźby karalnej. Jak twierdzi K. Daszkiewicz-Paluszyńska analizując przestępstwo groźby karalnej, wolność ta jest naruszana, gdy ograniczana jest swoboda decyzji, a nawet wcześniej, bo już w przypadku narzucania człowiekowi pobudek jego działania. Strach wywiera ogromny wpływ na sądy i postanowienia człowieka. Ogranicza swobodę człowieka, zmniejszając zakres jego przeżyć psychicznych. Uwaga człowieka przeżywającego strach — dodaje Daszkiewicz-Paluszyńska — skoncentrowana jest przede wszystkim na tym, czego się boi<sup>160</sup>. W innym miejscu autorka wskazuje, że obawę budzi nie zło, które się stało, ani to, co jest teraz, tylko zło oczekiwane<sup>161</sup>. Jak wskazuje się również w literaturze, nie ulega wątpliwości, że wolność od strachu mieści się we współczesnym rozumieniu pojęcia wolności<sup>162</sup>. W doktrynie, wymieniając wolność wśród dóbr karnoprawnie chronionych, mówi się o wolności „do czegoś” i wolności „od czegoś”. Podkreśla się, że w prawie karnym zasadnicze znaczenie ma wolność od czegoś; to ta postać wolności jest przede wszystkim przedmiotem ochrony, chociaż niektórzy kwestionują sam podział, uznając go za sztuczny<sup>163</sup>. W tym przypadku — co nie powinno budzić zastrzeżeń — chodzić będzie o wolność przed poczuciem strachu. Jednak znaczenie będzie miała i wolność do czegoś — wolność do swobodnego, nieskrępowanego podejmowania i realizacji różnorodnych decyzji. Oczywiście, jak zauważa A. Zoll, w zasadzie każde przestępstwo skierowane przeciwko dobrom osobistym narusza, oprócz bezpośrednio zaatakowanego dobra, także wolność od takich ataków<sup>164</sup>. Jak się wydaje, uwaga ta dotyczy nie tylko przestępstw przeciwko dobrom osobistym. O randze spokoju, porządku publicznego i wolności od zmuszania A. Zoll wraz z W. Wróblem wypowiadają się w kontekście obrony koniecznej. Ich zdaniem, są to dobra atakowane każdorazowo w przypadku zamachu na określone dobro prawnie chronione, co ma istotne znaczenie przy rozważaniu społecznej opłacalności zachowania kontratypowego<sup>165</sup>. Jednocześnie takie ujęcie pozwala spojrzeć na problem usiłowania (i jego karalności) z nowej perspektywy.

<sup>159</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117—277 Kodeksu karnego*. Red. A. Zoll. Kraków 1999, s. 462. Podobnie SN — postanowienie SN z 15.02.2007 r., IV KK 273/06. OSNKW 2007, 1.

<sup>160</sup> K. Daszkiewicz-Paluszyńska: *Groźba w polskim prawie karnym*. Warszawa 1958, s. 33—35.

<sup>161</sup> Ibidem.

<sup>162</sup> J. Ławecka: *Strach przed przestępczością jako wskaźnik poziomu wiktyimizacji społeczeństwa*. „Prokurator” 2004, 1 (17), s. 36.

<sup>163</sup> A. Marek: *Wolność jako przedmiot ochrony prawa karnego*. W: M. Mozgawa: *Prawnokarne aspekty wolności*. Kraków 2006, s. 26; M. Surkont: *Wolność jako przedmiot ochrony z rozdz. XXII kodeksu karnego*. „Nowe Prawo” 1990, 7—9, s. 104.

<sup>164</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117—277 Kodeksu karnego*. Red. A. Zoll..., s. 453.

<sup>165</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 339.

Warto zauważyć, że groźba karalna znana była zarówno w prawie rzymskim, jak i w ustawodawstwach średniowiecznych. Co ciekawe, przez długi czas zaliczana była do przestępstw przeciwko spokojowi publicznemu lub bezpieczeństwu publicznemu, stając się przestępstwem przeciwko wolności dopiero na przełomie XIX/XX w.<sup>166</sup>

Czy można zatem (zachowując proporcje) porównać usiłowanie do groźby karalnej? Czy poszukując *ratio legis* karalności usiłowania (w tym nieudolnego), można nawiązać do *ratio legis* groźby karalnej? Wydaje się, że społeczny odbiór tych dwóch typów zachowań jest bardzo podobny. Negatywna reakcja na takie czyny swoje źródło ma w strachu. W obu przypadkach sprawca zamaniłfestował swoją złą wolę, jednak w przypadku usiłowania podjął również pewne kroki (zmierzając bezpośrednio do naruszenia lub narażenia określonego dobra). Porównanie podstawowych elementów usiłowania i groźby karalnej prezentuje następująca tabela.

Porównywanie usiłowania i groźby karalnej

	Groźba karalna	Usiłowanie (udolne i nieudolne)
Przedmiot ochrony	<b>wolność od poczucia strachu</b>	według tradycyjnego ujęcia, dobro, na które skierowany był zamach sprawcy, a które ostatecznie nie zostało naruszone; ponadto: <b>wolność od poczucia strachu</b>
Przedmiot wykonawczy („osobowy”) — substrat przedmiotu ochrony	inna osoba — pokrzywdzony <sup>167</sup> , a mówiąc precyzyjniej — jej psychika	według tradycyjnego ujęcia, „rzecz”, na której dokonany miał być zamach sprawcy; nie ma konieczności występowania innej osoby w charakterze pokrzywdzonego, choć często tak się zdarza; swoistym pokrzywdzonym (ofiara) jest krąg osób, do którego dociera informacja o usiłowaniu dokonania przestępstwa — wiktymizacja pośrednia
Strona przedmiotowa	groźenie popełnieniem przestępstwa (słowem, gestem, wyrazem twarzy, pismem, zachowaniem, sytuacją — forma konkludentna <sup>168</sup> )	zmierzanie (bezpośrednie) do dokonania przestępstwa (zachowaniem)

<sup>166</sup> J. Wojciechowska, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz*. Red. A. Wąsek. Warszawa 2004, s. 687.

<sup>167</sup> Zdaniem K. Daszkiewicz-Paluszyńskiej, do kręgu osób pokrzywdzonych zaliczyć należy również i te osoby bliskie zagrożonemu, których ta groźba dotyczyła — K. Daszkiewicz-Paluszyńska: *Groźba w polskim prawie karnym...*, s. 82—83.

<sup>168</sup> Ibidem, s. 122—125 i cytowane tam orzeczenia SN.

Skutkowość	materialne — wzbudzenie obawy <sup>169</sup>	formalne — brak skutku, karalne zachowanie
Ograniczenia karalności	uzasadniona obawa (elementy obiektywne i subiektywne)	bezpośrednie zmierzanie (elementy obiektywne lub/i subiektywne) usiłowanie nieudolne (fakultatywne ograniczenie karalności) oraz usiłowanie o cechach nieudolnego niekaralne
Konsekwencje „dalejszego skutku (następstwa)”	nie ma znaczenia, czy sprawca swą groźbę zrealizował <sup>170</sup> ; zrealizowanie groźby stanowi może odrębną podstawę za jego dokonanie, które może pochłonąć odpowiedzialność za wcześniejszą groźbę	dokonanie przestępstwa jest negatywną przesłanką odpowiedzialności za usiłowanie; rodzi odpowiedzialność za dokonanie
Strona podmiotowa	sprawca ma zamiar wywołać strach, niekoniecznie dopełnić przestępstwo, którym grozi	sprawca ma zamiar dokonać przestępstwa zasadniczego, niekoniecznie wywołać strach
Zakres przedmiotowy kryminalizacji	<i>de iure</i> dotyczy wszystkich przestępstw (ale nie wykroczeń), choć są postulaty, aby ograniczyć do zbrodni lub przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu i mieniu <sup>171</sup> , równocześnie zaś postulaty, aby rozszerzyć zakres na wykroczenia <sup>172</sup>	<i>de iure</i> dotyczy wszystkich przestępstw umyślnych (i wyjątkowo wykroczeń), choć są postulaty, aby ograniczyć do zbrodni lub przestępstw najpoważniejszych

<sup>169</sup> Tak większość autorów, np. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 Kodeksu karnego*. Red. A. Zoll..., s. 465. Jednak stanowisko odmienne: „Przestępstwo jest dokonane z chwilą wyrażenia groźby, nie potrzeba natomiast, aby nastąpiły jakiegokolwiek skutki”. — J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa 1971, s. 3887.

<sup>170</sup> J. Wojciechowska, w: *Kodeks karny. Część szczególna. T. 1. Komentarz*. Red. A. Wąsek..., s. 689. W starszych komentarzach spotkać jednak można zastrzeżenia, że dla bytu przestępstwa nie jest konieczne, aby groźba była natychmiast wykonalna. Przepis ten ma zastosowanie również wtedy, gdy groźba ma być spełniona dopiero w przyszłości — J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 386.

<sup>171</sup> H. Rajzman: *Przestępstwa przeciwko wolności i godności człowieka*. „Nowe Prawo” 1962, 3, s. 332. Projekt kodeksu karnego z 1956 r. mówił o groźbie popełnienia tylko takiego przestępstwa, które skierowane jest przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub mieniu (art. 96 i 141) — *Projekt kodeksu karnego PRL*. Warszawa 1956, cyt. za: K. Daszkiewicz-Paluszyńska: *Groźba w polskim prawie karnym...*, s. 81. W prawie niemieckim karane jest zagrożenie zbrodnią — J. Wojciechowska, w: *Kodeks karny. Część szczególna. T. 1. Komentarz*. Red. A. Wąsek..., s. 687.

<sup>172</sup> K. Daszkiewicz-Paluszyńska: *Groźba w polskim prawie karnym...*, s. 81.

Kara	niska, niezależna od wagi przestępstwa, którym zagrożono	kara związana z typem przestępstwa, do którego sprawca zmierzał, wysokość jak za dokonanie, choć postulat, aby ustawowo obniżyć do określonej ułamekowo wysokości
Zbieg przestępstw — wybrane zagrożenia	popelnienie zapowiedzianego przestępstwa nie stanowi skutku groźby karalnej <sup>173</sup> ; groźenie i dokonanie przestępstwa — groźba jako czyn współukarany (uprzedni)	usiłowanie i dokonanie przestępstwa — usiłowanie jako czyn współukarany (uprzedni)
Tryb ścigania	ściganie na wniosek pokrzywdzonego, niezależnie od trybu ścigania przestępstwa, którego popelnieniem sprawca groził; w k.k. z 1969 r. ścigane z urzędu	ścigane w trybie przewidzianym dla przestępstwa, którego sprawca usiłował dokonać

Źródło: opracowanie własne.

Wydaje się, że wskazane podobieństwa (a — jak widać — jest ich więcej niż można się było *prima facie* spodziewać) uzasadniają trafność zestawienia. Natomiast występujące między nimi różnice uzasadniają odrębność tych instytucji. Warto przy tym zauważyć, że usiłowanie ma charakter ogólny, a groźba karalna — szczególny. Usiłowanie narusza dobro — wolność od poczucia strachu w aspekcie szerszym, ponadindywidualnym; w przypadku groźby karalnej w zasadzie mówić można o dobrach indywidualnych<sup>174</sup>. Również A. Wąsek wskazuje na lęk otoczenia jako ewentualne uzasadnienie karalności usiłowania nieudolnego<sup>175</sup>. C. Beccaria pisał, że przestępstwo budzi „strach w narodzie”

<sup>173</sup> J. Wojciechowska, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz*. Red. A. Wąsek..., s. 692.

<sup>174</sup> Por. H.J. Hirsch: *W kwestii aktualnego stanu dyskusji...*, s. 5. Jak się wydaje, w polskim prawie karnym można zaobserwować podobną relację między podżeganiem a nawoływaniem do popelnienia przestępstwa. W tym przypadku odwrócony jest jednak schemat — zindywidualizowane zachowanie sprawcy (skierowane do konkretnej osoby) nadaje temu zachowaniu ogólny sens, a odpowiedzialność karna, choć nie akcesoryjna, to jednak powiązana z czynem, do którego sprawca podżega (choćby w karnoprawnej ocenie i w zakresie zagrożenia karą). Nawoływanie do popelnienia przestępstwa ma swój całkowicie samodzielny byt. Jednocześnie warto odnotować, że nie jest analogiczną relacją przygotowanie i np. sporządzenie wytrychów (129 § 1 k.w.) lub gromadzenie wiadomości w celu przekazania ich obcemu wywiadowi (art. 130 § 2 k.k.). Są to (czyny opisane w art. 129 § 1 k.w. i 130 § 3 k.k.) po prostu egzemplifikacje przygotowania, niekaranego w prawie wykroczeń i zasadniczo niekaranego w prawie karnym, a w tym przypadku podniesionego do rangi dokonania.

<sup>175</sup> *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1 (art. 1—31). Gdańsk 1999, s. 199.



(czym zresztą uzasadniał korzyści czynnego żalu przy współsprawstwie, który to czynny żal pozwala właśnie na uniknięcie tego strachu i jest to, według niego, korzyść najważniejsza)<sup>176</sup>. Powracając zatem do teorii uzasadniających karalność usiłowania, nawiązując do opisanej wcześniej teorii wrażenia i teorii powtórzenia, za uprawnioną należy uznać **teorię strachu**. Wydaje się także, że takie ujęcie przyczyn karalności usiłowania pozwoli lokować tę teorię w grupie teorii obiektywnych (nie podzielając stanowiska Z. Jędrzejewskiego co do subiektywnego charakteru teorii wyobrażeń), a hipotetyczna, antycypowana ocena dokonywana przez osoby trzecie nadaje jej charakter nie tyle subiektywny, ile społeczny. Znakomitą ilustracją teorii strachu może być przykład strzału do manekina — tak długo, jak strzelający i obserwator wiedzą, że obiektem strzału jest manekin, tak długo sytuacja taka nie budzi niepokoju obserwatora. W przypadku przeciwnym — strzelający i obserwator są przekonani, że strzał został oddany do żywego człowieka, obserwator odczuwa zaniepokojenie, strach, lęk. Zatem to **uzewnętrzniiony zły zamiar** wywołuje negatywne emocje obserwatora.

Również rozważania poświęcone przestępstwom związanym z naruszeniem bezpieczeństwa dostarczają stosownej argumentacji. A. Spotowski przytacza poglądy K. Bindinga, że zagrożenie nie jest wyłącznie operacją myślową, lecz w swoisty sposób dotyka zagrożonego dobra prawnego w zakresie jego niezakłóconej egzystencji. Zagrożenie, zdaniem tego autora, burzy zawsze pewność istnienia zagrożonego dobra prawnego. Zarówno K. Binding, jak i S.Z. Feller formułują tezę o samodzielnej wartości ujemnej zagrożenia (niebezpieczeństwa). A. Spotowski, pozytywnie odnosząc się do tego poglądu, dodaje, że ta ujemna wartość zagrożenia nie jest uzależniona od rzeczywistego wystąpienia naruszenia dobra prawnego<sup>177</sup>.

Poszukując uzasadnienia (jednolitego) dla usiłowania, warto zadać pytanie, czy usiłowanie nieudolne narusza reguły ostrożności postępowania z dobrem prawnym<sup>178</sup>. Przyjęcie, że dobrem prawnym uwzględnianym przez ustawodawcę

<sup>176</sup> C. Beccaria: *O przestępstwach i karach*. Warszawa 1959, s. 192. Na marginesie warto zauważyć, że obecnie uzasadnienie karalności usiłowania podobne jest nie tylko do uzasadnienia karalności za groźby, ale też **stalkingu** (art. 190a), w przypadku którego również podstawowym powodem kryminalizacji jest „**poczucie zagrożenia**” — por. np.: A. Golonko: *Uporczywe nękanie jako nowy typ czynu zabronionego*. „Państwo i Prawo” 2012, 1; M. Jachimowicz: *Przestępstwo stalkingu w świetle noweli kodeksu karnego*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2011, 3; M. Budyn-Kulik: *Komentarz do zmiany art. 190(a) Kodeksu karnego wprowadzonej przez Dz.U. z 2011 r. Nr 72 poz. 381*. LEX.

<sup>177</sup> A. Spotowski: *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 116—117.

<sup>178</sup> Ł. Pohl: *Niezachowanie wymaganej ostrożności*. W: *Nieumyślność. Pokłosie VIII Kollokwium Bielańskiego*. Red. J. Majewski. Toruń 2012, s. 79—80, gdzie autor eksponuje, że umyślne popełnienie czynu zabronionego musi być uwarunkowane naruszeniem przez sprawcę stosownych reguł ostrożności. Autor jednak nie wyklucza sytuacji odmiennej, przywołując przykład usiłowania nieudolnego. Proponowana redefinicja art. 115 § 1 — „Czynem zabronionym jest

jest bezpieczeństwo w znaczeniu subiektywnym, pozwala na konstatację, że usiłowanie (nawet nieudolne) naruszenia określonego dobra narusza reguły postępowania z dobrem w postaci poczucia bezpieczeństwa, co może uzasadniać kryminalizację takiego rodzaju zachowań.

Pewnego wsparcia argumentacyjnego dostarcza też jedna z teorii kryminologicznych, a mówiąc dokładniej, jedno z założeń teorii wybitych szyb. Koncepcja przestępstw sygnałnych opracowana przez M. Innesa i N. Fieldinga (w ramach teorii wybitych szyb) zakłada, że pewne przestępstwa lub zachowania społeczne interpretowane są jako sygnały ostrzegawcze odbierane przez użytkowników danego obszaru, przekazujące informację o niebezpieczeństwie, jakie miało miejsce w przeszłości i tym samym może wydarzyć się w przyszłości, i nawet drobne naruszenia wywołują poważny lęk. Taki sygnał powoduje, że zmienia się życie społeczne okolicy. Co więcej, takie drobne naruszenia porządku prawnego prowokują dalsze tego typu lub podobne zachowania<sup>179</sup>. M. Innes wskazuje, że ludzie interpretują pojedyncze „kryminalne” incydenty jako wskaźnik poziomu niebezpieczeństwa, które może ich dotknąć<sup>180</sup>. Podobną niepokojącą funkcję w społeczeństwie odgrywa usiłowanie, które również potraktować można jako przestępstwo sygnałne<sup>181</sup>.

Warto też podkreślić, że zaproponowane podejście do uzasadnienia karalności usiłowania pozwala na zróżnicowanie jego kryminalizacji do wybranych form, a także ewentualną gradację jego karalności. Zasadniczo usiłowanie naruszenia nie każdego dobra prawnego wywołuje niepokój społeczny (co dotyczy zwłaszcza dóbr o niższej wartości); również zakres i intensywność szkody

---

zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej popełnione na skutek niezachowania przez sprawcę wymaganej w danych okolicznościach ostrożności” — uniemożliwiłaby uznanie przygotowania za czyn zabroniony (podobnie jak usiłowania nieudolnego). Ł. Pohl wskazuje też, że reguły ostrożności są z formalnoprawnego punktu widzenia pierwotnym materiałem normatywnym w stosunku do zbioru norm sankcjonowanych w prawie karnym — Ł. Pohl: *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*. Poznań 2007, s. 101. Por. też poglądy J. Majewskiego na ten temat w: *Nieumysłność. Pokłosie...*, s. 99—101.

<sup>179</sup> J.Q. Wilson, G.L. Kelling: *Broken Windows: The police and neighborhood safety* (PDF). Retrieved 2007-09-03. W: P. Ostaszewski: *Lęk przed przestępczością...*, s. 74—75.

<sup>180</sup> M. Innes: *Crime as a Signal, Crime as a Memory*. „Journal for Crime, Conflict and the Media” 2004, s. 15—17; M. Innes, N. Fielding: *From Community To Communicative Policing, Signal Crimes? And The Problem Of Public Reassurance*, <http://www.socresonline.org.uk/7/2/innes.html> — „In this paper the concept of ‘signal crimes’ is proposed to capture the social semiotic processes by which particular types of criminal and disorderly conduct have a disproportionate impact upon fear of crime. Drawing upon the wider social scientific literature on risk perception, a sense of how and why different crime types might be possessed of different signal values is provided and some of the implications for current police practice outlined”.

<sup>181</sup> Natomiast granice kryminalizacji i penalizacji winny stawić tamę tzw. panice moralnej. Zob. M. Innes: *Crime as a Signal...*

niematerialnej (krzywdy), polegającej na naruszeniu poczucia bezpieczeństwa, wprost zależą od wagi zaatakowanego dobra prawnego. Pośrednio argumentu dostarcza tu także wypowiedź J. Giezka i P. Kardasa, którzy pisząc o przestępstwie z narażenia abstrakcyjnego, zauważyli, że zachowanie może być zabronione, jeśli generalnie i typowo prowadzi do naruszenia określonego dobra prawnego, a zatem należy do grupy zachowań społecznie nieakceptowanych (zagrożenie jako właściwość samego zachowania). Co istotniejsze, im poważniejszych przy tym można spodziewać się konsekwencji danego zachowania, tym większy budzi ono sprzeciw i tym bardziej uzasadniony staje się jego zakaz związany nawet z sankcją karną<sup>182</sup>.

Ponadto wskazana racjonalizacja karalności usiłowania pozwala na jej jednolite uzasadnienie niezależnie od podziału na usiłowanie nieudolne i udolne. Spełniony zostaje także postulat zgłoszony przez A. Liszewską, że „aby wykluczyć karalność zachowań charakteryzujących się „czystym” nieposłuszeństwem wobec normy sankcjonowanej, na gruncie prawa karnego należy przyjąć, że w każdym przypadku przesłanką sankcjonowania naruszenia nakazu lub zakazu określonego zachowania powinna być ochrona dóbr prawnych rozumianych jako wartości społeczne”<sup>183</sup>.

Usiłowanie często zestawiane jest z przestępstwami z narażenia, a zwłaszcza usiłowanie nieudolne porównywane jest do przestępstwa z narażenia abstrakcyjnego. Zdaniem A. Zolla, w przypadku przestępstw z narażenia abstrakcyjnego zagrożenie dla dobra prawnego nie stanowi znamienia typu czynu zabronionego, jest jedynie motywem ustawodawczym (ponieważ zdaniem tego autora, w kontekście art. 31 ust. 3 Konstytucji, z pewnością do decyzji o kryminalizacji nie wystarczy zagrożenie stosunków społecznych)<sup>184</sup>. Podobną zasadę widziałabym przy konstrukcji usiłowania, przyjmując, że **naruszonym dobrem** byłoby **poczucie bezpieczeństwa jako motyw działań legislacyjnych**. Usiłowanie nieudolne podobne do przestępstwa z narażenia abstrakcyjnego nie wyrządza zawsze konkretnej szkody, ale zazwyczaj podjęcie kroków w danym kierunku, nawet początkowo nieskutecznych, prowadzi do zrealizowania pierwotnego zamiaru. Oznacza to, że nie jest konieczne każdorazowe powiązanie między usiłowaniem a podmiotem odczuwającym strach czy zaniepokojenie. Wydaje się także, że można rozważyć, czy takiego poczucia zagrożenia nie wywołuje usiłowanie tylko najpoważniejszych przestępstw, co — w moim przekonaniu — o wiele lepiej uzasadnia kryminalizację usiłowania ograniczoną do usiłowania zbrodni (lub najcięższych przestępstw) postulowaną przed wejściem w życie

<sup>182</sup> J. Gizek, P. Kardas: *Sporne problemy przestępstwa działania na szkodę spółki na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*. „Palestra” 2002, 9—10, s. 15—16.

<sup>183</sup> A. Liszewska: *Usiłowanie przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo*. „Państwo i Prawo” 2012, 3, s. 21.

<sup>184</sup> A. Zoll: *Odpowiedzialność karna...*, s. 15—16.

kodeksu karnego, pozostając dalej w obszarze koncepcji obiektywnej. Zatem, ponieważ usiłowanie udolne i nieudolne jest grupą jednorodną i uzasadnienie kryminalizacji winno być tożsame, rozważyć należy brak karalności niektórych form usiłowania nieudolnego. Wydaje się, że ograniczenie karalności usiłowania nieudolnego do wybranych przez ustawodawcę form uzasadnione być może odległością od dokonania. Podobnie jak w przypadku przygotowania ustawodawca incydentalnie wprowadza możliwość poniesienia odpowiedzialności karnej za przygotowania, czasem ograniczając tę karalność do wybranych zachowań o charakterze przygotowawczym, tak przy usiłowaniu nieudolnym, gdy konkretne dobro nie zostało zagrożone (a naruszone zostało dobro o charakterze abstrakcyjnym), kryminalizacja ograniczona została do wybranych form. Czym innym oczywiście jest pytanie, czy i na ile zasadnie to ograniczenie zostało przeprowadzone. Swoistego argumentu na potwierdzenie „pośredniości” usiłowania nieudolnego między przygotowaniem a usiłowaniem udolnym dostarcza karalność za popełnienie poszczególnych etapów. Przygotowanie jest bowiem zasadniczo niekaralne, wyjątkowo (gdy ustawa tak stanowi) przewidziana kara (odrębnie przewidziana) jest znacząco niższa od kary przewidzianej za dokonanie właściwego przestępstwa. Usiłowanie nieudolne jest już karalne, tak jak dokonanie, sąd ma jednak możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia, jednak nadal pewne postaci usiłowania nieudolnego pozostają bezkarne. I wreszcie usiłowanie udolne karalne w każdej postaci, z karą grozącą jak za dokonanie<sup>185</sup>.

Na zakończenie tej części rozważań warto — opierając się na pracy L. Gardockiego<sup>186</sup> — zapytać o **powody** kryminalizacji usiłowania. W moim przeko-

<sup>185</sup> Nawiązując do wprowadzonych wcześniej trzech zasadniczych postaci w układzie odniesienia: „dobro a zachowanie człowieka” — naruszenie dobra, narażenie dobra teraz, możliwość narażenia dobra w przyszłości (D. Gruszecka: *Pojęcie dobra prawnego...*, s. 142, przy czym pierwsza postać to przestępstwa dokonane materialne, druga — dokonane formalne, dokonane z narażenia konkretnego, trzecia — dokonane z narażenia abstrakcyjnego), jeszcze raz wypada zadać pytanie, gdzie w proponowanym schemacie jest miejsce na usiłowanie. Wydaje się, że propozycja nowego ujęcia uzasadnienia karalności usiłowania nie zmieniła ostatecznie miejsca usiłowania w schemacie „dobro a zachowanie człowieka”, a więc dalej pozostanie ono w grupie trzeciej, o ile przyjmujemy, że elementy tego schematu (fazy) wyznaczone są przez stałe punkty, odporne na zmiany związane z coraz abstrakcyjniej ujmowanym pojęciem dobra prawnego.

<sup>186</sup> L. Gardocki: *Zagadnienia teorii kryminalizacji*. Warszawa 1990, s. 42—44, który pod pojęciem „powody kryminalizacji” rozumie główne czynniki skłaniające ustawodawcę do objęcia karalnością określonego rodzaju czynu, co nie pokrywa się z celami, motywami albo racjami kryminalizacji. Trzeba pamiętać — dodaje autor — że rzeczywiste powody kryminalizacji i przedstawiane uzasadnienie kryminalizacji mogą się nie pokrywać i to nie tylko z powodu świadomego ich ukrywania, ale też z braku ich uświadomienia sobie przez ustawodawcę. Pisząc o racjonalnej i nieracjonalnej kryminalizacji, L. Gardocki wskazuje, że nawet w przypadku czynów naruszających najważniejsze dobro (np. zabójstwo), deklarowany racjonalny powód kryminalizacji — ochrona życia — nie jest jedynym powodem racjonalizacji. Dowodzi, że hipote-

naniu, w decyzji o kryminalizacji usiłowania można rozpoznać zarówno utwierdzenie postaw moralnych, rozładowanie napięć społecznych (kryminalizacja uspokajająca), jak i kryminalizację symboliczną, doktrynalną (przynajmniej w zakresie usiłowania niektórych typów przestępstw). L. Gardocki wspomina też o kryminalizacji emocjonalnej, która (m.in.) może wynikać ze strachu, z poczucia zagrożenia, które jest odreagowywane za pomocą bardziej lub mniej rozsądnych działań obronnych<sup>187</sup>. Te „pozaochronne” powody kryminalizacji widać zwłaszcza w świetle postulatów o częściową dekryminalizację usiłowania. Należy nadmienić, że zachowania będące *de facto* usiłowaniem (a więc niemieszczące się w definicji usiłowania przewidzianej w przepisie art. 13) kryminalizowane są najczęściej na zasadzie kryminalizacji uproszczonej. Uprzedzając nieco późniejsze rozważania, odnotować wypada, że zasadniczym powodem ochronnym kryminalizacji usiłowania (podobnie jak innych form karania na „przedpolu dokonania”) jest wzmocnienie funkcji ochronnej prawa karnego, przez umożliwienie „wejścia” z reakcją prawnokarną zanim nastąpi dokonanie (czyli najczęściej, zanim szkoda zostanie wyrządzona)<sup>188</sup>.

Rozważania dotyczące zasadności karalności usiłowania (nieudolnego i udolnego) zwięźczone być muszą wstępnym<sup>189</sup> tzw. testem proporcjonalności. I chociaż zasada proporcjonalności nie jest jednoznacznie definiowana, w piśmiennictwie przeważa pogląd, że jest to dyrektywa adresowana do organów stanowiących prawo, zgodnie z którą organy te czyniąc użytek z przyznaných kompetencji nie powinny ustanawiać nadmiernych ograniczeń w korzystaniu przez jednostkę z podstawowych praw i wolności<sup>190</sup>. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, ustalając konstytucyjność ograniczeń wprowadzonych przez ustawodawcę, odpowiedzieć należy na następujące pytania: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza służy i jest konieczna do ukształtowania ładu prawnego w danej sferze stosunków społecznych, 2) czy zamierzony przez ustawodawcę cel jest możliwy do osiągnięcia bez naruszenia podstawowych standardów prawnych wyrażających istotę praw, których dotyczy, 3) czy regulacja ustawo-

---

tyczna pewność całkowitej nieskuteczności przepisu o zabójstwie nie skłoniłaby ustawodawcy do dekryminalizacji tego przestępstwa, czego przykładem mogłoby być zaniechanie dekryminalizacji zabójstwa w afekcie (s. 56—57). Por. też R. Zawłocki: *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*. Warszawa 2007, s. 102—105 i 122.

<sup>187</sup> L. Gardocki: *Zagadnienia teorii kryminalizacji...*, s. 79.

<sup>188</sup> Por. ciekawą wypowiedź J. Czapskiej na temat znaczenia karania przestępstw z narażenia dla bezpieczeństwa — J. Czapska: *Bezpieczeństwo obywateli...*, s. 22—27.

<sup>189</sup> Szczegółowo kwestia ta zostanie omówiona w części niniejszej monografii poświęconej usiłowaniu różnych rodzajów przestępstw.

<sup>190</sup> Por. wyrok NSA z 16.12.2009 r. II FSK 1172/08. Chociaż np. zdaniem A. Łabno, zasada proporcjonalności odnosi się również do stosowania prawa — A. Łabno: *Istota zasady proporcjonalności*. W: *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*. Red. T. Dukiet-Nagórska. Warszawa 2010, s. 26.

wa jest niezbędna do ochrony interesu, wartości konstytucyjnej, z którą jest powiązana, oraz 4) czy efekt wprowadzonej regulacji pozostaje w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela<sup>191</sup>. Stąd też w piśmiennictwie przyjmuje się powszechnie, że realizacja tych założeń uzależniona jest od spełnienia następujących kryteriów: **przydatności, konieczności i proporcjonalności sensu stricto**<sup>192</sup>. Nawiązując do zasady przydatności, stwierdzić można, że jeśli przyjąć, że usiłowanie to wyłącznie narażenie dobra, to reakcja prawna ma szczególne uzasadnienie w jej funkcji ochronnej (prewencyjnej), jeśli natomiast usiłowanie to narażenie dobra i równocześnie naruszenie dobra (poczucia bezpieczeństwa), reakcja prawna realizuje zarówno funkcję sprawiedliwej odpłaty, jak i funkcję ochronną (we wszystkich jej aspektach). Kryterium konieczności, pokrywające się *de facto* z zasadą *ultima ratio* kryminalizacji<sup>193</sup>, może już sprawiać więcej trudności przy jego wykazywaniu w przypadku usiłowania nieudolnego. Przyjęcie, że karalność usiłowania nieudolnego stanowi wyjątek od karnoprawnej zasady odpowiedzialności za czyn społecznie szkodliwy<sup>194</sup> nie może się ostać w świetle omawianego kryterium. Uznanie, że sprawca usiłowania już narusza określone dobro prawne, może czynić zadość kryterium konieczności. Natomiast obowiązek zachowania odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na jednostkę<sup>195</sup> pozwala na uzasadnienie ograniczonej kryminalizacji usiłowania oraz degresji jej penalizacji, zwłaszcza jeśli w polu rozważań pozostanie problem dematerializacji dobra prawnego<sup>196</sup>. Zatem już teraz zauważyć można, że **kryminalizacja usiłowania zasadniczo spełnia test proporcjonalności wywodzony z treści art. 31 ust. 3 Konstytucji**. Jednocześnie podkreślić należy, że konieczność uwzględniania zasady proporcjonalności nie doznaje żadnego wyjątku — ochrona nawet najważniejszych dóbr musi być bilansowana w świetle przydatności, konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*, co w konsekwencji powinno powodować zróżnicowanie karnoprawnej ingerencji i reakcji przy naruszeniu różnych dóbr (jak się dzieje w przypadku usiłowania i dokonania). Szczegółowo problem wpływu zasady proporcjonalności na decyzję kryminalizacyjną omówiony zostanie w dalszym rozdziale.

<sup>191</sup> Wyrok TK z 25.02.1999 r., K 23/98. OTK 1999, 2, s. 25. LEX nr 36178.

<sup>192</sup> K. Wojtyczek: *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*. Kraków 1999, s. 150.

<sup>193</sup> E. Hryniewicz: *Przestępstwa...*, s. 136.

<sup>194</sup> Por. np. A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 2005, s. 212.

<sup>195</sup> Por. np. E. Hryniewicz: *Przestępstwa...*, s. 132 i wskazywaną tam literaturę.

<sup>196</sup> Por. uwagi wcześniejsze oraz ibidem, s. 140—141.

#### 4. Uzasadnienie bezkarności w przypadku okazania przez sprawcę czynnego żalu

Uzasadnienie usiłowania, odwołujące się do koncepcji naruszenia przez usiłowanie dobra prawnego, jakim jest poczucie bezpieczeństwa, stanowi znakomity punkt wyjścia do poszukiwania uzasadnienia istnienia instytucji czynnego żalu. Zaniechanie kontynuowania drogi przestępczej lub zapobieżenie skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego staje się manifestacją *sensu stricto* powodującą zażeganie strachu.

Przede wszystkim należy za J. Warylewskim zauważyć, że prawo karania (*ius puniendi*), które przysługuje państwu, nie ogranicza się do stanowienia kar oraz innych środków reakcji karnej i ich orzekania — obejmuje także wykonywanie tych środków penalnych oraz ich **darowanie**<sup>197</sup>. Oznacza to, że w uzasadnionych przypadkach — na zasadach ogólnych lub szczególnych — państwo może zrezygnować z ukarania sprawcy, co oczywiście niekoniecznie oznacza rezygnację z realizacji określonej funkcji prawa karnego. Warto bowiem podkreślić, że funkcje te mogą być realizowane już przez sam fakt wszczęcia i toczenia procesu karnego przeciwko sprawcy.

Jak podkreślono w rozdziale pierwszym, czynny żal występował w różnych aktach prawnych już w najdawniejszych czasach. Jednak teoretyczne uzasadnienie czynnego żalu pojawiło się stosunkowo późno, bo na przełomie XIX i XX w., w doktrynie niemieckiej i włoskiej. Szczegółowy przegląd teorii czynnego żalu zaprezentowała D. Gajdus<sup>198</sup>. I chociaż od czasu publikacji jej pracy upłynęło niemal 30 lat, to uwagi poczynione przez autorkę odnośnie do uzasadnienia instytucji czynnego żalu nie straciły na aktualności. Dlatego też tylko w największym skrócie przypomniane tu zostaną najważniejsze z nich.

Na wstępie jednak poczynić należy dwie uwagi. Po pierwsze, teorie te można podzielić na dwie grupy: dogmatyczno-prawne, poszukujące uzasadnienia w świetle określonego porządku prawnego, oraz utylitarystyczne, odwołujące się do politycznoprawnych pożądaných efektów. Po drugie, D. Gajdus wyraźnie zaznacza dwoistość uzasadnienia instytucji czynnego żalu w zależności od tego, czy chodzi o czynny żal przed, czy po dokonaniu przestępstwa. Oczywiście, w tym miejscu skoncentrować należy się na tych pierwszych.

Teoria niezdatności moralnej eksponuje słabość zamiaru sprawcy usiłowania, albowiem w wypadku dobrowolnego odstąpienia od usiłowania występuje niezdatność moralna sprawcy. Argumentacja jednak wskazywana przy tej teorii

<sup>197</sup> J. Warylewski: *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*. Gdańsk 2007, s. 16.

<sup>198</sup> D. Gajdus: *Czynny żal w polskim prawie karnym*. Toruń 1984, s. 29—50. Na tej monografii oparta zostanie poniższa część wywodu, chyba że zostanie zasygnalizowane inne źródło.

— brak perfekcji i mocy dokonania — każe powątpiewać, czy w ogóle mamy do czynienia z instytucją czynnego żalu. Jeśli mowa jest bowiem o tym, że bezkarność jest konsekwencją braku możliwości naruszenia dobra prawnego lub naruszenia takiego dobra, które jednak nie pociąga poważniejszego społecznego niebezpieczeństwa, to trudno tu dopatrzeć się dobrowolnego poniechania *iter delicti*.

Teoria anulacyjna, opracowana przez wspomnianego wcześniej A. Zachariaego, opiera się na koncepcji braku jednego z konstytutywnych elementów karalnego usiłowania — postrzegalnego, zewnętrznego zachowania sprawcy sprzecznego z prawem lub woli (zamiaru) naruszenia prawa, co powoduje wyłączenie zasadności karania. Podobnymi argumentami posługiwali się ci, którzy przyjmowali podmiotową koncepcję usiłowania. Zdaniem D. Gajdus, dobrowolne wycofanie z drogi przestępczej degraduje zły zamiar sprawcy. Słabością tych poglądów jest to, że przecież w momencie podejmowania usiłowania przez sprawcę (już karalnego) wszystkie konstytutywne elementy istniały, a dopiero późniejszy ich brak spowodował, że do dokonania nie doszło. Wspomniana autorka do teorii anulacyjnych zalicza też pogląd E. Pessina, zgodnie z którym — w myśl bezwzględnej teorii kary — przestępstwo jako negacja prawa wymaga zanegowania przez wymierzenie kary, jednak w przypadku czynnego żalu to zachowanie sprawcy neguje przestępstwo. Wydaje się, że ten pogląd bliższy jest teorii nulifikacyjnej, chociaż — co należy zauważyć — zupełnie nie wyjaśnia, na czym negowanie przestępstwa miałyby polegać.

Teoria nulifikacyjna (unieważnienia) zakłada, że działalność przestępna jest od początku do końca jednym niepodzielnym zachowaniem, a jedność takiego zachowania oparta jest na niepodzielnym zamiarze obejmującym wszystkie akty. Zatem jeżeli sprawca dobrowolnie decyduje się na odstępnie od usiłowania, to przerywa tym samym niepodzielny zamiar przestępstwa. Jak zaznacza D. Gajdus, mamy tu do czynienia z całościowym ujęciem usiłowania i odstąpienia od usiłowania, z którego wynika, że odstąpienie od usiłowania stanowi dodatni społecznie fakt i dzięki temu unieważnia ujemną społecznie treść wcześniejszego usiłowania. Podobny pogląd w polskiej nauce sformułował A. Spotowski. Wskazywał on, że o ile czyn polegający na usiłowaniu może wykazywać znaczny ładunek społecznej szkodliwości (używając współczesnej terminologii), o tyle odstąpienie od niego rysuje się jako zaszczość dodatnia społecznie, która nie może wprawdzie zmienić oceny wcześniejszego fragmentu zachowania, lecz w razie łącznej oceny obu fragmentów może mieć istotne znaczenie (co równocześnie uzasadnia — zdaniem autora — brak bezkarności w przypadku nieskutecznego czynnego żalu)<sup>199</sup>.

<sup>199</sup> A. Spotowski: *O odstąpieniu od usiłowania*. „Państwo i Prawo” 1980, 6, s. 90—91.



Na podstawie dwóch ostatnich teorii warto zauważyć, że w polskim porządku prawnym (podobnie jak w niemieckim, francuskim czy szwajcarskim<sup>200</sup>) czynny żal generalnie nie tyle neguje przestępstwo, ile jego karalność. Sam bowiem czynny żal nie może całkowicie zacierać przestępczego charakteru pierwotnego czynu. I tak, czym innym jest niepodanie trucizny innej osobie (mimo takiego zamiaru), a czym innym niepodanie drugiej dawki trucizny (gdy pierwsza okazała się nieskuteczna), ze względu na zmianę zamiaru lub podanie tzw. odtrutki.

Kolejnymi teoriami są teorie warunku bezwzględnego i zawieszającego. Zdaniem K. Bindinga, podkreślającego konieczność całościowej oceny zachowania ludzkiego, sprawca dobrowolnie odstępujący od usiłowania wypełnia w ten sposób bezwzględny warunek konstytutywny usiłowania, a tym samym znosi jego bezprawny charakter, co — jak się wydaje — upodabnia tę teorię do teorii nulifikacyjnej. Natomiast O. Vaninnini uważał, że dobrowolne odstąpienie i czynny żal są warunkiem negatywnym zawieszającym przestępstwo (w przeciwieństwie do nienastąpienia skutku niezależnego od sprawcy, stanowiącego pozytywny warunek zawieszający karalność usiłowania). Wydaje się jednak, że teoria O. Vanniniego nie tyle uzasadnia przyjęcie zasady bezkarności usiłowania, ile opisuje karnoprawne konsekwencje czynnego żalu<sup>201</sup>.

Do „katalogu” teorii uzasadniających czynny żal przed dokonaniem D. Gajdus zaliczyła teorię nawiązującą do społecznego niebezpieczeństwa (dziś — szkodliwości) czynu. Przywołała — bardzo interesującą według niej — wypowiedź M. Cieślaka, który skonstatował, że społeczne niebezpieczeństwo czynu dochodzi także do głosu w sposób pośredni w tych wszystkich wypadkach, w których „k.k. uzależnia odpowiedzialność lub jej rozmiar od zapobieżenia skutkowi przestępnemu [...] lub od starania się o takie zapobieżenie”<sup>202</sup>. Obecnie, wobec treści przepisu art. 115 § 2, w którym wymieniono, obok innych kwantyfikatorów oceny stopnia społecznej szkodliwości, również rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody oraz okoliczności popełnienia czynu, pogląd o pośrednim wpływie czynnego żalu na ten stopień już się zdezaktualizował. W literaturze niejednokrotnie podkreśla się, że już samo usiłowanie charakteryzuje niższy stopień społecznej szkodliwości, co uzasadnia ewentualną niższą karę. Problem więc należy ująć inaczej: czy generalnie czynny żal okazywany w trakcie popełnienia przestępstwa tak radykalnie wpływa na stopień społecznej szkodliwości czynu, że jego stopień jest co najwyżej znikomy, co uzasadnia decyzję ustawodawcy o bezkarności takiego zachowania. Pomijając tu kontrowersje związane ze sposobem wyznaczania stopnia społecznej szkodliwości — czy jest to suma elementów,

<sup>200</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym w aspekcie prawnoporównawczym*. Przemyśl 2008, *passim*.

<sup>201</sup> Por. też A. Spotowski: *O odstąpieniu od usiłowania...*, s. 90—91.

<sup>202</sup> M. Cieślak: *Pojęcie i funkcje...*, s. 64. Odnotować jednak należy, że teza ta została sformułowana z pewną ostrożnością.

czy też raczej ich wypadkowa<sup>203</sup>, zauważyć należy, że społeczna szkodliwość nie jest jedynym argumentem brany pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o kryminalizacji bądź dekryminalizacji określonego czynu.

Przedstawione teorie racjonalizujące czynny żal nie uzasadniły — jak się wydaje — w sposób całkowicie przekonywający bezkarności sprawcy skutecznie przerywającego *iter delicti*. Wszystkie podkreślają „negacyjny” charakter czynnego żalu, który miałby uzasadniać bezkarność. Dlatego warto chyba przyjrzeć się przynajmniej niektórym teoriom racjonalizującym czynny żal po dokonaniu, poszukując dalszej argumentacji.

Nie ma chyba wątpliwości, że do uzasadnienia czynnego żalu przed dokonaniem odnosić się może także teoria premii — prawa nagradzania. Według J. Benthama, prawo powinno naśladować religię i etykę, w których idea kary i nagrody są z sobą ściśle związane w ramach najszerszej rozumianej retribucji. Jak wskazuje D. Gajdus, w nowoczesnym prawie karnym kara traci rację bytu jako jedyny środek walki z przestępczością, a do arsenału środków walki z przestępczością, obok kary (represja) i środków zabezpieczających (prewencja), wchodzi środki wynagradzające (premia). Wydaje się jednak, że trudno upatrywać w prawie karnym elementów nagrody — brak kary taką nagrodą nie jest. Ten, kto przestrzega norm obwarowanych sankcją, spełnia raptem pewne kryteria minimalne, nie ponosi zatem kary, ale nie jest to nagroda. Nagrody funkcjonują poza prawem karnym i stanowią odrębny element szeroko rozumianej polityki. Jednocześnie brak kary jako konsekwencja czynnego żalu wykazanego przez sprawcę stanowi wyjątek w prawie karnym, gdyż sprawca usiłował dokonać przestępstwa, co jest czynem karalnym. Zatem bezkarność, w tym przypadku wyjątkowa, musi być odrębnie uzasadniona.

Szczególną odmianą teorii premii jest teoria łaski okazanej sprawcy za podjęcie działania zgodnego z prawem. Zdaniem P. Bockelmana, sprawca rezygnujący z wykonania przestępstwa lub całkowicie i skutecznie niwelujący spowodowane przez siebie niebezpieczeństwo jego popełnienia realnie uchyla możliwość postawienia mu zarzutu złego pokierowania swoim postępowaniem<sup>204</sup>. Tak przedstawiona teoria bardziej wskazuje mechanizm działania klauzuli czynnego żalu, a nie jej uzasadnienie.

<sup>203</sup> Jak zauważa m.in. L. Wilk, jeżeli o stopniu społecznej szkodliwości miałyby decydować suma poszczególnych elementów, to oznaczałoby to, że znikomość może być przyjęta tylko wtedy, gdy zarówno elementy podmiotowe, jak i przedmiotowe na nią wskazują; jeżeli zaś o stopniu społecznej szkodliwości decyduje wypadkowa tych elementów, to w ogólnej ocenie mogą przeważać elementy przedmiotowe lub podmiotowe. L. Wilk, w: *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*. Red. T. Dukiet-Nagórska. Warszawa 2010, s. 131. W sytuacji czynnego żalu problem ten jest również po części aktualny. Grożąca — mimo wszystko — szkoda może być czasem bardzo duża, natomiast motywacja i postać zamiaru nabiera ostatecznie zupełnie innego charakteru, o dodatnim wektorze. Stąd globalna ocena czynu zakończony czynnym żalem będzie różna, w zależności od przyjętej koncepcji.

<sup>204</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym...*, s. 32.

Inną ciekawą teorią, wbrew systematyce przyjętej przez D. Gajdusa, również mogącą stanowić argument racjonalizacji czynnego żalu przed dokonaniem, jest teoria przerwania stanu antyprawnego. Jej twórca A.D. Tolomei twierdził, że przestępca ma przed sobą alternatywę zachowania: albo pozostać w stanie antyprawnym, albo cofnąć się z drogi przestępczej. Głosił, że funkcja ochronna prawa karnego nie ogranicza się wyłącznie do karania sprawców przestępstw, ale także realizuje się w ograniczaniu społecznych następstw przestępstwa. Prawu nie jest bowiem obojętne, czy sprawca trwa w stanie bezprawnym, czy też przerwie ten stan. Również ten autor dostrzegał „uchylający” charakter czynnego żalu, pisząc, że sprawca, okazując czynny żal, anuluje podstawowe elementy zwiększonego społecznego niebezpieczeństwa czynu, co nie znaczy przecież, że anuluje on w ogóle fakt naruszenia prawa, który zaistniał.

Zdaniem M. Szerera, racjonalizacji klauzuli bezkarności należy poszukiwać „we względach etycznych, zakazujących traktowanie bezkarności jako swoistej premii i nagrody za pozytywnie ocenianą postawę sprawcy, dającą podstawę do przyjęcia wobec niego pozytywnej prognozy kryminologicznej”<sup>205</sup>.

Przeгляд dogmatycznych teorii racjonalizujących czynny żal kończy D. Gajdus konstatacją, że uzasadnienie czynnego żalu wyłącznie w płaszczyźnie dogmatyczno-prawnej jest niewystarczające. A ponieważ prawo karne pełni określone funkcje społeczne, stanowi regulator życia społecznego i wpływa na postawy ludzkie, dlatego — zdaniem tej autorki — oprócz racjonalizacji prawnych czynnego żalu, istotną rolę w uzasadnieniu bytu tej instytucji zapewniła sobie racjonalizacja utylitarystyczna<sup>206</sup>.

Literatura przedmiotu zdaje się jeszcze silniej akcentować politycznokryminalne uzasadnienie czynnego żalu, niejako na plan drugi odsuwając zagadnienia dogmatyczne. Już w 1804 r. P.J.A. Feuerbach pisał: „Jeżeli państwo nie zezwoli na bezkarne żałowanie już wykonanego czynu, to zmusza ono niejako do dokonania przestępstwa. Gdyż nieszczęśnik, który dopuścił się usiłowania, wiedziałby, że już zasłużył na karę, że nie może niczego wielkiego zyskać, okazując żal, a dokonując czynu, niczego znaczącego nie przegra”<sup>207</sup>. I dalej: „Przesłanka bezkarności służy więc wzmocnieniu kontrstymulatorów do popełnienia przestępstwa”<sup>208</sup>. Jeszcze wcześniej, bo pod koniec XIII w., jak zauważa D. Gajdus, po taką argumentację sięgnął L. Cremani, twierdząc, że korzyści wynikające z nienastąpienia szkodliwych następstw uzasadniają bezkarność lub znaczne złagodzenie kary wobec sprawcy<sup>209</sup>. Argumentacja ta została rozwinięta przez F. von Liszta, który sięgnął po figurę „złotego mostu”, jaki ustawodawca może zbudować dla sprawcy, dając mu możliwość wycofania się z dro-

<sup>205</sup> M. Szerer: „Dobrowolne” odstąpienie od usiłowania. „Nowe Prawo” 1977, 5, s. 632.

<sup>206</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 29—43.

<sup>207</sup> Cyt. za: A. Spotowski: *O odstąpieniu od usiłowania...*, s. 87—88.

<sup>208</sup> Cyt. za: D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 45.

<sup>209</sup> Ibidem.

gi przestępnej<sup>210</sup>. Podobną myśl, choć dostrzegając także wady czynnego żalu (jako swoistej zdrady), wyraził C. Beccaria<sup>211</sup>. J. Makarewicz w braku czynnego żalu również upatrywał ryzyko dla ochrony dóbr. Według niego, byłoby rzeczą ryzykowną niestosowanie instytucji czynnego żalu, gdyż prawo karne nie motywowałoby w żaden sposób sprawcy do zapobiegania szkodliwym następstwom czynu<sup>212</sup>. Uważał, że „Oportunizm społeczny bierze tu górę nad zasadą odpłaty bezwzględnej”<sup>213</sup>. Bezkarność sprawcy znajdowała więc, zdaniem Makarewicza, podstawy nie we wspomnianej wcześniej i silnie akcentowanej zasadzie subiektywizmu, lecz w motywach kryminalno-politycznych i w interesie ogólnospołecznym. Jak pisał: „Sprawa zaś winy subiektywnej tylko o tyle i tutaj odgrywać musi rolę, że bezkarność zależy od warunku dobrowolnego cofnięcia się sprawcy, a pobudką tego cofnięcia nie może być świadomość odkrycia (przez kogokolwiek) czynu karygodnego i grożącej zań odpowiedzialności karnej”. Zalecał jednak, by nadać tej instytucji formę fakultatywną<sup>214</sup>.

Ponad 40 lat później Z. Kubec w instytucji odstąpienia od usiłowania widział też wyłącznie doniosłą rolę kryminalno-polityczną<sup>215</sup>, podobnie jak W. Wolter<sup>216</sup>. W. Radecki pisał nawet, że przyczyny wprowadzenia do kodeksu instytucji czynnego żalu mają wyłącznie charakter kryminalno-politycznego. Jak zauważał, fakty, które następują po popełnieniu przestępstwa, z natury rzeczy niczego już nie mogą zmienić w popełnionym przestępstwie, a tylko przez ustawowe niepodleganie karze lub sądowe odstąpienie od wymierzenia kary mogą doprowadzić do konkretnej bezkarności czynu przestępnego albo samą karalność czynu tylko zredukować. Czynny żal ma stanowić zachętę do odstąpienia od czynu<sup>217</sup>.

Autorka monografii poświęconej czynnemu żalowi D. Gajdus w klauzuli bezkarności związanej z tą instytucją widzi korekturę sprawiedliwościową. Klauzula ta jest niejako skutkiem wtórnym, tzn. takim, który ustawodawca przewiduje, którego pod pewnymi względami nie akceptuje, ale na który się zgadza, ponieważ może on stanowić warunek niezbędny do osiągnięcia zasadniczych celów polityki kryminalnej. Sam czynny żal należy, zdaniem wspomnianej autorki, rozpatrywać jako zagadnienie kalkulacji zysków i strat związanych ze stosowaniem represji karnej<sup>218</sup>. Wydaje się jednak, że tezę

<sup>210</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym...*, s. 35.

<sup>211</sup> C. Beccaria: *O przestępstwach...*, s. 192.

<sup>212</sup> J. Makarewicz: *Prawo karne ogólne*. Kraków 1914, s. 222.

<sup>213</sup> Ibidem, s. 224.

<sup>214</sup> M. Gałązka: *Subiektywizm i indywidualizacja...*, s. 229.

<sup>215</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag na temat odstąpienia od usiłowania*. „Państwo i Prawo” 1969, 3, s. 559.

<sup>216</sup> W. Wolter: *Od nadzwyczajnego złagodzenia kary do niepodlegania karze (studium analityczne)*. „Państwo i Prawo” 1971, 3—4, s. 613.

<sup>217</sup> W. Radecki: *Prawne i moralne oceny czynnego żalu*. „Palestra” 1976, 12, s. 18.

<sup>218</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 49.

o braku akceptacji bezkarności przez ustawodawcę trudno pogodzić z jakąkolwiek dogmatyczną racjonalizacją czynnego żalu. Wniosek taki ograniczałyby uzasadnienie czynnego żalu wyłącznie do utylitarneho podejścia, a przecież autorka uznała, że należy przyjąć uzasadnienie mieszane — dogmatyczno-prawne i politycznokryminalne, ponieważ w przeciwnym razie spowodowałyby to oderwanie tej instytucji od zasad prawa karnego i zerwanie wewnętrznej więzi między normami prawa<sup>219</sup>.

Współcześnie, zdaniem G. Rejman, najbardziej rozpowszechniony jest pogląd o pierwszym przejawie resocjalizacyjnym sprawcy, który sam odstępuje od kontynuowania czynności przestępczej, nawet wtedy, gdy mógł tę działalność urzeczywistnić. Prawu nie zależy bowiem, jak przekonuje autorka, na samym wyłącznie urzeczywistnieniu idei odpowiedzialności w przypadku naruszenia prawa; jest ono przede wszystkim zainteresowane ochroną dóbr przed wyrządzeniem im szkody<sup>220</sup>. W podobnym nieco tonie wypowiadają się W. Wróbel i A. Zoll. Twierdzą oni, że czynny żal jest wyrazem nastawienia funkcji kary na prewencję indywidualną — jeśli bowiem sprawca sam zrezygnował dobrowolnie z dokonania czynu zabronionego albo zapobiegł powstaniu określonego w ustawie skutku, to brak jest przesłanek do karania w sensie przeprowadzenia procesu resocjalizacyjnego<sup>221</sup>. Warto jednak zauważyć, że tezie o resocjalizacji sprawcy jako uzasadnieniu bezkarności przeczą nieco przesłanki czynnego żalu określone w art. 15 k.k., wśród których ustawodawca nie wymienił krytycznego stosunku sprawcy do czynu. Odstąpienie lub zapobieżenie skutkowi ma być dobrowolne, ale motywacja i jej rodzaj są jednak (przynajmniej zdaniem większości) irrelevantne. Jednocześnie W. Wróbel i A. Zoll widzą w instytucji czynnego żalu możliwość szczególnej ochrony dobra, przez skłonienie sprawcy do zaniechania zamiaru zaatakowania dobra. Dodają, że „względny natury kryminalno-politycznej przemawiają za tym, aby dać sprawcy usiłowania mimo popełnienia przestępstwa szansę bezkarności, jeżeli odstąpi od zamiaru dokonania czynu zabronionego”<sup>222</sup>. Wprost o racjach politycznokryminalnych pisze R. Zawłocki, zauważając, że uchylenie karalności czerpie przesłanki z wzajemnie się uzupełniającego elementu podmiotowego i przedmiotowego<sup>223</sup>.

W kontekście przytoczonych poglądów niezmiernie ważne jest oryginalne stanowisko A. Spotowskiego. Przede wszystkim to właśnie w braku wyraźnie określonej przesłanki uchylającej karalność instytucji odstąpienia od usiłowania

<sup>219</sup> Ibidem, s. 49—50.

<sup>220</sup> G. Rejman, w: E. Bieńkowska, B. Kunicka-Michalska, G. Rejman, J. Wojciechowska: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Warszawa 1999, s. 576—577.

<sup>221</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 375.

<sup>222</sup> Ibidem, s. 236.

<sup>223</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna. T. 1. Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 602.

autor ten widzi przyczynę trudności z ustaleniem zakresu działania przepisów regulujących wspomnianą instytucję. Nie zgadza się z dominującym w polskiej nauce prawa karnego poglądem o kryminalno-politycznym charakterze odstępiania od usiłowania. Twierdzi, że błędne jest założenie, leżące u podstaw krytykowanego podejścia, jakoby zasada bezkarności przy odstępieniu od usiłowania była powszechnie znana, wskazując jednocześnie, że założenie to nie zostało zweryfikowane za pomocą badań empirycznych. Przywołuje ustalenia K. Ulsenheimera, który przebadał orzecznictwo niemieckie, szwajcarskie oraz austriackie i wśród wielu różnorodnych motywów odstępiania od usiłowania nie znalazł śladów wskazujących na to, że sprawca odstąpił od usiłowania ze względu na zapewniony przez ustawę przywilej bezkarności. Dalej autor ten konkluduje, że jeżeli przywilej bezkarności nie zachęca do odstępowania od usiłowania, to kryminalno-polityczne uzasadnienie tej instytucji traci rację bytu<sup>224</sup>. Wydaje się, że wnioski wysunięte przez A. Spotowskiego są nieuprawnione. Trudno bowiem mówić o braku skuteczności jakiegoś bodźca, jeśli nie dociera on do adresatów. Jeżeli tezę wyjściową stanowi twierdzenie, że fikcją jest przyjmowanie powszechnej znajomości przedmiotowej klauzuli bezkarności, to nie można się dziwić, że klauzula ta „nie działa”. Być może to właśnie (powszechny) brak informacji o przywileju bezkarności spowodował, że wśród badanych przez K. Ulsenheimera takiej motywacji nie odnotowano. Nie tyle zatem podważona została racjonalizacja politycznokryminalna, ile skuteczność samej instytucji, a mówiąc dokładniej — jej znajomość. Można więc jedynie — póki co — ubolewać, że mechanizm przewidziany przez ustawodawcę, wobec jego powszechnej nieznajomości, nie ma szans na „zadziałanie”. Warto też zauważyć, że jednocześnie wysuwa się tezę o potencjalnym jednostkowym wpływie czynnego żalu na konkretnego sprawcę, nawet w przypadku niewielkiej znajomości klauzuli czynnego żalu, co jest wystarczającym uzasadnieniem obecności tej instytucji w porządku prawnym<sup>225</sup>.

Oczywiście, nie można zanegować roli politycznokryminalnej czynnego żalu. Wiąże się ona jednak bardziej z funkcją tej instytucji niż z uzasadnieniem. Jednocześnie z przytoczonych wcześniej względów odrzucić należy koncepcję niezdatności moralnej, anulacyjną, warunku bezwzględnego i zawieszającego, premii oraz łaski. Teoria społecznego niebezpieczeństwa czynu ostatecznie też okazała się niewystarczająca, podobnie jak teoria nulifikacyjna.

Wydaje się, że nową płaszczyzną poznawczą w zakresie uzasadnienia czynnego żalu musi przynieść analiza **funkcji przypisywanych czynnemu żalowi**.

<sup>224</sup> A. Spotowski: *O odstępieniu od usiłowania...*, s. 87 i nast. Tezę tę powtarza A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1..., s. 226. Podobnie wypowiadał się R.D. Herzberg — K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym...*, s. 37.

<sup>225</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym...*, s. 37.

Jak wskazuje D. Gajdus, czynny żal spełnia funkcję sprawiedliwościową, prewencyjną, wychowawczą, kompensacyjną oraz depenalizacyjną<sup>226</sup>. Już na wstępie należy zaznaczyć, że chociaż efektem skutecznego czynnego żalu jest bezkarność sprawcy, to jednak nie może być mowy o funkcji depenalizacyjnej tej instytucji. Przyjęta przez ustawodawcę depenalizacja (całkowita lub częściowa) jest wyłącznie narzędziem (jeśli mówimy o funkcji prewencyjnej, kompensacyjnej lub wychowawczej) albo jedynie konsekwencją (jeśli mówimy o funkcji sprawiedliwościowej), natomiast nie stanowi — z punktu widzenia ustawodawcy — celu samego w sobie.

W opinii D. Gajdus, z mieszanego — prawnego i politycznokryminalnego — uzasadnienia czynnego żalu w prawie karnym wynika, że pełni on funkcję sprawiedliwościową przez wspomnianą tzw. korekturę sprawiedliwościową (czynny żal jest powodem wprowadzenia — *ex post* — korektury do oceny społecznego niebezpieczeństwa czynu i złagodzenia kary). W tym kontekście pewne zastrzeżenia może budzić, zdaniem tej autorki, klauzula (całkowitej) bezkarności, zrywająca wszelkie relacje między popełnionym przestępstwem, winą i karą jako normatywnym skutkiem przestępstwa. D. Gajdus dodaje, z czym już trudno się zgodzić, że to właśnie społeczne poczucie sprawiedliwości nie pozwala na to, aby czynny żal uchylał przestępność czynu<sup>227</sup>.

Funkcję prewencyjną czynnego żalu wspomniana autorka rozumie najszerzej — jako zapobieganie popełnieniu przestępstwa. O ile funkcja ta w swej zasadniczej postaci nie budzi wątpliwości (przyjmując, że prawo karne jest zdolne do pozytywnego oddziaływania na zachowania ludzkie; jest stymulatorem zachowań społecznie pożytecznych), o tyle sama autorka widzi w tej in-

---

<sup>226</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 69. W tym kontekście dość intrygująco brzmi pytanie zadane podczas konferencji poświęconej sprawiedliwości naprawczej przez M. Lubelskiego: Jak ma się funkcja kompensacyjna prawa karnego w odniesieniu do funkcji sprawiedliwościowej — ma charakter konkurencyjny czy też rozwija funkcję sprawiedliwościową. Autor ten opowiedział się za drugim rozwiązaniem — M. Lubelski: *Głos w dyskusji przeprowadzonej w dniu 17.05.2002 r. na temat sprawiedliwości naprawczej*. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002, 2, s. 239.

<sup>227</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 79—80. W tym znaczeniu warto skonstatować, że uzasadnienia bezkarności czynnego żalu dostarcza też wypracowany model podejmowania decyzji dotyczącej kryminalizacji. W schemacie, będącym swoistym szablonem procesu decyzyjnego, L. Gardocki przedstawił przesłanki bezwzględne i względne wpływające ostatecznie na treść decyzji o kryminalizacji. Wydaje się, że przynajmniej dwie z przesłanek absolutnych przemawiają za depenalizacją (przy czym za depenalizację przyjmują uchylene karalności, co nie zawsze idzie w parze z uchynieniem przestępności — kryminalizacją; natomiast nie jest w moim odczuciu depenalizacją obniżanie grożącej kary) zachowań realizowanych w ramach czynnego żalu. Autor ten bowiem uznaje kryminalizację za niedopuszczalną w razie zaprzeczenia tezie: „odpowiedzialność karna jest reakcją proporcjonalną do znaczenia szkody” oraz „rachunek kosztów strat związanych z kryminalizacją wypada pozytywnie”. Nie ma wątpliwości, że na tak postawione pytania należy dać odpowiedź negatywną — L. Gardocki: *Zagadnienia teorii kryminalizacji...*, s. 203—206.

stytucji pewien rys demoralizujący. Jej zdaniem, przepisy dotyczące czynnego żalu (niewłaściwie ukształtowane) mogą stanowić zachętę do popełnienia czynu zabronionego. Jak dodaje, wyłącznie przedmiotowo ujęty czynny żal nie pozwala bowiem ocenić zmiany postawy sprawcy, zatem sprawca mógłby nadal być „potencjalnym przestępcą”<sup>228</sup>. Wydaje się jednak, że wspomniany przez autorkę „element negatywny” klauzuli bezkarności (czy nadzwyczajnego złagodzenia kary) podważa nie tyle funkcję prewencyjną, ile wychowawczą. Funkcja prewencyjna czynnego żalu oznacza bowiem zapobieżenie konkretnej, zamierzonej przez sprawcę szkodzi (naruszeniu dobra).

Zdaniem D. Gajdus, w zakresie funkcji wychowawczej czynnego żalu szczególne wątpliwości musi budzić ta postać czynnego żalu, w przypadku której prawo wymaga denuncjacji, ponieważ postawa sprawcy ujawniającego przestępstwo, współsprawców i okoliczności czynu nie stwarzają podstaw do zbyt pozytywnej oceny moralnej takiego zachowania. Ostatecznie jednak autorka zauważa, że czynny żal w istocie zastępuje i wyręcza karę, samowychowuje sprawcę, rodzi w nim dylematy moralne, stymuluje pożądane prawnie podstawy, modeluje postawy w kierunku zachowań poprawnych<sup>229</sup>. W moim przekonaniu, ocena zachowania sprawcy denuncjującego swoich współsprawców nie powinna budzić żadnych wątpliwości moralnych. Trudno bowiem zgodzić się z C. Beccarią, który pisał, że czynny żal to sytuacja, w której „naród popiera zdradę, którą gardzą nawet złočyncy”<sup>230</sup>. Złočyncy, jak wolno przypuszczać, gardzą nie tyle zdradą, ile zdradą ich tajemnic. Jednocześnie nie wolno przeceniać funkcji wychowawczej czynnego żalu — chyba jednak częściej sytuacja jest odwrotna do tej, o której pisała D. Gajdus — to efektem dylematów moralnych, zmiany postawy, samowychowania jest jego późniejszy czynny żal. Innymi słowy, czynny żal jest efektem, a nie przyczyną samowychowania sprawcy.

Funkcja kompensacyjna czynnego żalu rozkłada się — zdaniem D. Gajdus — na dwie płaszczyzny: jest kompensacją materialną i kompensacją moralną, przy czym według tej autorki, wspomniana kompensacja materialna występuje zarówno przed, jak i po popełnieniu przestępstwa<sup>231</sup>.

Współcześnie szczególnie mocno należy jednak podkreślić kompensację moralną czynnego żalu, która (podobnie jak samo przestępstwo) ma zarów-

<sup>228</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 69—71.

<sup>229</sup> Ibidem, s. 74—76.

<sup>230</sup> C. Beccaria: *O przestępstwach...*, s. 192.

<sup>231</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 78. Natomiast zdaniem A.R. Światłowskiego, „kompensacyjna funkcja dochodzi do głosu tam, gdzie premiowane ma być naprawienie przez sprawcę już wyrządzonej szkody”. Uważa on, że szersze rozumienie funkcji kompensacyjnej, a więc z uwzględnieniem zapobieżeniu szkodzi, jest niewłaściwe, zacierając bowiem różnicowanie między funkcją kompensacyjną a prewencyjną — A.R. Światłowski: *Kompensacyjna funkcja czynnego żalu w Kodeksie karnym z 1997 r.* „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002, 2, s. 151.



no aspekt indywidualny (satysfakcja odczuwana przez pokrzywdzonego), jak i społeczny (czytelny dla obserwatora sygnał poniechania drogi przestępnej). To właśnie ta cecha, a także inne korzyści wynikające z czynnego żalu okazanego przez sprawcę powodują, że instytucja ta chociaż sama nie jest elementem koncepcji sprawiedliwości naprawczej, wpisuje się w nowoczesny paradygmat prawa karnego<sup>232</sup>. Warto zatem zauważyć, że skuteczny czynny żal (okazany na etapie usiłowania) pozwala zminimalizować wiktylizację pierwotną, zapobiec szkodzie materialnej, zminimalizować strach wywołany popełnieniem przestępstwa, a co za tym idzie — zapobiec powstaniu konfliktu lub w szerokim zakresie go zmniejszyć. Pokrzywdzony, dzięki zachowaniu sprawcy, może też zostać w szczególności sposób usatysfakcjonowany, widząc działania sprawcy podejmowane w celu zapobieżenia szkodzie. Korzyści wynikające z czynnego żalu odnoszone przez sprawcę są oczywiste — jest to brak kary, ale również brak stygmatyzacji, przede wszystkim jednak uniknięcie lub poważne zminimalizowanie konfliktu. Te właściwości przekładają się na korzyści odnoszone przez wymiar sprawiedliwości — brak lub poważne zredukowanie postępowania karnego, i całe społeczeństwo — brak konfliktu lub jego zażegnanie, likwidacja lub zmniejszenie poczucia zagrożenia wywołanego popełnieniem przestępstwa. Do korzyści społecznych zaliczyłabym też fakt, że sprawca samodzielnie przejmuje odpowiedzialność za swój czyn i to jeszcze przed zinstytucjonalizowaną reakcją. Warto zauważyć, że w omawianym przypadku następuje skuteczna (i niemal natychmiastowa) reintegracja społeczna<sup>233</sup>. Warto przy tym podkreślić, że dobrowolność czynnego żalu, a mówiąc precyzyjniej — odstąpienie od wcześniejszego zamiaru, nawet jeśli nie zawsze oznacza skruchę, jest wyrazem krytycznej oceny własnego czynu sprawcy — uznaniem, że jest to czyn naganany, nieakceptowany społecznie. Dostrzeżenie tych cech czynnego żalu pozwala na wyciągnięcie następującego wniosku: czynny żal realizuje wiele postulatów mediacji czy — mówiąc szerzej — sprawiedliwości naprawczej i **jest instytucją nastawioną na pokrzywdzonego i ochronę jego dóbr**, chociaż w samej ustawie karnej zamieszczona jest *de facto* informacja jedynie o korzyściach dostępnych dla sprawcy.

Potwierdzenie zasadności rozwiązań związanych z czynnym żalem obecnych we współczesnym prawie karnym znaleźć można nawet w nauczaniu Jana Pawła II. Wskazywał on bowiem, że „instytucje prawa karnego powinny dawać możliwość darowania lub złagodzenia kary wobec sprawców, którzy uznali ka-

<sup>232</sup> Zob. szerzej rezultat projektu Katedry Prawa Karnego i Kryminologii WPiA UŚ, dotyczącego sprawiedliwości naprawczej, realizowanego w 2013 r. — *The postulates of restorative justice and the continental (classical) model of criminal law (as illustrated by Polish criminal law)*. Ed. T. Dukiet-Nagórska. Frankfurt am Main.

<sup>233</sup> Por. M.S. Umbreit, za: D. Wójcik: *Rola mediacji między pokrzywdzonym a sprawcą przestępstwa*. W: *Zagadnienia ogólne...*, s. 353.

rygodność czynu i wyrażają wolę poprawy. Należy jednak pamiętać, że są to »instytucje miłosierdzia«. Przesłanek nie może żądać kary łagodniejszej niż ta, która jest adekwatna do czynu; może o nią prosić. Nie ma roszczenia o przebaczenie, jest tylko prośba. Należy się kara sprawiedliwa, ale sąd, przy czynnym udziale w procesie pokrzywdzonych, może wymierzyć karę łagodniejszą, jeśli uzna, że będzie to dobre dla sprawcy i zadośćuczyni krzywdzie ofiarom przestępstwa. Sąd powinien oceniać autentyczność skruchy przede wszystkim po czynach skazanego<sup>234</sup>.

Poszukując jednak głębszego uzasadnienia instytucji czynnego żalu, warto sięgnąć do uzasadnienia karalności usiłowania. Tak bowiem jak istnieją argumenty wskazujące na konieczność reakcji karnej mimo braku dokonania przestępstwa, tak odnaleźć można argumenty wskazujące na bezkarność w przypadku czynnego żalu z tymi pierwszymi korespondujące. Czynny żal związany z usiłowaniem jest silnie od tej formy stadialnej uzależniony, ma z nią też wiele elementów wspólnych. Najważniejszym oczywiście jest brak dokonania. Skoro więc występuje on w obu „instytucjach” (usiłowaniu i czynnym żalu), nie może być argumentem uzasadniającym bezkarność. *Prima facie*, wydaje się, że podstawowa różnica dotyczy stanu dobra prawnego (pierwotnego) zaatakowanego przez sprawcę. Na etapie usiłowania groziło mu realne niebezpieczeństwo, w przypadku czynnego żalu zostało ono uchylone. Podejście takie (o czym była mowa) nie pozwala jednak na przyjęcie karalności usiłowania nieudolnego. Ponadto wyklucza pojęciowo możliwość przyjęcia czynnego żalu w przypadku usiłowania nieudolnego — trudno bowiem mówić o uchylaniu niebezpieczeństwa, którego nie było i być nie mogło. Oparcie się wyłącznie na uchyleniu niebezpieczeństwa nie czyniłoby też różnicy między zachowaniem sprawcy zapobiegającym skutkowi, stanowiącemu znamię czynu zabronionego, a biernym obserwowaniem przez sprawcę działań osoby trzeciej uchylającej taki skutek.

Kolejna różnica między usiłowaniem a czynnym żalem leży po stronie podmiotowej — naganny zamiar zastąpiony został zamiarem ocenianym pozytywnie. O ile więc w przypadku usiłowania mówimy, że do dokonania nie doszło **pomimo** zamiaru sprawcy, przy czynnym żalu stwierdzić należy, że do dokonania nie doszło **z powodu** (zmienionego, nowego) zamiaru sprawcy. Nadal aktualne pozostaje jednak pytanie, co nie pozwala nam na (negatywną) ocenę pierwszego fragmentu zachowania sprawcy. Zmiana bowiem zamiaru przez sprawcę każe chyba przyjąć tezę, że zachowanie w ramach czynnego żalu stanowi już odrębny czyn. Zatem na globalną ocenę czynów sprawcy zdecydowany

---

<sup>234</sup> F. Ciepły: *Kara kryminalna i jej wykonanie w świetle nauczania Jana Pawła II*. W: *Zagadnienia prawa karnego na tle nauczania Jana Pawła II*. Red. A. Grześkowiak. Lublin 2006, s. 261.

wpływ będzie miał ten drugi — właśnie odstąpienie lub zapobiegnięcie skutkowi. W tym znaczeniu najbliższa jest mi teoria nulifikacyjna, każąca rozpoznawać zachowanie takiego sprawcy jako całość. Na czym jednak ten wpływ czynnego żalu ma polegać i co tak naprawdę eliminuje?

**Wydaje się, że uzasadnienie karalności usiłowania, odwołujące się do koncepcji naruszenia poprzez usiłowanie dobra prawnego, jakim jest poczucie bezpieczeństwa, stanowi znakomity punkt wyjścia uzasadnienia istnienia instytucji czynnego żalu i jego prawnokarnych konsekwencji. Zaniechanie kontynuowania drogi przestępczej lub zapobieżenie skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego staje się swoistą manifestacją, powodującą zażęgnięcie strachu.** Jeżeli zatem chcemy mówić o anulowaniu poprzez czynny żal elementów wcześniejszego zachowania, to właśnie będzie to anulowanie poczucia strachu. Czynny żal samego sprawcy pozwala na zachowanie (przywrócenie) poczucia bezpieczeństwa. Powtórzyć więc wypada za C. Beccarią, że przestępstwo budzi „strach w narodzie” i to właśnie czynny żal pozwala na uniknięcie tego strachu, co jest, według wspomnianego autora, korzyścią najważniejszą<sup>235</sup>. Mam wrażenie, że tak podkreślana w literaturze dobrowolność zachowania sprawcy (a niektórzy chcieliby w tym zakresie widzieć jeszcze surowsze wymogi — sprawcą miałyby kierować motywacja moralnie pozytywna) pozwala *de facto* unaocznic społeczne znaczenie czynnego żalu. Samodzielne poniechanie *iter delicti*, mimo możliwości jej kontynuowania, w wymiarze społecznym pozwala na zachowanie poczucia bezpieczeństwa. Warto zauważyć, że już D. Gajdus pisała, że „presumpcja może mieć znaczenie tylko wtedy, gdy sprawca usiłowania przedsięwzię akt przeciwny, którym »obaliłby« zamaniestowaną chęć dokonania przestępstwa”<sup>236</sup>. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Administracyjny w Białymstoku: „Odstąpienie od przygotowania powinno znaleźć odbicie w konkretnych okolicznościach faktycznych. Już z treści art. 17 k.k. wynika, iż chodzi o podjęcie konkretnych działań, zamaniestowanie zmiany przestępczego zamiaru na zewnątrz, w sposób dostrzegalny dla innych”<sup>237</sup>. W moim przekonaniu, założenie, że odstąpienie musi być manifestacją nie wynika wyłącznie z wymogów dowodowych, ale akcentuje ważny społeczny odbiór takiej manifestacji, niweczący społeczne odczucia, które pojawiły się przy usiłowaniu dokonania przestępstwa.

Reasumując rozdział poświęcony poszukiwaniu uzasadnienia decyzji w zakresie kryminalizacji usiłowania, a także czynnego żalu, należy powtórzyć za E. Hryniewicz, że współcześnie rozumiana kompensacyjna funkcja prawa kar-

<sup>235</sup> C. Beccaria: *O przestępstwach...*, s. 192.

<sup>236</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 30—31. Por. też W. Wolter: *Nauka o przestępstwie*. Kraków 1973, s. 289.

<sup>237</sup> Wyrok SA w Białymstoku z 20.06.2006 r. — II Aka 121/06. LEX nr 259147.

nego wykracza poza obowiązek naprawienia materialnej szkody wyrządzonej przestępstwem oraz krzywdy wyrządzonej w ten sposób jednostce. Funkcja ta obejmuje ponadto reakcję na „społeczne zło w stosunku do społeczeństwa”, które zostało wyrządzone przez „naruszenie porządku prawnego, podważenie jego autorytetu i wprowadzenie stanu niepokoju”<sup>238</sup>.

---

<sup>238</sup> E. Hryniewicz: *Przestępstwa...*, s. 115.



## Prawnokarna konstrukcja usiłowania we współczesnym polskim prawie karnym

*Omnis definitio periculosa est*

Swoistą konsekwencją (skutecznego) czynnego żalu jest zatrzymanie pochodu przestępstwa w fazie usiłowania. Podjęcie, na etapie bezpośrednio poprzedzającym dokonanie, przez sprawcę decyzji o poniechaniu *iter delicti* i efektywna realizacja tej decyzji powodują, że do samego dokonania nie dochodzi i ostatnim zrealizowanym etapem w pochodzie przestępstwa jest usiłowanie (odmienne zachowanie — kontynuacja realizowania zamiaru sprawcy, oznaczałoby dokonanie czynu zabronionego). Równocześnie, co oczywiste, aby sprawca mógł skorzystać z dobrodziejstw przewidzianych w art. 15 § 1 k.k., musi, okazując czynny żal, znajdować się właśnie na etapie usiłowania — ani wcześniej, ani później. Usiłowanie stanowi zatem nieodłączny element tej postaci czynnego żalu, dlatego od analizy tej formy stadialnej rozpocząć należy rozważania. Trzeba jednak raz jeszcze podkreślić, że poruszane zostaną tylko te aspekty usiłowania, które — w moim przekonaniu — nierozzerwalnie łączą się z czynnym żalem.

Usiłowanie, jako jedno ze stadiów popełnienia przestępstwa<sup>1</sup>, w abstrakcyjnym modelu drogi przestępczej znajduje się między przygotowaniem a dokonaniem. Usiłowanie, jak określił to W. Mąciór nawiązując do finalnej koncepcji czynu H. Welzela, jest brakiem, a w zasadzie niepowodzeniem „finalnej superdeterminacji procesu przyczynowości”<sup>2</sup>. Obrazowo usiłowanie ukazał S. Budziński, pisząc: „W usiłowaniu, które jest tylko ułamkiem działania, częściowem

---

<sup>1</sup> Ciekawe rozważania dotyczące definicji stadiów popełnienia przestępstwa i ich związku z psychologią — w nauce ukraińskiej — przedstawił W. Burdin: *Etapy popełnienia przestępstwa w ukraińskiej doktrynie prawa karnego: pojęcie i rodzaje*. „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 2012, 3, s. 216—226.

<sup>2</sup> H. Wenzel, w: W. Mąciór: *Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*. Warszawa 1990, s. 27.

urzeczywistnieniem zamiaru, wola, czyli pierwiastek wewnętrzny, podmiotowy, przemaga nad czynem, czyli pierwiastkiem zewnętrznym, który jest tu mniej wyraźnym”<sup>3</sup>. Z kolei F. Maciejowski pisał: „Usiłowanie jest skutkiem niedojrzałości działania i łączy między powzięciem złego zamiaru a zupełnym onego dokonaniem”<sup>4</sup>.

Zdaniem R. Zawłockiego, znamiona strony przedmiotowej usiłowania stanowią swoistą klauzulę modyfikującą treść zakazu karnoprawnego, wyrażonego znamionami określonego typu czynu zabronionego. Modyfikacja ta, zdaniem autora, nie polega na bezpośrednim wyznaczeniu treści zakazu, czyli uzupełnianiu znamion typu czynu zabronionego o znamiona usiłowania, lecz na wyznaczeniu określonej reguły normatywnej i interpretacyjnej. I oczywiście, trudno się nie zgodzić, że w tym znaczeniu znamiona strony przedmiotowej usiłowania nie tylko nie są znamionami typu czynu zabronionego, ujętego w formie usiłowania, jak również nie modyfikują jej ustawowej treści. Dalej jednak ten sam autor pisze, że usiłowanie nie wyznacza nowego typu czynu zabronionego (treści normy sankcjonowanej), lecz jego (jej) stadialną modyfikację<sup>5</sup>. Podobną charakterystykę przepisów określających usiłowanie kreśli P. Kardas. Jak wskazuje, z konstrukcyjnego punktu widzenia, uwzględniającego proces wykładni normy sankcjonowanej oraz sankcjonującej, technika umieszczenia przepisów dotyczących usiłowania w części ogólnej oznacza, że przepisy te uzupełniają treść przepisów części szczególnej, określających zrzębowo typ czynu zabronionego. Innymi słowy, wyjaśnia wspomniany autor, zawierają one niewyrażone ze względu na potrzebę ekonomii i kondensacji tekstu prawnego elementy norm zawartych w poszczególnych typach czynów zabronionych. Zatem z dyrektywalnego punktu widzenia przepisy dotyczące usiłowania zawarte w części ogólnej wyrażają część elementów charakteryzujących znamiona typu usiłowania określonego przestępstwa rodzajowego<sup>6</sup>. P. Kardas wskazuje także, powołując się m.in. na H. Jeschecka i T. Weigenda, trojakiemu rodzajowi funkcje, które — z dogmatycznego punktu widzenia — pełnią przepisy dotyczące usiłowania. Po pierwsze, określają zakres karalności za usiłowanie, po drugie — określają znamiona usiłowania konkretnego przestępstwa wspólnie z opisanym w części szczególnej typem czynu zabronionego i wreszcie — określają zasady zagrożenia karą za usiłowanie przestępstwa<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> S. Budziński: *Wykład porównawczy prawa karnego*. Warszawa 1868, s. 163.

<sup>4</sup> F. Maciejowski: *Wykład prawa karnego w ogólności z zastosowaniem Kodeksu Kar Głównych i Porządkowych z dniem 20 grudnia (1 stycznia) 1848 r. w Królestwie Polskim obowiązującego, tudzież ustawy przewodniej i instrukcji dla sądów*. Warszawa 1848, s. 113.

<sup>5</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Warszawa 2010, s. 574.

<sup>6</sup> P. Kardas: *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*. Kraków 2001, s. 685—686.

<sup>7</sup> *Ibidem*, s. 686. A. Zoll, omawiając kwestię normy prawnej z punktu widzenia prawa karnego, zadaje pytanie, czy jedna norma łączy przepisy określające dokonanie czynu zabronio-

A. Wąsek, zajmując się co prawda problematyką usiłowania nieudolnego, poruszył problem wykładni. Spostrzeżenia te jednak nabierają szerszego znaczenia, odnieść je bowiem można do zagadnienia wykładni całego przepisu art. 13 oraz — *de facto* — wszystkich przepisów prawa karnego. Autor ten zauważył, że wykładnię przepisów (norm) można przeprowadzać na wiele sposobów, za pomocą różnych metod, odwołując się do różnych teorii, a uzyskane rezultaty za każdym razem będą inne. Zgadza się z przedstawicielami tzw. nowej retoryki prawniczej, którzy twierdzą, że często bywa tak, że przed przystąpieniem do prawnej oceny jakiegoś stanu faktycznego mamy już wyrobiony pogląd, jakie powinny być prawnokarne skutki danego czynu, a teoria ta wywodzi się z praktyki sądowej. „Tą zaś — zauważa Ch. Perelman — w mniejszym stopniu kieruje dążność rozumienia i ustalania treści przepisów prawnych zgodnie z metodami doktrynalnymi (wykładnia literalna lub gramatyczna, systematyczna, historyczna, celowościowa itp.) niż świadomy zamiar poszukiwania rozstrzygnięcia sprawiedliwego, zgodnego z naturą danego zagadnienia. Motywacje i uzasadnienia

---

nego z przepisami określającymi typ czynu zabronionego polegający na usiłowaniu. Odpowiedź na to pytanie uzależniona jest, zdaniem tego autora, od rozumienia treści normy prawnej bądź jako wyrażającej jedynie wolę ustawodawcy, aby adresaci norm postępowali w określony sposób, bądź jako wyrażającej zarówno sąd wartościujący dane zachowanie, jak i polecenie określonego zachowania zgodnie z wyrażonym sądem. Konsekwencjami przyjęcia pierwszego punktu widzenia, chętnie przyjmowanego przez systemy autorytarne, jest szerokie wprowadzenie karalności czynów polegających na tzw. abstrakcyjnym narażeniu dobra na niebezpieczeństwo, a odpowiedzialność za usiłowanie zostaje zrównana z odpowiedzialnością za dokonanie przestępstwa. Zgodnie z drugą koncepcją, norma wyraża dwa aspekty: aksjologiczny, stanowiący sąd wartościujący negatywną ocenę zachowania, oraz teleologiczny, wyrażający (opartą na tej negatywnej ocenie i przez nią uzasadnioną) wolę ustawodawcy unikania zachowań, do których ta negatywna ocena się odnosi. W tej perspektywie norma nie może być ujęta zbyt ogólnikowo. W szczególności, jak podkreśla A. Zoll, nie mogą być ujęte w jednej normie prawnej, jako przedmiot tej samej oceny, naruszenie i zagrożenie dobra prawnego. Z obiektywnego punktu widzenia, jak twierdzi wspomniany autor, między naruszeniem dobra i jego zagrożeniem zachodzi wręcz jakościowa różnica. Za ujmowaniem naruszenia i zagrożenia dobra w odrębnych normach przemawia również i to — w moim przekonaniu najistotniejsze — że najczęściej zakaz naruszenia dobra można wywnioskować z innych, niż prawo karne, dziedzin porządku prawnego; natomiast zakaz zagrożenia dobra może być najczęściej wyprowadzany tylko z przepisów prawa karnego. Ponieważ, jak słusznie dalej zauważa autor, usiłowanie w swojej warstwie przedmiotowej polega na narażeniu dobra, pozwala to na rozstrzygnięcie problemu, czy ta sama norma, czy też różne normy są podstawą typu czynu zabronionego polegającego na naruszeniu dobra i czynu zabronionego polegającego na usiłowaniu naruszenia tego dobra — A. Zoll: *O normie z punktu widzenia prawa karnego*. „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, s. 75 i nast. Innych argumentów dostarcza Ł. Pohl, także stojąc na stanowisku odrębności norm sankcjonowanych dla każdej tzw. stadialnej formy czynu zabronionego — Ł. Pohl: *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*. Poznań 2007, s. 136—139. Również Z. Janiszewski wskazuje, że przepis o usiłowaniu, jako rozszerzający odpowiedzialność karną, zawiera normę odrębną od umyślnego i nieumyślnego naruszenia dobra — Z. Janiszewski: *Uwagi o pojęciu przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 1993, 10, s. 90—96.



zmierzają przede wszystkim do wykazania, że podjęta decyzja jest rozwiązaniem rozsądnym, gdyż daje się włączyć do obowiązującego systemu prawnego<sup>8</sup>. W przypadku analizy usiłowania niejednokrotnie będziemy mieć do czynienia z takim mechanizmem.

Usiłowanie w literaturze definiowane jest w rozmaity sposób. *Słownik języka polskiego* podaje, że usiłowanie to „dążność, starania, zabiegi, wysiłki”, a usiłować oznacza „starać się, próbować, usilnie coś zrobić, wykonać; dokładać wszelkich starań”. Ten sam *Słownik...* zaznacza, że w języku prawa usiłowanie to „działanie bezpośrednio zmierzające do popełnienia przestępstwa, które jednak nie zostało dokonane”<sup>9</sup>. Natomiast według *Słownika etymologicznego języka polskiego*, „usiłowanie, usiłować” pochodzi od „usile”, co oznaczało początkowo „praca, pracować” (często używane w Psalterzu i Biblii)<sup>10</sup>. Ponieważ jednak samo usiłowanie zostało przez ustawodawcę objaśnione<sup>11</sup> (choć nie w tzw. słowniczku — art. 115), nie ma zatem konieczności sięgania (na tym etapie — definiowania samego pojęcia) po definicję słownikową<sup>12</sup>.

Mimo nieco odmiennej budowy, treść przepisu art. 13 § 1 to definicja klasyczna, która jednak nie spełnia wymogu *definitio fit per genus proximum et differentiam specificam* (definiuje się przez rodzaj najbliższy i różnicę gatunkową). Sięgając więc do rodzaju dalszego, ustawodawca musiał bardziej rozbudować różnicę gatunkową. Definicje legalne rozpatrywane na poziomie dyrektywnym są przepisami prawnymi, z których odtwarza się szczególnego rodzaju normy — nakazujące uwzględnić dane znaczenie. Charakter definicji legalnej powoduje, że formułowane normy prawne są niezwykle silnymi dyrektywami wykładni, narzuconymi normatywnie przez samego ustawodawcę. To zaś pociąga za sobą dwie konsekwencje: nie ma potrzeby ustalania znaczenia tego pojęcia w języku ogólnym, a ponadto sformułowanego przez definicję legalną znaczenia nie przełamuje się nawet w sytuacji, gdyby treść językowa tej definicji podważała założenia o racjonalnym ustawodawcy. Oczywiście, pamiętać należy, że definicja jako przepis prawny poddawana jest interpretacji tak samo jak inne

<sup>8</sup> A. Wąsek: *Z problematyki usiłowania nieudolnego*. „Państwo i Prawo” 1985, 7—8, s. 81 oraz cytowany przez tego autora Ch. Perelman: *Logika prawnicza. Nowa retoryka*. Warszawa 1984, s. 123.

<sup>9</sup> *Słownik języka polskiego*. T. 3. Red. M. Szymczak. Warszawa 1981, s. 621.

<sup>10</sup> A. Brückner: *Słownik etymologiczny języka polskiego*. Warszawa 1970 [przedruk z pierwszego wydania z 1927 r.], s. 596.

<sup>11</sup> Zauważyć jednak należy, że zdaniem W. Cieślaka, w kodeksie karnym brak jest definicji usiłowania; według tego autora, przepis art. 13 § 1 wskazuje jedynie warunki, jakie muszą wystąpić, aby w grę weszła odpowiedzialność za usiłowanie — W. Cieślak: *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelné zasady*. Warszawa 2010, s. 129.

<sup>12</sup> Por. jednak A. Brodziak, Z. Torbus: *Słowniki a interpretacja tekstów prawnych*. „Państwo i Prawo” 2007, 5, *passim*.

przepisy<sup>13</sup>. Jednakże, jak trafnie zauważył Ł. Pohl, „usiłowanie” nie jest nazwą, lecz w istocie jedynie funktorem nazwotwórczym od jednego argumentu nazwowego (wyrażenie zakazujące usiłowania nie jest normą, jest nieskładne i nonsensowne, trzeba je uzupełnić o stosowną nazwę, lokując ją u boku funkтора)<sup>14</sup>. Ponadto autor ten wskazuje, że art. 13 § 1 wyraża subsydiarną (pomocniczą, posiłkową) rolę normy sankcjonującej, stanowiącej karalność usiłowania dokonania czynu zabronionego względem normy sankcjonującej aktualizującej się w razie dokonania czynu<sup>15</sup>, i jest to — jego zdaniem — subsydiarność ustawowa<sup>16</sup>. Ponadto, jak dalej wykazuje Ł. Pohl, przepis art. 13 § 1 jest przepisem pluralnym (a przy tym przykładem na tzw. *sensu stricto* kondensację norm) zarówno norm sankcjonowanych, jak i sankcjonujących, gdyż *de facto* mamy tyle usiłowań, ile typów zabronionych pod groźbą kary<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> M. Zieliński: *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*. Warszawa 2002, s. 187—205.

<sup>14</sup> Ł. Pohl: *Struktura normy sankcjonowanej...*, s. 138.

<sup>15</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład części ogólnej*. Warszawa 2012, s. 207 i 226.

<sup>16</sup> Ł. Pohl: *Tak zwana subsydiarność ustawowa jako niejednolita dyrektywa usuwania niebezpieczeństwa prakseologicznej norm prawnych w polskim prawie karnym (na przykładzie przepisów art. 231 § 4 i art. 13 § 1 k.k. z 1997 r.)*. „Studia Prawnicze” 2009, 1—2, s. 291—302. Autor nie podziela więc przeważającego stanowiska polskiej doktryny o tzw. subsydiarności milczącej, wyrażanej przez przepis art. 13 § 1 — por. np. przytoczony przez Ł. Pohla pogląd A. Zolla — „Charakter subsydiarny (milczący) ma przepis określający formę stadialną w stosunku do przepisu określającego formę bardziej zaawansowaną na drodze przestępczej”, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zołł. Warszawa 2007, s. 149. Ł. Pohl wykazuje, że z twierdzenia, że brak dokonania należy do ustawowych znamion usiłowania nie należy wyciągać wniosku, że dokonanie wykasowuje fakt dopuszczenia się przez sprawcę usiłowania tego czynu. Przeprowadzona przez autora wnikliwa analiza doprowadziła go do wniosku, że usiłowanie czynu zabronionego zachodzi w czasie, gdy nie zachodzi dokonanie tego czynu, a dokonanie (umyślnego) czynu zabronionego zachodzi w czasie, w którym nie zachodzi już jego usiłowanie. Zatem, zdaniem tego autora, dokonanie (umyślnego) czynu zabronionego zawsze poprzedzone być musi faktem jego usiłowania. Mamy więc do czynienia z jednoczynowym zbiegiem przekroczonych norm sankcjonowanych (zakazującą dokonania umyślnego czynu i zakazującą usiłowania tego czynu). Natomiast warunek „nienastąpienia dokonania czynu zabronionego” odgrywa rolę przede wszystkim na płaszczyźnie norm sankcjonujących — uruchamia normę sankcjonującą nakazującą wymierzyć karę za usiłowanie czynu zabronionego. Ostatecznie Ł. Pohl konkluduje, że tzw. subsydiarność ustawowa zakodowana w przepisie art. 13 § 1 polega na uniemożliwieniu zaktualizowania się określonej normy sankcjonującej, a konsekwencją jej działania (mimo oddziaływania dopiero na płaszczyźnie norm sankcjonujących) winno być pominięcie w kwalifikacji prawnej czynu przepisu, który zębrowo określa naruszoną przez sprawcę normę sankcjonowaną, zakazującą mu usiłowania czynu zabronionego zagrożonego karą.

<sup>17</sup> Ł. Pohl: *Tak zwana subsydiarność ustawowa...*, s. 296—297 (i przyp. 31).

## 1. Usiłowanie w polskich kodeksach karnych XX wieku

W 1868 r. S. Budziński stwierdził: „nie ma materii w prawie karném, bardziej otwierającej pole do różnorodnych poglądów, jak usiłowanie”<sup>18</sup>. Analizując tę postać popełnienia czynu zabronionego **wątpliwości budzi wszystko: jej „dolna” i „górna” granica, sformułowanie strony przedmiotowej oraz podmiotowej przesądzające o granicach kryminalizacji, normatywny kształt usiłowania nieudolnego i jego relacje do usiłowania udolnego, usiłowanie kwalifikowane oraz inne podziały usiłowań, łącznie z zasadnością tworzenia tych podziałów. Odrębny problem stanowi usiłowanie określonych rodzajów przestępstw**. Niezwykle trafny w tym kontekście staje się więc wniosek Z. Jędrzejewskiego, który — nawiązując do usiłowania — postuluje, aby prawnokarne konstrukcje, których istnienie opiera się niekiedy na kilku wątpliwych czy spornych przesłankach, traktować szczególnie sceptycznie<sup>19</sup>.

Od momentu wykształcenia się i ugruntowania tej formy stadialnej jej normatywny kształt niewiele się zmieniał. Niewielkie też są różnice między ustawową formą usiłowania w poszczególnych gałęziach prawa represyjnego. Skrótowy przegląd tych regulacji uchwalonych w XX w. w Polsce prezentuje się następująco (przepisy obecnie obowiązujące zostały wyróżnione):

Zestawienie przepisów dotyczących usiłowania w polskich kodeksach XX w.

Kodeks karny z 1932 r.	<p>Art. 23 § 1. Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia przestępstwa przedsięwzięje działanie skierowane bezpośrednio ku urzeczywistnieniu tego zamiaru, lecz zamierzonego przestępstwa nie dokonywa.</p> <p>§ 2. Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie wiedział, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim zamierzonego przestępstwa lub ze względu na użycie środka, nienadającego się do wywołania zamierzonego skutku.</p> <p>§ 3. Nie odpowiada za usiłowanie, kto tylko z powodu zabobonu lub ciemnoty wierzył w skuteczność swego działania.</p>
Kodeks karny z 1969 r.	<p>Art. 11 § 1. Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem się zmierza bezpośrednio ku jego dokonaniu, które jednak nie następuje.</p> <p>§ 2. Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu</p>

<sup>18</sup> S. Budziński: *Wykład porównawczy...*, s. 163.

<sup>19</sup> Z. Jędrzejewski: *Usiłowanie z zamiarem ewentualnym*. „Państwo i Prawo” 2003, 8, s. 46.

	nadającego się do dokonania na nim przestępstwa lub ze względu na użycie środka nienadającego się do wywołania zamierzonego skutku.
<b>Kodeks karny z 1997 r.</b>	<b>Art. 13 § 1. Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje.</b> <b>§ 2. Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego.</b>
Prawo o wykroczeniach z 1932 r.	Art. 5 § 2. Nie ma odpowiedzialności za usiłowanie [...].
<b>Kodeks wykroczeń z 1971 r.</b>	<b>Art. 11 § 1. Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje.</b>
Ustawa karna skarbową z 1971 r.	Art. 2. Przepisy [...] art. 11—13 [...] Kodeksu karnego stosuje się odpowiednio do przestępstw skarbowych [...]. Art. 36. Przepisy [...] art. 11 § 1, art. 12 § 1 [...] Kodeksu karnego [...] stosuje się odpowiednio do wykroczeń skarbowych [...]. Art. 40. Odpowiedzialność za usiłowanie wykroczenia skarbowego zachodzi tylko wtedy, gdy przepis szczególny taką odpowiedzialność przewiduje.
<b>Kodeks karny skarbowy z 1997 r.</b>	<b>Art. 21 § 1. Usiłowanie przestępstwa skarbowego zagrożonego karą nieprzekraczającą roku pozbawienia wolności lub karą łagodniejszą jest karalne tylko wtedy, gdy kodeks tak stanowi.</b> <b>§ 2. Za usiłowanie można wymierzyć karę w wysokości nieprzekraczającej dwóch trzecich górnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa skarbowego.</b> <b>§ 3. Do usiłowania stosuje się odpowiednio także przepisy art. 13, 14 § 2 oraz art. 15 Kodeksu karnego; przepis art. 20 § 4 niniejszego kodeksu stosuje się odpowiednio.</b>

Źródło: zestawienie własne.

Powyższy przegląd unaocznia, że zasadnicze znaczenia dla ustalania normatywnego kształtu usiłowania mają regulacje zawarte w kodeksach karnych. Przepisy dotyczące usiłowania w ustawach wykroczeniowych i skarbowych odwołują się bowiem do ustaw karnych bądź recypują odpowiednie przepisy.

Oczywiście, powstaje pytanie, czy wprowadzane zmiany miały charakter porządkowo-stylistyczny, czy też należy im przypisać głębsze znaczenie. Analiza poszczególnych rozwiązań musi być poprzedzona ukazaniem stanowiska samego prawodawcy, ujawnianym w stosownych uzasadnieniach. Dlatego też zostaną one przytoczone *in extenso*.

Jak deklarował sam projektodawca kodeksu karnego z 1969 r., nowy kodeks został zredagowany z uwzględnieniem obowiązującego ustawodawstwa, z którego przejęto w miarę możliwości nie tylko instytucje ogólne i typy przestępstw, ale również formę ich ujęcia (co odbiega od tendencji występujących w toku prac nad wcześniejszymi projektami kodeksu karnego z lat 1956 i 1963). I zaznaczył: „Przepisy Projektu o usiłowaniu nie wprowadzają istotniejszych instytucjonalnych zmian w porównaniu z tekstem obowiązującego prawa. W szczególności Projekt, zgodnie z jednolitą linią dotychczasowego orzecznictwa sądowego, przyjmuje karalność usiłowania *dolo eventuali*. Wynika to ze sformułowania art. 12 § 1, w zestawieniu z innymi przepisami, które jeżeli mają na uwadze wyłącznie zamiar bezpośredni, posługują się zwrotem »chcąc« (np. art. 18 § 1) bądź zwrotem »w celu« (np. art. 14 § 1), a także z wyjaśnieniem terminu zamiar w art. 7 § 1. Przez odpowiednią zmianę redakcyjną (art. 11 § 1) Projekt rozstrzyga w sensie pozytywnym sporne na gruncie k.k. zagadnienie karalności usiłowania przy przestępstwach z zaniechania. Zachowuje się zasadę k.k. ograniczającą usiłowanie nieudolne do przypadków błędu co do przedmiotu bezpośredniego działania oraz błędu co do skuteczności użytego środka (art. 11 § 2). Zespół nie dopatrył się istotniejszych względów kryminalno-politycznych, które miałyby przemawiać za rozszerzeniem odpowiedzialności za nieudolne usiłowanie, w szczególności na wypadki, w których sprawca uroił sobie, że posiada wymagane przez ustawę szczególne właściwości stanowiące znamię danego przestępstwa indywidualnego (np. że jest »urzędnikiem«, »obywatelem polskim« itp.). Problem usiłowania nieudolnego ma w praktyce naszych sądów charakter zupełnie marginesowy. Ponadto brak, przy usiłowaniu nieudolnym, rzeczywistego zagrożenia dla dobra chronionego prawem przemawia przeciwko potrzebie jakiegokolwiek rozszerzenia zakresu omawianej instytucji poza tekst dotychczas obowiązującego prawa. Projekt eliminuje całkowicie instytucję usiłowania nierealnego, opartego na »zabobonie lub ciemnocie«, nie w tej oczywiście myśli, aby się chciało karać tego rodzaju czyny jako usiłowanie nieudolne, lecz wychodząc z założenia, iż wypadki całkowitego obskurantyzmu są u nas obecnie nieaktualne, a sporadyczne casusy znajdują prawidłowe rozwiązanie na gruncie materialnego określenia przestępstwa (art. 26). W art. 12 § 2 Projekt idzie dalej w porównaniu z obowiązującym dotychczas prawem, przewidując w wypadkach nieudolnego usiłowania nie tylko możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary, lecz nawet odstąpienie od jej wymierzenia”<sup>20</sup>.

Z kolei w uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego z 1997 r. czytamy: „1. Nowy kodeks karny określa odpowiedzialność za usiłowanie tak samo jak czyni to kodeks karny z 1969 r. W szczególności przewiduje odpowiedzialność za usiłowanie zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i zamia-

<sup>20</sup> *Uzasadnienie Projektu kodeksu karnego* [maszynopis; b.m. i d.w.; Biblioteka WPiA UŚ, nr sygn. 21645], s. 1—3, 14—15.

rem wynikowym. W ten sam sposób — jak kodeks z 1969 r. — rozgranicza on usiłowanie od czynności przygotowawczych. Znamieniem usiłowania jest zachowanie zmierzające bezpośrednio ku dokonaniu. Aktualny pozostaje dorobek literatury i orzecznictwa dotyczący interpretacji »bezpośredniości«. 2. Kodeks karny z 1997 r. nie przewiduje wprowadzenia merytorycznych zmian w stosunku do sposobu określania w kodeksie karnym z 1969 r. usiłowania nieudolnego. Proponowane zmiany służą jedynie zwiększeniu precyzji w określaniu usiłowania nieudolnego. W szczególności zamiast wyrazu »przestępstwo« używa się pojęcia »czyn zabroniony«, gdyż usiłowanie nieudolne jest w istocie błędem co do znamion typu czynu zabronionego. Również nie jest to właściwe ograniczenie używanego przez sprawcę środka do skutku. Może to sugerować, że usiłowanie nieudolne w tej postaci jest możliwe tylko przy przestępstwach materialnych. Przyjmuje się wyraźnie możliwość usiłowania nieudolnego przestępstw formalnych, i to zarówno w przypadku urojenia sobie przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, jak i użycia środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego. 3. Nowy kodeks przewiduje wymiar kary za usiłowanie (także usiłowanie nieudolne) w granicach zagrożenia przewidzianego za dokonanie przestępstwa. Jest to więc zgodne z regulacją przyjętą w kodeksie karnym z 1932 r. i z 1969 r. Stopień karygodności usiłowania jest z reguły zasadniczo niższy w porównaniu ze stopniem karygodności w przypadku dokonania przestępstwa. Przewidziano — podobnie jak w kodeksie karnym z 1969 r. — że w przypadku usiłowania nieudolnego sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. Rozwiązanie takie jest konsekwencją przyjętego założenia, że o ujemnej wartości zachowania decyduje przede wszystkim stopień zagrożenia dla chronionego normą prawną dobra<sup>21</sup>.

Odnotujmy zatem skrótowo poszczególne zmiany, które głębszej analizie poddane zostaną w dalszej części opracowania. Ten swoisty inwentarz zmian kształtuje się następująco:

- Zmiany stylistyczne — niewątpliwie, z przyczyn zupełnie naturalnych, zmienił się sam język wypowiedzi ustawodawcy. Każdorazowo zatem uwspółcześniana jest składnia oraz słownictwo języka prawnego, co pozwala unikać anachronizmów<sup>22</sup>.
- Zamiana pojęcia „przestępstwo” na „czyn zabroniony” — kodeks karny z 1932 r. stanowił o zamiarze popełnienia przestępstwa, późniejsze już ustawy definicję usiłowania konstruują na podstawie pojęcia czynu zabronione-

<sup>21</sup> *Nowe kodeksy karne — z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego. Kodeks karny wykonawczy.* Warszawa 1997, s. 124—125.

<sup>22</sup> M. Zieliński: *Wykładnia prawa...*, s. 177. Dodać należy, że w pracach nad brzmieniem nowych kodeksów biorą udział również językoznawcy — Por. np.: *Uzasadnienie Projektu kodeksu karnego...*, s. 1. Zob. też: J. Pieńkos: *Podstawy juryslingwistyki; język w prawie — prawo w języku.* Warszawa 1999.

go. Zmiana ta jednak nie wynika z odmiennej konstrukcji usiłowania, lecz z należytego rozróżniania pojęć „przestępstwo” i „czyn zabroniony” oraz dołożenia większej staranności w posługiwaniu się tymi pojęciami przez ustawodawcę.

- Zmiana pojęcia „działanie” na „zachowanie” — w kodeksie karnym z 1932 r. jest mowa o przedsięwzięciu działania, natomiast w późniejszych kodeksach operuje się terminem „zachowanie”. Ucięto w ten sposób dyskusje, czy usiłowania można dopuścić się przez zaniechanie.
- Zmiana pojęcia „urzeczywistnienie zamiaru” na „dokonanie” — kodeks karny z 1932 r., definiując usiłowanie, stanowił, że jest nim działanie zmierzające do urzeczywistnienia zamiaru popełnienia przestępstwa. Ustawodawca z lat 1969 i 1997 wprowadził zasadę, że usiłowanie to zachowanie zmierzające do dokonania czynu zabronionego. Nawiązał w ten sposób do niebudzącego wątpliwości schematu *iter delicti* i pojęcia dokonania, będącego ostatnim stadium tej drogi.
- Zmiana sformułowania „nie wiedział” na sformułowanie „nie uświadamiał sobie” — w kodeksie karnym z 1932 r. różnicę między usiłowaniem udolnym a usiłowaniem nieudolnym stanowi brak wiedzy sprawcy, że dokonanie jest niemożliwe. Natomiast kodeksy późniejsze nawiązują do braku świadomości sprawcy, że dokonanie jest niemożliwe. Zmiana ta — jak się wydaje — wprowadzona została ze względu na coraz szybciej rozwijającą się psychologię, która rozróżnia pojęcia „wiedza” i „świadomość”, nadając im specyficzne znaczenia<sup>23</sup>.
- Zmiana pojęcia „skutku” na sformułowanie „popełnienia czynu zabronionego” — zarówno kodeks karny z 1932 r., jak i kodeks karny z 1969 r., określając usiłowanie nieudolne ze względu na użycie środka, odnosiły tę formę do wywołania zamierzonego skutku. Jak wynika z przytoczonego wcześniej uzasadnienia kodeksu karnego z 1997 r., w celu uchylecia wątpliwości<sup>24</sup>, że ta postać usiłowania nieudolnego może odnosić się również do przestępstw

<sup>23</sup> Świadomość to bezpośrednia wiedza, jaką każdy z nas posiada o swym istnieniu, swych czynach oraz świecie zewnętrznym i choć nie stanowi wydzielonej funkcji, dzięki niej możemy się umiejscowić w czasie i przestrzeni, albowiem organizuje dane dostarczane przez zmysły i pamięć. Wiedza to natomiast ogół wiadomości jednostki. N. Sillamy: *Słownik psychologii*. Katowice 1994, s. 290 i 321. Por. też W. Wolter: *Funkcja błędu w prawie karnym*. Warszawa 1965, s. 8—9.

<sup>24</sup> Zaznaczyć jednak należy, że takich wątpliwości na gruncie przepisu art. 23 § 2 k.k. z 1932 r. nie miał S. Śliwiński, który rozróżniał pojęcia „skutek” i „skutek przestępny”. Jak wskazywał, w art. 23 § 2 mowa jest o „zamierzonym skutku”, a więc skutku zamiaru, a skutkiem zamiaru jest nie tylko skutek zewnętrzny przy przestępstwach materialnych, ale także sam czyn przy przestępstwach formalnych. Zdaniem tego autora, art. 23 § 2 operuje pojęciem skutku w najobszerniejszym znaczeniu, a usiłowanie nieudolne jest możliwe w przypadku przestępstw formalnych. Podobne znaczenie, według autora, ma sformułowanie „skuteczność działania”, pojawiające się w § 3. — S. Śliwiński: *Prawo karne*. Warszawa 1946, s. 108—109.

formalnych, ostatni kodeks stanowi więc o nieudolności ze względu na użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego.

- Uchylenie treści art. 23 §3 k.k. z 1932 r. — już ustawodawca z 1967 r. nie zdecydował się na utrzymanie w ustawie tzw. usiłowania nierealnego, pozostawiając — jak wynika z przytoczonego uzasadnienia — sądom rozwiązywanie takich wyjątkowych sytuacji na podstawie klauzuli społecznego niebezpieczeństwa czynu. Stanowisko to, przynajmniej formalnie, podzielił też ustawodawca z 1997 r.

Zdaniem R. Zawłockiego, zarówno koncepcja usiłowania, jak i jego normatywna treść zasadniczo pozostały niezmiennie od kodeksu karnego z 1932 r. Jednocześnie zauważa on, że z woli J. Makarewicza, gorącego zwolennika subiektywizmu w prawie karnym (a zwłaszcza w usiłowaniu), kodeks karny z 1932 r. wprowadził szeroką formułę karalności usiłowania, zachowaną w kolejnych kodeksach. Opierała się ona na uznaniu dominującej roli subiektywizmu w formułowaniu ocen karnoprawnych. Uzasadnienie to — zdaniem R. Zawłockiego — powoływane jest również współcześnie<sup>25</sup>, a współczesny projektodawca nie wskazał bezpośrednio swojego stosunku do problematyki obiektywizmu i subiektywizmu. W rezultacie, można w tej mierze mieć — zdaniem wspomnianego autora — pewne wątpliwości co do ich generalnej intencji. Wynika to również z faktu, że instytucje części ogólnej kodeksu zdają się stanowić pomieszanie dwóch koncepcji<sup>26</sup>. Wydaje się jednak, że R. Zawłocki nie dostrzegł, że w wyniku prac nad kodeksem karnym z 1932 r. J. Makarewicz musiał zaakceptować węższą i nie tak silnie akcentującą subiektywizm koncepcję usiłowania<sup>27</sup>. Można więc skonstatować, że usiłowanie miało mieszany charakter (subiektywno-obiektywny) i — jak przyjdzie zauważyć — taki charakter w aktualnym stanie prawnym się ujawnia.

## 2. Problem wytyczania granic usiłowania w pochodzie przestępstwa

Jednym z najtrudniejszych problemów związanych z usiłowaniem jest oczywiście wytyczanie jego granic. Zarówno tej „dolnej” (w uproszczeniu rzecz uj-

<sup>25</sup> Por. W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Warszawa 2010, s. 236.

<sup>26</sup> R. Zawłocki: *Opinia dotycząca oceny obowiązujących rozwiązań w zakresie podstaw odpowiedzialności karnej (Rozdział I—III K.k.), przygotowana dla Komisji Kodyfikacyjnej przy Ministrze Sprawiedliwości referat KKKP*. Dostępny w Internecie: [www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl).

<sup>27</sup> Por. rozdział pierwszy niniejszej pracy.



mując, między przygotowaniem a usiłowaniem), jak i „górną” (między usiłowaniem a dokonaniem). Znaczenie precyzji w tym zakresie, obok spełnienia podstawowego standardu dobrej legislacji i zasady *nullum crimen sine lege certa* warunkującej każdorazowo prawidłową subsumcję, przy przestrzeganiu funkcji gwarancyjnej prawa karnego, jest nieco inne w przypadku każdej z granic.

Przed wszystkim dolna granica usiłowania w pochodzie przestępstwa — wobec wyjątkowej karalności przygotowania — stanowi zasadniczo granicę kryminalizacji. W myśl bowiem przepisu art. 16 § 2, przygotowanie jest karalne tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi. W polskim systemie prawa karnego przewidziano jedynie, jak w 2010 r. odnotował R. Zawłocki, 23 przypadki karalności przygotowania: 16 w części szczególnej kodeksu, 2 w części wojskowej oraz 5 w dwóch ustawach pozakodeksowych, chociaż w istocie karalne przygotowania odnoszą się do znacznie większej liczby typów przestępstw, niektóre przepisy bowiem odsyłają do kilku typizacji<sup>28</sup>. W każdym przypadku karalnego przygotowania ustawodawca odrębnie wyznacza granice grożącej kary, odpowiednio niższej w porównaniu z karą grożącą za dokonanie (a zatem i za usiłowanie)<sup>29</sup>. Natomiast usiłowanie w przypadku przestępstw jest zawsze karalne, a „Sąd wymierza karę za usiłowanie w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa” (z pewnymi modyfikacjami w przypadku tzw. usiłowania nieudolnego). Oznacza to, że przypadku znacznej większości typizacji, co do których ustawodawca nie podjął decyzji o kryminalizacji przygotowania, usiłowanie stanowi „dolny próg” odpowiedzialności karnej w pochodzie przestępstwa, a cezura między przygotowaniem a usiłowaniem jest równocześnie granicą kryminalizacji. W pozostałych nielicznych przypadkach cezura ta nie tyle statuuje odpowiedzialność, ile wytycza jej ciężar — zagrożenie karą. Na interesujący aspekt tej granicy wskazał również W. Radecki, podkreślając, że zagadnienie początku usiłowania jest kwestią fundamentalną, gdyż **decyduje o zakresie ochrony udzielanej osobie pokrzywdzonej**<sup>30</sup>, a w szerszym aspekcie dobrom prawnym. Natomiast chyba dość niezręczny „wniosek praktyczny” nasunął się A. Markowi, który — biorąc pod uwagę, że przygotowanie jest karalne wyjątkowo — proponuje, aby nie „spieszyć się”

<sup>28</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 627—628. Warto dodać, że w międzyczasie pojawiła się nowa forma karalnego przygotowania — przygotowanie do popełnienia przestępstwa handlu ludźmi — art. 189a § 2.

<sup>29</sup> Na przykład fałszowanie pieniędzy zagrożone jest karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5 albo karą 25 lat pozbawienia wolności, natomiast kto czyni przygotowania do tego przestępstwa, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 (art. 310 § 1 i 3 k.k.).

<sup>30</sup> Por. np. W. Radecki: *Usiłowanie zgwałcenia w świetle przepisów kodeksu karnego*. „Nowe Prawo” 1974, 12 s. 1615. Co prawda, autor pisał o przestępstwie zgwałcenia, jednak uwaga ta zachowuje swoją aktualność przy wszystkich typizacjach, dla których ustawodawca przewidział niekaralność przygotowania.

z ujęciem sprawców, gdy ich zachowanie nie jest jeszcze bezpośrednim zamachem na chronione dobro<sup>31</sup>.

Nie jest to jednak jedyne znaczenie owej linii demarkacyjnej. Rozróżnienie bowiem dwóch postaci stadialnych przeddokonaniowych ma swoje konsekwencje w — nazwijmy to skrótowo — postaciach czynnego żalu, a mówiąc nieco precyzyjniej — wymogach stawianych przez ustawodawcę uzależniających bezkarność. Ustawodawca czynny żal skutkujący bezkarnością przewidział zarówno na etapie przygotowania, jak i usiłowania. Czynny żal na etapie przygotowania przybiera zasadniczo wyłącznie postać odstąpienia. I tylko w przypadku tzw. przygotowania w formie personalnej (osobowej) dodatkowym wymogiem jest podjęcie istotnych starań zmierzających do zapobieżenia dokonaniu<sup>32</sup>. W zupełnie wyjątkowych sytuacjach ustawodawca stawia surowsze wymagania sprawcy przygotowania, który chce skorzystać z bezkarności jako konsekwencji czynnego żalu<sup>33</sup>. Antycypując nieco przyszłe rozważania, zauważyć należy, że czynny żal na etapie usiłowania przybiera dwie postaci; innymi słowy, dwojakiego rodzaju wymagania stawia ustawa sprawcy usiłowania, który chce skorzystać z bezkarności: odstąpienie lub zapobieżenie skutkowi<sup>34</sup>. *Prima facie* wydawać by się mogło więc, że szczególnego znaczenia nabiera precyzyjne wytyczenie granicy między przygotowaniem a usiłowaniem, ponieważ po jej przekroczeniu wymagania wobec sprawcy stają się poważniejsze (pojawia konieczność zapobieżenia skutkowi). Przyjąć jednak chyba należy, że tok myślenia powinien pójść w przeciwnym kierunku. To nie dlatego pojawia się dodatkowe wymaganie, że sprawca osiągnął swoim zachowaniem etap usiłowania, ale odwrotnie — to układ stanu faktycznego, w którym już tylko zapobieżenie skutkowi może spowodować brak dokonania, pozwala na przyjęcie, że jest to usiłowanie. Konstatacja ta umożliwia sformułowanie pewnej wskazówki, ułatwiającej (choć nie rozstrzygającej) ocenę, czy zachowanie sprawcy osiągnęło stadium przygotowania, czy usiłowania, do czego jeszcze przyjdzie wrócić. **Otóż, jeżeli przy popełnianiu przestępstwa materialnego jedyną możliwością nienastąpienia skutku jest przeciwakcja — zapobieżenie, to z pewnością mamy do czynienia z usiłowaniem. Jeśli natomiast do braku dokonania wystarczy odstąpienie, to ocenę rodzaju etapu drogi**

<sup>31</sup> A. Marek: *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa 2006, s. 52—53.

<sup>32</sup> „Art. 17 § 1. Nie podlega karze za przygotowanie, kto dobrowolnie od niego odstąpił, w szczególności zniszczył przygotowane środki lub zapobiegł skorzystaniu z nich w przyszłości; w razie wejścia w porozumienie z inną osobą w celu popełnienia czynu zabronionego, nie podlega karze ten, kto nadto podjął istotne starania zmierzające do zapobieżenia dokonaniu”.

<sup>33</sup> Por. treść przepisu art. 131 § 2. O znaczeniu tego typu regulacji i ich relacji do przepisu art. 17 zob. szerzej: R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 668.

<sup>34</sup> Zob. szerzej O. Sitarz: *Usiłowanie ukończone i nieukończone (próba nowego spojrzenia)*. „Państwo i Prawo” 2011, 6, s. 88.

**przestępczej trzeba oprzeć na innym kryterium.** Na marginesie zauważyć również należy, że zasadnicza niekaralność przygotowania oraz istnienie instytucji czynnego żalu powodują, że granica między przygotowaniem a usiłowaniem ma charakter szczególny. Zatem odstąpienie od realizacji przestępczego zamiaru na etapie niekaralnego przygotowania jest prawnie irrelewantne, nie muszą więc być spełnione określone przesłanki warunkujące bezkarność, przede wszystkim dobrowolność. Za nietrafiony zatem należy uznać zarzut, że sąd nie rozważył zupełnie kwestii dobrowolnego odstąpienia od czynu<sup>35</sup> w sytuacji, gdy wcześniej sąd ten ustalił, że zachowanie sprawcy stanowiło przygotowanie.

**Granica między przygotowaniem a usiłowaniem ponownie nabiera olbrzymiego znaczenia w przypadku przestępstw popełnianych we współsprawstwie.** Jak była już o tym mowa, przy przygotowaniu ustawodawca wymaga od współdziałającego nie tylko odstąpienia, ale nadto podjęcia istotnych starań zmierzających do zapobieżenia dokonaniu. Czynny żal współdziałających na etapie usiłowania reguluje przepis art. 23<sup>36</sup> (będący, w części dotyczącej sprawczego współdziałania oraz usiłowanego podżegania i pomocnictwa, *lex specialis* w stosunku do ogólnej regulacji zawartej w przepisie art. 15<sup>37</sup>). Warunkiem bezkarności, w myśl powyższego unormowania, jest zapobiegnięcie dokonaniu czynu zabronionego. W literaturze<sup>38</sup> i orzecznictwie<sup>39</sup> zgodnie się zaznacza, że podstawą bezkarności może być każde zachowanie współdziałającego skutkujące brakiem dokonania, również samo odstąpienie od współdziałania, ze względu na szczególne relacje między współdziałającymi, może skutecznie zapobiec dokonaniu, co pozwala na zastosowanie art. 23 § 1 k.k. **Zatem dodatkowym warunkiem, nieobecnym przy czynnym żalu związanym z przygotowaniem, jest skuteczne zapobieżenie dokonaniu** (nie wystarczy podjęcie istotnych starań). Co prawda, zdaniem P. Kardasa, „w wypadku gdy współdziałający dobrowolnie podjął zabiegi zmierzające do zapobieżenia dokonaniu, lecz skutek w postaci przeszkodzenia w popełnieniu czynu zabronionego został wywołany przez innego współdziałającego, przyjęć należy, iż z uwagi na obiektywny brak możliwości zrealizowania przesłanki przewidzianej w art. 23 § 1 k.k. (tj. za-

<sup>35</sup> Por. np. W. Radecki: *Usiłowanie zgwałcenia...*, s. 1609. Jak rozumiem, zadaniem sądu nie jest „wyszukiwanie” rozwiązań przewidzianych w prawie karnym pozwalających na uniewinnienie oskarżonego, ale adekwatna z obowiązującym stanem prawnym karnoprawna ocena czynu.

<sup>36</sup> „Art. 23 § 1. Nie podlega karze współdziałający, który dobrowolnie zapobiegł dokonaniu czynu zabronionego. § 2. Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do współdziałającego, który dobrowolnie starał się zapobiec dokonaniu czynu zabronionego”.

<sup>37</sup> P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do art. 1–116 k.k.* Red. A. Zołł. Kraków 2004, s. 440.

<sup>38</sup> Por. np. *ibidem*, s. 442.

<sup>39</sup> Por. wyrok SN z 26.08.2004 r., V KK 78/04. OSNKW 2004, 9.

pobieżenie dokonaniu), która została wypełniona przez zachowanie innej osoby, wobec takiego współdziałającego stosować należy *per analogiam* regulację przewidzianą w art. 23 § 1 k.k.<sup>40</sup>, ale z tym stanowiskiem trudno się zgodzić. Istotą czynnego żalu jest przecież spowodowanie braku dokonania i brak tego elementu warunkuje bezkarność sprawcy, w tym sprawcy współdziałającego. Bezkarność ta, stanowiąca wyłom w zasadzie odpowiedzialności za popełniony czyn (a tym jest usiłowanie), ma ściśle określone przesłanki, których nie wolno interpretować rozszerzająco. Wyłącznie ustawodawca ma kompetencję do kształtowania tych przesłanek i z jego woli czynny żal na etapie przygotowania charakteryzuje się mniejszą stanowczością niż na etapie usiłowania. Współdziałający, który nieskutecznie starał się zapobiec dokonaniu czynu zabronionego na etapie usiłowania, może liczyć (*via* przepis art. 23 § 2 k.k.) na nadzwyczajne złagodzenie kary.

Z kolei zdaniem J. Giezka, regulacja z art. 23 § 1 jest bardziej rygorystyczna niż ta z art. 15 § 1, skoro stawia wymóg, by współdziałający zapobiegł dokonaniu czynu zabronionego<sup>41</sup>, ale również i z tym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. **Wymóg, zarówno przewidziany w przepisie art. 15 § 1, jak i art. 23 § 1 jest ten sam — brak dokonania, natomiast układ faktyczny (popełnienia przestępstwa we współdziałaniu) może sprawiać, że trudniej jest temu wymogowi sprostać.** Nie można zatem zgodzić się z A. Krukowskim, zdaniem którego „nawet w razie wątpliwości co do tego, czy odstąpienie od kontynuacji zamiaru przestępnego nastąpiło w fazie przygotowania, czy też usiłowania, pozwala z jednakowym skutkiem prawnym rozwiązać kwestię rezygnacji z karania”<sup>42</sup>.

Wszystkie przytoczone uwagi szczególnie aktualizują się w przypadku przyjęcia werbalizowanej m.in. przez SN koncepcji, zakładającej, że „**jeżeli w pochodzie przestępstwa czyn wykracza poza granice przygotowania (art. 16 k.k.), to stanowi on co najmniej usiłowanie popełnienia tego przestępstwa**”<sup>43</sup>,

<sup>40</sup> P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 446.

<sup>41</sup> J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek. Warszawa 2007, s. 198.

<sup>42</sup> A. Krukowski: *Odstąpienie od przygotowania w kodeksie karnym*. „Palestra” 1978, 3, s. 18. Poglądy te podziela R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 670. Zauważyć przy tym należy (za R. Zawłockim), że zbyt nonszalanckie podejście do ustalenia „kwestii dopuszczalnego momentu czynnego żalu” może „zemścić” się, gdy się okaże, że któraś z przesłanek bezkarności wymieniona w przepisie art. 15 lub 17 nie została przez sprawcę zrealizowana — np. dobrowolności, w takiej sytuacji bowiem odpowiedzialność karna będzie wyglądała już — siłą rzeczy — zupełnie inaczej. Problem stanowić może też nieobecność w instytucji czynnego żalu okazywanego w fazie karalnego przygotowania postaci nieskutecznego czynnego żalu.

<sup>43</sup> Postanowienie SN z 1.04.2005 r., IV KK 309/04. OSNKW 2005, 9.

**nie ma zatem tzw. pola niczyjego**<sup>44</sup>. Wprawdzie T.E. Huk przedstawił stanowisko odmienne, podnosząc, że „czynność ponad przygotowanie, dopóki nie ma cech bezpośredniości, nie jest usiłowaniem, lecz nadal przygotowaniem”<sup>45</sup>, jednak skutecznie zostało ono przez SN podważone. Jak słusznie zauważył bowiem SN, określone działanie albo wykracza poza granice przygotowania, albo poza te granice nie wykracza — *tertium non datur* (zgodnie bowiem z regułami logiki, nie można granicami znaczeniowymi pojęcia „przygotowanie” obejmować także tego, co stanowi „ponadprzygotowanie”)<sup>46</sup>. Odnosząc się do powyższego orzeczenia i nawiązując do socjologicznej koncepcji czynu zaproponowanej przez M. Cieślaka, J. Potulski stwierdza, że **czyn w rozumieniu prawa karnego uznany za ostatni moment przygotowania jest bezpośrednim poprzednikiem czynu w rozumieniu prawa karnego, który rozpoczyna usiłowanie. To, co pomiędzy nimi, zachowania niedoniosłe społecznie, czynem (w rozumieniu prawa karnego) — zdaniem J. Potulskiego — nie są**. I jak dalej autor ten wyjaśnia, zachowanie, które jednocześnie nie będzie stanowiło zagrożenia dla dobra prawnego, nie będzie nie tylko elementem przygotowania ani usiłowania, ale przede wszystkim nie będzie czynem w rozumieniu prawa karnego<sup>47</sup>. Na poparcie swej tezy autor ten przywołuje twierdzenie M. Cieślaka, który pisał: „zachowanie się człowieka składa się z trudnej do określenia masy różnorodnych zachowań, z których większość jest społecznie obojętna (jedzenie, spanie, odpoczynek, lektura, zabawa itp.) i w zasadzie nie jest interesująca z punktu widzenia pojęcia czynu — chyba że wyjątkowo znajdzie się w funkcjonalnym związku z odpowiednio doniosłym faktem”<sup>48</sup>. Sięgnąć jednak należy po następny fragment wypowiedzi tego samego autora: „Społeczna doniosłość nie przesądza jeszcze oceny w kierunku dodatnim lub ujemnym. Społecznie doniosły jest zarówno zabieg chirurgiczny ratujący życie (ocena dodatnia), jak i potrącenie człowieka ze skutkiem śmiertelnym (ocena ujemna). W obu przypadkach występuje »czyn« w przyjętym tu rozumieniu; z tym wszelako, że prawo karne interesuje się tylko (lub ściślej: przede wszystkim) czynami tej drugiej kategorii, czyli społecznie doniosłymi w sensie ujemnym. Nietrudno zauważyć, że ujemna właściwość tej grupy czynów to nic innego, jak ich »obiektywna antyspołeczność«, stanowiąca warunek »społecznego niebezpieczeństwa czynu«, a więc osobnej przesłanki odpowiedzialności karnej”<sup>49</sup>. **W świetle tej**

<sup>44</sup> Por. A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Art. 1—116. Gdańsk 2005, s. 207.

<sup>45</sup> T.E. Huk: *Glosa do wyroku SN IV KR 336/84 z dnia 22 stycznia 1985 r.* „Palestra” 1986, 12, s. 115.

<sup>46</sup> Postanowienie SN z 1.04.2005 r., IV KK 309/04. OSNKW 2005, 9.

<sup>47</sup> J. Potulski: *Spór o początek usiłowania w kontekście socjologicznej koncepcji czynu*. „Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa” 2006, 2, s. 136.

<sup>48</sup> M. Cieślak: *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*. Warszawa 1990, s. 160.

<sup>49</sup> *Ibidem*, s. 160—161.

ostatniej wypowiedzi, nie budzi zatem wątpliwości, że pomiędzy ostatnim czynem wchodzącym w skład przygotowania a pierwszym czynem będącym już usiłowaniem może pojawić się inny czyn jako zachowanie doniosłe społecznie. Może to być czyn zarówno o dodatniej ocenie społecznej (wykonanie obowiązku), jak i nawet negatywnej (np. naruszenie przepisów prawa pracy, prawa wykroczeń czy nawet prawa karnego, lecz nie w związku z przygotowywanym przestępstwem). Odnosząc się więc do przytoczonej tezy SN, podkreślić należy znaczenie sformułowania „pochód przestępstwa” i w tym kontekście wytyczać granicę między przygotowaniem a usiłowaniem. Zatem nawet jeśli pomiędzy tymi stadiami pojawiają się inne czyny sprawcy, to nieobjęte „pierwotnym” zamiarem dokonania przestępstwa do pochodzenia przestępstwa nie będą należały<sup>50</sup>. Rzeczywiście więc każdy następny czyn po **ukończeniu** przygotowania w pochodzie **danego** przestępstwa jest, co najmniej, usiłowaniem, o ile zmierza do dokonania wcześniej zamierzonego czynu. Przemawia za tym również wykładnia systemowa, ponieważ racjonalny ustawodawca, przewidując z ważnych względów (wyjątkowo) karalność przygotowania, nie pozostawiłby bezkarnych czynów, które już ten etap przekraczają — prowadziłyby to do wewnętrznej sprzeczności w systemie prawa karnego.

O trudnościach w określaniu granicy między przygotowaniem a usiłowaniem już w 1884 r. pisał E. Krzymuski: „Nie ma na polu prawa karnego kwestii trudniejszej do rozwiązania teoretycznego niż rzecz, o która nam teraz chodzi. Ustawodawstwa pozostawiają ję wyjaśnienie nauce, a nauka do dziś dnia nie zdobyła się jeszcze na tyle światła, aby przy jej promieniach można było z góry oznaczyć punkt, na którym się kończą akta przygotowawcze, a od którego rozpoczyna się sfera wykonania”<sup>51</sup>. Autor ten scharakteryzował równocześnie rodowód problemu linii demarkacyjnej między przygotowaniem a usiłowaniem. Wskazał: „Im dalsza stacja osiągnięta w pochodzie przez sprawcę, tym kara powinna być surowsza (ale mniejsza niż za dokonanie), gdyż pozwoli sędziemu przekonać się z większą pewnością, że zamiarem sprawcy było istotnie doprowadzić do końca swoje przedsięwzięcie. Ta prawda otrzymała z czasem tak wielkie uznanie, że pojęcie usiłowania karygodnego już nie obejmuje dzisiaj wszystkich aktów, dających się podciągnąć pod charakterystykę istotną usiłowania. A mianowicie usiłowanie karygodne nie zaczyna się już dzisiaj od pierwszego aktu, mogącego być spełnionym przez jego sprawcę w celu dokonania jakiegoś przestępstwa. Od usiłowania karygodnego wymaga się dzisiaj, aby było aktem, któryby znajdował się już w tak bliskim stosunku do pewnego

<sup>50</sup> Pamiętać oczywiście należy, że w używanych gdzieś sformułowaniach określających usiłowanie jako „coś więcej niż przygotowanie” nie chodzi o chronologię czasową — po jednych czynnościach przygotowawczych sprawca może podjąć inne czynności przygotowawcze.

<sup>51</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*. Warszawa 1884, s. 140.

przestępstwa, iżby wskazywał wyraźnie, że dokonanie tego ostatniego odpowiadał zamiarowi jego sprawcy<sup>52</sup>. Niewątpliwie wciąż jest to problem trudny, z którym zarówno doktryna, jak i nauka nie mogą sobie ostatecznie poradzić.

Warto zauważyć, że mimo iż kodeks karny z 1932 r. nie definiował przygotowania, nie było wątpliwości że „granicę pomiędzy czynnością przygotowawczą a karalnym usiłowaniem wytycza słowo »bezpośrednio«<sup>53</sup>. W kolejnych kodeksach pojawia się (wyjątkowo) karalne i zdefiniowane przygotowanie, wciąż jednak kluczem do rozróżnienia tych stadiów pozostaje „bezpośredniość”.

Nawiązując do przywołanej już wcześniej koncepcji derywacyjnej wykładni, poszukując **znaczenia pojęcia „bezpośrednio”**, sięgnąć w pierwszym rzędzie należy, wobec braku definicji legalnej oraz ustalonego znaczenia w języku prawniczym, do języka ogólnego, którego źródłem są słowniki języka polskiego. Jak większość wyrazów w języku polskim, jest to słowo wieloznaczne, o wieloznaczności homonimicznej. Interpretacji nie ułatwia technika konstrukcji słowników — przywoływanie w objaśnieniu różnych znaczeń bliskoznacznych (nie dokładnie takich samych i nie na tyle zasadniczo różnych, żeby wyróżniać generalnie inne zupełnie znaczenie, lecz zbliżone)<sup>54</sup>. Zgodnie ze *Słownikiem języka polskiego*, „bezpośredni” to: 1) niemający ogniw pośrednich, dotyczący kogoś lub czegoś wprost; 2) znajdujący się bardzo blisko, niczym nieprzedzielony; 3) niekonwencjonalny, naturalny, prosty szczery<sup>55</sup>. Kontekst (zwłaszcza makrokontekst) pozwala na wyeliminowanie trzeciego znaczenia tego pojęcia, zmniejszając w ten sposób jego wieloznaczność leksykalną<sup>56</sup>. Tylko nieco inne znaczenia wskazuje *Słownik...* w przypadku wyrazu „bezpośrednio” — 1) bez jakiegokolwiek pośrednictwa; osobiście, wprost; 2) w stosunkach przestrzennych: bardzo blisko, tuż; bez czegoś, co przegradza; 3) w chwili następującej po czymś lub poprzedzającej coś, krótko przed kimś lub po kimś, zaraz, natychmiast<sup>57</sup>. Również i w tym wypadku kontekst pozwala na wyeliminowanie znaczenia 2., co zmniejsza nieco wieloznaczność przysłówka „bezpośrednio”. Ponieważ zwrot ten w dyrektywach językowych jest niejednoznaczny, należy uruchomić procedury interpretacyjne na podstawie dyrektyw pozajęzykowych (systemowe i funkcjonalne). Jednocześnie przyjąć należy, że jest to zwrot niedookreślony i nieostry, przy czym jest to efekt celowo zamierzony przez ustawodawcę.

<sup>52</sup> Ibidem, s. 142.

<sup>53</sup> Por. np. M. Siewierski: *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*. Warszawa 1958, s. 62—63. Już jednak w latach 30. postulowano wprowadzenie znamienia bezpośredniości do przepisu odnoszącego się do usiłowania — por. A. Berger: *Usiłowanie przestępstwa (uwagi do art. 23 § 1 k.k. z 1932 r.)*. Lublin 1933, s. 12—13.

<sup>54</sup> M. Zieliński: *Wykładnia prawa...*, s. 141.

<sup>55</sup> *Słownik języka polskiego*. T. 1. Red. M. Szymczak. Warszawa 1978, s. 148.

<sup>56</sup> M. Zieliński: *Wykładnia prawa...*, s. 144.

<sup>57</sup> *Słownik języka polskiego*. T. 1..., s. 148.

W dyrektywie systemowej uwzględnić należy jednak fakt, że przeprowadzona analiza pojęcia wytyczającego granicę usiłowania nie może być oderwana od struktury konkretnego przestępstwa, z którym usiłowanie jest związane<sup>58</sup>.

Zacząć wypada od konstatacji, że pojęcie „bezpośredniość” występuje zarówno w innych gałęziach prawa<sup>59</sup>, jak i w innych przepisach samego prawa karnego<sup>60</sup>. Oczywiście, ustawodawca, posługując się wielokrotnie tym pojęciem, używa je w różnych znaczeniach, uwzględniając jego trzy główne zakresy — bez jakiegokolwiek pośrednictwa, w bliskiej przestrzeni, w krótkim odstępie czasu. Jednak świadomość tego faktu nie ułatwia karnoprawnej oceny zachowania sprawcy i określenia formy stadialnej, którą swoim zachowaniem sprawca ten osiągnął. W tym kontekście szczególnego znaczenia nabiera przepis art. 25 § 1, w treści którego również pojawia się „bezpośredniość” — Nie popełnia przestępstwa, kto w obronie koniecznej odpiera bezpośredni, bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem (podobnie jak przepis regulujący kwestię stanu wyższej konieczności — art. 26 § 1 i 2). W tym bowiem przypadku miejsce, a co za tym idzie i funkcja pojęcia „bezpośrednio” są zupełnie inne niż w przypadku kryminalizacji usiłowania. W definicji usiłowania, a także w przepisach części szczególnej pojęcie to współtworzy granicę kryminalizacji — współkształtując znamiona typu czynu zabronionego. Przyjęcie szerszej wykładni „bezpośredniości” oznacza więc szerszą kryminalizację (i odwrotnie, przyjęcie węższego znaczenia pojęcia „bezpośredniości” skutkuje węższym zakresem kryminalizacji), co może być realizacją określonej polityki kryminalnej czy karnej. „Działanie” tego pojęcia jako elementu instytucji obrony koniecznej (podobnie jak stanu wyższej konieczności) jest skierowane całkiem odwrotnie — im szersza interpretacja „bezpośredniości”, tym węższy ostatecznie zakres

<sup>58</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa w prawie polskim (problem „bezpośredniości”)*. Warszawa 1965, s. 21.

<sup>59</sup> Występuje chyba w każdej gałęzi prawa, oczywiście, w różnych znaczeniach — mówi się o bezpośrednich skutkach, o bezpośrednich wyborach, o bezpośrednim stosowaniu aktu prawnego, o kosztach bezpośrednio związanych, o czynności dokonanej bezpośrednio czy o zasadzie bezpośredniości; teoretycy prawa mówią o bezpośrednim rozumieniu.

<sup>60</sup> Pojęcie „bezpośrednio” występuje 16 razy w k.k.: art. 13 (usiłowanie), art. 16 (przygotowanie), art. 25 (obrona konieczna — bezpośredni zamach), art. 26 (stan wyższej konieczności — bezpośrednio niebezpieczeństwo), art. 44 (przypadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa) oraz art. 45 (jako antonim — przypadek korzyści osiągniętych pośrednio z przestępstwa), art. 127 (działalność zmierzająca bezpośrednio do zamachu stanu), art. 128 (działalność zmierzająca bezpośrednio do usunięcia konstytucyjnego organu), art. 160 (narażenie na bezpośrednio niebezpieczeństwo utraty życia), art. 161 (bezpośrednie narażenie na zarażenie), art. 162 (nieudzielenie pomocy w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia), art. 164 i 174 (sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy), art. 166 (przejęcie kontroli nad statkiem poprzez groźbę bezpośredniego użycia gwałtu), art. 179 (dopuszczenie do ruchu pojazdu w stanie bezpośrednio zagrażającym bezpieczeństwu), art. 281 (sprawca bezpośrednio po dokonaniu kradzieży używa przemocy).



odpowiedzialności karnej. Powstaje więc pytanie, czy i jakie znaczenie dla wykładni pojęcia „bezpośredniości” ma funkcja, którą ono pełni.

Tę wielość funkcji i kontekstów zauważył wcześniej A. Spotowski, pisząc o niebezpieczeństwie bezpośrednim. Wskazywał, że ów kontekst i funkcja wywierają wpływ na zakres tego pojęcia, ponieważ musi ono być interpretowane w ten sposób, aby instytucja prawnokarne, w ramach której występuje, mogła spełniać swoje zadanie. W opinii tego autora, nie można określić zakresu niebezpieczeństwa bezpośredniego w oderwaniu od kontekstu, gdyż w zależności od niego nazwa ta może mieć nieco inne znaczenie. I jak zauważa wspomniany autor, nie jest dobrze, gdy ta sama nazwa występuje w akcie prawnym w różnych znaczeniach, ale tak się właśnie stało z „niebezpieczeństwem bezpośrednim”<sup>61</sup>. Nie ma wątpliwości, że przytoczone uwagi są szczególnie aktualne odnośnie do pojęcia bezpośredniości. Jednak W. Wróbel i Andrzej Zoll uważają, że bezpośredniość jako cechę zamachu w instytucji obrony koniecznej (podobnie jak w stanie wyższej konieczności) należy rozumieć podobnie, jak bezpośredniość zmierzania do dokonania czynu zabronionego w przypadku usiłowania<sup>62</sup>.

W doktrynie prawa karnego sformułowano cztery kryteria, według których należy oceniać bezpośrednio niebezpieczeństwo związane ze stanem wyższej konieczności. Ich przegląd dokonał J. Lachowski. Wskazał on, że najdawniej bezpośredniość utożsamiano z bliskością czasową. Według tego kryterium, niebezpieczeństwo ma charakter bezpośredni tylko wtedy, gdy skutek ujemny ma nastąpić w najbliższej chwili. Według kryterium prawdopodobieństwa, bezpośrednio niebezpieczeństwem będzie taki układ zjawisk, w którym istnieje wysokie, poważne prawdopodobieństwo nastąpienia skutku ujemnego w postaci uszczuplenia lub unicestwienia dobra prawnego. Bezpośredniość określa się też za pomocą kryterium tzw. wystarczającej przyczynowości. Zgodnie z nim, niebezpieczeństwo nosi cechę bezpośredniości wtedy, gdy grozi wprost, tzn. że pomiędzy istniejącym niebezpieczeństwem a ewentualnym nastąpieniem skutku ujemnego brak ogniw pośrednich. Jest to — jak wskazuje J. Lachowski — niejako ostatni, najwyższy stopień zagrożenia dla danego dobra prawnego (a kolejny etap to już naruszenie tego dobra). Ostatnim wskazywanym kryterium jest kryterium nieuchronności, zgodnie z którym bezpośrednio niebezpieczeństwo zachodzi wtedy, gdy naruszenie dobra prawnego jest nieuchronne. Warto zauważyć, że bezpośrednio niebezpieczeństwo to takie, które może zostać jeszcze uchylone, co w konsekwencji może doprowadzić do uratowania dobra prawnego. Ostatecznie J. Lachowski, podejmując próbę zdefiniowania bezpośredniego

---

<sup>61</sup> A. Spotowski: *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*. Warszawa 1990, s. 82—83. E. Hryniewicz podkreśla wyraźną, jej zdaniem, różnicę między bezpośredniością niebezpieczeństwa w stanie wyższej konieczności a bezpośredniością zamachu przy obronie koniecznej — E. Hryniewicz: *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*. Warszawa 2012, s. 77.

<sup>62</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 348 i 362.

niebezpieczeństwa, konstatuje, że jest to taki stan rzeczy (sytuacja), w którym dobro prawne jest zagrożone w stopniu, w którym w każdej chwili może nastąpić jego naruszenie lub unicestwienie, a zwłoka w ratowaniu tego dobra może prowadzić do natychmiastowej szkody<sup>63</sup>. Wszystkie wymienione kryteria określania bezpośredniości niebezpieczeństwa przywołuje się również w przypadku analizy przestępstw zagrożenia abstrakcyjnego i konkretnego, dodając, że podane kryteria można stosować alternatywnie bądź zastosować ich kompilację. Wskazuje się ponadto, że kryterium bezpośredniości niebezpieczeństwa może być różne w zależności od wagi chronionego dobra; np. w przypadku zagrożenia życia można je uznać za bezpośrednie przy mniejszym prawdopodobieństwie jego naruszenia niż w przypadku zagrożenia zdrowia<sup>64</sup>.

Z pewnością interpretacja bezpośredniości w przypadku usiłowania nie może być tak szeroka, że praktycznie pojęcie bezpośredniości będzie oznaczało każde zmierzanie do dokonania; gdyby tak miało być, ustawodawca pominąłby ten element w ustawowym opisie. Zatem zbyt szeroka interpretacja „bezpośredniości” może narazić się na zarzut *per non est*. Analizując poszczególne wypowiedzi na temat bezpośredniości charakteryzującej usiłowanie (zwłaszcza w orzecznictwie), wielokrotnie pojawia się pytanie, czy pokusa do szerokiego rozumienia usiłowania, argumentowana względami polityki kryminalnej, nie wynika z wąskiego zakresu karalności przygotowania i chęci „zastępczego” poszukiwania podstaw karalności. W tym kontekście znamieną zdaje się wypowiedź A. Gubińskiego oraz J. Sawickiego. Analizując problem usiłowania przestępstwa prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości, wskazywali oni, że interpretacja znamienia „bezpośredniości” zależeć będzie od przyzwolenia na określone ryzyko. Rozważając, czy otwarcie drzwi samochodu przez nietrzeźwego kierowcę, siedzenie i trzymanie kierownicy, wkładanie klucza do stacyjki lub uruchomienie silnika jest jeszcze przygotowaniem, czy usiłowaniem, autorzy ci pisali: „Kto chce pozwolić nietrzeźwemu kierowcy na ryzyko tego rodzaju harców, ten uzna to jeszcze za czynności przygotowawcze. Kto jednak uważa, że nie należy czekać do tej chwili, póki pojazd ruszy, kto nie kieruje się wyrozumiałością dla nietrzeźwych, ale troską o bezpieczeństwo ludzi i rzeczy — ten granice usiłowania w tej dziedzinie przesunie do fazy stosunkowo odległej od dokonania. [...] Kto twierdzi, iż jako usiłowanie przestępstwa z art. 28 ustawy należy ocenić tylko ostatnią manipulację, po której następuje już uruchomienie pojazdu — ten staje na stanowisku oszczędzającym nietrzeźwych i niedoceniającym ryzyka z nimi związanego dla społeczeństwa”<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> J. Lachowski: *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*. Warszawa 2005, s. 80—84.

<sup>64</sup> E. Hryniewicz: *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia...*, s. 74 i nast., wraz z przytoczoną tam literaturą.

<sup>65</sup> A. Gubiński, J. Sawicki: *Przestępstwa komunikacyjne na tle praktyki i jej potrzeb*. „Państwo i Prawo” 1961, 1, s. 64.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że „bezpośrednio” to znamię ocenne, które należy każdorazowo precyzować w drodze wykładni. Jednak jej wyniki zależą od pewnych założeń teoretycznych związanych nie tyle z samą wykładnią, ile ze sposobami rozumienia pojęcia „bezpośrednio”. Warto więc zauważyć, że we współczesnym polskim prawie karnym mamy aż trzy główne teorie interpretacji „bezpośredniości”, przy czym w ramach każdej z nich występują różne modyfikacje. Współczesna literatura przedmiotu wyróżnia następujące teorie „bezpośredniości”:

- obiektywne (zachowanie wykracza poza przygotowanie<sup>66</sup>, akcentowane jest przystąpienie do realizacji znamienia czasownikowego — co stanowi ujęcie formalno-obiektywne — lub zachowanie pozostające w obiektywnym związku z czynem tworzącym pewną całość lub sprowadzające bezpośrednio niebezpieczeństwo dla dobra — ujęcie materialno-obiektywne, ale mieszczą się tu także teorie generalno- i indywidualnie-obiektywne<sup>67</sup>),
- subiektywne (podkreślane jest nastawienie psychiczne sprawcy, zwłaszcza zaś jego przeświadczenie, że swoim zachowaniem zmierza wprost do dokonania czynu zabronionego<sup>68</sup>) oraz
- mieszane (np. teoria planu działania sprawcy).

Szczegółowy przegląd stanowisk prezentowanych w literaturze przedmiotu (zarówno polskiej, jak i zagranicznej) na temat rozumienia pojęcia „bezpośredniość” w usiłowaniu przedstawiła G. Rejman<sup>69</sup>. W tym miejscu przytoczone więc zostaną jedynie najważniejsze z nich.

Jak pisze wspomniana autorka, punkt ciężkości teorii subiektywnych w dziedzinie usiłowania przestępstwa kładzie się na to, aby przy określaniu „bezpośredniości” został uwypuklony w dostatecznej mierze czynnik intencjonalny. Czyn zatem i jego zewnętrzne cechy odgrywają rolę wtórną, rolę uzewnętrznienia zamiaru sprawcy decydującego o tym, czy jego zachowanie należy ocenić jako bezpośrednio prowadzące do jego urzeczywistnienia, czy też nie. Mając świadomość wielości różnorodnych odmian teorii subiektywnych, G. Rejman wyróżniła wśród nich trzy podstawowe grupy:

- 1) teorie wprowadzające kryterium przedmiotowe dla rozpoznania woli sprawcy charakteryzującej bezpośredniość; takim kryterium może być zbliżenie się sprawcy do miejsca czynu przestępnego (np. w celu obserwacji) lub czas

<sup>66</sup> J. Giezek, w: M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz: *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Warszawa 2004, s. 195.

<sup>67</sup> R. Dębski: *Kilka uwag o podstawach regulacji usiłowania w obowiązującym kodeksie karnym*. W: *W kregu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*. Red. L. Leszczyński, E. Skretowicz, Z. Hołda. Lublin 2005, s. 88—89.

<sup>68</sup> J. Giezek, w: M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz: *Prawo karne materialne...*, s. 195.

<sup>69</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, *passim*. Zob. też R. Dębski: *Karalność usiłowania nieudolnego*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1999, 2, s. 107—111.

- działania (W. Kubala upatrywał probierza podmiotowego w zamiarze popełnienia przestępstwa<sup>70</sup>);
- 2) teorie opierające się na czynniku psychologicznym, zgodnie z którymi usiłowanie zaczyna się w momencie skierowania woli w kierunku realizacji pierwszej czynności, która, według mniemania sprawcy, jest związana z dokonaniem przestępstwa nieprzerwanym łańcuchem pośrednich zdarzeń;
  - 3) teorie podmiotowe nieoperujące żadnymi regułami w zakresie przeprowadzania różnicy między przygotowaniem a usiłowaniem przestępstwa<sup>71</sup>.

Zamiar, co jest rzeczą naturalną, jest elementem każdej z przytoczonych teorii. Ma mniejszy lub większy wpływ na mechanizm rozumienia bezpośredniości. Z funkcjonalnego punktu widzenia takie rozwiązanie jest względnie wygodne, gdy zamiar sprawcy nie budzi wątpliwości. Trzeba jednak pamiętać, że w rzeczywistości zamiar też podlega udowodnieniu — nie jest jednoznaczny, odczytywany jest bowiem z zachowania sprawcy, które w przypadku usiłowania nie jest kompletne i z tego względu zamiar nie może w pełni stanowić punktu odniesienia przy ocenie stopnia zaawansowania drogi przestępnej. Nie ułatwia on zatem ustalenia granicy między przygotowaniem a usiłowaniem. Pojawia się jednak kwestia ważniejsza, na ile zasadne jest w teoriach subiektywnych wytyczanie granicy na podstawie zamiaru, skoro i w przygotowaniu następuje ujawnienie zamiaru, a także pytanie, czy rola (znaczenie) zamiaru na etapie usiłowania nie jest przeceniana. Zamiar, współkształtujący pojęcie przestępstwa umyślnego, musi oczywiście wystąpić (co wynika wprost z definicji usiłowania), nie może jednak być kryterium pozwalającym na odróżnienie przygotowania od usiłowania. Jako skrajny przykład przeszacowania zamiaru wskazać można fragment uzasadnienia sądu: „Działanie oskarżonego nie może być jeszcze uznane za usiłowanie zgwałcenia. Opisane zajście miało miejsce w okolicy uczęszczanej przez spacerowiczów i w obecności dwóch dalszych osób. Pokrzywdzona była ubrana w spodnie, a oskarżony nawet nie dotykał dolnych części jej ubrania. W tej sytuacji trudno przyjąć, że jego zamiarem było usiłowanie zgwałcenia”<sup>72</sup>. Również stanowczość woli, o której wspominał m.in. E. Krzymuski<sup>73</sup>, oraz niewątpliwość zamiaru<sup>74</sup> nie są właściwymi kryteriami pozwalającymi na precyzyjną wykładnię „bezpośredniości”, a co za tym idzie, nie są właściwymi kryteriami pozwalającymi na precyzyjne wytyczenie granicy między przygotowaniem a usiłowaniem.

---

<sup>70</sup> W. Kubala: *Glosa do wyroku Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 1988 r. (II KR 157/88)*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1990, 1—3, s. 87.

<sup>71</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, *passim*.

<sup>72</sup> W. Radecki: *Usiłowanie zgwałcenia w świetle przepisów kodeksu karnego*. „Nowe Prawo” 1974, 12, s. 1609.

<sup>73</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki...*, s. 153—154.

<sup>74</sup> M. Siewierski, w: G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, przyp. 27, s. 38—39.

Do teorii obiektywnych, podkreślających oprócz zamiaru działanie sprawcy odznaczające się bezpośrednio, G. Rejman zaliczyła:

- 1) teorii formalno-przedmiotowe, akcentujące formalny związek zachodzący między ustawowym zakazem a czynnością sprawcy zmierzającego do przestępstwa<sup>75</sup>;
- 2) teorii planu działania sprawcy, oceniające charakter podjętych przez sprawcę zachowań w kontekście jego planu działania; skonfrontowanie z planem działania ma pozwolić na ustalenie, czy zachowanie było ostatnią fazą działalności, a więc ma cechę bezpośredniości i stanowi usiłowanie (jak zauważa G. Rejman, jest to jednak teoria podobna do grupy teorii mieszanych);
- 3) teorii wprowadzające element niebezpieczeństwa do znamion usiłowania przestępstwa, opierając granice na stopniu tego niebezpieczeństwa (ale — jak zaznacza G. Rejman — element ten nabiera rzeczywistego znaczenia przy wykazywaniu różnicy między usiłowaniem udolnym a nieudolnym, nie wnosząc nic do problematyki granicy pomiędzy przygotowaniem a usiłowaniem)<sup>76</sup>.

Przypisanie poglądów poszczególnych autorów (a także orzeczeń Sądu Najwyższego) do określonej teorii jest dość trudne, ponieważ sami autorzy takich deklaracji nie czynią, a wskazywane przez nich rozumienie bezpośredniości nie zawsze jest precyzyjne<sup>77</sup>. Wydaje się, że SN nie posiłkuje się jedną wybraną teorią bezpośredniości, doraźnie rozwiązując każdy przypadek<sup>78</sup>. Warto też odnotować, że sam projektodawca nie wypowiedział się wprost na temat pojęcia bezpośredniości przy usiłowaniu, niemniej zauważył, że „przygotowanie przestępstwa, jako forma jego popełnienia, powinno mieć miejsce wtedy, gdy zachowanie sprawcy stwarza realne, choć jeszcze nie tak bliskie jak przy usiłowaniu, zagrożenie dla dobra prawnego”<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> G. Rejman wskazuje stanowisko B. Wróblewskiego, zgodnie z którym usiłowanie polega na wypełnieniu takiej czynności, która należy do istoty przestępstwa — B. Wróblewski: *Prawo karne, część ogólna (skrypt)*. Wilno 1924, s. 120, cyt. za: G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 50.

<sup>76</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 30—57.

<sup>77</sup> Próbę takiego przyporządkowania podjął m.in. A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1..., s. 206—209.

<sup>78</sup> Przegląd różnorodnych (i niekonsekwentnych) stanowisk SN w przedmiocie wytyczania granicy między przygotowaniem a usiłowaniem — E. Kunze: *Przygotowanie przestępstwa w ujęciu polskiego prawa karnego*. Poznań 1991, s. 79—83. Por. także: W. Kubala: *Glosa do wyroku Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 1988 r...*, *passim*. Autor wskazuje też wyrok SN (z 5.08.1982 r., IKR 158/82), w którym generalizacja została posunięta tak daleko, że już zupełnie nic nie objaśnia: „Granica pomiędzy usiłowaniem a dokonaniem przebiega w zakresie wypełnienia (przestępstwo dokonane) lub niewypełnienia (przestępstwo usiłowane) wszystkich znamion przestępstwa określonych w ustawie karnej” (s. 89) — chociaż problem poruszony przez SN nie dotyczy wytyczenia granicy między przygotowaniem a usiłowaniem, lecz między usiłowaniem a dokonaniem.

<sup>79</sup> *Nowe kodeksy karne — z 1997 r. z uzasadnieniami...*, s. 146.

Ostatecznie G. Rejman proponuje, aby znamię „bezpośredniości” rozstrzygać jedynie na podstawie kryteriów przedmiotowych, a ustalenia takie winny być oparte na konkretnych ustawowych stanach faktycznych. Należy więc — zdaniem tej autorki — uwzględnić przede wszystkim znamię czasownikowe, cechy modalne przestępstwa i przedmiot ochrony. Jeśli porównanie tych elementów nie wyjaśnia, z jakim przestępstwem może być „bezpośredniość” związana, należy problem ten rozwiązać na płaszczyźnie przyczynowości, a w niektórych przypadkach na podstawie cech podmiotowych sprawy (przestępstwa kierunkowe)<sup>80</sup>.

O wyższości podejścia przedmiotowego już wcześniej pisał M. Siewierski. Nie negując znaczenia zamiaru przy usiłowaniu, stwierdzał, że przeniesienie punktu ciężkości na wypełnienie obiektywnych znamion przestępstwa zapobiega dowolności ocen i sprowadza kwestię do faktów obiektywnie istniejących, a więc sprawdzalnych, co zapobiega przesadzie w ocenie przez organ orzekający zachowania się sprawcy jako wpisującego się w ramy usiłowania<sup>81</sup>.

Zdaniem A. Spotowskiego, samo pojęcie niebezpieczeństwa nie może stanowić kryterium rozgraniczenia usiłowania i przygotowania; również bowiem w przypadku przygotowania grozi realizacja znamion ustawowych określonego czynu. W przypadku przygotowania nastąpienie grożącego skutku (a poprawnie: dokonania) jest bardziej odległe niż przy usiłowaniu, tzn. do realizacji niebezpieczeństwa występującego przy przygotowaniu konieczne jest — zdaniem autora — włączenie się dodatkowego ogniwa w postaci odpowiedniego zachowania sprawcy. I co istotne, jak zaznacza A. Spotowski, nie należy tu odwoływać się do stopnia prawdopodobieństwa nastąpienia skutku (w niektórych sytuacjach prawdopodobieństwo to może być wyższe w przypadku przygotowania niż przy usiłowaniu)<sup>82</sup>. Zdaniem wspomnianego autora, na uwagę zasługuje ujęcie K. Buchały, akcentujące niebezpieczeństwo grożące wprost, a więc bez konieczności włączenia się dalszego impulsu ze strony sprawcy, oraz pogląd A. Zolla, który podkreśla, że chodzi o brak potrzeby podjęcia jakiegokolwiek działania dynamizującego ten układ w wyższym stopniu. Zgodnie jednak z przytoczonym wcześniej stanowiskiem o różnorodnych kontekstach i funkcjach pojęcia „niebezpieczeństwo bezpośrednie”, A. Spotowski zaznacza, że to ujęcie zorientowane jest całkowicie na sprawcę niebezpieczeństwa i musi zawodzić w innych sytuacjach<sup>83</sup>.

Zdaniem R. Zawłockiego, trafna jest koncepcja opierająca rekonstrukcję „bezpośredniości” na założeniu, że określa je realne zagrożenie dobra prawnego. Autor ten dodaje, że wymóg bezpośredniości wyznacza konieczność re-

<sup>80</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 87—88.

<sup>81</sup> M. Siewierski: *Usiłowanie a przygotowanie według kodeksu karnego*. „Palestra” 1972, 5, s. 29.

<sup>82</sup> A. Spotowski: *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 111—112.

<sup>83</sup> Ibidem, s. 84—85 i cytowana tam literatura.

konstrukcji ścisłego, jednoznacznego i obiektywnego, adekwatnego związku między zachowaniem się sprawcy a znamionami czynu zabronionego, którego ten chciałby dokonać<sup>84</sup>. Wcześniej, w podobnym tonie, wypowiadał się A. Zoll. Twierdził mianowicie, że zachowanie bezpośrednio zmierza do dokonania, gdy zagrożenie dla dobra prawnego, będącego znamieniem czynu zabronionego objętego zamiarem sprawcy, przekształca się z zagrożenia abstrakcyjnego w zagrożenie realne<sup>85</sup>, dodając jednocześnie (razem z W. Wróblem), że sprawca swoim zewnętrznym zachowaniem jednoznacznie ujawnił, jaka treść zamiaru, tzn. jakiego typu czyn ma zamiar popełnić, a zachowanie to — zgodnie z planem sprawcy — stanowi ostatnie ogniwo przed przystąpieniem do realizacji znamion czynu zabronionego<sup>86</sup>. Zatem A. Zoll krytycznie odniósł się do stanowiska Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, przyjmującego, że „Przyjście osoby chcącej sprzedać posiadane narkotyki, celem zrealizowania tego zamiaru, z »towarem« przygotowanym do sprzedaży (podzielonym na porcje — »działki«) w miejsce, o którym się wie, że jest miejscem częstych sprzedaży narkotyków, przekracza ramy czynności przygotowawczych i jest działaniem już zmierzającym bezpośrednio do dokonania czynu z art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 o przeciwdziałaniu narkomanii”<sup>87</sup>. Zdaniem bowiem A. Zolla, na podstawie ustalonego stanu faktycznego nie można było ustalić, czy mamy do czynienia z usiłowaniem występku z art. 46 ust. 1, czy z usiłowaniem zbrodni określonej w art. 46 ust. 2 przywołanej ustawy<sup>88</sup>. Odnosząc się jednak do stanowiska W. Wróbla i A. Zolla, podkreślić należy, że ujawnienie zamiaru nie może stanowić kryterium rozróżniającego przygotowanie i usiłowanie. W przypadku takiego bowiem ujęcia nawet wbicie noża w ciało człowieka nie daje pewności co do karnoprawnej oceny czynu — czy należy zastosować przepis art. 148, czy też art. 156, a na marginesie warto dodać, że potencjalne trudności dowodowe nie mogą współtworzyć definicji usiłowania czy bezpośredniości!

Zgadzam się z J. Giezkiem, że wydaje się zbyt daleko idącym uproszczeniem sprowadzanie różnicy między przygotowaniem a usiłowaniem do ustalenia, czy zachowanie sprawcy było abstrakcyjnym, czy też konkretnym zagrożeniem dla chronionego prawem dobra. Jak zauważa wspomniany autor, możliwe jest bowiem wyodrębnienie takich czynności sprawcy, które przekraczają już

---

<sup>84</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 575—577.

<sup>85</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zoll..., s. 242. Warto jednak dodać, że A. Spotowski za niesłuszne uważa rozróżnianie tych postaci niebezpieczeństw według stopnia prawdopodobieństwa nastąpienia skutku ujemnego — A. Spotowski: *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 140—143.

<sup>86</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 227.

<sup>87</sup> Wyrok SA we Wrocławiu z 30.09.1999 r., II Aka 290/99. OSA 1999, 11—12, cyt. za: A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zoll..., s. 245.

<sup>88</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zoll..., s. 245.

stadium przygotowania, lecz nie narażają jeszcze dobra prawnego na konkretne niebezpieczeństwo<sup>89</sup>. W moim przekonaniu, przykładem takiej sytuacji może być usiłowanie przestępstwa z narażenia abstrakcyjnego, czego ustawodawca formalnie nie wykluczył<sup>90</sup>.

Nie podzielam natomiast stanowiska R. Zawłockiego, który prezentując trzy główne ujęcia interpretacyjne wyrażenia „bezpośrednio zmierza”, konkluduje, że elementy wyłącznie przedmiotowe albo wyłącznie podmiotowe nie stanowią wystarczających kryteriów do rekonstrukcji usiłowania z art. 13 § 1<sup>91</sup>. Oczywiście jest, że usiłowanie konstruowane jest zarówno z elementów przedmiotowych, jak i podmiotowych, nie oznacza to jednak, że z tego powodu należy przyjąć mieszane (przedmiotowo-podmiotowe) rozumienie „bezpośredniości” (z takich samych bowiem elementów składa się przygotowanie). Realizacja zamiaru przez sprawcę (jako niezbędny element usiłowania) nie przesądza o mieszanym charakterze pojęcia bezpośredniości. Co więcej, **ponieważ różnica między przygotowaniem a usiłowaniem sprowadza się do stopnia zaawansowania dokonania czynu, co stanowi stronę przedmiotową, a ustawodawca różnicę tę wyraził, używając sformułowania „bezpośrednio zmierza”, zatem poszukując właściwego ujęcia tej bezpośredniości, poruszać się należy wyłącznie w obszarze koncepcji przedmiotowych.**

Nie zasługuje na aprobatę pojawiający w różnych teoriach dotyczących bezpośredniości element ostatniego ogniwa, ostatniej fazy. Na przykład w wyroku z 2007 r. SN w bezpośredniości widział możliwość prawidłowego rozpoznania zamiaru i ocenę, czy zrealizowane czynności sprawcy są ostatnimi czynnościami poprzedzającymi dokonanie przestępstwa<sup>92</sup>. Oczywiście, ważny jest plan działania sprawcy, podobnie jak jego zamiar, jako punkt odniesienia w karnoprawnej ocenie czynu, ale te elementy nie charakteryzują bezpośredniości. Ostatnie ogniwo potwierdza usiłowanie, ale to nie rozwiązuje problemu granicy usiłowania, ponieważ i przedostatnie ogniwo może być usiłowaniem. Usiłowanie nie musi być czynem „jednochwilowym”, wręcz przeciwnie — może być rozciągnięte w czasie, a wtedy koncepcja „ostatniej fazy działalności, którą ma wykonać sprawca, aby urzeczywistnić swój zamiar”, zawodzi<sup>93</sup>. Musi się też pojawić pytanie, co to znaczy „ostatnie ogniwo”, zwłaszcza w kontekście zdiagnozowanych już problemów z temporalizacją ludzkiego zachowania. Problemu tego nie rozwiązuje również konstatacja, że ostatnia czynność podjęta w ramach tzw. usiłowania ukończonego stanowi usiłowanie.

<sup>89</sup> J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., 2007, s. 130—131.

<sup>90</sup> Szerzej na ten temat zob. rozdział czwarty niniejszej pracy.

<sup>91</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 575.

<sup>92</sup> Postanowienie SN z 16.01.2007 r., V KK 387/06. „Biuletyn Prawa Karnego” 2007, 2.

<sup>93</sup> Por. wyrok SN z 23.10.1967 r., III KR 113/67. OSPiKA 1970, 3, poz. 65. LEX nr 20801.



Do teorii obiektywnych, nieco nawiązujących do planu działania sprawcy, można chyba zaliczyć tzw. faktory bezpośredniości wskazane przez M. Małeckiego, które — zdaniem tego autora, pozwalają efektywnie rozstrzygać, w jakim momencie zmierzanie staje się „bezpośrednie”: 1) bliskość czasowa, 2) tożsamość miejsca, 3) brak potrzeby podjęcia dodatkowych czynności-warunków<sup>94</sup>.

**Konkludując dotychczasowe rozważania, stwierdzić należy, że ustawowa definicja usiłowania uprawnia do stwierdzenia następujących niespornych okoliczności związanych z wytyczeniem granicy między przygotowaniem a usiłowaniem: do nastąpienia fazy usiłowania nie jest konieczny początek wykonania, ustawa nie wymaga *expressis verbis* bliskości czasowo-przestrzennej, brak jest różnic między przygotowaniem a usiłowaniem w stronie podmiotowej. Bezsporne jest również i to, że usiłowaniem nie mogą być czynności wymienione w ustawowej definicji przygotowania<sup>95</sup>.**

Zatem jako **najbardziej przekonująca, a przy tym najbardziej funkcjonalna** jawi się ostatecznie koncepcja **formalno-obiektywna**, najlepszej argumentacji zaś dostarczył A. Wąsek. Przede wszystkim zauważył on, że chociaż jest to koncepcja formalno-obiektywna, to nie sprowadza usiłowania do początku wykonania przestępstwa (co nie odpowiadałoby brzmieniu art. 13 § 1). Zdaniem wspomnianego autora, koncepcja formalno-obiektywna ma dwa formalne punkty odniesienia: 1) znamię czasownikowe typu czynu zabronionego i 2) określenie treści i granic przygotowania. Zgodnie z przyjętym założeniem o nieistnieniu „pola niczyjego” w pochodzie przestępstwa, usiłowaniem jest to, co wykracza poza granice przygotowania. Jako ilustracje wspomnianej koncepcji autor przytoczył dwa orzeczenia SN<sup>96</sup>, przychylić się jednak wypada do stanowiska Z.Ćwiąkalskiego i A. Zolla, że w interpretacji znamienia bezpośredniości SN sięgnął do koncepcji subiektywnej, co sprawia, że podzielić

<sup>94</sup> M. Małecki: *Grooming. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 1 września 2011 r. (V KK 43/11)*. „Przegląd Sądowy” 2012, 11—12, s. 204 oraz Idem: *Granice usiłowania przestępstw pedofilskich w świetle art. 200a § 1 i § 2 k.k.* „Przegląd Sądowy” 2011, 6, s. 50.

<sup>95</sup> Por. wyrok SN z 18.02.1997 r., III KKN 132/96. „Orzecznictwo Prokuratura i Prawo” 1997, 9, LEX 30403.

<sup>96</sup> Wyrok SN z 22.01.1985 r., IV KR 336/84. OSNKW 1985, 9—10: „Przyjście pod dom z zamiarem dokonania napadu rabunkowego na określoną osobę mieszkającą w tym domu — zgodnie z wcześniej opracowanym planem — oraz narzędziami służącymi do popełnienia przestępstwa, a następnie odstąpienie od realizacji tego zamiaru z przyczyn od sprawcy niezależnych przekracza ramy czynności przygotowawczych i jest działaniem zmierzającym bezpośrednio do urzeczywistnienia zamiaru”. Wyrok SN z 13.03.1990 r., IV KR 229/89. OSNKW 1990, 10—12: „zachowanie się sprawców, którzy mając opracowany plan dokonania rozboju na określonej osobie, zaopatrzyli się w potrzebne im do tego narzędzia (noże, maski, sznury, przylepce), przybyli z tymi narzędziami w pobliże domu tej osoby, dokonali penetracji terenu wokół domu, oczekując na dogodny moment wdarcia się do mieszkania, ale czynu tego nie dokonali z przyczyn od nich niezależnych, jest usiłowaniem popełnienia przestępstwa”.

jej nie sposób. Odmienny przykład rozgraniczania niekaralnego przygotowania i karalnego usiłowania znaleźć można w innej publikacji A. Wąska. Jej autor wskazuje, że za zachowanie zmierzające bezpośrednio do dokonania przestępstwa określone w przepisie art. 206 (tzw. bigamii) należy uznać podjęcie przez sprawcę czynności związanych z ceremoniałem ślubu; natomiast oświadczyzny, zaręczyny, zapowiedzi, a nawet złożenie odpowiednich dokumentów w urzędzie stanu cywilnego mają charakter — jego zdaniem — bezkarnych czynności przygotowawczych<sup>97</sup>.

Specyficznym uzupełnieniem tak rozumianej „bezpośredniości” może być teza wyrażona przez SN, że „bezpośredniość jako cecha usiłowania dokonania przestępstwa odnosi się wyłącznie do działania samego sprawcy i jest zachowana również wówczas, gdy uzyskanie zamierzonego skutku uzależnione jest od postępowania jeszcze innych osób”<sup>98</sup>.

Jednocześnie dodać należy, że analizowana droga przestępstwa ma charakter abstrakcyjny i hipotetyczny, nie budzi więc wątpliwości zastrzeżenie, że nie zawsze, nie w każdym stanie faktycznym popełnienie przestępstwa „przechodzi” przez wszystkie stadia. Oznacza to, że jest oczywiście możliwa sytuacja, w której sprawca bezpośrednio po przygotowaniu dokonuje czynu zabronionego. Istotne jest, aby zachowania o charakterze przygotowawczym nie oceniać jako usiłowania wyłącznie ze względu na fakt zwięzłości czasowo-przestrzennej. Czyli nie można odwracać reguły — **to, co poprzedza bezpośrednio dokonanie, miałyby być zawsze usiłowaniem**. Wydawać by się mogło, że ze względu na fakt, że karalność dokonania pochłania karalność usiłowania i przygotowania konstatacja ta nie ma większego znaczenia praktycznego. Problem mógłby się jednak pojawić w przypadku braku odpowiedzialności za samo dokonanie lub przerwanie *iter delicti* przez współdziałającego<sup>99</sup>, co mogłoby rodzić potrzebę karnoprawnej oceny stadiów przeddokonaniowych.

Skoro więc, zgodnie z przyjętą za A. Wąskiem tezą, usiłowanie to „coś więcej” niż przygotowanie, niezbędne staje się sięgnięcie po definicję przygotowania. Zdaniem E. Kunzego, przygotowaniem przestępstwa są określone w usta-

<sup>97</sup> A. Wąsek, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz*. Red. A. Wąsek. Warszawa 2004, s. 963. Dodać jednak należy, że uzupełniając A. Wąsek przytacza pogląd E. Kunzego, zgodnie z którym przy interpretacji znamienia „bezpośredniości” odwołujemy się do społecznej oceny danego zachowania się pod kątem tego, czy stanowi ono ostatnią fazę zachowania poprzedzającego dokonanie — A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 206—207 i przywołana publikacja E. Kunze: *Przygotowanie a usiłowanie (próba rozgraniczenia pojęć)*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1990, 3, s. 274.

<sup>98</sup> Wyrok SN z 4.07.1974 r., III KR 52/74. OSPiKA 1975, 2, poz. 74.

<sup>99</sup> Na przykład współdziałający, który nie bierze udziału w etapie dokonania, ponieważ skorzystał z instytucji czynnego żalu, a podjęte przez niego starania zapobieżenia skutkowi okazały się nieskuteczne, zatem możliwość bezkarności zależy wyłącznie od przyjęcia, czy czynny żal został okazany w fazie przygotowania, czy usiłowania.

wie czynności podjęte w celu realizacji zamierzonego czynu, za mocą których sprawca zmierza do tej realizacji pośrednio<sup>100</sup>. Jak podkreślał A. Krukowski, ogólną funkcją tej fazy jest stworzenie warunków do popełnienia przestępstwa. Kodeks karny z 1969 r. wymieniał przykładowo najbardziej typowe czynności przygotowawcze, jak nabycie lub przysposobienie środków, zbieranie informacji lub sporządzanie planu działania, po czym dawał klauzulę generalną o „czynnościach podobnych”, mających „stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio ku dokonaniu”. I właśnie z tą klauzulą ogólną wiązały się problemy interpretacyjne. Za nieprzydatny do zrozumienia istoty podobieństwa uznał A. Krukowski przepis dawnego art. 120 § 2, objaśniającego sens pojęcia „przestępstw podobnych”. Podzielił jednak pogląd W. Woltera, że choć wszelkie formuły „podobieństwa” charakteryzuje nieostrość sformułowań, to jednak ich treścią jest pewna dyrektywa zwięzająca, bo w przepisie jest mowa o podobnych, a nie jakichkolwiek czynnościach<sup>101</sup>. Zdaniem W. Woltera i A. Zolla, wymóg podobieństwa wykluczał możliwość przygotowania, o którym mowa była w art. 14 § 1 k.k. z 1969 r. w formie zaniechania, gdyż wszystkie przykładowo wymienione czynności polegają na działaniu, a zaniechanie nie jest podobne do działania<sup>102</sup>. Ustawodawca z 1997 r., definiując przygotowanie, zrezygnował z odwołania do „czynności podobnych”, co określane bywało jako mała lub wewnętrzna analogia i jako taka poddawana krytyce, ze względu na naruszenie zasady *nullum crimen sine lege*<sup>103</sup>. Jak jednak słusznie zauważył A. Wąsek, rozwiązanie z 1969 r. wyznaczało przygotowaniu węższe ramy niż czyni to obecnie przepis art. 16 § 1, który łączy ogólną formułę przygotowania z przykładowym określeniem jego sposobów<sup>104</sup>, co osłabia funkcję gwarancyjną wskazanego przepisu, pozwalając na objęcie stadium czynności przygotowawczych zachowań, które nie mieściły się, ze względu na brak podobieństwa, z wymienionymi w art. 14 § 1 k.k. z 1969 r.<sup>105</sup> Jako przykład takich czynności (bardzo odległych od usiłowania lub działań społecznie neutralnych,

<sup>100</sup> E. Kunze: *Przygotowanie przestępstwa...*, s. 28. W innym miejscu autor ten jednak krytykuje rozwiązania przyjęte w kodeksie karnym z 1997 r., wskazując, że definicja przyjęta w przepisie art. 16 § 1 ujęta jest zbyt szeroko, co stwarza możliwość dowolności ocen, uniemożliwia też wytyczenie linii granicznej między przygotowaniem karalnym a niekaralnym oraz utrudnia oddzielenie usiłowania od przygotowania czynu zabronionego — E. Kunze: *O stronie przedmiotowej przygotowania czynu zabronionego*. W: *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesiątych urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka*. Red. A.J. Szwarz. Poznań 1999, s. 211.

<sup>101</sup> A. Krukowski: *Odstąpienie od przygotowania w kodeksie karnym*. „Palestra” 1972, 3, s. 14.

<sup>102</sup> A. Zoll, w: *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*. Red. K. Buchała. Warszawa 1994, s. 120.

<sup>103</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. Red. A. Zoll..., s. 271.

<sup>104</sup> A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 235—236.

<sup>105</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. Red. Zoll..., s. 271.

niezasługujących na represje karną) A. Wąsek podaje raczenie się przez sprawcę alkoholem, co ma mu dodać animuszu przed akcją przestępczą, polegającą na wysadzeniu w powietrze mostu. Jak wyjaśnia dalej, na gruncie art. 14 § 1 k.k. z 1969 r., tego rodzaju zachowanie, jako niepodobne do wymienionych tam czynności przygotowawczych, nie wchodziło w zakres karalnego przygotowania; w obecnym stanie prawnym w takim przypadku sięgnąć należy do unormowania zawartego w art. 1 § 2<sup>106</sup>. Zupełnie odmienną interpretację zaproponował R. Zawłocki. Jego zdaniem, wyliczenie w art. 16 § 1 nie jest przykładowe; pełni funkcję klauzuli konkretyzującej sposoby tworzenia warunków. Według tego autora, w obecnym stanie prawnym mamy pięć rodzajów karalnego przygotowania, natomiast inne czynności stwarzające warunki do dokonania przestępstwa, których treść nie odpowiada zakresom pojęciowym wskazanych czynności ustawowych, są niekaralne, nawet w przypadku klauzuli karalności. R. Zawłocki wyjaśnia, że wykładnia *per analogiam* jest zakazana, ponieważ naruszałaby zasadę *nullum crimen sine lege*<sup>107</sup>. Pogląd ten dość ostro skrytykował L. Kubicki<sup>108</sup>.

Wydaje się jednak, że z punktu widzenia problemu wytyczania granicy między przygotowaniem a usiłowaniem większego znaczenia nabiera pojęcie „stwarzanie warunków”, gdyż zgodnie z przyjętym rozumieniem bezpośredniości, usiłowanie „to coś więcej” niż stwarzanie warunków. W opinii E. Kunze, sformułowanie to podkreśla, że ustalenie podjęcia przez sprawcę określonej czynności, w celu popełnienia przyszłego czynu zabronionego, nie przesądza jeszcze o jego odpowiedzialności karnej — decyduje o tym obiektywna ocena, czy dana czynność tworzy na przyszłość wskazane w ustawie warunki<sup>109</sup>. Zdaniem W. Woltera, niekwestionowany w późniejszej literaturze wyraz „warunek” nie został użyty w sensie ściśle technicznym (jako warunek konieczny lub wystarczający), ale w luźnym sensie potocznym „sprzyjania czy ułatwiania”<sup>110</sup>. A. Krukowski dodał, że „ustawa zakreśla przy tym tak szeroko pojęcie przygotowania, że obejmuje nim nie tylko czynności stwarzające warunki do przedsięwzięcia usiłowania, ale także takie, które mają takie warunki stworzyć (»mające stworzyć warunki«)”. Odpada więc konieczność badania związku przyczynowego (antycypowanego oczywiście) między czynnościami przygotowawczymi a zamierzonym czynem, co — dodajmy — byłoby przedsięwzięciem

<sup>106</sup> A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1..., s. 237.

<sup>107</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do art. 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 643 (Nb 6).

<sup>108</sup> L. Kubicki: *Zaniechanie jako postać karalnego przygotowania*. W: *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*. T. 2. Red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel. Warszawa 2012, s. 532—533.

<sup>109</sup> E. Kunze: *O stronie przedmiotowej przygotowania czynu zabronionego...*, s. 206.

<sup>110</sup> W. Wolter: *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.* Warszawa 1973, s. 287.

niezwykle trudnym do przeprowadzenia *ex ante*<sup>111</sup>. Warto zatem jako przykład wskazać orzeczenie SA w Katowicach, który — w moim przekonaniu — dokonał prawidłowej oceny stanu faktycznego właśnie z punktu widzenia teorii przedmiotowej zaproponowanej przez A. Wąska: „Samo zlecenie telefoniczne na dostawę narkotyków bez wykazania, że zlecenie to zostało przyjęte i podjęto kroki w celu jego realizacji, a także miano możliwość jego realizacji, nie nosi znamion bezpośredniości, o której mowa w art. 13 § 1”<sup>112</sup>.

Wskazanie najbardziej funkcjonalnej teorii ułatwiającej rozgraniczenie przygotowania i usiłowania nie zwalnia jednak od poszukiwania odpowiedzi na zasadnicze — według mnie — pytanie: **Czy różnica między przygotowaniem a usiłowaniem ma charakter jakościowy** (są to dwa charakterologicznie odmienne zjawiska), **czy ilościowy** („odległość od” dokonania)? Od odpowiedzi na nie zależy odpowiedź na następne fundamentalne pytanie — Czy zachowanie podjęte przez sprawcę (a niewymienione w przepisie art. 16 § 1) ocenianić należy z zastosowaniem kryterium podobieństwa do przygotowania (jego cech znamiennej, a więc czy jest jedynie „stwarzaniem warunków”), czy z użyciem kryterium zaawansowania w drodze przestępnej? Skłaniając się ostrożnie ku pierwszemu rozwiązaniu (a więc przyjęcia tezy o różnicy jakościowej między przygotowaniem a usiłowaniem), zauważyć należy, że w takim przypadku „bezpośredniość”, o której mowa w przepisie art. 13 § 1, nadawałaby szczególną cechę kryminalizowanemu zachowaniu. Odwołując się zaś do zaaprobowanej tezy A. Wąska, wskazać należy, że w sformułowaniu „usiłowaniem jest to, co wykracza poza granice przygotowania” wykroczenie poza granice należy rozumieć nie tyle chronologicznie, ile w kontekście znaczeniowych granic przygotowania. Z takim ujęciem rozgraniczenia nie kłóci się powszechnie przyjmowana i niebudząca wątpliwości teza<sup>113</sup>, że takie samo zachowanie może być przygotowaniem lub usiłowaniem, a w innym przypadku dokonaniem czynu zabronionego. W tym kontekście warto przytoczyć jeszcze jedno rozumienie „bezpośredniości”, o którym wspomina G. Rejman. Mianowicie wskazuje ona, że „bezpośredniość to takie działanie, którego ciężar gatunkowy odpowiada jakości zarzucanego sprawcy przestępstwa”<sup>114</sup>. Chociaż bowiem wartość praktyczna takiego sformułowania jest niewielka, znakomicie oddaje istotę różnicy między przygotowaniem a usiłowaniem.

Należy jednak odnotować, że w nauce prawa karnego pojawia się pytanie, czy bezpośredniość jako komponent usiłowania ustalana ma być na podstawie stanu faktycznego, czy w drodze wykładni. Ci, którzy uważają, że należy posługiwać się wykładnią, uzasadniają, że inne rozwiązania doprowadziłyby do niepożąda-

<sup>111</sup> A. Krukowski: *Odstąpienie od przygotowania w kodeksie karnym...*, s. 14—15.

<sup>112</sup> Wyrok SA w Katowicach z dn. 27.10.2010 r., II AKa 223/10. LEX 785443.

<sup>113</sup> Por. np. J. Giezek: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. (art. 1—31). Kolonia Ltd 2000, s. 88.

<sup>114</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 75.

nych rozbieżności w orzecznictwie, stanowiłyby w pewnym stopniu obejście zasady *nullum crimen sine lege*<sup>115</sup>; chociaż sądy w braku definicji bezpośredniości skłonne były (i są) upatrywać w tym zakresie wyłącznie zagadnienia faktyczne (*quastio facti*)<sup>116</sup>. E. Krzymuski niemal sto lat temu całą konstrukcję usiłowania określał mianem konstrukcji logicznej, całkowicie niezależnej od ustawy. Jego zdaniem, ustawodawca decyduje jedynie o znamionach poszczególnych typizacji, nie jest natomiast władny ustalić przedmiotowych granic usiłowania poszczególnych przestępstw<sup>117</sup>. Również i dzisiaj pojawiają się głosy, że ustalanie bezpośredniości pozostawić należy sędziowskiej intuicji, godząc się, że jest to rozwiązanie mało satysfakcjonujące<sup>118</sup>, a jednoznaczna definicja bezpośredniości prawdopodobnie nigdy nie zostanie przyjęta<sup>119</sup>. Jak wynika z relacji H. Popławskiego, S. Śliwiński uważał, że zagadnienie bezpośredniości ocenić należy według pojęć życia codziennego, tzn. potocznego pojmowania rzeczy<sup>120</sup>. Warto też odnotować pogląd W. Wróbla, zdaniem którego tam, gdzie ustawodawca, ustanawiając określone regulacje, celowo posługuje się klauzulami generalnymi czy zwrotami ocennymi, nie jest dopuszczalne stosowanie wykładni w drodze orzeczeń SN, która prowadzi w istocie do uchylecia tych klauzul przez wprowadzenie abstrakcyjnie określonych, jednoznacznych zakresów zastosowania<sup>121</sup>. W podobnym duchu, ponad 40 lat wcześniej, wypowiadał się M. Siewierski, konstatając, że wskazanie jednego ogólnego kryterium bezpośredniości jest niemożliwe wobec wielkiej różnorodności typów działań przestępnych. Dodawał też, że gdyby istniało jakieś jedno wyraźne uchwytnie kryterium generalne, to byłoby ono niewątpliwie przez kodyfikatora zastosowane przy formułowaniu samej definicji usiłowania. Jednocześnie autor ten uważał, że wystarczy musi wyliczenie różnych kryteriów ogrywających rolę dolnego progu owego

<sup>115</sup> Ibidem, s. 18—19.

<sup>116</sup> M. Siewierski: *Usiłowanie a przygotowanie...*, s. 29.

<sup>117</sup> E. Krzymuski: *System prawa karnego ze stanowiska nauki i trzech kodeksów obowiązujących w Polsce*. Kraków 1921, s. 135.

<sup>118</sup> J. Giezek: *Prawo karne*. Warszawa 2008, s. 194.

<sup>119</sup> J. Potulski: *Spór o początek usiłowania...*, s. 136.

<sup>120</sup> H. Popławski: *Problematyka usiłowania przestępstw nieumyślnych*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1988, 1, s. 6.

<sup>121</sup> W. Wróbel: *Prawotwórcze tendencje w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach karnych*. W: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego...*, s. 390. O klauzulach w prawie karnym zob.: A. Strzembosz: *Klauzule generalne w projekcie kodeksu karnego (redakcja z grudnia 1991 r.)*. W: *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*. Red. S. Waltoś. Kraków 1993, s. 91—92 i 97. Autor przez klauzulę generalną rozumie nieokreślony znaczeniowo zwrot języka prawnego, odsyłający do cennych i ogólnie ukierunkowanych kryteriów pozaprawnych, którego konkretna treść ustalana jest w procesie stosowania prawa. Do jej zadań autor m.in. zalicza lepszą realizację „sprawiedliwości indywidualnej” przez możliwość dopasowania orzeczenia do okoliczności danego przypadku, gwarantującą też niezbędną elastyczność w kwalifikowaniu jako przestępstw konkretnych czynów zabronionych przez ustawę karną.

bezpośredniego działania. Zaliczył do nich: warunek, aby zachowanie posuwało naprzód realizację zamiaru, konkretne i bezpośrednie zagrożenie dobra, stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu, przekroczenie etapu przygotowania i bezpośrednio zbliżenie się do celu, uwzględnianie różnic między przestępstwami formalnymi i materialnymi, w przypadku przestępstw polegających na sprowadzeniu niebezpieczeństwa nie może być mowy o usiłowaniu, ale nie ma przeszkód dla usiłowania przestępstw z zaniechania, w wypadku współsprawstwa uwzględnić należy zasadę indywidualizacji<sup>122</sup>. Dość pesymistycznie należy jednak zauważyć, że trudności w ustaleniu, na jakim etapie zatrzymała się droga realizacji przestępnego zamiaru sprawcy, pojawiają się również na tle konkretnego stanu faktycznego; co więcej — niemal identyczny stan faktyczny skłania różne sądy do odmiennych decyzji<sup>123</sup>.

