

Dagmara Gruszecka

Rozwój koncepcji karalności usiłowania nieudolnego

Kiedy na początku XIX wieku Anzelm von Feuerbach⁷⁹ zakwestionował, zgodnie z oświeceniowym i liberalnym postulatem rozdzielenia prawa od moralności, zasadność obejmowania reakcją karną zachowań związanych z samym tylko nagannym zamiarem, lecz niezagrażających w istocie przedmiotowi przestępstwa, rozgorzał trwający do dziś spór o podstawę i sens karalności form stadialnych, a zwłaszcza usiłowania nieudolnego. Usiłowanie takie z samej swej istoty nie przejawia bowiem od samego początku żadnego obiektywnego niebezpieczeństwa dla dóbr prawnie chronionych, a jednak nie pozostaje zjawiskiem prawnokarnie irrelevantnym. Zagadnienie to wpisuje się zresztą w szerszą problematykę przesuwania granic ochrony dobra prawnego na obszar tzw. przedpola rozciągającego się przed dokonaniem naruszenia. Wyznaczany pierwotnie przez szkodę jako realną i uchwytłą zmianę w świecie zewnętrznym zakres karalności ulega poszerzeniu nie tylko poprzez wprowadzanie struktur penalizujących samo niebezpieczeństwo jako szczególny skutek lub generalną cechę zachowania, lecz sięga tam, gdzie w ogóle o możliwości sprowadzenia zagrożenia nie mogło być mowy (usiłowanie nieudolne już z racji leżącej właśnie w jego naturze nieudolności wiąże się z brakiem niebezpieczeństwa dla dobra prawnego). Jeżeli w takich przypadkach istnieje potrzeba karania, to należy wywieść ją z teoretycznych założeń systemu prawa karnego, nie popadając w sprzeczność z osiągniętym standardem odpo-

⁷⁹ Franz von Liszt (pra)początki dyskursu nad karalnością usiłowania nieudolnego widzi jednak w czasach znacznie wcześniejszych, gdyż już w pracach prawników rzymskich, od Neratiusa i Pomponiusa do Ulpiana oraz Paulusa. Por. F. v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1899, s. 206. Por. także obszerny wywód historyczny Romualda Hubego, *Ogólne zasady nauki prawa karnego*, Warszawa 1830, s. 314 i n. Edmund Krzymuski natomiast zauważa, że przed Anzelmem Feuerbachem jedynie Jacob Böhmer, zastanawiając się nad karalnością usiłowania otrucia, stwierdził, iż nie należy karać człowieka, który daje komuś do spożycia jakąś substancję nieszkodliwą w przekonaniu, że jest to trucizna, jednak zdanie to uchodziło za pewnego rodzaju osobliwość, nieopartą zresztą szerszym uzasadnieniem. Por. E. Krzymuski, *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*, Warszawa 1884, s. 155.

wiedzialności karnej.

Jeżeli impulsem do wszelkiej aktywności pozostają procesy psychiczne, to podstawowym i dostrzegalnym na pierwszy rzut oka elementem, który w zachowaniu nieudolnego przestępcy budzi jednoznaczne potępienie, jest niewątpliwie samo jego naganne nastawienie. Dlatego najstarsza teoria – subiektywna, dopatrywała się uzasadnienia karalności usiłowania w „złej, przestępnej woli” sprawcy. Dogmatycznie właściwy kształt teorii subiektywnej nadał Maximilian von Buri⁸⁰. To właśnie z postacią tego charyzmatycznego sędziego wiązała się w dużej mierze popularność ujęcia subiektywnego zwłaszcza w niemieckiej judykaturze drugiej połowy XIX wieku. Łącząc problematykę usiłowania z zagadnieniami związku przyczynowego, a ściślej – panującą wówczas teorią ekwiwalencji, przyjmował on, że obiektywne, przedmiotowe elementy istoty przestępstwa tylko wówczas mogą być miarodajne dla oceny usiłowania, jeżeli zostanie wykazany obiektywny związek przyczynowy między nimi a dokonaniem, pozwalający na pewne ustalenie, że gdyby nie przerwanie usiłowania dokonanie rzeczywiście by nastąpiło. Ponieważ jednak brak skutku wyklucza jakiegokolwiek rozważania o istnieniu związku przyczynowego, taka ocena pozostaje niemożliwa. Nie da się także potwierdzić istnienia wcześniejszej przyczyny – czyli niebezpieczeństwa. Każde usiłowanie pozostaje *in concreto* nieudolne, wszystkie więc przypadki usiłowania winny być jednakowo objęte karą. Nieprzydatność kryteriów obiektywnych dowodzi, że jedynie wola i stanowisko subiektywne może być sensownie brane pod uwagę przy ocenie karalności usiłowania. Wspomniane zaś elementy strony przedmiotowej mają wyłącznie to znaczenie, że nadają woli zewnętrzny kształt⁸¹. Wychodząc z założenia,

⁸⁰ Por. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 57–60.

⁸¹ M. v. Buri, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, Giessen 1862, s. 55: „Nur dann könnte die Tatseite des Versuchs als ein objektiven Teil des objektiven Tatbestandes der unterbliebenen Vollendung angesehen werden, wenn zwischen ihr und dem objektiven Tatbestand der Vollendung ein objektiver Kausalzusammenhang festgestellt zu werden vermöchte, wenn es also mit Sicherheit vorliegend wäre, dass ohne die stattgefundene Unterbrechung des Versuchs die Vollendung eingetreten sein würde. Ein solcher Beweis erscheint aber als unausführbar (...) So steht damit fest, dass allein der Wille das strafbare Moment im Versuche ist”. Posługiwanie się powyższym

że skoro usiłowanie od dokonania różni jedynie stroną przedmiotową, stroną podmiotową pozostaje zaś bez zmian, wykazywano, że wystarczy, gdy w zewnętrznym działaniu sprawcy dostatecznie ujawnił się zamiar narażenia lub naruszenia dobra prawnie chronionego. Przy tak ustalonym momencie karygodności nie ma w zasadzie znaczenia, jak daleko właściwe działania sprawcy znajdowały się od dokonania ani na ile były one, i czy w ogóle były, gdy oceniać obiektywnie i *ex ante*, niebezpieczne.

