CZASOPISMO PRAWA KARNEGO
I NAUK PENALNYCH
Rok XV: 2011, z. 4 ISSN 1506-1817

Piotr Dariusz Zakrzewski

Przesłanka „bezpośredniości zmierzania" przy usiłowaniu nieudolnym a tzw. usiłowanie bezwzględnie nieudolne

W literaturze przedmiotu wyrażono pogląd o niecelowości umieszczenia przez ustawodawcę konstrukcji usiłowania nieudolnego w Kodeksie karnym. Autor tej tezy proponuje w zamian zmodyfikowanie art. 14 § 2 k.k. poprzez nadanie mu brzmienia: „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"[1]. Słusznie zauważa dalej, że stanowiłoby to rozszerzenie karalności usiłowania nieudolnego ponad przypadki braku przedmiotu nadającego się do popełnienia czynu zabronionego oraz użycia przez sprawcę niezdatnego do tego środka. Należy sobie zadać pytanie, czy nie doszłoby w ten sposób do rozszerzenia usiłowania także na jego odmianę nazywaną „usiłowaniem bezwzględnie nieudolnym". Twierdzeniu, iż doszłoby do takiego rozszerzenia sprzyja fakt, że na podstawie lektury art. 13 § 1 i 2 k.k. nie sposób precyzyjnie określić, na gruncie której z teorii usiłowania stanął ustawodawca.

W teorii prawa karnego najbardziej powszechne są trzy ujęcia konstrukcji usiłowania. Pierwsze, przedmiotowe, zakłada, że usiłowanie jest bezkarne, gdy przedmiotowo możliwość zaistnienia danego skutku jest wykluczona[2]. Odwołując się do poglądów sformułowanych jeszcze pod rządami austriackiej ustawy karnej z 1852 r., należy w myśl ww. teorii dodać, że tam tylko możliwe jest rozpoczęcie wykonywania, gdzie jest możliwe

---

[1] J. R a g l e w s k i, *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego – analiza krytyczna*, Prok. i Pr. 2003, nr 12, s. 46.

[2] S. G l a s e r, *Prawo karne. Część ogólna na podstawie niemieckiej ustawy karnej z roku 1872*, Warszawa 1920, s. 69; S. Ś l i w i ń s k i, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 314–315.

wykonanie[3]. Usiłowanie jest niekaralne, gdy leży poza obrębem możliwości wykonania. W myśl założeń teorii przedmiotowej usiłowania, „nie można karać za przestępstwo niemożliwe i mieszać prewencję generalną”[4]. Druga teoria, podmiotowa, „uważa możliwość zaistnienia danego skutku za moment nieistotny, a usiłowanie za karygodne zawsze tam, gdzie sprawca zamierzał czy to nieudolnymi środkami, czy też na nieudolnym przedmiocie przestępny skutek osiągnąć”[5]. W myśl trzeciej, prognozy *ex post*, należy zbadać, czy wszystkie elementy faktyczne czynu, ujmowane tak jak w chwili wykonywania wyobrażał sobie je sprawca, usprawiedliwiały przedmiotowo możliwość zaistnienia danego skutku[6]. Dla urzeczywistnienia tej teorii wymagane jest niebezpieczeństwo konkretne, rozumiane przez taki stan rzeczy, oceniany *ex ante*, składający się zarówno z elementów obiektywnie dostrzegalnych, jak i wiadomych tylko samemu sprawcy, które prowadzą do urzeczywistnienia skutku. W przeciwnym wypadku usiłowanie należy uznać za bezkarne. Przyjmuje się, że art. 13 § 1 k.k. został sformułowany w myśl teorii przedmiotowej, natomiast § 2 u swoich podstaw ma teorię podmiotową i stanowi rozszerzenie karalności tylko na przypadki braku środka oraz przedmiotu nadających się do popełnienia czynu zabronionego. Argumentując *a contrario* należy przyjąć, że w zakres usiłowania nieudolnego nie wchodzą przypadki tzw. „usiłowania bezwzględnie nieudolnego”. Z punktu widzenia teorii prawa proponowana przez Janusza Raglewskiego zmiana prowadzi do przyjęcia pełnej teorii podmiotowej usiłowania, co rodzi problemy przy zakreślaniu linii demarkacyjnej pomiędzy zbiorem przypadków „usiłowania bezwzględnie nieudolnego” a usiłowaniem nieudolnym.