Jednocześnie pojawia się zasadnicze pytanie, czy kryterium odróżniające usiłowanie i przygotowanie nie stanowią reguły ostrożności, a mówiąc precyzyjniej — ich ewentualne naruszenie. Usiłowaniem byłoby zachowanie naruszające reguły postępowania z danym dobrem prawnym, natomiast przygotowanie takich reguł nie narusza. Czy wejście w porozumienie z inną osobą, uzyskiwanie lub przysposabianie środków, zbieranie informacji lub sporządzanie planu działania **rzeczywiście** jest naruszeniem reguł postępowania z dobrem prawnym? Jednak wiadomość znaczenia naruszenia reguł postępowania dla kryminalizacji określonego zachowania<sup>124</sup> nie ułatwia odpowiedzi na to pytanie.

<sup>122</sup> M. Siewierski: *Usiłowanie a przygotowanie...*, s. 32—34.

<sup>123</sup> Por. rozstrzygnięcia sądu w Jeleniej Górze w sprawach o zgwałcenia, przytoczone w: W. Radecki: *Usiłowanie zgwałcenia...*, s. 1608—1609.

<sup>124</sup> Por. np. Ł. Pohl: *Niezachowanie wymaganej ostrożności*. W: *Nieumyślność. Pokłosie VIII Kolokwium Bielańskiego*. Kolokwium Karnistycznego. Red. J. Majewski. Toruń 2012, s. 79—80, gdzie autor eksponuje, że umyślne popełnienie czynu zabronionego musi być uwarunkowane naruszeniem przez sprawcę stosownych reguł ostrożności. J. Majewski jednak całkowicie nie wyklucza sytuacji odmiennej, przywołując przykład usiłowania nieudolnego. Proponowana redefinicja art. 115 § 1 — „Czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej popełnione na skutek niezachowania przez sprawcę wymaganej w danych okolicznościach ostrożności” — uniemożliwiłaby uznanie przygotowania za czyn zabroniony (podobnie jak usiłowania nieudolnego). W innym miejscu autor ten wskazuje, że reguły ostrożności są z formalnoprawnego punktu widzenia pierwotnym materiałem normatywnym w stosunku do zbioru norm sankcjonowanych w prawie karnym — Ł. Pohl: *Struktura normy sankcjonowanej...*, s. 101. Por. też poglądy J. Majewskiego na ten temat — *Nieumyślność. Pokłosie VIII Kolokwium Bielańskiego...*, s. 99—101. Z kolei A. Zoll podkreśla, że „niezaatakowanie przez konkretny czyn dobra prawnego stanowiącego wartość społeczną bądź nienaruszenie przez taki czyn reguły postępowania obowiązującej w związku z danym dobrem powoduje, że czyn taki nie realizuje pełnego zespołu znamion określoności czynu. Nie jest więc zachowaniem typowym, nawet jeśli odpowiada trzonowi określoności zawartemu w przepisie ustawy karnej. Brak typowości zachowania jest warunkiem wystarczającym dla braku bezprawności”. — A. Zoll: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*. Warszawa 1982, s. 86.

Nieco inny problem stanowi wytyczanie granicy między karalnym przygotowaniem w postaci *delicta sui generis* a usiłowaniem przestępstwa, dla których dokonano takiej odrębnej kryminalizacji przygotowania<sup>125</sup>. Zdaniem M. Małeckiego, w przypadkach gdy dla danej typizacji istnieje karalne przygotowanie w postaci przestępstwa *sui generis*, wyznaczanie granicy między przygotowaniem a usiłowaniem, a tym samym interpretacja bezpośredniości, **musi uwzględniać znamiona przedmiotowe** owego *delictum sui generis*. Może to powodować, że faza usiłowania zostanie zawężona w stosunku do usiłowania, które należałoby wytyczyć wyłącznie na podstawie przepisu art. 15 § 1<sup>126</sup>. Powstaje pytanie, czy odrębnie (w części szczególnej) „zdefiniowane” przygotowanie może poszerzyć zakres/etap usiłowania danego typu czynu zabronionego — innymi słowy, czy określone czynności mające *de facto* charakter przygotowawczy, nie mieszcząc się w węziej określonych ramach przygotowania podniesionego do rangi dokonania, nie będą oceniane jako usiłowanie. Co prawda w takim stanie prawnym oba stadia *iter delicti* są karalne, jednak pytanie to nie traci na znaczeniu, odmienna bowiem jest karalność w tych dwóch przypadkach, inne są również przesłanki czynnego żalu (zwłaszcza przy współdziałaniu). Dlatego też M. Małecki podkreśla, że w kontekście ustalania granic usiłowania, szczególne jest znaczenie m.in. zasady gwarancyjnej prawa karnego i zakazu wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy<sup>127</sup>. Nie może być jednak wątpliwości, że zakres usiłowania musi być taki sam, niezależnie od tego, czy zachowania podjęte przez sprawcę o charakterze przygotowawczym są karalne, czy niekaralne.

Pojęcie bezpośredniości i związany z nim problem temporalizacji nabierają dodatkowo szczególnego charakteru w przypadku niektórych rodzajów przestępstw.

Na początku musi pojawić się pytanie o temporalizację usiłowania w przypadku przestępstw z zaniechania. Zmieniony kształt przepisu definiującego usiłowanie spowodował, że obecnie raczej nie podaje się w wątpliwość możliwości usiłowania przestępstw z zaniechania<sup>128</sup> (o czym szerzej w dalszej części monografii<sup>129</sup>), rzadko jednak judykatura bądź doktryna<sup>130</sup> zajmują się zagadnie-

<sup>125</sup> M. Małecki: *Granice usiłowania przestępstw pedofilskich w świetle art. 200a § 1 i § 2 k.k.* „Przegląd Sądowy” 2011, 6, s. 57.

<sup>126</sup> Ibidem.

<sup>127</sup> Ibidem.

<sup>128</sup> Por. uzasadnienie kodeksu karnego z 1969 r., przytoczone w początkowej części niniejszego rozdziału.

<sup>129</sup> Pamiętać jednak należy, że użycie przez ustawodawcę sformułowania „zmierza” nadaje — mimo zastąpienia sformułowania „działaniem” znamieniem „zachowanie” — całemu sformułowaniu **znaczenie zabarwione pewną aktywnością**.

<sup>130</sup> Obszerna wypowiedź G. Rejman oparta jest na stanie prawnym z 1932 r., co w podnoszonej kwestii ma zasadnicze znaczenie wobec zmiany w tym zakresie stanu prawnego — G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 132—147. Na przykład A. Zoll, wskazując dwie odmiennie sytuacje charakteryzujące zachowanie sprawcy w przypadku usiłowania przestępstw



niem wytyczania granicy usiłowania tego rodzaju przestępstw. Trafnie ujęła ten problem G. Rejman, pisząc: „Przyjęcie usiłowania przez zaniechanie rodzi wiele problemów ze względu na to, że od strony przedmiotowej ujawnia się ono jako nieczynienie w sposób jednakowy we wszystkich fazach czynu przestępnego. Rozgraniczenie przeto fazy ujawniającej tylko zamiar, przygotowującej się do przestępstwa, a następnie w postaci karalnego już usiłowania jest bardzo trudne, a czasem niemożliwe”<sup>131</sup>. Zdaniem tej autorki, gdy mowa o usiłowaniu przestępstw z zaniechania, należy wprowadzić rozróżnienie oparte na związku przyczynowo-skutkowym. Jeśli zatem czyjeś zaniechanie umożliwiło pojawienie się przyczyny (pozwoliło na wywiązanie się przyczynowości), usiłowanie — zdaniem autorki — jest możliwe. Przykładem może tu być zachowanie matki, która chcąc zabić dziecko, nie daje mu pożywienia. Natomiast jeśli czyjeś zaniechanie umożliwiło jedynie pojawienie się skutku (sprawca nie miał wpływu na zapoczątkowanie przyczynowości), to usiłowanie jest niemożliwe. Na przykład sytuacja, w której sprawca nie udziela pomocy tonącej osobie w zamiarze „spowodowania” jej śmierci, nigdy nie będzie — w opinii G. Rejman — usiłowaniem zabójstwa, a dokonaniem przestępstwa nieudzielenia pomocy<sup>132</sup>. W moim przekonaniu, powyższe rozróżnienie razi jednak sztucznością. Trudno też podzielić pogląd A. Wąska, że w przypadku przestępstw formalnych z zaniechania brak jest czasu na usiłowanie, chociaż ostatecznie autor ten nie wykluczył też możliwości usiłowania przestępstw z zaniechania. Zwrócił również uwagę na specyficzne kwestie pojawiające się w momencie ustalania właściwych kryteriów odgraniczania przygotowania od usiłowania materialnych i formalnych przestępstw z zaniechania, nie rozwijając jednak tego zagadnienia<sup>133</sup>.

Szerzej problematyką temporalizacji *iter delicti* przestępstwa nieudzielenia pomocy zajął się J. Kulesza. Uznał on, po części opierając się na tezach S. Glasera, że nawet jeśli nie we wszystkich stanach faktycznych, to usiłowanie przestępstwa z art. 162 jest możliwe. Nawiązując do treści art. 6 § 1 i użytego w nim sformułowania „popelniony w czasie”, autor ten przekonuje, że czas popełnienia przestępstwa to również jego formy stadialne. Zatem usiłowaniem będzie okres między zaktualizowaniem się obowiązku do czasu ustania tego

---

z zaniechania, znanie bezpośredniości — jak się wydaje — odnosi zarówno do usiłowania przestępstw z działania, jak i z zaniechania, nie różnicując jego znaczenia — A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. Red. A. Zoll..., s. 241—242. Równie ogólnikowo problem przedstawia R. Zawłocki, pisząc jednak o formie zachowania się sprawcy, która nie jest ograniczona i może polegać na zaniechaniu lub działaniu — R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 574.

<sup>131</sup> G. Rejman, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. G. Rejman. Warszawa 1999, s. 569.

<sup>132</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 140—146.

<sup>133</sup> A. Wąsek: *Formy popełnienia przestępstwa w k.k. z 1997 r.* W: „Nowa Kodyfikacja Karna”. *Kodeks karny. Krótkie komentarze*. Z. 9. Warszawa 1998, s. 15, 18 oraz Idem: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 1999, s. 197.

obowiązku (spowodowane ustaniem niebezpieczeństwa, udzieleniem pomocy przez inną osobę, nastąpieniem ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub śmierci). Jednocześnie J. Kulesza nie zgadza się na ujmowanie usiłowania popełnienia (dokonania) formalnego przestępstwa z zaniechania w formie „czynności przeszkadzających” lub „powstrzymania się od stworzenia sobie warunków do wykonania obowiązków”<sup>134</sup>.

Należy zauważyć, że czymś innym jest pytanie o formę/rodzaj przestępstwa (z działania lub z zaniechania) i związane z tym usiłowanie, a czymś innym forma samego usiłowania<sup>135</sup>. Pojawia się kwestia ewentualnego krzyżowania tych dwóch płaszczyzn, które w efekcie miałyby dać cztery sytuacje: 1) przestępstwo z działania, w którym usiłowanie jest działaniem, 2) przestępstwo z działania, w którym usiłowanie jest zaniechaniem, 3) przestępstwo z zaniechania, w którym usiłowanie jest działaniem, 4) przestępstwo z zaniechania, w którym usiłowanie jest zaniechaniem. Wydaje się, że niemożliwa jest sytuacja opisana w punkcie 2. Zatem problem rozumienia bezpośredniości odnieść należy do sytuacji określonej w punktach 3 i 4<sup>136</sup>. Przywołując więc ponownie podział dokonany przez A. Zolla, należałoby stwierdzić, że w przypadku usiłowania popełnienia (a raczej dokonania) czynu zabronionego, charakteryzującego się zaniechaniem wykonania obowiązku, należy wziąć pod uwagę następujące sytuacje: 1) sprawca podejmuje czynności uniemożliwiające mu wykonanie ciężącego na nim obowiązku działania (przestępstwa formalne z zaniechania) bądź szczególnego, prawnego obowiązku zapobieżenia skutkowi (przestępstwa materialne z zaniechania) lub 2) sprawca powstrzymuje się od stworzenia sobie warunków koniecznych do wykonania ciężącego na sprawcy obowiązku (co dotyczy zarówno przestępstw formalnych, jak i materialnych z zaniechania)<sup>137</sup>. Nasuwa się jednak kolejne pytanie, czy tak zdefiniowane usiłowanie — jako powstrzymanie się od stworzenia warunków koniecznych do wykonania ciężącego obowiązku — nie nawiązuje do definicji przygotowania. Pojawia się przecież sformułowanie „stwarzanie warunków”, charakterystyczne właśnie dla przygotowania. Z tego też względu, jak się wydaje, uwzględniając problem temporalizacji poszczególnych stadiów drogi przestępczej, należałoby mówić nie tyle o powstrzymaniu się od stworzenia sobie warunków koniecznych do wykonania obowiązku, ile — mimo istniejących warunków

<sup>134</sup> J. Kulesza: *Przestępstwo nieudzielania pomocy w niebezpieczeństwie. Art. 162 k.k. na tle uwag dotyczących § 323 c niemieckiego kodeksu karnego*. Łódź 2008, s. 360—394.

<sup>135</sup> O statusie syntaktycznym wyrażenia „zaniechanie” oraz samym pojęciu zaniechania zob. szerzej — M. Rodzyńkiewicz: *Pojęcie zaniechania a odpowiedzialność za przestępstwo popełnione przez zaniechanie w projekcie kodeksu karnego*. „Przegląd Prawa Karnego” 1994, 11, s. 22.

<sup>136</sup> Por. też o skrzyżowaniu działań z zaniechaniem: W. Wolter: *O tzw. przyczynowości zaniechania*. „Państwo i Prawo” 1954, 11, s. 526.

<sup>137</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. Red. A. Zoll..., s. 241—242.

do zrealizowania obowiązku — o powstrzymaniu się od jego podjęcia. I o ile w przypadku przestępstw skutkowych wskazanie takiego przykładu nie jest zbyt trudne (mając zamiar dokonania śmierci chorego dziecka, niepodanie mu lekarstwa znajdującego się w domu), o tyle wskazanie przykładu usiłowania przestępstwa formalnego z zaniechania napotyka na znaczne trudności (gdyż „nakładają się” niejako dwa utrudnienia — usiłowanie przestępstw z zaniechania oraz usiłowanie przestępstw formalnych). Niemniej jednak można podsumować, że w przypadku przestępstw z zaniechania usiłowanie może przybrać postać: 1) podejmowania czynności uniemożliwiających wykonanie ciężących na sprawcy obowiązku działania lub szczególnego, prawnego obowiązku zapobieżenia skutkowi oraz 2) powstrzymania się od wykonania ciężącego na sprawcy obowiązku (w tym, w przypadku przestępstw materialnych, zapobieżenia skutkowi, przy czym sam skutek jeszcze nie nastąpił)<sup>138</sup>. Nie ulega jednak dla mnie wątpliwości, że również w przypadku usiłowania przestępstw z zaniechania pojęcie „bezpośrednio” rozumieć należy w znaczeniu formalno-objektywnym. Każdorazowo więc należy sobie odpowiedzieć na pytanie, czy sytuacja „otaczająca” sprawcę (wykreowana przez niego samego lub osoby trzecie bądź zdarzenie) już umożliwia mu zrealizowanie obowiązku, którego nie podejmuje. Jeśli tak, to mamy do czynienia przynajmniej z usiłowaniem. Można więc stwierdzić, że temporalizacja poszczególnych etapów *iter delicti* to bardziej problem praktyczny i dowodowy niż teoretyczny. I chyba podobnej oceny dokonała G. Rejman<sup>139</sup>.

Odmienny problem stanowi wytyczanie granicy usiłowania przez znamię bezpośredniości w przypadku tzw. **przestępstw złożonych**<sup>140</sup> (a związana z tym kwestia czynnego żalu nabiera szczególnego znaczenia). Warto więc na wstępie zauważyć, że samo pojęcie przestępstwa złożonego jest bardzo szerokie, niejednolicie traktowane przez doktrynę prawa karnego. Niegdyś pojawiło się w literaturze pojęcie „przestępstwa zbiorowe”. W monografii poświęconej tym zagadnieniom T. Dukiet-Nagórska, przyjąwszy ostatecznie koncepcję wieloczynowości tzw. przestępstw zbiorowych, określiła je jako takie, których ustawowa typizacja przewiduje, a wręcz uzależnia istnienie od wielokrotności aktów sprawczych. Uznając jednocześnie, że nie można wykluczyć konstrukcji usiłowania przestępstw zbiorowych będących typami zasadniczymi, autorka ta

<sup>138</sup> Inaczej: J. Kulesza: *Przestępstwo nieudzielania pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 365—394. Por. też przywołaną tam literaturę.

<sup>139</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 145.

<sup>140</sup> Chociaż P. Kardas podważa zasadność podziału na tzw. przestępstwa jednoczynowe i wieloczynowe — P. Kardas: *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*. Warszawa 2011, s. 146—147. Jednak, jak się wydaje, z punktu widzenia temporalizacji *iter delicti*, spór ten nie ma znaczenia, problemem jest nie tyle „wielość czynów”, ile właśnie pojemność znamion — zakładająca kompleks wielu ruchów.

wskazała na konieczność każdorazowego rozważenia możliwości zastosowania art. 26 k.k. z 1969 r. (obecnie art. 1 § 2 k.k.)<sup>141</sup>. Dzisiaj w literaturze akademickiej częściej mówi się o typizacjach przewidujących **wieloczynność**<sup>142</sup>. Wśród nich wyróżnia się przestępstwa; zbiorcze, dwuaktowe, złożone oraz dopuszczające realizację jednoczynową i wieloczynową<sup>143</sup>; czasami do tej grupy zalicza się także czyn ciągły<sup>144</sup>. Należy zauważyć, że skoro wielokrotnie nie potrafimy precyzyjnie wskazać, gdzie leży granica między usiłowaniem a dokonaniem przestępstw wieloczynowych (o czym dalej), tym trudniej wskazać granice między przygotowaniem a usiłowaniem.

Według K. Buchały, w przypadku przestępstw wieloczynnościowych, do których zaliczał on m.in. przestępstwo powoływania się na wpływy (art. 244 k.k. z 1969 r.), dopiero przystąpienie do czynności związanej z podjęciem się opłaconego pośrednictwa będzie ostatnią fazą zachowania, która ma doprowadzić do realizacji znamion przestępstwa i stanowi usiłowanie. Natomiast w wypadku przestępstw o zbiorowo określonych czynach, których przykładem jest rozpijanie małoletniego (art. 185 k.k. z 1969 r.) — zdaniem Buchały — aby zachodziła bezpośrednio usiłowania, nie wystarczy podjęcie jednej czynności sprawczej, lecz wymagane jest podjęcie kilku<sup>145</sup>. O innej konkretnej typizacji pisze J. Warylewski. Jego zdaniem, początek usiłowania zgwałcenia (art. 197) należy wiązać z momentem, w którym sprawca zaczyna stosować środki mające doprowadzić do dokonania, tj. groźbę, przymus lub podstęp<sup>146</sup>. Zdaniem G. Rejman, w sytuacji włączenia przez ustawę do dyspozycji przepisu ustawy karnej dwóch czynności czasownikowych, problemu, do którego z nich należy odnieść „bezpośredniość”, nie da się rozstrzygnąć w sposób jednolity. Autorka widzi tu dwa rozwiązania, uzależnione od charakteru czynności czasownikowych. W sytuacji gdy „ustawa w ten sposób rozstawia poszczególne znamiona czasownikowe, że każde z nich może być wykonane zupełnie w innym czasie i miejscu”, powinna mieć zastosowanie formuła ograniczająca, tj. odnosząca bezpośrednio do zasadniczego (głównego) czasownika. Jeżeli jednak czynności są tego rodzaju, że wykonanie jednej z nich warunkuje natychmiasto-

<sup>141</sup> T. Dukiet-Nagórska: *Tak zwane przestępstwa zbiorowe w polskim prawie karnym*. Katowice 1987, s. 115 i nast. Jednocześnie autorka przyjęła, że niedopuszczalne jest usiłowanie przestępstw zbiorowych stanowiących typy kwalifikowane. Ze względu na zmieniony stan prawny uwagi te straciły na aktualności.

<sup>142</sup> Ł. Pohl określił je jako „konstrukty doktryny prawniczej zaliczane do zbiegów przestępstw” (przestępstwa zbiorowe, złożone itd.) — Ł. Pohl: *Struktura normy sankcjonowanej...*, s. 227 i nast.

<sup>143</sup> T. Dukiet-Nagórska, w: *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*. Red. T. Dukiet-Nagórska. Warszawa 2010, s. 179—180.

<sup>144</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 286.

<sup>145</sup> K. Buchała: *Polskie prawo karne*. Warszawa 1980, s. 396—397.

<sup>146</sup> J. Warylewski, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 117—221*. Red. A. Wąsek. Warszawa 2006, s. 859.

we rozpoczęcie wykonania drugiej, to wówczas — zdaniem G. Rejman — nie należałoby ograniczać „bezpośredniości” tylko do tego działania, które jest uznane przez ustawę za zasadniczą czynność wykonawczą. To stanowisko całkowicie aprobuje W. Wróbel i A. Zoll<sup>147</sup>. Wydaje się jednak, że uzależnianie sposobu wytyczania początku usiłowania od sposobu „rozstawienia znamion czasownikowych w przepisie” i ich rozmieszczenia w czasie jest całkowitym nieporozumieniem. Zwłaszcza opis drugiej sytuacji — „wykonanie pierwszej czynności warunkuje natychmiastowe rozpoczęcie drugiej” — nic nie wyjaśnia, a „efekt” precyzyjnego określania zawdzięczamy nie tyle szczególnemu kryterium wyróżnienia specyficznej grupy przestępstw, ile swoistej zwięzłości czasowej, co powoduje, że problem wyboru czasownika jako punktu odniesienia bezpośredniości praktycznie znika. Jako jeszcze trudniejszą sytuację G. Rejman ocenia przestępstwa „o wydłużonej linii zarysowującej przestępstwo”<sup>148</sup>. Ze stanowiskiem takim nie zgadza się R. Zawłocki, gdyż — jak przekonuje — stosowanie konstrukcji usiłowania w zależności od realizacji określonych znamion czasownikowych zakłada wręcz wyłączenie spod kryminalizacji zachowań stanowiących przekroczenie fazy przygotowania. Autor ten uznał, że konstrukcja usiłowania w kontekście bezpośredniości powinna być formalnie stosowana jednakowo zarówno do typów czynu zabronionego opartego na jednym, jak i na większej liczbie znamion określających czynność sprawczą (czasownikowych). Analizując orzeczenie SN dotyczące rozboju, R. Zawłocki stwierdził, że zakres kryminalizacji przepisu art. 280 nie stanowi ilościowej sumy zakazów „nie groź użyciem przemocy” oraz „nie kradnij”, lecz ilościowo-jakościowego nowego zakazu „nie kradnij przez użycie przemocy”; w ten sposób zakres kryminalizacji przesuwają się do generalnie wcześniejszej fazy potencjalnych zachowań sprawcy (w tym znaczeniu sprawca rozboju wcześniej wchodzi w etap zachowania karalnego niż sprawca kradzieży)<sup>149</sup>. W piśmiennictwie spotkać można również poglądy odnoszące się do konkretnych typizacji zaliczanych do przestępstw przewidujących wieloczynowość. I tak zdaniem W. Cieślaka, przy wymuszeniu rozbójniczym (art. 282) działanie sprawcy polegające na zastosowaniu przemocy

<sup>147</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 228. W przypadku przestępstwa rozboju, zdaniem K. Buchały i A. Zolla, usiłowanie zachodzi, gdy zachowanie sprawcy było skierowane bezpośrednio zarówno przeciwko mieniu, jak i wobec osoby; samo pozbawienie nieprzytomności w celu zabrania klucza, wejścia i dokonania kradzieży to jeszcze nie usiłowanie; dopiero zabranie klucza i próba wejścia do mieszkania uprawnia do rozważania usiłowania — K. Buchała, A. Zoll: *Polskie prawo karne*. Warszawa 1995, s. 285. Jak wskazali autorzy, zdaniem SN (orzeczenie z 1990 r.) jest już usiłowaniem rozboju, gdy sprawcy — mając opracowany plan działania — zaopatrzyli się w stosowny sprzęt i zaczęli się na ofiarę.

<sup>148</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 65. Stanowisko to spotkało się z aprobatą m.in. A. Zolla — A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zoll..., s. 246—247.

<sup>149</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 578—579.

lub groźby jest **już** usiłowaniem<sup>150</sup>. Wydaje się, że podobny problem będzie dotyczył czynu ciągłego, który jest swoistą odmianą przestępstwa zakładającego wieloczynowość<sup>151</sup> — co prawda jego prawna natura zakłada jednoczynowość, jednak w znaczeniu ontologicznym jest to wiele czynów określanych mianem zachowań. Pojawia się więc pytanie, czy rzeczywiście dla oceny bezpośredniości usiłowania znaczenie ma kwestia jedno- i wieloczynowości. Wydaje się, że w tej perspektywie nie tyle istotne są prawne koncepcje jedno- lub wieloczynowości, ile **rozciągnięcie w czasie sekwencji/kompleksów ruchów, co powoduje, że nie wiemy, który z nich ma być punktem początkowym w przypadku oceny bezpośredniości**. Zdaniem G. Rejman, oparcie instytucji przestępstwa ciągłego na „z góry powziętym zamiarze” pozwala przyjąć konstrukcję usiłowania, jeżeli tylko niektóre zachowania objęte zamiarem zostały zrealizowane. W opinii wspomnianej autorki, „usiłowanie rozpościerać się może począwszy od podjęcia pierwszej czynności polegającej na z góry powziętym zamiarze, np. codziennego wynoszenia części kompleksu komputerowego, aż do ostatniego elementu składowego, który zamykał ciąg czynów składających się na czyn w postaci kradzieży komputera”. Jednocześnie autorka widziała zalety innego rozwiązania problemu zrealizowania przez sprawcę tylko części z zamierzonych zachowań — przyjęcie odpowiedzialności wyłącznie za zrealizowane zachowania, bez posługiwania się konstrukcją usiłowania<sup>152</sup>. Z poglądem G. Rejman (a w zasadzie z pierwszą koncepcją odwołującą się do usiłowania) nie zgadzają się A. Marek i J. Lachowski. Ich zdaniem, to właśnie instytucja czynnego żalu unaocznia słabość tak rozumianego usiłowania czynu ciągłego. Proponują zatem, aby — uwzględniając istotę z góry powziętego zamiaru jako konstytutywnego elementu czynu ciągłego — uznać, że czyn ciągły kończy się na zachowaniu poprzedzającym bezpośrednio to, od którego sprawca dobrowolnie odstąpił<sup>153</sup>.

Propozycja przedstawiona przez A. Marka i J. Lachowskiego, abstrahując tymczasem od wskazania jej wadliwości<sup>154</sup>, wcale nie rozwiązuje problemu wyznaczenia (określenia) początku usiłowania. Wydaje się, że rozwiązując problem początku usiłowania przestępstw przewidujących wieloczynowość, w tym również czynu ciągłego, należy pamiętać, że usiłowanie jest zrelatywizowane do dokonania i bezpośredniość — w myśl przepisu art. 13 § 1 — również odnosi

<sup>150</sup> W. Cieślak: *Wymuszenie rozbójnicze*. Kraków 2000, s. 250—251.

<sup>151</sup> O podobieństwie do przestępstwa zbiorowego pisze A. Zoll — A. Zoll: *Zasady odpowiedzialności karnej*. W: „Nowa Kodyfikacja Karno”. *Kodeks karny*. Z. 12. Warszawa 1998, s. 130.

<sup>152</sup> G. Rejman, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. G. Rejman..., s. 537.

<sup>153</sup> A. Marek, J. Lachowski: *Niektóre problemy wynikające z „jednoczynowości” przestępstwa ciągłego*. „Prokuratura i Prawo” 2004, 11—12, s. 16.

<sup>154</sup> Należy, w moim przekonaniu, potraktować całe zdarzenie jako usiłowanie kwalifikowane i w przypadku czynnego żalu odpowiedzialność byłaby za wywołany skutek, tak jak w klasycznym usiłowaniu kwalifikowanym (do czego jeszcze przyjdzie wrócić).

się do dokonania. **Jednocześnie warto zauważyć, że przestępstwa przewidujące wieloczynowość można podzielić na dwie grupy** (pamiętając, oczywiście, o umowności poszczególnych nazw<sup>155</sup>), przyjmując jako kryterium podziału charakter czynów/zachowań wchodzących w skład przestępstwa przewidującego wieloczynowość. **Pierwszą grupę tworzą te przestępstwa przewidujące wieloczynowość, których poszczególne „składniki” mogą być odrębnymi przestępstwami.** Tu mieszczą się przestępstwa złożone, przestępstwa wieloodmianowe oraz — zasadniczo — czyn ciągły. **Drugą grupę przestępstw przewidujących wieloczynowość stanowią przestępstwa składające się z dwu lub więcej czynów/zachowań, które rozpatrywane odrębnie nie stanowią przestępstwa.** Tu zaliczyć wypada przestępstwa dwuaktowe i zbiorcze, czasami również czyn ciągły<sup>156</sup>. **Początek usiłowania w każdej z wymienionych grup wygląda nieco inaczej. W grupie pierwszej przestępstw wieloczynowych, składających się niejako z odrębnych przestępstw, bezpośrednio usiłowania ocenić należy, biorąc pod uwagę pierwszą z dokonywanych czynności, a zatem usiłowanie dokonania tej czynności jest usiłowaniem dokonania całego przestępstwa (przewidującego wieloczynowość).** Oczywiście, dokonanie pierwszej z kryminalizowanych czynności też jest usiłowaniem, aczkolwiek pojawia się tu konstrukcja usiłowania kwalifikowanego. **W drugiej grupie przestępstw przewidujących wieloczynowość, zbudowanych z czynów odrębnie niekryminalizowanych, usiłowaniem jest dokonanie pierwszej z czynności wskazanej przez ustawodawcę i nie ma tu miejsca na usiłowanie kwalifikowane.** Wystąpienie lub brak usiłowania kwalifikowanego będą miały później znaczenie dla zakresu i karnoprawnych konsekwencji czynnego żalu. Oczywiście, ocenie określonego zachowania sprawcy w kontekście usiłowania danego typu czynu zabronionego nieodłącznie towarzyszyć muszą ustalenia strony podmiotowej przestępstwa. Przypomnieć również wypada, że — w myśl przyjętej koncepcji — początek usiłowania to przekroczenie etapu przygotowania<sup>157</sup>. I te dwa podejścia wytyczają jeden punkt — granicę między przygotowaniem a usiłowaniem. Rozważyć jeszcze należy, czy takiemu mechanizmowi (dwu-

<sup>155</sup> W literaturze podziały i nazwy nie są jednolite, ja przyjęłam „systematykę” tego rodzaju przestępstw za T. Dukiet-Nagórką — T. Dukiet-Nagórska, w: *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa...*, s. 179—180. Por. przyp. 106.

<sup>156</sup> Jak wskazuje A. Zoll, możliwa jest sytuacja, że poszczególne zachowania, z uwagi na ich jednostkowy stopień społecznej szkodliwości, nie mogłyby być uznane za przestępstwo, natomiast łączne potraktowanie zachowań objętych znamieniem ciągłości może przekraczać wystarczający dla przyjęcia przestępstwa próg społecznej szkodliwości — A. Zoll: *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 132.

<sup>157</sup> Co prawda, dla samego sprawcy w wielu przypadkach poszczególne czyny wskazane w przepisie mogą być „tylko” czynnościami przygotowawczymi (zwabianie ofiary, podanie narkotyku, zastosowanie przemocy), jednak przepis art. 16 § 1, charakteryzując przygotowanie jako „podejmowanie czynności mające stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do jego dokonania”, wskazuje jednocześnie np., o jaki rodzaj czynności chodzi.

torowemu) ustalania początku usiłowania przestępstw wieloczynowych można postawić zarzut subiektywizacji. Wydaje się, że nie. Sama konieczność ustalenia zamiaru jest oczywista, ponieważ to zamiar stanowi — oprócz okoliczności przedmiotowych — racjonalizację odpowiedzialności karnej, współtworzy pojęcie bezprawności.

Jednocześnie na gruncie przestępstwa będącego czynem ciągłym pojawił się problem karnoprawnej oceny czynu zatamowanego. Zdaniem J. Lachowskiego i A. Marka, ze względu na powiązanie konstrukcji usiłowania z czynnym załem nie można odnosić usiłowania do całego czynu ciągłego. Według tych autorów, odstąpienie od dokonania konkretnego zachowania implikuje porzucenie zamiaru jego kontynuacji, zatem czyn ciągły kończy się na zachowaniu poprzedzającym bezpośrednio to, od którego sprawca dobrowolnie odstąpił<sup>158</sup>. W moim przekonaniu, nie ma żadnych przeszkód w odnoszeniu usiłowania do czynu ciągłego. Nie przemawiają przeciwko temu nawet względy kryminalno-polityczne, na które powołują się wspomniani autorzy, prawidłowej i całościowej oceny bowiem można dokonać na podstawie usiłowania kwalifikowanego. Dokonaniem jest bowiem zrealizowanie wszystkich ustawowych znamion (w tym wypadku czynu ciągłego) objętych zamiarem sprawcy. Przerwanie drogi przestępnej przed takim momentem może być — co najwyżej — usiłowaniem. Podobny problem pojawia się w przypadku popełnienia przestępstwa „rozciągniętego” w czasie, nawet gdy ustawa nie zakłada jego wieloczynowości, np. kradzież większej liczby rzeczy. Zdaniem T. Oczkowskiego i A. Marka, w przypadku złapania sprawcy na gorącym uczynku w miejscu kradzieży, gdy część z zabranych rzeczy była już przygotowana do wyniesienia z miejsca popełnienia czynu i w trakcie dokonywania dalszych kradzieży, wobec niemożności **dywersyfikacji** ocen karnych tego samego czynu, zachowanie sprawcy musi być ocenione jako usiłowanie dokonania kradzieży<sup>159</sup>. W moim przekonaniu, mamy tu również do czynienia z tzw. usiłowaniem kwalifikowanym<sup>160</sup>.

<sup>158</sup> A. Marek, J. Lachowski: *Niektóre problemy wynikające z „jednoczynowości”...*, s. 15—17.

<sup>159</sup> A. Marek, T. Oczkowski, w: „System Prawa Karnego”. T. 9. *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*. Red. R. Zawłocki. Warszawa 2011, s. 73. Por. też przywołany przez autorów wyrok SN z 18.05.1987 r., V KRN 124/87. OSNPG 1988, 3. LEX 17843: „Oskarżony został ujęty wewnątrz domu handlowego, w trakcie przygotowywania różnych przedmiotów do wyniesienia. Część rzeczy znajdowała się w neseserze na zapleczu stoiska z ubraniami i bielizną. Pozostałe przedmioty — na zapleczu stoiska ze sprzętem elektrycznym. Z powyższych dowodów wynika więc wyraźnie, że czyn oskarżonego stanowił usiłowanie dokonania przestępstwa kradzieży, skoro wszystkie w/w przedmioty wyjęte z właściwych stoisk znajdowały się jeszcze w obrębie sklepu”.

<sup>160</sup> Ciekawy problem o nieco innej naturze, jako że odnoszący się do jednego czynu, pojawia się przy koniecznej (zakładanej przez ustawę) wielości skutków czy mówiąc poprawniej — jednym skutku obejmującym śmierć więcej niż jednej osoby — art. 148 § 3. Ł. Pohl, analizując różne stany faktyczne związane z usiłowaniem ukończonym — zranienie wielu osób,



G. Rejman zwraca też uwagę na problem określenia bezpośredniości w przypadku **przestępstw kierunkowych**, gdyż — jak przekonuje — wprowadzenie podmiotowych znamion do istoty czynu przestępnego nie tylko sprzyja subiektywizacji odpowiedzialności karnej, lecz ją warunkuje i każe z oddalonej przesłanki ustalać cel działania sprawcy (co przysparza trudności dowodowe). Zdaniem tej autorki, nie ma większego problemu w sytuacji, gdy ustawa opiera cel na takiej czynności czasownikowej, której spełnienie nie może być przedsięwzięte w innym kierunku. Problem powstaje, gdy znamię czasownikowe nie może już rozstrzygnąć o treści celu działania, a — jak dodaje autorka — cel taki może zwięzać (łagodzić) karalność czynu lub podnosić jego rangę, przenosząc działanie sprawcy do kategorii tych czynów przestępnych, które odpowiadają treści celu (pobudki), przewartościowywać treść znamienia czasownikowego. Zdaniem G. Rejman, usiłowanie przestępstw należących do drugiej grupy przestępstw celowych jest w zasadzie wykluczone, subiektywizacja istoty czynu bowiem jest tak daleko posunięta, że uczynienie jeszcze jednego kroku wstecz mogłoby odnosić się nawet do myśli człowieka<sup>161</sup>. W moim przekonaniu, skoro dokonanie nie zależy od zrealizowania celu wskazanego w ustawie, to nie ma on znaczenia dla ustalania początkowego momentu usiłowania. Fakt zamiaru dotyczącego zdarzeń przyszłych nie zmienia definicji usiłowania i nie stwarza problemu z bezpośredniością. Warto podkreślić, że ustawodawca, podejmując decyzję o kryminalizacji określonego czynu, wybiera też odpowiednią dlań formę, rodzaj przestępstwa, godząc się na konsekwencje tego wyboru, również w zakresie kształtu usiłowania (i jego początku). Moim zdaniem, zasygnalizowany przez G. Rejman problem nie tyle odnosi się do subiektywizacji odpowiedzialności i związanego z nią zagadnienia bezpośredniości, ile z konstatacją, że przestępstwa kierunkowe to kolejna postać karalności na przedpolu dokonania (nawet jeśli przestępstwo kierunkowe ma charakter materialny) i powstaje wątpliwość, czy zasadne i uprawnione jest wprowadzanie karalności usiłowania tego rodzaju przestępstwa (szerzej o tej kwestii w następnym rozdziale).

---

śmierć jednej osoby, śmierć dwu osób przy zamiarze zabicia dwóch lub więcej osób, wskazuje na wątpliwości interpretacyjne i kwalifikacyjne. Ostatecznie autor przyjmuje w najbardziej „problematycznym” wariantcie — sprawca, zamierzając jednym czynem zabić dwie osoby, zabija tylko jedną z nich — że zachodzi usiłowanie zabójstwa jednym czynem więcej niż jednej osoby — Ł. Pohł: *Przestępstwo zabójstwa jednym czynem więcej niż jednej osoby (art. 148 § 3 k.k.)*. „Prokuratura i Prawo” 2008, 10, s. 5—10. I chociaż autor obawia się, że taka propozycja nie zyska szerszego grona zwolenników, jednak właśnie takie rozwiązanie należy zasadniczo uznać za słuszne. W takiej bowiem sytuacji mamy do czynienia z usiłowaniem kwalifikowanym, w którym śmierć jednej z osób jest dokonaniem nie tyle objętym zamiarem bezpośrednim (sprawca chciał zabić dwie osoby), ile ewentualnym. Warto uprzedzająco zaznaczyć, że wszystkie wskazane wątpliwości multiplikują się przy problematyce czynnego żalu.

<sup>161</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 70—74.

G. Rejman podjęła również problem kwestii bezpośredniości i usiłowania przestępstwa **opisanego w sposób nieostry**, co może powodować — jej zdaniem — że zachowanie sprawcy pozostaje w jednakowym, zewnętrznym stosunku do czynności czasownikowych dwóch lub więcej przestępstw — chodzi o przestępstwa, które opierając się na podobnej czynności czasownikowej różnicują odpowiedzialność karną, w zależności od ciężkości skutku lub cech przedmiotu przestępstwa. I tak autorka ta podaje, że podniesienie ręki uzbrojonej w niebezpieczne narzędzie może być wyrazem czynności bezpośrednio skierowanej zarówno w kierunku lekkiego, jak i ciężkiego uszkodzenia ciała, może być również poprzedzeniem czynności zabijania. Zdaniem autorki, „bezpośredniość” należy w takich przypadkach rozpatrywać na płaszczyźnie przyczynowości, przy czym będą to takie działania, których ciężar gatunkowy odpowiada jakości zarzucanego sprawcy przestępstwa<sup>162</sup>. Wydaje się, że w tym przypadku błędnie został zdiagnozowany sam problem. Trudności, o których pisze G. Rejman, dotyczą niemal wszystkich przestępstw (sama autorka „zestawia” groźbę karalną, uszczerbek na zdrowiu i zabójstwo) i wynikają nie tyle z nieostrych znamion typizacji, ile „ogólnikowości” usiłowania (i nie tylko jako ustawowej definicji, lecz przede wszystkim jego natury). Wydaje się, że konstrukcja związku przyczynowo-skutkowego niewiele tu pomoże — sam związek generuje problem normatywnego ograniczenia rzeczywistego przyczynienia na potrzeby zasad odpowiedzialności karnej. W moim przekonaniu, pojawia się tu zagadnienie ustalenia zamiaru, ponieważ to z jego perspektywy oceniamy, do czego sprawca zmierzał, a dopiero potem, czy w kontekście planowanego dokonania dane zachowanie było bezpośrednim zmierzaniem.

Na tle rozważań o wytyczaniu cezur między przygotowaniem a usiłowaniem pojawia się jeszcze jedno bardzo ważne zagadnienie. Odpowiedzieć bowiem należy na pytanie, czy poszukiwanie „dolnej” granicy usiłowania nieudolnego też powinno się opierać na „bezpośredniości”. Wydaje się, że zasadnicze znaczenie dla poszukiwania odpowiedzi na nie ma ustalenie relacji między usiłowaniem udolnym i usiłowaniem nieudolnym, do czego przyjdzie sięgnąć w dalszej części pracy. Abstrahując tymczasem od możliwości i sensowności odnoszenia pojęcia „bezpośredniość” do usiłowania nieudolnego<sup>163</sup>, stwierdzić należy, że nie budzi wątpliwości fakt, że również w przypadku usiłowania nieudolnego należy wytyczać jego „dolną” granicę. Nieudolność poczynań sprawcy, przede wszystkim w zakresie jego oceny do przedmiotu wykonawczego lub

<sup>162</sup> Ibidem, s. 74—75; G. Rejman, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. G. Rejman..., s. 559; Eadem: *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8—31 KK. Komentarz*. Warszawa 2009, s. 282.

<sup>163</sup> Por. J. Majewski: *O różnicy i granicy między usiłowaniem udolnym a usiłowaniem nieudolnym*. W: *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*. Red. J. Majewski. Toruń 2008, s. 28.

użytego środka, nie może w konsekwencji „rozciągać” etapu usiłowania do momentu podjęcia zamiaru. *Prima facie* wydaje się, że właśnie teoria formalno-objektywna i w tym przypadku jest najbardziej użyteczna. Nie odwołując się do pojęcia i rodzaju niebezpieczeństwa, a jedynie „przekroczenia” fazy przygotowania ocenianej w kontekście znamion danej typizacji, pozwala zachować jednolitość pojęciową „bezpośredniości” i równocześnie uwzględnić konstytutywne cechy usiłowania nieudolnego.

Na zakończenie tej części rozważań warto odnotować jeszcze jeden aspekt „bezpośredniości”. Otóż, zdaniem G. Rejman, analiza praktyki i doktryny wyrosłej na płaszczyźnie art. 23 k.k. z 1969 r. prowadzi do wniosku, że błędne wyobrażenie sprawcy w przedmiocie „bezpośredniości” lub „pośredniości” działania nie zwalnia go od odpowiedzialności karnej za przestępstwo umyślne, jeżeli tylko zachowanie to obiektywnie wypełniało znamiona „bezpośredniości”. Błąd w zakresie usiłowania nie działa, zdaniem autorki, na korzyść sprawcy<sup>164</sup>. A. Zoll dodaje: „Bezpośredniość zmierzania do dokonania czynu zabronionego, będąc znamieniem usiłowania, nie jest znamieniem czynu zabronionego w znaczeniu art. 28 § 1. Błędne wyobrażenie sprawcy co do osiągnięcia fazy bezpośredniości zmierzania do dokonania (nieświadomość tego stanu rzeczy) nie wyłącza odpowiedzialności za usiłowanie, jeśli obiektywnie zachowanie taką cechą wykazało. Także w wypadku urojenia sobie osiągnięcia stadium bezpośredniości zmierzania do dokonania brak jest podstaw do przyjmowania odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne”<sup>165</sup>. Wydaje się, że można podzielić pogląd tego autora. Rzeczywiście, „bezpośredniość” należy do znamion ustawowych, ma jednak charakter szczególny (w przeciwieństwie do tego pojęcia użytego w innych konstrukcjach). Błąd sprawcy co do tej okoliczności czynu nie uchyla bowiem zamiaru sprawcy dokonania czynu zabronionego, co jest cechą zasadniczą konstrukcji przewidzianej w przepisie art. 28 § 1<sup>166</sup>. Zdaniem W. Woltera, w sytuacji gdy sprawca nie ma świadomości, że czyn jego wykazuje już cechy usiłowania (a przygotowanie w konkretnej sprawie jest niekaralne), „nie pozostaje nic innego, jak albo trzymać się subiektywizmu i odrzucić możliwość ukarania za usiłowanie, albo kwestię progu usiłowania traktować jako obiektywny warunek karalności”. W przypadku karalnego przygotowania zmienia się tylko pierwszy człon powyższej alternatywy — w grę wchodzi ukaranie za nieudolną czynność przygotowawczą z punktu widzenia subiektywizmu. Natomiast z punktu widzenia obiektywistycznego ukaranie za usiłowanie znaczyłoby — zdaniem tego autora — znów uczynienie z granicy między usiłowaniem a czynnością

<sup>164</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 26.

<sup>165</sup> A. Zoll, w: *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*. Red. K. Buchała..., s. 110 oraz Idem, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. Red. A. Zoll..., s. 248.

<sup>166</sup> Poważniejsze wątpliwości pojawią się przy ocenie tego błędu po zmianie treści przepisu art. 28 nowelą z dn. 20 lutego 2015 r. Dz.U. nr 396.

przygotowawczą warunku karalności. W przypadku odwrotnym, gdy sprawca jest przekonany, że jego zachowanie osiągnęło już stadium usiłowania, chociaż w rzeczywistości było to przygotowanie, z punktu widzenia teoretycznego byłoby to, jak wskazuje W. Wolter, nieudolne usiłowanie usiłowania. W opinii tego autora, problem taki, o bardzo małym znaczeniu praktycznym, rozstrzygany byłby od strony przedmiotowej<sup>167</sup>.

„Górną” granicę usiłowania stanowi cezura między usiłowaniem a dokonaniem. Jednocześnie, jak dość powszechnie podkreśla się w literaturze, to brak dokonania stanowi konstytutywny element usiłowania (o charakterze negatywnym)<sup>168</sup>. Dokonanie jest najpełniejszą formą popełnienia każdego przestępstwa i stanowi ostatni etap „pochodu przestępstwa”<sup>169</sup>. Jak zaznaczył K. Buchała, usiłowanie tym różni się od dokonania, że brak w nim ostatniego elementu czynu decydującego o dokonaniu, a więc szkody w znaczeniu materialnym decydującym o przestępstwie skutkowym lub też szkody w szerszym sensie decydującej o dokonaniu przestępstwa formalnego<sup>170</sup>. Chociaż oczywiście dokonanie nie musi być ostatnim elementem konglomeratu zachowań podlegających karnoprawnej ocenie (o czym przekonuje chociażby treść art. 53 § 2). Jak dodaje R. Zawłocki, dokonanie zasadniczo stanowi finalny etap realizacji zamiaru przestępczego<sup>171</sup>, co — rzecz jasna — odnosi się wyłącznie do przestępstw umyślnych.

<sup>167</sup> W. Wolter: *Funkcja błędu...*, s. 123—125.

<sup>168</sup> Warto jednak odnotować zasygnalizowany pogląd J. Majewskiego, który zastanawia się, czy zaliczanie braku dokonania — jako znamienia negatywnego — do zestawu tzw. ogólnych znamion usiłowania udolnego jest najwłaściwsze, czy nie trafniejsze byłoby założenie, że końcowy fragment art. 13 § 1 zamykający się w słowach: „[...] które jednak nie następuje”, nie określa żadnej cechy konstytutywnej (karalnego) usiłowania, a jedynie rozstrzyga, do kiedy ponosi się odpowiedzialność karną jeszcze za przestępstwo usiłowane, a od kiedy już za przestępstwo dokonane. — J. Majewski: *O różnicy i granicy...*, s. 26. Nieco podobnie Ł. Pohl: *Przestępstwo zabójstwa jednym czynem więcej niż jednej osoby (art. 148 § 3 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2008, 10, s. 6—7 oraz Idem: *Prawo karne. Wykład części ogólnej*. Warszawa 2012, s. 207. W innym miejscu Ł. Pohl dodaje, że z twierdzenia, że brak dokonania należy do ustawowych znamion usiłowania, nie należy wyciągać wniosku, że dokonanie wykasowuje fakt dopuszczenia się przez sprawcę usiłowania tego czynu. Przeprowadzona przez autora wnikliwa analiza doprowadziła go do wniosku, że usiłowanie czynu zabronionego zachodzi w czasie, gdy nie zachodzi dokonanie tego czynu, a dokonanie (umyślnego) czynu zabronionego zachodzi w czasie, w którym nie zachodzi już jego usiłowanie. Zatem, kontynuuje wspomniany autor, dokonanie (umyślnego) czynu zabronionego zawsze poprzedzone być musi faktem jego usiłowania. — Ł. Pohl: *Tak zwana subsydiarność ustawowa...*, s. 299—301.

<sup>169</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 550 i nast.

<sup>170</sup> K. Buchała: *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego — Izba Karne z dn. 12 lutego 1974 r., III KR 324/73*. OSPiKA 1974, 12, s. 555.

<sup>171</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 550.

Autorzy zajmujący się usiłowaniem rzadko w braku dokonania widzą istotny problem teoretyczny lub praktyczny. Nie ulega jednak wątpliwości, że również i w tym zakresie czasem się pojawia się mnóstwo wątpliwości. A przecież ustalenie braku dokonania ma niebagatelne znaczenie z punktu widzenia czynnego żalu, gdyż z „dobrodziejstwa” karnoprawnych konsekwencji skutecznego czynnego żalu okazanego przez sprawcę można skorzystać (najpóźniej) na etapie usiłowania. Tylko wyjątkowo typizacje czynów zabronionych przewidują możliwość naprawienia szkody, i nie z tak daleko idącymi „dobrodziejstwami”<sup>172</sup>. Prawidłowe wytyczenie granicy między usiłowaniem a dokonaniem ma też znaczenie z punktu widzenia wytyczania granic przygotowanie/usiłowanie. Moment dokonania staje się bowiem punktem odniesienia wytyczania stadium usiłowania<sup>173</sup>, pozwala również na właściwą ocenę określonego zachowania jako konkretnej formy stadialnej wobec niesamodzielnego charakteru przygotowania i usiłowania. Cezura między usiłowaniem a dokonaniem stanowi również zasadniczo granicę kryminalizacji w prawie wykroczeń, na obszarze którego usiłowanie — poza wyjątkami wskazanymi w ustawie — jest niekaralne.

Istotnym zagadnieniem związanym z wytyczaniem granicy między usiłowaniem a dokonaniem jest rozróżnianie przestępstwa formalnego i materialnego. W zależności bowiem od uznania danej typizacji za przestępstwo formalne lub materialne moment jego dokonania będzie zupełnie różny. Ilustracją tego problemu mogą być spory w doktrynie odnośnie do skutkowości przestępstwa rozpijania małoletniego<sup>174</sup>.

Podział przestępstw na przestępstwa formalne i materialne ma ugruntowaną tradycję w nauce prawa karnego<sup>175</sup>; do podziału tego wprost odnoszą się też niektóre przepisy kodeksu karnego (np. art. 2, art. 6 § 2, art. 9 § 3).

<sup>172</sup> Na przykład art. 295 i 307.

<sup>173</sup> Por. też G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 88.

<sup>174</sup> Por. O. Sitarz: *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym na tle postanowień Konwencji o prawach dziecka*. Katowice 2004, s. 107—110 oraz przytoczone tam stanowiska przedstawicieli polskiej nauki.

<sup>175</sup> Por. K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezskutkowe). Zagadnienia teoretyczne, politycznoprawne i technicznolegislacyjne* [Niepublikowana rozprawa doktorska, INP PAN]. Warszawa 1988, s. 6—13. Nie negując samej istoty podziału (I. Andrejew wskazuje, że jedynie Liszt twierdził, że nie ma przestępstwa bez skutku, w związku z czym nie jest słuszny podział przestępstw na skutkowe i bezskutkowe. — I. Andrejew: *Polskie prawo karne w zarysie*. Warszawa 1989, s. 130) i jego znaczenia, zdarzały się jednak głosy krytyczne wobec funkcjonujących w języku prawniczym nazw. Jako „niezbyt szczęśliwe” określił je I. Andrejew, twierdził, że „podział przestępstw ma materialne i formalne sugeruje przez użyte nazwy, że może chodzić o przestępstwa cięższe, rzeczywiste (»materialne«), naprawdę szkodliwe i o przestępstwa polegające li tylko na przekroczeniu przepisu prawnego, na formalnym nieposłuszeństwie” (ibidem, s. 101). Obecnie jednak praktycznie taka krytyka już się zdarza — jako ryzykowne i przedwczesne ocenił S. Śliwiński twierdzenie SN z 1934 r., jakoby podział na przestępstwa materialne i formalne był, według nowoczesnych poglądów, nieuzasadniony — S. Śliwiński: *Prawo karne*. Warszawa 1946, s. 104.

Jak słusznie zauważył K. Rastawicki, problem podziału przestępstw na formalne i materialne sprowadza się w istocie do ustalenia warunków koniecznych do uznania danego czynu przestępnego za dokonany. Jest to zatem zawsze decyzja ustawodawcy odnosząca się do wyboru przez niego momentu dokonania przestępstwa. Wybór swój ustawodawca wyraża w określonym kształcie ustawowych znamion. Jak podkreśla wspomniany autor, zakres dowolności takiego wyboru jest w zasadzie nieograniczony — z wielu następstw każdego czynu ludzkiego leżącego w zakresie zainteresowań prawa karnego ustawodawca wybrać może jedno lub kilka zdarzeń i od ich nastąpienia uzależnić dokonanie przestępstwa. Zatem moment dokonania może też — z woli ustawodawcy — pokryć się z chwilą podjęcia samego szkodliwego społecznie (zdaniem niego) zachowania<sup>176</sup>. Dzisiaj dodalibyśmy, że swoistym (merytorycznym) ograniczeniem jest zasada proporcjonalności wyrażona w treści przepisu art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ostatecznie określenie charakteru przestępstwa to problem odczytania woli ustawodawcy co do zakresu kryminalizacji, ale nie ułatwia tego konstatacja, że wspomniany podział nie ma podstawy ontologicznej, lecz jest kształtowany wyłącznie na podstawie kryteriów natury techniczno-prawnej, z uwzględnieniem potrzeb polityczno-kryminalnych<sup>177</sup>. Prezentowane przez karnistów definicje przestępstw materialnych i formalnych również nie rozstrzygają wszystkich wątpliwości. Na przykład J. Makarewicz dokonał „teoretycznego podziału przestępstw na takie, przy których rozstrzyga o dokonaniu zmiana w świecie zewnętrznym, i takie, przy których rozstrzyga ukończenie samego działania<sup>178</sup>”. Jak zauważa K. Rastawicki, J. Makarewicz raczej bagatelizował znaczenie podziału na przestępstwa formalne i materialne, uznając, że wynika on z zupełnie dowolnego przesuwania przez różne ustawy środka ciężkości danego typu przestępstwa i upatrywał znaczenie tej kwestii przede wszystkim dla tzw. odstąpienia od usiłowania<sup>179</sup> (co z perspektywy tematu niniejszej pracy ma znaczenie niebagatelne). Niemniej przyznać należy, że definicja przytaczana przez J. Makarewicza nic na swej aktualności nie straciła i — *mutatis mutandis* — wciąż w podręcznikach akademickich się pojawia.

Autorzy podręczników akademickich wprost wskazują, że kwestia, czy dane przestępstwo ma charakter skutkowy, czy bezskutkowy może nastęrczać spore trudności<sup>180</sup>. Odczytanie intencji ustawodawcy w tym zakresie utrudnia przyjęta

<sup>176</sup> K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezskutkowe)*..., s. 2—3.

<sup>177</sup> Ibidem, s. 4.

<sup>178</sup> J. Makarewicz: *Prawo karne ogólne*. Kraków 1914, s. 46.

<sup>179</sup> K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezskutkowe)*..., s. 10.

<sup>180</sup> Por. np. K. Buchała: *Prawo karne materialne*. Warszawa 1980, s. 172. Na przykład do spornych typizacji zaliczyć można przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej — art. 222 — O. Górniok, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 2. Red. A. Wąsek. Warszawa 2004, s. 7—8 i przytoczone tam stanowiska doktryny. Znakomitą ilustracją takich wątpliwości mogą być spory na tle skutkowości przestępstwa określonego w przepisie art. 231 § 1, szeroko przed-

technika legislacyjna — posługiwanie się w każdym przypadku czasownikiem niedokonanym. Zatem próba określenia typu przestępstwa ze względu na skutek na podstawie dokonanej formy czasownika (co jeszcze w literaturze przedmiotu się zdarza<sup>181</sup>) z góry musi być skazana na niepowodzenie. Charakterystyczny algorytm rozwiązania problemu rozróżniania przestępstw formalnych i materialnych przedstawił S. Śliwiński. Wskazał on m.in., że przestępstwo materialne z działania zachodzi wtedy, gdy po ukończeniu ruchów fizycznych stanowiących urzeczywistnienie istoty czynu nie zawsze powstaje skutek do dokonania konieczny. Dodał jednak, że skutek może nastąpić momentalnie po ukończeniu działania, że powstaje złudzenie, że skutek nie powstaje jako „skutek zewnętrzny”. Przykładem takiej sytuacji jest, zdaniem tego autora, przestępstwo zniewagi (lżenie z art. 256 k.k. z 1932 r.), albowiem między zanikiem drgania strun głosowych a dotarciem głosu do pokrzywdzonego wkracza, minimalna co prawda, ale istniejąca zawsze przegroda czasowa<sup>182</sup>. Inne rozwiązanie zaproponował R. Sarkowicz na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r. Jego zdaniem, analiza językowa przepisów części szczególnej kodeksu pozwoliła wyróżnić trzy sposoby wyrażania przyczynowości za pomocą języka, a tym samym umożliwiła ocenę, czy mamy do czynienia z przestępstwem skutkowym. Wspomniane językowe sposoby wyrażania przyczynowości to: zdania połączone spójnikiem „i” użytym kauzalnie, czasowniki kauzalne („powodować” i jemu bliskoznaczne) oraz znamiona czasownikowe, które zawierają w sobie element znaczeniowy „powodować”. Ustalenie ostatniego ze wskazanych sposobów wymagało od autora (wobec braku innej możliwości) przeanalizowania znamion czasownikowych części szczególnej kodeksu i na podstawie wyjaśniania znaczenia cza-

---

stawione w uchwale składu siedmiu sędziów SN z 24.01.2013 r., I KZP 24/12. OSP 2013, 7—8, s. 585—588.

<sup>181</sup> Na przykład zdaniem L. Peipera, zmuszanie, nakłanianie do nierządu i wdzieranie się do cudzego domu były przestępstwami formalnymi, gdyż przepisy normujące te czyny stanowiły: „kto zmusza”, „kto nakłania”, „kto wdziera się” — L. Peiper: *Komentarz do kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach*. Kraków 1936, s. 510, cyt. za: K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezskutkowe)...*, s. 129—130. Językowa krytyka takiego podejścia — zob. R. Sarkowicz: *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym (na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.)*. W: „Zeszyty Naukowe UJ” — *Prace z nauk politycznych*. Kraków 1989, s. 68. Por. też np. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas: *Przestępstwa przeciwko mieniu*. Kraków 1999, s. 176 i przede wszystkim: A. Sakowicz, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 683, który pisze: „Nie można też tracić z pola widzenia faktu, że ustawodawca posłużył się w art. 18 § 2 KK znamieniem czasownikowym »nakłania« w formie niedokonanej”. Również J. Skorupka nawiązuje do formy czasownika: „Określenie czynności sprawczych jako »podrabia«, »przerabia«, »usuwa« oznacza, że sprawca wykonuje je aktualnie, już teraz — *preasens*, a nie *perfectum*. Należy zatem przyjąć, że mamy do czynienia z czynem formalnym”. — J. Skorupka: *Przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi. Rodział XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*. Warszawa 2002, s. 117.

<sup>182</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 104—105.

sownika przez elementarne znaczenie jednostek sematycznych każdorazowo podejmowania decyzji o skutkowym charakterze typu czynu zabronionego<sup>183</sup>. Przyznać jednak należy, że z uwagi na konieczność odwołania się do intuicji użytkownika języka, chodzi tu o tzw. *native speaker* (upraszczając — użytkownika idealnego), ostateczny wynik takiej analizy nie jest w wielu przypadkach pozbawiony wątpliwości.

Warto podkreślić, że zdaniem S. Śliwińskiego, wszystkie „wątpliwe” typy, których opis nie zawierał wyraźnie wskazanego skutku przestępnego, zaliczyć należy do przestępstw materialnych<sup>184</sup>. I chociaż — jak zauważył K. Rastawicki — wykładnia taka niejednokrotnie przeciwstawiała się intencjom twórców kodeksu, o czym świadczyły polemiki w tej kwestii z J. Makarewiczem, to jednak miała niezaprzeczalny walor z punktu widzenia funkcji gwarancyjnej<sup>185</sup>. Podobne stanowisko wyraził SN, stwierdzając, że „w sytuacjach, gdy praktyka wynikająca z tradycji ustawodawczej tworzy swego rodzaju domniemanie skutkowego charakteru przestępstwa, a żadne racje systemowe ani funkcjonalne nie skłaniają do wniosku, że zachodzi tu odstępstwo od tej tradycji — należy przyjąć, że czasownik używany jest dla oznaczenia wywołania skutku”<sup>186</sup>. Z takim stanowiskiem nie zgadza się P. Kuziak. Jego zdaniem, „Nie jest prawdą, jakoby do tradycji legislacyjnej należało interpretowanie znamion czasownikowych typu czynu zabronionego w aspekcie dokonanym. Nie ma żadnych przesłanek uzasadniających tezę, którą przyjął SN, opierając się na pracy R. Sarkowicza, jakoby istniało domniemanie skutkowego charakteru przestępstwa. To domniemanie oznacza, że w przypadku, gdy nie ma żadnych wątpliwości co do formalnego charakteru danego przestępstwa, to należy przyjąć, że mamy do czynienia z przestępstwem skutkowym. Ze wspomnianej tradycji wynika tylko to, że pomimo nieprzejrzystości językowej takiego rozwiązania, czasownik w formie niedokonanej może charakteryzować skutek, który już wystąpił w świecie zewnętrznym. Natomiast dla domniemanie skutkowego charakteru przestępstwa nie ma większego uzasadnienia ustawowego ani dogmatycznego (poza tym chyba tylko, że prawo karne, chroniące najważniejsze dobra, powinno penalizować przede wszystkim takie naruszenia norm sankcjonowanych, które prowadzą

<sup>183</sup> R. Sarkowicz: *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym...*, s. 57—71. Co ciekawe, autor wprowadza swoisty test na formę dokonaniową — test usiłowania. Jego zdaniem, istnienie tej konstrukcji w prawie karnym pozwala przyjąć domniemanie, że ustawodawca każe interpretować czasowniki w formie niedokonanej jako dokonane (s. 69). Rozważania autora zmierzają w przeciwnym kierunku — z faktu istnienia usiłowania wyprowadza on wnioski, odwrotnie niż w niniejszej pracy, gdzie badaniu poddaje się samą możliwość usiłowania poszczególnych rodzajów przestępstw (w tym formalnych).

<sup>184</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne materialne. Część szczególna (skrypt)*. Warszawa 1948, s. 201, cyt. za: K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezskutkowe)...*, s. 129—130.

<sup>185</sup> K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezskutkowe)...*, s. 130.

<sup>186</sup> Uchwała SN z 21.10.2003 r., I KZP 11/03. OSNKW 2003, 11—12, poz. 89.



do naruszenia dobra prawnego, z czym najczęściej będzie się wiązać wystąpienie skutku w świecie zewnętrznym), gdyż dla uznania materialnego charakteru danego przestępstwa zawsze niezbędne jest wykazanie, że aktywność sprawcy spowodowała różną od samego czynu zabronionego zmianę w świecie zewnętrznym, będącą znamieniem typu czynu zabronionego<sup>187</sup>. Podzielając w pewnym zakresie zastrzeżenia P. Kuziaka, podkreślić jednak należy, że racją dla ewentualnego przyjęcia domniemania skutkowości czynu zabronionego, czego zwolenniczką nie jestem (jako że prawo karne materialne dalekie winno być od przyjmowania domniemań), jest funkcja gwarancyjna, sprowadzająca się do zapewnienia, że prawo ingerujące tak dalece w prawa i wolności człowieka nie będzie określało, czym jest dokonanie oparte na tradycji legislacyjnej. Jednak konsekwencją takiego podejścia jest „przesunięcie” momentu dokonania przestępstwa, a tym samym „wydłużenie” czasu usiłowania (co oczywiście ma olbrzymie znaczenie zarówno dla czynnego żalu, jak i z punktu widzenia problematyki dowodowej)<sup>188</sup>.

Dość niefrasobliwie do podziału przestępstw na skutkowe i bezskutkowe podchodził W. Wolter (przynajmniej na płaszczyźnie oceny typu przestępstwa naruszenia nietykalności). Według niego, „Z naruszeniem nietykalności cieleśnej może, ale nie musi, się łączyć pewien przemijający ból. Jednakże w pewnych wypadkach na granicy mogą powstać wątpliwości [...]. W związku tym przestępstwo to może być przestępstwem skutkowym albo bezskutkowym”. Twierdził także: „w takim razie dla rozpoznania, że przestępstwo to zostało dokonane zbędne staje się ustalenie odczucia doznanego przez ofiarę, a tym bardziej jakichkolwiek śladów na jej ciele. Konieczne natomiast jest stwierdzenie, iż nastąpiło fizyczne dotknięcie ciała ofiary<sup>189</sup>. K. Rastawicki zauważył, że chociaż sam dychotomiczny podział przestępstw na formalne i materialne jest teoretycznie bardzo przejrzysty, to w praktyce — z uwagi na występującą niekiedy niewystarczającą precyzyjną konstrukcję — nie zawsze czytelny, co powoduje, że odczytywanie intencji ustawodawcy jest dyskusyjne. Dodał też — z czym trudno już się zgodzić — że istnienie takich dyskusyjnych przypadków nie wpływa jednak w żadnym razie na teoretyczną przejrzystość podziału przestępstw, a jedynie utrudnia sporządzenie bezspornego katalogu przestępstw formalnych i materialnych<sup>190</sup>. K. Buchała podkreślał, że wątpliwości, czy chodzi o przestępstwo skutkowe, czy bezskutkowe nie rzutują na kwestię

<sup>187</sup> P. Kuziak: *Usiłowanie podżegania w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r.*, IKZP 11/03. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, 1, s. 156—157 i przywołana przez niego praca — R. Sarkowicz: *Wyrażanie przyczynowości w teksie prawnym...*, s. 68—69.

<sup>188</sup> Odrębnym problemem jest możliwość i zasadność usiłowania przestępstw formalnych, o czym nieco dalej.

<sup>189</sup> W. Wolter: *Kodeks karny z komentarzem*. Warszawa 1973, s. 532.

<sup>190</sup> K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezskutkowe)*..., s. 392—393.

odpowiedzialności<sup>191</sup>. Oczywiście, przyjmując wąską perspektywę karalności usiłowania (jak za dokonanie), można by powiedzieć, że w zasadzie — dla bytu przestępstwa i jego ustawowej karalności — nie ma różnicy między usiłowaniem a dokonaniem. Podobnie jak ocena samego czynu ostatecznie nie może być uzależniona od konstatacji, czy popełniono przestępstwo usiłowane czy dokonane. Wątpliwości jednak w tym zakresie oddziałują na decyzję co do formy stadialnej zachowania sprawcy i (w konsekwencji) na możliwość przyjęcia czynnego żalu. Ponadto, ponieważ ta sama formuła podziału obowiązuje w prawie wykroczeń, gdzie — zasadniczo — usiłowanie jest niekaralne, prawidłowa ocena stadium *iter delicti* rzutuje już bezpośrednio na kwestię odpowiedzialności karnej. Warto z kolei zauważyć, że I. Andrejew podkreślał, że podział przestępstw na materialne i formalne ma doniosłe znaczenie, gdy chodzi o przestępstwa polegające na zaniechaniu<sup>192</sup>, a S. Śliwiński dostrzegał istotę podziału przestępstw z perspektywy ustalania miejsca popełnienia czynu (i wyznaczania właściwej jurysdykcji)<sup>193</sup>. Powstaje więc pytanie, czy rzeczywiście przepisy części szczególnej prawa karnego muszą być formułowane tak, że budzą wiele wątpliwości. Czy waga problemu nie powinna skłonić do „uproszczenia”, a w zasadzie — ujednoznacznienia brzmienia przepisów? Przecież decyzję co do skutkowości typu czynu zabronionego jako formy czynu ustawodawca musi podjąć przed skryminalizowaniem tego czynu<sup>194</sup>. Oczywiście, w literaturze przytaczane są argumenty wskazujące na trudności związane z ujmowaniem skutku wśród ustawowych znamion<sup>195</sup>, ale nie chodzi o rezygnację z przestępstw formalnych<sup>196</sup>, a jedynie o precyzyjne ich wskazanie przez ustawowe znamiona.

<sup>191</sup> K. Buchała: *Prawo karne materialne...*, s. 172.

<sup>192</sup> I. Andrejew: *Polskie prawo karne...*, s. 102—103.

<sup>193</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 105.

<sup>194</sup> Warto może przytoczyć w tym kontekście wypowiedź A. Zolla na tle uchwały SN dotyczącej przepisu art. 231 w kwestii jego skutkowości. Zdaniem autora, odpowiedź na pytanie o materialny charakter tego czynu musi być poprzedzona wszechstronną analizą typizacji dokonanej przez doktrynę. Wypowiedź jednak autor zakończył zgłoszeniem wniosku *de lege ferenda* o taką nowelizację kodeksu, która **ostatecznie w sposób jednoznaczny przesądzi charakter czynu** (analogicznie do przepisu art. 296 § 1) — A. Zoll: *Karne przy kawie*. Odc. 2 — *Uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 24.01.2013 r.*, I KZP 24/12, z 28.02.2013. <http://www.czpk.pl/2013/02/20/karne-przy-kawie/> [Dostęp: 11.03.2013 r.]. Również sam SN w rzeczonyj uchwałie wskazywał, że m.in. trudności interpretacyjne na tle przepisu art. 585 k.s.h. spowodowały, że ustawodawca, uchylając ten przepis i w jego miejsce dodając nowy (art. 296 § 1a), bezsprzecznie określa go jako występki materialny z konkretnego narażenia — *Uchwała składu siedmiu sędziów SN — Izba Karne z 24.01.2013*, I KZP 24/12. OSP 2013, 7—8, s. 591.

<sup>195</sup> L. Gardocki wymienia trudności legislacyjne, trudności dowodowe i aspekt ochronny (prewencyjny) — L. Gardocki: *Typizacja uproszczona*. „Studia Iuridica” 1982, 10, s. 75.

<sup>196</sup> Chociaż, jak słusznie zauważa E. Hryniewicz, skutek pełni funkcję ochronną i dowodową, a dzięki temu i gwarancyjną — E. Hryniewicz: *Skutek w prawie karnym*. „Prokuratura i Prawo” 2013, 7—8, s. 117.

Niezależnie od problemów związanych z rozpoznaniem danej typizacji jako określonego typu przestępstwa pojawia się odrębny problem — określenie skutku i ustalenie jego momentu. Sama definicja skutku jako znamienia ustawowego, choć budzi pewne wątpliwości, w literaturze — brak bowiem definicji legalnej — pojmowana jest dość jednolicie. Zdaniem I. Andrejewa, pod pojęciem „skutek” rozumie się szeroko pojęte zmiany w świecie zewnętrznym, stałe lub przemijające, z których nastąpieniem — w myśl ustawy — przestępstwo jest dokonane<sup>197</sup>. Autor ten dodaje także, że zmiana taka winna trwać (choćby krótko) po zakończeniu zachowania sprawcy<sup>198</sup>. Dla W. Wróbla i A. Zolla skutek to taka zmiana w świecie zewnętrznym, którą można sensownie oderwać od samej wywołującej ją czynności<sup>199</sup>. Wcześniej już S. Śliwiński twierdził, że zmianę w świecie zewnętrznym należy rozumieć jako zmianę leżącą na „zewnątrz” samego przestępnego zachowania się (które jest „światem wewnętrznym”), co nie wyklucza oczywiście zmiany w wewnętrznej sferze pokrzywdzonego<sup>200</sup>. Literatura wskazuje różnorodny charakter tych zmian: materialny (zniszczenie mienia), funkcjonalny (uczynienie rzeczy niezdatnej do użytku), fizjologiczny bądź biologiczny (śmierć człowieka), psychiczny (wywołanie obawy spełnienia groźby), sytuacyjny (sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa), w układzie stosunków społecznych (bigamia)<sup>201</sup>. Z kolei krytyczną analizę pojęcia skutku przeprowadziła ostatnio D. Gruszecka. Wskazała ona, że tak powszechnie przytaczana definicja skutku zamyka dyskusję tam, gdzie powinna się ona zaczynać. Zdaniem wspomnianej autorki, trzeba bowiem zadać pytanie, na czym ma polegać ta zmiana (na naruszeniu, narażeniu na naruszenie lub innej formie oddziaływania), oraz jak oddzielić skutek od czynu, skoro nie bardzo wiemy, czym jest czyn. D. Gruszecka proponuje, aby formuła skutku obejmowała zatem naruszenie lub narażenie na niebezpieczeństwo konkretne (rzeczywiste, nie idealne) dobra prawnego<sup>202</sup>. Zdaniem jednak E. Hryniewicz, przytaczane w literaturze przykłady skutku wskazują tak bardzo szerokie zróżnicowanie, że pozwala to przyjąć, że skutek może być utożsamiany z dowolną okolicznością należącą do ustawowych znamion, którą dany autor uznaje za formę zmiany rzeczywistości, co musi prowadzić do zatarcia granicy między zachowaniem a skutkiem. Ponadto wymieniona autorka zgłasza też wątpliwość, na ile skutek taki musi być zmianą obiektywnie dostrzegalną z punktu widzenia przecięt-

<sup>197</sup> I. Andrejew: *Polskie prawo karne...*, 1971, s. 101.

<sup>198</sup> I. Andrejew: *Polskie prawo karne...*, 1976, s. 117.

<sup>199</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 192.

<sup>200</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 103.

<sup>201</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX. T. 1. Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 89. Krytycznie, jak się wydaje, E. Hryniewicz: *Skutek...*, s. 117—118.

<sup>202</sup> D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia*. Warszawa 2012, s. 117—118.

nego obserwatora, co stanowić może rękojmię jasności przepisu i wpłynie na jego łatwiejszą internalizację. Proponuje ona, aby skutek, cechujący się łatwą dostrzegalnością, odnosić do zmiany w przedmiocie czynności wykonawczej (przedmiotu zamachu), a nie do relacji między zachowaniem sprawcy a dobrem prawnym. W przypadku takiego ujęcia skutku przestępstwem formalnym jest m.in., zdaniem E. Hryniewicz, podżeganie i pomocnictwo, przestępstwo bigami, groźby karalnej czy niealimentacji<sup>203</sup>. Rodzi się jednak pytanie, czy tak wąsko rozumiany skutek nie podważy tradycyjnie uzasadnianej kryminalizacji usiłowania.

Mimo tych (w miarę zgodnych) definicji skutku, przy wielu konkretnych typizacjach rodzą się wątpliwości co do oznaczenia czasu wystąpienia skutku, a jak wcześniej zaznaczono, nastąpienie skutku całkowicie niweczy możliwość skorzystania przez sprawcę z „dobrodziejstw” przewidzianych w art. 15. Zatem precyzyjne ustalenie czasu dokonania przestępstwa przekłada się na dopuszczalność, formę i konsekwencje zachowania sprawcy podjętego w ramach czynnego żalu. Za przykład niech posłuży tu czyn, który sprawia doktrynie wyjątkowo dużo kłopotu: sprawca w sklepie samoobsługowym zabiera (w celu przywłaszczenia) towar z półki, chowa do torby i udaje się w stronę kasy. Stojąc w kolejce, zmienia decyzję i towar odkłada na stojak znajdujący się jeszcze przed kasą. Pytanie, oczywiście, brzmi, czy jego zachowanie zrealizowało już etap dokonania. Czy odłożenie zabranego wcześniej towaru to czynny żal przewidziany w przepisie art. 15 § 1, czy — być może — jest to (wyjątkowo uwzględniany w polskim prawie karnym) czynny żal po dokonaniu opisany w art. 295 § 1? Konsekwencją pierwszego rozwiązania jest zagwarantowana bezkarność sprawcy, skutkująca brakiem wszczęcia postępowania lub umorzeniem (art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k.), konsekwencją drugiego zaś — fakultatywne nadzwyczajne złagodzenie kary lub odstąpienie od jej wymierzenia<sup>204</sup>. I mimo dość jednoznacznego stwierdzenia, że zabór polega na wyjęciu rzeczy (mienia) cudzej przez sprawcę z władztwa posiadacza (właściciela) i objęciu jej we własne władanie<sup>205</sup>, w doktrynie prawa karnego występują aż cztery teorie zaboru rzeczy<sup>206</sup>

<sup>203</sup> E. Hryniewicz: *Skutek...*, s. 113—117.

<sup>204</sup> O znaczeniu art. 295 zob. też szerzej: O. Sitarz: *Funkcje i znaczenie przepisu art. 295 § 1 k.k.* W: *Karnomaterialne i procesowe aspekty naprawienia szkody*. Red. Z. Cwiakalski, G. Artymiak. Warszawa 2010, s. 167. Podobnie R. Zawłocki: *Naprawienie szkody jako podstawa uchylenia albo złagodzenia karania za przestępstwa gospodarcze*. W: *Karnomaterialne i procesowe aspekty...*, s. 156.

<sup>205</sup> B. Michalski: *Przestępstwa przeciwko mieniu. Rozdz. XXXV Kodeksu karnego. Komentarz*. Warszawa 1999, s. 52.

<sup>206</sup> Warto przy okazji nadmienić, że wyraz *furtum* (kradzież) etymologicznie wywodzi się od *ferre*, co oznacza „nieść”, „przenosić”; pierwotnie bowiem wymogiem odpowiedzialności złodzieja było jakiegokolwiek „przemieszczenie” rzeczy cudzej z zamiarem jej przywłaszczenia. Z czasem znaczenie pojęcia *furtum* rozszerzyło się; obejmuje jakiegokolwiek zachowanie się

— zawładnięcia, ukrycia, uniesienia, dotknięcia<sup>207</sup>. Każda z nich w nieco innym czasie sytuuje moment dokonania kradzieży. Zdaniem S. Śliwińskiego, wymienione teorie w pewnym sensie się uzupełniają. Wymieniony autor wskazuje, że kto zabrał portmonetkę z cudzej kieszeni i schował ją do własnej, dokonał już kradzieży, choć jeszcze nie uniósł zabranej rzeczy w bezpieczne miejsce. To samo rozwiązanie, zdaniem autora, ma miejsce, gdy policjant zatrzymał na ulicy złodzieja niosącego skradzione mienie — kradzież jest dokonana, chociaż sprawca nie mógł jeszcze skorzystać z zabranej rzeczy<sup>208</sup>. Takie podejście musi jednak budzić wątpliwości, gdyż wydaje się, że każdorazowo wybierana być może teoria, która „najlepiej” pasuje do określonego stanu faktycznego, pozwalając uznać za dokonanie kradzieży szerokie i różnorodne *spectrum* zachowań. Warto również podkreślić, że wszystkie wspomniane kontrowersje — w sposób oczywisty — przekładają się na inne, kwalifikowane przestępstwa kradzieży: włamanie (art. 279), rozbój (art. 280), kradzieży rozbójniczej (art. 281)<sup>209</sup>, oraz odrębną typizację — zabór pojazdu (art. 289). Innego rodzaju problemy do-

---

sprawcy, mające na celu pozbawienie właściciela możliwości dysponowania rzeczą ruchomą — B. Lesiński, W. Rozwadowski: *Historia prawa*. Warszawa—Poznań 1980, s. 167.

<sup>207</sup> Zgodnie z teorią zawładnięcia, kradzież dokonana jest w chwili objęcia przez sprawcę we władanie cudzej rzeczy ruchomej. Zgodnie z teorią dotknięcia, decydujący jest moment dotknięcia przez sprawcę zabieranej rzeczy; teoria uniesienia akcentuje oddalenie się sprawcy z zabraną rzeczą z miejsca jej składowania lub przechowywania. Natomiast według teorii wniesienia, dokonanie następuje z chwilą dotarcia przez sprawcę z zabraną rzeczą w bezpieczne miejsce — A. Marek, T. Oczkowski, w: „System Prawa Karnego”. T. 9..., s. 71. G. Rejman, wyliczając trzy koncepcje rozstrzygnięcia tego problemu (pochwycenie rzeczy, uniesienie rzeczy i przejście władztwa nad rzeczą), wskazuje, że w polskim orzecznictwie najbardziej rozpowszechniona jest teoria zawładnięcia rzeczą — G. Rejman, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. G. Rejman..., s. 567. Por. jednak sprzeczne orzeczenia SN: z 7.05.1970 r., IKR 42/70. OSPNG 1970, 9—10 („Kradzież jest dokona już z chwilą zawładnięcia rzeczą, choćby ta rzecz nie została jeszcze zabrana z terenu zakładu”) oraz z 28.01.1981 r., II KR 457/80, Nr 1 („Do dokonania przestępstwa kradzieży niezbędne jest usunięcie tego mienia ze sfery posiadania go przez pokrzywdzonego oraz włączenie go do majątku i postąpienie z nim jak z własnym”), a także w podobnym tonie — wyrok SN z 18.05.1878 r., VKRN 124/87. OSNPG 1990, 4 („oskarżony został ujęty wewnątrz domu handlowego, w trakcie przygotowywania rzeczy do wyniesienia — część z nich znajdowała się w neseserze, na zapleczu stoiska z ubraniami, pozostałe na zapleczu stoiska ze sprzętem elektrycznym, co zdaniem SN, wyraźnie dowodzi, że czyn stanowił usiłowanie dokonania przestępstwa, skoro wszystkie przedmioty wyjęte z właściwych stoisk znajdowały się w obrębie sklepu”).

<sup>208</sup> S. Śliwiński: *Polskie prawo karne, część szczególna*. Warszawa 1947, s. 203—232, cyt. za: G. Rejman, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. G. Rejman..., s. 567. Jeszcze inne rozwiązanie zaproponował T.L. Krawczyk; akcentując co prawda problem początku usiłowania, odniósł się do momentu dokonania przestępstwa kradzieży w supermarkecie — T.L. Krawczyk: „*Iter delicti*” kradzieży w supermarkecie (studium przypadku). „Palestra” 2004, 11—12, s. 39.

<sup>209</sup> Tak przynajmniej w: M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas: *Przestępstwa przeciwko mieniu...*, s. 126.

tyczące określenia momentu dokonania pojawiają w przypadku pozostałych przestępstw przeciwko mieniu<sup>210</sup>. Przestępstwo kradzieży nie jest, oczywiście, jedyną typizacją wzbudzającą kontrowersje, jeśli chodzi o ustalanie czasu dokonania czynu. Podobne problemy rodzi przestępstwo zgwałcenia. W zasadzie dość powszechnie przyjmuje się, że niezbędnym skutkiem decydującym o dokonaniu tego przestępstwa jest doprowadzenie ofiary do obcowania płciowego (art. 197 § 1) albo do poddania się przez nią lub wykonania innej czynności seksualnej (art. 197 § 2)<sup>211</sup>. M. Rodzyńkiewicz wskazuje, że tezę taką przyjmował już J. Makarewicz, a później W. Świda. Za takim wyznaczeniem momentu dokonania przestępstwa zgwałcenia opowiadał się też początkowo, jak relacjonuje wspomniany autor, SN. W. Świda uważa jednak, że doprowadzenie ofiary do obcowania płciowego albo do poddania się przez nią lub wykonania innej czynności seksualnej, jako skutek zgwałcenia wyznaczający moment dokonania przestępstwa, polega na wywołaniu takiego stanu rzeczy, gdy istotnie sprawca podjął już akt spółkowania lub jego ekwiwalent (dokonanie przestępstwa z art. 197 § 1) albo też ofiara poddała się już innej czynności seksualnej sprawcy lub taką czynność sama wykonała (dokonanie przestępstwa z art. 197 § 2)<sup>212</sup>. Ostatecznie SN również uznał, że dla dokonania niezbędne jest rozpoczęcie przez sprawcę obcowania płciowego z osobą zniewoloną, a wszelkie inne czynności poprzedzające takie działanie mogą stanowić tylko usiłowanie<sup>213</sup>. J. Warylewski wprost pisze, że w przypadku zgwałcenia określonego w art. 197 § 1 początek dokonania będzie się najczęściej zbiegał z momentem rozpoczęcia penetracji ciała — wprowadzeniem członka do pochwy, ust lub odbytu<sup>214</sup>. Zdaniem W. Radeckiego, zgwałcenie staje się przestępstwem dokonanym z chwilą rozpoczęcia „czynu nierządnego” w szerokim rozumieniu, tj. w chwili dotknięcia organów płciowych osoby pokrzywdzonej albo dotknięcia ciała pokrzywdzonej organem płciowym sprawcy<sup>215</sup>. Należy jednak podkreślić, że wypowiedź ta została sformułowana pod rządami k.k. z 1969 r., w którym do ustawowych znamion przestępstwa zgwałcenia należał „czyn nierządny” (art. 168 k.k. z 1969 r.)<sup>216</sup>.

<sup>210</sup> Por. np. *ibidem*, s. 138—140, 155, 175—176, 192—194, 275—276, 288.

<sup>211</sup> J. Wojciechowska, w: B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska: *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej. Rozdziały XXIII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz*. Warszawa 2001, s. 96.

<sup>212</sup> M. Rodzyńkiewicz, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 177—277 Kodeksu karnego*. Red. A. Zoll. Kraków 1999, s. 519—520.

<sup>213</sup> Wyrok SN z 4.05.1981 r., Rw 131/81. OSPiKA 1982, 5. LEX nr 20925.

<sup>214</sup> J. Warylewski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. T. 1. Komentarz*. Red. A. Wąsek..., s. 781.

<sup>215</sup> W. Radecki: *Usiłowanie zgwałcenia...*, s. 1608 i nast.

<sup>216</sup> Właśnie na tle tego pojęcia G. Rejman sygnalizuje wątpliwości z wytyczeniem granicy między usiłowaniem a dokonaniem — G. Rejman: *W kwestii dobrowolnego odstąpienia od usiłowania*. „Nowe Prawo” 1969, 3, s. 439.

Z innym problemem związanym z ustalaniem momentu dokonania mamy do czynienia w przypadku przestępstwa z art. 240 (niedoniesienie o czynie zabronionym). I chociaż jest to przestępstwo z zaniechania, trudność stanowi nie tyle charakter czynu, ile użyte przez ustawodawcę znamię „niezwłocznie”. Zdaniem B. Kunickiej-Michalskiej, moment dokonania takiego czynu można ustalić tylko na tle każdego konkretnego przypadku<sup>217</sup>. Szczególny problem nastęrczają przestępstwa przewidujące wieloczynowość, a przede wszystkim przestępstwa zbiorcze. Jak wskazuje Teresa Dukiet-Nagórska, nie sposób precyzyjnie i ostro określić, w którym momencie mamy do czynienia z wielokrotnością czynów odpowiadającą istocie przestępstwa zbiorowego (zbiorczego)<sup>218</sup>. A. Wąsek, na przykładzie przestępstwa niealimentacji (art. 209), stwierdza jednak, że to materialne przestępstwo jest dokonane z chwilą powstania określonego skutku przestępnego — narażenia osoby uprawnionej do alimentacji na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Dodaje także, że znamię „uporczywie” znacznie zaostrza wymogi dla uznania, że doszło do dokonania tego przestępstwa<sup>219</sup>.

Faktyczny brak dokonania przy usiłowaniu rodzi jeszcze jeden ważki problem natury bardziej dowodowej niż dogmatycznoprawnej. Organy ścigania i sądy stają bowiem przed zagadnieniem ustalania wartości przedmiotu wykonawczego w przypadku usiłowania. SN już dwukrotnie sygnalizował, że „nie jest dopuszczalne przypisanie oskarżonemu — jako wartości przedmiotu zagarnięcia — w sposób alternatywny różnych kwot z oznaczeniem górnej i dolnej granicy; jeżeli sądy, po wyczerpaniu wszystkich dowodów, nie są w stanie dokładnie ustalić wartości zagarniętego mienia, powinny przyjąć kwotę niebudzącą wątpliwość i taką przypisać sprawcy; wolno jest w takiej sytuacji oznaczyć tę kwotę zwrotem »co najmniej« albo »nie mniej«, o ile jest pewne, że faktyczna wartość była wyższa, ale niemożliwa do określenia”<sup>220</sup>. Nie trzeba przekonywać, jakie konsekwencje, chociażby dla wyboru reżimu odpowiedzialności karnej, ma ustalenie wartości mienia, które sprawca miał zamiar przywłaszczyć. Problem jest jednak szerszej natury, brak dokonania — efektu wieńczącego realizację zamierzeń sprawcy — szalenie utrudnia karnoprawną ocenę całego zdarzenia. Brakuje bowiem punktu odniesienia, względem którego ocenić można odległość czy też charakter przedsięwziętych działań. Ani bowiem przygotowanie, ani usiłowanie (o czym była mowa) nie mają charakteru samoistnego. Opierać

<sup>217</sup> B. Kunicka-Michalska, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 2. *Komentarz*. Red. A. Wąsek..., s. 218.

<sup>218</sup> T. Dukiet-Nagórska: *Tak zwane przestępstwa zbiorowe...*, s. 123.

<sup>219</sup> A. Wąsek, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz*. Red. A. Wąsek..., s. 1026 i 1029.

<sup>220</sup> Postanowienie SN z 4.01.2011 r., III KK 184/10. Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 2011 r. Warszawa 2012, s. 13—14 oraz wyrok z 17.02.1969 r., III KR 204/68, OSNKW 1969, 10, poz. 131.

się więc można jedynie na zamiarze sprawcy, co ustalić (właśnie wobec braku dokonania) nie jest prosto.

Z punktu widzenia czynnego żalu skutkującego bezkarnością bardzo istotne jest rozróżnienie między dokonaniem a zakończeniem przestępstwa. Zdaniem R. Zawłockiego, „w zakresie przestępstwa (czynu) ciągłego oraz przestępstw o zbiorowo oznaczonym czynie (np. art. 207 § 1) i tzw. przestępstw trwałych (np. art. 189 § 1 k.k.) należy odróżnić dokonanie od zakończenia przestępstwa (czynu zabronionego). W takich przypadkach dokonanie przestępstwa następuje wcześniej niż jego zakończenie, które istotne jest dla karnoprawnej kwalifikacji i oceny czynu, jednakże nie pozostaje poza zakresem normowania przepisów art. 13—17 k.k.”<sup>221</sup>. Powstaje jednak pytanie, jakiej karnoprawnej oceny czynu należy dokonać, gdy co prawda obiektywnie nastąpiło już dokonanie (nawet uwzględnivszy wspomniane wszelkie w tym zakresie wątpliwości), jednak w świadomości sprawcy przestępstwo **nie zostało zakończone**. Problem ten będzie dotyczył przestępstw, w których dokonywanie jest rozciągnięte w czasie. Na przykład sprawca już uporczywie uchylał się od łozenia na rzecz uprawionego, jednak jego zamiarem jest dalsze takie zachowanie. Podobnie będzie z przestępstwem znęcania się i nielegalnym posiadaniem broni. Ustalenie tej kwestii ma ogromne znaczenia dla przyjęcia ewentualnego czynnego żalu i jego konsekwencji. Wydaje się, że „czystość” pewnych konstrukcji wymagałaby każdorazowo w takim przypadku (tj. zatamowania zachowań przestępnych w trakcie ich dokonywania rozciągniętego w czasie) przyjęcia **usiłowania kwalifikowanego** — usiłowanie czynu objętego zamiarem sprawcy i równocześnie dokonanie tego, co już zostało popełnione — ze wszelkimi tego konsekwencjami. Wyrazić jednak należy wątpliwość, czy taka „czystość” konstrukcji prawno-karnych jest wartością nadrzdną, dla której zawsze poświęcać należy rozwiązania zdroworozsądkowe. Dlatego też, z pewnym uproszczeniem, przyjąć należy, że niezależnie od tego, czy sprawca wyraża wolę kontynuowania/utrzymywania bezprawnego stanu rzeczy, odpowiadać on będzie za dokonanie czynu zabronionego.

Mówiąc o dokonaniu przestępstwa, zaznaczyć należy różnicę między dokonaniem przestępstwa a jego popełnieniem. Generalnie, nie budzi zastrzeżenia stwierdzenie, że dokonanie jest realizacją wszystkich ustawowych znamion czynu i stanowi jeden ze stadiów *iter delicti*, a popełnienie — jako pojęcie szersze — obejmuje każde karalne stadium pochodz przestępstwa. I o ile każde

<sup>221</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 552. Por. też: A. Spotowski: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*. Warszawa 1976, s. 32 oraz wcześniejszą, ale — jak się wydaje — już tylko o znaczeniu historycznym publikację K. Czajkowskiego: *Czas popełnienia przestępstwa*. „Palestra” 1966, 12.



dokonanie przestępstwa jest jego popełnieniem, o tyle nie każde popełnienie przestępstwa musi wiązać się z dokonaniem. Wydaje się jednak, że czasem nawet ustawodawca zapomina o tym ważnym rozróżnieniu (sprowadzającym się do dwóch pojęć dokonanie — popełnienie). I tak np. w art. 18 § 2 jest mowa o nakłanianiu do dokonania przestępstwa, natomiast w art. 255 § 1 i 2 o nawoływaniu do popełnienia przestępstwa. Rodzi się więc pytanie, czy **podżeganie do usiłowania (i karalnego przygotowania) jest bezkarne**, czy też jest to niedopatrzenie ze strony ustawodawcy. To prawda, w literaturze można spotkać sformułowania definiujące podżeganie jako nakłanianie do popełnienia czynu zabronionego<sup>222</sup> i — ze względu na wskazane zakresy nazw — trudno zarzucić autorowi błąd. Nie można jednak, z tych samych względów, wyciągać wniosków co do stanowiska P. Kardasa w zakresie możliwości podżegania do usiłowania (lub przygotowania). I o ile bezpośrednio usiłowania (a także jego strona podmiotowa) powoduje, że niełatwo sobie wyobrazić podżeganie do usiłowania w czystej postaci, o tyle podżeganie do przygotowania jest pojęciowo możliwe. Należy jednak wskazać, że kodeks karny z 1932 r., w art. 26, statuował odpowiedzialność karną dla podżegacza, który nakłaniał inną osobę do **popełnienia** przestępstwa; o popełnieniu przestępstwa, w art. 27 tegoż kodeksu, wspomina ustawodawca, definiując pomocnictwo.

Wątpliwości należytego rozróżniania pojęć dokonania i popełnienia pojawiają się, co znamienne, również w przepisie art. 13, który stanowi: „§ 1. Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze **popełnienia** czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje. § 2. Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nie nadającego się do **popełnienia** czynu zabronionego”. Wydaje się, że precyzyjniejsze byłoby posługiwanie się sformułowaniem „dokonanie”. Z jednej bowiem strony, czyn usiłowany (a wyjątkowo wcześniej przygotowany) jest już czynem popełnionym. Ponadto, taka konstrukcja przepisu nie wyklucza tezy, że karalne jest usiłowanie karalnego przygotowania, co wydaje się nie do przyjęcia. Szczególnie niefortunnie ustawodawca użył terminu „popełnienie” odnośnie do usiłowania nieudolnego. Zastosowanie niewłaściwego środka ma przecież uniemożliwić dokonanie czynu zabronionego, a jego popełnienie jest jak najbardziej możliwe — właśnie w postaci usiłowania (nieudolnego)<sup>223</sup>.

<sup>222</sup> P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zoll..., s. 346.

<sup>223</sup> Ponadto w przepisie art. 15 § 1 mowa jest o odstąpieniu od dokonania. To chyba też niezbyt precyzyjne sformułowanie. Gdyby zachowanie sprawcy osiągnęło etap dokonania, na czynny żal (przewidziany w części ogólnej) byłoby za późno. Można zatem mówić o odstąpieniu od zamiaru dokonania czynu zabronionego, co jest mało precyzyjne, gdyż nie różnicuje czynnego żalu na etapie przygotowania i usiłowania lub, wzorem kodeksu wykroczeń lub kodeksu karnego z 1969 r., o odstąpieniu od czynu (z tym samym zastrzeżeniem, które w prawie

Na zakończenie rozważań o istocie dokonania podkreślić należy, że dokonanie jest „**gatunkowo**” określone przez samą ustawę; w przypadku przestępstw materialnych — przez znamię skutku. Naruszenie dobra prawnego **wskazanego** w przepisie **za pomocą** jego **cech gatunkowych** stanowi dokonanie przestępstwa materialnego, niezależnie od cech indywidualnych przedmiotu wykonawczego. Dlatego przykład „z życia” wskazany przez A. Wąska — żona z wálkiem w rękú postanowiła „przywitać” powracającego nad ranem męża, jednak wálkiem w głowę dostał niefortunny wálmywacz<sup>224</sup> — nie może być uznany za usiłowanie.

Nie można też, oczywiście, zapominać, że do dokonania przestępstw materialnych niezbędny jest również związek przyczynowo-skutkowy. Biorąc pod uwagę temat niniejszej pracy, podkreślić należy, że gdy między czynem a skutkiem stanowiącym znamię czynu zabronionego i objętym zamiarem sprawcy nie ma powiązania przyczynowo-skutkowego, zachowanie sprawcy będzie jedynie usiłowaniem<sup>225</sup>. **Zatem z usiłowaniem będziemy mieli do czynienia nawet wtedy, gdy dojdzie do dokonania**, ale jest ono skutkiem innej przyczyny (np.: sprawca podaje truciznę pokrzywdzonemu, jednak ten ginie przed jej zadziałaniem z rąk innego sprawcy lub sprawca, reprezentując pokrzywdzonego, podpisuje w jego imieniu niekorzystną umowę sprzedaży ruchomości, jednak szkoda następuje w wyniku kradzieży tejże ruchomości przez innego sprawcę). Jak zatem należy interpretować użyte w przepisie art. 13 § 1 sformułowanie: „**do [...] dokonania, które jednak nie następuje**”, które wprost oznacza, że (tylko) brak dokonania pozwala na przyjęcie usiłowania? W literaturze akademickiej brak dokonania zaliczany jest to elementów konstytutywnych usiłowania. *De lege lata* przyjęć należy — mimo świadomości wad takiego rozwiązania — wykładnię zwiężającą, nakazującą interpretować to sformułowanie w sposób kauzalny — zachowanie sprawcy nie spowodowało dokonania. *De lege ferenda* rozważyć należy taki sposób definiowania usiłowania, aby tego rodzaju kłopoty interpretacyjne się nie pojawiały. Być może takim rozwiązaniem byłaby treść: „Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, **do którego jednak nie doprowadza**”. Nie chodzi bowiem o obiektywne wystąpienie

---

wykroczeń nie może być podnoszone wobec niekaralności przygotowania). Wydaje się jednak, że najwłaściwszym (i najczytelniejszym, a przy tym najprostszym) ujęciem będzie pojęcie „odstąpienie od usiłowania”, jako że właśnie na tym etapie *iter delicti* sprawca się znajduje, wykazując czynny żal. Takie zresztą określenia padają w komentarzu do przepisu art. 15 — por. np.: A. Zoll, w: *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*. Red. K. Buchała..., s. 115; G. Rejman, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. G. Rejman..., s. 577.

<sup>224</sup> A. Wąsek: *Problematyka kontratypów przy przestępstwach nieumyślnych*. „Palestra” 1988, 10, s. 62—63.

<sup>225</sup> Por. np. S. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 110.

określonego zdarzenia będącego (w zamierzeniu sprawcy) skutkiem, ale właśnie o kauzalne powiązanie między czynem sprawcy a dokonaniem.

Na tym tle pojawia się całe *spectrum* problemów związanych ze zdefiniowaniem związku przyczynowo-skutkowego warunkującego odpowiedzialność karną. Ma to znaczenie o tyle, że usiłowanie będzie można przyjąć mimo istnienia „dokonania”, wyłącznie wtedy, gdy zachowanie sprawcy nie jest (w najmniejszym stopniu) przyczyną tego zdarzenia. A ponieważ teorie związku przyczynowo-skutkowego wypracowane przez naukę prawa karnego poszukują *de facto* ograniczników teorii ekwiwalencji, a mówiąc precyzyjniej, zasad odpowiedzialności karnej za przestępstwa skutkowe, właśnie końcowy efekt tych poszukiwań będzie decydował o tym, czy mamy do czynienia z usiłowaniem, czy też dokonaniem. Z tego punktu widzenia (paradoksalnie) najpraktyczniejsza jest teoria ekwiwalencji, albowiem ustalenie na jej podstawie braku związku kauzalnego „rozwiązuje” problem (co oczywiście wynika z zalet procesu każdej falsyfikacji). Sprawa się komplikuje, gdy test warunku *sine qua non* nie pozwala wykluczyć danego zdarzenia — zachowania sprawcy jako przyczyny. Zdaniem W. Wróbla i A. Zolla, ustalenie przyczynowości ma charakter obiektywny i polega na ustaleniu, czy istnieje przekaz energetyczny lub informacyjny między poszczególnymi ogniwami drogi prowadzącej od aktywności sprawcy do powstałego skutku<sup>226</sup>. We współczesnej nauce prawa karnego jako dominującą przyjmuje się teorię obiektywnego przypisania skutku. Przypisanie to na płaszczyźnie normatywnej jest warunkowane wykazaniem, że sprawca swoim zachowaniem (naruszającym reguły postępowania z dobrem prawnym) stwarza niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, które to niebezpieczeństwo urzeczywistniło się następnie w skutku<sup>227</sup>, a samo niebezpieczeństwo przekracza poziom akceptowalny społecznie. Do teorii obiektywnego przypisania skutku sięga też w swoich orzeczeniach SN. Na przykład w wyroku z 2002 r. skonstatował: „w czysto fizycznym sensie istnieje związek przyczynowy między zachowaniem oskarżonego a wypadkiem. Istnienie związku przyczynowego w tym znaczeniu nie jest jednak wystarczające dla obiektywnego przypisania skutku sprawcy. Obiektywne przypisanie oskarżonemu skutku przestępnego jest możliwe tylko wtedy, gdy stwierdzi się, że zachowanie sprawcy stwarzało lub istotnie zwiększało nieakceptowane prawnie niebezpieczeństwo dla dobra prawnego stanowiącego przedmiot zamachu i niebezpieczeństwo to zrealizowało się w postaci wystąpienia danego skutku przestępnego”<sup>228</sup>.

Należy również zauważyć, że będziemy mieli do czynienia z usiłowaniem, mimo spowodowania przez sprawcę skutku należącego do znamion typu czy-

<sup>226</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 194.

<sup>227</sup> Ibidem, s. 196.

<sup>228</sup> Wyrok z 9.05.2002 r., V KK 21/02. „Prokuratura i Prawo” 2002, 12, poz. 12 — dodatek.

nu zabronionego, w przypadku nietypowego przebiegu związku przyczynowo-skutkowego<sup>229</sup>.

Nie ma wątpliwości, że usiłowanie odnosi się zawsze do jakiegoś określonego, konkretnego typu czynu zabronionego — nie ma charakteru samodzielniego. Ocena zachowania sprawcy co do osiągniętej przez niego formy stadialnej musi być dokonana w świetle konkretnego zdarzenia z uwzględnieniem wszystkich okoliczności (w tym podmiotowych). To samo bowiem zachowanie może być przygotowaniem, usiłowaniem lub dokonaniem. I tak zniszczenie drzwi można uznać jako przygotowanie zabójstwa, usiłowanie włamania lub po prostu dokonanie. Adekwatnego rozpoznania można dokonać **wyłącznie na podstawie ustalonego zamiaru sprawcy, ponieważ to z jego perspektywy można prawidłowo dokonać oceny strony przedmiotowej (nie jej ustalenia), a w konsekwencji subsumcji. Nie oznacza to bynajmniej (jakieś szczególnej) subiektywizacji odpowiedzialności karnej, a jedynie wynika z mieszanego charakteru czynu zabronionego (w którym nierozłącznie pojawiają się elementy subiektywne i obiektywne)**. Z kwestią tą wiąże się problem — co naturalne — karnoprawnej oceny<sup>230</sup>, ale ma też ona istotne konsekwencje w zakresie czynnego żalu. „Zatrzymanie się” sprawcy na pewnym etapie realizacji swojego planu działania nabiera innego znaczenia w zależności od osiągniętego przez niego stadium *iter delicti*. Wiąże się to z problematyką usiłowania kwalifikowanego, o której więcej w dalszej części niniejszej pracy.

### 3. Strona podmiotowa usiłowania

W typizacjach pomieszczonych w części szczególnej ustawodawca wyjątkowo wypowiada się odrębnie na temat **strony podmiotowej**, umieszczając

<sup>229</sup> Por. M. Królikowski, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 872, gdzie autor rozróżnia nietypowy i całkowicie atypowy przebieg związku kauzalnego, co każe traktować taką sytuację odpowiednio jako usiłowanie udolne bądź nieudolne.

<sup>230</sup> Według R. Zawłockiego, istnieje możliwość rozważenia przyjęcia zbiegu przepisów (konieczne jest jednak uprzednie zbadanie wzajemnych relacji między przepisami — R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 574. Wydaje się jednak, że o ile możliwy jest zbieg przepisów dotyczących przygotowania i dokonania (tzw. przygotowanie kwalifikowane) oraz usiłowania i dokonania (tzw. usiłowanie kwalifikowane), to niemożliwy jest zbieg przepisów przygotowania i usiłowania — jedno zachowanie albo może być przygotowaniem, albo usiłowaniem określonego typu czynu zabronionego. Inaczej problem przygotowania kwalifikowanego i jego kwalifikacji prawnej widzi E. Kunze: *Odstąpienie od przygotowania do przestępstwa w nowym kodeksie karnym*. „Prokuratura i Prawo” 1998, 10, s. 30.

— gdy uzna to za niezbędne z punktu widzenia polityki kryminalizacyjnej — klauzulę nieumyślności bądź znamiona odnoszące się do celu, motywacji lub pobudki. W pozostałych sytuacjach określenie strony podmiotowej zostało niejako wyciągnięte przed nawias i ustalane jest na podstawie brzmienia przepisu art. 8. W przypadku usiłowania, chociaż jest mowa o „klasycznej” umyślności, zamiar został zaakcentowany. Dlaczego? Wydaje się, że znamiona strony podmiotowej, wyrażone w treści art. 13, nie tyle dekretują umyślność samego usiłowania, ile zabarwiają subiektywnie określone zachowanie. Wynika to z samej istoty usiłowania, które nie ma charakteru samodzielniego, w przeciwieństwie do poszczególnych typizacji. W tym ostatnim przypadku skutek bądź określone zachowanie ujęte w ustawowych znamionach musi być objęte zamiarem sprawcy, jeśli jest to przestępstwo umyślne. Zatem wystarczająca jest (w większości przypadków) regulacja art. 8. Usiłowanie dokonania przestępstwa ma tyle form, ile jest typizacji, dlatego też przedmiot zamiaru musiał zostać wskazany przy użyciu ogólnego sformułowania. Z tych względów niemożliwe wydaje się pominięcie w definicji usiłowania znamion strony podmiotowej<sup>231</sup>, chociaż podobne rozwiązanie zastosował ustawodawca przy konstruowaniu zasad obrony koniecznej, nie wskazując *expressis verbis* na jej przesłanki podmiotowe<sup>232</sup>. Jednocześnie elementy strony podmiotowej usiłowania wyłączają z karnoprawnego wartościowania zachowania, które obiektywnie prowadzą do dokonania, jednak nie były objęte zamiarem sprawcy. Wynika to zarówno z dwoistej natury przestępstwa, jak i samego usiłowania.

Dość powszechnie się podnosi, że skoro przepis art. 13 § 1 używa pojęcia „zamiar”, odwołać się należy do jego definicji wyrażonej w przepisie art. 9 § 1. W takim więc razie dla ustalenia strony podmiotowej znaczenie ma zarówno zamiar bezpośredni, jak i ewentualny<sup>233</sup>. Przeciwnikiem takiego podejścia, na gruncie kodeksu karnego z 1932 r., był K. Buchała, upatrujący sens usiłowania tylko w działaniu zmierzającym do dokonania z chęcią jego dokonania<sup>234</sup>;

<sup>231</sup> Odpowiadałby za usiłowanie każdy, kto swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do dokonania czynu zabronionego, które jednak nie następuje.

<sup>232</sup> Por. np. wywody J. Lachowskiego, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 774.

<sup>233</sup> Por. np. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 238.

Tak też SN — „Przepis o usiłowaniu posługuje się sformułowaniem w »zamiarze popełnienia czynu zabronionego«, a z art. 7 § 1 [k.k. z 1969 r. — O.S.] wynika, że zamiar ten może się przejawiać w postaci zamiaru bezpośredniego, jak i ewentualnego. Wynika stąd, że za popełnienie przestępstwa odpowiada również ten, kto działa w zamiarze ewentualnym jego popełnienia zarówno w stadium usiłowania, jak i dokonania, co w orzecznictwie sądowym od dawna zostało ustalone” — wyrok SN z 5.08.1971 r., IV KR 82/71. OSNKW 1971, 12, poz. 189.

<sup>234</sup> K. Buchała: *Usiłowanie „cum dolo eventuali”*. W: *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa: księga pamiątkowa ku czci profesora Władysława Woltera*. Red. M. Cieślak. Warszawa 1959, s. 26—38. Podobnie wyrażał się W. Wolter, uznając, że w sensie pojęcia usiłowania tkwi

uznał jednak, że kodeks karny z 1969 r., sankcjonując utartą praktykę, przesądził ostatecznie tę kwestię<sup>235</sup>. Sam projektodawca w uzasadnieniu do kodeksu karnego z 1969 r. podnosił, że „Projekt, zgodnie z jednolitą linią dotychczasowego orzecznictwa sądowego, przyjmuje karalność usiłowania *dolo eventuali*. Wynika to ze sformułowania art. 12 § 1, w zestawieniu z innymi przepisami, które jeżeli mają na uwadze wyłącznie zamiar bezpośredni, posługują się zwrotem »chcąc« (np. art. 18 § 1) bądź zwrotem »w celu« (np. art. 14 § 1), a także z wyjaśnienia terminu »zamiar« w art. 7 § 1<sup>236</sup>. Szerzej na ten temat, ponad 30 lat wcześniej, wypowiedział się J. Makarewicz. Pisał mianowicie: „Przy *dolus eventualis*, gdzie sprawca pragnie pewnej zmiany, a równocześnie godząc się na inną zmianę prawdopodobną, świadomie przedsięwzięcie działanie, może odpowiadać za usiłowanie. Przy kilku równorzędnie przyjętych ewentualnościach, równie możliwych i zakazanych, przyjmuje się dla poczytania czynu usiłowanie ewentualności, sprowadzającej najsurowszą odpowiedzialność. Natomiast tam, gdzie sprawca ma jeden zamiar, a jedynie tylko niepewne jest, jak wysoka byłaby faktyczna szkoda, a kwalifikacja czynu jest od szkody zawisła, bierze się

---

nastawienie planowe, celowe, wobec czego działanie z obojętności — charakterystyczne dla zamiaru ewentualnego — nie jest i nie może być usiłowaniem w ścisłym tego słowa znaczeniu — W. Wolter: *W sprawie tzw. zamiaru ewentualnego*. „Nowe Prawo” 1957, 5, s. 54. Wcześniej jednak autor ten, dokonując szczegółowej analizy, stwierdził, że „usiłowanie nie jest przestępstwem kierunkowym, ale tylko przed-dokoniem przestępstwa umyślnego”. Następnie dodał: „kodeks karny wszak nie ujął usiłowania jako działania »celem«, ale jako działanie »z zamiarem«, wobec czego, pojmując zamiar w sensie gatunkowym, można zróżnicować go jako zamiar bezpośredni i wynikowy i bez pozbawienia usiłowania sensu nadać mu formę bądź usiłowania bezpośrednio, bądź wynikowego”. W. Wolter przyjmował też możliwość usiłowania nieudolnego z zamiarem ewentualnym, zastrzegając, że „zamiar wynikowy może być wpływem niepewności co do kwestii nastąpienia li tylko skutku, bądź też wiązać się z niepewnością do zaistnienia jakiegoś znamienia istoty czynu. [...] Można tylko usiłować udolnie lub nieudolnie, natomiast nie można chcieć czy godzić się na udolność, czy nieudolność usiłowania”. — W. Wolter: *Studia z zakresu prawa karnego: I. Problematyka zamiaru wynikowego, II. Błąd w prawie karnym w ujęciu systematycznym*. Kraków 1947, s. 27—41.

<sup>235</sup> K. Buchała: *Prawo karne materialne...*, s. 393. Jednak zdaniem Z. Jędrzejewskiego, sformułowanie przepisu art. 11 § 1 k.k. z 1969 r. dyskusji na temat usiłowania *cum dolo eventuali* wcale nie kończy, albowiem albo narzucono przez takie rozwiązanie fikcję normatywną, albo przynajmniej przekroczono granice wykładni formalnologicznej — Z. Jędrzejewski: *Usiłowanie z zamiarem ewentualnym*. „Państwo i Prawo” 2003, 8, s. 46—47.

<sup>236</sup> *Uzasadnienie Projektu kodeksu karnego...*, s. 1—3, 14—15. Warto zaznaczyć, że projekt k.k. z 1963 r. w przepisie art. 28 § 1 stanowił: „Usiłowanie przestępstwa zachodzi wtedy, gdy sprawca w celu dokonania czynu zabronionego przez ustawę karną przedsięwzięcie działanie skierowane bezpośrednio do jego dokonania, lecz dokonanie przestępstwa nie następuje”. — za: M. Dębski: *Strona podmiotowa usiłowania w świetle projektu k.k.* „Nowe Prawo” 1963, 7—8, s. 802, który takie rozwiązanie aprobuje. Uważa bowiem, że dwa znamiona strony przedmiotowej usiłowania (przedsięwzięcie czynu skierowanego bezpośrednio do dokonania określonego przestępstwa) wyznaczają niezbędną ich stronę podmiotową w postaci zamiaru bezpośredniego.

pod uwagę możliwą szkodę najmniejszą (w razie usiłowania kradzieży z przedpokoju pełnego ubrań przyjmuje się szkodę zamierzoną minimalną, a nie maksymalną)<sup>237</sup>. G. Rejman słusznie dodaje, że usiłowanie można popełnić także z zamiarem bezpośrednim odnoszącym się do niechcianych skutków koniecznych, ponieważ zamiar bezpośredni związany ze skutkami koniecznymi odnosi się w równym stopniu zarówno do dokonania, jak i usiłowania przestępstwa<sup>238</sup>. Jednak, zdaniem A. Mogilnickiego, nie można pociągać człowieka do odpowiedzialności karnej za to, czego nie zrobił i czego nie chciał. W opinii tego autora, było poza sporem, że skazanie za *dolus eventualis* może nastąpić jedynie wtedy, gdy skutek przestępny nastąpił. Nie można zatem przyjąć zamiaru wynikowego przy usiłowaniu. Według A. Mogilnickiego, już sama nazwa polska „zamiar wynikowy” (tak samo zresztą jak i łacińska — *dolus eventualis*; *eventus* — skutek, wynik) zdaje się wskazywać, że nieodzownym warunkiem skazania za taki zamiar jest nastąpienie skutku. Co więcej, potwierdza to także tekst art. 23 k.k. z 1932 r., mówiącego o usiłowaniu, za które uznaje się takie działanie, które zostało „bezpośrednio skierowane” ku urzeczywistnieniu zamiaru popełnienia przestępstwa, a więc zamiaru bezpośredniego. Kto tylko godzi się na nastąpienie pewnego skutku, dodaje wspomniany autor, nie kieruje ku niemu swego działania „bezpośrednio”. Autor przytacza orzeczenia SN z lat 1925 i 1926, które taką zasadę przyjmowały. W ślad za nimi szczególnie podkreśla, że **nie można kogoś karać za to, czego nie pragnął i co nie nastąpiło**. I wreszcie, A. Mogilnicki twierdzi, że przyjęcie karalności usiłowania przy zamiarze wynikowym (podkreślając wcześniej całą umowność tej nazwy) umożliwiałyby przy każdym niemal przestępstwie dopatrywanie się usiłowania *dolo eventuali* innego przestępstwa<sup>239</sup>. Wydaje się jednak, że często parafrazowany pogląd tego autora („nie można kogoś karać za to, czego on nie pragnął i co nie nastąpiło”) jest dość efektywnym sformułowaniem niekoniecznie jednak słusznym, zwłaszcza jeśli chodzi o akcentowanie braku „pragnienia”. Warto bowiem zauważyć, że na podobnej zasadzie należałoby wykluczyć odpowiedzialność karną za nieumyślne przestępstwa z narażenia. Zrównanie zamiaru wynikowego z zamiarem bezpośrednim przy usiłowaniu kwestionuje również Z. Jędrzejewski, wskazując na zasadniczą różnicę podmiotowych elementów bezprawia zamiaru bezpośredniego i wynikowego. Jego zdaniem, usiłowanie *cum dolo eventuali* jest konstrukcją sztuczną, pozbawioną podstawowego, niezbędnego elementu bezprawia, fikcyjną konstrukcją, w której ujemność oceny ugruntowano wyłącznie w sferze motywacyjnej<sup>240</sup>. Także W. Mąciór opowiedział się przeciwko

<sup>237</sup> J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem*. Lwów 1932, s. 82.

<sup>238</sup> G. Rejman, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. G. Rejman..., s. 555.

<sup>239</sup> A. Mogilnicki: *Zamiar wynikowy a usiłowanie*. „Państwo i Prawo” 1948, 1, s. 66—70. Por. też M. Dębski: *Strona podmiotowa usiłowania...*, s. 801, gdzie autor dokonuje przeglądu stanowisk polskiej doktryny na temat strony podmiotowej usiłowania na tle k.k. z 1932 r.

<sup>240</sup> Z. Jędrzejewski: *Usiłowanie z zamiarem ewentualnym...*, s. 46—55.

koncepcji usiłowania z zamiarem ewentualnym, uznając, że strona podmiotowa usiłowania jest nadal kwestią sporną. Przytoczył pogląd, zgodnie z którym usiłowanie jest przestępstwem kierunkowym, wobec czego zamiar ewentualny zostaje niejako automatycznie wyłączony. Ponadto autor ten, podzielając pogląd W. Woltera, przyznaje, że zamiar ewentualny nie jest żadnym aktem woli, ale obojętnością woli, co wzmacnia tezę o niemożliwości usiłowania z zamiarem ewentualnym. Konkludując, W. Mąciór wnioskuje, że to, co nazywamy usiłowaniem *cum dolo eventuali*, w rzeczywistości jest **umyślnym narażeniem na niebezpieczeństwo dobra prawnego**<sup>241</sup>. Podejście zaprezentowane przez tego autora ma niezwykle doniosłe konsekwencje prawnokarne. Jego zastosowanie sprawiłoby, że zmianie uległby całkowicie rodzaj zarzucanego czynu zabronionego na czyn o diametralnie innym (niższym) stopniu społecznej szkodliwości i co za tym idzie — zagrożeniu. Ponadto, co jest istotne z punktu widzenia tematyki niniejszej pracy, czyn ze stadium usiłowania zostałby podniesiony do rangi dokonania, a tym samym poniechanie dalszej zaplanowanej działalności (i niepowodowanie skutku) stałoby się prawnie irrelewantne (chyba że ustawodawca przewidywałby podokonaniowy czynny żal w kształcie identycznym z tym na etapie usiłowania). Odnosząc się do tezy W. Mącióra, wydaje się, że trudno ją podzielić. Z jednej strony, kierunkowość nie wyklucza — moim zdaniem — zamiaru ewentualnego, z drugiej zaś — wskazać należy, że skoro możliwe jest dokonanie czynu (np. zabójstwa) przy obojętności woli (którego nie traktujemy jako narażenia na niebezpieczeństwo z określonym skutkiem, np. śmiertelnym), tak samo możliwe jest usiłowanie przy wspomnianej obojętności woli<sup>242</sup>. Zatem, posługując się stanem faktycznym, na podstawie którego SN wydał orzeczenie przyjmujące usiłowanie z zamiarem ewentualnym — oddawanie strzałów i rzucanie kamieniami w kierunku grupy pokrzywdzonych<sup>243</sup> — stwierdzić trzeba, że jeśli sprawcy towarzyszyła chęć „postraszenia” pokrzywdzonych, to mamy do czynienia z dokonaniem przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo, jednak gdy stosunek sprawcy do czynu można określić jako przewidywanie i godzenie się na spowodowanie określonego skutku (w tym przypadku uszczerbku na zdrowiu), mamy do czynienia z usiłowaniem z zamiarem ewentualnym. Oczywiście, w tym drugim przypadku rozważyć można usiłowanie kwalifikowane.

---

<sup>241</sup> W. Mąciór: *Formy popełnienia przestępstwa w projekcie kodeksu karnego z 1995 r.* „Państwo i Prawo” 1996, 7, s. 75. Podobnie wypowiedział się K. Buchała: *Usiłowanie „cum dolo eventuali”...*

<sup>242</sup> Mam świadomość, że również w ocenie strony podmiotowej (podobnie jak przy ocenie strony przedmiotowej i charakteru czynu) pewnego znaczenia nabiera sformułowanie „zmierza”, użyte przez ustawodawcę w treści przepisu art. 13 § 1 (por. K. Buchała: *Usiłowanie „cum dolo eventuali”...*, s. 32). Niemniej nie jest ono na tyle silne, aby wyłączać możliwość zamiaru ewentualnego przy usiłowaniu.

<sup>243</sup> Wyrok SN z 1937 r., cyt. za: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. G. Rejman..., s. 556.



Z kolei A. Zoll podkreśla, że możliwość usiłowania z zamiarem wynikowym odnosi się do tych typów czynów zabronionych, które mogą być dokonane także z zamiarem wynikowym. Zatem w tych wypadkach, w których ustawa wymaga specjalnego nastawienia sprawcy lub kierunku działania charakteryzującego się określonym celem (tzw. przestępstwa kierunkowe), wystąpienie takiego znamienia podmiotowego — wskazuje wymieniony autor — wymagane jest również do przyjęcia karalnego usiłowania<sup>244</sup>. Tezę taką już w 1984 r. głosił Sąd Najwyższy, konstatując, że jeżeli ustawa dla dokonania przestępstwa wymaga istnienia zamiaru bezpośredniego, wyłączając zamiar ewentualny, wskutek użycia takich zwrotów, jak „chcąc” lub „w celu”, to nie ma podstaw do uznania, aby usiłowanie takiego przestępstwa możliwe było z zamiarem ewentualnym<sup>245</sup>. Rzeczywiście, w orzecznictwie i doktrynie panuje pogląd, że przestępstwa kierunkowe oparte są na zamiarze bezpośrednim<sup>246</sup> lub niby-ewentualnym<sup>247</sup>. Zatem przestępstwo kradzieży, znamienne celem, nie może być popełnione w zamiarze ewentualnym. Można jednak wyobrazić sobie zabójstwo eutanatyczne (art. 150) lub w afekcie (art. 148 § 4), popełnione w zamiarze ewentualnym, a przecież są to przestępstwa kierunkowe. Otóż wydaje się, że problem ten rozwiązuje następująca dywersyfikacja przestępstw kierunkowych: 1) **znamienne celem i motywacją** oraz 2) **znamienne pobudką**. Przy czym motywacja to proces intelektualny, pobudka zaś to emocjonalne podłoże procesu intelektualnego. Przestępstw kierunkowych z pierwszej grupy nie można popełnić z zamiarem ewentualnym, natomiast te należące do drugiej grupy zamiaru wynikowego nie wykluczają<sup>248</sup>. Uprawniony zatem jest wniosek, że jest możliwe usiłowanie z zamiarem ewentualnym przestępstw kierunkowych znamienych pobudką, natomiast nie jest możliwe takie usiłowanie przestępstw znamienych celem lub motywacją.

<sup>244</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 239.

<sup>245</sup> Wyrok SN z 25.10.1984 r., IV KR 245/84. OSNKW 1985, 5—6, poz. 38.

<sup>246</sup> G. Rejman, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. G. Rejman..., s. 446. Zdaniem L. Gardockiego, przestępstwa kierunkowe mogą być popełnione wyłącznie z zamiarem bezpośrednim, ponieważ działanie w określonym celu, z określonych motywów lub pobudek nie daje się pogodzić z charakterystycznym dla zamiaru ewentualnego godzeniem się. Jednak, jak dodaje autor, w rzeczywistości trudno to uznać za regułę — L. Gardocki: *Prawo karne*. Warszawa 2009, s. 81.

<sup>247</sup> L. Tyszkiewicz: *Współdziałanie przestępne i główne pojęcia z nim związane*. Poznań 1964, s. 211 oraz M. Nawrocki: *Przestępstwa kierunkowe a zamiar niby-ewentualny*. „Prokuratura i Prawo” 2012, 5, s. 50—51.

<sup>248</sup> Nieco inaczej problem ten rozwiązuje K. Paluszyńska-Daszkiewicz, twierdząc: „Zamiar ewentualny konstruujemy wówczas, kiedy przewidywanie możliwości skutku przestępnego lub przestępności działania i godzenia się na to będzie dotyczyło tego elementu przestępstwa, który nie wiąże się z celem działania, nadającym przestępstwu charakter kierunkowy”. — K. Paluszyńska-Daszkiewicz: *Groźba w prawie karnym polskim*. Warszawa 1958, s. 150.

#### 4. Problem usiłowania nieudolnego

Czynny żal, będący tematem niniejszej pracy — jego kształt normatywny, możliwość sięgnięcia po tę konstrukcję i zastosowania dobrodziejstw przewidzianych w przepisie art. 15 § 1, wymaga sięgnięcia po instytucję **usiłowania nieudolnego**, która — jak wskazuje J. Raglewski, powołując się na S. Śliwińskiego — uzyskała status jednej z najbardziej kontrowersyjnych instytucji prawa karnego<sup>249</sup>. Konieczność wnikliwej analizy usiłowania nieudolnego, w kontekście określonego pola badawczego, wynika z dwóch istotnych przyczyn: po pierwsze, nieudolność usiłowania „odbiera” odstąpieniu od niego cechę dobrowolności, czyli nie można mówić o dobrowolności odstąpienia, gdy dokonanie było niemożliwe. Po drugie, pojawia się problem uprawnienia skorzystania z regulacji art. 15 § 1 w przypadku usiłowania nieudolnego, gdy sprawca — nie wiedząc jeszcze, że dokonanie jest niemożliwe — dobrowolnie poniechał usiłowania lub podjął działania zapobiegające (w jego przekonaniu) skutkowi.

Przed wszystkim odpowiedzieć trzeba na kluczowe pytanie, czy wszystkie dokonane wcześniej ustalenia odnoszące się do strony przedmiotowej i podmiotowej usiłowania dotyczą również usiłowania nieudolnego. Ponownie należy zaznaczyć, że zagadnienie to jest szczególnie istotne w perspektywie czynnego żalu. Relacja między usiłowaniem udolnym a nieudolnym, kształt tego ostatniego i wreszcie możliwość stosowania rozwiązań przewidzianych w art. 15 wytyczają obszar badawczy w tym zakresie.

Wytyczanie ustawowych granic usiłowania nieudolnego generuje dwa zasadnicze problemy: wytyczanie cezurę pomiędzy usiłowaniem udolnym i nieudolnym karalnym (co ma znaczenie dla orzekania karnoprawnych konsekwencji usiłowania) oraz wytyczanie cezurę między usiłowaniem nieudolnym karalnym i usiłowaniem nieudolnym niekaralnym.

Jak relacjonuje Z. Jędrzejewski, wyodrębnienie w osobnym paragrafie usiłowania nieudolnego dla subiektywisty J. Makarewicza miało ledwie „deklaratoryjny” charakter. Jego zdaniem, ogólna definicja z art. 23 § 1 k.k. z 1932 r. obejmowała także usiłowanie nieudolne, a różnice między usiłowaniem udolnym

<sup>249</sup> J. Raglewski: *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego — analiza krytyczna*. „Prokuratura i Prawo” 2003, 12, s. 34 oraz S. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 316. Jednocześnie A. Wąsek przytacza zgłaszane w doktrynie wątpliwości, czy konstrukcja usiłowania nieudolnego ma poważniejsze znaczenie dla praktyki wymiaru sprawiedliwości, cytując fragment uzasadnienia projektu k.k. z 1968 r.: „problem usiłowania nieudolnego ma w praktyce naszych sądów charakter zupełnie marginalny” — A. Wąsek: *Z problematyki usiłowania nieudolnego*. „Państwo i Prawo” 1985, 7—8, s. 78 oraz *Projekt kodeksu karnego*. Warszawa 1968, s. 99. Z kolei Z. Jędrzejewski przekonuje, że „wielka dyskusja wokół usiłowania nieudolnego staje się zupełnie zrozumiała i dziwić się zatem nie można, że koncentruje ona na sobie uwagę uczonych od prawie dwustu lat. Jest to spór o sens i zakres represji karnej”. — Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania nieudolnego*. Warszawa 2000, s. 10.

a nieudolnym były dla J. Makarewicza w ogóle mało istotne (identyczne zagrożenie, ujemność czynu wynikająca przede wszystkim z zamiaru sprawcy)<sup>250</sup>. Ogromna większość autorów uważa, że przepis art. 13 § 2 k.k. i użyte w nim sformułowanie: „usiłowanie zachodzi także wtedy”, odsyła ustalenie elementów tego usiłowania do znamion przyjętych w art. 13 § 1<sup>251</sup>. A. Zoll wprost pisze, że usiłowanie nieudolne jest odmianą usiłowania i w związku z tym musi wyczerpywać wszystkie znamiona usiłowania z modyfikacją wynikającą jedynie z istoty nieudolnego charakteru zachowania się sprawcy. Autor ten podkreśla, że sprawca usiłowania nieudolnego musi działać w zamiarze popełnienia czynu zabronionego, a jego zachowanie musi przyjąć postać bezpośredniego zmierzania do dokonania tego czynu<sup>252</sup>. Zdaniem K. Indeckiego oraz A. Liszewskiej, że znamion tworzących zwrot zawarty w przepisie art. 13 § 2 — „usiłowanie zachodzi także wtedy” — wynika, że usiłowanie nieudolne nie jest samodzielną postacią stadialną, a jedynie odmianą usiłowania udolnego; a zatem z usiłowaniem nieudolnym mamy do czynienia wtedy, gdy spełnione zostaną m.in. warunki odnoszące się do usiłowania udolnego (znamiona art. 13 § 1)<sup>253</sup>. Jednak zdaniem A. Marka, usiłowanie nieudolne jest samodzielną postacią zjawiskową przestępstwa, skonstruowaną na odrębnych kryteriach (zachodzącą wtedy, gdy niemożliwe jest zaistnienie innej postaci przestępstwa z powodu braku znamienia istoty czynu, co do istnienia którego sprawca jest w błędzie)<sup>254</sup>. Natomiast zdaniem J. Majewskiego, żadna z językowych dyrektyw interpretacyjnych nie obliguje do przyjęcia, że także (karalne) usiłowanie nieudolne musi odpowiadać opisowi zawartemu w art. 13 § 1, tzn. wykazywać się wszystkimi wymienionymi tam ogólnymi znamionami usiłowania. Autor ten dodaje, że wskazywana tak powszechnie w literaturze relacja między przepisem paragrafu pierwszego i drugiego art. 13 (*lex generalis-lex specialis*) nie jest *de facto* niczym uzasadniona, a ponadto prowadzi do wniosków wręcz absurdalnych (usiłowania nieudolne z innych powodów niż te wymienione w art. 13 § 2 byłyby karalne na podstawie przepisu art. 13 § 1)<sup>255</sup>.

<sup>250</sup> Z. Jędrzejewski: *Granice karalności usiłowania nieudolnego*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2007, 2, s. 71 oraz powoływany J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem...*, s. 122.

<sup>251</sup> Tak np. Z. Jędrzejewski: *Granice karalności usiłowania nieudolnego...*, s. 72.

<sup>252</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX. T. 1. Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 260. Podobnie np. B. Namysłowska-Gabrysiak: *Prawo karne — część ogólna*. Warszawa 2011, s. 92 oraz Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład...*, s. 202; D. Szeleszczuk, w: *Prawo karne*. Red. A. Grześkowiak. Warszawa 2012, s. 157.

<sup>253</sup> K. Indecki, A. Liszewska: *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*. Warszawa 2002, s. 214—215.

<sup>254</sup> A. Marek: *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1968, 1, s. 98.

<sup>255</sup> J. Majewski: *O różnicy i granicy...*, s. 26—29. Nieco uwagi należy poświęcić kryminalizacji lub jej braku innych nieudolnych zachowań człowieka. Powstaje bowiem pytanie, jakie

Wydaje się jednak, że usiłowanie udolne i nieudolne (karalne) do dwie odmiany ogólniejszej instytucji — usiłowania. Zatem usiłowanie opisane w przepisie art. 13 § 2 jest odmianą usiłowania (jako takiego), a nie usiłowania udolnego. Potwierdza to zarówno praktyka posługiwania się tymi terminami w języku prawniczym (mówimy o usiłowaniu udolnym i usiłowaniu nieudolnym, wskazując jako podstawę prawną odpowiednio art. 13 § 1 i 2), jak i analiza językowa. Skoro *Słownik języka polskiego* charakteryzuje zwrot „także” jako „również, też” (podając przykład: „Sprzątnęła starannie pokój, również kuchnię”)<sup>256</sup>, to nie ma wątpliwości, że mogłoby chodzić o relację logiczną całość-część (w przykładzie przywołanym przez J. Majewskiego: „Pójdziemy tam wszyscy, także ty”, nie chodzi o taką relację w sensie logicznym)<sup>257</sup>. Warto również zauważyć, że *Słownik...* objaśnia m.in., że „też” to partykuła uwydatniająca podobieństwo sytuacji<sup>258</sup>. Zatem ustawodawca uwydatnił podobieństwo między usiłowaniem udolnym a nieudolnym, rozszerzając karalność w kodeksie karnym na ostatnie z nich, kryminalizując w prawie wykroczeń wyłącznie pierwsze z nich.

Pojawia się zatem problem, o którym wspomina J. Majewski, normatywnego kształtu usiłowania nieudolnego w prawie karnym (*sensu stricto*). Rodzi się bowiem pytanie, czy znamiona kształtujące usiłowanie udolne aktualizują się przy usiłowaniu nieudolnym. Biorąc jednak pod uwagę znaczenie synonimicznej partykuły „też”, o której *Słownik...* mówi, że włącza coś w obręb spraw już

---

karnoprawne znaczenie ma **nieudolność przygotowania**. Czy przepis art. 16 § 1 dotyczy każdego przygotowania, czy też wyłącznie udolnego? *Prima facie* wydaje się, że wobec milczenia ustawy karalna jest — w tych wyjątkowych sytuacjach — każda postać przygotowania. Jednak wniosek z tego wynikający przeczy zasadzie racjonalnego ustawodawcy. Oto bowiem karany byłby sprawca przygotowania błędzącego co do któregoś ze znamion modalnych wskazanych w treści przepisu art. 166 (piractwo) lub art. 189a w zw. z art. 115 § 21 (handel ludźmi), czy też osoba mylnie przypuszczająca, że jest (już lub jeszcze) żołnierzem i przygotowująca się do opuszczenia swojej jednostki w celu trwałego uchylania się od służby wojskowej (art. 339), natomiast osiągnięcie przez te osoby etapu usiłowania, nawet bez czynnego żalu, gwarantowałoby im bezkarność. Sytuacja taka miałaby miejsce we wszystkich typizacjach, dla których ustawodawca przewidział karalne przygotowanie, a które wśród swoich znamion dla bytu odpowiedzialności karnej wymagają spełnienia znamienia modalnego lub szczególnych wymogów co do podmiotu. Jeżeli jednak przyjąć, że usiłowanie nieudolne jest (*sui generis* nadzwyczajnym) rozszerzeniem karalności usiłowania na dwa przypadki usiłowania nieudolnego i stąd — w myśl zasady *nullum crimen sine lege* — wyraźnie w ustawie wskazane, to karalne przygotowanie obejmuje **wyłącznie udolną jego postać**.

<sup>256</sup> *Słownik języka polskiego*. T. 3. Red. M. Szymczak. Warszawa 1981, s. 475.

<sup>257</sup> Nie będzie poprawna logicznie wypowiedź „Zjadłem owoce, także/też jabłka”, ponieważ jabłka są owocami; będzie natomiast poprawne zdanie: „Zjadłem owoce, a także deser” — rozszerzając sytuację dotyczącą owoców na deser. Pojawia się więc kwestia stosunków między zakresami nazw i — jak wskazuje Z. Ziemiński — należy odróżnić stosunki między zakresami nazw od stosunku między całością i częścią jakiegoś złożonego przedmiotu (agregatu) — Z. Ziemiński: *Logika praktyczna*. Warszawa 1996, s. 39—42.

<sup>258</sup> *Słownik języka polskiego*. T. 3..., s. 500.

omówionych<sup>259</sup>, nie ma wątpliwości, że zdaniem ustawodawcy, znamiona wskazane w przepisie art. 13 § 1 odnoszą się również do przepisu art. 13 § 2.

Reasumując, usiłowanie udolne i nieudolne to gatunkowe odmiany pojęcia usiłowania. Muszą zatem istnieć jakieś ich wspólne cechy rodzajowe przy równoczesnej przeciwstawności cech gatunkowych. Cechy *expressis verbis* wyrażone w treści art. 13 § 1, to cechy wspólne, rodzajowe usiłowania (zatem formalnie nie jest to definicja usiłowania udolnego, ale definicja usiłowania w ogóle). Natomiast różnice, zaznaczone przez ustawę — brak możliwości dokonania, pomieszczone zostały w art. 13 § 2. Kształt usiłowania udolnego interpretujemy *a contrario*. Cechą gatunkową usiłowania udolnego jest „możliwość dokonania” i tę cechę niejako „wrzucamy” do treści § 1, konstruując, poza werbalnym tekstem, pojęcie usiłowania udolnego.

Ważna jest jednak inna konstatacja J. Majewskiego. Otóż podkreśla on, że jeżeli dokonanie zamierzonego czynu zabronionego jest niemożliwe (a jest to kategoria obiektywna), to niepodobna, by sprawca swoim zachowaniem się do tego zmierzał (i to bezpośrednio)<sup>260</sup>. Podobne *de facto* wątpliwości niemal 150 lat wcześniej zgłaszał S. Budziński, pisząc: „Z materyą o rozpoczęciu wykonywania pozostaje w ścisłym związku pytanie, odnoszące się szczególnie do przestępstw materalnych [...], pytanie o działaniu za pomocą nieodpowiednich środków lub na nieodpowiedni przedmiot zwróconém [...]. Czy w tych przypadkach można uznać rozpoczęcie wykonywania, a tém samém karygodne usiłowanie? Tam tylko może być rozpoczęcie wykonywania, gdzie jest możność wykonywania. Rozpocząć jest to w części uczynić to, czego wcale uczynić niepodobna? Przedsięwzięcie, będące w samym początku niemożliwém, niezdolne stać się przestępstwem. Kto podaje cukier w miejsce trucizny, nie rozpoczyna wykonywać otrucia. O matce, porzucającej nieżywo narodzone dziecko, nie można powiedzieć, że usiłuje życia je pozbawić”<sup>261</sup>. Wydaje się oczywiste, że niezależnie od oceny przytoczonych spostrzeżeń S. Budzińskiego i J. Majewskiego również usiłowanie nieudolne musi podlegać temporalizacji. Decyzja o kryminalizacji usiłowania nieudolnego (choćby niektórych z jego postaci) przy równoczesnej — zasadniczo — niekarałości przygotowania zmusza do precyzyjnego wytyczenia również tej granicy. I chociaż samo pojęcie bezpośredniości w tym wypadku wydaje się bezużyteczne, sposób jego rozumienia, zaproponowany przez A. Wąska, znakomicie rozwiązuje problem temporalizacji. Powtórzyć więc wypada, że według tego autora, koncepcja formalno-obiektywna ma dwa formalne punkty odniesienia: 1) znamię czasownikowe typu czynu zabronionego i 2) określenie treści i granic przygotowania, natomiast zgodnie z przyjętym założeniem o nieistnieniu „pola niczyjego” w pochodzie przestępstwa,

<sup>259</sup> Ibidem.

<sup>260</sup> J. Majewski: *O różnicy i granicy...*, s. 26.

<sup>261</sup> S. Budziński: *Wykład porównawczy...*, s. 168.

usiłowaniem jest to, co wykracza poza granice przygotowania<sup>262</sup>. Z kolei innym problemem jest werbalne ujęcie takiego rozwiązania w przepisie, tym bardziej że w treści art. 13 § 2 *expressis verbis* pojęcie „bezpośredniości” nie występuje. Gdyby ustawodawca, definiując usiłowanie nieudolne, powtórzył sformułowanie „bezpośrednio zmierza do dokonania”, postulować by należało rozważenie koncepcji pominięcia w ogóle odpowiednika bezpośredniości, przyjmując, że jeśli istnieje legalna definicja przygotowania i niebudząca wątpliwości teoria „braku pola niczyjego” (albowiem skoro usiłowaniem jest wszystko to, co wykracza poza granice przygotowania i w doktrynie została ta granica należycie uzasadniona), próba jej nazywania wydaje się zbędna. Skoro jednak o bezpośredniości mówimy *via* przepis art. 13 § 1, zatem interpretować należy ją **odpowiednio**. W moim przekonaniu, wystarczy posłużyć się konstrukcją hipotetyczności — ocena stanu zaawansowania drogi przestępczej sprawcy odnosić się musi do dokonania, jak byłoby ono możliwe do osiągnięcia<sup>263</sup>. Takie zabiegi abstrakcyjnego, myślowego założenia istnienia lub braku pewnej zmiany w świecie zewnętrznym są zarówno w nauce, jak i praktyce prawa karnego dość dobrze znane i ugruntowane, a mają miejsce przede wszystkim na płaszczyźnie oceny związku przyczynowo-skutkowego. I chociaż w czystej postaci teoria ekwiwalencji w prawie karnym już od dawna nie funkcjonuje, to jednak test warunku *sine qua non* nadal stanowi punkt wyjściowy wszystkich kolejnych teorii przyczynowości.

Należy zauważyć, że **usiłowanie nieudolne i udolne** to też (podobnie jak wszystkie formy stadialne) *continuum* — następujące po sobie etapy drogi przestępczej. Usiłowanie to *continuum* — fragment szerszego *continuum* zachowania człowieka od podjęcia zamiaru do skutku, ku któremu zmierzał (a który wcale nie musi być utożsamiany ze skutkiem przestępstwa materialnego). Wydaje się, że usiłowanie nieudolne jest jednym z etapów zachowania przestępczego

---

<sup>262</sup> A. Wąsek, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz*. Red. A. Wąsek..., s. 963.

<sup>263</sup> W podobny sposób, aczkolwiek akcentując niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, ujmuje kryterium bezpośredniości usiłowania nieudolnego A. Zoll: „Bezpośredniość mierzenia należy rozumieć na gruncie usiłowania nieudolnego w ten sposób, że gdyby sprawca nie działał pod wpływem błędu, to stopień zaawansowania realizacji zamiaru popełnienia czynu zabronionego stwarzałby dla dobra prawnego realne niebezpieczeństwo”. — A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 260. Inną ciekawą wykładnię przedstawił P.D. Zakrzewski, któremu analiza języka pozwoliła na wysunięcie wniosku, że interpretując zwrot „swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza” jako element usiłowania z art. 13 § 2, przyjąć należy rozumienie ograniczające zakres do tych zachowań, które subiektywnie postrzegane przez sprawcę jawią się jako prowadzące do dokonania czynu zabronionego, a postrzegane obiektywnie umożliwiają odczytanie zamierzonego przez sprawcę rezultatu jego działania — P.D. Zakrzewski: *Prześlanka „bezpośredniości mierzenia” przy usiłowaniu nieudolnym a tzw. usiłowanie bezwzględnie nieudolne*. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, 4, s. 83.

i występuje nie obok usiłowania udolnego (jako jego „równoległą” alternatywa), ale przed nim. **Abstrakcyjny pochodź przestępstwa** wyglądałby następująco: **zamiar** → **przygotowanie** → **usiłowanie nieudolne** → **usiłowanie udolne** → **dokonanie (skutek)**. Doświadczenie życiowe, do którego zresztą nawiązuje subiektywna teoria powtórzenia czynu (uzasadniająca karalność usiłowania nieudolnego), wskazuje, że po nieudanej próbie dokonania czegokolwiek człowiek — mający stanowczą wolę — ponawia działania skierowane na osiągnięcie zamierzonego celu. Sprawca po nieudanej próbie dokonania przestępstwa, podejmując kolejną próbę, realizuje wciąż ten sam zamiar dokonania konkretnie określonego czynu zabronionego i dopiero po pewnym czasie „przekonuje się” czy dokonał czynu, czy tylko usiłował, czy jego usiłowanie było nieudolne, czy udolne. Oczywiście, w trakcie „przechodzenia” z usiłowania nieudolnego do udolnego w świadomości sprawcy musi zająć pewna zmiana — nie polega ona jednak na zmianie zamiaru, ale na wyborze np. innych skuteczniejszych środków. Dlatego „przejście” z usiłowania nieudolnego do udolnego z perspektywy świadomości sprawcy podobne jest do „przejścia” z przygotowania do usiłowania (w ogóle). Podobnie więc, jak trudno jest wytyczyć cezurę czasową między przygotowaniem a usiłowaniem, tak trudno wyznaczyć granicę między usiłowaniem udolnym a nieudolnym. Jak słusznie zauważył W. Wolter, pisząc o rozgraniczaniu usiłowania nieudolnego i udolnego, każde rozgraniczenie jest do pewnego stopnia czymś sztucznym, bo w rzeczywistości istnieją tylko powolne przejścia i można się łudzić, że znajdziemy kryterium pozwalające na precyzyjne określenie każdego stanu faktycznego jako usiłowania udolnego bądź nieudolnego (w rzeczywistości pewne usiłowania będą miały coś z udolności i coś z nieudolności)<sup>264</sup>. Poszukując jednak roli poszczególnych elementów drogi przestępczej w schemacie odpowiedzialności karnej, pamiętać należy, że to nie zachowanie człowieka ma wyznaczać ramy prawne (podobnie jak w przypadku związku przyczynowo-skutkowego).

Poszukujemy zatem odpowiedzi, w którym momencie realizacji swojego zamiaru sprawca popełnia czyn na tyle „istotny” (karygodny), że chcemy uznać go za przestępstwo. Powrócić zatem należy do koncepcji naruszenia reguł ostrożności i być może w tym zakresie poszukiwać kryterium pozwalającego odróżnić dwie odmiany usiłowania — mówiąc krótko, usiłowanie nieudolne to takie zachowanie sprawcy, które nie narusza (jeszcze) reguł postępowania z danym dobrem<sup>265</sup>. Nawiązując zaś do przedstawionej koncepcji oceny pierwotnego lub

<sup>264</sup> W. Wolter: *Funkcje błędu...*, s. 96.

<sup>265</sup> Ponownie przywołać należy jednak pogląd A. Zolla, zgodnie z którym „niezaatakowanie przez konkretny czyn dobra prawnego stanowiącego wartość społeczną bądź nienaruszenie przez taki czyn reguły postępowania obowiązującej w związku z danym dobrem powoduje, że czyn taki nie realizuje pełnego zespołu znamion określoności czynu. Nie jest więc zachowaniem typowym, nawet jeśli odpowiada trzonowi określoności zawartemu w przepisie ustawy karnej. Brak typowości zachowania jest warunkiem wystarczającym dla braku bezprawności”. —

wtórnego charakteru naruszenia oraz zachowania zmierzającego do tego naruszenia, powtórzyć należy, że to naruszenie dobra prawnie chronionego ma charakter pierwotny (por. rozdz. drugi niniejszej pracy). Przypomnieć więc należy, że naruszenie dobra stanowi „punkt wyjściowy” decyzji o kryminalizacji. Każdorazowe „cofanie” kryminalizacji na drodze realizacji przestępnego zamiaru musi być odrębnie uzasadniane. Innymi słowy, im bardziej oddalone jest zachowanie człowieka od naruszenia dobra, do naruszenia którego oczywiście zmierzał, tym głębiej musi sięgać uzasadnienie karalności, przy równoczesnym ograniczaniu karalności do wybranych zachowań. Przygotowanie zatem zasadniczo jest niekaralne, usiłowanie nieudolne wyłącznie w przypadku błędu co do środka i przedmiotu wykonawczego, natomiast usiłowanie udolne zawsze jest karalne, chociaż pojawiały się i pojawiają postulaty ograniczenia karalności usiłowania do określonych typów czynów zabronionych (zagrożonych odpowiednio wysoką karą). W ślad za tym idą regulacje dotyczące zagrożenia karą także odpowiednio „modyfikowane” w stosunku do kary przewidzianej za dokonanie<sup>266</sup>.

U podłoża usiłowania nieudolnego leży błąd (jak precyzuje J. Giezek — w złej wierze<sup>267</sup>), którego treścią jest określony stan faktyczny stanowiący znamię czynu zabronionego. J. Majewski twierdzi nawet, że to właśnie ów błąd sprawia, że w danych okolicznościach sprawca w ogóle wzbudza w sobie zamiar popełnienia czynu zabronionego, a następnie przystępuje do jego realizacji. Gdyby bowiem wiedział, przekonuje autor, że dokonanie czynu jest niemożliwe, to — zakładając, że jest podmiotem elementarnie racjonalnym — w ogóle nie podjąłby się próby urzeczywistnienia zamiaru<sup>268</sup>. Precyzując tę wypowiedź, zauważyć należy, że błąd sprawia, że sprawca **nie porzuca swojego zamiaru, mimo że dokonanie nie jest możliwe**. Jednocześnie, jak słusznie zauważa A. Gubiński, błąd leży u podstaw zarówno usiłowania udolnego, jak i nieudolnego. A różnica tkwi w charakterze tego błędu. W przypadku usiłowania nieudolnego postronny obywatel poinformowany o sytuacji stwierdzi, jeszcze przed przedsięwzięciem zachowania się przez sprawcę, że dokonanie jest niemożliwe. Inaczej wygląda sytuacja w przypadku usiłowania udolnego — błąd tkwi w zachowaniu się podmiotu, który dysponuje np. odpowiednimi środkami do popełnienia czynu zabronionego, ale jego zachowanie nie odpowiadało — jak pisze A. Gubiński —

---

A. Zoll: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu...*, s. 86. Pojawia się więc pytanie, czy atak, naruszenie reguł postępowania ma mieć charakter subiektywny, czy obiektywny; innymi słowy: czy jest atakiem, naruszeniem reguł zachowanie mające takie cechy tylko w świadomości sprawcy.

<sup>266</sup> Potwierdzeniem tej tezy jest nieco inny schemat kryminalizacji i karalności poszczególnych etapów realizacji zamiaru dokonania wykroczenia, co wynika z nieco odmiennych funkcji prawa wykroczeń.

<sup>267</sup> J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., s. 125.

<sup>268</sup> J. Majewski: *O różnicy i granicy...*, s. 31—32.



zasadom „dobrej roboty”<sup>269</sup>. Różnicę między błędem w przypadku usiłowania udolnego i nieudolnego wyjaśnia też W. Wolter. Swoje rozważania oparł on na cywilistycznym rozróżnieniu błędu *sensu stricto* jako wadliwym powzięciu woli przy braku niezgodności między wolą wewnętrzną a jej przejawem na zewnątrz oraz błędu zwanego pomyłką, gdy wola jest powzięta prawidłowo, ale oświadczona wadliwie. Zatem zdaniem W. Woltera, cywilistyczne ujęcie, że błąd *sensu stricto* to błąd w samym planie czynu, a pomyłka to błąd w samym sposobie wykonania czynu przełożyć można na problematykę błędu przy usiłowaniu. Jak wskazuje autor, w typowych przypadkach usiłowania zawodzi nie plan, a wykonawstwo (sprawca nie zabija ofiary, ponieważ pistolet się zaciął — błąd dynamiczny). Mamy wtedy do czynienia z usiłowaniem udolnym. Przy usiłowaniu nieudolnym pojawia się błąd co do samego planowania (błąd statyczny)<sup>270</sup>.

Jak wskazują K. Indeck i A. Liszewska, błąd związany z usiłowaniem nieudolnym to błąd nieuwzględniany przez ustawę<sup>271</sup>, z czym trudno się zgodzić. Błąd ten jest *expressis verbis* wskazany przez ustawę i chociaż — to prawda — nie jest argumentem uchylającym kryminalizację lub chociażby tylko karalność czynu, to jednak może mieć znaczący wpływ na zakres tej karalności (fakultatywne zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienie od jej wykonania). Zdaniem A. Zolla, to błąd — w przypadku usiłowania nieudolnego — uzasadnia odpowiedzialność karną, która, zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege*, nie miałyby miejsca, gdyby sprawca miał świadomość rzeczywistego

<sup>269</sup> A. Gubiński: *Glosa do wyroku z 12.02.1974 r., III KR 324/73*. „Państwo i Prawo” 1975, 1, s. 167.

<sup>270</sup> W. Wolter: *Funkcje błędu...*, s. 94—95. Z takim ujęciem nie zgodził się A. Wąsek, uznając, że błąd co do elementu statycznego i dynamicznego nie może być skutecznym mechanizmem rozgraniczającym usiłowanie udolne i nieudolne — A. Wąsek: *Z problematyki usiłowania nieudolnego...*, s. 80—81. Por. też M. Berent: *O błędzie przy usiłowaniu nieudolnym i możliwej pełnej jego relewancji*. W: *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*. T. 1. Red. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak. Toruń 2012, s. 61—62.

<sup>271</sup> K. Indeck i A. Liszewska: *Prawo karne materialne...*, s. 215. Mówiąc o błędzie, jeszcze na jedną kwestię należy zwrócić uwagę. Otóż w piśmiennictwie dotyczącym usiłowania nieudolnego często pojawia się wzmianka, że błąd przy tym usiłowaniu jest **błędem na niekorzyść** sprawcy, w odróżnieniu od błędu co do znamion, działającego na korzyść sprawcy (por. np. A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. (art. 1—31). Gdańsk 1999, s. 200; J. Raglewski: *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego...*, s. 35). Wydaje się, że w przypadku usiłowania nieudolnego trudno mówić o błędzie na niekorzyść. Czy „niekorzyścią” jest fakt, że ostatecznie nie udało się sprawcy dokonać czynu? Zatem czy mówiąc o błędzie na niekorzyść, mamy na myśli fakt, że (w przeciwieństwie do błędu co do znamion, prawa i okoliczności wyłączających odpowiedzialność) nie wyłącza on odpowiedzialności karnej? Przecież to właśnie za działanie w błędzie co do przedmiotu wykonawczego lub środka sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia, natomiast w przypadku błędu co do podmiotu, znamion modalnych i sposobu wyłącza całkowicie odpowiedzialność karną.

stanu rzeczy<sup>272</sup>. Podobna jest wcześniejsza wypowiedź L. Peipera, który zwracał uwagę, że „warunkiem podstawowym karalności nieudolnego usiłowania jest nieświadomość sprawcy, że dokonanie jest niemożliwe”<sup>273</sup>. Należy jednak sprecyzować, że gdyby sprawca nie działał w błędzie, **odpowiadałby za dokonanie**. Zatem błąd uzasadnia karalność w tym znaczeniu, że brak dokonania (nawet niemożliwego) nie ekskulpuje sprawcy.

Sam błąd w polskiej nauce prawa karnego definiowany jest dość jednolicie, jako niezgodność świadomości z rzeczywistością<sup>274</sup>. Spór dotyczy stosunku dogmatyków prawa karnego do koncepcji dwupostaciowości prawnokarnie doniosłego błędu. W. Wolter przyjmuje, że błąd może przybrać jedną z dwu postaci: nieświadomienia lub mylnego wyobrażenia (urojenia)<sup>275</sup>, natomiast zdaniem J. Giezka, nieświadomość nie jest postacią błędu, a jedynie niezbędną przesłanką jego wystąpienia<sup>276</sup>.

W literaturze przedmiotu dość powszechnie przytacza się tezę o tzw. odwrotności błędu. Jak wskazują m.in. W. Wróbel i A. Zoll, usiłowanie nieudolne oparte jest na błędzie co do znamion typu czynu zabronionego, z tym jednak, że w tym wypadku mamy do czynienia z odwrotnym działaniem błędu niż w przypadku określonym w art. 28 § 1 (co zresztą, według jednej z koncepcji, uzasadnia karalność usiłowania nieudolnego<sup>277</sup>). Wspomnianą nowelizacją z 20 lutego 2015 r. w piśmiennictwie objaśniano, że nieświadomość znamienia pozytywnego wyłącza umyślność, urojenie znamienia pozytywnego uzasadnia przyjęcie usiłowania nieudolnego; urojenie znamienia negatywnego wyłącza umyślność, a nieświadomość znamienia negatywnego uzasadnia usiłowanie nieudolne. Różnice w regulacji konsekwencji błędu w art. 28 § 1 i art. 13 § 2 nie sprowadzają się jedynie — jak piszą wymienieni autorzy — do problemu odwrotności błędu. W przypadku art. 28 § 1 opisane w nim konsekwencje (wyłączenie umyślności, a w zasadzie wyłączenie odpowiedzialności za umyślną odmianę typu czynu zabronionego) zachodzą bez względu na to, jakie znamię przedmiotowe z punktu widzenia strukturalnego podziału znamion jest przedmiotem błędu. Natomiast przepis art. 13 § 2 ogranicza nie samo usiłowanie nieudolne, ale odpowiedzialność za usiłowanie nieudolne tylko do błędu dotyczącego dwóch rodzajów zna-

<sup>272</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 262.

<sup>273</sup> L. Peiper: *Komentarz do kodeksu karnego*. Kraków 1933, s. 124.

<sup>274</sup> W. Wolter: *Funkcja błędu...*, s. 8.

<sup>275</sup> Ibidem.

<sup>276</sup> J. Gizek: *Funkcja błędu co do ustawowych znamion w nowym kodeksie karnym*. W: *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka*. Red. A. Szwarc. Poznań 1999, s. 110—112. Pogląd ten podziela Ł. Pohl: *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*. Poznań 2013, s. 19—20.

<sup>277</sup> Por. uwagi w rozdziale drugim niniejszej pracy.

mion w sensie strukturalnym: błędu co do przedmiotu czynności wykonawczej i błędu co do użytego środka służącego do realizacji czynu (błąd co do znamienia czasownikowego opisu czynu). Z kolei, zgodnie z wolą ustawodawcy, bezkarne jest usiłowanie nieudolne, jeżeli błąd dotyczył podmiotu czynu zabronionego lub okoliczności modalnych<sup>278</sup> (do czego jeszcze przyjdzie wrócić).

W. Wolter zaznacza, że zróżnicowanie błędu na taki, którego można uniknąć, i taki, przed którym sprawca nie mógł się ustrzec, może wpływać na ocenę jego zawinienia, jednak nie na płaszczyźnie odpowiedzialności za czyny prawnie zakazane. W konsekwencji na odpowiedzialność za usiłowanie nieudolne nie wpływa kwestia, czy przy należytej uwadze sprawcy usiłowanie nieudolne mogło stać się usiłowaniem udolnym. Jak twierdzi wspomniany autor, odpowiednie stopniowanie błędu dającego się uniknąć może jednak stanowić ilościowe przejście do usiłowania nierealnego<sup>279</sup>.

W literaturze prawa karnego, o czym była mowa, jako klasyczną już przyjmuje się definicję błędu, w myśl której, błąd to niezgodność między rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości w ramach aktu poznawczego (błąd to tego rodzaju stosunek poznającego podmiotu, czyli świadomości do obiektywnej rzeczywistości, który charakteryzuje niezgodność świadomości z rzeczywistością wobec nieodpowiedniego odbicia tej rzeczywistości w świadomości)<sup>280</sup>. Zgodnie z wolą ustawodawcy, z usiłowaniem nieudolnym mamy do czynienia, gdy „**sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe**”. Choć więc ustawodawca wskazuje na błąd w postaci braku świadomości, to jednak ostatecznie w grę wchodzi błąd w postaci urojenia istnienia przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub posługiwania się środkiem nadającym się do popełnienia takiego czynu<sup>281</sup>. Pewnym truizmem jest zatem stwierdzenie, że uświadamianie sobie przez sprawcę braku możliwości dokonania określonego czynu wyklucza możliwość przyjęcia usiłowania w ogóle, a usiłowania nieudolnego — w szczególności. W sytuacjach takich w grę może wchodzić dokonanie zupełnie innego czynu, np. groźby karalnej, w przypadku, gdy sprawca wie, że zabójstwo nie jest możliwe, ponieważ potencjalny pokrzywdzony jest nieobecny, ale oddaje strzał w kierunku posłania, by

<sup>278</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 231—232. Dość krytycznie o tym podziale i wynikających z niego konsekwencjach — zob. Ł. Pohl: *Błąd co do okoliczności...*, s. 161—164.

<sup>279</sup> W. Wolter: *Funkcje błędu...*, s. 23—24.

<sup>280</sup> *Ibidem*, s. 8.

<sup>281</sup> Por. D. Szeleszczuk, w: *Prawo karne*. Red. A. Grześkowiak..., s. 157—158. Choć, jak zauważył W. Wolter, regułą jednak jest, że nieświadomość sprzęga się z mylnym wyobrażeniem (urojeniem) — W. Wolter: *Funkcje błędu...*, s. 14—15. Krytycznie — Ł. Pohl: *Błąd co do okoliczności...*, s. 16—18.

wywołać strach. Uświadomienie sobie braku możliwości dokonania powoduje więc *de facto* porzucenie pierwotnego zamiaru dokonania czynu (i stąd brak możliwości przypisania odpowiedzialności za usiłowanie) i podjęcie nowego zamiaru (w powyższym przykładzie — wywołanie obawy), który (założmy) zostaje zrealizowany, a czyn — dokonany. Nie jest to przypadek tzw. usiłowania kwalifikowanego. Taka sytuacja wyklucza też możliwość powołania się sprawcy na czynny żal wskazany w przepisie art. 15 § 1. Z tej perspektywy negatywnie należy ocenić orzeczenie SN, uznające za usiłowanie nieudolne próbę pobrania pieniędzy z bankomatu, używając cudzej karty bez znajomości kodu PIN<sup>282</sup>. Zdaniem M. Mozgawy, niezaprzeczalny jest fakt, że dokonanie od samego początku było możliwe (choć mało prawdopodobne — do czego jeszcze przyjdzie wrócić), o czym sprawca wiedział, co powoduje, że jego zachowanie było usiłowaniem udolnym<sup>283</sup>. W podobnym tonie wypowiada się J. Raglewski, ubolewając, że nad zagadnieniem świadomości sprawcy, że dokonanie jest niemożliwe, SN w ogóle się nie pochylił<sup>284</sup>. Odmiennego zdania jest L. Tyszkiewicz, który twierdzi, że sprawca usiłowania nieudolnego nie musi być przekonany o efektywności stosowanego narzędzia; podejmuje próby, licząc na ich powodzenie<sup>285</sup>, co jednak — moim zdaniem — jest wykładnią *contra legem*.

Analizując treść przepisu art. 13 § 2, pojawia się pytanie, czy „niemożliwość”, o której stanowi przepis art. 13 § 2, istnieć musi od momentu podjęcia zamiaru aż do końca usiłowania. Jak wskazuje J. Giezek, powołując się na orzeczenie SN, nie można mówić o usiłowaniu nieudolnym wówczas, gdy w momencie rozpoczęcia działania sprawcy dokonanie przestępstwa było obiektywnie możliwe (choćby nawet szanse realizacji zamiaru sprawcy były niewielkie), a dopiero później — w wyniku włączenia się niesprzyjających okoliczności — realizacja zamiaru sprawcy okazała się nieosiągalna z uwagi na brak przedmiotu nadającego się do dokonania przestępstwa lub ze względu na to, że okazało się, iż sprawca użył środka nienadającego się do wywołania zamierzonego skutku. Jak dalej uzasadnia wspomniany autor, w takim bowiem wypadku usiłowanie jest „udolne”, a jedynie z przyczyn obiektywnych sprawcy nie udało się zrealizować zamiaru<sup>286</sup>. Z pewnością, abstrahując od oceny słuszności tezy, sprecyzować

<sup>282</sup> Wyrok SN z dn. 11.09.2002 r., V KKN 9/01. OSNKW 2002, 11—12.

<sup>283</sup> K. Mozgawa, w: *Prawo karne materialne. Część ogólna*. Red. K. Mozgawa. Warszawa 2011, s. 311—312. Tak też J. Majewski: *O różnicy i granicy...*, s. 45.

<sup>284</sup> J. Raglewski: *Glosa do wyroku z dnia 11 września 2002 r. (V KKN 9/01)*. „Przegląd Sądowy” 2004, 2, s. 158.

<sup>285</sup> L. Tyszkiewicz, w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Filar. Warszawa 2010, s. 66.

<sup>286</sup> J. Giezek, w: *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Red. M. Bojarski. Warszawa 2007, s. 202—203 oraz przywołane orzeczenie — wyrok SN z 29.11.1976 r., I KR 196/76. OSNKW 1977, 6, poz. 61.

należy, że ocena możliwości dokonania winna być dokonywana nie w momencie „rozpoczęcia zachowania sprawcy” (realizującego zamiar dokonania czynu zabronionego), lecz gdy zachowanie sprawcy przekracza etap czynności przygotowawczych. Jednakże usiłowanie nieudolne nie ogranicza się już wyłącznie do przestępstw skutkowych (jak to miało miejsce w k.k. z 1969 r.). Wydaje się także, że decyzja co do oceny całokształtu takich zachowań sprawcy nie może opierać się na fakcie, że pojawiające się przyczyny nieudolności miały charakter obiektywny, albowiem jest to cecha właściwa generalnie przyczynom nieskutecznego, z punktu widzenia sprawcy, zachowania, a więc usiłowania w ogóle. Z pewnością przyjęcie kwalifikacji prawnej w związku z art. 13 § 2 nie wymaga, aby dokonanie było niemożliwe na etapie zamiaru i przygotowania. Trudno zatem podzielić stanowisko A. Zolla, zdaniem którego usiłowanie musi być nieudolne już w momencie przystępowania do realizacji zamiaru. Autor ten jednak precyzuje, że aby mówić o usiłowaniu udolnym, dokonanie musi być możliwe jeszcze wtedy, gdy sprawca wkroczył swoim zachowaniem w stadium usiłowania<sup>287</sup>.

Natomiast zmiana statusu dokonania (możliwe i niemożliwe) na etapie usiłowania przebiegać może w dwóch kierunkach — dokonanie pierwotnie było niemożliwe, później jednak stało się możliwe lub odwrotnie początkowa możliwość dokonania uległa zmianie. W myśl przyjętej koncepcji, że usiłowanie nieudolne (w modelu abstrakcyjnym) stanowi naturalne stadium poprzedzające usiłowanie udolne, przywołując jednocześnie niekwestionowaną w judykaturze i doktrynie zasadę współukarania czynów uprzednich, przyjąć należy, że karnoprawnemu wartościowaniu — w sytuacji pierwszej — poddany zostanie ten fragment usiłowania, który nabierze cech udolnego. Przypadek odwrotny — dokonanie początkowo było możliwe, a następnie możliwość ta zniknęła, jest nieco bardziej skomplikowany. Możliwe są bowiem dwie zasadniczo różne sytuacje. Pierwsza sytuacja ma miejsce, gdy sprawca podejmuje kilka zachowań/czynów, z których każde jest odrębnym usiłowaniem (w kontekście analizowanego problemu — nieudalnym, a potem nieudolnym, np. sprawca strzela do ofiary niecelnie, przy ponownej próbie dokonania ofiara skutecznie się ukryła lub umiera). Taki stan faktyczny rozstrzygać należy według „klasycznych” reguł oceny przy wielości zachowań/czynów. Druga sytuacja zachodzi, gdy jedno usiłowanie rozciągnięte jest w czasie — dokonanie czynu wymaga przedsięwzięcia po kolei rozmaitych środków (w przywołanym orzeczeniu chodziło o próbę wymuszenia okupu, który ostatecznie nie został złożony — sprawcom „zaoferowano” pustą teczkę). W takim przypadku bardzo precyzyjnie należy najpierw wytyczyć granicę między przygotowaniem a usiłowaniem (dopiero faza usiłowania stanowi adekwatny punkt odniesienia oceny możliwości dokonania). Ostatecznie stwierdzenie moż-

<sup>287</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 266.

liwości dokonania przynajmniej w początkowej fazie usiłowania uprawnia do przyjęcia usiłowania udolnego, ponieważ zachowanie sprawcy przeszło w bardziej zaawansowany stan, który z przyczyn niezależnych przesunięty został na etap usiłowania nieudolnego (w myśl tezy o *continuum* usiłowań)<sup>288</sup>.

Kolejna kwestia, to odpowiedź na pytanie, czy usiłowanie nieudolne zachodzi również wtedy, gdy zostało zatamowane zanim przyczyny nieudolności skutecznie uniemożliwiły dokonanie. Pytanie to jest o tyle zasadnie, że w piśmiennictwie spotkać można pogląd, że „nieudolnym nazywamy usiłowanie, które — mimo **doprowadzenia działania do końca** — nie wywołuje skutku przestępnego, bo wywołać go nie może ze względu na środek lub przedmiot nie nadający się do popełnienia czynu zabronionego”<sup>289</sup>. Na przykład chodzi o takie zdarzenie, w którym sprawca został zatrzymany na tyle wcześniej (w trakcie pokonywania zamka w drzwiach wejściowych), że nie zdążył się przekonać, że dom jest całkowicie pusty. Nieco inny stan faktyczny był przedmiotem rozważań SN — sprawcy zostali spłoszeni, gdy znajdowali się już wewnątrz banku (po wcześniejszym upiłowaniu i wygięciu krat), nie zdążyli się więc przekonać, że przyniesione łomy są całkowicie nieskutecznym narzędziem do otwarcia kasy pancerniej znajdującej się w banku. Zdaniem SN, należy przyjąć usiłowanie udolne, jednak — co jest dość zastanawiające — ze względu na ładunek społecznego niebezpieczeństwa sposobu zastosowanego przez sprawców<sup>290</sup>. Stanowisko to podzielił M. Szerer, słusznie zauważając niewłaściwość przywołanej argumentacji. Zdaniem tego autora bowiem, sprawcy nie wiedzieli, że w banku znajduje się kasa pancerna, której nie można otworzyć łomem, nawet jeśli obiektywnie posługiwali się środkiem w konkretnym przypadku niezdatnym<sup>291</sup>. A. Gubiński krytyce poddaje przede wszystkim uzasadnienie judykatu, podkreślając, że niebezpieczeństwo sprawców nie może stać na przeszkodzie przyjęciu usiłowania nieudolnego, tym bardziej że karalne usiłowanie nieudolne zagrożone jest — analogicznie do usiłowania udolnego — w granicach przewidzianych dla dokonania danego przestępstwa<sup>292</sup>. Również K. Buchała w swojej (skądinąd bardzo interesującej) glosie<sup>293</sup> nie podjął problematyki usiłowania nieudolnego zatamowanego na tyle wcześniej, że owa nieudolność nie zdążyła się ujawnić.

<sup>288</sup> Por. też uwagi: Z. Jędrzejewski: *Granice karalności usiłowania nieudolnego...*, s. 73—74.

<sup>289</sup> G. Rejman: *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8—31. Komentarz*. Warszawa 2009, s. 289.

<sup>290</sup> Wyrok SN z 12.02.1974 r., III KR 324/73. OSN 1974, 6.

<sup>291</sup> M. Szerer: *Z rozważań nad karaniem usiłowania nieudolnego*. „Państwo i Prawo” 1975, 7, s. 65 i nast.

<sup>292</sup> A. Gubiński: *Glosa do wyroku z 12.02.1974 r., III KR 324/73...*, s. 167—168.

<sup>293</sup> K. Buchała: *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego — Izba Karna z dn. 12 lutego 1974 r., III KR 324/73...*, s. 554—556.

Przyjąć chyba należy, że skoro dokonanie rzeczywiście było niemożliwe i sprawca nie uświadamiał sobie tego, zostają spełnione przesłanki przewidziane w przepisie art. 13 § 2, zatem sąd ma obowiązek przyjęcia takiej kwalifikacji prawnej czynu i wynikających z tego konsekwencji. W przeciwnym bowiem razie cecha udolności lub nieudolności przyjmowana byłaby w zależności od momentu zatamowania usiłowania, a ponadto im wcześniejszy ten moment, tym bardziej niekorzystna dla sprawcy byłaby jego sytuacja prawna — dopiero zatamowanie w ostatniej fazie, gdy to właśnie np. brak przedmiotu wykonawczego uniemożliwił dokonanie, skutkowałoby możliwością zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wykonania.

Analizując pojęcie niemożliwości, zwrócić też należy uwagę na jego znaczenie w kontekście prawdopodobieństwa. Powszechnie w literaturze<sup>294</sup> i doktrynie<sup>295</sup> wskazuje się, że usiłowanie nieudolne charakteryzuje się brakiem zagrożenia dla dobra prawnego, co zasadniczo powinno oznaczać **całkowity brak zagrożenia** dla dobra prawnego. Oznacza to, że prawdopodobieństwo dokonania czynu jest równe zero. Takie sytuacje (o ile w ogóle teoretycznie możliwe z punktu widzenia teorii prawdopodobieństwa i tzw. krzywej Gaussa<sup>296</sup>) zdarzają się jednak niezmiernie rzadko. W przeważającej liczbie sytuacji dokonanie jest **w zasadzie niemożliwe — prawdopodobieństwo jest bliskie zera**. Sytuację taką znakomicie obrazuje stan faktyczny, będący przedmiotem analizy przez SN<sup>297</sup>, a potem poddany licznym omówieniom — chodzi o sprawcę posługującego się cudzą kartą płatniczą bez znajomości kodu PIN. Prawdopodobieństwo „trafienia” (przy trzykrotnej próbie) właściwego numeru jest minimalne, jednak możliwe. Ponieważ główny wątek judykату tyczy środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego, ostateczne stanowisko SN w tym zakresie ma znaczenie drugorzędne. Istotne jest bowiem to, że — jak wskazał SN — „dokonanie zaboru pieniędzy przy użyciu kart bankomatowych nie mogło być, w ustalonych w sprawie okolicznościach, zrealizowane. Skazany nie znał

<sup>294</sup> Na przykład A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 261.

<sup>295</sup> Por. np. wyrok SA w Katowicach z dn. 28.02.2002 r., II AKa 549/01. „Prokuratura i Prawo” 2002, 12, poz. 27.

<sup>296</sup> Rozkład normalny, zwany też rozkładem Gaussa, to jeden z najważniejszych rozkładów prawdopodobieństwa. Odgrywa ważną rolę w statystycznym opisie zagadnień przyrodniczych, przemysłowych, medycznych, społecznych itp. (a przyczyną jego znaczenia jest częstota występowania w naturze). Wykres funkcji prawdopodobieństwa tego rozkładu jest krzywą dzwonową. Rozkład normalny ma niezerową gęstość prawdopodobieństwa dla dowolnej wartości zmiennej losowej — J. Wawrzynek: *Metody opisu i wnioskowania statystycznego*. Wrocław 2007, s. 62.

<sup>297</sup> Wyrok SN z dn. 11.09.2002 r., V KKN 9/01. OSNKW 2002, 11—12, poz. 102. Warto zaznaczyć, że sądy rozpoznające powyższą sprawę w obu instancjach zakwalifikowały czyn sprawcy jako usiłowanie udolne.

bowiem kodu dostępu za pośrednictwem kart bankomatowych do pieniędzy umieszczonych w bankomacie, czyli tzw. PIN-u. Próby zmierzające do wejścia w posiadanie jakiegokolwiek kwoty pieniężnej przez użycie kart bankomatowych były w tych warunkach skazane na niepowodzenie”, gdyż „wybór określonej kombinacji cyfr, jednej z tak wielkiej liczby”, powoduje, że „prawdopodobieństwo losowego trafienia w sekwencję cyfr odnoszącą się do konkretnej karty jest **praktycznie równe zero**”. Opublikowane w związku z tym orzeczeniem glosy, zarówno te aprobujące, jak i krytyczne<sup>298</sup>, nie podnosiły kwestii braku udolności zachowania sprawcy w związku ze stopniem prawdopodobieństwa dokonania czynu zabronionego, przyjmując za SN, że usiłowanie **obiektywnie** było niemożliwe. Odmiennie stanowisko, o czym była mowa, prezentuje M. Mozgawa, uznając orzeczenie SN z 11 września 2002 r. za nietrafne. Niezależnie bowiem od mylnego utożsamiania przez SN środka ze sposobem, pierwotną kwestią — zdaniem tego autora — jest fakt, że dokonanie od samego początku było możliwe (choć mało prawdopodobne), o czym sprawca wiedział, co powoduje, że jego zachowanie było usiłowaniem udolnym<sup>299</sup>. W podobnym tonie zadaje pytanie J. Raglewski<sup>300</sup>. Ze stanowiskiem SN nie zgadza się również J. Majewski. Przyznając, że dokonanie było mało prawdopodobne, uznał jednak, że nie niemożliwe. Jego zdaniem, to właśnie ów bardzo niski stopień prawdopodobieństwa, zbliżający się do zera, sprawia, że niektórzy niezasadnie dopatrują się znamion usiłowania nieudolnego<sup>301</sup>. Kategorycznie w tej kwestii wypowiada się także J. Giezek, który twierdzi, że nawet bardzo mały stopień prawdopodobieństwa nie pozbawia usiłowania cechy udolności<sup>302</sup>. Czy należy więc wyciągnąć wniosek tożsamy z intuicyjnym wskazaniem, że zarówno judykatura, jak i większość doktryny zgodnie przyjmują nieco „złagodzoną” formę rozumienia niemożliwości dokonania — jako sytuację, w której **dokonanie praktycznie jest niemożliwe**? Niejako przy okazji warto wspomnieć o dokonywanym w literaturze przedmiotu rozróżnieniu na usiłowanie nieudolne bezwzględnie lub względnie, w którym jako kryterium przyjmuje się brak możliwości dokonania w każdej sytuacji lub jedynie w konkretnej. A. Wąsek, a za nim Z. Jędrzejewski podkreślają, że kodeks karny nie czyni różnicy między usiłowaniem bez-

<sup>298</sup> A. Wąsek: *Glosa*. „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, 7—8, poz. 103; P. Seledec, „Państwo i Prawo” 2003, 12, s. 124—127.

<sup>299</sup> K. Mozgawa, w: *Prawo karne materialne. Część ogólna*. Red. K. Mozgawa..., s. 311—312.

<sup>300</sup> J. Raglewski: *Glosa do wyroku z dnia 11 września 2002 r. (V KKN 9/01)*..., s. 158.

<sup>301</sup> J. Majewski: *O różnicy i granicy*..., s. 44—45. Autor zadaje też nieco przewrotne pytanie, jak należałoby zakwalifikować przypadek, w którym sprawcy udałoby się jednak trafić w trzech próbach sekwencję cyfr odpowiadającą numerowi PIN danej karty bankomatowej i dzięki temu wybrać gotówkę z bankomatu — nadal jako usiłowanie nieudolne kradzieży z włamaniem?

<sup>302</sup> J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., s. 124.



względnie i względnie nieudolnym<sup>303</sup>. Słusznie jednak zauważa J. Giezek małą użyteczność takiego podziału, dostrzegając jednak fakt, że sama nieudolność jest na swój sposób stopniowalna, co winno znaleźć odzwierciedlenie przy rozważaniu zastosowania środków przewidzianych w art. 14 § 2 k.k.<sup>304</sup>.

W wielu orzeczeniach SN podkreśla obiektywny charakter okoliczności pozwalających na przyjęcie określonego rodzaju usiłowania. Co więcej, właśnie ta cecha — obiektywizm — ma być zdaniem SN argumentem za przyjęciem usiłowania udolnego lub nieudolnego. I tak w jednym z wyroków SN stwierdził: „Nie można mówić o usiłowaniu nieudolnym wówczas, gdy w momencie wszczęcia działania sprawcy dokonanie przestępstwa było obiektywnie możliwe (choćby nawet szanse realizacji zamiaru sprawcy były niewielkie), a dopiero później — w wyniku włączenia się niesprzyjających okoliczności — realizacja zamiaru sprawcy okazała się niemożliwa ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania przestępstwa lub ze względu na to, że okazało się, iż sprawca użył środka nienadającego się do wywołania zamierzonego skutku. W takim bowiem wypadku usiłowanie jest »udolne«, a jedynie z przyczyn obiektywnych sprawcy nie udało się zrealizować swojego zamiaru”<sup>305</sup>. Z kolei w innym wyroku — „Jeżeli oskarżony dostawał się do wagonów kolejowych poprzez uprzednie włamania, oczywiście w celu dokonania kradzieży znajdujących się w nich przedmiotów, a kradzieży nie dokonał z przyczyn obiektywnych — od niego niezależnych — dlatego, że znajdujące się w wagonach przedmioty ze względu na rodzaj i ich rozmiary uniemożliwiały ich wyniesienie i zabranie, to w takim przypadku mamy do czynienia ze zwykłym usiłowaniem kradzieży, a nie z usiłowaniem »nieudolnym«. Zamiar sprawcy nie został w tym przypadku zrealizowany z przyczyn obiektywnych, wskutek włączenia się w czasie jego realizacji jedynie niesprzyjających okoliczności”<sup>306</sup>. Wydaje się, że takie rozłożenie akcentów jest całkowicie błędne. Charakter obiektywny, o czym była mowa, ma każda okoliczność powodująca, że do dokonania nie dochodzi, konstruując tym samym usiłowanie (zarówno udolne, jak i nieudolne). Subiektywne przesłanki warunkują tzw. usiłowanie zaniechane, które jest *de facto* odstępieniem od usiłowania, a więc jedną z postaci czynnego żalu.

Elementami normatywnej definicji usiłowania nieudolnego, oprócz wspomnianego błędu sprawcy i niemożliwości dokonania, jest brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego oraz używanie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego.

<sup>303</sup> Z. Jędrzejewski: *Granice karalności usiłowania nieudolnego...*, s. 77 i przywołany przez niego A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 214.

<sup>304</sup> J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., s. 125.

<sup>305</sup> Wyrok SN z dn. 29.11.1976 r., IKR 196/1976. LEX 19256.

<sup>306</sup> Wyrok SN z dn. 3.11.1983 r., II KR 227/1983. LEX 17520.

Kwestia podstaw usiłowania nieudolnego — braku przedmiotu i niestosowności środka — generuje pytanie o ich charakter. Z jednej bowiem strony pojawia się, wspomniana wcześniej, kwestia bezwzględnego lub względnego braku bądź użyteczności, które to rozróżnienie może stać się kryterium rozgraniczania usiłowania udolnego i nieudolnego. Problem kolejny, omówiony nieco później, to pytanie, co rzeczywiście oznacza „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”.

Jak wskazuje G. Rejman, dla wyrażenia różnicy między usiłowaniem nauka prawa karnego przeprowadzała klasyfikację narzędzi i środków wedle stopnia nieudolności: 1) przedmioty bezwzględnie niezdatne, które pod żadnym warunkiem nie mogą doprowadzić do urzeczywistnienia przestępstwa (np. strzał do pnia w przekonaniu, że to człowiek), 2) przedmioty względnie niezdatne, do których zalicza się przedmioty, które *in abstracto* są celowe, ale w konkretnym wypadku okazały się niewłaściwe, z uwagi na włączenie się w trakcie działania okoliczności, których sprawca nie przewidział, np. strzał z zamiarem zabójstwa do pokoju, w którym upatrzonej ofiary nie było, a tylko zdaniem sprawcy, miała się tam znajdować, 3) środki bezwzględnie niezdatne do wywołania przestępstwa, np. wsypanie do napoju cukru zamiast trucizny, 4) środki względnie niezdatne, jak podanie pokrzywdzonemu trucizny w dawce, która nie mogła wywołać w organizmie żadnych szkodliwych skutków. Teorie oparte na przytoczonym rozróżnieniu poddane zostały — jak referuje wymieniona autorka — krytyce przez przedstawicieli nauki prawa karnego, przede wszystkim z powodu ostatecznie obiektywnej niesprawdzalności wskazanych różnic. Przeprowadzona przez G. Rejman analiza rozstrzygnięć SN pozwoliła na stwierdzenie, że SN poszukuje dodatkowych kryteriów ułatwiających udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy sprawca dopuścił się udolnego, czy też nieudolnego usiłowania<sup>307</sup>.

Z brakiem przedmiotu wykonawczego<sup>308</sup>, niezależnie od podziału na bezwzględny i względny, wiąże się jego „stopień konkretyzacji”. Z jednej strony judykatura prezentuje pogląd, akceptowany np. przez R. Zawłockiego<sup>309</sup>, że „de-

<sup>307</sup> G. Rejman: *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 289—294. Wcześniej swoisty katalog wariantów ustalania udolności bądź nieudolności usiłowania zestawiał Z. Jędrzejewski: *Usiłowanie udolne i nieudolne w świetle nauki i orzecznictwa polskiego*. „Edukacja Prawnicza” 1994, 4, s. 78.

<sup>308</sup> Dla porządku należy wskazać, że brak przedmiotu wykonawczego to nie tylko fizyczna nieobecność w otaczającej rzeczywistości. To również sytuacja, gdy przedmiot lub osoba istnieją, nie mając jednak określonej cechy, stają się przedmiotami niezdatnymi do popełnienia na nich czynu zabronionego. Stąd znieważanie śpiącej osoby, w mylnym przekonaniu, że osoba ta wszystko słyszy, jest usiłowaniem nieudolnym; podobnie jak przestępstwo porzucenia, w mylnym przekonaniu, że porzucony jest małoletnim poniżej 15. roku życia.

<sup>309</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 619.

cydujące znaczenie dla odróżnienia usiłowania udolnego (zwykłego) od nieudolnego ze względu na przedmiot czynu ma odczytanie zamiaru sprawcy. Jeżeli sprawca chce zdobyć konkretną rzecz, której ofiara nie posiada, i stwierdziwszy ten fakt rezygnuje z kradzieży innej jej rzeczy [...], dopuszcza się usiłowania nieudolnego z powodu braku przedmiotu zdatnego do dokonania kradzieży<sup>310</sup>. Jednocześnie SN stoi na stanowisku, że jako brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego określonego w art. 13 § 2 należy uznać brak obiektywny, nie zaś zdyskwalifikowanie przez sprawcę przedmiotu ze względu na nieprzydatność dla niego<sup>311</sup>. Podobny pogląd wyraził na przykład J. Biederman, głosując uchwałą SN z dn. 20.11.2000 r. Stwierdził on mianowicie, że treścią błędu uzasadniającego zastosowanie konstrukcji nieudolnego usiłowania dokonania rozboju jest urojenie sobie przez sprawcę zmierzającego do jego dokonania i w tym celu doprowadzającego pokrzywdzonego do stanu bezbronności, że pokrzywdzony dysponuje tego rodzaju rzeczami (fizycznymi, przedstawiającymi wartość materialną), czyli mieniem „w ogóle”. Błąd odnoszący się do postaci owego mienia nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia o udolności bądź nieudolności usiłowania dokonania rozboju ze względu na przedmiot. Dysponowanie przez pokrzywdzonego mieniem w ogóle, chociaż w innej postaci niż ta, na którą ukierunkowany był zamiar sprawcy, nie jest równoznaczne z brakiem przedmiotu nadającego się do dokonania na nim przestępstwa kradzieży rozbójniczej. Ostatecznie autor ten konkluduje, że obiektywnie popełnienie rozboju jest możliwe<sup>312</sup>.

Jak trafnie zdiagnozował omawiany problem J. Giezek, rzecz pozornie wydaje się nieskomplikowana, ponieważ odpowiedź na pytanie o brak przedmiotu sprowadza się do prostego aktu poznawczego rozstrzygającego, czy w otaczającej rzeczywistości dany akt postrzegamy, czy też nie<sup>313</sup>. Ustawa (w art. 13 § 2) jednak mówi o przedmiocie **nadającym się** do popełnienia na nim czynu zabronionego. Na tę kwestię zwrócili uwagę J. Giezek oraz J. Majewski. Zdaniem J. Giezka, realnie istniejący przedmiot, na który potencjalnie skierowane jest działanie sprawcy — ze względu na krzyżowanie się dwóch płaszczyzn oceny — może się okazać: 1) obiektywnie i subiektywnie zdatny do popełnienia na nim czynu zabronionego; 2) tylko obiektywnie zdatny, subiektywnie niezdatny;

<sup>310</sup> Wyrok SA w Łodzi z 21.02.2002 r., II AKa 17/02. KZS 2004, 4, poz. 52. Podobne orzeczenie wydał wcześniej SN, stwierdzając, „w wypadku rozboju obliczonego na zdobycie konkretnej rzeczy, której ofiara po prostu nie ma, dokonanie przestępstwa rozboju jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego w ujęciu art. 13 § 2 k.k.” — uchwała SN z dn. 20.11.2000 r., I KZP 36/00. OSNKW 2001, 1—2, poz. 1.

<sup>311</sup> Postanowienie SN z dn. 28.04.2011 r., VKK 33/11. LEX nr 817558.

<sup>312</sup> J. Biederman: *Glosa do uchwały SN z dn. 20 listopada 2000 r., I KZP 36/2000*. „Pa-lestra” 2001, 7—8.

<sup>313</sup> J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., s. 126—127.

3) tylko subiektywnie zdalny, obiektywnie zaś niezdalny; 4) zarówno obiektywnie, jak i subiektywnie niezdalny do popełnienia na nim czynu zabronionego. Wątpliwości dotyczą sytuacji, w której ocena subiektywna nie pokrywa się z oceną obiektywną. J. Giezek proponuje, aby formułowanie oceny co do zdalności przedmiotu opierało się łącznie na obiektywnym i subiektywnym punkcie widzenia („obiektywizacja oceny subiektywnej”). W sytuacjach najtrudniejszych do oceny — gdy sprawca rezygnuje z istniejącego przedmiotu, uważając, że ten nie spełnia jego oczekiwań — taką obiektywizacją miałyby być odwołanie się do pragmatycznie zachowującego się sprawcy przestępstwa. Dlatego też wspomnianego autora nie dziwi rezygnacja z zaboru monety 5-złotowej, skoro nie jest ona przedmiotem, dla którego „warto” byłoby dopuszczać się rozboju<sup>314</sup>. Wydaje się jednak, że dość ryzykowna jest figura „racjonalnie” czy też „pragmatycznie” zachowującego się sprawcy, a środki masowego przekazu skutecznie przekonują, że dla niejednego sprawcy wystarczającym motywem dokonania przestępstwa jest paczka papierosów bądź bardzo mała kwota pieniędzy. Zupełnie inaczej do zagadnienia tego podszedł J. Majewski. Jego zdaniem, właściwe rozeznanie istoty kryterium możliwości/braku możliwości dokonania czynu zabronionego stanowi solidny punkt oparcia dla prawidłowego<sup>315</sup> rozstrzygnięcia o kwalifikacji przynajmniej niektórych skomplikowanych stanów faktycznych. Punktem wyjścia musi być ustalenie znaczenia terminu „czyn zabroniony” jako składnika definicji użytej w przepisie art. 13 § 2. Termin „czyn zabroniony” w przywołanym przepisie mógłby być — zdaniem autora — teoretycznie rozumiany trojako: 1) jako odnoszący się do braku możliwości dokonania ściśle oznaczonego czynu zabronionego, 2) jako odnoszący się do braku możliwości dokonania jakiegokolwiek czynu zabronionego określonego typu (kradzieży, zabójstwa itp.), 3) jako odnoszący się do braku możliwości dokonania jakiegokolwiek czynu zabronionego jakiegokolwiek typu. Zdaniem J. Majewskiego, zawarty w art. 13 § 2 zwrot „dokonanie (czynu zabronionego) jest niemożliwe” odnosi się do dokonania tego ściśle oznaczonego czynu zabronionego, który stanowi przedmiot zamiaru sprawcy (powołując się na analogiczną sytuację wskazaną w przepisie art. 13 § 1, w którym ustawodawca, posługując się odpowiednimi zaimkami, bez wątplenia wskazuje, że czyn zabroniony, do którego sprawca zmierza, oraz czyn zabroniony stanowiący przedmiot zamiaru sprawcy to ten sam czyn zabroniony)<sup>316</sup>.

Przyjęcie określonej koncepcji nie tylko ma znaczenie dla ostatecznej decyzji co do rodzaju usiłowania (przyjęcie w kwalifikacji usiłowania udolnego lub nieudolnego, a w związku z tym ewentualne zastosowanie środków, o któ-

<sup>314</sup> J. Giezek: *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dn. 20.11.2001 r., sygn. I KZP 36/2000*. „Prokuratura i Prawo” 2001, 9, s. 105—111.

<sup>315</sup> Pytanie jednak, zadane na marginesie, brzmi, co to znaczy prawidłowe rozstrzygnięcie — zgodne z intuicją, poczuciem sprawiedliwości czy też polityką karną.