Inną podstawą teorii subiektywnej był tzw. wniosek odwrotny z przepisu o błędzie, na który powołał się Sąd Rzeszy w 1908 r.⁸² Jeżeli błąd sprawcy, który działa w mylnym przekonaniu, że nie zachodzi okoliczność stanowiąca znamię czynu zabronionego, prowadzi do wyłączenia odpowiedzialności za przestępstwo umyślne, to w przypadku usiłowania mamy do czynienia z sytuacją odwrotną, właśnie tę odpowiedzialność uzasadniającą. Błąd sprawcy zwrócony jest niejako w przeciwnym kierunku, „można zatem twierdzić, że usiłowanie nieudolne polega na popełnionym w złej wierze błędzie co do istnienia okoliczności stanowiącej znamię”⁸³, odwrotna jest zatem również jego funkcja jako przesłanki, a nie przeszkody do uznania umyślności.

Oparli się na zdobyczach dogmatyki niemieckiej, stanowisko czysto subiektywistyczne prezentował początkowo Edmund Krzymuski. Przeciwstawił się tym samym dotychczas rozpowszechnionym na ziemiach polskich poglądom Romualda Hubego oraz Stanisława Budzińskiego. Osią swych rozważań uczynił Krzymuski rozróżnienie między zamiarem jedynie zaimanifestowanym a „postanowieniem”, które stanowić by miało etap bardziej zaawansowany, będąc już pewnym

argumentem opartym na związku przyczynowym najtrafniej podsumował Hippel, stwierdzając, że podążając tym tokiem rozumowania, należy uznać, iż uczestnikom walk wracającym do domu z pola bitwy nie groziło żadne niebezpieczeństwo, gdyż groziło ono wyłącznie poległym – R. v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin 1932, s. 157.

⁸² Teza powyższego orzeczenia brzmiała: „Wie der tatsächliche Irrtum nach § 59 die Schuld ausschließt, so findet er auch umgekehrt zuungunsten des Täters Beachtung, wenn er zur Annahme eines in Wirklichkeit nicht vorhandenen Tatbestandserfordernisses führt”; cyt. za: R. v. Hippel, *Lehrbuch...*, s. 158.

⁸³ J. Giezek, [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Warszawa 2006, s. 202

dostrzegalnym opowiedzeniem się sprawcy za określonym skutkiem przestępnym i uruchomieniem działania mającego do owego skutku doprowadzić. Nie miało przy tym większego znaczenia, czy obrana droga postępowania mogła być obiektywnie oceniana jako kauzalnie właściwa. W ogóle dystynkcja między tzw. usiłowaniem udolnym a nieudolnym pozostawała dla prawa karnego obojętna. Nawet przypadki użycia niewłaściwego środka czy też niewłaściwość przedmiotu, nienadającego się do popełnienia na nim przestępstwa, pozostawały karalne, gdy wskazywały na istnienie w analizowanym zachowaniu „postanowienia” realizacji przestępstwa. Z tego względu uznawał Krzymuski, że sprawca A, podając wodę ocukrzoną B z zamiarem spowodowania jego śmierci, dopuszcza się jednak karalnego usiłowania, ponieważ A nie tylko zmanifestował w rozważanym postępowaniu zamiar otrucia B, lecz także postanowienie urzeczywistnienia takiego stanu rzeczy⁸⁴. Za usiłowanie należało bowiem uważać dane działanie przestępne tylko wtedy, gdy sprawca spełnił je w sposób dowodzący z jednej strony, że nie urzeczywistnił on jeszcze całego swego zamiaru, a z drugiej, iż ma on postanowienie urzeczywistnienia całej planowanej treści. Cechę charakterystyczną usiłowania stanowiło właśnie to, że nie tylko objawiał się w nim sam zamiar dokonania przestępstwa, ale i postanowienie uczynienia wszystkiego, co mogłoby wywołać w świecie zewnętrznym skutek odpowiadający temu zamiarowi⁸⁵. Jeżeli zaś zamiar został jedynie

⁸⁴ E. Krzymuski, *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*, s. 163 i n: „To bowiem, czy A nie otruł B dlatego, że ten ostatni nie spożył podanego mu kwasu pruskiego, czy też dlatego, że A podał mu do spożycia wodę ocukrzoną, sądząc, że posiada ona własności trujące – to jest dla charakterystyki prawnej czynu A rzeczą obojętną”. Potrzeba karalności takich przypadków usiłowania nieudolnego wzmocniana była dodatkowo odwołaniem się do niebezpieczeństwa samego sprawcy, który może niejako zacząć „uczyć się na własnych błędach” – por. *ibidem*, s. 164. Jest jednak rzeczą szczególną, że odrębnie analizuje Krzymuski przypadki usiłowania pod wpływem zabobonu – czyli jednej z form tzw. bezwzględnej nieudolności. Otóż różnicuje on karalność w zależności od tego, czy sprawca uważa, że dane gusło jest w stanie samo sprowadzić skutek przestępny – wówczas można już mówić o zaistnieniu „postanowienia”, czy też ma jedynie skłonić siłę wyższą do określonych działań – np. modlitwa, i tu mielibyśmy do czynienia jedynie z niekaralnym życzeniem – zamiarem; *ibidem*, s. 167–168.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 163, 164

„zamanifestowany”, w ogóle nie dochodziło do wypełnienia ram usiłowania. Kara zostawała wówczas wykluczona, gdyż stanowiłaby dopuszczenie ingerencji prawa karnego w obszar jedynie myśli i życzeń, a te powinny znaleźć się poza jurysdykcją prawa⁸⁶. Warto dodać, że kluczowy element postanowienia, będącego wszak czymś innym niż tylko kategorią strony podmiotowej, spowodował, iż z czasem poglądy Krzymuskiego ewoluowały w stronę teorii mieszanych, uwzględniających także przesłanki przedmiotowe⁸⁷.