Trudno jest znaleźć spójne wobec systematyki kodeksu podstawy dogmatyczne karalności usiłowania nieudolnego. W literaturze podkreśla się, że znaczenie ma tu fakt podjęcia przez sprawcę określonych działań, które zdradzają jego negatywne nastawienie do reguł społecznych i norm prawnych[7]. Część autorów *ratio legis* usiłowania nieudolnego uzasadnia spo-

---

[3] A. B o j a r s k i, *Prawo karne. Część ogólna. Wykłady uniwersyteckie litografowane*, Kraków 1880, s. 420.

[4] *Ibid.*, s. 421.

[5] S. G l a s e r, *op. cit.*, s. 69.

[6] *Ibid*.

[7] Etyczne uwarunkowania problemu uwypukla w swoim artykule M. Rodzynkiewicz. Autor prowadzi polemikę z tezami Wittgensteina, prezentującymi pogląd *stricte* indeterministyczny – zdaniem autora – uniemożliwiający przypisanie odpowiedzialności. Zob. M. R o d z y n k i e w i c z, *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, s. 523–541.

łecznym niebezpieczeństwem sprawcy[8]. Takie uzasadnienie jest kuszące, ale pamiętać należy, że założeniem legitymującym odpowiedzialność jest jej oparcie na czynie sprawcy, a nie na samym sprawcy (art. 1 § 1 k.k.). Stąd też rodzi się potrzeba ścisłego określenia karalnego usiłowania nieudolnego[9].

Jest to chyba jeden z największych problemów teoretyczno- i dogmatyczno-prawnych, z którymi stykamy się przy usiłowaniu. Wzajemny stosunek art. 13 § 1 i § 2 k.k., mówiących o usiłowaniu udolnym i nieudolnym, nastręcza wielu problemów. Zwolennicy subiektywistycznego ujęcia przyjmują, że art. 13 § 2 k.k. nie ma samoistnego charakteru i stanowi uzupełnienie art. 13 § 1 k.k. W takim ujęciu słowo „także" traktowane jest jako łącznik, który powoduje poszerzenie zakresu usiłowania[10]. Przy obiektywistycznym traktowania wskazanego zwrotu, usiłowanie z art. 13 § 2 k.k. nabiera samoistnego charakteru[11]. W literaturze można także znaleźć pogląd, że mamy tu do czynienia ze stosunkiem podrzędności w tym znaczeniu, że usiłowanie nieudolne jest *lex specialis* w stosunku do *lex generalis* – usiłowania udolnego[12]. Jego zwolennicy wywodzą taki wniosek z faktu użycia przez ustawodawcę spójnika „także". Rzeczywiście, spójnik ten wzięty osobno oznaczać może, jak słusznie uważa Jarosław Majewski, relację „część–całość"[13]. Spójnik ten w zestawieniu z wyrazami takimi jak „wtedy" czy „wówczas"

---

[8] Zob. L. G a r d o c k i, *Prawo karne*, wyd. X, Warszawa 2004, s. 106; S. Ś l i w i ń s k i, *op. cit.*, s. 194; M. S z e r e r, *Karanie a humanizm*, Warszawa 1964, s. 69–91; M. S z e r e r, *Z rozważań nad karaniem usiłowania nieudolnego*, PiP 1975, nr 7, s. 69–71. Przeciwnie J. Makarewicz – zob. M. G a ł ą z k a, *Subiektywizm i indywidualizacja odpowiedzialności karnej w poglądach Juliusza Makarewicza*, w: *Prawo karne w poglądach Juliusza Makarewicza*, red. A. Grześkowiak, Lublin 2005, s. 230–233; przeciwnie również A. Z o l l, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, t. I, Kraków 2004, s. 236; A. Z o l l, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający niebezpieczeństwa dla dobra prawnego*, w: *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, red. J. Majewski, Toruń 2007, s. 19.