<sup>316</sup> J. Majewski: *O różnicy i granicy...*, s. 33—51.

rych mowa w art. 14 § 2). Wybór danego zapatrywania radykalnie wpływa na sytuację sprawcy na płaszczyźnie czynnego żalu. Jeżeli bowiem sprawca nie dokonuje kradzieży, ponieważ nie ma interesującego go przedmiotu, to taka rezygnacja odczytana być może w sposób dwojaki — właśnie w zależności od przyjętej koncepcji. Jeśli uznamy, że o właściwości przedmiotu decyduje zamiar sprawcy, a zatem rezygnuje z kradzieży — mamy do czynienia z usiłowaniem nieudolnym, a poniechane przez niego działania nie mają cechy dobrowolności, nie można więc mówić o czynnym żalu. Zupełnie inaczej wygląda sytuacja, w której uznamy, że zdatność do bycia przedmiotem ma charakter obiektywny, niezależny od sprawcy. Wówczas rezygnacja z kradzieży takich przedmiotów może mieć charakter dobrowolny, a to już otwiera drogę do rozważenia zastosowania instytucji czynnego żalu gwarantującego bezkarność.

Z brakiem przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego wiąże się problem wykładni samego pojęcia „przedmiot”. Sformułowanie „przedmiot” najczęściej w literaturze prawa karnego utożsamiane jest z przedmiotem czynności wykonawczej<sup>317</sup> (tj. osób lub rzeczy, na które skierowane jest działanie lub zaniechanie sprawcy<sup>318</sup>), przedmiotem bezpośredniego działania<sup>319</sup>. Według A. Zolla, przedmiot wykonawczy to obiekt będący nośnikiem dobra prawnego stanowiącego znamię określonego typu czynu zabronionego<sup>320</sup>. R. Zawłocki precyzuje, że pojęcie „przedmiot”, w rozumieniu art. 13 § 2, należy ujmować z uwzględnieniem występującego w nim pojęcia „środek” — w szczególności nie jest „przedmiotem” rzecz, którą sprawca posługuje się dla popełnienia przestępstwa<sup>321</sup>. Za odosobniony należy uznać pogląd A. Wąska, zgodnie z którym o przedmiocie wykonawczym może być także mowa w razie braku przedmiotu ochrony. Jako przykład autor ten podaje sytuację związaną z przestępstwem z art. 209 — osoba uprawniona utraciła roszczenie alimentacyjne wobec sprawcy, o czym on nie wiedział<sup>322</sup>. Wydaje się jednak, że mamy tu również do czynienia z brakiem przedmiotu wykonawczego — brak upraw-

<sup>317</sup> Por. np. J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., s. 125.

<sup>318</sup> *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 618.

<sup>319</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład części ogólnej*. Warszawa 2012, s. 202. Warto odnotować, że autor ten wyróżnia, obok przedmiotu wykonawczego, także podmiot oddziaływania (osobę, na którą swoim zachowaniem się oddziałuje podmiot czynu zabronionego — np. podżegany) — s. 135—136.

<sup>320</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 261.

<sup>321</sup> *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 618.

<sup>322</sup> A. Wąsek, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz*. Red. A. Wąsek..., s. 1026 i 1029.

nionego do otrzymywania świadczeń alimentacyjnych. Ten sam autor podaje odmienny przykład ilustrujący konieczność szerokiego rozumienia „przedmiotu” — sprawca chce uzyskać od funkcjonariusza publicznego poświadczenie nieprawdy, nie wiedząc o tym, że to, co chce uzyskać, odpowiada prawdzie<sup>323</sup>. Z takim stanowiskiem nie zgadza się R. Zawłocki, przekonując, że przedmiotem ochrony przepisu prawa karnego jest określone dobro prawne, które co prawda może występować w postaci materialnego substratu, np. konkretnego składnika mienia, jednak nigdy nie można o takiej rzeczy twierdzić, że nie nadaje się, aby dokonać na niej czynu zabronionego, albowiem jej karnoprawna funkcja jest zgoła odmienna. Natomiast przywołany przez A. Wąska przykład R. Zawłocki ocenia jako chybiony, albowiem odnosi się on do przedmiotu czynności wykonawczej (dokumentu zawierającego prawdziwą treść), a nie do przedmiotu ochrony<sup>324</sup>.

Na tle przytoczonych definicji rodzi się jednak pytanie, czy przedmiot wykonawczy występuje w każdej typizacji<sup>325</sup>. Czy można wskazać grupę przestępstw (rodzaj) bez przedmiotu wykonawczego? Czy do takiej grupy należą przestępstwa, w których przedmiot ochrony jest bardzo abstrakcyjny — przestępstwa przeciwko RP, bezpieczeństwu, porządkowi publicznemu, wymiarowi sprawiedliwości? Na przykład: fałszywe oskarżenie innej osoby (art. 234) — czy występuje tu przedmiot wykonawczy, czy jest nim osoba fałszywie oskarżana? Czy oskarżenie osoby nieżyjącej (o czym nie wiedział sprawca) jest usiłowaniem nieudolnym? W. Wróbel i A. Zoll zauważają, że przedmiot czynności wykonawczej będzie występował w opisie typu czynu zabronionego zasadniczo w przypadku wszystkich przestępstw materialnych<sup>326</sup>. I. Andrejew pisał, że „nie ma skutku bez przedmiotu czynności wykonawczej”<sup>327</sup>. Jednocześnie w przypadku przestępstw formalnych przedmiot czynności wykonawczej często występuje, ale nie jest już elementem koniecznym do opisu czynu zabronionego i stanowi częściej element stanu faktycznego niż opisu typu czynu zabronionego (zachowania). W. Wróbel i A. Zoll wskazują na przykład regulację art. 231 § 1, która będzie miała zastosowanie w przypadku zniszczenia akt przez funkcjonariusza publicznego lub niewykonania czynności urzędowej, do wykonania której urzędnik był zobowiązany. W pierwszej sytuacji akta będą

<sup>323</sup> A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. *Art. 1–116...*, s. 217–218.

<sup>324</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1–31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 618.

<sup>325</sup> Na marginesie warto więc zauważyć, że sporadycznie w literaturze prezentowany jest podział przestępstw na **przechodnie** (*delicta transitiva*) — takie, w których występuje przedmiot wykonawczy, i **nieprzechodnie** (*delicta intransitiva*) — pozbawione przedmiotu wykonawczego, np. art. 242, 145 — R.G. Hałas, w: *Prawo karne*. Red. A. Grzeškowiak..., s. 119.

<sup>326</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 202.

<sup>327</sup> I. Andrejew: *Polskie prawo karne...*, s. 103.

stanowiły przedmiot czynności wykonawczej, w drugiej — nie można wskazać przedmiotu czynności wykonawczej<sup>328</sup>. Może więc jednak — wbrew pozorom — sprawa jest zupełnie prosta: jeśli nie ma przedmiotu wykonawczego, to sprawca siłą rzeczy nie może się co do niego mylić, nie ma więc problemu z prawną oceną takiego błędu. *Vice versa* — błąd co do przedmiotu, wobec którego sprawca przedsięwzięrze przestępcze działania, oznacza, że taki przedmiot wykonawczy istnieje.

Jak słusznie zauważa L. Tyszkiewicz, w przypadku przestępstw złożonych, w których występują dwa dobra prawne, brak jednego z nich powoduje niemożność ich dokonania, a więc można tu mieć do czynienia z usiłowaniem nieudolnym, choćby nawet szkoda powstała (dotyczy to na przykład rozboju, podczas którego ofiara została poturbowana, ale do zaboru nie doszło, gdyż pokrzywdzony nie miał przy sobie tego, co sprawca chciał zabrać). Zdaniem L. Tyszkiewicza, rozwiązanie takie, chociaż zgodne z regulacją ustawową, jest niesłuszne z punktu widzenia polityki kryminalnej<sup>329</sup>. Wydaje się jednak, że podobne wątpliwości musiałyby odnosić się do usiłowania przestępstw złożonych w ogóle. A przecież zasady wymiaru kary za usiłowanie, w tym za usiłowanie nieudolne, pozwalają — *de facto* — wymierzyć w każdej z tych sytuacji karę w maksymalnym rozmiarze. Również zdaniem SN, przyjęciu usiłowania nieudolnego nie stoi na przeszkodzie złożony charakter typu przestępstwa; konstrukcja przewidziana w art. 13 § 2 odnosi się bowiem do zachowania sprawcy ujmowanego jako całość w granicach znamion określonych w treści normy prawnej<sup>330</sup>. Z kolei T. Bojarski uważa, że występuje problem nieudolności przy przestępstwach złożonych, wskazując jako przykład usiłowanie rozboju wobec osoby nieposiadającej pieniędzy. Jego zdaniem, w tym przypadku można przyjąć usiłowanie rozboju<sup>331</sup>. Wspomniany autor nie udziela jednak odpowiedzi na zasadnicze pytanie — z jakim usiłowaniem mamy do czynienia. Jak dalej zauważa, zgłoszony jednak został pogląd sprzeciwiający się takiemu rozwiązaniu z uwagi na to, że nieudolność dotyczy tylko jednego członu składowego przestępstwa złożonego<sup>332</sup>. Rzeczywiście, K. Daszkiewicz uznała, że przyjmowanie usiłowania nieudolnego w sytuacji, gdy sprawca rozboju zastosował już przemoc, ponieważ prawnie chronionym dobrom ofiar tego przestępstwa nie zagrażało żadne rzeczywiste niebezpieczeństwo, jest tworzeniem fikcji (korzystnej dla sprawców siłowych rozbojów, a niekorzystnej dla ich ofiar)<sup>333</sup>. Podobne sta-

<sup>328</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 202.

<sup>329</sup> L. Tyszkiewicz, w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Filar..., s. 66.

<sup>330</sup> Uchwała z dn. 20.11.2000 r., IKZP 36/2000. OSNKW 2001, 1—2, poz. 1.

<sup>331</sup> T. Bojarski: *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*. Warszawa 2012, s. 205.

<sup>332</sup> *Ibidem*.

<sup>333</sup> K. Daszkiewicz: *Usiłowanie nieudolne (ze szczególnym uwzględnieniem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r.)*. „Prokuratura i Prawo” 2001, 9, s. 20—21. Warto może dodać, że zdaniem K. Daszkiewicz, przyjęcie tezy o usiłowaniu nieudolnym nawet

nowisko wyraża J. Wojciechowski, który pisze, że dla przyjęcia usiłowania nieudolnego konieczne jest ustalenie po stronie sprawcy istotnego błędu, a takim błędem nie jest brak świadomości po stronie sprawcy rozboju, że pokrzywdzony nie ma przy sobie pieniędzy. W takiej sytuacji — zdaniem J. Wojciechowskiego — mamy do czynienia „ze zwykłym usiłowaniem, a nie nieudolnym, gdyż brak pieniędzy u ofiary nie stanowi o istotnym błędzie sprawcy”<sup>334</sup>. Nie można podzielić takiego poglądu. Błąd co do istnienia przedmiotu wykonawczego należy do znamion usiłowania nieudolnego, trudno mu więc odmawiać istotności.

Jeszcze więcej problemów interpretacyjnych sprawia druga z przesłanek karalnego usiłowania nieudolnego — „środek nienadający się do popełnienia czynu zabronionego”. Zasadniczy problem związany z tym terminem sprowadza się do pytania, czy jego zakresem objęty jest też sposób zachowania sprawcy. Jest to zatem kwestia „sposobu nieudolnego, przy udolnym środku”. W dalszej kolejności pojawia się pytanie, czy w przypadku nieudolnego sposobu jest to usiłowanie udolne, nieudolne karalne czy też nieudolne niekaralne. Poglądy w tym zakresie są bardzo zróżnicowane, zatem odnotowane zostaną najważniejsze z nich. Zdaniem W. Śliwińskiego, „środkiem jest to, czym sprawca się posługuje, przy swej czynności wykonawczej; może to być przedmiot materialny (truć, broń, własna ręka) lub twór niematerialny (słowo, gest itp.)”<sup>335</sup>. Podobną tezę prezentuje T. Bojarski, optując za wąskim rozumieniem pojęcia „środek”, precyzując, że niewłaściwy sposób realizacji czynu zabronionego nie jest karany, nie można go bowiem pomieścić drogą szerokiej wykładni w pojęciu użytego środka<sup>336</sup>. Całkowite przeciwieństwo tych poglądów znaleźć można w publikacjach Ł. Pohla oraz J. Majewskiego. Zdaniem Ł. Pohla, słownikowe znaczenie analizowanego terminu — które w razie zaistnienia sporu doktrynalnego jest znaczeniem w zasadzie rozstrzygającym — oraz kontekst użycia tego terminu w przepisie art. 13 § 2 każe przyjąć, że środek to także sposób zachowania się sprawcy<sup>337</sup>. Do kontekstu językowego nawiązał też J. Majewski, twierdząc, że zupełnie bezpodstawnie stosuje się wykładnię zawężającą terminu „środek”, który oznacza „sposób, metodę, radę na coś”, który to termin w tych wielu znaczeniach powszechnie jest używany. Redukcja pojęcia środka do na-

mimo zastosowania przemocy może być efektem wyprowadzania wniosku, że można zamachom sprawcy rozboju kierowanym przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności jednostki nadawać niższą rangę od tej, która wiąże się z realizowanym przez niego zamachem na mienie. A takie wnioski — zdaniem autorki — wyprowadza się niekiedy na podstawie twierdzenia, że zamach sprawcy rozboju na życie, zdrowie lub wolność człowieka jest tylko środkiem prowadzącym go do tego celu, jakim jest zabór cudzych rzeczy, a wiąże się z wprowadzeniem pojęcia „pobocznego dobra prawnego” (s. 19).

<sup>334</sup> J. Wojciechowski: *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*. Warszawa 2002, s. 42.

<sup>335</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne materialne*. Warszawa 1946, s. 316.

<sup>336</sup> T. Bojarski, w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. T. Bojarski. Warszawa 2011, s. 63.

<sup>337</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład...*, s. 203.



rzędzia w sensie urządzenia, przyrządu, instrumentu, a w najlepszym razie do tego, co może być przez sprawcę wykorzystane do realizacji zamiaru popełnienia czynu zabronionego (które oprócz narzędzi, obejmuje zachowania innych osób, zwierząt, zjawiska przyrody itp.), jest bezpodstawna zarówno w świetle dyrektyw językowych, jak i pozajęzykowych<sup>338</sup>. Argumentację taką zdaje się podziela A. Wąsek, chociaż nie od początku. W *Komentarzu* z 1999 r. ubolewał, że nie został uchwalony projekt k.k. z 1990 r., który rozszerzał karalność usiłowania nieudolnego na przypadek użycia przez sprawcę sposobu niezdatnego do popełniania czynu zabronionego (projekt k.k. z 1994 r. z tej propozycji się wycofał), przyznając, że nie wie, dlaczego tak się stało. Twierdził też: „W doktrynie prawa karnego zgłoszono postulat *de lege ferenda* przyjęcia przy usiłowaniu nieudolnym pełnej relewancji błędu (na niekorzyść sprawcy) co do ustawowych znamion czynu zabronionego. Ponieważ wszystkie ustawowe znamiona mają równorzędny charakter, to mechanizm działania błędu co do faktu na korzyść i niekorzyść sprawcy powinien być podobny (reguła pełnej odwracalności błędu co do faktu)”<sup>339</sup>. Dekadę później ten sam autor pisał już: „projekty k.k. z 1990 i z 1994 r. wprowadzały do k.k. trzecią postać usiłowania nieudolnego — użycie sposobu nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego. W późniejszych wersjach projektów k.k. ta trzecia, samodzielna postać usiłowania nieudolnego już się nie pojawiła i stąd zabrakło jej w k.k. z 1997 r. Jak się zdaje, w łonie Komisji Kodyfikacyjnej przeważał pogląd, że określenie »środek nienadający się do popełnienia czynu zabronionego« jest wystarczająco pojemne, obejmujące też swym zakresem sposób zachowania sprawcy nienadający się do popełnienia czynu zabronionego”. W przypisie A. Wąsek dodawał „Koryguję tym samym swój poprzedni pogląd, uznający bezkarność *de lege lata* usiłowania nieudolnego ze względu na sposób zachowania sprawcy (wyrażony w: A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1, Gdańsk 1999, s. 200). [...] Aktualny pozostaje postulat *de lege ferenda* rozszerzenia zakresu karalnego usiłowania nieudolnego”<sup>340</sup>. Pogląd ten podzielił Z. Jędrzejewski, zastrzegając, że uznanie, że niezdatny sposób mieści się w pojęciu niezdatny środek nie oznacza, że *in concreto* niezdatny sposób przesądza o nieudolności usiłowania<sup>341</sup>. Szerokie rozumienie pojęcia „środek” widoczne jest również w orzeczeniach SN. I tak w wyroku z 2002 r. SN skonstatował: „określenie »środek nienadający się do popełnienia czynu zabronionego«, użyte w art. 13 § 2 k.k., odnosi się do cało-

<sup>338</sup> J. Majewski: *O różnicy i granicy...*, s. 42—45. Nieco dalej jednak autor ten pisze — w kontekście używania cudzej karty bankomatowej bez znajomości kodu PIN w celu podjęcia pieniędzy z bankomatu — że „niezdatności użytego środka nie należy mylić z niewłaściwym, niewprawnym czy nieskutecznym użyciem środka”, uznając, że jest to wypadek usiłowania udolnego.

<sup>339</sup> A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. (art. 1—31)..., s. 200.

<sup>340</sup> A. Wąsek: *Glosa do wyroku SN z 11.09.2002, V KKN 9/0*. OSP 2003, 7—8, poz. 103.

<sup>341</sup> Z. Jędrzejewski: *Granice karalności usiłowania nieudolnego...*, s. 76.

kształtu warunków charakteryzujących sposób działania sprawcy, ukierunkowanego na dokonanie takiego czynu<sup>342</sup>. Z kolei zdaniem K. Daszkiewicz, to prawdopodobnie krytyka wprowadzonych rozwiązań w przepisie art. 13 § 2 projektu spowodowała, że ostatecznie zrezygnowano z takiego **poszerzenia** usiłowania nieudolnego. I chociaż jej zdaniem problem kontrowersyjny pozostał, to jednak pominięcie w art. 13 § 2 usiłowania nieudolnego ze względu na stosowanie przez sprawcę przestępstwa takiego sposobu, który nie daje szans na jego pełną realizację, nie wiąże się z pytaniem, czy on w ogóle podlega odpowiedzialności karnej, lecz czy mamy do czynienia z usiłowaniem udolnym czy nieudolnym<sup>343</sup>. Rzeczywiście, jak przyznają P. Kardas oraz M. Rodzynkiewicz, to Prezydium Komisji ds. Reformy Prawa Karnego w ramach jednej z autopoprawek skreśliło z określenia usiłowania nieudolnego użycie nieadekwatnego sposobu. Był to bowiem zabieg nietrafny w opinii sędziów i prokuratorów, a — jak komentują wyniki tych badań autorzy — rozszerzenie określenia usiłowania nieudolnego jest równoznaczne z zawężeniem udolności usiłowania w rozumieniu projektu k.k.<sup>344</sup> W ten sposób wracamy niejako do podstawowego pytania, nie o relację między terminami „środek” i „sposób”, ale o ocenę możliwości dokonania. W podobny sposób wypowiedział się A. Zoll, prezentując własną, dość oryginalną, koncepcję. Według niego, prawidłowa odpowiedź na pytanie, czy niezdatny sposób mieści się w ramach zakreślonych przez przepis art. 13 § 1, czy wchodzi zakres „użytego” środka w znaczeniu przewidzianym w przepisie art. 13 § 2, czy też jest cechą bezkarnego usiłowania nieudolnego, opiera się na stopniu „niezdatności” sposobu. Zdaniem tego autora, brak realnego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego ze względu na sposób działania sprawcy oznacza, że nie można przyjąć usiłowania udolnego, natomiast realne niebezpieczeństwo pozwala uznać takie zachowanie za usiłowanie udolne. Jednocześnie A. Zoll poddaje krytyce orzeczenie SN, w którym ten niedopuszczalnie rozszerza wyjątkową karalność usiłowania nieudolnego. Bezwzględnie „niezdatny” sposób użyty przy realizacji zamierzonego czynu zabronionego powinien prowadzić, zgodnie z wolą ustawodawcy — zastrzega A. Zoll — do przyjęcia bezkarnego usiłowania nieudolnego<sup>345</sup>. Ostatecznie A. Zoll przyznał rację J. Ra-

<sup>342</sup> Wyrok SN z dn. 11.09.2002 r., V KKN 9/01. OSNKW 2002, 11—12, poz. 102.

<sup>343</sup> K. Daszkiewicz: *Usiłowanie nieudolne...*, s. 11—12. J. Raglewski zauważa, że istotny wpływ na zaniechanie zmiany treści przepisu art. 13 § 2 mogła mieć również opinia wyrażona przez K. Daszkiewicz, zdaniem której proponowane rozwiązanie w praktyce skutkowałoby szczególnym uprzywilejowaniem sprawców, którzy popełniając przestępstwo, wykazali brak profesjonalizmu — J. Raglewski: *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego...*, s. 38.

<sup>344</sup> P. Kardas, M. Rodzynkiewicz: *Projekt kodeksu karnego w świetle opinii sądów i prokuratur (część pierwsza — zasady odpowiedzialności karnej, formy popełnienia przestępstwa)*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1995, 2(194), s. 51.

<sup>345</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. A. Zoll. Kraków 2004, s. 255.

glewskiemu, który twierdził: „Skoro w obowiązującej regulacji usiłowania nieudolnego mowa jest o użyciu nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego środka (a nie o niewłaściwym użyciu środka!), to nie można »tylnymi drzwiami« wprowadzać do przesłanek warunkujących przyjęcie karalności usiłowania nieudolnego sposobu działania sprawcy. Niezdatność środka do dokonania czynu zabronionego należy oceniać wyłącznie przez pryzmat jego właściwości”<sup>346</sup>. Wydaje się, że stanowisku tego autora poświęcić należy nieco więcej uwagi. Pisze on co prawda, że opowiada się za szerokim rozumieniem omawianego sformułowania, nie znajdując w szczególności uzasadnienia zawężania go wyłącznie do przedmiotów, jednak mając — jak się wydaje — na uwadze to, czym sprawca się posługuje, a może to być zarówno twór materialny, jak i niematerialny (np. słowo, gest), zadaje pytanie, jakiej należy dokonać kwalifikacji prawnej czynu, gdy niemożność dokonania wynika z tego, że sprawca w ogóle nie użył środka, wskazując jako przykład stan faktyczny będący przedmiotem jednego z orzeczeń SN. W sprawie rozpoznanej przez SN sprawca, po dostaniu się do wagonu kolejowego, nie zabiera znajdujących się tam przedmiotów, ponieważ nie ma siły, aby tak duże i ciężkie sprzęty samodzielnie wynieść. Zdaniem J. Raglewskiego, regulacja art. 13 § 2 nie odnosi się do takiego wypadku, chociaż — jak przyznaje — trudno mu wskazać *ratio legis* takiego rozstrzygnięcia; ze względów polityczno-kryminalnych trudno mu również zaakceptować przyjęcie usiłowania nieudolnego niekaralnego<sup>347</sup>. Wydaje się jednak, że skoro autor ten stoi na stanowisku szerokiego rozumienia pojęcia „środek”, to nie ma żadnych przeszkód ku temu, aby ludzkie mięśnie zaliczyć do kategorii „środka”. J. Raglewski przytacza także stanowisko A. Wąska, który przekonuje, że wypadki, w których sprawca nie dysponuje środkiem nadającym się do dokonania czynu zabronionego, należy kwalifikować tak samo, jak użycie przez niego nienadającego się do dokonania czynu zabronionego środka<sup>348</sup>, uważa jednak, że *de lege lata* nie można tego przyjąć. J. Raglewski ostatecznie proponuje zupełnie nowe rozwiązanie problemu kształtu usiłowania nieudolnego. Przede wszystkim zauważa, że z treści przepisu art. 13 § 1 wcale nie wynika wymóg możliwości dokonania czynu. Wymóg taki wprowadzamy dopiero, odwołując się do treści art. 13 § 2, przez wnioskowanie *a contrario*. Zatem, zdaniem tego autora, przepis określający usiłowanie nieudolne jedynie pozornie rozszerza formułę usiłowania na przypadki, w których dokonanie czynu zabronionego jest niemożliwe z uwagi na brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim czynu zabronionego, bądź też użycia nienadającego się do tego środka. Jako

<sup>346</sup> J. Raglewski: *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego...*, s. 43, cyt. za: A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 264.

<sup>347</sup> J. Raglewski: *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego...*, s. 42—44.

<sup>348</sup> A. Wąsek: *Z problematyki usiłowania nieudolnego...*, s. 82, za: J. Raglewski: *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego...*, s. 44—45.

argument przywołuje J. Raglewski prezentowane w piśmiennictwie zapatrywanie, że „usiłowanie nieudolne jest odmianą usiłowania i w związku z tym musi wyczerpywać wszystkie znamiona usiłowania”<sup>349</sup>. Ostatecznie proponuje on skreślenie art. 13 § 2 połączone ze zmianą treści przepisu art. 14 § 2, który miałby otrzymać brzmienie: „W wypadku, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie czynu zabronionego jest niemożliwe, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia”. Zabieg taki skutkowałby rozszerzeniem odpowiedzialności karnej na przypadki usiłowania nieudolnego, których bezkarność w obowiązującym stanie prawnym jest — zdaniem J. Raglewskiego — trudna do uzasadnienia. Ponadto, zmiana taka pozwoli na urzeczywistnienie zasady pełnej relewancji błędu odnośnie do ustawowych znamion typu czynu zabronionego oraz utnie wątpliwości mające bezpośrednie przełożenie na praktykę<sup>350</sup>. Abstrahując na razie od oceny zasadności rozszerzenia karalności usiłowania nieudolnego, zauważyć należy, że — póki co — nie można mówić o zasadzie pełnej relewancji błędu co do ustawowych znamion — jest to pewien postulat części środowiska, domagającego się swoistej symetrii w prawnokarnych konsekwencjach błędu (inną rzeczą jest, czy rzeczywiście z taką symetrią mielibyśmy do czynienia, i czy jest ona konieczna<sup>351</sup>). Jednakże zróżnicowanie zakresu odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne (możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia) nie zlikwidowałoby wątpliwości związanych z rozgraniczaniem usiłowania udolnego i nieudolnego, a jedynie zlikwidowałoby problem karnoprawnej oceny zachowania sprawcy, którego nieudolność zachowania wynika ze sposobu popełniania czynu zabronionego.

Według *Słownika języka polskiego*, środek to „sposób, metoda, rada na coś”. To jedno z siedmiu podstawowych znaczeń tego pojęcia, które często łączy się frazeologicznie z terminami prawniczymi; mamy więc środki prawne, odwoławcze, karne, zabezpieczające i zapobiegawcze. W takim znaczeniu termin ten został użyty w tytule rozdziału V, VIII i X kodeksu karnego. Jednak inne znaczenie „środka” — według tego samego *Słownika*... to „**to, co ułatwia, umożliwia działanie, osiągnięcie czegoś**”<sup>352</sup>. Wydaje się, że drugie z przytoczonych znaczeń, jako bardziej konkretne, należy uwzględniać przy dokonywaniu wykładni językowej terminu „środek”. Zasadne są spostrzeżenia J. Wnorowskiego, który pisał, że w piśmiennictwie można zaobserwować zamienne używanie po-

<sup>349</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 2. Red. A. Zoll. Kraków 1999, s. 86, za: J. Raglewski: *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego...*, s. 46.

<sup>350</sup> J. Raglewski: *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego...*, s. 44—47. Por też uwagi R. Zawłockiego, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 619—620.

<sup>351</sup> Por. krytyczne uwagi Ł. Pohla, które w pełni podzielam — Ł. Pohl: *Błąd co do okoliczności...*, s. 161—165.

<sup>352</sup> *Słownik języka polskiego*. T. 3..., s. 455—456.

jęć „środka” i „sposobu”. Jego zdaniem, zarówno w doktrynie, jak i w ustawie pojęcie „środka” jako znamienia przestępstwa ujmowane jest na ogół w znaczeniu fizycznym, a więc jako przedmiotu, energii czy też substancji, chociaż — jak przyznaje — czasem pojęcie to zbliża się pod względem znaczeniowym do pojęcia „sposób”. Rozwiązaniem jest tu, według J. Wnorowskiego, dokładna analiza konkretnego przepisu. Jak zaznacza: „poszukując w dyspozycji przepisu znamienia środka, staramy się znaleźć odpowiedź na pytanie, »czy się sprawca posługuje w swoim działaniu?«, »za pomocą czego dokonuje przestępstwa?«. Natomiast z punktu widzenia sposobu działania istotne jest, czy przepis wymaga sprecyzowania, »jak działa?«, »jak używa środka?«<sup>353</sup>. W literaturze podnoszony bywa zarzut, że ograniczenie zakresu terminu „środek” do narzędzi jest niezasadne, o czym przekonuje fakt, że ustawodawca w wielu miejscach posługiwał się i posługuje takim sformułowaniem, zatem gdyby chciał go użyć, z pewnością by to zrobił. Trzeba jednak pamiętać, że środek jest zakresowo szerszym pojęciem niż narzędzie, przedmiot itp.; pozwala to uznać za środek również płyny (z czym były problemy na tle art. 210 k.k. z 1969 r.<sup>354</sup>), ale też ciało ludzkie<sup>355</sup>. W tym znaczeniu ustawodawca używa tego terminu w treści przepisu 16 § 1, wyliczając przykładowe zachowania będące przygotowaniem — **uzyskiwanie i przysposabianie środków**<sup>356</sup>. Jednocześnie warto zauważyć, że kodeks karny niejednokrotnie posługuje się pojęciem „sposób”<sup>357</sup>, zatem gdy

<sup>353</sup> J. Wnorowski: *Sposób działania jako środek identyfikacji sprawcy przestępstwa*. Warszawa 1978, s. 24—25.

<sup>354</sup> Por. np. wyrok SN z 9.09.1978 r., V KR 119/78. LEX 19498 — „Za narzędzie niebezpieczne mogą być uznane, przy określonym sposobie użycia, ciecze żrące czy trujące (np. kwas solny), może nim być także gaz, prąd elektryczny czy nawet sprężone powietrze, jak również chloroform, którego użycie pociąga za sobą potencjalne niebezpieczeństwo dla życia. O tym jednak, czy tego rodzaju »narzędzie« może być uznane — w przeciwieństwie do broni, noża czy innego niebezpiecznego ze względu na swe właściwości przedmiotu — za niebezpieczne w rozumieniu ustawy, decyduje sposób jego użycia, nadający mu — lub nie — cechy narzędzia niebezpiecznego dla życia lub zdrowia ludzkiego, oraz zamiar sprawcy użycia takiego narzędzia w sposób czyniący je niebezpiecznym”. Znamienne jest posłużenie się przez SN terminem „narzędzie” w cudzysłowie.

<sup>355</sup> Wyrok SN z dn. 13.05.1974 r., V KR 107/74. LEX 18871 — „Siła rąk nie może być uznana za niebezpieczne narzędzie w rozumieniu art. 210 § 2 k.k.”.

<sup>356</sup> Por. jednak: Z. Jędrzejewski: *Granice karalności usiłowania nieudolnego...*, s. 76—77. Warto zatem przytoczyć stanowisko E. Kunzego, w myśl którego, środkiem w kontekście przepisu art. 14 § 1 k.k. z 1967 r. jest to, co ze względu na swoje właściwości przedmiotowe, jak i sposób użycia umożliwia lub ułatwia popełnienie określonego przestępstwa — E. Kunze: *Przygotowanie przestępstwa...*, s. 37—40.

<sup>357</sup> Na przykład — art. 153 § 1 (przerwanie ciąży w inny sposób), art. 165 § 1 (działając w inny sposób, sprowadza niebezpieczeństwo), art. 217 (naruszenie nietykalności cielesnej w inny sposób). Szczególnego znaczenia nabiera termin „sposób” w przepisie art. 166 § 2 — ustawodawca bowiem odsyła do ściśle określonych sposobów zachowania sprawcy (podstęp, gwałt na osobie, groźba bezpośredniego użycia takiego gwałtu) wymienionych w § 1.

chce, aby norma odnosiła się do sposobu zachowania, wyraźnie to zaznacza. Znajdziemy też i taką regulację, w której sformułowania „środek” i „sposób” występują obok siebie<sup>358</sup>.

Reasumując, przyjąć należy, że termin „środek”, w szerokim znaczeniu, nie obejmuje swoim zakresem pojęcia „sposób”. Zatem jeżeli uznać zasadność karalności usiłowania nieudolnego ze względu na sposób zachowania sprawcy, to należy „odrębnie” taką postać wprowadzić do treści przepisu art. 13 § 2, tak jak to miało miejsce w projektach k.k. Nie ulega jednak wątpliwości, że *de lege lata* będą takie elementy czynu człowieka w konkretnym stanie faktycznym, co do których będziemy mieć wątpliwości, czy stanowią one środek, czy sposób postępowania. A rozstrzygnięcie tych wątpliwości ma istotne znaczenie z tego względu, że przyjęcie stanowiska, że chodzi o środek łączy się z odpowiedzialnością karną, której można uniknąć, wykazując czynny żal — przyjęcie poglądu, że jest to sposób zwalniania „sprawcy” od odpowiedzialności karnej (o ile uznamy, że jest to usiłowanie nieudolne niekaralne), a wykazanie czynnego żalu jest prawnie irrelevantne<sup>359</sup>.

Ostatnią uwagę w związku z „brakiem środka nadającego się do popełnienia nim czynu zabronionego” poczynić należy na tle poglądu prezentowanego przez Ł. Pohla, który pisze, że „drugim powodem nieudolności jest brak środka nadającego się do popełnienia nim czynu zabronionego. Chodzi tu z pewnością o brak narzędzia umożliwiającego (ułatwiającego) sprawcy dokonanie zamierzonego czynu. Ale odwołując się do słownikowego znaczenia terminu i kontekstu jego użycia, środek to także sposób zachowania się sprawcy”<sup>360</sup>. Wydaje się bowiem, że zbyt pochopnie autor nadaje to samo znaczenie w przypadku instytucji usiłowania nieudolnego narzędziu **umożliwiającemu** dokonanie czynu zabronionego oraz **ułatwiającemu**. Rodzi się bowiem pytanie, czy rzeczywiście w tym drugim przypadku możemy mówić o usiłowaniu nieudolnym.

---

<sup>358</sup> „Art. 280 § 2. Jeżeli sprawca rozboju posługuje się bronią palną [...] lub **środkiem** obezwładniającym albo działa w inny **sposób** bezpośrednio zagrażający życiu [...]”.

<sup>359</sup> Warto jednak zadać pytanie, czy może „sposób” nie jest konstruktywnym elementem udolności. Wadliwy sposób nie odbiera dokonaniu potencjalnej możliwości, mamy zatem do czynienia z usiłowaniem udolnym, ponieważ dokonanie było możliwe. Wydaje się, że nieco w tym duchu wypowiedział się SA w Szczecinie, konstatując, że „jeśli niemożliwość dokonania czynu zabronionego nie jest wynikiem błędu sprawcy co do okoliczności stanowiących znamię typu czynu zabronionego, a za taki błąd nie można traktować braku możliwości dokonania czynu zabronionego przez konkretnego sprawcę, w konkretnych okolicznościach ze względu na brak koniecznych do tego umiejętności czy niedyspozycję w chwili czynu wywołaną np. nietrzeźwością, to nie sposób uznać takiego zachowania za usiłowanie nieudolne zabójstwa, bowiem usiłowania nieudolnego z art. 13 § 2 k.k. nie można utożsamiać z »nieudolnością usiłowania«”. — wyrok SA w Szczecinie z 20.12.2012 r., II AKa 215/12. LEX nr 1237947. Tak też W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 235.

<sup>360</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład...*, s. 203.

Niekaralną postacią usiłowania nieudolnego, bez cienia wątpliwości, jest błąd osoby zmierzającej do dokonania czynu zabronionego co do podmiotu<sup>361</sup>. Już w okresie dyskusji nad kodeksem karnym z 1932 r. wskazywano, że celowe będzie w karalnym usiłowaniu uwzględnienie tylko nieudolności co do środka lub przedmiotu jako bardziej niebezpiecznych niż przypadki błędu co do podmiotu i modalnych okoliczności czynu<sup>362</sup>. W literaturze pojawiają się jednak (stale) propozycje objęcia karalnością także tej postaci usiłowania nieudolnego. Postulat dotyczący jego wprowadzenia już w 1946 r. zgłaszał S. Śliwiński, argumentując, że ówczesny kształt przepisu umożliwiał niektórym kategoriom sprawców „wymykanie się z ram odpowiedzialności karnej”. Proponował, by w kodeksie użyto zwrotu: „zwłaszcza...”<sup>363</sup>. Zdaniem K. Daszkiewicz, propozycja S. Śliwińskiego nie tylko się nie „zestarzała”, ale nawet zyskała na aktualności. Jednym z argumentów wskazywanych przez autorkę jest stale aktualny (mimo nowelizacji i wprowadzenia do tzw. słowniczka — art. 115 — pojęcia „osoby pełniącej funkcję publiczną”) problem właściwej wykładni podmiotu przestępstwa łapownictwa biernego, a co za tym idzie, wytyczenia zakresu kryminalizacji ze względu na podmiot. Jednak — jak zauważa K. Daszkiewicz — problem ten nie tyczy wyłącznie przestępstwa korupcyjnego<sup>364</sup>. Rozszerzenia karalności usiłowania nieudolnego na wszystkie jego postaci domaga się również J. Raglewski, posługując się argumentem pełnej odpowiedniości odwróconego błędu<sup>365</sup>. Wcześniej kwestię tę poruszył W. Wolter, twierdząc, że wszystkie znamiona istoty czynu są równoważne i stanowią *conditio sine qua non* przestępstwa. Skoro więc nieświadomość jakiegokolwiek znamienia

<sup>361</sup> Należy jednak zauważyć, że w literaturze prawa karnego prezentowane są różne stanowiska co do znaczenia błędu „sprawcy” odnośnie do podmiotu. Jak wspomina Z. Jędrzejewski, subiektywiści taką sytuację określają jako usiłowanie nieudolne (aczkolwiek pojawia się problem w uzasadnieniu niekaralności). Zdaniem obiektywistów, błąd co do podmiotu to przestępstwo urojone — Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania nieudolnego...*, s. 70—72. Por. też M. Królikowski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. T. 1. Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 937—938. W. Wolter dodaje, że przyjęcie tezy o przestępstwie urojonym stanowi uzasadnienie jego niekaralności, a zatem nie chodzi o jakieś ograniczenie nieudolnego usiłowania, ale o odseparowanie go od niewątpliwie bezkarnych sytuacji nazywanych przestępstwem urojonym. Autor ten przypomina, że przestępstwo urojone to odpowiednik nieświadomości bezprawności czynu, natomiast usiłowanie nieudolne wiąże się z błędem co do okoliczności istoty czynu. O przestępstwie urojonym możemy mówić wyłącznie wtedy, gdy po stronie sprawcy zajdzie błąd jedynie co do prawnej oceny czynu, a ponadto nie ma mowy o jakimś błędzie co do okoliczności należących do istoty czynu, który musi za sobą pociągnąć i błąd co do oceny prawnej czynu — W. Wolter: *Funkcja błędu...*, s. 103—107.

<sup>362</sup> S. Glaser: *Oplaty sądowe a usiłowanie nieudolne*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1934, 39, za: A. Marek: *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa...*, s. 97.

<sup>363</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne materialne...* s. 313.

<sup>364</sup> K. Daszkiewicz: *Usiłowanie nieudolne...*, s. 8—11.

<sup>365</sup> J. Raglewski: *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego...*, s. 36.

uchyla odpowiedzialność z winy umyślnej, to — rozumując *a contrario*, przekonuje autor — błędne przyjęcie istnienia jakiegokolwiek znamienia powinno prowadzić do odpowiedzialności karnej za usiłowanie (reguła odwróconego błędu)<sup>366</sup>. A. Marek dodaje, że istota usiłowania nieudolnego polega na błędzie co do istnienia jakiegokolwiek znamienia przestępstwa, dlatego sztuczne i sprzeczne z jego istotą jest ograniczenie usiłowania nieudolnego do braku przedmiotu lub środka. Autor ten przypuszcza, że za takim rozwiązaniem stała obawa doprowadzenia do karalności usiłowania nieudolnego czynów zbyt błahych lub przekonanie, że usiłowanie w błędzie co do podmiotu lub okoliczności modalnych czynu jest zawsze mniej niebezpieczne. Twierdzi, że stopień społecznego niebezpieczeństwa mierzymy (gdy brak jest realnej szkody) przede wszystkim stopniem zawinienia, a ten jest niezależny od tego, co do jakiego znamienia istoty czynu sprawca jest w błędzie<sup>367</sup>. Krytyczne stanowisko wobec przytoczonych poglądów zajął A. Zoll. Przywołując zdanie Z. Jędrzejewskiego („jak błąd w postaci nieświadomości raz jest karygodny, innym razem nie, tak urojenie w pewnych przypadkach może chyba prowadzić do odpowiedzialności za usiłowanie, w innych pozostawać bezkarnym”<sup>368</sup>), zauważył, że to argumenty kryminalnopolityczne przesądzają o karalności tylko niektórych wypadków usiłowania nieudolnego (podobnie jak o decyzji co do karalności czynów charakteryzujących się nieumyślnością)<sup>369</sup>. Dodać jednak należy, że Z. Jędrzejewski, pisząc o swoistej odwrotnej symetrii między bezprawiem usiłowania i bezprawiem nieumyślnym, zaznaczał, że nie należy jej rozumieć formalno-logicznie, tak jak to czynią zwolennicy tzw. wniosku odwrotnego z przepisu o błędzie, albowiem bezprawie w obu przypadkach składa się z dodatkowych komponentów kształtujących to bezprawie. Zatem Z. Jędrzejewski uważa za nietrafne i nieuzasadnione propozycje rozciągnięcia w polskim k.k. konstrukcji usiłowania nieudolnego na wszystkie przypadki urojenia znamienia czynu zabronionego. Sytuacje urojenia znamion czasu, miejsca, sytuacji czy znamion podmiotu przestępstw indywidualnych albo nie wykazują — według autora — minimalnego stopnia bezprawia i ich ujemność musiałaby wynikać jedynie ze strony motywacyjnej (co — jak podkreśla — jest całkowicie nie do przyjęcia), albo ich ujemność jest skrajnie peryferyjna i z tego powodu nie ma dostatecznych kryminalno-politycznych powodów do stosowania represji karnej<sup>370</sup>. Zdaniem M. Kuli, niekaralność przypadków urojenia właściwości podmiotu, miejsca, czasu i sytuacji to niekonsekwen-

<sup>366</sup> W. Wolter: *Funkcja błędu...*, s. 95 i nast.

<sup>367</sup> A. Marek: *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa...*, s. 102.

<sup>368</sup> Z. Jędrzejewski: *Bezprawie usiłowania nieudolnego...*, s. 161.

<sup>369</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX. T. 1. Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 262—263.

<sup>370</sup> Z. Jędrzejewski: *Granice karalności usiłowania nieudolnego...*, s. 70—71.



cja ustawodawcy<sup>371</sup>. Ostatnio głos w tej dyskusji zabrał M. Berent. Zgłaszając postulat pełnej relewancji błędu przy usiłowaniu nieudolnym, wskazał pięć argumentów uzasadniających takie podejście, podsumowując niejako dotychczasowy dyskurs. Zdaniem tego autora: 1) jeśli błędy mogą skazać różne elementy rzeczywistości, a jednak wywołują ten sam skutek, to pożądane byłoby, aby wywoływały ten sam skutek prawny; 2) konieczność limitowania prawnie relewantnych błędów naraża na stwarzanie błędnego katalogu zamkniętego; 3) niewłaściwe jest założenie, że błąd np. co do znamion modalnych zasługuje zawsze na większą pobłażliwość niż np. błąd co do przedmiotu; 4) wszelkie znamiona należące do istoty czynu winny być traktowane jednako doniośle; 5) konsekwentnie przyjąć należy pełną relewancję odwrócenia błędu z art. 28 § 1, a ponadto tworzenie „wyjątku od wyjątku” (zasadą jest działanie błędu na korzyść sprawcy, usiłowanie nieudolne jest wyłomem od tej zasady) nie sprzyja spójności systemu prawa karnego. M. Berent postuluje zatem poszerzenie granic karalności usiłowania nieudolnego przez wprowadzenie formuły „w szczególności”. Natomiast na skrajne przypadki, zdaniem autora, które w indywidualnej sytuacji nie zasługiwałyby na ujemną ocenę, można by spojrzeć przez pryzmat przepisu art. 1 § 2<sup>372</sup>. Nie podzielając poglądu o konieczności pełnej relewancji błędu przy usiłowaniu nieudolnym, wskazać przede wszystkim należy, że o równowadze znamion ustawowych można mówić jedynie w sensie logicznym, natomiast nie ma przeszkód ku temu, aby nadać im **różną wartość „społeczną”**, wpływającą na ostateczną ocenę czynu (w tym i na decyzję o kryminalizacji). Ponadto problem nie w tym, czy błąd działa na korzyść sprawcy, czy nie i na ile w różnych „odmianach” ich karnoprawne znaczenie ma być symetryczne<sup>373</sup>. Przepis art. 28 § 1 dotyczy sytuacji, gdy sprawca nie ma zamiaru popełnić czynu zabronionego, jednak na skutek błędu popełnia czyn zabroniony. Przepis art. 13 (zarówno w § 1 i 2) reguluje sytuację, gdy sprawca ma zamiar popełnienia czynu zabronionego, ale go nie dokonuje, działając w — błędnym — przekonaniu, że dokonanie jest możliwe<sup>374</sup>. Z tej perspektywy przesłanki kryminalnopolityczne przemawiające za ograniczeniem kryminalizacji usiłowania nieudolnego należy uznać za całkowicie wystarczające. Nie jestem również pewna, czy w przypadku pełnej

<sup>371</sup> M. Kula: *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności za usiłowanie przestępstwa w kodeksie karnym z 1932 r.* „Studenckie Zeszyty Prawnicze TBSP UJ” 2003, 9—10, s. 104.

<sup>372</sup> M. Berent: *O błędzie przy usiłowaniu nieudolnym...*, s. 68—74.

<sup>373</sup> Ostatnio zbyt chyba przecenia się symetrię w prawie karnym. Zob. K. Banasik: *Typ uprzywilejowany czynu zabronionego.* „Prokuratura i Prawo” 2013, 9, s. 46. Autorka podnosi, zastrzegając, że nie jest to argument rozstrzygający, że nie ma typów kwalifikowanych o charakterze „wypadków większej wagi”, zatem typ uprzywilejowany musi zawierać w swym opisie znamię odrębne od znamion statuujących typ podstawowy (czego brakuje w sytuacji posłużenia się klauzulą generalną w postaci „wypadku mniejszej wagi”).

<sup>374</sup> Na podstawie tej prawidłowości Ł. Pohl konstruuje nawet test zamiaru — Ł. Pohl: *Błąd co do okoliczności...*, s. 164—165.

relewancji błędu w przepisie art. 13 § 2 ocena dokonywana przez pryzmat art. 1 § 2 umożliwiłaby zawsze właściwą korekturę, i czy kryteria (lub przedmiot oceny) wymienione w przepisie art. 115 § 2 rzeczywiście na to pozwalają. Sceptycznie też należy się odnieść do propozycji poszerzania kryminalizacji usiłowania nieudolnego przez takie modyfikowanie przepisu, który wskazywałby jedynie przykładowo pewne postaci. Taka konstrukcja („w szczególności”) w prawie karnym winna być — jak się wydaje — stosowana zupełnie wyjątkowo.

Swoistym podsumowaniem tej części rozważań stać się może teza prezentowana przez H.J. Hirscha. Według niego, pod względem merytorycznym nie jest trafne rozróżnienie między usiłowaniem udolnym a nieudolnym, lecz należy dokonywać rozróżnienia między usiłowaniem niebezpiecznym i bezpiecznym (usiłowaniem właściwym i usiłowaniem niewłaściwym). Do tych właściwych, zdaniem H.J. Hirscha, należałyby oprócz usiłowania udolnego również przypadki dotyczące usiłowania zwyczajowo nieudolnego, w których realizacja decyzji o dokonaniu czynu uwidacznia się w zachowaniu, które w odniesieniu do urzeczywistnienia znamion czynu przestępczego (z perspektywy *ex ante*) jawi się jako obiektywnie niebezpieczne. W przypadku „niewłaściwego” usiłowania, tzn. działania również z perspektywy *ex ante* bezpiecznego, mamy do czynienia z czymś rodzajowo i znaczeniowo odmiennym, dlatego niewłaściwe usiłowanie musi być wyraźnie odgraniczone od usiłowania właściwego i nie może być określane oraz klasyfikowane jako usiłowanie przestępstwa. Jak podkreśla wymieniony autor, w przypadku usiłowania występuje tylko jedna podstawa karygodności, a mianowicie ta dla usiłowania właściwego. Przypadki usiłowania niewłaściwego w ogóle nie podlegają prawu karnemu, ponieważ ich karanie odwołuje się do zasady prawa karnego nastawienia, zatem jest nie do pogodzenia z obowiązującym prawem karnym. H.J. Hirsch zadaje także pytanie, czy art. 13 § 2 i art. 14 polskiego k.k. *de lege lata* przeciwstawiają się takiej interpretacji, czy też jej zmiana jest możliwa tylko *de lege ferenda*. I wyjaśnia: „Przewidziany w art. 13 § 2 polskiego k.k. przepis dałoby się również zinterpretować w sposób zawężający. Można mianowicie — odwołując się do rozważań dotyczących art. 13 § 1 — dokonać takiej jego wykładni, z której wynikałoby, że konieczne jest działanie postrzegane z perspektywy osoby działającej jako konkretnie niebezpieczne. W przypadku takiej interpretacji nie chodzi jednak o to, że wbrew art. 13 § 2 przypadki tzw. nieudolnego usiłowania powinny zostać całkowicie wyeliminowane. Rzecz natomiast w tym, aby wydzielić działania *ex ante* bezpieczne. Na przeszkodzie temu nie stoi również art. 14 polskiego k.k. Zakłada on bowiem występowanie znamion usiłowania, a zatem także przy węższym pojęciu usiłowania pozostaje mu pewien zakres zastosowania, a mianowicie stworzenie możliwości złagodzenia w przypadku znikomego bezprawia. Przepis ten dotyczy przypadków usiłowania, w których istnieje wprawdzie dostrzegane

*ex ante* niebezpieczeństwo, jednak konkretny czyn — uwzględniając całkowitą nieudolność przedmiotu lub środka — jawi się tylko jako lekkie bezprawie<sup>375</sup>.

Oczywistą konsekwencją jest, że niekaralne, nieudolne usiłowanie nie wymaga dla swej bezkarności czynnego żalu, zatem zachowanie sprawcy wykazujące „czynny żal” jest prawnie irrelewantne. Gdyby jednak ustawodawca zdecydował się w przyszłości na kryminalizację dzisiejszych niekaralnych zachowań wykazujących cechy usiłowania nieudolnego, wówczas sprawca będzie mógł skorzystać z konsekwencji czynnego żalu na zasadach ogólnych.

W literaturze przedmiotu zgodnie prezentowana jest teza, że „sprawca”, który dopuszcza się tzw. **usiłowania nierealnego** (opartego na rażącym błędzie co do praw przyrody lub zabobonie) nie powinien być za to pociągany do odpowiedzialności karnej. Dlatego nie będzie karalnym usiłowaniem nieudolnym, jeśli sprawca wbija w fotografię drugiej osoby gwoździe w przekonaniu, że to spowoduje jej zgon<sup>376</sup>. Jak przekonuje Ł. Pohl, posługiwanie się całkowicie nieracjonalnym sposobem jest niekaralnym usiłowaniem nieudolnym, ponieważ nie jest ono obiektywnym bezpośrednim zmierzaniem do dokonania czynu zabronionego<sup>377</sup>. Przypomnieć zatem należy, że w k.k. z 1932 r. istniał przepis stanowiący, że „Nie odpowiada za usiłowanie, kto tylko z powodu zabobonu lub ciemnoty wierzył w skuteczność swego działania” (art. 23 § 3). J. Makarewicz zaznaczał, że „prawdopodobieństwo skazania za usiłowanie tego rodzaju jest niewielkie nawet bez ustawowego przepisu; nie mniej atoli wskazaniem jest usunąć wszelką w tym względzie wątpliwość, skoro czynią to nawet kodyfikacje stojące na stanowisku »początku wykonania«”<sup>378</sup>. W 1965 r., a więc w czasie obowiązywania kodeksu karnego z 1932 r., W. Wolter uważał, że **co do potrzeby takiego ujęcia nie ma sporu**, różnice zachodzą jedynie w uzasadnieniu i w sformułowaniu tego ograniczenia<sup>379</sup>. A. Marek za słuszną uważał propozycję zastąpienia kryterium ciemnoty i zabobonu, jako granicy karalności zawartej w k.k. z 1932 r., przez kryterium „nieznajomość praw przyrody”. Jak pisał wspomniany autor, „jest to kryterium współczesne, jako że w dzisiejszym

<sup>375</sup> H.J. Hirsch: *Problematyka regulacji nieudolnego usiłowania w polskim i niemieckim kodeksie karnym*. W: *Przestępstwo — kara — polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*. Red. J. Giezek. Kraków 2006, s. 277.

<sup>376</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 235.

<sup>377</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład...*, s. 203.

<sup>378</sup> *Protokoły Komisji Kodyfikacyjnej RP. Wydział Karny*. T. 1, z. 1, s. 121—122, cyt. za: R. Zawłocki: *Ile nieudolności w usiłowaniu nieudolnym*. W: *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*. Red. V. Konarska-Wrzosek. Warszawa 2010, s. 234.

<sup>379</sup> W. Wolter: *Funkcja błędu...*, s. 107.

społeczeństwie ciemnota i zabobon ulegają eliminacji<sup>380</sup>. Ostatecznie jednak projektodawca zrezygnował z takiej regulacji, uzasadniając: „Projekt eliminuje całkowicie instytucję usiłowania nierealnego, opartego na »zabobonie lub ciemnocie«, nie w tej oczywiście myśli, aby się chciało karać tego rodzaju czyny jako usiłowanie nieudolne, lecz wychodząc z założenia, iż wypadki całkowitego obskurantyzmu są u nas obecnie nieaktualne, a sporadyczne casusy znajdują prawidłowe rozwiązanie na gruncie materialnego określenia przestępstwa (art. 26)<sup>381</sup>. W projekcie k.k. z 1993 r. wśród przesłanek usiłowania nieudolnego wyraźnie wskazano (obok braku przedmiotu i właściwego środka) użycie sposobu nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego. W uzasadnieniu zastrzeżono jednak, że „Przez sposób działania, o którym mowa w art. 13 § 2, nie należy rozumieć sposobu irracjonalnego, absolutnie niezdatnego do wywołania skutku. Wedle zamierzeń projektodawców, zachowanie oparte na irracjonalnych przesłankach zmierzające do osiągnięcia założonego celu należy uznać za bezkarne, gdyż ze swej istoty nie może ono zagrozić dobru prawnemu<sup>382</sup>. Wydaje się, że takie uzasadnienie jest zbyt powierzchowne i nie oddaje należycie różnicy między karalnym usiłowaniem nieudolnym a tzw. usiłowaniem nierealnym. Ponadto, mimo ostatecznego braku, wśród przesłanek karalnego usiłowania nieudolnego niewłaściwego sposobu rozróżnić należy nierealne usiłowanie ze względu na użyty przez sprawcę środek oraz nierealne usiłowanie ze względu na użyty przez sprawcę sposób. Chociaż obie postacie usiłowania są bezkarne, uzasadnienie tej bezkarności opierać się może na innej argumentacji.

J. Majewski, dokonując przeglądu prezentowanych w polskiej doktrynie stanowisk uzasadniających brak pociągania do odpowiedzialności karnej sprawcy usiłowania nierealnego, wyróżnił kilka ich grup. Do pierwszej grupy zaliczył poglądy, w myśl których, przyjmuje się, że *de lege lata* takie zachowania nie są objęte kryminalizacją, ponieważ w takim przypadku brak ataku na dobro prawne, lub że mamy do czynienia z nieudolnością ze względu na niezdatność sposobu działania, która nie mieści się w zakres zastosowania art. 13 § 2. Kolejna grupa autorów uważa, że w wypadkach usiłowania nierealnego formalnie chodzi o przejawy karalnego usiłowania nieudolnego, tyle tylko, że w ich ocenie nie spełniają one warunku karygodności (art. 1 § 2) względnie zasługują na zastosowanie instytucji odstąpienia od wymierzenia kary przewidzianej w art. 14 § 2<sup>383</sup>.

<sup>380</sup> A. Marek: *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa...*, s. 102.

<sup>381</sup> *Uzasadnienie Projektu kodeksu karnego...*, s. 14—15.

<sup>382</sup> *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 1994, 3 [wkładka].

<sup>383</sup> J. Majewski: *O (braku) karalności usiłowań „nierealnych”, „absolutnie nieudolnych” i im pochodnych*. W: *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*. Red. Ł. Poh1. Poznań 2009, s. 353. Na przykład A. Wąsek przedstawił koncepcję eliminowania usiłowań nierealnych spośród możliwych usiłowań nieudolnych przy użyciu materialnej definicji przestępstwa — A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. (art. 1—31)..., s. 1099, teza 32 oraz s. 205, teza 50.

Według R. Zawłockiego, współcześnie tzw. usiłowanie nierealne negatywnie definiuje karalne usiłowanie nieudolne. Zauważa on jednak, że usiłowanie nierealne nie jest ujmowane jednolicie, jakkolwiek powszechnie odnosi się je do przepisu art. 23 § 3 k.k. z 1932 r. Powszechny również, jak przypuszcza R. Zawłocki, jest pogląd, że usiłowanie to nie wymaga już normatywnej regulacji, gdyż odnosi się do zachowania, które bezspornie nie może być karalne. Wspomniany autor przypuszcza także, że pod pojęciem usiłowania nierealnego kryją się niejednolite zachowania, obejmujące całe spektrum różnych rodzajowo czynów na pograniczu przestępstwa urojonego oraz karalnego usiłowania nieudolnego. Wśród nich, jak zaznacza autor, na szczególną uwagę zasługują czyny związane z tzw. usiłowaniem bezwzględnie nieudolnym, gdyż to one rozgraniczają karalne usiłowanie nieudolne od zachowań niekaralnych. R. Zawłocki podkreśla także „gradacyjny” charakter usiłowania bezwzględnie nieudolnego, zarówno na płaszczyźnie ilościowej, jak i jakościowej<sup>384</sup>.

Zdaniem W. Woltera, właściwa wskazówka kryje się w odróżnieniu błędu ontologicznego i nomologicznego<sup>385</sup>, przy czym pierwszy uzasadnia odpowiedzialność, a drugi nie. Działanie, pisze autor, aby było skuteczne, musi opierać się na prawach rządzących światem materialnym; musi być wykorzystaniem podstawowego prawa związanego z ruchem materii, jakim jest prawo przyczynowości. Kto nie przez to materialne prawo przyczynowości — kontynuuje autor — usiłuje wywołać skutek, ten nie działa w sferze materialnego świata, a jego działanie ma charakter symboliczny, ale nie realny; usiłowanie zaś nawet nieudolne musi obracać się w kręgu działań realnych<sup>386</sup>.

Poszukując uzasadnienia bezkarności usiłowania nierealnego, J. Majewski wskazuje, że w tym przypadku przedmiotem „zamiaru” sprawcy jest zachowanie się, które nie urzeczywistnia przedmiotowych znamion żadnego typu czynu zabronionego; w przypadku usiłowania nieudolnego nie ma żadnych podstaw ku temu, aby sprawcy przypisywać zamiar popełnienia czynu zabronionego<sup>387</sup>. Podobnie Z. Jędrzejewski wskazuje, że kwestia zakresu karalności usiłowania nieudolnego powinna zostać rozstrzygnięta na podstawie przyjętej formuły subiektywnie zabarwionego bezprawia. Dalej uzupełnia, nawiązując do definicji zamiaru, że zamiar w płaszczyźnie bezprawia musi się charakteryzować przede

<sup>384</sup> R. Zawłocki: *Ile nieudolności w usiłowaniu nieudolnym...*, s. 232—234.

<sup>385</sup> Przy błędzie ontologicznym sprawca myli się co do okoliczności warunkujących przebieg związku przyczynowego (np. myśli, że podaje arsenik, a w rzeczywistości podaje cukier); błąd nomologiczny zachodzi wtedy, gdy sprawca nie myli się co do istnienia takich okoliczności (np. wie, że podaje cukier), lecz błędnie ocenia ich kauzalne znaczenie (uważa, że cukier ma właściwości trujące) — Z. Jędrzejewski: *Granice karalności usiłowania nieudolnego...*, s. 68.

<sup>386</sup> W. Wolter: *Funkcja błędu...*, s. 107, 109; por. też nieco inaczej — Z. Jędrzejewski: *Granice karalności usiłowania nieudolnego...*, s. 68.

<sup>387</sup> J. Majewski: *O różnicy i granicy...*, s. 48—50 oraz Idem: *O (braku) karalności...*, s. 356.

wszystkim pewną „zdolnością realizacyjną”, kierunkową „niebezpiecznością” zrealizowania założonego czynu zabronionego, choćby nawet samo zachowanie nie było konkretnie niebezpieczne. W przeciwnym razie funkcjonują tylko elementy motywacyjne i zachowanie nie może być przedmiotem karnoprawnej oceny<sup>388</sup>. W ocenie R. Zawłockiego, przywołane poglądy opierają się na założeniu, że zamiar popełnienia czynu zabronionego można podzielić na „udolny” i „nieudolny” (a w ramach tego ostatniego — karalny i niekaralny). Kryterium tego rozróżnienia miałyby być obiektywne wzorce staranności, czy też dobrej roboty (przywołany przez Z. Jędrzejewskiego). Jednak zdaniem R. Zawłockiego, zamiar nigdy nie jest karalny, a o rzeczywistym zamiarze (woli) sprawcy nie decydują okoliczności obiektywne, których on sobie nie uświadamia. Szeroka analiza przeprowadzona przez autora doprowadziła go do wniosku, że o bezwzględnej nieudolności niekaralnego usiłowania nieudolnego (nierealnego) decyduje nie nieudolny zamiar czy też środek, lecz nieudolny sposób w odniesieniu do indywidualnych przypadków. Autor zastrzega jednocześnie, że odniesienie „środka” do „sposobu” nie polega na tym, że pierwsze pojęcie obejmuje swym zakresem drugie; nie ma też mowy o wprowadzeniu do konstrukcji art. 13 § 2 nowego określenia, ani o wykładni rozszerzającej pojęcie „środek”. Jak wskazuje R. Zawłocki, chodzi „o przypisanie temu pojęciu właściwego ontologicznie (funkcjonalnego) znaczenia. Błąd sprawcy nie będzie więc błędem co do sposobu, lecz nadal co do środka. Nie zachodzi więc tutaj niebezpieczeństwo nieodpowiedniego ograniczenia zastosowania konstrukcji usiłowania nieudolnego”. Ostatecznie jednak autor ten konkluduje, że subiektywistyczny „rodowód” usiłowania nieudolnego w XXI w. musi budzić ogromne zdziwienie; a brak możliwości wskazania czytelnej granicy karalności za czyny zabronione staje się argumentem na rzecz wyeliminowania lub istotnego ograniczenia zastosowania tej konstrukcji w polskim prawie karnym (np. w sposób podobny do uregulowania usiłowania udolnego w prawie karnym skarbowym)<sup>389</sup>. Odmienny pogląd prezentuje P.D. Zakrzewski. Jego zdaniem, konstrukcja tzw. usiłowania bezwzględnie nieudolnego wyznacza zachowania, które nie stanowią naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym, a co za tym idzie, nie realizują żadnej z form stadialnych typów czynów zabronionych, z którymi ustawa karna wiąże konsekwencje prawne. Niezrealizowanie bowiem przesłanki „bezpośredniego zmierzania” nie pozwala na zakwalifikowanie tzw. nierealnego usiłowania jako usiłowania nieudolnego<sup>390</sup>. Rodzi się jednak pytanie, czy wskazana przez P.D. Zakrzewskiego cecha nie odnosi się do usiłowania nieudolnego w ogóle.

<sup>388</sup> Z. Jędrzejewski: *Granice karalności usiłowania nieudolnego...*, s. 77.

<sup>389</sup> R. Zawłocki: *Ile nieudolności w usiłowaniu nieudolnym...*, s. 236.

<sup>390</sup> P.D. Zakrzewski: *Przesłanka „bezpośredniości zmierzania”...*, s. 89.

## 5. Usiłowanie kwalifikowane

Literatura przedmiotu raczej niewielką uwagę przykłada do tzw. usiłowania kwalifikowanego. Niemniej precyzyjne jego zdefiniowanie oraz określenie przesłanek warunkujących przyjęcie usiłowania kwalifikowanego ma olbrzymie znaczenie zarówno dla odpowiedzialności karnej za samo usiłowanie, jak i dla kształtu i konsekwencji czynnego żalu. Jednocześnie należy zauważyć, że jest to konstrukcja, po którą najchętniej sięga się w przypadku wykazania przez sprawcę czynnego żalu, o wiele rzadziej przy usiłowaniu zatamowanym.

„Usiłowanie kwalifikowane” nie jest pojęciem normatywnym, jego nazwa, kształt, a nawet prawnokarne konsekwencje w dużej mierze opierają się na ustaleniach poczynionych w doktrynie oraz przyjętych przez orzecznictwo<sup>391</sup>. Niemniej niektóre konstrukcje polskiego prawa karnego współkształtują tę instytucję — np. regulacje dotyczące zbiegu przepisów, usiłowania (jako takiego) oraz czynnego żalu. S. Pławski pojęcia „usiłowanie kwalifikowane” nie używa w ogóle, pisząc o zboczeniu działania, które ma zachodzić wówczas, gdy ktoś, pragnąc zrealizować swój zamiar przez wywołanie określonej zmiany w świecie zewnętrznym z powodów od niego niezależnych, sprowadza inną zmianę w świecie zewnętrznym niż zamierzona. W związku z tym wyróżnia dwie sytuacje: 1) sprawca dokonał przestępstwa na przedmiocie innym *in specie*, ale tym samym *in genere* (tego samego rodzaju), co nie ma wpływu na kwalifikację prawną czynu, oraz 2) sprawca dokonał przestępstwa na przedmiocie innym *in genere* (co do rodzaju); w tym przypadku sprawca nieumyślnie dokonał jednego przestępstwa, a usiłował dokonać inne przestępstwo. Będzie więc on — zdaniem S. Pławskiego — karany według surowszego przepisu prawa (należy pamiętać, że obowiązywał wtedy k.k. z 1932 r., który przewidywał eliminacyjny zbieg przepisów), popełnił bowiem jeden czyn przestępny, który jednak może być rozpatrywany w kontekście dwóch przepisów prawa, które się wzajemnie nie wykluczają<sup>392</sup>. W. Wolter wskazywał, że „z istoty usiłowania wynika, że czyn w miarę zbliżania się ku dokonaniu może przebiegać przez pewne stadia, które już same dla siebie mogą być kwalifikowane jako dokonanie przestępstwa”. Jego zdaniem, przykładowe zabicie człowieka musi przebiegać przez stadium uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia<sup>393</sup>.

Współczesne akademickie podręczniki prezentują dość lakoniczne definicje usiłowania kwalifikowanego. I tak W. Wróbel i A. Zoll objaśniają, że sprawca usiłujący dokonać czynu zabronionego może „po drodze” tym samym czynem

<sup>391</sup> Ciekawego przeglądu europejskich rozwiązań prawnych w tym zakresie dokonał, wiele lat temu, R. Rogala: *Glosa*. OSPiKA 1976, 11, s. 501—502.

<sup>392</sup> S. Pławski: *Prawo karne (w zarysie)*. T. 2. Warszawa 1966, s. 16.

<sup>393</sup> W. Wolter: *Nauka o przestępstwie...*, s. 275.

zrealizować znamiona innego czynu zabronionego<sup>394</sup>. Z kolei Ł. Pohl wskazuje, że usiłowanie kwalifikowane polega na tym, że sprawca usiłowania tym samym zachowaniem dopuszcza się jeszcze innego czynu zabronionego pod groźbą kary<sup>395</sup>. Podobnie definiuje usiłowanie kwalifikowane A. Marek, dodając, że złożone problemy objęte nazwą usiłowania kwalifikowanego powstają na tle różnic między zamierzonym a spowodowanym skutkiem<sup>396</sup>. G. Rejman usiłowaniem kwalifikowanym nazywa sytuację, w której sprawca, nie osiągając swego zasadniczego zamierzenia, narusza jednak inne przepisy prawa karnego<sup>397</sup> (jak należy rozumieć — części szczególnie). Z kolei SN dla opisu usiłowania kwalifikowanego używa sformułowań: „sprawca, usiłując dokonać przestępstwa, dopuszcza się po drodze jeszcze innego przestępstwa”<sup>398</sup>.

Problemy generowane przez konstrukcję usiłowania kwalifikowanego przekładają się na zagadnienie kwalifikacji prawnej takiego czynu. W 1973 r. SN przyjął odpowiedzialność wyłącznie za usiłowany czyn (a pominął okoliczność, że sprawca usiłując dokonać zabójstwo, spowodował uszczerbek na zdrowiu), argumentując: „przy określaniu szaty prawnej przestępstwa forma przestępstwa postawiona wyżej na drodze przebiegu przestępstwa wypiera formy niższe”, czyli gdy karalne jest przygotowanie do przestępstwa, a dojdzie do usiłowania jego popełnienia, wówczas przygotowanie nie znajduje odbicia w kwalifikacji prawnej czynu, jeśli zaś dochodzi do dokonania przestępstwa, to obie poprzedzające fazy (przygotowanie i usiłowanie) nie znajdują wyrazu w kwalifikacji czynu. Dlatego też zasada wyrażona w art. 10 § 2 k.k. z 1969 r. (dotycząca rozwiązania kwestii rzeczywistego zbiegu przepisów) nie ma zastosowania w razie usiłowania zabójstwa i spowodowania w związku z tym uszkodzenia ciała<sup>399</sup>. Jak słusznie, w głosie krytycznej, zauważył M. Lubelski, błędna jest argumentacja SN o wypieraniu niższych form przestępstwa przez wyższe, gdyż jest to konstrukcja właściwa dla czynów współukaranych uprzednich, którą stosuje się przy wielości czynów. Jednocześnie autor syntetycznie przedstawił prawidłowe rozwiązanie problemu kwalifikacji prawnej w przypadku usiłowania kwalifikowanego. Zauważył, że w takiej sytuacji zawsze mamy do czynienia z jednym czynem, zatem pod rozważę należy wziąć rzeczywisty i pozorny zbieg przepisów. Zakres naruszonych przepisów pozwala, zdaniem autora, na stwierdzenie, że z pewnością nie wyłącza wielości ocen ani zasada specjalności, ani zasada subsydiarności. Ostatecznie nie

<sup>394</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 239.

<sup>395</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład...*, s. 206.

<sup>396</sup> A. Marek: *Prawo karne*. Warszawa 2009, s. 195.

<sup>397</sup> G. Rejman: *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 294.

<sup>398</sup> Por. np. wyrok SN z 16.12.1992 r., II KRN 289/93. OSANKW 1993, 3—4, poz. 19.

<sup>399</sup> Wyrok SN z 9.03.1973 r., II KR 282/72. OSNKW 1973, 12, poz. 156. Podobnie jak wcześniej: wyrok SN z 6.12.1971 r., I KR 253/71. „Biuletyn SN” 1972, 3, poz. 44 oraz wyrok SN z 25.01.1973 r., I KR 323/72. OSNGP 1973, 7.



znajduje też zastosowania zasada konsumpcji, ponieważ — mimo że należy ją stosować tylko w wypadkach, gdy warunkiem koniecznym wyczerpania znamion przepisu pochłaniającego jest wyczerpanie znamion przepisu pochłoniętego — formuła ta nie ma charakteru kategorycznego, a czynnikiem przeważającym szalę na rzecz przyjęcia konkretnego rozstrzygnięcia jest ocena stosunku stopnia społecznego niebezpieczeństwa poszczególnych typów przestępstw. M. Lubelski dochodzi do wniosku, że usiłowanie zabójstwa nie konsumuje spowodowania uszczerbku na zdrowiu, właśnie ze względu na stopień społecznego niebezpieczeństwa tego ostatniego<sup>400</sup>. Dwadzieścia lat później w podobnym stanie faktycznym (usiłowanie zabójstwa i spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu) SN konstatawał: „Ustalenie natomiast, czy działanie oskarżonej wywołało — jako trwały skutek — jeszcze inne ciężkie uszkodzenia ciała w rozumieniu powołanego przepisu kodeksu karnego, nie ma znaczenia w sprawie, gdyż — podobnie jak wywołanie choroby zazwyczaj zagrażającej życiu — skutek ten został wywołany w ramach czynu określonego zamiarem spowodowania śmierci ofiary. Zachodzi więc tutaj pozorny, a nie kumulatywny zbieg przepisów ustawy. Tak więc sprawca czynu popełnionego w zamiarze zabójstwa człowieka, który to sprawca celu nie osiągnął, niezależnie od tego, jaki skutek swoim działaniem wywołał, ponosi odpowiedzialność tylko na podstawie art. 148 § 1 lub 2 k.k. w zw. z art. 11 § 1 k.k.”<sup>401</sup> Zmiana linii orzeczniczej nastąpiła w wyroku z 1992 r. Wtedy to SN stwierdził: „Czyn sprawcy działającego z zamiarem zabójstwa człowieka, który celu tego nie osiąga, lecz powoduje ciężkie obrażenia ciała pokrzywdzonego, ciężką chorobę nieuleczalną lub długotrwałą, chorobę zazwyczaj zagrażającą życiu lub inny skutek wymieniony przez ustawodawcę w treści przepisu art. 155 § 1 k.k., podlega kumulatywnej kwalifikacji prawnej na podstawie art. 11 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. w zb. z art. 155 § 1 pkt 1 lub 2 k.k. (art. 10 § 2 k.k.)”, i zadeklarował, że nie podziela poglądu wyrażonego przez inne składy (np. w wyroku z dn. 9 marca 1973 r. i w wyroku z dn. 21 grudnia 1987 r.). Jednocześnie wyraźnie wskazał, że nie wchodzi również w grę żadna reguła wyłączania wielości ocen, tj. zasada *lex specialis derogat legi generali* ani zasada *lex consumens derogat legi consumptae*. Powołując się na tę ostatnią we wspomnianym wyroku z dn. 21 grudnia 1987 r., SN krytycznie

<sup>400</sup> M. Lubelski: *Glosa do wyroku z dn. 9 marca 1973 r. (II KR 282/72)*. „Nowe Prawo” 1975, 1, s. 152—153. Na marginesie należałoby dodać, że gdyby dosłownie rozumieć tezę SN, to prawidłowa kwalifikacja prawna czynu winna odwoływać się do dokonania uszczerbku na zdrowiu (a nie usiłowania zabójstwa). Chyba, że użyte przez SN sformułowanie: „forma przestępstwa postawiona wyżej na drodze przebiegu przestępstwa wypiera formy niższe”, odnosi się nie do abstrakcyjnego modelu *iter delicti*, ale konkretnego zdarzenia i wtedy — może — dokonanie jest po drodze usiłowania; co oczywiście nie zmienia negatywnej oceny całego przytaczanego orzeczenia.

<sup>401</sup> Wyrok SN z 21.12.1987 r., II KR 292/87. OSNKW 1988, 5—6. LEX 20288.

odniósł się do tego orzeczenia, zarzucając mu, iż nie dostrzega, że czynnikiem decydującym o jej nieprzydatności do analizowanych stanów faktycznych jest przede wszystkim względ na ocenę stopnia społecznego niebezpieczeństwa porównywanych typów przestępstw. SN dodaje, że odwoływanie się do zasady specjalności abstrahowałoby z kolei od tego, że sprawca działający z zamiarem zabójstwa może w ogóle nie spowodować uszczerbku na zdrowiu pokrzywdzonego (sytuacja chybionego ciosu, strzału), a nie każde ciężkie obrażenia ciała (lub inny „równoległy” skutek przewidziany w art. 155 § 1 k.k.) łączy się z zamiarem zabójstwa<sup>402</sup>. Pozytywnie do tego orzeczenia w swych glosach odnieśli się W. Sieracki<sup>403</sup> i P. Księżak<sup>404</sup> (odmiennie R. Zawłocki<sup>405</sup>, chociaż — jak się wydaje — nie co do istoty orzeczenia). Podobne stanowisko prezentowane było w późniejszych publikacjach<sup>406</sup>, coraz wyraźniej jednak podkreślano konieczność precyzyjnego rozróżnienia sytuacji, w których nie „działa” zasada pochłaniania (zachodzi więc rzeczywisty zbieg przepisów), oraz sytuacji, w których zasada pochłaniania znajduje zastosowanie, wobec czego nie ma konieczności sięgania po kumulatywny zbieg przepisów<sup>407</sup>.

Wydaje się, że dla ilustracji warto dokonać krótkiego przeglądu konkretnych, proponowanych przez autorów, „rozstrzygnięć” co do przyjmowania, dokonywania kwalifikacji prawnej usiłowania kwalifikowanego oraz wytyczania zakresu odpowiedzialności karnej. Zaznaczyć należy, że już tu przewijając się będzie wątek czynnego żalu, ponieważ dla wielu usiłowanie kwalifikowane nierozzerwalnie wiąże się właśnie z czynnym żalem. I tak, według S. Śliwińskiego, ustawa powinna przewidywać pełną odpowiedzialność za „resztę” naruszonych przepisów w przypadku skutecznego czynnego żalu przy zabójstwie — należy karać za narażenie<sup>408</sup>. Zdaniem W. Wróbla i A. Zolla, bezkarność związana z czynnym żalem nie rozciąga się na to, co sprawca niejako „po drodze” zrealizował. Tak więc w przypadku usiłowania zabójstwa czynny żal skutkujący obrażeniami ciała powoduje bezkarność za usiłowanie zabójstwa i odpowiedzialność karną za dokonanie obrażenia ciała. Jednak, jak zaznaczają wymienieni autorzy, bezkarność wynikająca z art. 15 § 1 obejmuje brak odpowiedzialności za wszystko to, co stanowi **integral-**

<sup>402</sup> Wyrok z 16.12.1992 r., II KRN 289/93. LEX 20649.

<sup>403</sup> W. Sieracki: *Glosa do wyroku SN z dn. 16 grudnia 1993 r., II KRN 289/93.* „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1995, 1.

<sup>404</sup> P. Księżak: *Glosa do wyroku SN z dn. 16 grudnia 1993 r., II KRN 289/93.* „Monitor Prawniczy” 1997, 7.

<sup>405</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna. T. 1. Komentarz do artykułów 1—31.* Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 547.

<sup>406</sup> Por. np. T. Bojarski, w: *Kodeks karny. Komentarz.* Red. T. Bojarski. Warszawa 2008, s. 205.

<sup>407</sup> Por. np. R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna. T. 1. Komentarz do artykułów 1—31.* Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 546—547.

<sup>408</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne materialne...*, s. 310.

**ną zawartość usiłowania.** Jeśli więc sprawca usiłujący dokonać zabójstwa dobrowolnie zapobiegnie śmierci ofiary, to nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za narażenie tej osoby na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, albowiem narażenie dobra na niebezpieczeństwo należy do istoty usiłowania<sup>409</sup>. Ci sami autorzy, omawiając przykład dobrowolnego odstąpienia od czynu, przyjmują, że dobrowolne odstąpienie od usiłowania gwałtu nie wyklucza możliwości kwalifikacji tego zachowania jako czynu zabronionego innego typu — np. z art. 191 § 1 (zmuszanie)<sup>410</sup>. Podobne stanowisko w przypadku czynnego żalu w związku z usiłowaniem zabójstwa prezentuje A. Wąsek — skuteczny czynny żal za usiłowanie zabójstwa wyklucza odpowiedzialność za umyślne narażenie życia pokrzywdzonego na niebezpieczeństwo. Argumentuje, że odmienne rozwiązanie prowadziłoby do obejścia klauzuli bezkarności takiego usiłowania. Dodaje jednak, nieco odmiennie niż W. Wróbel i A. Zoll, że usiłowanie zabójstwa łączy się bowiem zazwyczaj z umyślnym narażeniem życia na niebezpieczeństwo<sup>411</sup>; widzi zatem w niebezpieczeństwie nie integralną cechę usiłowania, lecz zabójstwa. Zupełnie inny pogląd prezentował R. Rogala, uznając, że sprawca powinien odpowiadać za narażenie człowieka na niebezpieczeństwo, nawet w przypadku skutecznego czynnego żalu przy usiłowaniu zabójstwa (o ile jego czyn nie wywołał żadnych innych skutków), ponieważ „**społeczne niebezpieczeństwo usiłowania zabójstwa jest na tyle znaczne**, iż mimo odstąpienia sprawcy od niego w trakcie realizacji, uzasadnia odpowiedzialność z art. 160” (k.k. z 1969 r.)<sup>412</sup>. Takie stanowisko zdaje się w ogóle wykluczać możliwość korzystania z konsekwencji skutecznego czynnego żalu w przypadku najpoważniejszych przestępstw właśnie ze względu na fakt, że zamiarem sprawcy było tak poważne przestępstwo. Dobrowolnym odstąpieniem od zgwałcenia zajął się W. Radecki. Jego zdaniem, takie odstąpienie pociąga za sobą tylko ten skutek, że sprawca nie będzie podlegał karze za usiłowanie zgwałcenia, powinien jednak odpowiadać za przestępstwo, które już dokonał, a więc w zależności od sposobu działania, zwłaszcza z art. 166, 182 lub 155—156 (k.k. z 1969 r.)<sup>413</sup>. M. Szerer wskazywał też stanowisko SN, który uznał, że w przypadku dobrowolnego odstąpienia od zgwałcenia nie eliminuje odpowiedzialności karnej za naruszenie nietykalności cielesnej (art. 182 k.k. z 1969 r.) lub zmuszenie (art. 167 tegoż kodeksu)<sup>414</sup>. O odpowiedzialności karnej, mimo skutecznego czynnego

<sup>409</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 240.

<sup>410</sup> *Ibidem*, s. 237.

<sup>411</sup> A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz*. Gdańsk 2002/2003, s. 214.

<sup>412</sup> R. Rogala: *Glosa*. OSPiKA 1976, 11, s. 502.

<sup>413</sup> W. Radecki: *Usiłowanie zgwałcenia...*, s. 1621; por. także wskazane tam ówczesne orzecznictwo.

<sup>414</sup> M. Szerer: „Dobrowolne” odstąpienie od usiłowania. „Nowe Prawo” 1977, 5, s. 631.

żalu, wobec wywołania innego skutku wypowiadał się też SN. Orzeczenia te dotyczą przypadków usiłowania zabójstwa i spowodowania uszczerbku na zdrowiu, co — zdaniem SN — uzasadnia odpowiedzialność karną sprawcy za wywołany skutek<sup>415</sup>.

Na tle usiłowania kwalifikowanego i zakresu odpowiedzialności karnej rodzi się wiele innych wątpliwości, niepojawiających się ani w literaturze przedmiotu, ani w orzecznictwie. Wszystkie przytoczone powyżej wypowiedzi (poza jednym wyjątkiem) odnosiły się do relacji usiłowanie zabójstwa a dokonanie uszczerbku na zdrowiu (lub narażenie na niebezpieczeństwo). Jak jednak przedstawiałyby się opinie i rozstrzygnięcia sądowe w innym wypadkach, już mniej oczywistych, np.: usiłowanie zabójstwa i dokonanie groźby karalnej, usiłowanie kradzieży z włamaniem i dokonanie naruszenia miru domowego, usiłowanie rozboju i dokonanie groźby karalnej?

Nie ma chyba wątpliwości, że rozstrzygnięcie tej kwestii jest szalenie istotne, zarówno z punktu widzenia praktyki orzeczniczej, jak i rozwiązań teoretycznych. **Ponieważ zasadniczo problem usiłowania kwalifikowanego pojawia się w kontekście czynnego żalu, zatem, w moim przekonaniu, inaczej bywa on rozwiązywany przy akcentowaniu funkcji sprawiedliwościowej czynnego żalu, inaczej zaś — przy akcentowaniu jego funkcji ochronnej**<sup>416</sup>, do czego jeszcze przyjdzie wrócić.

Jednak już w tym miejscu wspomnieć należy o podziale, rozróżnieniu usiłowania kwalifikowanego, autorstwa W. Woltera. Według tego autora, możemy wyróżnić dwie postaci usiłowania kwalifikowanego: 1) gdy sprawca usiłował popełnić jedno przestępstwo, a zawiera się w nim dokonanie innego, oraz 2) gdy sprawca nie poniesie odpowiedzialności za usiłowanie na podstawie czynnego żalu, ale poniesie odpowiedzialność za zawarte w nim dokonanie innego przestępstwa<sup>417</sup>. Klasyfikacja ta, w moim przekonaniu, jest niezasadna, a przede wszystkim — niecelowa. Nie różnicuje bowiem samego usiłowania kwalifikowanego, a jedynie konsekwencje w przypadku zaistnienia usiłowania kwalifikowanego, które — siłą rzeczy — są różne, tak jak różne są przyczyny braku dokonania pierwotnego zamiaru.

Z punktu widzenia istoty usiłowania kwalifikowanego widziałabym zasadność zupełnie innego rozróżnienia — trzy rodzaje sytuacji, w których można rozważać usiłowanie kwalifikowane. **Czym bowiem jest usiłowanie kwalifikowane?** Szczególną odmianą *de facto* powszechnej sytuacji, w której określone

---

<sup>415</sup> Wyrok SN z 19.08.1974 r., I KR 35/74. OSNKW 1974, 12, s. 225. LEX 18890; wyrok SN z 30.10.1980 r., I KR 228/80. OSNPG 1981, 6, s. 5. LEX 17293; wyrok SN z 19.03.1982 r., III KR 18/82. OSNPG 1982, 8, s. 106. LEX 17409; wyrok SN z 14.04.1987 r., IV KR 98/87. OSNPG 1988, 6, s. 51. LEX 17855.

<sup>416</sup> O. Sitarz: *Czynny żal jako instrument polityki kryminalnej i karnej*. „Archiwum Kryminologii” 2009, 31, s. 159.

<sup>417</sup> W. Wolter: *Nauka o przestępstwie...*, s. 275.

zachowanie człowieka wywołuje wiele skutków (następstw). Jest to więc swego rodzaju kontynuacja teorii ekwiwalencji. O ile przyjmujemy, że skutek jest wywoływany przez nieskończenie wiele warunków/przyczyn, o tyle podkreślić należy, że każde zachowanie pociąga za sobą również wiele następstw (bezpośrednich lub pośrednich). W kręgu zainteresowania prawa karnego znajdują się wyłącznie te następstwa, które „budują” typ czynu zabronionego, stanowią ustawowe znamiona — zostały uznane przez ustawodawcę za szczególnie niepożądane. Rzadko więc do ustawowych znamion należy dyskomfort psychiczny pokrzywdzonego, tym bardziej jego rodziny, dalsze konsekwencje ekonomiczne wynikające z przestępstwa itd. Zdarza się jednak, że jeden czyn wywołuje skutki, z których część stanowi znamiona typu czynu/czynów. Usiłowanie kwalifikowane jest zatem sytuacją, w której sprawcy nie udało się osiągnąć skutku przez siebie zamierzonego, spowodował jednak inne skutki, przy czym niektóre z nich mogą być znamieniem innego przepisu — konstruującego inny (niż zamierzony) typ czynu zabronionego. Wychodząc zatem z założenia, że ostatecznie praktycznie **każde usiłowanie powoduje jakiś skutek**, możemy mówić o trzech grupach sytuacji:

1. Pierwsza grupa to sytuacje występujące w przypadku „zбочenia” działania w trakcie popełniania czynu zabronionego — najczęściej zamiast zamierzonego skutku powodowany jest inny skutek — kluczowym wyznacznikiem tego rodzaju usiłowania jest słowo: „**ZAMIAST**”. **Przyjąć wtedy należy, że mamy do czynienia z klasycznym usiłowaniem kwalifikowanym, a do normatywnego opisu służy konstrukcja rzeczywistego zbiegu przepisów.**
2. Druga grupa to sytuacje, w których niejako „naturalnie współwystępują” zarówno przy dokonaniu, jak i usiłowaniu naruszenia (lub naruszenie) innych dóbr, a naruszenia te są warunkiem koniecznym dokonania. W tym przypadku wyznacznikiem jest sformułowanie „**PO DRODZE**” („konieczny etap”). **Przyjąć wtedy należy, że nie mamy do czynienia z usiłowaniem kwalifikowanym, a do normatywnego opisu służy konstrukcja pomijalnego (pozornego) zbiegu przepisów — zasada konsumpcji lub — wyjątkowo — subsydiarności milczącej.**
3. Trzecią, odrębną sytuacją, jest przypadek przestępstw wieloczynowych, w których — sprawca zdołał zrealizować pierwszą czynność czasownikową. Są to sytuacje, które w praktyce mogą sprawiać najwięcej problemów, zwłaszcza na płaszczyźnie czynnego żalu, właśnie ze względu na wielość czynów. *Prima facie* wydawać by się mogło, że jest to odmiana drugiej sytuacji. Jednak należy sięgnąć do zaproponowanego wcześniej podziału tego rodzaju przestępstw. W każdej bowiem z tych grup ostateczna ocena wyglądać będzie nieco inaczej. Przypomnieć zatem należy, że przestępstwa zakładające wieloczynowość można podzielić na dwie grupy, przyjmując jako kryterium podziału charakter czynów/zachowań wchodzących w skład przestępstwa wieloczynowego. Pierwszą grupę tworzą przestępstwa wieloczynowe.

we, których poszczególne „składniki” mogą być odrębnymi przestępstwami. W tej grupie mieszczą się: przestępstwa złożone, przestępstwa wieloodmianowe, czyn ciągły. Drugą grupę przestępstw wieloczynowych stanowią przestępstwa składające się z dwu lub więcej czynów/zachowań, jednak każdy z nich rozpatrywany odrębnie nie stanowi przestępstwa. Tu zaliczyć należy przestępstwa dwuaktowe i zbiorcze. W grupie pierwszej przestępstw wieloczynowych, składających się niejako z odrębnych przestępstw, wykonanie pierwszej z kryminalizowanych czynności jest usiłowaniem i pojawia się tu konstrukcja usiłowania kwalifikowanego. W drugiej grupie przestępstw wieloczynowych, zbudowanych z czynów pojedynczo/odrębnie niekryminalizowanych, usiłowaniem jest również wykonanie pierwszej z czynności wskazanej przez ustawodawcę, ale wobec braku kryminalizacji nie ma miejsca na usiłowanie kwalifikowane. Wystąpienie lub brak usiłowania kwalifikowanego będzie miało później znaczenie dla zakresu i karnoprawnych konsekwencji czynnego żalu<sup>418</sup>.

Pojawia się zatem pytanie, na podstawie jakiego kryterium można odróżnić dwie wspomniane podstawowe sytuacje odnoszące się do usiłowania kwalifikowanego (1) „zamiast dokonania” i 2) „po drodze do dokonania”), co w ostateczności ma olbrzymie znaczenie dla istnienia (i zakresu) lub w ogóle braku odpowiedzialności karnej w przypadku czynnego żalu. Ponieważ do opisów ich służą dwie odmienne konstrukcje zbiegów przepisów, poszukiwania kryterium odróżniającego mogą zmierzać w kierunku rozróżniania rzeczywistego (kumulatywnego) i pomijanego na zasadzie konsumpcji zbiegu przepisów. Skoro zaś „fundamentem systemu kumulacyjnego jest sztuka eliminowania przepisów”<sup>419</sup>, zatem rozważania muszą się skupić na pomijalnym zbiegu przepisów ustawy.

<sup>418</sup> Do tej grupy sytuacji można chyba zaliczyć zdarzenie, o którym wspomina L. Tyszkiewicz — sprawca chce ukraść dwa obrazy, zdażył jednak ukraść tylko jeden (warto zaznaczyć, że problem ten też ma przełożenie na instytucję czynnego żalu — np. dobrowolnie rezygnuje z kradzieży drugiego obrazu). Według L. Tyszkiewicza, taki „czyn należy zakwalifikować **jednocześnie** jako dokonanie i usiłowanie kradzieży z włamaniem” (L. Tyszkiewicz, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 49, za: A. Marek: *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa 2006, s. 53). Jednak zdaniem A. Marka, pogląd ten jest nietrafny, ponieważ — jak przekonuje — dokonanie, jako stadium bardziej zaawansowane (finalne), pochłania usiłowanie, a ponadto nie można tego samego czynu „rozbijać” na dwa czyny, gdyż naruszałoby to zasadę wyrażoną w art. 11 § 1 (A. Marek: *Kodeks karny...*, s. 53). Powstaje jednak pytanie, czy rzeczywiście mamy tu do czynienia z naruszeniem przepisu art. 11 § 1. Przecież L. Tyszkiewicz mówi o kumulatywnej kwalifikacji czynu, nie ma więc żadnego rozdzielania. Zasada zaliczania zaś dotyczy czynów uprzednich (lub następczych), a nie jednoczesnych. Oczywiście, pytanie, na które później przyjdzie odpowiedzieć, brzmi, jak w tym przypadku będzie wyglądał czynny żal i ewentualny zakres odpowiedzialności karnej takiego sprawcy.

<sup>419</sup> A. Bachrach: *Przestępstwa i wykroczenia drogowe w nowym prawie polskim*. Warszawa 1974, s. 398, cyt. za: A. Spotowski: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów...*, s. 6.

W literaturze funkcjonują (na zasadzie rozróżniania, konkurencji lub alternatywy) dwa sposoby określania nierzeczywistego zbiegu przepisów<sup>420</sup> (w niniejszym opracowaniu będę posługiwać się sformułowaniem „zbieg pomijalny”). Podstawą logiczną zasady (reguły) konsumpcji wyłączającej wielość ocen jest stosunek logiczny krzyżowania się norm. A. Spotowski zastrzega, że istotne jest, że fakt krzyżowania się danych norm wskazuje jedynie, że zasada konsumpcji może działać (choć nie musi), gdy jeden czyn wyczerpuje znamiona określone w tych normach<sup>421</sup>. Jak wskazuje m.in. Ł. Pohl, reguła konsumpcji jest regułą kolizyjną o charakterze teleologicznym, o zastosowaniu której w żadnym razie nie decyduje prawodawca, a jedynie podmiot stosujący prawo<sup>422</sup>. Rodzi się więc pytanie stawiane w piśmiennictwie, czy działanie zasady konsumpcji można ustalić *in abstracto*, tzn. przez zestawienie wchodzących w rachubę norm, których zakresy krzyżują się z sobą, czy też *in concreto*, tzn. przez każdorazową ocenę czynu, który wyczerpuje znamiona określone w zbiegających się przepisach. Ostatecznie, po przeprowadzonej analizie, A. Spotowski uważa, że adekwatną oceną jest ocena dokonywana *in concreto*, chociaż w pewnych sytuacjach wystarczy ocena *in abstracto*, gdy przepisy będą tak ukształtowane, że zawsze musi wystąpić różnica w stopniu (jak dzisiaj byśmy powiedzieli) społecznej szkodliwości. Co istotne, zdaniem A. Spotowskiego, akceptowanie stosowania zasady konsumpcji na podstawie oceny *in concreto* zmusza do dopuszczenia możliwości pochłaniania przepisu surowszego przez przepis łagodniejszy<sup>423</sup>, który to przypadek — z oczywistych względów — nie będzie miał miejsca w sytuacji usiłowania kwalifikowanego. Jak zaznacza wymieniony autor, dla działania zasady konsumpcji decydujące znaczenie ma **różnica stopni społecznej niebezpieczeństwa** (społecznej szkodliwości). Co więcej, wspomniana różnica musi być znaczna; stopień społecznej szkodliwości czynu ocenianego przez pryzmat przepisu pochłanianego musi być o wiele niższy od stopnia społecznej szkodliwości tego czynu ocenianego przez pryzmat przepisu pochłaniającego<sup>424</sup>. Warto zaznaczyć, że pogląd taki nie stracił na swej aktualności wraz ze zmianą stanu prawnego, ponieważ jedyną istotną zmianą w tym zakresie było wprowadzenie przez ustawodawcę w 1997 r. kwantyfikatorów służących do oceny tego stopnia. Ponadto, jak zauważa A. Spotowski, z przedstawionych rozważań nie wynika, że warunkiem

<sup>420</sup> Por. np.: A. Spotowski: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów...*, s. 52—56; W. Wróbel: *Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym*. W: *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*. Red. J. Majewski. Toruń 2006, s. 67; W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 292—296; Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład...*, s. 208—213.

<sup>421</sup> A. Spotowski: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów...*, s. 125.

<sup>422</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład...*, s. 225.

<sup>423</sup> A. Spotowski: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów...*, s. 126—135.

<sup>424</sup> *Ibidem*, s. 127—130.

pochłonięcia danego przepisu przez inny przepis jest ustalenie przez jego przyzmat znikomego stopnia społecznego niebezpieczeństwa. Wręcz przeciwnie, taka ocena *de facto* dezaktualizowałaby zasadę konsumpcji<sup>425</sup>. Jednocześnie należy wskazać na **szczególną sytuację zbiegu przepisów przewidujących odpowiedzialność za przestępstwo z narażenia i naruszenia**. Ogromna większość autorów uważa bowiem (o czym była mowa), że sprawca usiłujący dokonanie zabójstwa nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za narażenie tej osoby na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia. Uzasadnienia takiego rozstrzygnięcia należy — w moim przekonaniu — poszukiwać w istocie przestępstw z naruszenia i narażenia, a także we wzajemnym stosunku norm kryminalizujących takie zachowanie. Jak słusznie zauważył A. Spotowski, w takiej sytuacji mamy do czynienia z **pomijalnym zbiegiem przepisów na podstawie zasady subsydiarności milczącej** (wynikającym ze stosunku podporządkowania norm w ujęciu dynamicznym)<sup>426</sup>.

Ostatecznie przyjąć należy, że możliwość uznania usiłowania za usiłowanie kwalifikowane (ze wszystkimi tego następstwami, m.in. dotyczącymi czynnego żalu) będzie miała miejsce w sytuacji, gdy wykluczona zostanie wielość ocen w perspektywie naruszonych norm — w ocenie *in concreto* — przez zasadę subsydiarności milczącej lub konsumpcji. Odpowiednim narzędziem temu służącym jest porównanie stopnia społecznej szkodliwości czynu na dwóch płaszczyznach — normy statuującej odpowiedzialność za dokonanie określonego czynu oraz normy statuującej odpowiedzialność karną za usiłowanie określonego czynu. *Prima facie* może się wydawać, że ponieważ cały czas mówimy o jednym czynie, zabieg ustalenia tej różnicy sprowadzać się będzie *de facto* do porównania wartości naruszonych lub narażonych dóbr. Mając jednak na uwadze złożony charakter kryteriów oceny społecznej szkodliwości, nie można wykluczyć, że w ramach tego samego czynu poszczególne kryteria (nie tylko rodzaj i charakter naruszonego dobra, ale też rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody) będą dawały odmienny wynik w ocenie tego stopnia. Na przykład zupełnie odmienna może być strona podmiotowa co do każdego z naruszonych dóbr; nawet całkowicie skrajnie — począwszy od zamiaru bezpośredniego czynu planowanego po nieuświadomioną nieumyślność czynu nieplanowanego. Ewentualna możliwość poszerzenia kwantyfikatorów oceny społecznej szkodliwości (do czego jeszcze przyjdzie wrócić), czy to *de lege lata*, czy *de lege ferenda* problem oceny stopnia społecznej szkodliwości dodatkowo wzmacnia. W tym kontekście musi pojawić się pytanie, na ile przydatny jest przepis art. 115 § 2 w ocenie konkretnego stanu faktycznego. Pełną aprobatę w piśmiennictwie znalazło stanowisko SA w Krakowie akcentujące, że ocenę stopnia społecznej szkodliwości przestępstwa nie można sprowadzać do ogólników, ale należy wskazać,

<sup>425</sup> Ibidem, s. 128—133.

<sup>426</sup> Ibidem, s. 118—122.



jakie są jej kryteria<sup>427</sup>. Wspomniany przepis, o czym była mowa, nie miał swojego odpowiednika w kodeksie karnym z 1969 r., zatem w ówczesnej nauce prawa karnego toczył się spór o okoliczności wyznaczające materialną treść przestępstwa<sup>428</sup>. Obowiązujący kodeks karny, w treści przepisu art. 115 § 2, wprowadził, w celu ujednoczenia praktyki (jak wynika z uzasadnienia do projektu kodeksu), określenie elementów decydujących o wystąpieniu społecznej szkodliwości i wpływających na jej stopień<sup>429</sup>, co — w zasadzie — powinno uciąć dyskusje na temat wyboru okoliczności, kwantyfikatorów, przesłanek oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu<sup>430</sup>. Jednocześnie J. Majewski zauważa, że nie ma uniwersalnej i łatwej metody pomiaru społecznej szkodliwości poszczególnych czynów zabronionych<sup>431</sup>. Zatem — zdaniem T. Kaczmarka — sąd zmuszony jest ustalać stopień społecznej szkodliwości na podstawie samowiedzy lub w sposób czysto intuicyjny, a obiektywności i racjonalności w ten sposób przyjętych ocen nie podobna zweryfikować<sup>432</sup>. Rozwiązaniem — jak pisze J. Giezek — byłoby ustalenie dość dokładnej skali ocen, swego rodzaju „termometru” materialnej cechy przestępstwa, chociaż nie wiadomo nawet — dodaje — w jaki sposób miałyby on być skonstruowany<sup>433</sup>. Jeszcze bardziej radykalnie swoje poglądy formułuje R. Zawłocki. Jego zdaniem, „przepis art. 115 § 2 nie tylko nie opisuje istoty społecznej szkodliwości, lecz także nie wskazuje na kryteria jej rekonstrukcji. Wobec tego rozpowszechniona w doktrynie teza o definiowaniu »społecznej szkodliwości« przez obowiązujący KK jest wysoce dyskusyjna, w szczególności nie można zgodzić się z twierdzeniem, że przepis art. 115 § 2

<sup>427</sup> Wyrok SA w Krakowie z 20.06.2000 r., II AKa 99/00. „Prokuratura i Prawo” 2000, 12, podają za: J. Majewski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 1346 i przywołane tam inne orzecznictwo.

<sup>428</sup> W skróconej formie przedstawił je J. Majewski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 1346—1347, w pełniejszej wersji: R. Zawłocki: *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym...*, s. 175—189.

<sup>429</sup> *Nowe kodeksy karne — z 1997 r. z uzasadnieniami...*, s. 175.

<sup>430</sup> Por. np. R. Zawłocki: *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu...*; E. Plebanek: *Materialne określenie przestępstwa*. Warszawa 2009.

<sup>431</sup> J. Majewski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 1350; podobnie J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., 2007, s. 699.

<sup>432</sup> Zwłaszcza wtedy, gdy sąd w stereotypowych i lakonicznych uzasadnieniach swoich wyroków najczęściej nie podaje przesłanek, na podstawie których przyjął taki a nie inny stopień społecznej szkodliwości — T. Kaczmarek: *O elementach wyznaczających treść społecznej szkodliwości czynu zabronionego i jej stopień (ekspozycja problemów spornych)*. W: *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*. Red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger. Lublin 2011, s. 137.

<sup>433</sup> J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., 2007, s. 699.

określa kryteria oceny społecznej szkodliwości. Rozważany przepis [...] nie odpowiada na pytanie: jak oceniać?, tylko — co oceniać?<sup>434</sup>. Z tezą taką zgadza się E. Plebanek, wskazując, że trudności, o jakie przyprawiała praktykę ta instytucja, były uzasadnieniem *de lege ferenda* rezygnacji z niej i zastąpienia jakimś kryterium o „wyższej użyteczności praktycznej”. Wymieniona autorka prezentuje pogląd, że przepis art. 115 § 2 nie daje wzorca, z którym można porównać każde konkretne zachowanie i uzyskać odpowiedź na pytanie o stopień jego społecznej szkodliwości, gdyż ustalenie takiego wzorca jest niemożliwe z uwagi na naturę instytucji. Można jednak, zdaniem tej autorki, odpowiedzieć na pytania dotyczące relacji (proporcji) zachodzących między poszczególnymi wymienionymi w przepisie czynnikami oraz na pytania, czy ich wyliczenie ma charakter enumeratywny, czy przykładowy, czy ustawodawca trafnie ujął umieszczone w nim elementy, i czy nie pominął żadnego z czynników mających wpływ na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu<sup>435</sup>.

Z punktu widzenia możliwości przyjęcia pomijanego zbiegu przepisów na podstawie zasady pochłaniania, a co za tym idzie „zwykłego” (czystego) usiłowania, niezwykle ważki staje się więc problem otwartego lub zamkniętego katalogu przewidzianego w art. 115 § 2. Wbrew dość powszechnie przyjętej w piśmiennictwie<sup>436</sup> i orzecznictwie<sup>437</sup> tezie o zamkniętym katalogu okoliczności

<sup>434</sup> R. Zawłocki: *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu...*, s. 157 oraz Idem: *Karygodność czynu zabronionego jako podstawa proporcjonalnej kary kryminalnej*. W: *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*. Red. T. Dukiet-Nagórska. Warszawa 2010, s. 109.

<sup>435</sup> E. Plebanek: *Materiałne określenie przestępstwa...*, s. 252—254.

<sup>436</sup> Por. np.: J. Majewski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 1348; E. Plebanek: *Materiałne określenie przestępstwa...*, s. 271—272; M. Koledowska-Matejczuk: *Glosa do postanowienia SN z 17.12.2010 r., V KK 383/10*. OSP 2011, 12, K 129, s. 914—916.

<sup>437</sup> Por. np.: wyrok SN z 20.09.2002 r., WA 50/02. OSNKW 2003, 1—2, poz. 9; wyrok SN z 19.10.2004 r., II KK 355/04. LEX nr 141299; wyrok SN z 1.02.2006 r., V KK 226/05. OSNKW 2006, 5; wyrok SA w Katowicach z 13.01.2005 r., II AKa 455/04. OSA w Katowicach 2005, 1; postanowienie SN z 17.12.2010 r., V KK 383/10. OSP 2011, 12, s. 911—914. Jako incydentalne należy potraktować orzeczenie SN, które pozwala na wyjątkowe rozszerzenie katalogu — wyrok SN z 16.12.2003 r., WK 23/03. OSNKW 2003, poz. 2724. LEX nr 152121 — „Przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu nie jest wystarczające ogólnikowe powołanie się na stronę przedmiotową i podmiotową przestępstwa, ale każdorazowo należy bezwzględnie wskazać, jakie elementy każdej z tych stron przemawiają za uznaniem, że czyn taki jest znikomo społecznie szkodliwy. Elementami strony przedmiotowej są przede wszystkim rodzaj dobra, w które godzi przestępstwo, charakter i rozmiar szkody wyrządzonej czynem, a także sposób działania sprawcy. Natomiast elementami strony podmiotowej są rodzaj i stopień winy, zamiar, pobudki, motywy i cele działania sprawcy (okoliczności znamionujące stosunek sprawcy do czynu) oraz w szczególnych sytuacjach te, które dotyczą samego sprawcy, jak wiek, stan zdrowia, sytuacja rodzinna, majątkowa itp.” — przytaczam za: J. Majewski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 1349 (Nb 5a), który orzeczenie to krytykuje i wskazuje nowsze orzeczenie SN, dystansujące się od judykatury z 2003 r. — postanowienie SN z 25.06.2008 r., V KK 1/08. OSNKW 2008, 9,

wymienionych w przepisie art. 115 § 2, zdaniem R. Zawłockiego, przy ocenie karygodności można uwzględniać elementy niewskazane w przepisie art. 115 § 2, a wynikające z treści czynu zabronionego, a także elementy w nim wskazane, choć nieobecne w ustawowym opisie typu czynu zabronionego, wynikające zaś z treści określonego karnoprawnego zakazu. Autor ten bowiem odrzuca pogląd, że przedmiot oceny społecznej szkodliwości wyznacza bezwzględnie i wyłącznie przepis art. 115 § 2 albo przepis określający konkretny czyn zabroniony. W istocie — zdaniem R. Zawłockiego — należy w każdym indywidualnym przypadku zrekonstruować zakres oceny karygodności na podstawie treści przepisu art. 115 § 2 oraz treści normy prawnokarnej zawartej w dyspozycji przepisu określającego czyn zabroniony przypisany sprawcy. Autor ten jednocześnie uzupełnia, że od czynu zabronionego, jako przedmiotu oceny społecznej szkodliwości, należy wyraźnie odróżnić kontekst tego czynu, który już nie podlega wskazanej ocenie. Ostatecznie wspomniany autor zauważa, że ustawodawca w art. 115 § 2 jedynie określa przedmiot oceny karygodności, gdy tymczasem ocena ta wymaga jeszcze zastosowania danego kryterium. Przedstawia zatem katalog najważniejszych z nich (kryterium władzy, interesów społeczeństwa, probalistyczno-utilitytarne-celowościowe, dobra prawnego, reguł społecznej tolerancji, obiektywnej antyspołeczności i sprawiedliwej odpłaty), zastrzegając, że w praktyce należałoby przyjąć kryterium jednolite, wyrażone w spójnej linii orzecznictwa SN<sup>438</sup>. Nieco odmiennie problem ten stawia T. Kaczmarek. Jego zdaniem, w przepisie art. 115 § 2 ustawodawca sformułował katalog zamknięty okoliczności wpływających na treść i stopień społecznej szkodliwości, ale zamknięty **w tym i tylko takim** znaczeniu, że poza jego zakresem pozostają wszystkie te właściwości sprawcy czy takie okoliczności kontekstu sytuacyjnego czynu, które nie są bezpośrednio związane z przedmiotowo-

---

poz. 75. LEX nr 436437 — „Artykuł 115 § 2 k.k., który zawiera zamknięty katalog kryteriów oceny stopnia szkodliwości społecznej czynu, nie pozostawia wątpliwości, że dominujące znaczenie mają okoliczności z zakresu strony przedmiotowej, do której dołączono tylko dwie przesłanki strony podmiotowej (postać zamiaru i motywację sprawcy), pominięto natomiast okoliczności związane z samym podmiotem czynu, tj. sprawcą, takie jak: wiek, opinia, właściwości i warunki osobiste, które wpływają na wymiar kary (art. 53 § 2 k.k.). Okoliczności odnoszące się do podmiotu czynu dopiero wówczas podlegają będą rozważeniu, jeśli ustalona zostanie przestępczość czynu, zatem także jego karygodność, która z kolei zależna jest od określania stopnia społecznej szkodliwości, jak wspomniano wyżej. Z tego powodu nie można się zgodzić z poglądem wyrażonym w tezie 3 wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2003 r. (WK 23/03. OSNKW 2003, poz. 2724. LEX nr 152121), jakoby wiek sprawcy należał do kryteriów liczących się w tej ocenie, choćby miało się to odnosić tylko do sytuacji szczególnych, jak zastrzega się w tym rozstrzygnięciu. Poza zakresem przesłanek z art. 115 § 2 k.k., lokują się też okoliczności związane ze stopniem zawinienia sprawcy, oraz te które wskazują na stosunek sprawcy do pokrzywdzonej, jak przytacza się w skardze, bądź następujące po czynie i niewiązane się z nim bezpośrednio”.

<sup>438</sup> R. Zawłocki: *Karygodność czynu zabronionego...*, s. 109—115.

-podmiotowymi znamionami popełnionego czynu. Wspomniany autor przypomina o różnicy między elementami określającymi społecznie ujemną treść **typu** czynu zabronionego a okolicznościami, które wpływają na stopień społecznej szkodliwości **konkretnego** czynu. Zakres tych ostatnich, dodaje T. Kaczmarek, musi być szerszy z tego względu, że poza tymi, które są wyrażone w zespole ustawowych znamion, musi także obejmować te wszystkie okoliczności, które od strony przedmiotowo-podmiotowej, indywidualizując dany czyn w razie ich wystąpienia i uzupełniając opis ustawowego typu czynu zabronionego, nie mogą zostać pominięte przy ustalaniu karygodności konkretnego czynu<sup>439</sup>. Tezę o otwartym katalogu okoliczności mających lub mogących mieć znaczenie dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu głosił A. Wąsek. Jego zdaniem, uzasadnienie projektu kodeksu karnego mówiące o tym, że elementy dotyczące społecznej szkodliwości czynu nie muszą być konkretyzacją znamion czynu zabronionego i równocześnie specyfika poszczególnych typów przestępstw upoważnia na podstawie i w ramach klauzuli art. 115 § 2 do wzbogacenia katalogu czynów społecznej szkodliwości czynu, chociaż nie powinny to być okoliczności (stany, zdarzenia) niezwiązane bezpośrednio z czynem zabronionym popełnionym przez sprawcę (np. poprzednia karalność, pogodzenie się z pokrzywdzonym)<sup>440</sup>. W moim przekonaniu, zakładany atrybut gwarancyjny prawa karnego, konieczność zapobiegania arbitralności sądów w ustalaniu karygodności konkretnych czynów każą przyznać ostatecznie racje J. Majewskiemu. Wskazuje on bowiem, że odstępowanie od jednoznacznego rezultatu wykładni językowej i przyjmowanie, że art. 115 § 2 nie wymienia wszystkich okoliczności mogących *in concreto* wpływać na stopień społecznej szkodliwości czynu nie może być aprobowane, gdyż prowadziłoby do wykładni rozszerzającej, w niejednym przypadku dla sprawcy niekorzystnej, a tym samym niedopuszczalnej<sup>441</sup>. Warto również na marginesie zauważyć, że wielokrotnie okoliczności niemieszczące się w katalogu przepisu art. 115 § 2 to okoliczności bardzo dyskusyjne — dość przytoczyć problem nagminności, jej miejsca wśród okoliczności mających wpływ na odpowiedzialność karną, a nawet charakter (obciążający lub łagodzący)<sup>442</sup>.

<sup>439</sup> T. Kaczmarek: *O elementach wyznaczających treść społecznej szkodliwości czynu zabronionego...*, s. 144—147. Jako przykład autor wskazał dokonanie zabójstwa w obecności małoletniego lub dokonanie kradzieży z włamaniem do domu opuszczonego z powodu klęski żywiołowej, co w sposób bezdyskusyjny, zdaniem T. Kaczmarka, zwiększa społeczną naganność takich czynów.

<sup>440</sup> A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 805—808.

<sup>441</sup> J. Majewski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX. T. 1. Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 1348; E. Plebanek: *Materialne określenie przestępstwa...*, s. 271—272.

<sup>442</sup> Por. ciekawy przegląd stanowisk w tym zakresie zaprezentowany przez SN — wyrok SN z 20.09.2002 r., WA 50/02. OSNKW 2003, 1—2, poz. 9.

Ustalając stopień społecznej szkodliwości czynu, niezbędny do ewentualnego przyjęcia lub odrzucenia konstrukcji usiłowania kwalifikowanego, natrafiamy na problem relacji między poszczególnymi kwantyfikatorami i ich wpływu na ostateczną ocenę stopnia społecznej szkodliwości. A. Spotowski, odnosząc się do metody uwzględniania elementów wpływających na stopień społecznej szkodliwości, sygnalizował aktualność tego problemu przy ustalaniu znikomego stopnia społecznej szkodliwości<sup>443</sup>, co oczywiście byłoby bezzasadnym zawężeniem problemu. Jak trafnie zauważyła E. Plebanek, ustawodawca, precyzując elementy mające wpływ na stopień społecznej szkodliwości czynu, nie wypowiedział się wprost co do proporcji, w jakiej poszczególne elementy czynu powinny być uwzględniane<sup>444</sup>. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, doktryna wypracowała dwa konkurencyjne stanowiska w tym zakresie. Pierwsze, nazywane w uproszczeniu kumulacyjnym, akcentuje, że o stopniu społecznej szkodliwości decyduje suma elementów przedmiotowych i podmiotowych; zatem mowa jest o „dwustronności” stopnia społecznej szkodliwości — musi być on analogiczny po stronie przedmiotowej i podmiotowej. W przypadku drugiej koncepcji — wypadkowej, o stopniu decyduje właśnie wypadkowa okoliczności wymienionych w przepisie art. 115 § 2, zatem na przykład wysoki stopień szkodliwości elementów podmiotowych nie przesądza jeszcze o wysokim stopniu społecznej szkodliwości całego czynu (którego stopień obniżyć mogą elementy przedmiotowe)<sup>445</sup>. J. Giezek utrzymuje, że relacja między czynnikiem przedmiotowym a podmiotowym bezprawia jest wyrazem iloczynu logicznego, a nie sumy logicznej<sup>446</sup>. Zdaniem V. Konarskiej-Wrzosek — w ocenie E. Plebanek<sup>447</sup> — art. 115 § 2 uprawnia do przyjęcia w indywidualnej sprawie każdego z obydwu przedstawionych wariantów „wedle swobodnego uznania” sądów. Warto jednak zauważyć, że autorka ta konstatowała: „Wydaje się, że taki całościowy sposób analizowania mierników społecznej szkodliwości czynu znajduje uzasadnienie w świetle wszystkich aktualnie obowiązujących kodeksów karnych, które katalogując w ustawie czynniki rzutujące na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu nie oddzielają ich od siebie, a wręcz przeciwnie — ujmują wspólnie, dając podstawę do dokonania skrupulatnej, zindywidualizowanej, globalnej oceny nieograniczonej w sposób sztuczny żąd-

<sup>443</sup> A. Spotowski: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów...*, s. 131.

<sup>444</sup> E. Plebanek: *Materialne określenie przestępstwa...*, s. 254.

<sup>445</sup> L. Wilk, w: *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa...*, s. 131. Por. też: A. Spotowski: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów...*, s. 131—132; R. Zawłocki: *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu...*, s. 189; E. Plebanek: *Materialne określenie przestępstwa...*, s. 254—256.

<sup>446</sup> J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., s. 679 oraz przywołany przez autora P. Jakubski: *Glosa do wyroku SN z 25.01.2000 r., WNK 45/99*. OSP 2001, 7—8, poz. 119, s. 405—408.

<sup>447</sup> E. Plebanek: *Materialne określenie przestępstwa...*, s. 255.

nymi umownymi podziałami niewnoszącymi nic nowego do meritum sprawy. Przyjęta regulacja kodeksowa ma charakter uniwersalny, gdyż pozwala ocenić każdy możliwy wariant i każdą możliwą kombinację elementów przedmiotowych i podmiotowych czynu decydujących o stopniu jego społecznej szkodliwości zgodnie z zasadą swobodnego uznania<sup>448</sup>. W moim przekonaniu, w przytoczonej wypowiedzi chodziło o uwzględnienie każdej możliwej kombinacji, jaką może przynieść stan faktyczny w ramach kumulacyjnego systemu, ponieważ pozwala on na zachowanie zasady swobodnego uznania. Niemniej, dzieląc wątpliwości związane z wyborem metody, skłaniam się jednak ku drugiej z nich<sup>449</sup>.

Na marginesie warto również zauważyć, że mówiąc o proporcji czynników wymienionych w przepisie art. 115 § 2, rozważać powinniśmy nie tyle wybór abstrakcyjnej metody ustalania stopnia społecznej szkodliwości, ile ewentualny prymat określonych okoliczności. Jak wskazuje Ł. Pohl, chociaż w samym przepisie kwestii tej nie przesądzono, to — jego zdaniem — zasadna jest opinia, że za ważniejsze i tym samym donioślejsze winny być uznawane elementy przedmiotowe. Na rzecz zasadności takiej opinii — według Ł. Pohla — przemawiać może argument, że w art. 115 § 2 elementy podmiotowe wymieniono w drugiej kolejności, tj. po wyliczeniu elementów przedmiotowych<sup>450</sup>.

Na zakończenie tej części rozważań warto podkreślić, że wszystkie problemy i wątpliwości związane z ustalaniem stopnia społecznej szkodliwości mnożą się, gdy — w przypadku podejmowania decyzji o ewentualnym pomijalnym, na podstawie zasady konsumpcji, zbiegu przepisów — oceny takiej dokonać musimy dwukrotnie, zwłaszcza, że oba ustalone parametry czynu należy następnie porównać<sup>451</sup>. Niełatwe będzie też rozstrzygnięcie, czy różnica między ustalonymi parametrami jest znaczna<sup>452</sup>. O „znaczności” stopnia społecznej szkodliwości *expressis verbis* ustawodawca wypowiada się raz — wskazując przesłanki orzeczenia o umieszczeniu w zakładzie psychiatrycznym (art. 93b § 1). O trudnościach związanych z ustaleniem takiego stopnia społecznej szko-

<sup>448</sup> V. Konarska-Wrzosek: *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*. Toruń 2002, s. 92—93.

<sup>449</sup> Zastrzec tylko należy pewną wątpliwość związaną z nazwami obu metod. Wydaje się bowiem, że bardziej adekwatne i lepiej oddające istotę rzeczy były nazwy przypisane „odwrotnie”. Pierwszą metodę, akcentującą znaczenie okoliczności wytyczającej wyższy pułap szkodliwości, należałoby nazwać wypadkową, drugą metodę natomiast — każącą bilansować (jak w zwykłym działaniu matematycznym) wszystkie okoliczności — można nazwać kumulacyjną.

<sup>450</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład...*, s. 290.

<sup>451</sup> Sam ustawodawca przewiduje konieczność dokonywania porównań pewnych wartości. W przypadku stanu wyższej konieczności okolicznością wyłączającą bezprawność lub winę jest zachowanie odpowiedniej proporcji dóbr chronionych prawem — art. 26 § 1 i 2.

<sup>452</sup> Pewną analogią mogą być ponownie przepisy dotyczące stanu wyższej konieczności, nakazujące uwzględnić stan wyższej konieczności, gdy naruszone dobro nie przedstawiało oczywiście wartości wyższej od dobra ratowanego.

dliwości dość intrygująco piszą J.K. Gierowski i L.K. Paprzycki<sup>453</sup>. Proponują m.in., aby stopień znaczości poszczególnych czynów powiązać z zagrożeniem karą. Ich zdaniem, treść przepisów art. 59 § 1 oraz 66 § 1 pozwala przyjąć, że czynem zabronionym o znacznej społecznej szkodliwości jest tylko taki czyn, który jako przestępstwo zagrożony jest karą powyżej 3 lat pozbawienia wolności. Z pewnością jakimś ułatwieniem może być więc (choć nie musi) różnica zagrożenia karą (nawiązując zaś do wypowiedzi J.K. Gierowskiego i L.K. Paprzyckiego, można by zapytać, czy różnica ta ma wynosić co najmniej 3 lata). Ponieważ jednak chodzi o ocenę *in concreto*, a nie *in abstracto*, konkretnych okoliczności obniżających stopień społecznej szkodliwości może być bardzo wiele, co ostatecznie zmienia różnicę stopni społecznej szkodliwości czynu (tym bardziej, że nie można wykluczyć, że okoliczność taka wystąpi tylko w jednej z perspektyw oceniania czynu).

Przyjęcie pozornego zbiegu przepisów na podstawie zasady konsumpcji wymaga — o czym była już mowa — porównania stopni społecznej szkodliwości. Należy zatem podkreślić, że cały czas jest mowa o stopniach społecznej szkodliwości jednego i tego samego czynu. Ocena danego czynu dokonywana jest zatem dwukrotnie — kolejno przez pryzmat jednego i drugiego ze zbiegających się przepisów. Szczegółowe wyjaśnienie tego mechanizmu przedstawia A. Spotowski. Jak słusznie zauważa, dokonując oceny społecznej szkodliwości czynu (jak powiedzielibyśmy dzisiaj) przez pryzmat jednego z przepisów, trzeba założyć, że czyn wyczerpuje tylko znamiona określone w tym przepisie<sup>454</sup>. Zatem aby adekwatnie dokonać dwukrotnej oceny stopnia społecznej szkodliwości, należy każdorazowo „wypreparować” elementy będące odrębnymi znamionami zbiegających się przepisów. I chociaż taki zabieg może wydawać się sztuczny, rozbijający naturalną jedność czynu, to jednak w prawie karnym niejednokrotnie taką metodą się posługujemy (np. odrębnie oceniając elementy przedmiotowe i podmiotowe czynu).

Ustalenie na podstawie przytoczonych wskazówek, że *in concreto* mamy do czynienia z usiłowaniem kwalifikowanym obliguje do określenia jego **strony podmiotowej**. Należy zatem rozpoznać wymagania ustawy w tym zakresie co do usiłowania kwalifikowanego. Ponieważ usiłowanie kwalifikowane jako odrębna konstrukcja nie występuje w ustawie karnej, stąd rozpoznanie takie jest szczególnie trudne. W literaturze akademickiej temu zagadnieniu na ogół nie

<sup>453</sup> J.K. Gierowski, L.K. Paprzycki, w: „System Prawa Karnego”. T. 7. *Środki zabezpieczające*. Red. L.K. Paprzycki. Warszawa 2012, s. 213—215. Por. też J. Długosz, w: *Kodeks karny część ogólna*. T. 2. *Komentarz do artykułów 32—116*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Warszawa 2011, s. 837—838.

<sup>454</sup> A. Spotowski: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów...*, s. 130—131.

poświęca się uwagi<sup>455</sup>. W pozostałych opracowaniach przyjmuje się, że można mówić o usiłowaniu kwalifikowanym, o ile sprawca na niezamierzony pierwotnie skutek co najmniej się godził<sup>456</sup>. T. Przesławski twierdzi, że zbieg usiłowania w zamiarze bezpośrednim z dokonaniem to sytuacja, w której skutek o większym ciężarze gatunkowym, objęty bezpośrednim zamiarem, nie został zrealizowany, sprawca jednak popełnia skutek objęty zgodą. Wówczas jednak — zdaniem tego autora — trudno byłoby przyjąć zamiar ewentualny dla czynu dokonanego, skoro sprawca chciał więcej niż osiągnął — „chęć na więcej” konsumuje to, co rzeczywiście zostało osiągnięte (np. chce zabić, a godzi się na ciężkie uszkodzenia ciała)<sup>457</sup>. W tym duchu należy — jak się wydaje — interpretować wypowiedź R. Rogali, że „słusznie postąpił SN, rezygnując w omawianej sprawie z odpowiedzialności za czyn usiłowania zabójstwa i przyjmując kwalifikację za wywołanie ciężkiej choroby zazwyczaj zagrażającej życiu (art. 155 § 1 pkt 2 k.k. z 1969 r.). Zmierzając bowiem do zabójstwa, sprawca zdawał sobie sprawę, iż spowoduje co najmniej ciężkie uszkodzenie ciała”<sup>458</sup>.

Jednak zdaniem A. Zolla, można sobie wyobrazić sytuację (nierzadką), kiedy sprawca chce zabić i równocześnie nie chce ani się nie godzi na spowodowanie uszczerbku na zdrowiu. Jak podkreśla autor, zamiaru sprawcy nie można domniemywać, opierając się na rozumowaniu *argumentum a maiori ad maius*, lecz musi być każdorazowo udowodniony na podstawie obiektywnie stwierdzalnych okoliczności<sup>459</sup>. Konieczność udowodniania strony podmiotowej jest oczywista i wyklucza arbitralność w jej przyjmowaniu zarówno w przypadku czynu popełnianego umyślnie, jak i czynu popełnianego nieumyślnie. Jednak rodzi się pytanie, czy w opisywanych przez siebie sytuacjach (gdym sprawca, chcąc zabić, na inny skutek się nie godzi) autor nie utożsamia chętnia z pragnieniem? Czy brak zgody na mniejszy skutek, np. uszczerbek na zdrowiu, nie wynika z braku zgody sprawcy po prostu na własną porażkę (brak zaplanowanego skutku)?

Rozważając stronę podmiotową usiłowania kwalifikowanego, odpowiedzieć należy na pytanie, czym jest zamiar ewentualny. Przede wszystkim, jak wskazuje M. Dębski, „w przypadku przestępstwa realizowanego z zamiarem wynikowym skutek przestępny jest tylko możliwy, i to zarówno z punktu wi-

<sup>455</sup> Por. np.: L. Gardocki: *Prawo karne*. Warszawa 2011, s. 111; A. Marek: *Prawo karne*. Warszawa 2011, s. 192; Z. Bojarski: *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*. Warszawa 2012, s. 205.

<sup>456</sup> Por. np. R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. Komentarz do artykułów 32—116. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Warszawa 2011, s. 575.

<sup>457</sup> T. Przesławski: *Pojęcie „zgoda” w konstrukcji zamiaru ewentualnego*. „Studia Iuridica” 2008, 49, s. 178—179.

<sup>458</sup> R. Rogala: *Glosa*. OSPiKA 1976, 11, s. 502.

<sup>459</sup> A. Zoll: *Zbieg przepisów określających typy czynów zabronionych o zróżnicowanej stronie przedmiotowej*. W: *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*. Red. J. Majewski. Toruń 2006, s. 90.



dzenia przedmiotowego, jak i podmiotowego<sup>7460</sup>. Spośród licznych teorii zamiaru ewentualnego za najtrafniejszą G. Rejman uważa teorię, która wyrosła w doktrynie niemieckiej, określaną mianem *in Kauf nehmen*, tzn. wziąć na siebie lub objęcie wola sprawcy tego wszystkiego, co w swym zamiarze przytakuje sprawca przyjął jako konsekwencje swojego czynu<sup>461</sup>. Zdaniem Ł. Pohla, największe zasługi w objaśnianiu zamiaru ewentualnego przypisać należy dwóm koncepcjom — koncepcji obojętności woli opracowanej przez W. Woltera oraz koncepcji prawdopodobieństwa<sup>462</sup>. Pierwsza z nich charakteryzuje się słynnym już sformułowaniem „sprawca ani chce, ani nie chce popełnienia czynu zabronionego”<sup>463</sup>. Koncepcja prawdopodobieństwa, autorstwa K. Buchały, kładzie nacisk na uświadomienie sobie przez sprawcę wysokiego prawdopodobieństwa zrealizowania znamion czynu zabronionego (subiektywne prawdopodobieństwo)<sup>464</sup>. Jej rozwinięcie stanowi teoria łącząca teorię prawdopodobieństwa z teorią obiektywnej manifestacji zaproponowaną przez A. Zolla<sup>465</sup>. Różnorodne postaci zamiaru, uwzględniające rozmaite kombinacje zamiaru bezpośredniego i ewentualnego, przedstawił W. Wolter. Wskazał on, że „*dolus directus* nigdy nie występuje samodzielnie. Wzajemne relacje między zamiarem bezpośrednim w stosunku do zamiaru ewentualnego mogą przybierać różną postać. *Dolus eventualis alternativus* lub *dolus eventualis cumulativus* zachodzi wówczas, gdy zamiar bezpośredni jest ukierunkowany na czyn dozwolony, a przewidywane skutki jako możliwe występują na plan pierwszy w formie alternatywy lub koniunkcji i na te sprawca się godzi. *Dolus alternativus directus eventualis* (zamiar zamienny bezpośrednio ewentualny) ma zastosowanie, gdy chęć jest zwrócona na czyn zabroniony, w miejsce którego może pojawić się przewidywalny skutek objęty godzeniem się sprawcy, natomiast przy *dolus cumulativus directus eventualis* (zamiar kumulatywny bezpośrednio ewentualny) ten skutek powstaje jako dodatkowy, obok bezpośrednio zamierzonego czynu zabronionego”<sup>466</sup>.

Psychologiczną koncepcję zamiaru wynikowego zaprezentował T. Przesławski, wskazując, że „sprawca ma wybór, może zdecydować się na zaniechanie czynu lub jego realizację. Jeśli dokonana przez rozum ocena wyobrażonego ubocznego skutku oraz siła uczuć z nim związanych będzie przeciwna pod-

<sup>460</sup> M. Dębski: *Strona podmiotowa usiłowania...*, s. 804.

<sup>461</sup> G. Rejman, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. G. Rejman..., s. 445—446.

<sup>462</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład...*, s. 150.

<sup>463</sup> W. Wolter: *W sprawie tzw. zamiaru ewentualnego...*, s. 53.

<sup>464</sup> K. Buchała: *Prawo karne materialne...*, s. 343—344. Por. też J. Lachowski, w: „System Prawa Karnego”. T. 3. *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*. Red. R. Dębski. Warszawa 2013, s. 557—558.

<sup>465</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. Red. A. Zoll. Warszawa 2012, s. 148.

<sup>466</sup> W. Wolter: *Nauka o przestępstwie...*, s. 234—235.

jęciu decyzji i okaże się silniejsza od motywacji stojącej u podstaw »chęci«, postępowanie nie będzie uruchomione lub zostanie zahamowane. Jeżeli »chęć« podbudowana jest motywacją na tyle silną, że argumenty przeciwne nie będą w stanie jej powstrzymać, wola obejmie także skutki niechciane. »Godzenie się« jest więc rezultatem uzgodnienia decyzji w procesie motywacyjnym między »chęcią« osiągnięcia celu a brakiem tej chęci wynikającym z odmiennej motywacji<sup>467</sup>. Trudno nie zauważyć, jak bardzo przytoczone określenia wkomponowują się w usiłowanie kwalifikowane<sup>468</sup>, zwłaszcza podejście odwołujące się do prawdopodobieństwa. W innym bowiem miejscu K. Buchała (razem z A. Zollm) twierdzi, że zamiar wynikowy wiąże się z realizacją celu, która z kolei wiąże się z ubocznym skutkiem, który może, ale nie musi nastąpić<sup>469</sup>. Wydaje się jednak, że jest pewna zasadnicza różnica — w klasycznym (typowym) zamiarze ewentualnym zamiar ten wynika z jakiegoś innego zamiaru bezpośredniego (niekoniecznie nagannego)<sup>470</sup>, stąd nazwa — wynikowy; przy usiłowaniu kwalifikowanym jest to zamiar poniekąd alternatywny do zamiaru pierwotnego, stąd nieco przypomina zamiar przemienny<sup>471</sup>. Zamiar przemienny, jak wskazuje A. Marek, jest efektem rozpadu dawnej formuły zamiaru, jaką był zamiar nieokreślony. Z niego wywodzą się dwie postaci: zamiar ogólny i zamiar przemienny. Zamiar ogólny, polegający na tym, że sprawca swoją wolą obejmuje tylko ogólnie wyobrażone skutki, a odpowiada za skutek, który wywołał<sup>472</sup>, nie jest obecnie zasadniczo przyjmowany ani przez orzecznictwo<sup>473</sup>, ani przez dok-

<sup>467</sup> T. Przesławski: *Funkcja czynnika psychicznego w konstrukcji czynu zabronionego i formach winy*. „Studia Iuridica” 2008, 48, s. 178.

<sup>468</sup> Nawet J. Makarewicz twierdził, charakteryzując zamiar ewentualny, że cechą istotną zamiaru ewentualnego, jako odmiany złego zamiaru o istotnym znamieniu woli, jest wola warunkowa, na wypadek jeżeli zaszła dalsza zmiana w świecie zewnętrznym, **nie ta** lub nie tylko ta, **do której sprawca zmierza**. Tak określona wola warunkowa jest jakąś nową — zdaniem W. Woltera — odmianą zamiaru następczego. W. Wolter: *W sprawie tzw. zamiaru ewentualnego...*, s. 49.

<sup>469</sup> K. Buchała, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 165.

<sup>470</sup> T. Przesławski: *Funkcja czynnika psychicznego...* s. 219—238.

<sup>471</sup> Zdaniem J. Śliwowskiego, zamiar ewentualny jest jedną z trzech odmian zamiaru nieokreślonego (obok zamiaru ogólnego i przemiennego) — J. Śliwowski: *Prawo karne*. Warszawa 1979, s. 196.

<sup>472</sup> A. Marek: *Prawo karne...*, 2011, s. 136; por. także: I. Andrejew: *Polskie prawo karne...*, 1989, s. 149—150.

<sup>473</sup> Por. np. postanowienie SN z 3.01.2006 r., II KK 80/05. „Prokuratura i Prawo (orzecznictwo)” 2006, 5, poz. 6. Chociaż znaleźć można i takie orzeczenie: „Przy umyślnych uszkodzeniach ciała przyjmuje się tak zwany zamiar ogólny, który obejmuje faktycznie powstałe następstwa zadanych umyślnie obrażeń; zakłada się bowiem, że sprawca nie mógł mieć świadomości dokładnego obrazu wszystkich następstw swojego działania, ale działał ze świadomością możliwości powstania daleko sięgającej krzywdy, biorąc pod uwagę rodzaj użytego narzędzia, liczbę i siłę uderzeń, odporność ofiary itp.” — wyrok SA w Katowicach z 8.02.2001 r., II AKA 36/01. „Prokuratura i Prawo” 2002, 3, poz. 15.

trynę<sup>474</sup> ze względu na naruszenie funkcji gwarancyjnej, chociaż bywa przywoływany w przypadku niektórych przestępstw<sup>475</sup>. Zamiar przemienny — według A. Marka — polega natomiast na tym, że sprawca zmierza do jednego z możliwych i **wyobrażonych** skutków (np. śmierć albo uszkodzenie ciała), a odpowiada za ten, który wywołał<sup>476</sup>. Czy to znaczy, że A. Marek dopuszczał taką postać zamiaru? Wydaje się, że tak. Jednak wtedy — przy przyjęciu zamiaru przemiennego — nie byłoby podmiotowych podstaw odpowiedzialności np. za usiłowanie zabójstwa przy równoczesnym spowodowaniu ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Czy można zatem postawić tezę, że dopuszczalność zamiaru przemiennego praktycznie ruguje konstrukcję usiłowania kwalifikowanego? Wydaje się, że można uzasadnić istnienie zamiaru przemiennego, o ile odnosi się do **porównywalnych** (w znaczeniu równorzędnych, równowartościowych), przewidywanych alternatywnie skutków (naruszeń równorzędnych dóbr prawnych). Zatem gdy sprawca swoim zamiarem obejmuje złamanie ręki lub nogi pokrzywdzonemu, rzeczywiście odpowie za wyrządzony uszczerbek. Jednak alternatywa w postaci śmierci lub uszczerbku na zdrowiu doprowadzić musi do przyjęcia konstrukcji usiłowania kwalifikowanego, przy czym dokonanie objęte być musi zamiarem ewentualnym przemiennym.

Ostatecznie można więc chyba postawić tezę, że w większości sytuacji strona podmiotowa usiłowania kwalifikowanego jest swoistą **odwrotnością (odmianą)** konstrukcji przewidzianej w przepisie art. 9 § 3. Strona podmiotowa mieszana, w tradycyjnym ujęciu<sup>477</sup>, odnosi się do przestępstw kwalifikowanych przez następstwa, na które sprawca się nie godził, ale które co najmniej mógł przewidzieć. Warto przy tym zauważyć, że następstwa te, każdorazowo odrębnie określone w ustawie, są bowiem podstawą surowszej odpowiedzialności karnej — swoim szkodliwym oddziaływaniem przewyższają szkodę pierwotnie zamierzoną (lub nie, ale spowodowaną) przez sprawcę. W przypadku usiłowania kwalifikowanego wywołanie innej zmiany w świecie zewnętrznym nie zwiększa ustawowego zagrożenia karą, ta zmiana ma bowiem niższy ciężar gatunkowy niż pierwotnie zamierzona, i chociaż zasadniczo objęta jest co najmniej zamiarem ewentualnym, to jednak nieumyślność dokonania nie wyklucza możliwości przyjęcia usiłowania kwalifikowanego. Z pewnością jednak można założyć, że jeśli skutek planowany objęty był zamiarem ewentualnym, to skutek nieplanowany może być objęty co najwyżej taką samą postacią zamiaru.

<sup>474</sup> G. Rejman, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. G. Rejman..., s. 437—438. Ostatnio zaś K. Banasik, która zauważa m.in., że w wielu przypadkach można by trafniej odzwierciedlić przebieg zdarzenia, a w szczególności element strony podmiotowej czynu, stosując instytucję usiłowania — K. Banasik: „*Dolus generalis*” w *nauce polskiej i austriackiej*. „Prokuratura i Prawo” 2013, 11, s. 83—98.

<sup>475</sup> Por. literaturę i orzecznictwo przywołane w *ibidem*, s. 83.

<sup>476</sup> A. Marek: *Prawo karne...*, 2011, s. 135—136.

<sup>477</sup> Por. jednak: J. Lachowski, w: „System Prawa Karnego”. T. 3..., s. 593.

Zdaniem W. Wróbla i A. Zolla, odnośnie do strony podmiotowej dokonanego czynu zabronionego „w ramach” usiłowania kwalifikowanego „byłaby wskazana wyraźna wypowiedź ustawodawcy, pozwalająca na przypisanie w takim wypadku umyślności spowodowania skutku lżejszego od pierwotnie zamierzonego”. Bez takiej wypowiedzi, zdaniem wymienionych autorów, przyjmowanie umyślności, co występuje w praktyce, nie ma wyraźnej podstawy ani faktycznej, ani prawnej<sup>478</sup>. Dodać jednak należy, że w pracach, którymi kieruje A. Zoll<sup>479</sup>, takich zapowiedzi nie ma. W moim przekonaniu, propozycję taką — przepis pozwalający na **przypisanie** umyślności — cechuje pewien automatyzm i obiektywizm znany w średniowieczu w myśl paremii — *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto* (kto czyni bezprawnie, temu przypisane zostanie wszystko, co z niego wyniknie)<sup>480</sup>, szczególnie naruszający gwarancyjny charakter prawa karnego. Ostatecznie A. Zoll proponuje, aby w takich wypadkach przyjmować kumulatywną kwalifikację prawną czynu zabronionego, prowadzącą do mieszanej strony podmiotowej (np. art. 13 § 1 w zw. z art. 148 § i w zw. z art. 156 § 2)<sup>481</sup>.

## 6. Usiłowanie ukończone i nieukończone

Z perspektywy instytucji czynnego żalu z wielu podziałów usiłowania szczególnego znaczenia nabiera podział na usiłowanie zakończone i niezakończone. Polska doktryna i judykatura bardzo przywiązane są do tych pojęć, pojawia się jednak pytanie, czy posługiwanie się tymi terminami i warunkowanie stosowania poszczególnych form czynnego żalu od ich postaci jest w pełni zasad-

<sup>478</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 239—240.

<sup>479</sup> W dn. 29.06.2011 r. odbyła się konferencja Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, poświęcona podstawom odpowiedzialności karnej, podczas której zostały zaprezentowane trzy stanowiska wobec sformułowanych przez Komisję założeń wstępnych badania potrzeb nowelizacji Kodeksu karnego oraz została przeprowadzona dyskusja w gronie zgromadzonych gości grupujących przedstawicieli nauki i praktyki. Zob. *Założenia wstępne badania potrzeb nowelizacji Kodeksu karnego*. Dostępne w Internecie: <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/konferencje/rok-2011/>. Por. też: A. Zoll: *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 2012, 11, s. 7.

<sup>480</sup> Por. np. T. Przesławski: *Funkcja czynnika psychicznego...*, s. 236.

<sup>481</sup> A. Zoll: *Zbieg przepisów określających typy czynów zabronionych...*, s. 90. Zaznaczyć jednak należy, że o ile rozwiązanie takie nie budzi żadnych wątpliwości formalnych, o tyle warto pamiętać, że — zgodnie z przyjętą w polskiej nauce terminologią — za stronę podmiotową mieszana uważa się regulację z art. 9 § 3, odnoszącą się do czynów zabronionych kwalifikowanych ze względu na następstwa.

ne<sup>482</sup>. Warto zatem przypomnieć, że W. Wolter wyróżniał usiłowanie „zatamowane” i „zaniechane”, przyjmując za kryterium rozróżnienia przyczynę zatrzymania drogi przestępczej. W pierwszym przypadku przyczyna ta leżała poza wolą sprawcy, w drugim zaś — wynikała z jego woli. Czynny żal znoszący odpowiedzialność karną dotyczy jedynie drugiego z przypadków i ma miejsce wtedy, gdy sprawca bądź odstąpił od czynu (jeszcze nieukończonego), bądź zapobiegł skutkowi przestępnemu (gdy czyn jest już zakończony, ale skutek jeszcze nie nastąpił). Jednocześnie autor ten zauważył, że są sytuacje, w których nie można zapobiec nastąpieniu skutku, chociaż również dokonanie jest niemożliwe, wskazując jako przykład niecelny strzał do ofiary. Nazwał je usiłowaniem chybionym<sup>483</sup>, nie rozstrzygając jednak kwestii odpowiedzialności lub jej braku w takich przypadkach. W. Świda, wyróżniając usiłowanie zakończone (pełne) i niezakończony (niepełne), zaznaczał, że odstąpienie od usiłowania jest możliwe tylko w stosunku do usiłowania niezakończony, czynny żal zaś — w stosunku do usiłowania zakończonego<sup>484</sup>.

W jednym z najnowszych podręczników W. Wróbel i A. Zoll wyjaśniają, że usiłowanie ukończone zachodzi wtedy, gdy sprawca wykonał wszystkie czynności, które miały prowadzić do dokonania czynu zabronionego, w przypadku usiłowania nieukończonego zaś nie wykonał wszystkich niezbędnych czynności do realizacji znamion. Nieco inaczej jednak wymienieni autorzy akcentują elementy czynnego żalu, twierdząc, że warunki bezkarności są uzależnione od tego, czy usiłowanie jest nieukończone, czy ukończone; w pierwszym przypadku dla ochrony dobra wystarczy, że sprawca zaniecha dalszej akcji i nie dokończy czynności potrzebnych do dokonania, natomiast w przypadku usiłowania ukończonego ochrona dobra wymaga ze strony sprawcy akcji przeciwstawnej usiłowaniu, prowadzącej do skutecznego zapobieżenia naruszenia dobra (powstaniu skutku)<sup>485</sup>. Podział usiłowania na usiłowanie ukończone i nieukończone ma — zdaniem tych autorów — istotne znaczenie przy ustalaniu bezkarności sprawcy uzasadnionej tzw. czynnym żalem<sup>486</sup>. Jednak konieczność rozwiązania problemu związanego z tzw. usiłowaniem chybionym skłoniła wymienionych autorów do

<sup>482</sup> W projekcie k.k. „ułożonym dla Królestwa Polskiego” przez E. Krzymuskiego w 1917 r. art. 27 § 2 miał treść następującą: „Usiłowanie przestaje być karygodnym, jeżeli sprawca w chwili, gdy jeszcze nie spowodził żadnego skutku przestępnego, dobrowolnie i to niezależnie od pobudek, które go do tego mogły być skłonić, odstąpił od zamierzonego przestępstwa, a przez to, że bądź powstrzymał się od dalszej akcji, bądź już po **doprowadzeniu do końca postanowionej akcji** [podkreśl. O.S.], własną działalnością udaremnił mający z niej wypłynąć skutek przestępny”. — E. Krzymuski: *Projekt kodeksu karnego polskiego. Uwagi autora. Tytuł wstępny i część ogólna*. Warszawa 1918, s. 35.

<sup>483</sup> W. Wolter: *Nauka o przestępstwie...*, s. 272—274. Szerszego przeglądu stanowisk dokonałam w publikacji: *Usiłowanie ukończone i nieukończone...*, s. 88—91.

<sup>484</sup> W. Świda: *Prawo karne*. Warszawa 1989, s. 193—194.

<sup>485</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 236—237.

<sup>486</sup> *Ibidem*, s. 229—230.

modyfikacji „klasycznego” wręcz ujęcia usiłowania ukończonego — podzielili stanowisko SA w Lublinie, w myśl którego „Usiłowanie zakończone to takie usiłowanie, gdzie sprawca uczynił wszystko, co jego zdaniem jest konieczne i możliwe do dokonania czynu zabronionego”<sup>487</sup>. W jeszcze większym stopniu od tradycyjnego ujęcia zagadnienia usiłowania zakończonego i niezakończonego odcina się J. Giezek. Jak słusznie zauważył, o usiłowaniu zakończonym można mówić wtedy, gdy sprawca wykonał wszystkie czynności mające prowadzić do pełnej realizacji znamion czynu zabronionego i nie miał już przedsięwziąć czegośkolwiek, a jedynie oczekiwać rezultatów swojego zachowania. Zatem — jak pisze wymieniony autor — przy usiłowaniu ukończonym kolejne ogniwa łańcucha kauzalnego, mające prowadzić do zamierzonego celu, nie wymagają już żadnej aktywności sprawcy. Czynny żal, w odróżnieniu od odstąpienia od usiłowania, zdaniem tego autora, polega na tym, że sprawca zapobiega powstaniu skutku stanowiącego znamię czynu zabronionego przez własną ingerencję w łańcuch kauzalny<sup>488</sup>. W przypadku tak zdefiniowanego usiłowania ukończonego i nieukończonego ten sam autor wskazuje trudności, o których wielokrotnie wspomniano w literaturze przedmiotu, związane z usiłowaniem chybnym, a które powszechnie ilustrowane są przypadkiem sprawcy, który oddał niecelny strzał do ofiary i w takiej sytuacji rezygnuje z jego ponowienia. J. Giezek wskazuje, że *prima facie* nie jest możliwe ani odstąpienie (bo usiłowanie zostało zakończone), ani zapobieżenie powstaniu skutku (bowiem skutek obiektywnie nie zagraża). Rozwiązanie tego problemu widzi w dwojaki sposób. Pierwszy polega na przyjęciu, że odstąpienie od dokonania jest możliwe również przy usiłowaniu ukończonym (czemu nie stoi na przeszkodzie treść art. 15 k.k.). Alternatywnym rozwiązaniem może być potraktowanie jako usiłowania niezakończonego tak długo zachowania sprawcy, jak długo istniałaby możliwość powtórzenia czynności bezpośrednio zmierzających do dokonania (przy teoretycznym wsparciu treści art. 12 k.k.)<sup>489</sup>.

O powiązaniu odstąpienia i usiłowania niezakończonego niejednokrotnie mówił Sąd Najwyższy, m.in. w wyroku z dn. 5.01.1973 r.<sup>490</sup> oraz z dn. 13.06.1980 r.<sup>491</sup> W orzeczeniu z dn. 8.09.2005 r. SN stwierdził: „O dobrowolnym odstąpieniu od usiłowania można mówić wówczas, gdy sprawca dobrowolnie zrezygnował z popełnienia czynu zabronionego w fazie usiłowania nieukończonego. Jeżeli zachowanie bezpośrednio zmierzające do dokonania osiągnie fazę usiłowania ukończonego, tj. gdy sprawca wykonał wszystkie czynności prowadzące do realizacji znamion czynu zabronionego, to do bezkarności za

<sup>487</sup> Ibidem, s. 238.

<sup>488</sup> M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz: *Prawo karne materialne...*, s. 200—201.

<sup>489</sup> Ibidem, s. 201—202.

<sup>490</sup> Wyrok SN z 5.01.1973 r., III KR 258/72. OSNKW 1973, 7—8, s. 92.

<sup>491</sup> Wyrok SN z 13.06.1980 r., I KR 114/80. OSNPG 1980, 12, 1, s. 45.

usiłowanie przestępstwa konieczne jest zapobiegnięcie przez sprawcę skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego objętego pierwotnym zamiarem sprawcy<sup>492</sup>.

Równocześnie w piśmiennictwie spotyka się poglądy wiążące określoną formę usiłowania (ukończonego lub nieukończonego) z rodzajem przestępstw skutkowych lub bezskutkowych. I tak np. J. Wojciechowski pisze, że pomówienie (art. 212) jest przestępstwem bezskutkowym — formalnym, a zatem jego popełnienie nie jest możliwe w postaci usiłowania ukończonego<sup>493</sup>, co oczywiście też musiałoby mieć przełożenie na dopuszczalność konkretnej formy czynnego żalu.

Na tle przytoczonych poglądów nietrudno zauważyć zgodne zarówno w piśmiennictwie, jak i judykaturze powiązanie formy usiłowania z formą czynnego żalu.

Jednocześnie podkreślić należy, że sam ustawodawca wyróżnia jedynie usiłowanie udolne i nieudolne, niemniej konstruuje zasady odpowiedzialności za nie, nie posługuje się wspomnianymi terminami. O czynnym żalu przewidzianym w przepisie art. 15 § 1 stanowi jedynie, że nie podlega karze za usiłowanie sprawca, który dobrowolnie odstąpił od dokonania lub zapobiegł skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego. Skąd zatem w doktrynie pojawiły się nazwy „usiłowanie nieukończone” i „usiłowanie ukończone”? Po raz kolejny należy sięgnąć do historii konstrukcji usiłowania.

Jak wcześniej wspomniano<sup>494</sup>, E. Krzymuski pisał, że im dalszą stację sprawca osiągnie swym zachowaniem w pochodzie przestępstwa, tym kara powinna być surowsza (ale mniejsza niż za dokonanie), gdyż pozwoli sędziemu przekonać się z większą pewnością, że zamiarem sprawcy było istotnie doprowadzenie do końca swego przedsięwzięcia. Zasada ta z czasem otrzymała tak wielkie uznanie, że pojęcie usiłowania karygodnego nie obejmuje już dzisiaj wszystkich aktów, dających się zakwalifikować jako charakterystyka usiłowania, a mianowicie karygodne usiłowanie nie zaczyna się — jak zaznaczał E. Krzymuski — od pierwszego aktu, jaki może zostać zrealizowany przez sprawcę w celu dokonania jakiegoś przestępstwa. Uznanie zachowania sprawcy za usiłowanie karygodne wymaga, aby stanowiło ono akt tak bliski przestępstwu, że nie ulega wątpliwości to, że zamiarem sprawcy było dokonanie przestępstwa<sup>495</sup>. J. Makarewicz odnotował, że w średniowiecznym włoskim prawie usiłowanie przestępstwa traktowano łagodniej w miarę oddalania się od skutku, podobne rozwiązania znaleźć można było w dziewiętnastowiecznym szwajcarskim ustawodawstwie

<sup>492</sup> Wyrok z 8.09.2005 r., II KK 10/05. LEX nr 157547, podobnie wyrok z 20.11.2007 r., III KK 254/07. OSNKW 2007, 1, s. 2653.

<sup>493</sup> J. Wojciechowski, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 117—221*. Red. A. Wąsek. Warszawa 2006, s. 1157.

<sup>494</sup> Por. rozdział drugi niniejszej pracy.

<sup>495</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki...*, s. 133—135.

kantonalnym, duńskim, a nawet meksykańskim. Jak pisał wspomniany autor, bardzo charakterystyczne są postanowienia meksykańskiego kodeksu karnego z 1871 r. — przy przestępstwach umyślnych rozróżniano tam mianowicie cztery stopnie: usiłowanie, podjęte przestępstwo, udaremnione przestępstwo, dokonane przestępstwo. Usiłowanie karane jest 1/5 kary, jaką otrzymałby sprawca za popełnienie przestępstwa, podjęcie czynności przestępczej stanowi 1/2—2/5 kary, a udaremnione przestępstwo — 2/5—2/3 kary<sup>496</sup>. Jak słusznie podkreśla J. Makarewicz, z subiektywnego punktu widzenia podział ten jest całkowicie obojętny (jeśli ujawniła się wola przestępstwa, to nie ma znaczenia, czy i jak wiele brakowało do jej realizacji), a prawdziwą przyczyną przytoczonego rozróżnienia był ukryty obiektywizm. Przyjęta w austriackiej ustawie z 1787 r. (Józefina) zasada: „Już samo usiłowanie stanowi przestępstwo”, uczyniła bezzasadnym rozróżnianie usiłowania odległego, bliskiego i najbliższego<sup>497</sup>.

Zatem rozróżnienie usiłowania na niezakończone i zakończone jest uzasadnione historycznie, dzisiaj już jednak nie ma znaczenia, odpadły bowiem przesłanki ówczesnego różnicowania, a nie pojawiły się nowe.

Niemniej, jak zauważa K. Tkaczyk, analizując wybrane systemy prawa karnego w Europie, podział na dwie postaci czynnego żalu powiązane z postaciami usiłowania jest obecny w Niemczech, Austrii, we Włoszech, na Ukrainie. W Szwajcarii konstrukcja zakładająca, że odstąpienie jest możliwe tylko i wyłącznie na etapie usiłowania nieukończonego, o klasycznym czynnym żalu zaś można mówić dopiero wtedy, gdy czyn sprawcy wejdzie w fazę usiłowania już ukończonego, ma wręcz charakter normatywny<sup>498</sup>. Co ciekawe, z bogatej literatury przytacza ona jedynie stanowisko M. Blöckera, przeciwnika rozróżniania usiłowania ukończonego i nieukończonego. Jak wskazuje autor, zwrot „ukończone usiłowanie” jest błędny, szczególnie w sytuacjach, w których rzeczywiste dokonanie czynu pozostaje w znacznym oddaleniu od podjętych przez sprawcę w ramach usiłowania czynności; usiłowanie zawsze pozostaje tylko zamiarem do dokonania<sup>499</sup>.

W moim przekonaniu, postaci skutecznego czynnego żalu opisane w treści art. 15 § 1 k.k. nie są zróżnicowane na podstawie dwóch postaci usiłowania

<sup>496</sup> J. Makarewicz: *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*. Lublin 2009, s. 448. F. Maciejowski wyróżniał jeszcze usiłowanie odległe, dzielące się na przysposabiające i napięte, oraz usiłowanie bliskie, dzielące się na proste i znakomitsze, czyli „nader bliskie dokonania” — F. Maciejowski: *Wykład prawa karnego w ogólności z zastosowaniem Kodeksu Kar Głównych i Porządkowych z dnia 20 grudnia (1 stycznia) 1848 r. w Królestwie Polskim obowiązującego, tudzież ustawy przewodniej i instrukcji dla sądów*. Warszawa 1848, s. 114—116.

<sup>497</sup> J. Makarewicz: *Wstęp do filozofii...*, s. 448—449.

<sup>498</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym w aspekcie prawnoporównawczym*. Przemyśl 2008, s. 136—159.

<sup>499</sup> M. Blöcker: *Die Tätige Reue*. Baden-Baden 2000, s. 25, cyt. za: K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 134.



(zakończonego lub nie), ale według **wymogów** stawianych sprawcy warunkujących bezkarność — stąd mamy dwie, a w zasadzie trzy postacie skutecznego czynnego żalu odnoszącego się do usiłowania (odstąpienie od dokonania, zapobiegnięcie skutkowi, „kwalifikowany” czynny żal) — do czego jeszcze w części poświęconej czynnemu żalowi przyjdzie wrócić<sup>500</sup>.

## 7. Karalność usiłowania

Czynny żal okazany przez sprawcę związany z usiłowaniem ma szczególne znaczenie dla karalności zachowania sprawcy lub jej braku. Nieodzwonne zatem staje się poczynienie ustaleń odnoszących się do karalności samego usiłowania. W myśl przepisu art. 14 § 1, sąd wymierza karę za usiłowanie udolne w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa (typu czynu zabronionego). Zdaniem G. Rejman, przepis ten wyraża myśl, że z punktu widzenia sprawstwa usiłowanie jest równoznaczne z dokonaniem<sup>501</sup>. W uzasadnieniu projektodawca wskazywał, że stopień karygodności usiłowania jest z reguły zasadniczo niższy w porównaniu ze stopniem karygodności w przypadku dokonania przestępstwa<sup>502</sup>. R. Zawłocki podkreśla jednak, że zasada wyrażona w przepisach art. 14 opiera się na słusznym — jego zdaniem — założeniu, że podstawą karnoprawnego zarzutu jest wyjściowe zachowanie sprawcy, a karnoprawna doniosłość jego czynu generalnie nie ulega zmniejszeniu tylko z tego powodu, że sprawcy nie udało się osiągnąć zamierzonego rezultatu, mimo wszelkich starań. Jednocześnie, przywołując W. Wróbla i A. Zolla, autor ten dodaje, że zrównanie karalności za usiłowanie z karalnością za dokonanie stanowi konsekwencję uwzględnienia priorytetu subiektywnej strony zachowania się sprawcy czynu zabronionego, a w szczególności tożsamości dla usiłowania i dokonania zamiaru dokonania przestępstwa, tj. woli naruszenia dobra prawnego podlegającego karnoprawnej ochronie<sup>503</sup>. Tym samym, mimo projektowanych zmian w zakresie odpowiedzialności karnej za usiłowanie, ostatecznie ustawo-

<sup>500</sup> Należy jednak podnieść, że zupełnie niezrozumiałe wydaje się rozwiązanie przyjęte we Włoszech, gdzie od postaci wykazanego przez sprawcę czynnego żalu zależy karnoprawna reakcja. W przypadku odstąpienia jest to obligatoryjna bezkarność, w przypadku zaś zapobiegnięcia skutkowi — obligatoryjne złagodzenie kary — Por. K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 147.

<sup>501</sup> G. Rejman, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. G. Rejman..., s. 574.

<sup>502</sup> *Nowe kodeksy karne — z 1997 r. z uzasadnieniami...*

<sup>503</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna. T. 1. Komentarz do art. 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 627 i przywołany W. Wróbel, A. Zoll: *Prawo karne...*, s. 222.

dawca utrzymał model pełnej odpowiedzialności wzorem ustawodawstwa z lat 1932 i 1969, a nie ograniczoną do wysokości 2/3 ustawowego zagrożenia przewidzianego za dokonanie (art. 14 § 2 projektu k.k. z 1994 r.)<sup>504</sup>. Decyzję taką pozytywnie przyjęła część polskiej doktryny, m.in. A. Wąsek<sup>505</sup> i J. Giezek<sup>506</sup>. Podobnie nie została ostatecznie przyjęta propozycja ograniczenia karalności usiłowania przez wprowadzenie zasady, że usiłowanie występkę zagrożonego karą nieprzekraczającą 2 lat pozbawienia wolności lub łagodniejszą jest karalne tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi (art. 14 § 1)<sup>507</sup>. Rozwiązanie takie uzasadniane było przyjętym założeniem, że podstawą karnoprawnego bezprawia jest rzeczywiste zagrożenie lub zniszczenie dobra prawnego, a nie tylko ujemna etyczna ocena popełnianego czynu<sup>508</sup>. Również obecnie — w toku dyskusji nad założeniami wstępnymi badania potrzeb nowelizacji kodeksu karnego — kwestia ograniczenia karalności ciągle powraca<sup>509</sup>. Należy jednak zauważyć, że rozwiązania proponowane w projekcie k.k. z 1994 r. zostały przyjęte w prawie karnym skarbowym — w § 1 art. 21 k.k.s.<sup>510</sup> ustawodawca wprowadził nieznaną

<sup>504</sup> *Projekt Kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 1994, 2 [wkładka].

<sup>505</sup> A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. (art. 1—31)..., s. 207. Już na etapie projektu wątpliwości zgłaszali: L. Gardocki: *Uszanować tradycję*. „Palestra” 1993, 3—4, s. 35—37; W. Mąciór: *O usiłowaniu reformowania prawa karnego*. „Państwo i Prawo” 1992, 10, s. 93. W przedstawionych przez P. Kardasa i M. Rodzyńkiewicza uwagach sędziów i prokuratorów do projektu k.k. również dominuje krytyczne podejście wśród ankietowanych, uzasadniane trudnym zrozumieniem premiowania sprawców, którzy nie osiągnęli zamierzonego celu z przyczyn od siebie niezależnych. Ostatecznie w przyjętych autopoprawkach Prezydium Komisji ds. Reformy Prawa Karnego przychyliło się do rezygnacji z zagrożeń ułamkowych w przypadku usiłowania — P. Kardas, M. Rodzyńkiewicz: *Projekt kodeksu karnego w świetle opinii sądów i prokuratur...*, s. 52.

<sup>506</sup> J. Giezek, w: J. Giezek: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz...*, 131.

<sup>507</sup> *Projekt Kodeksu karnego...* [wkładka]. Warto zauważyć, że w projekcie k.k. z 1963 r. proponowano karalność usiłowania tylko w tych wypadkach, gdy czyn zagrożony jest karą powyżej 3 lat pozbawienia wolności, i gdy przepis szczególnie tak stanowi. Rozwiązanie to skrytykował m.in. A. Marek: *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa...*, s. 101.

<sup>508</sup> *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 1994, 3 [wkładka], s. 11.

<sup>509</sup> Dostępne w Internecie: <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/konferencje>. Por. też: A. Zołł: *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego...*, s. 7. Jak wskazuje autor, Komisja Kodyfikacyjna rozważa potrzebę zbliżenia do siebie karalności usiłowania przyjętej w kodeksie karnym skarbowym i w kodeksie karnym. W szczególności — dodaje wspomniany autor — wydaje się nieuzasadnione penalizowanie w każdym wypadku usiłowania przestępstwa o już abstrakcyjnie ujmowanym małym stopniu społecznej szkodliwości czynu. Stąd nowa propozycja brzmienia przepisu art. 14: „§ 1. Sąd wymierza karę za usiłowanie w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa. § 2. Usiłowanie przestępstwa zagrożonego karą nieprzekraczającą 2 lat pozbawienia wolności lub karą łagodniejszą jest karalne tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi”.

<sup>510</sup> „Art. 21 § 1. Usiłowanie przestępstwa skarbowego zagrożonego karą nieprzekraczającą roku pozbawienia wolności lub karą łagodniejszą jest karalne tylko wtedy, gdy kodeks tak

dotąd w prawie polskim, a charakterystyczną dla germańskich systemów prawa karnego **konstrukcję klauzuli karalności usiłowania**<sup>511</sup>. Uzasadnienie takiego rozwiązania — siłą rzeczy — jest identyczne; przyjęto ogólne założenie, że „podstawą karnoprawnego bezprawia jest rzeczywiste zagrożenie lub naruszenie dobra finansów publicznych. Oznacza to, że w zakresie przestępstw skarbowych regułą jest odpowiedzialność za stadium ich dokonania”<sup>512</sup>. Przyznać jednak należy, że odwoływanie się — w uzasadnieniu do ewentualnego ograniczenia odpowiedzialności i karalności usiłowania — do kwestii bezprawia jest o tyle nietrafne, że jego istnienie lub brak **nie zależy przecież od wagi czynu zabronionego**. Inaczej sytuacja wygląda, gdy zakres karalności powiązany zostanie z zaproponowanym w pracy uzasadnieniem usiłowania. Rodzaj bowiem usiłowanego czynu zabronionego, jego waga i ciężar mają bezpośredni wpływ na zachwianie poczucia bezpieczeństwa.

Należy zatem za G. Rejman powtórzyć pytanie, czy określony ustawowo wymiar kary za usiłowanie dotyczy tylko kary zasadniczej (dziś należałoby powiedzieć po prostu: kar), czy też innych kar, środków karnych lub kompensacyjnych, np. nawiązki<sup>513</sup>. W kwestii tej wypowiedział się w 1975 r. SN, konstatuując, że „Stosownie do art. 12 § 1 k.k. sąd wymierza karę za usiłowanie w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego rodzaju przestępstwa, przy czym przepis ten nie przewiduje żadnych ograniczeń co do rodzaju i zakresu kar wymierzonych za usiłowanie w stosunku do kar za dokonanie przestępstwa. A zatem ustawowy wymiar kary za usiłowanie odpowiada ustawowemu wymiarowi kary za dokonanie przestępstwa — zarówno w zakresie kary zasadniczej, jak i kar dodatkowych”<sup>514</sup>. Głosę do tego orzeczenia zaprezentował L. Gardocki, aprobując tezę SN jako zasadę ogólną. Zakwestionował jednak możliwość jej zastosowania co do kary dodatkowej konfiskaty mienia (a tej

---

stanowi. § 2. Za usiłowanie można wymierzyć karę w wysokości nieprzekraczającej dwóch trzecich górnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa skarbowego”.

<sup>511</sup> G. Bogdan, w: G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. Światłowski: *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*. Gdańsk 2007, s. 107. Por. też P. Lewczyk: *Usiłowanie przestępstwa karnego skarbowego*. „Prokuratura i Prawo” 2012, 7—8, s. 37. Przeglądu karalności usiłowania w innych porządkach prawnych dokonali: S. Pławski: *Prawo karne (w zarysie)*. T. 2..., s. 11—16 oraz B. Kunicka-Michalska: *Zarys prawa karnego Hiszpanii*. Warszawa 2009, s. 126, gdzie autorka wskazuje, że w Hiszpanii usiłowanie przestępstw jest karalne, natomiast *faltas* (czyny niebędące — w opinii autorki — wykroczeniami, a kategorią pośrednią między występkami a wykroczeniami) podlegają karze jedynie za dokonanie, chyba że zgodnie z zamiarem sprawcy są to *faltas* przeciw osobie lub mieniu (art. 15 ust. 2. k.k. z 1995 r.).

<sup>512</sup> Za: L. Wilk, J. Zagrodnik: *Prawo karne skarbowe*. Warszawa 2009, s. 82.

<sup>513</sup> G. Rejman, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. G. Rejman..., s. 574.

<sup>514</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 29.04.1975 r., VI KRN 46/74. OSNKW 1975, 8, s. 104. Lex 18997.

kary dodatkowej dotyczyła sprawa)<sup>515</sup>. Zwrócić należy jednak uwagę, że orzeczenie SN zostało wydane pod rządami k.k. z 1969 r., w którym kary dzieliły się na kary zasadnicze i kary dodatkowe, zatem do przeprowadzenia wykładni całkowicie wystarczała metoda logiczno-językowa, na którą powoływał się SN. W obecnym porządku prawnym, wobec występowania oprócz kar środków karnych, kompensacyjnych, przypadku (a także probacyjnych i zabezpieczających), nie można sięgać do tego orzeczenia bezrefleksyjnie. Zdaniem R. Zawłockiego, skoro w polskim prawie karnym brakuje normy, która pozwalałaby różnicować odpowiedzialność sprawców usiłowania w zakresie środków karnych, należy zastosować regułę logiczną (*a maiori ad minus*), zgodnie z którą, jeżeli ustawodawca zrównuje odpowiedzialność w zakresie kar, to tym bardziej w zakresie środków karnych<sup>516</sup>. Podzielając zasadniczo to stanowisko, zastrzec tylko należy, że specyfika niektórych środków karnych lub kompensacyjnych może całkowicie uniemożliwić ich orzeczenie w przypadku usiłowania dokonania przestępstwa. Jednocześnie jednak wzbogacenie katalogu środków kompensacyjnych, wśród których — oprócz obowiązku naprawienia szkody — pojawia się zadośćuczynienie za doznaną krzywdę (co ostatecznie ucina wątpliwości co do wąskiego lub szerokiego pojęcia szkody<sup>517</sup>), sprawia, że w zasadzie nie ma przeszkód w stosowaniu tych środków nawet przy braku dokonania przestępstwa. Jednak, jak zastrzega Ł. Pohl, środek ten może być orzeczony jedynie wówczas, gdy krzywda wpisana jest w realizację znamion przestępstwa, którego dopuścił się sprawca. Nie wystarczy więc — zdaniem tego autora — wykazanie kauzalnego związku z zachowaniem sprawcy, musi zachodzić również związek normatywny<sup>518</sup>. Mając na uwadze definicję krzywdy (szkody niemajątkowej) — ujmowanej jako ujemne przeżycia poszkodowanego związane z cierpieniem fizycznym lub psychicznym, wynikające ze zdarzenia będącego źródłem szkody<sup>519</sup> — można chyba **twierdząco** odpowiedzieć na pytanie, czy pojęcie to wpisane jest w znamiona usiłowania. Jak wcześniej wykazano, usiłowanie przestępstwa może doprowadzić do powstania szkody niematerialnej (krzywdy), jakiej dozna pokrzywdzony, który miał się stać ofiarą dokonanego przestępstwa. Będzie to krzywda analogiczna do tej, spowodowanej groźbą karalną. Równocześnie podkreślić należy, że nie będzie

<sup>515</sup> L. Gardocki: *Glosa do wyroku składu 7 sędziów z 29 IV 1975 r., VI KRN 46/74*. „Państwo i Prawo” 1976, 1—2, s. 271—273.

<sup>516</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do art. 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 627. Podobne stanowisko wyrazili W. Wróbel i A. Zoll — W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 236.

<sup>517</sup> Por. A. Marek, T. Oczkowski: *Obowiązek naprawienia szkody jako środek karny*. W: „System Prawa Karnego”. T. 6. *Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*. Red. M. Melezini. Warszawa 2010, s. 712—713 i przywołana tam literatura.

<sup>518</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład...*, s. 431.

<sup>519</sup> Z. Radwański: *Zobowiązania — część ogólna*. Warszawa 1995, s. 217 oraz H. Witczak, A. Kwałko: *Zobowiązania*. Warszawa 2012, s. 40.

związku normatywnego między zachowaniem sprawcy usiłującym dokonać przestępstwa a uczuciem strachu naocznych i pośrednich świadków zdarzenia. Warto jednak przytoczyć fragment orzeczenia SN, wywołującego dość krytyczne stanowisko w doktrynie. SN stwierdził: „W orzecznictwie sądów apelacyjnych, a ostatnio także w jednym orzeczeniu Sądu Najwyższego (postanowienie z dnia 8 marca 2008 r., III KK 345/07, BPK SN 2008, nr 7, s. 27), wyrażony został pogląd, że sam przepis art. 445 § 1 k.c., z wyłączeniem unormowania zawartego w jego § 3, w związku z art. 444 § 1 zd. 1 k.c., dopuszcza »możliwość zrekompensowania poprzez zadośćuczynienie krzywdy wynikłej z rozstroju zdrowia osób bliskich ofiary umyślnego przestępstwa przeciwko życiu, doznanej w wyniku wstrząsu psychicznego wywołanego tym przestępstwem«, a więc czynem niedozwolonym, co uprawnia taką osobę, jako bezpośrednio pokrzywdzoną przestępstwem (art. 49 § 1 k.p.k.), do złożenia wniosku, o którym mowa w art. 46 § 1 k.k. Zdaniem obecnego składu Sądu Najwyższego, w tym ostatnim wypadku nie mamy do czynienia z bezpośrednim pokrzywdzeniem zachowaniem wypełniającym ustawowe znamiona czynu zabronionego. Orzecznictwo Sądu Najwyższego pozwala uwzględniać także krzywdę, ale zawsze musi ona mieć aspekt majątkowy, i to taki, o którym mowa w art. 446 § 3 k.c., zatem ogólną regułą jest niedopuszczalność odszkodowania w wypadku istnienia jedynie krzywdy tzw. moralnej osoby najbliższej. Pamiętając o tym, że roszczenie o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę przysługuje wyłącznie w wypadkach określonych w ustawie [...], należy mieć na uwadze to, że Kodeks cywilny precyzyjnie określa sytuacje, które mogą być podstawą do dochodzenia takiego roszczenia (art. 445 § 1 i 2 k.c., art. 448 *in princ.* k.c.)<sup>520</sup>. Zdaniem W. Zalewskiego, nie można się zgodzić z SN, że roszczenie o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę przysługuje wyłącznie w wypadkach określonych w ustawie. Takie zapatrywanie — przekonuje autor — zdaje się pomijać fundamentalną zmianę w k.c. dokonaną w 1996 r. Autor przypomina, że art. 448 k.c. w obecnym kształcie stanowi, że w razie naruszenia dobra osobistego sąd może przyznać temu, czyje dobro osobiste zostało naruszone, odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę lub na jego żądanie zasądzić odpowiednią sumę pieniężną na wskazany przez niego cel społeczny, niezależnie od innych środków potrzebnych do usunięcia skutków naruszenia<sup>521</sup>. Dyskusja ta — jak się wydaje — straciła nieco na aktualności z dn. 8.06.2010 r., kiedy to weszła w życie nowelizacja art. 39 pkt 5, dokonana mocą ustawy z 5.11.2009<sup>522</sup>.

<sup>520</sup> Postanowienie SN z dn. 28 kwietnia 2008 r., I KZP 6/08. LEX 370233.

<sup>521</sup> W. Zalewski: *Glosa do postanowienia SN z dn. 28 kwietnia 2008 r., I KZP 6/08.* LEX, „GSP-Przegląd Orzecznictwa” 2009, 1, s. 103—114.

<sup>522</sup> Dz.U. nr 206, poz. 1589.

Kwestia karalności usiłowania rodzi jeszcze jeden problem. Dość powszechnie w piśmiennictwie<sup>523</sup> i orzecznictwie<sup>524</sup> głosi się pogląd, że kara wymierzona za usiłowanie dokonania przestępstwa powinna być w zasadzie łagodniejsza od kary, jaką należałoby orzec za jego dokonanie. Z poglądem takim nie zgadza R. Zawłocki, podkreślając, że stanowisko takie nie ma uzasadnienia normatywnego i faktycznego. Wskazuje on, że brak ustawowych podstaw do modyfikacji karania za usiłowanie nie pozwala na sformułowanie jakiegokolwiek zasady w tym względzie<sup>525</sup>. Dodaje także, że „w konkretnej sprawie (usiłowania) odpowiednia jest kara wynikająca z zastosowania zasad ustawowego i sądowego wymiaru kary, których nie odnosi się do potencjalnego (abstrakcyjnego) dokonania tego (czy też takiego) przestępstwa”. Zdaniem autora, kara wymierzona za faktyczne usiłowanie w żaden sposób nie jest determinowana karą za potencjalne dokonanie. Zasada ta pozostaje aktualna również w przypadku, gdy także dokonanie jest faktem, np. wtedy, gdy sprawca jednym czynem usiłował popełnić przestępstwo, a drugim odrębnym czynem dokonał tego przestępstwa. Przyjmując, że sprawca popełnia tutaj dwa odrębne przestępstwa, stosując dyrektywy wymiaru kary, teoretycznie za pierwsze (usiłowanie) można wymierzyć mu karę surowszą niż za drugie (dokonanie)<sup>526</sup>. Trudno zgodzić się z takim poglądem. Przed wszystkim sąd wymierzając karę musi uwzględnić stopień społecznej szkodliwości czynu; zachowana być musi współmierność wymiaru kary do ciężaru przestępstwa<sup>527</sup>, a to oznacza konieczność uwzględnienia rozmiarów wyrządzonej lub grożącej szkody, jak również rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa. Nie ma chyba wątpliwości, że wyrządzona szkoda o wiele bardziej podwyższa stopień społecznej szkodliwości czynu niż szkoda grożąca, nawet jeśli do „wartości” grożącej szkody — tu ustawodawca nie zdecydował się na „uzupełnienie” dyrektywy o okoliczność doznania „krzywdy” — dodamy następstwa w postaci krzywdy wywołanej usiłowaniem (strach, lęk itp.). Przynajmniej należy również stanowisko A. Spotowskiego, który akcentował, że porównując stopień

<sup>523</sup> Por. np. A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. (art. 1—31)..., s. 208; J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., s. 130. Warto również odnotować, że J. Makarewicz wskazywał, że „kodeks nie wspomina nigdzie o usiłowaniu jako okoliczności łagodzącej” — J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem...*, s. 84. Dodać przy tym należy, że wtedy art. 59 k.k. z 1932 r., statuujący nadzwyczajne złagodzenie kary, instytucję tę przewidywał tylko w przypadkach określonych w ustawie (a więc bez klauzul generalnych).

<sup>524</sup> Por. np. wyrok SN z 6.02.1976 r., Rw 45/76. OSNKW 1976, 4—5, poz. 64. LEX 19119.

<sup>525</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do art. 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 579.

<sup>526</sup> Ibidem, s. 628.

<sup>527</sup> M. Królikowski, S. Żółtek, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 2. *Komentarz do art. 33—116*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Warszawa 2011, s. 302—303; V. Konarska-Wrzosek: *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*. Toruń 2002, s. 86—88.

społecznego niebezpieczeństwa (wypowiedź pochodzi z 1980 r.) usiłowania i dokonania nie można brać pod uwagę rzeczywiście popełnionego usiłowania i rzeczywiście popełnionego dokonania określonego przestępstwa, ponieważ okoliczności działania, a także elementy podmiotowe mogą w sposób decydujący wpłynąć na ocenę tego stopnia. Podkreślić należy słuszną konstatację autora, że porównywać można konkretne zachowanie się sprawcy polegające na usiłowaniu z hipotetycznym przebiegiem zdarzenia prowadzącym do dokonania (a mówiąc ściślej, z hipotetycznym dokonaniem), albo też konkretne dokonanie przestępstwa przez danego sprawcę z sytuacją, jaka występowałyby, gdyby jego działalność przestępcza zatrzymała się w fazie usiłowania<sup>528</sup>. Zatem głosząc pogląd o łagodniejszej karze za usiłowanie niż za dokonanie, nie chodzi o determinowanie kary za usiłowanie karą za dokonanie (jak pisze R. Zawłocki), ale o porównanie. W uzasadnieniu projektu k.k. z 1997 r. projektodawca wprost zaznaczył (o czym była już mowa), że stopień karygodności usiłowania jest zasadniczo niższy w porównaniu ze stopniem karygodności w przypadku dokonania przestępstwa<sup>529</sup>. Zdaniem A. Zolla, zagrożenie za usiłowanie powinno znacznie odbiegać od zagrożenia za zniszczenie dobra, co ma wynikać ze znacznych różnic w warstwie przedmiotowej między usiłowaniem (polegającym na narażeniu dobra) a dokonaniem. Takie podejście jest efektem wniosku autora, że podstawą typu czynu zabronionego polegającego na naruszeniu dobra i czynu zabronionego polegającego na usiłowaniu naruszenia tego dobra są jednak różne normy<sup>530</sup>. W moim przekonaniu, wniosek A. Zolla jest zbyt daleko idący — zaakceptowanie koncepcji odmiennych norm powoduje jedynie, że nie można „automatycznie” przyjmować identycznego zagrożenia karą, ale można — jak się wydaje — ocenić karygodność na tym samym poziomie. Idea odrębnych norm się temu nie sprzeciwia. Niemniej odrębność norm z powodzeniem uzasadnić może „wybiórczą” kryminalizację usiłowania.

Jednocześnie nie może budzić wątpliwości stanowisko, w myśl którego samo usiłowanie nie stanowi dostatecznej podstawy zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary zgodnie z treścią przepisu art. 60 § 2 (argument z art. 14 § 2)<sup>531</sup>.

Warto również odnotować pewną szczególną prawidłowość — jeśli brak dokonania (zarówno możliwego, jak i niemożliwego) wynikał z tzw. przypadku, to większa jest skłonność do orzekania kar surowszych, a w uzasadnieniu podkreśla się, że nie może liczyć na pobłażliwość ten, który wyłącznie z powo-

<sup>528</sup> A. Spotowski: *O odstąpieniu od usiłowania*. „Państwo i Prawo” 1980, 6, s. 89.

<sup>529</sup> *Nowe kodeksy karne — z 1997 r. z uzasadnieniami...*

<sup>530</sup> A. Zoll: *O normie z punktu widzenia prawa karnego*. „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, s. 82.

<sup>531</sup> J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary w polskim systemie prawa karnego (analiza dogmatyczna w ujęciu materialnoprawnym)*. Kraków 2008, s. 177.

du przypadku czynu nie dokonał. Jeśli natomiast brak dokonania jest efektem niezaradności sprawcy, jego ubytków intelektualnych, to dopuszczalna większa pobłażliwość<sup>532</sup>. Czy można zatem dopatrywać się w takim podejściu tryumfu subiektywizmu? A nieporadność miałaby — zupełnie niezasadnie — świadczyć o mniejszym nasileniu złej woli?

Chciałabym także zwrócić uwagę na jeszcze jedno zagadnienie. Kwestionując wcześniej sens i zasadność podziału na usiłowanie ukończone i nieukończone, zadać należy jednak pytanie, czy podział ten ma znaczenie nie ze względu na czynny żal, ale „naganność” zachowania sprawcy ocenianą stopniem zaawansowania popełnienia czynu zabronionego (usiłowanie ukończone jest bliższe dokonaniu). Czy gdy dwóch sprawców usiłowało zabić, strzelając do swych ofiar — jeden strzelił, ale chybił, drugi wymierzył, lecz strzału nie zdążył oddać — zawartość kryminalnego bezprawia jest taka sama? W ślad za tym musi więc pojawić się następne pytanie, czy jeśli *de lege lata* i nawet *de lege ferenda* normatywnie rozróżnianie usiłowania nie występuje, powinno znaleźć odzwierciedlenie w karze. Wydaje się, że podobnie jak przygotowanie niepełne i pełne<sup>533</sup>, podział na usiłowanie ukończone i nieukończone może mieć znaczenie dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu<sup>534</sup>, a co za tym idzie — dla wymiaru kary.

Karalność usiłowania nieudolnego oparta jest na tych samych zasadach co w przypadku usiłowania udolnego, z zastrzeżeniem, że — w myśl obowiązujących przepisów — sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia<sup>535</sup>. Z tego też powodu dość często przywoływany jest znamieny wyrok SN z 1973 r., zgodnie z którym przepis „dotyczący odpowiedzialności za tzw. usiłowanie nieudolne daje sądowi możliwość zastosowania wobec sprawcy nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia, jednakże już przewidziane w tej samej ustawie możliwości gradacji odpowiedzialności takiego sprawcy: 1) odpowiedzialność

<sup>532</sup> Por. np. wyrok SN z 1.10.2002 r., V KKN 238/01. LEX nr 56826 — „Gdy nieudolność usiłowania wynika z braku przedmiotu nadającego się do dokonania na nim przestępstwa, a nie z użycia środka nienadającego się do popełnienia przestępstwa i gdy brak takiego przedmiotu jest wynikiem czystego przypadku, niemającego związku z celowymi działaniami sprawcy, to z reguły nie będzie podstaw do stosowania wobec niego nadzwyczajnego złagodzenia kary, a tym bardziej odstąpienia od jej wymierzenia tylko z powodu tej nieudolności”.

<sup>533</sup> E. Kunze: *Przygotowanie przestępstwa...*, s. 26.

<sup>534</sup> Por. również stanowisko D. Gajdus, chociaż dla niej takie znaczenie nie jest wyłączone — również silne znaczenie uzasadniające ten podział usiłowania mają formy czynnego żalu — D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 85. Porównaj też ciekawe uwagi na temat rozwiązań włoskich zaprezentowane przez K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 147.

<sup>535</sup> Szerzej na temat rozróżnienia „niepodlegania karze” oraz „odstąpienia od jej wymierzenia” zob. rozdział dotyczący czynnego żalu.



zwykła, 2) nadzwyczajne złagodzenie kary, 3) odstąpienie od wymierzenia kary — wskazują, że z ostatniej ewentualności korzystać należy w wyjątkowych wypadkach<sup>536</sup>. Wyrok ten, w części odnoszącej się do zasady wymiaru kary za usiłowanie nieudolne, pozytywnie oceniła K. Daszkiewicz<sup>537</sup>. A. Zoll w pełni aprobuje też inny wyrok SN, który stanowi: „mając możliwość wyboru kary między orzeczeniem kary przewidzianej za dane przestępstwo a nawet odstąpieniem od wymierzenia kary, sąd w zasadzie powinien wybrać środek pośredni, polegający na wymierzeniu kary nadzwyczajnie złagodzonej. Tylko okoliczności szczególnie obciążające przemawiałyby za odstąpieniem od nadzwyczajnego złagodzenia kary, podobnie jak okoliczności szczególnie łagodzące stanowiłyby podstawę do odstąpienia kary w ogóle<sup>538</sup>. Jednak zdaniem A. Wąska, stanowisko takie razi dogmatycznym schematyzmem<sup>539</sup>. W moim przekonaniu, brak podstaw normatywnych nakazujących „wychodzenie” od uśrednionego zagrożenia; nie dzieje się tak ani przy zwykłym orzekaniu kary, ani w przypadku zaistnienia nadzwyczajnych okoliczności<sup>540</sup>. Ponadto powstaje pytanie, czy różnica w karygodności między usiłowaniem udolnym a nieudolnym — zasadniczo — pozwala na takie postawienie tezy. Słusznie bowiem zauważa P. Gensikowski, że odstąpienie od wymierzenia kary jest instytucją sądowego wymiaru kary, sąd zatem musi wziąć pod uwagę, przy rozważeniu jego zastosowania, dyrektywy wymiaru kary przewidziane w art. 53 § 1. Ponieważ źródłem uprzywilejowania, jak wskazuje wspomniany autor, usiłowania nieudolnego jest umniejszony stopień społecznej szkodliwości czynu, zatem podstawowego znaczenia nabiera dyrektywa odwołująca się do stopnia społecznej szkodliwości<sup>541</sup>.

Jednocześnie orzeczenie SN prowokuje do zadania jeszcze jednego pytania: Czy wskazane przez ustawodawcę przyczyny nieudolności mają — na płaszczyźnie abstrakcyjnej — zróżnicowaną wagę, co winno zostać odzwierciedlone przy wymiarze kary? W wyroku z 2002 r. bowiem SN stwierdził: „gdy nieudolność usiłowania wynika z braku przedmiotu nadającego się do dokonania na nim przestępstwa, a nie z użycia środka nienadającego się do

<sup>536</sup> Wyrok SN z 14.06.1973 r., I KR 91/73. OSNKW 1973, 12, poz. 157.

<sup>537</sup> K. Daszkiewicz: *Glosa*. „Państwo i Prawo” 1974, 4, s. 175.

<sup>538</sup> A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1—116 Kodeksu karnego*. Kraków 1998, s. 154—155.

<sup>539</sup> A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. (art. 1—31)..., s. 208—209.

<sup>540</sup> Potwierdzeniem takiego stanowiska mogą być statystyki sądowe, które pokazują, że poza najpoważniejszymi przestępstwami, kary orzekane są zasadniczo w dolnych granicach, z zastosowaniem najczęściej warunkowego zawieszenia kary. Na przykład „uśredniona” kara za przestępstwo kradzieży musiałaby wynosić 2,5 roku pozbawienia wolności, gdy tymczasem w praktyce taką karę orzeczono w 2006 r. w 29 przypadkach na 31 330 skazań za kradzież — A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski: *Atlas przestępczości w Polsce*. Warszawa 2009, s. 144—145.

<sup>541</sup> P. Gensikowski: *Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym*. Warszawa 2011, s. 122—123.

popęłnienia przestępstwa, i gdy brak takiego przedmiotu jest wynikiem czystego przypadku, niemającego związku z celowymi działaniami sprawcy, to z reguły nie będzie podstaw do stosowania wobec niego nadzwyczajnego złagodzenia kary, a tym bardziej odstąpienia od jej wymierzenia tylko z powodu tej nieudolności<sup>542</sup>. Ponadto sporny jest, jak relacjonuje P. Gensikowski, zakres okoliczności branych pod uwagę w ramach społecznej szkodliwości czynu przestępnego, które mają istotne znaczenie dla zastosowania odstąpienia od wymierzenia kary<sup>543</sup> czy — patrząc szerzej — wymiaru kary. Najkrócej rzecz ujmując, pytanie brzmi: Czy jedynym kryterium decyzji ma być stopień nieudolności zachowania sprawcy, czy też po uwagę należy wziąć inne elementy, a jeśli tak, to jakie<sup>544</sup>? Z pewnością przedmiotem oceny przy wyborze dolegliwości karnoprawnej winien być, zgodnie z przytoczonym wcześniej stanowiskiem, całokształt czynu przestępnego. Jednak wyjątkowy charakter samego odstąpienia od wymierzenia kary (wyjątkowy zarówno co do przesłanek, jak i karnoprawnych konsekwencji) każe nadać szczególne znaczenie znamionom konstytuującym usiłowanie nieudolne.

Problem karalności usiłowania zwiędzić musi refleksja nieco ogólniejszej natury. Karalność usiłowania oznacza bowiem wyznaczenie bardzo szerokiego kręgu karalnego zachowania się. Czy jednak nie za szerokiego? W praktyce zdarzają się — jak w 1989 r. wskazywał I. Andrejew — wypadki karania za usiłowanie zabójstwa, podpalenia i niektórych innych poważniejszych przestępstw, natomiast karalność (usiłowania) wielu innych przestępstw ma znaczenie teoretyczne, bo w praktyce nie są wszczynane sprawy o usiłowanie tych przestępstw. I. Andrejew konstatuje, że organy ścigania dysponują szerokim zakresem karalnego usiłowania i mogą z niego skorzystać według własnego uznania. Naisuwa to — zdaniem tego autora — wątpliwość, czy taka sytuacja jest zgodna z zasadą równości wobec prawa<sup>545</sup>. Wydaje się, że tak postawiony problem jest aktualny do dziś. Zadać można pytanie, ile spraw przed sądem związanych jest z karalnym usiłowaniem, zwłaszcza czynów drobniejszych, np. niealimentacji<sup>546</sup>, co z jednej strony potwierdza chyba tezę I. Andrejewa, a drugiej strony

<sup>542</sup> Wyrok SN z 1.10.2002 r., V KKN 238/01. LEX nr 56826.

<sup>543</sup> P. Gensikowski: *Odstąpienie od wymierzenia kary...*, s. 124.

<sup>544</sup> Ibidem, s. 123—126 i wskazana tam literatura.

<sup>545</sup> I. Andrejew: *Polskie prawo karne...*, s. 220—221.

<sup>546</sup> Warto chociażby zauważyć, że w 123 sprawach karnych niealimentacji badanych przez D.J. Sosnowską nie było ani jednego usiłowania. Ta sama autorka słusznie zauważa, że ciemna liczba przestępstwa niealimentacji jest niewielka — D.J. Sosnowska: *Alimenty a prawo karne. Praktyka wymiaru sprawiedliwości*. Warszawa 2012, s. 226 i 255. Jednocześnie znamie „uporczywości” występujące w tej typizacji powoduje, że uchwycenie usiłowania jest bardzo proste, od strony przedmiotowej będzie to niezaplacenie jednej czy dwu rat. Zatem brak spraw związanych z usiłowaniem niealimentacji może być wynikiem praktycznego stosowania **zasady**

— przekonanie o nieuzasadnionej tak szerokiej kryminalizacji i konieczności powtórnego rozważenia ograniczenia karalności usiłowania. W przeciwnym kierunku zmierza wywód SA w Lublinie, który odnotował, że „daje się zauważyć zjawisko **niedostrzegania, względnie niedocenia**nia [podkreśl. O.S.], przez organy ścigania konstrukcji usiłowania w odniesieniu do przestępstwa zabójstwa albo przestępstwa »ciężkiego« lub »średniego« uszkodzenia ciała w przypadkach, gdy zamach na integralność cielesną pokrzywdzonego nie spowodował jego śmierci lub nie spowodował u niego uszkodzenia ciała albo rozstroju zdrowia”<sup>547</sup>. Niemniej i takie ujęcie potwierdza tezę, że decyzje o ściganiu przestępstwa będącego usiłowaniem (bądź zastosowaniem takiej kwalifikacji) są podejmowane arbitralnie.