Według Juliusza Makarewicza w rozwoju prawa karnego stale występuje tendencja poszerzania się subiektywizmu w konstrukcji usiłowania⁸⁸. Podczas prac Komisji Kodyfikacyjnej RP w 1920 r. Makarewicz proponował, aby pojęcie usiłowania objęło każde działanie „ujawniające bezpośrednio zamiar sprawcy dokonania przestępstwa, o ile skutek nie nastąpił”. Zgodnie z takim stanowiskiem nawet rzucanie uroku byłoby kwalifikowane jako usiłowanie, chociaż działanie ujawniające zamiar sprawcy było w tym przypadku „niedoleżne”.

⁸⁶ „Wobec tego jasną jest rzeczą, że w ogóle nie będzie można mówić o usiłowaniu tam, gdzie ktoś zmanifestował na zewnątrz użycie środków, nie znajdujących się w żadnym związku przyczynowym z wywołaniem w świecie zewnętrznym jakiegokolwiek skutku przestępnego. W ogóle zatem nie może być mowy o usiłowaniu dokonanem za pomocą środków nieodpowiednich lub też za pomocą działania, skierowanego ku przedmiotowi nie mogącemu stać się jego ofiarą” – *ibidem*, s. 162–163.

⁸⁷ Por. szerzej późniejszą pracę tego autora: *System prawa karnego ze stanowiska nauki i trzech kodeksów, obowiązujących w Polsce. Część ogólna*, Kraków 1921, s. 134 i n.; na s. 148 stwierdza między innymi: „(...) i według mojej koncepcji usiłowanie karygodne musi odznaczać się udolnością przedmiotową, ze względu na *ad actum procedere*. Tylko podczas, gdy wyznawcy teorii przedmiotowej domagają się tej udolności dla akcji rzeczywiście przez sprawcę rozwiniętej, to ja żądam jej tylko dla akcji przez sprawcę przedsięwziętej zgodnie z jego postanowieniem, a to już niezależnie od tego, czy to, co on uczynił, rzeczywiście nie miałoby odpowiadać tej akcji i miało nawet okazać się całkiem nieprzydatnym do sprowadzenia zamierzonego przez sprawcę skutku przestępnego, byle tylko zmianę tę wywołał błąd faktyczny”. Por. też Z. Jędrzejewski, *Bezprawie...*, s. 114, który uznaje, że koncepcja Krzymuskiego przekształcała się w wariant tzw. teorii planu działania sprawcy.

⁸⁸ Opinię tę wyraził w *Einführung in die Philosophie des Strafrechts*, Stuttgart 1906.

Karalności tej i podobnych sytuacji miała być jednak wyłączona, ponieważ sprawca obiera fałszywą drogę do osiągnięcia zamierzonego celu, a więc ma wtenczas miejsce błąd co do środka lub przedmiotu przestępstwa. W przypadku karalnego usiłowania nieudolnego sprawca ma natomiast świadomość, jakiego środka używa. Jeżeli działający świadomie wybrał przedmiot niezdatny, wykluczona jest zdaniem Makarewicza karygodność, a zatem występuje tu przestępstwo urojone. Oznacza to, że autor ten uznawał karalność takich przypadków, jak próba zabicia nieżyjącej już ofiary. W opublikowanym przezeń w 1922 r. projekcie kodeksu karnego znalazło się sformułowanie głoszące, iż: „Nie ma przestępstwa, jeżeli sprawca świadomie przedsięwzięcie działanie przeciw przedmiotowi nie istniejącemu lub bezwzględnie nie nadającemu się do popełnienia na nim przestępstwa”. Natomiast – według tego samego projektu – nie odpowiadałby za usiłowanie ten, kto „świadomie, z wiarą w skuteczność” użyłby „środka w żadnych warunkach nie nadającego się do wywołania zamierzonego skutku”. Stanowisko Makarewicza, z niewielkimi zmianami zaproponowanymi przez Wacława Makowskiego, stało się podstawą rozwiązania przyjętego w Kodeksie karnym z 1932 r.⁸⁹

Czysty subiektywizm – co mu zresztą wielokroć zarzucano⁹⁰ – zezwalając na daleko idącą interpretację zmanifestowania złej woli (właściwie można by już w nim widzieć sytuację, gdy sprawca utwierdził się już w swoim przestępnym zamiarze⁹¹), nieuchronnie

⁸⁹ Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania...*, s. 116–121, 125–126.

⁹⁰ H.J. Hirsch pisze: „W okresie, gdy w literaturze dominowały jeszcze teorie obiektywne, postawiony został teorii subiektywnej zarzut, jakoby uprawiała ona prawo karne myśli, nastawienia (*Gesinnungsstrafrecht*). Podstawą niemieckiego i polskiego prawa karnego – jak również większości innych państw – jest natomiast ujmowanie go jako prawa karnego czynu. Sama decyzja o podjęciu działania nie jest jeszcze karalna. Zła wola musi urzeczywistnić się w całości lub częściowo raczej obiektywnie, i to nie tylko dlatego, że wola najczęściej jest trudna do zrekonstruowania, lecz również dlatego, że moralność nie może być wymuszana przez państwo” – H.J. Hirsch, *Problematyka regulacji nieudolnego usiłowania w polskim i niemieckim kodeksie karnym*, [w:] J. Giezek (red.), *Księga Jubileuszowa prof. T. Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 270–271.

⁹¹ Por. A. Wąsek, *Formy popełnienia przestępstwa w kodeksie karnym z 1997 r. Krótkie komentarze karne*, Warszawa 1998, s. 19 „o tym czy zachowanie sprawcy zmierza bezpośrednio decydować ma dojrzałość, stanowczość,

popada jednak w konflikt z Ulpianowską zasadą *cogitationis poenam nemo patitur*, stanowiącą jedną z podstawowych zasad odpowiedzialności karnej. Obejmuje on też bezwzględną karalnością wszelkie przypadki usiłowania nieudolnego, w tym także usiłowania opierającego się na przesądzie, zabobonie, gdyż nieudolność sprawcy, jego ewidentny błąd, oczywista i rażąca niewiedza czy nieprzewidziane przeszkody nie zmieniają faktu, że podjął działanie, chcąc dokonać przestępstwa.

Dostrzegając wady teorii subiektywnej, próbowano uzupełniać jej tradycyjną formułę o inne kryteria, jak wzbudzenia wrażenia zachwiania prawa, czy nawet zastąpić akcentowaniem niebezpieczeństwa samego sprawcy oraz względami prewencyjnymi. W tym drugim wypadku podstawę karalności usiłowania nieudolnego miałyby stanowić nie jakaś potencjalnie choćby niebezpieczna sytuacja, która przecież z oczywistych względów nie może mieć miejsca, ale niebezpieczeństwo jej powtórzenia, tym razem niewykluczone, że udanego przez zdemoralizowanego i zdecydowanego sprawcę: „Oto sprawca zdecydowany bezwzględnie osiągnąć swój cel przestępny dzisiaj przedsięwziął atak za pomocą środków niezdatnych lub na niezdatny przedmiot, lecz już jutro, pouczony doświadczeniem nieudanej próby, może sięgnąć po odpowiedni środek lub wybrać zdatny przedmiot i tym razem przestępstwo zrealizować”⁹². To zatem nie konkretne zachowanie sprawcy powoduje zagrożenie dla dóbr prawnie chronionych, ale sam

nieodwołalność zamiaru sprawcy”. Nie zmienia powyższego spostrzeżenia mówienie o zamiarze a zamiarze zmanifestowanym, lub nazywanie tego zamiaru postanowieniem czy jakimkolwiek innym pojęciem.

⁹² Z. Jędrzejewski, *Granica karalności*, Wojskowy Przegląd Prawniczy, 2007, nr 2, s. 60. Por. R. Dębski, *Karalność w razie braku naruszenia dobra prawnego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, 1999, z. 2, s. 106. Koncepcja ta nosiła nazwę *Tätertheorie*. Można zauważyć, że cieszyła się ona w szczególnej formie popularnością w poprzednim ustroju. Dość wymienić tu poglądy M. Szerera, który pisał: „karalność sprawcy nieudolnego usiłowania wynika z jego zamiaru i właściwości, choć działaniem swoim nie naruszył dobra przez prawo chronionego. (...) w nowoczesnych stosunkach współzycia żaden ustrój nie może pozwolić sobie na ignorowanie niebezpieczeństwa, jakie spokojowi tego współzycia może grozić ze strony osobników, którzy zdobyli się choćby tylko nieudolnie na usiłowanie przełamania bariery karnej” – M. Szerer, *Z rozważań nad karaniem usiłowania nieudolnego*, Państwo i Prawo, 1975, z. 7, s. 70–71.

sprawca uosabia to zagrożeniem. Trudno jednak nie dostrzec, że takie poglądy stanowią odejście od prawa karnego czynu na rzecz prawa karnego sprawcy, nie da się ich także obronić na gruncie obowiązujących zasad odpowiedzialności karnej, której wszak nie można ponosić za ewentualne zachowania przyszłe, a do tego w zasadzie sprowadzałoby się tzw. niebezpieczeństwo powtórzenia zamachu.

Według teorii wrażenia (*Eindruckstheorie*) – która przynajmniej w zamiarze swych protagonistów nie miała być koncepcją podmiotową – bliska realizacji znamion manifestacja przestępczego zamiaru, która według ujęcia subiektywnego jest podstawą karalności usiłowania nieudolnego, powinna zawierać w sobie zdolność zachwiania zaufaniem ogółu, że porządek prawny obowiązuje⁹³. Uzasadnienie dla podlegania karze za usiłowanie stanowi występujące w społeczeństwie wrażenie zagrożenia, zachwiania prawa (*Eindruck der Bedrohlichkeit*), które mogłoby prowadzić do narażenia na niebezpieczeństwo samego porządku prawnego. Rozstrzygające są więc tu również elementy subiektywne, tyle że nie leżące po stronie sprawcy, a społeczeństwa – odpowiadające społecznemu odbiorowi jego zachowania. Decyduje wrażenie naruszenia porządku prawnego, jakiego doświadcza przeciętna dowiadująca się o zdarzeniu osoba⁹⁴. Takie ujęcie ogranicza jednak zakres karalności usiłowania nieudolnego, co skądinąd pozostaje zdaniem wielu autorów jedyną zaletą powyższej teorii⁹⁵.

⁹³ Por. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allg. Teil*, Berlin 1972, s. 514.

⁹⁴ Zob. F. Zieschang: *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin 1998, s. 130 i n.. Oparcie decyzji o karalności na podobnej przesłance wydaje się z dwóch przynajmniej powodów etycznie wątpliwe. Po pierwsze zakłada, co podnosi Zieschang, że o karze lub bezkarności czynu decyduje nie jego obiektywna bezprawność, ale to, czy wyszedł na światło dzienne i wzbudził odpowiednie potępienie. Po drugie obecnie, zwłaszcza wobec kontrowersyjnej działalności mediów, często polujących na sensację i przez to wypaczających ludzką wrażliwość, ciężko byłoby przyjąć za miarodajną tzw. społeczną ocenę zjawiska, czy nie przypominałoby to trochę karnoprawnego audiotele. H.J. Hirsch natomiast słusznie zauważa, że „zaufanie, iż porządek prawny obowiązuje, jest wszak zachwiane dopiero wówczas, gdy w wyniku zaniedbań policji oraz organów wymiaru sprawiedliwości nasila się określonego rodzaju przestępstwa. To już jest jednak zupełnie inny problem” – H.J. Hirsch, *Problematyka regulacji nieudolnego...*, s. 262 i n.