Poruszyć wreszcie należy problem wymiaru kary w przypadku usiłowania kwalifikowanego. Ogólna zasada wynikająca z brzmienia przepisu art. 11 § 3, jako że mamy do czynienia ze zbiegiem przepisów, nie budzi wątpliwości, że podstawą skazania jest przepis przewidujący karę najsurowszą<sup>548</sup>. Wobec brzmienia przepisu art. 14 § 1 należy przyjąć, że będzie to przepis kryminalizujący zachowanie sprawcy objęte zasadniczym, pierwotnym planem sprawcy, którego nie udało się zrealizować.

Warto przytoczyć tu orzeczenie SA w Lublinie, które nabiera szczególnego znaczenia w przypadku zbiegu usiłowania nieudolnego z dokonaniem (ponieważ takiej sytuacji wykluczyć nie można). Zdaniem wspomnianego sądu, „w wypadku właściwego zbiegu przepisów ustawy sąd wymierza karę na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą. Mimo kumulatywnej kwa-

---

**swoistego oportunistu** przez organy ścigania, chociaż oczywiście w literaturze taki wyjątek od zasady legalizmu się nie pojawia — por. np. W. Grzeszczyk: *Kodeks postępowania karnego*. Warszawa 2012, s. 31—32 oraz P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 1—296*. T. 1. Warszawa 2011, s. 120, którzy taki oportunizm określiliby — jak się wydaje — mianem oportunizmu właściwego.

<sup>547</sup> Wyrok SA w Lublinie z 23.12.1997 r., II AKa 174/97. LEX nr 32338. Warto odnotować, że zarzut o braku doceniania instytucji usiłowania padł na tle następującego stanu faktycznego: sprawca „groził żonie Franciszce O. oraz synowi Grzegorzowi O. zabójstwem przy użyciu wideł, przy czym te wzbudziły u tych dwóch osób uzasadnioną obawę ich spełnienia wobec jego agresywnego zachowania się w stosunku do nich, tj. o przestępstwo z art. 166 k.k.”. SA w Lublinie stwierdził, że „można nawet rozważać, aczkolwiek pozostaje to poza zakresem granic i kierunku skargi apelacyjnej, czy czyn oskarżonego Stanisława O. nie stanowi czegoś więcej niż dopuszczenie się przestępstwa groźby karalnej (art. 166 k.k.). Zgodnie z zasadami legalizmu i subiektywizmu prawa karnego materialnego i zasadą legalizmu prawa karnego procesowego, należałoby bowiem rozważyć zasadność przyjęcia konstrukcji usiłowania (art. 11 § 1 k.k.) do odpowiedniego typu przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu”.

<sup>548</sup> Pamiętając jednak o wszystkich zastrzeżeniach podniesionych przez R.A. Stefańskiego, odnoszących się do problemu oceny i wyboru przepisu przewidującego karę najsurowszą oraz kwestii tożsamesego zagrożenia w zbiegających się przepisach — R.A. Stefański: *Kryteria wyboru przepisu przewidującego karę najsurowszą*. „Prokuratura i Prawo” 2007, 9, s. 30—39.

lifikacji, podstawą wymiaru kary ma być ten przepis, który określa typ czynu zabronionego związanego z surowszym ustawowym zagrożeniem. O wyborze przepisu będącego podstawą wymiaru kary decyduje określone w części szczególnej ustawowe zagrożenie. Nie mają znaczenia modyfikacje tego zagrożenia związane z nadzwyczajnym wymiarem kary. Przepisy przewidujące kary łagodniejsze nie odgrywają w zasadzie roli przy wymiarze kary. Jednak kara wymierzona nie powinna być niższa od minimum kary przewidzianej w przepisie łagodniejszym. Dotyczy to także wypadku, gdy z zastosowaniem przepisu stanowiącego podstawę wymiaru kary (przepis przewidujący karę najsurowszą) łączy się możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary lub nawet odstąpienia od jej wymierzenia, a przepis łagodniejszy takiej podstawy nie przewiduje<sup>549</sup>. R.A. Stefański precyzuje, że nie może dochodzić do sytuacji, w której stosuje się oba przepisy — z art. 11 § 3 jasno wynika, że podstawę wymiaru kary może stanowić tylko jeden przepis. Nie można zapominać, zdaniem autora, że kary łagodniejsze nie mogą ogrywać żadnej roli w określaniu kary, skoro zostają wyeliminowane. Ostatecznie R.A. Stefański dodaje: „Karę wymierza się na podstawie jednego przepisu, ale w świadomości sądu musi pozostawać dolna granica kary przewidzianej w wyeliminowanym przepisie i powinien on ukształtować tak sądowy wymiar kary, by ta dolna granica została zachowana. Jest to rozwiązanie racjonalne, a wymierzenie niższej kary wskazywałoby na niedostosowanie się do sądowych dyrektyw kary, skoro z surowszego przepisu *in abstracto* doszłoby *in concreto* do wymierzenia kary łagodniejszej”<sup>550</sup>. Od razu nasuwa się pytanie, jaka jest podstawa prawna takiego rozwiązania. W moim przekonaniu, takie stanowisko, chociaż być może polityczno-kryminalnie słuszne, jest całkowicie nieuzasadnione. Dość enigmatyczne w tej kwestii jest stanowisko P. Kardasa. Z jednej bowiem strony przywołuje on z aprobatą pogląd W. Woltera, który twierdzi, że „nie można kombinować ustawowych wymiarów kary, biorąc z jednego przepisu wyższe maksimum, a z drugiego zaś minimum”<sup>551</sup>. Z drugiej jednak strony P. Kardas uznaje, że „można przyjąć, że przepis przewidujący wyższą dolną granicę danego rodzaju kary od przepisu uznanego za przewidujący karę najsurowszą dookreśla dyrektywy wymiaru kary, wyrażając szczegółową dyrektywę wymiaru kary w razie kumulatywnej kwalifikacji, zgodnie z którą kara orzekana za tak określone przestępstwo nie powinna być niższa niż najwyższa dolna granica określona w zbiegających się przepisach”<sup>552</sup>.

<sup>549</sup> Wyrok SA w Lublinie z 21.09.2004 r., II AKa 221/04. „Prokuratura i Prawo” 2005, 6, poz. 10. LEX nr 148530.

<sup>550</sup> R.A. Stefański: *Kryteria wyboru przepisu...*, s. 34. M. Błaszczuk stanowisko to podziela — M. Błaszczuk, w: *Kodeks karny. Część ogólna. T. 2. Komentarz do art. 33—116*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 509.

<sup>551</sup> W. Wolter, w: I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter: *Kodeks karny z komentarzem*. Warszawa 1973, s. 66, podają za: P. Kardas: *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym...*, s. 239.

<sup>552</sup> *Ibidem*, s. 238—239.

Stanowisko takie musi o tyle dziwić, że równocześnie autor ten w przypisie dodaje, że treść art. 11 językowo w żadnym zakresie nie odnosi się do dyrektywy kary, np. w przeciwieństwie do § 52 StGB. Zatem wobec faktu, że taki mechanizm konstrukcji wymiaru kary w przypadku zbiegu przepisów ustawy jest ewidentnie na niekorzyść sprawcy stanowisko to potraktować można wyłącznie jako postulat *de lege ferenda*.

Również trudno wskazać podstawę prawną rozstrzygnięcia dokonanego przez SA w Katowicach. Stwierdził on bowiem, że „zastrzeżenie budzi jedynie powoływanie w podstawie skazania art. 14 § 1 k.k., gdyż przepis art. 11 § 3 k.k. nakazuje stosowanie przepisu przewidującego najsurowszą karę i jakkolwiek, zgodnie z art. 14 § 1 k.k., sąd wymierza karę jak za usiłowanie w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa, to jednak przy zbiegu przepisów ustawy dokonania przestępstwa i jego usiłowania jako podstawę skazania należy przyjmować przepis dotyczący dokonania”<sup>553</sup>. Trudno znaleźć uzasadnienie dla tak stanowczego przekonania Sądu. Mam wrażenie, że stanowisko to odzwierciedla zasadę, zgodnie z którą karalność dokonania pochłania karalność usiłowania; jest ona często stosowana przez sądy — o czym była już mowa — niejednokrotnie niezależnie od tego, czy zachodzą ku temu przesłanki.

Podsumowując rozważania dotyczące karalności usiłowania, należy także zastanowić się nad usiłowaniem kwalifikowanym związanym z czynnym żalem — jednak tutaj sprawa ta zostanie jedynie zasygnalizowana. Wydaje się bowiem, że w przypadku usiłowania kwalifikowanego, które jest efektem — zasadniczo — skutecznego czynnego żalu, w praktyce dochodzi do karania „zastępczego”. Oczywiście, niekwestionowana jest zasada, że bezkarność przewidziana w art. 15 § 1 odnosi się wyłącznie do usiłowania dokonania czynu, który był objęty pierwotnym zamiarem sprawcy. Nie można jednak wykluczyć karalności za czyny dokonane „przy okazji”<sup>554</sup>. Pamiętając o zaproponowanym podziale sytuacji, których zaistnienie skłania do rozważenia przyjęcia konstrukcji usiłowania kwalifikowanego, po pierwsze zastrzec należy, że karalność za dokonanie winna dotyczyć czynów/zmian/skutków spowodowanych „**zamiast**” pierwotnie planowanego (wyrazem czego jest rzeczywisty zbieg przepisów, a wielość ocen nie można wyłączyć zasadą pochłaniania czy subsydiarności), a nie „**po drodze**”. Po drugie, w takim układzie procesowym zachodzi silna pokusa — jak się wydaje — aby w imię zasady sprawiedliwościowej dokona-

<sup>553</sup> Wyrok SA w Katowicach z dn. 28.09.2000 r., II AKa 243/00. „Prokuratura i Prawo” 2001, 7—8. LEX 48297.

<sup>554</sup> Por. np. Wyrok SA w Krakowie z dn. 12.10.1995 r., II AKr 255/95. „Prokuratura i Prawo” 1996, 5. LEX 24888 — Skoro oskarżony w zamiarze obrabowania ofiary uderzył ją kołkiem w głowę, lecz widząc krew, przestraszył się i zrezygnował z przeszukania odzieży, to odpowiada tylko za spowodowanie uszkodzenia ciała, lecz nie za rozbój, od owego zamiaru bowiem dobrowolnie odstąpił (art. 13 § 1 k.k.).

nie, jako jedyny fragment czynu sprawcy, za który można zastosować karnoprawną reakcję, „wzięło” na siebie *odium* związane z usiłowaniem czynu (bezkarnym) o większym ciężarze gatunkowym. Za przykład niech posłużą dwa wyroki SN odnoszące się do tej kwestii. W pierwszym z nich (dotyczącym sprawcy działającego w zamiarze pozbawienia życia byłej żony, który zadał jej cios nożem w plecy, lecz zamierzonego skutku nie osiągnął, wobec pomocy lekarskiej udzielonej jej na skutek wezwania pogotowia przez oskarżonego, a czyn sprawcy ostatecznie spowodował u niej ranę kłutą klatki piersiowej, drażącą do jamy brzusznej, z uszkodzeniem opłucnej, przepony i śledziony) Sąd skonstatował, że wymierzając oskarżonemu Adamowi M. karę 10 lat pozbawienia wolności, a więc w **rozmiarze maksimum ustawowego** [podkreśl. O.S.] zagrożenia z art. 155 § 1 k.k. z 1969 r., miał na uwadze nagromadzenie okoliczności obciążających. Jednocześnie, zdaniem SN, brak było istotniejszych okoliczności łagodzących, gdyż do takich nie można zaliczyć skrzywdzenia oskarżonego, jako że ta dotyczyć może tylko tego, co już poczytano na jego korzyść, stosując art. 13 § 1<sup>555</sup>. Z kolei druga ze wspomnianych spraw dotyczyła sprawcy, który w zamiarze ewentualnym zabicia pokrzywdzonego uderzył go w głowę siekierą, jednak zamierzonego skutku nie osiągnął, gdyż bezpośrednio po zadaniu ciosu wezwał pogotowie ratunkowe. Wymierzając karę na podstawie art. 155 § 1 pkt 2 d.k.k., SN „uznał, że nie zachodzi już potrzeba sięgania do nadzwyczajnego złagodzenia kary. [...] Nie pomijając bowiem tego, że oskarżony działał w pewnym rozdrażnieniu, wywołanym niewłaściwym zachowaniem pokrzywdzonego w mieszkaniu oskarżonego, a także tego, że jego poczytalność była w znacznym stopniu ograniczona, nie można było nie dostrzec **dużego napięcia złej woli (w pierwszej fazie zdarzenia)** [podkreśl. O.S.], przejawiającego się w niezwykle brutalnym i nieadekwatnym do przyczyny zaatakowania pokrzywdzonego siekierą w głowę i w używaniu pod jego adresem wulgarnych słów, i to nawet jeszcze wówczas, gdy wzywał dlań pomocy za pośrednictwem portiera. Oceniając przeto w całości zachowanie się oskarżonego i występujące w sprawie okoliczności zarówno obciążające, jak i łagodzące, Sąd Najwyższy uznał, że słuszną i współmierną do wagi popełnionego przestępstwa i odpowiadającą wszystkim dyrektywom wymiaru kary określonym w art. 50 k.k. będzie kara 3 lat pozbawienia wolności, i dlatego orzekł jak w wyroku [...]”<sup>556</sup>. Do szczegółowych rozważań związanych z prawnokarną reakcją wobec czynnego żalu wykazanego przez sprawcę przyjdzie jeszcze wrócić.

Reasumując część odnoszącą się do ustawowego kształtu usiłowania, niezależnie od wskazanych mankamentów związanych z redakcją przepisów, za

<sup>555</sup> Wyrok SN z dn. 8.10.1975 r., V KR 180/75. OSP 1976, 11, s. 210. LEX 20874.

<sup>556</sup> Wyrok SN z dn. 8.09.1988 r., II KR 205/88. OSNKW 1989, 1, s. 6. LEX 20333.

zasadniczą kwestię wymagającą szczególnej uwagi (nie tylko z punktu widzenia karnoprawnych konsekwencji czynnego żalu wykazanego przez sprawcę) uznać należy wyznaczanie cezury między przygotowaniem a usiłowaniem oraz między usiłowaniem a dokonaniem. W pierwszym przypadku rzeczywiście specyfika usiłowania nie pozwala na precyzyjniejsze ustawowe ustalenie granicy, niemniej formalno-objektywna koncepcja bezpośredniości, którym to pojęciem ustawa się posługuje, problemy z wytyczaniem tej granicy zdaje się zadowalająco rozwiązywać. Problem oceny, czy sprawca swoim zachowaniem osiągnął etap dokonania, winien być jednak rozwiązany przez samego ustawodawcę (w dużej mierze przez właściwy kształt znamion typu czynu zabronionego). Szczególnego znaczenia nabierają też definicja, zakres i karalność związane z tzw. usiłowaniem kwalifikowanym. W niniejszej pracy przyjęto, że mianem usiłowania kwalifikowanego można objąć wyłącznie sytuację, w której sprawca zamiast pierwotnie zamierzonego skutku osiągnął inny, czego formalnym wyrazem jest rzeczywisty zbieg przestępstw. Wnikliwej analizy (przeprowadzonej w dalszej części niniejszej monografii) wymaga problem karalności w przypadku, gdy usiłowanie kwalifikowane jest efektem czynnego żalu.

## Usiłowanie w przypadku określonych kategorii przestępstw

Lektura piśmiennictwa odnosząca się do usiłowania i problemów bezpośrednio z nim związanych bez wątpienia pozwala dostrzec fakt, że odtworzenie normatywnego kształtu usiłowania, na potrzeby ustalenia zakresu odpowiedzialności związanej z czynnym żalem, nie wystarczy do oceny wszystkich zjawisk i relacji łączących usiłowanie z czynnym żalem. Ponieważ przepis art. 15 pozwala czynny żal łączyć jedynie z usiłowaniem, dobrodziejstwa z niego wynikające można zastosować tylko wtedy, gdy sprawca znajduje się w ramach swojego *iter delicti* na etapie usiłowania. Nasuwa się zatem pytanie, przewijające się już wielokrotnie, czy **każde przestępstwo może być usiłowane**<sup>1</sup> (warto odnotować, że sporadycznie w piśmiennictwie pojawia się nawet sformułowanie „usiłowanie niemożliwe”<sup>2</sup>). Poszukując na nie odpowiedzi, każdorazowo będę uwzględniać perspektywę czynnego żalu, która jest zasadniczym celem badawczym, mając przy tym na uwadze płaszczyznę *de lege lata* i *de lege ferenda*. Należy także podkreślić, że poza zakresem pracy znajduje się cały obszar zagadnień związanych z usiłowaniem odnoszącym się do form sprawczych. Krzyżowanie się bowiem form stadialnych i sprawczych to odręb

---

<sup>1</sup> A. Zoll podkreśla, że usiłowanie czynu zabronionego podlega na podstawie kodeksu karnego zawsze karze, jeżeli ta forma stadialna jest w odniesieniu do określonego typu czynu zabronionego możliwa — A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zoll. Warszawa 2004, s. 235. Z kolei T. Bojarski zaznacza, że usiłowanie jest tradycyjnie karalne zawsze, gdy tylko można to życiowo przyjąć w kontekście danego typu przestępstwa — T. Bojarski: *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*. Warszawa 2012, s. 202. Warto więc, tytułem zaawizowania poruszanych problemów, przytoczyć dość oryginalne zdanie Z. Papierkowskiego, że **usiłowanie w stosunku do przestępstw o „obszernym stanie faktycznym” jest wykluczone** — Z. Papierkowski: *Usiłowanie a przestępstwa polegające na zaniechaniu*. „Palestra” 1936, 5, s. 367—368.

<sup>2</sup> K. Buchała: *Polskie prawo karne*. Warszawa 1980, s. 400.



ne zagadnienie, rozstrzyganie którego wymagałoby szczególnych, pogłębionych analiz<sup>3</sup>.

Mówiąc o możliwości usiłowania, ustalić należy, co sformułowanie to — „możliwość” — ma oznaczać. „Możliwy” to, według *Słownika języka polskiego*, taki, który się da urzeczywistnić<sup>4</sup>, jednocześnie zaś — co z perspektywy poruszanego wątku jest niezmiernie istotne — „móc” to m.in. mieć prawo, być uprawnionym<sup>5</sup>. Polska ustawa karna nie przewiduje żadnych wyłączeń instytucji usiłowania; formalnie więc każdy — zasadniczo — typ czynu zabronionego popełniony być może w postaci usiłowania<sup>6</sup>. Z definicji usiłowania wywodzi się jedynie brak możliwości usiłowania czynów popełnionych nieumyślnie, ponieważ w przepisie art. 13 § 1 wprost jest mowa o zamiarze ustawowo wyłączonym w przypadku nieumyślności (art. 9 § 2)<sup>7</sup>. Mając zatem na względzie dość dużą swobodę formalnie pozostawioną przez ustawodawcę, możliwość usiłowania poszczególnych typów czynów zabronionych rozpoznawać będą w dwu zasadniczych znaczeniach: **konstrukcyjnym** oraz **zasadności i słuszności**, temu ostatniemu przydając szczególne znaczenie. Jak wskazuje R. Zawłocki, niektóre typy czynów zabronionych, z uwagi na swoją konstrukcję i treść, mogą sprawiać trudność w rekonstrukcji normy prawnokarnej zakazującej usiłowania<sup>8</sup>. Oceniając zasadność usiłowania, uwzględniać będą zarówno aspekt dopuszczalności tej formy popełnienia czynu zabronionego z punktu widzenia zasady

<sup>3</sup> Warto sięgnąć po prace: A. Liszewskiej: *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*. Łódź 2004 oraz Eadem: *Podżeganie i pomocnictwo a usiłowanie*. „Państwo i Prawo” 2000, 6; a także P. Kardasa: *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*. Kraków 2001, gdzie autor wskazuje: „Kwestia zasad odpowiedzialności za współdziałanie przestępne na etapach przeddokonania przestępstwa stanowi jedno z najbardziej skomplikowanych i stosunkowo mało opracowanych zagadnień nauki prawa karnego. Kodeksy karne albo w ogóle przemilczają to zagadnienie, albo, co jest przypadkiem znacznie częstszym, rozstrzygają je połowicznie, nie usuwając wielu znaków zapytania, stąd też problem ten w nauce w znacznej części pozostaje otwarty. Specyficzna trudność w rozwiązaniu problemu odpowiedzialności za współdziałanie przed popełnieniem przestępstwa wynika z dość powszechnie przyjmowanego w piśmiennictwie karnistycznym punktu wyjścia, opartego na założeniu, że odpowiedzialność za współdziałanie, jak i za stadia poprzedzające dokonanie przestępstwa (usiłowanie, przygotowanie), stanowią rozszerzenie zakresu odpowiedzialności karnej”. — s. 677.

<sup>4</sup> *Słownik języka polskiego*. T. 2. Red. M. Szymczak. Warszawa 1979, s. 220.

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 22.

<sup>6</sup> Por. np. A. Zoll: *Odpowiedzialność za przygotowanie lub usiłowanie przestępstwa w przypadku współdziałania wielu osób*. W: *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*. Red. Z. Ćwiąkowski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll. Kraków 1994, s. 331.

<sup>7</sup> Por. jednak późniejsze uwagi na temat usiłowania przestępstw nieumyślnych.

<sup>8</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Warszawa 2010, s. 572.

proporcjonalności, jak również jego praktyczne znaczenie w świetle racjonalnej polityki kryminalizacyjnej. Odrębną kwestią jest karalność usiłowania poszczególnych typów czynów zabronionych, silnie związana z ich ustawową typizacją, a w zasadzie z ich ciężarem gatunkowym, który to problem został już wcześniej zasygnalizowany.

Należy dokonać jeszcze jednego zastrzeżenia. Otóż uwagi odnosić się będą do poszczególnych rodzajów przępstw wyróżnionych na podstawie różnych kryteriów (czasem o bardzo długiej tradycji), zatem nie o poszczególnych typizacjach będzie tu mowa. To oznacza, że posługiwać się będę sformułowaniem typu/rodzaje przępstw (a nie zawsze czynów zabronionych). Ponadto różne kryteria powodują, że podziały nie mają charakteru logicznego, a nazwy poszczególnych rodzajów (również często o długiej tradycji) pochodzą najczęściej z języka prawniczego (lub — wyjątkowo — proponuję własne). Koniecznie należy również zauważyć, że ponieważ wyodrębnienie poszczególnych rodzajów przępstw następuje na podstawie różnych kryteriów, podziały te się krzyżują. Zatem podnoszone czasem w literaturze argumenty, choć dotyczą przępstwa należącego do danej grupy przępstw, nawiązują do cechy niebędącej kryterium podziału<sup>9</sup>. Nie należy także zapominać, że o możliwości usiłowania lub jej braku nie może decydować poszczególny przypadek określonej typizacji lub ekstremalny przykład danego rodzaju przępstwa.

Zacząć wypada jednak od pozornie banalnej konstatacji, że kodeks karny nie zna karalności usiłowania przeddokonaniowych form stadialnych. Przesądza o tym brzmienie ustawy, która punktem wyjścia definiowania i jednocześnie kryminalizacji uczyniła dokonanie czynu zabronionego.

## 1. Przepęstwa z narażenia

Pierwszą grupą przępstw, budzącą najszerszą dyskusję w kontekście usiłowania, a jednocześnie mającą niebagatelne znaczenie dla występowania czynnego żalu, są **przępstwa z narażenia**. Niemiecka doktryna wskazuje, że o ile w przypadku przępstw z naruszenia zespół ustawowych znamion dotyczy zachowania, którego skutkiem jest zawsze bezpośredni uszczerbek dla dobra prawnego, o tyle przępstwa z narażenia obejmują te zachowania, które

---

<sup>9</sup> Na przykład G. Rejman poddaje analizie przępstwo znęcania się jako wieloczynnościowe, a zasadniczy problem, jak się wydaje, wynika z faktu, że jest to przępstwo formalne — *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. G. Rejman. Warszawa, s. 567. Por. też J. Kulesza: *Przępstwo nieudzielania pomocy w niebezpieczeństwie. Art. 162 k.k. na tle uwag dotyczących § 323 c niemieckiego kodeksu karnego*. Łódź 2008, s. 355—357.

nie prowadzą do bezpośredniego uszczerbku dla dobra, ale stwarzają sytuację, której rozwój może (choć nie zawsze musi) doprowadzić do takiego rezultatu<sup>10</sup>. Idea karania za sprowadzenie zagrożenia unicestwienia istotnych społecznych wartości kształtowała się już od czasów starożytnych<sup>11</sup>.

Polska doktryna, przejmując ukształtowany w nauce niemieckiej podział na przestępstwa konkretnego i abstrakcyjnego zagrożenia — jak wskazuje E. Hryniewicz — uznała, że przestępstwa zagrożenia konkretnego tworzą wymóg stwierdzenia w konkretnych okolicznościach, że zachodzi niebezpieczeństwo naruszenia dobra prawnego. Natomiast w przypadku przestępstw zagrożenia abstrakcyjnego nie jest konieczne wykazanie zaistnienia niebezpieczeństwa w konkretnych okolicznościach, gdyż nie należy ono do ustawowych znamion, lecz jest jedynie motywem ustanowienia ich karalności. Zdaniem przywołanej autorki, typ przestępstwa konkretnego zagrożenia pojawia się tam, gdzie określone zachowanie sprawcy może, lecz nie musi, prowadzić do stanu faktycznego zagrożenia chronionego dobra, a do przyjęcia, że dokonano takiego przestępstwa, konieczne jest każdorazowe potwierdzenie wystąpienia tego stanu. Przestępstwo z zagrożenia abstrakcyjnego tworzone jest wszędzie tam, gdzie przynajmniej z założenia określony stan faktyczny zawsze cechuje zagrożenie lub zachowanie sprawcy zwykle (typowo) prowadzi do wywołania niebezpiecznej sytuacji<sup>12</sup>. Podstawą zakazu nie jest indywidualna możliwość wywołania negatywnego skutku w konkretnym przypadku, lecz ogólna możliwość, jaka tkwi w zachowaniach należących do określonej klasy<sup>13</sup>. Określone zachowanie jest więc zakazane nie ze względu na swoją szkodliwość, lecz z uwagi na szkodliwość klasy, do jakiej należy<sup>14</sup>. Warto też zwrócić szczególną uwagę na tezę głoszoną przez S.Z. Fellerę, że sama perspektywa szkody nawet, gdy ona nie nastąpi, może stanowić w warunkach nowoczesnego społeczeństwa przeszkodę

<sup>10</sup> Por. D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*. Warszawa 2012, s. 246 i przytoczona tam literatura.

<sup>11</sup> Chociaż z wypowiedzi A. Spotowskiego wynikać może, że konstrukcja narażenia na niebezpieczeństwo pojawiła się dopiero po ustanowieniu karalności form stadialnych przestępstwa — A. Spotowski: *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*. Warszawa 1990, s. 113, z czym oczywiście nie sposób się zgodzić. Por. też E. Hryniewicz: *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*. Warszawa 2012, s. 2—3, gdzie autorka przytacza tezę A. Spotowskiego, jednak w dalszej części wskazuje, że konstrukcja przestępstw sprowadzenia zagrożenia powszechnego wywodzi się z podpalenia i znana była już prawu starożytnemu.

<sup>12</sup> E. Hryniewicz: *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia...*, s. 33—37.

<sup>13</sup> A. Pilch: *Między ochroną a wolnością: granice prawa karania w przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*. W: *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*. Red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel. Warszawa 2012, s. 380—381.

<sup>14</sup> J. Giezek: *Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji czynu zabronionego*. „Przegląd Prawa i Administracji” 2002, 50, s. 118.

i hamulec normalnego przebiegu działalności i życia gospodarczego<sup>15</sup>, co pozwala poszukiwać uzasadnienia dla bytu przępstw z narażenia niezależnie od potencjalnego naruszenia dobra. Zdaniem G. Rejman, przępstwa z narażenia abstrakcyjnego pojawiają się wtedy, gdy na podstawie doświadczenia życiowego w sposób niedwuznaczny zostanie stwierdzone, które z czynności najczęściej prowadzą do narażenia na niebezpieczeństwo<sup>16</sup>. Natomiast A. Zoll uważa, że występuje trzecia forma przępstw z narażenia, wyodrębniona z przępstw formalnych abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Są to przępstwa, które nie wymagają udowodnienia skutku w postaci wywołania konkretnego niebezpieczeństwa (brak takiej zmiany wśród ustawowych znamion), jednak dopuszczają przeciwdowód — brak niebezpieczeństwa w konkretnej sytuacji, co znosi przępstwość czynu (w przeciwieństwie do „klasycznych” przępstw z narażenia abstrakcyjnego, które takich przeciwdowodów nie dopuszczają, np. art. 178a k.k.). Należy dodać, że ta różnica, w stosunku do pozostałych przępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo — zdaniem A. Zolla — nie wpływa jednak na charakter tego typu przępstw i nie przeszkadza kwalifikować ich jako przępstwa formalne<sup>17</sup>.

Warto jednak odnotować zgłoszony w piśmiennictwie dość odosobniony postulat „zlikwidowania” przępstw z narażenia jako „norm o charakterze »fikcyjnym«, na których podstawie ściga się niemal wyłącznie wtedy, gdy już powstał więcej lub mniej ciężki skutek materialny, śmierć lub zranienie ludzi”<sup>18</sup>. Współcześnie w doktrynie niemieckiej podobne nieco stanowisko pre-

<sup>15</sup> A. Spotowski: *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 116.

<sup>16</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przępstwa w polskim prawie karnym (problem „bezpośredniości”)*. Warszawa 1965, s. 127.

<sup>17</sup> A. Zoll: *Glosa do Uchwały składu siedmiu sędziów SN — Izba Karne z 24.01.2013, I KZP 24/12. OSP 2013, 7—8, s. 594. Por. też Idem: Karne przy kawie. Odc. 2 — Uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 24.01.2013 r., I KZP 24/12, z 28.02.2013. Dostępne w Internecie: <http://www.czpk.pl/2013/02/20/karne-przy-kawie/> [Data dostępu: 11.03.2013 r.]. Por. też G. Łabuda: *O kształcie norm charakteryzujących bezprawność i karalność przępstwa z narażenia na niebezpieczeństwo*. W: „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”. T. 15. Red. L. Bogunia. Wrocław 2004, s. 82—83, który wskazuje na przępstwa z **narażenia potencjalnego**. W opisie znamion czynów zabronionych tej kategorii — objaśnia wspomniany autor — znamię czasownikowe powiązane jest z możliwością powstania niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. Jest to grupa znajdująca się między konstrukcją narażenia abstrakcyjnego a konstrukcją narażenia konkretnego — dla naruszenia normy sankcjonowanej nie jest wystarczający sam fakt zachowania wskazanego w opisie czynu zabronionego, ale nie jest też konieczne spowodowanie niebezpieczeństwa dla dobra.*

<sup>18</sup> A. Bachrach: *Ryzyko i nieostrożność w komunikacji a oceny prawnokarne*. Wrocław 1965, s. 226, cyt. za: K. Buchała: *Bezprawność zorientowana na zachowanie się sprawcy czy też na jego następstwa*. W: *Księga pamiątkowa ku czci prof. dra Witolda Świdły*. Red. J. Fie ma, W. Gutekunst, S. Hubert. Warszawa 1969, s. 31. Nieco podobnie odczytać można wypowiedź M. Filara, piszącego o tęsknocie do prawa karnego, którego źródłem jest szkodliwie społecznie fizykalna zmiana w świecie zewnętrznym, tj. w sferze realnego bytu. Postuluje on eliminacje

zentuje F. Zieschang, zdaniem którego należy zrezygnować z tak kontrowersyjnych regulacji, jakimi są czyste przestępstwa z narażenia abstrakcyjnego (ewentualnie pozostawić je wyłącznie w prawie wykroczeń), a w ich miejsce wprowadzić tzw. przestępstwa potencjalnego narażenia na niebezpieczeństwo, które charakteryzuje zdatność, zdolność do wywołania niebezpieczeństwa konkretnego<sup>19</sup>. Krytycznie do tej grupy przestępstw odniósł się też W. Hassemer, uznając kombinację zakazu abstrakcyjnego niebezpieczeństwa i ochrony dóbr uniwersalnych za przejaw symbolicznego prawa karnego<sup>20</sup>. Z kolei przedstawiciele tzw. frankfurckiej szkoły prawa głoszą tezę, że należy dążyć do zachowania jedynie tych typów przestępstw abstrakcyjnego zagrożenia, które istnieją w ustawie karnej od dłuższego czasu i nie powinno się wprowadzać do systemu nowych typów czynów zabronionych tego rodzaju, co powinno zapobiec możliwości przeniesienia punktu ciężkości prawa karnego na przedpole naruszenia dóbr prawnych<sup>21</sup>. W polskiej nauce prawa karnego podobne wątpliwości wyraża G. Łabuda, twierdząc, że problematyczne jest objęcie normą sytuacji leżących na przedpolu zagrożenia, a więc takich, z którymi związane jest tylko i wyłącznie prawdopodobieństwo powstania niebezpieczeństwa<sup>22</sup>. W podobnym tonie wypowiadał się A. Spotowski, wskazując, że kusząca wydaje się perspektywa pominięcia ostatniej fazy karalnej zasłóci i przesunięcia karalności na etap wcześniejszy w przypadku trudności dowodzenia, co może — zdaniem tego autora — wzbudzać wątpliwości, czy nie doszło do przełamania zasady *in dubio pro reo*. Ponieważ jednak, zdaniem tego autora, samo zagrożenie dobra prawnego ma wartość ujemną, zarzut naruszenia wspomnianej zasady traci swe znaczenie<sup>23</sup>. Z pewnością jednak postawić można pytanie, czy w obecnym stanie prawnym nie nadużywa się formuły przestępstw z narażenia — co może stanowić swoiste pochłanianie usiłowania przez tę formę czynu zabronionego. W kontekście tematu niniejszej pracy pytanie to wydaje się niezmiernie ważne, ponieważ decyzja o takim ukształtowaniu znamion ostatecznie ma wpływ na kształt i zakres czynnego żalu, gdyż dobrowolne przywrócenie przez sprawcę stanu bezpiecznego jest czynnym żalem okazanym po dokonaniu, ze wszystkimi tego konsekwencjami (do czego jeszcze przyjdzie wrócić).

Konstrukcja przestępstw narażenia na niebezpieczeństwo jest stosowana coraz powszechniej przede wszystkim w trzech obszarach: w ruchu drogowym,

---

z obszarów prawa karnego przestępstw w swej istocie formalnych, określanych jedynie jako materialne, popełnionych nieумыślnie, zwłaszcza tych, które posługują się konstrukcją narażenia przez zaniechanie — M. Filar: *Glosa do wyroku SN z 14.07.2011, III KK 77/11*. OSP 2012, 5, K 49, s. 321—323.

<sup>19</sup> Podaję za: D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 279—280.

<sup>20</sup> *Ibidem*, s. 281.

<sup>21</sup> E. Hryniewicz: *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia...*, s. 21.

<sup>22</sup> G. Łabuda: *O kształcie norm...*, s. 82.

<sup>23</sup> A. Spotowski: *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 120—121.

ochronie środowiska oraz przeciwdziałaniu narkomanii<sup>24</sup>, ale wskazuje się też inne obszary, jak: komunikację, obrót gospodarczy czy środki masowego gromadzenia, przetwarzania i rozpowszechniania informacji<sup>25</sup>. Jednak nadużywanie tej konstrukcji wywołuje coraz większy niepokój<sup>26</sup>.

Stanowisko nauki wobec możliwości usiłowania przępstw z narażenia nie jest jednolite. Do nielicznych należą gęsy o niedopuszczalności usiłowania przępstw z narażenia w ogóle bądź jednego z jego rodzaju. W. Wolter określa usiłowanie przępstwa narażenia na niebezpieczeństwo jako „spiętrzenie się elementów, które obiektywnie można ująć jako »niebezpieczeństwo niebezpieczeństwa«”<sup>27</sup>. Z kolei G. Rejman podnosiła, że usiłowanie przępstwa polegającego na narażeniu na niebezpieczeństwo (konstrukcyjnie) niemożliwe jest ze względu na nieostre znamię czasownikowe i skutek, zatem następuje „brak punktu zaczępnego dla określenia »bezpośredniości« w rozumieniu kodeksu karnego”, ponieważ usiłowanie wymaga wydzielenia czynności wypełniającej znamiona usiłowania w zespole znamion czynu przępnego. Dokonując rozróźnienia przępstw z narażenia konkretnego i abstrakcyjnego, autorka zaznacza, że to przępstwa z narażenia konkretnego odznaczają się wspomnianą nieokreślonością znamienia czasownikowego i skutku. Natomiast przępstwa z narażenia abstrakcyjnego, wyodrębnione niejako z szeroko potraktowanej strony przedmiotowej przępstwa z narażenia konkretnego jako osobna dyspozycja przepisu ustawy karnej, charakteryzują się nieokreślonością skutku, ale w sposób bardziej ścisły opisaną czynnością czasownikową. Pozwala to zasadniczo, zdaniem autorki, na przyjęcie konstrukcji usiłowania (przy czym dostrzega ona pewne trudności w przypadku przępstw z narażenia abstrakcyjnego, w których czynność czasownikowa została opisana w sposób bardziej ogólny)<sup>28</sup>. A. Zoll początkowo przyjął tezę o braku karalności usiłowania przępstw zagrożenia obu rodzajów, ze względu na brak różnic między stroną przedmiotową przępstwa konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo a usiłowania. W przypadku przępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo również brak jest podstaw do przyjmowania karalności usiłowania<sup>29</sup>. Zmienił potem zapatrywanie, uważając, że przępstwa konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo mogą być usiłowane, natomiast w przypadku przępstw abstrakcyjnego narażenia na

<sup>24</sup> Por. J. Giezek: *Narażenie na niebezpieczeństwo...*, s. 116.

<sup>25</sup> Por. D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 246—247.

<sup>26</sup> A. Zoll: *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego*. W: *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popelnienia przępstwa. Materiały III Bieleńskiego Kolokwium Karnistycznego*. Red. J. Majewski. Toruń 2007, s. 16.

<sup>27</sup> W. Wolter: *Nauka o przępstwie*. Warszawa 1973, s. 276.

<sup>28</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przępstwa...*, s. 124—130.

<sup>29</sup> A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Kraków 1998, s. 135.

niebezpieczeństwo brak jest podstaw do przyjmowania karalności usiłowania. Przepięstwa te są w istocie — jak zaznacza A. Zoll — form przygotowania ataku na dobro prawne<sup>30</sup>. Autor ten precyzuje rownie, że w zwiazku z karalnością czynów wykazujących abstrakcyjne zagrożenie dla dobra prawnego niezgodne z art. 31 ust. 3 Konstytucji jest przyjmowanie karalności usiłowania tych przestępstw (i to zarówno udolnego, jak i nieudolnego). Ponieważ przestępstwa abstrakcyjnego zagrożenia są ze swej istoty wyrazem karalności na przedpolu naruszenia lub konkretnego narażenia dobra na niebezpieczeństwo, cofanie się do postaci stadialnych tego typu czynów zabronionych stanowi — zdaniem A. Zolla — sprzeczne z demokratycznym państwem prawym poszerzenie karalności poza wypadki konieczne do ochrony dóbr prawnych<sup>31</sup>. O wiele częściej prezentowane są poglądy przeciwnie. Zdaniem K. Mioduskiego, usiłowanie umyślnych przestępstw polegających na narażeniu na niebezpieczeństwo jest możliwe; należy tylko pamieta, że przestępstwa te nastęrczają szczególnych trudności, jeśli chodzi o ustalenie momentu, od którego zachowanie się sprawcy zmierza już bezpośrednio ku dokonaniu<sup>32</sup>. J. Giezek dodaje, że umyślne naruszenie dobra prawnego z natury rzeczy przechodzi przez etap umyślnego narażenia tego dobra na niebezpieczeństwo, jak rownie przez etap usiłowania. Niełatwo — zdaniem tego autora — rozstrzygnc, która z obu form poprzedzających naruszenie dobra prawem chronionego jest od niego mniej oddalona<sup>33</sup>. Opowiedział się on jednak za możliwością usiłowania narażenia dobra prawnego na konkretne niebezpieczeństwo (nawet jeśli możliwośc taka miałaby być ograniczona tylko do okreszonej grupy tego rodzaju przestępstw)<sup>34</sup>; podobne stanowisko wyrazili — na tle odpowiedzialności karnej za działanie na szkodę spółki — D. Czura-Kalinowska oraz R. Zawłocki<sup>35</sup>. Powodów wyłączenia zastosowania przepisu art. 13 § 1 w odniesieniu do czynów zabronionych z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo nie widzi też A. Liszewska. Jeśli zaś chodzi o czyny z zagrożenia abstrakcyjnego, to — zdaniem tej autorki — są one form przestępstw bezskutkowych, które, w myśl orzecznictwa i doktryny, jako takie mogą być usilowane (co więcej, co do niektórych ustawodawca przewidział nawet karalną formę czynności przygotowawczych). Ostatecznie A. Liszewska stwierdza, że na płaszczyznie normatywnej odpowiedzialnośc za usiłowanie przestępstw

<sup>30</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Częc ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zoll..., 2007, s. 200.

<sup>31</sup> A. Zoll: *Odpowiedzialnoc karna...*, s. 16. Podobnie: E. Plebanek: *Materialne okreslenie przestępstwa*. Warszawa 2009, s. 232.

<sup>32</sup> K. Mioduski, w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa 1971, s. 50.

<sup>33</sup> J. Giezek, w: *Kodeks karny. Częc ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek. Warszawa 2012, s. 123.

<sup>34</sup> J. Giezek: *Narażenie na niebezpieczeństwo...*, s. 125.

<sup>35</sup> D. Czura-Kalinowska, R. Zawłocki: *Odpowiedzialnoc karna za działanie na szkodę spółki*. Warszawa 2006, s. 155—160.

abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo została przez ustawodawcę przesądzona; rozważyć z pewnością należy ograniczenie karalności usiłowania tylko do przestępstw skutkowych<sup>36</sup>. E. Hryniewicz konstatuje, że skoro usiłowanie stanowi już formę zagrożenia, nie jest zasadne różnicowanie karalności usiłowania czynów zagrożenia konkretnego i czynów zagrożenia abstrakcyjnego. Dodaje, że przepisy art. 13, 14 ani 15 nie wykluczają wystąpienia tej formy stadialnej. Nawiązując do swoich wcześniejszych ustaleń, że podział przestępstw na przestępstwa materialne i formalne jest niezależny od podziału przestępstw na przestępstwa zagrożenia konkretnego i abstrakcyjnego, autorka ta podkreśla, że jest możliwe usiłowanie zarówno czynu formalnego konkretnego zagrożenia (wskazując np. art. 231 § 1), jak i materialnego czynu abstrakcyjnego zagrożenia (wskazując przepis art. 301 § 2). E. Hryniewicz nie wyklucza również możliwości nieudolnego usiłowania czynów zagrażających dobrom prawnym, o ile *in concreto* istniało zagrożenie dla dobra prawnego w ocenie *ex ante* racjonalnie myślącej osoby trzeciej<sup>37</sup>. Podobne stanowisko prezentował A. Wąsek, podkreślając, że usiłowanie przestępstwa z narażenia wcale nie musi się łączyć z wywołaniem sytuacji niebezpiecznej dla dobra prawnego, co miałyby uzasadniać odpowiedzialność karną za dokonanie przestępstwa z narażenia dobra na konkretne niebezpieczeństwo. I z tego powodu, przychylając się do stanowiska I. Andrejewa, przyjmował, że mogą zdarzyć się sytuacje pozwalające na odróżnienie wśród takich przestępstw usiłowania i dokonania<sup>38</sup>. Ł. Pohl szczególnie podkreśla, że bezpośrednio zmierzać do dokonania można odnośnie do każdego typu czynu zabronionego pod groźbą kary (z wyjątkiem samego przygotowania i usiłowania). Jego zdaniem, z treści art. 13 § 1 nie można wywieść wniosku o braku możliwości usiłowania czynu zabronionego narażającego dobro prawne na abstrakcyjne niebezpieczeństwo jego naruszenia. Nie należy, według Ł. Pohla, utożsamiać stwarzania dla dobra prawnego konkretnego (realnego) niebezpieczeństwa jego naruszenia z bezpośrednim zmierzaniem do dokonania czynu zabronionego<sup>39</sup>. Karalność usiłowania przestępstw z narażenia konkretnego akceptuje również D. Gruszecka. Jednocześnie uznaje ona za w pełni uprawnione kwestionowanie wyprowadzania form stadialnych od przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, jeżeli czyni się to z pozycji braku uzasadnienia dla takiego rozszerzenia penalizacji<sup>40</sup>.

Wydaje się, że ogromna część rozbieżności poglądów wynika z sygnalizowanego wcześniej problemu wieloznaczności pojęcia „można”, a przede

<sup>36</sup> A. Liszewska: *Usiłowanie przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo*. „Państwo i Prawo” 2012, 3, s. 30—33.

<sup>37</sup> E. Hryniewicz: *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia...*, s. 173.

<sup>38</sup> A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Art. 1—116. Gdańsk 2005, s. 210.

<sup>39</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład części ogólnej*. Warszawa 2012, s. 201.

<sup>40</sup> D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 340—341.



wszystkim z oceny możliwości na trzech płaszczyznach (prawnej, konstrukcyjnej i zasadności). Oczywiście, mają rację ci autorzy, którzy wywodzą, że brak jest normatywnych ograniczeń karalności usiłowania w przypadku przestępstw z narażenia (zarówno konkretnego, jak i abstrakcyjnego). Trudno również odmówić racji autorom przekonującym, że zachodzi różnica między czynem z narażenia dobra prawnego a usiłowaniem, co powoduje, że konstrukcyjnie zbiegu tych podstaw odpowiedzialności karnej wykluczyć się nie da. Wydaje się, że odpowiedzi na pytanie o karalność usiłowania przestępstw z narażenia poszukiwać należy w uzasadnieniu karalności przestępstw z narażenia i w relacjach między tym typem przestępstwa a usiłowaniem jako takim.

Za przyczyny tworzenia przestępstw z narażenia w polskim piśmiennictwie uznano: wypełnienie luki wytworzonej brakiem nieumyślnego usiłowania, eliminację przypadkowości skutku jako przesłanki odpowiedzialności karnej, usuwanie problemów dowodowych związanych z koniecznością wykazywania zaistnienia skutku w postaci naruszenia dobra prawnego (a także problem wysokich kosztów stosownych badań naukowych), dążenie do pełniejszej ochrony dóbr prawnych przez eliminację niebezpiecznych sytuacji (zwłaszcza tzw. czynności masowych)<sup>41</sup>. Wskazuje się również, że interwencja na podstawie przepisów zabraniających samego zagrożenia chronionego dobra może nastąpić wcześniej i mieć, w związku z tym, charakter prewencyjny — w ten sposób mocniej podkreślana jest rola ochronna prawa karnego. Karalność za określony rezultat zachowania (w szczególności w postaci naruszenia chronionego dobra) silniej zaznacza element odpłaty w karze<sup>42</sup>. Warto jednak zauważyć, że wszystkie te argumenty można odnieść również do uzasadnienia karalności usiłowania, którego karalność wzmacnia funkcję prewencyjną prawa karnego. Co więcej, historyczny rozwój usiłowania przekonuje, że jest to konstrukcja w dużej mierze wywodząca się z przestępstw z narażenia<sup>43</sup>. O podobieństwie konstrukcji przestępstw z narażenia oraz usiłowania może także świadczyć odrębnie wprowadzony, w części szczególnej, czynny żal odnoszący się do wybranych przestępstw z narażenia (przepisy art. 160 § 4, 169, 176). W sytuacji, gdy sprawca uchylił swoim zachowaniem spowodowane niebezpieczeństwo, przepisy dotyczące czynnego żalu pomieszczone w części ogólnej nie znajdują zastosowania, z woli ustawodawcy bowiem spowodowanie zagrożenia aktualizuje odpowiedzialność za dokonanie przestępstwa. Mając jednocześnie na uwadze, że przesłanki i uzasadnienie wyłączenia karalności w wypadku

<sup>41</sup> E. Hryniewicz: *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia...*, s. 45 oraz D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 250—280. Por. też: R. Dębski: *Karalność usiłowania nieudolnego*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1999, 2, s. 115, który wskazuje teorię generalnego niebezpieczeństwa oraz teorię abstrakcyjnego niebezpieczeństwa występujące w nauce niemieckiej.

<sup>42</sup> L. Gardocki: *Typizacja uproszczona*. „Studia Iuridica” 1982, 10, s. 75—76.

<sup>43</sup> Por. rozdział pierwszy niniejszej pracy.

czynnego żalu przewidzianego dla przeddokonawczych form stadialnych są równie istotne w przypadku kryminalizowania sprowadzenia niebezpieczeństwa nie przez formę usiłowania, ale formę przępstw z narażenia, wystąpiła konieczność wprowadzenia czynnego żalu, któremu ustawodawca nadał status „po dokonaniu”<sup>44</sup>. Warto też odnotować, że w piśmiennictwie sygnalizowany jest projekt wprowadzenia przepisu art. 17a, dotyczącego czynnego żalu przępstw z narażenia na niebezpieczeństwo, o treści: „Nie podlega karze za przępstwo narażenia dobra prawnego na bezpośrednie niebezpieczeństwo sprawca, który dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo”<sup>45</sup>. Byłaby to nowa postać czynnego żalu po dokonaniu tego przępstwa, uregulowana jednak — ze względu na większą liczbę tego rodzajów czynów — w części ogólnej kodeksu karnego. Jak wskazywał A. Zoll (przewodniczący Komisji Kodyfikacyjnej), skoro dobrowolne odstępianie od usiłowania zaatakowania dobra jest bezkarne, to także dobrowolne zapobieżenie przerodzenia się wywołanego przez sprawcę bezpośredniego zagrożenia dobra w jego zniszczenie albo uszkodzenie powinno skutkować niepodleganiem karze<sup>46</sup>. Nie można też pominąć tezy A. Zolla, który z rozróźnienia norm dzielących się na normy zakazujące zachowań naruszających chronione dobro, normy zakazujące zachowań sprowadzających zagrożenie dla tych dóbr i na normy, które zakazują zachowań mogących do takich zagrożeń prowadzić, wywodzi istotne wnioski dotyczące usiłowania. Twierdzi mianowicie, że różne normy są podstawą typu czynu zabronionego polegającego na naruszeniu dobra (która to norma może występować poza prawem karnym) i czynu zabronionego polegającego na usiłowaniu naruszenia tego dobra (która występuje wyłącznie w prawie karnym). Usiłowanie w warstwie przedmiotowej polega na narażeniu dobra na niebezpieczeństwo (element podmiotowy usiłowania to problem jego karalności, a nie bezprawności). Zdaniem wspomnianego autora, usiłowanie zniszczenia dobra ma wspólną normę z typami określającymi narażenie tego dobra na niebezpieczeństwo<sup>47</sup>.

Abstrahując od szczegółowych wyliczeń podobieństw i różnic między usiłowaniem a przępstwami z narażenia<sup>48</sup>, które tu mają drugorzędne znaczenie, podkreślić należy, że obie wskazane konstrukcje cechuje: 1) wspólny rodowód, 2) swoista tożsamość (wskazuje się, że przępstwa z narażenia po-

<sup>44</sup> Por. np. J. Giezek: *Narażenie na niebezpieczeństwo...*, s. 123.

<sup>45</sup> A. Zoll: *Potrzeba racjonalności w reformowaniu prawa*. W: *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Materiały z konferencji naukowej, Lublin, 26—27 września 2011*. Red. T. Bojarski i in. Lublin 2011, s. 38.

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> A. Zoll: *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*. „*Krakowskie Studia Prawnicze*” 1990, 23, s. 82.

<sup>48</sup> J. Giezek: *Narażenie na niebezpieczeństwo...*, s. 119. Por. też A. Liszewska: *Usiłowanie przępstwa...*, s. 28.

strzegane być mogą co najwyżej jako swoiste usiłowanie<sup>49</sup>, lub że „przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo należy interpretować w duchu nieumyślnego usiłowania”<sup>50</sup>), 3) wyjątkowość ich karalności wobec braku dokonania, wymagająca szczególnego uzasadnienia<sup>51</sup>, oraz 4) zbieżne uzasadnienie dla tej karalności<sup>52</sup>.

Wymienione cechy uprawniają do przedstawienia schematu ilustrującego tezę, że usiłowanie przestępstw z narażenia (karalne), w pochodzie przestępstwa ujętym ontologicznie, odpowiada *de facto* przygotowaniu (zasadniczo niekaralnemu)<sup>53</sup>.

Pochód przestępstwa z uwzględnieniem zakresu kryminalizacji narażenia  
na niebezpieczeństwo

Przygotowanie (zasadniczo niekaralne) →	Usiłowanie nieudolne (karalne w wybranych postaciach) →	Usiłowanie udolne (karalne w każdej postaci) →	Dokonanie umyślne (zasadniczo, naruszenie dobra prawnego w przypadku przestępstw materialnych)
<b>Usiłowanie?</b> (karalne) →	Narażenie umyślne (w określonych okolicznościach karalne w każdej postaci) →		Antycypacja szkody, będąca motywem kryminalizacji
	Narażenie nieumyślne (w określonych okolicznościach karalne w każdej postaci) →		

<sup>49</sup> J. Giezek: *Narażenie na niebezpieczeństwo...*, s. 113.

<sup>50</sup> D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 266—267 oraz 322—323. Por. też wywody H.J. Hirscha na temat relacji między usiłowaniem a przestępstwem z narażenia przytoczone przez autorkę (s. 300).

<sup>51</sup> Zob.: A. Pilch: *Między ochroną a wolnością...*, s. 383—384; A. Zoll: *Odpowiedzialność karna...*, s. 15—16. Por. też jednak: A. Spotowski: *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 113 i nast.

<sup>52</sup> Por. np. A. Zoll: *Odpowiedzialność karna...*, s. 16; E. Plebanek: *Materialne określenie przestępstwa...*, s. 233; I. Andrejew: *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*. Warszawa 1978, s. 241; R. Dębski: *Karalność usiłowania nieudolnego...*, s. 115. Odmienne: A. Liszewska: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 28—29, chociaż w moim przekonaniu, wskazane różnice w uzasadnieniu tych dwóch konstrukcji są pozorne (podobnie jak często akcentowana różnica w określaniu strony podmiotowej usiłowania i przestępstwa z narażenia abstrakcyjnego). Zamiar popełnienia czynu zabronionego charakterystyczny dla usiłowania przesądza o niebezpieczeństwie dla określonego dobra (jeśli doszło do uzewnętrznienia zamiaru) i to niebezpieczeństwo ostatecznie przesądziło o karalności tej formy popełnienia przestępstwa.

<sup>53</sup> Nieco inaczej relację tę ujął P. Cramer, zaznaczając, że przestępstwo narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne stanowi formę przejściową, prowadzącą do konkretnego zagrożenia chronionych dóbr; pozostaje więc — zdaniem wspomnianego autora — w takiej relacji do konkretnego zagrożenia przedmiotu ochrony, jak przygotowanie do usiłowania. Podają za: E. Hryniewicz: *Przestępstwa z abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia...*, s. 8.

W moim przekonaniu, biorąc pod uwagę przytoczone konstatacje, **usiłowanie przępstw z narażenia zasadniczo jest niedopuszczalne, i to w obu postaciach** (mając oczywiście świadomość różnic między tymi dwiema postaciami). Spiętrzenie się form odpowiedzialności przeddokonaniowej, o którym wspominał W. Wolter, jest naruszeniem standardów konstytucyjnych, a przede wszystkim zasady proporcjonalności wywodzonej z art. 31 ust 3 Konstytucji<sup>54</sup>. Jest to dalekie i głębokie przedpole naruszenia dobra prawnego (wyrządzenia szkody), a tak daleka ekstensja prawa karnego i dość znaczna ochrona wyprzedzająca owo naruszenie jest nieuzasadniona<sup>55</sup>. Dodać również należy, że wszystkie zgłaszane wątpliwości co do zasadności i zakresu kryminalizacji zachowań stanowiących potencjalne, prawdopodobne zagrożenie<sup>56</sup> przybierają na sile w przypadku karalności usiłowań takich czynów.

Warto jednak zauważyć, że problematyczne jest rozumienie przępstw z narażenia. Jeśli bowiem zaprezentowana będzie szeroka interpretacja przępstw z narażenia — jaką np. proponuje E. Hryniewicz<sup>57</sup> — postulat wyłączenia odpowiedzialności za usiłowanie tego rodzaju przępstwa należy zgłaszać z dużą dozą ostrożności. Warto bowiem zaznaczyć, że skutek należący do znamion przępstwa materialnego nie jest synonimem szkody, zatem nawet przępstwa materialne mogą nie wyrządzać szkody, np. uzbrojenie statku. Pewnym rozwiązaniem kwestii techniczno-organizacyjnych kryminalizacji usiłowania przępstw z narażenia byłaby **rezygnacja z ujęcia regulacji dotyczącej usiłowania w części ogólnej k.k. i wprowadzenie klauzul karalności**

---

<sup>54</sup> Warto też wskazać na test proporcjonalności odnośnie do przępstw z zagrożenia przeprowadzony przez E. Hryniewicz. Jej zdaniem, chociaż kwestia oceny przydatności kryminalizacji przępstw abstrakcyjnego zagrożenia jest problematyką innych dziedzin niż prawo karne materialne (socjologii, kryminologii), nie można, korzystając z reguł logicznego myślenia oraz przeciętnego doświadczenia życiowego, z wystarczającym przekonaniem przyjąć, że określone ograniczenie wolności jednostki będzie nieprzydatne do ochrony danego dobra (zwłaszcza w świetle zasady domniemania konstytucyjności aktów prawotwórczych). Zdaniem wspomnianej autorki, pewne wątpliwości budzi jednak kryminalizacja niektórych zachowań z punktu widzenia zasady konieczności. Natomiast stosowna ocena z punktu widzenia zasady proporcjonalności w znaczeniu ścisłym, wobec konieczności ważenia dóbr, jest — w przekonaniu autorki — bardzo trudna. Zob. szerzej ibidem, s. 135—141. Tym samym kryminalizacja usiłowania tego rodzaju przępstw musi już budzić bardzo poważne wątpliwości.

<sup>55</sup> Por. D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 244—245. Bardzo przekonująco autorka twierdzi, że **prawo karne, pełniąc funkcję ochronną, nie może przepoczwarzać się w administrację scentralizowanego zarządzania ryzykiem** (s. 388).

<sup>56</sup> Por. np.: E. Hryniewicz: *Przępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia...*, s. 111; D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 383; M. Pieszczek: *Kryminalizacja narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo — zarys problematyki*. W: *Granice kryminalizacji i penalizacji*. Red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka. Olsztyn 2013, s. 69.

<sup>57</sup> E. Hryniewicz: *Przępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia...*, s. 153—171.

**usiłowania przy poszczególnych typizacjach** (bądź przeciwnie — w przypadku pozostawienia zasady ogólnej karalności, wprowadzenie klauzul niekaralności przy wybranych typizacjach). Takie rozwiązanie w sposób jednoznaczny umożliwiłoby określenie granic kryminalizacji w tym zakresie, uwzględniając szczególne cechy poszczególnych typów czynu zabronionego.

## 2. Przepęstwa formalne

Wydaje się, że bardzo podobne problemy związane z usiłowaniem generują **przepęstwa formalne**<sup>58</sup>, co wynika z charakteru tych przepęstw, a przede wszystkim z relacji między przepęstwami z narażenia i przepęstwami formalnymi<sup>59</sup>. Była już o nich mowa wcześniej, jednak teraz zająć się nimi należy w nieco innym kontekście. Poszukując zasadności karalności usiłowania przepęstw formalnych, zadać należy pytanie, jaka jest ich natura i rodowód. Jak już wykazano, stosunkowo wcześniej przesłanką odpowiedzialności karnej stało zachowanie człowieka niewyrządzające żadnych konkretnych szkód. Zdaniem K. Rastawickiego, przyjęcie takiego modelu odpowiedzialności wymagało pokonania różnego rodzaju trudności, m.in. wiązało się to z brakiem instytucji usiłowania przepęstwa. Jednocześnie autor ten zauważa, że wśród karalnych typów zachowań polegających na zaniechaniu należy szukać pierwszych typów przepęstw bezskutkowych, niebędących kompensacją braku instytucji usiłowania, lecz służących tylko uzupełnieniu ochrony pewnych wartości<sup>60</sup>.

Zdaniem L. Gardockiego, przepęstwa formalne to przykład typizacji uproszczonej — brak jest w nich ustawowych znamion skutku, ale racja bytu przepęstw formalnych jest identyczna z racją bytu przepęstw materialnych. Autor ten dodaje, że karalność przepęstw formalnych wprowadzona jest ze względu na przekonanie, że opisane w ramach tych typów zachowanie się godzi w określone dobro, wywołuje pewne skutki oceniane społecznie jako

<sup>58</sup> Por. A. Liszewska: *Usiłowanie przepęstwa...*, s. 30—33 oraz D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 341—342. Prawie 200 lat temu F. Maciejowski pisał: „Dla tego działanie z winy wypływające z któregoś nadwyrażenie żadne jeszcze nie wypadło, ale łatwo wydarzyćby się mogło, nie należy uważać za usiłowanie tego coby wyniknąć mogło. Owszem takie działanie stanowi samo w sobie zupełne przepęstwo formalne”. — F. Maciejowski: *Wykład prawa karnego w ogólności z zastosowaniem Kodeksu Kar Głównych i Porządkowych z dniem 20 grudnia (1 stycznia) 1848 r. w Królestwie Polskim obowiązującego, tudzież ustawy przewodniej i instrukcji dla sądów*. Warszawa 1848, s. 113.

<sup>59</sup> A. Liszewska: *Usiłowanie przepęstwa...*, s. 30—33.

<sup>60</sup> K. Rastawicki: *Z historii kształtowania się przepęstw bezskutkowych (formalnych)*. „Palestra” 1989, 3, s. 70—71.

negatywne. Jak wskazuje L. Gardocki, tworzenie przepęstw formalnych podyktowane jest przekonaniem, że opisane w ramach tych typów zachowanie się godzi w określone dobro, wywołuje pewne skutki oceniane społecznie jako negatywne. Cechą charakterystyczną przepęstw formalnych jest to, że nastawione są na zapobieganie występieniu określonych skutków, mają szerszy zakres penalizacji. Jak podkreśla wspomniany autor, w przypadku różnych przepęstw formalnych inny jest stopień prawdopodobieństwa niebezpieczeństwa następienia skutku. Ostatecznie wymienia trzy racje uzasadniające istnienie przepęstw formalnych — trudności legislacyjne, trudności dowodowe i aspekt ochronny (prewencyjny)<sup>61</sup>. Na ułatwienia dowodowe leżące u podstaw kształtu przepęstwa formalnego wskazuje też E. Hryniewicz<sup>62</sup>. K. Rastawicki jako powody kryminalizacji w postaci przepęstw formalnych wskazywał prewencyjną rolę prawa i naturalną trudność w określaniu konkretnej szkody wyrządzonej zachowaniem (szkoda wynika bowiem nieraz dopiero z sumy większej liczby społecznie groźnych czynów). Jak podkreślał, współczesna tendencja tworzenia przepęstw formalnych nie jest wynikiem — jak się czasem wskazuje — postępu i humanizacji prawa karnego, lecz rezultatem tego samego od wieków politycznokryminalnego mechanizmu upraszczającego penalizację<sup>63</sup>. Jak z kolei twierdzi A. Liszewska, w doktrynie niemieckiej już od dawna stawiana była teza w kontekście koncepcji finalnej czynu, że każde zachowanie człowieka może podlegać ujemnej ocenie zarówno ze względu na wywołany tym zachowaniem skutek, jak i z uwagi na wartość — społeczny sens samego zachowania<sup>64</sup>.

Polska doktryna prawa karnego nie zajęła jednolitego stanowiska odnośnie do możliwości usiłowania przepęstw formalnych — zdania w tym względie są podzielone, chociaż nie równomiernie. Jak się wydaje, S. Glaser nie widział możliwości udzielania prostej odpowiedzi na pytanie dotyczące możliwości usiłowania przepęstw formalnych. Pisał, że możliwość ta „zależy od odnośnej istoty czynu: tylko wykładnia poszczególnej istoty czynu może dać odpowiedź na powyższe pytanie; dopiero bowiem przy uwzględnieniu całości kształtu właściwości odnośnego wydarzenia, zobraowanego w ustawowej istocie czynu, zrozumieniu jego znaczenia jurydycznego i życiowego, będzie można ustalić,

---

<sup>61</sup> L. Gardocki: *Typizacja uproszczona...*, s. 72—73. Na marginesie warto za autorem tym podkreślić, że przepis ujmujący przepęstwo bezskutkowe nie zawsze jest zrozumiały w tym sensie, że jego literalne brzmienie nie stanowi wystarczającej dla „nie-prawników” *ratio legis* — niezbędne jest tu również uzasadnienie jego istnienia, wykraczające poza ramy nakreślone przez ustawodawcę, podczas gdy przepęstwa materialne „mówią same za siebie”. Może to ostatecznie powodować trudności w internalizacji tego rodzaju przepisów. Ibidem, s. 74.

<sup>62</sup> E. Hryniewicz: *Przepęstwa z narażenia*. Warszawa 2012, s. 136—138 oraz 155—156.

<sup>63</sup> K. Rastawicki: *Z historii kształtowania się przepęstw bezskutkowych...*, s. 78—80.

<sup>64</sup> A. Liszewska: *Usiłowanie przepęstwa...*, s. 20.

czy skonstruowanie usiłowania w danym wypadku jest w ogóle możliwe<sup>65</sup>. R.A. Stefański za nietrafny uznaje pogląd o niemożliwości usiłowania przestępstwa formalnego<sup>66</sup>, z aprobatą przytaczając stanowisko SN, stwierdzającego — na tle przestępstwa określonego w przepisie art. 178a — że samo zajęcie przez nietrzeźwego kierowcę miejsca za kierownicą i uruchomienie motoru z zamiarem prowadzenia pojazdu rozważać należy w płaszczyźnie usiłowania<sup>67</sup>. L. Gardocki twierdzi, że usiłowanie takie jest możliwe, zauważając, że następuje tym samym dalsze rozszerzenie (i tak szerokiego) zasięgu kryminalizacji<sup>68</sup>. Dość szeroka jest lista autorów, którzy wykluczają możliwość usiłowania formalnych przestępstw, ale polegających na zaniechaniu<sup>69</sup>. J. Kulesza analizę problemu usiłowania przestępstw formalnych ograniczył właśnie do przestępstw z zaniechania, na płaszczyźnie czynu opisanego w przepisie art. 162, uznając, że usiłowanie tego przestępstwa zachodzi od chwili upływu czasu do niezwłocznego udzielenia pomocy aż do chwili poprzedzającej ustanie obowiązku<sup>70</sup>. Wydaje się, że właśnie ta perspektywa zaniechania, a także problem jego temporalni-

<sup>65</sup> S. Glaser: *O usiłowaniu przestępstw z zaniechania*. „Gazeta Sądowa” 1935, 4, s. 247, 249, cyt. za: J. Kulesza: *Przestępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 357.

<sup>66</sup> R.A. Stefański, w: *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*. Red. L. Gardocki. Warszawa 2013, s. 412.

<sup>67</sup> Uchwała SN z 8.12.1960 r., VI KO 64/60. OSPiKA 1961, 5, poz. 139. LEX 115726. Warto może sięgnąć nieco głębiej do uzasadnienia poczynionego przez SN, który stwierdził: „Przepis art. 28 § 1 ustawy z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu (Dz.U. Nr 69, poz. 434) stanowi wprost o »prowadzeniu« pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości. Nie jest »prowadzeniem« samo siedzenie za kierownicą pojazdu mechanicznego, którego jeszcze nie uruchomiono. »Prowadzeniem« jest wprawienie w ruch silnika i pojazdu. Pojazd »gotowy w każdej chwili do odjazdu« nie jest pojazdem »prowadzonym«, dopóki człowiek nie wprawi w ruch jego motoru, a pojazd wskutek tego nie zacznie się poruszać.

Możliwe jest usiłowanie »prowadzenia« pojazdu mechanicznego przez sprawcę w stanie nietrzeźwości. Kwestia, czy w konkretnym wypadku usiłowanie zachodzi, tj. czy sprawca znajdujący się w stanie nietrzeźwości przedsięwziął działanie, które skierowane było bezpośrednio ku urzeczywistnieniu takiego zamiaru »prowadzenia«, pozostaje do rozstrzygnięcia przez sąd w każdym z takich wypadków na podstawie całokształtu okoliczności. W ramach też usiłowania należy rozważać samo zajęcie przez nietrzeźwego kierowcę miejsca za kierownicą i uruchomienie motoru z zamiarem prowadzenia pojazdu.

Za takim ujęciem zagadnienia przemawiają w szczególności przepisy rozporządzenia z dnia 27 października 1937 r. o ruchu pojazdów mechanicznych na drogach publicznych, które rozróżniają »prowadzenie« pojazdu od jego »postoju okolicznościowego«, zabraniając używania alkoholu bądź znajdowania się w stanie wskazującym na użycie alkoholu »w czasie prowadzenia« pojazdu mechanicznego lub w czasie »okolicznościowego postoju« takiego pojazdu i zagrażając w obu wypadkach cofnięciem kierowcy zezwolenia na prowadzenie pojazdów mechanicznych (§ 47 i 53 ust. 2) przez organa administracji państwowej”.

<sup>68</sup> L. Gardocki: *Typizacja uproszczona...*, s. 73.

<sup>69</sup> J. Kulesza: *Przestępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 356 i przytoczona tam szczegółowa literatura.

<sup>70</sup> Ibidem, s. 356—394.

zacji rodzi wyjątkowe komplikacje przy analizie konstrukcji usiłowania przestęstwa formalnego opisanego w przepisie art. 162 § 1. Jak słusznie konstatuje A. Liszewska, w doktrynie prawa karnego i orzecznictwie sądowym nie budzi wątpliwości fakt, że przepis art. 13 § 1 znajduje zastosowanie zarówno do przestęstw materialnych, jak i formalnych (wątpliwości budzi jedynie — zdaniem autorki — wskazanie momentu kończącego usiłowanie przestęstwa formalnego z zaniechania, ale i w tym wypadku teoretycznie nie wyklucza się możliwości kwalifikacji prawnej czynu jako usiłowania). Zdaniem wspomnianej autorki, czyny z zagrożenia abstrakcyjnego są formą przestęstw bezskutkowych, które jako takie mogą być usiłowane. Co więcej, jak dodaje wymieniona autorka, co do poniekórych typizacji czynów bezskutkowych ustawodawca przewidział nawet karalną formę czynności przygotowawczych. Ostatecznie A. Liszewska stwierdza — o czym była już mowa — że rozważyć z pewnością należy ograniczenie karalności usiłowania (np. przez zawężenie stosowania art. 13 § 1) tylko do przestęstw skutkowych<sup>71</sup>. Ostatnio za możliwością usiłowania przestęstw formalnych opowiedział się M. Bielski, szeroko ukazując różnice w zakresie pojęcia usiłowania przestęstw materialnych i formalnych<sup>72</sup>.

W piśmiennictwie powtarza się stanowisko, że usiłowanie przestęstw formalnych jest możliwe, ale tylko w przypadku tzw. usiłowania nieukończonego, ponieważ „w wypadku przestęstw formalnych zakończenie **zachowania zmierzającego** ku dokonaniu czynu zabronionego oznaczać będzie **z reguły dokonanie przestęstwa**”<sup>73</sup>. Ewentualnie pojawia się teza o **usiłowaniu nieudolnym**<sup>74</sup> jako jedynej możliwej formie usiłowania przestęstw formalnych, ponieważ podjęcie określonego zachowania, a nawet jego zakończenie, wobec braku przedmiotu wykonawczego lub posługiwania się środkiem nienadającym się do tego, sprawia, że do dokonania nie dochodzi (ponieważ dojść nie może). G. Rejman jako przykład usiłowania nieudolnego przestęstwa formalnego wskazuje — za SN — przypadek lekarza nieudzielającego pomocy człowiekowi, który w momencie jego wezwania już nie żył, o czym lekarz nie wiedział<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> A. Liszewska: *Usiłowanie przestęstwa...*, s. 30—33.

<sup>72</sup> M. Bielski: *Rzecz o granicach usiłowania przestęstw formalnych i materialnych — na przykładzie art. 200 § 1 k.k. i art. 200a k.k.* „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, 3, s. 104—106, 108—109.

<sup>73</sup> K. Buchała, A. Zoll: *Polskie prawo karne*. Warszawa 1995, s. 285. Według K. Indeckiego i A. Liszewskiej, przykładem usiłowania niepełnego przestęstwa bezskutkowego jest przypadek, „kiedy policja uniemożliwiła porzucenie osoby nieporadnej (art. 210 § 1)” — K. Indeckie, A. Liszewska: *Prawo karne materialne. Nauka o przestępcstwie, karze i środkach penalnych*. Warszawa 2002, s. 213. Por. też S. Pławski: *Prawo karne (w zarysie)*. Część 2. Warszawa 1966, s. 9—10.

<sup>74</sup> Por. np. Z. Kubec: *Kilka uwag na temat odstąpienia od usiłowania*. „Państwo i Prawo” 1969, 3, s. 561.

<sup>75</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestęstwa...*, s. 146—147.



Przytoczony przegląd stanowisk doktryny uzupełniony być musi o kilka pytań, które się pojawiają w związku z omawianym problemem. Po pierwsze, czy karalność przygotowania przewidziana dla określonego typu czynu zabronionego przesądza o karalności usiłowania (w znaczeniu zasadności usiłowania przestępstw formalnych, nie zaś normatywnej dopuszczalności), skoro przygotowanie i usiłowanie to zachowania o zasadniczo różnym charakterze. Po drugie, daczego ograniczenie karalności usiłowania miałyby odnosić się wyłącznie do usiłowania udolnego, skoro przepis art. 13 § 2 (usiłowanie nieudolne) rozszerza karalność (w myśl poczynionych ustaleń, że usiłowanie nieudolne nie jest rodzajem usiłowania udolnego, ale odrębną formą usiłowania), a specyfika przestępstw formalnych sprawia, że konstrukcyjnie łatwiej jest usiłować przestępstwa formalne nieudolnie niż udolnie. I po trzecie, jakie znaczenie ma podział usiłowania na ukończone i nieukończone dla przestępstw formalnych.

Poszukując zatem odpowiedzi na temat możliwości usiłowania formalnego, najpierw należy podjąć kwestię możliwości konstrukcyjnej, a dopiero potem zasadności karania za usiłowanie przestępstw formalnych. Jak się wydaje, rozważania należy rozpocząć od ustalenia, czy przestępstwa formalne to jedna (jednolita) kategoria przestępstw.

Istotnego podziału przestępstw formalnych dokonał K. Rastawicki. Oprócz przestępstw formalnych w czystej postaci, w których chwila dokonania wyznaczona jest przez moment podjęcia zabronionego działania lub niepodjęcia nakazanego działania, wymienia takie, których istnienie wymaga dodatkowych czynników — uczestnictwa innych osób (np. fałszywe oskarżenie — art. 248 d.k.k.), lub pewnego przedmiotu wykonawczego (np. przyłączenie się do przewodu służącego do podawania wiadomości — art. 172 d.k.k.). W tej drugiej grupie przestępstw formalnych chwila dokonania wyznaczona jest przez nastąpienie pewnych zdarzeń wywołanych zachowaniem sprawcy; są to np. dotarcie informacji do określonego podmiotu lub pewne zmiany w przedmiocie wykonawczym. K. Rastawicki zastrzega jednak, że niezależnie od elementu decydującego dla chwili dokonania przestępstwa, istota przestępstwa formalnego polega zawsze na społecznie niebezpiecznym zachowaniu się, a skutek przestępny pozostaje zawsze poza granicami zespołu znamion i nie odgrywa żadnej roli w fazie kwalifikacji danego czynu jako przestępstwa dokonanego<sup>76</sup>. Wskazany podział będzie miał szczególne znaczenie dla dopuszczalności i kształtu czynnego żalu, jednak już teraz dwie kwestie związane wyłącznie z usiłowaniem należy zasygnalizować. Po pierwsze, wyraźnie należy stwierdzić, że tzw. **test**

<sup>76</sup> K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezskutkowe). Zagadnienia teoretyczne, politycznoprawne i technicznolegislacyjne*. Warszawa 1988 [niepublikowana rozprawa doktorska, PAN], s. 64—66.

**usiłowania**<sup>77</sup> (w związku z dwojaką naturą przepęstw formalnych) **zawodzi** — możliwe jest bowiem wykonanie znamienia czasownikowego w przepęstwie formalnym, a mimo to nie będziemy mieli do czynienia z przepęstwem dokonanym. Po drugie, podział usiłowania na ukończone i nieukończone (wielokrotnie przeze mnie kwestionowany) w przypadku przepęstw formalnych nabiera innego znaczenia niż do tej pory mu przypisywano. Wbrew stawianym teom<sup>78</sup>, usiłowanie ukończone może również mieć miejsce w odniesieniu do przepęstw formalnych (np. znieważająca informacja wysłana przez sprawcę do pokrzywdzonego nie dociera). Oznacza to równocześnie, że **zasadniczo konstrukcyjnie przepęstwa formalne mogą być usiłowane**.

Nawiązując natomiast do różnorodnego uzasadniania tworzenia typizacji w postaci bezskutkowej, wyróżnić można co najmniej trzy rodzaje przepęstw formalnych: 1) „zastępujące” usiłowanie<sup>79</sup>, 2) rozszerzające karalność usiłowania (co dotyczy zwłaszcza przepęstw z zaniechania) oraz 3) jako efekt penalizacji uproszczonej — wobec przewidywanego braku dowodów lub możliwości dowodzenia szkody albo w sytuacjach, gdy szkoda ujawnia się dopiero przy większej liczbie czynów. **Jeśli rozważać dopuszczalność, zasadność kryminalizacji usiłowania przepęstw formalnych, to — jak się wydaje — wyłącznie w trzeciej grupie**. Dwie pierwsze są *de facto* usiłowaniem podniesionymi do rangi dokonania w postaci bezskutkowej. Dodatkowym argumentem na poparcie tej tezy może być uzasadnienie tworzenia przepęstwa bezskutkowego. F. Maciejowski w 1848 r. pisał: „Ze względu na niebezpieczeństwo łatwo wyniknąć mogące, do istoty niektórych przepęstw, w szczególności zwanych formalnymi, nie wymagają Prawa konieczne w skutku nadwężenia. [...] Owe formalne przepęstwa są tylko usiłowaniem odległym, napiętem, które Prawo z polityki karnej za tak karygodne, w niektórych przypadkach uznaje, jakby nadwężenie nastąpiło”<sup>80</sup>. S. Budziński dwadzieścia lat później dodawał m.in.: „Państwo chce i powinno karać winę, a nie tylko ten jest winnym, który rzeczywiście szkodzi, lecz i ten, który niebezpieczne działanie przedsięwzięje. Gdyby

<sup>77</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zoll..., 2007, s. 60 — „Dla odróżnienia przepęstw skutkowych (materialnych) od przepęstw bezskutkowych (formalnych) pomocny może być tzw. test usiłowania. Należy zadać sobie pytanie, czy zakończona przez sprawcę aktywność realizująca znamię czynności sprawczej typu czynu zabronionego stanowi już dokonanie przepęstwa, czy też będzie oceniona jako usiłowanie. W pierwszym przypadku będzie to przepęstwo formalne, w drugim — materialne”.

<sup>78</sup> Por. np.: J. Giezek, w: *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Red. M. Bojarski. Warszawa 2012, s. 239; M. Mozgawa, w: *Prawo karne materialne. Część ogólna*. Red. M. Mozgawa. Warszawa 2011, s. 307; Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład...*, s. 204—205.

<sup>79</sup> Co istotne, mimo wykształcenia się (i ugruntowania) instytucji usiłowania, formuła przepęstw bezskutkowych nie zanikła.

<sup>80</sup> F. Maciejowski: *Wykład prawa karnego*. Warszawa 1848, s. 34, cyt. za: K. Rastawicki: *Przepęstwa formalne (bezskutkowe)...*, s. 6. Por. też F. Maciejowski: *Wykład prawa karnego w ogólności...*, s. 130.

państwo w razie możliwości odgraniczenia szkodliwych i niebezpiecznych czynów karało tylko pierwsze, czyniłoby zastosowanie kary zawisłym od przypadkowych okoliczności, w żadnym związku z istotą sprawy niepozostających”<sup>81</sup>. Przytoczone poglądy wskazują na swoistą zbieżność między przestępstwami formalnymi a usiłowaniem. Ponownie też należy chyba stwierdzić, że wskazywane w piśmiennictwie różnice między usiłowaniem nieudolnym a przestępstwem formalnym<sup>82</sup> nie mają znaczenia dla oceny zasadności karalności usiłowania przestępstw formalnych. Rosnąca liczba przestępstw formalnych już w latach 80. ubiegłego wieku niepokoiła K. Rastawickiego, który wskazywał, że w k.k. z 1969 r. stanowiły one 40% wszystkich stypizowanych czynów (i ponad 50% w ustawach dodatkowych). Jego zdaniem, była to formuła nadużywana<sup>83</sup>.

Zatem jeśli uznany, że przestępstwa formalne również ustanawiają karalność na przedpolu dokonania, i jednocześnie nie wyrażamy zgody na rozszerzenie tej karalności jeszcze przez usiłowanie, to kryminalizacja usiłowania takich przestępstw musi budzić znaczne wątpliwości. I chociaż K. Rastawicki podkreślał, że zakres dowolności wyboru kształtu ustawowych znamion statuujący typ formalny lub materialny przestępstwa jest w zasadzie nieograniczony<sup>84</sup>, to jednak dzisiaj ograniczeniem takim jest z pewnością zasada proporcjonalności. Jeszcze silniej zasada ta winna ograniczać kryminalizację usiłowania przestępstwa formalnego. Mając jednak na uwadze niejednorodność przestępstw formalnych, ponownie należy zgłosić postulat odrębnie podejmowanej decyzji co do kryminalizacji usiłowania danego typu przestępstwa i precyzyjnego ujawniania woli takiej kryminalizacji.

### 3. Przestępstwa naruszające tzw. zdematerializowane dobro prawne

Wiele wątpliwości musi budzić kwestia kryminalizacji usiłowania przestępstw **naruszających tzw. zdematerializowane dobro prawne**. Przyczyn tak enigmatycznego określania dobra prawnego, o czym była już mowa, upatruje się w braku wiedzy co do wszystkich praw przyczynowych rządzących zjawiskami, przy równoczesnym dysponowaniu coraz nowocześniejszymi środkami technicznymi; dotyczy to zwłaszcza przestępstw przeciwko środowisku oraz obrotowi gospodar-

<sup>81</sup> S. Budziński: *Wykład porównawczy prawa karnego*. Warszawa 1868, s. 53, cyt. za: K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezskutkowe)*..., s. 6—7.

<sup>82</sup> J. Giezek: *Narażenie na niebezpieczeństwo*..., s. 131—132. Podobnie L. Gardocki: *Typizacja uproszczona*..., s. 73.

<sup>83</sup> K. Rastawicki: *Z historii kształtowania się przestępstw bezskutkowych*..., s. 69 i 80.

<sup>84</sup> K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezskutkowe)*..., s. 2.

czemu<sup>85</sup>. Co prawda, cechą specyficzną prawa karnego jest wprowadzenie karno-prawnej ochrony przez system sankcji już na przedpolu naruszenia dobra prawnego chronionego normą sankcjonowaną<sup>86</sup>, pojawia się jednak pytanie o pojęcie dobra prawnego i jego coraz szerszą dematerializację. Jak zauważa H.J. Hirsch, dematerializacja dobra prawnego (jego uduchowienie) sprawia, że bardzo łatwo zaciera się różnica między deliktami z naruszenia a deliktami z tzw. przedpola, ponieważ te ostatnie bywają ukształtowane w taki sposób, że przedstawiają się jako delikty polegające na naruszeniu rzekomego uniwersalnego dobra prawnego. Wspomniany autor twierdzi, że pojawia się tendencja do przekształcania przestępstw z narażenia w przestępstwa z naruszenia, w odniesieniu do których znowu można sformułować przestępstwa z narażenia (z przesunięciem — w stosunku do sytuacji pierwotnej — granicę penalizacji). I tak jeśli w przestępstwie oszustwa ubezpieczeniowego jako dobro prawne zamiast „mienia firmy ubezpieczeniowej” wskażemy „niezakłócone funkcjonowanie sfery ubezpieczeniowej”, to z czynu jedynie stwarzającego niebezpieczeństwo otrzymujemy czyn będący dokonaniem naruszenia, a tym samym — przestępstwo narażenia niezakłóconego funkcjonowania sfery ubezpieczeniowej na niebezpieczeństwo<sup>87</sup>. G. Jacobs wprowadza nawet pojęcie **dóbr z przedpola** (*Vorfeldgüter*)<sup>88</sup>. E. Hryniewicz wskazuje, że badając, czy kryminalizacja wpisuje się w ramy zasady proporcjonalności, konieczne jest ustalenie, na przedpolu (naruszeniu) jakich dóbr prawnych stworzono nowe, uniwersalne przedmioty ochrony, i odtworzenie właściwych (niekoniecznie wyłącznie indywidualnych) chronionych wartości. Jednocześnie autorka ta słusznie zauważa, że wobec braku powszechnie uznawanego i wyczerpującego katalogu dóbr prawnych (a nawet wątpliwości, czy katalog taki można utworzyć), przy braku jednoznacznych kryteriów rozstrzygnięcia kolizji dóbr, zadanie to należy uznać za bardzo trudne<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> D. Gruszecka: *Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym*. W: „Wrocławskie Studia Erazmiańskie”. Zeszyty Studenckie, s. 141—142.

<sup>86</sup> A. Zoll: *Odpowiedzialność karna...*, s. 9.

<sup>87</sup> H.J. Hirsch: *W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, 1, s. 12—13; D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 33. Zdaniem D. Gruszeckiej, to niepokojące zjawisko sięgać może jeszcze dalej — gdy np. przestępstwo naruszające funkcjonowanie sfery ubezpieczeniowej przekształcone zostanie w przestępstwo z narażenia abstrakcyjnego na niebezpieczeństwo niezakłóconego funkcjonowania sfery ubezpieczeniowej. Autorka wyraża obawy, że przez odpowiednią „żonglerkę” określanie dobra prawnego można dowolnie przesuwać granice odpowiedzialności karnej wstecz od tego, co pierwotnie stanowiło naruszenie. Problem czynnego żalu i możliwość skorzystania z prawnych konsekwencji po jego okazaniu w świetle funkcji tej konstrukcji jawi się jako szczególnie wątpliwy. Inny przykład wskazuje E. Hryniewicz: przestępstwo z zagrożenia życia człowieka staje się naruszeniem jego bezpieczeństwa — E. Hryniewicz: *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia...*, s. 12—13.

<sup>88</sup> Za: D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 34.

<sup>89</sup> E. Hryniewicz: *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia...*, s. 140—141.

Niewątpliwie wprowadzenie przepisów dotyczących naruszenia dóbr z przedpola znacznie poszerzy zakres kryminalizacji, jednocześnie należy pamiętać, że ucierpi na tym „głębokość” tej regulacji. Tym bardziej rozważnie podjęta musi być decyzja o kryminalizacji usiłowania tego rodzaju przestępstw.

#### 4. Przestępstwa *sui generis*

Odrębny problem stanowi możliwość usiłowania przestępstw będących *de facto* **czynnościami przygotowawczymi** (a w dalszej perspektywie — czynny żal z nimi związany). W zasadzie nie budzi wątpliwości fakt, że karalność przygotowania na zasadach ogólnych (**przez klauzulę karalności**) wyklucza — mimo że jest to pojęciowo możliwe<sup>90</sup> — dopuszczalność stosowania konstrukcji usiłowania do czynu zabronionego polegającego na przygotowaniu (czynnościach przygotowawczych)<sup>91</sup>. Z faktu bowiem, że ustawodawca poświęca przygotowaniu odrębny przepis nie wynika, że staje się ono przestępstwem *sui generis* — nadal pozostaje etapem poprzedzającym dokonanie. Zdaniem J. Giezka, akceptacja konstrukcji usiłowania przestępstwa polegającego na przygotowaniu byłaby sprzeczna z treścią art. 13, a ponadto w sposób niedopuszczalny rozszerzałaby zakres penalizacji czynności leżących na przedpolu dokonania czynu zabronionego<sup>92</sup>. Skoro bowiem przepis art. 13 § 1 statuuje odpowiedzialność karną za bezpośrednio zmierzanie do dokonania, to zachowania poprzedzające przygotowania tej cechy nie mają. Pamiętać jednak należy, że oprócz kryminalizacji przygotowania wyrażonej przez „klasyczną” klauzulę karalności, w kodeksie spotykamy, jak wskazuje A. Zoll, karalne przygotowanie ograniczone do określonego rodzaju<sup>93</sup>, które nie posługuje się wyrażeniem „kto czyni przygotowania”. Wskazany autor jako przykład wymienia tu m.in. gromadzenie lub przechowywanie określonych wiadomości stypizowane w przepisie art. 130 § 3 (oraz 343 § 3). W takim przypadku, zda-

<sup>90</sup> E. Kunze: *Przygotowanie przestępstwa w ujęciu polskiego prawa karnego*. Poznań 1991, s. 85.

<sup>91</sup> Na przykład L. Tyszkiewicz, w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Filar. Warszawa 2010, s. 69; J. Giezek, w: *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Red. M. Bojarski..., s. 248. Por. jednak K. Mioduski, w: J. Bafia, K. Mioduski, K. Siewierski: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. *Część ogólna...*, s. 71, który uważa, że jest możliwe również usiłowanie przestępstwa z art. 265 § 3 k.k. z 1969 r.

<sup>92</sup> J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., s. 141.

<sup>93</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zoll..., 2012, s. 284.

niem A. Zolla, nie zachodzi moŹliwość usiłowania tych przestępstw, a wniosek taki wynika z art. 131 § 1, który pomija art. 130 § 3<sup>94</sup>. Wydaje się jednak, Źe konstatacja taka jest przedwczesna. Fakt pominięcia w treści przepisu art. 131 § 3 przygotowania, o którym stanowi przepis art. 130 § 3, nie musi oznaczać stanowiska ustawodawcy o niekaralności usiłowania tego czynu, a jedynie, Źe dodatkowe wymogi odnoszące się do czynnego Źalu warunkujące bezkarność nie dotyczą usiłowania zachowań opisanych w przepisie art. 130 § 3<sup>95</sup>. ZauwaŹyć równieŹ naleŹy, Źe wskazana typizacja stanowi w rzeczywistości przykłał *delictum sui generis*, opisujące **jako dokonanie** czynności przygotowawcze<sup>96</sup>, zatem wymóg bezpośredniości zmierzania do dokonania formalnie zostaje spełniony.

Odpowiedź na pytanie o karalność usiłowania przygotowania poprzedzona być musi rozpoznanie grupy przestępstw określanych mianem przygotowania (bądź czynności przygotowawczych)<sup>97</sup>. Na gruncie k.k. z 1932 r., który nie „włączał tej fazy przestępstwa w normalne ramy form zjawiskowych”, G. Rejman wyróżniła trzy postaci karalności przygotowania: przez ogólną klauzulę, wyszczególnienie określonych karalnych działań przygotowawczych oraz porozumienie w przypadkach ściśle określonych<sup>98</sup>. Cztery grupy form typizacji w czasie obowiązywania kodeksu karnego z 1969 r. wskazuje Z. Ciopiński: pierwsza — przygotowanie nie ma innych znamion poza **odesłaniem do ogólnej definicji** zawartej w art. 14 § 1 d.k.k.; w kaŹdej postaci (np. przepis art. 128 § 1<sup>99</sup>, 129, 142, 307 d.k.k.), druga — przestępstwo jest stypizowane **par excellence** jako przygotowanie, które moŹe być podobne do określonego w art. 14, ale nie w kaŹdej postaci; jest to przygotowanie zawierające nie-

<sup>94</sup> Ibidem.

<sup>95</sup> Warto teŹ zaznaczyć, Źe istnienie czynnego Źalu przewidzianego w przepisie art. 131 § 2, bęłącego *de facto* czynnym Źalem po dokonaniu, bezpośrednio juŹ dotyczącego czynu określonego w przepisie art. 130 § 3, równieŹ nie stanowi argumentu o braku kryminalizacji usiłowania tego czynu wyrażonego przez ustawodawcę.

<sup>96</sup> P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 2. Red. A. Zol1. Warszawa 2008, s. 92—93.

<sup>97</sup> E. Kunze: *Przygotowanie przestępstwa...*, s. 15. Koniecznie jednak naleŹy odnotować oryginalną koncepcję zaproponowaną przez E. Krzymuskiego. W przygotowanym przez niego w 1917 r. projekcie kodeksu karnego **przygotowanie karalne było wyłącznie jako odrębne przestępstwo** („art. 31 § 1. Czynności, za pomocą których ktoś przygotowywał spełnienie jakiegoś przestępstwa, mogą podlegać karze tylko jako osobne, przez ustawę przewidziane przestępstwo”). — E. Krzymuski: *Projekt kodeksu karnego polskiego. Uwagi autora. Tytuł wstępny i część ogólna*. Warszawa 1918, s. 11—12 i 35.

<sup>98</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 11—12.

<sup>99</sup> „Kto czyni przygotowania do zbrodni określonej w art. 122, 123, 124 § 1 lub 2, w art. 126 § 1 lub art. 127”.

które formy działania (np. art. 227 § 3<sup>100</sup> i 265 § 3<sup>101</sup>, 314<sup>102</sup> d.k.k.), trzecia — **kryptoprzygotowanie**, w którym nie ma odesłania do ogólnej definicji, ale zachowanie się jest z istoty swej formą stadialną innego przestępstwa; są to typowe czynności, których treść wyrażona w ustawowych znamionach obliuguje do uznania ich za stadium przygotowania, stypizowanego jednak wolą ustawodawcy jako odrębne przestępstwo (art. 124 § 2<sup>103</sup>, 173 § 2<sup>104</sup>, 273 § 2<sup>105</sup>, 227 § 2<sup>106</sup> i art. 281<sup>107</sup> d.k.k.), czwarta — **quasi-przygotowanie**, zawiera znamiona, które w treści swej są czynnościami poprzedzającymi usiłowanie, ale nie odnoszącymi się do innego przestępstwa (art. 132<sup>108</sup>, 143<sup>109</sup>, 222<sup>110</sup>, 224 § 1<sup>111</sup>, 276 § 1<sup>112</sup> i 278 § 1<sup>113</sup> d.k.k.). Co istotniejsze, oceniając formy typizacji od strony adekwatności do definicji czynności przygotowawczych (w ujęciu formalnym), na gruncie poprzedniego kodeksu karnego, autor ten nakreśla

<sup>100</sup> „Kto w celu popełnienia czynu określonego w § 1 lub 2 wchodzi w porozumienie z innymi osobami albo sporządza, nabywa lub przechowuje środki techniczne” — w brzmieniu sprzed nowelizacji z dn. 12.10.1994 r. (Dz.U. nr 126, poz. 615); po tej nowelizacji wskazany czyn należałoby zaliczyć do grupy pierwszej.

<sup>101</sup> „Kto czyni przygotowania do przestępstwa określonego w § 1 w ten sposób, że podrabia, przerabia lub nabywa druk urzędowy, pieczęć, stempel lub inne narzędzia [...]”.

<sup>102</sup> „[...] żołnierz, który wchodzi w porozumienie z innymi żołnierzami w celu popełnienia przestępstwa określonego [...]”.

<sup>103</sup> „Kto zbiera lub przechowuje wiadomości w celu ich udzielenia obcemu wywiadowi albo podejmuje się działalności na rzecz obcego wywiadu”.

<sup>104</sup> „[...] kto w celu rozpowszechnienia takie pisma, druki, fotografie lub przedmioty sporządza, przechowuje, przenosi, przesyła lub przewozi [...]”.

<sup>105</sup> „Kto w celu rozpowszechnienia sporządza, gromadzi, przechowuje, przewozi, przenosi lub przesyła pismo, druk, nagranie, film lub inny przedmiot zawierający treść [...]”.

<sup>106</sup> „Kto pieniądz lub dokument określony w § 1 puszcza w obieg albo go w tym celu przyjmuje, przechowuje, przewozi, przenosi, przesyła albo pomaga do jego zbycia lub ukrycia [...]”.

<sup>107</sup> „Kto w celu rozpowszechnienia sporządza, przechowuje, przewozi, przenosi lub przesyła pismo, druk lub inny przedmiot zawierający treść [...]”.

<sup>108</sup> „Obywatel polski, który wchodzi w porozumienie z osobą działającą na rzecz obcej organizacji w celu działania na szkodę interesów politycznych Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej [...]”.

<sup>109</sup> „Kto bez wymaganego zezwolenia wyrabia, gromadzi lub przechowuje materiały lub przyrządy wybuchowe albo inne przedmioty mogące spowodzić niebezpieczeństwo powszechne dla życia lub zdrowia ludzkiego albo dla mienia w znacznych rozmiarach [...]”.

<sup>110</sup> „Kto, nie mając uprawnień handlowych, gromadzi w celu odsprzedaży z zyskiem towary w ilościach oczywiście niewspółmiernych do potrzeb własnych jako konsumenta [...]”.

<sup>111</sup> „Kto, nie będąc do tego uprawniony, skupuje w celu odsprzedaży z zyskiem towary nabyte w kraju za obce pieniądze, wpłacone w kraju lub za granicą, albo dokumenty uprawniające do otrzymania takiego towaru [...]”.

<sup>112</sup> „Kto bierze udział w związku lub w zorganizowanej grupie mających na celu przestępstwo zagrożone karą roku pozbawienia wolności lub surowszą [...]”.

<sup>113</sup> „Kto bierze udział w związku, którego istnienie, ustrój lub cel ma pozostać tajemnicą wobec organów państwowych, albo który rozwiązano lub któremu odmówiono zalegalizowania [...]”.

następujący obraz: w 5 wypadkach czynności przygotowawcze, w których zawarte jest znamie „przygotowanie”, odnosiły się do stypizowanych 14 stanów faktycznych, z kolei w 14 wypadkach czynności przygotowawcze stypizowano jako *delicta sui generis*, z których 9 odnosi się do 21 stanów faktycznych, a pozostałe 5 stanowi swego rodzaju czynności przygotowawcze stypizowane w fazie dokonania<sup>114</sup>.

Poza tymi rozważaniami, polska doktryna nie zajęła się całościowo problemem czynności przygotowawczych będących *delictum sui generis*. Znaleźć można niezbyt pogłębione refleksje czynione niejako „przy okazji” lub poglądy odnoszące się do konkretnej typizacji. I tak E. Kunze zauważa, że ze względu na sposób atakowania dobra prawnego przygotowanie takie należy do kategorii przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo i jest *par excellence* przestępstwem formalnym o skutku nieokreślonym<sup>115</sup>. Autor wskazuje, że chodzi o przestępstwa samoistne, których istota sprowadza się do tego, że ich znamiona ustawowe określają zachowanie się sprawcy w stadium wcześniejszym od dokonania. Jednocześnie, zdaniem tego autora, przestępstwo z art. 173 § 2<sup>116</sup> k.k. z 1969 r. może być popełnione w stadium usiłowania<sup>117</sup>. L. Gardocki uważa, że posiadanie jest przykładem typizacji uproszczonej i często tylko pozornie penalizuje pewne sprawstwo. Jest to — jak przekonuje wspomniany autor — w gruncie rzeczy przygotowanie do pewnych czynów (o które naprawdę chodzi), tyle że okrojonych z elementów podmiotowych. Zdaniem L. Gardockiego, można wskazać tylko nieliczne przypadki, w których samo posiadanie, obojętnie czego, jest niebezpieczne społecznie. Nieco dalej autor ten dodaje, że takie pomijanie pewnych znamion (najczęściej znamienia celu) przy penalizacji posiadania wynika z trudności ich udowodnienia oraz intensywnej ochrony udzielanej określonemu dobru<sup>118</sup>. Odnosząc się do konkretnych typizacji, A. Marek wskazuje, że karalnością czynu opisanego w przepisie art. 170 objęto już czynności przygotowawcze do uprawiania rozbójnictwa, polegające na uzbrojeniu lub innym przysposobieniu statku morskiego<sup>119</sup>. Zdaniem S. Hoca, w przepisie art. 130 § 3 ustawodawca określił trzy rodzaje działań stanowiących przygotowanie do szpiegostwa (art. 130 § 2), chociaż nie zostało to określone

<sup>114</sup> Z. Ciopiński: *Typizacja przygotowania*. „Studia Iuridica” 1982, 10, s. 116 i 119. Por. też A. Krukowski: *Odstąpienie od przygotowania w kodeksie karnym*. „Palestra” 1972, 3, s. 20—22.

<sup>115</sup> E. Kunze: *Przygotowanie przestępstwa...*, s. 27.

<sup>116</sup> „[...] kto w celu rozpowszechnienia takie pisma, druki, fotografie lub przedmioty sporządza, przechowuje, przenosi, przesyła lub przewozi [...]”.

<sup>117</sup> E. Kunze: *Przygotowanie przestępstwa...*, s. 86.

<sup>118</sup> L. Gardocki: *Typizacja uproszczona...*, s. 77—78.

<sup>119</sup> A. Marek: *Prawo karne*. Warszawa 2011, s. 459. Podobnie, zdaniem A. Marka, udział w związku lub w zorganizowanej grupie mającej na celu przestępstwo, który jest przygotowaniem *sui generis*, stanowi odrębne przestępstwo (art. 258) — A. Marek: *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa 2006, s. 57.



wprost<sup>120</sup>. Z kolei M. Małecki podziela stanowisko SN, że nowy typ przestępstwa z art. 200a penalizuje czynności przygotowawcze do wykorzystania małoletniego poniżej lat 15 do przestępstw określonych w art. 197 § 3 pkt 2 lub art. 200 oraz produkowania bądź utrwalania treści pornograficznych z udziałem takiego małoletniego<sup>121</sup>. A. Wujastyk przywołuje z aprobatą stanowisko SN, zgodnie z którym „dokonanie przestępstwa określonego w art. 297 § 1 k.k. następuje w chwili, gdy sprawca przedłoży fałszywe lub stwierdzające nieprawdę dokumenty, bądź nierzetelne oświadczenie, niezależnie od tego, czy skutkowało one uzyskaniem zamówienia publicznego. Przepis penalizuje zatem czynności przygotowawcze do podjęcia ostatecznej decyzji o przydzieleniu zamówienia publicznego”<sup>122</sup>. Podsumowaniem może być wypowiedź M. Małeckiego, który wskazuje, że odpowiedź na pytanie, czy dany typ czynu zabronionego stanowi penalizację czynności przygotowawczej, jest możliwa na podstawie przepisu-wzorca art. 16 § 1. Zawiera on — zdaniem autora — dwa kryteria „celu i warunku”. Autor ten konstatuje: „Zastosowana w obrębie art. 16 § 1 k.k. technika legislacyjna stwarza możliwość 1) selekcji, 2) uściślenia bądź 3) modyfikacji katalogu czynności przygotowawczych, które ustawodawca typizuje jako delikty *sui generis* w stosunku do opisanych w przepisie-wzorcu. Z kolei apodyktyczna formuła »zachodzi tylko wtedy«, otwierająca art. 16 § 1 k.k., oznacza, że każdy typ czynu zabronionego o cechach »celu i warunku« jest z woli ustawodawcy przygotowaniem do przestępstwa”<sup>123</sup>. M. Małecki zauważa także, że poprawnie skonstruowany samodzielny typ czynu zabronionego powinien odwołać się do klasycznej formuły definicyjnej z art. 16 § 1 *in principio* i stanowić odzwierciedlenie istotnych elementów definicyjnych przygotowania, przesądzając o tym, popełnienie jakiego przestępstwa sprawca musi mieć na celu, oraz bliżej charakteryzując samą czynność sprawczą, sprowadzającą się do stworzenia warunków

<sup>120</sup> S. Hoc: *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*. Opole 2002, s. 70.

<sup>121</sup> M. Małecki: *Grooming. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 1 września 2011 r. (V KK 43/11)*. „Przegląd Sądowy” 2012, 11—12, s. 197 oraz Idem: *Grooming (karalne przygotowanie do przestępstwa pedofilskiego)*. „Państwo i Prawo” 2011, 708, s. 78 i Idem: *Granicie usiłowania przestępstw pedofilskich w świetle art. 200a § 1 i § 2 k.k.* „Przegląd Sądowy” 2011, 6, s. 50. Innej jednak końcowej oceny dokonał M. Bielski, chociaż analizując stronę przedmiotową przestępstwa *groomingu*, wskazał, że chodzi o kryminalizację stwarzania warunków do dokonania określonych typów czynów zabronionych. Analiza wskazanych przepisów doprowadziła go do wniosku, że wprowadzenie do kodeksu nowych typów czynów zabronionych z art. 200a § 1 i 2 było z punktu widzenia jego normatywnego sensu zabiegiem zbędnym, gdyż zachowania kryminalizowane jako przestępstwa *groomingu* są już co do zasady karalne jako usiłowanie przestępstwa pedofilii lub zgwałcenia pedofilskiego — M. Bielski: *Rzecz o granicach usiłowania przestępstw formalnych i materialnych...*, s. 102, 116.

<sup>122</sup> A. Wujastyk: *Przestępstwa tzw. oszustw kredytowych w ustawie oraz praktyce prokuratorskiej i sądowej*. Warszawa 2011, s. 74 i przytoczony wyrok SN z 17.10.2006 r., WA 28/06. OSNKW 2006, 1. LEX 295225.

<sup>123</sup> M. Małecki: *Grooming. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 1 września 2011 r.*..., s. 198.

umożliwiających wejście w fazę usiłowania popełnienia czynu zabronionego<sup>124</sup>. Podkreślić jednak należy, że definicja zamieszczona w części ogólnej k.k. służy wyłącznie interpretacji pojęcia „przygotowania” w tych wszystkich przypadkach, gdy ustawodawca (w części szczególnej lub ustawach dodatkowych), statuuje odpowiedzialność za ten etap drogi przestępnej, takim pojęciem się posługuje. Regulacja przepisu art. 16 § 1 nie stoi na przeszkodzie tworzeniu innych typizacji kryminalizujących *de facto* czynności przygotowawcze w postaci/formule dokonania i nie narzuca jakichś określonych ram<sup>125</sup>. Jednocześnie brak wskazania — jako celu sprawcy — popełnienia jakiegoś (innego) czynu zabronionego nie odbiera danemu zachowaniu cech przygotowania. Ponadto kryminalizacja określonego zachowania o cechach czynności przygotowawczych przez utworzenie odrębnej typizacji realizuje wymóg ustawowej penalizacji przygotowania.

W moim przekonaniu zatem, opierając się na definicji przygotowania, w myśl której, przygotowanie to stwarzanie warunków umożliwiających późniejsze dokonanie czynu zabronionego, oprócz wskazanych typizacji, o przygotowaniu podniesionym do rangi dokonania można mówić w przypadku typizacji określonych m.in. w przepisach: art. 118 § 2, art. 121, art. 130 § 3, art. 140 § 1, art. 143 § 1, art. 167, art. 170, art. 171 § 1, art. 175, art. 183 (jako przestępstwo z zagrożenia abstrakcyjno-konkretnego, potencjalnego<sup>126</sup>), art. 200a § 1 i 2, art. 236, art. 258, art. 263, art. 267 § 2, art. 270 (dwa pierwsze czyny), art. 286, art. 287, art. 290, art. 297 § 1, art. 298, art. 306, art. 310 § 1, art. 313 § 3, art. 314 (dwa pierwsze czyny), art. 315 § 1, art. 343 § 3. Mam świadomość, że niektóre propozycje mogą być kontrowersyjne — problemem bowiem jest (ponownie) rozróżnienie przygotowania i usiłowania jako *delictum sui generis*<sup>127</sup>. Jeszcze większą trudność stanowi rozpoznanie, czy rzeczywiście zabronione zachowanie stanowi *de facto* przygotowanie. Wydaje się, że nie jest — wbrew pozorom — ułatwieniem zamieszczona w danej typizacji przez ustawodawcę klauzula karalności przygotowania, która może świadczyć wyłącznie o daleko posuniętej karalności wkraczającej na przedpole dokonania. Na przykład charakter czynności przygotowawczych ma podrabianie albo przerabianie polskiego pieniądza (art. 310 § 1) i przewidziana przez ustawodawcę odrębna kryminalizacja przy-

<sup>124</sup> M. Małecki: *Grooming (karalne przygotowanie do przestępstwa pedofilskiego)*..., s. 94—95.

<sup>125</sup> A jeśli przychylić się do poglądu R. Zawłockiego o zamkniętym katalogu czynności wymienionych w przepisie art. 16 § 1, inne formy przygotowania, poza 5. wymienionym w art. 16 § 1, wręcz takiej regulacji wymagają — por. R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do art. 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 643.

<sup>126</sup> W. Radecki, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 117—221*. Red. A. Wąsek, R. Zawłocki. Warszawa 2010, s. 786.

<sup>127</sup> Por. np. M. Bielski: *Rzecz o granicach usiłowania przestępstw formalnych i materialnych*..., s. 102.

gotowania do tego czynu (art. 310 § 4) nie zmienia oceny charakteru tego czynu jako przygotowania podniesionego do rangi dokonania. Słów kilka należy też poświęcić przestępstwu oszustwa (art. 286). Tradycyjnie jest to przestępstwo uznawane za kryminalizujące dokonanie, jednak z perspektywy abstrakcyjnego sprawcy, czyn opisany w przepisie stanowi dopiero przygotowanie. Sprawca bowiem nie tyle jest zainteresowany niekorzystnym rozporządzeniem mienia przez pokrzywdzonego, ile własną korzyścią majątkową (którą ustawodawca włączył do ustawowych znamion jako cel działania sprawcy). Podobnie rzecz się ma z podrabianiem i/lub przerabianiem dokumentu (art. 270). Jak podkreśla się w literaturze, istotą tego czynu przesądzającą o przedmiocie ochrony, jest konstatacja, że określone czynności prawne są dokonywane na podstawie dokumentu i w przypadku, gdy są to dokumenty fałszywe, dokonane czynności są wadliwe i dojść może do zakłócenia prawidłowego funkcjonowania obrotu cywilnoprawnego, gospodarczego lub innych<sup>128</sup>. Zatem prawdziwą szkodę generuje dopiero użycie podrobionego dokumentu jako autentycznego, a samo podrobienie ma charakter czynności przygotowawczych i stanowi abstrakcyjne zagrożenie dla dobra prawnego.

W kodeksie karnym *expressis verbis* o możliwości usiłowania<sup>129</sup> tego rodzaju czynu stanowi wyłącznie przepis art. 131 § 1, przewidując niepodleganie karze za usiłowanie przestępstwa określonego w art. 127 § 1, art. 128 § 1 lub art. 130 § 1. W piśmiennictwie prezentowane są najczęściej stanowiska akcentujące możliwość (lub jej brak) usiłowania wskazanych konkretnych typów czynów zabronionych, np. fałszowania dokumentów (art. 270)<sup>130</sup>. Możliwość usiłowania przestępstwa *groomingu* — jako przygotowania do przestępstw pedofilskich — wykluczył M. Małecki<sup>131</sup>. Z kolei J. Skorupka dopuszcza możliwość usiłowania przestępstwa z art. 310 § 1<sup>132</sup>, przytaczając tezę postanowienia SN, zgodnie z którą „Po nowelizacji dokonanej przez art. 13 pkt 5 ustawy z dn. 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów postępowania karnego (Dz.U. Nr 126, poz. 615) art. 227 § 3 k.k. z 1969 r. stanowił »kto czyni przygotowania do popełnienia przestępstwa określonego w § 1 lub 2...«. Identyczne brzmienie ma art. 310 § 4 k.k. Przy takim sformułowaniu przepisów art. 227 § 3 k.k. z 1969 r. i art. 310 § 4 k.k. z 1997 r. nie ma wątpli-

<sup>128</sup> J. Piórkowska-Flieger: *Falsz dokumentu w polskim prawie karnym*. Kraków 2004, s. 253—254.

<sup>129</sup> Odrębnym problemem jest wytyczanie granicy między karalnym przygotowaniem w postaci *delicta sui generis* a usiłowaniem przestępstw, dla których dokonano takiej odrębnej kryminalizacji przygotowania — por. M. Małecki: *Granice usiłowania przestępstw pedofilskich w świetle art. 200a § 1 i § 2 k.k.* „Przegląd Sądowy” 2011, 6, s. 53—60.

<sup>130</sup> J. Piórkowska-Flieger: *Falsz dokumentu...*, s. 416—421.

<sup>131</sup> M. Małecki: *Granice usiłowania przestępstw pedofilskich...*, s. 62.

<sup>132</sup> J. Skorupka: *Przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi. Rozdział XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*. Warszawa 2002, s. 117—118.

wości, że nie mają one charakteru przępstw *sui generis*, a tym samym nie jest możliwe przyjęcie konstrukcji karalnego usiłowania (a tym bardziej usiłowania nieudolnego) popełnienia takiego przępstwa<sup>133</sup>. Zatem zdaniem SN, o ile niemożliwe jest przyjęcie konstrukcji usiłowania czynności przygotowawczych wskazanych w art. 310 § 4, o tyle nie tylko dopuszczalna jest konstrukcja usiłowania czynu określonego w przepisie art. 310 § 1, co dopuszczalne jest przyjęcie usiłowania co do wszystkich przępstw *sui generis*. Konstatację o charakterze ogólnym przedstawił R. Zawłocki, twierząc, że przępstwa stanowiące *sui generis* przygotowanie można popełnić w formie usiłowania i dokonania, natomiast przępstwa, których przygotowanie zostało skryminalizowane przez ogólną klauzulę karalności czynności przygotowawczych usiłować nie można, a rozróźnienie to wynika z odmiennego charakteru tych rodzajów<sup>134</sup>. Pogląd ten skrytykował M. Małecki, twierząc, że można wskazać typy przępstw, które mają cechy formy stadialnej w postaci przygotowania, a tym samym trudno jest wykazać róźnice, o których wspomina R. Zawłocki. Ilustracją wywodu stało się przępstwo groomingu (art. 200a § 1 i 2), które wykazuje zależność od czynu głównego, jego penalizacja ma charakter następczy i odnotować można istotnie róźne ustawowe zagrożenie między tak kryminalizowanym przygotowaniem a czynem głównym. M. Małecki postawił ostatecznie tezę, że jeżeli ustawodawca pragnie penalizować wszystkie czynności przygotowawcze co do określonego przępstwa, to wówczas posługuje się klauzulą ogólną, jeżeli jednak jego zamierzeniem jest ograniczenie kryminalizacji do określonych zachowań, to opisuje je w typie czynu zabronionego. Usiłowanie tego rodzaju przępstw, zdaniem wspomnianego autora, *de lege lata* nie znajduje dostatecznego umocowania<sup>135</sup>. A. Zoll porównuje czynności przygotowawcze podniesione do rangi dokonania z przępstwami z narażenia abstrakcyjnego, wywodząc jednak że karalność ich usiłowania, w świetle przepisu art. 31 ust. 1 Konstytucji, jest niedopuszczalna, cofanie się bowiem do postaci stadialnych tego typu czynów zabronionych stanowi sprzeczne z demokratycznym państwem prawa poszerzenie karalności poza wypadki konieczne do ochrony dóbr prawnych<sup>136</sup>. Podobny pogląd pięćdziesiąt lat temu wyrażał S. Śliwiński, pisząc: „Nie ma usiłowania przygotowania, tzn. nie można usiłować przępstwa, którego istota

<sup>133</sup> Postanowienie SN z 13.05.1999 r., I KZP 14/99. LEX 46041.

<sup>134</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do art. 1–31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 644. Podobnie K. Mioduski, w: J. Bafia, K. Mioduski, K. Siewierski: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. *Część ogólna*..., s. 71.

<sup>135</sup> M. Małecki: *Karalne czy niekaralne formy form stadialnych?* W: *Granice kryminalizacji i penalizacji*..., s. 34–45. Zatem na ile ustawodawca, zwłaszcza ostatnimi czasy, kryminalizując odrębnie czynności o charakterze przygotowawczym, robi to ze swoistej nadgorliwości, „zapominając” o istnieniu przepisu art. 15 § 1 i możliwości uzyskania podobnego efektu przez wprowadzenie ogólnej klauzuli. Por. wskazane wyżej wnioski zaprezentowane przez: M. Bielski: *Rzecz o granicach usiłowania przępstw formalnych i materialnych*..., s. 116.

<sup>136</sup> A. Zoll: *Odpowiedzialność karna*..., s. 16.

czynu polega na przygotowaniu, gdy więc czynności przygotowawcze ustawa (wyjątkowo) poddaje karze w formie *delictum sui generis*<sup>137</sup>. W świetle przytoczonych jakże słusznych konstatacji powstaje jednak pytanie, czy mamy świadomość, jak wiele z typizacji przewidzianych chociażby w części szczególnej kodeksu karnego to przygotowanie podniesione do rangi dokonania. Już teraz zatem zadać należy pytanie (na później zostawiając formułowanie odpowiedzi), czy nie lepiej, z uwagi na funkcję gwarancyjną prawa karnego i zasadę określoności, byłoby przyjąć zasadę wprowadzenia klauzuli karalności usiłowania przy poszczególnych typizacjach lub jego odmianach (np. w przywołanym typie czynu zabronionego opisanym w przepisie art. 270 taka klauzula obejmowałaby wyłącznie używanie podrobionego dokumentu).

Identyczne problemy pojawiają się w kwestii usiłowania przestępstw będących *de facto* **usiłowaniem** podniesionym przez ustawodawcę do rangi dokonania. Przykładem takiej typizacji może być czyn opisany w przepisie art. 290 § 1, o którym w literaturze wspomina się jako o *sui generis* „karalnym usiłowaniu kradzieży”<sup>138</sup>. Ta swoista zbieżność wątpliwości sprawia, że zasadniczo poczynione wcześniej uwagi są aktualne także w tym przypadku, a jedyne dodatkowe wątpliwości (też już sygnalizowane) to kwestia odróżnienia typizacji przygotowania i usiłowania stanowiących *delicta sui generis*, która z punktu widzenia problematyki pracy nie ma większego znaczenia. Podkreślić jednak należy, że przygotowanie i usiłowanie to dwa odrębne i rozłączne stadia *iter delicti*, zatem określone stypizowane zachowanie jest albo przygotowaniem, albo usiłowaniem. Warto jednak za Z. Ciopińskim odnotować spory w doktrynie i w tym zakresie (np. dotyczące gromadzenia towarów w celach spekulacji — art. 222 k.k. z 1969 r.)<sup>139</sup>. Z kolei S. Hoc wskazuje, że opis zachowania się sprawcy zdrady głównej (art. 127) ma konstrukcję usiłowania stanowiącego dokonanie samoistnego przestępstwa przeciwko państwu — *delictum sui generis*<sup>140</sup>. Zdaniem tego autora, znamiona zamachu stanu (art. 128) wypełnia sprawca, który nawet nie stosuje jeszcze przemocy, ale zmierza do tego, np. prowadząc oddział wojska w kierunku siedziby rządu, by pozbawić wolności jego członków i przejąć władzę. Jednocześnie, ponieważ przygotowanie

<sup>137</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne*. Warszawa 1946, s. 305.

<sup>138</sup> M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278—363 kodeksu karnego*. Red. A. Zoll. Kraków 1999, s. 402. Inaczej B. Michalski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. T. 2. Komentarz do artykułów 222—236*. Red. A. Wąsek. Warszawa 2006, s. 1083.

<sup>139</sup> Z. Ciopiński: *Typizacja przygotowania...*, s. 118—119. Por. też dwa odmienne stanowiska dotyczące charakteru czynu wspomnianego przestępstwa wyrębu drzewa w lesie — M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278—363 kodeksu karnego*. Red. A. Zoll..., s. 402 oraz B. Michalski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. T. 2. Komentarz do artykułów 222—236*. Red. A. Wąsek..., s. 1083.

<sup>140</sup> S. Hoc: *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 33.

do zamachu stanu jest karalne, mogą występować trudnořci w odróżnieniu tego, co jest juŹ „działalnořcią zmierzającą do urzeczywistnienia” w ujęciu § 1 art. 128, co jest usiłowaniem takiej działalnořci, a co pozostaje jeszcze na etapie karalnego przygotowania<sup>141</sup>.

W piřmiennictwie bardzo rzadko można spotkać prezentację stanowiska co do moŹliwości usiłowania typów czynów zabronionych będucych usiłowaniem *delictum sui generis*. Do wyjątków naleŹy stanowisko S. Śliwińskiego, który piřał, Źe niemoŹliwe jest usiłowanie przestępstwa wtedy, gdy ustawa szczególną istotę czynu opiera włařnie na usiłowaniu — gdy samo usiłowanie jest juŹ dokonaniem przestępstwa<sup>142</sup>. Co prawda przykłady wskazane przez tego autora (przepis art. 93, 94 i 95 k.k. z 1932 r.<sup>143</sup>) *expressis verbis* zawierają sformułowanie „usiłuje”, wydaje się jednak, Źe problem ma szersze znaczenie i dotyczy tych wszystkich typizacji, które zakazują zachowań o cechach usiłowania (wskazanych w art. 13 § 1 obowiązującego kodeksu). W literaturze przedmiotu znaleźć można jedynie uwagi poczynione w kontekřcie konkretnej typizacji. I tak zdaniem T. Oczkowskiego, w przepisie art. 297 karalnořć za dokonanie oszustwa kredytowego przesunięto na przedpole czynu stanowiącego znamiona klasycznego oszustwa, a przedmiotem ochrony jest nie tyle ochrona mienia, ile prawidłowe funkcjonowanie określonych instytucji gospodarczych i pokładanego w nich zaufania. „Skrócenie” warunków penalizacji ma na celu ograniczenie problemów dowodowych występujących w przypadku klasycznego oszustwa<sup>144</sup>. O. Górniok podkreřła, Źe dwa typy oszustwa kredytowego (§ 1 i 2) różnią się przede wszystkim etapem uzyskiwania przez sprawcę Źwiadczeń z tytułu chro-

<sup>141</sup> Ibidem, s. 38—39.

<sup>142</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 304. Podobnie Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 563, a wcześniej J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem*. Lwów 1932, s. 179—180, który twierdził, Źe zbrodnię opisaną w przepisie art. 93 k.k. z 1932 r. „zaliczyć wypada do grupy takich przestępstw, przy których usiłowanie jest wykluczone ze względu na pochłonięcie tej postaci działania przestępnego przez pojęcie dokonania przez samą definicję przestępstwa”.

<sup>143</sup> „Art. 93. § 1. Kto usiłuje pozbawić Państwo Polskie niepodległego bytu lub oderwać część jego obszaru, podlega karze więzienia na czas nie krótszy od lat 10 lub doŹywotnio albo karze śmierci”.

§ 2. Kto usiłuje zmienić przemocą ustrój Państwa Polskiego, podlega karze więzienia na czas nie krótszy od lat 10 lub doŹywotnio”.

„Art. 94. § 1. Kto targnie się na Źycie lub zdrowie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, podlega karze więzienia na czas nie krótszy od lat 10 lub doŹywotnio albo karze śmierci.

§ 2. Kto usiłuje usunąć Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej lub zagarnąć jego władzę, albo wyrzucić wpływ na jego czynnořci przemocą lub groŹbą bezprawną, podlega karze więzienia na czas nie krótszy od lat 10 lub doŹywotnio”.

„Art. 95. Kto usiłuje przemocą usunąć Sejm, Senat, Zgromadzenie Narodowe, Rząd, Ministra lub Sady, albo zgarnąć ich władzę, podlega karze więzienia na czas nie krótszy od lat 10”.

<sup>144</sup> T. Oczkowski: *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*. Kraków 2004, s. 155.

nionych w tym przepisie instytucji<sup>145</sup>, co można odczytać jako etapy/odległość na drodze do wyrządzenia szkody. W przypadku tego rodzaju typów czynu zabronionego usiłowania nie wykluczają — jak się wydaje — m.in. T. Oczkowski<sup>146</sup> i P. Kardas<sup>147</sup>. O. Górniok zaznacza, że zachowanie sprawcy czynu opisanego w przepisie art. 298 (oszustwo ubezpieczeniowe) stanowi już usiłowanie oszustwa klasycznego<sup>148</sup>. Z kolei według P. Kardasa, przepis art. 128 § 1 kryminalizuje nie tyle skuteczne, a więc dokonane usunięcie przemocą konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej, ile samo podjęcie działań zmierzających do tego celu. Określony w tym przepisie typ czynu zabronionego stanowi więc *delictum sui generis*, penalizując jak dokonanie formę usiłowania usunięcia organu konstytucyjnego. Nie przeszkadza to jednak, zdaniem autora, przyjęciu konstrukcji usiłowania tego czynu, chociaż zauważa on trudności związane z rozgraniczeniem karalnego przygotowania oraz usiłowania przestępstwa z art. 128 § 1<sup>149</sup>.

Reasumując, podobnie jak przygotowanie podniesione do rangi dokonania, usiłowanie jako forma dokonaniowa musi budzić wątpliwości w kontekście form stadialnych. Historycznie rzecz ujmując, w obu przypadkach *delicta sui generis* poprzedziły rozwój form stadialnych w postaci przygotowania i usiłowania. Wykształcenie się form stadialnych nie doprowadziło jednak do zaniku tego rodzaju przestępstw (najczęściej prawdopodobnie z przyczyn techniczno-legislacyjnych oraz polityczno-kryminalnych). Niemniej ta konstatacja winna skłaniać do bardzo ostrożnego posługiwania się konstrukcją usiłowania w przypadku *delicta sui generis*. Przykład odrębnej kryminalizacji wyrębu drzewa w lesie (art. 290) znakomicie — jak się wydaje — ilustruje, przez porównanie do kradzieży zwykłej (art. 278), odmienne efekty uzyskane w przypadku sięgania po karalność na przedpolu dokonania. Usiłowanie przestępstwa wyrębu drzewa w lesie będzie miało jakościowo inny charakter niż usiłowanie kradzieży, mimo że *ratio legis* tych przepisów jest niemal identyczne. W moim przekonaniu, kryminalizacja usiłowania czynu zabronionego będącego usiłowaniem podniesionym do rangi dokonania może się kłócić z zasadą proporcjonalności wyrażoną w przepisie art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wątpliwości co do takiej kryminalizacji budzi też podobieństwo samego usiłowania (z pewnością również typizacji usiłowań podniesionych do rangi dokonania) do przestępstw z narażenia konkretnego. Ponownie bowiem pojawia się problem dopuszczalności karal-

<sup>145</sup> O. Górniok: *Przestępstwa gospodarcze. Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*. Warszawa 2000, s. 27—28.

<sup>146</sup> T. Oczkowski: *Oszustwo jako przestępstwo...*, s. 156.

<sup>147</sup> P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278—363 kodeksu karnego*. Red. A. Zoll..., s. 313.

<sup>148</sup> O. Górniok: *Przestępstwa gospodarcze...*, s. 38.

<sup>149</sup> P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278—363 kodeksu karnego*. Red. A. Zoll..., s. 71.

ności za usiłowania tego rodzaju typizacji i multiplikowania odpowiedzialności za formy przeddokonaniowe (a mówiąc precyzyjniej, za stadia przed naruszeniem dobra prawnego). Decyzja o kryminalizacji usiłowania *delicta sui generis* musi być więc każdorazowo odrębnje podejmowana, a następnie werbalizowana w ustawie w sposób czytelny i niebudzący wątpliwości.

## 5. Przepęstwa kierunkowe

Problem form stadialnych *delicta sui generis* każe zwrócić uwagę również na kwestię usiłowania **przepęstw kierunkowych**. S. Frankowski w 1970 r. rozróżnił kilka rodzajów przepęstw kierunkowych: 1) przepęstwa o specjalnym motywie, 2) przepęstwa o specjalnej pobudce, 3) przepęstwa wymagające szczególnej świadomości. Spośród przepęstw o specjalnym motywie zachowania — określonym za pomocą dodatkowych znamion strony podmiotowej — autor ten wyodrębnił przepęstwa znamienne celem działania, stanowiące najbardziej charakterystyczną odmianę przepęstw kierunkowych określaną mianem przepęstw celowościowych, oraz przepęstwa znamienne powodem działania, gdy ustawodawca wskazuje powód zachowania sprawy, wprowadzając do znamion czynu takie sformułowania, jak: „z powodu”, „ze względu”, „w związku”, „w zamian za”<sup>150</sup>. I chociaż coraz częściej neguje się sens podziału zaproponowanego przez S. Frankowskiego, zwłaszcza w obliczu osiągnięć współczesnej psychologii i stosowanej obecnie terminologii<sup>151</sup>, poniż-

<sup>150</sup> S. Frankowski: *Przepęstwa kierunkowe w teorii i praktyce*. Warszawa 1970, s. 81—82. Podobnego podziału dokonał W. Cieślak: *Wymuszenie rozbójnicze*. Kraków 2000, s. 174—175, opierając się na: Idem: *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*. Warszawa 1995, s. 308—309. Por. też I. Stolarczyk: *Przepęstwo oszustwa a zamiar ewentualny*. „Prokuratura i Prawo” 2007, 3, s. 58.

<sup>151</sup> Por. np. M. Nawrocki: *Oszustwo klasyczne (art. 286 § 1 k.k.) jako przepęstwo kierunkowe*. „Przegląd Sądowy” 2011, 11—12, s. 79 i Idem: *Przepęstwa kierunkowe a zamiar niby-ewentualny*. „Prokuratura i Prawo” 2012, 5, s. 41. Jednocześnie wciąż można spotkać w polskim piśmiennictwie podział na motyw (motywację) i pobudkę — np. J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., s. 391. Także w psychologii sięga się po pojęcie „motywacji”, uznając, że „jest to pojęcie ogólne oznaczające takie zjawiska, jak intencja, zamiar, chęć, pragnienie, życzenie, zainteresowanie czymś, obawa przed czymś itp. Wszystkie wymienione terminy mają jedną cechę wspólną — oznaczają wystąpienie w człowieku »tendencji kierunkowej«, czyli gotowość do zmiernania ku określonym celom. Ta gotowość może być mniej lub bardziej świadoma, mniej lub bardziej precyzowana”. — J. Reykowski: *Z zagadnień psychologii motywacji*. Warszawa 1970, s. 18; Idem: *Procesy emocjonalne. Motywacja. Osobowość*. Warszawa 1992, gdzie na s. 62 autor pisze, że motywacja warunkuje realizację czynności, tj. zachowań ukierunkowanych na cel.



sze uwagi odnosić się będą do przestępstw kierunkowych *sensu stricto* (tzw. celowościowych). Doprecyzować zatem należy, że E. Kunze, dokonując przeglądu literatury (nie tylko z zakresu prawa karnego) odnoszącej się do pojęcia „celu działania”, proponuje, aby sformułowanie to rozumieć jako pożądaną przyszłą stan rzeczy, do osiągnięcia (realizacji) którego świadomie dąży sprawca<sup>152</sup>.

Zdaniem K. Rastawickiego, przestępstwo kierunkowe to przejaw pogłębiającej się subiektywizacji odpowiedzialności karnej (tej samej, która „wykreowała” przestępstwa formalne i usiłowanie), w tym szerszego uzależnienia jej od elementów psychicznych związanych z winą sprawcy. Jednocześnie jednak, zdaniem wspomnianego autora, drugie oblicze subiektywizmu w przestępstwach kierunkowych przejawia się w rezygnacji ze szkody jako podstawowej przesłanki odpowiedzialności karnej<sup>153</sup>. Można zatem stwierdzić, że pierwotna szkoda (albo korzyść sprawcy związana ze szkodą pokrzywdzonego) stała się znamieniem celu zachowania sprawcy, a dokonanie czynu zostało niejako przesunięte na etap poprzedzający (co oczywiście nie wyklucza skutkowości danego czynu).

S. Frankowski, opierając się na doktrynie niemieckiej, posługuje się pojęciem przestępstw celowościowych jednoaktowych, w których mamy do czynienia z upodmiotowieniem skutku. Jak wskazuje wspomniany autor, „tym sposobem moment dokonania przestępstwa zostaje przez ustawodawcę przesunięty: podjęcie zachowania ukierunkowanego na osiągnięcie opisanego w ustawie celu już jest dokonaniem, a nie usiłowaniem przestępstwa (przestępstwo takie nazywa się nieraz »przestępstwem z wybiegającą tendencją wewnętrzną«, przez co podkreślić chce się fakt »wybiegania« strony podmiotowej poza przedmiotową). Ustawodawca więc nie czeka na wystąpienie końcowego skutku, lecz lokuje się go w psychice sprawcy”<sup>154</sup>. Ilustracją takiego przestępstwa jest tzw. oszustwo klasyczne (art. 205 § 1 k.k. z 1969 r., obecnie 286 § 1). Warto, za W. Wolterem, wskazać istotną różnicę między przestępstwami celowościowymi a usiłowaniem: „w szablonie usiłowania każde określenie »działania« jest zacieśnieniem usiłowania do jakiejś typowej formy, podczas kiedy usiłowaniem ma być każde »bezpośrednie«, bliżej nie określane »działanie«. Wręcz odwrotnie, przy działaniu »celem« właśnie to działanie zostaje bliżej określone”. Autor ten wyjaśnia także: „Usiłowanie opiera się mimo upodmiotowienia na skutku jako znamieniu decydującym; wobec tego też karane jest jakiegokolwiek działanie, byle by było bezpośrednie w stosunku do skutku. Działanie celowe opiera się na działaniu, któremu nastawienie podmiotowe nadaje pewien szczególnie sens; wobec tego bezpośredniość w stosunku do skutku nie ma znaczenia, ale za to typ działania zostaje sprecyzowany”<sup>155</sup>. Wydaje się, że w przestępstwach

<sup>152</sup> E. Kunze: *Przygotowanie przestępstwa...*, s. 65—66.

<sup>153</sup> K. Rastawicki: *Przestępstwa formalne (bezskutkowe)...*, s. 104—105.

<sup>154</sup> S. Frankowski: *Przestępstwa kierunkowe...*, s. 83—84.

<sup>155</sup> W. Wolter: *Studia z zakresu prawa karnego: 1. Problematyka zamiaru wynikowego, 2. Błąd w prawie karnym w ujęciu systematycznym*. Kraków 1947, s. 33.

celowościowych bezpośrednio nie ma znaczenia, ponieważ ustawodawca opisując typ zabronionego zachowania wyselekcjonował w stronie przedmiotowej te zachowania, które z określonym celem związane są bezpośrednio. Jednocześnie, jak słusznie zauważa S. Frankowski, zarysowana wcześniej różnica zaciera się jednak w sytuacjach, w których ustawodawca nie konkretyzuje w przepisie przestępnego zachowania, a określa je tylko właśnie przez cel, który przyświeca sprawcy<sup>156</sup>.

Druga kategoria przestępstw celowościowych, o których pisze S. Frankowski, to przestępstwa dwuaktowe (dwuetapowe, dwufazowe). Ich cechą charakterystyczną jest to, że opisane w znamionach zachowanie się sprawcy podjęte zostaje w celu stworzenia stanu rzeczy dogodnego do przedsięwzięcia dalszej czynności ze strony sprawcy (ewentualnie w niektórych wypadkach ze strony innej osoby). Innymi słowy, podjęte zostały czynności tylko po to, aby umożliwić realizację innej bezprawnej czynności przez samego sprawcę lub inną osobę. W ten sposób upodmiotowiona zostaje czynność stanowiąca „drugi etap” (drugą fazę) przestępstwa. Przykładem takiego przestępstwa jest czyn opisany w przepisie art. 230 § 1 (tzw. płatna protekcja) lub samo przygotowanie, ale też wyrąb drzewa w lesie w celu przywłaszczenia (art. 213 § 1 d.k.k., obecnie 290) czy podrobienie lub przerobienie dokumentu (art. 265 § 1 d.k.k., obecnie 270 § 1)<sup>157</sup>. W tej grupie przestępstw upodmiotowione jest samo dokonanie czynu zabronionego. Wskazane rozróżnienie (przez upodmiotowiony skutek oraz upodmiotowione dokonanie) pozwala dostrzec w grupie pierwszej swoiste usiłowanie, a w grupie drugiej — przygotowanie.

Nie ma wątpliwości, że normatywnie i konstrukcyjnie usiłowanie przestępstw kierunkowych — celowościowych jest możliwe. Ocena zasadności takiej kryminalizacji musi jednak uwzględniać fakt, że ze swej natury czyny te przybierają postać przygotowania (względnie usiłowania) podniesionego do rangi dokonania (nie są to zawsze „klasyczne” *delicta sui generis*, ponieważ zmierzanie sprawcy nie zawsze jest ukierunkowane na czyn zabroniony, choć niewątpliwie społecznie szkodliwy). W podobnym duchu — jak się wydaje — wypowiadał się I. Andrejew, pisząc, że oprócz przestępstw, w których skutkiem objętym znamionami jest szkoda (i wtedy skutek odpowiada temu, co potocznie nazywa się skutkiem), są przestępstwa, których skutkiem jest inny fakt, który szkodę poprzedza i świadczy o niebezpieczeństwie nastąpienia skutku<sup>158</sup>. Z pewnością decyzja o kryminalizacji usiłowania jest łatwiejsza wszędzie tam, gdzie cel sprawcy (określany np. jako uzyskanie korzyści majątkowej) **poprzedzony jest — jako znamię skutku — konkretną szkodą wyrządzoną pokrzywdzonemu, innymi słowy naruszeniem dobra prawnego** (np. przez

<sup>156</sup> S. Frankowski: *Przestępstwa kierunkowe...*, s. 85.

<sup>157</sup> Ibidem, s. 101—112. Por. także M. Nawrocki: *Oszustwo klasyczne (art. 286 § 1 k.k.)...*, s. 83—85.

<sup>158</sup> I. Andrejew: *Ustawowe znamiona czynu...*, s. 190.

niekorzystne rozporządzenie mieniem). Przykładem takich rozwiązań, oprócz oszustwa (art. 286 § 1), mogą być: ludobójstwo (art. 118 § 1 — konstrukcyjnie przypominające usiłowanie, oraz art. 118 § 2 — konstrukcyjnie przypominające przygotowanie), zamach na konstytucyjne organy państwa (art. 128), zamach terrorystyczny (art. 140 § 1), zmuszanie (art. 191), prezentacje treści pornograficznych małoletniemu (art. 200 § 2), zmuszanie funkcjonariusza (art. 224 § 2), nadużycie władzy (art. 231 § 2), przemoc wobec świadka (art. 245), wymuszanie zeznań (art. 246), wzięcie zakładnika (art. 252 § 1), kradzież (art. 278), kradzież rozbójnicza (art. 281), wymuszenie rozbójnicze (art. 282), oszustwo komputerowe (art. 287), zabór pojazdu (art. 289), wyrąb drzewa (art. 290), nadużycie zaufania (art. 296 § 2) czy udaremnienie zaspokojenia wierzyiciela (art. 300 § 2). Druga grupa przestępstw celowościowych wzbudzać musi większe wątpliwości co do zasadności kryminalizacji ich usiłowania; są one swoistym przygotowaniem (ograniczonym jednak wyłącznie do określonych zachowań), a szkodliwość takich zachowań związana jest nie tyle z opisanym czynem, ile z przyszłym celem sprawcy *a priori* ocenianym jako szkodliwy (a bez wskazanego w ustawie celu zachowanie takie jest prawnie irrelevantne). Zaliczyć można tu typizacje określone w przepisach: art. 143 — samookaleczenie, art. 165a — finansowanie przestępstwa terrorystycznego, art. 190a § 2 — podszywanie się pod inną osobę, art. 200a § 1 — przygotowanie do przestępstw seksualnych<sup>159</sup>, art. 202 § 3 — produkowanie treści pornograficznych, art. 204 § 1 — stręczycielstwo, art. 211a — organizowanie adopcji, art. 256 § 2 — produkowanie przedmiotów zawierających treści faszystowskie, art. 264a § 1 — umożliwienie nielegalnego pobytu, art. 276 § 3 — zakładanie urządzeń podsłuchowych, art. 270 § 1 — podrabianie lub przerabianie dokumentu, art. 271 § 3 — poświadczenie nieprawdy, art. 297 § 1 — oszustwo kredytowe, art. 298 § 1 — oszustwo ubezpieczeniowe, art. 305 § 1 — udaremnienie przetargu, art. 313 — fałszowanie urzędowych znaków wartościowych, art. 314 — podrobienie znaku urzędowego, art. 315 — podrobienie narzędzia pomiarowego.

Zarówno wskazane rozróżnienie, jak i ewentualne wątpliwości związane z przypisaniem poszczególnych typizacji do jednej z grup wzmacniają argumentację co do potrzeby przemyślanej i każdorazowej decyzji ustawodawcy co do kryminalizacji usiłowania. Decyzja taka, bez cienia wątpliwości, winna być ujawniona przez stosowną klauzulę.

---

<sup>159</sup> Zdaniem SN, przepis art. 200a nie stanowi *lex specialis* odnośnie do przepisu z art. 13 w zw. z art. 200 § 1, lecz jest czynem uprzednim współukaranym; jest to bowiem pomijalny zbieg przestępstw. W praktyce często — zauważa SN — realizacja znamion przestępstwa z art. 200a mieścić się będzie w ramach zachowań sprawczych penalizowanych w granicach karalnego usiłowania przestępstwa z art. 200 § 1 — Postanowienie z 1.09.2009 r., V KK 43/11. OSNKW 2011, 11, poz. 100. Por. też M. Małecki: *Grooming. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 1 września 2011 r.*..., s. 199.

## 6. Przesłępstwa dwustadialne (o „pojemnych” znamionach)

Kolejna grupa czynów to przesłępstwa o „pojemnych” znamionach czasownikowych (pojemnej stronie przedmiotowej), chociaŹ moŹe nieco lepsza byłaby nazwa „**dwustadialne**”. Takim mianem określiłabym typy czynów zabronionych, w których zabronione zachowanie obejmuje zarówno wywołanie konkretnego skutku, jak i zachowanie do niego zmierzające. W literaturze niezbyt często pojawia się refleksja o tego rodzaju przesłępstwach; najczęściej ograniczona jest ona do konkretnej typizacji. I tak W. Wolter, wychodząc od przykładu przesłępstwa z k.k. z 1932 r., w opisie którego prawodawca posłuŹył się sformułowaniem „kto usiłuje”, stwierdza, Źe k.k. z 1969 r. juŹ takim sformułowaniem się nie posługuje. Niemniej, wskazuje na art. 126 ówczesnego kodeksu karnego, w myśl którego podlega karze „kto [...] dopuszcza się gwałtownego zamachu na Źycie funkcjonariusza [...]”. Autor konstatuje, Źe gwałtownym zamachem na Źycie jest nie tylko pozbawienie człowieka Źycia, ale równieŹ usiłowanie pozbawienia Źycia. Jego zdaniem, nie jest możliwe usiłowanie, a przepis art. 128 § 3<sup>160</sup> wskazywał jedynie surowsze wymogi dotyczące czynnego Źalu przy usiłowaniu. W. Wolter zauwaŹa takŹe, Źe szczególną trudność w kontekście form stadialnych czynu opisanego w przepisie art. 126 stanowi treść przepisu art. 128 § 1, przewidującego klauzulę karalności przygotowania wspomnianego przesłępstwa. Według niego, „Gdyby [...] dokonanie zbrodni z art. 126 § 1 k.k. obejmowało równieŹ usiłowanie zabójstwa, to usiłowanie tej zbrodni równałoby się przygotowaniu, a skoro przygotowanie i usiłowanie obejmują całą drogę przesłępstwa między decyzją popełnienia przesłępstwa a jego dokonaniem, więc przepis o przygotowaniu stałby się normą pustą. Te trudności odpadają, gdy się przyjmie, Źe przesłępstwo z art. 126 § 1 k.k. jest dokonane z chwilą zabójstwa. Temu jednak przeczy stylizacja przepisu (zamaz). Trudności odpadają równieŹ, gdy się przyjmie, Źe odnośnie do tej zbrodni odpada możliwość przyjęcia usiłowania (tylko przygotowanie i dokonanie). Tylko Źe temu przeczy znów przepis art. 128 § 3 k.k. Tak więc nie widać wyjścia z tej sytuacji”<sup>161</sup>. Ostatnia uwaga W. Woltera jest o tyle aktualna, Źe współczesny kodeks karny analogicznym sformułowaniem posługuje się w przepisie art. 134 — „Kto dopuszcza się zamachu na Źycie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej”. Natomiast przepis art. 135 § 1 stanowi: „Kto dopuszcza się czynnej napaści na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej”. Co prawda, w obecnych regulacjach nie ma szczególnego przepisu odnoszącego się do usiłowania (a *de facto* do czynnego Źalu), ale to nie przesądza

<sup>160</sup> Artykuł 128 § 3 k.k. z 1969 r.: „W razie usiłowania zbrodni określonej w art. 122, 123, 124 § 1 lub 2, w art. 126 § 1 lub art. 127, przepisy art. 13 stosuje się tylko wtedy, gdy sprawca ponadto zawiadomił organ powołany do ścigania przestępstw o wszystkich istotnych okolicznościach popełnionego czynu”.

<sup>161</sup> W. Wolter: *Nauka o przestępstwie...*, s. 276—277.

oczywiście kwestii stanowiska ustawodawcy co do karalności usiłowania tego przestępstwa. Również współcześnie zaznacza się, że nieskuteczny zamach na życie Prezydenta RP stanowi dokonanie czynu kryminalizowanego przepisem art. 134. Wskazuje się, że taka próba już stanowi dokonanie przestępstwa; jest działaniem polegającym na usiłowaniu zabójstwa lub jest *delictum sui generis*<sup>162</sup>. Zdaniem P. Kardasa, możliwy jest zbieg art. 134 z art. 148<sup>163</sup>, co niejako wykluczałoby karalność za śmierć prezydenta jedynie na podstawie art. 134 (i tym samym zaliczenie tej typizacji do przestępstw „dwustadialnych”), jednak z takim stanowiskiem trudno się zgodzić. Nie jest to, w moim przekonaniu, wbrew twierdzeniom wspomnianego autora<sup>164</sup>, *delictum sui generis*. Nieco bliższy jest mi pogląd A. Marka, w myśl którego „w ujęciu art. 134 zbrodnia zamachu na życie Prezydenta jest przestępstwem formalnym, którego istotę wyczerpuje nie tylko skuteczny zamach powodujący śmierć, lecz także zamach usiłowany, jeżeli stworzył bezpośrednie zagrożenie życia Prezydenta (np. nieudany zamach bombowy, oddanie niecelnych strzałów z broni palnej)”<sup>165</sup>, jednak i on uznał, że mamy tu do czynienia z konstrukcją, która usiłowanie traktuje na równi z dokonaniem (*delictum sui generis*)<sup>166</sup>. Jeszcze precyzyjniej istotę przestępstwa zamachu na prezydenta określiła T. Dukiet-Nagórska. Porównując znamiona przedmiotowe analizowanej typizacji oraz instytucji obrony koniecznej, autorka ta dochodzi bowiem do wniosku, że o spełnieniu znamienia zamachu w rozumieniu art. 134 można mówić wówczas, gdy wystąpi stan realnego zagrożenia dla życia prezydenta, jest to więc — jak konkluduje autorka — przestępstwo konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo<sup>167</sup>. Niemniej stwierdzić należy, że

<sup>162</sup> S. Hoc: *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 126 i przytoczona tam literatura; Idem: *Ochrona Prezydenta RP w nowym kodeksie karnym*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2000, 1, s. 9.

<sup>163</sup> P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz LEX*. T. 2. *Komentarz do art. 117—277 k.k.* Red. A. Zołł. Warszawa 2013, s. 169—170.

<sup>164</sup> Ibidem, s. 168.

<sup>165</sup> A. Marek: *Kodeks karny...*, s. 288. Swoistą niekonsekwencją jest więc przywoływanie, w innym miejscu, przez autora przepisu art. 13 § 1 w zw. z art. 134 w przypadku niecelnego strzału oddanego w kierunku Prezydenta RP — Idem: *Prawo karne...*, s. 147. Z kolei J. Wojciechowska z jednej strony zaznacza, że zbrodnia zamachu na życie Prezydenta RP jest dokonana przez sam zamach, choćby nieskuteczny, a z drugiej strony wskazuje na możliwy zbieg przepisów art. 134 i 148, co razi pewną niekonsekwencją — J. Wojciechowska, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 117—221*. Red. A. Wąsek..., s. 87—88.

<sup>166</sup> A. Marek: *Prawo karne...*, s. 408. Tę samą regulację M. Budyn-Kulik komentuje następująco: „nieudana próba pozbawienia życia Prezydenta RP stanowi usiłowanie zabójstwa, ale ze względu na szczególne uregulowanie z art. 134 k.k. stanowi ona dokonanie przestępstwa zamachu”. — M. Budyn-Kulik, w: *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*. Red. M. Mozgawa. Kraków 2006, s. 272.

<sup>167</sup> T. Dukiet-Nagórska: *Prawnokarna ochrona Prezydenta RP*. W: *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości: księga ku czci profesora Kazimierza Marszała*. Red. P. Hofmański, K. Zgryzek. Katowice 2003, s. 52—53.

przepęstwo to ma złożoną naturę — w swej istocie jest zarówno przepęstwem z narażenia konkretnego, jak i przepęstwem z naruszenia i jeden przepis wysławia zarówno zakaz stwarzania zagrożenia dla życia Prezydenta, jak i pozbawienia go życia.

Podobne wątpliwości zgłaszane są w piśmiennictwie co do przepęstwa czynnej napaści na Prezydenta RP. Jak wskazuje S. Hoc, czynna napaść jest przepęstwem formalnym, jego znamiona są wypełnione, nawet jeżeli działanie sprawcy nie wywołało żadnego skutku<sup>168</sup>. Z takim poglądem nie zgadza się A. Marek, pisząc, że niecelny rzut przedmiotem w stronę osoby atakowanej z zamiarem jej ugodzenia trzeba traktować jako usiłowanie dokonania czynnej napaści, co oznacza — zdaniem autora — że dokonanie tego przepęstwa wymaga co najmniej naruszenia nietykalności cielesnej (podobnie jak w przypadku czynnej napaści na funkcjonariusza przewidzianej w art. 223). Jednocześnie na tle przepisu art. 134 ten sam autor odnotowuje, że zbrodnia zamachu na życie Prezydenta jest przepęstwem formalnym, którego istotę wyczerpuje nie tylko skuteczny zamach powodujący śmierć, lecz także zamach usiłowany, jeżeli stworzył bezpośrednie zagrożenie dla życia Prezydenta (np. nieudany zamach bombowy, oddanie niecelnych strzałów z broni palnej)<sup>169</sup>. Odnieść można zatem wrażenie niekonsekwencji autora bądź przypisywania przez niego — w ocenie charakteru wskazanych typizacji — nadmiernego znaczenia rozróżnieniu pojęć „zamach” i „czynna napaść”, podczas gdy o szczególnym charakterze tych czynów przesądza — w moim przekonaniu — użycie przez ustawodawcę przede wszystkim sformułowania „dopuszcza się”. Podobne problemy rodzą się na tle przepisu art. 130 § 1. Zdaniem S. Hoca, jest to przepęstwo wieloczynowe<sup>170</sup>. Wydaje się jednak, że użycie przez ustawodawcę sformułowania „brać udział”, oprócz wieloczynowości, nadaje tej typizacji charakter „pojemnej strony przedmiotowej” — obejmującej również tradycyjne usiłowanie. Warto bowiem zwrócić uwagę, że według *Słownika języka polskiego*, jednym ze znaczeń słowa „brać”, ilustrowanym sformułowaniem „brać udział”, jest „rozpocząć jakąś czynność określoną w wyrażeniu za pomocą odpowiednika rzeczownika”<sup>171</sup>. Dodatkowym argumentem jest treść przepisu art. 130 § 3. Jeśli bowiem kryminalizuje on czynności (szczególne) przygotowawcze polegające m.in. na zgłoszeniu gotowości działania na rzecz obcego

<sup>168</sup> S. Hoc: *Przepęstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 131.

<sup>169</sup> A. Marek: *Kodeks karny...*, s. 288—289 i 415. Por. też wyrok SA w Poznaniu z 25.01.2001 r., II AKa 574/00. OSA 2002, 7.

<sup>170</sup> S. Hoc: *Przepęstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 58.

<sup>171</sup> *Słownik języka polskiego*. T. 1. Red. M. Szymczak. Warszawa 1978, s. 194—195. Por. też D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 367, gdzie autorka dość krytycznie ocenia rozszerzenie kryminalizacji na przejawy coraz odleglejszego zagrożenia dla dóbr prawnych przez nakładanie się na siebie form stadialnych i form współdziałania przepęstnego w związku z **braniem** udziału w zorganizowanej grupie lub związku przepęstczym.

wywiadu, to trudno sobie wyobrazić zachowania wykraczające poza ten etap, a niebędące braniem udziału w działalności obcego wywiadu, co miałyby stanowić usiłowanie czynu z art. 130 § 1. Jednocześnie warto zwrócić uwagę na treść przepisu art. 131 § 1 — „nie podlega karze za usiłowanie przestępstwa określonego w [...] art. 128 § 1 lub art. 130§ 1, kto dobrowolnie poniechał dalszej działalności i ujawnił [...]”. Rzeczywiście jest tu mowa o usiłowaniu wymienionych przestępstw, co nie oznacza — w moim przekonaniu — usiłowania z art. 13, ale zachowania, które definiujemy jako usiłowanie, a które zostało pochłonięte przez wskazane typizacje. Ponadto konstrukcja czynnego żalu wskazana w przepisie art. 131 § 1 przypomina jednak czynny żal po dokonaniu przestępstwa, ponieważ sprawca ma poniechać **dalszej** działalności, tzn. że jakąś działalność już podjął, co przecież przesądza o dokonaniu<sup>172</sup>. Oprócz zastrzeżeń natury formalnej („czystość konstrukcji”, spójność systemu, koherentność), podnieść należy zastrzeżenia merytoryczne. Rodzi się bowiem pytanie, czy do tych przestępstw ma zastosowanie art. 15 § 2 (§ 1 jako przepis ogólny został wyłączony przez art. 131 § 1). Jeszcze większy problem występuje na tle oceny instytucji z art. 131 § 2, ale te kwestie zostaną omówione w części dotyczącej czynnego żalu. Inny przykład typizacji obejmującej, oprócz „klasycznego” dokonania, czynności tradycyjnie uznawane za usiłowanie to zajmowanie się organizowaniem nielegalnej adopcji (art. 211a). Nie ma sporu w doktrynie co do tego, że sformułowanie „zajmowanie się organizowaniem adopcji” obejmuje wiele pojedynczych czynności tworzących czyn przestępny. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, mowa o całym kompleksie zachowań, począwszy od wyszukania chętnych do adopcji, znalezienia odpowiedniego dziecka, aż do dostarczenia dziecka rodzicom. Jak zauważa Z. Ćwiąkałski, chodzi tu o wszystkie czynności, które związane są z postępowaniem zmierzającym **w kierunku dokonania** adopcji<sup>173</sup>. Do podobnego wniosku należy dojść w przypadku analizy znamion przestępstwa handlu ludźmi (art. 189a), zwłaszcza po nowelizacji z 2010 r. Obszerna definicja handlu ludźmi, przynajmniej w niektórych jej zakresach (np. werbowanie osoby), obejmuje zachowania definiowane jako usiłowanie (a może nawet przygotowanie).

Reasumując tę część rozważań, stwierdzić należy, że przestępstwa dwustadialne (o pojemnych znamionach określających czynność sprawczą) już swym zakresem obejmują zachowania tradycyjnie uznawane za usiłowanie. Nie ma zatem uzasadnienia ani podstaw do „dodatkowego” sięgania po art. 13 § 1, w tym m.in. przywoływania tej regulacji w kwalifikacji prawnej czynu, czy też po-

<sup>172</sup> Inaczej P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 2. *Komentarz do art. 117—277 k.k.* Red. A. Zoll. Warszawa 2008, s. 104—106.

<sup>173</sup> Z. Ćwiąkałski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 2. *Komentarz do art. 117—277 k.k.* Red. A. Zoll..., 2008, s. 1158. Warto chyba nadmienić, że — jak słusznie autor zauważył — ustawodawca posłużył się określeniem „zajmuje się organizowaniem adopcji”, które jest równoznaczne z określeniem „organizuje adopcję”

szerzenia pola kryminalizacji na podstawie treści tego przepisu. Wprowadzenie (wyjątkowo) klauzuli karalności za przygotowanie takich czynów nie oznacza kryminalizacji usiłowania na podstawie treści przepisu art. 13 § 1. W tych bowiem przypadkach usiłowanie jest karalne na mocy przepisu konkretnej typizacji, zatem każda czynność sprawcy po zakończeniu przygotowania karana jest jako dokonanie (**a nie jak za dokonanie**). Ewentualne odrębne przepisy dotyczące czynnego żalu również nie przeczą tezie o pochłonięciu przez wskazany rodzaj typizacji usiłowania. Pojawia się jednak pytanie odnośnie do usiłowania nieudolnego. Możliwe teoretycznie są aż trzy rozwiązania. Po pierwsze, przyjęcie, że usiłowanie nieudolne jest karalne na zasadach określonych w przepisie art. 13 § 2. Pochłanianie bowiem przez niektóre typizacje treści przepisu 13 § 1 nie wyłącza ewentualnego stosowania przepisu art. 13 § 2. Skoro ten ostatni przepis stanowi: „usiłowanie zachodzi także wtedy”, uprawnione wydaje się przyjęcie, że to rozszerzenie pojęcia usiłowanie ma miejsce i w tych sytuacjach, w których ustawa nie posługuje się *expressis verbis* terminem „usiłowanie”, jednak kryminalizuje wpisujące się w jego ramy zachowanie. Gdyby jednak przyjąć, że usiłowanie jako takie ma formę udolną oraz nieudolną, a w poszczególnych („pojemnych”) typizacjach ustawodawca takiego rozróżnienia już nie dokonuje, to uznać należy, że obejmują one również usiłowanie nieudolne i to w każdej postaci (nie ograniczając się wyłącznie do — wskazanych w przepisie art. 13 § 2 — form błędu sprawcy). Trzecie rozwiązanie wiąże się z przyjęciem założenia, że przepis art. 13 § 2 nadzwyczajnie poszerza pole kryminalizacji usiłowania, mimo braku (wskazanych) znamion strony przedmiotowej. Skoro jednak wybrane typizacje kryminalizują usiłowanie nie na zasadach ogólnych (przez art. 13 § 1), lecz szczególne ukształtowanie znamion strony przedmiotowej, to przepis art. 13 § 2 nie może mieć zastosowania. Ostatnie z zaprezentowanych stanowisk wydaje się najbardziej właściwe, zatem jako niekaralne należy uznać usiłowanie zorganizowania adopcji nieżyjącego dziecka. Należy także zaznaczyć, że przestępstwa o pojemnej stronie przedmiotowej **przypominają swoją konstrukcją przestępstwa *sui generis* (formy stadialne podniesione do rangi dokonania) i wieloczynowe (zbiorowe)**. Są jednak typizacjami nie tyle „pośrednimi”, ile łączącymi w sobie obie konstrukcje. Jednocześnie to właśnie ta pierwsza cecha (element usiłowania zaliczony również do dokonania) przesądza o niemożności zastosowania art. 13 § 1.



## 7. Przestępstwa, co do których

„ze stanu faktycznego danego przestępstwa wynika,  
że ustawa poddaje karze jedynie dokonanie”

Odmienne należy traktować przestępstwa, co do których „ze stanu faktycznego danego przestępstwa wynika, że **ustawa poddaje karze jedynie dokonanie**”. Jako przykład S. Śliwiński wskazał tu przestępstwo opisane w przepisie art. 198 k.k. z 1932 r. W myśl tego przepisu, karze podlegał ten, kto w związku z zawarciem małżeństwa własnego lub obcego dopuszczał się czynu powodującego nieważność tego małżeństwa, jeżeli unieważnienie nastąpiło. Jak podkreślał wspomniany autor, dopóki unieważnienie nie nastąpiło, sprawca nie podlegał karze; karalność zależna jest od powstania skutku, nie ma więc odpowiedzialności za usiłowanie. Dodawał przy tym, że nie wchodzi w grę niezawiniony (przedmiotowy) warunek przestępności<sup>174</sup>. Ten ostatni S. Śliwiński definiował jako okoliczność należąca do istoty czynu, co do której ustawa rezygnuje z wymagania, aby była objęta jakąkolwiek winą sprawcy. Przestępność czynu zachodziłaby — wyjaśniał autor — chociażby dana okoliczność nie była objęta zamiarem ani nieostrożnością lub niedbalstwem, gdyby przez danego sprawcę nie mogła być przewidziana, a nawet należała do okoliczności niedających się w ogóle przewidzieć (przypadek). Ten niezawiniony — jak określał go S. Śliwiński — warunek przestępności mógłby również stanowić istotę czynu przestępstwa kwalifikowanego. Jak podkreślał autor, ówczesne polskie prawo karne nie znało tego typu konstrukcji i znać nie mogło, jako że odpowiedzialność za okoliczności nieobjęte winą to cecha pierwotnej kultury prawniczej. Najlepszym dowodem na potwierdzenie tej tezy miała być — zdaniem autora — treść przepisu art. 15 ówczesnego kodeksu karnego, według którego okoliczności i następstwa uzasadniające wyższą karalność muszą być objęte przynajmniej winą nieumyślną. Odstępstwo od tej zasady musiałyby, według S. Śliwińskiego, ponad wszelką wątpliwość wynikać ze szczególnego przepisu prawa<sup>175</sup>. W późniejszym stanie prawnym (pod rządami k.k. z 1969 r.) żywe zainteresowanie doktryny budziło, właśnie ze względu na tę szczególną cechę, przestępstwo powstania niedoboru art. 218 d.k.k.<sup>176</sup>. Ówczesna literatura odnotowywała, że większość doktryny przyjmuje, że skutkiem w świetle tego przepisu jest stworzenie możliwości powstania niedoboru, a więc sytuacji zagrożenia, czyli

<sup>174</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 304—305.

<sup>175</sup> *Ibidem*, s. 280—287.

<sup>176</sup> „Art. 218 § 1. Kto, nie dopełniając obowiązku lub przekraczając uprawnienia w zakresie nadzoru nad mieniem społecznym, jego ochrony lub gospodarowania nim, stwarza chociażby nieumyślnie możliwość powstania niedoboru, jeżeli istotny niedobór w mieniu nastąpił, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5”.

przeniesienia chronionego dobra ze stanu bezpiecznego w stan niebezpieczny, uznając jednocześnie, że rzeczywiste wystąpienie niedoboru („istotnego”) stanowi warunek karalności lub odpowiedzialności<sup>177</sup>. SN, w *Wytycznych*, instrutował: „Karalność przestępstwa określonego w art. 218 § 1 k.k. uzależniona jest od rzeczywistego powstania istotnego niedoboru w mieniu społecznym, będącego w założeniu konsekwencją stworzonej przez sprawcę możliwości jego następienia, a spowodowanej niedopełnieniem obowiązku lub przekroczeniem uprawnień w zakresie nadzoru nad tym mieniem, jego ochrony lub gospodarowania nim. Charakter istotnego niedoboru, jako warunek karalności, sprawia, że wystarczy wykazanie więzi przyczynowej między zachowaniem się sprawcy a takim stanem rzeczy, w którym istnieje możliwość powstania niedoboru. Zachodzi tu domniemanie faktyczne, że niedobór, który nastąpił, jest rzeczywiście następstwem niedopełnienia przez sprawcę określonych obowiązków lub przekroczenia przez niego swoich uprawnień. Jednakże nie ma przestępstwa określonego w art. 218 k.k., jeżeli ustalono, że istotny niedobór powstał z przyczyny niezależnej od sprawcy”<sup>178</sup>. Warto zauważyć, że autorzy, analizując znamiona tego przestępstwa, zaznaczają — w stronie podmiotowej — że skutek w postaci możliwości powstania niedoboru objęty być może nieumyślnością, nie analizując stosunku psychicznego sprawcy do powstania rzeczywistego niedoboru<sup>179</sup>. Zdaniem O. Górniok, ustawodawca nie tyle przewidział karalność za fazę poprzedzającą skutek na podstawie odrębnego przepisu, ile włączył w znamiona przepisu art. 218 § 1 k.k. z 1969 r. sferę zagrożenia skutkiem, jednocześnie ograniczył penalizację zachowania się sprawcy do następienia skutku<sup>180</sup>. Współcześnie do treści przywołanego przepisu i koncepcji obiektywnego warunku karalności odwołał się SN, dokonując wykładni strony przedmiotowej przepisu art. 23 ust. 1 Ustawy z dn. 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>181</sup>. Zwrócił on uwagę, że sposób skompletowania zespołu znamion czynu określonego w przepisie art. 23.1 ustawy jest tylko pozornie zbieżny z tym, który występował w przepisie art. 218 d.k.k. SN wskazał, że wyłącznie w tym ostatnim z analizowanych przepisów występuje podwójny skutek i przywołał

<sup>177</sup> A. Bachrach, w: „System Prawa Karnego”. T. 4. Cz. 2. *O przestępstwach w szczególności*. Red. I. Andrejew. Wrocław 1989, s. 490—491.

<sup>178</sup> Wyrok SN z 27.02.1976 r., VI KZP 10/75. OSNKW 1976, 4—5, s. 52. LEX 19109.

<sup>179</sup> W. Gutekunst, W. Świda, w: O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda: *Prawo karne. Część szczególna*. Warszawa 1975, s. 303—305. Podobnie J. Bafia, w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa 1971, s. 516—517.

<sup>180</sup> O. Górniok: *O niektórych znamionach przestępstwa niedoboru*. „Nowe Prawo” 1972, 3, s. 380.

<sup>181</sup> „Art. 23.1. Kto, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi w stosunku do przedsiębiorcy, ujawnia innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. Dz.U. nr 47, poz. 211 ze zm.

fragment uzasadnienia projektu k.k., w którym projektodawca zadekretował szczególne znaczenie obiektywnego warunku karalności („projekt przyjmuje, że przestępstwo niedoboru ma miejsce tylko wówczas, gdy niedobór w mieniu społecznym nastąpił”). W konsekwencji Sąd uznał, że sformułowanie „jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy” — figurujące w końcowej części przepisu art. 23 ust. 1 przywołanej ustawy — nie określa tzw. obiektywnego warunku karalności, ale konstytutywny dla bytu czynu zabronionego skutek przestępny i brak jest podstaw do twierdzenia, że ten czyn zabroniony nie może być popełniony w formie stadialnej usiłowania. Jednocześnie SN dostrzega wszelkie ewentualne trudności dowodowe związane z przyjęciem konstrukcji usiłowania w tym konkretnym wypadku. Podobna sytuacja, zdaniem Sądu, będzie miała miejsce w kontekście stanu faktycznego wpisującego się w ramy dyspozycji przepisu art. 296 § 1 i 3<sup>182</sup>. Dość niejednoznacznie w tej kwestii wypowiada się M. Mozgawa. Z jednej strony podkreśla, że koniecznym elementem odpowiedzialności karnej sprawcy z art. 23 ust. 1 ustawy jest wyrządzenie poważnej szkody przedsiębiorcy. W innym miejscu zaś wskazuje, że nie będzie ponosił odpowiedzialności z art. 23 ust. 1 ten sprawca, który co prawda ujawnił tajemnice przedsiębiorstwa, ale nie spowodował tym samym poważnej szkody przedsiębiorcy, dodając: „oczywiście, otwarta pozostaje wówczas kwestia odpowiedzialności za usiłowanie”<sup>183</sup>. Z kolei O. Górniok zaproponowała nieco inną, interesującą i zasługującą na aprobatę, interpretację przepisu art. 23 ust. 1 ustawy. Jej zdaniem, brak uznania ostatniego fragmentu przepisu za obiektywny warunek karalności nie musi automatycznie oznaczać dopuszczalności usiłowania. Jak zaznacza wspomniana autorka, „Zwrot »jeżeli nastąpiła poważna szkoda majątkowa« można by potraktować jako ustawowe znamiona przestępstwa, które wraz z innymi w danym typie ustawowym wytyczają obszar penalizowany tym przepisem i jakie muszą znaleźć odbicie w stronie podmiotowej tego typu ustawowego. Jego cechą szczególną byłoby, iż w pewnym sensie, podobnie do tzw. negatywnych znamion przestępstwa, dokompletowując typ znamieniem skutku, jednocześnie wyłącza z obszaru penalizowanego takie zachowania, które do skutku nie doprowadziły, chociaż bezpośrednio do niego zmierzały, tj. wyłączając karalność usiłowania tego przestępstwa”<sup>184</sup>. Stanowisko to nawiązu-

<sup>182</sup> Wyrok SN z 3.04.2002 r., V KKN 223/00. OSNKW 2002, 7—8, poz. 65, z aprobusami S. Hoca, LEX nr 53741, oraz M. Mozgawy, LEX nr 53741, który podzielając stanowisko SN zauważa, że w praktyce brak skutku najczęściej powoduje umorzenie postępowania ze względu na brak znamion. Aprobusujący pogląd wyrazili też: J. Raglewski, w: *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. Red. M. Zdyb, M. Sieradzka. Warszawa 2011, s. 848 oraz E. Nowińska, M. du Vall: *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Warszawa 2010, s. 402.

<sup>183</sup> M. Mozgawa, w: *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Red. J. Szwaja. Warszawa 2000, s. 612—613.

<sup>184</sup> O. Górniok: *Glosa*. OSP 2003, 4, s. 184.

je *de facto* do tez wyrażanych przez S. Śliwińskiego. Rzeczywiście, należy przyjąć, że czasami ustawodawca decyduje o wykluczeniu usiłowania, kryminalizując samo dokonanie (tj. spowodowanie skutku). Zasadą byłby — z woli ustawodawcy — wymóg objęcia tego skutku umyślnością. Jako sytuację nadzwyczajną należałoby potraktować kryminalizację zachowania, którego skutek nie musiałby być objęty umyślnością lub nieumyślnością — co stanowiłoby obiektywny warunek przestępczości (odpowiedzialności) czynu. Problem jednak stanowi odczytanie woli ustawodawcy w tym zakresie. Znamienny jest, w tym kontekście, pogląd S. Śliwińskiego przytaczany zarówno przez SN, jak i innych autorów: „Nawet wówczas, gdy sformułowania ustawy zdają się sprawiać wrażenie, że kompletowanie zespołu znamion nastąpiło z uwzględnieniem tzw. obiektywnego warunku przestępczości, należy stosować wykładnię, zgodnie z którą nasuwające wątpliwości znamię stanowi należący do istoty czynu skutek, który powinien być w tej mierze objęty winą sprawcy”<sup>185</sup>. Powstaje zatem pytanie, czy ustawa to miejsce na rozwiązanie „sprawiające wrażenie”. Lektura komentarzy do przepisu art. 23 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji skłania do postulatu o wyrażanie przez ustawodawcę wprost swojej woli odnośnie do zakresu kryminalizacji przez zamieszczanie klauzuli karalności za usiłowanie (lub jej braku).

## 8. Przepęstwa zakładające wieloczynowość

O usiłowaniu **przepęstw zakładających wieloczynowość** była już wcześniej mowa. Uznając zatem pełną zasadność karalności na mocy przepisu art. 13 usiłowania tego rodzaju przepęstw, powtórzyć tylko należy, że w zależności od rodzaju przepęstwa zakładającego wieloczynowość, początek usiłowania w każdej z powyższych grup wygląda nieco inaczej. W grupie pierwszej przepęstw wieloczynowych składających się niejako z odrębnych przepęstw, bezpośrednio usiłowania ocenić należy, biorąc pod uwagę pierwszą z dokonywanych czynności, a zatem usiłowanie dokonania tej czynności jest usiłowaniem dokonania całego przepęstwa (wieloczynowego). Oczywiście, dokonanie pierwszej z kryminalizowanych czynności też jest usiłowaniem, aczkolwiek pojawia się tu konstrukcja usiłowania kwalifikowanego. W drugiej grupie przepęstw wieloczynowych, zbudowanych z czynów pojedynczo/odrębnie niekryminalizowanych, usiłowaniem jest dokonanie pierwszej z czynności wskazanych przez ustawodawcę i nie może tu być mowy o usiłowaniu kwalifikowanym.

---

<sup>185</sup> S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne, część ogólna*. Warszawa 1946, s. 280—287.

## 9. Przepęstwa trwałe

Pytanie o możliwość usiłowania odnieść też należy do przępstw **trwałych**. W piśmiennictwie dość zgodnie przytacza się definicję doktrynalną przępstwa trwałego. Za literaturą niemiecką ciekawą charakterystykę przępstw trwałych prezentuje K. Banasik. Wskazuje ona, że charakterystyczną cechą deliktu trwałego jest to, że im dłużej trwa czynność sprawcza, tym większe jest bezprawie — bezprawie rozpoczyna się z podjęciem czynności, a kończy dopiero z jej ustaniem. Co istotniejsze, od trwania karalnego zachowania zależy wzrost bezprawia<sup>186</sup>. Zarówno w doktrynie, jak i w praktyce orzeczniczej problematyczna jest kwestia ustalenia, które z przępstw jest przępstwem trwałym, i czy można określić to *in abstracto*. Wątpliwości co do oceny danego typu czynu zabronionego nie przekładają się jednak na wątpliwości odnośnie do analizowanej formy stadialnej. Z definicji przępstw trwałych jednoznacznie wynika, że samo wytworzenie sytuacji przępstnej, będącej następstwem jednego działania, jest dokonaniem, niezależnie od tego, czy i jak długo sytuacja przępstna trwa<sup>187</sup>.

## 10. Przepęstwa z zaniechania

W kontekście przępstw popełnianych **przez zaniechanie** została już wcześniej poruszona kwestia bezpośredniości, stanowiąca element analizy definicji usiłowania. Warto z perspektywy możliwości usiłowania poszczęólnych rodzajów przępstw do kilku tez powrócić.

Jeszcze w XIX w. S. Budziński przekonywał, że „nie może [...] być usiłowania w przępstwach z opuszczenia, t.j. w naruszeniach nakazujących. Jakoż, jeśli prawo wymaga dokonania pewnych czynów w czasie oznaczonym, niedziałanie jest bezkarne, dopóki termin nie upłynie. Z nastąpieniem zaś terminu, niedziałanie staje się od razu przępstwem dokonanym, np. gdy kto w czasie, przez ustawę wskazanym, nie doniesie władzy o znalezionych przez siebie pieniądzech; gdy kto, jednocześnie z rozpoczęciem reparacji dachu, nie postawi znaków ostrzeżenia. Jeżeli zaś przepis nakazujący nie oznacza terminu, odpowiedzialność i dokonanie przępstwa istnieje od chwili, w której obowiązany do działania był w możności zadość woli prawa uczynić. Jednakże inaczej się rzecz ma z nadwyrężeniami prawa, które zarówno mogą być przez opuszczenie,

<sup>186</sup> K. Banasik: *Przępstwa trwałe i delikty trwałe*. „Prokuratura i Prawo” 2013, 7—8, s. 94—107.

<sup>187</sup> J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem...*, s. 151.

jak i przez dopuszczenie spełnione, np. zabójstwo. Tu w opuszczeniu może mieć miejsce usiłowanie, jeśli opuszczenie nastąpiło z zamiarem wywołania złego skutku, skutek jednak jeszcze nie nastąpił, jak np. gdy w zamiarze spowodowania śmierci dziecka matka nie daje mu pokarmu, albo gdy nowonarodzonemu nie podwiąże pępka<sup>188</sup>.

Wątpliwości dotyczące możliwości usiłowania tego rodzaju przępstw pojawiające się już podczas obowiązywania k.k. z 1932 r. oczywiście wzięły się z brzmienia ówczesnego przepisu art. 23, w myśl którego: „Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia przępstwa przedsięwzię działanie skierowane bezpośrednio ku urzeczywistnieniu tego zamiaru, lecz zamierzonego przępstwa nie dokonywa”. Zdaniem J. Makarewicza, nie ma usiłowania w przypadku przępstw opartych na opuszczeniu z bardzo prostego powodu — do usiłowania potrzeba działania, niedopuszczalne jest zatem również usiłowanie przy przępstwach z opuszczenia kwalifikowanych przez następstwa — *delicta per omissionem commissa*<sup>189</sup>. W podobnym tonie wypowiadał się Z. Papierkowski, pisząc, że sens pojęcia „usiłowanie” opiera się na aktywnym zachowaniu się człowieka, zmierzającym do wytworzenia zmiany w świecie zewnętrznym, co stanowi główny argument przemawiający przeciwko możliwości usiłowania przępstw z zaniechania. Aktywność — wyjaśniał autor — określa naturę usiłowania i stanowi jego istotę<sup>190</sup>. Odpowiedzią zaś na nieuzasadnioną społecznie bezkarność zachowań, które chcielibyśmy uznać za usiłowanie przępstwa z zaniechania, miałyby być konstrukcja *delictum sui generis*<sup>191</sup>. Także zdaniem S. Pławskiego takie usiłowanie jest niemożliwe<sup>192</sup>. Z taką tezą nie zgadzał się S. Śliwiński, twierdząc, że termin „działanie” użyty w tekście przepisu art. 23 § 1 k.k. z 1932 r. nie ma charakteru wiążącego, gdyż „kodeks używa nieściśle terminologii i przez »działanie« rozumie często nie tylko działanie we właściwym znaczeniu (czyn pozytywny), ale także »oddziaływanie«, które może być wynikiem biernego zachowania się, gdy sprawcę obciąża prawny obowiązek działania”<sup>193</sup>. Jednocześnie nawet wtedy

<sup>188</sup> S. Budziński: *Wykład porównawczy prawa karnego...*, s. 173.

<sup>189</sup> J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem...*, s. 82.

<sup>190</sup> Z. Papierkowski: *Problem usiłowania przępstw z zaniechania*. „Palestra” 1958, 5—6, s. 38. Wcześniej autor ten wywodził, że z etymologii słowa *actum* (ze sformułowania: *ad actum procedere*) oraz słowa „usiłowanie” wynika, że poczynania te muszą występować w formie czynnego zachowania się, czyli pozytywnego działania, zmierzającego do osiągnięcia pewnego celu (skutku przępnego). Jak podkreśla autor, nie można usiłować nie działać. Zdaniem Z. Papierkowskiego, usiłowanie w formie zaniechania to *contradictio In adiecto*. — Z. Papierkowski: *Usiłowanie a przępstwa polegające na zaniechaniu*. „Palestra” 1936, 5, s. 360, 366.

<sup>191</sup> Z. Papierkowski: *Usiłowanie a przępstwa polegające na zaniechaniu...*, s. 370.

<sup>192</sup> S. Pławski: *Prawo karne (w zarysie)*. Część 2..., s. 9.

<sup>193</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 303. Podobnie A. Berger: *Usiłowanie przępstwa (uwagi do art. 23 § 1 k.k. z 1932 r.)*. Lublin 1933, s. 15—18 i przytoczona tam literatura.

taką możliwość dopuszczał S. Glaser, uzasadniając swoje stanowisko tym, że odrzucenie przyczynowości zaniechania jest jednoznaczne z odrzuceniem karalności za usiłowanie przez zaniechanie przestępstwa odznaczającego się skutkiem<sup>194</sup>. Autor ten dodawał, że „możliwość usiłowania przy tych przestępstwach [formalnych z zaniechania — O.S.] zależy od odnośnej istoty czynu: tylko wykładnia poszczególnej istoty czynu może dać odpowiedź na powyższe pytanie; dopiero bowiem przy uwzględnieniu całokształtu właściwości odnośnego wydarzenia zobrazowanego w ustawowej istocie czynu, zrozumieniu jego znaczenia jurydycznego i życiowego, będzie można ustalić, czy skonstruowanie usiłowania jest w ogóle możliwe”<sup>195</sup>. Warto również przypomnieć, że w Projekcie kodeksu karnego z 1963 r. przewidziano szczególną regulację odnoszącą się *expressis verbis* do usiłowania przestępstw z zaniechania. Zgodnie bowiem z brzmieniem przepisu art. 28 § 2, odpowiedzialność za usiłowanie ponosił każdy, kto w celu popełnienia czynu zabronionego, wbrew ciężącemu na nim obowiązкови, nie przedsięwziął na czas wymaganego działania, lecz mimo to dokonanie nie nastąpiło<sup>196</sup>. Wydawać by się mogło, że wraz ze zmianą brzmienia przepisu dotyczącego usiłowania sprawa stała się jednoznaczna. Jak wskazywał bowiem sam projektodawca kodeksu karnego z 1969 r., „przez odpowiednią zmianę redakcyjną (art. 11 § 1) Projekt rozstrzyga w sensie pozytywnym sporne na gruncie k.k. zagadnienie karalności usiłowania przy przestępstwach z zaniechania”<sup>197</sup>. Obecnie, w związku z brzmieniem przepisu art. 13 § 1, nie ma już — w zasadzie — wątpliwości, że ustawa nie stawia formalnych przeszkód dla przyjęcia usiłowania przestępstw popełnianych przez zaniechanie<sup>198</sup>. Jednak A. Zoll, wychodząc z czysto językowej interpretacji pojęcia „usiłowanie”, twierdzi, że należałoby przyjąć, że usiłowanie wiąże się zawsze z pewną aktywnością, z zaangażowaniem siły w określonym kierunku<sup>199</sup>. Warto także zauważyć, że w ustawie mowa o „bezpośrednim **zmierzaniu** do dokonania”, co w pewien sposób narzuca aktywność sprawcy przy interpretacji strony przedmiotowej. Jednocześnie przepis art. 2 statuuje odpowiedzialność gwaranta za przestępstwo skutkowe **popelnione** (a nie dokonane) przez zaniechanie. Niemniej w piśmiennictwie podkreśla się, że oceniając możliwość

<sup>194</sup> S. Glaser: *O usiłowaniu przestępstw z zaniechania...*, podają za: G. Rejman: *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8—31 kk. Komentarz*. Warszawa 2009, s. 288.

<sup>195</sup> S. Glaser: *O usiłowaniu przestępstw z zaniechania...*, s. 247, 249, cyt. za: J. Kulesza: *Przestępstwo nieudzielania pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 357.

<sup>196</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 135 oraz Eadem: *Usiłowanie przestępstwa według projektu kodeksu karnego*. „Nowe Prawo” 1963, 7—8, s. 806, gdzie autorka rozwiązanie to skrytykowała.

<sup>197</sup> *Uzasadnienie Projektu kodeksu karnego* [maszynopis; b.m. i d.w.; Biblioteka WPiA UŚ, nr sygn. 21645], s. 1—3, 14—15.

<sup>198</sup> J. Kulesza: *Przestępstwo nieudzielania pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 357.

<sup>199</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do art. 1—166 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 251.

usiłowania przepęstw z zaniechania, nie tyle chodzi o treść odpowiedniego przepisu, ile o istotę usiłowania<sup>200</sup> (zwłaszcza w perspektywie wątpliwości związanych z pojęciem czynu i jego relacji do zaniechania<sup>201</sup>). I tak, zdaniem W. Męciora, nie jest możliwe usiłowanie przez zaniechanie. Autor ten podkreśla, że usiłowanie jako stadialna forma popełnienia przepęstwa ma sens w odniesieniu do czynu zabronionego, zaniechanie zaś nie jest czynem, a jedynie brakiem określonego czynu, co powoduje, że konstrukcja usiłowania przez zaniechanie — zdaniem W. Męciora — jest sztuczna<sup>202</sup>. Szczegółowego przeglądu stanowisk co do możliwości usiłowania przepęstwa polegającego na zaniechaniu dokonał m.in. J. Kulesza, zaznaczając przy tym wyraźne zróżnicowanie stanowisk w zakresie przepęstw skutkowych i bezskutkowych<sup>203</sup>. Jako szczególnie problem jawi się możliwość usiłowania bezskutkowego przepęstwa popełnionego przez zaniechanie.

G. Rejman uważa, że nie można udowodnić usiłowania przez zaniechanie i nazywa to „negatywną rzeczywistością” oraz poszukiwaniem dowodu na „negatywne okoliczności”, co — jej zdaniem — „powinno stać się przeszkodą do zrównania zaniechania i działania w płaszczyźnie usiłowania przepęstwa”. Niemniej, jak zauważa wspomniana autorka, ostatecznie doktryna dochodzi do stanowiska, że w przypadku usiłowania przepęstwa polegającego na zaniechaniu jego zewnętrznym przejawem jest stworzenie przez sprawcę takich warunków, które nie zezwalają mu na wykonanie obowiązku w porę i we właś-

---

<sup>200</sup> J. Kulesza: *Przepęstwo nieudzielania pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 357—358. Por. też W. Męcior: *Formy popełnienia przepęstwa w projekcie kodeksu karnego z 1995 r.* „Państwo i Prawo” 1996, 7, s. 75. Por. też G. Rejman: *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8—31 kk...*, s. 288.

<sup>201</sup> O statusie syntaktycznym wyrażenia „zaniechanie” oraz samym pojęciu zaniechania zob. szerzej M. Rodzyńkiewicz: *Pojęcie zaniechania a odpowiedzialność za przepęstwo popełnione przez zaniechanie w projekcie kodeksu karnego.* „Przegląd Prawa Karnego” 1994, 11, s. 22. Warto też zaznaczyć, że zdaniem tego autora projekt k.k. z 1994 r. (a w tym zakresie nic się później nie zmieniło) stoi na gruncie monistycznego ujęcia czynu, przy wykluczeniu przyczynowości zaniechania.

<sup>202</sup> W. Męcior: *Formy popełnienia przepęstwa...*, s. 75—76. Inaczej L. Kubicki: *Przepęstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe.* Warszawa 1975, s. 142—143, gdzie autor wywodzi, że specyfika przepęstwa z zaniechania nie tkwi ani w sferze ontologicznego pojęcia czynu (gdyż z punktu widzenia mechanizmu regulacji zachowania się człowieka zaniechanie stanowi równorzędną z działaniem alternatywną postać tego zachowania), ani w sferze przyczynowości, skoro czyn człowieka zarówno w postaci działania, jak i zaniechania może być realistycznie rozumianą *conditio sine qua non* skutku. Jednocześnie autor ten zauważa, że mimo iż potępienie szkodliwej dla bliźniego bierności charakteryzowało wszystkie systemy moralne i mimo powszechności dydaktycznych maksym w rodzaju *qui peut et n'empêche, péche*, w wartościowaniu postępowania ludzkiego dokonanie „złego uczynku” oceniano zawsze surowiej, jeśli było przejawem aktywności.

<sup>203</sup> J. Kulesza: *Przepęstwo nieudzielania pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 355 i nast.



ciwym czasie<sup>204</sup>. Wcześniej ta sama autorka twierdziła, że w przypadku przestępstw z zaniechania o zaawansowaniu przestępstwa decyduje z jednej strony stopień rozwoju społecznie niebezpiecznej przyczynowości, a z drugiej strony — fakt biernego zachowania się osoby zobowiązanej do czynienia<sup>205</sup>. Jednocześnie G. Rejman zgłosiła istotny postulat, zgodnie z którym usiłowanie powinno dotyczyć wyłącznie przestępstw z działania, żeby nie naruszać gwarancji procesowych, co byłoby bardzo prawdopodobne w przypadku przyjęcia koncepcji usiłowania przestępstw z zaniechania<sup>206</sup>. W nowszych publikacjach autorka ta już tak stanowczego stanowiska nie prezentuje, dostrzegając jedynie problemy z temporalizacją *iter delicti*<sup>207</sup>.

Warto też zwrócić uwagę, że G. Rejman już w 1965 r. postawiła tezę, że orzecznictwo nie podejmuje wyzwania i zamiast kwalifikować czyn sprawcy jako usiłowanie wywołania skutku przez zaniechanie stosuje przepisy o narażeniu na niebezpieczeństwo<sup>208</sup>. Taka sytuacja wydaje się korzystniejsza dla sprawcy, gorzej z prawami pokrzywdzonego. Ocena taka ulec musi zmianie, gdy w grę wchodzi czynny żal, do czego jeszcze przyjdzie wrócić.

Reasumując tę część rozważań, należy stwierdzić, że niezależnie od przyjętej koncepcji czynu przyznać trzeba, że skoro możliwe jest dokonanie czynu zabronionego przez zaniechanie<sup>209</sup> jednocześnie możliwe jest — w znaczeniu

---

<sup>204</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 135; Eadem: *Usiłowanie przestępstwa według projektu kodeksu karnego...*, s. 806. Autorka przywołuje i — nieco — krytykuje tezę H. Ludena, że bierna postawa wobec obowiązków i skierowanie swych sił w innym kierunku miały dać podstawę do formułowania wniosku o tym, czy sprawca zmierza przez nieczynienie do dopuszczenia tych zmian, którym miał zapobiec, czy nie. G. Rejman wskazuje wątpliwości, czy działanie skierowane w innym kierunku przez sprawcę nieczynienia jest zdolne zilustrować od strony zewnętrznej usiłowanie przestępstwa w postaci zaniechania (np. czy cerowanie pończoch przez matkę, w chwili gdy odmówiła dziecku pokarmu, daje podstawę do przyjęcia takiej konstrukcji). Wydaje się, że przedstawiona przez autorkę krytyka tezy H. Ludena jest niezasadna, ponieważ przykład ilustrujący wiąże się z usiłowaniem rozciągniętym w czasie. Gdyby bowiem to samo zachowanie (cerowanie przez matkę pończoch) odbywało się w kolejnym dniu głodzenia dziecka, a zamiar nie budziłby wątpliwości, również usiłowanie przez zaniechanie nie budziłoby wątpliwości.

<sup>205</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa według projektu kodeksu karnego...*, s. 806.

<sup>206</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 146.

<sup>207</sup> G. Rejman: *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8—31 kk...*, s. 288.

<sup>208</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przestępstwa...*, s. 138.

<sup>209</sup> Na aprobatę zasługuje teza W. Woltera, w myśl której skutek decydujący o bycie przestępstwa sprawia, że na charakter przestępstwa skutkowego nie ma wpływu forma zachowania się (działanie czy zaniechanie). To właśnie element zewnętrznego skutku pociąga za sobą — jak pisał W. Wolter — fakt, że pod względem dokonania nie zaznacza się żadna różnica między skutkowym przestępstwem z działania a skutkowym przestępstwem z zaniechania. Istotnym elementem różniącym przestępstwa z zaniechania formalne jest czas (a w zasadzie jego upływ) w połączeniu z czynnikiem sytuacyjnym — W. Wolter: *Z problematyki odpowiedzialności za przestępstwa z zaniechania*. „Państwo i Prawo” 1957, 6, s. 1111—1112.

konstrukcyjnym — usiłowanie takiego czynu. Konstrukcja taka jest nie mniej sztuczna niż samo zaniechanie. Również względy polityki kryminalnej, nie wyłączając argumentacji wynikającej ze wzorców konstytucyjnych i zasady proporcjonalności, nie stoją na przeszkodzie przyjmowaniu usiłowania przępstw z zaniechania (o ile oczywiście inna cecha tego czynu się temu nie przeciwstawia). Wydaje się również, że przypisywanie wyłącznie „działania” usiłowaniu, jako zgodnemu z istotą usiłowania, jest bardziej efektem naszego przyzwyczajenia do interpretowania wszelkich zachowań jako aktywności (w ten sposób nawet zabijanie kojarzy się z działaniem, nie mówiąc o pojęciu zamachu w obrobie koniecznej itp.). Kwestie związane z temporalizacją *iter delicti* przępstw z zaniechania zostały przedstawione już wcześniej i mają wyłącznie charakter dowodowy.

## 11. Przepęstwa jednochwilowe

Problem innej natury rodzą przępstwa **jednochwilowe** (sekundowe)<sup>210</sup>. Mając świadomość pełnej umowności tej nazwy, przyjąć należy, że są to przępstwa, przy popełnianiu których od momentu podjęcia zamiaru i jego uzewnętrznienia do dokonania mija bardzo krótki czas<sup>211</sup>. Według S. Budzińskiego, „O usiłowaniu nie może być mowy w przępstwach jednochwilowych, których dokonanie następuje z pierwszym zewnętrzném działaniem (*delit instant*), jak w obelgach słownych, odgrózkach i w ogóle w przępstwach dokonywanych słowem, w obelgach symbolicznych i czynnych, oraz w przeniewierzeniu, w którym przejście od prawnego do przeciwnprawnego stosunku jest jednochwilowe”<sup>212</sup>. Zdaniem W. Woltera, usiłowanie słownego znieważenia innej osoby

<sup>210</sup> Tak R.G. Hałas, w: *Prawo karne*. Red. A. Grzęskowiak. Warszawa 2012, s. 118.