⁹⁵ H.J. Hirsch stwierdza dobitnie, że „przy kryteriach teorii wrażenia chodzi o puste formuły, z których – w zależności od wycucia – można wyczytać

W odpowiedzi na ułomności teorii subiektywnej odwołano się do kryteriów dotyczących wyłącznie strony przedmiotowej czynu. Według teorii obiektywnych zachowanie pozostaje bezkarne, jeżeli nie zagraża dobru prawnemu (niekiedy też wspomina się o ogólniej sformułowanym przedmiocie ochrony – porządku prawnym⁹⁶), nie posiada cechy „niebezpieczności”. W ramach koncepcji przedmiotowych penalizacja usiłowania nieudolnego nie jest już tak oczywista, jak przy położeniu głównego nacisku na złą wolę sprawcy, stąd też zakres zachowań karalnych może być ograniczany. Za twórcę tzw. starszej teorii obiektywnej uchodzi wspomniany już wybitny niemiecki teoretyk prawa karnego Anzelm von Feuerbach. Wprowadzone przez niego pojęcie przestępstwa jako naruszenia praw (prawa), implikowało rygorystyczne podejście do wszelkich prób karalności za sam niemoralny zamiar⁹⁷. W konsekwencji jedyne karalne usiłowanie miało miejsce w przypadku, gdy samo zachowanie, według swoich właściwości zewnętrznych, połączone jest związkiem przyczynowym z przestępstwem, które zamierzono, czyli kiedy jest obiektywnie niebezpieczne⁹⁸. Z kolei asystent Feuerbacha i kontynuator jego myśli, Carl Joseph Anton Mittermaier uznał, że bezkarne powinno pozostać usiłowanie bezwzględnie (absolutnie) nieudolne, w przeciwieństwie do usiłowania względnie nieudolnego. To pierwsze polegało na użyciu takiego środka, jaki nie mógł nigdy spowodować zamierzonego skutku, a więc zachodziła tutaj niewłaściwość jakościowa użytego środka. Jako przykład podawano

pożądaną rezultat” – *ibidem*, s. 263

⁹⁶ F. Zieschang: *Die Gefährungsdelikte...*, s. 129.

⁹⁷ Poglądy Feuerbacha, tkwiąc jeszcze w Wieku Świata, stanowiły odzwierciedlenie mieszczańskiej myśli liberalnej: „Weil bürgerliche Strafbarkeit ohne eine dem äußeren Rechten widersprechende Handlung unmöglich, eine Handlung aber nur dann (äußerlich) rechtswidrig ist, wenn sie das Recht verletzt oder gefährdet. Die rechtswidrige Absicht allein gibt keiner Handlung das Merkmal der Rechtswidrigkeit” – P.J.A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 5. Auflage, Giessen 1843, s. 72

⁹⁸ *Ibidem*, s. 71. Obiektywne niebezpieczeństwo nie zachodzi, gdy strzela się do zwłok czy próbuje otruć substancją nie będącą trucizną. W przeciwnym wypadku, jak stwierdza Feuerbach, należałoby uznać winnym karalnego usiłowania zabójstwa każdego Bawara, który pielgrzymuje do swojej kaplicy, by tam modlić się o śmierć wroga. Inna rzecz, że nie świadczy ten przykład o najlepszym zdaniu Feuerbacha o rzymskokatolickich mieszkańcach Bawarii.

strzał z nienaładowanej broni. Usiłowanie względnie nieudolne miało zaś miejsce wówczas, jeśli użyty środek z abstrakcyjnego punktu widzenia był w stanie spowodować zamierzony skutek, lecz nie nastąpiło to z powodu jego nieodpowiedniego sposobu użycia, zbyt małej ilości bądź też użycia w niewłaściwym czasie. Mamy więc w tym przypadku do czynienia jedynie z niewłaściwością ilościową użytego środka. By pozostać przy wcześniejszym przykładzie – oddanie strzału z broni naładowanej, ale z użyciem zbyt małej ilości prochu, kwalifikowane było jako względnie nieudolne.

Założenia teorii obiektywnej rozwinął w polskiej dogmatyce prawa karnego Romuald Hube. Wyróżniając cztery warunki usiłowania – to jest zamiar bezprawny, przedsięwzięcie właściwych środków, przekroczenie sfery wolności prawnej osoby oraz brak zamierzonego skutku bezprawego⁹⁹, uznawał za karalne tylko takie zachowania, które zawierając w sobie wymienione wcześniej elementy, odznaczały się już pewnym potencjałem niebezpieczeństwa dla przedmiotu ochrony. Właśnie to niebezpieczeństwo (dla sfery wolności prawnej społeczeństwa – co zostało przejęte wprost z Feuerbachowskiej definicji przestępstwa, stąd jeszcze silne echo myśli oświeceniowej) stanowiło zarazem uzasadnienie bezprawności, a zatem i karalności czynu jedynie usiłowanego¹⁰⁰. Aby jednak stan zagrożenia mógł w ogóle zaistnieć, a więc być brany pod uwagę przy prawnokarnym wartościowaniu, należało posłużyć się środkami właściwymi do osiągnięcia celu¹⁰¹. Hube przeprowadził wyraźny podział na usiłowanie nieudolne polegające na

⁹⁹ R. Hube, *Ogólne zasady nauki prawa karnego*, Warszawa 1830, s. 311.

¹⁰⁰ *Ibidem*, s. 310: „Działanie usiłowane nie zdaje się być bezprawem dlatego, że nie pociąga za sobą skutku zamierzonego bezprawego, jest atoli bezprawem dlatego, iż już przekracza sferę wolności naszej prawnej i obejmuje w sobie możliwość spełnienia zamierzonego bezprawego skutku; obejmując zaś możliwość takową, grozi niebezpieczeństwem, jest zarodem spodziewanej i obecnej kłęski”.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 308: „Lecz nie każden, byle jaki środek jest zdolny posłużyć nam do dopięcia zamiaru. Osoba zatem, chcąca osiągnąć cel bezprawny, musi obrać środki właściwe, to jest takie środki, któreby były z natury swej zdolne do wykonania jej planów. Kto, chcąc otruć, zadaje kremortratary, kto, chcąc podpalić, podkłada fosfor, kto, chcąc zrobić powstanie, zgromadza kilka dzieci i na ich czele staje, ten sam sobie drogę zamyka i przedsięwzięcie w ogóle czyn, z którego ani nadwężenie prawa nie może wyniknąć, ani nawet niebezpieczeństwo naruszenia”.