<sup>211</sup> L. Tyszkiewicz dla określenia przępstw przeciwnstawnych do przępstw trwałych wskazuje na nazwy „chwilowe” lub „jednorazowe”, definiując je jako te, w przypadku których dopełnienie realizacji znamion następuje w krótkim odcinku czasowym i ewentualnie trwanie skutku nie zależy od dalszej postawy sprawcy lub nie należy do znamion — L. Tyszkiewicz: *O przępstwie trwałym i jego desygnatach*. W: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*. Red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda. Lublin 2005, s. 361. Wydaje się jednak, że — mimo deklaracji autora — zaproponowany podział nie jest podziałem logicznym — nie ma bowiem charakteru wyczerpującego. Rzeczywiście, zabójstwo jest przępstwem jednorazowym, ale przecież nie zawsze chwilowym i śmierć nie zawsze występuje w krótkim odcinku czasowym. Por. też J. Kulesza: *Przępstwo nieudzielania pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 373 i przywołaną w przyp. 60. literaturę.

<sup>212</sup> S. Budziński: *Wykład porównawczy prawa karnego...*, s. 173.

w jej obecności, jako przestępstwa jednochwilowego, jest niemożliwością<sup>213</sup>. A. Zoll uważa, że o stadium przygotowania i usiłowania nie można mówić w kontekście przestępstw, w których uzewnętrznienie zamiaru dokonania czynu zabronionego oznacza pełną realizację znamion takiego czynu, a więc już dokonanego<sup>214</sup>. Jak się wydaje, A. Marek do takich przestępstw zalicza przestępstwo określone w przepisie art. 162, nazywając je momentalnym, co wyklucza — jego zdaniem — możliwość usiłowania<sup>215</sup>. Również J. Kulesza przekonuje, że przestępstwo to ma zawężony okres zaniechania na tyle, że trudno jest wydzielić usiłowanie, chociaż ostatecznie samego usiłowania nie wyklucza<sup>216</sup>. W najnowszym piśmiennictwie powtarzana jest teza o niemożliwości usiłowania przestępstw jednochwilowych<sup>217</sup>.

W przeciwnym kierunku szły rozważania **E. Krzymuskiego**, który uważał, że stadia drogi przestępczej można wyróżnić nawet w tzw. przestępstwach jednochwilowych (np. obelgi)<sup>218</sup>. Warto jednak zauważyć, że recenzenci rozprawy E. Krzymuskiego zatytułowanej *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw* — Bojarski i Kasperek, oceniając pracę bardzo wysoko, zastrzeżli, że nie zgadzają się z podaną przez jej autora przyczyną wykluczenia usiłowań przestępstw jednochwilowych<sup>219</sup>.

Podzielić należy pogląd W. Woltera, że bez przebadania wszystkich możliwych przestępstw trudno w ogóle mówić o jakiejś odrębnej klasie przestępstw jednochwilowych w tym sensie, by ta jednochwilowość wynikała już z wszystkich odmian ustawowych znamion przestępstwa, natomiast pewne odmiany

<sup>213</sup> W. Wolter: *Nauka o przestępstwie...*, s. 278. Tak też H. Popławski: *Problematyka usiłowania przestępstw nieumyślnych*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1988, 1, s. 7.

<sup>214</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zoll..., s. 246.

<sup>215</sup> A. Marek: *Kodeks karny...*, s. 52.

<sup>216</sup> J. Kulesza: *Przestępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 379.

<sup>217</sup> Por. D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 325. Stanowisko to bezkrytycznie powtarzają też P. Lewczyk (P. Lewczyk: *Usiłowanie przestępstwa karnego skarbowego*. „Prokuratura i Prawo” 2012, 7—8, s. 39) oraz M. Mozgawa (M. Mozgawa, w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Mozgawa. Warszawa 2012, s. 51).

<sup>218</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstwa*. Warszawa 1884, s. 165. Później jednak twierdził: „Należy uznać usiłowanie za wykluczone także przy przestępstwach, które zbyt szybko, po przystąpieniu sprawcy do czynu, stawają się przestępstwami dokonanymi, aby można było uchwycić w ich pochodzie jakiegokolwiek dla zmysłów naszych dostępne *ad actum procedere*, które już by nie było dokonaniem przestępstwa. Charakterem tym oznaczają się, z samej natury, t. zw. przestępstwa jednochwilowe (*délits instant*), np. obelgi lub pogrożki słowne; a z woli ustawodawcy — takie zbrodnie, które ustawa uważa za dokonanie już z chwilą rozwinięcia przez sprawcę choćby najdalszej akcji przygotowawczej, np. zdrada główna”. — Idem: *System prawa karnego ze stanowiska nauki i trzech kodeksów obowiązujących w Polsce*. Kraków 1921, s. 138.

<sup>219</sup> J. Widacki, w: *Dziela wybrane Edmunda Krzymuskiego*. T. 1. *Szkola klasyczna w defensywie*. W wyborze i z przedmową Jana Widackiego. Kraków 2013, s. XI (autor nie podaje imion recenzentów pracy E. Krzymuskiego).

w popełnieniu przępstwa, pewne formy wykonania — dodaje autor — mogą wykazywać cechy jednochwilowości<sup>220</sup>. Wydaje się, że nie jest to problem doktryny prawa karnego, a decydujące znaczenie będą miały po prostu okoliczności zdarzenia. Nawet bowiem przy przyjęciu najwęższego sposobu rozumienia przępstwa jednochwilowego (w którym uzewnętrznienie zamiaru równocześnie jest dokonaniem) nie można wykluczyć usiłowania chybionego oraz — co ważniejsze — **zawsze usiłowania nieudolnego**. Również J. Kulesza jako przykład usiłowania nieudolnego nieudzielenia pomocy wskazuje sytuację, w której sprawca mylnie zakłada, że nie udziela pomocy człowiekowi jej potrzebującemu, nie zdając sobie sprawy z faktu śmierci tej osoby<sup>221</sup>. Nie ma również żadnych względów natury konstytucyjnej, które uniemożliwiłyby przyjęcie odpowiedzialności karnej za usiłowanie przy tego rodzaju przępstwach.

Odrębnym zgadnieniem jest usiłowanie przępstw z zamiarem nagłym. Za możliwością przyjęcia takiej konstrukcji opowiadali się zarówno J. Makarewicz<sup>222</sup>, jak i E. Krzymuski<sup>223</sup>, inni autorzy natomiast — jak Maciejowski<sup>224</sup> — zgłaszali jedynie wątpliwość co do faktycznej możliwości usiłowania w sytuacji, gdy zamiar powstał tak nagle. Również orzecznictwo w okresie międzywojennym nie wykluczało usiłowania w przypadku *dolus repentinus*. W moim przekonaniu, nie ma cienia wątpliwości, że zarówno z punktu widzenia brzmienia ustawy i — tym bardziej — faktycznej możliwości (zdradzona żona oddaje niecelny strzał<sup>225</sup>) usiłowanie dokonania przępstwa z zamiarem nagłym może być podstawą odpowiedzialności karnej i nie może tu być mowy o rozszerzeniu zakresu usiłowania, skoro mieści się to w jego normatywnym kształcie.

---

<sup>220</sup> W. Wolter: *Nauka o przępstwie...*, s. 278.

<sup>221</sup> J. Kulesza: *Przępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 394.

<sup>222</sup> J. Makarewicz: *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*. Lwów—Warszawa 1924, s. 98.

<sup>223</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przępstwa...*, s. 30.

<sup>224</sup> F. Maciejowski: *Wykład prawa karnego w ogólności...*, s. 48, gdzie autor pisze: „Ważniejszym co do karygodności jest podział złęgo zamiaru pod względem czasu powzięcia go. Może bowiem być [...] nagle, *impetu*, wprawdzie powzięty, *dolus repentinus*, ale nie tak nagle, żeby niepodobieństwem było wstrzymać się z działaniem; bo wtedy poczytanie winy może nie mieć miejsca”.

<sup>225</sup> Chociaż, oczywiście, zamiaru nagłego nie można utożsamiać z afektem, por. szerzej A. Gubiński: *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia*. Warszawa 1960, s. 21—50.

## 12. Przepiępstwa nieumyślne i o mieszanej stronie podmiotowej

Ostatnim rodzajem przepiępstw wyróznionym na podstawie znamion strony podmiotowej są **przepiępstwa nieumyślne oraz charakteryzujące się mieszana stron podmiotową.**

Z brzmienia przepisu art. 13, w kontekście treści przepisu art. 9 § 2, nie ma wątpliwości, że usiłowanie charakteryzować musi umyślno — niemożliwe jest usiłowanie nieumyślne. Powstaje jednak pytanie, czy pojęcia strona podmiotowa usiłowania i strona podmiotowa przepiępstwa, do którego sprawa swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza, są tożsame. Oczywiście nie. Zatem czym innym jest nieumyślne usiłowanie, a czym innym usiłowanie przepiępstw nieumyślnych. Nie ma wątpliwości, że z istoty usiłowania wynika, że niemożliwe jest nieumyślne usiłowanie. Funkcj kryminalizacji zachowa nieumyślnych „zmiierzajcych”, a w zasadzie prowadzących do nagannego skutku przy braku tego skutku pełni regulacja przepiępstw z narażenia w odmianie nieumyślnej, co jednak — wbrew stanowisku H. Popławskiego<sup>226</sup> — nie rozwiązało dylematu, że względu na konsekwencje w zakresie czynnego żalu (o czym w dalszej części pracy). Innym problemem jest poszukiwanie odpowiedzi na pytanie, czy moźna usiłowa przepiępstwa nieumyślne (przy czym samo usiłowanie miałoby charakter umyślny). Opierając się na definicji usiłowania, autorzy niemal zgodnie wykluczają taką moźliwo. Do tego stopnia jest to w doktrynie kwestia bezsporna, że kwestię usiłowania przepiępstw popełnionych nieumyślnie S. Śliwiński nazwa „zbędnym roztrząsaniem”<sup>227</sup>. Krótko o niemożliwości usiłowania tego rodzaju przepiępstw pisał teź W. Wolter<sup>228</sup>, a wcześniejszy S. Budziński<sup>229</sup>, F. Maciejowski<sup>230</sup> i E. Krzymuski<sup>231</sup>.

<sup>226</sup> H. Popławski: *Problematyka usiłowania przepiępstw nieumyślnych...*, s. 12.

<sup>227</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 302. Por. teź H. Popławski: *Problematyka usiłowania przepiępstw nieumyślnych...*, s. 3 i wskazana w przyp. 1. literatura. Autor ten wskazuje teź, że japoński kodeks karny z 1949 r., jako jeden z nielicznych, dopuszcza moźliwo usiłowania przepiępstw nieumyślnych, co jednak odbierane było jako ustawowa pomyłka (s. 4). Z kolei G. Rejman przytacza wyrok SN wydany w latach 50. w ZSRR, który czyny oskarżonych — ostrzelanie żołnierzy w błędnym przekonaniu, że była to wataha wilków — zakwalifikowa jako usiłowanie nieumyślne spowodowania śmierci człowieka — G. Rejman: *Teorie i formy winy w prawie karnym*. Warszawa 1980, s. 236. Z kolei Z. Jędrzejewski za oczywisty nonsens uwaźa wniosek, że moźliwe jest usiłowanie przepiępstw nieumyślnych z racji zrównania formy umyślności i nieumyślności w jednym typie zagrożonym jedną sankcj — Z. Jędrzejewski: *Usiłowanie z zamiarem ewentualnym. Przyczynek do nauki o tzw. podwójnym usytuowaniu zamiaru*. „Państwo i Prawo” 2003, 8, s. 48.

<sup>228</sup> W. Wolter: *Nauka o przepiępstwie...*, s. 278.

<sup>229</sup> S. Budziński: *Wykład porównawczy prawa karnego...*, s. 172.

<sup>230</sup> F. Maciejowski: *Wykład prawa karnego w ogólności...*, s. 112—113.

<sup>231</sup> E. Krzymuski: *System prawa karnego...*, s. 136—137, ale teź wcześniejszy szerzej wypowiedział się w monografii: *Zasady nauki o usiłowaniu przepiępstwa...*, s. 46. Warto dodać, że

Jednak dwadzieścia lat po S. Śliwińskim A. Bachrach pisał: „z punktu widzenia przedmiotowego usiłowanie jest początkiem dokonania (*commencement d'exécution, Anfang der Ausführung*), a więc oba te momenty łączy nieprzerwana linia przyczynowo-skutkowa. Z punktu widzenia podmiotowego usiłowaniu i dokonaniu towarzyszy taka sama, a nawet ta sama treść przeżyciowa sprawy. Skoro jest ona naganna w rozumieniu prawa karnego — obojętne czy w postaci umyślności, czy nieumyślności — a do skutku nie dochodzi z przyczyn od sprawcy niezależnych, to pod względem pojęciowym nic nie stoi na przeszkodzie penalizacji usiłowania przępstw nieumyślnych”<sup>232</sup>. Również M. Cieślak uważał, że możliwa jest konstrukcja usiłowania przępstwa nieumyślnego, nawet niedbałego. Autor ten podkreślał, że każde usiłowanie co prawda wymaga zamiaru, i to zamiaru bezpośredniego, w stosunku do określonej niebezpiecznej sytuacji, ale sama sytuacja objęta zamiarem sprawcy i jego obiektywnym bezpośrednim zachowaniem może mieć postać czynu zabronionego, który byłby popełniony z zamiarem bezpośrednim bądź ewentualnym, bądź lekkomyślnie, bądź wreszcie z niedbalstwa. M. Cieślak twierdził, że z przepisu art. 11 § 1 k.k. z 1969 r. wynika tylko to, że odpowiedzialność za usiłowanie ponosi się jedynie w wypadku umyślności<sup>233</sup>. Obecnie dość powszechnie przyjmuje się, że odpowiedzialnikiem nieumyślonego usiłowania jest kryminalizacja przępstw z narażenia<sup>234</sup>. Powtórzyć więc wypada za W. Wolterem, że „to, co występuje jako problem jakiegoś usiłowania przępstwa nieumyślnego, jest jedynie istniejącą już przed dokonaniem obiektywną tendencją ku skutkowi, która wobec braku woli w odniesieniu do skutku, a tym samym i do czynu ze względu na skutek, może mieć sens jako narażenie na niebezpieczeństwo, ale nigdy jako usiłowanie”<sup>235</sup>. Podzielając co do zasady zacytowany pogląd, już teraz zasygnalizować należy niekorzystne dla sprawcy konsekwencje takiego rozwiązania w zakresie

---

w doktrynie po raz pierwszy z koncepcją usiłowania przępstwa nieumyślnego wystąpił Hepp, który twierdził, że jeżeli ktoś wykonuje czynność w dobrej wierze, z której może wynikać niezamierzony skutek przęstny, to nie ma przeszkód, aby pociągnąć go do odpowiedzialności karnej za usiłowanie przępstwa nieumyślonego — G. Rejman: *Teorie i formy winy...*, s. 234. Tam też przegląd poglądów zwolenników i przeciwników koncepcji usiłowania przępstwa nieumyślonego (s. 234—240).

<sup>232</sup> A. Bachrach: *Ryzyko i nieostrożność w komunikacji drogowej a oceny prawnokarne*. Wrocław—Warszawa—Kraków 1965, s. 216, cyt. za: H. Popławski: *Problematyka usiłowania przępstw nieumyślnych...*, s. 4.

<sup>233</sup> M. Cieślak: *Polskie prawo karne...*, s. 377. Podobnie A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 1999, s. 191, który uważa, że usiłowanie przępstw nieumyślnych jest pojęciowo możliwe.

<sup>234</sup> D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawno...*, s. 266—267, 270.

<sup>235</sup> W. Wolter: *Studia z zakresu prawa karnego (Problematyka zamiaru wynikowego)*. Kraków 1947, s. 31, cyt. za: M. Dębski: *Strona podmiotowa usiłowania w świetle projektu k.k. „Nowe Prawo”* 1963, 7—8, s. 800.

czynnego żalu<sup>236</sup>. Problem ten jest o tyle istotny, że — jak pisze R. Zawłocki — chociaż w obowiązującym kodeksie karnym liczba przestępstw nieumyślnych wynosi jedynie 30% i nie przekracza 5% wszystkich typów czynów zabronionych, to jednak współczesny rozwój cywilizacyjny sprawia, że coraz częściej dochodzi do nieintencjonalnego naruszenia dóbr społecznych<sup>237</sup>. Z tą właśnie kwestią łączy się problem wytyczania granicy między umyślnością a nieumyślnością. Jak bowiem relacjonował H. Popławski, zdaniem M.D. Szargorodskiego, między zamiarem ewentualnym a lekkomyślnością zachodzą różnice tylko ilościowe (co skłoniło tego ostatniego do przyjęcia konstrukcji usiłowania w przypadku lekkomyślności)<sup>238</sup>. Nieostrość tej granicy podkreśla też Z. Jędrzejewski, twierdząc, że więcej tu elementów wspólnych lub podobnych, dlatego też łatwo można przesuwac granice umyślności w obydwu kierunkach<sup>239</sup>.

Mówiąc jednak o rozgraniczeniu między umyślnością a nieumyślnością, pamiętać należy o dwóch jego aspektach: ustawowym — związanym z określeniem strony podmiotowej danego typu czynu zabronionego (i oceną, czy kryminalizuje przestępstwo popełnione umyślnie, czy nieumyślnie), a co za tym idzie, „definitywnym” wytyczeniem granicy między dwiema postaciami strony podmiotowej, oraz faktycznym — związanym z oceną konkretnego czynu, który poddany karnoprawnej ocenie w zakresie strony podmiotowej stanowi podstawę kwalifikacji prawnej.

Pierwszy aspekt łączy się z odczytaniem decyzji woli ustawodawcy co do kryminalizacji przestępstw nieumyślnych, która — jak wynika z uzasadnienia k.k. — stanowić ma wyjątek, w myśl przyjętej zasady *ultima ratio* prawa karnego<sup>240</sup>. Wola ta wyrażana jest przez tzw. klauzule karalności, mogące przybierać postać pełną bądź niepełną. I o ile pełne klauzule karalności nie budzą większych wątpliwości, o tyle niepełne klauzule nieumyślności takich wątpliwości nie są pozbawione. Jak wskazuje się w literaturze, z niepełną (ograniczoną) klauzulą karalności mamy do czynienia w przypadku, gdy ustawa karna przewiduje taki zespół znamion czynu zabronionego, w którym dopuszczalne jest wypełnienie znamion przedmiotowych różnicowanymi momentami podmiotowymi — część znamion wprost zostaje umieszczona na po-

<sup>236</sup> Zróżnicowanie karnoprawnych następstw czynnego żalu w przypadku „niezakończonego” zabójstwa i nieumyślnego spowodowania śmierci.

<sup>237</sup> R. Zawłocki: *Nieumyślność jako podstawa odpowiedzialności karnej — w poszukiwaniu kompromisu*. „Monitor Prawniczy” 2008, 11, s. 567.

<sup>238</sup> H. Popławski: *Problematyka usiłowania przestępstw nieumyślnych...*, s. 4—5 i przytoczona tam praca M.D. Szargorodskiego. H. Popławski komentował krytycznie, że co prawda zamiar ewentualny rzeczywiście podobny jest do lekkomyślności, ale tylko w sferze intelektualnej — przewidywania możliwości popełnienia czynu zabronionego. Natomiast różnice, które mają zasadnicze znaczenie, są natury jakościowej, a nie ilościowej — obecność lub brak zamiaru (s. 11).

<sup>239</sup> Z. Jędrzejewski: *Usiłowanie z zamiarem ewentualnym...* s. 46 i nast.

<sup>240</sup> *Nowe kodeksy karne — z 1997 r. z uzasadnieniami*. Warszawa 1997, s. 120.

ziomie nieumyślności (np. czyn z art. 292). Rodzą się więc wątpliwości, czy względem takiego zespołu znamion należy zastosować konstrukcję zamiaru *quasi-ewentualnego* (sprawca umyślne dokonuje paserstwa, obejmując jedno ze znamion odnoszące się do przedmiotu wykonawczego nieumyślnością), czy też potraktować cały typ jako przestępstwo nieumyślne. M. Królikowski opowiada się za drugim z rozwiązań<sup>241</sup>. Ta szczególna konstrukcja ustawowych znamion nie pozwoliła J. Makarewiczowi na uznanie tego przestępstwa za przestępstwo nieumyślne; mówił natomiast o „braku pełnej świadomości”<sup>242</sup>. Tę wątpliwość do dziś poniekąd dzielają K. Indeck i A. Liszewska, twierdząc: „Niezależnie od sygnalizowanych wątpliwości, zachowanie [...] nie może być uznane za usiłowanie — sprzeciwia się temu bowiem treść przepisu art. 13 § 1, **pod warunkiem**, że art. 292 § 1 **uznamy za przestępstwo umyślne** [podkreśl. O.S.]”. Autorzy ci zadają też pytanie, jak ocenić rokowania co do zawarcia umowy, np. o nabycie rzeczy, o której na podstawie towarzyszących okoliczności sprawca powinien przypuszczać, że została uzyskana za pomocą czynu zabronionego<sup>243</sup>. J. Sawicki, również powołując się na pogląd J. Makarewicza, formułuje tezę, że w zakresie karania kierowców prowadzących pojazd w stanie nietrzeźwości możliwe jest przyjęcie usiłowania nieumyślnego spowodowania wypadku (na podstawie przepisów ogólnych)<sup>244</sup>. Wydaje się, że podobne wątpliwości mogą powstawać na tle przepisu art. 299 § 2. Zdaniem W. Wróbla, w przepisie tym przyjęto szczególny sposób określenia strony podmiotowej — ustawodawca nie wymaga od sprawcy pełnej świadomości

<sup>241</sup> M. Królikowski, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do art. 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Warszawa 2011, s. 374—375. Sprostować chyba należy, że pierwsze rozwiązanie opierać by się musiało nie na konstrukcji zamiaru *quasi-ewentualnego*, lecz *quasi-nieumyślnego*. Istotą bowiem paserstwa przewidzianego w przepisie art. 292 jest fakt, że sprawca „powinien i może przypuszczać”, że rzecz została uzyskana za pomocą czynu zabronionego. Doktryna w ogromnej mierze jest zgodna co do tego, że czyn z art. 292 jest przestępstwem nieumyślnym (spory istnieją co do postaci tej nieumyślności), sygnalizując tylko, że określenie „paserstwo nieumyślne” jest nieściśle, proponując sformułowanie — „tzw. paserstwo nieumyślne”. E. Guzik-Makaruk, E. Pływaczewski, w: „System Prawa Karnego”. T. 9. *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*. Red. R. Zawłocki. Warszawa 2011, s. 272—277. Por. też: M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 3. *Komentarz do art. 278—363*. Red. A. Zoll. Warszawa 2008, s. 435—438 oraz K. Indeck: *Przestępstwo paserstwa w kodeksie karnym z 1969 roku. Analiza dogmatyczna*. Łódź 1991, s. 139—157.

<sup>242</sup> J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem...*, s. 259—260. Autor ten pisał: „z porównania art. 160 i 161 wynika, że zasadnicza różnica polega nie na działaniu, ani zamiarze (nabycia i t.p.), a tylko na rodzaju świadomości co do charakteru i pochodzenia rzeczy (z przestępstwa). Jeżeli do przestępstwa z art. 160 wymagana jest świadomość pełna, to do przestępstwa z art. 161 nie jest ona wymagana”.

<sup>243</sup> K. Indeck, A. Liszewska: *Prawo karne materialne...*, s. 209.

<sup>244</sup> J. Sawicki: *Karalne stany nietrzeźwości. Na marginesie ustawy antyalkoholowej z 1959 r.* „Państwo i Prawo” 1960, 4—5, s. 655.



mości co do źródeł pochodzenia pieniędzy lub wartości dewizowych (pełna świadomość prowadzi do odpowiedzialności karnej z art. 299 § 1). Jednocześnie autor ten zaznacza, że wszystkie typy czynów zabronionych określone w tym przepisie mają charakter umyślny<sup>245</sup>. Podobnie J. Długosz podkreśla, że zamiar w odniesieniu do nielegalnego pochodzenia przedmiotów czynności sprawczych nie należy do znamion strony podmiotowej przepisu określonego w § 2, chociaż ma charakter umyślny<sup>246</sup>. Innego rodzaju wątpliwości budzi strona podmiotowa przestępstwa na szkodę wierzycieli określonego w art. 301 § 3. O jego „dość specyficznej stronie podmiotowej” J. Majewski twierdzi, że typ ten ma co prawda charakter nieumyślny, ale nieumyślność jest tu ograniczona jedynie do tej postaci nieumyślności w rozumieniu art. 9 § 2, która charakteryzuje się przewidywaniem możliwości popełnienia czynu zabronionego (w języku prawniczym zwanej tradycyjnie „lekkomyślnością”)<sup>247</sup>. Wcześniej inaczej rzecz całą ujmowała O. Górniok, wskazując na wątpliwości rodzące się na tle sformułowania „w sposób lekkomyślny doprowadza do swojej upadłości lub niewypłacalności”. Jej zdaniem, połączenie określenia „lekkomyślnie” ze „sposobem”, należącym zazwyczaj do strony przedmiotowej ustawowych typów, sugeruje, że określenie to nie ma znaczenia dla strony podmiotowej przestępstwa, a w takim razie jest ona jednakowa w obu przypadkach doprowadzenia do swej upadłości (art. 300 § 2 i 3) — umyślna. Zatem, zdaniem O. Górniok, konsekwentnie należałoby sprawcy przestępstwa określonego w art. 301 § 3 udowodnić, że nie tylko działał lekkomyślnie, ale że tej cechy swego zachowania był świadom i co najmniej godził się na to. Ponieważ szanse na udowodnienie tego, a tym samym na skuteczność tego przepisu w ochronie wierzycieli są — w przekonaniu wspomnianej autorki — nikłe, przychyliła się ona do zaprezentowanego wcześniej poglądu J. Majewskiego<sup>248</sup>. Niewątpliwie już te trzy przykłady (czyny stypizowane w przepisach art. 292, 299 § 2 oraz art. 301 § 3) wskazują, że określanie strony podmiotowej danej typizacji może budzić wątpliwości. Oczywiście, wątpliwości odnośnie do strony podmiotowej „przekładają” się na formy stadialne (zatem praktyczna doniosłość prawidłowego określania strony podmiotowej nie ogranicza się wyłącznie do oceny możliwości zastosowania instytucji przewidzianych w przepisach art. 64 § 1 lub art. 68 § 1<sup>249</sup>), wobec powszechnego przyjęcia, że usiłowanie odnosić się

<sup>245</sup> W. Wróbel, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 3. *Komentarz do art. 278—363*. Red. A. Zoll..., s. 671—672.

<sup>246</sup> J. Długosz, w: „System Prawa Karnego”. T. 9. Red. R. Zawłocki..., s. 606—607.

<sup>247</sup> J. Majewski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 3. *Komentarz do art. 278—363*. Red. A. Zoll..., s. 736—737. Por. też R. Zawłocki, w: „System Prawa Karnego”. T. 9. Red. R. Zawłocki..., s. 666.

<sup>248</sup> O. Górniok: *Odpowiedzialność karna menadżerów*. Toruń 2004, s. 95—96.

<sup>249</sup> Por. np. R. Rąbiega: *O zaniechaniu i usiłowaniu w kontekście mieszanej strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary*. „Ius Novum” 2011, 2, s. 24.

może wyłącznie do przepęstw umyślnych, zatem z pewnością **wprowadzenie mechanizmu klauzul karalności za usiłowanie rozwiązałoby ten problem.**

Aspekt drugi — prawidłowego rozgraniczenia umyślności i nieumyślności w konkretnym stanie faktycznym — opiera się na definicjach tych pojęć, a przede wszystkim na precyzyjnym wytyczeniu cezur między zamiarem ewentualnym a uświadomioną nieumyślnością. Dla tematyki pracy ma on jednak znaczenie drugorzędne, chociaż należy brać pod uwagę, że decyzja organu stosującego prawo w zakresie odczytania strony podmiotowej w konkretnym stanie faktycznym przekłada się nie tylko na kwalifikację prawną czynu, ale także na formę stadialną (co musi mieć przełożenie na ewentualny czynny żal). Zasygnalizować zatem jedynie wypada złożoność problematyki zamiaru ewentualnego<sup>250</sup> oraz wyznaczanie granicy między zamiarem ewentualnym a nieumyślnością, a tym samym precyzyjne odróżnienie zamiaru ewentualnego od nieumyślności (zwłaszcza jeśli ma postać tzw. nieumyślności świadomej)<sup>251</sup>.

Rozstrzygając ostatecznie kwestię usiłowania przepęstw nieumyślnych, poczynić należy dwie uwagi natury ogólnej. Po pierwsze, jak pisał G. Kołokow, usiłowanie przepęstw nieumyślnych *de facto* stanowi problem **karalności nieumyślnej i niezakończonych działalności przepępczej**<sup>252</sup>. Zatem i tu pojawia się pytanie o kryminalizację tego rodzaju czynów. Konstrukcją, która to umożliwi, jest typ przepęstwa z narażenia konkretnego. Jak dowodzi historia prawa karnego, uzasadnienie tego rodzaju czynów jest niemal identyczne z uza-

---

<sup>250</sup> Por. zwłaszcza: M. Szerer: *W sprawie zamiaru wynikowego*. „Państwo i Prawo” 1959, 3; K. Buchała: *Problemy zamiaru wynikowego*. „Państwo i Prawo” 1960, 4—5; Z. Jędrzejewski: *Z problematyki zamiaru ewentualnego w teorii i praktyce*. „Państwo i Prawo” 1983, 10; M. Król-Bogomiłska: „*Formy winy*” w *prawie karnym w świetle psychologii*. Warszawa 1991; R. Citowicz: *Kontrowersje wokół rozumienia zamiaru ewentualnego*. W: „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”. T. 4. Red. L. Bogunia. Wrocław 1999. Ponadto A. Kopeć: *Próba ustalenia kryterium rozgraniczającego zamiar ewentualny od innych postaci strony podmiotowej czynu*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1992, 1—2, s. 50, gdzie autorka, opowiadając się za utrzymaniem w kodeksie zamiaru ewentualnego i przyjmując jego czysto prawniczy charakter (daleki od wskazań psychologii), zaproponowała nową konstrukcję umyślności: „Odpowiada za przepęstwo umyślne sprawca, który chce urzeczywistnienia stanu faktycznego wyczerpującego ustawowe znamiona czynu zabronionego lub ma świadomość pewności jego popełnienia, albo sprawca, który mając świadomość wysokiego stopnia prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego, sądzi, że tego nie uniknie”.

<sup>251</sup> J. Giezek: *Glosa do wyroku SN z 8.12.2011 r., II KK 177/11*. OSP 2012, 10, K 96, s. 668—671. Por. też A. Zoll: *Typ czynu zabronionego charakteryzujący się nieumyślnością*. W: *Nieumyślność. Pokłosie VIII Kolokwium Bielańskiego*. Red. J. Majewski. Toruń 2012, s. 73.

<sup>252</sup> H. Popławski: *Problematyka usiłowania przepęstw nieumyślnych...*, s. 5 i przytoczone tam prace G. Kołokowa. Oczywiście, może budzić wątpliwości użycie sformułowania „działalności”, ale w tym przypadku chodzi bardziej o pewną figurę stylistyczną niż nadanie temu pojęciu szczególnego znaczenia.

sadnieniem usiłowania. Zatem decyzja o kryminalizacji jest jak najbardziej dopuszczalna, chociaż każdorazowo (tzn. odnośnie każdej typizacji) — na etapie podejmowania decyzji o kryminalizacji — powinna być weryfikowana przez test konstytucyjnej zasady proporcjonalności. Tym samym zgłaszany postulat wprowadzenia klauzul karalności usiłowania dla wybranych typizacji został zrealizowany w przypadku przestępstw nieumyślnych (nie każde nieumyślne naruszenie dobra jest karane na jego przedpolu — narażeniu). Pamiętając, że to przestępstwa z narażenia „biorą na siebie” karalność za etap poprzedzający nieumyślne wyrządzenie szkody, wymagana byłaby konsekwencja w zakresie czynnego żalu.

Po drugie, zadać należy pytanie, czy rzeczywiście przestępstwa nieumyślne, co do których nieumyślność została zadekretowana przez niepełne klauzule nieumyślności, pojęciowo nie mogą być usiłowane. Ewentualne wątpliwości w tym zakresie winien jednoznacznie rozstrzygnąć ustawodawca.

Ustalenia dotyczące problemu usiłowania przestępstw popełnianych nieumyślnie są niewystarczające w przypadku analizy kwestii usiłowania przestępstw o **stronie podmiotowej mieszanej**. Zasadniczo, zdaniem przedstawicieli polskiej nauki, nie jest możliwe (ze względu na stronę podmiotową) usiłowanie przestępstw umyślno-nieumyślnych<sup>253</sup>, chociaż spotkać można odosobnione zdania odmienne. R. Rabiega przywołuje trzy argumenty przemawiające za dopuszczalnością (przynajmniej teoretyczną) usiłowania przestępstw umyślno-nieumyślnych: 1) uznanie czynów umyślno-nieumyślnych za zasadniczo umyślne, 2) przyjęcie bezprawności (charakteryzującej w równym stopniu formy umyślności i nieumyślności) jako odpowiednika przekroczenia normy sankcjonowanej, 3) brak cezur między psychologicznym rozgraniczeniem lekomyślności a zamiarem ewentualnym<sup>254</sup>.

Zatem czym są czyny charakteryzujące się *culpa dolo exorta*? Zdaniem Ł. Pohla, osobliwość konstrukcyjna tego rodzaju czynów zabronionych pole-

---

<sup>253</sup> Por. chociażby przegląd stanowisk dokonany przez Z. Kubec, B. Hołysta: *Bójka i pobicie (problemy dogmatyki prawa, kryminologii i kryminalistyki)*. Warszawa 1962, s. 41. Natomiast z późniejszej literatury np.: W. Wolter: *Nauka o przestępstwie...*, s. 276; A. Zołł, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zołł. Warszawa 2007, s. 204; M. Mozgawa, w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Mozgawa..., s. 51.

<sup>254</sup> R. Rabiega: *O zaniechaniu i usiłowaniu...*, s. 34—38. Również Z. Kubec, B. Hołyst: *Bójka i pobicie...*, s. 42—44, którzy przekonują, że usiłowanie popełnienia przestępstwa udziału w bójce z art. 240 k.k. z 1932 r. jest pojęciowo i życiowo (sytuacyjnie) możliwe, jak również z prawnego punktu widzenia. Autorzy twierdzą, że należy odróżnić samo usiłowanie, które zawsze musi być umyślne, od przestępstwa, które sprawca usiłuje popełnić. Jeżeli przestępstwo jest całkowicie nieumyślne, to usiłowanie, które jest zawsze umyślne, jest wyłączone. Sytuacja jest jednak całkiem inna, jak utrzymują autorzy, gdy przestępstwo jest kombinowane (umyślno-nieumyślne). Jest to bowiem przestępstwo, w którym element umyślności wyraźnie dominuje.

ga na tym, że stanowią one połączenie czynu już zabronionego (pod groźbą kary z mocy obowiązywania normy sankcjonowanej zawartej w innym przepisie prawno-karnym) z jakimś jego ontologicznie i normatywnie wiążalnym następstwem. Warunkiem zaś limitującym zasięg przypisania sprawcy owego następstwa — dodaje autor — jest obiektywnie postrzegana możliwość przewidzenia jego wystąpienia w związku z popełnianym przez sprawcę czynem zabronionym pod groźbą kary<sup>255</sup>, co pozwala na wyeliminowanie odpowiedzialności obiektywnej<sup>256</sup>. G. Rejman utrzymuje, że „różnica pomiędzy winą kombinowaną a winą nieumyślną w ścisłym tego słowa znaczeniu polega na tym, że w pierwszym przypadku mamy do czynienia z sytuacją, w której czynność jest zakazana przez prawo, a skutek przekraczający granicę zamiaru staje się podstawą wyższej karalności, jeżeli tylko mieści się w granicach winy nieumyślnej. W drugim przypadku sama czynność nie jest zakazana przez prawo, jest ona przestępna tylko ze względu na szkodliwe skutki, do których ta czynności doprowadza”<sup>257</sup>.

W moim przekonaniu, odpowiedź na możliwość usiłowania przestępstw kwalifikowanych przez następstwa jest nieco złożona. Szczególna, dwuelementowa konstrukcja tego rodzaju czynów, swoista „dwuetapowość” (następstwo, o którym stanowi art. 9 § 3, następuje **po** wypełnieniu znamion typu podstawowego) powoduje, że usiłowanie drugiego stanu — spowodowanie następstwa — jest co najwyżej dokonaniem pierwszego. Takie rozumowanie jest możliwe wyłącznie w tych wyjątkowych sytuacjach, gdy następstwo umyślnego zachowania ma również charakter umyślny i chociaż nieco razi sztucznością, nie można go wykluczyć. Dotyczy zatem przestępstw kwalifikowanych przez następstwa, gdy kwalifikujące następstwo nie jest znamieniem innego typu czynu umyślnego zagrożonego (co najmniej) tą samą sankcją<sup>258</sup>. Jednak w większości przypadków następstwo ma charakter nieumyślny. Oczywiście, nie ma przeszkód, aby przyjąć usiłowanie pierwszego (wyjściowego) czynu, które stanowi przestępstwo typu podstawowego. Jeśli w wyniku usiłowania czynu wyjściowego pojawią się określone w ustawie następstwa, które sprawca co najmniej mógł przewidzieć, to wobec treści art. 9 § 3 możliwa będzie surowsza odpowiedzialność karna<sup>259</sup>.

<sup>255</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne...*, s. 155—156.

<sup>256</sup> Por. historyczny rozwój tej konstrukcji — M. Król-Bogomilska: „*Formy winy*” w *prawie karnym...*, s. 129—137.

<sup>257</sup> G. Rejman: *Teorie i formy winy...*, s. 241.

<sup>258</sup> Por. J. Lachowski, w: „System Prawa Karnego”. T. 3. *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*. Red. R. Dębski. Warszawa 2013, s. 592.

<sup>259</sup> Por. też: A. Gimbut: *O problemie usiłowania przestępstw kwalifikowanych przez następstwa*. AUMCS 1961, Sec. G, Vol. VIII, s. 270—271, 281, 285; J. Lachowski, w: „System Prawa Karnego”. T. 3. Red. R. Dębski..., s. 598, a także K. Buchała: *Odpowiedzialność za przestępstwa kwalifikowane przez następstwa czynu*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1972, 1, s. 24.

### 13. Podsumowanie

Kryminalizacja czynów „przeddokonaniowych” w różnej postaci każe bardzo ostrożnie podchodzić do problemu karalności usiłowania. Kto jednak tą ostrożnością winien się wykazywać?

Przede wszystkim należy zauważyć, że konsekwencją różnych podziałów przestępstw (opartych przecież na różnych kryteriach) są różne wyniki w ocenie zasadności kryminalizacji usiłowania odnoszące się do tej samej typizacji (która jest np. przestępstwem materialnym, kierunkowym, jednochwilowym). To sprawia, że odczytanie woli ustawodawcy co do zakresu kryminalizacji w tym obszarze staje się niezwykle trudne (a trudności te pogłębiane są spórmi w przypadku wytyczenia granic między różnymi grupami w ramach danego podziału lub zaliczania konkretnej typizacji do jednej z grup). A przecież sytuacja, gdy w doktrynie i orzecznictwie toczony są spory co do ustawowego zakresu kryminalizacji musi naruszać zasadę *nullum crimen sine lege* i funkcję gwarancyjną prawa karnego. Z tego też względu **zglaszany już kilkakrotnie postulat wprowadzenia klauzul karalności za usiłowanie określonych typów czynów zabronionych wydaje się uzasadniony**. Ustawodawca w przepisach karnych odnoszących się do przestępstw mógłby (przyjmując najprostszą z metod) zastosować technikę przewidzianą w prawie wykroczeń — każdą wybraną typizację opatrzyć klauzulą karalności usiłowania (i ewentualnie przygotowania). Przyznać jednak należy, że mechanizm techniczno-legislacyjny przyjęty w kodeksie wykroczeń (podobnie jak, co do przygotowania, w k.k.) wynika z odwróconej zasady generalnej niekaralności usiłowania w prawie wykroczeń (oraz niekaralności przygotowania w przypadku przestępstw). W przypadku przyjęcia ogólnej zasady karalności za usiłowanie (jako założenia) realizowanej w postaci jednostkowych klauzul mogłoby wprost oznaczać swoistą kazuistykę, która nie tyle powoduje rozrost materii normatywnej, ile jest realnym zagrożeniem dla funkcji sprawiedliwościowej i ochronnej prawa karnego. Ostatecznie można wybrać rozwiązanie odwrotne, przy ogólnej regule karalności za usiłowanie niektóre typizacje zaopatrzone byłyby klauzulą niekaralności za usiłowanie. Mam, oczywiście, świadomość, że taki mechanizm jest obcy polskiej tradycji legislacyjnej i sprzeczny z postulatem kondensacji tekstu prawnego<sup>260</sup> (ponadto czynów karalnych na etapie przeddokonaniowym jest bardzo dużo). Jednak każde z zaproponowanych rozwiązań wzmacnia pewność prawa i, co za tym idzie, funkcję gwarancyjną prawa karnego. Ponadto takie rozwiązanie zmusza ustawodawcę do przeanalizowania zasadności „dodatkowego” karania za

<sup>260</sup> Por. np. P. Kardas: *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*. Kraków 2001, s. 684—685 i przytoczona przez autora w przyp. 1665 literatura.

usiłowanie i przykładania większej wagi w procesie legislacyjnym, co pozwala liczyć na racjonalizację polityki kryminalizacyjnej i karnej. Warto też zauważyć, że klauzule karalności usiłowania przewidziane były w projekcie nowelizacji kodeksu karny<sup>261</sup>. Co prawda, przyjęta w nim zasada miała być nieco inna — wobec ogólnej zasady karalności usiłowania przestępstw zagrożonych karą przekraczającą 2 lata, klauzula karalności usiłowania — przy uznaniu takiej potrzeby przez ustawodawcę — wymagana miała być w przypadku przestępstw zagrożonych karą nieprzekraczającą 2 lat, jednak idea klauzul nie wydaje się już ostatecznie tak abstrakcyjna. Odnosząc się krytycznie do przedstawionego projektu, należy dodać, że nie tyle waga czynu winna być tym zasadniczym kryterium czy wskaźnikiem kryminalizacji usiłowania, ile rzetelne ustalenia co do charakteru, znaczenia i *ratio legis* poszczególnych typizacji oraz ich przedpola.

Warto też zauważyć, że ekonomia i kondensacja tekstu prawnego jako argument przemawiający przeciwko wprowadzeniu klauzul karalności usiłowania nie mają wartości bezwzględnej, zatem należy z nich rezygnować za każdym razem, gdy inne, ważniejsze względy (w tym przypadku pewność prawa i jego racjonalność) za tym przemawiają.

**Podjmując decyzję o kryminalizacji usiłowania konkretnego typu czynu zabronionego, ustawodawca musi pamiętać o kilku podstawowych kwestiach.** Jak twierdzi M. Królikowski, przede wszystkim należy zauważyć, że przy analizie wzorcowych modeli wyrządzenia szkody najbliższej podmiotu jest zawsze popełnianie przestępstwa, które polega na wypełnieniu znamion typu przestępstwa przez działanie. Wszelkie inne modele wyrządzenia szkody charakteryzuje stopniowe „oddalenie” samej szkody od człowieka, w związku z czym relacja rodząca odpowiedzialność, a w konsekwencji również kryteria jej ustalania ulegają skomplikowaniu i nasyceniu elementami o charakterze powiązania normatywnego. Do tych modeli autor zaliczył m.in. przestępstwo formalne czy przestępstwo z narażenia<sup>262</sup>. Nie ma bowiem wątpliwości, że w danym układzie odniesienia możliwe są tylko trzy fazy odnoszące się do relacji/reakcji z dobrem prawnym: naruszenie teraz, narażenie teraz oraz możliwość narażenia w przyszłości (przy różnych poziomach prawdopodobieństwa)<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> A. Zoll: *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 2012, 11, s. 7. Podobny mechanizm, z nieco inaczej ujętą granicą generalnej karalności usiłowania, przewiduje § 23 Abs. 1 St.GB: „Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt” — „Usiłowanie zbrodni zawsze jest karalne, występku — tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi”.

<sup>262</sup> M. Królikowski, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1–31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 219.

<sup>263</sup> D. Gruszecka: *Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym*. W: „Wrocławskie Studia Erazmiańskie”. *Zeszyty Studenckie* 2008, 1, s. 142. W innym miejscu autorka dodaje, że fazy te

Kluczowe więc staje się pojęcie dobra prawnego. W nowoczesnej dogmatyce niemieckiej R.M. Honig zdefiniował je jako „rozpoznany przez ustawodawcę w poszczególnej normie prawnej cel wyrażony w swojej najbardziej zwężłej formule”<sup>264</sup>. Zdaniem M. Pregnela, z którym trudno się nie zgodzić, wyłącznie teleologiczne ujęcie bytu dobra prawnego nie nadaje mu zawartości materialnej, a jedynie formalną, ułatwiającą wykładnię zespołu znamion czynu zabronionego. Rodzi to — w przekonaniu tego autora — niebezpieczeństwo, że puste pojęcie może przybrać każdą treść, relatywizując się do każdego istniejącego porządku prawnego. Wspomniany autor przytacza też stanowisko A. Kaufmana, zgodnie z którym idei dobra prawnego należy przypisać bardzo ważną funkcję w państwie prawa — powinno się bowiem karać tylko czyny przestępcze, nie natomiast, choćby naganne, postawy moralne<sup>265</sup>. Powtórzyć więc wypada raz jeszcze za M. Cieślakiem, że „prawo chroni pewne wartości, które społeczeństwo zorganizowane w państwo uznaje za najważniejsze dla swojego bytu, i dlatego uważa za konieczne strzec je za pomocą tak ostrych, wyjątkowych środków przymusu. Te podstawowe wartości społeczne, chronione przez prawo karne — a więc takie wartości, jak np.: życie człowieka, jego zdrowie, wolność, nietykalność, a także wartości o charakterze zbiorowym, jak np.: niepodległość państwa, jego integralność, bezpieczeństwo itp. — określa się w nauce prawa karnego mianem »dóbr prawnych«”<sup>266</sup>. Jednocześnie mechanizm świadomego „ograniczania” nadmiernej kryminalizacji przez pojęcie dobra prawnego jest osłabiany z powodu występującego współcześnie zjawiska tzw. dematerializacji dobra prawnego. Zatem w zależności od sposobu ujmowania dobra prawnego rozszerzeniu ulega sam zakres penalizacji. Paradoksalnie więc inny sposób ujęcia przedmiotu ochrony (będącego utożsamieniem dobra prawnego) sprawia, że przestępstwo klasycznie traktowane jako przestępstwo z narażenia może zostać

odpowiadają uszeregowaniu przestępstw według odległości od spowodowania naruszenia dobra prawnego na przestępstwa polegające na: naruszeniu dobra prawnego, narażeniu dobra prawnego na niebezpieczeństwo konkretne i na narażeniu na niebezpieczeństwo abstrakcyjne — Eadem: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 34. Już z punktu widzenia procesu tzw. dematerializacji dobra prawnego zaproponowane przez autorkę przyporządkowanie musi budzić pewne wątpliwości. Ponadto w schemat trzech faz relacji z dobrem prawnym wpisać też należy inne rodzaje/konstrukcje odpowiedzialności karnej: przygotowanie i usiłowanie, przestępstwa formalne, kierunkowe itp.

<sup>264</sup> R.M. Honig: *Die Einwilligung des Verletzten*. Teil 1. *Die Gesichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*. Mannheim 1919, s. 94, cyt. za: M. Pregnel: *Dobro prawne — centralne pojęcie prawa karnego*. „Jurysta” 2002, 5, s. 5.

<sup>265</sup> M. Pregnel: *Dobro prawne...*, s. 5—7. Por. też omówione tam inne sposoby ujęcia dobra prawnego prezentowane we współczesnej nauce niemieckiej. Warto za M. Prengelą przytoczyć pogląd H.-J. Rudolphi, że dobro prawne nie jest produktem porządku prawnego, ale życia, inaczej mówiąc jest pierwotne w stosunku do samego porządku prawnego. H.-J. Rudolphi dodaje też, że prawo karne „powinno chronić przed zamachami ludzkimi takie stany, na których opiera się życie społeczne, bazujące na wolności i odpowiedzialności każdego z obywateli”.

<sup>266</sup> M. Cieślak: *Polskie prawo karne...*, s. 25.

przekształcone w przestępstwo z naruszenia, co ostatecznie pozwala niemal całkowicie dowolnie przesuwając granice odpowiedzialności karnej wstecz od tego, co pierwotnie stanowiło naruszenie<sup>267</sup>. Zatem pojęcia „naruszenia” i „narażenia dobra” stają się pojęciami względnymi, a wybór konkretnego z nich zależy od tak czy inaczej ujętego dobra prawnego. Z tego też powodu nieco pozorny wydaje się postulat zaniechania zbyt daleko idącej kryminalizacji zachowań, które można określić mianem przeddokonaniowych (w związku z nakładaniem się poszczególnych ich form z usiłowaniem). Granice bowiem pierwotnego, tradycyjnego obszaru ingerencji prawnokarnej, przeciwstawianego temu, co w uproszczeniu zwie się „przedpolem”, przebiegają tam, gdzie zagrożenie dóbr prawnych przechodzi w ich naruszenie<sup>268</sup>.

Ostatecznie uwzględnić należy swoisty balans uznawanych w danym okresie wartości ze społecznym przyzwoleniem na ograniczenie pewnych sfer wolności, którego ramy współcześnie wytycza zasada proporcjonalności. Ocena taka — jak wskazuje M. Królikowski — oparta być winna na trzech zasadach, równoważnych, choć pozostających z sobą w pewnej kolizji: a) subsydiarności prawa karnego, b) ochrony wartości konstytucyjnych (dóbr prawnych) oraz c) wykładni otwartej na interes pokrzywdzonego. I chociaż wspomniane zasady nie prowadzą najczęściej wprost do jednoznacznych rozstrzygnięć w zakresie wytyczenia granic kryminalizacji i stosowania prawa karnego, stanowią wyraz przyjmowanej przez doktrynę i orzecznictwo aksjologii i interpretacji istoty prawa karnego, decydującej o przyjęciu istotnych rozwiązań w zakresie sprawstwa

---

<sup>267</sup> D. Gruszecka: *Pojęcie dobra prawnego...*, s. 135, Eadem: *Ochrona dobra prawnego...* Por. też H.J. Hirsch: *W kwestii aktualnego stanu dyskusji...* Warto dodać, że niezależnie od zgłaszanego postulatu stworzenia w miarę określonego katalogu dóbr prawnie chronionych, świadomość tego typu mechanizmów (potencjalnie możliwa „zonglerka” pojęciem dobra prawnego i formułą kryminalizacji) z pewnością nie ułatwia odczytania woli ustawodawcy co do karalności usiłowania (choćby w obszarze przestępstw z narażenia). A. Pilch wyraża przekonanie, że art. 31 ust. 1 Konstytucji RP wymaga, aby legislator, nim skonstruuje typ danego czynu zabronionego, skonkretyzował dobro, które ma zamiar chronić za jego pomocą. Tak rozumiane dobro prawne wyklucza — zdaniem autora — możliwość podejmowania decyzji kryminalizacyjnych jedynie pod wpływem presji opinii publicznej, „chroniących” zgeneralizowane, zdematerializowane, szeroko pojęte, nieprecyzyjne, niejasno ujęte „dobra prawne” — A. Pilch: *Przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo* [niepublikowana rozprawa doktorska]. Kraków 2007, s. 213, cyt. za: E. Plebanek: *Karygodność jako element struktury przestępstwa w perspektywie zasady proporcjonalności*. W: *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*. Red. T. Dukiet-Nagórska. Warszawa 2010, s. 126—127. O rozciągłości i manipulowaniu pojęciem dobra prawnego (zwłaszcza gdy mowa o dobrach ponadindywidualnych) pisał też L. Gardocki: *Zagadnienia teorii kryminalizacji*. Warszawa 1990, s. 50—51.

<sup>268</sup> D. Gruszecka: *Ochrona dobra prawnego...*, s. 62. Należy pamiętać o problemach zakresu znaczeniowego pojęcia „naruszenia” dobra prawnego (w zależności od jego idealnego, materialnego czy realnego charakteru), którym to zagadnieniem autorka poświęca sporo uwagi (s. 62—75).



i odpowiedzialności karnej<sup>269</sup>. Jak zauważa A. Zoll, kryterium wartościowania ujemnego, które stanowi podstawę stanowienia zakazu i oceny stopnia bezprawności, jest zagrożenie (przekraczające społeczne potrzeby codzienności) lub naruszenie dobra prawnego w sposób niezgodny z wypracowanymi przez wiedzę i doświadczenie regułami postępowania. Autor ten dodaje, że w sytuacji, gdy zachowanie nie przekracza dopuszczalnego rozmiaru niebezpieczeństwa lub spełnia standardy postępowania z dobrem — jest dla prawa karnego pierwotnie nieistotne<sup>270</sup>. Innymi słowy, racjonalny ustawodawca w państwie prawa nie może zabraniać, a tym bardziej kryminalizować zachowań, które nie prowadzą do niweczenia ujętych w ustawie zasadniczych celów i wartości, gdyż nie są niebezpieczne dla wyrażonych w niej wartości<sup>271</sup>. K. Wojtyczek wskazuje, że ochrona, która na mocy zasady proporcjonalności *sensu stricto* usprawiedliwia kryminalizację, może polegać nie tylko na kryminalizacji zachowań, które naruszają dane dobro, ale również na kryminalizacji zachowań, które mu **poważnie** zagrażają<sup>272</sup>.

Reasumując, stwierdzić należy, że ustawodawca podejmując decyzję o kryminalizacji określonego czynu wybiera jej formę. Z powodów polityczno-kryminalnych, ale też techniczno-legislacyjnych przesądza o karalności za szkodę/skutek, dokonując jednocześnie wyboru określonego skutku (np. zabranie rzeczy czy jej przywłaszczenie)<sup>273</sup>, lub za zachowanie prowadzące do wyrządzenia szkody (ostatecznie otrzymujemy podział przestępstw na przestępstwa naruszające dobro i przestępstwa nienaruszające dobra<sup>274</sup>). W tym drugim przypadku ustawodawca ma do dyspozycji wiele „figur prawnokarnych”: formy stadialne, przestępstwa z narażenia, przestępstwa formalne<sup>275</sup>, przestępstwa naru-

<sup>269</sup> M. Królikowski: *Dwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym*. W: *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*. Red. T. Dukiet-Nagórska..., s. 42—44.

<sup>270</sup> A. Zoll: *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego...*, s. 80—85.

<sup>271</sup> E. Plebanek: *Karygodność jako element struktury przestępstwa...*, s. 137—138.

<sup>272</sup> K. Wojtyczek: *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*. W: *Racjonalna reforma prawa karnego*. Red. A. Zoll. Warszawa 2001, s. 304 i Idem: *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999, 2, s. 41.

<sup>273</sup> Jak słusznie zauważa E. Hryniewicz, skutek pełni funkcję ochronną i dowodową, a dzięki temu i gwarancyjną; zwłaszcza — dodajmy — jeśli skutek rozumiany jest w znaczeniu materialnym, jako zmiana w przedmiocie wykonawczym. Por. E. Hryniewicz: *Skutek w prawie karnym*. „Prokuratura i Prawo” 2013, 7—8, s. 117. Jednocześnie wspomnieć należy za L. Gardockim o trudnościach z ujmowaniem skutku wśród ustawowych znamion. Autor ten wymienia trudności legislacyjne, trudności dowodowe i aspekt ochronny (prewencyjny) — L. Gardocki: *Typizacja uproszczona...*, s. 75.

<sup>274</sup> Który to podział nie do końca pokrywa się ze współczesnym podziałem na przestępstwa z naruszenia i narażenia.

<sup>275</sup> Według K. Rastawickiego, tworzenie typów przestępstw formalnych — **obok usiłowania** — to przejaw subiektywizacji prawa karnego, polegający na rozwoju instytucji prawnokarnych, które uniezależniają nastąpienie odpowiedzialności od powstania realnej szkody będącej

szające dobra z przedpola, przestępstwa *sui generis*, przestępstwa celowościowe, przestępstwa „dwustadialne”. Istotne jest, aby ustawodawca miał świadomość, że nakładanie się w jednej typizacji co najmniej dwóch z przywołanych form może znacznie poszerzać pole kryminalizacji, cofając odpowiedzialność karną na głębsze przedpole (pierwotnego) dokonania, a mówiąc precyzyjniej naruszenia dobra. Stąd konieczność szczególnego podkreślenia, że każde oddalenie się od wyjściowego modelu (zachowanie człowieka wyrządzającego konkretną szkodę) wymaga wyjątkowej ostrożności, rozważa i uwzględnienia zasady proporcjonalności. Wciąż bowiem aktualne pozostaje twierdzenie C. Becarii, że „Wszystko to, co wykracza poza bezwzględny nakaz karania, jest w istocie nadużyciem prawa i tyranją”<sup>276</sup>. Dodać także należy, że już jeden negatywny wynik swoistego testu na zasadność kryminalizacji usiłowania (możliwość zaliczenia danej typizacji do którejś z wymienionych wcześniej grup budzących wątpliwość co do zasadności karalności za usiłowanie) każe bardzo ostrożnie podejmować decyzje o tejże kryminalizacji. Oczywiście, może pojawić się pytanie, czy rzeczywiście (umyślne) naruszenie dobra prawnego obecnie ciągle stanowi model wyjściowy bezprawia. Nie ulega jednak wątpliwości, że zmiana aksjologii prawa karnego (karygodność nie tylko naruszenia, ale i narażenia) też wymaga głębokiego uzasadnienia. Ponadto zawężony w stosunku do spowodowania konkretnej szkody zakres kryminalizacji czynów narażających określone dobro na uszczerbek<sup>277</sup> świadczy — mimo zgłaszanych w tym zakresie zapatrywań — o niepełnej ekwiwalencji narażenia i naruszenia dobra.

Należy podkreślić, że wybór określonej polityki kryminalizacyjnej wiąże się z wyborem modelu prawa karnego i jego funkcji. **Im silniej akcentowa jest funkcja ochronna prawa karnego, tym szersza powinna być kryminalizacja na przedpolu dokonania (usiłowanie, przestępstwa z narażenia).** Funkcja sprawiedliwościowa mocniej akcentuje skutek. Innymi słowy, karalność usiłowania (a także innych form kryminalizacji na przedpolu wyrządzenia szkody) związana jest silnie z funkcją prewencyjną, w znaczeniu stwarzania podstaw prawnych do karnoprawnej reakcji przed naruszeniem dobra. Karalność dokonania, a przede wszystkim naruszenia — uwypukla aspekt odpłaty kary<sup>278</sup>. Nie ulega jednak wątpliwości, że funkcja prewencyjna, we wskazanym wcześniej znaczeniu, nie może być urzeczywistniana kosztem innych funkcji realizowanych przez prawo karne. **Racjonalny ustawodawca musi zachować**

---

skutkiem czynu zabronionego. Ta postać subiektywizacji rozszerza zakres penalizacji, co może tworzyć i tworzy — zdaniem autora — określone zagrożenia dla gwarancyjności prawa karnego, co następuje w wyniku jego funkcji ochronnej. K. Rastawicki: *Z historii kształtowania się przestępstw bezskutkowych...*, s. 66—67.

<sup>276</sup> C. Beccaria: *O przestępstwach i karach*. Warszawa 1959, s. 58.

<sup>277</sup> W znaczeniu ogólnym — nie każdy czyn zabroniony w postaci naruszenia ma swój odpowiednik w postaci narażenia, a także zgłaszane postulaty ograniczenia zakresu usiłowania.

<sup>278</sup> Por. L. Gardocki: *Typizacja uproszczona...*, s. 75.

**balans między stwarzaniem szerokich podstaw prawnych do karnoprawnej reakcji przed naruszeniem przez spiętrzenie form przednaruszeniowych a zasadniczym celem prawa karnego, sprowadzającym się do przypisywanej mu cechy subsydiarności.**

W nawiązaniu do ustaleń poczynionych w rozdziale drugim, odnoszących się do zaproponowanego uzasadnienia karalności usiłowania, pojawia się pytanie o rzeczywiste „piętrzenie się” form przeddokonaniowych w przypadku usiłowania przestępstw z narażenia, *sui generis* itd. Skoro bowiem przyjąłam, że usiłowanie jest już naruszeniem dobra (w postaci poczucia bezpieczeństwa), a nie tylko narażeniem, być może nie ma przeszkód w nakładaniu się tych form kryminalizacji. Wydaje się jednak, że w przypadku usiłowania **naruszone dobro ma charakter abstrakcyjny (zdematerializowany dość znacznie). Zatem mimo że przyjąć należy, że przy usiłowaniu doszło do naruszenia dobra prawnego, to w połączeniu z typizacją w formie przeddokonaniowej następuje wspomniane spiętrzenie — dalsze przesunięcie wstecz karnoprawnej ochrony w stosunku do pierwotnego naruszenia uzasadniającego pierwotną kryminalizację. Warto też odnotować, że usiłowanie form przeddokonaniowych jest *de facto* społecznie niepostrzegalne (a nie tylko w indywidualnym przypadku), zatem kryminalizacja taka może być nieuzasadniona.**

## Prawnokarna konstrukcja żalu i jego znaczenie przy usiłowaniu określonych rodzajów przestępstw

Nie ma wątpliwości, że prawo karania (*ius puniendi*), które przysługuje państwu, nie ogranicza się do stanowienia kar oraz innych środków reakcji karnej i ich orzekania — obejmuje także wykonywanie tych środków penalnych oraz ich **darowanie**<sup>1</sup>. Ustawodawca może więc stypizować okoliczności, które z przyczyn polityczno-kryminalnych będą przesądzać o tym, że zachowania bezprawne i z reguły karalne, realizujące wszystkie znamiona typu czynu zabronionego, nie będą — z powodu tych okoliczności — podlegały karze<sup>2</sup>. Jak wskazuje W. Wolter, okoliczności te zrywają związek normatywny między przestępstwem a karą, z różnych względów (najczęściej humanitarnych czy aksjologicznych) neutralizują potrzebę karania za przestępstwo. Charakter tych okoliczności jest zróżnicowany. Można wśród nich wyróżnić takie, które zachodzą dopiero po popełnieniu przestępstwa, oraz takie, które występują już w chwili jego popełnienia<sup>3</sup>. Do tych ostatnich należą np. sytuacje popełnienia określonych przestępstw z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą samemu sprawcy lub jego najbliższemu, a więc sytuacje konfliktowe niewyłączające jednak winy<sup>4</sup>. Natomiast do okoliczności z pierwszej grupy zaliczyć trzeba szeroko rozumiany czynny żal.

---

<sup>1</sup> J. Warylewski: *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*. Gdańsk 2007, s. 16.

<sup>2</sup> A. Zoll: *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*. „Krakowskie Studia Prawnicze” 1991, 23, s. 91; jak dodaje autor, okoliczności wyłączające karalność nie są oparte na kolizyjności norm (jak ma to miejsce w przypadku okoliczności wyłączających bezprawność). Występują w sferze normy sankcjonującej i stanowią dodatkowe (obok realizacji przez czyn znamion danego typu) negatywne warunki aktualizacji tej normy.

<sup>3</sup> W. Wolter: *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.* Warszawa 1973, s. 159.

<sup>4</sup> Ibidem, s. 250.

Polskie prawo karne pozwala na wyodrębnienie zasadniczo trzech postaci czynnego żalu; są to: odstąpienie od popełniania czynu lub zapobieżenie skutkowi, naprawienie szkody oraz współpraca z organami ścigania. Pierwsza z nich odnosi się do zachowania przed dokonaniem czynu zabronionego<sup>5</sup>, dwie pozostałe zasadniczo mają miejsce po jego dokonaniu. Każda z nich ma do zrealizowania różne cele, co sprawia, że przybierają różnorodne formy i kształty normatywne, a zatem uprawnione są różne wnioski i postulaty *de lege ferenda*<sup>6</sup>. **Przedmiotem niniejszej analizy będzie wyłącznie czynny żal w pierwszej postaci („przed-dokonaniowy”, „stadialny”<sup>7</sup>), ograniczony ponadto do stadium usiłowania.** Należy także zauważyć, że współczesne polskie prawo karne przewiduje dwie odrębne regulacje dotyczące czynnego żalu przy usiłowaniu — jest to przepis art. 15 oraz art. 23. Ten ostatni, odnoszący się do czynnego żalu okazywanego przez współdziałającego, nie będzie przedmiotem niniejszej analizy<sup>8</sup>.

Już na wstępie należy zaznaczyć, że pojęcie „czynny żal” nie ma charakteru normatywnego, a jest wynikiem pewnej konwencji językowej<sup>9</sup>. W rzeczywistości zachowanie sprawcy ani nie musi mieć charakteru czynnego, ani wykazywać żalu (rozumianego jako skrucha), o czym szerzej w dalszej części

<sup>5</sup> W polskim prawie karnym wyróżniamy *de iure* trzy rodzaje czynnego żalu przed-dokonaniowego: czynny żal związany z przygotowaniem, usiłowaniem i w związku ze współdziałaniem. Trzeba jednak zaznaczyć, że podział taki nie jest podziałem logicznym, a jedynie wynikającym ze sposobu jego ujęcia przez ustawodawcę. Podział funkcjonalny czynnego żalu przed dokonaniem przestępstwa sprowadza się do dwóch kategorii — czynny żal związany z przygotowaniem i czynny żal związany z usiłowaniem (a każdy z nich może występować w konfiguracji jedno- lub wieloosobowej — tzn. czyn, będący punktem wyjścia późniejszego czynnego żalu, jest popełniany jednoosobowo lub we współdziałaniu).

<sup>6</sup> Por. O. Sitarz: *Czynny żal jako instrument polityki kryminalnej i karnej*. „Archiwum Kryminologii” 2009, 31, s. 164—172.

<sup>7</sup> Mam świadomość, że pojawiające się w literaturze sformułowanie „stadialny czynny żal”, jako odnoszący się do przygotowania i usiłowania, jest o tyle nieprawidłowe, że również czynny żal okazany po dokonaniu przestępstwa związany jest z określonym stadium przestępstwa.

<sup>8</sup> Odnotać jednak należy zgłaszane w piśmiennictwie wątpliwości co do przyjęcia za podstawę normatywną dokonania oceny pomocnika i podżegacza wykazujących czynny żal — problem ten zreferowała m.in. K. Tkaczyk: *Kilka uwag na temat podmiotowych i przedmiotowych warunków czynnego żalu na gruncie kodeksu karnego z 1997 r.* W: *Kodeks karny i kodeks postępowania karnego po dziesięciu latach obowiązywania. Ocena i perspektywa zmian*. Red. M. Mozgawa, K. Dudka. Warszawa 2009, s. 125—126.

<sup>9</sup> S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne*. Warszawa 1946, s. 309; W. Radecki: *Prawne i moralne oceny czynnego żalu*. „Palestra” 1976, 12, s. 17—18; B. Sygit: *Problematyka tzw. „czynnego żalu” sprawcy pożaru (art. 141 k.k.)*. „Problemy Praworządności” 1979, 4, s. 14—15, gdzie autor dokonał szczegółowego przeglądu stanowisk prezentowanych w ówczesnej literaturze związanych z pojęciem „czynnego żalu”; D. Gajdus: *Czynny żal w polskim prawie karnym*. Toruń 1984, s. 55; M. Klepner: *Klauzule bezkarności w polskim prawie karnym*. „Palestra” 2001, 9—10, s. 38. Por. też W. Kubala: *Problematyka czynnego żalu w orzecznictwie Sądu Najwyższego*. „Problemy Praworządności” 1981, 3, s. 42.

rozprawy. Jednak ten nienormatywny charakter pojęcia „czynny żal” powoduje, że jego zakres w polskim piśmiennictwie jest bardzo dyskusyjny. Z jednej strony są zwolennicy bardzo szerokiego rozumienia tego pojęcia, które miałyby obejmować instytucje przewidziane w przepisach części ogólnej kodeksu (art. 15, art. 17, art. 23), odnoszące się do przeddokonaniowych form stadialnych, a także formy naprawienia szkody po dokonaniu przestępstwa, uwzględnione przez ustawodawcę przy wybranych typizacjach (np. art. 295, art. 307)<sup>10</sup>. W wąskim rozumieniu, czynny żal ograniczony jest do form stadialnych przeddokonaniowych (przygotowania i usiłowania), w tym odnoszących się też do podżegacza i pomocnika<sup>11</sup> lub, bardziej zawężając, do jednej z postaci wymienionych w przepisie art. 15 — zapobieżenie skutkowi<sup>12</sup>. Waler wyłącznie historyczny ma już stanowisko ograniczające rozumienie czynnego żalu do zachowania podjętego po dokonaniu przestępstwa<sup>13</sup>. Należy jednak przypomnieć, że jest to chronologicznie pierwsza konstrukcja, której nadawano określenie czynnego żalu. W 1902 r. E. Krzymuski twierdził, że „czynnym żalem nazywa się dobrowolne naprawienie przestępstwa przez jego sprawcę, zanim władza dowiedziała się o jego winie, a naprawa ta polega na uczynieniu przestępstwa nieszkodliwym pod względem materialnym albo na wynagrodzeniu wyrządzonej przez nie szkody materialnej”<sup>14</sup>. Ostatecznie M. Klepner, dostrzegając brak możliwości wyznaczenia akceptowanego przez wszystkich zakresu znaczeniowego pojęcia

<sup>10</sup> Na przykład: D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 54; L. Wilk, w: *Prawo karne część ogólna, szczególna i wojskowa*. Red. T. Dukiet-Nagórska. Warszawa 2012, s. 162; K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym w ujęciu prawnoporównawczym*. Przemysł 2008, s. 22.

<sup>11</sup> Na przykład: D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 55—56; W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Kraków 2010, s. 374—375; Ł. Pohl: *Prawo karne. Wykład części ogólnej*. Warszawa 2012, s. 191—193, 204—205.

<sup>12</sup> Na przykład: J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem*. Lwów 1932, s. 84; S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne...*, s. 309; L. Tyszkiewicz: *Współdziałanie przestępne i główne pojęcia z nim związane w polskim prawie karnym*. Poznań 1964, s. 129; A. Krukowski: *Odstąpienie od przygotowania w kodeksie karnym*. „Palestra” 1972, 3, s. 15; W. Świda: *Prawo karne*. Warszawa 1978, s. 200; I. Andrejew: *Polskie prawo karne w zarysie*. Warszawa 1971, s. 167; A. Marek: *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*. Warszawa 1997, s. 42 oraz Idem: *Prawo karne*. Warszawa 2011, s. 193.

<sup>13</sup> Motywy Komisji Kodyfikacyjnej do Kodeksu karnego. T. 5, z. 3. Warszawa 1930, s. 37—38, cyt. za: D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 52. Jak przytacza Z. Kubec, Motywy Komisji Kodyfikacyjnej... podkreślają, że zapobieżenie powstaniu skutku śmiertelnego, stanowiącego tytuł bezkarności usiłowania, nie jest czynnym żalem, lecz odwróceniem skutku koniecznego do zaistnienia przestępstwa, i że czynny żal zachodzi po dokonaniu czynu w zakresie spełnionego przestępstwa — Z. Kubec: *Kilka uwag na temat odstąpienia od usiłowania*. „Państwo i Prawo” 1969, 3, s. 559—560. Jednocześnie autor ten jest zwolennikiem określania mianem czynnego żalu zachowania po dokonaniu przestępstwa, podkreślając, że takie rozróżnienie ma znaczenie.

<sup>14</sup> E. Krzymuski: *Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego*. Kraków 1902, s. 148.

„czynny żal” oraz fakt niezdefiniowania tego terminu przez ustawodawcę, postuluje, aby używać pojęcia „czynny żal” z dużą ostrożnością (ponieważ unikać należy posługiwania się zwrotami nieznanymi w ustawie)<sup>15</sup>. Wydaje się jednak, że samo pojęcie czynnego żalu ma dość ugruntowaną pozycję w polskiej literaturze przedmiotu. Jednocześnie brak jest uzasadnienia dla zróżnicowania terminologicznego zachowania sprawcy zapobiegającego szkodzie (czy to przez odstąpienie, czy przez podjęcie tzw. przeciwwakcji) lub ją unicestwiającego. Ogólny schemat modelu tych konstrukcji jest bardzo podobny, a różnice pojawiające się zarówno w przesłankach, jak i konsekwencjach karnoprawnych, o ile są w ogóle uzasadnione, wynikają *de facto* z umiejscowienia zachowań podjętych przez sprawcę w ramach czynnego żalu na drodze przestępstwa.

Czynny żal okazywany na etapie usiłowania jako instytucja nie doznaje żadnych ograniczeń przedmiotowych — ustawodawca nie zdecydował o wyłączeniu dobrodziejstw związanych z czynnym żalem np. w stosunku do najpoważniejszych przestępstw naruszających dobra o najwyższej wadze (wyjątkowo stawia wymogi dodatkowe — art. 131). Warto jednak wskazać, że na początku XX w. J. Makarewicz wspominał, że czynny żal (wyróżniany obok zaniechania usiłowania i w odróżnieniu od niego) rzadko był instytucją mającą ogólne zastosowanie. W przypadku wybranych przestępstw części szczególnej powszechnie przyjmowana była metoda kazuistyczna; z reguły odnosiła się do przestępstw, „przy których grożące niebezpieczeństwo jest szczególnie wielkiem”<sup>16</sup>.

W innej publikacji<sup>17</sup>, opierając się na propozycjach przedstawionych przez D. Gajdusa<sup>18</sup>, wskazywałam zasadnicze komponenty kształtujące czynny żal w każdej postaci. Przede wszystkim zaliczyć do nich należy (jako **elementy „stale”**): 1) zachowanie sprawcy „przeciwnie<sup>19</sup> zachowaniu stypizowanemu”, 2) „związek funkcjonalny” — działanie podjęte w interesie narażonego dobra, 3) dobrowolność oraz 4) karnoprawne konsekwencje o charakterze łagodzącym dla sprawcy realizującego powyższe przesłanki. Na zakres i siłę oddziaływania takiej regulacji jako kontrstimulatora naruszenia dobra wpływ mają ponadto

<sup>15</sup> M. Klepner: *Klauzule bezkarności...*, s. 38—39. Warto też odnotować, że niektórzy autorzy w ogóle nie posługują się pojęciem czynnego żalu, określając instytucję opisaną w przepisie art. 15 jako bezkarne usiłowanie (choć w innych miejscach, odwołujących się do wskazanej problematyki, pojęcie czynnego żalu występuje) — W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 236—239, 374—375.

<sup>16</sup> J. Makarewicz: *Prawo karne ogólne*. Kraków 1914, s. 223—226.

<sup>17</sup> O. Sitarz: *Czynny żal...*, s. 169—170.

<sup>18</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 56.

<sup>19</sup> Warto jednak sprecyzować, antycypując przyszłe rozważania, że w ogólnym modelu czynnego żalu winno się mówić nie tyle o zachowaniu „przecywnym do podejmowanego”, ile o „odmiennym od podejmowanego”. Zaniechanie (odstąpienie) bowiem nie jest przeciwne do np. zabijania, ale w pewnych sytuacjach spełnia wymóg przedmiotowy modelu.

różne „zmienne”, do których zaliczyłam m.in.: 1) fakultatywność lub obligatoryjność dobrodziejstw, które zyskuje żalujący; 2) dodatkowe wymogi stawiane sprawcy dotyczące zachowania (np. obowiązek denuncjacji), limitu czasowego, strony podmiotowej (motywacji); 3) katalog czynów, wobec których okazany czynny żal jest prawnie relewantny, a pośrednio też miejsce i sposób regulacji; 4) ewentualną zgodę pokrzywdzonego na zastosowanie określonych w prawie karnym dobrodziejstw.

Z pewnością funkcja gwarancyjna wymaga precyzyjnego opisanie w ustawie zarówno elementów „stałych”, jak i wybranych elementów „zmiennych”. Nawiązując do przedstawionych wcześniej (w rozdziale drugim) funkcji czynnego żalu, operując wskazanymi zmiennymi, można pokusić się o skonstruowanie różnorodnych modeli czynnego żalu, właściwych do realizacji wybranej funkcji. Już tutaj można wskazać, że czynny żal, przy założeniu funkcji prewencyjnej, powinien być przewidziany dla jak najszerszego kręgu przestępstw z jak najdalej idącymi dobrodziejstwami o charakterze obligatoryjnym. Skuteczna funkcja prewencyjna wymusza konieczność upowszechnienia tego instrumentu, a zwłaszcza profitów z nim związanych. Szerokie rozumienie funkcji prewencyjnej (zatem zapobieżenie nie tylko konkretnej szkodzie, ale szkodom wyrządzanym przez danego sprawcę działającego w grupie przestępczej) powinno skłonić ustawodawcę do wprowadzenia obowiązku denuncjacji jako warunku bezkarności. Skuteczna ochrona dóbr prawnych każe także zaniechać ustalania i oceniania przyczyn okazywania czynnego żalu, a być może nawet zrezygnować z przesłanki dobrowolności. Funkcja kompensacyjna wymaga innego rozłożenia akcentów. Czynny żal powinien pojawiać się wszędzie tam, gdzie jest możliwe naprawienie szkody, zarówno materialnej (odnawialnej i nieodnawialnej), jak i niematerialnej — krzywdy. Nawiązując do przyjętej koncepcji usiłowania, jako czynu naruszającego wolność człowieka od poczucia strachu, odnotować należy, że i w tym przypadku czynny żal okazany przez sprawcę winien mieć karnoprawne znaczenie w możliwie szerokim zakresie typizacji (zarówno jako klasyczny przeddokonaniowy, jak i podokonaniowy — przed wyrządzeniem szkody i po jej wyrządzeniu). Regulacja winna operować minimalnym zakresem wymogów przedmiotowych i podmiotowych. Informacja o takiej konstrukcji winna dotrzeć do jak najszerszego kręgu adresatów. Odmiennej regulacji wymaga czynny żal, który miałby realizować funkcję wychowawczą. Dobrodziejstwa związane z okazaniem czynnym żalem nie muszą być daleko idące i na pewno powinny być fakultatywne — sąd musi mieć możliwość oceny, jak dalece i trwale zmieniła się postawa sprawcy. Rozważyć wtedy też wypada wprowadzenie dodatkowych wymogów związanych z aktywacją sprawcy rezygnującego z przestępstwa, bezpośrednio nawiązując w ten sposób do nazwy instytucji — „żal”. Czynny żal realizujący funkcję wychowawczą przewidziany powinien być — co do zasady — w przypadku tych kategorii czynów, w których poprawa sprawcy ma szczególne znaczenie społeczne; dotyczyć więc bę-



dzie — jak się wydaje — przestępstw szczególnie uciążliwych i notorycznych. Powszechna znajomość takiej regulacji nie jest konieczna, skoro to nie one mają skłonić sprawcę do zmiany przestępnego zamiaru. Najmniej zmiennych powinno charakteryzować czynny żal realizujący jedynie funkcję sprawiedliwościową. Profity dla sprawców powinny być obligatoryjne, a przy tym polegać winny wyłącznie na umniejszaniu dolegliwości związanej z karą. Na marginesie zauważyć należy, że czynny żal sprawcy polegający na naprawieniu szkody powinien być uwzględniany albo przy wszystkich typizacjach, albo wcale.

Odnotować jednocześnie należy, że w myśl założeń obecnego kodeksu karnego, prawo karne nie sprowadza się wyłącznie do ukarania sprawcy. Jego celem jest też kompensacja i restytucja szkody poniesionej przez pokrzywdzonego na skutek przestępstwa. Już na etapie projektowania nowej ustawy karnej dostrzeżono znaczenie rozwiązywania konfliktu społecznego, jaki powstał między sprawcą a pokrzywdzonym, co „w prawie karnym materialnym wiąże się [...] z rolą, jaką przywiązuje się do zapobiegnięcia przez sprawcę powstaniu szkody” (np. czynny żal przy usiłowaniu)<sup>20</sup>. Ponadto wydaje się, że — nawiązując do poczynionych ustaleń odnoszących się do usiłowania — funkcja ochronna prawa karnego **jest przede wszystkim realizowana przez karnoprawną ingerencję na przedpolu wyrządzenia szkody**<sup>21</sup>. Kryminalizacja na przedpolu wyrządzenia szkody umożliwi zinstytucjonalizowane zapobieżenie szkodzie (wymierzenie kary na etapie usiłowania, a nawet przygotowania), a także samodzielne zapobieżenie szkodzie przez wprowadzenie instytucji czynnego żalu na etapie przygotowania i usiłowania. W moim przekonaniu oznacza to, że **czynny żal w polskim prawie karnym pełni przede wszystkim funkcję prewencyjną oraz ochronną, i stosownie do takich założeń powinien być ukształtowany**.

Obecność w polskiej literaturze karnistycznej dwóch monografii z zakresu czynnego żalu<sup>22</sup> zwalnia z obowiązku szczegółowego przedstawiania modeli czynnego żalu na świecie. Za D. Gajdusa powtórzyć należy, że instytucja czyn-

<sup>20</sup> *Nowe kodeksy karne — z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego. Kodeks karny wykonawczy*. Warszawa 1997, s. 146. Przyjmując oczywiście, że także usiłowanie przestępstwa rodzi konflikt między sprawcą a pokrzywdzonym. W myśl przyjętego przeze mnie uzasadnienia karalności usiłowania, taka teza projektodawcy nie budzi żadnych wątpliwości.

<sup>21</sup> Wobec zgłaszanych wątpliwości co do skuteczności prewencyjnego znaczenia norm prawno-karnych por. np. B. Szamota-Saeki: *Wpływ prawa karnego na przekonania moralne społeczeństwa w świetle wybranych badań*. „Archiwum Kryminologii” 2007—2008, 29—30, s. 203; K. Łaskowska: *Rola prawa karnego w ograniczaniu patologii jako zagrożenia dla społeczeństwa XXI wieku*. „Archiwum Kryminologii” 2009, 31, s. 147.

<sup>22</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*; K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*

nego żalu przybiera w poszczególnych ustawodawstwach trzy różne postaci: jedno ustawodawstwo poszły drogą przepisów kazuistycznych, drugie stanęły na stanowisku ogólnego przepisu, trzecie wreszcie — zastosowały kryterium mieszane (i tych jest najwięcej). Jak wskazuje autorka, w metodzie mieszanej regulacja czynnego żalu nie ogranicza się do przepisu ogólnego bądź połączenia czynnego żalu z formami stadialnymi o postaciach zjawiskowych, ale przewidywane są szczególne przypadki czynnego żalu przy różnych grupach przestępstw, uzależniając uzyskanie bezkarności lub znacznego złagodzenia kary od wypełnienia wielu zróżnicowanych warunków natury subiektywnej i obiektywnej<sup>23</sup>. K. Tkaczyk szczegółowo przedstawia warunki podmiotowe i przedmowie czynnego żalu w wybranych krajach (przede wszystkim z obszaru niemieckojęzycznego)<sup>24</sup>, do których niejednokrotnie przyjdzie nawiązywać. Pamiętać jednak należy, że są kraje, w których czynny żal nie występuje (np. Wielka Brytania<sup>25</sup>).

J. Makarewicz wyróżniał dwa sposoby ustawowego ujmowania czynnego żalu. Wskazywał, że znaczna część ustaw zawiera taką definicję usiłowania, że w razie zaniechania „nie ma mowy o postępowaniu przestępnem: np. »a jedynie z powodu niemocy, obcej przeszkody skutek nie nastąpił« (k.k. austriacki z 1852 r.). Albo »jeżeli przestępstwo nie zostało dokonane wskutek okoliczności niezależnej od woli winowajcy« (por. k.k. rosyjski art. 49). Ustawy inne (np. k.k. niemiecki § 46, norweski § 50) uznają w tym razie usiłowanie, natomiast podają z reguły bezkarność w razie odstąpienia. [...] Dwa te odrębne typy schodzą się w punkcie bezkarności usiłowania zaniechanego, różnica praktyczna wynikać może w tym kierunku, że w pierwszym przypadku wysunięcie zaniechania poza nawias nie ma czynu karygodnego, nikt więc nie odpowiada w zasadzie, w drugim wypadku wyraźnej reguły bezkarności jest przestępstwo, lecz zachodzi okoliczność wykluczająca karygodność”<sup>26</sup>. Dodać należy, że odrębna regulacja czynnego żalu (a nie wkomponowana w definicję usiłowania) pozwala także na swobodniejsze kształtowanie przesłanek czynnego żalu, również tych dodatkowych przy szczególnych typizacjach, oraz konsekwencji w przypadku nieskutecznego czynnego żalu.

<sup>23</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 22—26.

<sup>24</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 49—90, 134—183 oraz 351—384.

<sup>25</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu w angielskim prawie karnym*. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007, 1, s. 5 i nast.; Eadem: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 297—322.

<sup>26</sup> J. Makarewicz: *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*. Lwów—Warszawa 1924, s. 99.

## 1. Przesłanki bezkarności o charakterze przedmiotowym

Kształt normatywny czynnego żalu okazanego przy usiłowaniu wyznacza przepis art. 15. Zgodnie z jego treścią: „Nie podlega karze za usiłowanie, kto dobrowolnie odstąpił od dokonania lub zapobiegł skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego. Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do sprawcy, który dobrowolnie starał się zapobiec skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego”<sup>27</sup>.

Czynny żal sprawcy może przyjąć dwie rozłączne formy: „odstąpienia od dokonania” albo „zapobieżenia skutkowi”. Jak podkreśla R. Zawłocki, wbrew językowo-logicznej treści spójnika „lub”, nie jest tutaj możliwe łączne zakwalifikowanie czynnego żalu sprawcy<sup>28</sup>.

W literaturze zazwyczaj — zresztą całkiem zasadnie — treść przepisu art. 15 utożsamia się z przesłankami uzyskania bezkarności. Jednocześnie jednak, bardzo często, ich rodzaj uzależnia się od tego, czy usiłowanie — uwzględniając jego aspekt dynamiczny<sup>29</sup> — jest **ukończone, czy też nieukończone**<sup>30</sup>. Z. Kubec twierdzi nawet, że to w związku z poważnymi trudnościami z ustaleniem momentu, do którego odstąpienie od usiłowania jest możliwe, dla ułatwienia w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się podział na usiłowanie nieukończone (niezupelne, zatamowane) i ukończone (zupelne)<sup>31</sup>. Ł. Pohl uważa wręcz, że „podział na usiłowanie ukończone i nieukończone czerpie swoje uzasadnienie z unormowania zawartego w art. 15 § 1”<sup>32</sup>, a J. Giezek formułuje pogląd, że „prawnokarnie relewantny ze względu na treść art. 15 jest podział usiłowania na ukończone i nieukończone”<sup>33</sup>. Z tego też względu w literaturze pojawiają się

---

<sup>27</sup> Zdaniem A. Spotowskiego, trudności z ustaleniem zakresu działania przepisów regulujących odstąpienie od usiłowania wynikają po części z tego, że nie została wyraźnie określona przyczyna uchylającego karalność oddziaływania instytucji odstąpienia od usiłowania — A. Spotowski: *O odstąpieniu od usiłowania*. „Państwo i Prawo” 1980, 6, s. 87. Przyczyny takiej decyzji ustawodawcy, łącznie z krytyczną oceną tezy A. Spotowskiego, wskazane zostały wcześniej (w rozdziale dotyczącym uzasadnienia usiłowania i instytucji czynnego żalu).

<sup>28</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Warszawa 2011, s. 636.

<sup>29</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 85.

<sup>30</sup> Por. np.: A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll. Warszawa 2012, s. 270; M. Mozgawa, w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Mozgawa. Warszawa 2012, s. 55; A. Liszewska, w: „System Prawa Karnego”. T. 3. *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*. Red. R. Dębski. Warszawa 2013, s. 782.

<sup>31</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 564.

<sup>32</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne...*, s. 205.

<sup>33</sup> J. Giezek, w: *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Red. M. Bojarski. Warszawa 2012, s. 239.

nawet podziały oparte na powyższym schemacie<sup>34</sup>, podziały — w kontekście analizy dogmatycznej — całkowicie chybione, skoro — jak utrzymuje się w doktrynie — przy usiłowaniu ukończonym możliwe jest tylko zapobieżenie wystąpieniu skutku, a przy usiłowaniu nieukończonym — zarówno odstąpienie od dokonania, jak i zapobieżenie. Ilustrację może tu stanowić dość znamienne orzeczenie SN, w myśl którego „badając, czy oskarżony dobrowolnie odstąpił od dokonania zabójstwa, sąd odwoławczy trafnie przyjął, że kwestię tę można rozstrzygnąć jedynie **po ustaleniu** [podkreśl. O.S.], czy w grę wchodzi usiłowanie zakończone, czy też usiłowanie niezakończone, jako że odstąpienie, w tym dobrowolne, jest możliwe tylko w tym drugim wypadku”<sup>35</sup>. Należy też koniecz- nie zwrócić uwagę, że te postaci usiłowania, jako swoiste przesłanki czynnego żalu, powiązane są niemal zawsze w piśmiennictwie z postaciami przestępstw formalnym i materialnym. W ten sposób formułuje się tezę, że przy przestęp- stwach formalnych odstąpienie od usiłowania jest możliwe tylko w postaci od- stąpienia od działania lub zaniechania, a w przypadku przestępstw materialnych — możliwe jest nadto w postaci zapobieżenia skutków<sup>36</sup>. Dokonując bardziej szczegółowego przeglądu stanowisk odnośnie do wspomnianego podziału usi- łowania<sup>37</sup>, odnotować należy, że zdaniem S. Śliwińskiego, ocena, czy usiłowanie można uznać za zakończone, powinna się opierać na przesłankach podmioto- wych (a nie przedmiotowych). O tym, czy usiłowanie jest ukończone, sędzić należy z punktu widzenia sprawcy, zgodnie z tym, czy uznał on, że uczynił wszystko, aby osiągnąć zamierzony cel. Tak więc, zdaniem tego autora, jeżeli sprawca sądzi, że śmierć przez powolne zatrucie nastąpi przez podawanie trucizny przez 7 dni z rzędu, a w 6. dniu (dobrowolnie) trucizny nie podał, to odstąpił on od usiłowania nieukończonego<sup>38</sup>. Z kolei W. Wolter wyróżniał usi- łowanie „zatomowane” i „zaniechane”, przyjmując za kryterium rozróżnienia przyczynę zatrzymania drogi przestępczej. W pierwszym przypadku przyczyna ta leżała poza wolą sprawcy, w drugim zaś — wynikała z jego woli. Czynny żal znoszący odpowiedzialność karną dotyczy jedynie drugiego wypadku i ma miejsce wtedy, gdy sprawca: a) bądź odstąpił od czynu (jeszcze nieukończone- go), b) bądź zapobiegł skutkowi przestępnemu (gdy czyn jest już zakończony, ale skutek jeszcze nie nastąpił). Jednocześnie autor ten zauważył, że są sytuacje, w których nie można zapobiec nastąpieniu skutku, chociaż również dokonanie jest niemożliwe, wskazując jako przykład niecelny strzał do ofiary. W. Wolter określił je mianem usiłowania chybionego<sup>39</sup>, nie rozstrzygając jednak kwestii

<sup>34</sup> K. Tkaczyk: *Institucja czynnego żalu...*

<sup>35</sup> Wyrok SN z 20.11.2007 r., III KK 254/07. LEX nr 370241.

<sup>36</sup> Por. np. Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 564.

<sup>37</sup> Przedstawionych już po części w: O. Sitarz: *Usiłowanie ukończone i nieukończone. Próba nowego spojrzenia*. „Państwo i Prawo” 2011, 6, s. 88—91.

<sup>38</sup> S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne...*, s. 308—309.

<sup>39</sup> W. Wolter: *Nauka o przestępstwie...*, s. 272—274.

odpowiedzialności lub jej braku w takich przypadkach. Wyjaśniał także, że z chwilą ukończenia usiłowania, a nie dokonania jeszcze przestępstwa, co ma miejsce w przypadku przestępstw skutkowych (materialnych), dalszy bieg wypadków ku wywołaniu skutku przestępnego rozwija się już bez przyczynienia się usiłującego<sup>40</sup>. W. Świda, wyróżniając usiłowanie zakończone (zupełne) i niezakończone (niezupełne), zaznaczał, że odstąpienie od usiłowania jest możliwe tylko w stosunku do usiłowania niezakończonego, a czynny żal jest możliwy w stosunku do usiłowania zakończonego<sup>41</sup>. Podobne tezy niejako powtarza później L. Tyszkiewicz, wiążąc wyłączenie karalności za usiłowanie z jego formą. Również w swym najnowszym komentarzu G. Rejman posługuje się pojęciami usiłowania zakończonego i niezakończonego. O pierwszym z nich — zdaniem tej autorki — możemy mówić wtedy, gdy sprawca wykonał wszystko, co zaplanował, jednakże skutku nie osiągnął z powodu przyczyn przeciwstawiających się jego wywołaniu. Usiłowanie niezakończone ma miejsce wtedy, gdy sprawca doprowadził do czynności bezpośrednio zmierzającej do dokonania przestępstwa, jednak nie uczynił jeszcze wszystkiego dla realizacji swego zamiaru. G. Rejman konstatuje, że z podziałem tym wiąże się bądź odstąpienie od usiłowania (niezakończonego), bądź zapobieżenie skutkowi przestępnemu (w przypadku usiłowania zakończonego)<sup>42</sup>. Dość intrygująco powiązanie usiłowania ukończonego z przestępstwem materialnym zaakcentował Ł. Pohl, pisząc: „usiłowanie ukończone znamienne jest brakiem skutku”<sup>43</sup>. Wątpliwości budzić musi też wypowiedź K. Tkaczyk, która utrzymuje, że między usiłowaniem ukończonym a nieukończonym zachodzą istotne różnice w zakresie stopnia wypełnienia ustawowych znamion czynu<sup>44</sup>. R. Zawłocki, dzieląc poglądy wyrażone przez A. Zolla w *Komentarzu z 2007 r.*<sup>45</sup>, twierdzi: „W przypadku usiłowania nieukończonego wystarczy zaniechanie dalszej akcji, aby nie doszło do dokonania. W przypadku usiłowania ukończonego konieczna jest ze strony sprawcy usiłowania przeciwakcja zapobiegająca naruszeniu dobra prawnego”. Dodaje

<sup>40</sup> W. Wolter: *Funkcja błędu w prawie karnym*. Warszawa 1965, s. 126—127.

<sup>41</sup> W. Świda: *Prawo karne*. Warszawa 1989, s. 193—194.

<sup>42</sup> G. Rejman: *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8—31 k.k. Komentarz*. Warszawa 2009, s. 296—299.

<sup>43</sup> Ł. Pohl: *Przestępstwo zabójstwa jednym czynem więcej niż jednej osoby (art. 148 § 3 k.k.)*. „Prokuratura i Prawo” 2008, 10, s. 6. Czy należy zatem rozumieć, że usiłowanie nieukończone nie jest znamienne brakiem skutku. Czy dlatego, że — jak wskazuje doktryna — odnosi się do przestępstw formalnych? Ale przecież usiłowanie nieukończone również może odnosić się do przestępstw materialnych i brak skutku do istoty i tego rodzaju usiłowania należy. Przyjąć zatem chyba należy, że istotą usiłowania ukończonego jest nie tyle brak skutku, ile zakończenie przez sprawcę ostatniej czynności (i mimo to braku spodziewanego efektu będącego znamieniem skutku).

<sup>44</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 135.

<sup>45</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1. Red. A. Zoll. Warszawa 2007, s. 222.

także: „Przepis art. 15 § 1 k.k. odnosi się do przestępstw formalnych (w zakresie »odstąpienia od usiłowania«) i materialnych (w zakresie »zapobieżenia skutkowi«). Czynnny żal sprawcy może więc polegać w tym przypadku na (właściwie: usiłowanie nieukończone) zaniechaniu dalszej akcji przestępczej, jak i podjęciu »przeciwalki«. Tymczasem w przypadku przepisu art. 15 § 2 k.k., który odnosi się wyłącznie do przestępstw materialnych (właściwie: usiłowanie ukończone), czynny żal sprawcy musi polegać na podjęciu »przeciwalki«. W tym znaczeniu w art. 15 § 1 k.k. pozwala, aby sprawca zachował się biernie, zaś w art. 15 § 2 k.k. wymaga, aby sprawca zachował się czynnie”. Wcześniej ten sam autor wyjaśniał: „Z punktu widzenia sprawcy, tj. realizacji jego zamiaru (przestępczego) — w pełni realizuje on swój zamiar (co w warunkach usiłowania określa się jako usiłowania ukończone/zupełne), albo nie realizuje go w pełni (co w warunkach usiłowania określa się mianem usiłowania nieukończonego/niezupełnego)”<sup>46</sup>. Jednak w jednym z najnowszych podręczników W. Wróbel i A. Zoll już nieco inaczej akcentują elementy czynnego żalu, twierdząc, że warunki bezkarności są uzależnione od tego, czy usiłowanie jest nieukończone, czy ukończone; w pierwszym przypadku dla ochrony dobra wystarczy, że sprawca zaniecha dalszej akcji i nie dokończy czynności potrzebnych do dokonania, natomiast w przypadku usiłowania ukończonego ochrona dobra wymaga ze strony sprawcy akcji przeciwstawnej usiłowaniu, prowadzącej do skutecznego zapobieżenia naruszenia dobra (powstania skutku)<sup>47</sup>. Autorzy ci wyjaśnili, że usiłowanie ukończone zachodzi wtedy, gdy sprawca wykonał wszystkie czynności, które miały prowadzić do dokonania czynu zabronionego, a w przypadku usiłowania nieukończonego nie wykonał wszystkich niezbędnych czynności do realizacji znamion. Podział usiłowania na usiłowanie ukończone i nieukończone ma — zdaniem wspomnianych autorów — istotne znaczenie przy ustalaniu bezkarności sprawcy uzasadnionej tzw. czynnym żalem<sup>48</sup>. Jednak konieczność rozwiązania problemu związanego z tzw. usiłowaniem chybionym skłoniła wymienionych autorów do modyfikacji „klasycznego” wręcz ujęcia usiłowania ukończonego — podzielili stanowisko SA w Lublinie, w myśl którego „Usiłowanie zakończone to takie usiłowanie, gdzie sprawca uczynił wszystko, co jego zdaniem jest konieczne i możliwe do dokonania czynu zabronionego”<sup>49</sup>. Jeszcze dalej, jak się wydaje, w zerwaniu z tradycyjnym ujęciem zagadnienia usiłowania zakończonego i niezakończonego poszedł J. Giezek. Jak słusznie zauważył, o usiłowaniu zakończonym można mówić wtedy, gdy sprawca wykonał wszystkie czynności mające prowadzić do pełnej realizacji znamion czynu zabronionego i nie miał już przedsięwziąć czegokolwiek, a jedynie oczekiwać rezultatów swojego zacho-

<sup>46</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 601.

<sup>47</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 236—237.

<sup>48</sup> *Ibidem*, s. 229—230.

<sup>49</sup> *Ibidem*, s. 238.

wania. Zatem — według J. Giezka — w przypadku usiłowania ukończonego kolejne ogniwa łańcucha kauzalnego, mające prowadzić do zamierzonego celu, nie wymagają już żadnej aktywności sprawcy. Czynny żal, w odróżnieniu od odstąpienia od usiłowania, zdaniem tego autora, polega na tym, że sprawca zapobiega powstaniu skutku stanowiącego znamię czynu zabronionego przez własną ingerencję w łańcuch kauzalny<sup>50</sup>. W przypadku tak zdefiniowanego usiłowania ukończonego i nieukończonego ten sam autor wskazuje trudności, które wielokrotnie były podnoszone w literaturze przedmiotu i związane z usiłowaniem chybionym, a które powszechnie ilustrowane są przypadkiem sprawcy, który oddał niecelny strzał do ofiary i w takiej sytuacji rezygnuje z ponowienia strzału. J. Giezek wskazuje, że *prima facie* niemożliwe jest zarówno odstąpienie (bo usiłowanie zostało zakończone), jak i zapobieżenie powstaniu skutku (bo-wiem skutek obiektywnie nie zagraża). Rozwiązanie tego problemu autor widzi w dwojaki sposób. Pierwszy polega na przyjęciu, że odstąpienie od dokonania jest możliwe również przy usiłowaniu ukończonym (czemu nie stoi na przeszkodzie treść art. 15 k.k.). Alternatywnym rozwiązaniem może być potraktowanie jako usiłowania niezakończonego tak długo zachowania sprawcy, jak długo istniałaby możliwość powtórzenia czynności bezpośrednio zmierzających do dokonania (przy teoretycznym wsparciu treści art. 12 k.k.)<sup>51</sup>. Na temat powiązania odstąpienia i usiłowania niezakończonego niejednokrotnie wypowiadał się SN, m.in. w wyrokach z 5.01.1973 r.<sup>52</sup> oraz 13.11.1980 r.<sup>53</sup> W jednym z najnowszych orzeczeń, z 2005 r., SN stwierdził: „O dobrowolnym odstąpieniu od usiłowania można mówić wówczas, gdy sprawca dobrowolnie zrezygnował z popełnienia czynu zabronionego w fazie usiłowania nieukończonego. Jeżeli zachowanie bezpośrednio zmierzające do dokonania osiągnie fazę usiłowania ukończonego, tj. sprawca wykonał wszystkie czynności prowadzące do realizacji znamion czynu zabronionego, to do bezkarności za usiłowanie przestępstwa konieczne jest zapobiegnięcie przez sprawcę skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego objętego pierwotnym zamiarem sprawcy”<sup>54</sup>. Zaznaczyć też należy, że tak ukształtowana linia orzecznicza SN jest przywoływana przez sądy apelacyjne<sup>55</sup>. Nie można również nie odnotować faktu, że podział na dwie postaci czynnego

<sup>50</sup> J. Giezek, w: *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Red. M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz. Warszawa 2004, s. 200—201. Warto zaznaczyć, że przykład niecelnego strzału również wywołuje spory w doktrynie co do jego przyporządkowania do znanych prawu karnemu instytucji — por. Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 564.

<sup>51</sup> J. Giezek, w: *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Red. M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz..., s. 201—202.

<sup>52</sup> Wyrok SN z 5.01.1973 r., III KR 258/72. OSNKW 1973, 7—8, poz. 92.

<sup>53</sup> Wyrok SN z 13.11.1980 r. I KR 114/80. OSNPG 1980, 12, poz. 145.

<sup>54</sup> Wyrok SN z 8.09.2005 r., II KK 10/05. LEX nr 157547. Por. też wyrok SN z 20.11.2007 r., III KK 254/07. OSNKW 2007, 1, poz. 2653.

<sup>55</sup> Por. np. wyrok SA w Białymstoku z 14.05.2009 r., II AKa 58/09. „Orzecznictwo Sądów Apelacji Białostockiej” 2009, 2—3, poz. 47.

żału powiązane z postaciami usiłowania jest obecny w prawie karnym niemieckim, austriackim, włoskim i ukraińskim. W Szwajcarii konstrukcja zakładająca, że odstąpienie jest możliwe tylko i wyłącznie na etapie usiłowania nieukończonego, o klasycznym czynnym żalu zaś można mówić dopiero wtedy, gdy czyn sprawcy wejdzie w fazę usiłowania już ukończonego, ma wręcz charakter normatywny<sup>56</sup>. Z bogatego piśmiennictwa, z jakim zaznajomiła się K. Tkaczyk, wynika, że jedynie M. Blöcker przeciwstawia się rozróżnieniu usiłowania na ukończone i nieukończone. Wskazuje on, że termin „ukończone usiłowanie” jest błędny, szczególnie w sytuacjach, w których rzeczywiste dokonanie czynu pozostaje w znacznym oddaleniu od czynności podjętych przez sprawcę w ramach usiłowania; zawsze pozostaje ono tylko zmierzaniem do dokonania<sup>57</sup>.

Przedstawiając problematykę wyróżniania usiłowania niezakończonego i zakończonego, **nie można pominąć komplikacji**, jakie wiążą się z konsekwencjami wprowadzenia takiego podziału. Pierwszy problem ilustruje pytanie, jakie zadał S. Śliwiński: Kiedy należy uznać usiłowanie za zakończone<sup>58</sup>? Czy ocena powinna opierać się na przesłankach podmiotowych, czy też przedmiotowych? W piśmiennictwie wielokrotnie wskazuje się na brak możliwości powołania się na czynny żal przy ukończonym „niepowtórzonym” usiłowaniu<sup>59</sup>, co pociąga za sobą konieczność wprowadzenia do podziału pojęcia usiłowania (ukończonego) chybionego<sup>60</sup> lub stosowanie wykładni — na korzyść oskarżonego — *per analogiam*<sup>61</sup>. Zgłaszane były nawet propozycje *de lege ferenda*, aby wobec sprawcy, który po oddaniu pierwszego chybionego strzału dobrowolnie zaniechał oddania dalszych strzałów, stosowano nadzwyczajne złagodzenie kary<sup>62</sup>. Jednocześnie *prima facie* wydaje się, że zmiana stanowiska doktryny i orzecznictwa co do poglądu, że jednym przestępstwem może być tylko jeden czyn, a każda wielość czynów musi stanowić wielość przestępstw, nie wyklucza przyjęcia (nawet jeśli każdy niecelny strzał miałby być oddzielnym czynem), że wielość czynów stanowi jedno przestępstwo usiłowane, zatem przyjęcie czynnego żalu jest

<sup>56</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 136—159.

<sup>57</sup> M. Blöcker: *Die Tätige*. Baden-Baden 2000, s. 25, podają za: K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 134. Por. też sygnalizowane przez D. Gajdus poglądy w nauce radzieckiej — D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 85.

<sup>58</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne*. Warszawa 1946, s. 308.

<sup>59</sup> Zdaniem np. D. Gajdus, z istoty dobrowolnego odstąpienia wynika, że nieodłączną jego cechą jest świadomość faktycznej możliwości kontynuowania przestępczej działalności i dokonania przestępstwa, a taka świadomość możliwa jest tylko przy usiłowaniu nieukończonym — D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 86. Por. też G. Rejman: *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 298—299 oraz paradoksy wskazane przez Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 565.

<sup>60</sup> Por. np. K. Wiak, w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. A. Grześkowiak, K. Wiak. Warszawa 2012, s. 151.

<sup>61</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 276—277.

<sup>62</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 565.



możliwe<sup>63</sup>. Ponadto podziały na przestępstwa formalne i materialne oraz ukończone i nieukończone, tak chętnie w literaturze korelowane, prowokują pytanie, jak ocenić wysłany list (ze zniewagami), który jeszcze nie dotarł do adresata, a podjęte zabiegi, aby do niego nie dotarł, okazały się skuteczne. Inny problem to ocena rodzaju usiłowania w przypadku przestępstw o rozbudowanej stronie przedmiotowej<sup>64</sup> (np. przestępstwa gospodarcze, ale też handel ludźmi) i co za tym idzie, wskazanie niezbędnych do uzyskania bezkarności przedsięwzięć ze strony sprawcy. Już w tym miejscu zasygnalizować należy także kwestię znaczenia podziału usiłowania na niezakończone i zakończone dla usiłowania nieudolnego<sup>65</sup> oraz problem błędu przy ocenie usiłowania ukończonego lub nieukończonego z perspektywy karnoprawnej oceny zachowania sprawcy w ramach czynnego żalu<sup>66</sup>.

Musi się więc pojawić pytanie: Dlaczego jesteśmy przywiązani do podziału usiłowania na nieukończone i ukończone, skoro nie wynika on z przepisów prawa karnego, a jednocześnie komplikuje karnoprawną ocenę niektórych sytuacji.

Warto zatem powtórzyć, że twórca monografii dotyczącej usiłowania E. Krzymuski zauważał, że szkodliwość samego przestępstwa składa się z dwóch elementów: 1) rzeczywiste wywołanie w świecie zewnętrznym pewnego skutku materialnego, wyrządzającego krzywdę społeczeństwu — czynnik materialny, 2) wzniesienie obawy, że sprawca lub inni zachęceni jego przykładem będą wywoływali dalsze, podobne skutki materialne — czynnik moralny. W przypadku usiłowania również — zdaniem E. Krzymuskiego — czynnik materialny występuje w postaci zła, które mogłoby nastąpić. Ponieważ jednak nigdy nie ma pewności, czy skutek by nastąpił, zasadny jest podział na usiłowanie zupełne i niezupełne, które ma wpływ na karalność usiłowania. Usiłowanie niezupełne powinno być zawsze łagodniej karane niż przestępstwo dokonane, ponieważ w takiej sytuacji nigdy nie ma pewności, czy sprawca zrealizowałby swój czyn ostatecznie). Natomiast karalność usiłowania zupełnego zależy od subiektywne-

<sup>63</sup> Ibidem, s. 564—565. Por też J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek. Warszawa 2012, s. 135.

<sup>64</sup> Por. np.: postanowienie SN z 8.09.2006 r., II KK 10/05. LEX nr 157547, w którym SN tak silnie powiązał usiłowanie zakończone z wymogiem zapobieżenia skutkowi, że odmówił możliwości rozważenia czynnego żalu przy przestępstwie z art. 282 w przypadku uznania, że sprawca „wykonał [...] wszystkie czynności niezbędne do zaistnienia skutku, zatem jego zachowanie osiągnęło fazę usiłowania ukończonego. Celem tych czynności było oddziaływanie na psychikę pokrzywdzonej w sposób prowadzący do rozporządzenia mieniem. Ewentualne zaistnienie skutku byłoby więc następstwem woli pokrzywdzonej ukształtowanej bezprawnymi czynnościami sprawcy. Oznacza to, że o bezkarności usiłowania skazanego, postrzeganej przez przyzmat art. 15 § 1 k.k., można byłoby mówić jedynie wówczas, gdyby dobrowolnie podjął on czynności zmierzające do zapobieżenia skutkowi, tj. rozporządzeniu przez pokrzywdzoną mieniem”.

<sup>65</sup> Por. np. A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. (art. 1—31). Gdańsk 1999, s. 219.

<sup>66</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 145.

go lub obiektywnego podejścia. Podejście obiektywne skłania do każdorazowego łagodniejszego karania nawet przy usiłowaniu zakończonym, podejście subiektywne uzasadnia łagodniejszą karalność tylko w tych sytuacjach, gdy mimo zakończonego usiłowania sprawca miał możliwość zapobiec nastąpieniu skutku<sup>67</sup>. E. Krzymuski twierdził też, że im dalsza „stacja” osiągnięta w pochodzie przez sprawcę, tym kara powinna być surowsza (ale mniejsza niż za dokonanie), pozwoli bowiem sędziemu przekonać się z większą pewnością, że zamiarem sprawcy było istotnie doprowadzić do końca swoje przedsięwzięcie. Prawda ta z czasem zyskała tak wielkie uznanie, że pojęcie usiłowania karygodnego nie obejmuje już dzisiaj wszystkich aktów, dających się zakwalifikować jako usiłowanie. A mianowicie, karygodne usiłowanie nie zaczyna się — jak zaznaczał E. Krzymuski — już od pierwszego aktu, jaki może być spełniony przez jego sprawcę w celu dokonania jakiegoś przestępstwa. Od usiłowania karygodnego wymaga się, aby było aktem tak zbliżonym do pewnego przestępstwa, że wskazywałby wyraźnie, że dokonanie tego ostatniego odpowiadało zamiarowi sprawcy<sup>68</sup>.

Jak zauważył J. Makarewicz, początkowy rozwój usiłowania przestępstwa nie oznacza zwycięstwa „subiektywnej winy”. Gdy dostrzeżono, że wymierzony w kogoś strzał nie zabił tylko dlatego, że uniemożliwił to szczęśliwy traf — pisał J. Makarewicz — powstała skłonność do traktowania tego jako przestępstwo. Nie brano więc pod uwagę woli sprawcy, lecz owo niepokojące „niebezpieczeństwo”<sup>69</sup>. Tezę tę zdaje się potwierdzać fakt, że w pierwszym okresie nie pojawiło się usiłowanie jako takie, a jedynie zachowania przypominające dzisiejsze usiłowania, które wówczas stanowiły przestępstwo dokonane *sui generis* (o czym niejednokrotnie była już mowa). Z punktu widzenia omawianego problemu ważniejsze wydaje się inne spostrzeżenie J. Makarewicza. Jego zdaniem, to „niebezpieczeństwo” skutku stało się przyczyną zwrócenia uwagi prawodawstwa i teorii na kwestię, czy usiłowanie było bliskie, czy też odległe od spełnienia czynu. Wyróżniano więc *conatus remotus*, *propior* i *proximus*, usiłowanie zakończone i niezakończony, usiłowanie i przestępstwo, które się nie powiodło. Za tym rozróżnieniem szła wspomniana wcześniej dyferencja dotycząca kary<sup>70</sup>. Jak słusznie podkreśla J. Makarewicz, z subiektywnego punktu widzenia podział ten jest całkowicie obojętny (jeśli ujawniła się wola przestępstwa, to nie ma znaczenia, czy i jak wiele brakowało do jej realizacji), a prawdziwą przyczyną powyższego rozróżnienia był ukryty obiektywizm. Przyjęta w austriackiej ustawie z 1787 r. zasada: „już samo usiłowanie stanowi przestępstwo”, uczyni-

<sup>67</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*. Warszawa 1884, s. 120.

<sup>68</sup> Ibidem, s. 135—136.

<sup>69</sup> J. Makarewicz: *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*. Lublin 2009, s. 446—447.

<sup>70</sup> Ibidem, s. 448.

ła bezzasadnym rozróżnianie usiłowania odległego, bliskiego i najbliższego<sup>71</sup>. Dodać jeszcze można, że swoistą pozostałością po odległym usiłowaniu (już wcześniej częstokroć niekaralnym) jest przygotowanie, jako odrębne stadium *iter delicti*.

Rozróżnienie usiłowania niezakończonego i zakończonego jest zatem uzasadnione historycznie, jednak fakt ten dzisiaj nie ma znaczenia, ponieważ już nie funkcjonują przesłanki ówczesnego różnicowania, a nie pojawiły się też nowe<sup>72</sup>.

W moim przekonaniu, postaci skutecznego czynnego żalu opisane w treści art. 15 § 1 nie są zróżnicowane na podstawie dwóch postaci usiłowania (zakończonego lub niezakończonego), ale według **wymogów** stawianych sprawcy — stąd mamy dwie, a w zasadzie trzy postaci skutecznego czynnego żalu odnoszącego się do usiłowania:

1. Odstąpienie od dokonania, gdy dla niewystąpienia przestępnego skutku (lub mówiąc ogólniej, dla braku dokonania) wystarczy poniechanie pochodzącego przestępstwa — zakończył się kauzalny ciąg zdarzeń, który sprawca swoim zachowaniem uruchomił (przestępstwa z działania), lub którego nie uruchomił, ale miał obowiązek go zakończyć (przestępstwa z zaniechania).
2. Zapobiegnięcie skutkowi — od sprawcy wymagamy więcej niż tylko poniechania zamiaru, ponieważ kauzalny ciąg zdarzeń jeszcze „trwa” i sprawca musi go przerwać przeciwakcją<sup>73</sup> (gdy sam go zapoczątkował — przestępstwa z działania) lub akcją (gdy co prawda go nie zapoczątkował, ale ma obowiązek przerwać — przestępstwa z zaniechania).
3. „Kwalifikowany” czynny żal — ustawodawca stawia inne, dodatkowe wymagania; np.: poniechanie dalszej działalności wraz z ujawnieniem wobec organów powołanych do ścigania przestępstw wszystkich istotnych okoliczności popełnionego czynu (np. art. 131 z poczynionymi jednak dalej zastrzeżeniami).

**Zatem punktem wyjścia oceny możliwości zastosowania wobec sprawcy przepisu art. 15 nie może być ustalanie, o jaką postać usiłowania w danym przypadku chodzi (nieukończone czy też ukończone).** Podobnie nieuzasadnione jest twierdzenie, że warunki przedmiotowe czynnego żalu zależą od stopnia realizacji przez sprawcę znamion czynu zabronionego<sup>74</sup>. W postępowaniu

<sup>71</sup> Ibidem, s. 448—449.

<sup>72</sup> Podział na usiłowanie niezakończone i zakończone może mieć sens nie ze względu na czynny żal, ale ewentualnie na ocenę „naganności” zachowania sprawcy i co za tym idzie — na wymiar kary w jego ustawowym zakresie, do czego przyjdzie wrócić w dalszej części monografii.

<sup>73</sup> Jak określa taką przeciwakcję D. Gajdus, przywołując dawne orzecznictwo SN, „czynność uruchamiająca siły przyrody” (choć łączy ją wyłącznie z usiłowaniem ukończonym) — D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 95. J. Makarewicz używał sformułowania „środki paralizujące przyczynowość działania” — J. Makarewicz: *Kodeks karny...*, s. 85.

<sup>74</sup> J. Raglewski: *Dobrowolne odstąpienie od czynu jako przesłanka instytucji czynnego żalu*. „Prokuratura i Prawo” 1997, 3, s. 37.

dowodowym ustalić należy, czy między dobrowolnym zachowaniem sprawcy a brakiem dokonania zachodzi związek przyczynowo-skutkowy. Nie sposób tu i teraz, oczywiście, ostatecznie rozstrzygnąć (a przede wszystkim w pełni uzasadnić), czy pod rozwagę należy wziąć ekwiwalentny związek przyczynowo-skutkowy, a dobrowolność będzie elementem ograniczającym, czy być może — i ku takiemu rozwiązaniu się skłaniam — raczej chodzić będzie o swoistą „odwrotność” obiektywnego przypisania skutku — tzn. sprawca obniża poziom niebezpieczeństwa lub całkowicie je niweluje. Niemniej, stwierdzenie istnienia takiego związku — od strony przedmiotowej — jest warunkiem wystarczającym do zastosowania dobrodziejstwa przewidzianego w treści art. 15 § 1.

Wydaje się, że takie odczytanie treści przepisu art. 15 § 1 pozwala rozwiązać problem przysłowiowego braku „ponownego strzału”, gdy pierwszy okazał się całkowicie nietrafiony. Przyjmując za punkt wyjścia brak śmiertelnego skutku w powyższym stanie faktycznym, który to brak jest efektem decyzji podjętej przez sprawcę, możliwość zastosowania art. 15 § 1 nie budzi żadnych wątpliwości. Sprawca nie musiał podejmować żadnej przeciwwakcji, ponieważ swoim zachowaniem nie zdołał uruchomić kauzalnego ciągu zdarzeń prowadzącego do śmierci. W tej sytuacji do braku dokonania wystarczyło samo poniechanie zamiaru, również premiowane przez polskiego ustawodawcę.

Zaproponowana koncepcja — jak się wydaje — może się także odnosić do bardziej skomplikowanych zdarzeń. Ilustrację niech stanowi kazus, będący przedmiotem analizy niejednego orzeczenia: sprawca miał zamiar zabić ofiarę, ale tylko — na skutek niecelnego strzału — ją zranił. Przykład ten ilustruje, zgłaszany w piśmiennictwie, problem prawidłowego rozróżniania usiłowania ukończonego i nieukończonego. Konkurujące teorie (subiektywne i obiektywne) nie ułatwiają, oczywiście, zadania, a przecież aby dokonać oceny, czy pozostawienie ofiary „wystarczy” do przyjęcia instytucji czynnego żalu, trzeba zbadać, czy zakończył się kauzalny ciąg zdarzeń (czy rana spowoduje/mogła spowodować śmierć ofiary) — w zależności od tego wymagamy od sprawcy mniej lub więcej. **Istotą bowiem czynnego żalu, jego podstawowym założeniem ma być premiowanie intencjonalnego i skutecznego braku szkody (dokonania).** Brak szkody niekoniecznie zależeć będzie od tego, czy sprawca zrobił wszystko, aby dokonać przestępstwa, ale czy zrobił wszystko, aby do dokonania przestępstwa ostatecznie nie doszło. Czasem to „wszystko” oznacza tylko poniechanie podjętych czynności, a czasem wymaga dodatkowej aktywności, np. wezwania lekarza.

Zaproponowane rozwiązanie będzie szczególnie przydatne przy czynach, których strona przedmiotowa lub przynajmniej *modus operandii* są bardziej złożone. Chodzi tu przede wszystkim o typizacje przewidujące wieloczynowość (przestępstwa zbiorcze, dwuaktowe i złożone). Niejednokrotnie ustalenie, czy w konkretnej sytuacji mamy do czynienia z usiłowaniem ukończonym, czy nieukończonym jest bardzo problematyczne i dyskusyjne. A przecież odpowiedź

na pytanie, czy sprawca podejmujący działanie na szkodę reprezentowanego podmiotu (art. 296) może „skorzystać” z przepisu art. 15 § 1, zależeć będzie wyłącznie od tego, czy brak dokonania (wyrządzenie znacznej szkody majątkowej) był wynikiem intencjonalnego (w tym kierunku) zachowania sprawcy. I jeśli się okaże, że sama bierność sprawcy wystarczyła, aby uchronić reprezentowany podmiot przed opisany w ustawie skutkiem, nie powinno być wątpliwości co do bezkarności sprawcy. Inny problem ilustruje przypadek, którym zajął się SN, a skomentował A. Wąsek. Kobieta w zamiarze zabójstwa ugodziła nożem pokrzywdzonego, następnie wezwała pogotowie. Jednak rana okazała się na tyle płytka, że nie były potrzebne zabiegi ratujące życie, zatem skutek śmiertelny nie został odwrócony przez pomoc lekarską. Zdaniem A. Wąska, zastosowanie instytucji czynnego żalu (w jego drugiej postaci) na zasadzie *analogii legis* na korzyść sprawcy nie powinno budzić tu zastrzeżeń<sup>75</sup>. Właściwe odczytanie przepisu art. 15 § 1 pozwala na uniknięcie sięgania po analogię, m.in. w przypadku usiłowania chybnego, z którym w podanym kazusie mamy do czynienia. W tym też kontekście warto przytoczyć fragment uzasadnienia innego wyroku, tym razem SA w Katowicach: „Oskarżony uczynił wszystko, co nie tylko w jego subiektywnej ocenie, ale i obiektywnie, było koniecznym oraz możliwym do osiągnięcia zamierzonego celu i pozbawienia życia małoletniego syna. Zamierzonego celu oskarżony jednak nie osiągnął, wskutek zaistnienia okoliczności o obiektywnym charakterze — odsunięcia dziecka z toru ciosu. Zatem usiłowanie to należy traktować w kategoriach usiłowania zakończonego, lecz chybnego. Oskarżony, mając świadomość tego, że nie zrealizował zamierzonego celu, swoją agresję skierował na żonę, po perswazji której opuścił siekiere, udał się do kuchni i wyrzucił ją do kosza. Kwestią zasadniczą w tej sytuacji jest to, czy brak ponowienia ataku przy usiłowaniu zakończonym, a jednocześnie chybnym stanowi odstępianie od popełnienia przestępstwa po myśli przepisu art. 15 § 1 k.k. Tak orzecznictwo, jak też doktryna dostrzegają wątpliwości, czy przepis art. 15 § 1 k.k. może mieć zastosowanie, gdy sprawca ukończył usiłowanie, ale skutek nie mógł nastąpić z przyczyn obiektywnych, co uniemożliwia sprawcy zapobieżenie jego wystąpieniu. W takiej sytuacji, jak wskazują, należy zbadać zamiar sprawcy po zakończeniu usiłowania. Jeżeli z jego zachowania — braku

<sup>75</sup> A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. (art. 1—31)..., s. 217 oraz wyrok SN z 17.03.1975 r., V KR 411/74. OSP 1977, 3, poz. 58, którego teza brzmi: O czynnym żalu decyduje wewnętrzne nastawienie sprawcy, które można odczytać z jego zachowania. Jeżeli czynności podjęte dla zapobieżenia skutkowi przestępnemu nie są tylko demonstracją sprawcy, ale wynikają z jego przekonania, że skutek przestępny rzeczywiście zagraża oraz z pragnienia odwrócenia tego skutku, a ponadto są z tego punktu widzenia celowe i właściwe — to istnieje pełna podstawa do uznania ich za przejaw czynnego żalu niezależnie od tego, czy do skutku przestępnego nie doszło dzięki tym czynnościom, czy z innej przyczyny. Rozstrzygające znaczenie ma tu bowiem strona subiektywna — porzucenie zamiaru dokonania przestępstwa. Por. też A. Korus: *Glosa*. OSP 1977, 3, s. 139, poz. 58.

powtórzenia zamachu, mimo oczywistej możliwości uczynienia tego i dogodnej sytuacji — wynika, że odstąpił od ponowienia zamachu, to oczywistym jest, iż sprawca odstąpił od zamiaru popełnienia przestępstwa. Wówczas w drodze analogii należy stosować przepis art. 15 § 1 k.k.<sup>76</sup>. Przede wszystkim zauważyć należy, że kwestia ustalenia zamiaru, którą tak eksponuje SA, jest oczywiście istotna, ale wyłącznie z punktu widzenia ustalenia warunków podmiotowych — dobrowolności. Natomiast zamiar ten jest irrelevantny w kontekście oceny, czy mamy do czynienia z usiłowaniem ukończonym i nieukończonym oraz powiązania z nimi „form” czynnego żalu. W moim przekonaniu, prezentowane orzeczenie jest przykładem zbędności pojęcia usiłowania ukończonego, które rodzi sygnalizowane problemy, a wystarczy przecież stwierdzenie, czy sprawca „uruchomił” związek kauzalny prowadzący do śmierci — co wymagałoby „przeciwakcji” dla uznania, że spełnione zostały przesłanki bezkarności, czy też takiego związku nie uruchomił, zatem dla bezkarności wystarczy samo odstąpienie.

Przywiązanie do mechanizmu stosowania regulacji z art. 15 § 1 w zależności od formy usiłowania staje się też problematyczne w przypadku usiłowania nieudolnego. Pojawia się bowiem problem, czy w ogóle na gruncie przepisu art. 13 § 2 można mówić o usiłowaniu ukończonym lub nieukończonym. Jeśli nie, to sięganie po instytucje czynnego żalu byłoby nieuzasadnione, skoro miałby on być przewidziany (wyłącznie) dla usiłowania ukończonego lub nieukończonego. Porzucając jednak ten podział i otwierając się na *ratio legis* przepisu art. 15 § 1 wprost w przepisie wyrażone, stwarzamy możliwość zastosowania czynnego żalu przy usiłowaniu nieudolnym. Skoro bowiem sprawca swoim zachowaniem nie uruchomił (bo nie mógł) kauzalnego ciągu zdarzeń prowadzącego do skutku, zatem wystarczy po jego stronie intencjonalne odstąpienie od dokonania. Ewentualne przedsięwzięte przez niego działania — („przeciwakcja”) są *de facto* zbędne (skutek i tak by nie nastąpił), potwierdzają jednak dobrowolność zachowania sprawcy. Natomiast brak podjętych działań po podaniu z zamiarem otrucia ocukrzanej wody (zamiast trucizny) w zakresie strony przedmiotowej w zupełności wystarcza do nienastąpienia skutku (który nastąpić nie może), jednak takie zachowanie sprawcy nie spełnia wymagań art. 15 § 1 od strony podmiotowej<sup>77</sup>.

Zaproponowana interpretacja art. 15 § 1 powinna też ułatwić nieco podjęcie decyzji o ewentualnym zastosowaniu tego przepisu w sytuacjach spornych na granicy usiłowania udolnego i nieudolnego. Na przykład sprawca podaje truciznę w zbyt małej dawce, ale odpowiedni zapas specyfiku ma przygotowany lub sprawca posiadający cudzą kartę bankomatową już dwukrotnie podał błędny kod PIN (nie znając w ogóle prawidłowego). Jeśli w tak nakreślonych sta-

<sup>76</sup> Wyrok SA w Katowicach z 13.11.2006 r., II AKa 197/06. LEX nr 196088.

<sup>77</sup> Por. też A. Korus: *Glosa...*, s. 139, poz. 58.

nach faktycznych sprawca odstąpi od dokonania (dobrowolnie), to właśnie brak tego dokonania połączony ze zrealizowanymi wymaganiami strony podmiotowej winny w konsekwencji prowadzić do bezkarności na podstawie przepisu art. 15 § 1.

Poszukując uzasadnienia dla zaproponowanego rozwiązania, warto sięgnąć po uzasadnienie samego czynnego żalu. Jak już wcześniej wskazywano, ogromna większość przedstawicieli nauki w czynnym żalu widzi instrument polityki karnej. Za rezygnacją z karania przemawiają bowiem względy zapobiegania negatywnym skutkom<sup>78</sup>. Skoro więc to brak dokonania uzasadniać ma *ratio legis* przepisów regulujących czynny żal, to właśnie ten brak dokonania powinien stanowić punkt wyjścia ich interpretacji i karnoprawnej oceny całego zdarzenia. Również przytoczone wcześniej teoretyczne uzasadnienia czynnego żalu przed dokonaniem przestępstwa na płaszczyźnie dogmatycznej nie wymagają — jak się wydaje — rozróżniania postaci czynnego żalu. Żadna z tych teorii nie przywiązuje do tego wagi, ani nawet nie rozróżnia postaci usiłowania, jak i postaci czynnego żalu. Każda z nich akcentuje jedynie brak dokonania wynikający z intencjonalnego zachowania sprawcy, nadając poszczególnym elementom inne znaczenie w konstrukcji odpowiedzialności karnej (a w zasadzie w znoszeniu tej odpowiedzialności).

Reasumując, powtórzyć należy, że warunkowanie przyjęcia poszczególnych form czynnego żalu formami usiłowania (ukończonego i nieukończonego) nie ma uzasadnienia normatywnego, teoretycznego ani praktycznego. Dlatego też zupełnie niezrozumiałe wydaje się rozwiązanie przyjęte we Włoszech, gdzie od postaci wykazanego przez sprawcę czynnego żalu zależy karnoprawna reakcja. W przypadku odstąpienia jest to obligatoryjna bezkarność, a w przypadku zapobieżenia skutkowi — obligatoryjne złagodzenie kary<sup>79</sup>.

Wydaje się, że należy uporządkować jeszcze jedną kwestię. Mianowicie problem czynnego żalu, jego postaci i wymogów (przede wszystkim dobrovolność) częstokroć jest łączony z pojęciem **usiłowania (przestępstwa) chybionego**. A. Wąsek ubolewa, że w orzecznictwie SN spotkać można liczne wypowiedzi świadczące o tym, że Sąd nie dostrzegął różnic między usiło-

---

<sup>78</sup> Ten sposób uzasadnienia pojawia się już u C. Becarii, który widział w czynnym żalu możliwość zapobiegania poważnym przestępstwom. Z kolei P.J.A. von Feuerbach pisał: „Nieszczęśnik, który wie, że żal mu nic nie da, zakończy przestępstwo, nie mając nic do stracenia. Przesłanka bezkarności służy więc wzmocnieniu kontrstymulatorów do popełnienia przestępstwa”. F. von Liszt możliwość cofnięcia się z drogi przestępstwa nazwał „złotym mostem”. D. Gajdus uważa, że czynny żal może stać się — wobec coraz szerszego obszaru funkcjonowania — politycznokryminalną korekturą sprawiedliwościową. D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 30—43.

<sup>79</sup> Por. K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 147.

waniem chybionym (przestępstwem chybionym) a niedobrowolnym odstąpieniem od usiłowania. Wskazuje, że na jednej płaszczyźnie usiłowanie chybione i niedobrowolne odstąpienie od usiłowania traktują m.in.: W. Kubala, E. Szwedek, R.A. Stefański oraz K. Daszkiewicz<sup>80</sup>. W piśmiennictwie pojęcie usiłowania chybionego jest dość rzadko objaśniane. W latach 60. ubiegłego wieku S. Pławski twierdził, że w literaturze prawniczej i w ustawodawstwie państw romańskich — we Francji i we Włoszech — przeprowadzone zostało rozróżnienie między usiłowaniem (*tentive*) a przestępstwem chybionym, niedokonanym (*délit manqué* — *delitto mancato*). W przypadku usiłowania sprawca — jak zaznaczał wspomniany autor — nie zrobił wszystkiego, co uważał za konieczne, aby skutek przestępny nastąpił (podając przykład: sprawca wyjmuje nóż, chce nim przebić swego przeciwnika, a tymczasem trzecia osoba niespodziewanie chwyta go za rękę i wytrąca mu z niej nóż). W przypadku przestępstwa chybionego — wyjaśniał S. Pławski — sprawca zrobił ze swej strony wszystko, co uważał za stosowne, aby skutek przestępny nastąpił, a mimo to ten nie powstał. Klasycznym przykładem, zdaniem tego autora, może być podanie przez sprawcę trucizny w ilości wystarczającej do uśmiercenia człowieka, ale ofiara zamachu po jej spożyciu po pewnym czasie powraca do zdrowia, gdyż jej bardzo odporny organizm zważył działanie trucizny. Jak podsumowuje S. Pławski, polskie prawo karne nie rozróżnia tych instytucji, obie kwalifikując jako usiłowanie<sup>81</sup>. Wątpliwości w zakresie przestępstwa chybionego (przede wszystkim jednak w kontekście braku oddania ponownego strzału, mimo takiej możliwości) i jego ukończonego charakteru zgłaszał też Z. Kubec<sup>82</sup>. We współczesnej literaturze przedmiotu (w dużej części akademickiej) analiza tego pojęcia jest dość powierzchowna, często ogranicza się do wskazania przykładu. I tak A. Marek wyróżnia usiłowanie chybione (np. sprawca strzelił do ofiary, lecz chybił) i usiłowanie zatamowane, w realizacji którego przeszkodziły

<sup>80</sup> A. Wąsek, w: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Art. 1—116. Gdańsk 2005, s. 227 i Idem: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Art. 1—116. Gdańsk 1999 s. 212 oraz przywołana literatura: W. Kubala: *Problematyka czynnego żalu...*, s. 29; E. Szwedek: *Glosa do wyroku SN z dn. 3 I 1980 r. (I KR 329/79)*. OSPiKA 1981, 5, s. 215; R.A. Stefański: *Dobrowolne odstąpienie od usiłowania*. „Prokuratura i Prawo” 1996, 4, s. 113; K. Daszkiewicz: *Nadzwyczajne złagodzenie kary w polskim kodeksie karnym*. Warszawa 1976, s. 42. Nadto w Internecie dość powszechnie przywoływany jest pogląd A. Wąska, w którym ten wskazuje, że usiłowania nieudolnego nie można mylić z tzw. **usiłowaniem chybionym**. To ostatnie zachodzi wtedy, gdy dokonanie było możliwe wtedy, gdy sprawca rozpoczynał usiłowanie, lecz zanim dokończył je stało się niemożliwe (np. sprawca zaczął wykonywać podkop, aby włamać się do banku, lecz nim go ukończył, bank został zlikwidowany). Usiłowanie chybione jest odmianą usiłowania zwykłego. A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 1999.

<sup>81</sup> S. Pławski: *Prawo karne (w zarysie)*. Część 2. Warszawa 1966, s. 7. Co do współczesnych regulacji w Niemczech i Austrii odnoszących się do przestępstwa chybionego por. K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 165.

<sup>82</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 564.



osoby trzeciej. Oprócz tego autor ten znamionuje usiłowanie ukończone i nieukończone<sup>83</sup>. Natomiast według W. Wróbla i A. Zolla, przestępstwo chybione to sytuacja, w której sprawca przynajmniej *prima facie* dokończył czynność zmierzającą bezpośrednio do dokonania czynu zabronionego, ale skutek **nie mógł** nastąpić. Na przykład sprawca z zamiarem zabicia drugiej osoby strzela do niej z pistoletu, ale nie trafia. Należy przyjąć — jak wskazują wymienieni autorzy — że w takiej sytuacji najczęściej będzie można zakwalifikować zachowanie sprawcy jako usiłowanie nieukończone<sup>84</sup>. Podobną tezę wygłasza A. Spotowski, twierdząc, że z usiłowaniem chybionym mamy do czynienia wtedy, gdy sprawca dojdzie do wniosku, że mimo wykorzystania wszystkich swych sił i umiejętności nie może zrealizować zamierzenia (i w ogóle nie można wtedy mówić o odstąpieniu, nie można bowiem odstępować od wykonania tego, czego wykonać się nie da)<sup>85</sup>. Wreszcie, zdaniem R. Zawłockiego, zakres normy z art. 15 § 1 nie obejmuje sytuacji, w której sprawca usiłowania rezygnuje z kontynuacji realizacji zamiaru przestępnego, z uwagi na powzięcie przekonania, że nie potrafi go urzeczywistnić, i przywołuje z aprobatą pogląd A. Wąska, że zachowanie takie jest „usiłowaniem chybionym, od którego ani dobrowolnie, ani niedobrowolnie odstąpić nie można”<sup>86</sup>.

Porządkując ten terminologiczny zamęt, przyjąć chyba można, że usiłowanie (przestępstwo) chybione to *de facto* synonim pojęcia „usiłowanie ukończone” i jednocześnie można stwierdzić — rozwiewając pojawiające się wątpliwości — że jest to usiłowanie udolne. Kwestia możliwości zastosowania przepisu o czynnym żalu w takich sytuacjach została już rozstrzygnięta, natomiast ewentualny brak dobrowolności związany z usiłowaniem nieudolnym zostanie przeanalizowany w dalszej części monografii; jednak zaznaczyć należy, że nie jest to usiłowanie chybione. Podkreślić również trzeba, że prezentowane stanowisko, co do braku użyteczności podziału usiłowania na ukończone i nieukończone, w równym stopniu odnosi się do wyróżniania przez doktrynę pojęcia „przestępstwo (usiłowanie) chybione”.

Należy także dokonać pewnych dalszych uściśleń terminologicznych. Jak to często bywa w doktrynie, autorzy zajmujący się danym problemem dokonują różnych podziałów instytucji prawnych. Najczęściej celem takiego zabiegu jest

<sup>83</sup> A. Marek: *Prawo karne...*, s. 191—192.

<sup>84</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 238. Podobnie w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. A. Grześkowiak, K. Wiak..., s. 151.

<sup>85</sup> A. Spotowski: *O odstąpieniu od usiłowania...*, s. 92. Por. też A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 788.

<sup>86</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 639, przy czym sprostować należy, że przytaczana (również przez A. Wąska) teza została sformułowana przez A. Spotowskiego — A. Spotowski: *O odstąpieniu od usiłowania...*, s. 92.

pewne uporządkowanie, systematyzacja, co z jednej strony pozwala uchwycić istotę rzeczy, a z drugiej — łatwiej ją zrozumieć. Nie inaczej jest w przypadku czynnego żalu, zwłaszcza, że budowa przepisu art. 15 § 1, z uwagi na swoją dwuczłonowość, niejako to prowokuje. Jednak oprócz nie- budzącego wątpliwości podziału na odstąpienie i zapobieżenie skutkowi, w piśmiennictwie spotkać można inne, co najmniej niefortunne, rozróżnienia. I tak B. Kurzępa, jak się wydaje, oprócz odstąpienia od usiłowania, odrębnie wskazuje usiłowanie zaniechane<sup>87</sup>. Z kolei M. Mozgawa twierdzi, że na tle art. 15 wyróżnia się tzw. usiłowanie zaniechane (gdy sprawca odstąpił od dokonania, choć mógł czynu dokonać) i usiłowanie zatamowane (gdy do dokonania nie doszło z powodu przyczyny leżącej poza sprawcą, np. interwencji osoby trzeciej)<sup>88</sup>. Natomiast Z. Kubec usiłowanie nieukończone uważa za synonim usiłowania zatamowanego<sup>89</sup>. Warto przypomnieć, że na gruncie k.k. z 1932 r. rzeczywiście rozróżniano odstąpienie od usiłowania i czynny żal, traktując to pierwsze jako usiłowanie zaniechane. Zatem zwolennicy wąskiego rozumienia pojęcia „czynny żal” (o czym była już mowa), obejmującego wyłącznie zapobieżenie skutkowi, rzeczywiście odrębnie mówią o usiłowaniu zaniechany, utożsamianym z odstąpieniem od dokonania<sup>90</sup>. Zupełnie odmiennym pojęciem, z perspektywy czynnego żalu, jest oczywiście usiłowanie zatamowane, o którym *de facto* stanowi przepis art. 13, będące po prostu klasycznym usiłowaniem. Podział na usiłowanie zaniechane i zatamowane wywodzi się z glosy do 5 Lex tytułu 3 ks. I Kodeksu Justyniana, o której wspominał E. Krzymuski, pisząc, że odnośnie do karalności usiłowania przewidziano dwa wypadki: pierwszy, w którym sprawca nie chciał osiągnąć zamierzonego skutku (*quia voluit*), i drugi — gdy sprawca nie mógł go osiągnąć (*quia non potuit*). W pierwszym przypadku sprawca powinien być uwolniony od kary, w drugim zaś winien ją ponieść<sup>91</sup>. Już te dwie przytoczone wypowiedzi i konieczność ich prostowania każą bardzo ostrożnie podchodzić do podziału usiłowań (i czynnego żalu).

Pierwsza z postaci czynnego żalu, a dokładniej, pierwszy z wymogów, to — używając sformułowań normatywnych — **odstąpienie od dokonania**. Jednocześnie zauważyć należy, że obowiązujący kodeks wykroczeń, w przepisie art. 11 § 4, stanowi, że nie podlega karze za usiłowanie, kto dobrowolnie odstąpił od czynu (identycznie brzmiał przepis art. 13 § 1 k.k. z 1969 r.). Nie sposób również nie odnotować, że w piśmiennictwie bardzo często jest mowa

<sup>87</sup> B. Kurzępa: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*. Warszawa 2008, s. 60—61.

<sup>88</sup> M. Mozgawa, w: *Prawo karne materialne. Część ogólna*. Red. M. Mozgawa. Warszawa 2009, s. 303—304.

<sup>89</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 564.

<sup>90</sup> Por. też K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 136 i nast. i wskazane przez autorkę regulacje szwajcarskie.

<sup>91</sup> E. Krzymuski: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw...*, s. 170.

o odstąpieniu od usiłowania<sup>92</sup> (może *per analogiam* do „odstąpienia od przygotowania”, o którym wspomina k.k.). Znamienny w tym kontekście jest tytuł artykułu Z. Kubca — *Kilka uwag na temat odstąpienia od usiłowania* — na tle k.k. z 1932 r. (w którym to kodeksie art. 25 stanowił o odstąpieniu od działania). Autor tej publikacji zaznaczał, że ponieważ między usiłowaniem a dokonaniem nie ma stadium pośredniego, zarówno ten, kto odstępuje od działania, jak i ten, kto zapobiega powstawaniu skutku, w istocie odstępują od usiłowania popełnienia przestępstwa<sup>93</sup>. Wydaje się jednak, że chęć podkreślenia przez autora równowartości obu postaci czynnego żalu stanowi istotę przytoczonej wypowiedzi, zatem sformułowanie „odstąpić od usiłowania popełnienia czynu zabronionego” (podwójnie wadliwe z uwagi na użycie słowa „popełnienia”) nie ma charakteru wiążącego. Jednocześnie w komentarzach do kodeksu wykroczeń autorzy piszą o odstąpieniu od dokonania<sup>94</sup> lub — podobnie jak w przypadku przestępstw — od usiłowania<sup>95</sup>. Powstaje zatem pytanie, czy te różnice w określaniu omawianej postaci czynnego żalu mają znaczenie. Wydaje się, że tak. Nie można dowolnie (zamiennie) posługiwać się wskazanymi terminami, chociażby z tego powodu, że trudno jest traktować „usiłowanie” i „dokonanie” jako synonimy. Sam ustawodawca zamienił sformułowanie „odstąpienie od czynu” sformulowaniem „odstąpienie od dokonania” z określonej przyczyny, uznając, że to drugie jest trafniejsze (nie uzasadniając jednak tej decyzji). Dodatkowy zamęt musi więc wprowadzać posłużenie się sformulowaniem „odstąpienie od usiłowania” przez samego projektodawcę w uzasadnieniu do k.k., przy rozważaniach dotyczących prawnych konsekwencji odstąpienia od dokonania<sup>96</sup>. Trzeba podkreślić, że w literaturze sporadycznie spotkać można stanowisko, którego autor bezpośrednio nawiązuje do znaczenia analizowanych sformułowań. I tak P. Kardas i M. Rodzyńkiewicz wskazują, że nietrafne jest sformułowanie użyte w k.k. z 1969 r. — „odstąpienie od czynu”, ponieważ usiłowanie z istoty powinno być

<sup>92</sup> Por. np.: D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 88; A. Marek: *Prawo karne...*, s. 193; G. Rejman: *Zasady odpowiedzialności karnej...*, 2009, s. 297; A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 1999, s. 210—216, z tym że autor zamiennie posługuje się sformułowaniami „odstąpienie od dokonania” i „odstąpienie od usiłowania”; podobnie J. Giezek, w: *Prawo karne materialne...*, s. 239—240. Konsekwentnie o odstąpieniu od dokonania pisze A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 271, podobnie A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 780 i nast.

<sup>93</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 559. Jednocześnie autor, analizując przepis art. 25 k.k. z 1932 r., wskazuje, że dwa wymienione w nim zachowania — odstąpienie od działania oraz zapobieżenie powstaniu skutku — niweczą usiłowanie.

<sup>94</sup> M. Mozgawa, w: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*. Red. M. Mozgawa. Warszawa 2009, s. 53; W. Kotowski: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*. Warszawa 2009, s. 66.

<sup>95</sup> B. Kurzępa: *Kodeks wykroczeń...*, s. 60; T. Grzegorzczak, w: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*. Red. T. Grzegorzczak. Warszawa 2010, s. 66.

<sup>96</sup> *Nowe kodeksy karne — z 1997 r. z uzasadnieniami...*, s. 125.

odniesione do pojęcia dokonania<sup>97</sup>. R. Zawłocki słusznie zauważa, że odstąpienia od dokonania nie można utożsamiać z odstąpieniem od usiłowania. Jak wyjaśnia autor, sprawca musi bowiem zrezygnować ze swojego zamierzenia, którego przedmiotem jest stan przyszły, a nie obecny (usiłowanie). R. Zawłocki dodaje, że teoretycznie możliwe jest odstąpienie od usiłowania przy braku odstąpienia od dokonania, a sytuacja ta nie stanowi czynnego żalu w rozumieniu art. 15<sup>98</sup>.

*Prima facie* wydawać by się mogło, że ujęcie pierwszej formy czynnego żalu w kodeksie wykroczeń jest najlepsze. Sformułowanie bowiem „odstąpił od czynu” nie budzi wątpliwości, jako że zarówno usiłowanie, jak i dokonanie jest czynem. Nie można jednak nie zauważyć, że takie określenie postaci czynnego żalu zaciera różnicę czynnego żalu na etapie przygotowania i usiłowania. Czy jednak takie zróżnicowanie jest konieczne? I o ile nie ma to znaczenia — wobec niekaralności tego stadium — w prawie wykroczeń, o tyle rezygnacja w prawie karnym z takiego ujęcia wydaje się zupełnie zasadna. Czy zatem lepsze jest sformułowanie występujące w obecnym k.k. — „odstąpił od dokonania”? Przede wszystkim należy zauważyć, że „odstąpienie od dokonania” to jednak pewien skrót myślowy, mający oznaczać odstąpienie od **zamiaru** dokonania w przyszłości czynu zabronionego (samo dokonanie jest przyszłością). Sięgając po wykładnię językową, odnotować należy, że „odstąpić” to znaczy „wycofać się, zrezygnować z czegoś, zerwać z czym”<sup>99</sup>. W internetowym *Słowniku języka polskiego PWN* sformułowaniu „odstąpić, odstąpić” przyporządkowuje się następujące znaczenia: „1. »odejść na bok lub cofnąć się; odsunąć się, oddalić się«, 2. »wycofać się z czegoś, zrezygnować z czegoś, zerwać z czymś«, Odstąpić od umowy. Odstąpić od zamiaru, 3. »zrzec się czegoś na czyjąś korzyść; użyć, odprzedać, ustąpić«, 4. »obniżyć cenę, opuścić, ustąpić«, 5. przestarz. »zostawić kogoś samego, bez pomocy, opuścić kogoś”<sup>100</sup>. Warto zauważyć, że z czasownikiem „odstąpić” skorelowany jest przysłówek *jednocześnie*, a nie okolicznik *w przyszłości*. Aby mówić o czynności przyszłej, należy posłużyć się sformułowaniem „zamiar”, który obecny w chwili odstępowania jest łącznikiem z czynnością przyszłą — odstępuję od zamiaru zrobienia czegoś w przyszłości lub odstąpię od zrobienia czegoś w przyszłości. Rodzi się więc naturalne pytanie, czy lepszym rozwiązaniem nie byłoby więc posłużenie się sformułowaniem „odstąpił od zamiaru dokonania”. Takie rozwiązanie jednak zbyt mocno akcentuje stronę podmiotową (ograniczając, przynajmniej pozornie,

<sup>97</sup> P. Kardas, M. Rodzyńkiewicz: *Projekt kodeksu karnego w świetle opinii sądów i prokuratur (część pierwsza — zasady odpowiedzialności karnej, formy popełnienia przestępstwa)*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1995, 2 (194), s. 52—53.

<sup>98</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 636.

<sup>99</sup> *Mały słownik języka polskiego PWN*. Red. M. Szymczak. Warszawa 1995, s. 551.

<sup>100</sup> <http://sjp.pwn.pl/haslo.php?id=39347> [Dostęp: 1.03.2013 r.].

stronę przedmiotową). Ponadto mówienie o odstąpieniu od zamiaru dokonania również nie pozwala w zasadzie na zróżnicowanie — w warstwie językowej, definicyjnej — czynnego żalu na etapie przygotowania i usiłowania. Dlaczego więc, wobec dość powszechnie przyjętego zwyczaju, ustawodawca nie posługuje się w tekście ustawy sformułowaniem „odstąpienie od usiłowania” (skoro czyni to w uzasadnieniu)? Tym bardziej że w przepisie art. 17 § 1 mowa jest o odstąpieniu od przygotowania. Trafnie zauważa R. Zawłocki, że odstąpienie od usiłowania nie musi oznaczać całkowitej rezygnacji z dokonania czynu zabronionego. Stąd podkreślanie w piśmiennictwie i orzecznictwie strony przedmiotowej, wskazującej na całkowite (definitywne) poniechanie zamiaru **dokonania** czynu zabronionego<sup>101</sup>. A. Zoll zaznacza więc, że chociaż ustawa nie wymaga wprost odstąpienia od zamiaru popełnienia czynu zabronionego [a precyzyjniej — dokonania, ponieważ na etapie przygotowania czyn zabroniony już został popełniony — O.S.], a tylko odstąpienia od przygotowania, co oznaczałoby brak ostateczności odstąpienia, to jednak wprowadza dodatkowe warunki, które potwierdzają w przypadku przygotowania wolę ustawodawcy, aby odstąpienie od przygotowania równało się rezygnacji z zamiaru popełnienia czynu zabronionego<sup>102</sup>.

Wobec wskazanych braków wszystkich rozwiązań i nawiązując do strony przedmiotowej czynnego żalu, rozważyć należy podejście najbardziej radykalne — rezygnację z werbalizacji tej postaci czynnego żalu. Nie można przecież nie zauważyć, że w przypadku przestępnego współdziałania czynny żal w opisie normatywnym ograniczony został do zapobiegnięcia dokonaniu czynu zabronionego<sup>103</sup>. W myśl *opinio communis*, odstąpienie takie może polegać zarówno na samym odstąpieniu, jak i aktywnym zapobieżeniu, wykazania jednak wymaga w realiach konkretnej sprawy, że odstąpienie w sposób skuteczny uniemożliwiło

<sup>101</sup> Por. np.: A. Wąsek, w: *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 243; wyrok SN z 28.09.1970 r., IV KR 191/70. OSNKW 1971, 1, poz. 3 („Warunkiem przyjęcia bezkarności przygotowania jest realne i dostrzegalne z zewnątrz zachowanie się sprawcy, wskazujące jednoznacznie na odstąpienie od zamiaru dokonania przestępstwa”) oraz wyrok SN z 4.08.1971 r., I KR 82/71. OSNPG 1971, 12, poz. 230. LEX nr 16610 („Odstąpienie od przygotowania musi znaleźć wyraz w okolicznościach wskazujących na to, że odstępujący od przygotowania sprawca nie tylko sam nie ma zamiaru skorzysta z dokonanych już czynności przygotowawczych, lecz zapobiega wykorzystaniu ich przez inne osoby do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do dokonania przestępstwa”). Na gruncie k.w. G. Kasicki i A. Wiśniewski pisali, że sformułowanie „dobrowolnie odstąpił od czynu” oznacza, że sprawca nie tylko musi odstąpić od zamiaru popełnienia wykroczenia w danej chwili, ale że sprawca w ogóle musi się wyzbyć karygodnego zamiaru dokonania danego czynu — G. Kasicki, A. Wiśniewski: *Kodeks wykroczeń z komentarzem*. Warszawa 2002, s. 60.

<sup>102</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 285. Nie jestem co prawda pewna, na ile czytelnie ustawodawca rzeczywiście wolę tę uwewnętrznił, jednak jest to już problem innej natury.

<sup>103</sup> „Art. 23 § 1 — Nie podlega karze współdziałający, który dobrowolnie zapobiegł dokonaniu czynu zabronionego”.

dokonanie czynu zabronionego<sup>104</sup>. **Skoro więc, jak się wydaje, pojęcie „zapobieżenie skutkowi”** (mając na uwadze, że „zapobiec” oznacza „nie dopuszczenie do czegoś”, bez dookreślania jakiegokolwiek formy<sup>105</sup>) **jest szersze niż „odstąpienie od dokonania” i *de facto* każde prawnie relewantne odstąpienie jest jednocześnie zapobieżeniem skutkowi, zatem — być może — czynny żal przy usiłowaniu normatywnie do tej drugiej postaci mógłby być ograniczony. Oczywiście z tą zmianą, że byłaby mowa o zapobieżeniu dokonania, a nie skutkowi (co pozwoli na stosowanie tej postaci czynnego żalu również w stosunku do przestępstw formalnych)**<sup>106</sup>. Jak się wydaje, nieco podobne konsta-

<sup>104</sup> P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 430 i przytoczona tam literatura. Na tle art. 23 § 1 A. Wąsek pisał: „Jest to unormowanie jednolite w tym znaczeniu, że obejmuje ono obie postacie czynnego żalu: odstąpienie od współdziałania i zapobieżenie dokonaniu czynu zabronionego. Może być tak, że już samo odstąpienie od współdziałania (np. w wypadku współsprawstwa lub sprawstwa kierowniczego) spowoduje zapobieżenie dokonaniu czynu zabronionego przez inną osobę. Jeżeli jednak to nie jest wystarczające, współdziałający musi uczynić coś więcej, aby nie podlegać karze — musi czynnie przeciwstawić się dokonaniu czynu zabronionego przez osobę, z którą współdziałał”. — A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 1999, s. 291. Opierając się na tym poglądzie, SN słusznie skonstatował, że w pewnych sytuacjach już **samo odstąpienie** przez współdziałającego od współdziałania, jeżeli bez dalszego uczestnictwa tego współdziałającego dokonanie czynu nie będzie możliwe, **jest równoznaczne z zapobieżeniem dokonania czynu zabronionego** — wyrok SN z 26.08.2004 r., V KK 78/04. LEX nr 124995. Jak wskazywał A. Wąsek, przepis art. 15 § 1 projektu k.k. z 1994 r. stanowił, że „Nie podlega karze za usiłowanie, kto dobrowolnie odstąpił od dokonania, a w szczególności zapobiegł skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego”. Autor żałował, że takie unormowanie się nie ostało, gdyż — jak przekonywał — zapobieżenie skutkowi jest szczególną formą odstąpienia od dokonania, tj. dokonania przestępstwa skutkowego. Warto zaznaczyć, że krytycznej oceny proponowanego nowego brzmienia przepisu dokonali sędziowie i prokuratorzy, podnosząc zarzut błędnego sformułowania i proponując użycie spójnika „lub” między zwrotem „dobrowolnie odstąpił od dokonania” a zwrotem „zapobiegł skutkowi”, wyrażając aprobatę dla dotychczasowego brzmienia przepisu art. 13 (k.k. z 1969 r.). Autorzy opracowujący wyniki badań nie podzielili stanowiska ankietowanych, podkreślając, że zapobieżenie skutkowi jest szczególną formą odstąpienia od dokonania, tj. dokonania przestępstwa skutkowego — A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 1999, s. 210—211. Abstrahując póki co od powiązania czynnego żalu z podziałem przestępstw ze względu na skutek, stwierdzić należy, że była to propozycja godna ponownego rozważenia.

<sup>105</sup> *Słownik języka polskiego*. Red. M. Szymczak. Warszawa 1981, s. 945.

<sup>106</sup> A. Zoll wskazuje z kolei, że czynny żal przy przygotowaniu ograniczony został do odstąpienia ze względu na znaczną odległość dzielącą przygotowanie od dokonania — A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 285. Jednocześnie, jak zauważa M. Cieślak, stosując rozumowanie *a maiore ad minus*, należy przyjąć, że nie podlega karze także i ten sprawca przygotowania, który zapobiegł dokonaniu przestępstwa, co oznacza, że z czynnym żalem opisanym w przepisie art. 17 § 1 będziemy mieć do czynienia nawet wtedy, gdy sprawca zakończył czynności przygotowawcze (ale nie wszedł jeszcze w etap bezpośredniego zmierzania do dokonania) — M. Cieślak: *Polskie prawo karne*. Warszawa 1990, s. 384.

tacje czyni Ł. Pohl, chociaż ostatecznie dochodzi do innych wniosków *de lege ferenda*. Twierdzi bowiem: „Warto w miejscu tym wskazać na to, że w art. 15 § 1 k.k. przy ujmowaniu tej kwestii ustawodawca posłużył się sformułowaniem »odstąpił od dokonania«, które nie wydaje się [...] w pełni adekwatne dla przypadku skutecznego czynnego żalu sprawcy usiłowania nieukończonego. Wszak w sytuacji skutecznego czynnego żalu sprawcy usiłowania ukończonego sprawca ten, zapobiegając dobrowolnie skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego, również odstępuje od dokonania czynu zabronionego. Zwrot »odstąpił od dokonania czynu zabronionego« czyni więc zbędnym tę część art. 15 § 1 k.k., w której ewidentnie mówi się o czynnym żalu sprawcy usiłowania jedynie ukończonego. W związku z tym dobrze by było znowelizować art. 15 § 1 k.k., usuwając zeń wyrażenie »odstąpił od dokonania« i wstawiając w jego miejsce wyrażenie adekwatne dla przypadku skutecznego czynnego żalu sprawcy usiłowania nieukończonego, którym mógłby być zwrot »odstąpił od jego kontynuowania«. Art. 15 § 1 uzyskałby wtedy następujące brzmienie: Nie podlega karze za usiłowanie, kto dobrowolnie odstąpił od jego kontynuowania [...]»<sup>107</sup>. Zauważyć jednak należy, że rozwiązanie zaproponowane przez Ł. Pohla obciążone jest wspomnianą wcześniej wadą, tzn. odstąpienie od kontynuowania usiłowania nie musi oznaczać odstąpienia od zamiaru dokonania. Ponadto, nie widząc zasadności podziału na usiłowanie ukończone i nieukończone, trudno podzielić stanowisko o konieczności uwzględniania tego podziału w kształtowaniu — w warstwie leksykalnej — postaci czynnego żalu. W odwrotnym kierunku poszły rozważania Z. Kubca, który utrzymuje, że zarówno ten, kto odstępuje od działania, jak i ten, kto zapobiega powstaniu skutku, w istocie odstępują od usiłowania popełnienia (a raczej dokonania) przestępstwa<sup>108</sup>.

**Odstąpienie od dokonania** (w przeciwieństwie do zapobieżenia skutkowi) — jak niejednokrotnie wskazuje się w piśmiennictwie — odnosi się nie tylko do przestępstw materialnych, ale i formalnych. Nawiązując ponownie do zakwestionowanego przeze mnie podziału na usiłowanie ukończone i nieukończone, podkreśla się, że odstąpienie od dokonania wiąże się z etapem chronologicznie

<sup>107</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne...*, s. 205. Autor ten bardzo rygorystycznie rozdziela też semantyczne znaczenia pojęć „odstąpienie” i „zapobiegnięcie”, co skłoniło go do skierowania pod adresem ustawodawcy postulatów dotyczących rewizji ustawy — Ł. Pohl: *Charakterystyka i prawnokarne konsekwencje czynnego żalu według art. 298 § 2 kodeksu karnego*. W: *Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Aleksandrowi Tobisowi*. Red. B. Janiszewski. Poznań 2004, s. 199—209.

<sup>108</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 559. Z łatwością jednak można zauważyć, że posługując się na płaszczyźnie przepisu art. 25 k.k. z 1932 r. zbiorczą nazwą „odstąpienia od usiłowania” dla obu wymienionych w tym przepisie postaci, autor sam prowokuje niezręczności stylistyczne. Jednocześnie nie zgłasza wniosków *de lege ferenda* o uproszczeniu stosownego przepisu, który miałby operować wyłącznie pojęciem „odstąpienie od usiłowania”.

wcześniej, jest ono bowiem możliwe w przypadku usiłowania nieukończonego<sup>109</sup>. Zdaniem D. Gajdus, odstąpienie od usiłowania praktycznie zdarza się najczęściej przy przestępstwach z działania i wtedy polega na zaniechaniu dalszej działalności. Wspomniana autorka nie wyklucza jednak możliwości takiego odstąpienia w przypadku przestępstw z zaniechania<sup>110</sup>. Problem czynnego żalu w postaci odstąpienia w przypadku przestępstw formalnych zostanie omówiony odrębnie. Tutaj należy jedynie zasygnalizować, że w przypadku przestępstw formalnych nie zawsze wystarczy samo „klasyczne” odstąpienie, aby nie doszło do dokonania.

K. Tkaczyk zauważa, że w kwestii czynnego żalu odnośnie do usiłowania nie można wytyczyć generalnych zasad dotyczących odstąpienia sprawcy, gdyż w każdym przypadku powinno być ono oceniane w świetle indywidualnych okoliczności danego zdarzenia<sup>111</sup>. Nie budzi bowiem wątpliwości, że odstąpienie to musi wyrażać się w wymownym (tzn. uzewnętrznionym) akcie przekreślenia przestępczej działalności (przy świadomości faktycznej możliwości jego dokonania)<sup>112</sup>. Jak uściśla K. Tkaczyk, same deklaracje lub słowne twierdzenia sprawcy, które nie zostały poparte obiektywnie dostrzeganymi poczynaniami, nie są wystarczające do przyjęcia dobrowolnego odstąpienia. Dobrowolne odstąpienie, jak zaznacza wspomniana autorka, powinno przejawiać się w aktywnym działaniu sprawcy, przy czym nawet zaniechanie kontynuowania działalności przestępnej jest przejawem jego aktywności<sup>113</sup>. Nie kwestionując, oczywiście, przytoczonych uwag, zasygnalizować jedynie należy trudności dowodowe związane z tzw. usiłowaniem zaniechanym. Bardzo często bowiem ani fakt usiłowania, ani odstąpienia od niego nie jest postrzegalny. Jednak zasada bezkarności w przypadku usiłowania zaniechanego powoduje, że nierozpoznany zaniechany czyn zabroniony nie spotka się z reakcją karną, czyli ostatecznie z konsekwencją przewidzianą w ustawie. Jedyną słabością takiego rozwoju zdarzeń będzie brak oceny, czy zaniechanie dokonania rzeczywiście było dobrowolne, co jednak nie pogarsza sytuacji prawnej sprawcy usiłowania. Niepokojąca zatem *prima facie* wydawała się teza wyroku SA w Szczecinie, w myśl której „zaprzestanie zadawania ciosów pokrzywdzonemu nie ma charakteru odstąpienia od czynu zabronionego, albowiem stanowi zakończenie realiza-

<sup>109</sup> Por. np.: A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX. T. 1. Komentarz do art. 1–116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 271; J. Giezek: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz.* Red. J. Giezek..., s. 132.

<sup>110</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 88. Nieaktualne są już zastrzeżenia podnoszone na tle brzmienia przepisu art. 25 k.k. z 1932 r., w którym mowa była o odstąpieniu od działania — por. np. Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 560.

<sup>111</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 155.

<sup>112</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 89.

<sup>113</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 153. Por. też A. Stefański: *Dobrowolne odstąpienie...*, s. 114, który — chyba zbędnie — podkreśla, że zewnętrzne zachowanie przy odstąpieniu winno pojawić się, mimo że samo odstąpienie ma charakter subiektywny.



cji zamiaru jego popełnienia, bez względu na to, czy dokonanie rzeczywiście nastąpiło<sup>114</sup>. Jednak sięgnięcie do uzasadnienia judykatu pozwala na inną jego ocenę. Sąd ten w rzeczywistości bowiem stwierdził, że pokrzywdzony „»W. obficie krwawił przede wszystkim z głowy i nie dawał oznak życia«. Słusznie zatem Sąd ten przyjął, że zaprzestanie zadawania ciosów pokrzywdzonemu nie miało, jak chce tego apelujący, charakteru odstąpienia od czynu zabronionego, albowiem stanowiło zakończenie realizacji zamiaru jego popełnienia, bez względu na to, czy dokonanie rzeczywiście nastąpiło. Po zaprzestaniu bicia pokrzywdzonego oskarżony nie wykazał zainteresowania jego losem, a skutek w postaci śmierci był mu obojętny. Jego dalsze działania były nastawione wyłącznie na to, by nieprzytomnego pokrzywdzonego jak najszybciej usunąć ze swojego mieszkania<sup>115</sup>.

Odrębną kwestię stanowi odstąpienie przez sprawcę nie tyle od zamiaru dokonania czynu zabronionego, ile zaniechanie określonego sposobu działania stanowiącego znamię typu kwalifikowanego. Zdaniem SA w Gdańsku, „Nie może być mowy o czynnym żalu w postaci odstąpienia od dokonania czynu zabronionego, a w konsekwencji o uzyskaniu przez sprawcę bezkarności, gdy jedynie zaniechał on określonego sposobu działania, stanowiącego przesłankę typu kwalifikowanego. Jeśli więc oskarżony w sposób świadomy zrezygnował z posługiwania się w trakcie rozboju niebezpiecznym przedmiotem, jednakże działał przez cały czas zdarzenia w kierunku realizacji zamierzonego celu, czyli dokonania kradzieży przy użyciu środków, o których mowa w art. 280 § 1 k.k., to nie sposób przyjąć, że miał miejsce czynny żal obejmujący zarówno dobrowolne odstąpienie od dokonania, jak i dobrowolne zapobieżenie skutkowi przestępnemu<sup>116</sup>. W przytoczonej sytuacji zatem nie tyle nastąpiło odstąpienie od zamiaru dokonania czynu zabronionego, ile jedynie pewna jego modyfikacja, która dalej — z punktu widzenia norm prawa karnego — jest naganna i może (oprócz oczywiście innych okoliczności) stanowić podstawę prawnokarnego wartościowania. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przypadku innych modyfikacji zamiaru sprawcy, który to zamiar wciąż obejmuje realizację ustawowych znamion, być może innego już typu (np. podstawowego lub uprzywilejowanego) lub innej typizacji. Na przykład sprawca pierwotnie miał zamiar zabrać cudzą rzecz ruchomą przedstawiającą znaczną wartość (art. 294 § 1), ostatecznie jednak poprzestał na zabraniu rzeczy niemającej takiej wartości (art. 278 § 1). Jak się wydaje, do tej grupy zaliczyć należy sytuację sprawcy, który pierwotnie miał zamiar zabić pokrzywdzonego (art. 148 § 1), ostatecznie jednak stwierdził, że „wystarczy” spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu

<sup>114</sup> Wyrok SA w Szczecinie z 9.01.2013 r., II AKa 236/12. LEX nr 1271983.

<sup>115</sup> Ibidem.

<sup>116</sup> Wyrok SA w Gdańsku z 23.03.2000 r., II AKa 47/00. OSA 2002, 2, poz. 13.

(art. 156 § 1). **Będą to więc szczególne postaci usiłowania kwalifikowanego, charakteryzujące się tym, że dokonanie innego czynu objęte jest zamiarem bezpośrednim, o ile zmiana zamiaru nastąpiła dobrowolnie.** Jak zatem powinny wyglądać konsekwencje zachowania sprawcy? Brak karalności za pierwotnie zamierzony czyn (w powołanych przykładach za rozbój kwalifikowany, kradzież mienia znacznej wartości, zabójstwo), przy równoczesnej karalności za zrealizowanie zmodyfikowanego zamiaru (rozbój typu podstawowego, kradzież typu podstawowego, ciężki uszczerbek na zdrowiu). W podobnym tonie wypowiada się P. Palka: „Normatywne powiązanie zabójstwa i zgwałcenia nie wyklucza zastosowania wobec każdego z analizowanych zachowań instytucji czynnego żalu w przypadku dobrowolnego odstąpienia od ich dokonania, jak również — zapobieżenia skutkowi stanowiącemu zniemię czynu zabronionego. Można to zezemplifikować sytuacjami, kiedy pierwotnym zamiarem sprawcy było doprowadzenie osoby do zgwałcenia, ale w trakcie brutalnego przełamania jej oporu traci ona życie, w wyniku czego sprawca odstępuje od realizacji zaplanowanego czynu”<sup>117</sup>. Abstrahując od oceny trafności samego przykładu, oczywiście trudno nie zgodzić się z autorem, że w sytuacji opisanej w przepisie art. 148 § 2 pkt 2 zgwałcenie może przybrać formę dokonaną przy usiłowanym zabójstwie, jak też dokonane zabójstwo może łączyć się z usiłowanym zgwałceniem, co otwiera drogę do rozważenia konstrukcji przewidzianej w art. 15 § 1.

Druga postać czynnego żalu określona w przepisie art. 15 § 1 to **zapobieżenie skutkowi stanowiącemu zniemię czynu zabronionego**. Zatem postać ta musi *de lege lata* dotyczyć wyłącznie przestępstw materialnych (znamiennych skutkiem)<sup>118</sup>. Również i w tym przypadku czynnego żalu ustawodawca nie stawia żadnych wymogów odnośnie do sposobu zachowania zapobiegającego powstawaniu skutku, co oznacza, że w grę wchodzi każde zachowanie, które faktycznie doprowadziło do tego, że skutek nie nastąpił<sup>119</sup>. Z treści przepisu art. 15 § 2 wynika jedynie, że podjęte działania, aby skutkowały bezkarnością, muszą być skuteczne. Zdaniem J. Makarewicza, tego rodzaju działania to — najogólniej rzecz ujmując — środki paraliżujące przyczynowość<sup>120</sup>. D. Gajdus wskazuje, że czynny żal w tej postaci musi przybrać kształt pozytywnej przeciwwakcji. Sprawca po wykonaniu ostatniej czynności wykonawczej (jako że zdaniem wspomnianej autorki zapobieżenie jest możliwe tylko w wypadku usiłowania ukończonego) może nie dopuścić do wystąpienia skutku przestępnego tylko w ten sposób, że w razie dokonania czynności uruchamiającej siły przyrody podejmuje celowe przeciwdziałanie, mające zapobiec zamierzonemu przedtem

<sup>117</sup> P. Palka: *Zabójstwo w związku ze zgwałceniem — jako kwalifikowany typ zabójstwa*. „Prokuratura i Prawo” 2005, 10, s. 28. Por. też T. Rydzek: *Zabójstwa na tle seksualnym i ich sprawcy*. „Problemy Kryminalistyki” 1968, 73, s. 314—315.

<sup>118</sup> Por. np. A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 789.

<sup>119</sup> Ibidem.

<sup>120</sup> J. Makarewicz: *Kodeks karny...*, s. 85.

skutkowi i rzeczywiście temu skutkowi zapobiega<sup>121</sup>. Zatem, według J. Giezka, chcąc okazać czynny żal (a zdaniem tego autora jest nim tylko zapobieżenie), trzeba aktywnie przeciwdziałać naruszeniu dobra prawnego; konieczna staje się ingerencja sprawcy w łańcuch kauzalny<sup>122</sup>, a czynny żal — według opinii SN — musi przejawiać się aktywnością — działaniem sprawcy zdającego sobie sprawę z możliwości zaistnienia skutku, który na pewnym etapie nie chce już jednak, aby ów skutek nastąpił<sup>123</sup>.

Rozpoznając przesłanki skutecznego czynnego żalu skutkującego bezkarnością, nie można pominąć szczególnej przesłanki tej postaci czynnego żalu (tj. zapobieżenia) wskazywanej w piśmiennictwie, jaką jest kauzalne powiązanie między zachowaniem sprawcy a brakiem skutku. Jak wskazuje K. Tkaczyk, z obiektywnego punktu widzenia konieczne jest wykazanie, że niedokonanie czynu stanowiło konsekwencję podjętych przez odstępującego czynności<sup>124</sup>. J. Giezek uważa, że o skuteczności czynnego żalu nie decyduje bowiem samo niewystąpienie skutku, lecz mające określoną wartość kauzalną zapobieżenie jego wystąpieniu przez sprawcę<sup>125</sup>. Antycypując przyszłe rozważania, dodajmy jednak — w sytuacji, **gdy samo odstąpienie jest niewystarczające dla niewystąpienia dokonania**. Trudno więc zgodzić się z A. Korus, że podjęcie celowych i właściwych działań zapobiegawczych przez sprawcę, które okazały się zupełnie niepotrzebne, „należy traktować w rzeczywistości jako odwrócenie skutku przestępnego”<sup>126</sup>. W tym przypadku zabrakło bowiem powiązania kauzalnego. Dobrodziejstwo czynnego żalu w postaci bezkarności jednak nie zostaje uchylone, do braku dokonania bowiem wystarczyło samo zaniechanie kontynuowania działalności.

<sup>121</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 95.

<sup>122</sup> J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., s. 132—134.

<sup>123</sup> Postanowienie SN z 8.09.2006 r., II KK 10/05. LEX nr 157547.

<sup>124</sup> Por. np. K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 162.

<sup>125</sup> J. Giezek: *Kodeks karny. Część ogólna*. Red. J. Giezek..., s. 136. Pogląd taki podziela A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 791.

<sup>126</sup> A. Korus: *Glosa do wyroku SN z dnia 17 marca 1975 r., V KR 411/74*. OSP 1977, 3, poz. K 58, s. 139. Autorka z aprobatą odniosła się do wyroku SN, którego teza prezentuje się następująco: „O czynnym żalu decyduje wewnętrzne nastawienie sprawcy, które można odczytać z jego zachowania. Jeżeli czynności podjęte dla zapobieżenia skutkowi przestępnemu nie są tylko demonstracją sprawcy, ale wynikają z jego przekonania, że skutek przestępny rzeczywiście zagraża oraz z pragnienia odwrócenia tego skutku, a ponadto są z tego punktu widzenia celowe i właściwe — to istnieje pełna podstawa do uznania ich za przejaw czynnego żalu niezależnie od tego, czy do skutku przestępnego nie doszło dzięki tym czynnościom, czy z innej przyczyny [podkreśl. O.S.]. Rozstrzygające znaczenie ma tu bowiem strona subiektywna — porzucenie zamiaru dokonania przestępstwa” — wyrok SN z 17.03.1975 r., V KR 411/74. OSP 1977, 3, poz. K 58, s. 137. LEX nr 20877.

W zagadnienie powiązania kauzalnego wpisuje się cała problematyka **udziału osób trzecich** w czynnym żalu sprawcy. Już sam projektodawca podkreślał, że „według tego kodeksu, sposób zapobiegnięcia nie ma znaczenia, jak również nie jest istotne, czy usiłujący zapobiegł dokonaniu czynu zabronionego sam, czy też umożliwił innym osobom takie zapobiegnięcie”<sup>127</sup>. Ilustracją tego stanowiska może być wyrok SA w Łodzi, który w pełni oddaje intencje projektodawcy. Zgodnie z brzmieniem judykatu, „Z opinii medycznej wynika, że tylko dzięki wezwaniu pogotowia i udzieleniu pokrzywdzonemu pomocy medycznej w warunkach szpitalnych uratowano mu życie. Nie ulega wątpliwości, że oskarżony po zadaniu nożem ciosu pokrzywdzonemu, gdy zobaczył krew na jego ubraniu, obudził śpiącego w tym czasie w mieszkaniu Tymona O., który był w posiadaniu telefonu komórkowego, i poprosił go o wezwanie pogotowia. Takie zachowanie oskarżonego, będące przejawem pragnienia odwrócenia skutku przestępczego, całkowicie wyczerpuje znamiona zachowania przewidzianego w drugiej części art. 15 § 1 k.k., tj. zapobieżenia skutkowi przestępczemu. Dlatego oskarżony nie podlega karze za usiłowanie zabójstwa i odpowiedzialność jego została ograniczona do rzeczywiście spowodowanego skutku, a więc do ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, co stanowi przestępstwo z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. i tylko za ten czyn należało wymierzyć oskarżonemu karę”<sup>128</sup>. Podobne konkluzje można znaleźć w orzecznictwie SN (odnoszące się również do poprzedniego stanu prawnego)<sup>129</sup> oraz w wypowiedziach przedstawicieli doktryny (w tym również na gruncie poprzedniego stanu prawnego)<sup>130</sup>. W. Radecki na tle poprzedniego stanu prawnego motywował, że jeżeli ustawa chce wprowadzić warunek, że zapobieżenie skutkowi musi być wynikiem własnego działania sprawcy, to czyni to wyraźnie, jak np. w art. 141<sup>131</sup>. K. Tkaczyk postuluje dodatkowo, aby problem udziału osób trzecich w akcie czynnego żalu rozstrzygać na podstawie ustalenia

<sup>127</sup> *Nowe kodeksy karne — z 1997 r. z uzasadnieniami...*, s. 125—126.

<sup>128</sup> Wyrok SA w Łodzi z 6.05.2008 r., II AKa 62/08. LEX nr 517112. Na marginesie jedynie warto odnotować stanowisko nauki niemieckiej w tym zakresie. Otóż, mimo że niemiecki k.k. nie wymaga *expressis verbis* osobistego działania sprawcy, część doktryny niemieckiej wyraża pogląd, że w przypadku zapobieżenia wystąpieniu skutku przestępczego przez osobę trzecią wyłączone zostaje wobec sprawcy uchylenie karalności na podstawie § 24 ust. 1 tego kodeksu, a rozważać można jedynie przypadek bezskutecznego czynnego żalu — K. Tkaczyk: *Institucja czynnego żalu...*, s. 163.

<sup>129</sup> Wyrok SN z 19.08.1974 r., I KR 35/74. OSNKW 1974, 12, poz. 225; wyrok SN z 3.12.2007 r., II KK 199/07. LEX nr 353335.

<sup>130</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 94; A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. (art. 1—31)..., s. 216; J. Giezek: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz...*, s. 134; A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 277.

<sup>131</sup> W. Radecki: *Prawne i moralne oceny...*, s. 21. Artykuł 141 k.k. z 1969 r.: „W wypadkach określonych w art. 136—140 sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary albo odstąpić od jej wymierzenia, jeżeli sprawca własnym działaniem w całości lub w części odwrócił grożące niebezpieczeństwo”.

intencji sprawcy. Autorka ta wskazuje, że jeżeli sprawca zwraca się o pomoc w zapobieżeniu wystąpienia skutku do osoby trzeciej, mając szczerą intencję niedopuszczenia do wywołania negatywnego następstwa czynu, a z okoliczności wynika, że zapobieżenie skutkowi przez samego sprawcę byłoby znacznie utrudnione lub całkiem niemożliwe, to takie zachowanie należy uznać za przejaw skutecznego czynnego żalu, pod warunkiem, że skutek rzeczywiście nie nastąpił<sup>132</sup>. Wydaje się, że zabieg taki jest zbędny, a sam zamiar przesądza po prostu o dobrowolności, stanowiąc inną, niezależną przesłankę. Jednocześnie, zdaniem J. Wojciechowskiego, jeżeli sprawca wzniecił ogień, potem starał się go tłumić, z początku nieskutecznie, następnie zaś do akcji włączyły się inne osoby, które pożar ugasiły, to mamy do czynienia ze staraniami sprawcy o zapobiegnięcie skutkowi i jest to przesłanka do nadzwyczajnego złagodzenia kary<sup>133</sup>. Inaczej konkluduje K. Tkaczyk, która twierdzi, że w sytuacji, gdy osoba trzecia bez wiedzy sprawcy zapobiega skutkowi, a z podjętych przez sprawcę — niezależnie od działań osoby trzeciej — czynności można wywnioskować, że są właściwe w danych okolicznościach do zapobieżenia wystąpienia skutku, można uznać taką postawę za skuteczny czynny żal. Nie można — jak wyjaśnia dalej autorka — „karać” sprawcy za to, że osoba trzecia wyprzedziła go w podjęciu czynności zapobiegających wystąpieniu negatywnego następstwa<sup>134</sup>. Z takim poglądem jednak trudno się zgodzić i to z kilku powodów. Kara wymierzona sprawcy jest karą za usiłowanie, a brak możliwości zastosowania przepisu art. 15 § 1 nie jest karą (dodatkową?) za działania osób trzecich, a jedynie konsekwencją opieszałości sprawcy. Warto przypomnieć o szczególnym uzasadnieniu instytucji czynnego żalu połączonego z bezkarnością. To względy opłacalności społecznej sprawiają, że oferujemy sprawcy bezkarność za nienaruszenie dobra prawnego. Aktualność tej oferty upada, gdy z innych przyczyn określonemu dobru prawnemu niebezpieczeństwo naruszenia już nie grozi. I to sprawca musi ponosić ryzyko, że nie zdąży „własnoręcznie” (tzn. z własnej inicjatywy, chociaż niekoniecznie samodzielnie) zapobiec skutkowi lub poprosić o pomoc.

Na marginesie rozważań o stronie przedmiotowej czynnego żalu zauważyć jeszcze należy, że wymogi przewidziane w przepisie art. 23 (odnoszące się do bezkarności związanej z czynnym żalem przy współdziałaniu przestępnym) wcale nie są „bardziej rygorystyczne” niż te przewidziane w przepisie art. 15<sup>135</sup>. Wymóg uzyskania bezkarności jest taki sam — brak dokonania. Rzeczywiście, przepis art. 13 § 1 wskazuje dwie postaci usiłowania, które należy rozumieć jako dwa alternatywne wymogi umożliwiające zastosowanie tej instytucji, co

<sup>132</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 163.

<sup>133</sup> J. Wojciechowski: *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*. Warszawa 2002, s. 49.

<sup>134</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 163—164.

<sup>135</sup> Por. wyrok SO w Katowicach z 20.10.2005 r., II AKa 355/05 (KZS 2006, 4, poz. 47) z pozytywną oceną A. Zolla, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 273.

może sprawiać wrażenie, że sytuacja sprawcy dopuszczającego się usiłowania jest korzystniejsza niż dobrowolne zapobieżenie dokonaniu czynu zabronionego przez osobę współdziałającą — w tym wypadku bowiem ustawodawca przewidział wyłącznie jedną przesłankę. Jednak — jak wcześniej wykazano — również na gruncie art. 23 § 1 wystarczające jest wyłącznie odstępianie (do czego nawiązuje zresztą przywołane orzeczenie SO w Katowicach). Nie ma jednak wątpliwości, że ze względu na konfigurację wieloosobową w konkretnym stanie faktycznym rzeczywiście może być trudniej zapobiec skutkowi.

„Tradycyjnie” wskazuje się, że przepis art. 131 § 1 stanowi *lex specialis* wobec art. 15 § 1<sup>136</sup>, a stosowanie **art. 15 znajduje ograniczenie** w stosunku do niektórych wymienionych w ustawie przestępstw. W przepisie art. 131 § 1 bezkarność za usiłowanie dokonania czynów zabronionych określonych w przepisach art. 127 § 1, art. 128 § 1 bądź w art. 130 § 1 lub 2, oprócz dobrowolnego poniesienia dalszej działalności zmierzającej do dokonania tych czynów, wymaga ujawnienia wobec organu powołanego do ścigania przestępstw wszystkich istotnych okoliczności popełnionego czynu<sup>137</sup>. Zaznaczyć więc należy, że o ile warunki/przesłanki bezkarności określone w art. 15 § 1 wskazane są alternatywnie<sup>138</sup> i wystarczy zrealizowanie jednego z nich (o ile wiązać się to będzie z brakiem dokonania), o tyle przy wybranych typizacjach dodatkowy warunek ma charakter kumulatywny — musi zaistnieć obok braku dokonania. Uzasadnieniem zaostrzonej polityki kryminalnej i karnej w tym zakresie jest charakter i wartość dobra, jakim jest Rzeczypospolita Polska oraz podstawy jej ustroju politycznego i gospodarczego<sup>139</sup>. Ponadto specyfika wymienionych w przepisie art. 131 przestępstw, ich fenomenologia sprawia, że ustawodawca ma świadomość, że poniesienie określonej działalności przez sprawcę nie gwarantuje bezpieczeństwa dobra prawnego, które zagrożone być może nie tyle przez współsprawców, ile przez innych sprawców — uczestników większej grupy mającej na celu dokonanie przestępstw określonych w przepisie art. 131. Zastosowany przez ustawodawcę mechanizm ma pozwolić także na „poznanie metod i form pracy obcego wywiadu, jego organizacji, systemu szkolenia i łączności, zakresu zainteresowań, metodologii opracowywania wiadomości i ich wykorzystania”<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> J. Wojciechowska, w: *Zbrodnie wojenne. Przestępstwa przeciwko pokojowi, państwu i obronności. Rozdział XVI, XVII, XVIII kodeksu karnego. Komentarz*. Red. M. Fleming, J. Wojciechowska. Warszawa 1999, s. 148. Podobnie: P. Hofmański, w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Filar. Warszawa 2010, s. 650 oraz P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 2. Red. A. Zoll. Warszawa 2008, s. 104.

<sup>137</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 239.

<sup>138</sup> W znaczeniu nieco dalej wskazanym.

<sup>139</sup> Por. np. S. Hoc, w: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 3. (art. 117—363). Red. O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski. Gdańsk 1999, s. 28.

<sup>140</sup> S. Hoc: *Szpiegostwo w nowym kodeksie karnym*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1998, 1—2, s. 35.

Powstaje jednak **pytanie, czy rzeczywiście art. 131 § 1 odnosi się do usiłowania określonych przestępstw**. Istotnie, przepis stanowi bowiem: „nie podlega karze za usiłowanie przestępstwa określonego...”. J. Wojciechowska zaznacza, że bezkarność dotyczy usiłowania, a nie dokonania przestępstw sty-pizowanych w art. 131 § 1, dlatego też w przypadku przestępstw określonych w przepisach art. 127 § 1 i art. 128 § 1, które nie mają charakteru skutkowego, należy szczególnie staranie rozróżnić usiłowanie i dokonanie, w jednym i drugim przypadku mamy bowiem do czynienia z brakiem skutku przestępczego<sup>141</sup>. Pogląd ten w całej rozciągłości podziela m.in. S. Hoc<sup>142</sup>. Z kolei zdaniem P. Hofmańskiego, ze względu na formalny charakter przestępstw wymienionych w art. 131 § 1, niewymagających nastąpienia opisanego w ustawie skutku, bezkarność usiłowania tych przestępstw związana jest z taką fazą aktywności przestępnej, która nie osiągnęła jeszcze stadium wypełnienia przez zachowanie się sprawcy wszystkich znamion danego typu czynu zabronionego<sup>143</sup>. Dość enigmatycznie brzmi konstatacja P. Hofmańskiego, zdaniem którego „w przypadku przestępstwa spisku antypaństwowego sprawca korzysta z czynnego żalu w formie przewidzianej w art. 131 § 1, gdy dopuścił się przestępstwa w formie usiłowania. Ponieważ jednak przestępstwo z art. 127 § 1 samo w sobie zostało ujęte jako *sui generis* usiłowanie, mamy tu do czynienia ze swoistą konstrukcją usiłowania usiłowania”<sup>144</sup>.

Z istotą tego problemu zmierzyła się po części jedynie K. Tkaczyk<sup>145</sup>. Odnotowała ona bowiem, że kontrowersyjną kwestią było początkowo objęcie przepisem art. 131 § 1 działalności szpiegowskiej. Jak wskazuje wspomniana autorka, uznawano bowiem, że nie można zaniechać czegoś, co zostało ukończone, zatem przekroczenie przez sprawcę stadium usiłowania ukończonego i usiłowanie wzięcia udziału w działalności obcego wywiadu stanowi dokonanie przestępstwa szpiegostwa i nie zasługuje w żadnym przypadku na uchylenie karalności<sup>146</sup>. Abstrahując od poszukiwania uzasadnienia dla takiego rozwiązania<sup>147</sup>, któremu autorka poświęciła dalsze rozważania, zwrócić należy uwagę

<sup>141</sup> J. Wojciechowska, w: *Zbrodnie wojenne...*, s. 148. Pogląd ten został powtórzony później: J. Wojciechowska, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 117–221*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Warszawa 2010, s. 82.

<sup>142</sup> S. Hoc: *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*. Opole 2002, s. 95 i nast. oraz Idem: *Czynny żal sprawców niektórych przestępstw przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2002, 2, s. 37.

<sup>143</sup> P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 2. Red. A. Zołł..., s. 106.

<sup>144</sup> P. Hofmański, w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Filar..., s. 650–651.

<sup>145</sup> Wydaje się bowiem, że wobec zasadniczo odmiennego stanu prawnego w tym zakresie, uwagi poczynione przez D. Gajdusa są nieaktualne — por. D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 125–145.

<sup>146</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 157–158.

<sup>147</sup> Por. W. Kubala: *O niektórych kwestiach dobrowolnego poniechania działalności szpiegowskiej*. „Problemy Kryminalistyki” 1978, 131, s. 73.

na jej mimochodem poczynioną uwagę. Pisze ona bowiem: „W literaturze podkreśla się, iż dokonanie szpiegostwa następuje zasadniczo w momencie »wzięcia udziału w działalności obcego wywiadu przeciwko RP«. Niekiedy jednak sprawca »biorący udział« staje się »usiłującym« dokonania szpiegostwa, jeżeli zmierza bezpośrednio do udzielenia wywiadowi informacji, których przekazanie może wyrządzić RP szkodę. W tej ostatniej sytuacji, pomimo dokonania *de facto* przestępstwa w postaci szpiegostwa z § 1, sprawca może zostać potraktowany jako osoba usiłująca przekazać wiadomość, do której w zakresie »przekazywania wiadomości« stosuje się art. 131 § 1 pkk [polskiego kodeksu karnego — O.S.]. Nie oznacza to jednak, że w przypadku poniesienia »przekazania« i ujawnienia tego faktu przed organem ścigania nie poniesie odpowiedzialności za samo »branie udziału«. Ten typ czynu zabronionego został bowiem dokonany, a bezkarność dotyczy tylko czynu objętego zamiarem okazania czynnego żalu, ale jeszcze niedokonanego»<sup>148</sup>.

Wydaje się, że poszukując odpowiedzi na postawione na wstępie pytanie — czy rzeczywiście art. 131 § 1 odnosi się do usiłowania określonych przestępstw — zdiagnozować najpierw należy dwa problemy. Po pierwsze, wskazane w treści przepisu art. 131 § 1 typizacje to w rzeczywistości usiłowanie i przygotowanie podniesione do rangi dokonania, co wiąże się z problemem możliwości usiłowania w myśl art. 13 § 1. Kwestia ta została już wcześniej omówiona, jednak art. 13 § 1 nie wprowadza ograniczeń formalnych co do usiłowania tego rodzaju czynów, a z treści art. 131 § 1 wprost można odczytać możliwość usiłowania tego rodzaju czynów. Po drugie, wskazane typizacje — art. 127 § 1, art. 128 § 1 oraz art. 130 § 1 — kryminalizują podejmowanie działalności lub branie udziału w działalności. Jedynie w myśl przepisu art. 130 § 2 do dokonania, oprócz brania udziału lub działania na rzecz obcego wywiadu, konieczne jest udzielanie wiadomości. Jak się wydaje, odrzucić należy interpretację, że sformułowanie „działanie” ma inne znaczenie w przepisach art. 127 § 1, art. 128 § 1 oraz art. 130 § 1, a inne w przepisie art. 131 § 1. Mając bowiem świadomość, że — wyjątkowo — ustawodawca może nadać temu samemu sformułowaniu różne znaczenia nawet w tym samym akcie prawnym, nie ma wątpliwości, że taka sytuacja nie może wystąpić w sąsiadujących przepisach, a co ważniejsze, powiązanych z sobą funkcjonalnie. Oznacza to, że podjęcie wskazanej w przepisach działalności jest dokonaniem przestępstwa określonego w art. 127 § 1, art. 128 § 1 oraz art. 130 § 1. Ponadto gdyby przepis art. 131 § 1 po prostu przywołał konstrukcję usiłowania z części ogólnej (przez wskazanie numeracji artykułu lub jego powtórzoną w części treść), można by mówić o odstąpieniu od zamiaru przyszłej działalności na etapie usiłowania podjęcia takowej (np. w trakcie szukania kontaktu). Jednak przepis art. 131 § 1 wyraźnie stanowi: „poniechał **dalszej** działalności”, co musi oznaczać, że sprawca już taką dzia-

<sup>148</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 157, przyp. 58.