użyciu środka niewłaściwego oraz usiłowanie nieudolne, które wyraża się w niezręcznym użyciu środka obranego właściwie. Przykładem tego drugiego mogła być próba napadu ze sztyletem w reku przez osobę, która nie potrafiła tą bronią władać, podczas gdy środkiem niewłaściwym byłby ten sam sztylet, ale owinięty w szmaty¹⁰². O ile posłużenie się niewłaściwym, niegroźnym z samej swej istoty lub na skutek dokonanych zmian, środkiem w ogóle nie wypełniało znamion usiłowania, o tyle brak biegłości sprawcy, który dobrał wszakże środek właściwie ze względu na możliwość wyrządzenia uszczerbku, a niewłaściwie tylko ze względu na własne umiejętności, nie oznaczał nieudolności, która miałaby pozostać bezkarna. Podobnie nie dopuszczał się usiłowania ten, kto mieszając kilka trucizn w celu wzmocnienia działania, doprowadzał do ich neutralizacji¹⁰³.

Jak można zauważyć, oceny usiłowania dokonywał sędzia *ex post*, z uwzględnieniem nawet takich okoliczności, o których sprawca w momencie popełniania nie wiedział. Przyjęcie wspomnianego punktu czasowego oceny powoduje jednak niemożność odróżnienia usiłowania udolnego od nieudolnego, gdyż oceniane *ex post* każde usiłowanie jawić się musi nieudolnym. Nie przekonuje także słuszność oceny niebezpieczeństwa. Niebezpieczeństwo jest kategorią odnoszącą się do ryzyka, do prawdopodobieństwa, po fakcie zaś możemy już mówić wyłącznie o pewności¹⁰⁴.

¹⁰² *Ibidem*, s. 311.

¹⁰³ Wydaje się jednak, że ogólne założenia o karalności usiłowania ulegają modyfikacji w odniesieniu do przestępstw przeciwko dobrom powszechnym, które Hube określa jako atakujące istnienie społeczeństwa. Już samo zbieranie środków przygotowawczych uznane zostaje za nadwyręzenie powszechnego bezpieczeństwa. Choć więc powodem karania nadal pozostać ma niebezpieczeństwo, w tych akurat wypadkach zachowanie karalne pozostaje tak odległe od ewentualnego skutku (dziś stwierdzilibyśmy, że pozostaje na etapie przygotowania), że nie da się jeszcze skonkretyzować i ocenić realność tego niebezpieczeństwa, zatem chodzi tu chyba o inny stopień niebezpieczeństwa niż dla przestępstw godzących w dobra indywidualne. Warunek zaatakowania sfery wolności w wypadku społeczeństwa zostaje zatem spełniony dużo wcześniej w stosunku do wtargnięcia w sferę wolności jednostki, która zdaje się wobec tego dużo węższa. Por. *ibidem*, s. 313.

¹⁰⁴ Nie oznacza to bynajmniej, że teoria subiektywna znajduje się obecnie w zaniku. Jej współczesna, nieco zmodyfikowana wersja uznaje oczywiście za

W związku z tym w drugiej połowie XIX wieku Franz von Liszt, a następnie Robert von Hippel zmodyfikowali założenia koncepcji przedmiotowej. Nowsza teoria obiektywna – tzw. teoria niebezpieczeństwa (*Gefährlichkeitstheorie*) – stoi na stanowisku, że jedynie zachowanie konkretnie, a nie tzw. generalnie niebezpieczne, może być objęte karą, w czego konsekwencji – że ocena niebezpieczności następuje *ex ante*, w ramach tzw. następczej prognozy (*nachträgliche Prognose*). Obserwator uwzględnia zarówno okoliczności powszechnie roz-poznawalne w chwili czynu, jak i te wiadome wyłącznie sprawcy, nie bierze jednak pod uwagę faktów znanych dopiero *ex post*¹⁰⁵. Dopiero w wypadku, gdy po rozważeniu w chwili czynu wszystkich roz-poznawalnych lub znanych sprawcy okoliczności, zachowanie jawi się w pełni niezdatnym do sprowadzenia skutku, usiłowanie jako bezpieczne pozostaje niekaralne. Podstawą karalności usiłowania jest cecha obiektywna – konkretnego niebezpieczeństwa samego zachowania, a zwłaszcza zdatność spowodowania skutku. Karalność usiłowania tylko wówczas jest więc wyłączona, gdy nie ma mowy o niebezpieczeństwie. Zgodnie z powyższym Liszt proponuje przyjęcie następującej reguły: karalne jest niebezpieczne, niekaralne – bezpieczne usiłowanie¹⁰⁶.

Zaliczana do ujęć obiektywnych teoria braku w istocie przestępstwa (*Mangel am Tatbestand*) abstrahowała od kategorii niebezpieczeństwa czy złej woli, wprowadzając warunek wypełnienia ustawowych znamion. Odróżniała ona niekaralne usiłowanie nieudolne, charakteryzujące się brakiem znamienia czynu błędnie przyjmowanym

wystarczające zrealizowanie samych znamion strony podmiotowej, podczas gdy strona przedmiotowa musi wykazać czasową paralelę z początkiem usiłowania udolnego. Por. Tröndle, Fischer, *Strafgesetzbuch*, § 22, teza 24.

¹⁰⁵ „Die Beurteilung muß als nachträgliche Prognose die im Augenblicke des Handelns, in welchem der Urteilende sich zurückzusetzen hat, allgemein erkennbaren oder aber auch nur dem Täter bekannten, nicht aber die erst durch den weiteren Verlauf aufgedeckten Umstände berücksichtigen” – F. v. Liszt, *Lehrbuch...*, s. 209. Por. też R. v. Hippel, *Lehrbuch...*, s. 156 i n.; *idem*, *Deutsches Strafrecht. Zweiter Band – das Verbrechen, allgemeine Lehren*, Berlin 1930, s. 414 i n.