łałość podjął, a zatem mamy do czynienia z czynnym żalem po dokonaniu. Jednocześnie wskazanie, że nie podlega karze za usiłowanie musi oznaczać, że przepis ten (w zakresie dotyczącym czynów określonych w art. 127 § 1, art. 128 § 1 oraz art. 130 § 1) **jest wewnętrznie sprzeczny**. Widzę tylko jedno rozwiązanie — ustawodawca, wiedząc, że wskazane typizacje są usiłowaniami (podniesionymi do rangi dokonania), dopuszcza czynny żal, mimo realizacji wszystkich ustawowych znamion jako czynny żal właśnie przy usiłowaniu, stawiając jednak, ze względu na charakter chronionego dobra, szczególne, dodatkowe warunki. Mam świadomość, że przeczy temu nieco stylizacja, która — przy zaproponowanym rozumieniu — winna być następująca: „Nie podlega karze za przestępstwa określone w art. 127 § 1, art. 128 § 1 lub art. 130 § 1, kto dobrowolnie poniechał dalszej działalności...”. Powstaje, oczywiście, pytanie, co z pozostałymi przestępstwami *sui generis*, czy brak analogicznych do nich regulacji nie wyłącza możliwości czynnego żalu. W przypadku zaproponowanej interpretacji treści przepisu art. 131 § 1 odpowiedź jest prosta: brak stosownej regulacji dotyczącej czynnego żalu oznacza, że ustawodawca nie przewidział dodatkowych warunków bezkarności. Przyznać jednak muszę, że propozycja wykładni przepisu art. 131 § 1 jest dość karkołomna i skonstatować należy, że *de facto* chyba **nie ma zasadniczo czynnego żalu „kwalifikowanego” („obostrzonego” w stosunku do art. 15 § 1), ten z art. 131 § 1 dotyczy czynnego żalu podokonaniowego z fatalną stylizacją (sprzeczną wewnętrznie)**. Uprawnione zatem staje się pytanie, czy przepis art. 131 § 1 odnoszący się do czynów określonych w art. 127 § 1, art. 128 § 1 oraz art. 130 § 1 jest przepisem obowiązującym. Swoistym argumentem na poparcie tezy o „podokonaniowym” charakterze czynnego żalu przewidzianego w art. 131 § 1 (odnośnie do pierwszych trzech typizacji) jest konstrukcja czynnego żalu przewidziana z uwagi na uczestniczenie w zorganizowanej grupie lub związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego (art. 258 i 259). Warunkiem bezkarności jest bowiem odstępianie od udziału w grupie lub związku i ujawnienie wszystkich istotnych okoliczności. W doktrynie nie zgłasza się wątpliwości co do tezy, że jest to czynny żal po dokonaniu<sup>149</sup>. Co prawda, w końcowej części przepisu art. 259 ustawodawca alternatywnie wskazuje dla uzyskania bezkarności przesłankę zapobiegnięcia popełnieniu zamierzonego przestępstwa, jednak nie zmienia to charakteru czynnego żalu. Samo bowiem przestępstwo wzięcia udziału w grupie przestępnej zostało **już dokonane**, przesłanka zapobieżenia odnosi się — co oczywiste — do przestępstwa planowanego w ramach działalności tej grupy. Trudno zatem podzielić pogląd S. Hoca, że konstrukcje prawne przestępstw przewidzianych w rozdziale XVII kodeksu są poprawne i nie nasuwają wątpliwości

<sup>149</sup> Por. np. *ibidem*, s. 231—251.

interpretacyjnych<sup>150</sup> (chyba że przy dokonywaniu oceny oddzielimy typizację od konstrukcji przepisu art. 131 § 1). Wymogi rzetelnej legislacji (a przede wszystkim logicznej) **spełnia więc jedynie fragment przepisu art. 131 § 1 odnoszący się do czynu określonego przepisem art. 130 § 2**, ponieważ tylko w tym przypadku poniechanie dalszej działalności jest możliwe na etapie usiłowania. Wydaje się więc, że ustawodawca, po podjęciu decyzji co do polityki karnej, winien niezwłocznie materię obejmowaną zakresem przepisu art. 131 § 1 uporządkować. Rozważyć zatem należy, czy nie byłaby właściwsza technika legislacyjna zastosowana w kodeksie karnym z 1969 r.<sup>151</sup>

Poczynione ustalenia, odmawiające racji bytu przepisowi art. 131 § 1 w zakresie trzech spośród czterech wskazanych typizacji, upoważniają do zadania (na marginesie) pytania, czy regulacje przewidziane w przepisie art. 131 § 1 dotyczą też nieskutecznego czynnego żalu. Kwestia ta będzie przedmiotem rozważań w dalszej części niniejszej monografii (poświęconej tej postaci czynnego żalu).

W tej części rozważań należy poczynić jeszcze jedną uwagę. Analiza przepisu art. 15 § 1 bardzo często skłania autorów do konstatacji, że w celu wyłączenia karalności usiłowania wymagane jest **alternatywnie odstąpienie od dokonania albo zapobieżenie skutkowi** stanowiącemu znamię czynu zabronionego<sup>152</sup>. I rzeczywiście literalne brzmienie przepisu mogłoby to sugerować. Należy jednak zaznaczyć, że podstawową przesłanką jest brak dokonania, który — **w zależności od okoliczności** — wymagać będzie jedynie odstąpienia bądź zapobieżenia skutkowi. Zatem w danych okolicznościach sprawca zasadniczo nie ma wyboru i z jego perspektywy o alternatywie nie może być mowy. Nie może się więc ekskulpować, twierdząc, że odstąpił od dokonania, jak chce przepis ustawy, wskazując alternatywnie przesłanki bezkarności, jeśli takie zachowanie nie wystarczyło do uniknięcia dokonania. Nieuprawnione jest zatem stanowisko, w myśl którego spełnienie chociażby jednej z dwóch przesłanek wymienionych w art. 15 § 1 k.k. oznacza w praktyce bezkarność sprawcy usiłowania popełnienia czynu zabronionego, a na gruncie głosowanego orzeczenia — bezkarność osoby, która usiłowała popełnić zabójstwo<sup>153</sup>.

<sup>150</sup> S. Hoc: *Kształtowanie się odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko państwu*. W: *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*. T. 2. Red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel. Warszawa 2012, s. 1148.

<sup>151</sup> Por. np. treść przepisu art. 128 § 3 k.k. z 1969 r., zgodnie z którym: „W razie usiłowania zbrodni określonej w art. 122, 123, 124 § 1 lub 2, w art. 126 § 1 lub w art. 127 przepisy art. 13 stosuje się tylko wtedy, gdy sprawca ponadto zawiadomił organ powołany do ścigania przestępstw o wszystkich istotnych okolicznościach popełnionego czynu”.

<sup>152</sup> Por. np. L. Wilk, w: *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa...*, s. 162.

<sup>153</sup> B. Kurzępa: *Glosa do wyroku s.apel. z dnia 6 marca 2003 r., II AKa 454/02*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2004, 3, s. 154.

Analiza strony przedmiotowej czynnego żalu zmusza do podjęcia jeszcze jednej zasadniczej kwestii (pojawiającej się już w rozważaniach wcześniejszych). Bezkarność zapewniona sprawcy mocą przepisu art. 15 § 1 aktualizuje się wyłącznie na etapie usiłowania (i zastrzeżenie to odnosi się zarówno do odstąpienia od dokonania, jak i zapobieżenia skutkowi). Treść przepisu art. 17 § 1 (z racji ustanowienia podobnego mechanizmu na etapie karalnego przygotowania) zwalnia z rozważań znaczenia ustalania granicy między przygotowaniem a usiłowaniem w kontekście czynnego żalu. Natomiast brak — w tradycyjnym znaczeniu — ogólnej instytucji czynnego żalu po dokonaniu, jego zawężony zakres przedmiotowy i o wiele mniej korzystne konsekwencje dla sprawcy<sup>154</sup> sprawiają, że za niezwykle istotny element czynnego żalu na etapie usiłowania uznać należy „górną granicę czasową” czynnego żalu uregulowanego w przepisie art. 15 § 1 i 2. Nie ma oczywiście wątpliwości, że cezurę czasową skorzystania z przywileju bezkarności stanowi dokonanie<sup>155</sup>. Pierwsza chwila dokonania przekreśla możliwość zastosowania przepisu art. 15. Na tym jednak kończą się kwestie niebudzące wątpliwości. Pojawiają się bowiem dwa już wcześniej omówione zasadnicze problemy, które na tle czynnego żalu generują ogromne komplikacje.

Pierwszy z nich dotyczy rozpoznania decyzji ustawodawcy co do karania za samo zachowanie lub dopiero za wywołany tym zachowaniem skutek; mówiąc krótko, chodzi o rozpoznanie, czy dany typ czynu zabronionego jest przestępstwem formalnym, czy też materialnym. Problem ten najlepiej ilustruje pytanie, czy sprawca, który poniechał zamiaru rozpijanania małoletniego (art. 208) i zaprzestał podawania mu alkoholu, może liczyć na bezkarność jako konsekwencję czynnego żalu. Wszystko zależy od tego, czy „rozpijananie małoletniego” uznamy za ustawowy skutek zachowania sprawcy<sup>156</sup>. Jeśli tak, to jak długo do samego rozpicia nie doszło, tak długo sprawca może wykazać się czynnym żalem i skorzystać z jego konsekwencji. Gdyby jednak przyjąć, że przestępstwo to ma charakter formalny i już samo podawanie alkoholu jest jego dokonaniem, zaprzestanie dalszego podawania nie spełnia wymogów przewidzianych dla skutecznego czynnego żalu.

---

<sup>154</sup> Por. np.: O. Górniok: *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*. Toruń 1997, s. 90—92; R. Zawłocki: *Naprawienie szkody jako podstawa uchylenia albo złagodzenia karania za przestępstwo gospodarcze*. W: *Karnomaterialne i procesowe aspekty naprawienia szkody*. Red. Z. Cwiąkowski, G. Artymiak. Warszawa 2010, s. 156—187; O. Sitarz: *Funkcje i znaczenie przepisu art. 295 § 1 k.k.* W: *Karnomaterialne i procesowe aspekty...*

<sup>155</sup> Z wyjątkiem — chciałoby się rzec — sytuacji określonej w przepisie art. 131 § 1; chociaż chyba trudno mówić tu o wyjątku, po prostu ta konstrukcja nie mieści się w zakresie czynnego żalu na etapie usiłowania.

<sup>156</sup> Por. np. O. Sitarz: *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym na tle postanowień Konwencji o prawach dziecka*. Katowice 2004, s. 107—108 i przytoczony tam przegląd stanowisk.

Drugi problem dotyczy wyłącznie przestępstw materialnych i związanej z nimi trudności z precyzyjnym wytyczeniem momentu dokonania przy niektórych typizacjach (np. kradzieży, zgwałcenia). Zdaniem G. Rejman, chyba właśnie problem ze wskazaniem momentu dokonania przestępstwa zgwałcenia stał się powodem błędnej interpretacji znamienia „dobrowolności” przez Z. Papierkowskiego. Według wspomnianej autorki, sprawca, rezygnując z obcowania płciowego z pokrzywdzoną, nie może korzystać z bezkarności, nie dlatego, że jego rezygnacja była niedobrowolna (ponieważ była dobrowolna), ale dlatego, że doszło już do dokonania przestępstwa z art. 2—3 k.k. z 1932 r.<sup>157</sup> Egzemplifikacją tego problemu niech będzie pytanie o karnoprawne konsekwencje zmiany zamiaru przywłaszczenia sobie cudzej rzeczy po uprzednim schowaniu jej do torby czy też szafki, będąc na terenie sklepu lub fabryki. Czy odłożenie wcześniej schowanego towaru uprawnia do skorzystania z bezkarności *via* art. 15 § 1, czy jedynie stwarza możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia na mocy art. 295 § 1? Dość ryzykowną tezę w związku z sygnalizowanymi trudnościami ustalenia momentu, do którego w toku usiłowania odstąpienie od niego jest możliwe (a zaznaczyć trzeba, że autor tym pojęciem obejmuje zarówno samo odstąpienie, jak i zapobieżenie) stawia Z. Kubec. Uważa bowiem, że pomocne jest rozróżnianie usiłowania ukończonego i nieukończonego<sup>158</sup>. Twierdzenie takie, w świetle poczynionych ustaleń na temat zasadności i wartości podziału usiłowania na ukończone i nieukończone, jest całkowicie niesłuszne. W związku z poruszonymi problemami jedynym sensownym postulatem *de lege ferenda* wydaje się apel o stanowienie prawa na tyle przejrzystego, aby tego rodzaju wątpliwości się nie pojawiały. Ustawodawca może bowiem tak skonstruować ustawowe znamiona, by w sposób niebudzący wątpliwości oddały politycznokryminalny zamysł co do granic kryminalizacji<sup>159</sup>.

Zagadnienie czasu w konstrukcji czynnego żalu skłania do podjęcia jeszcze jednego wątku. W piśmiennictwie nie budzi zastrzeżeń pogląd, że z zapobieżeniem skutkowi nie musi łączyć się natychmiastowa akcja<sup>160</sup> prowadzona lub zainicjowana przez sprawcę. Jednocześnie należy podkreślić, że ryzyko, w znaczeniu karnoprawnych konsekwencji, że kto inny samorzutnie zapobiegnie skutkowi lub dojdzie do dokonania, ponieść musi sam sprawca. Uzasadnie-

<sup>157</sup> G. Rejman: *W kwestii dobrowolnego odstąpienia od usiłowania*. „Nowe Prawo” 1969, 3, s. 438—439.

<sup>158</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 564.

<sup>159</sup> Por. np. wspomniany już „apel” A. Zolla odnośnie do zmiany brzmienia przepisu art. 231 — A. Zol1: *Przy kawie o karnym*. Odc. 2 — *Uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 24.01.2013 r.*, I KZP 24/12, z 28.02.2013 r. Dostępne w Internecie: <http://www.czipk.pl/2013/02/20/karne-przy-kawie/> [Dostęp: 11.03.2013 r.].

<sup>160</sup> A. Zol1, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zol1..., s. 277.

niem bowiem i przesłanką bezkarności przewidzianej w przepisie art. 15 § 1 jest wyłącznie (intencjonalny) brak dokonania; stanowi niejako warunek brzegowy zastosowania przewidzianej w nim instytucji.

Dodatkowego ustalenia odnośnie do czasu wymaga czynny żal określony w art. 131 § 1 (przynajmniej w zakresie odnoszącym się do czynu określonego w przepisie art. 130 § 2). Zdaniem S. Hoca, ujawnienie wszystkich istotnych okoliczności czynu powinno nastąpić do chwili wniesienia aktu oskarżenia<sup>161</sup>. Autor ten przytacza też pogląd A. Marka, który wskazywał, że w zasadzie ujawnienie powinno być dokonane do czasu zakończenia postępowania przygotowawczego, ale wobec milczenia ustawy w tej kwestii formalnie nie ma przeszkód, aby zostało ono dokonane przed podjęciem rozstrzygnięcia w sprawie, tj. przed zakończeniem rozprawy głównej<sup>162</sup>. Słusznie zatem podkreśla P. Kardas, że art. 131 § 1 nie określa momentu, do którego nastąpić ma ujawnienie przez sprawcę wszystkich istotnych okoliczności popełnionego czynu. Wspomniany autor dodaje, że ustawa nie wymaga, aby ujawnienie tych okoliczności następowało jednocześnie z poniechaniem dalszej działalności, nie ogranicza także tego czasu do momentu wszczęcia postępowania<sup>163</sup>.

Swoiste podsumowanie analizy strony przedmiotowej skutecznego czynnego żalu stanowi dość banalna konstatacja, że dla zastosowania przywileju przewidzianego w przepisie art. 15 § 1 ostateczne znaczenie ma brak dokonania. Zatem podejmowane wielokrotnie próby zapobieżenia skutkowi, w tym obiektywnie nieskuteczne, jeśli zakończyły się pozytywnie — brakiem dokonania, to uprawniają do bezkarności sprawcy usiłowanego przestępstwa.

Od wejścia w życie k.k. z 1969 r.<sup>164</sup> polski ustawodawca premiuje również sprawcę, który podjął działania związane z czynnym żalem, jednak okazały się one nieskuteczne. W takiej sytuacji polskie prawo — w myśl art. 15 § 2 obecnego k.k. — przewiduje możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary<sup>165</sup>. Wydaje się, że to właśnie instytucja **nieskutecznego czynnego żalu** ujawnia *de facto* najsilniej kryminalno-polityczny rodowód czynnego żalu. Przesłanką fakultatywnego nadzwyczajnego złagodzenia kary jest bowiem — mimo wyrażonego uszczerbku w określonym dobru — postawa sprawcy manifestująca

<sup>161</sup> S. Hoc: *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 99.

<sup>162</sup> A. Marek: *Komentarz do kodeksu karnego. Część szczególna (?)*. Warszawa 2000 (?), s. 29, cyt. za: S. Hoc: *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 99.

<sup>163</sup> P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 2. Red. A. Zoll..., s. 107.

<sup>164</sup> Zmianę taką sygnalizuje np. Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 568.

<sup>165</sup> O kształcie i znaczeniu nieskutecznego czynnego żalu w niemieckim, szwajcarskim i austriackim prawie karnym zob. K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 165—167. Jak wskazuje autorka, w prawie szwajcarskim, włoskim i ukraińskim brak analogicznych regulacji.

odstąpienie od powziętego wcześniej nagannego zamiaru sprawcy. Taka konstrukcja ma być bodźcem dla każdego sprawcy — i tego, który wierzy w skuteczność swojej przeciwalki, jednak wie, że w razie niepowodzenia może liczyć na nadzwyczajne złagodzenie kary, i tego, który wątpi w skuteczną możliwość zapobieżenia skutkowi — w obu przypadkach sprawcom „opłaca się” podjąć działania dla ratowania zagrożonego (własnym zachowaniem) dobra. Ustawodawca zatem ogranicza swoje *ius puniendi* nawet w przypadku podjęcia przez sprawcę starań zapobiegających skutkowi, nie „czekając” na pozytywny efekt takich zabiegów.

Stylizacja językowa przepisu art. 15 § 2<sup>166</sup>, wskazująca na zapobieżenie skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego, nie może budzić wątpliwości, że nieskuteczny czynny żal odnosi się wyłącznie do przestępstw materialnych<sup>167</sup>. Mając jednak na uwadze wcześniejsze rozważania o złożonej naturze niektórych przestępstw formalnych<sup>168</sup>, postawić należy problem nieskutecznego zapobieżenia dokonania przestępstwa formalnego i jego karnoprawnej oceny — np. sprawcy nie udało się „zatrzymać” wysłanego wcześniej znieważającego listu, mimo podjętych w tym zakresie starań. Ponieważ ostatecznie doszło do dokonania, za ten etap *iter delicti* sprawca musi być pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a wszelkie nadzwyczajne modyfikacje co do kary prowadzone być mogą jedynie na podstawie przepisu art. 60 § 2 ust. 2 *in fine*. Jego brzmienie, a w związku z tym i zakres oraz relacja w stosunku do art. 15 § 2 budzą pewne wątpliwości<sup>169</sup>, do których jeszcze przyjdzie wrócić, niemniej jest to swoistego rodzaju furta, o ile przyjmiemy szerokie rozumienie szkody, o której wspomina przepis art. 60 § 2. Pamiętać też należy, że w przepisie art. 60 § 2 ust. 2 zapobieżenie szkodzie, „wkomponowane” w ocenę postawy sprawcy, nie wymaga jednocześnie dobrowolności. Poruszając się jednak w obszarze *de lege ferenda*, postulować należy taką modyfikację przepisu art. 15 § 2, aby była w nim mowa **o zapobieżeniu dokonania**. Zaproponowana formuła jest pełniejsza, nawiązuje do istoty czynnego żalu, a przede wszystkim pozwala uwzględnić różne, nawet bardzo nietypowe, sytuacje. Będzie też sporym ułatwieniem, umożliwia-

<sup>166</sup> Artykuł 15 § 2. „Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do sprawcy, który dobrowolnie starał się zapobiec skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego”. Bardzo podobnie brzmiał analogiczny przepis art. 13 § 2 k.k. z 1969 r. — „Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary do sprawcy, który dobrowolnie starał się zapobiec skutkowi przestępnemu”.

<sup>167</sup> Por. R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 640.

<sup>168</sup> Jak wcześniej zaznaczono, oprócz przestępstw formalnych w czystej postaci, w których chwila dokonania wyznaczona jest przez moment podjęcia zabronionego działania lub niepodjęcia nakazanego działania, wymienia się także, których istnienie wymaga dodatkowych czynników — uczestnictwa innych osób lub pewnego przedmiotu wykonawczego.

<sup>169</sup> J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary w polskim systemie prawa karnego (analiza dogmatyczna w ujęciu materialnoprawnym)*. Kraków 2008, s. 196—205.

jącym zastosowania prawnych konsekwencji przewidzianych w przepisie art. 15 § 2, przy kontrowersjach co do oceny skutkowości lub bezskutkowości danej typizacji.

W piśmiennictwie sygnalizowane są też wątpliwości, czy karnoprawne konsekwencje nieskutecznego czynnego żalu dotyczą tylko zapobieżenia skutkowi, czy również odstąpienia od dokonania. K. Daszkiewicz, jeszcze na gruncie k.k. z 1969 r., stała na stanowisku, że brak wzmianki o odstąpieniu w treści przepisu art. 13 § 2 k.k. z 1969 r. jest efektem przeoczenia redakcyjnego, a stosowną korekturę przeprowadzić można albo na podstawie analogii, albo na podstawie regulacji ogólnych odnoszących się do nadzwyczajnego złagodzenia kary<sup>170</sup>. Do poglądu tego przychylił się W. Radecki<sup>171</sup>. Problemu zdaje się nie dostrzegać G. Rejman, bez wahania twierdząc, że jeżeli sprawca podjął bezskutecznie czynności prowadzące do odstąpienia od usiłowania lub zapobieżenia skutkowi, to sąd może skorzystać z nadzwyczajnego złagodzenia kary<sup>172</sup>. Są to jednak poglądy odosobnione. Zdaniem D. Gajdusa, jeżeli sprawca starał się odstąpić od usiłowania, a nie udało mu się z tego względu, że jego zachowanie zaczęło wprowadzać w życie skutki, to jedyną formą czynnego żalu, jaki może okazać, jest (skuteczne lub bezskuteczne) staranie się o odwrócenie tych skutków. Jak podkreśla wspomniana autorka, ryzyko związane z nastąpieniem przestępnych skutków obciąża całkowicie sprawcę<sup>173</sup>. W podobnym duchu wypowiada się K. Tkaczyk<sup>174</sup>. Pojawia się jednak pytanie, czy problem ten w ogóle ma znaczenie praktyczne. Jeśli bowiem przyjmiemy — jak uczyniono wcześniej w niniejszym opracowaniu — że o odstąpieniu jako przesłance bezkarności (art. 15 § 1) można mówić **wyłącznie** wtedy, gdy wystarczy poniesienie pochołu przestępstwa — zakończył się kauzalny ciąg zdarzeń, który sprawca swoim zachowaniem uruchomił (przestępstwa z działania) lub którego nie uruchomił, ale miał obowiązek go zakończyć (przestępstwa z zaniechania), to trudno w ogóle mówić o nieskutecznym odstąpieniu. Gdyby bowiem odstąpienie okazało się nieskuteczne, oznaczałoby to, że źle rozpoznana została rzeczywistość, stąd też przedsięwzięto nieadekwatne środki (zaniechano przeciwakcji) lub zachowanie sprawcy miało charakter pozorny. W obu sytuacjach problem ma zupełnie inny charakter i odnosi się do strony podmiotowej czynnego żalu. Zarówno ta konstatacja, jak i wcześniejsze wykazanie bezzasadności podziału usiłowania na ukończone i nieukończone pozwalają — jak się wydaje — ograniczyć się do

<sup>170</sup> K. Daszkiewicz: *Nadzwyczajne złagodzenie kary...*, s. 43.

<sup>171</sup> W. Radecki: *Prawne i moralne oceny...*, s. 22.

<sup>172</sup> G. Rejman: *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 301.

<sup>173</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 96. Tak też: A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 2005, s. 235 oraz M. Mozgawa, w: *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*. Red. M. Mozgawa. Warszawa 2010, s. 53.

<sup>174</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 165.

odnotowania faktu, że zdaniem Ł. Pohla nieskuteczny czynny żal dotyczy tylko usiłowania ukończonego<sup>175</sup>. Podobny pogląd sformułowała K. Tkaczyk<sup>176</sup>.

O wiele istotniejszym problemem są rzeczywiste lub domniemane **dodatkowe wymogi w stronie przedmiotowej, stawiane sprawcy nieskutecznie zapobiegającemu skutkowi**. Odnotować bowiem należy, że w warstwie językowej przepisu art. 15 § 2 brak jest wymogu istotności podjętych przez sprawcę zachowań zapobiegawczych. Jednocześnie odnotować należy, że w piśmiennictwie takie sformułowanie *expressis verbis* się pojawia<sup>177</sup>. Inni autorzy, wypowiadając się o wymogach strony przedmiotowej nieskutecznego czynnego żalu, wskazują na odmienne szczególnie cechy tego zachowania. I tak A. Zoll pisze o właściwych czynnościach z punktu widzenia celu, jakim jest zapobiegnięcie skutkowi<sup>178</sup>. K. Tkaczyk, przytaczając poglądy A. Zolla, dodaje, że zastosowanie premii zależy od stopnia zaangażowania się sprawcy w zapobieżenie skutkowi oraz wykorzystania wszystkich możliwych w danych warunkach środków i sposobów niedopuszczenia do naruszenia dobra prawnego<sup>179</sup>. Z kolei R. Zawłocki zaznacza, że ustawodawca nie wprowadza wymogu, aby starania sprawcy były odpowiednie („udolne”) do obiektywnych potrzeb w zakresie uchylenia karalnego skutku, ale nie mogą mieć charakteru tak irracjonalnego, że negują zamiar zapobieżenia skutkowi<sup>180</sup>. Zdaniem L. Tyszkiewicza, sprawca może liczyć na nadzwyczajne złagodzenie kary, jeśli zrobił wszystko, aby zapobiec skutkowi<sup>181</sup>. Natomiast A. Liszewska wskazuje, że na decyzję o nadzwyczajnym złagodzeniu powinien mieć wpływ przede wszystkim stopień zaangażowania sprawcy w działania zmierzające do odwrócenia skutku, a nie obiektywna ocena „udolności” podejmowanych starań. Opierając się na orzecznictwie SN, autorka ta stawia tezę, że ocena starań czyniona być winna z perspektywy „pozytywnej postawy sprawcy”. Ostatecznie A. Liszewska dochodzi do wniosku, że ten subiektywizm w podejściu do oceny starań o zapobieżenie skutkowi pozwala na znacznie szersze stosowanie przepisu art. 15 § 2 niż przepisu art. 15 § 1. I o ile przy bezkarności usiłowania, oprócz elementów podmiotowych, istotne znaczenie ma obiektywny kausalny związek między zachowaniem sprawcy a zapobiegnięciem skutkowi, o tyle o zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary de-

<sup>175</sup> Ł. Pohl: *Prawo karne...*, s. 206.

<sup>176</sup> K. Tkaczyk: *Institucja czynnego żalu...*, s. 165—167.

<sup>177</sup> *Ibidem*, s. 165.

<sup>178</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX. T. 1. Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 278.

<sup>179</sup> K. Tkaczyk: *Institucja czynnego żalu...*, s. 167.

<sup>180</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna. T. 1. Komentarz do artykułów 1—31.* Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 640—641.

<sup>181</sup> L. Tyszkiewicz, w: *Kodeks karny. Komentarz.* Red. M. Filar..., s. 68.



cyduje — zdaniem wspomnianej autorki — subiektywne nastawienie sprawcy<sup>182</sup>. Zatem część doktryny stoi na stanowisku, że ustawodawca nie kreuje żadnych dodatkowych wymogów w stronie przedmiotowej dla sprawcy nieskutecznego czynnego żalu, nadając szczególne znaczenie stronie podmiotowej.

Zauważyć przeto należy, że konstrukcja przewidziana w przepisie art. 15 § 2 ma charakter wyjątkowy, nawet na tle wyjątkowej instytucji czynnego żalu. Czyni bowiem swoiste ustępstwa „ponad miarę” dla sprawcy, który ostatecznie wyrządził szkodę, którą pierwotnie miał zamiar wyrządzić. **Przepis art. 15 § 2 (podobnie jak art. 15 § 1) nie ma jednak służyć sprawcy przestępstwa, a pokrzywdzonemu.** Z pewnością, wobec braku efektu przedsięwzięć podjętych po popełnieniu przez sprawcę przestępstwa w postaci braku dokonania, ustawodawca potrzebuje innego filtra, który pozwoli wyeliminować z zakresu nieskutecznego czynnego żalu działania pozorne; instrumentu, który zmusi sprawcę do działań jak najkorzystniejszych dla pokrzywdzonego. Zatem — siłą rzeczy — nie wystarczyłby w ustawie zapis „podjął działania w celu zapobiegnięcia skutkowi”. Funkcję limitującą w tym zakresie pełni sformułowanie „starać się”, w tym bowiem pojęciu zawarte są dodatkowe wymogi strony przedmiotowej. Owe „istotność”, „udolność” itp. zawierają się w znaczeniu czasownika „starać się”. *Słownik języka polskiego* podaje, że „starać się” oznacza „usiłować zrobić coś najlepiej”<sup>183</sup>. Zatem jak w takim kontekście oceniać należy zachowania sprawcy zmierzającego do zapobiegnięcia skutkowi? Czy fakultatywność złagodzonej karnoprawnej reakcji oraz dość szerokie jej nowe granice pozwalają na uwzględnienie stopnia staranności sprawcy? Należy jednak zauważyć, że w innych miejscach ustawy pojawia się sformułowanie „istotne starania”. Na przykład nie podlega karze za przygotowania ten, kto w razie wejścia w porozumienie z inną osobą w celu popełnienia czynu zabronionego dobrowolnie od niego odstąpił, a nadto podjął **istotne starania** zmierzające do zapobieżenia dokonaniu (art. 17 § 1). Podobne zastrzeżenia przewiduje przepis art. 131 § 2. Oznacza to, że ustawodawca przewiduje i takie starania, które muszą być istotne. Stawia więc czasami wymagania jeszcze surowsze, chociaż muszą pojawiać się wątpliwości dwojakiego rodzaju: 1) czy rzeczywiście same starania mogą być istotne (w świetle słownikowej interpretacji tego pojęcia)<sup>184</sup> oraz 2) czy zasadne jest stawianie surowszych wymagań nieskutecznego czynnego żalu (w niektórych jego postaciach) na etapie przygotowania. Niemniej analiza

<sup>182</sup> A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 791—792 i przytoczone tam orzecznictwo SN.

<sup>183</sup> *Słownik języka polskiego...*, s. 320.

<sup>184</sup> Wątpliwości co do nieostrego pojęcia „istotne starania” zgłaszali (oceniając projekt k.k.) już sędziowie i prokuratorzy. Autorzy opracowania „wyjaśnili” jednak, że projekt świadomie zaostrza kryteria przy współdziałaniu, wymagając by starania były nie tylko dobrowolne, ale i istotne — P. Kardas, M. Rodzyńkiewicz: *Projekt kodeksu karnego w świetle opinii sądów i prokuratur...*, s. 53.

treści przepisu art. 17 § 1 oraz art. 131 § 2 pozwala na zgłoszenie postulatu *de lege lata*, że wskazywane w doktrynie i orzecznictwie wymogi stawiane sprawcy w kontekście przepisu art. 15 § 2 nie mogą być tak wysokie, aby znaczeniowo wpisywały się w zakres „istotnego starania”. Reasumując, z pewnością na gruncie art. 15 § 2 nieuprawnione jest sformułowanie „istotne starania”, chociaż posługuje się nim sam projektodawca<sup>185</sup>.

Na tle rozważanych zagadnień pojawia się jeszcze jedna wątpliwość. Jakiej karnoprawnej oceny zachowania sprawcy należy dokonać, gdy powód nieskuteczności czynnego żalu leży poza „winą” sprawcy? Na przykład wezwany przez sprawcę usiłowania zabójstwa lekarz zlekceważył obowiązek i ostatecznie doszło do śmierci pacjenta. Oczywiście, fakultatywność karnoprawnych konsekwencji przewidzianych w przepisie art. 15 § 2 nie zwalnia ani sądu, ani doktryny z odpowiedzi na to pytanie. *Prima facie* wydawać by się mogło, że — nawiązując do przytoczonej wcześniej tezy o ryzyku sprawcy przestępstwa — niemożliwe jest zastosowanie przepisu art. 15 § 2. Jednak przeprowadzona analiza nie pozwala *a priori* na wyeliminowanie tej regulacji z karnoprawnych rozważań odnośnie do oceny zachowania sprawcy, o czym szerzej w części niniejszej monografii poświęconej znaczeniu błędu i jego karnoprawnych konsekwencji.

Poczynione ustalenia, odmawiające racji bytu przepisowi art. 131 § 1 w zakresie trzech, spośród czterech, wskazanych typizacji, nie zwalniają od poszukiwania odpowiedzi na pytanie o relację między przepisem art. 131 § 1 a przepisem art. 15 § 2. Należy bowiem zauważyć, że figura czynnego żalu w przepisie art. 131 § 1 została skonstruowana „samodzielnie”, niezależnie — bez przywoływania przepisu art. 15 (§ 1 lub § 1 i 2). Pojawiają się więc pytania: 1) czy ustawodawca w ogóle chce premiować nieskuteczny czynny żal (a więc czy przepis art. 15 § 2 ma zastosowanie w przypadku czynów określonych w art. 127 § 1, art. 128 § 1 i art. 130 § 1 i 2) oraz 2) czy dodatkowy wymóg czynnego żalu przy przestępstwach przeciwko państwu — ujawnienie wiadomości — też musi być zachowany w ramach czynnego żalu nieskutecznego (np. sprawca „ujawnił” wiadomości zbyt późno i zabrakło temu zachowaniu cechy nowości), czy też można uznać brak ujawnienia właśnie za nieskuteczny czynny żal. Wydawać by się mogło, że politycznokryminalne uzasadnienie czynnego żalu (w tym nieskutecznego), a więc szczególnie akcentowana funkcja ochronna, przy równoczesnej wadze dóbr chronionych przepisami art. 127, 128 i 130 pozwala na przyjęcie nieskutecznego czynnego żalu także w odniesieniu do przestępstw przeciwko państwu. Jednak odrębność regulacji związanych z przeddokonaniowym czynnym żalem w tej grupie czynów zabronionych, jej komplementarność, czego dowodem jest przywołanie w treści przepisu art. 131 § 1, przepisu art. 17 § 2, każe przypuszczać, że **nie ma zastosowania co do wymienionych typizacji czynny**

<sup>185</sup> *Nowe kodeksy karne — z 1997 r. z uzasadnieniami...*, s. 126.

**żal określony w art. 15 § 2.** Warto jednocześnie odnotować, że brak szczególnej regulacji odnoszącej się do nieskutecznego czynnego żalu nie jest zjawiskiem zupełnie nowym — k.k. z 1932 r. w ogóle nie znał instytucji nieskutecznego czynnego żalu, podobnie w kodeksie wykroczeń przewidziane są konsekwencje jedynie dla skutecznego czynnego żalu (art. 11 § 4 k.w.). Nieskuteczny czynny żal w obszarze przestępstw określonych w art. 127 § 1, art. 128 § 1 oraz art. 130 § 1 i 2 może ewentualnie podlegać karnoprawnej ocenie na płaszczyźnie przepisu art. 60 § 2 ust. 2. Zaznaczyć jednak trzeba, że ten ostatni przepis mówi o zapobiegnięciu skutkowi, co wobec formalnego charakteru większości przywołanych typizacji (oprócz określonej w art. 130 § 2) sprawia, że instytucja nadzwyczajnego złagodzenia kary przewidziana w przepisach części ogólnej znajdzie bardzo ograniczone zastosowanie. Problem drugi, wobec przyjęcia, że przepis art. 15 § 2 nie ma zastosowania w przypadku czynnego żalu określonego w art. 131 § 1, się dezaktualizuje. Natomiast wspomniany przepis art. 60 § 2 ust. 2 ma znaczenie wyłącznie w stosunku do przestępstwa określonego w art. 130 § 2. Zatem to sąd każdorazowo będzie musiał dokonać oceny, czy podjęcie przez sprawcę kwalifikowanego szpiegostwa starań zapobiegających skutkowi, przy równoczesnym braku ujawnienia istotnych okoliczności czynu, stanowi szczególnie uzasadniony przypadek, w którym nawet najniższa kara przewidziana za to przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa ze względu na postawę sprawcy.

## 2. Podmiot okazujący czynny żal

Wobec dość ograniczonego zakresu czynnego żalu uregulowanego w przepisie art. 15 kwestie związane z **podmiotem** tej konstrukcji będą miały charakter porządkowy i sygnalizacyjny. Nie ma bowiem wątpliwości, że przepis art. 15 odnosi się wyłącznie do usiłowania popełnionego w formie jednosprawstwa. W przypadku współuczestnictwa w przestępstwie (np. w formie współsprawstwa) ustawodawca przewidział odrębną regulację — przepis art. 23, zgodnie z którą nie podlega karze współdziałający, który dobrowolnie zapobiegł dokonaniu czynu zabronionego<sup>186</sup>. Powstaje jednak pytanie, czy usiłujący podżegać (przy przyjęciu — niekoniecznie słusznie — że dopuszczalne jest „krzyżowanie

<sup>186</sup> Por. np. wyrok SN z 26.08.2004 r., V KK 78/04. LEX nr 124995, zgodnie z którym: „Na podstawie art. 23 § 1 k.k. nie podlega karze podżegający inną osobę do współdziałania w dokonaniu czynu zabronionego, który zamierza popełnić, jeśli dobrowolnie odstąpi od dokonania i zapobiegnie dokonaniu tego czynu. W takim wypadku nie znajduje zastosowania art. 22 k.k., przewidujący zredukowaną odpowiedzialność karną podżegającego w sytuacji, gdy czynu zabronionego tylko usiłowano dokonać albo w ogóle nie usiłowano go dokonać”.

form stadialnych i współdziałania przestępnego<sup>187</sup>), w razie odstąpienia od niedokonanego podżegania (niezależnie od przyjętej koncepcji co do skutkowości podżegania<sup>188</sup>), korzysta z czynnego żalu statuowanego przez przepis art. 23 czy też art. 15? Zdaniem A. Liszewskiej, należy przyjąć, że w sytuacji, gdy zachowanie pomocnika lub podżegacza jest jeszcze w stadium usiłowania, należy stosować przepis art. 15, ponieważ — jak zaznacza wspomniana autorka — trudno sobie wyobrazić spełnienie warunku zapobieżenia dokonaniu czynu przez sprawcę w sytuacji, gdy podżegacz dopiero próbuje go nakłonić, a pomocnik usiłuje udzielić pomocy. Dlatego, jak zaznacza A. Liszewska, należy przyjąć, że odstąpienie od usiłowania podżegania i pomocnictwa jest w takim wypadku warunkiem wystarczającym do niepodlegania karze<sup>189</sup>. Podobny postulat zgłoszony został przez K. Tkaczyk, która w uzasadnieniu podaje, że konstrukcyjny charakter niesprawczych form współdziałania prezentowany przez przepis art. 18 § 2 i 3, zerwanie z akcesoryjnością oraz traktowanie ich jako odrębnych rodzajowo odmian czynów zabronionych stwarzają podstawy do przyjęcia możliwości ich karalnego usiłowania na ogólnych zasadach z art. 13, a w związku z tym dobrowolne odstąpienie od dokonania czynu zabronionego w postaci podżegania lub pomocnictwa nie będzie podlegało karze zgodnie z ogólną regulacją przewidzianą w przepisie art. 15 § 1<sup>190</sup>. Podnieść jednak należy, że argument wskazany przez A. Liszewską jest o tyle argumentem chybionym, że — jak zostało wykazane — zapobieżenie dokonaniu może przybrać postać odstąpienia (jeśli w określonych okolicznościach takie zachowanie wystarczy do nienastąpienia dokonania). Wydaje się też, że od podjęcia pierwszej czynności będącej chociażby usiłowaniem podżegania lub pomocnictwa pojawia się postać sprawcy głównego, a zatem już mamy do czynienia ze współdziałaniem przestępnym, a w związku z tym aktualizuje się natychmiast norma przewidziana w przepisie art. 23. Dodać również wypada, że warunki bezkarności usiłowania są okolicznościami ściśle osobistymi, mającymi zastosowania tylko do osoby, której dotyczy<sup>191</sup>. Ze względu na wspomnianą odrębną regulację czynnego żalu przy współdziałaniu, a przede wszystkim odrębny i szeroki problem usiłowania w kontekście współdziałania (który siłą rzeczy jest punktem wyjściowym zagadnień czynnego żalu) szerzej kwestia ta nie będzie omawiana.

Problematyka podmiotu czynnego żalu skłania także do podkreślenia raz jeszcze, że „nie jest istotne, czy usiłujący zapobiegł dokonaniu czynu zabronio-

---

<sup>187</sup> Por. np. A. Liszewska: *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*. Łódź 2004, s. 153—165.

<sup>188</sup> Na przykład *ibidem*, s. 110—118.

<sup>189</sup> *Ibidem*, s. 219.

<sup>190</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 151—152.

<sup>191</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 239.

nego sam, czy też umożliwił innym osobom takie zapobiegnięcie<sup>192</sup>. Ponieważ jednak problem ewentualnego udziału osób trzecich w zapobieżeniu dokonania to zagadnienia strony przedmiotowej, do tej części niniejszego opracowania należy czytelnika odesłać.

### 3. Strona podmiotowa czynnego żalu

Problematyka **strony podmiotowej** czynnego żalu wiąże się z kilkoma istotnymi zagadnieniami. Kolejno więc omówione zostaną: umyślność czynnego żalu i zagadnienie błędu na płaszczyźnie czynnego żalu oraz pojęcie i znaczenie dobrowolności.

Nie ma wątpliwości, że z bezkarności związanej z czynnym żalem skorzystać może wyłącznie ten sprawca, który umyślnie odstępuje od dokonania czynu zabronionego lub zapobiega skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego. Zamiar przy czynnym żalu, podobnie jak przy popełnianiu czynu zabronionego, obejmować musi wszystkie istotne elementy w tym przypadku konstrukcji czynnego żalu, zatem sprawca musi mieć również świadomość, że dokonanie jest możliwe<sup>193</sup>, co będzie miało wpływ na ocenę dobrowolności. Z. Kubiec wskazuje, że „o ile usiłowanie polega na realizacji zamiaru popełnienia przestępstwa, o tyle odstępianie od usiłowania polega na realizacji zamiaru zmierzającego do tego, by zamierzone poprzednio przestępstwo nie zostało dokonane”<sup>194</sup>.

Ustawodawca, wskazując warunki bezkarności (odstępianie lub zapobiegnięcie), *expressis verbis* nie przesądził postaci zamiaru; z pewnością do takiej interpretacji nie uprawnia posłużenie się przez ustawę przysłówkiem „dobrowolnie”. *Prima facie* wydawać by się mogło, że z istoty czynnego żalu nie wynika także konieczność zaistnienia wyłącznie zamiaru bezpośredniego po stronie sprawcy zapobiegającemu dokonaniu. Jeżeli bowiem pokrzywdzony, któremu sprawca podał wcześniej truciznę, prosi o szklankę mleka i sprawca mu ją daje, godząc się na to, że pierwotnego zamierzenia (śmierci pokrzywdzonego) nie zrealizuje ze względu na neutralizujące działanie mleka, to sprawca taki powinien mieć możliwość skorzystania z bezkarności, jeśli rzeczywiście podane mleko spowodowało reakcję organizmu, która zapobiegła śmierci. Takiemu rozwiązaniu — można by przypuszczać — nie stoi na przeszkodzie ani *ratio legis* instytucji

<sup>192</sup> Nowe kodeksy karne — z 1997 r. z uzasadnieniami..., s. 125—126.

<sup>193</sup> Por. L. Tyszkiewicz, w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Filar..., s. 67; A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 1999, s. 212.

<sup>194</sup> Z. Kubiec: *Kilka uwag...*, s. 559; zastrzec jednak należy, że to nie zamiar zmierza, a sprawca, i nie tyle powinna być mowa o zmierzaniu, ile o braku dokonania.

czynnego żalu, ani brzmienie ustawy. A jednak to istota zamiaru ewentualnego nie pozwala na przyjęcie tej konstrukcji przy czynnym żalu. Patrząc bowiem na treść aktu woli jako jedyne elementu różnicującego zamiar bezpośredni i ewentualny z perspektywy czynnego żalu, podkreślić należy, że godzenie się na nienastąpienie skutku (dokonania) jest jednoczesnym godzeniem się na nastąpienie tego skutku (dokonania). Zatem w sferze przeżyć psychicznych sprawcy następuje wyłącznie przesunięcie zamiaru bezpośredniego dokonania czynu zabronionego na zamiar ewentualny. Sięgając do wskazanego przykładu, sprawca godząc się na brak skutku w postaci śmierci pokrzywdzonego jednocześnie godzi się na jego śmierć, gdyby antidotum nie zadziałało. Reasumując, **czynny żal nie może być realizowany przy zamiarze ewentualnym, zatem precyzyjniej ujmując stronę podmiotową czynnego żalu, należy posługiwać się sformułowaniem: „sprawca chce zapobiec dokonaniu czynu zabronionego”**.

Jednocześnie należy zauważyć, że chęć niedopuszczenia do dokonania funkcjonalnie połączona jest z rezygnacją z pierwotnego zamiaru dokonania przestępstwa. W piśmiennictwie podkreśla się, że wymogiem bezkarności przewidzianej w przepisie art. 15 § 1 jest **rezygnacja (całkowita) z zamiaru** dokonania przestępstwa<sup>195</sup>. Podobne stanowisko wyrażał też SN<sup>196</sup>. Odnotować jednak należy, że *prima facie* brak jest *expressis verbis* takiego wymogu w ustawie. Jednak to właśnie użycie przez ustawodawcę sformułowania „odstępuje” oznacza poniechanie zamiaru — nie ma bowiem żadnych przeszkód do sięgnięcia po słownikowe znaczenie czasownika „odstąpić”, oznaczającego „wycofanie się z czegoś, rezygnowanie z czegoś, zerwanie z czymś”<sup>197</sup>. W przypadku drugiej postaci czynnego żalu — zapobieżenia dokonaniu (ustawodawca nie używa na-

<sup>195</sup> Por. np. D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 89, która pisze o ostatecznym przekreśleniu swej działalności i całkowitym odstąpieniu od powziętego wcześniej zamiaru. Podobnie: R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna. T. 1. Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 637 oraz W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 237, którzy słusznie zaznaczają, że nie można zakwestionować dobrowolności (a ściślej: ostateczności — por. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX. T. 1. Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 225), jeżeli sprawca, który zrezygnował z dokonania czynu zabronionego, po pewnym czasie ponownie poweźmie zamiar popełnienia takiego samego czynu zabronionego. Por. jednak pogląd A. Wąska, który pisał: „to, że odступаający od usiłowania sprawca nie wyklucza w przyszłości w dogodnym dlań terminie ponowienie zamachu na dane dobro prawne, nie może przekreślać faktu, że rzeczywiście miało miejsce odstąpienie od usiłowania; inna już sprawa, czy to odstąpienie było dobrowolne”. — A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 1999, s. 214. Podobnie: W. Radecki: *Usiłowanie zgwałcenia w świetle przepisów kodeksu karnego*. „Nowe Prawo” 1974, 12, s. 1620.

<sup>196</sup> Por. np. wyrok z 24.11.1975 r., I KR 209/75. LEX nr 21693, w którym podniesiono, że „na przeszkodzie do zastosowania wobec sprawcy przepisu art. 13 § 1 k.k. [z 1969 r. — O.S.] stoi również wynikające z okoliczności sprawy ustalenie, że nie zrezygnował on całkowicie z zamysłu dokonania czynu przestępnego, a realizację jego przeniósł na inny, dogodny dla niego termin”, a także postanowienie SN z 5.05.2006 r., II KK 269/05. LEX nr 186937.

<sup>197</sup> *Słownik języka polskiego*. Red. M. Szymczak. Warszawa 1979, s. 476.

wet pojęcia odstępuje) — nie ma wątpliwości, że zapobieżenie skutkowi (a więc jakaś przeciwalkcja) musi być poprzedzone zmianą zamiaru z negatywnego na pozytywny. Podkreślić przy tym należy, że to porzucenie zamiaru uzasadnia bezkarność czynnego żalu. To właśnie jest różnica między „klasycznym” usiłowaniem (zathamowanym), które — mimo braku dokonania — jest karalne, a usiłowaniem zaniechanym — czynnym żalem. R. Zawłocki pisze, że uchylenie karalności czerpie przesłanki z wzajemnie uzupełniającego się elementu podmiotowego i przedmiotowego<sup>198</sup>. O ile bowiem podstawową funkcją prawa karnego — według *communis opinio* — jest funkcja ochronna i dlatego brak szkody (mimo niebezpieczeństwa jej wystąpienia) jest premiowany, to jednak instrumentalny charakter przepisu art. 15 (mający wymuszać swoistą „bezszkodowość”) powoduje, że to elementy podmiotowe nabierają szczególnego znaczenia. O znaczeniu elementów podmiotowych przekonuje art. 15 § 2, który — jak pisze R. Zawłocki — stanowi zachętę do zmiany przestępnej woli jako nośnika niebezpiecznego społecznie zachowania<sup>199</sup>.

Rekonstruowanie strony podmiotowej, a więc przeżyć psychicznych sprawcy leżących w sferze niedostrzegalnej dla człowieka<sup>200</sup>, zawsze rodzi wiele problemów; podobnie będzie w przypadku czynnego żalu. Nie ma wątpliwości, że przy jego ustalaniu, jak i ocenie dobrowolności nie wystarczą deklaracje słowne<sup>201</sup>. Jak podkreśla J. Lachowski, opierając się na licznych judykatach SN, rekonstrukcja zamiaru następuje na podstawie czynników przedmiotowych (np. rodzaj użytego narzędzia, relacja sprawcy z pokrzywdzonym) oraz podmiotowych (powody zajścia, osobowość sprawcy), zarówno należących do znamion czynu zabronionego, jak i leżących poza ich obszarem<sup>202</sup>. Na płaszczyźnie czynnego żalu sposób ustalania postaci zamiaru w jednym z orzeczeń zilustrował SN, który wskazał: „O czynnym żalu decyduje wewnętrzne nastawienie sprawcy, które można odczytać z jego zachowania. Jeżeli czynności podjęte dla zapobieżenia skutkowi przestępnemu nie są tylko demonstracją sprawcy, ale wynikają z jego przekonania, że skutek przestępny rzeczywiście zagraża oraz z pragnienia odwrócenia tego skutku, a ponadto są z tego punktu widzenia celowe i właściwe — to istnieje pełna podstawa do uznania ich za przejaw czynnego żalu, niezależnie od tego, czy do skutku przestępnego nie doszło dzięki tym czynnościom, czy z innej przyczyny. Rozstrzygające znaczenie ma tu bowiem strona subiektywna — porzucenie zamiaru dokonania przestępstwa”<sup>203</sup>. W po-

<sup>198</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1–31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 635.

<sup>199</sup> *Ibidem*, s. 636.

<sup>200</sup> J. Lachowski, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 535.

<sup>201</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 153.

<sup>202</sup> J. Lachowski, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 534–535.

<sup>203</sup> Wyrok SN z 17.03.1975 r., V KR 411/74. OSP 1977, 3, poz. 58.

dobnym tonie wypowiedział się A. Wąsek, który odmawia sprawcy przywileju bezkarności, jeżeli podjął on czynności pozorowane lub irracjonalne (a tylko dzięki przypadkowi zapobiegły skutkowi przestępnemu)<sup>204</sup>. Wydaje się jednak, że wskazane przez autora okoliczności to dwie różne sytuacje w kontekście strony podmiotowej. Zachowania pozorne ukrywają prawdziwy zamiar, zatem nie mogą być rzeczywiście podstawą bezkarności. Natomiast czynności irracjonalne świadczą jedynie o niedostatku intelektualnym sprawcy, co przy zachowaniu pozostałych przesłanek przepisu art. 15 nie może wykluczać bezkarności przy braku dokonania.

Brak zatem zamiaru bezpośredniego (chęci) zapobieżenia dokonaniu wyłącza możliwość zastosowania przepisu art. 15. Może więc odpowiadać za usiłowanie sprawca, którego **zachowanie co prawda unicestwiło dokonanie, jednak nie było objęte zamiarem bezpośrednim sprawcy**, a nastąpiło w wyniku jego błędu, zbiegu okoliczności czy interwencji osób trzecich. Na przykład nie można mówić o czynnym żalu, gdy sprawca nie spowodował śmierci pokrzywdzonego, mimo podania trucizny, jeśli zapomniał powtórzyć dawkę, podał przypadkowo środek neutralizujący lub wezwał pogotowie do chorej matki, a lekarz udzielił też pomocy otrutemu pokrzywdzonemu.

Umyślność strony podmiotowej czynnego żalu obliguje również do podjęcia problematyki karnoprawnej oceny zachowania sprawcy podejmującego intencjonalnie działania zapobiegawcze, ale działającego w błędzie. Jak się wydaje, pod rozwagę wziąć należy następujące rodzaje błędów:

- błąd związany z rozpoznaniem usiłowania ukończonego i nieukończonego,
- błąd co do przebiegu związku przyczynowego,
- błąd co do czasu pozostałego do dokonania,
- błąd co do zdatności środka, sposobu, własnych umiejętności,
- błąd co do umiejętności, kompetencji osób trzecich oraz
- błąd co do prawa, a w tym: nieświadomość istnienia art. 15, błąd co do zakresu i warunków czynnego żalu, a także błąd co do skutkowości lub bezskutkowości określonego typu czynu zabronionego.

Literatura w tym zakresie jest dość skromna<sup>205</sup>. Błędny osąd sprawcy co do rodzaju usiłowania (ukończonego lub nieukończonego) stał się przedmiotem rozważań W. Woltera. Pierwszy przypadek to błędne przekonanie sprawcy, że usiłowanie jest ukończone i podjęcie przez niego — wobec dobrowolnego zamiaru zapobiegnięcia skutkowi — akcji zapobiegawczej obiektywnie niepotrzebnej. Zatem błąd sprawcy „co do drogi zaniechania usiłowania będzie obojętny,

<sup>204</sup> A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. (art. 1—31). Gdańsk 1999, s. 217.

<sup>205</sup> O błędzie przy czynnym żalu w nauce niemieckiej zob.: D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 91—92 oraz K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 159—161, która również przedstawia rozwiązania prawne w tym kraju, a także w Szwajcarii i Austrii.



a sprawca odpowiadać nie będzie”. Jeśli usiłujący sędzi błędnie, że usiłowanie nie jest ukończone i chcąc dobrowolnie zaniechać usiłowania od niego odstąpi, co siłą rzeczy nie zapobiegnie skutkowi, będzie to odmianą starania się w kierunku zapobiegnięcia skutkowi, a zatem winno wpłynąć na wymiar kary<sup>206</sup> (dodać jednak należy, że k.k. z 1932 r. nie znał nieskutecznego czynnego żalu). A. Zoll zauważa, że błędne przekonanie sprawcy, że usiłowanie jest jeszcze nieukończone, i że samo zaniechanie dalszej akcji uniemożliwi naruszenie dobra, nie może skutkować bezkarnością w ramach art. 15 § 1. Nie jest to bowiem — jak wskazuje ten autor — błąd dotyczący znamion typu czynu zabronionego. Błąd taki może mieć jednak istotne znaczenie dla odpowiedzialności sprawcy za dokonanie czynu zabronionego. Zdaniem A. Zolla, jeżeli sprawca, działając w zamiarze zabicia drugiej osoby, odda w jej kierunku strzał, błędnie sądząc, że był on chybiony, dobrowolnie odstępuje od zamiaru zabójstwa, to odpowiedzialność za skutek w postaci śmierci ofiary zależeć będzie od tego, czy śmierć nastąpiła bezpośrednio w wyniku postrzelenia (dokonane zabójstwo — art. 148 § 1), czy też w wyniku niedzielenia pomocy rannemu. W tym drugim przypadku należy wykluczyć odpowiedzialność za dokonane umyślne zabójstwo, a przyjąć jedynie usiłowanie, ewentualnie w zbiegu kumulatywnym z nieumyślnym spowodowaniem śmierci<sup>207</sup>.

Co prawda wielokrotnie już negowałam sens podziału na usiłowanie nieukończone i ukończone, jednak muszę przyznać, że rezygnacja z takiego podziału nie rozwiązuje problemu błędu w tym zakresie. Pojawia się bowiem problem nieco inaczej postawiony — błędu co do oceny w aspekcie „**koniecznych do przedsięwzięcia przez sprawcę kroków**”, zgodnie z założeniem politycznokryminalnym przepisu. Przedmiotem rozważań winien się więc stać błąd w zakresie świadomości „wystarczania” odstąpienia lub „konieczności” (dodatkowego) zapobieżenia. Sprawca, poniechawszy zamiar dokonania czynu zabronionego, błędzi więc nie tyle w przestrzeni zakreślonej słowami „zrobiłem wszystko, co było możliwe, lub nie zrobiłem” (i stosownie do tego podejmuje odpowiednie kroki), ile w obszarze decyzji, „czy wystarczy samo poniechanie określonego zachowania, czy muszę wykonać coś więcej, aby do dokonania nie doszło”. Takie ujęcie pozwala na rezygnację z bardzo problematycznego podziału na usiłowanie ukończone i nieukończone, wydaje się też o wiele bliższe rzeczywistości niż to prezentowane w doktrynie. Zgodne jest także z założeniem politycznokryminalnym instytucji czynnego żalu, a przecież nie jest sprzeczne z przepisem art. 15 § 1. Ostatecznie jednak przyjąć należy, że taki błąd w ocenie wyboru właściwej drogi niedopuszczającej do dokonania nie ma znaczenia

<sup>206</sup> W. Wolter: *Funkcja błędu w prawie karnym*. Warszawa 1965, s. 126—128.

<sup>207</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 275. Por. też: wyrok SA we Wrocławiu z 7.11.2007 r., II AKa 328/07. LEX nr 327529. Problem „wyobrażenia sobie” jako kryterium przyjęcia usiłowania ukończonego lub nieukończonego w ustawodawstwie i nauce niemieckiej oraz austriackiej zob.: K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 145—146.

w świetle przepisu art. 15 § 1. Ostateczną bowiem przesłanką bezkarności jest brak dokonania. Jednocześnie błąd polegający na tym, że sprawca, przekonany o konieczności podjęcia przeciwwakcji, takie kroki podejmuje, chociaż samo odstąpienie było wystarczające do nienastąpienia skutku, także nie ma znaczenia — sprawca korzysta z bezkarności na podstawie przepisu art. 15 § 1. I wbrew twierdzeniom A. Wąska<sup>208</sup>, zastosowanie art. 15 § 1 jest możliwe wprost, a nie na podstawie *analogii legis*.

Powstaje jednak pytanie, czy **nieuzasadnione odstąpienie w przypadku konieczności podjęcia przeciwwakcji nie może być potraktowane jako nieskuteczny czynny żal**, o którym mowa w przepisie art. 15 § 2. Z pewnością takie rozwiązanie jest zgodne z *ratio legis* czynnego żalu. Jednocześnie w przypadku przyjęcia (podobnie jak w przepisie art. 23), że odstąpienie od dokonania stanowi również jego zapobiegnięcie, brak — jak się wydaje — przeszkód do przyjęcia takiego rozwiązania przy przestępstwach skutkowych. Dodać należy, że okoliczności strony przedmiotowej (podjęcie starań), a także fakultatywność karnoprawnych konsekwencji skutecznie zapobiegają możliwości nadużycia tej instytucji przez sprawcę<sup>209</sup>. *De lege ferenda* rozważyć należy, czy dla pełnej realizacji takiej zasady w przepisie art. 15 § 2 nie powinna być mowa o staraniu zapobiegnięcia dokonania (co już wcześniej było sygnalizowane w kontekście przestępstw formalnych). I to — jak się wydaje — może stanowić odpowiedź na wcześniej prezentowaną tezę A. Zolla, że odpowiedzialność za skutek w postaci śmierci ofiary w przypadku błędnego przekonania sprawcy, że usiłowanie jest jeszcze nieukończony, i że samo zaniechanie dalszej akcji uniemożliwi naruszenie dobra, zależeć będzie od tego, czy śmierć nastąpiła bezpośrednio w wyniku postrzelenia, czy też w wyniku nieudzielenia pomocy rannemu. Dlatego twierdzenie A. Zolla, że zbędny jest warunek dodatkowy bezkarności wystąpienia u sprawcy przekonania, że pozostawia pokrzywdzonego w stanie niezagrażającym jego życiu<sup>210</sup> jest nieuzasadnione. Wszystko na tej świadomości się opiera — brak świadomości stanu niezagrażającego życiu, przy wcześniejszym

<sup>208</sup> A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 1999, s. 217; por. też: A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 226—227. Wyjaśnić należy, że będący podstawą rozważań stan faktyczny związany jest właśnie z problematyką przyjmowanego usiłowania ukończonego lub nieukończonego, a mówiąc precyzyjnie — błędu co do wyboru skutecznych kroków między odstąpieniem a przeciwdziałaniem skutkowi. W wyroku SN z 17.03.1975 r. (V KR 411/74. OSPiKA 1977, 3, poz. 58), będącym przedmiotem analiz obu autorów, przedstawiony stan faktyczny kształtował się następująco: sprawczyni, działając w zamiarze zabójstwa pokrzywdzonego, ugodziła go w plecy nożem kuchennym o długości ostrza 16 cm. Przerażona tym, co uczyniła, wezwała pogotowie ratunkowe. Okazało się, że dzięki szczęśliwemu zbiegowi okoliczności rana w ogóle nie zagrażała życiu pokrzywdzonego, tak więc skutek śmiertelny nie został odwrócony przez pomoc lekarską.

<sup>209</sup> Por. W. Wolter: *Funkcja błędu...*, s. 128.

<sup>210</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 275.

zamiarze zabójstwa, rodzi odpowiedzialność za usiłowanie (gdy do skutku nie doszło), natomiast brak świadomości stanu zagrażającego życiu, przy wcześniejszym zamiarze zabójstwa i odstąpieniu wobec poniechania tego zamiaru, rodzi odpowiedzialność za nieskuteczny czynny żal.

Wspomniany brak skutku (i jego znaczenie dla uzasadnienia bezkarności) w konstrukcji skutecznego czynnego żalu staje się też kryterium oceny błędu co do przebiegu związku przyczynowego, co do czasu<sup>211</sup>, co do zdatności środka, sposobu, własnych umiejętności oraz co do umiejętności, kompetencji osób trzecich podejmujących próbę zapobieżenia skutkowi. Zatem błędna ocena co do przebiegu zdarzenia, czasu, który pozostał do zapobieżenia, właściwości substancji neutralizującej podaną wcześniej truciznę, umiejętności resuscytacji czy też umiejętności osób wezwanych do pomocy w zapobieżeniu śmierci pokrzywdzonego nie ma znaczenia dla karnoprawnej oceny sprawcy w ramach zakreślonych przez przepis art. 15 § 1. Ryzyko poniesienia odpowiedzialności karnej w przypadku nawet niezawinionej nieskuteczności ponosić musi bowiem sam sprawca, jako że już pierwsze czynności będące usiłowaniem dokonania przestępstwa taką odpowiedzialność (i „ryzyko”) rodzą, z której ekskulpować całkowicie (na płaszczyźnie czynnego żalu) może jedynie intencjonalny brak dokonania. Jednocześnie wszystkie te sytuacje jak najbardziej podlegać mogą ocenie w kontekście przepisu art. 15 § 2 i skutkować nadzwyczajnym złagodzeniem kary, jeśli sąd dojdzie do przekonania, że podjęte przez sprawcę zachowania można określić jako starania.

Wydaje się, że w kategoriach błędu co do przebiegu zdarzenia i czasu, który pozostał do zapobieżenia dokonaniu, należy też rozpatrywać sytuację omawianą w rozdziale dotyczącym definicji usiłowania, polegającą na usiłowaniu, które nie spowodowało zamierzonego skutku (dokonania), ale skutek — wywołany inną przyczyną — wystąpił<sup>212</sup>. Zatem na pytanie, czy zachowanie sprawcy usiłowania, podjęte w celu zapobieżenia zamierzonemu dokonaniu, można oceniać na płaszczyźnie przepisu art. 15 w sytuacji, gdy dokonanie nastąpiło na skutek związku kauzalnego uruchomionego przez inną osobę, odpowiedź musi być taka sama, jak poprzednio. Sprawca usiłowania, podejmując pierwsze czynności będące usiłowaniem, naraża się na ryzyko poniesienia odpowiedzialności karnej, nawet w sytuacji, gdy po pewnym czasie zmieni swój naganny zamiar.

---

<sup>211</sup> Por. problem tzw. spóźnionego zamiaru odstąpienia od przestępnego działania w prawie szwajcarskim, który może być uwzględniony wyłącznie przy wymierzaniu kary — K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 139—140.

<sup>212</sup> Wskazane zostały dwa przykłady ilustrujące to zdarzenie — sprawca podaje truciznę pokrzywdzonemu, jednak ten ginie przed jej zadziałaniem z rąk innego sprawcy, oraz sprawca, reprezentując pokrzywdzonego, podpisuje w jego imieniu niekorzystną umowę sprzedaży ruchomości, jednak szkoda następuje w wyniku kradzieży tejże ruchomości przez innego sprawcę. Zatem z usiłowaniem będziemy mieli do czynienia nawet wtedy, gdy dojdzie do dokonania, ale jest ono skutkiem innej przyczyny.

Odrębnym zagadnieniem jest błąd co do prawa. Oczywiście, nie ma zastosowania przepis art. 30, który potocznie nazywany jest błędem co do prawa<sup>213</sup>, mówi on bowiem o nieświadomości bezprawności czynu. W przypadku czynnego żalu mamy do czynienia z sytuacją odwrotną. Parafrazując wypowiedź A. Wąska<sup>214</sup>, błąd co do prawnej oceny czynu w omawianym zakresie może być wywołany brakiem wiedzy co do bezkarności jako konsekwencji podjętej przeciwwakcji lub brakiem aktualizacji tej wiedzy w psychice sprawcy w chwili czynu (zapomnienie). Błąd taki może polegać na niewłaściwym rozumieniu przepisu, niewłaściwej jego subsumcji do stanu faktycznego lub na braku informacji, że stosowny przepis istnieje. Na tym tle mogą wystąpić dwie sytuacje — sprawca podejmuje przeciwwakcję, **mimo** że nie znał (nie rozumiał) treści przepisu art. 15, lub sprawca nie podejmuje przeciwwakcji, **ponieważ** nie znał (nie rozumiał) treści przepisu art. 15. W pierwszej z nich brak znajomości regulacji dotyczących czynnego żalu, przy równoczesnym zapobieżeniu dokonaniu, nie ma znaczenia dla (braku) odpowiedzialności karnej. Brak informacji na temat czynnego żalu oznacza tylko, że sprawca zaniechał dokonania nie ze strachu przed karą, co może świadczyć o moralnie pozytywnej motywacji. Jednak w świetle obowiązujących przepisów rodzaj motywacji nie ma znaczenia przy ocenie czynnego żalu.

Pozornie trudniejsza wydaje się ocena zachowania sprawcy, który powołał się na brak znajomości treści przepisu art. 15 jako powód nieprzedsięwzięcia w ogóle przeciwwakcji lub brak wiadomości, że do uzyskania bezkarności nie wystarczy, z punktu widzenia prawa, samo zaniechanie. Jednak skoro warunkiem *sine qua non* bezkarności jest brak dokonania, każde („skuteczne”) dokonanie uniemożliwia skorzystanie z tej bezkarności. Bezkarność związana z czynnym żalem stanowi rezygnację przez ustawodawcę z *ius puniendi* o charakterze wyjątkowym, uzasadnionym intencjonalnym brakiem szkody. Natomiast ryzyko poniesienia kary w przypadku podjęcia usiłowania dokonania czynu zabronionego ponosić musi wyłącznie sprawca. Innymi słowy, **błąd polegający na braku świadomości istnienia klauzuli bezkarności związanej z czynnym żalem na etapie usiłowania jest irrelevantny dla zasad odpowiedzialności karnej.**

Warto też zauważyć, że błąd sprawcy usiłowania może przybierać nieco inną postać: sprawca nie uświadamia sobie, że bezkarność uwarunkowana jest szczególnymi wymogami — dobrowolnością czy ujawnieniem istotnych okoliczności czynu — i podejmując czynności zapobiegające, nie zrealizował wszystkich przesłanek, nie wiedząc o ich istnieniu. Zatem w takiej sytuacji rzeczywiście nie doszło do dokonania, jednak zachowaniu sprawcy nie towarzyszyły określone okoliczności. Szczególny charakter wymogów czynnego żalu określonego

<sup>213</sup> Por. np. A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 1999, s. 372—373.

<sup>214</sup> *Ibidem*, s. 373.

w przepisie art. 15 (zarówno skutecznego, jak i nieskutecznego) sprawia, że w przypadku ich niespełnienia w ogóle trudno mówić o czynnym żalu (sprawca zapobiega skutkowi, działając pod przymusem) — zatem znajomość lub nie regulacji prawnej w tym zakresie nie ma znaczenia. Natomiast brak ujawnienia wszystkich istotnych okoliczności, o których stanowi art. 131 § 1 (pamiętając o wszystkich zastrzeżeniach zgłoszonych wcześniej odnośnie do tego przepisu), z powodu braku informacji o takiej konieczności rodzi nieco większe problemy interpretacyjne. Sprawca bowiem rzeczywiście dobrowolnie poniechał dalszej działalności, ponieważ do podjęcia takiej decyzji nie jest potrzebna *de facto* znajomość prawa (posiadanie informacji na temat instytucji czynnego żalu i jej karnoprawnych konsekwencji jest co prawda kontrstymulatorem w dokonaniu przestępstwa, może być pewnym argumentem, ale z pewnością wiedza taka nie warunkuje podjęcia przeciwakcji). Nieco inaczej prezentuje się drugi warunek bezkarności przewidzianej w przepisie art. 131 § 1. Występowanie i znaczenie takiego dodatkowego wymogu nie jest tak oczywiste, jak pozytywnie — w punktu widzenia odpowiedzialności karnej — oceniane poniechanie np. szpiegostwa. Problemu nie rozwiązuje też ewentualne pouczenie sprawcy w trakcie przesłuchania o dobrodziejstwach i wymogach przewidzianych w przepisie art. 131 § 1. Użycie bowiem przez ustawodawcę sformułowania „ujawnił” rodzi spory w doktrynie co do konieczności ujawnienia wyłącznie faktów nieznanymi organom ścigania<sup>215</sup>. Zatem sytuacją modelową byłaby taka sytuacja, w której sprawca poniechał dalszej działalności i ujawnił wszystkie istotne okoliczności przed wszczęciem postępowania, ale wtedy zazwyczaj szczególnych unormowań art. 131 § 1 jeszcze nie zna. Z pewnością nie można też odmawiać sprawcy przywileju bezkarności, powołując się na wskazywaną wcześniej zasadę ryzyka, skoro zasadniczy element czynnego żalu — poniechanie działalności — został dochowany. Niemniej nieznanie przepisów prawa karnego o charakterze uprawniającym, łagodzącym lub niwelującym odpowiedzialność karną i wynikające z tego konsekwencje (brak zastosowania odpowiednich dobrodziejstw) musi obciążać sprawcę czynu zabronionego. Przypomnieć należy, że wcześniej przyjęto, że (wobec odrębności regulacji związanych z przeddokonywanym czynnym żalem w tej grupie czynów zabronionych, jak również jej komplementarności, czego dowodem jest przywołanie w treści przepisu art. 131 § 1 przepisu art. 17 § 2) **nie ma zastosowania co do wymienionych typizacji czynny żal określony w art. 15 § 2 (tzw. nieskuteczny)**. Zatem ostateczną karnoprawną ocenę „niepełnego” czynnego żalu (nawet niezawinionego) oprócz należy na treści przepisu art. 60 § 2 pkt 2.

Centralnym, zasadniczym elementem strony podmiotowej czynnego żalu jest **dobrowolność**. Wagę tego pojęcia podkreślał Z. Kubec, pisząc, że jest to

<sup>215</sup> Por. np. S. Hoc: *Czynny żal sprawców...*, s. 38—39 i wskazana tam literatura.

najważniejszy i najtrudniejszy problem<sup>216</sup>, oraz A. Marek, wskazując, że to najistotniejszy element klauzuli niekaralności<sup>217</sup>. Jest to właściwie jedyne kryterium pozwalające na rozróżnianie usiłowania zatamowanego (karalnego jak dokonanie) i zaniechanego (bezkarnego). Jak bowiem wskazywał S. Budziński, „Dwie są [...] przyczyny, dla których człowiek zawiesza rozpoczęte działanie: nie chcieć lub nie móc”<sup>218</sup>.

Odnotować też należy rzadko poruszany problem sprowadzający się do pytania, czy dobrowolność — o której mowa w przepisie art. 15 § 1 — odnosi się tylko do odstąpienia, czy również do zapobieżenia skutkowi. Wątpliwości takie sygnalizował już M. Szerer, powołując się na M. Siewierskiego, który na gruncie przepisu art. 25 k.k. z 1932 r. wskazywał, że przepis ten „przewiduje dwa wypadki bezkarnego usiłowania: dobrowolne zaniechanie działania i odwrócenie skutku”<sup>219</sup>. M. Szerer był więc gotów przyznać, że zapobieżenie szkodzie miało w oczach ustawodawcy tak ważne znaczenie praktyczne, że ten przyznawał sprawcy dobrodziejstwo bezkarności bez względu na to, jakie były jego pobudki, byle tylko zapobiegł powstaniu szkody. Zdaniem tego autora, uniknięcie szkody jest interesem społecznym, który wolno ustawodawcy oceniać wysoko<sup>220</sup>. Zaznaczyć przy tym należy, że dla zdiagnozowania i rozwiązania powyższego problemu nie ma znaczenia wadliwie użyty spójnik „lub” (sugerujący, że możliwe jest takie zachowanie sprawcy, które jednocześnie będzie przyjmowało postać odstąpienia i zapobieżenia)<sup>221</sup>. Problem tkwi w przysłówku umieszczonym bezpośrednio przed jedną z form alternatywnego wyliczenia. Wydaje się jednak, że wielokrotnie zarówno w mowie potocznej, jak i w tekstach prawnych tego rodzaju konstrukcje zdania spotykamy, i chociaż może to budzić pewne wątpliwości, zasadniczo sformułowania poprzedzające alternaty-

<sup>216</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 565.

<sup>217</sup> A. Marek: *Prawo karne...*, s. 194.

<sup>218</sup> S. Budziński: *Wykład porównawczy prawa karnego*. Warszawa 1988 (?), s. 174, za: A. Stefański: *Dobrowolne odstąpienie...*, s. 112.

<sup>219</sup> M. Siewierski: *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa 1958, s. 63, za: M. Szerer: „Dobrowolne” odstąpienie od usiłowania. „Nowe Prawo” 1977, 5, s. 628. Wyraźnie takie stanowisko wcześniej akcentował S. Śliwiński, który pisał, że dobrowolność odnosi się do całej treści przepisu art. 25 k.k. z 1932 r. — S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne...*, s. 310.

<sup>220</sup> M. Szerer: „Dobrowolne” odstąpienie..., s. 628.

<sup>221</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1–31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 636. Por. także J. Petzel, w: *Logika dla prawników*. Red. A. Malinowski. Warszawa 2012, s. 102, gdzie zaznaczono, że funktory prawdziwościowe alternatywy zwykłej i rozłącznej różnią się od siebie właściwościami logicznymi, z czego większość osób formułujących zdania alternatywne nie zdaje sobie sprawy. Tymczasem właściwe użycie zwrotów alternatywnych ma bardzo istotne znaczenie dla interpretacji wypowiedzi, a niewłaściwe użycie tych zwrotów może prowadzić do poważnych nieporozumień. Niestety, z niewłaściwym użyciem zwrotów alternatywnych spotykamy się nawet w tekstach prawnych, w tym o randze ustawowej (np. w kodeksie karnym).

wę zwykłą odnosimy do wszystkich elementów tej alternatywy<sup>222</sup>. **Nie ma zatem wątpliwości, że dobrowolność odnosi się *de lege lata* do obydwu postaci czynnego żalu.**

Ustawodawca w żaden sposób nie sprecyzował warunków czy przesłanek tej dobrowolności, w szczególności zaś nie wskazał motywacji sprawcy, która miałyby warunkować bezkarność. Niemniej w literaturze i orzecznictwie spotkać można wiele interpretacji tego pojęcia. A. Spotowski dokonał podziału **ujęcia dobrowolności na ujęcie psychologiczne i ujęcie normatywne**. Według pierwszego z nich, nie ma znaczenia charakter motywu skłaniającego sprawcę do odstąpienia od usiłowania, lecz wystarcza, aby według swego wyobrażenia sprawca mógł dokonać przestępstwa, lecz nie chciał tego uczynić. Zgodnie z ujęciem normatywnym, pojęcie dobrowolności ma swoisty charakter i związane jest z oceną motywów odstąpienia<sup>223</sup>. Pomijając ocenę trafności nazewnictwa, sama istota podziału zachowała aktualność do dzisiaj. Ujęcie psychologicznie dobrze oddaje znana formuła R. Franka, w myśl której z dobrowolnością mamy do czynienia, gdy sprawca mówi: „Nie chcę osiągnąć celu, nawet jeśli mogę”, natomiast zdanie: „Nie mogę dojść do celu, nawet gdybym chciał”, oznacza brak dobrowolności<sup>224</sup>. Nie ma wątpliwości, że ogromna większość karnistów przedstawia taki punkt widzenia, podobnie jak judykatura. Na przykład W. Wolter wskazywał, że „**warunek ustawy jest minimalistyczny**”, wystarcza, że sprawca nie chciał więcej dokonać przestępstwa<sup>225</sup>. Do tej grupy należy — jak się wydaje — zaliczyć poglądy prezentowane przez W. Radeckiego, który — opierając się na interpretacji, jak ją nazwał, gramatycznej — uważa, że sformułowanie „dobrowolnie” zawiera w sobie oceny moralne, z tym tylko zastrzeżeniem, że nie są to oceny motywów (a przynajmniej nie zawsze są to oceny motywów), lecz oceny zależności od woli sprawcy, a to także, zdaniem tego autora, są oceny moralne. Powołując się zaś na E. Krzymuskiego, W. Radecki dodaje, że dla prawa karnego obojętne jest, czy ktoś nie jest przestępcą z przekonania,

<sup>222</sup> Por. np. treść przepisu art. 133 — „Kto publicznie znieważa Naród lub Rzeczpospolitą Polską, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. W piśmiennictwie nie zgłasza się wątpliwości co do znamienia publiczności wymaganego zarówno dla znieważenia Narodu, jak i Rzeczypospolitej Polskiej — por. np.: S. Hoc: *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 115—116; P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 2. Red. A. Zoll..., s. 124—125.

<sup>223</sup> A. Spotowski: *O odstąpieniu od usiłowania...*, s. 91—93. Jednocześnie zaznaczyć należy, że teorię normatywną na gruncie prawa niemieckiego rozwinął szczególnie C. Roxin; uznaje się nawet, że on sam jest jej autorem — K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 55.

<sup>224</sup> Za: A. Spotowski: *O odstąpieniu od usiłowania...*, s. 92. Jak wskazuje K. Tkaczyk, koncepcja dobrowolności R. Franka jest cytowana w większości opracowań dotyczących czynnego żalu — K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 50. W doktrynie polskiej koncepcję tę przytoczył po raz pierwszy S. Śliwiński: *Prawo karne materialne...*, s. 308.

<sup>225</sup> W. Wolter: *Nauka o przestępstwie...*, s. 273.

czy ze strachu, i czy odstąpił od dokonania przestępstwa wskutek skruchy, czy też z obawy przed karą<sup>226</sup>. Zdaniem K. Daszkiewicz, eliminacja dobrowolności działania (zachowania) powinna następować przede wszystkim w dwóch sytuacjach: gdy inna osoba zmusza sprawcę do rezygnacji z czynu albo zapobieżenia skutkowi (w tym również przez groźbę konkludentną) i gdy nie ma wątpliwości co do tego, że chodzi o czyny nieudane; zakres czynów nieudanych nie jest zbieżny z zakresem usiłowania nieudolnego. Jednocześnie wspomniana autorka uważa, że nie byłaby słuszna eliminacja pojęcia dobrowolności wtedy, gdy sprawca rezygnuje z czynu pod wpływem perswazji, dezaprobaty, nakłaniania. Jej zdaniem, „to, co jest w procesie edukacji środkiem wychowawczego oddziaływania, nie powinno decydować w prawie karnym o utracie przywilejów, które gwarantuje sprawcy art. 13”<sup>227</sup>. Podobne stanowisko prezentuje A. Marek (według niego, „czynny żal” jest w wymiarze wymaganych działań, a nie oceny etycznej ich motywów)<sup>228</sup>, a także wielu innych<sup>229</sup>. Przeglądu konsekwentnego w tym zakresie orzecznictwa SN do 1981 r. dokonał W. Kubala<sup>230</sup>, a przykłady orzeczeń późniejszych wskazuje A. Stefański<sup>231</sup>. Współczesną ilustracją podejścia władzy sądowniczej do tego zagadnienia może być teza wyroku SA w Krakowie o treści: „1. Odstępuje dobrowolnie od usiłowania ten, kto mogąc kontynuować je, rezygnuje z niego, bo nie chce już osiągnąć zamierzonego wcześniej celu. 2. Dla stwierdzenia dobrowolności odstąpienia od usiłowania nie ma znaczenia powód takiego zachowania. Sprawca nie musi zrozumieć naganności swego działania, wyrządzonej krzywdy itd., by dobrowolnie odstąpić od usiłowania. Praktyka sądowa ujawnia rozmaite motywacje takich postąpień, od najbardziej szlachetnych, przez moralnie obojętne, aż po wątpliwe. W każdym z tych wypadków stosowanie art. 15 § 1 k.k. jest słuszne, a zwłaszcza celowe, bo sprzyja zmniejszeniu krzywdy ofiary przestępstwa i skłania innych sprawców do naśladowania, również z korzyścią dla ofiar przestępstw”<sup>232</sup>.

Odmienne podejście prezentuje M. Szerer, uznając, że w słowach przepisu o czynnym żalu nie ma nic, co pozwalałoby dekryminalizację dobrowolnego

<sup>226</sup> W. Radecki: *Prawne i moralne oceny...*, s. 22—25.

<sup>227</sup> K. Daszkiewicz: *Nadzwyczajne złagodzenie kary...*, s. 42—43.

<sup>228</sup> A. Marek: *Prawo karne...*, s. 414.

<sup>229</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne...*, s. 307; G. Rejman: *W kwestii dobrowolnego odstąpienia...*, s. 436—439 (gdzie autorka wskazuje, że nawet na kanwie prawa kanonicznego M. Myrchaw zaznacza obiektywizację czynnego żalu, gdyż nawet mało etyczne pobudki nie wyłączają zastosowania tego przepisu — por. przyp. 2); W. Wolter: *Nauka o przestępstwie...*, s. 273; W. Kubala: *Glosa do wyroku Izby Karnej Sądu Najwyższego z I.VII.1975 r. „Palestra” 1976*, 4—6; J. Raglewski: *Dobrowolne odstąpienie...*, s. 43; W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 237; J. Warylewski: *Prawo karne. Część ogólna*. Warszawa 2012, s. 355, który podkreśla, że nazwa „czynny żal” jest myląca — sprawcy wcale nie musi być żal.

<sup>230</sup> W. Kubala: *Problematyka czynnego żalu...*, s. 29—34 oraz 40—42.

<sup>231</sup> A. Stefański: *Dobrowolne odstąpienie...*, s. 112—115.

<sup>232</sup> Wyrok SA w Krakowie z 15.04.2009 r., II AKa 45/09. LEX nr 527435.



odstąpienia od usiłowania wiązać z oportunizmem. Podkreśla on, że nie miałyby to karnopolitycznego sensu, gdyby sprawcy surowo ocenianych przestępstw (np. zgwałcenia) ustawowo zapewniać bezkarność w każdym przypadku niewymuszonego z zewnątrz odstąpienia od dokonania. Ponadto — jak zauważa wspomniany autor — szkoda pokrzywdzonej przestępstwem zgwałcenia jest nie do powetowania i nie może jej naprawić żadne staranie się sprawcy; jednak nie można poczucia skrzywdzenia ofiary lekceważyć pochopnym zapewnieniem bezkarności, niedającym żadnych gwarancji<sup>233</sup>. Z kolei Z. Papierkowski podkreślał, że *ratio legis* czynnego żalu „opiera się na moralnym subiektywizmie z dziedziny winy sprawcy oraz na postulatcie obiektywnego interesu społecznego”. Jego zdaniem, czynny żal winien być oparty na wyrzutach sumienia przypominających skruchę i może mieć miejsce tam, gdzie nie doszło do powstania obiektywnej szkody społecznej<sup>234</sup>. A. Spotowski uważa, że prawo karne nie powinno premiować zachowań moralnie ujemnych. Jego zdaniem, sformułowanie stosownego przepisu bynajmniej nie przeszkadza włączeniu do pojęcia dobrowolności elementów oceny motywów; jest ono bowiem tak lakoniczne, że nie przesądza jednoznacznie kierunku interpretacji, a ogólne założenia naszego prawa karnego wręcz skłaniają — według A. Spotowskiego — do przyjęcia kierunku normatywnego związanego z oceną doniosłości prognostycznej zachowania sprawcy po odstąpieniu. Dlatego też proponuje on, aby przy ustalaniu dobrowolności kryterium stanowiło takie zachowanie sprawcy, które przekonuje, że chce on przestrzegać porządku prawnego<sup>235</sup>. Należy zauważyć, że wszystkie zaproponowane ujęcia normatywne obciążone są podstawową wadą — są efektem wykładni zwięzającej. Taka wykładnia zaś, gdy odnosi się do okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną, zawsze działa na niekorzyść sprawcy. Trzeba zatem stwierdzić, parafrazując przytoczoną wcześniej wypowiedź M. Szerera, że w tekście współczesnego przepisu art. 15 § 1 nie ma nic, co upoważniałoby do zwięzającej interpretacji tego przepisu. Na zakończenie przeglądu poglądów na temat rozumienia pojęcia „dobrowolność” przytoczyć należy dość oryginalne stanowisko K. Tkaczyk, która przedstawia własną koncepcję normatywno-psychologiczną. Zdaniem tej autorki, każde z zaprezentowanych stanowisk zawiera w swoich założeniach pewne elementy, z którymi do końca nie można się zgodzić. Z jednej bowiem strony, niestawianie sprawcy żadnych wymagań natury etycznej niechybnie, zdaniem autorki, prowadzi do kolizji z podstawowymi normami moralnymi i społecznymi, a z instytucji czynnego żalu czyni zachętę do podejmowania czynów zabronionych. Z drugiej zaś strony, uzależnienie premii od pozytywnych motywów działania sprawcy jest

<sup>233</sup> M. Szerer: „Dobrowolne” odstąpienie..., s. 627.

<sup>234</sup> Z. Papierkowski: *Glosa do wyroku z dnia 14 września 1967 r. (V KRN 599/67)*. „Nowe Prawo” 1968, 7—8, s. 1236. Ostro pogląd ten skrytykowała G. Rejman — G. Rejman: *W kwestii dobrowolnego odstąpienia...*, s. 436—439.

<sup>235</sup> A. Spotowski: *O odstąpieniu od usiłowania...*, s. 94.

założeniem zbyt subiektywistycznym. Jak zauważa T. Tkaczyk, ustawodawca nie wymaga, aby zachowanie sprawcy było etyczne, jednak ustalenie motywów postępowania pozwoli na ocenę, czy doszło do rzeczywistego i definitywnego zaprzestania akcji przestępnej<sup>236</sup>. Wydaje się jednak, że zaproponowana przez autorkę koncepcja jest sprzeczna sama w sobie. Skoro bowiem ujęcie psychologiczne wyklucza możliwość wzięcia pod uwagę motywacji sprawcy przy ustalaniu dobrowolności, to nie może być „łączone” z jakimkolwiek innym ujęciem. Natomiast odrębną sprawą jest ustalanie motywu zachowania sprawcy odstępującego od dokonania lub zapobiegającego dokonaniu na potrzeby innych przesłanek bezkarności (w tym definitywności poniesienia pierwotnego, nagannego zamiaru).

Na gruncie prezentowanych tez widać wyraźnie konieczność **rozdzielenia postulatów związanych z pojęciem dobrowolności *de lege lata* i *de lege ferenda***. *De lege lata* wykładnia językowa daje rezultaty niebudzące wątpliwości, podobnie jak *ratio legis* przepisu. Zatem powstaje pytanie, czy całą pozostałą argumentację nie należy oceniać na płaszczyźnie *de lege ferenda*. Czy zgłaszana przez A. Spotowskiego konieczność uwzględniania ocen moralnych i własna propozycja rozumienia dobrowolności<sup>237</sup> nie są *de lege lata* wykładnią *contra legem* i mogą znaleźć racjonalne miejsce tylko w obszarze *de lege ferenda*? Podobnie jak wskazywany argument J. Raglewskiego, aby prawo karne nie wymagało od ludzi, by byli świętymi<sup>238</sup>, mimo że dotyczy *de lege lata*, *de facto* odnosi się do *de lege ferenda*. Reasumując, *de lege lata* ustawodawca w żaden sposób nie ogranicza pojęcia dobrowolności, a podjęte w tym kierunku wysiłki interpretacyjne są nieuzasadnione.

Zupełnie odrębny problem stanowią natomiast **trudności z ustaleniem, czy w konkretnym stanie faktycznym mamy do czynienia z dobrowolnością**. Z. Kubec wskazywał, że ustalenie, czy odstępianie od usiłowania było dobrowolne, czy też nie będzie zawsze trudną kwestią faktu, a rozstrzygnięcie będzie zależało od ustalenia, co miało decydujące znaczenie: wola sprawcy czy okoliczności zewnętrzne<sup>239</sup>. O trudnościach z dokonywaniem takiej oceny mogą świadczyć następujące judykaty. Zdaniem SN, „brak jest podstaw do przyjęcia, iż skazany dobrowolnie odstąpił od dokonania czynu, jeżeli z ustaleń sądu wynika, że przyczyną zaniechania dalszego jego ataku była najpierw zdecydowana obrona pokrzywdzonej, a później jej obietnica, iż poda policji, że zaatakował ją kto inny, oraz jeżeli dopiero po uchwyceniu ostrza noża przez pokrzywdzoną i wyrwaniu go z ręki skazanego doszło najpierw do skierowania przez skazanego ręki pokrzywdzonej wraz z nożem w jego stronę, a po obietnicy co do tego, co powie policji, do dalszych działań — wezwanie pogotowia, oddanie, a na-

<sup>236</sup> K. Tkaczyk: *Institucja czynnego żalu...*, s. 64—65.

<sup>237</sup> A. Spotowski: *O odstąpieniu od usiłowania...*, s. 94.

<sup>238</sup> J. Raglewski: *Dobrowolne odstąpienie...*, s. 43.

<sup>239</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 565—567.

stepnie umycie noża”<sup>240</sup>. SA w Katowicach zauważył, że „o niemożliwości realizacji znamion zbrodni rozboju nie stanowi [...] sytuacja, w której oskarżony, posługując się w celu dokonania kradzieży metodami wynikającymi z przepisu art. 280 § 2 k.k., nie zabiera pokrzywdzonemu posiadanych rzeczy ruchomych, w tym pieniędzy — mimo realnych ku temu możliwości — tylko dlatego, że ich wartość odbiega od oczekiwanych przez niego. Odstąpienie w takim wypadku od kradzieży, które nie jest dobrowolne w rozumieniu art. 15 § 2 k.k., jako że jest wynikiem sytuacji zewnętrznej, związanej z brakiem możliwości materialnego zaspokojenia sprawcy w sposób przez niego pożądanym, a nie wewnętrznych przemyśleń o celowości popełnienia w ogóle przestępstwa, uznane być musi za zachowanie zmierzające bezpośrednio do dokonania, które nie następuje z powyższej przyczyny, na które powołuje się przepis art. 13 § 1<sup>241</sup>”. Konieczne, w moim przekonaniu, należy też przywołać jeszcze jedno orzeczenie SN, które zasadniczo dotyczy innych kwestii, jednak w sprawie występuje zagadnienie dobrowolności różnie ocenianej przez SR i SO. Przedmiotem rozważań była sytuacja, w której dwaj sprawcy w piwnicy bloku mieszkalnego, działając wspólnie i w porozumieniu z trzecim nieustalonym mężczyzną, usiłowali doprowadzić Hannę C. do obcowania płciowego i w tym celu używali wobec niej przemocy, polegającej na przytrzymywaniu rąk z tyłu tułowia, oraz groźby dokonania uszkodzeń i okaleczeń skóry twarzy i nadgarstków z jednoczesnym zarysowywaniem powierzchni naskórka za pomocą bliżej niezidentyfikowanego narzędzia. Zamierzonego celu nie osiągnęli ze względu na to, że Hanna C. wyszarpnęła się, a następnie **upadła na schody, doznając obrażeń kręgosłupa i tracąc przytomność**. SR czyn sprawców zakwalifikował jako przestępstwo z art. 13 § 1 w zw. z art. 197 § 3. SO zmienił zaskarżony wyrok, przyjmując, że oskarżeni **dobrowolnie odstąpili** od doprowadzenia Hanny C. do obcowania płciowego i na podstawie art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k. w zw. z art. 15 § 1 k.k. umorzył postępowanie w zakresie czynu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 3 k.k. wobec Witolda B. i Pawła D.<sup>242</sup>. Zatem, zdaniem SO, odstąpienie od zgwałcenia rannej i nieprzytomnej ofiary stanowi sytuację, którą S. Śliwiński scharakteryzował następująco: „Mogę dopiąć zamierzonego celu, ale nie chcę”<sup>243</sup>. Odnotować również należy, że w przypadku przestępstwa zgwałcenia problem oceny dobrowolności czynnego żalu jest szczególnie trudny. W 1974 r. W. Radecki nieco przewrotnie twierdził, że jeżeli obawa sprawcy przed zarażeniem się chorobą weneryczną zadecydowała o tym, że odstąpił od czynu, to można oceniać jego odstąpienie jako niedobrowolne. W uzasadnieniu autor ten podawał, że czymś innym jest obawa przed karą (w miarę zgodnie przyjmowana

<sup>240</sup> Postanowienie SN z 24.11.2011 r., V KK 274/11. LEX nr 1103635.

<sup>241</sup> Wyrok SA w Katowicach z 28.02.2002 r., II AKa 549/01. LEX nr 56778.

<sup>242</sup> Wyrok SN z 19.07.2006 r., III KK 403/05. LEX nr 193006.

<sup>243</sup> S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne...*, s. 308.

jako okoliczność niewyluczająca dobrowolności<sup>244</sup>), a czymś innym obawa przed ubocznymi skutkami fizycznymi przestępstwa<sup>245</sup>. Z pewnością w czasach ciągle nieuleczalnej i zagrażającej życiu chorobie AIDS/HIV przenoszonej m.in. drogą płciową problem ten staje się do oceny jeszcze trudniejszy. A może wręcz przeciwnie, tak realne zagrożenie życia jest już ewidentnym wyłączeniem dobrowolności, zaniechanie bowiem określonych działań w takiej sytuacji porównywalne jest do wyciągnięcia broni przez pokrzywdzonego, w ten sposób zmuszającego sprawcę do odstąpienia od czynu. Za niedobrowolne odstąpienie od zgwałcenia W. Radecki uznaje też niedyspozycję fizyczną sprawcy, natomiast z bezkarności może skorzystać sprawca, który odstąpił od zgwałcenia z obawy przed ujawnieniem czynu wobec rodziców małoletniej ofiary i jego żony<sup>246</sup>. Natomiast zdaniem SN, nie traci cechy dobrowolności odstąpienie od usiłowania pod wpływem dezaprobaty wyrażonej przez osobę trzecią<sup>247</sup>. Intrygująco w tym kontekście musi brzmieć pytanie, czy brak odwagi do dokonania czynu odbiera takiemu zachowaniu cechę dobrowolności<sup>248</sup>. **Ten krótki przegląd stanowisk musi prowadzić do wniosku, że wielokrotnie autorzy nie rozróżniają, mimo składanych deklaracji, pojęć irrelevantnej motywacji i dobrowolności. A przecież zasadniczo czymś innym jest dowolna motywacja, a czymś innym dobrowolność.** Ilustrację takiego rozróżniania może stanowić przykład wskazany przez S. Śliwińskiego: „Także wstręt, jaki sprawca poczuł, gdy stanął w obliczu czynu, może wyłączyć dobrowolne odstąpienie, ale tylko wtedy, gdy wstręt był taki, iż sprawca go przewyciężyć nie mógł; jeżeli mógł przewyciężyć, ale zdecydował się nie robić sobie przykrości, odstąpienie będzie dobrowolne”<sup>249</sup>. Podobne stanowisko wyraził SN, twierdząc, że można mówić

<sup>244</sup> Por. np. ibidem, s. 309.

<sup>245</sup> Por. np.: W. Radecki: *Usiłowanie zgwałcenia...*, s. 1619. Por. też jednak: A. Gubiński: *Glosa do wyroku z 5 I 1973 r., III KR 258/72*. „Państwo i Prawo” 1974, 1, s. 175 oraz J. Warylewski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. T. 1. Komentarz do artykułów 117—221*. Red. A. Wąsek. Warszawa 2006, s. 859—860, który pozytywnie odniósł się do tezy SN, że strach przed chorobą weneryczną nie wyklucza dobrowolności, ponieważ zastosowanie instytucji czynnego żalu nie wymaga, aby motywy odstąpienia od usiłowania były moralnie dodatnie. Najszerszy katalog okoliczności niewyluczających dobrowolność przy przestępstwie zgwałcenia przedstawił J. Leszczyński. Jego zdaniem, ze względu na cel instytucji czynnego żalu (brak dokonania), do sytuacji takich należy: lęk przed karą, obawa kompromitacji, lęk przed zarażeniem się chorobą weneryczną, nagle uczucie wstrętu do osoby gwałconej, wywołane np. tym, że osoba ta jest brudna, miesiączkuje, cierpi na chorobę skórą, jest powalana kałem albo zalana moczem — J. Leszczyński: *Z problematyki usiłowania i dokonania przestępstwa zgwałcenia*. „Nowe Prawo” 1975, 9—10, s. 1450.

<sup>246</sup> W. Radecki: *Usiłowanie zgwałcenia...*, s. 1619—1620.

<sup>247</sup> Wyrok SN z 5.01.1973 r., III KR 258/72. OSNKW 1973, 7—8, poz. 92.

<sup>248</sup> W. Makowski: *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa 1937, s. 123, za: S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne...*, s. 307.

<sup>249</sup> S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne...*, s. 307. Podobny pogląd wyraził F. von Liszt, który twierdził, że dobrowolność winna mieć swoje źródło tylko w woli sprawcy,

o dobrowolności, jeśli „sprawca nie musiał poddać się wspomnianemu wpływowi, który w świetle doświadczenia życiowego nie stanowił przyczyny decydującej o odstąpieniu, lecz tylko stwarzał jeden z bodźców do rezygnacji”<sup>250</sup>. Przytoczone konstatacje uprawniają do wniosku, że **tworzenie katalogów okoliczności wyłączających i niewyłączających dobrowolność jest nieuzasadnione**<sup>251</sup>. Każdą z takich okoliczności ocenić należy w kontekście konkretnego sprawcy i w konkretnej sytuacji. Mówiąc krótko, odpowiedzieć należy na pytanie, czy dany sprawca mógł oprzeć się danej okoliczności (niezależnie, czy będzie to brak odwagi, czy strach przed karą, wstręt, obecność innych osób itp.). Podzielić więc należy pogląd A. Gubińskiego, że w kwestii odstąpienia od usiłowania nie sposób wytyczyć generalnych zasad dotyczących oceny jego dobrowolności. W każdym wypadku winna być ona dokonywana w świetle niepowtarzalnych okoliczności konkretnego zdarzenia<sup>252</sup>.

Zatem problem, który pojawia się przy przesłance dobrowolności, jawi się bardziej jako problem praktyczny niż teoretyczny; trudności z nim związane mają charakter dowodowy, a nie interpretacyjny. Stąd — jak się wydaje — tak problematyczny kazu strachu przed wykryciem czy karą, rodzący wątpliwości co do uchylania dobrowolności. E. Kunze powiedział, że na ogół trudno jest ustalić przestępny charakter czynności przygotowawczych, trudno też określić, czy sprawca przygotowania rzeczywiście od niego odstąpił. Pojawić się mogą poważne trudności z weryfikacją prawdomówności oskarżonego, który powołuje się na to, że dobrowolnie odstąpił od przygotowania<sup>253</sup>. W przypadku czynnego żalu związanego z usiłowaniem sygnalizowane problemy, ze względu na stan zaawansowania drogi przestępnej, tylko w niewielkim stopniu będą mniejsze<sup>254</sup>.

Przede wszystkim pojawia się problem wolnej woli człowieka, a dopiero potem rozważyć można kwestię, jak tę wolę ustalać. Samo **pojęcie wolnej woli**

---

a bez znaczenia jest to, co tę wolę ukształtowało: obawa, litość czy chłodna kalkulacja zysków i strat — K. Tkaczyk: *Kilka uwag na temat podmiotowych i przedmiotowych warunków czynnego żalu na gruncie kodeksu karnego z 1997 r.* W: *Kodeks karny i kodeks postępowania karnego po dziesięciu latach obowiązywania. Ocena i perspektywa zmian.* Red. M. Mozgawa, K. Dudka. Warszawa 2009, s. 114—143.

<sup>250</sup> Wyrok SN z 5.01.1973 r., III KR 258/72. OSNKW 1973, 7—8, poz. 92.

<sup>251</sup> Por. np. D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 62.

<sup>252</sup> A. Gubiński: *Glosa do wyroku z 5 I 1973, III KR 258/72.* „Państwo i Prawo” 1974, 1, s. 175.

<sup>253</sup> E. Kunze: *Przygotowanie przestępstwa w ujęciu polskiego prawa karnego.* Poznań 1991, s. 106.

<sup>254</sup> Jednocześnie zauważyć należy, że o ile ułatwieniem dokonania oceny i ewentualnej dobrowolności odstąpienia na etapie przygotowania — zdaniem przywołanego E. Kunzego — jest przykładowe wyliczenie, to (co rozumiałe wobec różnorodności zachowań usiłujących zależnych od poszczególnych typizacji) brak jest takich wskazówek przy czynnym żalu okazywanym na etapie usiłowania.

w prawie karnym jest szczególnie istotne, buduje w ogóle pojęcie czynu, a przy czynnym żalu nabiera dodatkowego znaczenia, ponieważ tylko zachowanie w ramach wolnej woli uchyla karalność. Korzystając z syntezy dokonanej przez Ł. Pohla, należy powtórzyć, że wola odgrywa rolę czynnika w istocie sprawczego, ponieważ uruchamia procedury powzięcia decyzji o popełnieniu określonego zachowania<sup>255</sup>. Kwestią szczególnie złożoną jest jej nieskrępowanie, suwerenność. Spór o wolną wolę ma — jak wskazuje L. Tyszkiewicz — długą historię i trwa do dzisiaj. Konkurują tu dwa stanowiska: determinizm i indeterminizm, między którymi występują poglądy o różnorodnym stopniu nasycenia skrajnymi elementami. Na potrzeby kryminologii humanistycznej, ale również i optymalnego modelu prawa karnego, L. Tyszkiewicz przywołał koncepcję *homo elicens*, która ilustruje model układu czynników determinujących zachowanie człowieka i kierunków ich oddziaływania z uwzględnieniem decydującego i wybierającego „Ja” oraz **luzu decyzyjnego**. Zdaniem tego autora, warunki biopsychospołeczne oraz przyrodniczo-zewnętrzne w zasadzie nie determinują w sposób całkowity decyzji-wyboru (indeterminizm umiarkowany); innymi słowy — poza sytuacjami ekstremalnymi, nie znoszą pewnej swobody działania, która niekiedy może być znaczna<sup>256</sup>. Niezależnie więc od przyjętej koncepcji woli człowieka po odrzuceniu poglądów skrajnych (czystego determinizmu i indeterminizmu) zawsze staniemy przed problemem oceny, czy odstępienie od dokonania mieściło się w marginesie swobody, czy było całkowicie zdeterminowane określonymi czynnikami. Zadanie staje się tym trudniejsze, że zarówno wola, jak i czynniki ją ograniczające (lub znoszące) ostatecznie mają charakter skrajnie subiektywny i — mimo wszystko — nieweryfikowalny z zewnątrz. Trudno również, z oczywistych względów, opierać się wyłącznie na wyjaśnieniach sprawcy. Dlatego też W. Dziedziak wskazywał: „zajmując się motywacją, dotykamy zjawisk należących do intymnego świata wewnętrznego osoby. Rozważania nad motywami ludzkich czynów nie są i nie mogą być sprawą łatwą. Jak bowiem wejrzeć do »środką człowieka«, do »jego duszy« i przekonać się, co nim kieruje. Patrząc z zewnątrz na cudze zachowanie, nie można przecież w sposób pewny stwierdzić, jakimi motywami zachowanie to było powodowane. Przeżycia innych ludzi są zasadniczo nieobserwowalne dla zewnętrznego badacza. Stwierdzić można tylko działanie, a nie wywołujące je czynniki. Bywa też, że motywy są aktualnie nieuświadamiane, tzn. człowiek może nie zdawać sobie sprawy z tego, co go skłania do wykonywania takich czy innych działań. Zresztą człowiek sam może niekiedy mylić się co do kierujących nim motywów.

<sup>255</sup> Ł. Pohl, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 224. Por. też przegląd poglądów dotyczących pojęcia woli — L. Tyszkiewicz: *Od naturalizmu do humanizmu w kryminologii*. Katowice 1991, s. 98—102.

<sup>256</sup> L. Tyszkiewicz: *Od naturalizmu do humanizmu...*, s. 95—107, 122—123 oraz 133—138; Idem: *O niektórych ogólnych problemach kryminologii i znaczeniu paradygmatu humanistycznego*. „Archiwum Kryminologii” 2009, 31, s. 67.

W świetle odkryć psychologii współczesnej, a zwłaszcza psychoanalizy, dopuszcza się, iż poznanie własnych mechanizmów psychicznych może być poznaniem błędnym. Tak więc analiza i ocenianie motywów ludzkich jest materią bardzo delikatną, a nawet ryzykowną<sup>257</sup>. Jednocześnie, według M. Ossowskiej, „dla zdecydowania, jaki człowiek jest »naprawdę«, nie wystarczyło nigdy ludziom śledzenie postrzegalnych przejawów jego postępowania, lecz wymagali oni sięgania do jego motywów, i stąd pojęcie motywu odgrywało zawsze w dyskusjach nad naturą ludzką rolę bardzo doniosłą<sup>258</sup>. Powtórzyć więc raz jeszcze wypada pogląd A. Gubińskiego, że w przypadku czynnego żalu nie sposób wytyczyć generalnych zasad dotyczących oceny jego dobrowolności — należy jej dokonywać w świetle niepowtarzalnych okoliczności konkretnego zdarzenia<sup>259</sup>. Kuszące mogłoby się wydawać rozwiązane zaproponowane — 80 lat temu — przez SN, który stwierdził, że „zachodzi brak cechy »dobrowolnego odstąpienia od działania«, jeżeli zewnętrzne okoliczności wpłynęły w ten sposób na wolę sprawcy przymusowo, że **według doświadczenia życia praktycznego** [podkreśl. O.S.], te właśnie zewnętrzne okoliczności usunęły duchową podniecie, która ukształtowała już była wolę popełnienia przestępstwa<sup>260</sup>. Wydaje się jednak, że ocena kwestii wolności woli na podstawie doświadczenia życiowego sędziego (prokuratora) mogłaby być bardzo zawodna, czego ilustracją mogą być wskazywane w piśmiennictwie (i przedstawione wcześniej) motywy odstąpienia od dokonania przestępstwa o charakterze seksualnym. Jest bowiem faktem, że indywidualizm i olbrzymia różnorodność w ocenie siły wpływu na wolę człowieka dotyczą wszystkich jego sfer życiowych — to, co dla jednych jest nie do zniesienia, inni mogą zaakceptować<sup>261</sup>. Dokonując oceny dobrowolności, nie można też — w moim przekonaniu — opierać się na często stosowanym w prawie karnym modelu tzw. wzorcowego obywatela. I tak jak model ten musi zawodzić w określaniu reakcji emocjonalnych w sytuacjach zagrożenia<sup>262</sup>, tak wpływ czynników zewnętrznych jest zawsze zindywidualizowany, zależy od cech psychicznych i właściwości człowieka, jego hierarchii wartości i potrzeb.

<sup>257</sup> W. Dziedziak: *Działanie motywacyjne sankcji prawnych i moralnych*. W: „Studia Iuridica Lublinensia”. T. 5. Lublin 2005, s. 16.

<sup>258</sup> M. Ossowska: *Motyw postępowania. Z zagadnień psychologii moralności*. Warszawa 1949, s. 23. Natomiast K. Obuchowski twierdzi: „Każdy, kto chce zrozumieć człowieka, zaczyna od poszukiwania przyczyn jego działania”. — K. Obuchowski: *Psychologia dążeń ludzkich*. Warszawa 1972, s. 11. To wszystko za: W. Dziedziak: *Działanie motywacyjne...*, s. 13 i 16.

<sup>259</sup> A. Gubiński: *Glosa do wyroku z 5 I 1973 r., III KR 258/72*. „Państwo i Prawo” 74, 1, s. 175.

<sup>260</sup> Wyrok SN z 4.06.1934 r., 3 K. 573/34. Zbiór Orzeczeń SN. Orzeczenia Izby Karnej XII/34, poz. 305, s. 534.

<sup>261</sup> Przykładem może być postawa sprawcy usiłującego dokonać zgwałcenia za wszelką cenę, licząc się nawet z możliwością skazania na karę pozbawienia wolności.

<sup>262</sup> Por. M. Szafraniec: *Przekroczenie granic obrony koniecznej w polskim prawie karnym*. Kraków 2004, s. 139.

Jeśli chodzi o dobrowolność czynnego żalu, to należy dodać, że trzeba rozważnie podchodzić do chętnie przytaczanego w literaturze podziału czynników wpływających na wolę człowieka: na czynniki zewnętrzne i wewnętrzne, z których te pierwsze miałyby wyłączać dobrowolność<sup>263</sup>. Wszystko oczywiście zależy od przyjętej terminologii. Wskazany wcześniej podział nie ma znaczenia dla oceny dobrowolności (i przywoływanie go jest błędne), jeśli pojęcie czynniki „zewnętrzne” i „wewnętrzne” odnosić będziemy do organizmu człowieka-sprawcy. Jeśli jednak punktem odniesienia będzie wola człowieka, to rzeczywiście czynniki zewnętrzne wyłączają dobrowolność, czynniki wewnętrzne zaś — nie, jednak w tym drugim przypadku mowa jest o wolnej lub nie woli człowieka. Precyzyjniejsze zatem wydaje się sformułowanie, jakiego w postawionym przez siebie pytaniu użył Z. Kubec, a mianowicie, „co ma decydujące znaczenie: wola sprawcy czy okoliczności zewnętrzne”, przy rozstrzygnięciu o dobrowolności<sup>264</sup>. Toteż jako zbyt mało precyzyjne uznać należy stwierdzenie SN, że „o dobrowolnym odstąpieniu można mówić wtedy, gdy sprawca niezakończony czynu odstępuje od dalszego działania na skutek procesów przebiegających w jego psychice i żadna okoliczność zewnętrzna nie zmusza go do odstąpienia”<sup>265</sup>, źródło okoliczności bowiem jest bez znaczenia, a znaczenie ma jedynie jej ostateczny wpływ na wolę sprawcy<sup>266</sup>.

Poczynić należy jeszcze jedno ważne zastrzeżenie, że rozróżniać znaczeniowo należy takie pojęcia, jak: „przyczyna”, „implikować”, „powodować”<sup>267</sup>, od pojęć typu „zmusza” czy „ostateczna decyzja”. Innymi słowy, wydaje się, że nie ma znaczenia „miejsce” czynników zewnętrznych w procesie decyzyjnym, jeśli ostatni akt woli należał do sprawcy. Zatem jeśli czynniki zewnętrzne stały się przyczyną określonej decyzji, czy też pojawiły się w trakcie procesu decyzyjnego jako stymulatory, to nie wyłączają tym samym dobrowolnego czynnego żalu, ponieważ istotny dla jego bytu jest luz decyzyjny w ostatniej fazie

<sup>263</sup> Mało precyzyjne formułowanie poglądów w tym zakresie właśnie do takich nieporozumień może prowadzić. Por. np. A. Stefański: *Dobrowolne odstąpienie...*, s. 113; wyrok SN z 23.08.1971 r., I KR 146/71. „Służba MO” 1972, 1, s. 116. LEX nr 21420 oraz wyrok SN z 20.04.1973 r., Rw 354/73. W: J. Raglewski: *Dobrowolne odstąpienie...*, s. 37.

<sup>264</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 567.

<sup>265</sup> Wyrok SN z 27.01.1976 r., IV KR 322/75 i z 31.12.1985 r., III KR 463/85 — niepubl., za: A. Stefański: *Dobrowolne odstąpienie...*, s. 111.

<sup>266</sup> S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne...*, s. 307.

<sup>267</sup> Na przykład: wyrok SA w Łodzi z dnia 30.09.2010 r., sygn. Akt II AKa 133/10. Dodatek „Orzecznictwo”. „Prokuratura i Prawo” 2012, 1, s. 8 — „dobrowolność polegać powinna na działaniu, do którego asumpt dają wyłącznie własne refleksje i przeżycia psychiczne sprawcy, które nie są implikowane postawą osób trzecich”. Wyrok SA w Gdańsku: „Dobrowolność zapobieżenia śmierci pokrzywdzonego, o której mowa w art. 15 § 1 k.k., powinna polegać na działaniu wynikającym wyłącznie z własnych refleksji i przeżyć psychicznych sprawcy, które nie wynikają z inicjatywy i postawy osób trzecich”. — wyrok SA w Gdańsku z dnia 7.11.2012 r., sygn. II AKa 373/12. „Prokuratura i Prawo” 2013, 11, Orzecznictwo [wkładka], s. 10.



podejmowania decyzji. Mówiąc obrazowo, dla oceny dobrowolności istotna jest nie przyczyna, a wynik. Jako niewłaściwe uzasadnienie rozstrzygnięcia należy więc potraktować słowa SA w Łodzi: „Klasyczny przypadek tzw. czynnego żalu ma miejsce wtedy, gdy sprawca z **własnej inicjatywy, niepowodowany** [podkreśl. O.S.] okolicznościami natury zewnętrznej i wykonawszy już wszystkie czynności zmierzające do realizacji czynu, ma świadomość nieuchronności nastąpienia skutku — zapobiega mu jednak, pragnąc jego odwrócenia”, aprobowane przez R. Zawłockiego<sup>268</sup>. Podsumowaniem rozważań dotyczących dobrowolności w kontekście wolnej woli człowieka niech będzie teza SN, wyrażona w wyroku z 27.01.1966 r., zgodnie z którą dobrowolność to świadomość możliwości kontynuowania przestępstwa i świadoma, nieprzymuszona wola rezygnacji z dalszego osiągnięcia zamierzonego celu<sup>269</sup>.

Na zagadnienie czynnego żalu, w tym również dobrowolności, spojrzeć można także z punktu widzenia przyjętych rozwiązań legislacyjnych. Już J. Makarewicz wskazywał, o czym była mowa wcześniej, że znaczna część ustaw zawiera taką definicję usiłowania, że w razie zaniechania „nie ma mowy o postępowaniu przestępnem: np. »a jedynie z powodu niemocy, obcej przeszkody skutek nie nastąpił« (kk. austriacki z roku 1852). Albo »jeżeli przestępstwo nie zostało dokonane wskutek okoliczności niezależnej od woli winowajcy« (por. kk. rosyjski art. 49). Ustawy inne (np. kk. niemiecki § 46, norweski § 50) uznają w tym razie usiłowanie, natomiast podają z reguły bezkarność w razie odstąpienia. [...] Dwa te odrębne typy schodzą się w punkcie bezkarności usiłowania zaniechanego, różnica praktyczna wyniknąć może w tym kierunku, że w pierwszym przypadku wysunięcie zaniechania poza nawias nie ma czynu karygodnego, nikt więc nie odpowiada w zasadzie, w drugim wypadku wyraźnej reguły bezkarności jest przestępstwo, lecz zachodzi okoliczność wykluczająca karygodność<sup>270</sup>. Ze współczesnej perspektywy podobnej analizy — ustawodawstwa karnego XIX i XX w. — dokonała D. Gajdus, widząc w prezentowanym podziale dwojaki uzasadnienie bezkarności usiłowania zaniechanego i związane z tym określone konsekwencje dowodowe. Toteż w pierwszej grupie znalazły się rozwiązania legislacyjne przyjmujące, że w pojęciu usiłowania mieści się jego przerwanie z powodów niezależnych od sprawcy — są

<sup>268</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1–31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 636 i przytoczone orzeczenie: wyrok SA w Łodzi z 26.02.2002 r., II AKa 16/02. KZS 2004, 4, poz. 53. Trudno też zgodzić się z tezą: „Odstąpienie od dokonania uznaje się za dobrowolne, jeśli nastąpiło z przyczyn zewnętrznych, od sprawcy niezależnych”. — K. Indeck, A. Liszewska: *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*. Warszawa 2002, s. 221.

<sup>269</sup> Wyrok SN z 27.01.1976 r., IV KR 322/75, niepubl., cyt. za: A. Stefański: *Dobrowolne odstąpienie...*, s. 111.

<sup>270</sup> J. Makarewicz: *Prawo karne. Wykład porównawczy...*, s. 99.

musi zatem udowodnić, że zostało ono przerwane z powodów obiektywnych, niezależnych od sprawcy (np. k.k. francuski z 1810 r., k.k. belgijski z 1867 r., k.k. austriacki z 1852 r.). W grupie drugiej karalność usiłowania jest cechą niezależną tej postaci stadialnej, natomiast dobrowolne odstępianie ze strony sprawcy uchyla karalność usiłowania; zatem sąd może uwolnić od kary, gdy dojdzie do przekonania, że sprawca dobrowolnie zaniechał usiłowania (np. k.k. niemiecki z 1871 r.)<sup>271</sup>. To ważne rozróżnienie rodzi pytanie, czy wynikający z niego ciężar dowodu odmiennie nałożony ma rzeczywiście znaczenie praktyczne. Jak zauważa D. Gajdus, system przyjęty przez niemiecki kodeks karny z 1871 r. był bardziej racjonalny i dlatego rozpowszechnił się w europejskich ustawodawstwach, stanowiąc także podstawę rozwiązań polskich<sup>272</sup>. W moim przekonaniu, o „zwycięstwie” koncepcji niemieckiej zdecydowała nie tyle racjonalność, ile teoretycznoprawne założenia konstrukcji usiłowania. Pozwala ono wyraźnie odróżnić dwa czyny podlegające dwóm karnoprawnym ocenom z wyraźnym przesłaniem, że czyn drugi, z woli ustawodawcy, znosi karalność czynu pierwszego po spełnieniu określonych przesłanek. Trzeba mieć jednak świadomość, że takie — słuszne — rozwiązanie sprawia, że oskarżony jest w nieco gorszej sytuacji.

Wydawać by się mogło, że wszystkie uwagi poczynione na temat dobrowolności powinny pozostawać aktualne w przypadku **nieskutecznego czynnego żalu** (art. 15 § 2). W literaturze spotkać można odosobnione głosy nadające temu pojęciu nieco inne znaczenie przy skutecznym lub nieskutecznym czynnym żalu. To właśnie na gruncie przepisu art. 15 § 2 A. Liszewska, opierając się na orzecznictwie SN, silnie akcentuje przy nieskutecznym czynnym żalu subiektywizm i stawia tezę, że ocena starań czyniona być powinna z perspektywy „**pozytywnej postawy sprawcy**”<sup>273</sup>. Według W. Radeckiego, który uważa, że moralna ocena motywów nie ma znaczenia dla oceny dobrowolności czynnego żalu, ma jednak znaczenie i zachowuje pełny walor w sytuacji przewidzianej w art. 13 § 2 k.k. z 1969 r. — wyrzuty sumienia lub współczucie są bowiem silnym argumentem przemawiającym za stosowaniem nadzwyczajnego złagodzenia kary<sup>274</sup>. W moim przekonaniu, wpływ wyrzutów sumienia czy współczucia na decyzję o zapobieżeniu skutkowi, które ostatecznie się nie powiodło, nie oznacza odmiennego rozumienia pojęcia dobrowolności (zresztą taka interpretacja byłaby sprzeczna z zakazem wykładni homonimicznej<sup>275</sup>), a jedynie stanowi

<sup>271</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 84.

<sup>272</sup> Ibidem.

<sup>273</sup> A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*s. 791 i przytoczone tam orzecznictwo SN.

<sup>274</sup> W. Radecki: *Prawne i moralne oceny...*, s. 25.

<sup>275</sup> Por. L. Morawski: *Zasady wykładni prawa*. Toruń 2010, s. 119—121, gdzie autor, opierając się na wskazanym orzecznictwie TK i SN, postuluje, aby w sytuacji, gdy prawodawca chce nadać tym samym wyrażeniom równe znaczenia, jednocześnie odstępując od zakazu wykładni

uwzględnienie motywów sprawcy na etapie zasad wymiaru kary (zresztą zgodnie z treścią przepisu art. 115 § 2 *via* art. 53 § 1). Innymi słowy, brak pozytywnej motywacji dla sprawcy podejmującego starania o zapobieżenie skutkowi nie wyklucza możliwości zastosowania przepisu art. 15 § 2.

Ważnym zagadnieniem związanym z dobrowolnością jest ocena **znaczenia przesłanki dobrowolności** dla konstruowania instytucji czynnego żalu wobec jej **braku w niektórych postaciach czynnego żalu** (występujących w części szczególnej). Zdaniem D. Gajdusa, przesłanka dobrowolności, ze względu na jej priorytetowe znaczenie, powinna występować przy wszystkich odmianach tej instytucji<sup>276</sup>. W rzeczywistości jednak nie zawsze ustawodawca opatruje dobrodziejstwa wynikające z czynnego żalu wymogiem dobrowolności. Oczywiście, zasadniczo uwagi te odnoszą się do czynnego żalu podokonaniowego, ponieważ tylko w tej przestrzeni *iter delicti* możliwa jest różnorodność (wobec jednolitego — w zasadzie — uregulowania czynnego żalu przeddokonaniowego). Ciekawym przykładem niestawiania wymogu dobrowolności jest czynny żal odnoszący się do przestępstw przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu — art. 169 § 3. Regulacja ta jest o tyle ciekawa, że jej dwa pierwsze paragrafy, odnoszące się do innych typizacji, taki wymóg przewidują<sup>277</sup>. Zdaniem R. Hałasa, przypadek wskazany w § 3 tego przepisu należy ocenić podobnie jak przypadki zamieszczone w paragrafach wcześniejszych, tzn. sprawca musi wykazać się dobrowolnością. Wprawdzie — jak zauważa wspomniany autor — w ustawie takiego wymogu nie zapisano, ale odrzucenie dobrowolności prowadziłoby — jego zdaniem — do zanegowania istoty czynnego żalu i pozwalałoby na objęcie nadzwyczajnym złagodzeniem kary porywacza zmuszonego do przekazania statku groźbą użycia broni<sup>278</sup>. G. Bogdan twierdzi nawet, że brak dobrowolności

homonimicznej (dyrektywy konsekwencji terminologicznej), powinien to wyraźnie w tekście prawnym zaznaczyć.

<sup>276</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 57.

<sup>277</sup> „Art. 169. § 1. Nie podlega karze za przestępstwo określone w art. 164 lub 167 sprawca, który dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo.

§ 2. Wobec sprawcy przestępstwa określonego w art. 163 § 1 lub 2, art. 165 § 1 lub 2 lub w art. 166 § 2 sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, jeżeli sprawca dobrowolnie uchylił niebezpieczeństwo grożące życiu lub zdrowiu wielu osób.

§ 3. Wobec sprawcy przestępstwa określonego w art. 166 § 1 sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, jeżeli sprawca przekazał statek lub kontrolę nad nim osobie uprawnionej”.

<sup>278</sup> R. Hałas, w: A. Grześkowiak, K. Wiak: *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa 2012, s. 809. R.A. Stefański uważa, że przykładem sytuacji uprawniającej sąd do zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary jest otoczenie sprawcy przez policję — R.A. Stefański, w: A. Wąsek, R. Zawłocki: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 117—221*. Warszawa 2010, s. 565. Ciekawego przeglądu stanowisk interpretujących brak wymogu dobrowolności na gruncie przepisu art. 141 k.k. z 1969 r. dokonał B. Sygit: *Problematyka tzw. „czynnego żalu”...*, s. 15—16.

to jedynie zabieg natury redakcyjnej, dodając, że odrzucenie wymogu dobrowolności oznaczałoby w praktyce objęcie nadzwyczajnym złagodzeniem kary porywacza **zmuszonego** do takiego zachowania na przykład groźbą użycia broni przez służby powołane do ochrony<sup>279</sup>. Dość kuriozalne i naruszające funkcję gwarancyjną prawa karnego wydaje się przypisywanie dodatkowego wymogu skorzystania z określonych przez prawo korzyści wbrew woli ustawodawcy. Argumentu o znaczeniu obecności (lub nie) przesłanki dobrowolności dostarcza treść art. 252 § 4 i 5<sup>280</sup>, gdzie dobrowolność nabiera dodatkowego, szczególnego znaczenia, a wola ustawodawcy nie budzi w tym zakresie żadnych wątpliwości. To właśnie bowiem dopiero dobrowolność sprawcy zwalniającego zakładnika, który poddawany był szczególnemu okrucieństwu, sprawia, że nadzwyczajne złagodzenie nie jest fakultatywne, a obligatoryjne. **Są zatem takie sytuacje, gdy ustawodawca rezygnuje z przesłanki dobrowolności, a rezygnacja ta jest uzasadniona.** Przywołać także można wspomnianą już tezę M. Szerera o uzasadnionym braku dobrowolności przy zapobieżeniu skutkowi w przypadku czynnego żalu związanego z usiłowaniem<sup>281</sup> czy też głos J. Kaczmarka wskazującego na możliwość większego wpływu organów ścigania na proces decyzyjny sprawcy porwania zakładnika<sup>282</sup>. Z kolei przyczyny braku dobrowolności na gruncie u.k.s. z 1971 r. analizuje J. Raglewski. Przede wszystkim wskazuje on (za Z. Siwikiem), że uznanie przez ustawodawcę pewnych czynów za przestęp-

<sup>279</sup> G. Bogdan, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 2. *Komentarz do art. 117—227 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 398.

<sup>280</sup> „Art. 252. § 1. Kto bierze lub przetrzymuje zakładnika w celu zmuszenia organu państwowego lub samorządowego, instytucji, organizacji, osoby fizycznej lub prawnej albo grupy osób do określonego zachowania się, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.

§ 2. Jeżeli czyn określony w § 1 łączył się ze szczególnym udrczeniem zakładnika, sprawca podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5 albo karze 25 lat pozbawienia wolności.

§ 3. Kto czyni przygotowania do przestępstwa określonego w § 1, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 4. Nie podlega karze za przestępstwo określone w § 1, kto odstąpił od zamiaru wymuszenia i zwolnił zakładnika.

§ 5. Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary wobec sprawcy czynu określonego w § 2, który odstąpił od zamiaru wymuszenia i zwolnił zakładnika, a stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary, jeżeli odstąpienie od zamiaru wymuszenia i zwolnienie zakładnika nastąpiło dobrowolnie”.

<sup>281</sup> M. Szerer: „*Dobrowolne*” *odstąpienie...*, s. 628. Należy podkreślić, że zdaniem autora, zapobieżenie szkodzie miało w oczach ustawodawcy tak ważne znaczenie praktyczne, że przyznawał sprawcy dobrodziejstwo bezkarności bez względu na to, jakie były jego pobudki, byle tylko zapobiegł powstaniu szkody. Jak zaznaczył M. Szerer, uniknięcie szkody jest interesem społecznym, który wolno ustawodawcy oceniać wysoko.

<sup>282</sup> J. Kaczmarek: *Konsekwencje prawne uwolnienia zakładnika (art. 252 § 4 k.k.)*. „Prokuratura i Prawo” 2001, 6, s. 17.

stwa i wykroczenia skarbowe ma swoje źródło nie w ich apriorycznej, nagannej ocenie społeczno-moralnej, lecz wynika z faktu administracyjno-finansowych nakazów lub zakazów. Zatem to szczególna cecha prawa skarbowego i pierwszeństwo funkcji egzekucyjnej nad represyjną tej gałęzi prawa uzasadniają brak wymogu dobrowolności (mimo że pewien brak konsekwencji mógłby sugerować, że był to po prostu błąd ustawodawcy). Argumentem przekonującym autora, przemawiającym za niewprowadzaniem warunku dobrowolności do zespołu przesłanek, jest także charakter organów podejmujących decyzję w tym zakresie — są to bowiem urzędnicy niewyposażeni w atrybut niezawisłości, co potencjalnie grozi — zdaniem J. Raglewskiego — wystąpieniem szerokiego spektrum nadużyć<sup>283</sup>. Zaznaczyć również należy, że również współczesny k.k.s. nie wymaga dobrowolnego charakteru czynności składających się na czynny żal (art. 21 § 3 zd. 2 k.k.s. w zw. z art. 20 § 4 k.k.s.)<sup>284</sup>.

Wydawać by się mogło, że ważnych argumentów co do znaczenia przesłanki dobrowolności dostarczyć może także treść przepisu art. 60 § 2 pkt 2<sup>285</sup>. O relacjach tej regulacji odnośnie do przepisów związanych z czynnym żalem będzie jeszcze mowa. W tym miejscu przywołane zostanie jedynie orzeczenie SA w Łodzi, poddające analizie przesłankę dobrowolności. Zdaniem Sądu, „Kodeks karny przewiduje dwie podobne instytucje prawne pozwalające na nadzwyczajne złagodzenie kary w wyniku starań sprawcy o zapobieżenie nastąpieniu skutkowi, tj. w art. 15 § 2 oraz art. 60 § 2 pkt 2. W pierwszym przepisie mowa jest o dobrowolności takiego działania, a w drugim takiej regulacji brak. Dlatego — przy założeniu racjonalności ustawodawcy — należy stwierdzić, że dwie normy prawne w jednym porządku prawnym nie mogą dotyczyć identycznego (hipotetycznego) stanu faktycznego. Wskazuje to na potrzebę literalnej i nierozszerzającej wykładni zwrotu »dobrowolnie starał«, który został użyty w redakcji art. 15 § 2 k.k., i tym samym można dojść do wniosku, że owa dobrowolność polegać powinna na działaniu, do którego asumpt dają wyłącznie własne refleksje i przeżycia psychiczne sprawcy, które nie są implikowane postawą osób trzecich»<sup>286</sup>. Wydaje się jednak, że na gruncie art. 60 § 2 pkt 2, wbrew

<sup>283</sup> J. Raglewski: *Dobrowolne odstąpienie...*, s. 44—45.

<sup>284</sup> G. Łabuda, w: P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski: *Kodeks karny skarbowy. Komentarz LEX*. Warszawa 2012, s. 339.

<sup>285</sup> „Art. 60. § 2. Sąd może również zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w szczególnie uzasadnionych wypadkach, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa, w szczególności: [...] 2) ze względu na postawę sprawcy, zwłaszcza gdy czynił starania o naprawienie szkody lub o jej zapobieżenie”.

<sup>286</sup> Wyrok SA w Łodzi z dnia 30.09.2010 r., sygn. Akt IIAKa 133/10. „Prokuratura i Prawo” Dodatek „Orzecznictwo” 2012, 1, s. 8. Warto jednocześnie zauważyć, że brak przesłanki dobrowolności w przepisie art. 60 § 2 pkt 2 nie przeszkadza J. Raglewskiemu utożsamiać czynnego żalu ze skruchą, a uprawnia go do tego użyte przez ustawodawcę sformułowanie: „ze względu na **postawę** sprawcy”. — J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 202.

przytaczanym opiniom o zbyt liberalnych przesłankach<sup>287</sup>, mamy do czynienia z obostrzeniem wymogów uprawniających do fakultatywnego nadzwyczajnego złagodzenia kary. Ustawodawca każe bowiem ocenić **postawę sprawcy**, co musi już oznaczać nie tylko dobrowolność, ale też motywację. Zatem w przypadku regulacji przewidzianej w art. 60 § 2 pkt 2 brak dobrowolności ma szczególne znaczenie — pojęcie to zostało „zastąpione” wymogami dotyczącymi całej postawy sprawcy. Jest to więc sytuacja zasadniczo inna niż brak cechy dobrowolności w k.k.s. czy przepisie art. 169 § 3 oraz art. 252 § 5.

Wątpliwości może natomiast budzić znaczenie braku dobrowolności wśród przesłanek niepodlegania karze przy przestępstwie przekupstwa (art. 229 § 6, ale też w przepisie art. 230a § 3 oraz art. 296a § 5), ponieważ z jednej strony przyjąć można, że ustawodawca ustanowił bardziej liberalne wymogi ze względu na podniesienie efektywności w wykrywaniu i ściganiu tego rodzaju przestępstw, z drugiej zaś strony — zawiadomienie i ujawnienie okoliczności czynu z natury rzeczy mają wyłącznie dobrowolny charakter. Tej drugiej interpretacji może przeczyć jednak treść przepisu art. 131, tu z kolei występują wątpliwości co do obejmowania dobrowolnością wszystkich przewidzianych w nim przesłanek. Ostatecznie jednak — antycypując późniejsze uwagi — przyjąć należy, że dobrowolnością w przepisie art. 131 objęte są wszystkie zachowania, a zatem brak dobrowolności przy czynnym żalu w związku przekupstwem jest efektem przyjętej polityki.

Jednak wniosek o uzasadnionym (charakterem dobra — art. 169 § 3, art. 252 § 5, lub celami polityki ścigania — art. 229 § 6, art. 23a § 3, art. 296a § 5) pominięciu przez ustawodawcę cechy dobrowolności uzupełniony musi być pytaniem, co *de facto* ma oznaczać brak dobrowolności. Czy można niedobrowolnie, ale samodzielnie — gdy ustawa wyraźnie mówi o sprawcy jako podmiocie czynności — np. zwolnić zakładnika (co innego, gdy ustawa opisuje takie zachowanie bezosobowo — np. zakładnik został zwolniony)? Jeśli rzeczywiście przyjmujemy, że szczególny charakter zaatakowanego dobra pozwala na zastosowanie określonych korzyści dla sprawcy, nawet gdy sprawca do pewnego zachowania został zmuszony, to musi pojawiać się pytanie, za co premia dla sprawcy została przewidziana. Jak się wydaje, wyjątkowy brak dobrowolności wśród przesłanek czynnego żalu może uprawniać do postawienia tezy, że jest to premia za rezygnację z ekstremalnych zachowań — np. zabicie zakładnika przed popełnionym samobójstwem (premia taka może stanowić znakomity argument dla negocjatora policyjnego w sytuacjach kryzysowych). Czy jednak zwolnienie zakładnika na skutek perswazji nie oznacza już dobrowolności?

Wskazanie formy czynnego żalu nieopatrzone wymogiem dobrowolności, przy równoczesnych trudnościach praktycznych z samą egzemplifikacją takich

---

<sup>287</sup> Por. wypowiedzi przytoczone przez J. Raglewskiego — J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 203—204.

zachowań, każe postawić pytanie, czy sformułowanie „**dobrowolne odstąpienie, zapobieżenie skutkowi**” nie jest **tautologią** lub swoistym *superfluum*. Warto bowiem zauważyć, że zdaniem A. Spotowskiego, w pojęciu odstąpienia mieści się dobrowolność, bo nie można odstępować, jeśli dokonanie nie było możliwe. Co prawda, taka interpretacja uzasadnia, w przekonaniu tego autora, przyjęcie tezy, że sformułowanie „dobrowolnie” ma szczególne znaczenie — zawężające; sprawca swoim zachowaniem musi przekonać, że chce przestrzegać porządku prawnego<sup>288</sup>. Wydaje się jednak, że wnioski nie powinny pójść w tym kierunku. Jeżeli weźmiemy pod uwagę, że „odstąpić” oznacza „zrezygnować, zostawić, zerwać z czymś, zrzec się”<sup>289</sup>, czy wolno nam przyjąć, że sformułowanie to już zawiera cechy dobrowolności? Jeżeli ktoś lub coś uniemożliwiło sprawcy doprowadzenie do dokonania czynu zabronionego, to czy można wtedy mówić o odstąpieniu? Podobnie nie można mówić o odstąpieniu, jeśli w przekonaniu sprawcy skutek już został osiągnięty lub zostanie osiągnięty bez dalszej jego ingerencji. Warto przytoczyć fragment orzeczenia SA w Szczecinie, które — w moim przekonaniu — znakomicie ilustruje specyficzne znaczenie „odstąpienia”. Sąd ten odnotował: „W. obficie krwawił przede wszystkim z głowy i nie dawał oznak życia [...]. Słusznie zatem Sąd ten [I instancji — O.S.] przyjął, że zaprzestanie zadawania ciosów pokrzywdzonemu **nie miało**, jak chce tego apelujący, **charakteru odstąpienia** od czynu zabronionego, albowiem **stanowiło zakończenie realizacji zamiaru jego popełnienia, bez względu na to, czy dokonanie rzeczywiście nastąpiło**. Po zaprzestaniu bicia pokrzywdzonego oskarżony nie wykazał zainteresowania jego losem, a skutek w postaci śmierci był mu obojętny. Jego dalsze działania były nastawione wyłącznie na to, by nieprzytomnego pokrzywdzonego jak najszybciej usunąć ze swojego mieszkania”<sup>290</sup>. Jeszcze wyraźniej nieuzasadnione użycie przysłowka „dobrowolnie” widać w kontekście nieskutecznego czynnego żalu. Pytanie bowiem, czy można starać się niedobrowolnie<sup>291</sup>. Innymi słowy, czy działania podjęte pod przymusem w ogóle można uznać za starania? Wydaje się zatem, że „dobrowolność” odrębnie zwerbalizowana jest istotna, gdy określona instytucja ujęta jest w formie bezosobowej („naprawiono szkodę”) lub w stronie biernej („szkoda została naprawiona”), ponieważ rzeczywiście może budzić wątpliwości, czy wskazany skutek jest efektem decyzji sprawcy. Gdy natomiast sprawca/człowiek, według

<sup>288</sup> A. Spotowski: *O odstąpieniu od usiłowania...*, s. 92.

<sup>289</sup> *Słownik języka polskiego*. T. 2. Red. M. Szymczak. Warszawa 1979, s. 476. Zatem błędem obarczone jest uzasadnienie SA w Białymstoku, w którym mowa jest o **dobrowolnej rezygnacji** z popełnienia czynu zabronionego — wyrok SA w Białymstoku z 14.05.2009 r., II AKa 58/09. OSA w Białymstoku 2009, 2—3, poz. 47.

<sup>290</sup> Wyrok SA w Szczecinie z 9.01.2013 r., II AKa 236/12. LEX nr 1271983.

<sup>291</sup> Na marginesie należy zauważyć, że staranie sprawcy o naprawienie szkody, jako szczegółowa dyrektywa wymiaru kary — art. 53 § 2, nie zostało takim wymogiem opatrzone i mimo wszystko nie rodzi się wątpliwości co do jego dobrowolności.

stylistyki przepisu, jest czynnym podmiotem realizującym określone zachowania, przyjmujemy jego wolną wolę (tak też odczytujemy treść przepisów art. 25, art. 26, art. 27, art. 53 § 3), a dodawanie, że czyni to dobrowolnie jest zbędne. Tak sformułowana zasada pozwala również na eliminację cechy dobrowolności innej postaci czynnego żalu — zapobieżeniu skutkowi, przy jednoczesnym założeniu, że brak skutku (dokonania) jest efektem wolnej woli sprawcy. Ewentualny udział osób trzecich w takim zapobieżeniu (co przecież nie wyklucza *a priori* czynnego żalu) oceniany byłby na płaszczyźnie związku kauzalnego, tzn. czy zachowanie sprawcy uruchomiło aktywność osób trzecich.

**Reasumując tę część rozważań, uznać należy, że z pewnością opatrzenie dobrowolnością nieskutecznego czynnego żalu (art. 15 § 2) jest ewidentnie uchybieniem ustawodawcy zmuszającym do wykładni *per non est*. Jak się wydaje, również „odstąpienie” nie wymaga dodatkowego dookreślenia przez dobrowolność, ponieważ wynika to z istoty samego odstąpienia. Pewne wątpliwości mogłoby rodzić pominięcie w tekście przepisu art. 15 § 1 pojęcia „dobrowolność” odnośnie do zapobieżenia skutkowi (dokonaniu). Jednocześnie ewentualna zmiana przepisu (w stosownym fragmencie): „kto odstąpił od dokonania lub dobrowolnie zapobiegł dokonaniu”, sugerować mogłaby odmienne wymagania ze strony podmiotowej przy dwóch różnych postaciach czynnego żalu, a przecież tak nie jest. Innymi słowy, godząc się ostatecznie na obecność przysłówka „dobrowolnie” w opisie skutecznego czynnego żalu, zdecydowanie wyrazić muszę sprzeciw co do jego obecności w przypadku nieskutecznego czynnego żalu.**

Przyjmując zatem, że posłużenie się przez ustawodawcę przysłówkiem „dobrowolnie” w niektórych przypadkach nie jest tautologią, postulować należy ponowne rozważenie, czy ten dodatkowy wymóg w stronie podmiotowej jest rzeczywiście zawsze konieczny. Czy, podobnie jak zrobił to ustawodawca w przypadku przestępstwa porwania zakładnika (art. 252), ze względu na charakter atakowanego dobra nie należy zliberalizować tych wymogów. W moim przekonaniu, ze szczególną rozważą należałoby podejść do czynnego żalu przy przestępstwach przeciwko porządkowi publicznemu (formalnie ma on postać czynnego żalu po dokonaniu, jednak cechy tych typizacji pozwalają — o czym dalej — porównać go do czynnego żalu przeddokonaniowego)<sup>292</sup>. Z jednej strony taka liberalizacja uzasadniona jest potencjalnymi skutkami, z drugiej zaś fenomenologia tych czynów w miarę łatwo „dostarcza przykładów” potencjalnego niedobrowolnego czynnego żalu. Pamiętajć przy tym należy, że wymóg dobrowolności przy czynnym żalu **osłabia funkcję kompensacyjną, ale wzmacnia**

---

<sup>292</sup> Warto przy tym zauważyć, że w piśmiennictwie zgłaszane są postulaty *de lege ferenda* rezygnacji wymogu dobrowolności odnośnie do naprawienia szkody — por. np. R. Zawłocki: *Naprawienie szkody jako podstawa uchylenia...*, s. 164 oraz O. Sitarz: *Funkcje i znaczenie przepisu art. 295 § 1 k.k.*..., s. 180—181.



**model naprawczy oraz funkcję wychowawczą prawa karnego**<sup>293</sup>. Zatem to ustawodawca, przyjmując jedną z funkcji czynnego żalu za priorytetową, winien nadać czynnemu żalowi (temu z części ogólnej, jak i wyjątkowo z części szczególnej) odpowiednią formę normatywną.

**Wymóg dobrowolności**, jego istnienie, budzi też wątpliwości przy **tw. czynnym żalu kwalifikowanym**, tzn. gdy ustawodawca stawia dodatkowe wymogi w stronie przedmiotowej. Pytanie bowiem brzmi, czy tą dobrowolnością objęte są wszystkie wymogi strony przedmiotowej, a zatem czy dobrowolność odnosi się też do ujawnienia istotnych okoliczności przewidzianych w **art. 131 § 1** (przynajmniej odnośnie do czynu określonego w art. 130 § 2). S. Hoc wprost do tej kwestii się nie odnosi, pisze jednak, że ujawnienie rozpatrywane na tle istoty czynnego żalu jest spontanicznym aktem woli sprawcy, który dobrowolnie i samorzutnie, nie pod wpływem przedstawionych mu dowodów, ujawnia wszystkie istotne okoliczności<sup>294</sup>. Również zdaniem J. Wojciechowskiej<sup>295</sup> oraz P. Kardasa<sup>296</sup> ujawnienie powinno być dobrowolne. Podobnie K. Wiak uważa, że „konstrukcja przepisu nakazuje także wobec tej przesłanki formułować wymóg dobrowolności<sup>297</sup>. Przyczyną zgłaszanych wątpliwości jest fakt, że przepis ten to zdanie złożone (koniunkcyjnie), a przysłówek poprzedza wszystkie wyliczone zachowania. Wcześniej już uznałam, że zgodnie z pewną praktyką językową, taki przysłówek należy odnieść do wszystkich wymienionych zachowań. W § 2 art. 131 pojawia się zarówno spójnik „i”, jak i „oraz”. Nie uprawnia to jednak do postawienia tezy, że tym samym została zerwana więź między dobrowolnością a opisanym po tym spójniku zachowaniem, skoro we wcześniejszym paragrafie to samo zachowanie poprzedzone zostało spójnikiem „i”.

Kończąc rozważania o **stronie podmiotowej czynnego żalu**, należy jeszcze podjąć problem **czynnego żalu przy usiłowaniu nieudolnym**. To w stronie podmiotowej czynnego żalu bowiem poszukiwać należy odpowiedzi na pytanie,

<sup>293</sup> Szerzej o funkcjach w rozdziale dotyczącym uzasadnienia usiłowania i czynnego żalu. Por. też O. Sitarz: *Czynny żal jako instrument...*, s. 170—172.

<sup>294</sup> S. Hoc: *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej...*, oraz Idem: *Czynny żal sprawców...*, s. 38.

<sup>295</sup> J. Wojciechowska, w: M. Fleming, J. Wojciechowska: *Zbrodnie wojenne...*, s. 148. Pogląd ten został powtórzony w: J. Wojciechowska, w: *Kodeks karny. Część szczególna. T. 1. Komentarz do artykułów 117—221*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 82 — „Warunek dobrowolności dotyczy także ujawnienia istotnych okoliczności popełnionego czynu. Ujawnienie ich bez wymogu dobrowolności staje się zwykłym przyznaniem do winy, np. stopniowe przyznawanie się do winy pod wpływem wymowy zebranych dowodów śledztwa”.

<sup>296</sup> P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. T. 2*. Red. A. Zoll..., s. 106 (Nb 8).

<sup>297</sup> K. Wiak, w: A. Grześkowiak, K. Wiak: *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa 2012, s. 721.

czy sprawca usiłowania nieudolnego może skorzystać z bezkarności przewidzianej w art. 15 § 1. W piśmiennictwie prezentowane są dość zgodne opinie odnośnie do czynnego żalu sprawcy usiłowania nieudolnego. Dla dokonania karnoprawnej oceny czynnego żalu sprawcy usiłowania nieudolnego S. Śliwiński proponuje sięgnąć do przepisu art. 13 k.k. z 1932 r.<sup>298</sup>. Według K. Indeckiego i A. Liszewskiej, czynny żal nie dotyczy usiłowania nieudolnego, ale autorzy ci akceptują — powołując się na K. Buchałę, W. Woltera, A. Wąska — korzystanie *mutatis mutandi* z dobrodziejstwa art. 15 § 1<sup>299</sup>. Również zdaniem W. Wróbla i A. Zolla, z wykładni systemowej wynika, że należy przyjąć możliwość stosowania art. 15 § 1 i 2 także w przypadku usiłowania nieudolnego<sup>300</sup>. Przeszkód w stosowaniu art. 15 do usiłowania nieudolnego nie widzi też R. Zawłocki, powołując się na analogię<sup>301</sup>, podobnie jak K. Tkaczyk<sup>302</sup>. Natomiast zdaniem Z. Kubeca, na tle przepisów k.k. z 1932 r. wyłączyć należy możliwość stosowania analogii, proponując *de lege ferenda* takie brzmienie przepisu, które usunęłoby wątpliwości tego rodzaju<sup>303</sup>.

Przede wszystkim należy zauważyć, że w literaturze przedmiotu problem często jest zbyt uproszczony. Nie ma jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy sprawca nieudolnego usiłowania może skorzystać z konstrukcji przewidzianej w art. 15. W grę bowiem wchodzi **dwie różne sytuacje**<sup>304</sup>, w zależności od przyczyny podjęcia decyzji o braku kontynuacji *iter delicti*.

Pierwsza z nich ma miejsce wtedy, gdy **przyczyna nieudolności staje się przyczyną przerwania drogi przestępnej**. Z pewnością zaniechanie takie nie ma charakteru dobrowolnego (*de facto* nie można mówić o poniechaniu, skoro do dokonania nie doszło, ponieważ było niemożliwe). W takim przypadku nie może być mowy o czynnym żalu sprawcy, a tym samym o możliwości skorzy-

<sup>298</sup> S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne...*, s. 321. Podobnie — D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 99.

<sup>299</sup> K. Indecki, A. Liszewska: *Prawo karne materialne...*, s. 225. Por. też A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 793. Krytycznie, zdaniem autorki, należy się odnieść do wyroku SA w Krakowie, który stwierdził, że „Brak możliwości osiągnięcia celu, który sprawca usiłował osiągnąć, pozbawia odstąpienie od usiłowania dobrowolności, chroniącej sprawcę przed karą (art. 15 § 1 k.k.)”. Jednak dalsza część tezy przekonuje, że sąd ten nie tyle zajmował się usiłowaniem nieudolnym, ile oceną dobrowolności i przyczynami poniechania przestępnej działalności, dodawał bowiem: „Istotą sporu w tym przedmiocie jest więc stwierdzenie, czy sprawca, który zaniechał usiłowania, mógł cel zamierzony osiągnąć, czy też tej możliwości był pozbawiony z przyczyn od niego niezależnych, jak ucieczka lub opór ofiary, obawa ujęcia, pościg itd.” — wyrok SA w Krakowie z 4.03.1999 r., II AKa 22/99. KZS 1999, 3. LEX nr 36652.

<sup>300</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 238.

<sup>301</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1–31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 634–635.

<sup>302</sup> K. Tkaczyk: *Institucja czynnego żalu...*, s. 155–156.

<sup>303</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 562–563 i 568.

<sup>304</sup> Por. też: A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1–116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 275; A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 794.

stania przez niego z bezkarności. Karnoprawnej oceny, czy z taką sytuacją mamy do czynienia, dokonywać należy na podstawie dwóch „parametrów”: definicji dobrowolności oraz jednocześnie definicji usiłowania nieudolnego. Nie ma bowiem wątpliwości, że jeżeli sprawca nie kontynuuje drogi przestępnej z powodu braku przedmiotu wykonawczego czy środka nadającego się do popełniania czynu zabronionego, o dobrowolnym odstąpieniu mowy być nie może. Mając jednak na uwadze wszystkie sygnalizowane problemy związane z usiłowaniem nieudolnym, sprawa przestaje być prosta. Możliwość przyjęcia czynnego żalu jest bowiem determinowana granicą między usiłowaniem nieudolnym a usiłowaniem udolnym. To właśnie rozstrzygnięcie, o jakim rodzaju usiłowania może być mowa, warunkuje bardzo często ocenę ewentualnej dobrowolności czynnego żalu, zgodnie ze schematem: jeśli usiłowanie udolne — można rozważać dobrowolność poniechania, jeśli usiłowanie nieudolne — poniechanie zostało „wymuszone” okolicznościami, a zatem brak jest czynnego żalu. Ilustracją tego problemu może być kazus, analizowany w części poświęconej usiłowaniu nieudolnemu — sprawca po wejściu do czyjegoś domu zauważa, że nie ma konkretnego obrazu, po który przyszedł (są jednak inne cenne malowidła). Czy opuszczenie przez sprawcę cudzego domu bez jakiegokolwiek obrazu będzie usiłowaniem nieudolnym (z karnoprawnymi konsekwencjami przewidzianymi w art. 14 § 2)<sup>305</sup>, czy też usiłowaniem udolnym, w kontekście którego opuszczenie domu należy potraktować jako czynny żal (zapewniający bezkarność)? Szczególnie wyraźnie, jak się wydaje, problem ten rysuje się w przypadku błędu sprawcy co do środka użytego przez niego do popełnienia czynu zabronionego. Przykładem mogą tu być następujące sytuacje: sprawca wchodzi do wagonu kolejowego, w celu dokonania kradzieży, jednak znajdujące się tam przedmioty okazują się tak ciężkie, że opuszcza wagon z pustymi rękoma<sup>306</sup>, sprawca posługuje się cudzą kartą bankomatową do wypłacenia pieniędzy z bankomatu bez znajomości kodu PIN<sup>307</sup> i rezygnuje po drugiej nieudanej próbie, sprawca nieumiejętnie uruchamia cudzy samo-

<sup>305</sup> Por. np. J. Majewski: *O różnicy i granicy między usiłowaniem udolnym a usiłowaniem nieudolnym*. W: *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa, Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*. Red. J. Majewski. Toruń 2007, s. 37—39.

<sup>306</sup> Wyrok SN z 3.11.1983 r., II KR 227/83. OSNPG 1984, 5, poz. 36. LEX nr 17520 — „Jeżeli oskarżony dostawał się do wagonów kolejowych poprzez uprzednie włamania, oczywiście w celu dokonania kradzieży znajdujących się w nich przedmiotów, a kradzieży nie dokonał z przyczyn obiektywnych — od niego niezależnych — dlatego, że znajdujące się w wagonach przedmioty ze względu na rodzaj i ich rozmiary uniemożliwiały ich wyniesienie i zabranie, to w takim przypadku mamy do czynienia ze zwykłym usiłowaniem kradzieży, a nie z usiłowaniem »nieudolnym«. Zamiar sprawcy nie został w tym przypadku zrealizowany z przyczyn obiektywnych, wskutek włączenia się w czasie jego realizacji jedynie niesprzyjających okoliczności”. Por. również: J. Majewski: *O różnicy i granicy...*, s. 38 i 42—44.

<sup>307</sup> Wyrok SN z 11.09.2002 r., V KKN 9/01. OSNKW 2002, 11—12, poz. 102.

chód w celu dokonania jego kradzieży<sup>308</sup>, po czym go opuszcza. Powstaje więc pytanie, z jakim usiłowaniem w przytoczonych stanach faktycznych mamy do czynienia. Czy przyjęcie, że są to usiłowania udolne (a zatem dokonanie było możliwe) nie otwiera drogi do konstrukcji czynnego żalu? Warto zauważyć, że ponieważ istotą dobrowolności jest możliwość dokonania czynu zabronionego, a istotą usiłowania nieudolnego — brak możliwości dokonania czynu zabronionego, odnotować można prostą zależność: **im szersze znaczenie/zakres nadamy usiłowaniu nieudolnemu, tym węższa będzie możliwość czynnego żalu**, o ile **to samo zdarzenie** jest przyczyną nieudolności i „rezygnacji” sprawcy z dokonania czynu zabronionego. I odwrotnie, **im węższe znaczenie/zakres nadamy usiłowaniu nieudolnemu, tym szersza będzie możliwość czynnego żalu**, o ile **to samo zdarzenie** jest przyczyną nieudolności i rezygnacji sprawcy z dokonania czynu zabronionego. Dokonując więc karnoprawnej oceny czynu, uważać należy, aby nie popaść w sprzeczność, uznając udolność usiłowania, a tym samym możliwość dokonania i jednocześnie odmówić dobrowolności, ze względu na brak możliwości jego popełnienia. W przypadku wspomnianego usiłowania kradzieży z wagonu kolejowego zbyt ciężkich przedmiotów SN uznał, że jest to usiłowanie udolne, ale zamiar sprawcy nie został w tym przypadku zrealizowany z przyczyn obiektywnych, wskutek włączenia się w czasie jego realizacji jedynie niesprzyjających okoliczności<sup>309</sup>. Niezależnie od oceny rozstrzygnięcia SN w zakresie przyjęcia udolności usiłowania wydaje się, że **ta sama przyczyna nie może jednocześnie wykluczać usiłowania nieudolnego i dobrowolności czynnego żalu**. Jeżeli zatem sprawca w celu kradzieży konkretnej rzeczy (lub określonej kwoty pieniędzy) ostatecznie czynu nie dokonał, ponieważ rzeczy tej w posiadaniu pokrzywdzonego nie było, to niezależnie od przyjmowanej formy usiłowania udolnego lub nieudolnego (sądy problem ten rozstrzygają niejednolicie<sup>310</sup>) rozstrzygnięcie w zakresie odpowiedzialności karnej sprawcy musi być

<sup>308</sup> Wyrok SN z 10.06.1974 r., I KR 501/73. LEX nr 18889 — „W wypadku zabezpieczenia, utrudniającego dokonanie kradzieży samochodu, nie można mówić o usiłowaniu nieudolnym, w takich warunkach bowiem nie zachodzi sytuacja upoważniająca do twierdzenia, że osiągnięcie przez sprawcę zamierzonego skutku nie było możliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do tego celu”.

<sup>309</sup> Wyrok SN z 3.11.1983 r., II KR 227/83. OSNPG 1984, 5, poz. 36. LEX nr 17520.

<sup>310</sup> Postanowienie SN z 28.04.2011 r., V KK 33/11. LEX nr 817558 — „Za brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, określony w art. 13 § 2 k.k., należy uznać brak obiektywny, nie zaś zdyskwalifikowanie przez sprawcę przedmiotu ze względu na nieprzydatność dla niego”.

Postanowienie SN z 16.02.2010 r., V KK 354/09. LEX nr 575291 — „O usiłowaniu nieudolnym można byłoby [...] mówić wówczas, gdyby w pomieszczeniach suszarni i wózkarni, do których skazany także się włamał, w ogóle nie było żadnych przedmiotów, przez co realizacja jego zamiaru okazałaby się niemożliwa ze względu na brak przedmiotów nadających się do dokonania przestępstwa. Tymczasem z poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych jasno wynika, że nie było tam jedynie przedmiotów wartościowych”.

spójne i konsekwentne. Wydaje się, że takich cech brakuje orzeczeniu SA w Katowicach, w myśl którego: „Nie budzi wątpliwości, że usiłowanie nieudolne charakteryzuje się brakiem zagrożenia dobra prawnego, na które skierowany jest czyn sprawcy, m.in. z uwagi na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim owego czynu zabronionego, co wiązać trzeba z działaniem w błędnym o powyższej okoliczności przekonaniu, która obiektywnie powoduje niemożliwość popełnienia czynu zabronionego. O powyższej niemożliwości realizacji znamion zbrodni rozboju nie stanowi natomiast sytuacja, w której oskarżony, posługując się w celu dokonania kradzieży metodami wynikającymi z przepisu art. 280 § 2 k.k., nie zabiera pokrzywdzonemu posiadanych rzeczy ruchomych, w tym pieniędzy — mimo realnych ku temu możliwości — tylko dlatego, że ich wartość odbiega od oczekiwanej przez niego. Odstąpienie w takim wypadku od kradzieży, które nie jest dobrowolne w rozumieniu art. 15 § 2 k.k., jako że jest wynikiem sytuacji zewnętrznej, związanej z brakiem możliwości materialnego zaspokojenia sprawcy w sposób przez niego pożądanym, a nie wewnętrznych przemyśleń o celowości popełnienia w ogóle przestępstwa, uznane być musi za zachowanie zmierzające bezpośrednio do dokonania, które nie następuje z powyższej przyczyny, na które powołuje się przepis art. 13 § 1 k.k.”<sup>311</sup>.

Na marginesie należy więc zauważyć, że „walka” o szerokie rozumienie usiłowania nieudolnego jako rozwiązania korzystniejszego dla sprawcy niekoniecznie jest racjonalna. To przyjęcie usiłowania udolnego z poniechaniem zamiaru może być najkorzystniejszą opcją dla oskarżonego. Powtórzyć zatem wypada, że jeśli to przyczyna nieudolności stała się przyczyną przerwania *iter delicti*, to z pewnością zachowanie takie nie ma charakteru dobrowolnego (*de facto* nie można mówić o poniechaniu, skoro dokonanie było niemożliwe).

Zupełnie inaczej wygląda ocena w drugiej sytuacji, tzn. podjęcie decyzji o poniechaniu drogi przestępnej następuje przy **równoczesnym nieuświadomieniu sobie niemożliwości dokonania czynu zabronionego**. Sprawca podający błędnie, zamiast trucizny, cukier do herbaty, a następnie zawożący pokrzywdzonego do szpitala na płukanie żołądka, zasługuje — *in opinio communis*<sup>312</sup> — na bezkarność w nie mniejszym stopniu niż sprawca podający truciznę i powodujący swoim intencjonalnym zachowaniem, że do śmierci nie doszło. Jednocześnie prezentowany jest pogląd o niemożliwości stosowania wprost w takim przypadku przepisu art. 15 § 1 — skoro sprawca ani nie odstąpił od

---

Wyrok SA w Katowicach z 21.04.2005 r., II AKa 114/05. LEX nr 165702 — „W wypadku rozboju obliczonego na zdobycie konkretnej rzeczy, której ofiara po prostu nie ma, dokonanie przestępstwa rozboju jest niemożliwe »ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego« w ujęciu art. 13 § 2 k.k.”.

<sup>311</sup> Wyrok SA w Katowicach z 28.02.2002 r., II AKa 549/01. LEX nr 56778.

<sup>312</sup> Por. np. S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne...*, s. 321; A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. (art. 1—31). Gdańsk 1999, s. 219; K. Indeck, A. Liszewska: *Prawo karne materialne...*, s. 225.

dokonania (wobec usiłowania zakończonego), ani nie zapobiegł skutkowi (wobec braku możliwości jego wystąpienia) i stąd konieczność sięgnięcia po analogię. Rozwiązując ten problem, przede wszystkim należy pamiętać o regulacji przewidzianej w przepisie art. 60 § 2 ust. 2. Zezwala on na nadzwyczajne złagodzenie kary, gdy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa ze względu na postawę sprawcy, zwłaszcza gdy czynił starania o naprawienie szkody lub o jej zapobieżenie. Ponieważ to właśnie postawa sprawcy uzasadniać ma degresję w wymiarze środków reakcji karnej, dalsze dookreślenia stanowią tylko egzemplifikację pozytywnie ocenianej postawy sprawcy<sup>313</sup>. Nie powinno być zatem wątpliwości, że błędne decyzje odnośnie do (niekoniecznego) czynnego żalu nie odejmują postawie sprawcy ocen pozytywnych. Jednocześnie jednak konsekwencje karnoprawne czynnego żalu przewidzianego w przepisie art. 60 § 2 ust. 2 są o wiele mniej korzystne niż te przewidziane w art. 15 § 1. Zatem nie jest to rozwiązanie satysfakcjonujące.

Zadać jednak należy pytanie, czy rzeczywiście, jak twierdzi A. Wąsek, „kwestia czynnego żalu przy usiłowaniu nieudolnym nie jest uregulowana”<sup>314</sup>. W moim przekonaniu, pogląd taki jest nieuprawniony, a argumentu dostarcza wykładnia językowa. Przepis art. 15 § 1 stanowi, że „nie podlega karze za usiłowanie”, natomiast przepis art. 13 § 2, odnoszący się do usiłowania nieudolnego, wskazuje, że „usiłowanie zachodzi także wtedy”. Nie ma zatem żadnych ograniczeń normatywnych, aby przepis art. 15 stosować również do usiłowania nieudolnego<sup>315</sup>. Inna interpretacja naruszałaby zakaz wykładni *lege non distinguente nec rostrum est distinguere*, co prowadziłyby *de facto* do zawężenia pojęcia usiłowania na gruncie instytucji czynnego żalu (tylko do usiłowania udolnego). Ponieważ mówimy o instytucji wyłączającej odpowiedzialność karną, naruszenie tego zakazu<sup>316</sup>, ze względu na funkcję gwarancyjną prawa karnego, jest niedopuszczalne (wykładnia taka musiałaby prowadzić do pogorszenia sytuacji sprawcy). Jednak niektórzy autorzy brak możliwości zastosowania wprost art. 15 w stosunku do sprawcy usiłowania nieudolnego uzasadniają specyficznym charakterem usiłowania nieudolnego. Z jednej bowiem strony, jest to usiłowanie ukończone, co nie pozwala na uznanie, że sprawca w ramach czynnego żalu odstąpił od dokonania, z drugiej zaś strony — trudno mówić o zapobieganiu czegoś, co nigdy by nie nastąpiło. Rozwiązanie tego problemu staje się zupełnie proste, gdy przyjmiemy koncepcję **braku znaczenia** podziału na usiłowanie ukończone i nieukończone na potrzeby czynnego żalu. Przypomnijmy, że przyjęto, że w przepisie art. 15 § 1 wskazane są jedynie wymogi

<sup>313</sup> Por.: J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 196—202.

<sup>314</sup> A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 1999, s. 219. Podobną tezę wcześniej głosił W. Wolter: *Funkcja błędu...*, s. 130 oraz D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 98.

<sup>315</sup> Por. też J. Majewski: *O różnicy i granicy...*, s. 24.

<sup>316</sup> Nie ma on charakteru absolutnego; jest regułą konkluzywną, od której są możliwe wyjątki — L. Morawski: *Zasady wykładni prawa...*, s. 123—124.

uprawniające do bezkarności w postaci: odstąpienia, gdy jest to wystarczające dla braku dokonania, lub zapobieżenia, gdy dla braku dokonania, ze względu na zainicjowany związek kauzalny, konieczne jest podjęcie przeciwwakcji. Usiłowanie nieudolne nie inicjuje związku kauzalnego, zatem nie jest konieczne zapobieżenie. W takim bowiem przypadku wystarczy poniechanie drogi przestępnej. Podkreślmy jednak, że to poniechanie (odstąpienie) musi być intencjonalne — (nowym) zamiarem sprawcy jest brak dokonania. Czynności podejmowane przez sprawcę usiłowania nieudolnego (co prawda zbyt liczne) potwierdzają w świecie zewnętrznym jego zamiar odstąpienia od dokonania. Nie ma zatem racji A. Wąsek. W moim przekonaniu, regulacja art. 15 całkowicie wystarcza do dokonania karnoprawnej oceny czynnego żalu w przypadku usiłowania nieudolnego.

Pojawia się więc pytanie, jakiej karnoprawnej oceny należy dokonać, gdy sprawca usiłowania nieudolnego zorientował się w trakcie usiłowania, że działa w błędzie i świadomie nie kontynuuje już skuteczniejszej akcji, np. po podaniu cukru zamiast trucizny, wobec braku „efektu”, stwierdza, że pomylił opakowania. Truciznę może z łatwością podać (posiada ją), a sam pokrzywdzony nie zorientował się, że ktoś usiłował go zabić. Czy w takim przypadku jest możliwy czynny żal skutkujący bezkarnością? Ponownie sytuacja, w której sprawca nie zainicjował związku kauzalnego, sprawia, że wystarczy intencjonalne odstąpienie od drogi przestępnej, zatem świadome („powtórne”) niepodanie trucizny. Wydaje się, że ewentualne problemy dowodowe nie będą większe niż w przypadku klasycznego odstąpienia.

Pojawić się jednak może problem braku pewnego filtra, pozwalającego ocenić charakter podjętej przeciwwakcji w przypadku usiłowania nieudolnego, a tym samym potwierdzić zamiar poniechania *iter delicti*: cokolwiek sprawca zrobi, jego zachowanie zawsze będzie „skuteczne” (nie nastąpi bowiem dokonanie). W przypadku usiłowania udolnego takim naturalnym filtrem jest brak dokonania (przy skutecznym czynnym żalu) lub podjęcie starań, wykluczające działania pozorne (przy nieskutecznym czynnym żalu). Problem bowiem leży w swoistym krzyżowaniu się form czynnego żalu — sprawca podejmuje czynności zapobiegawcze, będące *de facto* odstąpieniem od dokonania. Jedyńm, jak się wydaje, kryterium pozwalającym na dokonanie oceny zachowania sprawcy (poza oczywiście brakiem dokonania) będzie dobrowolność, która jednak — mam tego świadomość — nie jest w pełni adekwatnym kryterium do odrzucenia zachowań pozornych. Jeśli wrócić do wcześniejszego przykładu, to ilustracją tego problemu będzie następująca sytuacja — sprawca, omyłkowo, podaje cukier zamiast trucizny, pokrzywdzony, który zorientował się o podaniu „trucizny”, błaga sprawcę o udzielenie pomocy, sprawca nie zabiera jednak pokrzywdzonego do szpitala, ale dla „świętego spokoju” podaje mleko, o którym czytał, że ma właściwości odtruwające. Skutku w postaci śmierci człowieka rzeczywiście nie ma i być nie mogło. Przyjęcie, że w tym przypadku wystarczającym wymogiem jest odstąpienie od dokonania uniemożliwia ocenę sprawcy

przez pryzmat charakteru podjętych działań. Ostateczną ocenę oprzeć trzeba na definicji dobrowolności, a przede wszystkim na **realności zamiaru braku dokonania**.

W. Wolter wspomina o jeszcze jednej odmianie błędu sprawcy usiłowania nieudolnego, mogącego rodzić wątpliwości na płaszczyźnie czynnego żalu. Chodzi o sytuację, gdy sprawca w trakcie usiłowania dochodzi do błędnego przekonania, że przestępstwa dokonać nie może (jak wskazuje wspomniany autor, z powodu błędnego przyjęcia braku przedmiotu, braku zdatnego środka, ale przecież tak samo będzie w przypadku nabrania przekonania co do braku cechy podmiotu czy wystąpienia znamion modalnych). Jeżeli sprawca z tej przyczyny przerywa drogę przestępną, to — jak słusznie zauważa W. Wolter — nie jest to dobrowolne odstąpienie od dokonania<sup>317</sup>.

Ostatnie pytanie dotyczące czynnego żalu przy usiłowaniu nieudolnym nawiązuje do form czynnego żalu. Powstaje bowiem wątpliwość, czy czynny żal przy usiłowaniu nieudolnym jest zawsze czynnym żalem skutecznym, czy jest jednak możliwy **nieskuteczny czynny żal przy usiłowaniu nieudolnym**. Nie ma wątpliwości, że przy usiłowaniu nieudolnym o nieskutecznym czynnym żalu mowy być nie może. Wcześniejsza nieudolność sprawcy bowiem zawsze będzie powodowała, że zapobieżenie skutkowi w ogóle nie jest potrzebne, a tylko z tą formą czynnego żalu wiązać się może ewentualna nieskuteczność. Z tych też powodów nieudolność sprawcy działała na jego korzyść — w obszarze czynnego żalu gwarantuje bezkarność (podobnie jak w przypadku klasycznego usiłowania — nieudolność może działać na korzyść przy wymiarze kary).

Reasumując problem czynnego żalu przy usiłowaniu nieudolnym, podkreślić należy konieczność rozróżnienia ze względu na przyczynę zaniechań dalszych działań wskazanych wcześniej dwóch sytuacji<sup>318</sup>.

#### 4. Czynny żal związany z usiłowaniem kwalifikowanym

Niewątpliwie instytucją bardzo silnie związaną z czynnym żalem jest **usiłowanie kwalifikowane**. Zdaniem A. Liszewskiej, usiłowanie kwalifikowane jest szczególnym przypadkiem nieudanego czynnego żalu<sup>319</sup>. W moim przekonaniu, jest wręcz przeciwnie — czynny żal okazał się skuteczny; do pierwotnie planowanego dokonania nie doszło, a ostateczny obszar szkody jest o wiele mniejszy

<sup>317</sup> W. Wolter: *Funkcja błędu...*, s. 128—131.

<sup>318</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 266; A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 793—794.

<sup>319</sup> A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 792.



w stosunku do planowanego pierwotnie przez sprawcę. Polski kodeks karny nie reguluje kwestii usiłowania kwalifikowanego<sup>320</sup>, do tej postaci nie odnoszą się też wprost przepisy dotyczące czynnego żalu<sup>321</sup>. Możliwość ponoszenia odpowiedzialności karnej przez sprawcę za inny niż zamierzony skutek wywodzona jest z treści przepisu art. 15 § 1, w myśl którego karalność zniesiona zostaje jedynie za usiłowanie, a nie dokonanie czynu zabronionego<sup>322</sup>. Spory w doktrynie odnotować można w zakresie czynów karalnych w przypadku czynnego żalu skutkującego usiłowaniem kwalifikowanym. W monografii dotyczącej czynnego żalu D. Gajdus przytoczyła z aprobatą linię orzeczniczą SN, zgodnie z którą sprawca w przypadku czynnego żalu nie odpowiada za usiłowanie, ale nie oznacza to wyłączenia odpowiedzialności za inne przestępstwa, których znamiona sprawca również zrealizował. Zatem, w myśl tych orzeczeń, sprawca usiłowania zabójstwa może ponieść odpowiedzialność karną — mimo okazanego czynnego żalu — za ciężki uszczerbek na zdrowiu (art. 155 § 1 k.k. z 1969 r.), a sprawca usiłowania sprowadzenia pożaru (art. 138 § 1 k.k. z 1969 r.) wobec czynnego żalu może odpowiadać za sprowadzenie niebezpieczeństwa pożaru (art. 139 § 1 k.k. z 1969 r.)<sup>323</sup>. I to właśnie problem odpowiedzialności za narażenie okre-

<sup>320</sup> Za zupełnie wyjątkowe należy uznać regulacje fińskiego k.k. z 1889 r. oraz k.k. Cesarstwa Etiopii z 1957 r., które przewidywały i rozstrzygały problem usiłowania kwalifikowanego — S. Pławski: *Prawo karne (w zarysie)*. T. 2. Warszawa 1966, s. 12, 15, a także dawne k.k. Rumunii i Bułgarii — D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 186—187. Podobnie jak treść przepisu art. 16 k.k. RSFR, który stanowił, że osoba, która dobrowolnie odstąpiła od doprowadzenia przestępstwa do końca, podlega odpowiedzialności karnej tylko w tym wypadku, jeżeli dokonany przez nią czyn zawiera ustawowe znamiona innego przestępstwa — Z. Kubic: *Kilka uwag...*, s. 562. Co do dawnych rozwiązań jugosłowiańskich, włoskich, austriackich zob. R. Rogala: *Glosa*. OSPiKA 1976, 11, s. 502. Współczesne regulacje znaleźć można w Internecie: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> — np. przepis art. 17 ust. 2 ukraińskiego k.k. przewiduje regulację dotyczącą usiłowania kwalifikowanego, podobnie jak przepis art. 36 (2) szwajcarskiego k.k. Regulacji takich nie ma z kolei np. w niemieckim k.k.

<sup>321</sup> Za dość oryginalne należy uznać stanowisko SW w Katowicach, który stwierdził, że gdyby ustawodawca chciał uwzględnić w karnopravných konsekwencjach czynnego żalu usiłowanie kwalifikowane, to określiłby to w ustawie — wyrok SN z 7.08.1967 r., II KR 50/67. LEX nr 108374, za: Z. Kubic: *Kilka uwag...*, s. 561.

<sup>322</sup> Por. np. Z. Kubic: *Kilka uwag...*, s. 562.

<sup>323</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 186—188 oraz wyroki SN z 8.10.1975, VKR 180/75. OSPiKA 1976, 11, poz. 210 oraz 14.07.1977 r., III KR 178/77 r., niepubl. Również we wcześniejszych orzeczeniach SN lansował tezę o odpowiedzialności za narażenie w przypadku czynnego żalu usiłowania przestępstwa zabójstwa — wyrok SN z 7.08.1967 r., II KR 50/67. LEX nr 108374: „Okoliczność bezkarności usiłowania zamierzonego przestępstwa na podstawie art. 25 k.k. nie uchyła bowiem ani możliwości, ani konieczności przypisania sprawcy czynu przestępnego już dokonanego w chwili, gdy ten sprawca od dokonania innego przestępstwa odstępuje. Tę kwestię Sąd orzekający powinien z urzędu rozważyć. W tej sytuacji oskarżony nie może odpowiadać za usiłowanie zabójstwa, w zależności jednak od konkretnych ustaleń faktycznych może odpowiadać za narażenie życia pokrzywdzonej na bezpośrednie niebezpieczeństwo (art. 242 k.k.) lub za uszkodzenie jej ciała albo zdrowia (art. 237 k.k. lub 236 k.k.), przyjmując, że w zamierze

ślonego dobra w przypadku skutecznego czynnego żalu jest główną przyczyną sporu. W literaturze spotkać można zdania domagające się uwzględnienia faktu narażenia dobra prawnego w ustalaniu zakresu odpowiedzialności karnej sprawcy usiłowania okazującego czynny żal. Wyrazicielami takiego poglądu, oprócz wspomnianej już D. Gajdus, są m.in.: R. Rogala<sup>324</sup>, S. Śliwiński<sup>325</sup> czy W. Radecki<sup>326</sup>. Odmiennie do prezentowanych zagadnień podchodził A. Wąsek, który widział konieczność wyłączenia odpowiedzialności w przypadku czynnego żalu wyrażonego przy usiłowaniu zabójstwa także za narażenie na niebezpieczeństwo, w przeciwnym bowiem wypadku — zdaniem tego autora — byłoby to obejście klauzuli bezkarności<sup>327</sup>. Rozstrzygając ten problem, W. Wróbel i A. Zoll zauważają, że bezkarność usiłowania wynikająca z art. 15 § 1 obejmuje brak odpowiedzialności za to wszystko, co stanowi integralną zawartość usiłowania. Na przykład sprawca usiłowania zabójstwa w przypadku skutecznego czynnego żalu nie może być pociągany do odpowiedzialności karnej za narażenie tej osoby na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, ponieważ narażenie dobra na niebezpieczeństwo należy do istoty usiłowania dokonania czynu zabronionego<sup>328</sup>. A. Liszewska, podziеляjąc pogląd W. Wróbla i A. Zolla, widzi również możliwość zaniechania karalności za narażenie na niebezpieczeństwo na zasadzie konsumpcji. Skoro — jak wyjaśnia — znamiona usiłowania w postaci zachowania zmierzającego bezpośrednio do dokonania czynu naruszającego dobro zawierają w sobie narażenie tego dobra na bezpośrednie niebezpieczeństwo, to odpowiedzialność za dokonanie takiego narażenia jest skonsumowana przypisaniem odpowiedzialności za usiłowanie, a czynny żal tę odpowiedzialność uchylił<sup>329</sup>.

Problem jest oczywiście szerszej natury, nie ogranicza się tylko do rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności za narażenie na niebezpieczeństwo w przypadku skutecznego czynnego żalu zapobiegającego naruszeniu dobra. W przypadku przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu podobny dylemat budzi ewentualna odpowiedzialność za nieudzielenie pomocy<sup>330</sup>. Ponadto SN w 1975 r.

---

bezpośrednim oskarżonego zabicia pokrzywdzonej mieścił się również jego zamiar ewentualny narażenia życia tejże pokrzywdzonej na bezpośrednie niebezpieczeństwo bądź uszkodzenia jej ciała lub zdrowia”.

<sup>324</sup> R. Rogala: *Glosa...*, s. 501—502.

<sup>325</sup> S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne...*, s. 310—311.

<sup>326</sup> W. Radecki: *Prawne i moralne oceny...*, s. 22.

<sup>327</sup> A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 1999, s. 218.

<sup>328</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 240.

<sup>329</sup> A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 793.

<sup>330</sup> Szerzej na ten temat zob. J. Kulesza: *Przestępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie. Art. 162 k.k. na tle uwag dotyczących § 323 c niemieckiego kodeksu karnego*. Łódź 2008, s. 421—432, gdzie autor prezentuje całą gamę orzeczeń i poglądów optujących za niekaralnością nieudzielenia pomocy w przypadku popełniania zabójstwa, niezależnie od tego, czy zamierzony skutek nastąpił, czy nie. Różnice występują jedynie w zakresie sposobu redukcji

uznał, że w przypadku dobrowolnego odstąpienia od zgwałcenia nie eliminuje odpowiedzialności karnej za naruszenie nietykalności cielesnej (art. 182 k.k. z 1969 r.) lub zmuszenia (art. 167 tegoż kodeksu)<sup>331</sup>. Z kolei SA w Białymstoku zajmował się kwestią czynnego żalu w przypadku usiłowania rozboju. W swoim orzeczeniu stwierdził: „Bezkarność usiłowania w razie dobrowolnego odstąpienia od czynu nie eliminuje odpowiedzialności za inne przestępstwo, którego znamiona zostały zrealizowane przedsięwziętymi już przez sprawcę czynnościami. Sprawca odpowiada bowiem za przestępstwo, które dokonał »po drodze«. W niniejszej sprawie »na drodze« do rozboju, z usiłowania którego oskarżony dobrowolnie odstąpił, pozostawało zagrożenie pokrzywdzonemu popełnieniem przestępstwa na jego szkodę”<sup>332</sup>. W. Wróbel i A. Zoll uważają, że dobrowolne odstąpienie od usiłowania zgwałcenia, w przypadku zaproponowania sprawcy pieniędzy przez pokrzywdzoną, nie wyklucza możliwości kwalifikacji takiego zachowania jako czynu zabronionego, ale już innego typu (np. art. 191 § 1 — przestępstwo zmuszania)<sup>333</sup>.

Jednocześnie wydaje się, że na tle usiłowania kwalifikowanego związanego z czynnym żalem można zaobserwować pewną tendencję do **karania „mimo wszystko”** — w myśl zasady, że zachowanie sprawcy ostatecznie nie może pozostać bezkarne. Zdaniem R. Rogali, w przypadku usiłowania zabójstwa karanie za przestępstwo z art. 160 k.k. z 1969 r. powoduje, że czynny żal nigdy nie doprowadzi do bezkarności, ale społeczne niebezpieczeństwo usiłowania zabójstwa jest na tyle znaczne, że mimo odstąpienia sprawcy od niego w trakcie realizacji, uzasadnia odpowiedzialność z art. 160 k.k. z 1969 r., o ile nie wywołało żadnych innych skutków<sup>334</sup>. M. Szerer ubolewał nad stanowiskiem

---

odpowiedzialności karnej za nieudzielenie pomocy — bądź przez konstrukcję czynu współkaranego następczego, bądź przez przyjęcie pozornego zbiegu przepisów ustawy. Więcej kontrowersji wzbudza problem odpowiedzialności za nieudzielenie pomocy w przypadku popełnienia nieumyślnego przestępstwa przeciwko życiu, co jednak ze względu na temat niniejszej pracy, nie stanowi przedmiotu rozważań. Właściwą perspektywę zaprezentował w swoim orzeczeniu SN. Judykat ten dotyczy co prawda dokonania zabójstwa, jednak porusza problem nieudzielenia pomocy w *iter delicti* przestępstwa skutkowego zabójstwa. Zdaniem SN, „sprawca, który spowodził bezpośrednie niebezpieczeństwo dla życia innej osoby i następnie — wskutek niepodjęcia starań zmierzających do uchylenia tego niebezpieczeństwa — doprowadził do śmierci tej osoby, stając się przez to winnym przestępstwa z art. 230 § 1 lub § 2 k.k., nie może odpowiadać dodatkowo z art. 247 k.k., gdyż nieudzielenie pomocy człowiekowi, którego życie doznało zagrożenia uprzednim działaniem sprawcy, stanowi jedno z **ogniw tego samego łańcucha przyczyn prowadzących do śmierci** [podkreśl. O.S.]”. — wyrok SN z 23.12.1959 r., III K 976/59. OSNPG 1960, 3, 44. LEX nr 169626.

<sup>331</sup> M. Szerer: „Dobrowolne” odstąpienie..., s. 631. Por. też W. Radecki: *Usiłowanie zgwałcenia w świetle przepisów kodeksu karnego*. „Nowe Prawo” 1974, 12, s. 1621 i przytoczone tam orzeczenia SN.

<sup>332</sup> Wyrok SA w Białymstoku z 14.03.2009 r., II AKa 58/09. LEX nr 523865.

<sup>333</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 237.

<sup>334</sup> R. Rogala: *Glosa...*, s. 502.

SN, w myśl którego zaniechanie zgwałcenia skończyć by się miało skazaniem za wymuszenie. Nieporozumieniem jest bowiem — zdaniem tego autora — sytuacja, że z oskarżenia za czyn pierwotny, za który sprawcy groziłaby kara do 10 lat pozbawienia wolności, można by przejść na kwalifikację z przepisu grożącego karą co najmniej pięciokrotnie niższą<sup>335</sup>. Charakterystyczne w tym kontekście wydaje się stanowisko Z. Kubca, które bezpośrednio do czynnego żalu się nie odnosi, wskazuje jednak na dość powszechną praktykę. Pisał on bowiem, że „orzecznictwo daje sobie radę bez konstrukcji usiłowania przez zaniechanie, karząc za to, co już nastąpiło”<sup>336</sup>. Swoistą niechęć do czynnego żalu, a w zasadzie do jego karnoprawnych konsekwencji, unaocznia karanie sprawcy usiłowania przejawiającego czynny żal za dokonany czyn, uwzględniając poniekąd elementy pierwotnego, zamierzonego, ale niezrealizowanego czynu w charakterze okoliczności obciążających. Ilustracją takiego stanu rzeczy może być kazuś sprawcy usiłowania zabójstwa, która skutecznie zapobiegła skutkowi, wzywając pogotowie, jednak „potencjalne niebezpieczeństwo grożące pokrzywdzonemu” uzasadniało, zdaniem SN, surową represję<sup>337</sup> (choć w kwalifikacji prawnej czynu nie przywołano przepisu o narażeniu na niebezpieczeństwo, tylko uszczerbek na zdrowiu).

Wydaje się, że rozwiązanie problemu zakresu karalności w przypadku usiłowania kwalifikowanego będącego efektem czynnego żalu musi być oparte na ustaleniu, czym jest usiłowanie kwalifikowane. Szczegółowa analiza usiłowania kwalifikowanego została przeprowadzona już wcześniej<sup>338</sup>. Tutaj należy jedynie przypomnieć, że wychodząc z założenia, że każde usiłowanie powoduje jakiś skutek, możemy mówić o **trzech sytuacjach**. Pierwsza grupa to sytuacje występujące przy „zboczeniu” działania w trakcie popełniania czynu zabronionego — najczęściej zamiast zamierzonego skutku powodowany jest inny skutek — kluczowym wyznacznikiem tego rodzaju usiłowania jest słowo „zamiast”. Przyjąć wtedy należy, że mamy do czynienia z klasycznym usiłowaniem kwalifikowanym, a do normatywnego opisu służy konstrukcja rzeczywistego zbiegu przepisów. Druga grupa to sytuacje, w których niejako „naturalnie współwystępują” zarówno przy dokonaniu, jak i usiłowaniu naruszenie lub naruszenia innych dóbr, a naruszenia te są warunkiem koniecznym dokonania (w piśmiennictwie używane są sformułowania: „po drodze”, „konieczny etap”). Przyjąć wtedy należy, że nie mamy do czynienia z usiłowaniem kwalifikowanym, a do normatywnego opisu służy konstrukcja pomijalnego (pozornego) zbiegu przepisów — zasada konsumpcji lub subsydiarności milczącej. Trzecią sytuację stanowi przypadek przestępstw wieloczynowych. *Prima facie* wydawać by się mogło, że jest to odmiana drugiej sytuacji. Sięgnąć jednak trzeba do

<sup>335</sup> M. Szerer: „Dobrowolne” odstąpienie..., s. 631.

<sup>336</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 560.

<sup>337</sup> Wyrok SN z 17.03.1975 r., V KR 411/74. OSP 1977, 3, poz. 58.

<sup>338</sup> Zob. rozdział czwarty niniejszego opracowania.

zaproponowanego wcześniej podziału tego rodzaju przestępstw. W każdej bowiem z wymienionych grup ostateczna ocena wyglądać będzie nieco inaczej. Przypomnieć więc należy, że przestępstwa wieloczynowe można podzielić na dwie grupy, przyjmując za kryterium podziału charakter czynów/zachowań wchodzących w skład przestępstwa wieloczynowego. Pierwszą grupę tworzą te przestępstwa wieloczynowe, których poszczególne „składniki” mogą być odrębnymi przestępstwami. W tej grupie mieszczą się: przestępstwa złożone, przestępstwa wieloodmianowe, czyn ciągły. Drugą grupę przestępstw wieloczynowych stanowią przestępstwa składające się z dwu lub więcej czynów/zachowań, ale każdy z tych czynów rozpatrywanych odrębnie nie stanowi przestępstwa. Tu zaliczyć należy przestępstwa dwuaktowe i zbiorcze. Pamiętając o odmiennie wyznaczonym początku usiłowania, innego znaczenia nabiera wykonanie pierwszej z kryminalizowanych czynności. W grupie pierwszej przestępstw wieloczynowych, składających się niejako z odrębnych przestępstw, dokonanie pierwszej z kryminalizowanych czynności jest usiłowaniem i pojawia się tu konstrukcja usiłowania kwalifikowanego. W drugiej grupie przestępstw wieloczynowych, zbudowanych z czynów pojedynczo/odrębnie niekryminalizowanych, usiłowaniem jest również dokonanie pierwszej z czynności wskazanej przez ustawodawcę, ale nie ma miejsca na usiłowanie kwalifikowane. **Ostatecznie przyjąć należy, że możliwość uznania usiłowania za usiłowanie kwalifikowane będzie miała miejsce w sytuacji, gdy wykluczona zostanie wielość ocen w perspektywie naruszonych norm — w ocenie *in concreto* — przez zasadę subsydiarności milczącej lub konsumpcji.** Przekładając wynik tej analizy na zagadnienia czynnego żalu, nie może budzić wątpliwości, że odpowiedzialność karna za dokonanie, mimo skutecznego czynnego żalu, może wchodzić w grę wyłącznie przy precyzyjnie ustalonym usiłowaniu kwalifikowanym, a więc w przypadku niemożności wyłączenia wielości ocen przez zasadę konsumpcji lub subsydiarności milczącej. Zatem mówiąc o bezkarności usiłowania na skutek czynnego żalu, chętniej posługiwałabym się sformułowaniem nawiązującym do bezkarności tych elementów, które stanowią **integralną część zamierzonego czynu**, a nie — jak wskazują W. Wróbel i A. Zoll — integralną część usiłowania<sup>339</sup>.

Dodatkowym argumentem odzwierciedlającym takie intencje ustawodawcy jest — w moim przekonaniu — przepis art. 17 § 2<sup>340</sup>, zwanego „**subsidiarnym czynnym żalem**”<sup>341</sup>. W piśmiennictwie aprobującym takie rozwiązanie legislacyjne podkreśla się, że brak karalności za usiłowanie uzasadnione czyn-

<sup>339</sup> Por. W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 240.

<sup>340</sup> „Art. 17 § 2. Nie podlega karze za przygotowanie osoba, do której stosuje się art. 15 § 1”.

<sup>341</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 673.

nym żalem **nie odradza** karalności za przygotowanie<sup>342</sup>. Jak wskazuje J. Giezek, w takiej sytuacji karalność przygotowania mogłaby zniechęcać sprawcę, który już w trakcie usiłowania **był skłonny rozważyć powstrzymanie się od realizacji swego zamiaru**, co — z punktu widzenia ochrony dobra prawnego — ma niewątpliwie znaczenie priorytetowe. Wspomniany autor dodaje, że odpowiedzialność za przygotowanie jest **subsydiarna w stosunku do odpowiedzialności za usiłowanie**, gdy zatem nastąpi już etap usiłowania, to — niezależnie od jego karalności — przygotowanie należy traktować jako stadium przez usiłowanie ostatecznie i nieodwracalnie pochłonięte. Nie sposób zatem, jak wskazuje J. Giezek, „powrócić” do przygotowania tylko dlatego, że usiłowanie okazało się bezkarne<sup>343</sup>. Podobnego rodzaju argumentacja, odnosząca się do założeń polityczno-kryminalnych czynnego żalu, szczególnej relacji między przepisami statuującymi odpowiedzialność karną za naruszenie dobra i jego narażenie w szczególności a ogniwami tego samego łańcucha przyczyn prowadzących do określonego skutku w ogólności, pojawiać się musi właśnie w krytyce nadmiernie szerokiego rozumienia usiłowania kwalifikowanego i wynikających z tego karnopravných konsekwencji — zbyt częste (i zbyt nadmierne) karanie za dokonane przestępstwo.

Pewne wątpliwości w tym kontekście może budzić znaczenie występowania przepisu art. 160 § 4<sup>344</sup>. Zadać bowiem można pytanie, czy istnienie tego podobnianiowego czynnego żalu ma znaczenie dla ustalania reguł odpowiedzialności skutecznego czynnego żalu. Innymi słowy, czy brak odpowiedzialności za czyn z art. 160 § 1 w przypadku czynnego żalu przy usiłowaniu zabójstwa jest spowodowany istnieniem regulacji art. 160 § 4; czy to ze względu na klauzulę tam przewidzianą sprawca usiłowania zabójstwa wykazujący czynny żal nie poniesie odpowiedzialności za narażenie pokrzywdzonego na utratę życia? Wydaje się przecież, że **sprawca w przypadku usiłowania kwalifikowanego, kreując to niebezpieczeństwo, jednocześnie *de facto* nie pozwala na jego rozwinięcie — przeciwalkcja zapobiegająca śmierci pokrzywdzonego jednocześnie (w tym samym czasie) uchyla samo niebezpieczeństwo**. Pozytywna odpowiedź na tak postawione pytanie musiałaby jednak rzutować na granice karalności w przypadku czynnego żalu sprawcy, który mimo braku dokonania zamierzone-

<sup>342</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 286.

<sup>343</sup> J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., s. 142—143. Por. też *Nowe kodeksy karne — z 1997 r. z uzasadnieniami...*, s. 126.