¹⁰⁶ F. v. Liszt, *Lehrbuch...*, s. 209. R. v. Hippel zauważa dodatkowo, że nowsza teoria obiektywna pozostaje zgodna z nową teorią adekwatnego związku przyczynowego – R. v. Hippel, *Lehrbuch...*, s. 159.

przez sprawcę za istniejące, od karalnego usiłowania zwykłego, gdzie brak dotyczył jedynie osiągnięcia skutku – ostatniego ogniwa niezbędnego do dokonania. Inaczej mówiąc – usiłowanie zachodzi tylko wtedy, gdy nie wystąpił wymagany przez ustawę skutek, natomiast w przypadku braku jakiegoś innego znamienia, którego istnienie sprawca błędnie przyjął, zachodzi niekaralny brak w istocie czynu¹⁰⁷. W konsekwencji należało przyjmować brak kary w przypadkach usiłowania nieudolnego ze względu na przedmiot (np. usiłowanie spędzenia płodu u kobiety nie będącej w ciąży), ale już zasadniczą karalność przy nieudolnym środku, chyba że środek ten objęty był znamionami czynu zabronionego, wówczas bowiem także następowałby niekaralny brak w istocie przestępstwa. Koncepcja tak pozostawała jednak w oderwaniu od jakichkolwiek przesłanek natury kryminalnopolitycznej¹⁰⁸.

Polemika między zwolennikami teorii obiektywnych a subiektywnych dała asumpt do szukania rozwiązań pośrednich, biorących pod uwagę zarówno elementy podmiotowe, jak i przedmiotowe. Pojawiła się tzw. teoria planu działania sprawcy, według której karalność usiłowania zależy od tego, czy plan sprawcy będący konkretyzacją zamiaru realizacji czynu zabronionego przedstawia się jako możliwy do zrealizowania¹⁰⁹. Warto wspomnieć również o tzw. teorii dualistycznej, reprezentowanej m.in. przez Stratenwertha, wedle której wystarczającą samodzielną przesłanką karygodności jest zarówno subiektywny sprzeciw sprawcy wobec ustawy karnej, jak i elementy przedmiotowego

¹⁰⁷ Por. R. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen 1924, s. 80: „Der Versuch wird also dadurch charakterisiert, dass beim Vorliegen des Tatbestandes im Übrigen der Täter ein zum gesetzlichen Tatbestand gehörendes Ereignis nicht herbeiführt, auf dessen Herbeiführung sein Vorsatz gerichtet war – der Mangel am Tatbestand dadurch, dass ein andere zum gesetzlichen Tatbestand gehörender Umstand fehlt, dessen Vorliegen der Täter irrtümlich annahm. Zum Versuch gehört nicht notwendig ein Irrtum, wohl aber zum Mangel am Tatbestand”. Por. też krytykę tej teorii: R. v. Hippel, *Lehrbuch...*, s. 159 i n.; autor ten dochodzi do wniosku, że: „auch sie [teoria braku w istocie przestępstwa – przyp. D.G.] erstrebt praktisch Einschränkung der subjektiven Theorie des RG, aber auf rein dogmatisch logischen, im Ausgangspunkt wie in den Ergebnissen unbefriedigendem Wege”.

¹⁰⁸ Por. R. Frank, *op. cit.*, s. 84 i n.; R. v. Hippel, *Lehrbuch...*, s. 160.

¹⁰⁹ Zob. szerzej: Z. Jędrzejewski, *Bezprawie...*, s. 104–106.

niebezpieczeństwa jego zachowania¹¹⁰. Wydaje się jednak, że wspomniana perspektywa zaczyna być szczególnie popularna wśród najnowszych koncepcji karalności usiłowania. Hans Joachim Hirsch stwierdza, że decydujące przy ustalaniu podstaw karygodności usiłowania jest połączenie dwóch przesłanek: zamiaru popełnienia czynu oraz rozpoczęcia jego obiektywnej realizacji. Zauważa on jednak, że nie każde tzw. usiłowanie nieudolne w ogóle odpowiada teoretycznym wymogom konstrukcji usiłowania. To uwzględnianie w ocenie elementów znanych dopiero po czynie pozwala na podział na usiłowanie nieudolne i udolne, podczas gdy niektóre tzw. usiłowania nieudolne, prawidłowo oceniając *ex ante*, wykazują dla rozsądnego zewnętrznego obserwatora te same cechy niebezpieczeństwa, co przypadki określane zwykle jako usiłowanie udolne¹¹¹. Należałoby zatem wprowadzić rozróżnienie w ramach usiłowania nieudolnego między usiłowaniem niebezpiecznym (właściwym) a usiłowaniem bezpiecznym (niewłaściwym). Niebezpieczne usiłowanie (udolne oraz niektóre wypadki usiłowania nieudolnego) podlegałoby karze zgodnie z jednym wspólnym uzasadnieniem obiektywno-subiektywnym, podczas gdy przypadki „usiłowania” bezpiecznego pozostawałyby prawnokarnie irrelewantne, ich ewentualnej karalności zaś nie da się uzasadnić w ramach obowiązującego prawa karnego czynu.

Swoiste, gdyż wynikające z daleko posuniętej niechęci do wszelkich odniesień do kryteriów materialnych w prawie karnym, poglądy w kwestii karalności na przedpolu czynu zabronionego

¹¹⁰ Obszerniejszy przegląd współczesnych teorii karalności usiłowania – zob.: F. Zieschang, *op. cit.*, s. 131 i n.; M. Adams, St. Shavell, *Zur Strafbarkeit des Versuchs*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1990, s. 337 i n.; R. Bloy, *Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2001, nr 113, s. 76 i n.; R.D. Herzberg, *Zur strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2001, s. 257 i n.