<sup>344</sup> „Art. 160 § 1. Kto naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2. Jeżeli na sprawcy ciąży obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 3. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 lub 2 działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. § 4. Nie podlega karze za przestępstwo określone w § 1—3 sprawca, który dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo”.

go czynu swoim zachowaniem zrealizował znamiona innego czynu zabronionego w przypadkach, dla których ustawodawca nie przewidział szczególnego podokoniowego czynnego żalu. Wydaje się jednak, że przepis art. 160 § 4 nie ma znaczenia dla ustalania granic odpowiedzialności w przypadku czynnego żalu związanego z usiłowaniem zabójstwa, i zarówno ten przypadek, jak i wszystkie inne postacie czynnego żalu na etapie usiłowania rozpatrywać należy zgodnie z zasadą wyłączenia wielości ocen. Istota problemu, jak wcześniej wskazano, tkwi bowiem w rozróżnianiu usiłowania kwalifikowanego i usiłowania **pozornie kwalifikowanego**. Myślę, że pewnym ułatwieniem praktycznym może być bogate orzecznictwo i piśmiennictwo związane z rzeczywistym i pozornym/pomijalnym zbiegiem przepisów. Można bowiem na potrzeby ustalania rodzaju usiłowania (a zatem i karnoprawnych konsekwencji czynnego żalu) przeprowadzić test, zakładający, że hipotetycznie do dokonania ostatecznie doszło — jeśli w takim przypadku przyjmiemy rzeczywisty zbieg przepisów, prawdopodobnie mamy do czynienia z usiłowaniem kwalifikowanym, zbieg pozorny/pomijalny skłania do przyjęcia konstrukcji usiłowania pozornie kwalifikowanego. Oczywiście, taka zależność nie ma charakteru mechanicznego, automatycznego, niemniej oddając istotę rzeczy, bardzo ułatwi karnoprawne wartościowanie czynnego żalu<sup>345</sup>.

Tak wąskie rozumienie **usiłowania kwalifikowanego** (co w konsekwencji zmniejsza zakres penalizacji) rodzić jednak może pewne niebezpieczeństwo. Pojawia się bowiem wątpliwość, czy sprawca narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia nie mógłby twierdzić, że miał zamiar zabić, ale od pierwotnego zamiaru odstąpił, oczekuje więc bezkarności. Sytuacja taka będzie miała miejsce wszędzie tam, gdzie „złapiemy” sprawcę **dokonanego** czynu „drobnego”, który może być pochłonięty — co do zasady — przez przepis kryminalizujący zachowanie o wyższym ładunku społecznej szkodliwości. Na tej zasadzie sprawca dokonanych gróźb karalnych powołuje się na odstąpienie od zamiaru zabójstwa czy rozboju, a sprawca zniszczonych drzwi twierdzi o odstąpieniu od włamania. Przyjęcie, że we wskazanych przykładach mamy do czynienia z pozornym usiłowaniem kwalifikowanym związanym z czynnym żalem, pozwoli sprawcy na uniknięcie odpowiedzialności karnej. Czy w takim razie należy zrezygnować z wąskiego ujmowania usiłowania kwalifikowanego? A może trzeba pogodzić się z faktem, że ta instytucja (jak wiele innych dobrodziejstw prawa karnego) może być nadużywana przez sprawców? Z pewnością rozwiązaniem

<sup>345</sup> Swoistą kontynuacją takiego problemu będzie rzeczywisty zbieg przepisów, przy czym ustawodawca przewiduje podokoniowy czynny żal wyłącznie w jednym z nich. Taka konstrukcja musi rodzić odpowiedzialność karną za fragment czynu opisanego normą, dla której klauzuli bezkarności nie przewidziano, co z kolei musi osłabiać skuteczność tego rodzaju regulacji, których celem jest wzmocnienie karnoprawnej ochrony szczególnych dóbr — J. Kaczmarek: *Konsekwencje prawne uwolnienia zakładnika...*, s. 20—21 oraz O. Sitarz: *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym...*, s. 196—197.

jest właściwe rozumienie pojęcia „dobrowolność”. Zatrzymanie (niekoniecznie procesowe) sprawcy po dokonaniu, który próbuje przekonać, że niniejszym odstąpił od realizacji zamiaru jeszcze poważniejszego czynu zabronionego, nie spełnia wymogu **dobrowolnego odstąpienia** od dokonania, a zatem klauzula bezkarności nie może być zastosowana. Oczywiście, zupełnie czymś innym są problemy dowodowe (ale te są cechą charakterystyczną, jeśli nie wszystkich instytucji prawa karnego, to z pewnością usiłowania i czynnego żalu z nim związanego).

Na marginesie warto też zauważyć, że problem usiłowania kwalifikowanego rzadko pojawia się na płaszczyźnie usiłowania zatamowanego, natomiast zarówno orzecznictwo, jak i doktryna chętniej sięgają po tę konstrukcję w przypadku czynnego żalu. Sprawia to wrażenie, że sama karalność usiłowania (w przypadku usiłowania zatamowanego) nie wyzwala potrzeby zastosowania konstrukcji usiłowania kwalifikowanego, skoro ostatecznie czyn sprawcy zostanie ukarany. Natomiast konieczność zastosowania klauzuli bezkarności powoduje, że skrupulatnie poszukiwane są („zastępcze”) przepisy umożliwiające wymierzenie kary. Trend taki widoczny jest również w zakresie wymiaru kary w przypadku czynnego żalu i usiłowania kwalifikowanego, o czym już wcześniej była mowa (a co będzie też przedmiotem późniejszych rozważań).

Karnoprawne konsekwencje usiłowania omówione zostaną odrębnie, tam też podjęty zostanie wątek karnoprawnej oceny usiłowania kwalifikowanego jako efektu czynnego żalu. W tym miejscu zasygnalizować jedynie należy całkowite milczenie doktryny co do **możliwości zastosowania przepisu art. 15 § 2** w przypadku usiłowania kwalifikowanego lub **art. 60 § 2 pkt 2**, z możliwości której *a priori* rezygnować nie można.

## 5. Czynny żal związany z usiłowaniem

### w przypadku określonych kategorii przestępstw<sup>346</sup>

Rekonstrukcja przesłanek bezkarności w związku z czynnym żalem uzupełniona być musi o jego szczegółową analizę odnośnie do **poszczególnych rodzajów przestępstw**, co do których możliwość lub kształt usiłowania budził wątpliwości. Kwestia czynnego żalu w tym obszarze pojawia się bowiem w dwóch aspektach — z jednej strony, możliwość usiłowania określonego rodzaju przestępstw lub brak takiej możliwości przesądza o konieczności wykazania się przez sprawcę czynnym żalem w celu uzyskania bezkarności.

<sup>346</sup> Do analizy zostały wybrane te rodzaje, kategorie przestępstw, co do których powstają wątpliwości w zakresie kształtu, przesłanek lub konsekwencji czynnego żalu.



Z drugiej zaś strony specyficzna konstrukcja wskazanych rodzajów przestępstw — kryminalizacja zachowań na przedpolu dokonania, a mówiąc precyzyjniej, na przedpolu naruszenia dobra, rodzi wątpliwości co do kształtu wymogów bezkarności związanych z czynnym żalem oraz co do zasadności przyjętych (lub uznawanych przez doktrynę) rozwiązań. Ostatecznie przyjąłam, że nie można *a priori* udzielić kategorycznych odpowiedzi co do braku możliwości usiłowania poszczególnych rodzajów przestępstw. Zgłosiłam postulat *de lege ferenda*, aby każdorazowo, tzn. podejmując stosowną decyzję co do każdego typu czynu zabronionego, ustawodawca kwestię tę przesądzał przez stosowną klauzulę. Zatem za R. Zawłockim można powtórzyć, że „jeżeli usiłowanie odnosi się do wszystkich typów przestępstw, to czynny żal wskazany w art. 15 również ma w tym znaczeniu zastosowanie powszechne”<sup>347</sup>. I chociaż nie podzielałam dalszych wniosków tego autora wynikających z tak postawionej tezy, o czym szerzej później, jako że odnoszą się one do konkretnego rodzaju przestępstw, nie jestem też pewna, czy taki był zamysł autora, twierdzenie o powszechnym charakterze czynnego żalu zasługuje na pełną aprobatę, chociaż może budzić wątpliwości.

## 5.1. Przestępstwa z narażenia

Niezależnie od przyjętej koncepcji co do możliwości usiłowania przestępstw z narażenia typizacje te rodzą szczególne wątpliwości w zakresie czynnego żalu, ale w dość specyficznym przypadku. Podkreślić bowiem należy, że uznanie dopuszczalności usiłowania tego rodzaju przestępstwa w tym zakresie nie stwarza specjalnych problemów interpretacyjnych.

Jednak problem karnoprawnej oceny czynnego żalu w przypadku przestępstw z narażenia sygnalizowany był już w poprzednim porządku prawnym. Wątpliwości podnoszone zarówno w literaturze przedmiotu, jak i w orzecznictwie odnosiły się głównie do przepisu art. 141 k.k. z 1969 r.<sup>348</sup> i jego relacji do

---

<sup>347</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 633.

<sup>348</sup> Artykuł 141 k.k. z 1969 r.: „W wypadkach określonych w art. 136—140 sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary albo odstąpić od jej wymierzenia, jeżeli sprawca własnym działaniem w całości albo w części odwrócił grożące niebezpieczeństwo.

Art. 136. § 1. Kto spowoduje zdarzenie, które zagraża życiu lub zdrowiu ludzi albo mieniu w znacznych rozmiarach, mające postać: 1) katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, 2) zawalenia się budowli, zalewu albo obsunięcia się ziemi, skał lub śniegu, 3) eksplozji materiałów wybuchowych lub łatwopalnych albo innego gwałtownego wyzwolenia energii, rozpowszechniania się substancji trujących, duszących lub parzących albo promieniowania radioak-

ówczesnego przepisu art. 13. W wyroku z 1972 r. SN stwierdził, że „w sprawach o przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu oraz bezpieczeństwu w ruchu lądowym, wodnym i powietrznym działanie przepisu art. 13 k.k. zostało zawieszane wobec zasady wyrażonej w art. 141 k.k., stanowiącej — dla tej grupy przestępstw o wyjątkowej szkodliwości społecznej — *lex specialis*”<sup>349</sup>. Poprawniej, jak się wydaje, stanowisko to zostało wyrażone przez SN kilka lat później. Najwyższa instancja orzekła bowiem, że „w wypadku gdy przestępstwo określone w art. 138 § 1 k.k. zostało już dokonane (a nie tylko usiłowane), art. 13 k.k. nie może mieć zastosowania, natomiast może mieć zastosowanie art. 141 k.k.”<sup>350</sup>. Zdaniem D. Gajdusa, z którym trudno się zgodzić, za stosowaniem raz art. 13 k.k. z 1969 r., w innym zaś wypadku art. 141 tego kodeksu przemawia m.in. kryterium „dobrowolności”, stanowiące warunek *sine qua non* możliwości zastosowania art. 13, podczas gdy w przypadku stosowania art. 141 wystarczy, że działanie sprawcy będzie własne<sup>351</sup>.

tywnego, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. § 2. Jeżeli sprawca działa nieumyślnie, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 8.

Art. 137. § 1. Kto sprowadza bezpośrednio niebezpieczeństwo zdarzenia wymienionego w art. 136 § 1, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. § 2. Jeżeli sprawca działa nieumyślnie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

Art. 138. § 1. Kto sprowadza pożar, który zagraża życiu lub zdrowiu ludzi albo mieniu w znacznych rozmiarach, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. § 2. Jeżeli sprawca działa nieumyślnie, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 8.

Art. 139. § 1. Kto sprowadza, w szczególności przez rażące naruszenie przepisów przeciwpożarowych, bezpośrednio niebezpieczeństwo pożaru określonego w art. 138 § 1, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. § 2. Jeżeli sprawca działa nieumyślnie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

Art. 140. § 1. Kto sprowadza niebezpieczeństwo powszechne dla życia lub zdrowia ludzkiego albo dla mienia w znacznych rozmiarach: 1) powodując zagrożenie epidemiologiczne lub szerzenie się choroby zakaźnej albo zarazy zwierzęcej lub roślinnej; 2) powodując zanieczyszczenie wody, powietrza lub ziemi; 3) wyrabiając lub wprowadzając do obrotu szkodliwe dla zdrowia środki spożywcze lub inne artykuły powszechnego użytku lub też nieodpowiadające obowiązującym warunkom jakości środki farmaceutyczne; 4) powodując uszkodzenie lub unieruchomienie urządzeń użyteczności publicznej, jako to urządzeń dostarczających wody, światła, ciepła, gazu lub energii albo urządzeń ochronnych w kopalniach lub w zakładach przemysłowych; 5) działając w inny sposób w okolicznościach szczególnie niebezpiecznych, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 10. § 2. Jeżeli sprawca działa nieumyślnie, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5”.

<sup>349</sup> Wyrok SN z 8.12.1972 r., III KR 222/72. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1973, 3, s. 346, z którym nie zgadza się W. Radecki, uważając, że art. 13 i 141 k.k. z 1969 r. **mogą być stosowane łącznie** w przypadkach przestępstw polegających na sprowadzeniu niebezpieczeństwa — W. Radecki: *Prawne i moralne oceny...*, s. 32.

<sup>350</sup> Wyrok SN z 16.10.1978 r., I KR 202/78. LEX nr 19507. Podobny pogląd wyraził B. Sygit: *Problematyka tzw. „czynnego żalu”...*, s. 18.

<sup>351</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 145. Por. jednak wyrok SN z 1.02.1973 r., I KR 338/72. LEX nr 16755: „Własne działanie sprawcy przewidziane w art. 141 k.k. może być uznane za wyrządzenie czynnego żalu stanowiącego podstawę do zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary

Problem jest jednak natury ogólniejszej. Kryminalizacja spowodzenia niebezpieczeństwa powoduje bowiem, że zachowanie sprawcy niedopuszczającego ostatecznie do powstania szkody oceniane być może wyłącznie z perspektywy **podokonaniowego czynnego żalu**, przewidzianego w części szczególnej i odnoszącego się do wybranych przestępstw z narażenia (przepisy art. 160 § 4, art. 169, 176 obecnego k.k.). Zagadnienie to wychodzi zatem poza ramy przedmiotowe niniejszej pracy, dlatego też pewne wątki zostaną jedynie zasygnalizowane. Mając bowiem na względzie, że przesłanki i uzasadnienie wyłączenia karalności w wypadku czynnego żalu przewidzianego dla przeddokonawczych form stadialnych (brak naruszenia dobra) są równie istotne w przypadku kryminalizowania spowodzenia niebezpieczeństwa nie przez formę usiłowania, ale formę przestępstw z narażenia, konieczne było wprowadzenie czynnego żalu, któremu ustawodawca nadał status „po dokonaniu”<sup>352</sup>. W. Wróbel i A. Zoll wprost formułują pogląd, że wprowadzenie przywołanych regulacji do kodeksu karnego jest naprawieniem oczywistego błędu poprzednio obowiązujących ustaw karnych<sup>353</sup>. Zauważyć jednak należy, że po pierwsze, nie każdemu typowi przestępstwa z narażenia „towarzyszy” stosowny czynny żal<sup>354</sup>, po drugie zaś brak jednej z form czynnego żalu — w postaci nieskutecznego czynnego żalu, nie pozwala — w moim przekonaniu — przyjąć tezy, że wskazane regulacje kompensują niemożność powoływania się na art. 15. Formalnie, oczywiście, brak odmiany nieskutecznego czynnego żalu podokonaniowego może być sanowany przez regulację przepisu art. 60 § 2 pkt 2, jednak odmienne nieco przesłanki fakultatywnego nadzwyczajnego złagodzenia kary (konieczność wykazania przez sprawcę właściwej postawy, w przeciwieństwie do dobrowolności, o której mowa w przepisie art. 15 § 2) nie pozwalają na postawienie tezy, że przepis art. 60 § 2 pkt 2 w identyczny sposób reguluje nieskuteczny czynny żal<sup>355</sup>. Co równie istotne, sam przepis art. 169 (podobnie jak art. 176) różnicuje korzyści przewidziane dla sprawcy w sytuacji uchylenia niebezpieczeństwa w zależności

---

albo odstąpienia od wymierzenia kary na podstawie art. 141 k.k. tylko wówczas, gdy sprawca: 1) podejmuje je z własnej woli, **pod wpływem negatywnej oceny popełnionego czynu**, 2) podejmuje je wyłącznie w celu odwrócenia grożącego niebezpieczeństwa i 3) działaniem tym powoduje skutek w postaci odwrócenia w całości lub przynajmniej w części grożącego niebezpieczeństwa”.

<sup>352</sup> Por. np. J. Giezek: *Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji czynu zabronionego*. „Przegląd Prawa i Administracji” [Wrocław] 2002, 50, s. 123. Co do sposobu określania przesłanek czynnego żalu związanego z przestępstwami z narażenia w wybranych krajach europejskich zob. K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 244—250.

<sup>353</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 375.

<sup>354</sup> Por. np. regulację art. 161.

<sup>355</sup> Por. np. wyrok SA w Łodzi z dn. 30.09.2010 r., sygn. Akt II AKa 133/10. LEX nr 1099241. Inaczej K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 248—249, która uważa, że nieskuteczny czynny żal uprawnia sąd do złagodzenia kary za ledwie w ramach sądowego jej wymiaru.

od wagi czynu (stopnia społecznej szkodliwości czynu<sup>356</sup>) — ustawodawca „oferuje” obligatoryjną bezkarność (§ 1) lub fakultatywne złagodzenie kary (§ 2). Jak twierdzi R.A. Stefański, skala korzyści pozostaje w odwrotnej proporcji do niebezpieczeństwa — im mniejsze niebezpieczeństwo, tym większe korzyści<sup>357</sup>, co wydaje się pewnym uproszczeniem wskazanej zależności. Takiego różnicowania nie zna czynny żal przeddokonaniowy; zapobieżenie dokonaniu czynu zabronionego zawsze skutkuje bezkarnością (o ile zostały dochowane przesłanki podmiotowe i przedmiotowe), niezależnie od wagi czynu. Powstaje zatem pytanie, czy takie rozróżnienie jest uzasadnione<sup>358</sup>.

## 5.2. Przepęstwa formalne

Wobec przyjęcia dopuszczalności usiłowania przępstw formalnych podjąć należy również refleksję nad instytucją czynnego żalu w przypadku usiłowania tego rodzaju przępstw. Według E. Hryniewicz, art. 15 „odnosi się wyraźnie tylko do przępstw formalnych i materialnych”<sup>359</sup>. Jednak już J. Makarewicz wskazywał, że ujęcie przępstwa jako formalnego zmniejsza możliwość czynnego żalu sprawcy przy usiłowaniu, jako że nie wchodzi w grę „zapobieżenie skutkowi przępstwu”<sup>360</sup>. Wydaje się jednak, że postawić należy nieco inną diagnozę co do zakresu czynnego żalu w tym przypadku. Przępstwa formalne zawężają pole czynnego żalu ze względu na swoiste przesunięcie dokona-

<sup>356</sup> G. Bogdan, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 2. *Komentarz do art. 117—227 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 397—398.

<sup>357</sup> R.A. Stefański, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 117—221*. Red. A. Wąsek, R. Zawłocki..., 2010, s. 563.

<sup>358</sup> Tym bardziej trzeba w tym miejscu odnotować, że w piśmiennictwie sygnalizowany jest projekt wprowadzenia przepisu art. 17a k.k., dotyczącego czynnego żalu przępstw z narażenia na niebezpieczeństwo o treści: „Nie podlega karze za przępstwo narażenia dobra prawnego na bezpośrednie niebezpieczeństwo sprawca, który dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo”. — A. Zoll: *Potrzeba racjonalności w reformowaniu prawa*. W: *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Materiały z konferencji naukowej*, Lublin, 26—27 września 2011. Red. T. Bojarski i in. Lublin 2011, s. 38. Byłaby to nowa postać czynnego żalu po dokonaniu tego przępstwa, uregulowana jednak w części ogólnej kodeksu karnego, chociaż — co należy zarzucić — nieuwzględniająca nieskutecznego czynnego żalu. Niepokoić więc musi, że w pracach nad nowym kształtem części ogólnej kodeksu karnego śladu tej propozycji nie widać (choć nad samym usiłowaniem projektodawca się pochylił) — A. Zoll: *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 2012, 11, s. 7.

<sup>359</sup> E. Hryniewicz: *Przępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*. Warszawa 2012, s. 173.

<sup>360</sup> J. Makarewicz: *Prawo karne ogólne...*, s. 87—88, cyt. za: L. Gardocki: *Typizacja uproszczona*. „Studia Iuridica” 1982, 10, s. 73.

nia — jest nim samo określone przez ustawę zachowanie się. Skracą się w ten sposób ontologicznie pojmowana *iter delicti*, tym samym skracają się również etap usiłowania. To powoduje, że mniej jest miejsca na okazanie czynnego żalu. Warto zaznaczyć, że bardzo często jest on w ogóle niemożliwy do okazania, a zachowania podjęte przez sprawcę mogą być oceniane jedynie z perspektywy podokonaniowego czynnego żalu. Jednocześnie, o czym była już mowa, jeśli w praktyce zdarzają się wypadki usiłowania przestępstw formalnych z zaniechania, to są to przypadki usiłowania nieudolnego, co wynika z samej konstrukcji usiłowania nieudolnego<sup>361</sup>.

Okazuje się, że problem może sprawić samo wskazanie egzeplifikacji takiego czynnego żalu. Z. Kubec podaje przykład, w którym sprawca na widok tonącego dziecka, zdecydowany nie udzielić pomocy, oddał się, usiłując więc — zdaniem autora — popełnić przestępstwo z art. 247 k.k. z 1932 r., po chwili jednak dobrowolnie wraca i ratuje dziecko, a zatem, jak pisze wspomniany autor, odstępuje od usiłowania<sup>362</sup>. Z kolei D. Gajdus podaje za S. Śliwińskim przykład poborowego, który w zamiarze uchylecia się od służby nie stawia się przed komisją poborową, wsiada do pociągu, aby udać się do innego miasta, ale w ostatniej chwili rozmyśla się i stawia się przed komisją<sup>363</sup>. Wspomniane trudności wynikają po części z faktu, że dotyczą przestępstw formalnych z zaniechania lub odnoszą się do czynów rozciągniętych w czasie, zatem problemy się multiplikują, dlatego też w części poświęconej tym rodzajom przestępstw zostaną nieco szerzej omówione. Jednocześnie warto zauważyć, że tego typu sytuacje, które — jak nie wątpię — zdarzają się w rzeczywistości, „wyjaśniają” małą liczbę czynnego żalu w praktyce organów ścigania, a co za tym idzie — w statystykach. Ostatecznie zarówno fakt popełnienia przestępstwa, jak i odstąpienie od jego dokonania praktycznie są niezauważalne.

Wymogi klauzuli bezkarności związane z czynnym żalem przy usiłowaniu przestępstw formalnych rodzą jednak o wiele poważniejsze wątpliwości niż prezentowane. Nawiązując bowiem do podziału na usiłowanie ukończone i nieukończone, formułuje się dość powszechnie uznawany pogląd, że przy przestępstwach formalnych możliwe jest jedynie usiłowanie nieukończone, a zatem czynny żal może wyłącznie przybierać postać odstąpienia od dokonania. Powstaje zatem pytanie, jakiej karnoprawnej oceny należy dokonać w sytuacji, gdy sprawca wysłał list znieważający (art. 216 § 1), który nie doszedł jeszcze do adresata, ma sposobność sprawić, aby adresat go nie otrzymał. Nie ma wątpliwości, że powiązanie przestępstw formalnych wyłącznie z usiłowaniem nieukończonym nie zawsze jest zasadne. Jednak sama rezygnacja z podziału na usiłowanie ukończone i nieukończone nie wystarcza do udzielenia odpowiedzi

<sup>361</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 561.

<sup>362</sup> Ibidem.

<sup>363</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 88 i wskazany przez autorkę: S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne...*, s. 308.

na pytanie o formę czynnego żalu w tym wypadku. W przytoczonym przykładzie bowiem samo odstąpienie od czynu nie wystarczy do braku dokonania. Jak jednak ocenić przeciwalkę podjętą przez sprawcę? Z pewnością trudno takie zachowanie objąć znamieniem odstąpienia od dokonania, a jednocześnie nie może być mowy o zapobieżeniu skutkowi, skoro mówimy o przestępstwie formalnym. Ta swoista luka w prawie wynika z różnorodnej natury przestępstw formalnych, wśród nich znajdują się bowiem i takie, które do swego bytu wymagają wystąpienia innych zdarzeń<sup>364</sup>. Warto również zauważyć, że obecnie A. Liszewska podaje za innymi, że istnieje wyjątek od zasady, zgodnie z którą ukończenie usiłowania przestępstwa formalnego oznacza jego dokonanie — sytuacja, w której „dokonanie czynu zabronionego zależy od zrealizowania czynności (niekoniecznie przestępnej) przez inną osobę”<sup>365</sup>. Wobec wcześniejszego założenia, że to „zapobieżenie” jest pojęciem szerszym od „odstąpienia” (formą zapobieżenia dokonaniu może być samo odstąpienie), jedyną możliwością rozwiązania tego problemu jest, wspomniana już, propozycja **nowelizacji przepisu art. 15 § 1**, poprzez wskazanie, jako jednej z alternatyw czynnego żalu, **zapobieżenie dokonaniu**. Taka redakcja przepisu umożliwi dokonanie karnoprawnej oceny zachowań podjętych w ramach czynnego żalu przy wszystkich przestępstwach formalnych, nie zmieniając zasad odnośnie do przestępstw materialnych.

### 5.3. Przestępstwa *sui generis*

Inne problemy w zakresie instytucji czynnego żalu generują przestępstwa, będące przygotowaniem lub usiłowaniem podniesionym do rangi dokonania. To właśnie mówiąc o nich R. Zawłocki zauważa: „Jeżeli usiłowanie odnosi się do wszystkich typów przestępstw, to czynny żal wskazany w art. 15 również ma w tym znaczeniu zastosowanie powszechne. W przypadku przestępstw będących *sui generis* przygotowaniem usiłowanie również formalnie jest możliwe, a zatem — konsekwentnie odnosi się do nich konstrukcja z art. 15 k.k. Inną sprawą jest praktyczna trudność w zastosowaniu tego przepisu w omawianych przypadkach”<sup>366</sup>. Z tak postawioną tezą o tyle trudno się zgodzić, że — jak wcześniej wykazano — zasadniczo niedopuszczalne jest usiłowanie *sui generis* przygotowania lub usiłowania. W tym kontekście wydaje się więc, że temat został wyczerpany.

<sup>364</sup> Por. rozdział wcześniejszy, w części dotyczącej usiłowania przestępstw formalnych.

<sup>365</sup> A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 782, przyp. 309.

<sup>366</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 633.

Problemem jest jednak fakt, czy wobec takich typizacji (w których przygotowanie i usiłowanie podniesione zostały do rangi dokonania) mają zastosowanie przepisy dotyczące czynnego żalu przewidziane w przepisie art. 15 w przypadku czynnego żalu okazanego po usiłowaniu podniesionym do rangi dokonania. Jak trafnie zdiagnozował to zagadnienie Z. Ciopiński w obszarze przygotowania podniesionego do rangi dokonania, dwojaka forma typizacji czynności przygotowawczych (jako samodzielnej postaci stadialnej oraz przez konfigurację czynności przygotowawczych jako przestępstw odrębnych) wywołała dyskusję w związku z możliwością skorzystania z bezkarności przewidzianej dla czynnego żalu w przypadku przygotowania jako *delictum sui generis*<sup>367</sup>. J. Makarewicz nie widział w takim przypadku możliwości czynnego żalu<sup>368</sup>, podobnie jak S. Śliwiński<sup>369</sup>. Z. Kubec w czasie obowiązywania k.k. z 1932 r. wskazywał, że skoro nie można odstąpić od przestępstwa dokonanego, to przepis art. 25 nie może być zastosowany. Przepis ten — wyjaśniał autor — ogranicza przewidziane w nim dobrodziejstwa wyłącznie do usiłowania jako formy zjawiskowej, co zdaniem Z. Kubca jest zupełnie słuszne, ponieważ przestępstwa *sui generis* odnoszą się do najpoważniejszych zbrodni, co do których czynny żal winien być wyłączony<sup>370</sup>. Na tle tego samego stanu prawnego swoistą dwoistość rozwiązań zaproponował W. Wolter. Podniósł on bowiem, że biorąc rzecz formalnie, przestępstwo jest dokonane przez usiłowanie, wobec czego odpada możliwość zastosowania przepisu art. 25 k.k. z 1932 r. Ujmując jednak rzecz materialnie, jest to zwykle usiłowanie, tylko z pewnych powodów ujęte jako dokonanie. Zatem przepis ten może być stosowany, co zresztą jest zasadne z kryminalno-politycznego punktu widzenia, skoro zawsze bardziej zależeć musi na niedokonaniu przestępstwa niż na ukaraniu za usiłowanie<sup>371</sup>. Z kolei I. Andrejew, na tle przestępstw ze swej istoty polegających na stadium wcześniejszym od dokona-

<sup>367</sup> Z. Ciopiński: *Typizacja przygotowania*. „Studia Iuridica” 1982, 10, s. 114.

<sup>368</sup> J. Makarewicz: *Kodeks karny...*, s. 85. Koniecznie jednak należy odnotować oryginalną koncepcję zaproponowaną przez E. Krzymuskiego. W przygotowanym przez niego w 1917 r. projekcie kodeksu karnego **przygotowanie karalne było wyłącznie jako odrębne przestępstwo**, a przepis dotyczący czynnego żalu wprost do tych regulacji części szczególnej się odnosił („art. 31 § 1. Czynności, za pomocą których ktoś przygotowywał spełnienie jakiegoś przestępstwa, mogą podlegać karze tylko jako osobne, przez ustawę przewidziane przestępstwo. § 2. W przypadkach takich jednak sprawca będzie wolny od kary, jeżeli w czasie, gdy jego czynu władza jeszcze nie wykryła, lub gdy on o jego wykryciu przez władzę nic jeszcze nie wiedział, sam dobrowolnie, lecz niezależnie od pobudek, które by go do tego mogły być skłonić, od dalszej akcji odstąpił i zniszczył lub unieszkodliwił gotowe już środki i narzędzia do spełnienia danego przestępstwa”). — E. Krzymuski: *Projekt kodeksu karnego polskiego. Uwagi autora. Tytuł wstępny i część ogólna*. Warszawa 1918, s. 11—12 i 35.

<sup>369</sup> S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne...*, s. 311—312.

<sup>370</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 563.

<sup>371</sup> W. Wolter: *Prawo karne*. T. 1. Warszawa 1947, s. 339, za: Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 563.

nia, twierdził, że należy sądzić, że „wypadki takiego stadium *sui generis* są karalne na takich samych zasadach co przygotowanie, w związku z czym możliwa jest bezkarność w razie czynnego żalu. Gdyby w takich wypadkach odrzuciło się dobrodziejstwa płynące z czynnego żalu, oznaczałoby to brak konsekwencji w k.k., skoro bezkarność czynnego żalu jest zapewniona w razie popełnienia znacznie cięższych przestępstw (np. zbieranie wiadomości w celu szpiegostwa — art. 124 § 2 i 3 k.k. z 1969 r.)<sup>372</sup>. Podobny pogląd wyrazili K. Buchała<sup>373</sup> oraz E. Kunze<sup>374</sup>. Problemem analogicznym zajął się również A. Krukowski. Wskazuje on, że w przeciwieństwie do nielicznych regulacji na świecie (np. węgierski kodeks karny), w polskim kodeksie brak jest przepisu, który wyraźnie zakazuje obejmowania bezkarnością czynności przygotowawczych podniesionych do rangi dokonania, jednak jego zdaniem, bezkarność taka byłaby całkowicie niezasadna, nawet gdyby uderzało to w „konsekwentną strukturę ustawy karnej”<sup>375</sup>. Ł. Pohl uważa, że przepis art. 17 § 1 zarezerwowany jest dla właściwego, tj. będącego formą stadialną, przygotowania (a takim nie jest np. przestępstwo upozorowania wypadku ubezpieczeniowego — art. 298 § 1 — z przyczyn formalnych)<sup>376</sup>. Również A. Liszewska odnośnie do przygotowania jako *delictum sui generis* zaznacza, że stosowny czynny żal (art. 17) odnosi się tylko do przygotowania jako formy stadialnej. W przypadku zaś przestępstw polegających na przygotowaniu podniesionym do rangi dokonania ustawodawca może w odrębnym przepisie wyłączyć karalność z powodu czynnego żalu. Jako przykład wspomniana autorka wskazuje tu regulację przepisu art. 131 § 2<sup>377</sup>. Podobny pogląd wyraził R. Zawłocki, przekonując, że omawiane typy przestępstw są jedynie w ujęciu doktrynalnym *sui generis* przygotowaniem do przestępstwa, w istocie swej zaś to odrębne typy przestępstw, które nie zastępują kryminalizacji czynności przygotowawczych. Trudno też — zdaniem tego autora — w sposób jednoznaczny wskazać przestępstwa stanowiące dokonanie podniesione do rangi dokonania<sup>378</sup>.

<sup>372</sup> I. Andrejew: *Polskie prawo karne w zarysie...*, s. 153.

<sup>373</sup> K. Buchała: *Prawo karne materialne*. Warszawa 1989, s. 407.

<sup>374</sup> E. Kunze: *Odstąpienie od przygotowania do przestępstwa w nowym kodeksie karnym*. „Prokuratura i Prawo” 1998, 10, s. 30. Uściślić chyba należy, że uwaga ta odnosić się musi wyłącznie do tych przestępstw, które kryminalizują przygotowanie jako dokonanie, dla usiłowań podniesionych do rangi dokonania właściwa ewentualna perspektywa oceny to przepis art. 15.

<sup>375</sup> A. Krukowski: *Odstąpienie od przygotowania...*, s. 19, 23. Autor odniósł się w ten sposób do tezy I. Andrejewa, że za brak konsekwencji należy uznać dopuszczalną bezkarność czynnego żalu w przypadku popełnienia znacznie cięższych przestępstw — I. Andrejew: *Polskie prawo karne w zarysie...*, s. 153.

<sup>376</sup> Ł. Pohl: *Charakterystyka i prawnokarne konsekwencje czynnego żalu...*, s. 202.

<sup>377</sup> A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 820—821.

<sup>378</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 667—668.



Podsumowując przegląd piśmiennictwa z tego zakresu, należy także przytoczyć pogłębione wywody Z. Ciopińskiego na temat przygotowania jako przestępstwa *sui generis*. Jego zdaniem, przede wszystkim z rozważań wyłączone należy te czynności, których bezkarność na skutek czynnego żalu ustawodawca odrębnie uregulował. Problem stanowią przygotowania, które Z. Ciopiński określa jako: *par excellence* podobne do przygotowania, kryptoprzygotowanie i *quasi*-przygotowanie<sup>379</sup>. Według tego autora, czynny żal z części ogólnej k.k. możliwy jest w stosunku do przygotowań *par excellence* oraz kryptoprzygotowań na gruncie regulacji art. 14 i 15 k.k. z 1969 r. i klauzuli „inne podobne czynności”. Z. Ciopiński wskazał na uzasadnienie do projektu kodeksu karnego, w którym autorzy jednoznacznie podkreślili, że unormowanie przygotowania w części ogólnej kodeksu pozwala na usunięcie niekonsekwencji w stosunku do usiłowania, że sprawca przygotowania ujętego jako *delictum sui generis* nie unikał odpowiedzialności, chociażby dobrowolnie poniechał dalszych czynności przygotowawczych i odstąpił od zamiaru dokonania przestępstwa. Przywołał także argumenty związane z wykładnią logiczną i prawnoporównawczą. Jednocześnie, zdaniem tego autora, brak jest uprawnień do stawiania takiej tezy w grupie określanej mianem *quasi*-przygotowania, gdyż kłóciłoby się to z generalnym pojęciem „przygotowania”, zgodnie z którym czynności przygotowawcze podejmowane są w celu popełnienia przestępstwa. Stąd zgłaszany przez niego postulat *de lege ferenda* wprowadzenia do *quasi*-przygotowania odrębnych regulacji odnoszących się do czynnego żalu, podobnie jak to uczyniono w kilku innych wypadkach (np. art. 276 i 278 k.k. z 1969 r.)<sup>380</sup>.

Pamiętając, że kwestia ta leży poza zakresem niniejszego opracowania, należy jedynie zasygnalizować, że wydaje się, iż uprawniona jest teza, że każdorazowo, gdy określona typizacja mieści się w warunkach przedmiotowych i podmiotowych definicji przygotowania, możliwe jest zastosowanie art. 17 § 1<sup>381</sup>, co wynika wprost z brzmienia przywołanego przepisu. Nie ogranicza on bowiem przewidzianej w nim bezkarności wyłącznie do „klasycznych” klauzul karalność-

<sup>379</sup> Przypomnijmy, że autor wyróżnił cztery grupy form typizacji przygotowania: pierwsza — przygotowanie nie ma innych znamion, poza odesłaniem do ogólnej definicji zawartej w art. 14 § 1; druga — przestępstwo jest stypizowane *par excellence* jako przygotowanie, które może być podobne do określonego w art. 14, ale nie w każdej postaci; przygotowanie zawierające niektóre formy działania; trzecia — kryptoprzygotowanie; nie ma odesłania do ogólnej definicji, ale zachowanie się jest z istoty swej formą stadialną do innego przestępstwa; są to typowe czynności, których treść wyrażona w ustawowych znamionach obliguje do uznania ich za stadium przygotowania, stypizowanego jednak wolą ustawodawcy jako odrębne przestępstwo; czwarta — *quasi*-przygotowanie, zawiera znamiona, które w treści swej są czynnościami poprzedzającymi usiłowanie, ale nieodnoszącymi się do innego przestępstwa; brak zamiaru popełnienia czynu przestępnego — Z. Ciopiński: *Typizacja przygotowania...*, s. 116.

<sup>380</sup> Ibidem, s. 121—124.

<sup>381</sup> Por.: A. Gubiński: *Zasady prawa karnego*. Warszawa 1996, s. 80, a przede wszystkim I. Andrejew: *Polskie prawo karne w zarysie...*, s. 153.

ci przygotowania, np. przywołując w swej treści przepis art. 16, ale stanowi o bezkarności przygotowania.

Mając jednak na uwadze, że zakresem pracy objęty jest czynny żal okazany wyłącznie na etapie usiłowania, podjąć należy kwestię czynnego żalu okazanego **po dokonaniu** czynu zabronionego stanowiącego **usiłowanie podniesione do rangi dokonania** i odpowiedzieć na pytanie, czy bezkarność przewidziana w przepisie art. 15 § 1 odnosić się może do takich typizacji. Przypomnieć należy, że jako przykład takiej typizacji wskazano czyn opisany w przepisie art. 290 § 1 (wyrąb drzewa w lesie), o którym w literaturze wspomina się jako *sui generis* „karalnym usiłowaniu kradzieży”, chociaż może to budzić pewne wątpliwości<sup>382</sup>. Czytelniejszym przykładem, jak się wydaje<sup>383</sup>, jest czyn opisany w przepisie art. 297, w którym — zdaniem T. Oczkowskiego — karalność za dokonanie oszustwa kredytowego przesunięto na przedpole czynu stanowiącego znamiona klasycznego oszustwa<sup>384</sup>.

Zatem nawiązując do przytaczanych wcześniej poglądów R. Zawłockiego o wyłącznie doktrynalnym statusie przestępstw *sui generis*, podkreślić należy, że to właśnie rolą doktryny jest „odczytanie” charakteru typizacji (w przeciwieństwie do tekstu ustawy). Formuła (rozumiana jako wprowadzenie kryminalizacji bądź w postaci odrębnej typizacji, bądź na zasadach ogólnych) nadana przez ustawodawcę w tym kontekście jest rzeczą wtórną. Istotne jest, czy zachowanie jest, czy też nie jest usiłowaniem. I wolno przypuszczać, że przesłanka kryminalizacji podrabiania narzędzi pomiarowych w celu ich użycia w obrocie gospodarczym (art. 315 § 1) jest taka sama, jak kryminalizacja przysposabiania środków do dokonania przestępstwa, dla których ustawodawca przewidział karalność przygotowania (np. art. 189a § 2). Natomiast dzieląc wspomniany wcześniej pogląd W. Woltera<sup>385</sup> jedynie w części — co do znaczenia czynnego żalu w ujęciu

<sup>382</sup> M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. T. 3. Komentarz do art. 278—363 kodeksu karnego*. Red. A. Zołł. Kraków 1999, s. 402. Inaczej B. Michalski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. T. 2. Komentarz do artykułów 222—236*. Red. A. Wąsek. Warszawa 2006, s. 1083.

<sup>383</sup> Inny pogląd wyraża R. Zawłocki, uznając wspomniany czyn — oszustwo kapitałowe — za swoiste przygotowanie — R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część szczególna. T. 2. Komentarz do artykułów 222—236*. Red. A. Wąsek..., s. 1234.

<sup>384</sup> T. Oczkowski: *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*. Kraków 2004, s. 155. Jak wskazuje autor, przedmiotem ochrony jest nie tyle ochrona mienia, ile prawidłowe funkcjonowanie określonych instytucji gospodarczych i pokładanego w nich zaufania. „Skrócenie” warunków penalizacji ma na celu ograniczenie problemów dowodowych występujących przy klasycznym oszustwie.

<sup>385</sup> W. Wolter: *Prawo karne*. T. 1..., s. 339 (za: Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 563), który — przypomnijmy — podnosił, że formalnie przestępstwo jest dokonane przez usiłowanie, wobec czego odpada możliwość zastosowania przepisu art. 25 k.k. z 1932 r.; ujmując jednak rzecz materialnie, jest to zwykle usiłowanie, tylko z pewnych powodów ujęte jako dokonanie, wobec

„materialnym”, zakwestionować można formalne znaczenie czynnego żalu przy przestępstwach *sui generis*. Podnieść bowiem należy, że tego rodzaju typizacje to po prostu usiłowania, tylko z pewnych powodów (najczęściej tradycji legislacyjnej oraz ułatwień dowodowych) ujęte jako dokonanie, wobec czego przepis art. 15 — wobec braku ustawowych wyłączeń — może być stosowany. Przepis art. 15 stanowi o braku karalności za usiłowanie bez odwołania się do numeracji stosownego artykułu. Jeśli trzeba uznać, że wybrane typizacje stanowią usiłowania podniesione do rangi dokonania, to nie istnieją również formalne przeszkody do zastosowania klauzuli bezkarności przewidzianej w przepisie art. 15. Mam oczywiście świadomość, że zaproponowana koncepcja może budzić wątpliwości, a co ważniejsze, wobec sporów, które z typizacji to przestępstwa *sui generis* (i o którą formę stadialną chodzi)<sup>386</sup>, nie spełnia wymogu pewności prawa. Zatem ze względu na ostrożność „legislacyjną” należy postulować, aby **tego rodzaju typizacje**, w imię idei sprawiedliwości i równości, a także spójności prawa karnego i jego pewności, **zaopatrzone były w odrębną klauzulę bezkarności** (podobną do tej przewidzianej w przepisie art. 297 § 3<sup>387</sup>). Taka odrębna klauzula pozwoli na bardziej szczegółowy opis czynnego żalu (niż ten z art. 15), co jest możliwe z racji powiązania go z konkretną typizacją. To zaś usunie wątpliwości, którą z form czynnego żalu przewidzianych w przepisie art. 15 należy odnosić do zachowań sprawcy okazywanych po dokonaniu tego rodzaju czynu. Trudno bowiem zaakceptować formułę odstąpienia od czynu (nie mówiąc o odstąpieniu od dokonania), tym bardziej — zapobieżenie skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego. Wprowadzając odrębną klauzulę czynnego żalu, nie można też zapominać o nieskutecznym czynnym żalu. To prawda, że jego brak w pewnym zakresie może być sanowany przez regulację przewidzianą w przepisie art. 60 § 2 pkt 2, jednak odmienne nieco przesłanki uregulowanego tam nadzwyczajnego złagodzenia kary spowodowałyby, że czynny żal straciłby swój jednolity charakter.

Dodać tylko trzeba, że wspomniane przez W. Woltera względy natury kryminalno-politycznej oznaczają, że nie tyle chodzi o brak dokonania, ile o brak naruszenia dobra prawnego (ewentualnie, naruszone zostało dobro o bardzo wysokim poziomie abstrakcji<sup>388</sup>).

---

czego przepis ten może być stosowany, co zresztą i kryminalno-politycznie jest uzasadnione, skoro zawsze zależeć musi na niedokonaniu przestępstwa niż na ukaraniu za usiłowanie.

<sup>386</sup> Por. uwagi R. Zawłockiego, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 668.

<sup>387</sup> „Art. 297 § 3. Nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zapobiegł wykorzystaniu wsparcia finansowego lub instrumentu płatniczego, określonych w § 1, zrezygnował z dotacji lub zamówienia publicznego albo zaspokoił roszczenia pokrzywdzonego”.

<sup>388</sup> Na tle przepisu art. 313 § 1 Z. Ćwiąkański twierdzi, że fałszowanie znaków stanowi istotne **zagrożenie** dla interesów gospodarczych państwa, a przedmiotem ochrony jest bezpieczeństwo obrotu urzędowymi znakami wartościowymi — Z. Ćwiąkański, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 3. *Komentarz do art. 278—363 k.k.* Red. A. Zol..., s. 843.

Na marginesie na koniec odnotować należy, że bezkarność usiłowania (w klasycznej, stadialnej postaci) na skutek czynnego żalu powodować musi, *per analogiam* do przepisu art. 17 § 2, bezkarność przestępstwa dokonanego, które stanowi przygotowanie podniesione do rangi dokonania w stosunku do usiłowanego przestępstwa<sup>389</sup>. I w tym bowiem przypadku karalność przygotowania (a precyzyjniej, karalność przygotowania podniesionego do rangi dokonania) jest subsydiarna w stosunku do usiłowania (i dokonania).

#### 5.4. Przestępstwa kierunkowe

Należy przypomnieć, że na potrzeby niniejszej pracy dokonano podziału przestępstw kierunkowych, będących *de facto* swoistymi czynnościami przygotowawczymi lub usiłowaniem, na dwie grupy, przy czym kryterium podziału stanowi naruszenie dobra prawnego przewidziane w ustawowym opisie czynu zabronionego charakteryzującego się *dolus coloratus* lub brak takiego naruszenia wśród ustawowych znamion. Zatem pierwszą grupę przestępstw kierunkowych stanowią te typizacje, w których cel sprawcy powiązany **jest z konkretną szkodą wyrządzoną pokrzywdzonemu, innymi słowy — z naruszeniem dobra prawnego, stanowiąc zamię skutku**<sup>390</sup>. Druga grupa przestępstw celowości-

<sup>389</sup> Por. np. art. 200a § 1 i 197 § 1 — M. Małecki: *Granice usiłowania przestępstw pedofilskich w świetle art. 200a § 1 i § 2 k.k.* „Przegląd Sądowy” 2011, 6, s. 62. Inaczej, jak się wydaje, Z. Cwiąkański, który, analizując przepisy art. 313 § 1 i 2, wskazuje, że fałszowanie urzędowego znaku wartościowego w celu puszczenia go w obieg, a następnie puszczenie go w obieg, stanowią dwa odrębne czyny przestępne pozostające w realnym zbiegu (art. 85) — Z. Cwiąkański, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. T. 3. Komentarz do art. 278—363 k.k.* Red. A. Zołł..., s. 849. Identycznie: J. Skorupka, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222—316.* T. 2. Red. A. Wąsek. Warszawa 2006, s. 1574. Z kolei, zdaniem M. Kulika, gdy sprawca znak podrabia, przerabia lub usuwa oznakę umorzenia, a następnie używa lub puszcza w obieg, zwykle odpowiada tylko na podstawie § 1. Czyn z § 2 autor ten uznaje za współukarany następczy — M. Kulik, w: *Kodeks karny. Praktyczny komentarz.* Red. M. Mozgawa. Warszawa 2010, s. 648. Oznaczać to musi, że zaniechanie zamiaru puszczenia w obieg podrobionego znaku nie wpływa na karalność czynu z art. 313 § 1. Jeśli jednak czynności skryminalizowane w przepisie art. 313 § 1 potraktować jako przygotowanie do czynu z § 2 podniesione do rangi dokonania, to poniechanie pierwotnego zamiaru puszczenia w obieg podrobionych znaków (i np. zniszczenie tychże) powodować musi bezkarność również za podrobienie.

<sup>390</sup> Przykładami, wcześniej wymienionymi, mogą być: oszustwo (art. 286 § 1), ludobójstwo (art. 118 § 1 — konstrukcyjnie przypominające usiłowanie, oraz 118 § 2 — konstrukcyjnie przypominające przygotowanie), zamach na konstytucyjne organy państwa (art. 128), zamach terrorystyczny (art. 140 § 1), zmuszanie (art. 191), prezentacje treści pornograficznych małoletniemu (art. 200 § 2), zmuszanie funkcjonariusza (art. 224 § 2), nadużycie władzy (art. 231 § 2), przemoc wobec świadka (art. 245), wymuszanie zeznań (art. 246), wzięcie zakładnika (art. 252 § 1), kra-

wych, wzbudzająca szczególne wątpliwości co do zasadności kryminalizacji ich usiłowania, polega na swoistym przygotowaniu (ograniczonym do określonych zachowań), a szkodliwość takich zachowań związana jest nie tyle z opisanym czynem, ile z przyszłym celem sprawcy *a priori* ocenianym jako szkodliwy, **brak jest zatem rzeczywistego naruszenia dobra prawnego**<sup>391</sup>.

Przyjęcie zasadności kryminalizacji usiłowania tego rodzaju przestępstw powoduje, że aktualizują się wszystkie uwagi podnoszone w przypadku analizy przesłanek bezkarności związanych z czynnym żalem. Natomiast czynny żal sprawcy okazany w drugiej grupie przestępstw, ale już po dokonaniu czynu zabronionego, przypomina przeddokonaniowy czynny żal. Zatem z przyczyn polityczno-kryminalnych, ale też uwzględniając zasadę spójności, pewności oraz sprawiedliwości, rozważyć należy wprowadzenie klauzuli czynnego żalu w przypadku przestępstw celowościowych „bez naruszeniowych”.

## 5.5. Przestępstwa „dwustadialne”

Kolejna grupa czynów potencjalnie budzących wątpliwości na płaszczyźnie czynnego żalu to **przestępstwa „dwustadialne”** (o pojemnej stronie przedmiotowej). Takim mianem określiłam wcześniej typy czynów zabronionych, w których zabronione zachowanie obejmuje zarówno wywołanie konkretnego skutku, jak i zachowania do niego zmierzające<sup>392</sup>. Ostatecznie także przyjąłam, że przestępstwa o pojemnych znamionach określających czynność sprawczą już swym zakresem obejmują zachowania tradycyjnie uznawane za usiłowanie. Nie ma

---

dziez (art. 278), kradzież rozbójnicza (art. 281), wymuszenie rozbójnicze (art. 282), oszustwo komputerowe (art. 287), zabór pojazdu (art. 289), wyrąb drzewa (art. 290), nadużycie zaufania (art. 296 § 2), udaremnienie zaspokojenia wierzyciela (art. 300 § 2).

<sup>391</sup> Zaliczyć można do nich typizacje określone w przepisach: art. 143 — samookaleczenie, art. 165a — finansowanie przestępstwa terrorystycznego, art. 190a § 2 — podszywanie się pod inną osobę, art. 200a § 1 — przygotowanie do przestępstw seksualnych, art. 202 § 3 — produkowanie treści pornograficznych, art. 204 § 1 — stręczycielstwo, art. 211a — organizowanie adopcji, art. 256 § 2 — produkowanie przedmiotów zawierających treści faszystowskie, art. 264a § 1 — umożliwienie nielegalnego pobytu, art. 276 § 3 — zakładanie urządzeń podsłuchowych, art. 270 § 1 — podrabianie lub przerabianie dokumentu, art. 271 § 3 — poświadczenie nieprawdy, art. 297 § 1 — oszustwo kredytowe, art. 298 § 1 — oszustwo ubezpieczeniowe, art. 305 § 1 — udaremnienie przetargu, art. 313 — fałszowanie urzędowych znaków wartościowych, art. 314 — podrobienie znaku urzędowego, art. 315 — podrobienie narzędzia pomiarowego.

<sup>392</sup> Wskazanymi już wcześniej przykładami takich typizacji są przestępstwa określone w przepisach: art. 130 § 1 — branie udziału w działalności obcego wywiadu, art. 134 — zamach na życie Prezydenta RP, art. 189a — handel ludźmi, oraz art. 211a — organizowanie nielegalnej adopcji.

zatem potrzeby uzasadnienia ani podstaw do „dodatkowego” sięgania po regulację art. 13 § 1, w tym m.in. przywoływania jej w kwalifikacji prawnej czynu, czy też poszerzania pola zakresu kryminalizacji na podstawie treści przepisu art. 13 § 1. Wprowadzenie (wyjątkowo) klauzuli karalności za przygotowanie takich czynów nie oznacza kryminalizacji usiłowania zgodnie z treścią przepisu art. 13 § 1. W tych bowiem przypadkach usiłowanie jest karalne na mocy przepisu konkretnej typizacji, zatem każda czynność sprawcy po zakończeniu przygotowania karana jest jako **dokonanie (a nie jak za dokonanie)**. Ewentualne odrębne przepisy dotyczące czynnego żalu również nie przeczą tezie o pochlōnieniu usiłowania przez wskazany rodzaj typizacji.

Zaznaczyć też należy, że przestępstwa o pojemnej stronie przedmiotowej swoją konstrukcją przypominają przestępstwa *sui generis* (formy stadialne podniesione do rangi dokonania) i zakładające wieloczynowość. Są jednak typizacjami nie tyle „pośrednimi”, ile łączącymi w sobie obie konstrukcje. Jednocześnie to właśnie ta pierwsza cecha (element usiłowania zaliczony również do dokonania) przesądza o niemożności zastosowania art. 13 § 1. Ta mieszana konstrukcja musi więc rodzić problemy na tle możliwości zastosowania art. 15.

Jeżeli przedmiotem analizy uczynimy treść przepisu art. 134, który jest przykładem przestępstwa „dwustadialnego” czystej postaci<sup>393</sup>, to wątpliwości związane z czynnym żalem będą czytelniejsze. Powstaje bowiem pytanie, jakiej karnoprawnej oceny czynu należy dokonać w wypadku odstąpienia od czynu w trakcie przeprowadzenia zamachu. Czy można w takim przypadku zastosować dobrodziejstwo przewidziane w przepisie art. 15? Z jednej strony, pierwsze zachowanie, realizujące znamię dopuszczenia się zamachu, stanowi dokonanie tego czynu zabronionego, zatem czynny żal formalnie byłby czynnym żalem podokonaniowym. Z drugiej zaś strony, kryminalizacja usiłowania w formie dokonania nie zmienia charakteru takiego zachowania, jak również czynnego żalu podjętego na tym etapie. Zatem można by przyjąć, że przepis art. 15 powinien

<sup>393</sup> Por. np. S. Hoc: *Ochrona Prezydenta RP w nowym kodeksie karnym*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2000, 1, s. 9 (który wskazuje, że nieudana próba pozbawienia życia Prezydenta RP generalnie stanowi usiłowanie zabójstwa, ale wskutek szczególnego uregulowania w przepisie art. 134 jest już dokonaniem przestępstwa) oraz M. Budyn-Kulik, w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Mozgawa..., s. 323. Co prawda, zdaniem P. Kardasa, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz LEX*. T. 2. *Komentarz do art. 117—277 k.k.* Red. A. Zołł..., 2013, s. 169—170, możliwy jest zbieg art. 134 z art. 148, co niejako wykluczałoby karalność za śmierć Prezydenta jedynie na podstawie art. 134 (i tym samym zaliczenia tej typizacji do przestępstw „dwustadialnych”), jednak z takim stanowiskiem trudno się zgodzić. Nie jest to, w moim przekonaniu, wbrew twierdzeniom P. Kardasa, *delictum sui generis* (ibidem, s. 168). O wiele bliższy jest mi pogląd A. Marka, w myśl którego „w ujęciu art. 134 zbrodnia zamachu na życie Prezydenta jest przestępstwem formalnym, którego istotę wyczerpuje nie tylko skuteczny zamach powodujący śmierć, lecz także zamach usiłowany, jeżeli stworzył bezpośrednie zagrożenie życia Prezydenta (np. nieudany zamach bombowy, oddanie niecelnych strzałów z broni palnej)”. — A. Marek: *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa 2006, s. 288.

mieć zastosowanie. Jednak przestępstwa „dwustadialne”, **oprócz** usiłowania, kryminalizują jednocześnie „klasyczne” dokonanie, to zaś wyklucza zastosowanie przepisu art. 15. O ile więc *delicta sui generis*, dla idei pewności prawa, w stosowną klauzulę czynnego żalu winny być zaopatrzone, o tyle typizacje będące przestępstwami o pojemnych znamionach bez takiej klauzuli obejmć się nie mogą. Bezkarnością objęte musiałyby być zachowania stanowiące zamach na Prezydenta RP, ale nienaruszające jeszcze dobra prawnego, np. w postaci życia Prezydenta (innymi słowy, będące odpowiednikami „klasycznego” usiłowania). Wprowadzając odrębną klauzulę czynnego żalu, nie można też zapominać, podobnie jak w przypadku usiłowania podniesionego do rangi dokonania, o nieskutecznym czynnym żalu. Konieczność zaopatrzenia tego typu typizacji we wspomniane klauzule pozwoli również na kształtowanie polityki karnej w obszarze przestępstw najpoważniejszych, np. przez „oferowanie” dobrodziejstw nieidących tak daleko lub zaopatrzonych w dodatkowe przesłanki przedmiotowe bądź podmiotowe.

## 5.6. Przestępstwa zakładające wieloczynowość

Próbując dokonać diagnozy przyczyny wątpliwości rodzących się w związku z czynnym żalem przestępstw zakładających wieloczynowość, podkreślić należy, że czynny żal (z art. 15) jest możliwy dopóty, dopóki przestępstwo **nie zostanie dokonane**. Jak się wydaje, to właśnie kwestia ustalenia momentu dokonania czynu ciągłego<sup>394</sup>, zbiorczego (czy innych przestępstw rozciągniętych w czasie) generuje problemy związane z czynnym żalem. Samo zagadnienie ustalania momentu dokonania czynu zabronionego, jako tzw. górnej granicy usiłowania, zostało już omówione wcześniej. Tutaj więc pewne kwestie przyjdzie powtórzyć, pewne wątki zaś — poszerzyć.

Zacząc zatem należy od tezy postawionej przez R. Zawłockiego, zgodnie z którą w zakresie przestępstwa (czynu) ciągłego oraz przestępstw o zbiorowo oznaczonym czynie (np. art. 207 § 1) i tzw. przestępstw trwałych (np. art. 189 § 1) należy odróżnić dokonanie od zakończenia przestępstwa (czynu zabronionego). W takich przypadkach, zdaniem wspomnianego autora, dokonanie przestępstwa następuje wcześniej niż jego zakończenie, które istotne jest dla karnoprawnej kwalifikacji i oceny czynu, jednakże nie pozostaje poza zakresem normowania

<sup>394</sup> O podobieństwie do przestępstwa zbiorowego pisze A. Zoll: *Zasady odpowiedzialności karnej*. W: „Nowa Kodyfikacja Karna”. *Kodeks karny*. Z. 12. Warszawa 1998, s. 130. Por. też M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas: *Czyn ciągły i ciąg przestępstw w kodeksie karnym z 1997 r. Komentarz do art. 12 i art. 91 k.k. z 1997 r.* W: „Nowa Kodyfikacja Karna”. *Kodeks karny*. Z. 20. Warszawa 1998, s. 65.

przepisów art. 13—17<sup>395</sup>. Z perspektywy tematu niniejszej pracy oznaczać to musi, że mimo iż przestępstwo nie zostało zakończone, sprawca, który porzucił zamiar jego ukończenia, nie realizuje przesłanek art. 15 § 1 i nie można wobec niego zastosować bezkarności. W podobnym tonie wypowiadają się (na gruncie czynu ciągłego) J. Lachowski i A. Marek. Ich zdaniem, ze względu na powiązanie konstrukcji usiłowania z czynnym żalem, nie można odnosić usiłowania do całego czynu ciągłego. Według tych autorów, odstąpienie od dokonania konkretnego zachowania implikuje porzucenie zamiaru jego kontynuacji, zatem czyn ciągły kończy się na zachowaniu poprzedzającym bezpośrednio to, od którego sprawca dobrowolnie odstąpił<sup>396</sup>.

Wydaje się jednak, że na kwestię tę można spojrzeć inaczej. Po pierwsze, należy przypomnieć, że przestępstwa zakładające wieloczynowość<sup>397</sup> można podzielić na dwie grupy, przyjmując jako kryterium podziału charakter czynów/zachowań wchodzących w skład przestępstwa wieloczynowego. Pierwszą grupę tworzą te przestępstwa wieloczynowe, których poszczególne „składniki” mogą być odrębnymi przestępstwami. W tej grupie mieszczą się zatem: przestępstwa złożone, przestępstwa wieloodmianowe, czyn ciągły. Drugą grupę przestępstw wieloczynowych stanowią przestępstwa składające się z dwu lub więcej czynów/zachowań, ale każdy z nich rozpatrywany odrębnie nie stanowi przestępstwa. Tu zaliczyć należy przestępstwa dwuaktowe i zbiorcze, czasami również czyn ciągły<sup>398</sup>. W grupie pierwszej przestępstw wieloczynowych, składających się niejako z odrębnych przestępstw, wykonanie pierwszej z kryminalizowanych czynności jest usiłowaniem i pojawia się tu konstrukcja usiłowania kwalifikowanego. Zgodnie z zamiarem sprawcy, naruszenie tych dóbr jest bowiem jego planem, pewnym etapem do osiągnięcia dalszego określonego celu, a nie „naturalną koniecznością” („przy okazji”). W drugiej grupie przestępstw zakładających wieloczynowość, zbudowanych z czynów pojedynczo/odrębnie niekryminalizowanych, usiłowaniem jest również wykonanie pierwszej z czynności wskazanej przez ustawodawcę, ale wobec braku kryminalizacji nie ma jednak miejsca na usiłowanie kwalifikowane. Wystąpienie lub brak usiłowania

<sup>395</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 552. Podobnie A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. Gdańsk 1999, s. 191.

<sup>396</sup> A. Marek, J. Lachowski: *Niektóre problemy wynikające z „jednoczynowości” przestępstwa ciągłego*. „Prokuratura i Prawo” 2004, 11—12, s. 15—17.

<sup>397</sup> Jak wcześniej zaznaczałam, w literaturze podziały i nazwy nie są jednolite, ja przyjęłam „systematykę” tego rodzaju przestępstw za T. Dukiet-Nagórką — T. Dukiet-Nagórką, w: *Prawo karne. Część ogólna, szczegółowa i wojskowa...*, s. 179—180.

<sup>398</sup> Jak wskazuje A. Zoll, możliwa jest sytuacja, w której poszczególne zachowania, z uwagi na ich jednostkowy stopień społecznej szkodliwości, nie mogłyby być uznane za przestępstwo, natomiast łączne potraktowanie zachowań objętych znamieniem ciągłości może przekraczać wystarczający dla przyjęcia przestępstwa próg społecznej szkodliwości — A. Zoll: *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 132.



kwalifikowanego będą miały później znaczenie dla zakresu i karnoprawnych konsekwencji czynnego żalu. Zatem, w moim przekonaniu, nie ma żadnych przeszkód w odnoszeniu konstrukcji usiłowania do czynu ciągłego. Nie przemawiają przeciwko temu nawet względy kryminalno-polityczne, na które powołują się J. Lachowski i A. Marek, gdyż prawidłowej i całościowej oceny można dokonać, posiłkując się konstrukcją **usiłowania kwalifikowane**. Dokonaniem jest bowiem zrealizowanie wszystkich ustawowych znamion (w tym wypadku czynu ciągłego) objętych zamiarem sprawcy. Co prawda, A. Zoll uważa, że potraktowanie ciągłości jako elementu charakteryzującego czyn zabroniony przesądza o tym, że za czas popełnienia czynu zabronionego należy uznać czas ostatniego zachowania objętego znamieniem ciągłości, a ściślej mówiąc — czas zakończenia tego zachowania<sup>399</sup>, jednak zwrócić należy uwagę, że — w myśl przepisu art. 6 § 1 — czyn zabroniony uważa się za popełniony w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był zobowiązany. Czas ostatniego zachowania objętego znamieniem ciągłości, o którym pisze A. Zoll, jest — w moim przekonaniu — momentem dokonania czynu. Przerwanie drogi przestępnej przed takim momentem może być — co najwyżej — usiłowaniem (ewentualnie w kumulatywnym zbiegu przepisów odnoszących się do naruszonych przez sprawcę dóbr prawnych)<sup>400</sup>. Jednocześnie „czystość” pewnych konstrukcji wymagałaby każdorazowo w przypadku zatamowania zachowań przestępnych, składających się na (pozostałe) przestępstwa (zakładające wieloczynowość), w trakcie ich dokonywania rozciągniętego w czasie przyjęcia konstrukcji usiłowania. W pewnych (wcześniej wskazanych) przypadkach byłoby to **usiłowanie kwalifikowane** — tzn. usiłowanie czynu objętego zamiarem sprawcy i jednocześnie dokonanie tego, co już zostało popełnione — ze wszelkimi tego konsekwencjami w zakresie czynnego żalu — brakiem odpowiedzialności za czyn usiłowany i odpowiedzialności za czyny dokonane „na wcześniejszym etapie” realizacji zamiaru.

W świetle przytoczonych rozważań podzielić należy pogląd P. Palka, który konstatuje, że normatywne powiązanie zabójstwa i zgwałcenia nie wyklucza zastosowania wobec każdego z analizowanych zachowań instytucji czynnego żalu w przypadku dobrowolnego odstąpienia od ich dokonania, jak również zapobieżenia skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego. Zdaniem tego autora, można to zezemplifikować sytuacjami, w których pierwotnym zamiarem sprawcy było doprowadzenie do zgwałcenia, ale w trakcie brutalnego przełamywania oporu ofiary traci ona życie, w wyniku czego sprawca odstępuje od realizacji zaplanowanego czynu<sup>401</sup>.

<sup>399</sup> Ibidem.

<sup>400</sup> Zdaniem A. Zolla, rekonstrukcja z góry powziętego zamiaru, o którym mowa w przepisie art. 12, opierać się winna na **teście usiłowania** — ibidem, s. 130—131.

<sup>401</sup> P. Palka: *Zabójstwo w związku ze zgwałceniem...*, s. 19—30.

Na podstawie zaproponowanego modelu należy też rozstrzygnąć sytuację, o której wspominał S. Śliwiński. Wskazywał on mianowicie, że jeden i ten sam czyn może być popełniony w dwóch formach zjawiskowych. Jako przykład podał sprawcę kradzieży, który spakował mienie do trzech walizek, zabrał jedną, inne zaś pozostawił na miejscu czynu, spłoszony przez zbliżającego się człowieka. Zdaniem autora, sprawca taki będzie skazany za czyn częściowo dokonany, częściowo usiłowany. S. Śliwiński dodaje także, że sprawca może też częściowo odstąpić od usiłowania, a gdy odstąpienie jest dobrowolne, należy przy ocenie karnej pominąć ten czyn w zakresie stwierdzonej dobrowolności<sup>402</sup>. Użyte przez wspomnianego autora sformułowanie „czyn częściowo dokonany, częściowo usiłowany” należy zatem rozumieć jako usiłowanie kwalifikowane i kumulatywny zbieg przepisów.

Jednocześnie powtórzyć należy, że przestępstwa zakładające wieloczynowość, właśnie ze względu na rozbudowaną stronę przedmiotową (wynikającą ze skomplikowanego obrazu fenomenologicznego danego rodzaju przestępczości), w znakomity wręcz sposób ilustrują nieuzasadnione łączenie usiłowania ukończonego/nieukończonego z postaciami czynnego żalu, a precyzyjniej — uzależnienia czynnego żalu od określonej postaci usiłowania.

## 5.7. Czyny współukarane

Pewne problemy związane z instytucją czynnego żalu mogą się pojawiać na tle konstrukcji czynów współukaranych. Dość obszerną ich analizę przeprowadził A. Spotowski, wyróżniając za S. Śliwińskim cztery „odmiany”: zbieg form stadialnych, zbieg form zjawiskowych, zbieg przestępstw polegających na narażeniu na niebezpieczeństwo i naruszeniu tego dobra oraz sytuacji, w których jedno przestępstwo pozostaje wobec drugiego przestępstwa w stosunku środka do celu<sup>403</sup>. Z uwagi na omawianą problematykę należy skoncentrować się na ostatniej z wyróżnionych grup. Jak wskazuje S. Spotowski, „jeżeli ustalili się, że dany sprawca dopuścił się dwóch przestępstw, z których pierwsze zostało popełnione tylko po to, aby stworzyć możliwość popełnienia drugiego, a stopień społecznego niebezpieczeństwa pierwszego czynu jest znacznie niższy od stopnia społecznego niebezpieczeństwa drugiego czynu, to nic nie stoi na przeszkodzie [...], żeby uznać to pierwsze przestępstwo za przestępstwo współukarane” (nie stoi temu na przeszkodzie nawet brak tożsamości atakowa-

<sup>402</sup> S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne...*, s. 312—313.

<sup>403</sup> A. Spotowski: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*. Warszawa 1976, s. 178.

nego dobra prawnego i przedmiotu zamachu)<sup>404</sup>. Kilkakrotnie na temat czynów współukaranych wypowiadał się też SN. Jeszcze pod rządami k.k. z 1932 r. Sąd ten objaśnił, że „przez współukarane czyny uprzednie lub następne rozumie się zazwyczaj w teorii takie działania poprzedzające główny czyn przestępny lub po nim następujące, które, oceniane z osobna, mogłyby być uznane za odrębne przestępstwa, jednakże przy całościowej ocenie zdarzenia uznać je należy za skwitowane przez wymierzenie kary za przestępstwo główne. Przy współukaranym czynie uprzednim chodzi w większości wypadków o sytuacje, w których pewne przygotowawcze działanie sprawcy godzi w to samo w istocie dobro prawne, w jakie godzi czyn główny. Mówiąc o współukaranym czynie następnym, mamy na myśli wypadki, w których sprawca czynu głównego ponownie atakuje dobro naruszone przez czyn główny w sposób wyczerpujący znamiona odrębnego przestępstwa. Opisanych wyżej konstrukcji prawnych (»czyny współukarane«) nie należy jednak rozszerzać na wypadki, w których odrębne przedmiotowe działania sprawcy, każde o znacznym stopniu społecznego niebezpieczeństwa, godzą w różne dobra prawne. Konstrukcje te prowadzą z konieczności do jednolitej oceny odrębnych czynów w myśl zasady przewidzianej w art. 36 k.k.<sup>405</sup> [z 1932 r. — O.S.], który to przepis odnosi się przecież do wypadku, gdy jeden czyn podpada pod kilka przepisów ustawy<sup>406</sup>. Trzydzieści trzy lata później objaśnienia te wcale nie zyskały na konkretyzacji, w jednym ze swoich judykatów SN bowiem wskazuje: „wobec braku ogólnych dyrektyw ustawowych lub wynikających z praktyki orzeczniczej, wskazówkami pomocnymi przy rozgraniczaniu czynności współukaranych następczych od czynów stanowiących odrębne przestępstwa mogą być (występujące łącznie) takie elementy, jak: wprowadzenie nowego (w stosunku do czynu głównego) przedmiotu przestępstwa, atakowanie innego rodzajowo dobra chronionego prawem, działanie na szkodę innego pokrzywdzonego. Wobec braku ogólnych dyrektyw ustawowych lub wynikających z praktyki orzeczniczej, powyższa kwestia wymaga każdorazowego ustosunkowania się przez sąd orzekający<sup>407</sup>. W literaturze

<sup>404</sup> Ibidem, s. 191—192.

<sup>405</sup> Artykuł 36 k.k. z 1932 r. — „Jeżeli czyn zagrożony karą podpada pod kilka przepisów ustawy karnej, sąd stosuje przepis przewidujący najsurowszą karę, co nie stoi na przeszkodzie stosowaniu kar dodatkowych lub środków zabezpieczających przewidzianych w innych przepisach”.

<sup>406</sup> Uchwała SN z 26.06.1964 r., VI KO 57/63. LEX nr 124389.

<sup>407</sup> Wyrok SN z 10.12.1997 r., IV KKN 206/1997. LEX nr 31681. Por. też: postanowienie SN z 25.02.2002 r., I KZP 1/02. LEX nr 52291: „Redukcja ocen prawnokarnych, przeprowadzona z punktu widzenia tego, czy jakiś czyn jest, czy też nie jest czynem następczym współukaranym (tak zresztą, jak i redukcja ocen z punktu widzenia ewentualnego stwierdzenia współukaranego czynu uprzedniego), jest zawsze problemem teleologicznym, którego właściwe rozwiązanie może być dokonane nie w formie abstrakcyjnej, lecz z uwzględnieniem realiów konkretnej sprawy. Przypomnieć wypada, iż przy dokonywaniu analizy, czy w okolicznościach konkretnego wypadku powinno dojść do redukcji ocen prawnokarnych z zastosowaniem konstrukcji

trudno znaleźć uzasadnienie przyjęcia i stosowania konstrukcji współukaranych czynów uprzednich. Współcześnie, jak się wydaje, jedynie D. Jagiełło z aprobatą przywołuje zdanie L. Lernella (z 1969 r.), zgodnie z którym konstrukcja ta „wyraża tendencję do odformalizowania procedury kwalifikacji przestępstwa. Sądy wychodzą z założenia, że przy wymiarze kary za jedno z tych przestępstw popełnienie przestępstwa jako okoliczność obciążająca wpływa zwykle na zastrzeżenie kary. Sprawca więc praktycznie poniesie konsekwencje za oba czyny. Natomiast kwalifikacja prawna może być ograniczona do tego z nich, który jest główny w danym układzie”<sup>408</sup>. Zdaniem D. Jagiełło, w razie przyjęcia konstrukcji czynu współukaranego sąd uzupełnia opis czynu będącego podstawą skazania oraz wymiaru kary o znamiona czynu współukaranego, jednak nie skazuje za ten czyn<sup>409</sup>.

Poddając analizie konstrukcję współukaranych czynów uprzednich z perspektywy czynnego żalu, *prima facie* wydawać by się mogło, że właściwym rozwiązaniem jest to przyjęte w przypadku czynu ciągłego. Nietrudno bowiem dostrzec podobieństwa między konstrukcją czynu ciągłego a czynem współukaranym uprzednim i następczym<sup>410</sup>. Istniejące różnice (które nie jest łatwo skatalogować, wobec braku ustawowej regulacji czynów współukaranych) mają charakter raczej drugorzędny. Na przykład z góry powzięty zamiar, o którym mowa w przepisie art. 12, siłą rzeczy odnosić się musi również do popełnienia przez sprawcę przestępstwa, będącego w jego ocenie dopiero środkiem do osiągnięcia innego przestępczego celu. Krótkie odstępy czasu, tożsamość pokrzywdzonego przy naruszeniu dóbr osobistych, będące wymogami przyjęcia czynu ciągłego,

---

czynu współukaranego następczego, należy mieć w polu rozważań następujące okoliczności: a) integralne powiązanie czynu, za który sąd skazuje sprawcę i wymierza mu karę, z czynem, który uznany zostaje za współukarane przestępstwo następcze; b) porównanie stopnia społecznej szkodliwości obu czynów, przy czym nie może być uznane za współukarane przestępstwo następcze takie, które przewyższa stopniem społecznej szkodliwości czyn, który stanowi podstawę skazania i wymierzenia kary lub gdy w istotny sposób »wzmaga ono skutek« wywołany przestępstwem głównym; c) z reguły tożsamość przedmiotu zamachu przestępstwa głównego i następczego oraz tożsamość pokrzywdzonego. Okoliczności dotyczące przedmiotu czynności wykonawczej i pokrzywdzonego nie mają jednak charakteru *conditio sine qua non* [...]. Przy czym, zdaniem Sądu Najwyższego, dla zastosowania czynu współukaranego nie jest konieczne, aby zachodziła tożsamość dobra chronionego w znaczeniu szczególnym, wystarczy zaś tożsamość rodzajowego dobra chronionego”.

<sup>408</sup> L. Lernell: *Wykład prawa karnego. Część ogólna*. T. 1. Warszawa 1969, s. 296, cyt. za: D. Jagiełło: *Implikacje praktyczne przyjęcia konstrukcji czynu współukaranego uprzedniego*. „Jurysta” 2012, 2, s. 16.

<sup>409</sup> D. Jagiełło: *Implikacje praktyczne przyjęcia konstrukcji...*, s. 15.

<sup>410</sup> Stąd spory w doktrynie prezentowane przy dokonywaniu karnoprawnej oceny poszczególnych czynów. Por. zwłaszcza: D. Jagiełło: *Czynności uprzednie i następcze współukarane (na przykładzie przestępstw przeciwko dokumentom)*. „Państwo i Prawo” 2010, 12, s. 72; M. Kalitowski, w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. O. Górniok. Warszawa 2004, s. 764; W. Wróbel, w: *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*. Red. A. Zoll. Kraków 1999, s. 1049.

praktycznie zazwyczaj również występują w zbiegu przestępstw pretendujących do czynów współukaranych. Zasadnicza różnica sprowadza się do kwalifikacji prawnej tak określonego czynu. Zastosowanie przepisu art. 12 pozwala na w pełni adekwatną kwalifikację prawną czynu przez kumulatywny zbieg przepisów ustawy. Konstrukcja czynów współukaranych, chociaż nie pozostawia — jak deklaruje się w piśmiennictwie — czynu bezkarnym (a jedynie współukarany<sup>411</sup>), to jednak kwalifikacja prawna zostaje zredukowana do tzw. czynu głównego. Konsekwencje prawnokarne takiego rozwiązania przypominają eliminacyjny zbieg przepisów ustawy (obowiązujący jeszcze w kodeksie karnym z 1932 r. oraz we współczesnym kodeksie wykroczeń). Warto zatem mieć świadomość wad takiego rozwiązania. O ułomnościach eliminacyjnego zbiegu przepisów (dokuczliwych zwłaszcza dla praktyki) wspomina J. Majewski, wskazując, że podejmowane są w takich przypadkach próby wypracowania przez normodawcę jakiejś dodatkowej reguły operacyjnej<sup>412</sup>. P. Kardas w pełniejszy sposób przytacza zarzuty stawiane makarewiczowskiej koncepcji rozwiązania problemu zbiegu przepisów. Wskazuje przede wszystkim na brak realizacji zasady adekwatności podstawy przypisania i rzeczywistej zawartości bezprawia ocenianego czynu odzwierciedlonej w kwalifikacji prawnej czynu oraz brak oparcia w przyjętej podstawie prawnej kwalifikacji prawnej orzeczenia o środkach karnych oraz środkach zabezpieczających na podstawie wyeliminowanych przepisów<sup>413</sup>.

Z perspektywy tematu niniejszej pracy należy zauważyć, że konstrukcja współukaranych czynów nigdy nie pozwoli na przyjęcie usiłowania kwalifikowanego, a co za tym idzie, nieadekwatna będzie karnoprawna ocena w przypadku przejawienia przez sprawcę czynnego żalu wykazanego przed dokonaniem czynu głównego. Konieczność właściwej reakcji karnej *de facto* zmuszałaby sąd (prokuratora) do rezygnacji *ad hoc* z konstrukcji czynów współukaranych i wartościowania czynu dokonanego (niezależnie od tego, że służył jako środek do celu) w przypadku czynnego żalu wyrażonego przez sprawcę<sup>414</sup>. Możliwość

<sup>411</sup> D. Jagiełło: *Czynności uprzednie i następcze współukarane...*, s. 67. Por. też A. Marek: *Czyny współukarane na tle prawnej jedności przestępstwa*. W: *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw...*, s. 15.

<sup>412</sup> J. Majewski, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 1062.

<sup>413</sup> P. Kardas: *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*. Warszawa 2011, s. 222—228.

<sup>414</sup> Rozwiązać należy ewentualne obawy o skrajny subiektywizm, polegający na karaniu za przestępstwo dokonane będące środkiem do celu i jednocześnie za zamiar osiągnięcia tego przestępnego celu w przypadku tak skonstruowanego usiłowania zatamowanego. Jeśli bowiem ustalimy, że rozpoczęło się usiłowanie „celowego” (głównego) przestępstwa (sprawca rzeczywiście zmierzał bezpośrednio do jego dokonania), subiektywizm będzie w stopniu właściwym dla usiłowania w ogóle. Natomiast gdy ten etap nie został przez sprawcę osiągnięty, dokonanie przestępstwa, będącego środkiem, nie ulokowało zachowania sprawcy w fazie bezpośredniego zmierzania do dokonania; wtedy karnoprawna ocena nawiązywać będzie do przygotowania kwalifikowanego (karalnego).

przyjęcia w tego typu przypadkach usiłowania kwalifikowanego skutkującego kumulatywnym zbiegiem przepisów ustawy usuwa wszystkie te problemy. Taką możliwość zaś stwarza tylko czyn ciągły. Wcześniej wskazane podobieństwa między czynem ciągłym a konstrukcją czynów współlukaranych, potwierdzające tezę o wyłącznie funkcjonalnym charakterze tej ostatniej<sup>415</sup>, każą zgłosić **postulat wyeliminowania z polskiej praktyki konstrukcji współlukaranego uprzedniego w postaci stosunku środka do czynu**, albowiem funkcje mu przypisywane przejęła od września 1998 r. konstrukcja czynu ciągłego. Przy wspomnianych już zaletach takiego rozwiązania (właściwa i adekwatna kwalifikacja prawna czynu, umożliwiająca sprawiedliwą reakcję karną nie tylko dla sprawcy głównego, ale też osób współdziałających przy czynie współlukarany) odpadną też wątpliwości związane z ustalaniem, które z zachowań jest czynem głównym (a pozostałe uprzednimi lub następczymi) oraz ustaną spory związane z przesłanką odpowiedniego zróżnicowania stopnia społecznej szkodliwości czynów. Zaproponowane rozwiązanie — rezygnacja z konstrukcji czynów współlukaranych (w postaci stosunku środka do czynu) na rzecz czynu ciągłego — stanowi więc pewną odpowiedź na postulaty J. Majewskiego. Wyraził on bowiem przekonanie, że „jeżeli mówimy o potrzebie ustawowej regulacji reguł współlukarania, to należy też pomyśleć o odpowiedniej formie rozstrzygnięcia procesowego. [...] Postępowanie musi się toczyć o oba czyny, gdyż może się okazać, że za czyn zwany głównym dojdzie do uniewinnienia. [...] Trzeba w związku z tym obmyślić taką konstrukcję, która będzie odpowiednia, dostatecznie elastyczna. Konstrukcję, która pozwoli ukarać sprawcę za czyn, który normalnie powinien być współlukarany, w sytuacji gdy za czyn zwany głównym ukarać go z tych czy innych względów nie można”<sup>416</sup>. W takim stanie prawnym znajdzie się też miejsce na konstrukcję ewentualnego czynnego żalu.

Nieco inaczej wygląda kwestia współlukaranych czynów następczych. Wydaje się jednak, że ta niezmiernie ciekawa problematyka<sup>417</sup> z punktu widzenia czynnego żalu przeddokonaniowego nie ma znaczenia. Jeśli bowiem doszło do czynu następczego, to oznacza to, że nie pojawił się czynny żal. Czynnny żal skuteczny zapobiega zarówno dokonaniu, jak i czynom następczym. Niemniej warto zauważyć, że zapobieżenie przez sprawcę czynowi następczemu, gdy wszedł on już w fazę usiłowania, z uwagi na szczególną konstrukcję czynów współlukaranych, przysporzy trudności w karnoprawnym wartościowaniu. I w tym wypadku o wiele korzystniejsza i właściwsza wydaje się instytucja czynu ciągłego.

<sup>415</sup> D. Jagiełło: *Czynności uprzednie i następcze współlukarane...*, s. 71.

<sup>416</sup> J. Majewski: Głos w dyskusji, w: *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw...*, s. 199.

<sup>417</sup> Szczególnie interesujący wydaje się problem współlukarania za przestępstwo nieudzielenia pomocy jako swoista odwrotność czynnego żalu, *prima facie* — obligatoryjnego.

## 5.8. Przepęstwa z zaniechania

W rozdziale dotyczącym definicji usiłowania wskazane zostały problemy związane z przyjęciem koncepcji dopuszczającej możliwość usiłowania przępstw z zaniechania. Powtórzyć więc należy, że w przypadku przępstw z zaniechania usiłowanie może przybrać postać: 1) podejmowania czynności uniemożliwiających wykonanie ciężącego na sprawcy obowiązku działania lub szczególnego, prawnego obowiązku zapobieżenia skutkowi oraz 2) powstrzymania się od wykonania ciężącego na sprawcy obowiązku (w tym, przy przępstwach materialnych, zapobieżenia skutkowi, przy czym sam skutek jeszcze nie nastąpił). Moim zdaniem, nie ulega jednak wątpliwości, że również w przypadku usiłowania przępstw z zaniechania pojęcie „bezpośrednio” rozumieć należy w znaczeniu formalno-objektywnym. Każdorazowo więc odpowiedzieć należy na pytanie, czy sytuacja „otaczająca” sprawcę (wykreowana przez niego samego lub osoby trzecie bądź zdarzenia) już umożliwia mu zrealizowanie obowiązku, którego nie podejmuje. Jeśli tak, to mamy do czynienia przynajmniej z usiłowaniem. Można więc powiedzieć, że temporalizacja poszczęólnych etapów *iter delicti* to bardziej problem praktyczny i dowodowy niż teoretyczny. Również na płaszczyźnie czynnego żalu związanego z zaniechaniem zasadniczym problemem stają się kwestie dowodowe (zwłaszcza w przypadku odstąpienia od zamiaru i dobrowolności). Właśnie dlatego, jak twierdzi D. Gajdus, niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z dobrowolnym odstąpieniem od działania, czy zaniechania, musi wyrażać się ono w wymownym (tzn. uzewnętrznionym) akcie przekreślenia przępstwej działalności<sup>418</sup>.

G. Rejman postawiła tezę (w 1965 r.), że orzecznictwo nie podejmuje wyzwania i zamiast kwalifikować czyn sprawcy jako usiłowanie wywołania skutku przez zaniechanie stosuje przepisy o narażeniu na niebezpieczeństwo<sup>419</sup>. Taka karnoprawna ocena wydaje się, *prima facie*, korzystniejsza dla sprawcy (umniejszając tym samym prawa pokrzywdzonego). Całościowa ocena jednak się zmienia, gdy w grę wchodzi czynny żal. Przede wszystkim nie każde przępstwo z narażenia zaopatrzone jest w klauzulę nawiązującą do czynnego żalu. Ponadto, o czym była już mowa, inne są przesłanki oraz konsekwencje podokonaniowego — z formalnego punktu widzenia — czynnego żalu.

Rzeczywisty problem, już nie tylko dowodowy, pojawia się na tle szczególnych przępstw z zaniechania. Jako przykład może tu posłużyć przępstwo nieudzielania pomocy. Rodzi się bowiem wątpliwość, jakiej karnoprawnej oceny należy dokonać, w przypadku, w którym sprawca na widok tonącego dziecka,

<sup>418</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 89.

<sup>419</sup> G. Rejman: *Usiłowanie przępstwa w prawie polskim*. Warszawa 1965, s. 138. Por. też Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 560.

zdecydowany nie udzielić mu pomocy, oddala się, po chwili jednak dobrowolnie wraca i ratuje dziecko. Zdaniem Z. Kubeca, o czym była już mowa, jest to odstąpienie od usiłowania<sup>420</sup>. Prezentacja własnej oceny tego stanowiska musi być jednak poprzedzona refleksją ogólniejszej natury. W. Wolter wskazał bowiem na specyfikę przestępstw z zaniechania związaną z „czynnikiem czasowym”. Jak twierdził, człowiek, który znalazł się w sytuacji zobowiązującej do działania, ma do dyspozycji pewien czas, który może być albo bardzo krótką chwilą, albo może trwać dłużej. Zdaniem wspomnianego autora, jak długo trwa ta sytuacja, tak długo zobowiązany do działania ma czas na zrealizowanie swojego obowiązku, zatem sam fakt niedziałania w określonym czasie nie musi oznaczać, że przełamana została norma nakazująca pewne zachowanie. Przestępstwo z zaniechania formalne jest dokonane, gdy minie krytyczny czas wywołany ruchem sytuacji. Dlatego też w związku z wyznaczeniem terminu obowiązku działania W. Wolter wyróżnia dwie grupy przestępstw z zaniechania. W przypadku przestępstw z zaniechania należących do pierwszej z nich czas spełnienia obowiązkowego działania zakreślony zostaje przez samą sytuację; jako przykład autor podaje tu przepisy art. 145 § 1<sup>421</sup> i art. 247<sup>422</sup> k.k. z 1932 r. Natomiast w przypadku przestępstw należących do drugiej grupy następuje pewna „formalizacja czasu” — chociaż upływ terminu oznacza, że przestępstwo zostało dokonane, to jednak obowiązek dokonania czynności nakazanej trwa nadal<sup>423</sup>. Z kolei na tle przestępstwa nieudzielenia pomocy J. Kulesza, powołując się na stanowisko doktryny, konstatuje, że nałożenie na podmiot obowiązku określonego działania musi się wiązać z umożliwieniem temu podmiotowi spełnienia powinności w określonym czasie, a okres konieczny do wykonania tego działania w przypadku przestępstwa nieudzielenia pomocy nie jest sformalizowany i wynika jedynie z kontekstu sytuacyjnego. Obowiązek niesienia pomocy uaktualnia się bowiem z chwilą wystąpienia bezpośredniego niebezpieczeństwa ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub utraty życia, albo z chwilą, gdy istniejące już niebezpieczeństwo

<sup>420</sup> Por. Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 561.

<sup>421</sup> Artykuł 145 § 1 k.k. z 1932 r. — „Kto zataja dowody niewinności osoby podejrzanej o czyn karany w drodze sądowej, administracyjnej lub dyscyplinarnej, podlega karze aresztu lub grzywny”.

<sup>422</sup> Artykuł 247 k.k. z 1932 r. — „Kto nie udziela pomocy człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem dla życia, mogąc to uczynić bez narażenia siebie lub osób bliskich na niebezpieczeństwo osobiste, podlega karze więzienia do lat 3 lub aresztu do lat 3”.

<sup>423</sup> W. Wolter: *Z problematyki odpowiedzialności za przestępstwa z zaniechania*. „Państwo i Prawo” 1957, 6, s. 1111—1113. Warto powtórzyć za autorem, że wykonanie obowiązku po dokonaniu przestępstwa z zaniechania z drugiej grupy może niejednokrotnie zwrócić uwagę władzy na niewykonanie obowiązku we właściwym czasie. Zdaniem W. Woltera, sprawca taki znajduje się w pułapce. Rozwiązaniem, jak się wydaje, wskazanego problemu może stać się podokoniowy czynny żal, który — przynajmniej w części — motywować może do zrealizowania po wyznaczonym czasie zaniedbanego obowiązku.



osiągnięciu poziom odpowiadający pojęciu bezpośredniości zagrożenia. W. Wolter zaznacza także, że obowiązek ten ustaje, gdy odpadnie możliwość do działania (ktoś inny udzieli pomocy, niebezpieczeństwo ustanie samo z siebie albo nastąpi ciężki uszczerbek na zdrowiu lub śmierć osoby zagrożonej). Problem natomiast, zdaniem autora, pojawia się na tle określenia momentu dokonania przestępstwa nieudzielania pomocy<sup>424</sup>.

Należy podkreślić, że nie można utożsamiać czasu popełnienia przestępstwa z czasem jego dokonania<sup>425</sup>. J. Kulesza prezentuje trzy grupy poglądów występujących w polskiej doktrynie prawa karnego odnośnie do chwili dokonania przestępstwa określonego w przepisie art. 162. Zgodnie z poglądami zakwalifikowanymi do pierwszej z nich, przestępstwo dokonane jest z chwilą zaniechania niezwłocznej pomocy. Autorzy, których zapatrywania mieszczą się w drugiej z wymienionych grup, przyjmują moment ustania obowiązku za rozstrzygający o dokonaniu przestępstwa nieudzielania pomocy. Natomiast trzecia grupa autorów, jak twierdzi J. Kulesza, za czas dokonania wspomnianego przestępstwa (jak wszystkich przestępstw z zaniechania) przyjmuje moment początkowy sytuacji, w której zobowiązany nie może już wykonać nałożonego na niego obowiązku<sup>426</sup>.

Przed wszystkim zauważyć należy, że treść przepisu art. 6 § 1 ma znaczenie drugorzędne, jeśli chodzi o ustalanie momentu dokonania czynu zabronionego<sup>427</sup>. Z jednej bowiem strony jest w nim mowa o czasie popełnienia czynu zabronionego (zatem obejmuje wszystkie karalne formy stadialne), a z drugiej — określanie tego czasu jest całkowicie oderwane od ewentualnego wystąpienia skutku stanowiącego znamię czynu zabronionego, co przesądza o dokonaniu przestępstw materialnych. Ostatecznie przyjęć chyba należy, że w przypadku przestępstw z zaniechania dokonanie nie następuje tak długo, aż nie upłynie czas przewidziany przez ustawodawcę na wykonanie obowiązku. Zasadniczo więc brak ostatecznej decyzji zobowiązanego, jego wahanie, a nawet decyzja o niewykonaniu obowiązku i ewentualnie jej późniejsza zmiana w czasie, który podmiot zobowiązany ma do dyspozycji, nie ma znaczenia dla karnoprawnej oceny czynu. Decydujący jest ostatni moment okresu, w którym obowiązek mógł być zrealizowany. Przystępstwo nieudzielania pomocy na tle

<sup>424</sup> J. Kulesza: *Przestępstwo nieudzielania pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 186—190.

<sup>425</sup> Por. np. A. Zoll: *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 78—79, który pisze: „Za czas popełnienia czynu zabronionego charakteryzującego się zaniechaniem należy przyjąć początkowy moment sytuacji, w której zobowiązany nie może już wykonać swojego obowiązku. Obowiązek działania może być wyznaczony sytuacją faktyczną. Przykładowo, na tle przepisu art. 162 czas popełnienia czynu zabronionego wyznacza stan bezpośredniego niebezpieczeństwa”.

<sup>426</sup> J. Kulesza: *Przestępstwo nieudzielania pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 191—192 i wskazana tam literatura. W dalszej części autor przedstawia stanowisko doktryny niemieckiej (s. 197—202).

<sup>427</sup> Inaczej ibidem, s. 377.

przestępstw nie jest wyjątkiem dlatego, że tu również punktem odniesienia jest czas wskazany przez ustawodawcę. Spory budzić musi to, jaki jest to czas i czy to określenie w ustawie nastąpiło w sposób prawidłowy. Stąd zgłaszana wątpliwość, czy użyte w przepisie § 2 art. 162 sformułowanie „niezwłocznie” (w kontekście zwolnienia z obowiązku udzielenia pomocy w sytuacji, gdy możliwa jest właśnie niezwłoczna pomoc ze strony instytucji lub osoby do tego powołanej) jednocześnie nie limituje czasu osoby mogącej udzielić pomocy<sup>428</sup>. Z kolei W. Wolter pytał, czy norma nakazująca działanie w przypadkach, w których obowiązek działania wynika z bardzo ruchliwej sytuacji *implicite* nie zawiera normy nakazującej szybkie podjęcie decyzji. Według tego autora, można mieć co do tego poważne wątpliwości<sup>429</sup>. W przypadku takiej interpretacji znamion przepisu art. 162 § 1 trudno, oczywiście, podzielić wskazane wcześniej stanowisko Z. Kubeca w kwestii oceny zachowania człowieka odchodzącego od tonącego dziecka<sup>430</sup>. Jak wskazywał ówczesnie SN, ustawowa istota czynu określonego jako przestępstwo z art. 247 k.k. polega na zaniechaniu niesienia pomocy osobie znajdującej się w bezpośrednim niebezpieczeństwie utraty życia<sup>431</sup>. Zatem przestępstwo określone w przepisie art. 247 k.k. z 1932 r. i art. 162 § 1 obecnego k.k. jest dokonane w chwili odejścia od tonącego dziecka. Oznacza to, że w przypadku zmiany zamiaru sprawcy, jego powrotu i uratowania dziecka, można jedynie mówić o czynnym żalu po dokonaniu, nieobjętym klauzulą bezkarności przewidzianą dla czynnego żalu z części ogólnej. Skłaniając się ku przeciwnemu stanowisku, że ustawa nie precyzuje w żaden sposób czasu wykonania obowiązku i limituje je jedynie grożące niebezpieczeństwo, przyjmując należy, że brak natychmiastowej pomocy, wahania, zmiana decyzji nie mogą być traktowane jako usiłowanie, a ostateczne uratowanie np. tonącego dziecka — jako odstąpienie od usiłowania i czynny żal. Jak wskazywał W. Wolter, podjęcie oczekiwanej aktywności jest „spełnieniem obowiązku, a nie naprawieniem jakiegoś uprzedniego karalnego czy niekaralnego niewłaściwego zachowania się, jak w przypadkach zaniechania usiłowania przestępstw z działania”<sup>432</sup>. Z kolei J. Kulesza twierdził, że w przypadku przestępstwa określonego w przepisie art. 162 ustawodawca nie precyzuje w sposób jednoznaczny czasu wykonania obowiązku, poza stwierdzeniem,

<sup>428</sup> Por. np. uwagi B. Michalskiego, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 117—221*. Red. A. Wąsek, R. Zawłocki..., s. 498—499.

<sup>429</sup> W. Wolter: *Z problematyki odpowiedzialności za przestępstwa z zaniechania...*, s. 1115—1116.

<sup>430</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 561.

<sup>431</sup> Wyrok SN z 10.07.1957 r., IV K 78/57. OSNPG 1958, 1, s. 32. LEX nr 177631.

<sup>432</sup> W. Wolter: *Problem usiłowania przestępstw z zaniechania*. „Państwo i Prawo” 1954, 10—11, s. 1024. Inaczej: Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 561 oraz D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 88. Krytycznie J. Kulesza: *Przestępstwo nieudzielania pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 378—379.

że ma to być dokonane „niezwłocznie”, które w istocie wynika z wykładni omawianego przepisu, a nie *expressis verbis* z jego brzmienia. Jednocześnie przyjął on, że od momentu upływu czasu do niezwłocznego udzielenia pomocy aż do chwili poprzedzającej ustanie obowiązku działania mamy do czynienia z popełnieniem przestępstwa określonego w przepisie art. 162 w formie stadialnej usiłowania, natomiast upływ chwili poprzedzającej ustanie obowiązku działania równoznaczny jest z dokonaniem przestępstwa<sup>433</sup>. W przypadku takiej interpretacji odejście od tonącego dziecka, a następnie powrót i uratowanie go stanowiłyby czynny żal określony w przepisie art. 15 § 1.

Skłaniając się ku pierwszemu stanowisku, mając jednak świadomość możliwej interpretacji przedstawionej w drugiej postaci, zgłosić należy postulat *de lege ferenda* wskazania przez ustawodawcę *expressis verbis* limitu czasowego przez znamię modalne „niezwłocznie” (jak w treści przestępstwa określonego w przepisie art. 240 § 1<sup>434</sup>). Zastrzec również należy, że „niezwłocznie” nie tyle miałyby oznaczać „natychmiast”, ile — bez zbędnej, nieuzasadnionej zwłoki („w racjonalnym najbliższym czasie”<sup>435</sup>). Nie ma chyba wątpliwości, że waga dobra stanowiącego racjonalizację tej kryminalizacji wymaga doprecyzowania, dookreślenia czasu nakazanego zachowania, a przede wszystkim skrócenia w przypadku wykładni prowadzącej do odległego czasu dokonania (utożsamianej z ustaniem zagrożenia). Co prawda, zdaniem J. Kuleszy, przyjęcie dokonania już w chwili zaniechania niezwłocznej pomocy nie daje sprawcy bodźca do zmiany decyzji i pospieszenia z pomocą, skoro ma on świadomość, że i tak dopuścił się przestępstwa w formie stadialnej dokonania<sup>436</sup>, ale temu właśnie służą przepisy związane z uchylaniem karalności w związku z czynnym żalem (również tym podokonaniowym, który może w tym przypadku przybrać formułę odrębnej klauzuli przewidującej nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet bezkarność). Trudno też zgodzić się z J. Kuleszą, że niezachowanie przez sprawcę określonego terminu działania, wobec ciągle trwającego obowiązku, stanowi jedynie usiłowanie. Na tej zasadzie upływ 3-dniowego terminu, o któ-

<sup>433</sup> J. Kulesza: *Przestępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 377—382. Warto przy okazji zaznaczyć, że zdaniem autora, takie ujęcie momentu dokonania przestępstwa nieudzielenia pomocy nie deprecjonuje jednak znaczenia wymogu „niezwłoczności” pomocy (s. 282).

<sup>434</sup> „Art. 240. § 1. Kto, mając wiarygodną wiadomość o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego określonego w art. 118, 118a, 120—124, 127, 128, 130, 134, 140, 148, 163, 166, 189, 252 lub przestępstwa o charakterze terrorystycznym, nie zawiadamia niezwłocznie organu powołanego do ścigania przestępstw, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

<sup>435</sup> I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter: *Kodeks karny z komentarzem*. Warszawa 1973, s. 793, za: B. Kunicka-Michalska, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 2. *Komentarz do artykułów 222—316*. Red. A. Wąsek. Warszawa 2006, s. 246—247.

<sup>436</sup> J. Kulesza: *Przestępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie...*, s. 376.

rym wspomina przepis art. 242 § 2<sup>437</sup>, stanowiłyby jedynie cezurę usiłowania przestępstwa niepowrotu. Obydwa przestępstwa należy bowiem zaliczyć do tzw. przestępstw trwałych<sup>438</sup>.

## 5.9. Przestępstwa trwałe

Nieco uwagi poświęcić należy także zagadnieniu czynnego żalu przy przestępstwach trwałych. O ile bowiem karnoprawna ocena zachowania sprawcy polegająca na poniechaniu utrzymywania stanu sprzecznego z prawem nie powinna budzić większych wątpliwości i uznać należy, że jest klasyczny podokonaniowy czynny żal, zasadniczo oceniany w kontekście przepisu art. 60 § 2 pkt 2 (jeśli można mówić o szkodzie i jej naprawieniu), o tyle jako pierwszoplanowy jawi się problem wyróżniania przestępstwa trwałego. Jest to o tyle istotne, że pozwala ocenić okazany czynny żal jako podokonaniowy bądź nie. Jak wskazuje A. Spotowski, przestępstwo trwałe charakteryzuje się tym, że sprawca swoim zachowaniem pewną sytuację wywołuje i utrzymuje<sup>439</sup>. Parafrazując wskazane objaśnienie, należy również uznać, że przestępstwem trwałym będzie także czyn, polegający na nieuchylaniu pewnej sytuacji wobec istnienia obowiązku takiego uchylecia. A. Gubiński wyróżnił dwie grupy przestępstw trwałych. Pierwsza z nich polega, zdaniem autora, na zaniechaniu wykonania obowiązku działania (np. nieudzielenie pomocy), druga — to czyny składające się jakby z dwóch faz, a mianowicie: z wytworzenia określonej, zabronionej sytuacji (np. pozbawienie człowieka wolności) oraz niedokonania czynności od-

---

<sup>437</sup> „Art. 242 § 2. Kto, korzystając z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karne-go lub aresztu śledczego bez dozoru, bez usprawiedliwionej przyczyny nie powróci najpóźniej w ciągu 3 dni po upływie wyznaczonego terminu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”.

<sup>438</sup> Por. co do przestępstwa z art. 162: A. Gubiński: *Zasady prawa karnego*. Warszawa 1996, s. 125. Natomiast co do przestępstwa z art. 242 § 2 uznającego je za przestępstwo trwałe: uchwały SN z 17.03.2000 r., I KZP 58/99. OSNKW 2000, 3—4, poz. 23 oraz z 7.09.2000 r., I KZP 22/00. OSNKW 2000, 9—10, poz. 79 (ze zdaniem odrębnym); odmiennie: L. Tyszkiewicz, w: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Filar. Warszawa 2012, s. 1153 oraz Idem: *O przestępstwie trwałym i jego desygnatach*. W: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*. Red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda. Lublin 2005, s. 362—365.

<sup>439</sup> A. Spotowski: *Pomijalny (pozorny)*..., s. 30—32. Por. też I. Andrejew: *Polskie prawo karne w zarysie*..., s. 252—253. Obszerniejszego przeglądu stanowisk w przedmiocie definiowania przestępstwa trwałego dokonuje L. Tyszkiewicz: *O przestępstwie trwałym i jego desygnatach*..., s. 359—361.

wracającej tę sytuację (nieprzywrócenie wolności)<sup>440</sup>. L. Tyszkiewicz, dodaje, że trwały charakter przestępstwa musi wynikać z treści danego przepisu w sposób oczywisty, a nie tylko z istoty przestępstwa, którą właśnie określa treść przepisu<sup>441</sup>. Co prawda, spotkać można sformułowanie, że istotą przestępstw trwałych jest rozciągłość w czasie, co ma oznaczać, że muszą one trwać jakiś czas, nie można bowiem kogoś na chwilę pozbawić wolności (art. 189) lub ukryć przestępcy (art. 239)<sup>442</sup>, jednak takie ujęcie bezzasadnie — jak się wydaje — zawężyło to pojęcie. Nie budzi, oczywiście, wątpliwości co do oceny, czy mamy do czynienia z przestępstwem trwałym, w kontekście powszechnie wskazywanego tu jako przykład przestępstwa pozbawienia wolności. Dyskusje rodzą się jednak na tle innych typizacji — m.in. w przypadku wspomnianego przestępstwa niepowrotu, bigamii<sup>443</sup>, niealimentacji<sup>444</sup>, a nawet prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości (art. 178a)<sup>445</sup>. Odmianą definicję przestępstwa trwałego podają W. Wróbel i A. Zoll. Według nich, przestępstwa trwałe to takie typy czynów zabronionych, w których czynność wykonawcza jest tak określona, że dopuszcza możliwość powtarzalności pewnych jednorodnych lub różnorodnych zachowań. Alternatywnym określeniem dla pojęcia przestępstwa trwałego jest, zdaniem wspomnianych autorów, sformułowanie „przestępstwa charakteryzujące się powtarzalnością czynności wykonawczej”. Wskazany sposób ujmowania przestępstwa trwałego pozwolił W. Wróbelowi i A. Zollowi zaliczyć do tej grupy m.in. przestępstwo rozpijania małoletniego i znęcanie się<sup>446</sup>.

Ostatecznie, jak się wydaje, podzielić należy stanowisko A. Marka<sup>447</sup> i M. Rogalskiego. Zdaniem tego ostatniego, przestępstwo trwałe tym różni się od przestępstwa ciągłego, że trwający przez pewien czas stan bezprawia spowodowany jest **jednym czynem**, a w przypadku przestępstwa ciągłego występują powtarzające się zamachy (czyny) na to samo dobro prawne. Jednocześnie, zgoła niekonsekwentnie, M. Rogalski z aprobatą odniósł się do stanowiska SA w Lublinie, który podkreśla, że przestępstwo niealimentacji, jako przestępstwo

<sup>440</sup> A. Gubiński: *Zasady prawa karnego...*, s. 124—125.

<sup>441</sup> L. Tyszkiewicz: *O przestępstwie trwałym i jego desygnatach...*, s. 365.

<sup>442</sup> M. Gałązka, R.G. Hałas, S. Hypś, D. Szeleszczuk, K. Wiak: *Kodeks karny — część ogólna. Pytania. Kazusy. Tablice*. Warszawa 2012, s. 48.

<sup>443</sup> Por. np.: A. Wąsek, J. Warylewski, w: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 117—221*. Red. A. Wąsek, R. Zawłocki. Warszawa 2010, s. 1182 i wskazane tam różne stanowiska co do charakteru przestępstwa bigamii prezentowane w polskiej doktrynie.

<sup>444</sup> Por. np.: A. Gubiński: *Zasady prawa karnego...*, s. 125; L. Gardocki: *Prawo karne*. Warszawa 2011, s. 278, którzy podkreślają, że przestępstwo niealimentacji jest przestępstwem trwałym, oraz A. Marek: *Kodeks karny...*, s. 398, który wyraża stanowisko odmienne.

<sup>445</sup> W. Wróbel, S. Zabłocki: *Głos w dyskusji*, w: *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw...*, s. 176, 188.

<sup>446</sup> W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 288.

<sup>447</sup> A. Marek: *Kodeks karny...*, s. 398.

trwale, polega na wywołaniu przez sprawcę swym zachowaniem bezprawnego stanu i utrzymywaniu go przez dłuższy czas, stanowi bowiem tzw. jedność prawną czynu<sup>448</sup>. Wydaje się jednak, że w przypadku przestępstwa niealimentacji nie można mówić o prawnej jedności czynu, a jedynie o „prawnej jedności przestępstwa” (tzw. pozorny zbieg przestępstw), która wyklucza możliwość przyjęcia tezy, że jest to przestępstwo trwałe. W tym zakresie podzielić należy stanowisko S. Śliwińskiego, który pisał, że w przypadku przestępstwa trwałego mamy czyn o znaczeniu naturalnym<sup>449</sup>.

Przerwanie zatem przez sprawcę stanu bezprawnego (wywołanego przez niego jednym czynem w postaci działania lub zaniechania) oceniane być musi wyłącznie w kontekście podokonaniowego czynnego żalu, natomiast do ustawodawcy należy obowiązek rozważenia, które typy czynów zabronionych, z racji polityczno-kryminalnych, winny być zaopatrzone w dodatkową klauzulę określonych karnoprawnych konsekwencji w przypadku takiego czynnego żalu.

## 5.10. Przestępstwa jednochwilowe

Należy powtórzyć, mając świadomość pełnej umowności tej nazwy, że przestępstwa jednochwilowe („momentalne”) są to przestępstwa, przy popełnianiu których od momentu podjęcia zamiaru i jego uzewnętrznienia do dokonania mija bardzo krótki czas. Jak wcześniej ustalono, nie można wykluczyć usiłowania przy tego rodzaju czynach, a przynajmniej usiłowania nieudolnego. To z kolei oznacza, że podjęte przez sprawcę przeciwakcje oceniać należy na płaszczyźnie konstrukcji przewidzianej w przepisie art. 15. Pojawiające się tu ograniczenia w zakresie możliwości skorzystania z klauzuli niekaralności wynikają wyłącznie z charakteru tego usiłowania jako nieudolnego, co wcześniej już zostało omówione.

## 5.11. Przestępstwa zakładające wielość skutków

Odrębnej analizie poddać należy ciekawy problem przestępstwa charakteryzującego się konieczną wielością skutków czy, mówiąc precyzyjniej, typizacji, w której jeden skutek polega na spowodowaniu śmierci więcej niż jednej osoby.

<sup>448</sup> M. Rogalski: *Przesłanka powagi rzeczy osądzonej w procesie karnym*. Kraków 2005, s. 609—610, 614—615.

<sup>449</sup> S. Śliwiński: *Prawo karne materialne...*, s. 406.

To właśnie na tle przepisu art. 148 § 3 Ł. Pohl analizuje różne stany faktyczne związane z usiłowaniem ukończonym — zranienie wielu osób, śmierć jednej osoby, śmierć dwu osób przy zamiarze zabicia dwóch lub trzech osób, wskazując na liczne wątpliwości kwalifikacyjne<sup>450</sup>. Wątpliwości te, co oczywiste, multiplikują się w przypadku problematyki czynnego żalu. Jak się wydaje, podobne problemy muszą powstawać na tle przestępstwa niszczenia znaków granicznych (art. 277), o ile przyjmiemy — wbrew stanowisku SN<sup>451</sup> — że użyta przez ustawodawcę liczba mnoga oznacza kryminalizację zniszczenia co najmniej dwóch znaków granicznych. Sytuacja w przypadku tego typu czynu zabronionego jest o tyle trudniejsza, że pojedyncze zachowania co do zasady są bezkarne (w przypadku zaś wspomnianej formy morderstwa mamy do „dyspozycji” typ podstawowy, przewidujący odpowiedzialność karną za zabicie jednej osoby).

Podzielając stanowisko Ł. Pohla, przyjąć należy — ogólnie rzecz ujmując — że niezrealizowanie w pełni zamiaru zabicia określonej liczby osób aktualizuje konstrukcję usiłowania kwalifikowanego. Natomiast w przypadku użycia liczby mnogiej limitującej skutki (lub rozmiar skutku) w typie podstawowym, jak w przypadku niszczenia znaków granicznych, zniszczenie jednego, przy jednoczesnym zamiarze zniszczenia co najmniej dwóch, rodzi odpowiedzialność za usiłowanie „zwykłe”. Okazany przez sprawcę czynny żal przeddokonaniowy, skutkujący „niepobawieniem” życia wszystkich osób objętych pierwotnym zamiarem, może uchylać karalność za czyn kwalifikowany (art. 148 § 3), jednak wobec faktu, że jest to przypadek usiłowania kwalifikowanego, rodzi odpowiedzialność za typ podstawowy z art. 148 § 1. W drugiej grupie typizacji, ilustrowanej przestępstwem zniszczenia znaków granicznych, odstępianie od zamiaru zniszczenia ich w liczbie co najmniej dwóch, po zniszczeniu pierwszego, oceniane być powinno na płaszczyźnie czynnego żalu skutkującego bezkarnością (a ewentualne roszczenie za zniszczenie jednego znaku może mieć charakter cywilnoprawny).

<sup>450</sup> Ł. Pohl: *Przestępstwo zabójstwa jednym czynem więcej niż jednej osoby (art. 148 § 3 k.k.)*. „Prokuratura i Prawo” 2008, 10, s. 5—10.

<sup>451</sup> Uchwała SN z 21.11.2001 r., I KZP 26/01. LEX nr 49484 z glosą krytyczną O. Sitarz: *Glosa do uchwały SN z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 26/01*. „Państwo i Prawo” 2003, 10, również M. Klubińska: *Glosa do uchwały SN z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 26/01*. „Prokuratura i Prawo” 2003. Por też: W. Marcinkowski: *Glosa do uchwały SN z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 26/01*. „Prokurator” 2002, 2, który aprobuje stanowisko SN, wskazuje na typizację, w których użycie liczby mnogiej ma wyraźne znaczenie limitujące — przepis art. 118 § 2, odmiennie M. Szewczyk, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz LEX. T. 2. Komentarz do art. 117—277*. Red. A. Zoll..., s. 36—37. Z kolei, zdaniem W. Wróbla, przedmiotem czynności wykonawczych przestępstwa określonego w art. 277 jest znak graniczny — W. Wróbel, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz LEX. T. 2. Komentarz do art. 117—277...*, s. 1592. Podobne wątpliwości budził dawny przepis art. 253 § 1, dotyczący handlu ludźmi — por. O. Sitarz: *Wątpliwości i kontrowersje wokół definicji handlu ludźmi*. „Archiwum Kryminologii” 2010, 32, s. 328.

## 5.12. Przepęstwa nieumyślne

Powtórzyć należy przede wszystkim, że w przypadku przępstw nieumyślnych, jako jedynych, treść przepisu art. 13 § 1 wyraźnie wyłącza możliwość ich usiłowania. Kwestia czynnego żalu związanego z usiłowaniem może się jednak pojawić zarówno w przypadku przępstw rodzących wątpliwości co do strony podmiotowej, jak i z niepełną klauzulą nieumyślności. Ilustracją tego rodzaju wątpliwości może być odstąpienie (dobrowolne) od rokowań dotyczących kupna rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego (a o jej pochodzeniu kupujący powinien i mógł przypuszczać). Wykluczenie możliwości usiłowania sprawia, że dobrowolne odstąpienie od kupna jest prawnie irrelewantne.

Na marginesie należy odnotować, że jak już wcześniej ustalono, kwestię usiłowania przępstw nieumyślnych rozpoznawać należy w kontekście karalności nieumyślnej i niezakończony działalności przępczej<sup>452</sup>. Konstrukcją umożliwiającą taką kryminalizację jest typ przępstwa z narażenia konkretnego. Jak dowodzi historia prawa karnego, uzasadnienie tego rodzaju czynów jest niemal identyczne z uzasadnieniem usiłowania. Pamięając jednak, że to przępstwa z narażenia „biorą na siebie” karalność za etap poprzedzający nieumyślne wyrządzenie szkody, wymagana jest konsekwencja w zakresie czynnego żalu. Nie ma bowiem wątpliwości, że umyślność (a precyzyjniej — zamiar bezpośredni) czynnego żalu nie wyłącza tej konstrukcji „przy” przępstwach nieumyślnych, co więcej — to właśnie skuteczny czynny żal powoduje, że „przewidywane” przępstwo nieumyślne (o daleko idącym skutku) przeobraża się w dokonane przępstwo z narażenia konkretnego (o wiele niższym stopniu społecznej szkodliwości). Zatem sprawca naruszający reguły ostrożności, nie mając zamiaru spowodowania skutku śmiertelnego, ale mając możliwość przewidzenia jego wywołania, kreuje sytuację wprost prowadzącą do śmierci pokrzywdzonego (ojciec 3-letniego dziecka zajęty rozmową przez telefon „pozwała”, aby niemal wpadło ono do głębokiego stawu). Odpowiednia szybka i skuteczna reakcja, zapobiegająca skutkowi uruchomionego związku kauzalnego (ojciec łapie dziecko tuż przy krawędzi stawu), powoduje, że nie dochodzi do dokonania przępstwa nieumyślonego spowodowania śmierci (art. 155), a jedynie do dokonania przępstwa nieumyślonego narażenia człowieka na niebezpieczeństwo (art. 160 § 3). Zgodnie z przewidzianą w § 4 klauzulą, sprawca taki nie będzie podlegał karze. Wątpliwości związane z tego typu sytuacjami są dwojakiej natury. Po pierwsze, dla sprawcy, który stara się **bezsukutecznie** uratować życie, nie zostały w przepisie art. 160 przewidziane żadne dobrodziejstwa, regulacja ta bowiem nie przewiduje **niesukutecznego czynnego żalu** (w grę wchodzi jedynie,

<sup>452</sup> H. Popławski: *Problematyka usiłowania przępstw nieumyślnych*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1988, 1, s. 5 i przytoczone tam prace G. Kołokowa.



na zasadach ogólnych, nieco odmiennych, przepis art. 60 § 2), co musi rodzić zastrzeżenia co do braku konsekwencji, spójności, sprawiedliwości i ostatecznie proporcjonalności w systemie prawa karnego. Po drugie, powstaje pytanie, czy każda typizacja przewidująca kryminalizowanie narażenia na konkretne niebezpieczeństwo zaopatrzone jest w przepis formułujący karnoprawne konsekwencje czynnego żalu. Taki podokonaniowy czynny żal znajdziemy zarówno w przypadku typizacji związanych z naruszeniem bezpieczeństwa powszechnego (art. 166, chociaż z różnymi karnoprawnymi konsekwencjami, w zależności od sytuacji), jak i komunikacyjnego w stosunku do katastrofy i niebezpieczeństwa katastrofy (art. 176)<sup>453</sup>. Również przestępstwo bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody majątkowej w obrocie gospodarczym zaopatrzone jest w klauzulę bezkarności (art. 296 § 5), podobnie jak przestępstwo narażenia pracownika na utratę życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 220). Jednakże brak jest analogicznych regulacji związanych z czynnym żalem przestępstw z narażenia konkretnego, m.in. w przypadku przestępstwa narażenia na zarażenie wirusem HIV lub chorobą weneryczną (art. 161), nadużycia stanowiska (art. 231)<sup>454</sup>, a przede wszystkim — co szczególnie dziwi i niepokoi — przestępstw przeciwko środowisku<sup>455</sup>, gdzie taka postać czynnego żalu wydaje się wyjątkowo pożądana, a jego brak uzasadnić może chyba jedynie antycypowanie ustalania związku kauzalnego czy nawet braku naruszenia środowiska naturalnego.

Reasumując zatem analizę zagadnień związanych z przestępstwami popełnianymi nieumyślnie, powtórzyć należałoby *de facto* ustalenia w zakresie czynnego żalu przestępstw z narażenia. Ponownie więc z aprobatą odnotować należy projekt wprowadzenia art. 17a k.k., dotyczącego czynnego żalu przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo. Wspomniana wcześniej argumentacja A. Zolla<sup>456</sup> jest na tyle przekonująca, że — o czym była mowa — zastanawia fakt pominięcia tej propozycji w pracach nad nowym kształtem części ogólnej

<sup>453</sup> Funkcję kryminalizowania usiłowania spowodowania wypadku w komunikacji (art. 177) pełni natomiast wykroczenie określone w przepisie art. 86 § 1 k.w. Warto więc zauważyć, że chociaż sama typizacja nie jest zaopatrzone w mechanizm czynnego żalu, to jednak istnieje generalna klauzula przewidziana w przepisie art. 39 k.w., choć ze względu na fakultatywne dobrodziejstwa mniej korzystna.

<sup>454</sup> O charakterze tego przestępstwa zob. szerzej przegląd stanowisk: A. Barczak-Oplustil, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz LEX. T. 2. Komentarz do art. 117—277 k.k.*, s. 1209—1211.

<sup>455</sup> Por K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 285, gdzie autorka przedstawia analogiczne rozwiązania w Niemczech i Austrii.

<sup>456</sup> A. Zoll: *Potrzeba racjonalności w reformowaniu prawa. W: Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego...*, s. 38. Autor bowiem przekonuje, że skoro dobrowolne odstąpienie od usiłowania zaatakowania dobra jest bezkarne, to także dobrowolne zapobieżenie przerodzenia się wywołanego przez sprawcę bezpośredniego zagrożenia dobra w jego zniszczenie albo uszkodzenie powinno skutkować niepodleganiem karze.

kodeksu karnego (choć projektodawca poświęcił uwagę problematyce usiłowania)<sup>457</sup>.

Jednocześnie podkreślić należy, że funkcja kryminalizowania przestępstw z narażenia — wprowadzenie karalności na przedpolu naruszenia dobra — **każe czynnemu żalowi, formalnie podokonaniowemu, ale zapobiegającemu powstaniu szkody, nadać to samo znaczenie, które ma czynny żal scharakteryzowany w przepisie art. 15, a co za tym idzie — zaopatrzyć w odpowiednie karnoprawne konsekwencje.**

## 6. Podsumowanie

Reasumując rozważania dotyczące czynnego żalu przewidzianego dla różnego rodzaju przestępstw, przytoczyć należy następujące **konkluzje**:

1. Ustalenie dopuszczalności usiłowania danego rodzaju przestępstwa aktualizuje możliwość zastosowania bezkarności wobec sprawcy okazującego czynny żal.
2. Do typizacji będących *de facto* usiłowaniem winny mieć zastosowanie przepisy części ogólnej odnoszące się do czynnego żalu, co nie wyklucza zgłoszenia postulatu *de lege ferenda* o odrębnej regulacji (zwłaszcza odnośnie do przestępstw „dwustadialnych”).
3. Jeżeli przyjmujemy swoistą dychotomię instytucji czynnego żalu — przeddokonaniowego i podokonaniowego, wynikającą z ich odmiennego nieco uzasadnienia (prewencyjnej dla czynnego żalu przeddokonaniowego i kompensacyjnej dla podokonaniowego), a wyrażającą się w kształcie przesłanek i (przed wszystkim) w karnoprawnych konsekwencjach, to przyznać należy, że charakter czynnego żalu przeddokonaniowego (a mówiąc precyzyjniej — przed naruszeniem dobra) mają i te klauzule bezkarności z części szczególnej, które tradycyjnie zaliczane są do czynnego żalu podokonaniowego — czynny żal okazany po dokonaniu przestępstwa z narażenia, *delicta sui generis*, przestępstwa „dwustadialnego”<sup>458</sup> oraz niektórych postaci przestępstwa kierunkowego.

---

<sup>457</sup> A. Zoll: *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 2012, 11, s. 7.

<sup>458</sup> Co prawda, W. Wolter zbiorczo potraktował klasę sytuacji, w których już ustawodawca zmodyfikował lub zniósł odpowiedzialność karną (mimo przestępności czynu), opisując je jako te, które „cechuje fakt zaszyły po popełnieniu przestępstwa, który więc z istoty swej niczego na już zaistniałym przestępstwie zmienić nie może, a tylko drogą ustawowego niepodlegania karze czy sądowego odstąpienia od wymierzenia kary może doprowadzić do konkretnej bezkarności czynu przestępnego, albo samą karalność czynu li tylko zredukować”; zrobił to jednak na potrzeby przyjętej systematyki wszystkich sytuacji, dla których ustawodawca tego rodzaju karno-

4. Spójne i wewnętrznie sprawiedliwe prawo karne winno — dla każdej z typizacji tego rodzaju przestępstw — przewidywać instytucje czynnego żalu analogiczne do tej określonej w przepisie art. 15 § 1 i 2. Zasadniczym argumentem dla takiego ukształtowania jest **funkcja prewencyjna**, jaką pełni czynny żal okazywany przed naruszeniem dobra, która winna być traktowana priorytetowo w stosunku do funkcji kompensacyjnej i sprawiedliwościowej (silniej akcentowanych w czynnym żalu okazywanym po naruszeniu dobra).
5. Przewidziane już klauzule bezkarności (jak również te, które ustawodawcy dopiero przyjdzie wprowadzić) związane z m.in.: czynnym żalem przestępstw z narażenia, *delicta sui generis*, przestępstw „dwustadialnych”, uzupełnione winny być klauzulami odnoszącymi się do nieskutecznego czynnego żalu.

---

prawne konsekwencje przewidział. Por. W. Wolter: *Od nadzwyczajnego złagodzenia kary do niepodlegania karze (studium analityczne)*. „Państwo i Prawo” 1971, 3—4, s. 613.

## Prawnokarne konsekwencje czynnego żalu

Nie ma wątpliwości, że o znaczeniu czynnego żalu decydują karnoprawne konsekwencje przewidziane przez ustawodawcę. To właśnie klauzula bezkarności w przypadku skutecznego czynnego żalu oraz możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku nieskutecznego czynnego żalu mają stanowić z jednej strony czynnik motywacyjny do odstąpienia dla sprawcy usiłującego dokonać czynu zabronionego, z drugiej zaś — proporcjonalną reakcję na zachowania sprawcy porzucającego zamiar dokonania czynu<sup>1</sup>.

Uzasadnieniu rezygnacji z karalności czynu w przypadku okazania przez sprawcę czynnego żalu poświęcono już wcześniej sporo uwagi. Tu wypada tylko — za W. Wolterem — powtórzyć, że niekaralność czynu, mimo jego przestępności, oznacza zerwanie związku między przestępnością a karalnością jako normatywnym jej następstwem. Zerwanie to, jak zaznacza wspomniany autor, może nastąpić w drodze ustawowy lub na mocy decyzji sądu<sup>2</sup>. Nie ma zatem racji Z. Kubec twierdząc, że wskazane w przepisie art. 25 k.k. z 1932 r. zachowania niweczą usiłowanie<sup>3</sup>. Odstąpienie i zapobieżenie nie niweczą usiłowania, a jedynie je przerywają, wstrzymują na pewnym etapie, i właśnie dlatego — wobec przyjęcia karalności usiłowania — konieczne jest odrębne uzasadnienie bezkarności czynnego żalu i wprowadzenia podstawy prawnej dla takiego zabiegu.

---

<sup>1</sup> K. Tkaczyk pisze nawet, że nie do podważenia jest fakt, że czynny żal uszczegóławia zasadę proporcjonalności między przestępstwem, winą a wynikającą z nich karą — K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym w aspekcie prawnoporównawczym*. Przemyśl 2008, s. 47. W moim przekonaniu, nie o zasadę proporcjonalności tu jednak chodzi.

<sup>2</sup> W. Wolter: *Od nadzwyczajnego złagodzenia kary do niepodlegania karze (studium analityczne)*. „Państwo i Prawo” 1971, 3—4, s. 604.

<sup>3</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag na temat odstąpienia od usiłowania*. „Państwo i Prawo” 1969, 3, s. 559.

Warto przypomnieć, że — historycznie rzecz ujmując — czynny żal sprawcy nie zawsze skutkował **całkowitą niekaralnością**. I bynajmniej nie chodzi o tzw. usiłowanie kwalifikowane, ale czynny żal podejmowany przy usiłowaniu naruszenia dóbr o szczególnym znaczeniu. Jak podkreślał R. Hube, z treści przepisu art. 25 Kodeksu Karzącego Królestwa Polskiego z 1818 r. wynika bowiem ważna zasada — „każde usiłowanie zaniechane z własnej woli osoby chcącej występku popełnić ma być uważane za bezkarne”. Jednak od tej zasady, zdaniem wspomnianego autora, Kodeks przewidywał wyjątek — sprawca usiłowania morderstwa lub podpalenia, mimo poniesienia czynu z własnych pobudek (pobudzony żalem), podlegał karze (od 8 dni do 3 miesięcy lub od 3 miesięcy do roku)<sup>4</sup>. Inne ograniczenia proponował Z. Kubec w przypadku tzw. niepowtórzonego strzału przy usiłowaniu chybionych. Według niego, w przypadku takich sytuacji powinno wprowadzić się nadzwyczajne złagodzenie kary<sup>5</sup>.

Prawnokarne konsekwencje czynnego żalu w ujęciu przepisów kodeksu karnego z 1932 r., chociaż gwarantujące bezkarność w każdym przypadku skutecznego czynnego żalu, budziły spore wątpliwości natury dogmatycznej. Ówczesny przepis art. 25 stanowił bowiem, że sprawca „nie odpowiada za usiłowanie”. Zdaniem J. Makarewicza, sformułowanie takie oznacza, że „nie ma usiłowania”<sup>6</sup>. W. Wolter widział w tak skonstruowanym czynnym żalu okoliczność wyłączającą przestępność lub winę *ex post*<sup>7</sup>, a polemizujący z nim S. Śliwiński argumentował, że „nie odpowiada” nie oznacza fikcji, że nie ma usiłowania lub przestępności czynu, proponując zmianę redakcji przepisu na „nie podlega karze”<sup>8</sup>. Stąd właśnie w orzecznictwie opartym na ówczesnym stanie prawnym pojawia się sformułowanie, że sąd na podstawie przepisu art. 25 k.k. nie dopatrzył się podstaw **do przypisania oskarżonemu popełnienia usiłowania zabójstwa** pokrzywdzonej, albowiem zgodnie z treścią tego przepisu, „nie odpowiada za usiłowanie, kto dobrowolnie odstąpił od działania lub zapobiegł powstaniu skutku przestępnego”<sup>9</sup>. Jak słusznie zauważa M. Klepner, użycie zwrotu „nie podlega karze” dla klauzuli

<sup>4</sup> R. Hube: *Wykład zasad o usiłowaniu występkę z zastosowaniem do Kodeksu karnego Król Pol., Themis Polska, czyli pismo nauce i praktyce prawa poświęcone*. T. 1. Warszawa 1828, s. 59.

<sup>5</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 565.

<sup>6</sup> J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem*. Lwów 1932, s. 84.

<sup>7</sup> W. Wolter: *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna. Ustawa karna i przestępstwo*. Warszawa 1947, s. 334.

<sup>8</sup> S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne*. Warszawa 1946, s. 308—310. Warto jednocześnie zauważyć, że na gruncie k.k. z 1932 r. sformułowanie „nie podlega karze” (występujące np. w przepisie art. 17 i art. 22), w myśl ówczesnego orzecznictwa SN, wyłączało uznanie winy sprawcy czynu, odpowiadającego przedmiotowo pojęciu czynu zabronionego pod groźbą kary — *Postanowienie składu siedmiu sędziów Izby Karnej SN z 22.01.1938 (I K. 2126/37)*. „Zbiór Orzeczeń SN”. Orzeczenia Izby Karnej, II/1938, poz. 56, s. 113.

<sup>9</sup> Wyrok SN z 7.08.1967 r., II KR 50/67. LEX nr 108374.

bezkarności jest rozwiązaniem normatywnie lepszym niż „nie odpowiada za...”. Zdaniem tej autorki, tylko pozornie oba zwroty znaczą to samo, a użycie w ustawie karnej drugiego z nich mogłoby przynieść fatalne konsekwencje<sup>10</sup>.

W. Wolter, odnosząc się do współczesnych sobie form wyłączenia karalności mimo cechy przestępności czynu (które nie zmieniły się w obecnym porządku prawnym), zauważył, że wyłączenie to może być bezwarunkowe i następuje drogą deklaracji (konstytutywnej) ustawy, że „sprawca nie podlega karze” (w przeciwieństwie — jak dodaje wspomniany autor — do deklaracji, że „sprawca nie popełnia przestępstwa”) albo drogą decyzji sądu, która również może mieć charakter bezwarunkowy, gdy ustawa mówi o odstępowaniu od wymierzenia kary, albo charakter warunkowy w przypadku warunkowego zawieszenia wykonania kary lub warunkowego umorzenia<sup>11</sup>. Oczywiście, bezwarunkowego lub warunkowego charakteru niekaralności czynu nie można utożsamiać z obligatoryjnym lub fakultatywnym charakterem tych instytucji.

W związku z uwagą W. Woltera oraz faktem, że w przypadku przeddokonaniowego czynnego żalu wyłączenie karalności następuje w drodze bezwarunkowej deklaracji ustawy, natomiast w przypadku podokonaniowego czynnego żalu wyłączenie takie ma miejsce w drodze decyzji sądu konieczne staje się dokonanie rozróżnienia między klauzulą niekaralności a odstąpieniem od wymierzenia kary. O tym, że są to instytucje odrębne, przekonują m.in. A. Marek<sup>12</sup>, Z. Sienkiewicz<sup>13</sup>, M. Klepner<sup>14</sup>. Zwolennikiem odrębności tych instytucji, z punktu widzenia materialnej i procesowej istoty ustawowej klauzuli niekaralności, jest P. Gensikowski. Wskazuje on, że odstąpienie od wymierzenia kary opiera się na ustaleniu winy sprawcy i — co się z tym wiąże — uznaniu w wyroku oskarżonego za winnego, natomiast w przypadku stosowania klauzuli niekaralności ustalenia wymaga jedynie popełnienie czynu zabronionego. To zróżnicowanie prowadzi — jak wskazuje autor — do różnicy na płaszczyźnie procesowej — w przypadku odstąpienia od wymierzenia kary wyrok ma charakter skazujący, a sąd, odstępując od wymierzenia kary, może orzec środek karny. Ustawowa klauzula niekaralności prowadzi do umorzenia postępowania lub jego niewszczęcia. Trudno się też nie zgodzić z autorem, że obligatoryjność jednej i fakultatywność drugiej instytucji ma całkowicie drugorzędne znaczenie. Ostatecznie, po przeprowadzonej analizie, P. Gensikowski dochodzi do wniosku, że o ile w przypadku klauzuli bezkarności nie może być mowy o ponoszeniu odpowiedzialności karnej, o tyle w przypadku nawet całkowitego odstąpienia od

<sup>10</sup> M. Klepner: *Klauzule bezkarności w polskim prawie karnym*. „Palestra” 2001, 9—10, s. 38.

<sup>11</sup> W. Wolter: *Od nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 604.

<sup>12</sup> A. Marek: *Prawo karne*. Warszawa 2009, s. 359.

<sup>13</sup> Z. Sienkiewicz, w: *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Red. M. Bojarski. Warszawa 2007, s. 370—371.

<sup>14</sup> M. Klepner: *Klauzule bezkarności...*, s. 37.

wymierzenia kary (i środka karnego) sprawca ponosi odpowiedzialność karną<sup>15</sup>. Z. Gostyński wskazywał, że z odstępniem od wymierzenia kary niewątpliwie związana jest stygmatyzacja, wynikająca z samego faktu skazania<sup>16</sup>.

Jak wspomniano wcześniej, przytoczone rozróżnienie („nie podlega karze” oraz „odstępnie od jej wymierzenia”) nabiera szczególnego znaczenia właśnie w kontekście czynnego żalu. Daleko idące różne konsekwencje prawne (materiałne i procesowe) przewidziane przez ustawodawcę powodują, że zupełnie innego znaczenia nabiera czynny żal podejmowany na etapie usiłowania, a innego na etapie podokonaniowym — graniczącym z nim. Zatem rezygnacja z zaboru rzeczy przed dokonaniem przyniesie sprawcy inne karnoprawne skutki niż rezygnacja z przywłaszczenia rzeczy po dokonaniu już zaborze (art. 295). Wskazywane wcześniej trudności z ustaleniem momentu dokonania nabierają więc specjalnej wymowy, której nie można pomijać. Ponadto **wskazane rozróżnienie zmusza ustawodawcę do przemyślanego opatrywania różnych postaci czynnego żalu karnoprawnymi konsekwencjami, mniej kierując się podziałem na czynny żal przed- i podokonaniowy, a bardziej podziałem na czynny żal „przed- i ponaruszeniowy” dobra prawnego (i celami, które chce osiągnąć).**

Zasadniczym przedmiotem rozważań jest czynny żal okazywany na etapie usiłowania, którego konsekwencją jest wspomniana klauzula niepodlegania karze. Zatem kilka uwag poświęcić należy wyłącznie tej instytucji. Zdaniem R.A. Stefańskiego, klauzula niekaralności prowadzi do wyłączenia przestępczości czynu zabronionego<sup>17</sup>. Inny pogląd wyraził P. Gensikowski, uznając, że klauzula „nie podlega karze” wyłącza jedynie karalność, a nie przestępczość, argumentem zaś jest użycie przez ustawodawcę sformułowania „sprawca nie podlega karze”<sup>18</sup>. W moim przekonaniu, o wiele istotniejszym i czytelniejszym argumentem jest rozróżnienie wprowadzone przez samego ustawodawcę — w sytuacji uchylania przestępczości czynu ustawodawca posługuje się zwrotem „nie popełnia przestępstwa” (*vide* rozdział III k.k.). Zatem statuując zasadę niepodlegania karze, ustawodawca wyłącza jedynie samą karalność. Mamy więc do czynienia ze zjawiskiem określonym mianem **depenalizacji**, którego nie można utożsamiać (jak to się często czyni) z dekryminalizacją

<sup>15</sup> P. Gensikowski: *Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym*. Warszawa 2011, s. 71—81. Por. też: T. Leśko: *System środków karnych*. Warszawa 1974, s. 123—124 oraz M. Błaszczuk: *Instytucja zatarcia skazania w polskim prawie karnym*. „Studia Iuridica” 2006, 46, s. 14.

<sup>16</sup> Z. Gostyński: *Odstąpienie od wymierzenia kary jako skazanie w świetle nowej kodyfikacji karnej*. „Palestra” 1998, 11—12, s. 85.

<sup>17</sup> R.A. Stefański: *Przestępstwo korupcji gospodarczej (art. 296a k.k.)*. „Prokuratura i Prawo” 2004, 3, s. 66. Autor ten bowiem pisze: „Ustawa stanowi, że w razie spełnienia tych przesłanek sprawca »nie podlega karze«. Oznacza to, że czyn przestaje być karalny. W aspekcie prawnomaterialnym oznacza uchylenie karalności w ogóle, a zatem czyn nie jest przestępstwem”.

<sup>18</sup> P. Gensikowski: *Odstąpienie od wymierzenia kary...*, s. 73, przyp. 178.

czynu<sup>19</sup>. Z przedstawionym poglądem R.A. Stefańskiego koresponduje, jak się wydaje, teza wyrażona przez A. Piaczyńską. Zdaniem tej autorki, postawa sprawcy, który dobrowolnie stara się zapobiec skutkowi, uzasadnia obniżenie stopnia jego winy. Taka bowiem decyzja sprawcy wskazuje, że w trakcie czynu diametralnie zmienia on swoją postawę, a więc mimo odpowiedzialności za spowodowany skutek, zasadne będzie przyjęcie niższego stopnia jego winy. Co więcej, według A. Piaczyńskiej, podobne procesy psychiczne należy rekonstruować w razie dobrowolnego odstąpienia od dokonania lub skutecznego zapobiegnięcia skutkowi, ale w tym przypadku karalność została uchylona ze względu na pożądaną społecznie postawę sprawcy. Konkludując, autorka zaznacza, że ustawodawca postanowił wyłączyć karalność, a nie winę sprawcy, którą zapewne można by przypisać w niskim stopniu, jednakże nie ma potrzeby jej oceny, a tym bardziej stopniowania<sup>20</sup>. Interpretacja zaproponowana przez wspomnianą autorkę dziwi, gdyż wcześniej, bardzo słusznie, zastrzegła ona: „Nie zapominając jednak, że wina odnosi się do czynu i musi wystąpić w czasie jego popełnienia (zob. art. 1 § 3 k.k.), poniższe rozważania należy odnieść jedynie do okoliczności towarzyszących w czasie czynu”<sup>21</sup>.

Zwrócić zatem należy uwagę, że okazywany przez sprawcę czynny żal **jest zawsze okazywany po czynie** (nawet jeśli przed dokonaniem). Sytuacja definiowana mianem czynnego żalu to *de facto* dwa czyny, będące konsekwencją dwóch odmiennych zamiarów, ponieważ tak należy określić prezentowaną przez sprawcę zmianę zamiaru. Z punktu widzenia przypisania winy, pierwszy czyn — naruszający normę sankcjonowaną — jest zawiniony (a stopień zaawansowania na drodze przestępnej nie ma znaczenia dla określania stopnia winy), drugi natomiast — odstąpienie lub zapobiegnięcie — jest niezawiniony (w rozumieniu prawa karnego). Taki układ sytuacyjny nie uprawnia jednak do tworzenia jakiegoś wypadkowej stopnia winy czy też jej zniesienia przez drugi czyn. Nawiązując bowiem do definicji winy i okoliczności ją wyłączających (bądź umniejszających), nie ma cienia wątpliwości, że nie może tu być mowy o żadnej anormalnej sytuacji motywacyjnej; sytuacji, w której nie można było wymagać od sprawcy zachowania zgodnego z prawem. Jak wskazują W. Wróbel i A. Zoll, na niższy stopień zawinienia przekładać się może każda okoliczność wskazująca na to, że w chwili czynu wolność sprawcy w zakresie podejmowania decyzji i jej wykonania była ograniczona<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Na marginesie należy zatem odnotować, że ustawowe konsekwencje skutecznego czynnego żalu na etapie usiłowania dobitnie potwierdzają konieczność pojęciowego rozróżnienia dekryminalizacji i depenalizacji.

<sup>20</sup> A. Piaczyńska: *Kryteria stopniowania winy*. „Prokuratura i Prawo” 2012, 9, s. 61.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 60.

<sup>22</sup> Por. np.: W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Kraków 2010, s. 176, 504—508. Por. też W. Wróbel, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll. Warszawa 2012, s. 745 oraz 753.



Jednakże, uzasadniając — jak się wydaje — decyzję ustawodawcy w kwestii wyboru karnoprawnych konsekwencji dla sprawcy okazującego czynny żal, K. Tkaczyk twierdzi, że czynny żal nie uchyla przestępności czynu, ponieważ klóciłoby się to z funkcją prawa karnego, i przywołuje pogląd A. Marka, że prawo karne ma zaspokajać społeczne poczucie sprawiedliwości, utwierdzać autorytet prawa i oddziaływać pozytywnie na całe społeczeństwo<sup>23</sup>. Podzielając pogląd co do funkcji prawa karnego, nie mogę zgodzić się, że to właśnie ona uzasadnia posłużenie się przez ustawodawcę klauzulą bezkarności. Wydaje się, że brak uchylenia przestępności czynu (jako konsekwencji zachowania sprawcy po popełnieniu czynu) wynika ze struktury (istoty) przestępstwa i jego — jak pisał W. Wolter — dwuelementowej budowy (element formalny i materialny), w konsekwencji której jedynie brak jednego z nich wyłącza przestępność czynu<sup>24</sup>. Ewentualny brak represji karnej, mimo przełamania normy sankcjonowanej, jako element polityki karnej z natury rzeczy nie może wpływać na byt przestępstwa (niezależnie od funkcji przypisywanej czy to samej karze, czy prawu karnemu). Należy zatem ponownie przywołać słowa J. Makarewicza, który proponował dwa sposoby ujmowania czynnego żalu w ustawodawstwach karnych: przez samą definicję usiłowania i wskazanie braku dokonania oraz przez odrębny przepis odnoszący się do czynnego żalu. Jak słusznie zauważał wspomniany autor, „dwa te odrębne typy schodzą się w punkcie bezkarności usiłowania zaniechanego, różnica praktyczna wyniknąć może w tym kierunku, że w pierwszym przypadku wysunięcie zaniechania poza nawias nie ma czynu karygodnego, nikt więc nie odpowiada w zasadzie, w drugim wypadku wyraźnej reguły bezkarności jest przestępstwo, lecz zachodzi okoliczność wykluczająca karygodność”<sup>25</sup>.

Trzeba także zauważyć, że po stwierdzeniu przesłanek zastosowania klauzuli niekaralności — w związku z okazaniem czynnym żalem — po rozpoczęciu przewodu sądowego wyrok zapadły w takiej sprawie nie jest ani wyrokiem skazującym, ani uniewinniającym; stwierdza tylko niemożność ukarania sprawcy<sup>26</sup>. W myśl bowiem art. 414 § 1 k.p.k., w razie stwierdzenia po rozpoczęciu przewodu sądowego okoliczności wyłączającej ściganie lub danych przemawiających za warunkowym umorzeniem postępowania sąd wyrokiem umarza postępowanie albo umarza je warunkowo<sup>27</sup>. Zdaniem K. Tkaczyk,

<sup>23</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 47 oraz przywołany A. Marek: *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*. Warszawa 1997, s. 15—16.

<sup>24</sup> W. Wolter: *Od nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 603.

<sup>25</sup> J. Makarewicz: *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*. Lwów—Warszawa 1924, s. 99.

<sup>26</sup> Por. K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 183.

<sup>27</sup> Jednakże w razie stwierdzenia okoliczności wymienionych w art. 17 § 1 pkt 1 i 2 sąd wydaje wyrok uniewinniający, chyba że sprawca w chwili czynu był niepoczytalny (art. 414 § 1 k.p.k. *in fine*).

wyrok jest umarzający, niedopuszczalne jest bowiem ustosunkowanie się sądu w wyroku co do winy oskarżonego, wobec zaistnienia negatywnej przesłanki procesowej<sup>28</sup>, innymi słowy, nie stanowi potwierdzenia domniemania niewinności konkretnego sprawcy<sup>29</sup>, ale jednocześnie nie obala tego domniemania. Zrozumiałe też mogą wydawać się obiekcje, czy rzeczywiście wyrok umarzający jest najwłaściwszym sposobem zakończenia procesu karnego przed sądem w przypadku skutecznego czynnego żalu okazanego przez sprawcę<sup>30</sup>. Pojawiać się mogą również wątpliwości co do prawidłowej kwalifikacji prawnej czynu w związku ze skutecznym czynnym żalem (zwłaszcza jeśli dochodzi do usiłowania kwalifikowanego)<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> K. Tkaczyk: *Kilka uwag na temat podmiotowych i przedmiotowych warunków czynnego żalu na gruncie kodeksu karnego z 1997 r.* W: *Kodeks karny i kodeks postępowania karnego po dziesięciu latach obowiązywania. Ocena i perspektywa zmian.* Red. M. Mozgawa, K. Dudka. Warszawa 2009, s. 141.

<sup>29</sup> J. Karaźniewicz: *Klauzula niekaralności sprawcy jako materialna przesłanka postępowania karnego.* W: *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego. W świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian.* Red. Z. Ćwiakalski, G. Arytmiak. Warszawa 2009, s. 35 oraz przywołany przez autorkę W. Waltoś: *Proces karny. Zarys systemu.* Warszawa 2005, s. 451.

<sup>30</sup> Warto odnotować, że na tle k.k. z 1932 r. SN uzasadniał, dlaczego powinien zapaść wyrok uniewinniający (a nie umarzający) w przypadkach „niepodlegania karze” (choć sam czynny żal, o czym była mowa, nie był zaopatrzony taką klauzulą) — zdaniem bowiem SN istniała jednak konieczność rozstrzygnięcia merytorycznego, a umorzenie stwierdza brak przesłanki procesowej uniemożliwiającej merytoryczne rozstrzygnięcie — *Postanowienie składu siedmiu sędziów Izby Karnej SN z 22.01.1938 r. (1 K. 2126/37).* „Zbiór Orzeczeń SN”. Orzeczenia Izby Karnej, II/1938, poz. 56, s. 119.

<sup>31</sup> Por. np. wyrok SA w Katowicach, który choć co do zasady wydaje się słuszny, błędnie jednak został uzasadniony: „Przepis art. 15 § 1 k.k. stanowi, że nie podlega karze sprawca, który spełnił opisane tam warunki. Oznacza to, że sprawca usiłowania, który dobrowolnie odstąpił od dokonania lub zapobiegł skutkowi przestępnemu nie dopuszcza się czynu karalnego, jego czyn nie jest już zabroniony pod groźbą kary — w rozumieniu art. 1 § 1 k.k. Element »karalności« czynu uznawany jest koniecznym składnikiem struktury przestępstwa, jeden z niezbędnych elementów ogólnej definicji przestępstwa. Tym samym czyn niekaralny, tj. m.in. taki, za który sprawca nie podlega karze np. w oparciu o przepis art. 15 § 1 k.k., nie stanowi przestępstwa i dla oddawania pełnej zawartości kryminalnej takiego czynu, jeśli byłby kwalifikowany jednocześnie z innego przepisu ustawy karnej, nie ma potrzeby włączania do podstawy skazania przepisu określającego przestępstwo, za które sprawca karany nie jest”. Warto też poznać stanowisko prokuratora w tej sprawie, prezentowane w apelacji, w związku z którą przytoczony wyrok zapadł. Podniósł on zarzuty obrazy przepisów prawa materialnego, a to art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. oraz art. 11 § 2 k.k., a także art. 15 § 1 k.k. przez ich niepowołanie w kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu, „podczas gdy działał on w zamiarze pozbawienia życia swojej żony M.M., dobrowolnie odstąpił jednak od usiłowania popełnienia zabójstwa i zapobiegł nastąpieniu skutku, do którego pierwotnie dążył, powodując jednak u niej ciężki uszczerbek na zdrowiu, a więc dla oddania pełnej zawartości kryminalnej jego czynu przepisy te winny również stanowić podstawę skazania oskarżonego”. Wyrok SA w Katowicach z 22.11.2012 r., II AKa 464/12. LEX nr 1236458.

Jednocześnie nadmienić należy, że zdaniem Z. Ówiąkalskiego — w stanie prawnym obowiązującym do 31 czerwca 2015 r. — na tle art. 252 § 4, który odnosi się co prawda do czynnego żalu po dokonaniu, ale również przewidziana jest klauzula niepodlegania karze, sąd odstępując od wymierzenia kary mógł orzec świadczenie pieniężne (art. 49 § 1)<sup>32</sup>. Trudno się z tym poglądem zgodzić, skoro w przepisie art. 252 § 4 jest mowa o niepodleganiu karze, co jest przecież negatywną przesłanką procesową, a z kolei z treści przepisu art. 49 § 1 jednoznacznie wynikało, że sąd może orzec świadczenie pieniężne w przypadku odstąpienia od wymierzenia kary. Nie ma natomiast wątpliwości, że umarzając postępowanie z powodu wyłączenia karalności czynu, sąd może orzec przepadek określony w art. 44 i art. 45a<sup>33</sup>. Jak z kolei zauważa K. Tkaczyk, rozstrzygnięcie o dowodach rzeczowych (art. 323 § k.p.k.) jest jedyną negatywną konsekwencją, która może dotknąć sprawcę okazującego czynny żal. Autorka ta podkreśla, że ustawa zabrania umieszczania w formule wyroku umarzającego postępowanie jakichkolwiek środków karnych czy probacyjnych. Ich orzeczenie jest niedopuszczalne *ex lege*<sup>34</sup>. Nie negując poglądów K. Tkaczyk, należy dodać, że niewątpliwie negatywną konsekwencją, ale niemającą charakteru środka penalnego (pominięty na razie zostanie problem usiłowania kwalifikowanego) jest wielokrotnie samo prowadzenie postępowania karnego przeciwko określonej osobie, które może być przecież połączone z tymczasowym aresztowaniem (np. w przypadku usiłowania zabójstwa). Pamiętać również trzeba, że w wielu aspektach życia społecznego (zawodowego) istotny jest nie tylko brak karalności, ale nawet brak statusu podejrzanego czy oskarżonego, co należy potwierdzić złożeniem stosownego oświadczenia (wymaganego zarówno w przypadku podjęcia starań o założenie przedszkola, jak i podjęcia wybranej aplikacji).

Powtórzyć zatem wypada, że **brak kary nie oznacza bezkarności**. Bezkarne to, w myśl *Słownika języka polskiego*<sup>35</sup>, taki, któremu przewinienia uchodzą bez kary — „uchodzą”, czyli wbrew woli ustawodawcy i organów ścigania. Bezkarne zatem pozostaje sprawca niewykryty, lub przeciwko któremu nie zebrano dostatecznie wiarygodnych dowodów popełnienia przestępstwa. Natomiast brak kary tam, gdzie może być ona wymierzona, ale prawną decyzją została

<sup>32</sup> Z. Ówiąkalski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 2. Komentarz do art. 117—277 k.k. Red. A. Zoll. Warszawa 2008, s. 1152. Pogląd ten w pełni podziela J. Kaczmarek: *Konsekwencje prawno-karne uwolnienia zakładnika (art. 254 § 4 k.k.)*. „Prokuratura i Prawo” 2001, 6, s. 15.

<sup>33</sup> Por. A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Warszawa 2012, s. 81. Por. też P. Hofmański, S. Zambłocki: *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*. Kraków 2006, s. 30.

<sup>34</sup> K. Tkaczyk: *Kilka uwag na temat podmiotowych i przedmiotowych warunków czynnego żalu...*, s. 141.

<sup>35</sup> *Słownik języka polskiego*. T. 1. Red. M. Szymczak. Warszawa 1978, s. 144. Na przykład *Słownik...* podaje: „Bekarni chuligani. Bekarne korzystanie z cudzych osiągnięć”.

zaniechana, może stać się silnym bodźcem służącym do osiągnięcia określonych celów. W moim przekonaniu, decyzja, nawet ta najdalej idąca — ustawodawcy o niepodleganiu karze czy też sądu o odstąpieniu od jej wymierzenia — jest manifestacją działania prawa i wymiaru sprawiedliwości. Prokuratura lub sąd badają przecież, czy zostały spełnione przedmiotowe i podmiotowe przesłanki czynnego żalu. Zatem pewne funkcje prawa karnego może spełniać już sam proces karny (nawet ten w szaczkowej formie), wydanie orzeczenia umarzającego, a przede wszystkim ujawnienie popełnienia przestępstwa i jego sprawcy<sup>36</sup>. A. Murzynowski (w kontekście mediacji) twierdził: „Od dłuższego już czasu wśród teoretyków prawa karnego przeważa przekonanie, że nie jest rzeczą konieczną dla skutecznego zwalczania przestępczości, aby przestępców z reguły karać bardzo surowo, ale trzeba dążyć przede wszystkim do tego, aby ich czyny nie uchodziły bezkarnie, to jest aby tych sprawców skutecznie wykrywać i odpowiednio rozliczać za popełnione czyny”<sup>37</sup>. W moim przekonaniu, takim rozliczeniem niepowodującym bezkarności są czynny żal oraz karnoprawne konsekwencje z niego wynikające.

Ustawodawca, podejmując decyzję o braku odpowiedzialności karnej w przypadku skutecznego okazania czynnego żalu, zdecydować również musi, czy przewidziane przez niego konsekwencje mają mieć charakter obligatoryjny czy fakultatywny. Jest to ważny element w kształtowaniu ogólnego modelu czynnego żalu, ponieważ tylko obligatoryjne dobrodziejstwa dają sprawcy gwarancję ich zastosowania; dobrodziejstwa fakultatywne dają jedynie nadzieję. Zastrzec należy, że obligatoryjny charakter niepodlegania karze, wbrew podnoszonym głosom<sup>38</sup>, nie tyle (celowo) ogranicza władzę sądowniczą, co miałyby wynikać z braku zaufania do sędziów<sup>39</sup>, ile stanowi instrument polityki karnej. Tradycyjnie zaznacza się, że „niepodleganie karze” ma, z natury rzeczy, charakter obligatoryjny, natomiast „odstąpienie od wymierzenia kary” — charakter fakultatywny (wyjątek stanowiła jedynie regulacja przepisu art. 25 § 3, odnosząca się do przekrocze-

<sup>36</sup> Por. O. Sitarz: *Czynny żal jako instrument polityki kryminalnej i karnej*. „Archiwum Kryminologii” 2009, 31, s. 167.

<sup>37</sup> A. Murzynowski: *Instytucja mediacji jako czynnik humanizacji w stosowaniu prawa karnego w Polsce*. „Mediator” 2004, 1, s. 7.

<sup>38</sup> S. Zabłocki: Głos w dyskusji, w: „IV Bielańskie Kolokwium Karnistyczne”. *Nadzwyczajne złagodzenie kary*. Red. J. Majewski. Toruń 2009, s. 118—119. Por. też głos M. Melezini w dyskusji w trakcie Konferencji nt. *Kary, środki karne i kara łączna w Kodeksie karnym*, zorganizowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości w dn. 15—16 listopada 2011 r. w Popowie, Sprawozdanie, s. 13—14. Dostępne w Internecie: [bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/...karnego/.../rok.../download,1514,4.html](http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/...karnego/.../rok.../download,1514,4.html); J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary w polskim systemie prawa karnego (analiza dogmatyczna w ujęciu materialnoprawnym)*. Kraków 2008, s. 406.

<sup>39</sup> Por. L. Gardocki: *Wchodzenie w życie, czyli odkrywanie wad i zalet*. „Rzeczpospolita” z 29.03.1999 r., podają za: J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 408.

nia granic obrony koniecznej, która przewidywała obligatoryjne odstępnie od wymierzenia kary<sup>40</sup>). Oczywiście, ostateczna decyzja należy do ustawodawcy, realizującego wybrany model prawa karnego, a w kontekście czynnego żalu — również funkcję, którą ta instytucja ma pełnić. W piśmiennictwie w tym zakresie zgłaszane były różne postulaty. W XVIII w. Cremani, przekonując, że wizja bezkarności lub złagodzenia kary będzie powstrzymywała sprawcę przed dokonaniem przestępstwa<sup>41</sup>, alternatywnie wskazywał dobrodziejstwa mające stać się motywatores czynnego żalu. Późniejsi autorzy przywiązywali już większą wagę do rodzaju proponowanych konsekwencji oraz ich obligatoryjnego lub fakultatywnego charakteru. I tak A. Feuerbach wzmocnienie kontrstymulatorów widział w „przesłance bezkarności”<sup>42</sup>. Nieco szerzej określoną postać bezkarności uzasadnia J. Makarewicz. Jego zdaniem, forma fakultatywna każdorazowo umożliwia sędziemu swobodę rozstrzygnięcia, czy zachodzą warunki bezkarności, czy też może tylko złagodzenia kary. Za formą fakultatywną, zdaniem J. Makarewicza, przemawia okoliczność, że podjęte, a następnie zaniechane działanie mogło być zbyt poważne, by usprawiedliwić zasadniczą bezkarności (wskazując np. usiłowanie zabójstwa przez lekarza). Wspomniany autor dodaje jednak, że „o ile nie przyjmuje się fakultatywności, należy przynajmniej zastrzec się co do karygodności działania mającego samoistne znaczenie”. Z przytoczonych dalej regulacji k.k. dla „Sjamy” oraz projektu sekcji prawa karnego komisji kodyfikacyjnej<sup>43</sup> wynika, że odpowiedzialność za dokonanie przy tzw. usiłowaniu kwalifikowanym czyni zadość zgłaszanym przez autora wątpliwościom, chociaż są to zasadniczo dwa odmienne obszary zagadnień (waga narażonych dóbr, a dobro naruszone „po drodze”). Wydaje się także, że obligatoryjna forma bezkarności nie pozbawia sądu (a wcześniej prokuratora) możliwości badania, czy wszystkie przesłanki zostały spełnione. O różnorodnych karnoprawnych konsekwencjach czynnego żalu (bezkarności lub umniejszona karalność) w formie fakultatywnej wypowiadał się Z. Kubec. Wskazał on m.in. na elastyczne przepisy o odstępnie od usiłowania szwajcarskiego kodeksu karnego, który w przypadku dobrowolnego zaniechania doprowadzenia przestępnego działania do końca przewiduje możliwość uwolnienia od kary<sup>44</sup>. Dość szczególną formę karnoprawnych konsekwencji czynnego

<sup>40</sup> „Art. 25 § 3. Sąd odstępuje od wymierzenia kary, jeżeli przekroczenie granic obrony koniecznej było wynikiem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu [w brzmieniu do 8.06.2010 r.]”. Por. uwagi: A. Marek: *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*. Warszawa 2008, s. 157—158.

<sup>41</sup> Podaję za: D. Gajdus: *Czynny żal w polskim prawie karnym*. Toruń 1884, s. 45.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> J. Makarewicz: *Prawo karne. Wykład...*, s. 97. W innym miejscu J. Makarewicz pisał, że tylko nadzieja zupełnej bezkarności może powstrzymać sprawcę przed popełnieniem przestępstwa — Idem: *Prawo karne ogólne*. Kraków 1914, s. 227.

<sup>44</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 567 (przyt. 31), 568. Współczesne, znowelizowane regulacje szwajcarskie, dalej przewidujące fakultatywność karnoprawnych konsekwencji czynnego żalu, omawia K. Tkaczyk — K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 140—141.

żalu po dokonaniu przestępstwa przyjął, w drodze interpretacji, SN. Parafrazując tezę jego orzeczenia, można by ją określić mianem „obligatoryjnej fakultatywności”. W swoim judykacie SN przyjął bowiem, że „dobrowolne naprawienie szkody w całości przez sprawcę przestępstwa, o którym mowa w art. 295 § 1 k.k., oraz ujawnienie istotnych okoliczności dotyczących tego przestępstwa nieznanym organowi ścigania przed wszczęciem postępowania karnego to istotne powody uzasadniające odstąpienie od wymierzenia kary i w przypadku ich ustalenia sąd zobowiązany jest do zastosowania tej instytucji, pomimo że ma ona charakter fakultatywny”<sup>45</sup>. Wydaje się jednak, że o wiele pewniejszym rozwiązaniem jest wyraźne zadekretowanie przez ustawodawcę określonej formy ewentualnej bezkarności czy umniejszonej karalności.

Decyzja o wyborze rodzaju karnopravných konsekwencji, jak również jej formy uzależnione powinny być od wyboru wiodącej funkcji czynnego żalu. W zależności bowiem, czy realizowana ma być funkcja sprawiedliwościowa, prewencyjna, wychowawcza, czy kompensacyjna, inny będzie układ nie tylko przesłanek warunkujących określone dobrodziejstwa, lecz również sam katalog, zakres i forma tychże dobrodziejstw. Nie ma wątpliwości, że funkcja prewencyjna czynnego żalu (najczęściej i najsilniej w doktrynie podkreślana) wymagać będzie zupełnej obligatoryjnej bezkarności<sup>46</sup>. Jednocześnie należy podkreślić, że pokusa, aby czynny żal był instrumentem sprawiedliwości naprawczej<sup>47</sup>, musi być odparta — funkcja prewencyjna czynnego żalu jest o wiele ważniejsza od funkcji kompensacyjnej. Zatem ewentualne modyfikacje kształtu konstrukcji czynnego żalu, czyniące zadość założeniom sprawiedliwości naprawczej (uwzględnianie stanowiska pokrzywdzonego<sup>48</sup>, pozytywna motywacja sprawy, możliwość przeprowadzenia mediacji), w sposób zdecydowany zmniejszyłyby efektywność prewencyjnego charakteru czynnego żalu.

Polski ustawodawca dla skutecznego czynnego żalu przyjął ostatecznie całkowitą, obligatoryjną niekaralność. Obligatoryjności tej nie można, oczywiście, utożsamiać z automatyzmem. Konieczność poczynienia rzetelnych ustaleń wymusza przede wszystkim przesłanka „dobrowolności”. Zatem organy prowadzące postępowanie są zobowiązane w pierwszej kolejności badać, czy postępowanie może się toczyć<sup>49</sup>, czy też zaistniały przesłanki bezkarności i postępowanie należy

<sup>45</sup> Wyrok SN z 12.12.2003 r., WA 58/03. LEX nr 185681.

<sup>46</sup> Więcej na ten temat O. Sitarz: *Czynny żal...*, s. 170—172.

<sup>47</sup> Por. np. W. Zalewski: *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?* Gdańsk 2006, s. 286.

<sup>48</sup> Oczywiście, na zgodę pokrzywdzonego na zastosowanie określonych dobrodziejstw prawno-karnych, siłą rzeczy, wobec szczególnego procesowego znaczenia czynnego żalu (zakaz wszczynania postępowania karnego lub umorzenie wszczętego postępowania) *de lege lata* nie ma miejsca.

<sup>49</sup> Postanowienie SA w Katowicach z 24.03.2010 r., II AKz 175/10. OSA w Katowicach 2010, 2, poz. 2.

umorzyć. Jak podkreślają P. Hofmański i S. Zabłocki, zaistnienie tzw. negatywnej przesłanki procesowej nie zawsze musi prowadzić do natychmiastowego skutku określonego w art. 17 § 1 k.p.k., tj. do obowiązku umorzenia postępowania, jeśli zostało ono uprzednio wszczęte. Po pierwsze, jak wskazują wymienieni autorzy, negatywna przesłanka procesowa nie tamuje postępowania zmierzającego do jej wyjaśnienia. Zatem aby nie doprowadzić do sytuacji absurdałnej, w której dopuszczalność postępowania oceniona zostałaby niejako *ad hoc*, bez przeprowadzenia postępowania, należy przyjąć, że jest ono prawnie dopuszczalne, o ile właśnie postępowanie to zmierza do ustalenia kwestii jego prawnej dopuszczalności. Po drugie, jak twierdzą P. Hofmański i S. Zabłocki, negatywne przesłanki procesowe uniemożliwiają tylko takie postępowanie, które realizuje funkcję ścigania<sup>50</sup>.

Zupełnie inaczej przedstawia się sytuacja w przypadku **nieskutecznego czynnego żalu**, dla którego ustawodawca przewidział fakultatywne nadzwyczajne złagodzenie kary. Warto nadmienić, że dobrodziejstwa dla sprawcy są szersze przy usiłowaniu nieudolnym niż przy nieskutecznym czynnym żalu. Może się więc pojawić pytanie, czy takie rozwiązanie jest słuszne. W pierwszym przypadku bowiem mamy do czynienia tylko z usiłowaniem, ale brak dokonania nie wynika z woli samego sprawcy, jest efektem jego błędu. W przypadku nieskutecznego czynnego żalu mamy już do czynienia z dokonaniem, które nastąpiło mimo (zmienionego) zamiaru sprawcy. Zatem w jednym i drugim przypadku działania sprawcy okazały się nieskuteczne, ale w „przeciwnych” kierunkach. Ujęcie czysto obiektywne nakazywałoby restrykcyjnie potraktować nieskuteczny czynny żal, uwalniając od odpowiedzialności karnej sprawcę usiłowania nieudolnego. Podejście subiektywne, odwrotnie — wymagałoby kary dla sprawcy usiłowania nieudolnego, zwalniając lub umniejszając karę za nieskuteczny czynny żal. Współczesne prawo karne, odrzucając skrajności, przyjęło model obiektywno-subiektywny odpowiedzialności karnej, czego wyrazem jest (zmniejszona) karalność zarówno za usiłowanie nieudolne, jak i nieskuteczny czynny żal. Czy zatem porównanie karnoprawnych konsekwencji tych dwóch sytuacji pozwala na wyciągnięcie wniosku, że silniej nieco (przynajmniej na płaszczyźnie form stadialnych) akcentowany jest element obiektywny (tym bardziej że karalność usiłowania nieudolnego stanowi wyjątek, ograniczony do dwóch jedynie wypadków)?

Nieskuteczny czynny żal, będący *de facto* dokonaniem, wymaga karnoprawnej reakcji. Oprócz zasad ogólnych, wywodzonych z treści przepisów art. 53 i następných, ustawodawca przewidział odnośnie do czynnego żalu przy usiłowaniu szczególną podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary<sup>51</sup>

<sup>50</sup> P. Hofmański, S. Zabłocki: *Elementy metodyki pracy sędziego...*, s. 25.

<sup>51</sup> W. Wolter mówi w związku z tym o indywidualizowaniu kary o nadzwyczajnym wymiarze na dwóch etapach — W. Wolter: *Uwagi o łagodzeniu i zastrzaniu kary*. „Państwo i Prawo” 1973, 1, s. 57.

— art. 15 § 2 obowiązującego k.k. Jak stwierdził SN w 1975 r., przepisy art. 57 § 1 i 2 k.k. z 1969 r. nie nakładają obowiązku stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, lecz wskazują jedynie możliwość jego zastosowania, jeżeli są spełnione warunki przewidziane w tych przepisach<sup>52</sup>. W głosie do tego wyroku Z. Ćwiąkałski i T. Gizbert-Studnicki zauważyli, że taka interpretacja wspomnianego przepisu jest zbyt uproszczona, nie uwzględnia powiązania rzeczowego przepisu z innymi przepisami, zarówno części ogólnej, jak i szczególnej. Zdaniem wymienionych autorów, wyraz „może” w art. 57 ówczesnego kodeksu traktować należy jako równoznaczny ze zwrotem „jest kompetentny”. Jednocześnie, w przekonaniu autorów, jeżeli spełnione są odpowiednie warunki, to dyrektywy wymiaru kary **nakazują** sądowi uczynienie pożytku z tej kompetencji<sup>53</sup>. Również zdaniem R. Zawłockiego, chociaż nadzwyczajne złagodzenie kary, w myśl przepisu art. 15 § 2, ma charakter fakultatywny, powinno być rozpatrywane przez sąd jako podstawowa reguła wyboru rodzaju i wymiaru kary. Autor ten uważa bowiem, że jeżeli sprawca usiłowania dobrowolnie starał się zapobiec skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego, to sąd powinien wziąć pod uwagę dyrektywy karania w postaci uwzględniania potrzeb w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa oraz oceny zachowania się sprawcy po popełnieniu przestępstwa, a zwłaszcza starania o naprawienie szkody<sup>54</sup>.

Szczególnego znaczenia nabiera zatem **problem czynnego żalu w kontekście oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu**. W przypadku nieskutecznego czynnego żalu bowiem sąd powinien wypowiedzieć się w kwestii kary, uwzględniając — zgodnie z przepisem art. 53 § 1 — stopień społecznej szkodli-

<sup>52</sup> Wyrok z 26.06.1975 r., III KR 354/74. OSNKW 1975, 10—11, poz. 142.

<sup>53</sup> Z. Ćwiąkałski, T. Gizbert-Studnicki: *Glosa do wyroku z 26 VI 1975 r., III KR 354/74*. „Państwo i Prawo” 1976, 10, s. 169—174. Autorzy dodają, że ten sposób interpretacji wyrazu „może” upowszechnia się w różnych przepisach prawnych zarówno w nauce prawa karnego materialnego, jak i procesowego. Polemicznie w tej kwestii wypowiedział się W. Wolter, uzasadniając swoje „tradycyjne” stanowisko, w myśl którego wyrażenie „sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary” oznacza sytuację, w której sąd może zastosować taki niezwykły wymiar, którego użycie nie jest ani nakazane, ani zakazane, a więc dozwolone — W. Wolter: *Jak rozumieć wyrażenie „sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary”*. „Państwo i Prawo” 1977, 6, s. 102 i nast. Warto też zauważyć, że na tle przepisu art. 57 § 2 k.k. z 1969 r. Z. Ćwiąkałski nie tylko odnotowywał wątpliwości związane z interpretacją sformułowania „sąd może”, ale wprowadził swoistą konstrukcję interpretacyjną — „nacisk normatywny”. Warunkiem koniecznym do stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary jest bowiem to, by w konkretnej sytuacji nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo była niewspółmiernie surowa — Z. Ćwiąkałski: *Nadzwyczajne złagodzenie kary w praktyce sądowej*. Warszawa 1992, s. 27—28. Por. także J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 395—405.

<sup>54</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 579.



wości. Na gruncie k.k. z 1969 r. M. Cieślak ostrożnie formułował pogląd, że społeczne niebezpieczeństwo czynu dochodzi pośrednio do głosu w tych wypadkach, w których ustawa uzależnia odpowiedzialność lub jej rozmiar od zapobieżenia skutkowi przestępnemu albo od starania się o takie zapobieżenie<sup>55</sup>. Z kolei A. Spotowski przekonywał, że dodatni społecznie fakt odstąpienia, w przypadku łącznej oceny całego fragmentu zachowania sprawcy, polegającego na usiłowaniu i na odstąpieniu od tego usiłowania, może równoważyć ujemność społeczną wcześniejszego usiłowania<sup>56</sup>. Zdaniem K. Tkaczyk, tego typu zapatrywania można było przyjąć ze względu na brak normatywnej definicji pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu. Autorka ta twierdzi, że po uchwaleniu kodeksu karnego z 1997 r. tezy M. Cieślaka nie można już zaaprobować. Powołując się na brzmienie art. 115 § 2, wyraża pogląd, że instytucja czynnego żalu nie odnosi się w żadnym zakresie do oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, stanowiąc jedynie okoliczność wpływającą na karalność podjętego przez sprawcę czynu<sup>57</sup>. Oczywiście, nie można zanegować stanowiska K. Tkaczyk, zauważyć jednak należy, że wcale nie musi ono stać w opozycji do wcześniej przytoczonych, zwłaszcza stanowiska A. Spotowskiego. W moim przekonaniu, autorka, w sposób nieuprawniony, zestawiała dwa odrębne (choćby zależne jednokierunkowo) aspekty społecznej szkodliwości czynu. Czymś innym jest ocena karygodności podjęta przez ustawodawcę na etapie decyzji kryminalizacyjnych i penalizacyjnych (skutkująca w przypadku skutecznego czynnego żalu bezkarnością, a przy nieskutecznym czynnym żalu — możliwością nadzwyczajnego złagodzenia kary), przy podejmowaniu której nie jest on związany z art. 115 § 2 (zatem istnienie lub nie katalogu nie ma znaczenia), a czymś innym ocena konkretnego czynu zabronionego popełnionego przez sprawcę, oceny którego, zgodnie z treścią przepisu art. 1 § 2, dokonywać należy na podstawie przepisu art. 115 § 2<sup>58</sup>. Dodać również należy, że wysoki stopień społecznej szkodliwości konkretnego czynu nie może stanowić negatywnej przesłanki ewentualnego zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku bezskutecznego czynnego żalu. Jak słusznie zauważa J. Raglewski, regresja karania w postaci nadzwyczajnego złagodzenia kary ma istotne znaczenie w tych sytuacjach,

<sup>55</sup> M. Cieślak: *Pojęcie i funkcje „społecznego niebezpieczeństwa czynu w polskim prawie karnym*. „Palestra” 1979, 6, s. 64.

<sup>56</sup> A. Spotowski: *O odstąpieniu od usiłowania*. „Państwo i Prawo” 1980, 6, s. 90.

<sup>57</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 38—41.

<sup>58</sup> Szczegółowe rozważania na temat dualizmu zasady *nullum crimen sine lege periculo sociali* przedstawił R. Zawłocki, wprowadzając w konsekwencji terminologiczne rozróżnienie — materialny aspekt ustanawiania przepisów karnych opiera się na „społecznym niebezpieczeństwie czynu”, a ich stosowanie na „społecznej szkodliwości czynu zabronionego”. Jak autor ten konkluduje, czyn może być społecznie niebezpieczny, lecz nie musi być społecznie szkodliwy — R. Zawłocki: *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*. Warszawa 2007, s. 92—99.

w których popełniony przez sprawcę czyn charakteryzuje się wysokim stopniem społecznej szkodliwości, czego jurystycznym odzwierciedleniem jest m.in. wysoko zakreślona dolna granica ustawowego zagrożenia<sup>59</sup>.

Analizując pozostałe dyrektywy wymiaru kary w kontekście nieskutecznego czynnego żalu, przypomnieć należy, że — jak już wcześniej wykazano — czynny żal (w jakiegokolwiek postaci) nie wpływa na stopień winy. Jednocześnie sąd wymierzając karę i w związku z tym biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które kara ma osiągnąć w stosunku do sprawcy, uwzględnić powinien tę szczególną postawę sprawcy rezygnującego z dokonania przestępstwa. Stąd pojawiające się czasem określenie, że czynny żal to w zakresie funkcji wychowawczej realizacja programu *maximum*<sup>60</sup>, efektem czego jest „samoresocjalizacja” sprawcy. Pamiętać jednak należy, że przesłanka dobrowolności, niepozwalająca na ocenę motywacji sprawcy, nie wyeliminuje mniej chwalebnych motywów sprawcy okazującego czynny żal, co nieco osłabia tezę o samowychowaniu i dylematach moralnych sprawcy. Podkreślić także należy, że niewątpliwie **skuteczność lub nieskuteczność podjętej przez sprawcę przeciwalki nie ma znaczenia dla formułowania oceny samego sprawcy** w zakresie dyrektywy prewencji indywidualnej. Jako najbardziej problematyczna jawi się — w kontekście nieskutecznego czynnego żalu — dyrektywa prewencji ogólnej. Z jednej bowiem strony informacja docierająca do społeczeństwa o silnej gradacji kary wskutek (nieskutecznego) czynnego żalu może mieć walor wychowawczy, zwłaszcza jeśli pojawiałaby się jednocześnie informacja o daleko idących karnopravných konsekwencjach skutecznego czynnego żalu. Taki zabieg pozwoliłby na ukazanie wzorca obywatela, który jeśli nawet podjął zamiar popełnienia przestępstwa, to zawsze ma możliwość wycofania się z jego realizacji, co zostanie odpowiednio ocenione (i docenione). Jednocześnie pojawić się może negatywny efekt dotarcia informacji do społeczeństwa — zastosowanie daleko idącego nadzwyczajnego złagodzenia kary sugerować może pobłażliwość przy nieskutecznym czynnym żalu, co ostatecznie może być demoralizujące dla potencjalnego sprawcy. Ten aspekt czynnego żalu będzie nabierał szczególnego znaczenia w przypadku czynnego żalu podokonaniowego — sprawca po wykryciu przestępstwa zawsze może naprawić szkodę, licząc na

<sup>59</sup> J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 165. Warto przypomnieć za autorem, że ostatecznie nie obowiązuje proponowany w projekcie z 1963 r. przepis art. 64 § 2, że przepisu o nadzwyczajnym złagodzeniu kary „nie stosuje się w razie skazania za przestępstwo, za które ustawa przewiduje, jako dolną granicę kary, karę 5 lat pozbawienia wolności lub karę surowszą”. Por. jednak wyrok SA w Krakowie z 28.11.2012 r. (II AKa 203/12), w myśl którego przy rozważaniu stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary należy wziąć pod uwagę stopień społecznej szkodliwości przypisanego przestępstwa, wynikający nie tylko z jego rodzaju, w związku z którym wysokość kary jest determinowana granicami zagrożenia danego typu przestępstwa, ale także — sposób i okoliczności popełnienia przestępstwa. LEX nr 1236881.

<sup>60</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 74 i 76.

prawnokarne korzyści, co może osłabiać bodźce powstrzymujące przed popełnieniem przestępstwa.

W polskim piśmiennictwie z brzmienia przepisu art. 53 § 3 wywodzona jest dyrektywa zadośćuczynienia pokrzywdzonemu<sup>61</sup>. I chociaż czynny żal (zwłaszcza nieskuteczny) daleki jest od mediacji i ugody, trzeba podkreślić, że i starania zapobieżenia dokonaniu podejmowane przez sprawcę mogą dać pokrzywdzonemu szczególną satysfakcję. Podzielić więc należy stanowisko SA w Krakowie, który stwierdził: „Każde działanie zmierzające do naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody czy krzywdy zasługuje na pozytywną ocenę, niezależnie od tego, czy jest ono wynikiem szczerego żalu sprawcy, czy też przyjętej przez niego strategii procesowej, bo każde z nich zmniejsza niekorzystne skutki popełnionego przestępstwa”<sup>62</sup>, uzupełniając, że na podobnie pozytywną ocenę zasługuje przeżycie psychiczne sprawcy w postaci żalu, potwierdzone podjętymi przez niego staraniami w kierunku zapobieżenia szkodzie.

Zachowania podjęte przez sprawcę w ramach nieskutecznego czynnego żalu w sposób najpełniejszy znajdują odzwierciedlenie w wymiarze kary na płaszczyźnie tzw. okoliczności dotyczących popełnienia czynu zabronionego oraz związanych z osobą sprawcy, a określonych w przepisie art. 53 § 2 (tzw. dyrektywy szczegółowe<sup>63</sup>). Wśród nich ustawodawca wymienia „zachowanie się sprawcy po popełnieniu przestępstwa, a zwłaszcza staranie o naprawienie szkody”. To właśnie na tej płaszczyźnie może (i powinna) nastąpić radykalna redukcja odpowiedzialności karnej. Jak wskazuje W. Wróbel, posiłkując się licznymi orzeczeniami SN, naprawienie szkody lub podjęte przez sprawcę starania o jej wyrównanie, nawet jeśli nie stanowią przesłanki do zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary z art. 60, powinny z reguły wpływać na ocenę społecznej potrzeby karania<sup>64</sup>. W przypadku nieskutecznego czynnego żalu to zachowanie stanowi jedną z przesłanek nadzwyczajnego złagodzenia kary. Wymagania zaś strony podmiotowej klauzuli wskazanej w przepisie art. 15 § 2 czynią zbędnymi formułowanie dodatkowych warunków odnośnie do naprawienia szkody (motywacji, dobrowolności, chęci zadośćuczynienia)<sup>65</sup>. Z tego też powodu (tzn. odrębnie sformułowanych przesłanek nadzwyczajnego złagodzenia kary z art. 15 § 2) nie mogą mieć zastosowania wprost uwagi czynione na gruncie przepisu art. 53 § 2. Zatem konstatacja SN, że „skrucha w najogólniejszym ujęciu tej nazwy wyrażać się może tylko określonymi przeżyciami psychicznymi, a nie jego za-

<sup>61</sup> M. Królikowski, S. Żółtek, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 2. *Komentarz do artykułów 32–116*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Warszawa 2011, s. 310–311.

<sup>62</sup> Wyrok SA w Krakowie z 15.05.2000 r., II AKa 74/00. KZS 5/00.

<sup>63</sup> M. Królikowski, S. Żółtek, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 2. *Komentarz do artykułów 32–116*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 314.

<sup>64</sup> W. Wróbel, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. Red. A. Zol. Warszawa 2012, s. 775–776.

<sup>65</sup> *Ibidem*, s. 776.

chowaniem, np. tylko żalem, że się popełniło przestępstwo, który nie prowadzi jednak sprawcy przestępstwa do żadnych konstruktywnych wniosków, nie staje się jednym z elementów kształtujących procesy motywacyjne poprzedzające działanie sprawcy<sup>66</sup>, wobec brzmienia treści przepisu art. 15 § 2 i ustalonego znaczenia pojęcia dobrowolności, nie może mieć znaczenia dla podejmowania decyzji o ewentualnym nadzwyczajnym złagodzeniu kary w związku z bezskutecznym czynnym żalem. Podzielić należy stanowisko A. Zolla, że podstawą nadzwyczajnego złagodzenia kary mogą być tylko takie czynności sprawcy, które wskazują na chęć zapobiegnięcia przez niego skutkowi i z punktu widzenia realizacji tego celu są właściwe. Autor ten dodaje, że na decyzję dotyczącą nadzwyczajnego złagodzenia kary powinien mieć wpływ stopień zaangażowania sprawcy w zapobiegnięcie skutkowi, wykorzystania wszystkich możliwości niedopuszczenia do zniszczenia dobra prawnego, jakimi dysponuje sprawca w danej sytuacji<sup>67</sup>. Mechanizm zaś nadzwyczajnego złagodzenia, przewidziany w przepisie art. 60 § 6 i 7, stwarza tak szerokie ramy nowej, złagodzonej karnoprawnej reakcji, że sąd może w adekwatny sposób dać wyraz uwzględnianiu wymienionych wcześniej okoliczności.

Nieskuteczny czynny żal okazany przez sprawcę uprawnia sąd bądź do nadzwyczajnego złagodzenia kary, bądź do wymierzenia kary w granicach ustawowego zagrożenia. Mamy zatem do czynienia z dwustopniową gradacją odpowiedzialności karnej, co może rodzić spór o wolę ustawodawcy co do wyboru konkretnej preferencji. Na gruncie usiłowania nieudolnego (przewidującego trzystopniową gradację odpowiedzialności) SN wyraził pogląd, że „wprawdzie przepis art. 12 § 2 k.k. z 1969 r. dotyczący odpowiedzialności za tzw. usiłowanie nieudolne daje sądowi możliwość zastosowania wobec sprawcy nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia, jednak już przewidziane w tej samej ustawie możliwości gradacji odpowiedzialności takie-

<sup>66</sup> Wyrok SN z 6.11.1989 r., II KR 183/89. LEX nr 22059.

<sup>67</sup> A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–166 Kodeksu karnego*. Kraków 1998, s. 160. Por. też postanowienie SN, w którym Sąd wyraził stanowisko, że „jeżeli chodzi o starania sprawcy o naprawienie szkody lub jej zapobieżenie, to podstawą nadzwyczajnego złagodzenia jest wyrażona w ten sposób pozytywna postawa sprawcy, który przejawia czynny żal i zmierza do zapobieżenia skutkom przestępstwa. W odróżnieniu od ustawowych klauzul niekaralności (zob. art. 15 § 1, art. 23 § 1 k.k.), starania sprawcy nie muszą być w pełni skuteczne, muszą jednak świadczyć o jego pozytywnej postawie, wobec której wymierzanie kary w granicach ustawowego zagrożenia byłoby zbyt surowe”. — Postanowienie SN z 24.11.2005 r., III KO 52/04. LEX nr 164384. Takie ujęcie przesłanek nadzwyczajnego złagodzenia kary, o którym jest mowa w przepisie art. 15 § 2, sprawia, że identycznie brzmiąca podstawa zastosowania modyfikacji odpowiedzialności karnej w paragrafie pierwszym i drugim art. 15 interpretowania jest zgola inaczej. W przypadku skutecznego czynnego żalu motywacja sprawcy, jego postawa nie mają znaczenia dla odstąpienia od wymierzenia kary; w przypadku nieskutecznego czynnego żalu zasadniczym elementem stałaby się warstwa subiektywna czynnego żalu.

go sprawy: 1) odpowiedzialność zwykła, 2) nadzwyczajne złagodzenie kary, 3) odstąpienie od wymierzenia kary — wskazują, że z ostatniej ewentualności korzystać należy w wyjątkowych wypadkach<sup>68</sup>. Zarówno A. Wąsek<sup>69</sup>, jak i J. Giezek<sup>70</sup> z aprobatą odnieśli się do tego rozstrzygnięcia. Jednak zdaniem A. Zolla, trudno zgodzić się z takim poglądem<sup>71</sup>. Stanowisko to podziela także A. Liszewska<sup>72</sup>.

Trudno też odmówić racji pogładowi prezentowanemu w piśmiennictwie, że stwierdzenie zaistnienia przesłanek ustawowych zastosowania dobrodziejstwa z art. 15 §2 nie czyni go instytucją obligatoryjną<sup>73</sup>, o czym była już mowa w niniejszej pracy, w części dotyczącej ustawowej formy bezkarności i zredukowanej karalności. Może jednak warto rozważyć, czy nadzwyczajne złagodzenie kary w przypadku nieskutecznego czynnego żalu nie powinno być obligatoryjne, mając na uwadze znaczenie obligatoryjnych dobrodziejstw dla sprawcy jako czynnika motywującego. Nawiązując zaś do klasyfikacji zaprezentowanej przez W. Woltera<sup>74</sup>, należy dodać, że takie obligatoryjne stosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary miałyby charakter względny. Sąd bowiem byłby władny ocenić, czy zachowanie sprawcy było dobrowolne (jeśli jednak taka przesłanka miałaby pozostać), i czy można określić je mianem „starania”, a jego intensywność (ewentualnie istotność) będzie „przekładana” na wymiar złagodzonej kary. Ustawowo dopuszczony wyjątek (przez przesłankę dobrowolności i starania) od

<sup>68</sup> Wyrok SN z 14.06.1973 r., I KR 91/73. LEX nr 18661.

<sup>69</sup> A. Wąsek, w: O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. (art. 1—116). Gdańsk 2005, s. 223.

<sup>70</sup> J. Giezek, w: *Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek. Warszawa 2012, s. 132.

<sup>71</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. *Komentarz do art. 1—116 k.k.* Red. A. Zoll..., s. 268—269. Wcześniej jednak, w innym miejscu, autor z aprobatą odniósł się do wyroku SN, który stwierdził: „mając możliwość wyboru między orzeczeniem kary przewidzianej za dane przestępstwo a nawet odstąpieniem od wymierzenia kary, sąd w zasadzie powinien wybrać wariant pośredni, polegający na wymierzeniu kary nadzwyczajnie złagodzonej. Tylko okoliczności szczególnie obciążające przemawiałyby za odstąpieniem od nadzwyczajnego złagodzenia kary, podobnie jak okoliczności szczególnie łagodzące stanowiłyby podstawę do odstąpienia od kary w ogóle”. — A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1—166 Kodeksu karnego...*, s. 154—155. Takie stanowisko SN A. Wąsek skomentował jako „dogmatyczny schematyzm” — A. Wąsek, w: O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. (art. 1—116)..., s. 223.

<sup>72</sup> Por. A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*. W: „System Prawa Karnego”. T. 3. Red. R. Dębski. Warszawa 2013, s. 796—797.

<sup>73</sup> R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki..., s. 639 (nb 38).

<sup>74</sup> W. Wolter: *Uwagi o łagodzeniu i zaostrzaniu kary...*, s. 51. Zdaniem W. Woltera, ustawowe upoważnienie do przejścia na nadzwyczajny wymiar kary może przybrać kształt obligatoryjny lub fakultatywny, a każdy z nich może być wymiarem bezwzględnym lub względnym.

stosowania złagodzenia pozwoli na uniknięcie z jednej strony automatyzmu, z drugiej zaś — wyrachowania ze strony sprawcy. Warto zauważyć, o czym też była już mowa, że obligatoryjna bezkarność skłonić miałyby sprawcę do podjęcia starań **całkowicie** zapobiegających naruszeniu dobra, a jedynie swoista „nieudolność” nakazywałaby bezwarunkowe wymierzenie kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, co wzmacnia motywację do podejmowania działań, których efektów sprawca nie jest pewien.

Oczywiście, mam świadomość, że przytacza się wiele argumentów przeciwko obligatoryjnemu nadzwyczajnemu złagodzeniu kary, przewidzianemu obecnie w przepisie art. 60 § 3. Wyraża się nawet opinie, że „za priorytetowe uznano rozbijanie jedności przestępczej oraz pomoc w wyświeltaniu przestępstw i przedłożono te cele nad sprawiedliwe karanie”<sup>75</sup>. Zdaniem L. Gardockiego, takie rozwiązanie należy uznać za błąd wynikający zapewne z braku zaufania do sędziów<sup>76</sup>. Jak wskazuje J. Raglewski, „ustawodawca, decydując się na model obligatoryjnego trybu nadzwyczajnego złagodzenia kary, akceptuje rozwiązanie legislacyjne, którego funkcja sprowadza się do rozstrzygnięcia zamiast sędziego o zasadności wymiaru środków penalnych w innych granicach niż to wynika ze zwyczajnego wymiaru kary. Czyni to, abstrahując zupełnie od realiów konkretnego przypadku, a jedynie przez wprowadzenie odpowiedniej formuły jurydycznej”. Wspomniany autor twierdzi także, że pod adresem takiego trybu nadzwyczajnego złagodzenia kary sformułowane są dwojakiego rodzaju zastrzeżenia. Pierwsze mają charakter ustrojowy i dotyczą konstytucyjnego podziału władz — mechanizm przewidziany w przepisie art. 60 § 3 istotnie zmniejsza samodzielność jurysdykcyjną sądów. Drugi rodzaj zastrzeżeń wskazuje na sprzeczność między tym rozwiązaniem a zasadami sądowego wymiaru kary — sąd niejednokrotnie zmuszany jest do nadzwyczajnego złagodzenia kary, chociaż np. współpraca sprawcy z policją nie równoważy wyrządzonych przez niego krzywd. J. Raglewski podnosi również, że konstrukcja nadzwyczajnego złagodzenia kary ma uelastyczyć wymiar środków reakcji karnej<sup>77</sup>. Odnosząc się do przytoczonych poglądów, zauważyć należy, że w przypadku nadzwyczajnego złagodzenia kary przy czynnym żalu sprzecznych priorytetów, o których wspomina V. Konarska-Wrzosek, nie ma i żadna z funkcji nie jest realizowana kosztem innej. Można zatem śmiało sięgać po konstrukcję obligatoryjnego złagodzenia kary, tym bardziej że wbrew teozom o braku zaufania do sędziów ciągle będzie to sankcja względnie oznaczona — zostaną przesunięte granice wymiaru kary. Z podobną sytuacją mamy przecież do czynienia w przypadku czynu mniejszej wagi

<sup>75</sup> V. Konarska-Wrzosek: *Prawnokarne środki walki z przestępczością zawodową i zorganizowaną przewidziane w kodeksie karnym*. „Prokuratura i Prawo” 2000, 3, s. 44—45.

<sup>76</sup> L. Gardocki: *Wchodzenie w życie...*, s. 408.

<sup>77</sup> J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 410—413.

i innych typów uprzywilejowanych<sup>78</sup> (gdy spełnione są znamiona tego typu, złagodzenie sankcji karnej, przez nowe granice, staje się obligatoryjne).

Analiza karnoprawnych konsekwencji czynnego żalu zmusza do zajęcia się — po raz kolejny — kwestią **usiłowania kwalifikowanego**, tym razem na płaszczyźnie karnoprawnej reakcji. Nie ma w polskiej doktrynie sporów co do tego, że przepis art. 15 § 1 uchyla karalność wyłącznie za usiłowane przestępstwo. Jeżeli jednak sprawca, usiłując dokonać zamierzonego przestępstwa, zamiaru tego nie zrealizował, ale dokonał innego przestępstwa, a zachodzi przypadek (rzeczywistego) usiłowania kwalifikowanego, to może on ponieść odpowiedzialność karną za to dokonanie. Pamiętając jednak o zaproponowanym wcześniej podziale sytuacji, których wystąpienie skłania do rozważenia przyjęcia konstrukcji usiłowania kwalifikowanego, przypomnieć należy, że karalność za dokonanie dotyczy czynów/zmian/skutków spowodowanych „zamiast” planowanego, a nie „po drodze”.

Problem dyrektyw wymiaru kary przy tzw. usiłowaniu kwalifikowanym, będącym rezultatem czynnego żalu, nie został szerzej omówiony. Jak się wydaje, sądy (i doktryna) zgodnie przyjmują, że wobec braku jakiejś szczególnej dyrektywy w tym względzie zastosowanie będą miały zasady ogólne wynikające z treści przepisu art. 53. Odnotować zatem tylko można nieliczne orzeczenia, w których sądy nieco szerzej wypowiadają się (w uzasadnieniu) na temat wysokości wymierzonej kary w takim wypadku. I tak SA w Katowicach zauważył, że „Słusznie [...] sąd I instancji nie przecenił wskazywanych w środku odwoławczym przez obrońcę takich okoliczności, jak zachowanie po popełnieniu czynu, zapobieżenie skutkom swojego działania poprzez udzielenie pomocy pokrzywdzonej i wezwanie Policji, gdyż te elementy działania wzięte zostały pod uwagę jako składowe czynnego żalu, dającego w oparciu o przepis art. 15 § 1 k.k. podstawę do niekaralności oskarżonego za usiłowanie zabójstwa i w związku z tymi samymi faktami oskarżony nie powinien być premiowany niejako podwójnie”<sup>79</sup>. Powtórzyć zatem należy, że problem usiłowania kwalifikowanego rzadko pojawia się w kontekście samego usiłowania — tzn. usiłowania zatajonego, natomiast zarówno orzecznictwo, jak i doktryna chętniej sięgają

<sup>78</sup> Przegląd stanowisk doktryny i judykatury co do relacji wypadku mniejszej wagi i przestępstwa uprzywilejowanego — zob. K. Banasik: *Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym*. „Prokuratura i Prawo” 2008, 3, s. 48—53. Znamienne w tym kontekście są uwagi autorki reasumującej rozważania tezę, że kwestia dalszego egzystowania w kodeksie karnym przepisów o wypadku mniejszej wagi — wobec konkluzji, że tak naprawdę nie wiadomo, kiedy on zachodzi — jest otwarta i pozostaje do dyskusji. Ponieważ, jak wskazuje K. Banasik, dodatkowe specyficzne okoliczności uzasadniające wypadek mniejszej wagi mają mieć charakter szczególny oraz funkcją przepisu przewidującego wypadek mniejszej wagi jest umożliwienie orzekającemu sądowi wymierzenie konkretnemu sprawcy łagodniejszej kary, efekt taki można by uzyskać, stosując przewidzianą w art. 60 k.k. instytucję nadzwyczajnego złagodzenia kary.

<sup>79</sup> Wyrok SA w Katowicach z 22.11.2012 r., II AKa 464/12. LEX nr 1236458.

po tę konstrukcję w przypadku czynnego żalu, np. sąd, w związku ze skutecznym czynnym żalem przy usiłowaniu zabójstwa, wymierzył za czyn z art. 156 § 1 k.k. z 1969 r. karę 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności<sup>80</sup> (przy maksymalnym zagrożeniu za ten czyn karą pozbawienia wolności do lat 5).

Wydaje się, że w takim układzie procesowym istnieje silna pokusa, aby w imię zasad sprawiedliwości dokonanie, jako jedyny fragment czynu sprawy, za który można zastosować karnoprawną reakcję, „wzięło” na siebie *odium* związane z usiłowaniem (bezkarnym) czynu o większym ciężarze gatunkowym. Za przykład niech posłużą dwa, wspomniane już, wyroki SN odnoszące się do tej kwestii. W pierwszym z nich<sup>81</sup> Sąd skonstatował, że wymierzając oskarżonemu Adamowi M. karę 10 lat pozbawienia wolności, a więc w rozmiarze maksimum ustawowego zagrożenia z art. 155 § 1 k.k. z 1969 r., miał na uwadze nagromadzenie okoliczności obciążających. Jednocześnie, zdaniem najwyższej instancji, brak było istotniejszych okoliczności łagodzących, gdyż do takich nie można zaliczyć skruchy oskarżonego, jako że ta dotyczyć może tylko tego, co już poczytano na jego korzyść, stosując art. 13 § 1<sup>82</sup>. W drugiej sprawie, dotyczącej sprawcy, który w zamiarze ewentualnym zabicia pokrzywdzonego uderzył go w głowę siekierą, jednak zamierzonego skutku nie osiągnął, gdyż bezpośrednio po zadaniu ciosu wezwał pogotowie ratunkowe, SN, wymierzając karę na podstawie art. 155 § 1 pkt 2 d.k.k., „uznał, że nie zachodzi już potrzeba sięgania do nadzwyczajnego złagodzenia kary. [...] Nie pomijając bowiem tego, że oskarżony działał w pewnym rozdrażnieniu, wywołanym niewłaściwym zachowaniem pokrzywdzonego w mieszkaniu oskarżonego, a także tego, że jego poczytalność była w znacznym stopniu ograniczona, nie można było nie dostrzec dużego napięcia złej woli (w pierwszej fazie zdarzenia), przejawiającego się w niezwykle brutalnym i nieadekwatnym do przyczyny zaatakowania pokrzywdzonego siekierą w głowę i w używaniu pod jego adresem wulgarnych słów, i to nawet jeszcze wówczas, gdy wzywał dlań pomocy za pośrednictwem portiera. Oceniając przeto w całości zachowanie się oskarżonego i występujące w sprawie okoliczności zarówno obciążające, jak i łagodzące, Sąd Najwyższy uznał, że słuszną i współmierną do wagi popełnionego przestępstwa, i odpowiadającą wszystkim dyrektywom wymiaru kary określonym w art. 50 k.k. będzie kara 3 lat pozbawienia wolności, i dlatego orzekł, jak w wyroku [...]”<sup>83</sup>. Tego rodzaju uzasadnienie musi sprawiać wrażenie, że w ocenie czynu doko-

<sup>80</sup> Na przykład wyrok SN z 17.03.1975 r., V KR 411/74. OSP 1977, 3, poz. 58.

<sup>81</sup> Dotyczącym sprawcy działającego w zamiarze pozbawienia życia byłej żony, który zadał jej cios nożem w plecy, lecz zamierzonego skutku nie osiągnął wobec pomocy lekarskiej udzielonej jej na skutek wezwania pogotowia przez oskarżonego, a czyn sprawcy ostatecznie spowodował u niej ranę kłutą klatki piersiowej, drążącą do jamy brzusznej z uszkodzeniem płucnej, przepony i śledziony.

<sup>82</sup> Wyrok SN z dn. 8.10.1975 r., V KR 180/75. OSP 1976, 11, s. 210. LEX nr 20874.

<sup>83</sup> Wyrok SN z dn. 8.09.1988 r., II KR 205/88. OSNKW 1989, 1, s. 6. LEX nr 20333.



nanego zawarte zostały elementy (zarówno podmiotowe, jak i przedmiotowe) czynu usiłowanego (z mocy prawa przecież bezkarnego). Przypomina to nieco instytucję czynu współukaranego, która absolutnie w takich sytuacjach nie powinna się pojawiać.

Wydaje się, że na kwestię dokonania w ramach usiłowania kwalifikowanego w efekcie czynnego żalu należy spojrzeć zupełnie inaczej. Przede wszystkim zauważyć należy, że dokonanie — naruszenie innego dobra niż pierwotnie zamierzonego — jest rezultatem podjęcia decyzji o odwróconym wektorze (kierunku). Zamiar ewentualny (jeśli nie bezpośredni), którym sprawca obejmował inne skutki/naruszenia, towarzyszył mu w chwili czynu — mając zamiar zabicia pokrzywdzonego, co najmniej godził się na spowodowanie uszczerbku na zdrowiu. Zmiana zamiaru, o którym mówimy w przypadku czynnego żalu, efektem którego jest dokonanie — naruszenie innego dobra, dotyczy również i tego „ubocznego skutku”. Sprawca z podanego wcześniej przykładu nie ma już zamiaru pozbawić życia pokrzywdzonego i nie ma zamiaru spowodowania uszczerbku na zdrowiu. Co prawda w stosunku do dobra objętego pierwotnym zamiarem zmiana zamiaru nastąpiła w trakcie czynu, a w stosunku do dobra „ubocznego” (częstokroć) już po czynie, zatem dla bytu tak popełnionego przestępstwa ma irrelevantne znaczenie, ale powinna mieć istotne znaczenie dla wymiaru kary. Wydaje się, że czymś innym (jakościowo) jest sytuacja, w której sprawca powoduje określoną szkodę umyślnie, działając w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym, a motywacja lub pobudka leżąca u ich podstaw jest naganna, co może uzasadniać wymiar kary w górnych granicach ustawowego zagrożenia (gdy pozostałe okoliczności za tym przemawiają), a czymś innym sytuacja, gdy spowodowana szkoda jest efektem podjętej przeciwalkcji w ramach czynnego żalu. Oczywiście, za okazany czynny żal sprawca nie powinien być premiiowany dwukrotnie, ale nie oznacza to, że skoro już usiłowanie premiiowane jest bezkarnością, nie mają znaczenia dla karnoprawnej oceny okoliczności naruszenia określonego dobra. Tak jak jeden czyn może wywoływać wiele skutków czy — abstrahując od silnie nacechowanego szczególnym znaczeniem słowa „skutek” — następstw rzutujących na wymiar kary przez różnorodne faktory, tak jedna przeciwalkcja sprawcy wartościowana (oceniwana) może być również na wielu płaszczyznach. Ten przysłowiowy uszczerbek na zdrowiu jest rezultatem nieudolności sprawcy, który zapobiegł śmierci pokrzywdzonego, ale nie potrafił już zapobiec uszczerbkowi na zdrowiu. Przyjąć więc chyba można, że starania, którymi wykazał się sprawca, to **starania, o których wspomina ustawodawca w przepisie art. 15 § 2, umożliwiające nadzwyczajne złagodzenie kary. Przepis ten przewiduje odpowiedzialność za dokonanie, któremu sprawca nie zdołał zapobiec.** Brzmienie powyższej regulacji (występowanie pojęć „zapobieżenie”, „starania”) oraz fakultatywność nadzwyczajnego złagodzenia kary (skutkująca poszerzeniem możliwości stopniowania dolegliwości kary) pozwalają na właściwą ocenę zachowań sprawcy i adekwatną karnoprawną ocenę. Na przykład jeśli

sprawca, wykazując czynny żal — skuteczny co do dobra objętego pierwotnym zamiarem — miał możliwość jednoczesnego zapobieżenia lub zminimalizowania szkody wyrządzonej dokonaniem, lecz nie uczynił tego, to uznać należy, że przesłanki określone w przepisie art. 15 § 2 nie zostały spełnione.

Reasumując, dobrowolne starania sprawcy podjęte w trakcie popełniania czynu w kierunku zapobieżenia jakimkolwiek naruszeniu jakiegokolwiek dobra uruchamiają perspektywę przepisu art. 15 § 2 (gdy naruszone zostało dobro o pierwotnym znaczeniu dla sprawcy) — klasyczny nieskuteczny czynny żal. Natomiast w przypadku, gdy nie zostało naruszone dobro o pierwotnym znaczeniu dla sprawcy, ale zostało naruszone dobro o wtórnym znaczeniu dla sprawcy — usiłowanie kwalifikowane będące efektem czynnego żalu — zastosowanie będą miały przepisy: art. 15 § 1 dla oceny przestępstwa usiłowanego i art. 15 § 2 dla przestępstwa dokonanego. Nawiązując zatem raz jeszcze do wypowiedzi A. Liszewskiej, że „szczególnym przypadkiem nieudanego czynnego żalu jest tzw. usiłowanie kwalifikowane”<sup>84</sup>, sprostować należy, że **usiłowanie kwalifikowane może być efektem skutecznego czynnego żalu odnośnie do dobra o pierwotnym znaczeniu dla sprawcy (a przy tym o wyższej wartości w hierarchii dóbr), przy równoczesnym nieskutecznym czynnym żalu odnośnie do dobra o wtórnym znaczeniu dla sprawcy (a przy tym o niższej wartości w hierarchii dóbr)**, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w karnoprawnej ocenie.

Wskazana propozycja interpretacyjna, a także wielokrotnie poruszany wątek braku regulacji nieskutecznego czynnego żalu w niektórych jego postaciach (w części szczególnej) rodzą konieczność odniesienia się jeszcze do jednego zagadnienia — **relacji przepisu art. 15 § 2 i art. 60 § 2 pkt 2**. Nie ulega także wątpliwości, że zbieżność (przynajmniej częściowa) przesłanek przedmiotowych i podmiotowych nadzwyczajnego złagodzenia kary wymienionych w tych dwóch przepisach wymaga wypracowania dyrektywy wyboru właściwej podstawy prawnej nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Należy zauważyć, że problemu tego nie rozwiązuje reguła kolizyjna przewidziana w przepisie art. 57 § 1, odnosząca się do tzw. jednokierunkowego (pozytywnego) zbiegu podstaw nadzwyczajnego wymiaru kary. W myśl bowiem przywołanego przepisu, jeżeli zachodzi kilka niezależnych od siebie podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia kary, to sąd może tylko jeden raz karę nadzwyczajnie złagodzić, biorąc pod uwagę łącznie zbiegające się podstawy łagodzenia. W przypadku zaś zachowań określanych mianem nieskutecznego czynnego żalu nie występuje kilka niezależnych podstaw (faktycznych), a jedynie kilka podstaw prawnych. J. Raglewski, dokonując wykładni przepisu art. 57 § 1, pisze o wystąpieniu kilku okoliczności, z których każda może stanowić podstawę

<sup>84</sup> A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 792.

nadzwyczajnego złagodzenia kary<sup>85</sup>. Nieco innych sformułowań używa G. Łabuda. Jego zdaniem, przepis ten określa reguły kolizyjne stanowiące nakazy postępowania sądu w sytuacjach konkurencji, w konkretnym stanie faktycznym, co najmniej dwóch norm określających podstawy nadzwyczajnego wymiaru kary<sup>86</sup>. Wydaje się jednak, że autorowi prawdopodobnie chodzi o dwie normy określające dwie różne podstawy faktyczne nadzwyczajnego złagodzenia kary. Jednocześnie G. Łabuda porównuje zbieg podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia kary do rzeczywistego i niepomijalnego zbiegu przepisów określonego w art. 11 § 2<sup>87</sup> (który oczywiście ze zbiegiem z art. 11 nie może być utożsamiany<sup>88</sup>). Zatem relację przepisów art. 15 § 2 i art. 60 § 2 przyrównać można do pozornego (pomijalnego) zbiegu przepisów. W kontekście przytoczonych rozważań zdanie K. Daszkiewicz, chociaż słuszne, nabiera nieco innego znaczenia. Twierdzi ona bowiem, że jeżeli w sprawie wyłania się kilka podstaw fakultatywnego nadzwyczajnego złagodzenia kary, to wprawdzie nie ulegają całkowitemu wyłączeniu sytuacje, w których ono nie zostanie zastosowane, lecz powinny one jednak należeć do wyjątkowych<sup>89</sup>. W przypadku nieskutecznego czynnego żalu *de lege lata* rezygnacja z nadzwyczajnego złagodzenia kary nie musi mieć charakteru szczególnie wyjątkowego, ponieważ nie wyłania się — wbrew pozorom — kilka podstaw tego złagodzenia.

Powrócić zatem należy do kwestii relacji między przepisem art. 15 § 2 a przepisem art. 60 § 2 pkt 2 w części odnoszącej się do sprawcy, który czynił starania o zapobieżenie szkodzie. Jak zauważył SA w Łodzi, kodeks karny przewiduje dwie podobne instytucje prawne, pozwalające na nadzwyczajne złagodzenie kary w wyniku starań sprawcy o zapobieżenie nastąpienia skutkowi, tj. w art. 15 § 2 oraz art. 60 § 2 pkt 2, jednak założenie racjonalno-

<sup>85</sup> J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 21.

<sup>86</sup> G. Łabuda, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek..., s. 402.

<sup>87</sup> Ibidem: „Rozwiązanie zbiegu podstaw nadzwyczajnego wymiaru kary z § 1 konstrukcyjnie nawiązuje do rozwiązania rzeczywistego i niepomijalnego zbiegu przepisów z art. 11 § 3 k.k. (zbieg kumulatywny). W wypadku kumulatywnego zbiegu przepisów sąd skazuje za jedno przestępstwo na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów, zaś w wypadku zbiegu podstaw nadzwyczajnego wymiaru kary sąd stosuje jeden raz ów wymiar, biorąc pod uwagę łącznie zbiegające się podstawy łagodzenia albo obostrzenia, co oznacza, że sąd nadzwyczajnie łagodzi albo obostrza karę tylko jeden raz na podstawie wszystkich przepisów określających nadzwyczajny jej wymiar w konkretnym układzie faktycznym. Podobnie jak w wypadku kumulatywnego zbiegu przepisów, gdzie chodzi o przypisanie sprawcy jednego przestępstwa i orzeczenie jednej kary, funkcją art. 57 § 1 k.k. jest zapobieżenie multiplikowaniu stosowania nadzwyczajnego wymiaru kar (przepis ten stanowi zakaz dwukrotnego i więcej łagodzenia albo obostrzenia kary). Można podejrzewać, że konstrukcja art. 57 § 1 ma za swój pierwowzór przepis art. 11 § 2”.

<sup>88</sup> J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 417.

<sup>89</sup> K. Daszkiewicz: *Usiłowanie nieudolne (ze szczególnym uwzględnieniem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r.)*. „Prokuratura i Prawo” 2001, 9, s. 13.

ści ustawodawcy każe stwierdzić, że dwie normy prawne nie mogą dotyczyć identycznego (hipotetycznie) stanu faktycznego<sup>90</sup>. Nieodzowne więc staje się wskazanie różnic wynikających z treści wymienionych przepisów w związku z koniecznością rozgraniczenia zakresu odpowiednich norm. Niewątpliwie przepis art. 60 § 2 pkt 2 jest przepisem o bogatszych przesłankach, zatem to ich analiza powinna ułatwić podjęcie decyzji co do relacji wspomnianych przepisów.

Przed wszystkim wyjściową, zgeneralizowaną przesłanką zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60 § 2 jest szczególnie uzasadniony wypadek. Jak przytacza się w piśmiennictwie, chodzi o nietypowe i wyjątkowe okoliczności<sup>91</sup> — podmiotowe i przedmiotowe<sup>92</sup> — egemplifikację których ustawodawca wskazał w kolejnych podpunktach wymienionego paragrafu. Co istotne, ustalanie tej wyjątkowości następuje *ad casum* (w przeciwieństwie do założenia przyjętego przez ustawodawcę m.in. w przypadku art. 15 § 2). Wyjątkowy charakter wypadku odniesiony być musi do konstatacji o niewspółmierności kary wynikającej z ustawowego zagrożenia. Zdaniem J. Raglewskiego, nadzwyczajne złagodzenie kary, o którym mowa w przepisie art. 60 § 2 pkt 2, musi być postrzegane jako środek *ultima ratio*, po który należy sięgać dopiero w sytuacji, gdy inne regulacje nie pozwalają na wymiar kary adekwatny do kryminalnej zawartości czynu<sup>93</sup> (czy mówiąc precyzyjniej, adekwatny do całego zdarzenia będącego przedmiotem karnoprawnego wartościowania). Również i ten element każdorazowo winien być ustalany *ad casum*. Cechą szczególną przesłanek redukcji odpowiedzialności karnej, wyliczonych w art. 60 § 2, jest konieczność ustalenia postawy sprawcy. Zdaniem SA w Szczecinie, analiza przykładów przytoczonych przez ustawodawcę w art. 60 § 2 k.k. podpowiada jednoznacznie, że powodami złagodzenia kary powinny być okoliczności pozytywnie charakteryzujące sprawcę, wskazujące na korzystne przemiany w jego postawie<sup>94</sup>. Inni autorzy, w kontekście przepisu art. 60 § 2 pkt 2, mówią o okazaniu przez sprawcę skruchy<sup>95</sup>. Takiego wymogu wprost nie przewiduje przepis art. 15 § 2, jako przesłankę wskazującą „jedynie” dobrowolność — samodzielne podjęcie decyzji bez względu na motywację<sup>96</sup>. Okolicznością szczególnie upodabniającą omawianą podstawę

<sup>90</sup> Wyrok SA w Łodzi z 30.09.2010 r., sygn. akt II AKa 133/10. LEX nr 1099241.

<sup>91</sup> J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 169—171.

<sup>92</sup> Wyrok SN z 11.07.1975 r., V KR 105/75. LEX nr 19045.

<sup>93</sup> J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 180.

<sup>94</sup> Wyrok SA w Szczecinie z 16.09.2010 r., II AKa 130/10. LEX nr 786971.

<sup>95</sup> J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 202—203 oraz przytoczone tam literatura i orzecznictwo.

<sup>96</sup> Jednocześnie, na gruncie art. 15 § 2, A. Liszewska, opierając się na orzecznictwie SN, stawia tezę niesłuszną, że ocena starań na gruncie art. 15 § 2 czyniona być powinna z perspektywy „**pozytywnej postawy sprawcy**” — A. Liszewska, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 791 i przytoczone tam orzecznictwo SN. Ponadto w przywołanym już wyroku SA w Ło-

nadzwyczajnego złagodzenia kary do nieskutecznego czynnego żalu jest „zapobieżenie szkodzie”<sup>97</sup>. Wyrażany jest pogląd, że użycie przez ustawodawcę w treści przepisu art. 15 § 2 sformułowania „starał się zapobiec skutkowi stanowiącemu znanie czynu zabronionego” uprawnia do stwierdzenia, że szkoda, o której mowa w art. 60 § 2 pkt 2, nie może należeć do ustawowych znamion typu czynu zabronionego<sup>98</sup>. W grę zatem będzie wchodził — jak się wydaje — tzw. podokonaniowy czynny żal przy typizacjach kryminalizujących zachowanie na przedpolu dokonania (a precyzyjniej, naruszenia dobra prawnego). Warto jednocześnie zauważyć dość szczególną **kaskadowość** (a nie klasyczną kumulację) przesłanek nadzwyczajnego złagodzenia kary przewidzianych w przepisie art. 60 § 2 pkt 2 — szczególnie wypadek wynikać ma z niewspółmierności represji karnej, którą z kolei implikuje postawa sprawcy, dowodem której może być podjęcie starań zapobiegających szkodzie.

Pojawia się więc pytanie, czy poczynione uwagi uprawniają tezę, że **art. 60 § 2 pkt 2 w części mówiącej o zapobieżeniu stanowi *lex generalis* w stosunku do art. 15 § 2, czy też między wskazanymi przepisami można mówić o relacji subsydiarności (pomocniczości)**. I chociaż J. Majewski przekonuje, że spory w zakresie pól działania poszczególnych reguł nie mają istotniejszego znaczenia praktycznego<sup>99</sup>, to jednak wobec wskazanej przyczyny rozstrzygnięcia tego sporu, jego rozwiązanie nabiera znaczenia. Sam mechanizm wyboru właściwej podstawy nadzwyczajnego złagodzenia kary wydaje się prosty. Zdaniem bowiem SN, „Klauzula ogólna zawarta w art. 60 § 2 dotyczy tych wypadków, w których przepis ogólny lub szczególny ustawy karnej nie przewiduje możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary, a zastosowanie tej instytucji zależy wyłącznie od tego, czy sąd na podstawie okoliczności sprawy ustali istnienie wyjątkowego, szczególnie uzasadnionego wypadku, ze względu na który wymierzona nawet w ustawowym minimum kara byłaby represją niewspółmiernie surową. Do zastosowania takiej podstawy prawnej nadzwyczajnego złagodzenia kary uprawnia treść przepisu art. 60 § 1 k.k., który przewiduje w pierwszym

---

dzi z 30.09.2010 r. (sygn. akt II AKa 133/10. LEX nr 1099241) wskazano, że: „Kodeks karny przewiduje dwie podobne instytucje prawne, pozwalające na nadzwyczajne złagodzenie kary w wyniku starań sprawcy o zapobieżenie nastąpienia skutkowi, tj. w art. 15 § 2 oraz art. 60 § 2 pkt 2. [...] W pierwszym przepisie jest mowa o dobrowolności takiego działania, a w drugim takiej regulacji brak. Wskazuje to na potrzebę literalnej i nierozszerzającej wykładni zwrotu »dobrowolnie starał«, który został użyty w redakcji art. 15 § 2 k.k. i tym samym pozwala dojść do wniosku, że owa dobrowolność polegać powinna na działaniu, do którego asumpt dają wyłącznie własne refleksje i przeżycia psychiczne sprawcy, które nie są implikowane postawą osób trzecich”.

<sup>97</sup> W. Wolter posłużył się nawet sformułowaniem „nuta czynnego żalu chociażby bez efektu” — W. Wolter: *Od nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 609—610.

<sup>98</sup> Por. A. Krukowski: *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego — Izba Karne z dnia 5 listopada 1970 r., IV KR 176/70*. OSPiKA 1971, 6, s. 281.

<sup>99</sup> J. Majewski, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 1046.

rzędzie możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadkach określonych w ustawie<sup>100</sup>.

Jednak ocenę relacji wskazanych przepisów utrudnia — jak trafnie zdiagnozował J. Majewski — generalna kwalifikacja stosunków zakresowych zachodzących między poszczególnymi przepisami. Najszersze spektrum poglądów rysuje się w wypadku relacji między zakresami *lex primaria* i *lex subsidiaria*: od wykluczania się, przez krzyżowanie się (niezależność), aż do stosunku zawierania się „przepisu głównego” w zakresie „przepisu posiłkowego”. Z kolei w wypadku relacji między zakresami *lex specialis* i *lex generalis* głosy doktryny — rekapitułuje J. Majewski — rozkładają się między stosunkiem wykluczania się a stosunkiem zawierania się zakresu „przepisu szczególnego” w zakresie „przepisu ogólnego” czy inaczej podrzędności (podporządkowania) zakresu „przepisu szczególnego” względem zakresu „przepisu ogólnego”<sup>101</sup>. Ustaleniu właściwej relacji między przepisami nie sprzyja również fakt, że polskie piśmiennictwo poświęcone temu zagadnieniu rozważania ogranicza do ustalenia zakresu norm zakazujących/nakazujących. Z tego względu zasadniczy element relacji subsydiarności, na który wskazuje A. Spotowski — „konieczność” (np. przejścia przez etap narażenia każdego przestępstwa z naruszenia)<sup>102</sup>, nie ułatwia decyzji co do oceny analizowanej relacji, w przepisie art. 60 § 2 mamy bowiem do czynienia z normą kompetencyjną. Z kolei charakteryzując zasadę specjalności, A. Spotowski, powołując się na F. Geerdsa, zaznacza, że jest to sytuacja, w której wiele przepisów zawiera ten sam zestaw znamion, a tylko tym się różnią, że jeden z nich jest wężiej ograniczony i tym samym w stosunku do innego przepisu ukształtowany specjalnie<sup>103</sup>.

Niewątpliwie przepis art. 60 § 2 pkt 2 jest dopełnieniem katalogu przesłanek nadzwyczajnego złagodzenia kary, o którym mowa w przepisie art. 60 § 1, a więc m.in. nieskutecznego czynnego żalu z art. 15 § 2. Mając jednak na uwadze, że relacja subsydiarności opiera się na posiłkowym, pomocniczym charakterze jednego ze zbiegających się przepisów, można przyjąć zasadnie, że właśnie taki charakter ma przepis art. 60 § 2 pkt 2, stąd pojawiająca się ocena charakteru tej regulacji jako generalna klauzula nadzwyczajnego złagodzenia kary<sup>104</sup> czy „wentyl bezpieczeństwa”<sup>105</sup>. Co więcej, użycie przez ustawodawcę

<sup>100</sup> Wyrok SN z 19.03.2004 r., WA 68/03. LEX nr 162666. Z aprobatą o tym judykacie wypowiedział się W. Zalewski — W. Zalewski, w: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 2. *Komentarz do artykułów 32—116*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Warszawa 2011, s. 381.

<sup>101</sup> J. Majewski, w: *Nauka o przestępstwie...*, s. 1049 wraz z bogatą literaturą wskazaną przez autora.

<sup>102</sup> A. Spotowski: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*. Warszawa 1976, s. 108.

<sup>103</sup> *Ibidem*, s. 67.

<sup>104</sup> J. Raglewski: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary...*, s. 161.

<sup>105</sup> Z. Ćwiąkałski: *Nadzwyczajne złagodzenie kary...*, s. 90—91.

sformułowania: „sąd może **również** zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w szczególnie uzasadnionych wypadkach...”, pozwala na sformułowanie tezy, że *de facto* mamy do czynienia z subsydiarnością formalną (wyraźną) o — może — nieco słabszej „formule” (kategoryczności).

Przytoczone ustalenia pozwalają na wyciągnięcie wniosku, że w przypadku usiłowania kwalifikowanego, będącego efektem czynnego żalu sprawcy w zakresie wartościowania przestępstwa dokonanego, otwarta jest droga do zastosowania art. 60 § 2 pkt 2 (wobec jego subsydiarnego charakteru w stosunku do art. 15 § 2) zawsze wtedy, gdy określone przesłanki przewidziane w art. 15 § 2 — zdaniem sądu — nie zostały spełnione. Dodać również należy, o czym była już mowa, że przepis art. 60 § 2 pkt 2 może być podstawą nadzwyczajnego złagodzenia kary przy nieskutecznym czynnym żalu okazanym w przypadku przestępstw formalnych, przy nieskutecznym czynnym żalu w ramach regulacji art. 131 § 1 oraz podokonaniowych formach czynnego żalu (np. w przypadku przestępstw z narażenia). Jednocześnie konieczność sięgnięcia po podstawę nadzwyczajnego złagodzenia kary przewidzianą w przepisie art. 60 § 2 pkt 2 powoduje, że od strony podmiotowej zaostrożone zostają przesłanki stosowania takiej degresji karania — sprawca nie tyle ma swoją nieskuteczną przeciwalkę podejmować dobrowolnie, ile wykazać nią właściwą postawę (utożsamianą ze skruchą).

Zatem, w celu usunięcia wszelkich wątpliwości, *de lege ferenda* rozważyć należy wprowadzenie przepisu o treści: „Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do sprawcy, który chcąc aby do dokonania nie doszło i dobrowolnie zapobiegając dokonaniu, swoim zachowaniem dokonał innego umyślnego czynu zabronionego”.

Końcowy postulat musi więc być poprzedzony konkluzją ogólną, uwzględniającą ustalenia poczynione wcześniej. Nie budzi wątpliwości, że im wcześniej określone jest przez ustawodawcę dokonanie, tym mniej czasu w *iter delicti* na przeddokonaniowy czynny żal. Wykazano już, że formy przeddokonaniowe silniej realizują funkcję prewencyjną w kontekście zapobieżenia naruszeniu dobra. Taką samą funkcję pełni przeddokonaniowy czynny żal. O ile jednak pierwsza formuła wymaga reakcji państwa, o tyle druga realizowana jest samodzielnie przez sprawcę. Zatem ustawodawca wybrać musi sposób realizacji tej funkcji, uwzględniając jego realną skuteczność, korzyści oraz koszty związane z wybranym sposobem, jakie ponosi pokrzywdzony, sprawca, społeczeństwo i wymiar sprawiedliwości.

Rekapitulując zaś skrótowo zagadnienia związane z czynnym żalem przedstawione w poprzednim i tym rozdziale, wskazać należy, że *de lege ferenda* przepisy odnoszące się do tej instytucji, realizujące funkcję prewencyjną, winny mieć kształt następujący (co szczegółowo uzasadnione zostało w niniejszym

rozdziale): „§ 1. Nie podlega karze za usiłowanie, kto, chcąc aby do dokonania nie doszło, dobrowolnie zapobiegł dokonaniu. § 2. Sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do sprawcy, który, chcąc aby do dokonania nie doszło, starał się zapobiec dokonaniu. § 3. Nie podlega karze za dokonanie przestępstwa narażenia dobra prawnego na bezpośrednio niebezpieczeństwo sprawca, który, chcąc aby do niebezpieczeństwa nie doszło, dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo. § 4. Sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do sprawcy przestępstwa narażenia dobra prawnego na bezpośrednio niebezpieczeństwo, który, chcąc aby do niebezpieczeństwa nie doszło, starał się niebezpieczeństwu zapobiec. § 5 Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do sprawcy, który, chcąc aby do dokonania nie doszło i dobrowolnie zapobiegając dokonaniu, swoim zachowaniem dokonał innego umyślnego czynu zabronionego”. Ponadto ustawodawca, realizując określoną politykę kryminalną, winien zaopatrzyć w odrębne klauzule czynnego żalu te przejawy czynnego żalu, które formalnie mają charakter podokonaniowy, jednak faktycznie zapobiegają naruszeniu określonego dobra prawnego — np. podokonaniowe czynne żale związane z *delicta sui generis*, przestępstwami „dwustadialnymi”, przestępstwami naruszającymi dobra zdematerializowane (tzw. dobro na przedpolu dokonania), czy być może również z wybranymi przestępstwami formalnymi. Każda z nich zaopatrzona winna być w karnoprawne konsekwencje spójne z systemem rozwiązań penalnych realizujących jasno i precyzyjnie określoną politykę kryminalną i karną. Każda taka klauzula winna posiadać odmianę nieskutecznego czynnego żalu<sup>106</sup>. Postulatem dotyczącym stosowania prawa *de lege lata* jest sugestia, aby dokonanie jako fragment usiłowania kwalifikowanego, będącego następstwem czynnego żalu, oceniane było w kontekście art. 15 § 2.

<sup>106</sup> Co prawda K. Tkaczyk postuluje wprowadzenie jednego przepisu jako ogólnej dyrektywy, gdyż inaczej regulacje takie stałyby się nieczytelne dla przeciętnego obywatela (K. Tkaczyk: *Institucja czynnego żalu...*, s. 47); jednak wydaje się, że wręcz przeciwnie, typizacje zaopatrzone w dodatkowe konstrukcje już w części szczególnej są czytelniejsze dla przeciętnego czytelnika niż pomieszczenie ich w części ogólnej.





## Zamiast zakończenia — próba oceny skuteczności rozwiązań przyjętych w obowiązującym stanie prawnym oraz wnioski *de lege ferenda*

Rozważania na temat czynnego żalu związanego z usiłowaniem zwieńczone być muszą próbą oceny, czy i na ile klauzule przewidziane w przepisie z art. 15 służą realizacji zakładanych celów.

Diagnoza taka poprzedzona jednak powinna być ustaleniem, jak w rzeczywistości funkcjonuje czynny żal związany z usiłowaniem. Dane statystyczne są znikome, by nie powiedzieć, że nie ma ich wcale. Ponieważ skuteczny czynny żal opatrzony jest klauzulą niepodlegania karze, w myśl art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k., postępowania w takim przypadku się nie wszczyna, a wszczęte umarza. Dostępne statystyki nie odnotowują skutecznego czynnego żalu jako przesłanki umorzenia postępowania (lub decyzji o niewszczygnięciu — postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego). Najczęściej dane dotyczące umorzenia ujmowane są zbiorczo lub — w najlepszym wypadku — jako podstawy umorzenia wskazywany jest art. 17 § 1 pkt 3 i 4<sup>1</sup>. To oznacza, że statystyki wskazują liczbę umorzeń łącznie — ze względu na społeczną szkodliwość czynu oraz wszystkie przypadki, gdy ustawa stanowi, że sprawca nie podlega karze. Zatem oprócz czynnego żalu związanego z usiłowaniem, w grupie tej mieści się czynny żal związany z przygotowaniem oraz związany ze współdziałaniem, a także podokonaniowy czynny żal odnoszony do poszczególnych wybranych typizacji (np.: art. 160 § 4, art. 169 § 1, art. 176 § 1, art. 220 § 3, art. 252 § 4, art. 259, art. 296 § 5, art. 297 § 3, art. 298 § 2 czy art. 299 § 8).

---

<sup>1</sup> W 2012 r. umorzenia na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 i 4 stanowiły 0,61% osądzeń w sądach rejonowych (ogółem), w 2011 r. zaś — 0,5%. Dostępne w Internecie: <http://bip.ms.gov.pl/dzialalnosc/statystyki/> [Dostęp: 29.06.2013 r.].

Ponadto o niepodleganiu karze stanowią przepisy określone mianem „małych stanów konieczności”<sup>2</sup>, związane z przestępstwami przeciwko wymiarowi sprawiedliwości (art. 233 § 3, art. 236 § 2, art. 239 § 2 i art. 240 § 3). Klauzulą bezkarności zaopatrzonej jest również przepis odnoszący się do przekroczenia granic obrony koniecznej (art. 25 § 3), a także przepis odnoszący się do matki powodującej uszkodzenie ciała dziecka poczętego (art. 157a § 3) oraz sprawcy łąpownictwa biernego (art. 229 § 6 i art. 230a § 3). Zatem „imponująca” liczba umorzeń w sądach rejonowych w 2012 r. — 0,61% wszystkich osądzeń (a 0,5% w 2011 r.)<sup>3</sup> — obejmuje wszystkie wskazane wcześniej sytuacje. To pozwala na postawienie tezy, że w sądach instytucja czynnego żalu związanego z usiłowaniami praktycznie nie pojawia się. Ponieważ powiązana ze skutecznym czynnym żalem klauzula bezkarności jest negatywną przesłanką procesową, należy przypuszczać, że przepis ten (o wiele) częściej powinien pojawiać się w decyzjach podejmowanych w postępowaniu przygotowawczym. Tu jednak oficjalne dane są jeszcze bardziej enigmatyczne, ponieważ operują kategorią umorzeń bez uszczegóławiania<sup>4</sup>. Nawet dane statystyczne zawarte w „Biuletynie Statystycznym Rocznym” opracowywanym przez Komendę Główną Policji, zgodnie z jej zarządzeniem, wyszczególniają jedynie umorzenie ze względu na: brak znamion czynu zabronionego, znikomą społeczną szkodliwość czynu, brak dowodów winy oraz niewykrycie sprawcy. Pozostałe przyczyny stanowiące podstawę umorzenia postępowania przygotowawczego są ujmowane w zbiorczej grupie<sup>5</sup>. Pojawia się zatem pytanie, czy waga, jaką przypisuje się instytucji czynnego żalu, nie wymaga wyodrębnienia w statystykach i takiej, odrębnej podstawy umorzenia. Niemniej z pewnością aktualny jest pogląd Z. Kubeca, że

<sup>2</sup> L. Wilk, w: *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*. Red. T. Dukiet-Nagórska. Warszawa 2012, s. 164.

<sup>3</sup> <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/statystyki/> [Dostęp: 29.06.2013 r.].

<sup>4</sup> [http://www.pg.gov.pl/upload\\_doc/000003370.pdf](http://www.pg.gov.pl/upload_doc/000003370.pdf) [Dostęp: 29.06.2013 r.].

<sup>5</sup> Zarządzenie Komendanta Głównego Policji z 1.07.2003 r. w sprawie zbierania, gromadzenia, przetwarzania i opracowywania danych statystycznych o przestępczości oraz zamachach samobójczych i wypadkach tonięcia. Dz.Urz. KGP nr 14, poz. 74, podaje za: J. Karaźniwicz: *Klauzula niekaralności sprawcy jako materialna przesłanka postępowania karnego*. W: *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego. W świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian*. Red. Z. Cwiągalski, G. Arytmiak. Warszawa 2009, s. 46. Treść zarządzenia dostępna w Internecie: <http://www.policja.pl/portal/pol/154/6501/> [Dostęp: 2.07.2013 r.]. Jednocześnie w Załączniku nr 1 do wymienionego Rozporządzenia, ustalającego wykaz symboli cyfrowych do formularzy, przewidziano dla zakończenia postępowania odrębne symbole dla następujących podstaw umorzeń: okoliczność, że podejrzany nie popełnił zarzucanego mu przestępstwa, a jednocześnie nie wykryto sprawcy, niewykrycie sprawcy, znikomą wartość społecznej szkodliwości czynu, brak znamion czynu zabronionego, brak znamion czynu zabronionego po wykonaniu czynności w trybie art. 308 lub 17 § 2 k.p.k., bez wydania postanowienia o wszczęciu postępowania, niecelowość orzekania, stwierdzenie, że podejrzany dopuścił się czynu w stanie niepoczytalności, stwierdzenie, że czyn stanowi wykroczenie oraz z innych przyczyn wyłączających ściganie.

art. 25 k.k. z 1932 r. rzadko jest stosowany w praktyce<sup>6</sup>. J. Karaźniewicz ostrożnie wysuwa tezę, że dane dotyczące umorzeń co do poszczególnych typizacji wskazują na co prawda niewielkie, ale jednak rosnące wykorzystywanie klauzuli niekaralności sprawcy<sup>7</sup>. Pewną wskazówką mogłyby być liczne zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku nieskutecznego czynnego żalu (art. 15 § 2), ale i w tym wypadku trudno znaleźć rzeczywiste dane<sup>8</sup>.

Niezależnie jednak od ustaleń statystycznych, z pewnością można mówić o dużej „ciemnej liczbie” czynnego żalu. Nie ma bowiem wątpliwości, że o ile w miarę łatwy jest do „wychycenia” (i poddania karnoprawnej ocenie) czynny żal w postaci podokonaniowej, o tyle ten okazywany na etapie usiłowania (a tym bardziej przygotowania) często „wymyka się” z obserwacji organów ścigania, a niejednokrotnie samego pokrzywdzonego. Przykładem może być odstąpienie od kradzieży z włamaniem po przyjsciu na miejsce zdarzenia, czy poniechanie zamiaru dokonania oszustwa już po wprowadzeniu potencjalnego pokrzywdzonego w błąd. Tego typu sytuacje, które — jak nie wątpię — zdarzają się w praktyce, „wyjaśniają” małą liczbę czynnego żalu w praktyce organów ścigania, a co za tym idzie — w statystykach. Ostatecznie, zarówno fakt popełnienia przestępstwa (w postaci usiłowania), jak i odstąpienie od jego dokonania praktycznie są niezauważalne nawet dla pokrzywdzonego.

Dodać więc należy, że jeśli rzeczywiście planowanie popełnienia czynu zabronionego jest stosowane w niemal 50% przestępstw, głównie tych najpoważniejszych (w sposób spontaniczny działają na ogół sprawcy dokonujący drobnych przestępstw oraz nieletni)<sup>9</sup>, to z pewnością przy tak ukształtowanej drodze przestępnej jest miejsce (w znaczeniu rzeczywistym) na czynny żal.

### **Zupełnie odrębny problem związany z praktycznym znaczeniem instytucji czynnego żalu stanowi społeczna świadomość jego istnienia i — co**

---

<sup>6</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag na temat odstąpienia od usiłowania*. „Państwo i Prawo” 1969, 3, s. 567 i 559.

<sup>7</sup> J. Karaźniewicz: *Klauzula niekaralności sprawcy jako materialna przesłanka...*, s. 46—47. O pewnych badaniach ankietowych wspomina K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym w aspekcie prawnoporównawczym*. Lublin 2007 [niepublikowana rozprawa doktorska obroniona na KUL], s. 271—277, za: K. Tkaczyk: *Kilka uwag na temat podmiotowych i przedmiotowych warunków czynnego żalu na gruncie kodeksu karnego z 1997 r. W: Kodeks karny i kodeks postępowania karnego po dziesięciu latach obowiązywania. Ocena i perspektywa zmian*. Red. M. Mozgawa, K. Dudka. Warszawa 2009, s. 114—143.

<sup>8</sup> W 1975 r. badania przeprowadził Z. Ćwiąkałski, wskazując, że (choć ustawodawca przewidział 17 podstaw nadzwyczajnego złagodzenia kary) w praktyce orzeczniczej aż 94,3% wypadków wiąże się jedynie z czterema przepisami (niedotyczącymi czynnego żalu przeddokonaniowego, w których pewne znaczenie miało naprawienie szkody). Wskazał także na podobne wyniki uzyskane przez J. Wojciechowską — Z. Ćwiąkałski: *Nadzwyczajne złagodzenie kary w praktyce sądowej*. Warszawa 1992, s. 75—77, 131—132.

<sup>9</sup> K. Sławik: *Współczesny sprawca przestępstwa*. Szczecin 1996, s. 148.

**ważniejsze — karnoprawnych konsekwencji.** Ten negatywny związek mocno akcentuje A. Spotowski. Uważa on, że błędne jest założenie, jakoby zasada bezkarności przy odstąpieniu od usiłowania była powszechnie znana, jednocześnie podkreślając, że nie można tego zweryfikować z badaniami empirycznymi. Przywołuje ustalenia K. Ulsenheimera, który przebadał orzecznictwo niemieckie, szwajcarskie oraz austriackie i wśród wielu różnorodnych motywów odstąpienia od usiłowania nie znalazł śladów wskazujących na to, że sprawca odstąpił od usiłowania ze względu na zapewniony przez ustawę przywilej bezkarności. A. Spotowski konkluduje, że **jeżeli przywilej bezkarności nie zachęca do odstępowania od usiłowania, to kryminalno-polityczne uzasadnienie tej instytucji traci rację bytu** [podkreśl. O.S.]<sup>10</sup>. Wydaje się, że wnioski te są nieuprawnione. Trudno bowiem mówić o braku skuteczności jakiegoś bodźca, jeśli rzeczywiście nie dociera on do adresatów. Jeżeli tezę stanowi twierdzenie, że fikcją jest przyjmowanie powszechnej znajomości przedmiotowej klauzuli bezkarności, to nie może dziwić, że klauzula ta „nie działa”. Być może to właśnie (powszechny) brak informacji o przywileju bezkarności spowodował, że wśród badanych przez K. Ulsenheimera takiej motywacji nie odnotowano. Nie tyle zatem podważona została racjonalizacja polityczno-kryminalna, ile skuteczność samej instytucji, a mówiąc dokładniej — jej znajomość. Można więc jedynie — póki co — ubolewać, że mechanizm przewidziany przez ustawodawcę, wobec jego powszechnej niezajomości, nie ma szans na „zadziałanie”<sup>11</sup>.

Należy zatem w pierwszym rzędzie zweryfikować stan znajomości w społeczeństwie instytucji odstąpienia od usiłowania i jej karnoprawnych konsekwencji. Dopiero później zaś, uwzględniając motywacyjną rolę prawa, w tym prawa karnego, rozważyć, co i w jaki sposób w tym zakresie można zmienić.

Wiedza o prawie, oprócz oceny prawnej i postawy wobec prawa, to element szerszego pojęcia „świadomości prawnej”, którą zajmuje się socjologia prawa. T. Szymanowski dostrzega między tymi pojęciami swoistą zależność, twierdząc, że o stanie świadomości prawnej społeczeństwa decyduje przede wszystkim zna-

<sup>10</sup> A. Spotowski: *O odstąpieniu od usiłowania*. „Państwo i Prawo” 1980, 6, s. 87 i nast. Tezę tę powtarza A. Wąsek, w: O. Górniok i in.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1. (art. 1—116). Gdańsk 2005, s. 226.

<sup>11</sup> A pamiętać trzeba, że dobre prawo to prawo funkcjonujące. Prawo — jak pisze S. Wronkowska — nie powinno być bowiem zbiorem spisanych dobrych intencji władzy społecznej, ale sprawnym instrumentem układania spraw społecznych — S. Wronkowska: *Kryteria oceny prawa*. W: „Studia Iuridica Toruniensia”. *Przemiany polskiego prawa (lata 1989—1999)*. Toruń 2001, s. 37. Wcześniej A. Stelmachowski pisał: „Prawo staje się, realizuje się dopiero w procesie stosowania”, i przywoływał poglądy R. Iheringa (sprzed stu lat): „Prawo istnieje po to, by być realizowane. To, co się nie realizuje w rzeczywistości, nie jest prawem, i na odwrót, to, co pełni jego funkcje, jest prawem, choćby jako takie nie było uznane”. — A. Stelmachowski: *Z problematyki badań empirycznych w naukach prawnych*. W: *Księga pamiątkowa ku czci prof. dra Witolda Świdy*. Red. J. Fiema, W. Gutekunst, S. Hubert. Warszawa 1969, s. 384—385.

jomość prawa (oraz określona skłonność do jego przestrzegania)<sup>12</sup>. Znajomość prawa pełni zatem funkcję szczególną — warunkuje występowanie pozostałych elementów świadomości prawnej<sup>13</sup>. Ponadto postulat, a nawet wymóg powszechnej znajomości prawa stanowi główny czynnik zapobiegający anarchii prawnej. Uzasadnieniem bowiem zasady *ignorantia iuris nocet* jest znajomość prawa. Jednocześnie mówi się o fikcji powszechnej znajomości prawa<sup>14</sup>. F. Studnicki, podkreślając brak kompleksowych badań empirycznych odnośnie do znajomości prawa w społeczeństwie, wskazał grupę norm, co do których spodziewać się można najwyższego wskaźnika znajomości. Normy te miałyby się odnosić do sytuacji: „1) których kluczowy rys wyznacza norma, 2) które powtarzają się w życiu adresata i przedstawiają dla niego pewną doniosłość i 3) w których kierowania się informacjami o normie nie można zastąpić kierowaniem się innymi informacjami ani wartościami intuicyjnymi”<sup>15</sup>. Wspomniany autor zauważa też, że porządek prawny *de facto* funkcjonuje sprawniej niż należałoby tego oczekiwać, biorąc pod uwagę niski na ogół stan wiadomości obywateli o normach prawa. Dzieje się tak dlatego, że wymagania stawiane przez prawo w wielu sytuacjach pokrywają się z wymaganiami stawianymi przez inne, działające z dużą siłą, systemy norm i wartości. Drugą przyczyną tego stanu rzeczy jest zjawisko społecznej korektury decyzji — wpływ otoczenia na proces podejmowania decyzji<sup>16</sup>. Aktualny zatem pozostaje pogląd A. Turskiej, że nawet najbardziej powierzchowne i prowizoryczne badania potwierdzają tezę, że w świadomości prawnej obywateli pozostaje przede wszystkim ładunek moralny określonych przepisów prawnych. W przypadku przepisów, których związek z moralnością jest nieuchwytny, stopień ich znajomości zależy od zawodu, stanowiska i innych tego typu okoliczności<sup>17</sup>.

Nie ma wątpliwości, że prawo karne, ze względu na swój specyficzny charakter i funkcję, mieści się w kanonie norm podstawowych, znanych generalnie społeczeństwu. Zakazy typu „nie zabijaj”, „nie kradnij” mieszczą się we wszystkich systemach wartości. Podobnie znane są — jak należy przypuszczać — podstawowe zasady odpowiedzialności typu: odpowiedzialność za czyn,

<sup>12</sup> T. Szymanowski: *Opinia społeczna w Polsce o zmianach prawa karnego*. „Państwo i Prawo” 2007, 5. Trzeba dodać, że w publikacji tej autor nie zajmuje się badaniem znajomości prawa karnego czy też wybranych regulacji.

<sup>13</sup> A. Pieniążek, M. Stefaniuk: *Socjologia prawa. Zarys wykładu*. Kraków 2002, s. 176.

<sup>14</sup> A. Turska: *O fikcji powszechnej znajomości prawa*. „Państwo i Prawo” 1957, 9.

<sup>15</sup> F. Studnicki: *Znajomość i nieznanie prawa*. „Państwo i Prawo” 1962, 4, s. 577. Autor, jako przykład, wskazuje normy regulujące ruch drogowy dla populacji kierowców. Dodaje, że jest wiele grup norm, w przypadku których spełniają się warunki 1) i 2), jednak nie spełniają one warunku 3), stąd wskaźnik znajomości dla nich będzie prawdopodobnie niski; dotyczy to np. norm prawa cywilnego.

<sup>16</sup> Ibidem, s. 578—579.

<sup>17</sup> A. Turska: *O fikcji powszechnej znajomości prawa...*, s. 319.

brak odpowiedzialności karnej w stosunku do najmłodszych sprawców czy zasada „nie ma przestępstwa bez ustawy”. Pojawia się jednak pytanie o stopień nasycenia znajomości prawa karnego, wiele bowiem instytucji prawa karnego nie wykazuje już tak silnego związku, o którym wspominają F. Studnicki czy A. Turska. Trudno więc w tym zakresie liczyć na intuicyjną znajomość tych norm. Ta uwaga, co oczywiste, odnosi się również do przepisów dotyczących odstąpienia od usiłowania zawierających klauzulę bezkarności. Już sam przepis, poza tym, że na tle przepisów prawa karnego ma charakter dość szczegółowy, jest wyjątkowy, ponieważ działa niejako w odwrotnym (niż nakazuje „tradycja” prawa karnego) kierunku, a to z pewnością nie ułatwia intuicyjnego „uświadczenia sobie” tej instytucji.

Jaka jest zatem społeczna znajomość prawa? W 1963 r. Z. Ziemiński pisał, że chociaż zagadnienia świadomości prawnej stały się przedmiotem żywego zainteresowania, to brak jest odpowiednich badań empirycznych<sup>18</sup>. Wyniki przeprowadzonych przez niego badań wskazywały, że niewiele osób potrafiło zdefiniować „czyn chuligański” (mimo toczącej się w prasie dyskusji na ten temat), a także określić karalność znęcania się nad rodziną w stanie nietrzeźwości (choć nieco wcześniej wszedł w życie przepis art. 23 ustawy przeciwalkoholowej)<sup>19</sup>. Na podstawie podobnych badań przeprowadzonych w tym samym czasie na Węgrzech K. Kulcsár ustalił, że w analizowanej grupie poziom znajomości prawa wynosi 0,55, co oznacza, że na 55% pytań dotyczących prawa udzielono nieprawidłowych odpowiedzi<sup>20</sup>. W latach 70. ubiegłego wieku przeprowadzone zostały badania nad znajomością różnych dziedzin prawa, których współautorem był A. Podgórecki. Analiza zebranych wyników pozwoliła autorowi wyodrębnić trzy kategorie wśród badanej populacji: 1) osoby dobrze znające prawo — 23%, 2) osoby znające prawo średnio — 63%, i 3) osoby nieznające prawa lub znające je w bardzo niewielkim stopniu — 14%. Badania te potwierdziły wcześniejsze przypuszczenia, że inaczej wygląda znajomość zasad prawnych, a inaczej znajomość przepisów prawa<sup>21</sup>. Te ostatnie znane są wśród tzw. kontrolerów prawnych (osoby z wykształceniem prawniczym, które bezpośrednio lub pośrednio kontrolują zachowanie innych). Sumaryczne wyniki badań wskazywały, że lepsza znajomość prawa cechowała przede wszystkim:

<sup>18</sup> Z. Ziemiński: *Próba empirycznego badania świadomości prawnej*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1963, 3, s. 197.

<sup>19</sup> Ibidem, s. 214—215

<sup>20</sup> K. Kulcsár: *Znajomość norm prawnych w społeczeństwie*. „Państwo i Prawo” 1969, 3, s. 501—502.

<sup>21</sup> Przez znajomość przepisów prawnych rozumiano znajomość brzmienia tekstów prawnych opartą na znajomości ich źródeł obowiązywania. Natomiast znajomość zasad prawnych pojmowano jako znajomość podstawowych norm dotyczących tego, co wolno i czego nie wolno, informujących, w jakim zakresie i pod jakimi warunkami określone typowe zachowania są dozwolone — A. Podgórecki: *Świadomość prawna — w świetle badań empirycznych*. „Państwo i Prawo” 1971, 12, s. 947.

mężczyzn, osoby w wieku 35—49 lat, osoby o odpowiednio wyższym stopniu wykształcenia, osoby zamieszkujące w mieście i osoby mające doświadczenie prawne związane ze stawiennictwem przed sądem<sup>22</sup>. Do podobnych wniosków doszedł co prawda K. Kulcsár, który ustalił ponadto, że we wskazanych trzech warstwach społecznych to znajomość prawa karnego (oprócz prawa państwowego i administracyjnego oraz prawa cywilnego) osiąga najwyższy współczynnik (jedynie pracownicy umysłowi uzyskali wyższy poziom znajomości prawa cywilnego)<sup>23</sup>. J. Błachut zauważa, że rezultaty badań empirycznych zarówno polskich, jak i zagranicznych dowodzą, że stopień nasycenia informacjami o normach prawnych w społeczeństwie jest bardzo zróżnicowany. Odmienny jest poziom znajomości norm należących do poszczególnych gałęzi prawa, inny jest również poziom znajomości tych norm w różnych kategoriach społecznych. Na ogół obywatele mają wyższy poziom znajomości tych dziedzin prawa, które w jakiś sposób związane są z ich codziennym doświadczeniem oraz pełnionymi funkcjami. Wśród przeciętnych obywateli poziom znajomości konkretnych przepisów nie jest zbyt wysoki. O wiele wyższy bywa poziom znajomości zasad prawnych, czyli podstawowych norm dotyczących tego, co jest dozwolone, a co zakazane przez prawo<sup>24</sup>. Brak jednak całościowych badań na temat znajomości przez polskie społeczeństwo prawa w ogóle, a prawa karnego w szczególności. Panuje zgodne przekonanie, że prawo nie jest znane.

Mając więc na uwadze uzasadnienie wprowadzenia klauzuli bezkarności w przypadku odstąpienia od usiłowania (jak również jego krytykę), a także stan badań w tym zakresie, należało empirycznie zbadać pod tym względem stan wiedzy polskiego społeczeństwa<sup>25</sup>.

Zasadniczym celem badań było ustalenie poziomu znajomości prawnokarnych konsekwencji czynnego żalu na etapie usiłowania. Ponieważ, jak zauważył F. Studnicki<sup>26</sup>, nie należy oczekiwać, że ankietowani potrafią odtworzyć z pamięci, choćby niedokładnie, treść przepisów, pytania miały dowiedzieć, czy umieją rozstrzygać zgodnie z prawem odpowiednio dobrane proste sytuacje na zasadzie wyboru z kilku zaproponowanych rozstrzygnięć. Respondentom przedstawione zostały cztery sytuacje odnoszące się kolejno do: 1) usiłowania kradzieży z włamaniem, 2) odstąpienia od usiłowania kradzieży z włamaniem z obawy przed ewentualną karą i powrotem do zakładu karnego, 3) odstąpienia

<sup>22</sup> Ibidem, s. 945—947.

<sup>23</sup> K. Kulcsár: *Znajomość norm prawnych w społeczeństwie...*, s. 501—502.

<sup>24</sup> J. Błachut: *Problemy związane z pomiarem przestępczości*. Warszawa 2007, s. 119. Por. też K. Kulcsár: *Znajomość norm prawnych w społeczeństwie...*, s. 503.

<sup>25</sup> Wyniki tych badań zostały już szczegółowo zaprezentowane w O. Sitarz: *Znajomość prawa karnego w zakresie czynnego żalu w społeczeństwie polskim*. W: *Pozbawienie wolności — funkcje i koszty. Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*. Red. A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Niełaczna, P. Wiktorska. Warszawa 2013, s. 921—942.

<sup>26</sup> F. Studnicki: *Znajomość i nieznanie prawa...*, s. 577.



nia od usiłowania kradzieży z włamaniem z powodu obietnicy złożonej chorej matce, 4) naprawienia szkody po dokonaniu kradzieży. Każdorazowo wśród zaproponowanych odpowiedzi znajdowały się takie, które mówiły o pełnej odpowiedzialności karnej, złagodzonej odpowiedzialności karnej lub jej braku. Na każde z pytań przewidziano też odpowiedź „nie wiem”. W sumie w badaniu brały udział 334 osoby. Próba badawcza nie miała charakteru reprezentatywnego, ale — co ważne — badania przeprowadzono w trzech środowiskach (trzech grupach społecznych). Pierwszą grupę stanowili **pacjenci** szpitali (zarówno Katowic, jak i okolicznych miejscowości — Bytomia, Mikołowa, Sosnowca, przeważnie na oddziałach ortopedycznych), w których chyba najłatwiej można spotkać cały przekrój polskiego społeczeństwa. Druga grupa to **osoby skazane**, odbywające karę pozbawienia wolności w Zakładzie Karnym w Zabrze — ponieważ to te osoby miały kontakt z „żywym prawem”, one też są szczególnymi adresatami normy wyrażonej w przepisie art. 15. Trzecią grupę stanowią **studenci** II roku prawa WPiA Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, ale jeszcze przed kursem prawa karnego<sup>27</sup>, ponieważ — wydawać by się mogło — kandydaci na prawników szczególnie powinni być wyczuleni na informacje natury prawnej<sup>28</sup>. Ta ostatnia grupa poddana została dodatkowemu testowi — czytania ze zrozumieniem testu prawa karnego. Z uwagi na konieczność ponownego rozwiązania ankiety, tym razem z możliwością sięgnięcia do odpowiednich przepisów prawa karnego<sup>29</sup>, sprawdzona została komunikatywność tekstu prawnego, choć przyznać trzeba, że jedynie wśród osób, które już wcześniej czytały teksty prawne. Ankietowani z każdej z grup zostali też zapytani o źródło pozyskiwania informacji na temat prawa karnego. Wszystkie badania przeprowadzono w drugiej połowie w 2011 r. Poniżej zaprezentowane zostaną wybrane wnioski z przeprowadzonych badań:

<sup>27</sup> Podobny zabieg zastosował Z. Ziemiński: *Próba empirycznego badania...*

<sup>28</sup> Szczegółowe dane dotyczące populacji badawczej są następujące: **studenci** — 61 **badanych**, 41 kobiet (69%) oraz 18 mężczyzn (31%), średnia wieku 20,45 lat, miejsce zamieszkania: 17 (28%) — wieś, 13 (22%) — małe miasto, 30 (50%) — duże miasto; **skazani** — 149 **badanych**, mężczyźni, wiek: 1 osoba do 17 lat, 18—35 lat — 69 osób (47%), 36—55 — 61 (41%), powyżej 55 lat — 17 (11%), miejsce zamieszkania: 34 (23%) — wieś, 51 (34%) — małe miasto, 63 (43%) — duże miasto, wykształcenie: podstawowe — 27 osób (18%), gimnazjalne — 16 (11%), zawodowe — 72 (49%), średnie — 27 (18%), licencjat — 3 (2%), wyższe — 2 (1%); **pacjenci** — 124 **badanych**, kobiety — 73 (59%), mężczyźni — 50 (41%), wiek: 2 osoby do 17 lat (2%), 18—35 lat — 48 osób (39%), 36—55 — 43 (35%), powyżej 55 lat — 30 (20%), miejsce zamieszkania: 24 (19%) — wieś, 43 (35%) — małe miasto, 57 (46%) — duże miasto, wykształcenie: podstawowe — 4 osoby (3%), gimnazjalne — 4 (3%), zawodowe — 17 (14%), średnie — 58 (47%), licencjat — 11 (9%), wyższe — 29 (24%).

<sup>29</sup> Po wypełnieniu pierwszej ankiety przez studentów formularze zostały im odebrane i ponownie rozdano identyczne ankiety. Aby móc prześledzić zmiany, z zachowaniem anonimowości, każdy student został poproszony o posługiwanie się dowolnym pseudonimem, takim samym w obu ankietach.

1. Łącznie we wszystkich grupach badawczych średni odsetek prawidłowych odpowiedzi wynosił 37. W tym zakresie do wyników badań należy podchodzić z pewną dozą ostrożności. Przywołując wskazane metody wypełniania ankiet, można wymienić sytuacje, w których ankietowany podawał, że nie zna zasad karalności usiłowania oraz czynnego żalu po dokonaniu, a błędnie zaznaczył odpowiedzi dotyczące czynnego żalu w przypadku usiłowania. Bardzo często ma też miejsce swoiste przemieszanie odpowiedzi „nie wiem”, poprawnych i zbliżonych do poprawnych. Może to świadczyć o przypadkowym „trafieniu” prawidłowej odpowiedzi. Wyciągnąć zatem należy wniosek, że wyniki dotyczące znajomości czynnego żalu są — jak się wydaje — nieco przecenione. Warto też zauważyć, że liczba osób (we wszystkich grupach), która zawsze udzielała prawidłowej odpowiedzi, wynosiła zaledwie 3% (6 osób wśród studentów, 1 osoba wśród skazanych oraz 2 osoby wśród pacjentów).
2. Pierwszym celem badawczym było ustalenie poziomu znajomości instytucji usiłowania, a mówiąc dokładniej — faktu jego karalności. O tym, że usiłowanie jest karalne — w granicach jak za dokonanie (czyli tak, jak przewiduje ustawa) lub w niższych granicach — wiedziało aż 95% studentów, 88% skazanych oraz 80% pacjentów. Tylko zdaniem nielicznych, usiłowanie (próba) kradzieży jest w myśl polskiego prawa niekaralne — odpowiedziało tak 5% studentów, 3% skazanych oraz 6% pacjentów. Pozostali ankietowani wybierali odpowiedź „nie wiem”. Wyniki te potwierdzają tezę, że usiłowanie generalnie jest instytucją dość dobrze znaną polskiemu społeczeństwu.
3. Podstawowym celem badawczym było jednak ustalenie znajomości regulacji związanych z czynnym żalem. Czynny żal okazany w trakcie usiłowania „występował” w ankiecie w dwóch postaciach. Rozróżnienie odnosiło się do motywacji, którą sprawca się kierował, zaprzestając kradzieży. Motywacja w pierwszej postaci miała charakter nieco kontrowersyjny — podana została informacja, że sprawca odstąpił od kradzieży ze strachu przed karą i powrotem do zakładu karnego. Motywacja w drugiej postaci miała charakter pozytywny (nieco nawiązujący do potocznego rozumienia sformułowania „czynny żal”) — sprawca odstępując od kradzieży, kierował się obietnicą poprawy złożonej chorej matce. Ustawa nie czyni takiego rozróżnienia (jest mowa wyłącznie o dobrowolności) i w obu przypadkach konsekwencją czynnego żalu jest brak kary. Respondenci rozwiązywali te przypadki w sposób niejednolity. Należy zauważyć, że (w porównaniu z pozostałymi grupami) aż 31% studentów wskazało na brak kary w obu prezentowanych przypadkach czynnego żalu (ten sam „wskaźnik” poprawności nie oznacza konsekwentnej wiedzy przedstawicieli tej grupy — rzadziej bowiem ten sam student prawidłowo zaznaczał odpowiedzi na oba pytania — 20%, w pozostałych wypadkach podawał prawidłową odpowiedź tylko na jedno z nich, a zsumowane wyniki dały identyczną liczbę). Wśród skazanych odpowiedzi kształtowały się na-

stępująco: 16% z nich wskazało bezkarność w przypadku czynnego żalu motywowanego strachem i 20% przy czynnym żalu okazanym na skutek danej obietnicy. Bardzo podobny rozkład odpowiedzi (odpowiednio 15% i 19%) na temat wyłączenia odpowiedzialności karnej wystąpił wśród pacjentów. Zatem **w badanych grupach świadomość istnienia kontrstymulatorów dokonania przestępstwa** (o których wspominał P.J.A. Feuerbach) **nie jest zbyt wysoka**. Jeśli jednak za argument przerwania drogi przestępczej (błędnie) przyjmiemy przekonanie o opłacalności tego przerwania ze względu na złagodzenie kary, to liczby przedstawiają się nieco bardziej optymistycznie (przynajmniej *prima facie*). Łącznie bowiem 59% studentów, odpowiadając na pytanie związane z czynnym żalem, w pierwszej postaci wskazywało na różnorodne dobrodziejstwa skutkujące wobec takiego sprawcy i odpowiednio 57% studentów — w przypadku czynnego żalu w drugiej postaci. Wśród skazanych wartości te wynosiły: 42% i 65%, a wśród pacjentów: 49% i 61%. Warto zauważyć, że właśnie przedstawiciele dwóch ostatnich grup badawczych (w przeciwieństwie do studentów) wyraźnie różnicują swoje odpowiedzi w zależności od tego, czy motywacją czynnego żalu był strach przed karą, czy jednak uczucia innej natury — obietnica poprawy złożona chorej matce. Niemniej wyniki badań wskazują, że niemal połowa badanych „dostrzega” (a może precyzyjniej: „przeczuwa”) dobrodziejstwa oferowane przez kodeks karny w związku z czynnym żalem okazanym na etapie usiłowania, co mogłoby sugerować pozytywną ocenę takiego stanu rzeczy. Problem w tym, że w rzeczywistości „dobrodziejstwa” związane z czynnym żalem okazanym w trakcie usiłowania są o wiele większe niż powszechnie się przypuszcza. I chociaż brzmi to paradoksalnie, takiego obrazu czynnego żalu w świadomości społecznej nie można oceniać pozytywnie, ponieważ te daleko idące konsekwencje — zagwarantowany brak kary — pełnią ważną funkcję społeczną. **Nie mają być nagrodą-niespodzianką dla samoresocjalizującego się sprawcy, ale stanowią dodatkową, szczególną i wyjątkową ochronę przed naruszeniem określonych dóbr prawnych**. Właśnie dlatego są tak szerokie, aby skłonić osoby usiłujące dokonać przestępstwa do jego poniesienia. Przywołać tu bowiem należy zasadę konsekwencji i zaangażowania<sup>30</sup>, która — w celu jej

<sup>30</sup> Z psychologicznego punktu widzenia decyzję o odstąpieniu od usiłowania bardzo trudno podjąć. Sprawca w trakcie usiłowania jest w specyficznej sytuacji motywacyjnej; już bowiem dokonał najtrudniejszego — przełamał zakaz, zatem kontynuacja przestępstwa jest teraz o wiele prostsza (nawet od wycofania się). Wynika to z pragnienia bycia konsekwentnym. Gdy bowiem człowiek dokonuje wyboru lub zajmuje stanowisko w jakiejś sprawie, budzi się w nim silna wola do pozostania konsekwentnym i postąpienia zgodnie z tym, w co się już zaangażował. Naciski te prowadzą do postępowania w sposób usprawiedliwiający wcześniejszą decyzję. Dodatkowo, aby upewnić się, że podjął dobrą decyzję, wybór ten ocenia lepiej niż gdyby podjął inną decyzję. Konsekwentne trwanie przy poprzednich decyzjach zwalnia z konieczności rozpatrywania wciąż napływających informacji — wystarczy postępować zgodnie z raz dokonanymi postanowieniami. Psycholodzy twierdzą, że w naszej kulturze zgodność i konsekwencja są wysoko cenione,

przełamania — wymaga silnych bodźców o kierunku przeciwnym (właśnie kontrstymulatorów). Aby więc bodźce te spełniły swoją funkcję, muszą być powszechnie znane. W psychologii mówi się o niskiej skuteczności surowych kar i wysokich nagród, podkreślając jednocześnie, że niska skuteczność dotyczy zachowań długoterminowych. Wysoka nagroda (podobnie jak surowa kara) ma natomiast dużą skuteczność w sytuacjach doraźnych<sup>31</sup>, a przecież tylko o takich mówimy.

4. Ponieważ przedmiotem niniejszego opracowania nie jest podokonaniowy czynny żal, w części tej powtórzyć jedynie wypada, że wśród badanych przekonanie o opłacalności naprawienia szkody jest większe niż przekonanie o opłacalności poniesienia *iter delicti*, mimo że ta ostatnia instytucja przynosi o wiele większe korzyści samemu sprawcy.
5. Spojrzeć zatem należy na wskazywane przez ankietowanych źródła pozyskiwania informacji o prawie karnym. W przypadku tego pytania ankietowani mogli wskazać kilka odpowiedzi, a także dopisać inne. Studenci najczęściej korzystają z informacji medialnych (aż 79% z nich) oraz z podawanych na lekcjach WOS (77%); dużym ich zainteresowaniem cieszą się popularnonaukowe programy telewizyjne o tematyce prawniczej oraz filmy poruszające takie wątki (po 34% wskazań). Najrzadziej studenci sięgali do samego tekstu prawnego (3% wskazań), trzeba jednak zaznaczyć, że mieli wypowiedzieć się na temat pozyskiwania informacji o prawie w okresie przed rozpoczęciem studiów prawniczych. Również osobiste doświadczenia z wymiarem sprawiedliwości w przypadku przedstawicieli tej grupy należały do wskazań bardzo rzadkich (7%). Jak łatwo się domyśleć, skazani informacje o prawie czerpią z zupełnie innych źródeł — na własne doświadczenia związane z wymiarem sprawiedliwości wskazało najwięcej z nich — 48%. Rzadziej niż studenci skazani wskazywali na informacje medialne — 32%. Natomiast ta

---

bez nich życie byłoby trudne. Prowadzi to jednak do konsekwentnego postępowania nawet w sytuacjach, w których rozsądniejszy byłby brak zgodności z wcześniejszym postępowaniem. Natomiast kluczem do dążenia do konsekwencji jest zaangażowanie. Wiele badań dowodzi, że im więcej wysiłku dana osoba wkłada w swoje zaangażowanie w jakąś sprawę, tym pozytywniejszy staje się jej stosunek do tej sprawy i tym trudniej przełamać postawę konsekwentną. Gdy ktoś poświęca jakiejś sprawie dużo czasu i energii, to niemal nie można go przekonać, że nie była ona tego warta. Decyzje pociągające za sobą zaangażowanie, nawet jeśli są błędne, mają tendencje do samopodtrzymywania się, dzięki temu, że „zapuszczają korzenie” — pojawiają się bowiem nowe powody i uzasadnienia usprawiedliwiające już podjęte decyzje. Wykazano, że im ważniejsza decyzja, tym większy dysonans podecyzyjny. Jeżeli ktoś podejmuje ostateczną i nieodwracalną decyzję, to pojawia się większa potrzeba redukcji dysonansu przez podwyższenie atrakcyjności wybranej alternatywy i zdewaluowanie alternatywy odrzuconej (najczęściej przez proste zniekształcenie oceny) — R.B. Cialdini: *Wywieranie wpływu na ludzi. Teoria i praktyka*. Gdańsk 2002, s. 65—108 oraz E. Aronson, T.D. Wilson, R.M. Akert: *Psychologia społeczna*. Poznań 1997, s. 84—91.

<sup>31</sup> E. Aronson, T.D. Wilson, R.M. Akert: *Psychologia społeczna...*, s. 104.

grupa badanych może stanowić wzór dla reszty społeczeństwa, jeśli chodzi o sięganie do tekstu prawnego — na jego lekturę bowiem powoływało się aż 27% skazanych. Media jako źródło informacji zdecydowanie przeważają w grupie pacjentów — 68% z nich pozyskuje informacje o prawie ze źródeł medialnych o charakterze informacyjnym, 37% ogląda popularnonaukowe programy telewizyjne o tematyce prawniczej i aż 25% deklaruje, że swoją znajomość prawa opiera na filmach. Do lektury tekstów prawnych przyznało się zaledwie 3 pacjentów.

Wyniki badań niewątpliwie wskazują, że to właśnie media stanowią dla wielu Polaków źródło informacji o obowiązującym prawie<sup>32</sup>. Popularność wśród respondentów programów popularnonaukowych i filmów o tematyce prawniczej skłania do ostrożnego postulatu, aby wśród *product placement*, a mówiąc dokładniej — *idea placement*, znalazł się czynny żal. Może fakt umorzenia postępowania przez sędzię Annę Marię Wesołowską z powodu odstąpienia od usiłowania (dobrowolnego — jak wykazałoby „barwne” postępowanie)<sup>33</sup> lub wplecenie takiego wątku w popularne seriale sprawiłoby, że instytucja przewidziana w art. 15 § 1 stałaby się bardziej znana<sup>34</sup>? Z przeprowadzonych badań bezsprzecznie wynika, że olbrzymią rolę w tym względzie odgrywają lekcje z przedmiotu wiedza o społeczeństwie. Powstaje zatem pytanie, czy w programach nauczania ma on właściwą rangę i czy rzeczywiście adekwatnie odpowiada na potrzeby młodego obywatela w zakresie podstawowych regulacji prawa (w tym prawa karnego). W jednym z podręczników dla licealistów<sup>35</sup>, liczącym 429 stron, informacje o prawie karnym materialnym znaleźć można na ponad dwóch stronach. Wydaje się, że wiedza na ten temat człowieka wchodzącego w dorosłość powinna mieć nieco szerszy zakres. Dziwi też dobór samych wiadomości — brak jest informacji o karalności usiłowania i wyjątkowo przygotowania (jak również np. o istocie i karalności pomocnictwa i podżegania, które to informacje dla młodych ludzi są chyba szczególnie istotne, zwłaszcza jeśli uwzględni się fenomenologię przestępczości nieletnich), nie mówiąc już o czynnym żalu. Jednocześnie szczegółowo wyliczone są przestępstwa nieumyślne (włącznie z nieumyślnym powodowaniem zagrożenia epidemiologicznego) oraz katalog środków karnych wraz z krót-

<sup>32</sup> Podobnie J. Błachut: *Problemy związane z pomiarem przestępczości...*, s. 119.

<sup>33</sup> W 1962 r. Z. Ziemiński wspominał o bardzo popularnych programach: *Wszyscy jesteśmy sędziami* oraz *Paragrafi fajka*, chociaż wtedy popularność tej formy pozyskiwania informacji — zdaniem tego autora — wynikała z nowości tego środka informacji — Z. Ziemiński: *Próba empirycznego badania...*, s. 208.

<sup>34</sup> O wizerunku prawa w polskich filmach i serialach od 1965 r. zob. E. Ciszewska, B. Lewandowski: *Prawo jako reprezentant zła w polskim kinie*. „Edukacja Prawnicza” 2011, 11, s. 21—25.

<sup>35</sup> *Z demokracją na ty. Wiedza o społeczeństwie — zakres podstawowy i rozszerzony*. Red. T. Merta. Warszawa 2007, s. 307—309.

ką charakterystyką każdego z nich. Trzeba zatem raz jeszcze podkreślić, że odpowiedzialność za miejsce informacji o prawie w mediach i stosownych podręcznikach oraz za ich jakość jest szczególna, jako że źródła te są nie tylko najpopularniejsze wśród społeczeństwa, ale też o wiele czytelniejsze dla przeciętnego odbiorcy niż sam akt prawny.

6. Reasumując wyniki badań, należy zastanowić się, czy w świetle badań, o których wspominał A. Spotowski, nieznanymi instytucji czynnego żalu nie należy odczytywać pozytywnie. Oznaczać to bowiem może, że **brak przejawów czynnego żalu po stronie sprawców jest wytłumaczalny i można spróbować to zmieniać**. Również wspomnianą niską liczbę umorzeń postępowań przygotowawczych ze względu na klauzulę bezkarności wyrażoną w przepisie art. 15 § 1<sup>36</sup> prawdopodobnie zinterpretować można (przynajmniej częściowo) jako efekt nieznanymi przez sprawców konsekwencji przewidzianych w tym przepisie. Jednocześnie należy raz jeszcze podkreślić, że wszelkim statystykom i badaniom wymykają się wszystkie sytuacje, w których sprawca ostatecznie zrezygnował z dokonania przestępstwa, a pokrzywdzony nawet nie dowiedział się o usiłowaniu jego dokonania lub — ze względu na brak szkody — zrezygnował ze zgłaszania policji faktu usiłowania dokonania przestępstwa (warto nadmienić, że aż 20% pacjentów nie wiedziało, że usiłowanie w ogóle jest karalne). Oczywiście, nie można zakładać, że powszechna znajomość przepisów dotyczących czynnego żalu spowoduje, że sprawcy skuszeni bezkarnością zaczną przerywać drogę przestępczą przed dokonaniem<sup>37</sup>, jednak wzrasta prawdopodobieństwo uniknięcia szkody, gdy przepis o czynnym żalu będzie szerzej znany.

Zatem jeżeli założymy, że racjonalny ustawodawca dysponuje wiedzą o skutecznym motywacyjnym oddziaływaniu prawa i wpływie norm prawnych na postawy osób poddanych oddziaływaniu prawa<sup>38</sup>, to konsekwencją takiego założenia musi być podjęcie wszelkich wysiłków, aby informacja o prawie do społeczeństwa dotarła. I co wydaje się niezmiernie istotne, do społeczeństwa musi dotrzeć nie tylko informacja negatywna — „co grozi”, ale też pozytywna — „co można zyskać”. Wtedy instrumenty pozytywne mają sens, a przede wszystkim są skuteczne. Zatem sformułowaniu *ignorantia iuris nocet* powinno nadać się nowe znaczenie. Jak już bowiem wspomniano, znaczenie znajomości

---

<sup>36</sup> Na przykład w ciągu ostatnich 5 lat nie odnotowano takiej sytuacji w Prokuraturze Rejonowej w Zawierciu oraz w Myszkowie — badania przeprowadzone przez studentkę w ramach przygotowywania pracy dyplomowej.

<sup>37</sup> Obawiając się nieszczerých, koniunkturalnych odpowiedzi, w badaniach osób odbywających karę pozbawienia wolności pominięto pytanie: „Czy gdyby znał Pan instytucję czynnego żalu i jego konsekwencje w postaci zniesienia odpowiedzialności karnej, zrezygnowałby Pan z dokonania przestępstwa”.

<sup>38</sup> A. Gruniuk: *Świadomość prawna — aspekt normatywny*. „Państwo i Prawo” 1973, 11, s. 76.

ci czynnego żalu jest nieco inne niż generalne znaczenie znajomości prawa. Niezrealizowanie normy przewidzianej w przepisie art. 15 nie stanowi kolizji; nie jest przełamaniem tej normy. Trudno więc nie zgodzić się z A. Gryniuk, że nieznajomość norm działających na korzyść adresata pozostaje poza normatywną zasadą *ignorantia iuris nocet*, lecz w ramach szerszej — ogólnej reguły mówiącej o tym, że nieznajomość pewnych prawidłowości, niezależnie od tego, jakie one będą (czy reguły społeczne, czy nawet „reguły przyrody”), szkodzi z punktu widzenia prawa w nie mniejszym stopniu niż nieznajomość zasad prawnych zawierających nakazy czy zakazy<sup>39</sup>.

K. Kulcsár przekonuje, że niezwykle trudno określić rolę znajomości prawa wśród czynników, mających znaczenie dla kształtowania się zachowania ludzi<sup>40</sup>. Współcześnie jednak motywacyjne działanie norm prawnych jest kwestią bezsporną. W literaturze podkreśla się, że przy motywacyjnym działaniu norm chodzi o sytuacje, w których norma „wkracza” do procesów motywacyjnych jako czynnik modyfikujący te procesy. O motywacyjnym działaniu prawa można mówić wtedy, gdy wiadomości o normach prawnych spowodowały taki przebieg procesów motywacyjnych, który doprowadził jednostkę do zachowania się zgodnego z wyznaczonym przez te normy wzorem<sup>41</sup>. O sile klauzuli bezkarności (co prawda podokonaniowej, ale to też szeroko rozumiany czynny żal) przekonująco pisze J. Karaźniewicz. Wskazuje ona, że nagły wzrost umorzeń (z 2,2—2,5% do 10,1% i 13% wszystkich umorzeń) postępowań przygotowawczych w sprawach o przekupstwo funkcjonariuszy publicznych, który nastąpił od 2003 r., można bez wątplenia powiązać z wprowadzeniem w tym właśnie roku do k.k. przywileju niepodlegania karze dla sprawcy łapownictwa czynnego<sup>42</sup>. O podobnej sytuacji pisała przed laty D. Gajdus. Wskazywała ona, że praktyczny rezultat klauzul czynnego żalu wprowadzony przez ustawodawstwo włoskie w związku z walką z terroryzmem był widoczny do tego stopnia, że 1980 r. sędziowie włoscy nazwali „rokiem żałujących terrorystów”<sup>43</sup>. Jedno-

<sup>39</sup> Ibidem, s. 75.

<sup>40</sup> K. Kulcsár: *Znajomość norm prawnych w społeczeństwie...*, s. 500.

<sup>41</sup> W. Dziedziak: *Działanie motywacyjne sankcji prawnych i moralnych*. W: „Studia Iuridica Lublinensia”. T. 5. Lublin 2005, s. 17. Tam też szerzej autor analizuje motywacyjną rolę sankcji prawnej (s. 18 i nast.).

<sup>42</sup> J. Karaźniewicz: *Klauzula niekaralności sprawcy jako materialna przesłanka...*, s. 47. Por. też badania IWS *Klauzula bezkarności sprawców przestępstwa łapownictwa czynnego (art. 229 § 6 k.k.)*, przeprowadzone przez Pawła Bachmata. Dostępne w Internecie: <http://www.iws.org.pl/pliki/files/badania/raporty/raporty2009/P%20Bachmat%20Klauzula%20bezkar%C5%9Bci%202009.pdf> [Dostęp: 5.07.2013 r.].

<sup>43</sup> D. Gajdus: *Czynny żal w polskim prawie karnym*. Toruń 1984, s. 21. Autorka wskazuje też, że w 1980 r. na 72 terrorystów członków „Czerwonych Brygad” 33 osoby ujawniły fakt przynależności do organizacji oraz istotne okoliczności dotyczące popełnionych w jej ramach przestępstw. Ponadto autorka twierdzi, że na 100 oskarżonych należących do „pierwszej linii” aż 52 dobrowolnie odstąpiło od organizacji, współpracując z siłami porządku we Włoszech.

czesnie, o czym była już mowa, trudno nie zgodzić się z W. Dziedziakiem, że warunkiem koniecznym, choć niewystarczającym, by mówić o oddziaływaniu prawa na daną osobę, jest to, by adresat wiedział o obowiązywaniu danej normy i rozumiał jej treść<sup>44</sup>. Dlatego też oczywisty wydaje się postulat D. Gajdusa o konieczności popularyzacji instytucji czynnego żalu czy wręcz o szczególnym obowiązku upowszechnienia treści przepisów dotyczących czynnego żalu za pomocą wszelkich możliwych kanałów informacyjnych<sup>45</sup>. O znaczeniu znajomości prawa i sposobie zapewnienia powszechnej jego znajomości informują już źródła sprzed trzystu lat. W *Tomasza Działyńskiego wilkierzu na starostwo łąkorskie* (1692 r.) postanowiono bowiem „O czytaniu wilkierza w każdej wsi” (art. 78): „A ponieważ nie wszystkim wiadomo, co się w niniejszym wilkierzu obwarowało, więc stanowimy i to, ażeby wilkierz ten i wszystkie w nim postanowione artykuły i punkta przy obecności wszystkiego poddaństwa, ogrodników, wolnych i wszystkich obywateli każdej wioski, cztery razy do roku był czytany przez którego z radzkich albo kogo na to frejszule wysadzi, który by czytać umiał, aby każdy wiedział, jako się ma sprawować, i żaden się nieświadomością nie wymawiał”<sup>46</sup>. O wiele łatwiej dotrzeć do rzeczywistego sprawcy z informacją na temat czynnego żalu związanego z naprawieniem szkody (choćaby przez organa ścigania) niż do potencjalnych sprawców czynów zabronionych. Tu powraca kwestia podnoszenia świadomości prawnej społeczeństwa czy to przez właściwe szkolenie w zakresie zajęć szkolnych, czy za pomocą mediów.

Należy podkreślić, że nieświadomość istnienia klauzuli bezkarności związanej z czynnym żalem nabiera szczególnego znaczenia. Ustawodawca karny kładzie duży nacisk na wymóg znajomości prawa, czego wyrazem jest regulacja błędu co do bezprawności czynu (art. 30). W myśl tej regulacji, tylko usprawiedliwiony błąd co do prawa wyłącza odpowiedzialność karną. Ewentualne ryzyko ponoszenia odpowiedzialności karnej w wyniku nieusprawiedliwionego błędu co do prawa ponosi więc sprawca. Oczywiście, można twierdzić, że niezajomość prawa przez (potencjalnego) sprawcę szkodzi całemu społeczeństwu, gdyby przyjąć, że właśnie to mylne wyobrażenie o braku zakazu nie powstrzymało sprawcy przed czynem i wyrządzeniem szkody. Wydaje się jednak, że fakt

<sup>44</sup> W. Dziedziak: *Działanie motywacyjne...*, s. 17.

<sup>45</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 28, 72—73.

<sup>46</sup> A. Gulczyński, B. Lesiński, J. Walachowicz, J. Wiewiorowski: *Historia państwa i prawa. Wybór tekstów źródłowych*. Poznań 2002, s. 156. Z kolei w Edyktie z 8 października 1731 r. przeczytać można: „A żeby Niewiadomością tego by sie nie wymawiał żeby mu ten Edykt dla Przestrogi każdemu na Miejskach publicznych być przybity, także u wszystkich Regimentów ogłoszony y często powtarzany, nawet przed kościelnymi Drzwiami po skończonym Nabożeństwie przynamniej Czwiere Roku Zgromadzeniu publicznie przeczytany” — Edykt aby Pod Winą Tacek Szancowych nikt się nie ważył sadzone Wierzbowe — Morwowe — Lipowe y insze tym podobne użyteczne drzewa psować. Pod Datą Berlin — Dnia 8 October 1731 r.



wyrządzenia szkody pokrzywdzonemu jest z reguły tak czytelny dla sprawcy, że znajomość zakazu karnego tylko w niewielkim stopniu może działać motywująco, jeśli chodzi o jego przestrzeganie (dotyczy to zwłaszcza czynów mieszczących się w tzw. podstawowym kanonie, tj.: kradzieży, oszustw, zabójstwa itp.)<sup>47</sup>. Innymi słowy, nieznanomość prawa przez potencjalnego sprawcę, jeśli szkodzi<sup>48</sup>, to wyłącznie jemu, a nie (potencjalnemu) pokrzywdzonemu czy szerzej — społeczeństwu. Zupełnie inaczej wygląda sytuacja dotycząca znajomości instytucji czynnego żalu<sup>49</sup>. Dla sprawcy karnoprawne konsekwencje zaniechania rozpoczętego przestępstwa nie są już tak oczywiste. Wie, że za kradzież może ponieść karę, ale nie musi wiedzieć, że podejmując próbę kradzieży i dobrowolnie z niej rezygnując, zapewnia sobie bezkarność. Takiej informacji nie można uzyskać z innych systemów wartości; nie jest to wiedza intuicyjna, powszechnie znana. Jedynie czynny żal po dokonaniu, tak rzadko występujący w polskim prawie karnym, może opierać się na odczuciach społecznych (moralnych, religijnych), nakazujących naprawić wyrządzone zło. W myśl polskiego prawa, jest to jednak inna instytucja, o innych przesłankach i prawnokarnych konsekwencjach (przecenianych z kolei — jak pokazują badania — przez społeczeństwo). Jednak co ważniejsze, brak takiej informacji szkodzi nie tylko sprawcy (który być może uniknąłby odpowiedzialności karnej), ale także (a może przede wszystkim) pokrzywdzonemu i społeczeństwu, ponieważ szkoda ostatecznie zostaje wyrządzona. W tym znaczeniu nieznanomość prawa w zakresie instytucji czynnego żalu szkodzi ogromnie i to wszystkim. **W interesie całego społeczeństwa leży więc powszechna znajomość odstąpienia od usiłowania i klauzuli niepodlegania karze.**

Ponad 40 lat temu Z. Kubec wskazywał, że chociaż przepis odnoszący się do czynnego żalu przy usiłowaniu rzadko jest stosowany w praktyce, odgrywa doniosłą rolę kryminalno-polityczną<sup>50</sup>. Opinię tę, opartą na zdaniu prak-

<sup>47</sup> Por. badania N. Walkera i M. Argyle'a oraz L. Berkowitza i N. Walkera omówione przez B. Szamotę-Saeki: *Wpływ prawa karnego na przekonania moralne społeczeństwa w świetle wybranych badań*. „Archiwum Kryminologii” 2007—2008, 29—30, s. 203—207.

<sup>48</sup> Por. F. Studnicki: *Znajomość i nieznanomość prawa...*, s. 587—588.

<sup>49</sup> Przypomnieć należy, że ocena zachowania sprawcy, który powołał się na brak znajomości treści przepisu art. 15 jako powód nie przedsięwzięcia w ogóle przeciwalkcji, jest jednoznaczna. Skoro bowiem warunkiem *sine qua non* bezkarności jest brak dokonania, każde („skuteczne”) dokonanie uniemożliwia skorzystanie z tej bezkarności. Bezkarność związana z czynnym żalem stanowi rezygnację przez ustawodawcę z *ius puniendi* o charakterze wyjątkowym, uzasadnionym intencjonalnym brakiem szkody. Ryzyko zaś poniesienia kary w przypadku podjęcia usiłowania dokonania czynu zabronionego ponosić musi wyłącznie sprawca. Innymi słowy, błąd polegający na braku świadomości istnienia klauzuli bezkarności związanej z czynnym żalem na etapie usiłowania jest irrelevantny dla zasad odpowiedzialności karnej.

<sup>50</sup> Z. Kubec: *Kilka uwag...*, s. 567 i 559.

tyków, podziela K. Tkaczyk<sup>51</sup>. O jej uzasadnieniu i znaczeniu już była mowa w rozdziale drugim niniejszej monografii. W tym miejscu nawiązać należy do podstawowych, jak się wydaje, funkcji czynnego żalu — ochronnej (prewencyjnej) i kompensacyjnej. Należy powtórzyć, że W. Zalewski zalicza czynny żal do polskiego systemu karnoprawnej restytucji, ale akcentuje przede wszystkim podokonaniowy czynny żal (w postaci naprawienia szkody), wspominając również o nieskutecznym czynnym żalu<sup>52</sup>. Podobnie ujmuje czynny żal A.R. Światłowski. Jego zdaniem, „kompensacyjna funkcja dochodzi do głosu tam, gdzie premiowane ma być naprawienie przez sprawcę już wyrządzonej szkody”. Uważa on, że szersze rozumienie funkcji kompensacyjnej, a więc z uwzględnieniem zapobieżenia szkodzie, jest niewłaściwe, zaciera bowiem różnicę między funkcją kompensacyjną a prewencyjną<sup>53</sup>. Przedokonaniowy czynny żal „wyprzedza” funkcję kompensacyjną prawa karnego — sprawia, że w układzie pokrzywdzony — sprawca nie musi być już ona realizowana (egzekwowana). Wydaje się także, że wszystkie postulaty wiktymologii i — częściowo — sprawiedliwości naprawczej realizuje niejako zawczasu sam sprawca okazujący czynny żal. Zatem rzeczywiście ujawnia się zdecydowanie prewencyjny charakter czynnego żalu. Powstaje więc pytanie, czy w ogóle można rozważać kompensacyjny charakter czynnego żalu na etapie usiłowania. Wydaje się, że tak. W trakcie usiłowania nie doszło bowiem do naruszenia dobra objętego pierwotnym zamiarem sprawcy, ale — o czym była mowa wcześniej — naruszone zostało dobro w postaci poczucia bezpieczeństwa i wolności od strachu. **Czynny żal polegający na dobrowolnym zapobieżeniu dokonania rekompensuje naruszenie tego dobra.** Podobną ocenę należy odnieść do relacji sprawca — społeczeństwo. W tym przypadku również przeciwakcja podjęta przez sprawcę zasadniczo niweluje szkodę/krzywdę wyrządzoną społeczeństwu. Parafrazując myśl C. Roxina, czynny żal przynosi uspokojenie społeczeństwa w znaczeniu prewencji integracyjnej i przywraca pokój prawny<sup>54</sup>. Jednocześnie prewencyjny charakter czynnego żalu powoduje, że (jak w przypadku każdej prewencji) korzyści odnoszone z zachowania sprawcy okazującego czynny żal są szczególnie istotne — nie wymaga ze strony państwa czy pokrzywdzonego żadnych zabiegów windykacyjnych, niweluje też ryzyko, że szkoda w ogóle nie zostanie

<sup>51</sup> K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym w aspekcie prawnoporównawczym*. Przemyśl 2008, s. 44—46.

<sup>52</sup> W. Zalewski: *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?* Gdańsk 2006, s. 264—265, 286—287. Podobnie J. Skorupka: *Wybrane zagadnienia z problematyki funkcji kompensacyjnej prawa karnego*. W: *Karnomaterialne i procesowe aspekty naprawienia szkody*. Red. Z. Cwiakalski, G. Artymiak. Warszawa 2010, s. 34.

<sup>53</sup> A. Światłowski: *Kompensacyjna funkcja czynnego żalu w kodeksie karnym z 1997 r.* „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002, 2, s. 152—153.

<sup>54</sup> Podaję za: J. Skorupka: *Wybrane zagadnienia z problematyki funkcji kompensacyjnej...*, s. 33.

naprawiona. Zatem czynny żal wymieniany, oprócz innych, w katalogu środków o charakterze prewencyjnym czy kompensacyjnym zdecydowanie dominuje nad pozostałymi.

Zauważyć należy, że w myśl założeń obecnego k.k., prawo karne nie sprowadza się wyłącznie do ukarania sprawcy; jego celem jest też kompensacja i restytucja szkody poniesionej przez pokrzywdzonego na skutek przestępstwa. Już na etapie projektowania nowej ustawy karnej dostrzeżono znaczenie rozwiązywania konfliktu społecznego, jaki powstał między sprawcą a pokrzywdzonym, co „w prawie karnym materialnym wiąże się [...] z rolą, jaką przywiązuje się do zapobiegnięcia przez sprawcę powstaniu szkody, np. czynny żal przy usiłowaniu”<sup>55</sup>. Ponadto wydaje się, że — nawiązując do poczynionych ustaleń — funkcja ochronna prawa karnego **jest przede wszystkim realizowana przez karnoprawną ingerencję na przedpolu wyrządzenia szkody** (wobec zgłaszanych wątpliwości co do skuteczności prewencyjnego znaczenia norm prawno-karnych<sup>56</sup>). Zatem kryminalizacja na przedpolu wyrządzenia szkody (w przypadku racjonalnego zastosowania rozmaitych narzędzi, w tym czasami m.in. przez konstrukcje usiłowania) umożliwia zinstytucjonalizowane zapobieżenie szkodzie (stwarzanie podstaw prawnych do karnoprawnej reakcji przed naruszeniem dobra<sup>57</sup>), a przez wprowadzenie instytucji czynnego żalu na etapie przygotowania i usiłowania (oraz czynnego żalu po dokonaniu w przypadku określonych kategorii przestępstw) — samodzielne zapobieżenie szkodzie.

Już w innej publikacji<sup>58</sup>, opierając się na propozycjach przedstawionych przez D. Gajdusa<sup>59</sup>, wskazywałam zasadnicze komponenty kształtujące ogólny **model czynnego żalu**. Przede wszystkim należy do nich zaliczyć (jako **elementy „stałe”**): 1) zachowanie sprawcy „przeciwnie zachowaniu stypizowanemu”<sup>60</sup>, 2) „związek funkcjonalny” — działanie podjęte w interesie narażonego dobra, 3) dobrowolność oraz 4) karnoprawne konsekwencje o charakterze łagodzącym dla sprawcy realizującego wymienione przesłanki. Na zakres i siłę oddziaływania takiej regulacji jako kontrstymulatora naruszenia dobra wpływ mają ponadto różne „**zmienne**”, do których zaliczyłam m.in.: 1) fakultatywność lub obligatoryjność dobrodziejstw, które zyskuje żałujący, 2) dodatkowe wymo-

<sup>55</sup> Nowe kodeksy karne — z 1997 r. z uzasadnieniami. Warszawa 1997, s. 146.

<sup>56</sup> Por. np.: B. Szamota-Saeki: *Wpływ prawa karnego na przekonania moralne społeczeństwa...*, s. 203; K. Laskowska: *Rola prawa karnego w ograniczaniu patologii jako zagrożenia dla społeczeństwa XXI wieku*. „Archiwum Kryminologii” 2009, 31, s. 147.

<sup>57</sup> Por. L. Gardocki: *Typizacja uproszczona*. „Studia Iuridica” 1982, 10, s. 75—76.

<sup>58</sup> O. Sitarz: *Czynny żal jako instrument polityki kryminalnej i karnej*. „Archiwum Kryminologii” 2009, 31, s. 169—170.

<sup>59</sup> D. Gajdus: *Czynny żal...*, s. 56.

<sup>60</sup> Chociaż precyzyjniej byłoby określić je mianem zachowania odmiennego, niekoniecznie przeciwnego — obok bowiem przeciwdziałania, czasem do braku dokonania wystarczy brak kontynuacji czynu zabronionego.

gi stawiane sprawie dotyczące zachowania (np. obowiązek denuncjacji), limitu czasowego, strony podmiotowej (motywacji), 3) katalog czynów, wobec których okazany czynny żal jest prawnie relewantny, a pośrednio też miejsce i sposób regulacji, 4) ewentualna zgoda pokrzywdzonego na zastosowanie określonych w prawie karnym dobrodziejstw.

Z pewnością funkcja gwarancyjna wymaga precyzyjnego opisanie w ustawie zarówno elementów „stałych”, jak i wybranych elementów „zmiennych”. Nawiązując do przedstawionych wcześniej (w rozdziale drugim) funkcji czynnego żalu, operując wskazanymi zmiennymi (szczegółowo omówionymi w rozdziale piątym), można pokusić się o skonstruowanie różnorodnych modeli czynnego żalu właściwych dla realizacji wybranej funkcji.

**Czynny żal przy założeniu funkcji prewencyjnej** powinien być przewidziany dla jak najszerszego kręgu przestępstw z jak najdalej idącymi dobrodziejstwami o charakterze obligatoryjnym. Skuteczna funkcja prewencyjna wymusza konieczność upowszechnienia tego instrumentu, a zwłaszcza profitów z nim związanych. Szerokie rozumienie funkcji prewencyjnej (zatem zapobieżenie nie tylko konkretnej szkodzie, ale szkodom wyrządzanym przez danego sprawcę lub grupie zawodowej) winno skłonić ustawodawcę do wprowadzenia obowiązku denuncjacji jako warunku bezkarności. Skuteczna ochrona dóbr prawnych każe także zaniechać ustalania i oceniania przyczyn okazywania czynnego żalu, a być może nawet zrezygnować z przesłanki dobrowolności.

**Funkcja kompensacyjna** wymaga innego rozłożenia akcentów. Czynny żal powinien pojawiać się wszędzie tam, gdzie możliwe jest naprawienie szkody, zarówno materialnej (odnawialnej i nieodnawialnej), jak i niematerialnej — krzywdy. Nawiązując do przyjętej koncepcji usiłowania jako czynu naruszającego wolność człowieka od poczucia strachu, odnotować należy, że i w tym przypadku czynny żal okazany przez sprawcę winien mieć karnoprawne znaczenie w możliwie szerokim wachlarzu typizacji (zarówno jako klasyczny przeddokonaniowy, jak i podokonaniowy — przed wyrządzeniem szkody oraz po jej wyrządzeniu). Regulacja powinna operować minimalnym zakresem wymogów przedmiotowych i podmiotowych. Informacja o takiej konstrukcji winna dotrzeć do jak najszerszego kręgu adresatów.

Odmiennej regulacji wymaga czynny żal, jeśli miałby realizować **funkcje wychowawczą**. Dobrodziejstwa związane z okazaniem czynnym żalem nie muszą być daleko idące i na pewno powinny być fakultatywne — sąd musi mieć możliwość oceny, jak dalece i trwale zmieniła się postawa sprawcy. Rozważyć wtedy też wypada możliwość wprowadzenia dodatkowych wymogów związanych z aktywacją sprawcy rezygnującego z przestępstwa, bezpośrednio nawiązując w ten sposób do nazwy instytucji — „żal”. Czynny żal realizujący funkcję wychowawczą powinien być przewidziany — co do zasady — w przypadku tych kategorii czynów, w których poprawa sprawcy ma wyjątkowe znaczenie społeczne; dotyczyć więc będzie — jak się wydaje — przestępstw szczególnie uciążli-

wych i notorycznych. Powszechna znajomość takiej regulacji nie jest konieczna, skoro to nie one mają skłonić sprawcę do zmiany przestępnego zamiaru.

Najmniej zmiennych winno charakteryzować czynny żal realizujący jedynie **funkcję sprawiedliwościową**. Profity dla sprawców powinny być obligatoryjne i polegać wyłącznie na umniejszeniu dolegliwości związanej z karą. Zauważyć należy, że czynny żal sprawcy polegający na naprawieniu szkody powinien być uwzględniany albo w przypadku wszystkich typizacji, albo wcale.

Należy podkreślić, że akcentowanie przez ustawodawcę funkcji ochronno-prewencyjnej prawa karnego — **karanie daleko na przedpolu wyrządzenia szkody — zobowiązuje, jak się wydaje, ustawodawcę do konsekwentnej polityki również w zakresie czynnego żalu**. W moim przekonaniu, **czynny żal w polskim prawie karnym pełni przede wszystkim funkcję prewencyjną i ochronną, i stosownie do takich założeń powinien być ukształtowany**.

Zatem poszukując odpowiedzi na pytanie, czy i na ile klauzule przewidziane w przepisie art. 15 służą realizacji zakładanych celów, zwłaszcza przy założeniu, że ich celem nie jest premiowanie sprawcy, ale ochrona zagrożonych jego zachowaniem dóbr prawnych, stwierdzić należy, że obowiązujące regulacje w znacznym stopniu realizują model czynnego żalu pełniącego funkcję prewencyjną i ochronną. Z pewnością jednak wskazywane w pracy postulaty pozwolą na wzmocnienie tych funkcji, a samą instytucję bardziej urealnią. Na podstawie przeprowadzonej analizy zauważyć też wypada, że karalność form przeddokonaniowych ruguje lub ogranicza pole do okazania czynnego żalu, co jest sprzeczne z uzasadnieniem jego obecności w porządku prawnym i funkcjami z nim związanymi. Naprawić to można m.in. przez wprowadzenie podokonaniowego czynnego żalu w szerszym zakresie.

Powtórzyć więc należy, że *de lege ferenda* przepisy odnoszące się do tej instytucji winny przybrać następujący kształt:

„§ 1. Nie podlega karze za usiłowanie, kto, chcąc aby do dokonania nie doszło, dobrowolnie zapobiegł dokonaniu. § 2. Sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do sprawcy, który, chcąc aby do dokonania nie doszło, starał się zapobiec dokonaniu. § 3. Nie podlega karze za dokonanie przestępstwa narażenia dobra prawnego na bezpośrednie niebezpieczeństwo sprawca, który, chcąc aby do niebezpieczeństwa nie doszło, dobrowolnie uchylił grożące niebezpieczeństwo. § 4. Sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do sprawcy przestępstwa narażenia dobra prawnego na bezpośrednie niebezpieczeństwo, który, chcąc aby do niebezpieczeństwa nie doszło, starał się niebezpieczeństwu zapobiec. § 5 Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do sprawcy, który, chcąc aby do dokonania nie doszło i dobrowolnie zapobiegając dokonaniu, swoim zachowaniem dokonał innego umyślnego czynu zabronionego”.

Ponadto ustawodawca, realizując określoną politykę kryminalną, winien zaopatrzyć w odrębne klauzule czynnego żalu te przejawy czynnego żalu, które formalnie mają charakter podokonaniowy, jednak faktycznie zapobiegają naruszeniu określonego dobra prawnego — np. podokonaniowe czynne żale związane z *delicta sui generis*, przestępstwami o tzw. pojemnych znamionach strony przedmiotowej, a być może również z wybranymi przestępstwami formalnymi. Każda taka klauzula winna charakteryzować się przypisaną jej odmianą nieskutecznego czynnego żalu<sup>61</sup>. Postulatem dotyczącym stosowania prawa *de lege lata* jest sugestia, aby dokonanie jako fragment usiłowania kwalifikowanego będącego następstwem czynnego żalu oceniane było w kontekście art. 15 § 2. Stosowne zaś instytucje winny znajomość przepisów dotyczących czynnego żalu uczynić bardziej powszechną.

Na zakończenie należy przytoczyć słowa, które winny stać się mottem całej pracy: „Nad całością tekstu [prawnego — O.S.] musi panować świadomość pewnej koncepcji generalnej, że każdy najdrobniejszy element jest częścią zorganizowanej całości. Słowem ustawodawca-redaktor będzie musiał wyzbyć się myśli, że prawo w jego kraju zaczyna się od artykułu, który on sporządza. Zatem parametrami podstawowymi użytecznego aktu ustawodawczego powinny być zawsze wizje całości istniejącego ustawodawstwa, wizje zamierzonego ustawodawstwa, wyraźna świadomość określonych wartości, jak również użytego języka”<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Co prawda, K. Tkaczyk postuluje przyjęcie jednego przepisu jako ogólnej dyrektywy, gdyż inaczej regulacje takie stałyby się nieczytelne dla przeciętnego obywatela (K. Tkaczyk: *Instytucja czynnego żalu...*, s. 47); jednak wydaje się, że wręcz przeciwnie, typizacje zaopatrzone dodatkowymi konstrukcjami już w części szczególnej są czytelniejsze dla przeciętnego czytelnika niż pomieszczenie ich w części ogólnej.

<sup>62</sup> J. Pieńkos: *Podstawy juryslingwistyki. Język w prawie — prawo w języku*. Warszawa 1999, s. 56—57.

*Feci, quod potui, faciant meliora potentes.*



# Bibliografia

## Publikacje

- Adamus J.: *Najstarszy zwód prawa polskiego*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1960, 12.
- Amielańczyk K.: „*Lex Cornelia de sicariis et veneficis*”. *Ustawa Korneliusza Sulli przeciwko nożownikom i trucicielom. 81 r. p.n.e.* Lublin 2011.
- Andrejew I.: *Ankieta na temat miejsca dyscyplin historycznoprawnych wśród nauk historycznych i prawnych*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1970, 22, 1.
- Andrejew I.: *Polskie prawo karne w zarysie*. Warszawa 1971.
- Andrejew I.: *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*. Warszawa 1978.
- Andrejew I.: *Ustawowe znamiona przestępstwa*. Warszawa 1959.
- Aronson E., Wilson T.D., Akert R.M.: *Psychologia społeczna*. Poznań 1997.
- Bachnat P.: *Klauzula bezkarności sprawców przestępstwa łapownictwa czynnego (art. 229 § 6 k.k.). Badania IWS*. Dostępne w Internecie: <http://www.iws.org.pl/pliki/files/badania/raporty/raporty2009/P%20Bachmat%20Klauzula%20bezkarno%C5%9Bci%202009.pdf>.
- Bafia J., Mioduski K., Siewierski M.: *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa 1971.
- Banasik K.: „*Dolus generalis*” w nauce polskiej i austriackiej. „Prokuratura i Prawo” 2013, 11.
- Banasik K.: *Przestępstwa trwale i delikty trwale*. „Prokuratura i Prawo” 2013, 7—8.
- Banasik K.: *Typ uprzywilejowany czynu zabronionego*. „Prokuratura i Prawo” 2013, 9.
- Banasik K.: *Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym*. „Prokuratura i Prawo” 2008, 3.
- Beccaria C.: *O przestępstwach i karach*. Warszawa 1959.
- Berent M.: *O błędzie przy usiłowaniu nieudolnym i możliwej pełnej jego relewancji*. W: *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*. T. 1. Red. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak. Toruń 2012.
- Berger A.: *Usiłowanie przestępstwa (uwagi do art. 23 § 1 k.k. z 1932 r.)*. Lublin 1933.
- Biblia to jest Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu. Nowy przekład z języków hebrajskiego i greckiego (Biblia Warszawska)*. Warszawa 1975.
- Bielski M.: *Rzecz o granicach usiłowania przestępstw formalnych i materialnych — na przykładzie art. 200 § 1 k.k. i art. 200a k.k.* „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, 3.
- Bieńkowska E., Kunicka-Michalska B., Rejman G., Wojciechowska J.: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Warszawa 1999.



- Błachut J.: *Problemy związane z pomiarem przestępczości*. Warszawa 2007.
- Błachut J., Gaberle A., Krajewski K.: *Kryminologia*. Gdańsk 2004.
- Błaszczyc M.: *Instytucja zatarcia skazania w polskim prawie karnym*. „*Studia Iuridica*” 2006, 46.
- Bogdan G., Nita A., Raglewski J., Świątłowski A.R.: *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*. Gdańsk 2007.
- Bojarski M., Giezek J., Sienkiewicz Z.: *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Warszawa 2004.
- Bojarski T.: *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*. Warszawa 2012.
- Boratyńska K.T., Górski A., Sakowicz A., Ważny A.: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Warszawa 2012.
- Borkowska-Bagieńska E.: „*Zbiór praw sądowych*” *Andrzeja Zamoyskiego*. Poznań 1986.
- Brodziak A., Torbus Z.: *Słowniki a interpretacja tekstów prawnych*. „*Państwo i Prawo*” 2007, 5.
- Brückner A.: *Słownik etymologiczny języka polskiego*. Warszawa 1970 [przedruk z pierwszego wydania z 1927 r.].
- Buchała K.: *Bezprawność zorientowana na zachowanie się sprawcy czy też na jego następstwa*. W: *Księga pamiątkowa ku czci prof. dra Witolda Świdy*. Red. J. Fiema, W. Gutekunst, S. Hubert. Warszawa 1969.
- Buchała K.: *Glosa do orzeczenia SN z 14 I 1974*. OSPiKA 1974.
- Buchała K.: *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego — Izba Karne z dnia 12 lutego 1974 r., III KR 324/73*. OSPiKA 1974, 12.
- Buchała K.: *Odpowiedzialność za przestępstwa kwalifikowane przez następstwa czynu*. „*Wojсковy Przegląd Prawniczy*” 1972, 1.
- Buchała K.: *Prawo karne materialne*. Warszawa 1980.
- Buchała K.: *Problemy zamiaru wynikowego*. „*Państwo i Prawo*” 1960, 4—5.
- Buchała K.: *Usiłowanie „cum dolo eventuali”*. W: *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa: księga pamiątkowa ku czci profesora Władysława Woltera*. Red. M. Cieślak. Warszawa 1959.
- Buchała K., Zoll A.: *Polskie prawo karne*. Warszawa 1995.
- Budyn-Kulik M.: *Komentarz do zmiany art. 190(a) Kodeksu karnego wprowadzonej przez Dz.U. z 2011 r. Nr 72 poz. 381*. LEX.
- Budziński S.: *Wykład porównawczy prawa karnego*. Warszawa 1868.
- Burdiń W.: *Etapy popełnienia przestępstwa w ukraińskiej doktrynie prawa karnego: pojęcie i rodzaje*. „*Wrocławsko-Lwowski Zeszyty Prawnicze*” 2012, 3.
- Cialdini R.B.: *Wywieranie wpływu na ludzi. Teoria i praktyka*. Gdańsk 2002.
- Ciepiły F.: *Kara kryminalna i jej wykonanie w świetle nauczania Jana Pawła II*. W: *Zagadnienia prawa karnego na tle nauczania Jana Pawła II*. Red. A. Grześkowiak. Lublin 2006.
- Cieślak M.: *Pojęcie i funkcje „społecznego niebezpieczeństwa czynu” w polskim prawie karnym*. „*Palestra*” 1979, 6.
- Cieślak M.: *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*. Warszawa 1990.
- Cieślak W.: *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelné zasady*. Warszawa 2010.
- Cieślak W.: *Wymuszenie rozbójnicze*. Kraków 2000.
- Ciopiński Z.: *Typizacja przygotowania*. „*Studia Iuridica*” 1982, 10.
- Ciszewska E., Lewandowski B.: *Prawo jako reprezentant zła w polskim kinie*. „*Edukacja Prawnicza*” 2011, 11.
- Citowicz R.: *Kontrowersje wokół rozumienia zamiaru ewentualnego*. W: „*Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*”. T. 4. Red. L. Bogunia. Wrocław 1999.

- Cudowska A.: *Poczucie bezpieczeństwa personalnego w narracji kreatywności*. W: *Edukacja dla bezpieczeństwa*. Red. D. Kowalski, M. Kwiatkowski, A. Zduniak. Lublin—Poznań 2004.
- Czajkowski K.: *Czas popełnienia przestępstwa*. „Palestra” 1966, 12.
- Czapska J.: *Bezpieczeństwo obywateli. Studium z zakresu polityki prawa*. Kraków 2004.
- Czapska J.: *Zapobieganie przestępczości w społecznościach lokalnych — możliwości i granice*. W: *Zapobieganie przestępczości w społecznościach lokalnych*. Red. J. Czapska, W. Kru-piarz. Warszawa 1999.
- Czura-Kalinowska D., Zawłocki R.: *Odpowiedzialność karna za działanie na szkodę spółki*. Warszawa 2006.
- Ćwiąkański Z.: *Nadzwyczajne złagodzenie kary w praktyce sądowej*. Warszawa 1982.
- Ćwiąkański Z., Gizbert-Studnicki T.: *Glosa do wyroku z 26 VI 1975, III KR 354/74*. „Państwo i Prawo” 1976, 10.
- Darmorost-Sierocińska E.: *Odpowiedzialność karna w dawnych kodyfikacjach norweskiej i polskiej. Próba ujęcia porównawczego*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2009, 61, 1.
- Daszkiewicz K.: *Glosa*. „Państwo i Prawo” 1974, 4.
- Daszkiewicz K.: *Nadzwyczajne złagodzenie kary*. Warszawa 1976.
- Daszkiewicz K.: *Usiłowanie nieudolne (ze szczególnym uwzględnieniem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r.)*. „Prokuratura i Prawo” 2001, 9.
- Daszkiewicz-Paluszyńska K.: *Groźba w polskim prawie karnym*. Warszawa 1958.
- Dąbrowska-Kardas M., Kardas P.: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny*. Z. 20. Warszawa 1998.
- Dąbrowska-Kardas M., Kardas P.: *Przestępstwa przeciwko mieniu*. Kraków 1999.
- Dębski M.: *Strona podmiotowa usiłowania w świetle projektu k.k.* „Nowe Prawo” 1963, 7—8.
- Dębski R.: *Karalność usiłowania nieudolnego*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1999, 2.
- Dębski R.: *Kilka uwag o podstawach regulacji usiłowania w obowiązującym kodeksie karnym*. W: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*. Red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda. Lublin 2005.
- Dukiet-Nagórska T.: *Prawnokarna ochrona Prezydenta RP*. W: *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości: księga ku czci profesora Kazimierza Marszala*. Red. P. Hofmański, K. Zgrzyzek. Katowice 2003.
- Dukiet-Nagórska T.: *Tak zwane przestępstwa zbiorowe w polskim prawie karnym*. Katowice 1987.
- Dyka I.: *Zasady przyznawania i ustalania wysokości zadośćuczynienia pieniężnego w razie naruszenia dobra osobistego*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2001, 3.
- Dziedzic A., Malec D.: *Historia prawa. Prawo karne w świetle źródeł*. Kraków 1997.
- Dziedziak W.: *Działanie motywacyjne sankcji prawnych i moralnych*. W: „Studia Iuridica Lublinensia”. T. 5. Lublin 2005.
- Filar M.: *Glosa do wyroku SN z dnia 14 lipca 2011 r., III KK 77/11*. OSP 2012, 5.
- Frankowski S.: *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*. Warszawa 1970.
- Gajdus D.: *Czynny żal w polskim prawie karnym*. Toruń 1984.
- Gałązka M.: *Subiektywizm i indywidualizacja odpowiedzialności karnej w poglądach Juliusza Makarewicza*. W: *Prawo karne w poglądach profesora Juliusza Makarewicza*. Red. A. Grześkowiak. Lublin 2005.
- Gałązka M., Hałas R.G., Hypś S., Szeleszczuk D., Wiak K.: *Kodeks karny — część ogólna. Pytania. Kazusy. Tablice*. Warszawa 2012.

- Gardocki L.: *Glosa do wyroku składu 7 sędziów z 29 IV 1975 r., VI KRN 46/74*. „Państwo i Prawo” 1976, 1—2.
- Gardocki L.: *Prawo karne*. Warszawa 2009.
- Gardocki L.: *Typizacja uproszczona*. „Studia Iuridica” 1982, 10.
- Gardocki L.: *Uszanować tradycję*. „Palestra” 1993, 3—4.
- Gardocki L.: *Zagadnienia teorii kryminalizacji*. Warszawa 1990.
- Gensikowski P.: *Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym*. Warszawa 2011.
- Giezek J.: *Funkcja błędu co do ustawowych znamion w nowym kodeksie karnym*. W: *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka*. Red. A. Szwarc. Poznań 1999.
- Giezek J.: *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20.11.2001 r., sygn. I KZP 36/2000*. „Prokuratura i Prawo” 2001, 9.
- Giezek J.: *Glosa do wyroku SN z 8.12.2011, II KK 177/11*. OSP 2012, 10, K 96.
- Giezek J.: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. T. 1 (art. 1—31). Kolonia Ltd 2000.
- Giezek J.: *Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji czynu zabronionego*. „Przegląd Prawa i Administracji” [Wrocław] 2002, 50.
- Giezek J., Kardas P.: *Sporne problemy przestępstwa działania na szkodę spółki na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*. „Palestra” 2002, 9—10.
- Gimbut A.: *O problemie usiłowania przestępstw kwalifikowanych przez następstwa*. „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 1961, Sec. G, Vol. 8.
- Gizicki W.: *Bezpieczeństwo jako proces polityczno-społeczny*. W: *Społeczno-moralna potrzeba bezpieczeństwa i porządku publicznego*. Red. J. Świtka, M. Kuć, G. Gozdór. Lublin 2007.
- Golonko A.: *Uporczywe nękanie jako nowy typ czynu zabronionego*. „Państwo i Prawo” 2012, 1.
- Gostyński Z.: *Odstąpienie od wymierzenia kary jako skazanie w świetle nowej kodyfikacji karnej*. „Palestra” 1998, 11—12.
- Górniok O.: *Glosa*. OSP 2003, 4.
- Górniok O.: *Odpowiedzialność karna menadżerów*. Toruń 2004.
- Górniok O.: *O niektórych znamionach przestępstwa niedoboru*. „Nowe Prawo” 1972, 3.
- Górniok O.: *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*. Toruń 1997.
- Górniok O.: *Przestępstwa gospodarcze. Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*. Warszawa 2000.
- Górniok O.: *Znaczenie subsydiarności prawa karnego w jego interpretacji*. „Państwo i Prawo” 2007, 5.
- Górniok O., Hoc S., Kalitowski M., Przyjemski S.M., Sienkiewicz Z., Szumski J., Tyszkiewicz L., Wąsek A.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1 (art. 1—116). Gdańsk 2005.
- Górniok O., Hoc S., Kalitowski M., Przyjemski S.M., Sienkiewicz Z., Szumski J., Tyszkiewicz L., Wąsek A.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 2. Gdańsk 2005.
- Górniok O., Hoc S., Przyjemski S.M.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 3 (art. 117—363). Gdańsk 1999.
- Gruniuk A.: *Świadomość prawna — aspekt normatywny*. „Państwo i Prawo” 1973, 11.
- Gruszecka D.: *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*. Warszawa 2012.
- Gruszecka D.: *Rozwój koncepcji karalności usiłowania nieudolnego*. „Wrocławskie Studia Erazmiańskie”. Zeszyty Studenckie 2010, 4.
- Grzeszczyk W.: *Kodeks postępowania karnego*. Warszawa 2012.

- Gubiński A.: *Glosa do wyroku z 5 I 1973, III KR 258/72*. „Państwo i Prawo” 1974, 1.
- Gubiński A.: *Glosa do wyroku z 12 II 1974, III KR 324/73*. „Państwo i Prawo” 1975, 1.
- Gubiński A.: *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia*. Warszawa 1960.
- Gubiński A.: *Zasady prawa karnego*. Warszawa 1996.
- Gubiński A., Sawicki J.: *Przestępstwa komunikacyjne na tle praktyki i jej potrzeb*. „Państwo i Prawo” 1961, 1.
- Gulczyński A., Lesiński B., Walachowicz J., Wiewiorowski J.: *Historia państwa i prawa. Wybór tekstów źródłowych*. Poznań 2002.
- Habrat D.: *Materialnoprawne aspekty odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w polskim prawie karnym*. Toruń 2008.
- Hanausek T.: *O naturze niebezpieczeństwa*. W: *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Woltera*. Red. M. Cieślak. Warszawa 1959.
- Hirsch H.J.: *Problematyka regulacji nieudolnego usiłowania w polskim i niemieckim kodeksie karnym*. W: *Przestępstwo — kara — polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomusza Kaczmarka*. Red. J. Giezek. Kraków 2006.
- Hirsch H.J.: *W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, 1.
- Hoc S.: *Czynny żal sprawców niektórych przestępstw przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2002, 2.
- Hoc S.: *Glosa do wyroku SN z 3.04.2002, V KKN 223/00*. LEX nr 53741.
- Hoc S.: *Kształtowanie się odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko państwu*. W: *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*. T. 2. Red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel. Warszawa 2012.
- Hoc S.: *Ochrona Prezydenta RP w nowym kodeksie karnym*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2000, 1.
- Hoc S.: *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*. Opole 2002.
- Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K.: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 1—296*. T. 1. Warszawa 2011.
- Hofmański P., Zabłocki S.: *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*. Kraków 2006.
- Hryniewicz E.: *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*. Warszawa 2012.
- Hryniewicz E.: *Skutek w prawie karnym*. „Prokuratura i Prawo” 2013, 7—8.
- Hube R.: *Wykład zasad o usiłowaniu występku z zastosowaniem do Kodexu karnego Król. Pol., Themis Polska, czyli pismo nauce i praktyce prawa poświęcone*. T. 1. Warszawa 1828.
- Huk T.E.: *Glosa do wyroku SN IV KR 336/84 z dnia 22 stycznia 1985 r.* „Palestra” 1986, 12.
- Indecki K.: *Przestępstwo paserstwa w kodeksie karnym z 1969 roku. Analiza dogmatyczna*. Łódź 1991.
- Indecki K., Liszewska A.: *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*. Warszawa 2002.
- Innes M., Fielding N.: *From Community To Communicative Policing, ‘Signal Crimes’ And The Problem Of Public Reassurance*.
- Jabkowski P.: *Poczucie bezpieczeństwa i poziom przestępczości w Poznaniu. Analiza socjologiczna w perspektywie wskaźników jakości życia*. W: *Zastosowanie metod statystycznych w badaniach naukowych*. StatSoft Polska 2008.
- Jachimowicz M.: *Przestępstwo stalkingu w świetle noweli kodeksu karnego*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2011, 3.

- Jagiełło D.: *Czynności uprzednie i następcze współukarane (na przykładzie przestępstw przeciwko dokumentom)*. „Państwo i Prawo” 2010, 12.
- Jagiełło D.: *Implikacje praktyczne przyjęcia konstrukcji czynu współukaranego uprzedniego*. „Jurysta” 2012, 2.
- Jakubski P.: *Glosa do wyroku SN z 25.01.2000 r., WNK 45/99*. OSP 2001, 7—8, poz. 119.
- Janiszewski Z.: *Uwagi o pojęciu przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 1993, 10.
- Jędrzejewski Z.: *Bezprawie usiłowania nieudolnego*. Warszawa 2000.
- Jędrzejewski Z.: *Granice karalności usiłowania nieudolnego*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2007, 2.
- Jędrzejewski Z.: *Usiłowanie udolne i nieudolne w świetle nauki i orzecznictwa polskiego*. „Edukacja Prawnicza” 1994, 4.
- Jędrzejewski Z.: *Usiłowanie z zamiarem ewentualnym. Przyczynek do nauki o tzw. podwójnym usytuowaniu zamiaru*. „Państwo i Prawo” 2003, 8.
- Jędrzejewski Z.: *Uwagi o pojęciu przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 1993, 10.
- Jędrzejewski Z.: *Z problematyki zamiaru ewentualnego w teorii i praktyce*. „Państwo i Prawo” 1983, 10.
- Kaczmarek J.: *Konsekwencje prawne uwolnienia zakładnika (art. 252 § 4 k.k.)*. „Prokuratura i Prawo” 2001, 6.
- Kaczmarek T.: *O elementach wyznaczających treść społecznej szkodliwości czynu zabronionego i jej stopień (ekspozycja problemów spornych)*. W: *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarowskiemu*. Red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger. Lublin 2011.
- Karabowicz A., Kołodziej M.: *Edmunda Krzymuskiego koncepcja usiłowania*. „Studenckie Zeszyty Prawnicze” TBSP UJ 2003, 9—10.
- Karaźniewicz J.: *Klauzula niekaralności sprawcy jako materialna przesłanka postępowania karnego*. W: *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego. W świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian*. Red. Z. Cwiakalski, G. Arytmiak. Warszawa 2009.
- Kardas P.: *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*. Kraków 2001.
- Kardas P.: *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*. Warszawa 2011.
- Kardas P., Łabuda G., Razowski T.: *Kodeks karny skarbowy. Komentarz LEX*. Warszawa 2012.
- Kardas P., Rodzynekiewicz M.: *Projekt kodeksu karnego w świetle opinii sądów i prokuratur (część pierwsza — zasady odpowiedzialności karnej, formy popełnienia przestępstwa)*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1995, 2(194).
- Kasicki G., Wiśniewski A.: *Kodeks wykroczeń z komentarzem*. Warszawa 2002.
- Klepner M.: *Klauzule bezkarności w polskim prawie karnym*. „Palestra” 2001, 9—10.
- Klimek K.: *Bezpieczeństwo w systemie wartości uniwersalnych w edukacji*. W: *Edukacja dla bezpieczeństwa*. Red. D. Kowalski, M. Kwiatkowski, A. Zduniak. Lublin—Poznań 2004.
- Kłubińska M.: *Glosa do uchwały SN z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 26/01*. „Prokuratura i Prawo” 2003.
- Kochanowski J.: *Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej*. Warszawa 1985.
- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Red. J. Giezek. Warszawa 2012.
- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*. T. 1. Red. A. Zoll. Warszawa 2012.

- Kodeks karny część ogólna*. T. 2. *Komentarz do artykułów 32—116*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Warszawa 2011.
- Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do art. 1—166 k.k.* Red. A. Zoll. Kraków 2004.
- Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 1—31*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Warszawa 2011.
- Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278—363 kodeksu karnego*. Red. A. Zoll. Kraków 1999.
- Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 3. *Komentarz do art. 278—363*. Red. A. Zoll. Warszawa 2008.
- Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz*. Red. A. Wąsek. Warszawa 2004.
- Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 117—221*. Red. A. Wąsek. Warszawa 2006.
- Kodeks karny. Część szczególna*. T. 1. *Komentarz do artykułów 117—221*. Red. A. Wąsek, R. Zawłocki. Warszawa 2010.
- Kodeks karny. Część szczególna*. T. 2. *Komentarz do artykułów 222—236*. Red. A. Wąsek. Warszawa 2006.
- Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Filar. Warszawa 2010.
- Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Mozgawa. Warszawa 2012.
- Kodeks karny. Komentarz*. Red. G. Rejman. Warszawa 1999.
- Kodeks karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. zaboru rosyjskiego z dodaniem: przepisów przechodnich i ustaw, zmieniających i uzupełniających postanowienia karne kodeksu, odpowiednich przepisów Kodeksu Karnego Niemieckiego i Ustawy Karnej Autryackiej, obowiązujących w pozostałych dzielnicach Rzplitej, oraz Komentarza i orzeczeń Sądu Najwyższego*. T. 1. Oprac. W. Makowski. Warszawa 1921.
- Kodeks wykroczeń. Komentarz*. Red. T. Grzegorzczak. Warszawa 2010.
- Kołodowska-Matejczuk M.: *Glosa do postanowienia SN z 17.12.2010 r., V KK 383/10*. OSP 2011, 12.
- Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*. Red. K. Buchała. Warszawa 1994.
- Konarska-Wrzošek V.: *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*. Toruń 2002.
- Konarska-Wrzošek V.: *Prawnokarne środki walki z przestępczością zawodową i zorganizowaną przewidziane w kodeksie karnym*. „Prokuratura i Prawo” 2000, 3.
- Kopeć A.: *Próba ustalenia kryterium rozgraniczającego zamiar ewentualny od innych postaci strony podmiotowej czynu*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1992, 1—2.
- Korus A.: *Glosa*. OSP 1977, 3, s. 139, poz. 58.
- Krajnik S.: *Przesłanki odpowiedzialności w prawie karnym*. Toruń 2010.
- Krawczyk T.L.: „*Iter delicti*” kradzieży w supermarkecie (studium przypadku). „Palestra” 2004, 11—12.
- Król-Bogomilska M.: „*Formy winy*” w prawie karnym w świetle psychologii. Warszawa 1991.
- Królikowski M.: *Dwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym*. W: *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*. Red. T. Dukiet-Nagórska. Warszawa 2010.
- Królikowski M.: *Kontekstowa teoria (dogmatyki) prawa karnego*. „*Studia Iuridica*” 2006, 46.
- Krukowski A.: *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego — Izba Karne z dnia 5 listopada 1970 r., IV KR 176/70*. OSPiKA 1971, 6.
- Krukowski A.: *Odstąpienie od przygotowania w kodeksie karnym*. „Palestra” 1972, 3.
- Krzymuski E.: *Projekt kodeksu karnego polskiego. Uwagi autora. Tytuł wstępny i część ogólna*. Warszawa 1918.

- Krzymuski E.: *System prawa karnego ze stanowiska nauki i trzech kodeksów obowiązujących w Polsce*. Kraków 1921.
- Krzymuski E.: *Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego*. Kraków 1902.
- Krzymuski E.: *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*. Warszawa 1884.
- Księżak P.: *Glosa do wyroku SN z dnia 16 grudnia 1993 r., II KRN 289/93*. „Monitor Prawniczy” 1997, 7.
- Kubala W.: *Glosa do wyroku Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 1988 r. (II KR 157/88)*. „Woskowy Przegląd Prawniczy” 1990, 1—3.
- Kubala W.: *O niektórych kwestiach dobrowolnego poniechania działalności szpiegowskiej*. „Problemy Kryminalistyki” 1978, 131.
- Kubala W.: *Problematyka czynnego żalu w orzecznictwie Sądu Najwyższego*. „Problemy Praworządności” 1981, 3.
- Kubec Z.: *Kilka uwag na temat odstąpienia od usiłowania*. „Państwo i Prawo” 1969, 3.
- Kubec Z., Hołyst B.: *Bójka i pobicie (problemy dogmatyki prawa, kryminologii i kryminalistyki)*. Warszawa 1962.
- Kubicki L.: *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*. Warszawa 1975.
- Kubicki L.: *Zaniechanie jako postać karalnego przygotowania*. W: *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*. T. 2. Red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel. Warszawa 2012.
- Kuć M.: *Poczucie bezpieczeństwa jako problem kryminologiczny i wiktymologiczny*. W: *Społeczno-moralna potrzeba bezpieczeństwa i porządku publicznego*. Red. J. Świtka, M. Kuć, G. Gozdór. Lublin 2007.
- Kula M.: *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności za usiłowanie przestępstwa w kodeksie karnym z 1932 r.* „Studenckie Zeszyty Prawnicze” TBSP UJ, 2003, 9—10.
- Kulesár K.: *Znajomość norm prawnych w społeczeństwie*. „Państwo i Prawo” 1969, 3.
- Kulesza J.: *Przestępstwo nieudzielania pomocy w niebezpieczeństwie*. Art. 162 k.k. na tle uwag dotyczących § 323 c niemieckiego kodeksu karnego. Łódź 2008.
- Kunderewicz C.: *Kodeks Ur-Nammu*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1958, 10, 2.
- Kunicka-Michalska B.: *Zarys prawa karnego Hiszpanii*. Warszawa 2009.
- Kunicka-Michalska B., Wojciechowska J.: *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej*. Rozdziały XXIII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz. Warszawa 2001.
- Kunze E.: *O stronie przedmiotowej przygotowania czynu zabronionego*. W: *Rozważania o prawie karnym*. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesiątych urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka. Red. A.J. Szwarc. Poznań 1999.
- Kunze E.: *Przygotowanie a usiłowanie (próba rozgraniczenia pojęć)*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1990, 3.
- Kunze E.: *Przygotowanie przestępstwa w ujęciu polskiego prawa karnego*. Poznań 1991.
- Kurzępa B.: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*. Warszawa 2008.
- Kuziak P.: *Usiłowanie podżegania w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r., IKZP 11/03*. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, 1.
- Lachowski J.: *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*. Warszawa 2005.
- Laskowska K.: *Rola prawa karnego w ograniczaniu patologii jako zagrożenia dla społeczeństwa XXI wieku*. „Archiwum Kryminologii” 2009, 31.
- Lesiński B., Rozdwadowski W.: *Historia prawa*. Warszawa—Poznań 1980.
- Leszczyński J.: *Z problematyki usiłowania i dokonania przestępstwa zgwalcenia*. „Nowe Prawo” 1975, 9—10.

- Leško T.: *System środków karnych*. Warszawa 1974.
- Lewczyk P.: *Usiłowanie przestępstwa karnego skarbowego*. „Prokuratura i Prawo” 2012, 7—8.
- Liszewska A.: *Podżeganie i pomocnictwo a usiłowanie*. „Państwo i Prawo” 2000, 6.
- Liszewska A.: *Usiłowanie przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo*. „Państwo i Prawo” 2012, 3.
- Liszewska A.: *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*. Łódź 2004.
- Lityński A.: *Wydział Karny Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej*. Katowice 1991.
- Lubelski M.: *Glosa do wyroku z dnia 9 marca 1973 r. (II KR 282/72)*. „Nowe Prawo” 1975, 1.
- Lubelski M.: *Głos w dyskusji przeprowadzonej w dniu 17.05.2002 r. na temat sprawiedliwości naprawczej*. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002, 2.
- Łabno A.: *Istota zasady proporcjonalności*. W: *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*. Red. T. Dukiet-Nagórska. Warszawa 2010.
- Łabuda G.: *O kształcie norm charakteryzujących bezprawność i karalność przestępstwa z narażenia na niebezpieczeństwo*. W: „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”. T. 15. Red. L. Bo-gunia. Wrocław 2004.
- Ławecka J.: *Strach przed przestępczością jako wskaźnik poziomu wiktyimizacji społeczeństwa*. „Prokurator” 2004, 1(17).
- Maciejowski F.: *Wykład prawa karnego w ogólności z zastosowaniem Kodeksu Kar Głównych i Porządkowych z dniem 20 grudnia (1 stycznia) 1848 r. w Królestwie Polskim obowiązującego, tudzież ustawy przewodniej i instrukcji dla sądów*. Warszawa 1848.
- Maisel W.: *Prawo karne w statutach miast polskich do końca XVIII wieku*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1974, 26, 2.
- Majewski J.: *Czas popełnienia przestępstwa*. W: J. Warylewski: *Czas w prawie karnym*. Gdańsk 2010.
- Majewski J.: *Głos w dyskusji, w: Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*. Red. J. Majewski. Toruń 2006.
- Majewski J.: *Nieumyślność a brak umyślności*. W: *Nieumyślność. Pokłosie VIII Kolokwium Bielańskiego*. Red. J. Majewski. Toruń 2012.
- Majewski J.: *O (braku) karalności usiłowań „nierealnych”, „absolutnie nieudolnych” i im podobnych*. W: *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*. Red. Ł. Pohl. Poznań 2009.
- Majewski J.: *O różnicy i granicy między usiłowaniem udolnym a usiłowaniem nieudolnym*. W: *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*. Red. J. Majewski. Toruń 2007.
- Makarewicz J.: *Kodeks karny z komentarzem*. Lwów 1932.
- Makarewicz J.: *Lex Krzymuski*. „Przegląd Prawa i Administracji” 1922, 47 [odbitka].
- Makarewicz J.: *Prawo karne ogólne*. Kraków 1914.
- Makarewicz J.: *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*. Lwów—Warszawa 1924.
- Makarewicz W.: *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*. Lublin 2009.
- Małecki M.: *Granice usiłowania przestępstw pedofilskich w świetle art. 200a § 1 i § 2 k.k.* „Przegląd Sądowy” 2011, 6.
- Małecki M.: *Grooming. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 1 września 2011 r. (V KK 43/11)*. „Przegląd Sądowy” 2012, 11—12.
- Mały słownik języka polskiego PWN*. Red. M. Szymczak. Warszawa 1995.



- Marcinkowski W.: *Glosa do uchwały SN z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 26/01. „Prokurator”* 2002, 2.
- Marek A.: *Czyny współukarane na tle prawnej jedności przestępstwa*. W: *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*. Red. J. Majewski. Toruń 2006.
- Marek A.: *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1968, 1.
- Marek A.: *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa 2006.
- Marek A.: *Prawo karne*. Warszawa 2011.
- Marek A.: *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*. Warszawa 1997.
- Marek A.: *Wolność jako przedmiot ochrony prawa karnego*. W: *Prawnokarne aspekty wolności*. Red. M. Mozgawa. Kraków 2006.
- Marek A., Lachowski J.: *Niektóre problemy wynikające z „jednoczynowości” przestępstwa ciągłego*. „Prokuratura i Prawo” 2004, 11—12.
- Marek A., Oczkowski T.: *Obowiązek naprawienia szkody jako środek karny*. W: *Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie. System prawa karnego*. T. 6. Red. M. Melezini. Warszawa 2010.
- Matuszewski J.: *Dyskusja nad Najstarszym Zwodem Prawa Polskiego*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1960, 12.
- Mazur J.: *Bezpieczeństwo publiczne w przestrzeni miejskiej*. W: *Spoleczno-moralna potrzeba bezpieczeństwa i porządku publicznego*. Red. J. Świtka, M. Kuć, G. Gozdór. Lublin 2007.
- Mąciór W.: *Formy popełnienia przestępstwa w projekcie kodeksu karnego z 1995 r.* „Państwo i Prawo” 1996, 7.
- Mąciór W.: *O usiłowaniu reformowania prawa karnego*. „Państwo i Prawo” 1992, 10.
- Michalski B.: *Przestępstwa przeciwko mieniu*. Rozdz. XXXV Kodeksu Karnego. Komentarz. Warszawa 1999.
- Mikołajczyk M.: *Przestępstwo i kara w prawie miast Polski południowej XVI—XVIII wieku*. Katowice 1998.
- Mikołajczyk M.: *Stadia popełnienia przestępstwa. Z badań nad miejskim prawem karnym w Polsce XVI—XVIII wieku*. W: *Z dziejów prawa*. Red. A. Lityński. Katowice 1996.
- Mogielnicki A.: *Zamiar wynikowy a usiłowanie*. „Państwo i Prawo” 1948, 1.
- Morawski L.: *Wstęp do prawoznawstwa*. Toruń 2011.
- Morawski L.: *Zasady wykładni prawa*. Toruń 2010.
- Mosing K.: *Prawo starożytnej Grecji a zagadnienie usiłowania przestępstwa*. Lwów 1938.
- Mozgawa M.: *Glosa do wyroku SN z 3.04.2002, V KKN 223/00*. LEX nr 53741.
- Murzynowski A.: *Instytucja mediacji jako czynnik humanizacji w stosowaniu prawa karnego w Polsce*. „Mediator” 2004, 1.
- Namysłowska-Gabrysiak B.: *Prawo karne — część ogólna*. Warszawa 2011.
- Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. System prawa karnego*. T. 3. Red. R. Dębski. Warszawa 2013.
- Nawrocki M.: *Oszustwo klasyczne (art. 286 § 1 k.k.) jako przestępstwo kierunkowe*. „Przegląd Sądowy” 2011, 11—12.
- Nawrocki M.: *Przestępstwa kierunkowe a zamiar niby-ewentualny*. „Prokuratura i Prawo” 2012, 5.
- Nowe kodeksy karne — z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego. Kodeks karny wykonawczy*. Warszawa 1997.
- Nowińska E., du Vall M.: *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Warszawa 2010.

- Oczkowski T.: *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*. Kraków 2004.
- Ostaszewski P.: *Lęk przed przestępczością. Aspekty teoretyczne, metodologiczne i empiryczne*. Warszawa 2013 [niepublikowana praca doktorska napisana pod kierunkiem A. Siemaszki w PAN INP].
- Palka P.: *Zabójstwo w związku ze zgwałceniem — jako kwalifikowany typ zabójstwa*. „Prokuratura i Prawo” 2005, 10.
- Papierkowski Z.: *Problem usiłowania przestępstw z zaniechania*. „Palestra” 1958, 5—6.
- Papierkowski Z.: *Usiłowanie a przestępstwa polegające na zaniechaniu*. „Palestra” 1936, 5.
- Patkaniowski M.: *Wina i kara. Elementy rzymskie i germańskie w prawie karnym statutów miast włoskich*. Kraków 1939.
- Pawłusiewicz K., Brożek B.: *Prawo karne w świetle ekonomicznej teorii prawa (uwagi krytyczne)*. „Państwo i Prawo” 2002, 12.
- Peiper L.: *Komentarz do kodeksu karnego*. Kraków 1933.
- Piaczyńska A.: *Kryteria stopniowania winy*. „Prokuratura i Prawo” 2012, 9.
- Pieniążek A., Stefaniuk M.: *Socjologia prawa. Zarys wykładu*. Kraków 2002.
- Pieńkos J.: *Podstawy jurslingwistyki. Język w prawie — prawo w języku*. Warszawa 1999.
- Pieszczek M.: *Kryminalizacja narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo — zarys problematyki*. W: *Granice kryminalizacji i penalizacji*. Red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka. Olsztyn 2013.
- Pilch A.: *Między ochroną a wolnością: granice prawa karania w przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*. W: *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*. Red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel. Warszawa 2012.
- Piórkowska-Flieger J.: *Falsz dokumentu w polskim prawie karnym*. Kraków 2004.
- Plebanek E.: *Karygodność jako element struktury przestępstwa w perspektywie zasady proporcjonalności*. W: *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*. Red. T. Dukiet-Nagórska. Warszawa 2010.
- Plebanek E.: *Materialne określenie przestępstwa*. Warszawa 2009.
- Pławski S.: *Prawo karne (w zarysie)*. T. 2. Warszawa 1966.
- Pławski S.: „Trzecia” wina. „Nowe Prawo” 1952, 10.
- Poczet prawników polskich XIX i XX w.* Red. K. Pol. Warszawa 2000.
- Poczucie bezpieczeństwa mieszkańców wielkich miast. Kraków na tle innych miast europejskich*. Red. K. Krajewski. Kraków 2008.
- Podgórecki A.: *Świadomość prawna — w świetle badań empirycznych*. „Państwo i Prawo” 1971, 12.
- Pohl Ł.: *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*. Poznań 2013.
- Pohl Ł.: *Błąd co do znamiona uprzywilejowującego w polskim prawie karnym. Analiza teoretyczno-prawna*. W: *Kryminalistyka i nauki penalne wobec przestępczości. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Mirosławowi Owocowi*. Red. H. Kołdecki. Poznań 2008.
- Pohl Ł.: *Charakterystyka i prawnokarne konsekwencje czynnego żalu według art. 298 § 2 kodeksu karnego*. W: *Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Aleksandrowi Tobisowi*. Red. B. Janiszewski. Poznań 2004.
- Pohl Ł.: *Niezachowanie wymaganej ostrożności*. W: *Nieumyślność. Pokłosie VIII Kolokwium Bielańskiego*. Red. J. Majewski. Toruń 2012.
- Pohl Ł.: *Prawo karne. Wykład części ogólnej*. Warszawa 2012.
- Pohl Ł.: *Przestępstwo zabójstwa jednym czynem więcej niż jednej osoby (art. 148 § 3 k.k.)*. „Prokuratura i Prawo” 2008, 10.

- Pohl Ł.: *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*. Poznań 2007.
- Pohl Ł.: *Tak zwana subsydiarność ustawowa jako niejednolita dyrektywa usuwania niezbieżności prakseologicznej norm prawnych w polskim prawie karnym (na przykładzie przepisów art. 231 § 4 i art. 13 § 1 k.k. z 1997 r.)*. „Studia Prawnicze” 2009, 1—2.
- Popławski H.: *Problematyka usiłowania przestępstw nieumyślnych*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1988, 1.
- Postulski J.: *Spór o początek usiłowania w kontekście socjologicznej koncepcji czynu*. „Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa” 2006, 2.
- Prawo karne*. Red. A. Grześkowiak. Warszawa 2012.
- Prawo karne część ogólna, szczególna i wojskowa*. Red. T. Dukiet-Nagórska. Warszawa 2012.
- Prawo karne materialne. Część ogólna*. Red. K. Mozgawa. Warszawa 2011.
- Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Red. M. Bojarski. Warszawa 2007.
- Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Red. M. Bojarski. Warszawa 2012.
- Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*. Red. W. Wołodkiewicz. Warszawa 1986.
- Prengel M.: *Dobro prawne — centralne pojęcie prawa karnego*. „Jurysta” 2002, 5.
- Przesławski T.: *Funkcja czynnika psychicznego w konstrukcji czynu zabronionego i formach winy*. „Studia Iuridica” 2008, 48.
- Przesławski T.: *Pojęcie „zgoda” w konstrukcji zamiaru ewentualnego*. „Studia Iuridica” 2008, 49.
- Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*. Red. L. Gardocki. Warszawa 2013.
- Rabiega R.: *O zaniechaniu i usiłowaniu w kontekście mieszanej strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary*. „Ius Novum” 2011, 2.
- Radecki W.: *Prawne i moralne oceny czynnego żalu*. „Palestra” 1976, 12.
- Radecki W.: *Usiłowanie zgwałcenia w świetle przepisów kodeksu karnego*. „Nowe Prawo” 1974, 12.
- Radwański Z.: *Zobowiązania — część ogólna*. Warszawa 1995.
- Raglewski J.: *Dobrowolne odstępianie od czynu jako przesłanka instytucji czynnego żalu*. „Prokuratura i Prawo” 1997, 3.
- Raglewski J.: *Glosa do wyroku z dnia 11 września 2002 r. (V KKN 9/01)*. „Przegląd Sądowy” 2004, 2.
- Raglewski J.: *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary w polskim systemie prawa karnego (analiza dogmatyczna w ujęciu materialnoprawnym)*. Kraków 2008.
- Raglewski J.: *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego — analiza krytyczna*. „Prokuratura i Prawo” 2003, 12.
- Rajzman H.: *Przestępstwa przeciwko wolności i godności człowieka*. „Nowe Prawo” 1962, 3.
- Rastawicki K.: *Przestępstwa formalne (bezsłowne). Zagadnienia teoretyczne, polityczno-prawne i technicznolegislacyjne* [niepublikowana praca doktorska]. Warszawa INP PAN 1988.
- Rastawicki K.: *Z historii kształtowania się przestępstw bezsłownych (formalnych)*. „Palestra” 1989, 3.
- Redzik A.: *Profesor Juliusz Makarewicz — życie i dzieło*. W: *Prawo karne w poglądach Profesora Juliusza Makarewicza*. Red. A. Grześkowiak. Lublin 2005.
- Rejman G.: *Teorie i formy winy w prawie karnym*. Warszawa 1980.
- Rejman G.: *Usiłowanie przestępstwa według projektu kodeksu karnego*. „Nowe Prawo” 1963, 7—8.
- Rejman G.: *Usiłowanie przestępstwa w prawie polskim (problem „bezpośredniości”)*. Warszawa 1965.
- Rejman G.: *W kwestii dobrowolnego odstępiania od usiłowania*. „Nowe Prawo” 1969, 3.

- Rejman G.: *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8—31 k.k. Komentarz*. Warszawa 2009.
- Reykowski J.: *Procesy emocjonalne. Motywacja. Osobowość*. Warszawa 1992.
- Reykowski J.: *Z zagadnień psychologii motywacji*. Warszawa 1970.
- Rodzinkiewicz M.: *Pojęcie zaniechania a odpowiedzialność za przestępstwo popełnione przez zaniechanie w projekcie kodeksu karnego*. „Przegląd Prawa Karnego” 1994, 11.
- Rodzinkiewicz M.: *Usiłowanie — aspekt aksjologiczny*. W: *Przestępstwo — kara — polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*. Red. J. Giezek. Kraków 2006.
- Rogała R.: *Glosa*. OSPiKA 1976, 11.
- Rogalski M.: *Przesłanka powagi rzeczy osądzonej w procesie karnym*. Kraków 2005.
- Rydzek T.: *Zabójstwa na tle seksualnym i ich sprawy*. „Problemy Kryminalistyki” 1968, 73.
- Salmonowicz S.: *Wizerunek kodeksu: „Constitutio Criminalis Carolina”*. „Roczniki Nauk Prawnych” 2003, 13 (1).
- Sarkowicz R.: *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym (na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.)*. W: „Zeszyty Naukowe UJ” — *Prace z nauk politycznych*. Kraków 1989.
- Sawicki J.: *Karalne stany nietrzeźwości. Na marginesie ustawy antyalkoholowej z 1959 r.* „Państwo i Prawo” 1960, 4—5.
- Siemaszko A.: *Kogo biją, komu kradną. Przestępczość nie rejestrowana w Polsce i na świecie*. Warszawa 2001.
- Siemaszko A., Gruszczyńska B., Marczewski M.: *Atlas przestępczości w Polsce*. Warszawa 2009.
- Sieracki W.: *Glosa do wyroku SN z dnia 16 grudnia 1993 r., II KRN 289/93*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1995, 1.
- Siewierski M.: *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*. Warszawa 1958.
- Siewierski M.: *Usiłowanie a przygotowanie według kodeksu karnego*. „Palestra” 1972, 5.
- Sillamy N.: *Słownik psychologii*. Katowice 1995.
- Sitarz O.: *Czynny żal jako instrument polityki kryminalnej i karnej*. „Archiwum Kryminologii” 2009, 31.
- Sitarz O.: *Funkcje i znaczenie przepisu art. 295 § 1 k.k.* W: *Karnomaterialne i procesowe aspekty naprawienia szkody*. Red. Z. Ćwiąkałski, G. Artymiak. Warszawa 2010.
- Sitarz O.: *Glosa do uchwały SN z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 26/01*. „Państwo i Prawo” 2003, 10.
- Sitarz O.: *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym na tle postanowień Konwencji o prawach dziecka*. Katowice 2004.
- Sitarz O.: *Usiłowanie ukończone i nieukończone. Próba nowego spojrzenia*. „Państwo i Prawo” 2011, 6.
- Sitarz O.: *Wątpliwości i kontrowersje wokół definicji handlu ludźmi*. „Archiwum Kryminologii” 2010, 32.
- Sitarz O.: *Znajomość prawa karnego w zakresie czynnego żalu w społeczeństwie polskim*. W: *Pozbawienie wolności — funkcje i koszty. Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*. Red. A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Niełacna, P. Wiktorska. Warszawa 2013.
- Skeczkowski R.: *Pomniki prawa. Kodeks Hammurabiego, Prawo Salickie, Wielka Karta Wolności*. Koszalin 1996.
- Skorupka J.: *Przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi. Rozdział XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*. Warszawa 2002.
- Skorupka J.: *Wybrane zagadnienia z problematyki funkcji kompensacyjnej prawa karnego*. W: *Karnomaterialne i procesowe aspekty naprawienia szkody*. Red. Z. Ćwiąkałski, G. Artymiak. Warszawa 2010.

- Sławik K.: *Współczesny sprawca przestępstwa*. Szczecin 1996.
- Słownik języka polskiego*. T. 1—3. Red. M. Szymczak. Warszawa 1978.
- Słownik terminów z zakresu bezpieczeństwa narodowego*. Red. B. Zdrodowski. Warszawa 2008.
- Sosnowska D.J.: *Alimenty a prawo karne. Praktyka wymiaru sprawiedliwości*. Warszawa 2012.
- Spotowski A.: *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*. Warszawa 1990.
- Spotowski A.: *O odstąpieniu od usiłowania*. „Państwo i Prawo” 1980, 6.
- Spotowski A.: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*. Warszawa 1976.
- Stankiewicz A.: *Usiłowanie zabójstwa w prawie rzymskim*. „Prawo Kanoniczne: kwartalnik prawnohistoryczny” 20, 3—4 (1977).
- Stefański R.A.: *Dobrowolne odstąpienie od usiłowania*. „Prokuratura i Prawo” 1996, 4.
- Stefański R.A.: *Kryteria wyboru przepisu przewidującego karę najsurowszą*. „Prokuratura i Prawo” 2007, 9.
- Stefański R.A.: *Przestępstwo korupcji gospodarczej (art. 296a k.k.)*. „Prokuratura i Prawo” 2000, 3.
- Stelmach J.: *Intuicja prawnicza*. W: *Dziedzictwo prawne XX wieku. Księga pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*. Red. A. Zoll, J. Stelmach, J. Halbert. Kraków 2001.
- Stelmachowski A.: *Z problematyki badań empirycznych w naukach prawnych*. W: *Księga pamiątkowa ku czci prof. dra Witolda Świdwy*. Red. J. Fiema, W. Gutekunst, S. Hubert. Warszawa 1969.
- Stolarczyk I.: *Przestępstwo oszustwa a zamiar ewentualny*. „Prokuratura i Prawo” 2007, 3.
- Stomma S.: *Współdziałanie przed dokonaniem przestępstwa*. Warszawa 1975.
- Strus Z.: *Zadośćuczynienie po śmierci osoby najbliższej*. W: *Zadośćuczynienie po nowelizacji art. 446 Kodeksu cywilnego na tle doświadczeń europejskich*. Red. Z. Strus, K. Ortyński, J. Pokrzywniak. Warszawa 2010.
- Strzembosz A.: *Klauzule generalne w projekcie kodeksu karnego (redakcja z grudnia 1991 r.)*. W: *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*. Red. S. Waltoś. Kraków 1993.
- Studnicki F.: *Znajomość i niezajomość prawa*. „Państwo i Prawo” 1962, 4.
- Stus M.: *Staroegipskie prawo karne w świetle źródeł z epoki Nowego Państwa (XVI—XI w. p.n.e.)*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2008, 40, 2.
- Surkont M.: *Wolność jako przedmiot ochrony z rozdz. XXII kodeksu karnego*. „Nowe Prawo” 1990, 7—9.
- Sygit B.: *Problematyka tzw. czynnego żalu sprawcy pożaru (art. 141 k.k.)*. „Problemy Praworządności” 1979, 4.
- „System Prawa Karnego”. T. 1. *Zagadnienia ogólne*. Red. A. Marek. Warszawa 2010.
- „System Prawa Karnego”. T. 2. *Źródła prawa karnego*. Red. M. Bojarski. Warszawa 2011.
- „System Prawa Karnego”. T. 4. Cz. 2. *O przestępstwach w szczególności*. Red. I. Andrejew. Wrocław 1989.
- „System Prawa Karnego”. T. 7. *Środki zabezpieczające*. Red. L.K. Paprzycki. Warszawa 2012.
- „System Prawa Karnego”. T. 9. *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*. Red. R. Zawłocki. Warszawa 2011.
- Szafranec M.: *Przekroczenie granic obrony koniecznej w polskim prawie karnym*. Kraków 2004.
- Szafranski W.: *Kodeks Stanisława Augusta*. Poznań 2007.
- Szamota-Saeki B.: *Wpływ prawa karnego na przekonania moralne społeczeństwa w świetle wybranych badań*. „Archiwum Kryminologii” 2007—2008, 29—30.

- Szerer M.: „Dobrowolne” odstąpienie od usiłowania. „Nowe Prawo” 1977, 5.
- Szerer M.: *W sprawie zamiaru wynikowego*. „Państwo i Prawo” 1959, 3.
- Szerer M.: *Z rozważań nad karaniem usiłowania nieudolnego*. „Państwo i Prawo” 1975, 7.
- Szpunar A.: *O zadośćuczynieniu z tytułu uszkodzenia ciała*. „Studia Iuridica” 1994, 21.
- Szwedek E.: *Glosa do wyroku SN z dn. 3 I 1980 r. (I KR 329/79)*. OSPiKA 1981, 5.
- Szymanowski T.: *Opinia społeczna w Polsce o zmianach prawa karnego*. „Państwo i Prawo” 2007, 5.
- Śliwiński S.: *Czy w przypadku nieudolnego usiłowania (art. 23 § 2 k.k.) istnieje pokrzywdzony (art. 62 k.p.k.) uprawniony do wykonywania praw procesowych służących pokrzywdzoneму, w szczególności do złożenia wniosku (art. 56 k.p.k.), wystąpienia w roli oskarżyciela z art. 67 k.p.k. lub wywołania skargi publicznej (art. 464, 4641 k.p.k.)? Odpowiedzi na pytania prawne*. „Państwo i Prawo” 1948, 5—6.
- Śliwiński S.: *Polskie prawo karne materialne*. Warszawa 1946.
- Śliwowski J.: *Kodeks Karzący Królestwa Polskiego (1818 r.). Historia jego powstania i próba krytycznej analizy*. Warszawa 1958.
- Światłowski A.R.: *Kompensacyjna funkcja czynnego żalu w Kodeksie karnym z 1997 r.* „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002, 2.
- Świda W.: *Prawo karne*. Warszawa 1978.
- The Postulates of Restorative Justice and the Continental Model of Criminal Law. As Illustrated by Polish Criminal Law*. Ed. T. Dukiet-Nagórska. Frankfurt am Main—Bern—Bruxelles—New York—Oxford—Warszawa—Wien 2015.
- The Postulates of Restorative Justice and the continental model of Criminal Law (as illustrated in Polish Criminal Law)*. Ed. T. Dukiet-Nagórska. Frankfurt am Main [w druku].
- Tkacz S.: „*O tym kto posiada środki odurzające...*”. *Studium jednego przypadku*. W: *Prawnicze dylematy interpretacyjne*. Red. J. Glumińska-Pawlic, Z. Tobor. Toruń 2011.
- Tkaczyk K.: *Instytucja czynnego żalu w angielskim prawie karnym*. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007, 1.
- Tkaczyk K.: *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym w ujęciu prawnoporównawczym*. Przemysł 2008.
- Tkaczyk K.: *Kilka uwag na temat podmiotowych i przedmiotowych warunków czynnego żalu na gruncie kodeksu karnego z 1997 r.* W: *Kodeks karny i kodeks postępowania karnego po dziesięciu latach obowiązywania. Ocena i perspektywa zmian*. Red. M. Mozgawa, K. Dudka. Warszawa 2009.
- Tokarczyk R.: *Współczesne kultury prawne*. Kraków 2003.
- Turska A.: *O fikcji powszechnej znajomości prawa*. „Państwo i Prawo” 1957, 9.
- Tyszkiewicz L.: *Od naturalizmu do humanizmu w kryminologii*. Katowice 1991.
- Tyszkiewicz L.: *O przestępstwie trwałym i jego desygnatach*. W: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*. Red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda. Lublin 2005.
- Tyszkiewicz L.: *Współdziałanie przestępne i główne pojęcia z nim związane w polskim prawie karnym*. Poznań 1964.
- Uruszczak W.: *Korektura praw z 1532 roku. Studium historycznoprawne*. T. 2. Warszawa—Kraków 1991. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego”. *Prace prawnicze*, z. 137.
- Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. Red. M. Zdyb, M. Sieradzka. Warszawa 2011.
- Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Red. J. Szwaja. Warszawa 2000.
- Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 1994, 3 [wkładka].
- Uzasadnienie Projektu kodeksu karnego* [maszynopis; b.m. i d.w.; Biblioteka WPIA UŚ, nr sygn. 21645].

- Warylewski J.: *Czas w prawie karnym*. Gdańsk 2010.
- Warylewski J.: *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*. Gdańsk 2007.
- Warylewski J.: *Prawo karne część ogólna*. Warszawa 2004.
- Waszkiewicz P.: *Wpływ programów prewencyjnych na poczucie bezpieczeństwa mieszkańców Warszawy — na podstawie badań przeprowadzonych wśród studentów Uniwersytetu Warszawskiego*. „*Studia Iuridica*” 2006, 46.
- Wawrzynek J.: *Metody opisu i wnioskowania statystycznego*. Wrocław 2007.
- Wąsek A.: *Formy popełnienia przestępstwa w k.k. z 1997 r.* W: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*. Z. 9. Warszawa 1998.
- Wąsek A.: *Glosa do wyroku SN z 11.09.2002, V KKN 9/0*. OSP 2003, 7—8.
- Wąsek A.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1 (art. 1—31). Gdańsk 1999.
- Wąsek A.: *Problematyka kontraktów przy przestępstwach nieumyślnych*. „*Palestra*” 1988, 10.
- Wąsek A.: *Z problematyki usiłowania nieudolnego*. „*Państwo i Prawo*” 1985, 7—8.
- Wąsowicz M.: *Nurt socjologiczny w polskiej myśli prawnokarnej*. Warszawa 1989.
- Widacki J., w: *Dzieła wybrane Edmunda Krzymuskiego*. T. 1. *Szkola klasyczna w defensywie*. W wyborze i z przedmową J. Widackiego. Kraków 2013.
- Widacki J.: *Polscy politycy o bezpieczeństwie (między demokracją a demagogią)*. W: *Mit represyjności albo o znaczeniu prewencji kryminalnej*. Red. J. Czapska, H. Kury. Kraków 2002.
- Wilk L., Zagrodnik J.: *Prawo karne skarbowe*. Warszawa 2009.
- Witczak H., Kwałko A.: *Zobowiązania*. Warszawa 2012.
- Wnorowski J.: *Sposób działania jako środek identyfikacji sprawcy przestępstwa*. Warszawa 1978.
- Wojciechowski J.: *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*. Warszawa 2002.
- Wojtyczek K.: *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*. Kraków 1999.
- Wojtyczek K.: *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*. „*Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*” 1999, 2.
- Wojtyczek K.: *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*. W: *Racjonalna reforma prawa karnego*. Red. A. Zoll. Warszawa 2001.
- Wolter W.: *Funkcja błędu w prawie karnym*. Warszawa 1965.
- Wolter W.: *Jak rozumieć wyrażenie „sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary”*. „*Państwo i Prawo*” 1977, 6.
- Wolter W.: *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.* Warszawa 1973.
- Wolter W.: *Od nadzwyczajnego złagodzenia kary do niepodlegania karze (studium analityczne)*. „*Państwo i Prawo*” 1971, 3—4.
- Wolter W.: *O tzw. przyczynowości zaniechania*. „*Państwo i Prawo*” 1954, 11.
- Wolter W.: *Studia z zakresu prawa karnego: 1. Problematyka zamiaru wynikowego, 2. Błąd w prawie karnym w ujęciu systematycznym*. Kraków 1947.
- Wolter W.: *Uwagi o łagodzeniu i zaostrzaniu kary*. „*Państwo i Prawo*” 1973, 1.
- Wolter W.: *W sprawie tzw. zamiaru ewentualnego*. „*Nowe Prawo*” 1957, 5.
- Wolter W.: *Z problematyki odpowiedzialności za przestępstwa z zaniechania*. „*Państwo i Prawo*” 1957, 6.
- Wołyniec W.: *Bezpieczeństwo ludzkiej osoby jako wartość etyczna*. W: *Bezpieczeństwo człowieka, konteksty i dylematy*. Red. M. Rybakowski. Zielona Góra 2007.
- Wójcik D.: *Rola mediacji między pokrzywdzonym a sprawcą przestępstwa*. W: „*System Prawa Karnego*”. T. 1. *Zagadnienia ogólne*. Red. A. Marek. Warszawa 2010.

- Wronkowska S.: *Kryteria oceny prawa*. W: „*Studia Iuridica Toruniensia*”. *Przemiany polskiego prawa (lata 1989—1999)*. Toruń 2001.
- Wróbel W.: *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego*. W: *Aktualne problemy prawa karnego. Księga Pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*. Red. Ł. Pohl. Poznań 2009.
- Wróbel W.: *Prawotwórcze tendencje w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach karnych*. W: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*. Red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda. Lublin 2005.
- Wróbel W.: *Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym*. W: *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*. Red. J. Majewski. Toruń 2006.
- Wróbel W., Zoll A.: *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Kraków 2010.
- Wujastyk A.: *Przestępstwa tzw. oszustw kredytowych w ustawie oraz praktyce prokuratorskiej i sądowej*. Warszawa 2011.
- Zakrzewski P.D.: *Przesłanka „bezpośredniości zmierzania” przy usiłowaniu nieudolnym a tzw. usiłowanie bezwzględnie nieudolne*. „*Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*” 2011, 4.
- Zalewski W.: *Glosa do postanowienia SN z dnia 28 kwietnia 2008 r., I KZP 6/08. LEX*, „*GSP-Przegląd Orzecznictwa*” 2009, 1, 103—114.
- Zalewski W.: *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?* Gdańsk 2006.
- Założenia wstępne badania potrzeb nowelizacji Kodeksu karnego*. Dostępne w Internecie: <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/konferencje/rok-2011/>.
- Zawłocki R.: *Ile nieudolności w usiłowaniu nieudolnym*. W: *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*. Red. V. Konarska-Wrżosek. Warszawa 2010.
- Zawłocki R.: *Karygodność czynu zabronionego jako podstawa proporcjonalnej kary kryminalnej*. W: *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*. Red. T. Dukiet-Nagórska. Warszawa 2010.
- Zawłocki R.: *Naprawienie szkody jako podstawa uchylenia albo złagodzenia karanania za przestępstwa gospodarcze*. W: *Karnomaterialne i procesowe aspekty naprawienia szkody*. Red. Z. Ćwiąkański, G. Artymiak. Warszawa 2010.
- Zawłocki R.: *Nieumyślność jako podstawa odpowiedzialności karnej — w poszukiwaniu kompromisu*. „*Monitor Prawniczy*” 2008, 11.
- Zawłocki R.: *Opinia dotycząca oceny obowiązujących rozwiązań w zakresie podstaw odpowiedzialności karnej (Rozdział I—III K.k.), przygotowana dla Komisji Kodyfikacyjnej przy Ministrze Sprawiedliwości referat KKKPK*. Dostępny w Internecie: [www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl).
- Zawłocki R.: *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*. Warszawa 2007.
- Zbrodnie wojenne. Przestępstwa przeciwko pokojowi, państwu i obronności. Rozdział XVI, XVII, XVIII kodeksu karnego. Komentarz*. Red. M. Fleming, J. Wojciechowska. Warszawa 1999.
- Z demokracją na ty. Wiedza o społeczeństwie — zakres podstawowy i rozszerzony*. Red. T. Mer-ta. Warszawa 2007.
- Zieliński M.: *Kształtowanie się polskich koncepcji wykładni prawa*. Wykład wygłoszony na WPiA UŚ, dn. 22.02.2012 r.
- Zieliński M.: *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*. Warszawa 2002.
- Ziemiński Z.: *Logika praktyczna*. Warszawa 1996.



- Ziemiński Z.: *Próba empirycznego badania świadomości prawnej*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1963, 3.
- Zoll A.: *Aksjologiczne podstawy prawa karnego*. W: *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa: materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej w dniach 11 i 12 czerwca 1991 r. w Katowicach*. Red. B. Czech. Katowice 1992.
- Zoll A.: *Glosa do Uchwały składu siedmiu sędziów SN — Izba Karna z 24.01.2013, I KZP 24/12*. OSP 2013, 7—8.
- Zoll A.: *Karne przy kawie*. Odc. 2 — *Uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 24.01.2013 r., I KZP 24/12, z 28.02.2013*. Dostępne w Internecie: <http://www.czpk.pl/2013/02/20/karne-przy-kawie/>.
- Zoll A.: *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji*. W: *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*. Red. J. Majewski. Toruń 2007.
- Zoll A.: *Odpowiedzialność za przygotowanie lub usiłowanie przestępstwa w przypadku współdziałania wielu osób*. W: *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*. Red. Z. Ćwiakalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll. Kraków 1994.
- Zoll A.: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*. Warszawa 1982.
- Zoll A.: *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*. „Krakowskie Studia Prawnicze” 1991, 23.
- Zoll A.: *Potrzeba racjonalności w reformowaniu prawa*. W: *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Materiały z konferencji naukowej, Lublin, 26—27 września 2011*. Red. T. Bojarski i in. Lublin 2011.
- Zoll A.: *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 2012, 11.
- Zoll A.: *Typ czynu zabronionego charakteryzujący się nieumyślnością*. W: *Nieumyślność. Półkole VIII Kolokwium Bielańskiego*. Red. J. Majewski. Toruń 2012.
- Zoll A.: *Założenia polityki karnej w projekcie kodeksu karnego*. „Państwo i Prawo” 1994, 5.
- Zoll A.: *Zasady odpowiedzialności karnej*. W: „Nowa Kodyfikacja Karno”. *Kodeks karny*. Z. 12. Warszawa 1998.
- Zoll A.: *Zbieg przepisów określających typy czynów zabronionych o zróżnicowanej stronie przedmiotowej*. W: *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*. Red. J. Majewski. Toruń 2006.

### Orzecznictwo

- Postanowienie SA w Katowicach z 24.03.2010 r., II AKz 175/10. OSA w Katowicach 2010, nr 2, poz. 2.
- Postanowienie składu siedmiu sędziów Izby Karnej SN z 22.01.1938 (I K. 2126/37). Zbiór Orzeczeń SN. Orzeczenia Izby Karnej, II/1938, poz. 56.
- Postanowienie SN z 13.05.1999 r., I KZP 14/99. LEX nr 46041
- Postanowienie SN z 25.02.2002 r., I KZP 1/02. LEX nr 52291.
- Postanowienie SN z 1.04.2005 r., IV KK 309/04. OSNKW 2005, nr 9.
- Postanowienie SN z 24.11.2005 r., III KO 52/04. LEX nr 164384.
- Postanowienie SN z 3.01.2006 r., II KK 80/05. „Prokuratura i Prawo” (orzecznictwo) 2006, nr 5, poz. 6.
- Postanowienie SN z 5.05.2006 r., II KK 269/05. LEX nr 186937.

- Postanowienie SN z 8.09.2006 r., II KK 10/05. LEX nr 157547.
- Postanowienie SN z 16.01.2007 r., V KK 387/06. „Biuletyn Prawa Karnego” 2007, nr 2.
- Postanowienie SN z 15.02.2007 r., IV KK 273/06. OSNKW 2007, nr 1.
- Postanowienie SN z 28.04.2008 r., I KZP 6/08. LEX 370233.
- Postanowienie SN z 1.09.2009 r., V KK 43/11. OSNKW 2011, nr 11, poz. 100.
- Postanowienie SN z 16.02.2010 r., V KK 354/09. LEX nr 575291.
- Postanowienie SN z 17.12.2010 r., V KK 383/10. OSP 2011, nr 12.
- Postanowienie SN z 4.01.2011 R., III KK 184/10. Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 2011. Warszawa 2012.
- Postanowienie SN z 24.11.2011 r., V KK 274/11. LEX nr 1103635.
- Postanowienie SN z 28.04.2011 r., VKK 33/11. LEX nr 817558.
- Uchwała SN z 8.12.1960 r., VI KO 64/60. OSPiKA 1961, nr 5, poz. 139. LEX nr 115726.
- Uchwała SN z 26.06.1964 r., VI KO 57/63. LEX nr 124389.
- Uchwała SN z 17.03.2000 r., I KZP 58/99. OSNKW 2000, nr 3—4, poz. 23.
- Uchwała SN z 7.09.2000 r., I KZP 22/00. OSNKW 2000, nr 9—10, poz. 79.
- Uchwała SN z 20.11.2000 r., I KZP 36/00. OSNKW 2001, nr 1—2, poz. 1.
- Uchwała SN z 21.11.2001 r., I KZP 26/01. LEX nr 49484.
- Uchwała SN z 21.10.2003 r., I KZP 11/03. OSNKW 2003, nr 11—12.
- Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 24.01.2013 r., I KZP 24/12. OSP 2013, nr 7—8.
- Wyrok SA w Białymstoku z 14.05.2009 r.; II AKa 58/09. OSAB 2009, nr 2—3, poz. 47.
- Wyrok SA w Gdańsku z 23.03.2000 r., II AKa 47/00. OSA 2002, nr 2, poz. 13.
- Wyrok SA w Gdańsku z dnia 7.11.2012 r., sygn. II AKa 373/12. „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 11, Orzecznictwo [wkładka].
- Wyrok SA w Katowicach z 28.09.2000 r., II AKa 243/00. „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 7—8. LEX nr 48297.
- Wyrok SA w Katowicach z 8.02.2001 r., II AKa 36/01. „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 3, poz. 15.
- Wyrok SA w Katowicach z 28.02.2002 r., II AKa 549/01. „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 12, poz. 27.
- Wyrok SA w Katowicach z 13.01.2005 r., II AKa 455/04. OSA w Katowicach 2005, nr 1.
- Wyrok SA w Katowicach z 21.04.2005 r., II AKa 114/05. LEX nr 165702.
- Wyrok SA w Katowicach z 13.11.2006 r., II AKa 197/06. LEX nr 196088.
- Wyrok SA w Katowicach z 27.10.2010 r., II AKa 223/10. LEX nr 785443.
- Wyrok SA w Katowicach z 22.11.2012 r., II AKa 464/12. LEX nr 1236458.
- Wyrok SA w Krakowie z 12.10.1995 r., II AKr 255/95. „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 5. LEX nr 24888.
- Wyrok SA w Krakowie z 4.03.1999 r., II AKa 22/99, KZS 3/1999. LEX nr 36652.
- Wyrok SA w Krakowie z 15.05.2000 r., II AKa 74/00. KZS 5/00.
- Wyrok SA w Krakowie z 15.04.2009 r., II AKa 45/09. LEX nr 527435.
- Wyrok SA w Krakowie z 28.11.2012 r., II AKa 203/12. LEX nr 1236881.
- Wyrok SA w Lublinie z 23.12.1997 r., II AKa 174/97. LEX nr 32338.
- Wyrok SA w Lublinie z 21.09.2004 r., II AKa 221/04. „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 6, poz. 10. LEX nr 148530.
- Wyrok SA w Łodzi z 21.02.2002 r., II AKa 17/02. KZS 2004, nr 4, poz. 52.
- Wyrok SA w Łodzi, z 6.05.2008 r., II AKa 62/08. LEX nr 517112.
- Wyrok SA w Łodzi z 30.09.2010 r., sygn. Akt IIAKa 133/10. „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 1 [dodatek „Orzecznictwo”].
- Wyrok SA w Poznaniu z 25.01.2001 r., II AKa 574/00. OSA 2002, nr 7.
- Wyrok SA w Szczecinie z 16.09.2010 r., II AKa 130/10. LEX nr 786971.

- Wyrok SA w Szczecinie z 9.01.2013 r., II AKa 236/12. LEX nr 1271983.  
Wyrok SA we Wrocławiu z 7.11.2007 r., II AKa 328/07. LEX nr 327529.  
Wyrok SN z 4.06.1934 r., 3 K. 573/34. Zbiór Orzeczeń SN. Orzeczenia Izby Karnej XII/34, poz. 305.  
Wyrok SN z 10.07.1957 r., IV K 78/57. OSNPG 1958/1/32. LEX nr 177631.  
Wyrok SN z 23.12.1959 r., III K 976/59. OSNPG 1960/3/44. LEX nr 169626.  
Wyrok SN z 7.08.1967 r., II KR 50/67. LEX nr 108374.  
Wyrok SN z 17.02.1969 r., III KR 204/68. OSNKW 1969, nr 10, poz. 131.  
Wyrok SN z 28.09.1970 r., IV KR 191/70. OSNKW 1971, nr 1, poz. 3.  
Wyrok SN z 4.08.1971 r., I KR 82/71. OSNPG 1971, nr 12, poz. 230.  
Wyrok SN z 5.08.1971 r., IV KR 82/71. OSNKW 12/1971, poz. 189.  
Wyrok SN z 23.08.1971 r., I KR 146/71. Służba MO 1972, nr 1, s. 116. LEX nr 21420.  
Wyrok SN z 6.12.1971 r., I KR 253/71. Biuletyn SN 1972, nr 3, poz. 44.  
Wyrok SN z 8.12.1972 r., III KR 222/72. PREiS 1973, nr 3.  
Wyrok SN z 5.01.1973 r., III KR 258/72. OSNKW 1973, nr 7—8, poz. 92.  
Wyrok SN z 25.01.1973 r., I KR 323/72. OSNGP 1973, nr 7.  
Wyrok SN z 1.02.1973 r., I KR 338/72. LEX nr 16755.  
Wyrok SN z 9.03.1973 r., II KR 282/72. OSNKW 12/1973, poz. 156.  
Wyrok SN z 14.06.1973 r., I KR 91/73. OSNKW 1973, nr 12, poz. 157.  
Wyrok SN z 12.02.1974 r., III KR 324/73. OSN 1974, nr 6.  
Wyrok SN z 13.05.1974 r., V KR 107/74. LEX 18871.  
Wyrok SN z 10.06.1974 r., I KR 501/73. LEX nr 18889.  
Wyrok SN z 4.07.1974 r., III KR 52/74. OSPiKA 1975, nr 2, poz. 74.  
Wyrok SN z 19.08.1974 r., I KR 35/74. OSNKW 1974, nr 12, poz. 225. LEX nr 18890.  
Wyrok SN z 17.03.1975 r., V KR 411/74. OSP 1977, nr 3, poz. 58.  
Wyrok SN z 29.04.1975 r., VI KRN 46/74. OSNKW 1975, nr 8, poz. 104. Lex nr 18997.  
Wyrok SN z 26.06.1975 r., III KR 354/74. OSNKW 1975, nr 10—11, poz. 142.  
Wyrok SN z 11.07.1975 r., V KR 105/75. LEX nr 19045.  
Wyrok SN z 8.10.1975 r., V KR 180/75. OSP 1976, nr 11, poz. 210. LEX 20874.  
Wyrok SN z 24.11.1975 r., I KR 209/75. LEX nr 21693.  
Wyrok SN z 6.02.1976 r., Rw 45/76. OSNKW 1976, nr 4—5, poz. 64. LEX nr 19119.  
Wyrok SN z 27.02.1976 r., VI KZP 10/75. OSNKW 1976, nr 4—5, poz. 52. LEX nr 19109.  
Wyrok SN z 29.11.1976 r., I KR 196/76. OSNKW 1977, nr 6, poz. 61.  
Wyrok SN z 9.09.1978 r., V KR 119/78. LEX nr 19498.  
Wyrok SN z 16.10.1978 r., I KR 202/78. LEX nr 19507.  
Wyrok SN z 13.06.1980 r., I KR 114/80. OSNPG 1980, nr 12, poz. 145.  
Wyrok SN z 30.10.1980 r., I KR 228/80. OSNPG 1981, nr 6, poz. 5. LEX nr 17293.  
Wyrok SN z 13.11.1980 r., I KR 114/80. OSNPG 12/1980, poz. 145.  
Wyrok SN z 4.05.1981 r., Rw 131/81. OSPiKA 1982, nr 5. LEX nr 20925.  
Wyrok SN z 19.03.1982 r., III KR 18/82. OSNPG 1982/8/106, LEX 17409.  
Wyrok SN z 3.11.1983 r., II KR 227/1983. LEX 17520.  
Wyrok SN z 25.10.1984 r., IV KR 245/84. OSNKW 1985, nr 5—6, poz. 38.  
Wyrok SN z 22.01.1985 r., IV KR 336/84. OSNKW 1985, nr 9—10.  
Wyrok SN z 14.04.1987 r., IV KR 98/87. OSNPG 1988, nr 6, poz. 51. LEX nr 17855.  
Wyrok SN z 18.05.1987 r., V KRN 124/87. OSNPG 1988, nr 3. LEX nr 17843.  
Wyrok SN z 21.12.1987 r., II KR 292/87. OSNKW 1988, nr 5—6. LEX nr 20288.  
Wyrok SN z 8.09.1988 r., II KR 205/88. OSNKW 1989, nr 1, poz. 6. LEX nr 20333.  
Wyrok SN z 6.11.1989 r., II KR 183/89. LEX nr 22059.  
Wyrok SN z 13.03.1990 r., IV KR 229/89. OSNKW 1990, nr 10—12.

- Wyrok SN z 16.12.1992 r., II KRN 289/93. OSANKW 1993, nr 3—4, poz. 19.
- Wyrok SN z 18.02.1997 r., III KKN 132/96. Orzecznictwo „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 9. LEX nr 30403.
- Wyrok SN z 10.12.1997 r., IV KKN 206/1997. LEX nr 31681.
- Wyrok SN z 3.04.2002 r., V KKN 223/00. OSNKW 2002, nr 7—8.
- Wyrok SN z 9.05.2002 r., V KK 21/02. „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 12, poz. 12—[dodatek].
- Wyrok SN z 11.09.2002 r., V KKN 9/01. OSNKW 2002, nr 11—12.
- Wyrok SN z 20.09.2002 r., WA 50/02. OSNKW 2003, nr 1—2, poz. 9.
- Wyrok SN z 1.10.2002 r., V KKN 238/01. LEX nr 56826.
- Wyrok SN z 12.12.2003 r., WA 58/03. LEX nr 185681.
- Wyrok SN z 16.12.2003, WK 23/03. OSNKW 2003, poz. 2724. LEX nr 152121.
- Wyrok SN z 19.03.2004 r., WA 68/03. LEX nr 162666.
- Wyrok SN z 26.08.2004 r., V KK 78/04. OSNKW 2004, nr 9. LEX nr 124995.
- Wyrok SN z 19.10.2004 r., II KK 355/04. LEX nr 141299.
- Wyrok SN z 8.09.2005 r., II KK 10/05. LEX nr 157547.
- Wyrok SN z 1.02.2006 r., V KK 226/05. OSNKW 2006, nr 5.
- Wyrok SN z 19.07.2006 r., III KK 403/05. LEX nr 193006.
- Wyrok SN z 20.11.2007 r., III KK 254/07. OSNKW 2007, nr 1, poz. 2653. LEX nr 370241.
- Wyrok SN z 3.12.2007 r., II KK 199/07. LEX nr 353335.
- Wyrok TK z 25.02.1999 r., K 23/98. OTK 1999, nr 2, poz. 25. LEX nr 36178.



Olga Sitarz

## Active repentance relating to attempt in the Polish criminal law Dogmatic and penal policy analysis

### Summary

The topic of the present monograph is active repentance showed by a perpetrator at one of the stages in commission of a criminal offence — at the stage of attempt.

Main considerations pertaining to active repentance are preceded by presenting of a few issues that are essential from the point of view of the discussed topic. The monograph opens with a general outline of the institution of attempt (but practically, it describes the forming process of criminal liability for preliminary stages in commission of an offence) and the active repentance that relates to it. The information presented therein, many times proves to be instrumental in dispelling the doubts which appear in the subsequent parts of the monograph. Another preliminary chapter is the one devoted to justification of an attempt being punishable by law with its simultaneous impunity stemming from the effective active repentance showed by a perpetrator. However, it seems that any conclusive assessment of a normative form of a particular institution of criminal law has to include its *ratio legis* along with its assumed and ascribed functions. For the reason that the issues of attempt and active repentance are closely intertwined, it seemed indispensable not only to analyse more broadly the structure of attempt itself, but also to undertake the discussion of manifold other issues, among which are included: determining a dividing line between preparation and attempt, as well as between attempt and accomplishment — both of which correspond with the time boundaries of gaining from the penal-law consequences of active repentance in the discussed form. The assumed research perspective seems to particularly necessitate the analyses of failed attempt as well as of the structure of aggravated attempt. Another question of the essence was deciding which categories of criminal offences may be attempted. The lack of criminal liability for the stage of attempt in a given category of prohibited acts cancels out the issue of active repentance; whereas admitting the possibility to attempt certain categories of criminal offences requires, within the scope of the potential active repentance, the precise resolutions. Therefore, the topic of the reflections — from the aspect of attempt — are constructive offences, formal offences, offences infringing on so-called dematerialized legal interest; offences which constitute a preparation or an attempt elevated to the level of accomplishment; goal-oriented offences; “two-stage” offences; offences in case of which “factual circumstances of a given offence suggest that the Law deems punishable only the accomplishment,” the offences assuming multi-functionality; permanent offences, offences of the criminal negligence, single-moment offences with sudden intent, unintentional offences, and offences characterized by varied intents of actors.

Fundamental for the chosen topic are investigations conducted in the subsequent part of the monograph which is devoted to penal-law structure of active repentance. Apart from the

classic elements of analysis (objective and subjective premises), this part addresses in detail the issues connected with active repentance in case of failed and aggravated attempt. The same part presents the questions of active repentance relating to certain categories of criminal offences. A separate chapter discusses penal-law consequences of active repentance, both effective and ineffective, partially focusing on consequences of active repentance relating to aggravated attempt.

In its concluding remarks, the monograph attempts at assessing the effectiveness of solutions adopted in the present legal situation. The chapter is complemented with results of the author's own research concerning the legal awareness of the society within the scope of attempt being punishable, consequences of active repentance, and public opinion relating to those issues.

The conducted broad analysis allows to formulate conclusions *de lege ferenda*, most of all pertaining to the structure of active repentance, and within more narrow scope — referring to the structure of attempt.

Olga Sitarz

## Die mit dem Versuch verbundene tätige Reue im polnischen Strafrecht Dogmatische und kriminalpolitische Analyse

### Zusammenfassung

Zum Thema der vorliegenden Monografie wird die von dem Täter in einem der Stadien der Straftat, nämlich auf dem Stadium des Versuchs, gezeigte tätige Reue.

Die Hauptüberlegungen leiten einige für die zu behandelte Thematik wesentliche Fragen ein. Die Monografie wird durch den Abriss der Weiterentwicklung der Institution: Versuch (und im Prinzip — der strafrechtlichen Haftung für die die Zufügung des Schadens vorangehenden Stadien) und der damit verbundenen tätigen Reue eröffnet. Die hier vorgebrachten Informationen ermöglichen des Öfteren, über die in weiteren Teilen der Monografie erscheinenden Zweifel zu entscheiden. Einen einleitenden Charakter hat auch das Kapitel, das die Straffälligkeit des Versuchs, bei gleichzeitiger Straflosigkeit infolge einer wirksamen tätigen Reue des Täters zu begründen hatte. Es scheint aber, dass eine endgültige Beurteilung der normativen Form von einer bestimmten Institution des Strafrechts deren *ratio legis*, als auch deren vorausgesetzten und zugeschriebenen Funktionen beachten muss. Ein starker Zusammenhang zwischen dem Versuch und der tätigen Reue verursachte, dass man nicht nur die juristische Konstruktion des Versuchs selbst, sondern auch viele andere Probleme zu wälzen hat. Man muss u.a. eine Grenze zwischen der Vorbereitung und dem Versuch und zwischen dem Versuch und deren Vollendung abstecken; diese bestimmen zwar eine zeitliche Zäsur, dass man strafrechtliche Folgen der tätigen Reue ausnutzen darf. Die Betrachtungsweise der Verfasserin erfordert eine gründliche Analyse von einem unfähigen und einem qualifizierten Versuch. Sie musste auch beurteilen, welche Kategorien der Straftaten als ein Versuch betrachtet werden können. Da es keine strafrechtliche Haftung für das Versuchsstadium von bestimmter Kategorie der verbotenen Taten gibt, verliert das Problem der tätigen Reue an Aktualität. Wenn man aber bei manchen Delikt-kategorien die Möglichkeit eines Versuchs in Betracht zieht, muss man auch die Institution der eventuellen tätigen Reue definieren. In Bezug auf den Versuch untersucht die Verfasserin also Gefährdungsdelikte, Formaldelikte, die gegen dematerialisiertes Rechtsgut verstoßenden Straftaten, die eine Vorbereitung oder einen zur Vollendung werdenden Versuch darstellenden Delikte, gerichtete Delikte, „Zweietappendelikte“, Delikte bei denen, wie aus dem Tatbestand folgt, nur die Vollendung bestraft wird, Tatmehrheitsdelikte, Dauerdelikte, Unterlassungsdelikte, gleichzeitige Delikte, Delikte mit plötzlich gefasster Absicht, die fahrlässige Delikte und Delikte mit gemischter subjektiver Seite.

Die für das Thema der Monografie fundamentalen Erwägungen beinhaltet der nächste, der strafrechtlichen Konstruktion der tätigen Reue gewidmete Teil. Neben den klassischen Elementen der Analyse (objektive und subjektive Voraussetzungen) schildert die Verfasserin genau das



Problem der tätigen Reue bei einem unfähigen und qualifizierten Versuch. In demselben Teil wird die mit dem Versuch verbundene tätige Reue in Bezug auf bestimmte Deliktategorien erörtert. Gesondert werden strafrechtliche Folgen der wirksamen und unwirksamen tätigen Reue behandelt, wobei den Folgen der tätigen Reue in Bezug auf den qualifizierten Versuch wird besonders viel Aufmerksamkeit geschenkt.

Als Resümee der Monografie gilt die Bemühung, die Rechtswirksamkeit der im geltenden Recht angenommenen Lösungen zu beurteilen. Das Kapitel wird mit der Präsentation der Ergebnisse von den eigenen Forschungen der Verfasserin über rechtliches Bewusstsein der Gesellschaft im Bereich der Strafbarkeit wegen Versuchs, die Folgen von der tätigen Reue und öffentliche Meinung darüber ergänzt.

Die von der Verfasserin durchgeführte weitgehende Analyse ließ, die Schlüsse *de lege ferenda* vor allem in Bezug auf die Konstruktion der tätigen Reue und genauer — der Konstruktion des Versuchs ziehen.



Redaktor Barbara Todos-Burny  
Projektant okładki Magdalena Starzyk  
Redaktor techniczny Barbara Arenhövel  
Łamanie Alicja Załęcka

Copyright © 2015 by  
Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego  
Wszelkie prawa zastrzeżone

**ISSN 0208-6336**  
**ISBN 978-83-8012-485-1**  
(wersja drukowana)  
**ISBN 978-83-8012-486-8**  
(wersja elektroniczna)

Wydawca  
**Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego**  
**ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice**  
[www.wydawnictwo.us.edu.pl](http://www.wydawnictwo.us.edu.pl)  
e-mail: [wydawus@us.edu.pl](mailto:wydawus@us.edu.pl)

---

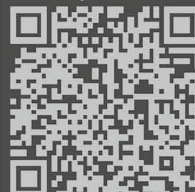
Wydanie I. Ark. druk. 33,5. Ark. wyd. 45,5. Papier offset.  
kl. III, 90 g Cena 72 zł (+ VAT)

Druk i oprawa: EXPOL P. Rybiński, J. Dąbek Spółka Jawna  
ul. Brzeska 4, 87-800 Włocławek





Więcej o książce



CENA 72 ZŁ  
(+ VAT)

ISSN 0208-6336  
ISBN 978-83-8012-485-1