¹¹¹ Np. jeżeli ktoś strzela z zamiarem zabójstwa w łóżko planowanej ofiary, w którym należałoby jej oczekiwać, jednakże – co z perspektywy sprawcy było nierozpoznawalne – ofiara nie znajduje się w nim, to w relacji do zabójstwa mamy do czynienia z konkretnie niebezpiecznym zachowaniem, mimo że od początku występował brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego. Nie chodzi tu jednak o tradycyjny podział na usiłowanie względne i bezwzględnie nieudolne.

prezentuje Günter Jakobs. Przede wszystkim uważa on, że zarówno dokonanie, jak i przygotowanie są pojęciami czysto formalnymi, nie ma więc większego sensu poszukiwanie granic na drodze zagrożenia dla dóbr prawnych czy złej woli sprawcy. Szczególnie subiektywizm jest tu niebezpieczny i nie do pogodzenia z ideami państwa liberalnego. W zamian koncentruje się on (odwracając niejako problem w porównaniu z klasycznymi ujęciami) na pojęciu sprawcy, jako rudymenarnym punkcie odniesienia dla legitymacji norm prawnych. Sprawca nie może być postrzegany jedynie jako wróg, agresor w stosunku do dóbr prawnych, bez respektowania jego praw jako obywatela i przynależnej mu w związku z tym wolności działania. „Definicja sprawcy, jako wroga dóbr prawnych, przy której użyciu mogą być zwalczane nawet najwcześniejsze oznaki niebezpieczeństwa, nawet jeżeli może to w danym wypadku nie być dogodne, powinna być przeciwstawiona definicji sprawcy jako obywatela”¹¹². Sprawca – jako wróg – jest określany jedynie jako źródło niebezpieczeństwa nie posiadające żadnej sfery prywatnej, żadnego obszaru, gdzie jego zachowania pozostają jeszcze prawnokarnie irrelevantne. Granice zdeterminowanego terminem sprawcy – obywatela prawa karnego, zakreśla nie tylko zewnętrzna powłoka psychiczno-fizycznego systemu, jakim jest człowiek, ale także te wszystkie przejawy jego aktywności na zewnątrz, aktywności społecznej, w których nie narusza on sfery prywatnej innych obywateli. To wszystko tworzy tzw. wewnętrzną sferę obywatelską – *interne bürgerliche Sphäre* – w którą jakakolwiek ingerencja prawna jest niedopuszczalna. Wewnętrzna, „nietykalna” dziedzina to nie tylko przeżycia psychiczne, ale wszystko to, co nie narusza sfery prywatności innych członków społeczeństwa, co samo w sobie nie jest zakłócające (*per se störend*). Zakaz karny obejmujący zachowania pozbawione owego charakteru zakłócenia samego w sobie, nie będące *ex definitione* naruszeniem porządku prawnego, a jedynie oceniane ujemnie ze względu na plan działania sprawcy, nie znajduje uzasadnienia. Tylko przy respektowaniu tak daleko idącej ostrożności w penalizacji usiłowania,

¹¹² G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1985, z. 4, s. 753: „Der Definition des Täters als Rechtsgutsfeinds, nach der schon frühste Gefahranzeichen bekämpft werden dürfen, wenn dies auch im Einzelfall nicht opportun sein mag, soll hier eine Definition des Täters als Bürger entgegengesetzt werden”.

przygotowania czy przestępstw z narażenia, jesteśmy w stanie zagwarantować obo-wiązywanie obywatelskiego, a nie wrogiego prawa karnego (*bürgerliches Strafrecht, Feindstrafrecht*)¹¹³.

W podobnym kierunku, co Jakobs ze swoim rozumieniem usiłowania jako ataku na obowiązywanie norm, zmierzają Kazimierz Buchała i Andrzej Zoll. Rozumienie to nie stanowi jednak dla nich punktu wyjścia dla zawężenia penalizacji usiłowania. Przyjmują oni, że usiłowanie nieudolne stanowi atak skierowany na naruszenie normy sankcjonowanej i dlatego właśnie zasługuje na karę. Jeżeli sprawca zachowuje się w sposób społecznie nieakceptowany, np. strzela do manekina mylnie wziętego za człowieka, którego chce zabić, to przecież narusza w ten sposób regułę postępowania wobec dobra przedstawiającego wartość społeczną, co stanowi dostateczne uzasadnienie przedmiotowej zawartości bezprawia, nawet jeśli usiłowanie sprawy spelzło na niczym ze względu na brak przedmiotu nadającego się do wywołania na nim zamierzonego skutku¹¹⁴.

Przedstawiony powyżej, choć z konieczności ograniczony, szkic problemu karalności usiłowania nieudolnego i kształtowania się poszczególnych prób jego rozwiązania unaocznia, jak skomplikowana jest to materia, od ponad 200 lat wywołująca niesłabnące spory w doktrynie prawa karnego. Nawet uznanie, że ingerencja karna ma w tym wypadku charakter wyjątkowy, nie zwalnia, przede wszystkim ze względów gwarancyjnych, od gruntownego uzasadnienia wprowadzania tego wyjątku. Analizując zaś dotychczas wysunięte koncepcje, można jedynie stwierdzić, że zbudowanie jednej, kompletnej i zdolnej

¹¹³ *Ibidem*, s. 756. Gdy przyjmie się powyższe założenia, znaczącemu ograniczeniu ulega kryminalizacja zwłaszcza czynów polegających na abstrakcyjnym narażeniu na niebezpieczeństwo, a w znacznym stopniu też usiłowania i z pewnością także przygotowania. Bez związku z planem działania sprawcy lub z istniejącą w tle możliwością stworzenia niebezpieczeństwa dla dóbr prawnych działania te prawie nigdy nie wykraczają poza „sferę wewnętrzną, społecznie irrelevantną”. Wydaje się, że koncepcja taka przynajmniej ze względów kriminalnopolitycznych idzie za daleko. Poza tym, co zauważył już U. Kindhäuser, można o wiele prościej sięgnąć do praw obywatelskich, zagwarantowanych (zarówno dla sprawcy, jak i dla każdego innego obywatela) już w konstytucji, obowiązującej przecież ustawodawcę przy tworzeniu przepisów karnych.

¹¹⁴ J. Giezek, [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *op. cit.*, s. 203.

usatysfakcjonować wszystkich dogmatyków, teorii nadal pozostaje na etapie usiłowania. Pytanie, które w związku z tym się rodzi, brzmi – czy w ogóle może być to usiłowanie udolne.