[9] D. Gruszecka wyraża przypuszczenie, że nie jest to zabieg możliwy do zrealizowania – zob. D. G r u s z e c k a, *Rozwój koncepcji karalności usiłowania nieudolnego*, w: „Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie", „Prace z zakresu myśli polityczno-prawnej oraz elektronicznej administracji", t. IV, red. M. Sadowski, P. Szymaniec, Wrocław 2010, s. 47.

[10] Zob. Z. J ę d r z e j e w s k i, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 148 i literatura tam cyt.

[11] Zob. *ibid.*, s. 149 i literatura tam cyt.

[12] Na ten temat zob. zestawienie poglądów dokonane przez J. Majewskiego – J. M a j e w s k i, *O różnicy i granicy między usiłowaniem udolnym a usiłowaniem nieudolnym*, w: *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, red. J. Majewski, Toruń 2007, s. 27.

[13] *Ibid.*, s. 28.

nabiera jednak znaczenia tożsamego koniunkcji. Zdania nim połączone są wówczas oddzielnymi, równowartościowymi członami. Mogą nazywać dwa zbiory desygnatów, z czego elementy drugiego zbioru posiadają wszystkie cechy przypisane elementom pierwszego, a ponadto doprecyzowane są przez tylko im swoiste przymioty. Sztuka polega na właściwym rozdzieleniu zakresów i zaszeregowaniu poszczególnych desygnatów. Oczywiste jest, że aby tego dokonać, należy wskazać cechy zachowań charakterystycznych dla usiłowania w ogólności oraz przesłanki występujące tylko przy usiłowaniu nieudolnym. Użycie przez ustawodawcę spójnika „także wtedy" należy tłumaczyć względami techniki legislacyjnej. Pozwoliło to, po pierwsze, na niepowtarzanie cech wskazanych w poprzednim paragrafie jako wspólnych, a po drugie, na podkreślenie tego, że wskazane w obu paragrafach opisy pewnych konstrukcji są czymś odmiennym od dokonania.

„Usiłowanie udolne" i „usiłowanie nieudolne" są nazwami określającymi stadia w „pochodzie przestępstwa", usytuowane przed jego dokonaniem. Wspólnymi cechami zakresów obu nazw są: „objęcie działania zamiarem", „urzeczywistnienie zamiaru poprzez bezpośrednie zmierzanie przez sprawcę swoim zachowaniem do dokonania" i „brak dokonania". O ile pierwsza i trzecia z wymienionych tu cech nie rodzą znacznych wątpliwości, to nie można tego samego powiedzieć o drugiej cesze. Kontrowersje budzi użycie przez ustawodawcę wyrazu „bezpośrednio". Nie przytaczając palety poglądów wyrażonych w literaturze na ten temat, należy zwrócić uwagę na pewną utartą w literaturze tendencję do interpretowania zwrotu „bezpośrednio" w zestawieniu ze słowem „zachowanie", co sugeruje mylnie, że to zachowanie sprawcy, a nie sam sprawca ma zmierzać do urzeczywistnienia czynu zabronionego. Zwolennik takiego ujęcia, J. Majewski, zauważa, odnosząc swoją tezę do usiłowania nieudolnego, że „skoro dokonanie danego czynu zabronionego jest niemożliwe, to niepodobna, by sprawca swym zachowaniem się do niego zmierzał (i to bezpośrednio)"[14]. Autor odnosi w ten sposób wyraz „bezpośrednio" do zachowania się sprawcy, sugerując przy tym, że niemożliwe jest, aby „bezpośrednio" interpretować w sposób subiektywny oraz że nie chodzi w tym wypadku o „zachowanie, które według sprawcy jest bezpośrednio zmierzającym do dokonania"[15]. Takie ujęcie sprawy jest jak najbardziej słuszne z punktu widzenia teorii przedmiotowej usiłowania. Możliwa jest również interpretacja odmienna i dlatego trudno się zgodzić

---

[14] *Ibid*.

[15] Zanegowana zostaje w ten sposób jedna z subiektywnych teorii usiłowania nieudolnego – teoria planu sprawcy. Zob. D. G r u s z e c k a, *op. cit.*, s. 43; zob. szerzej: Z. Ję d r z e j e w s k i, *op. cit.*, s. 104–106.

z powyższym zapatrywaniem[16]. Możliwe jest rozwiązanie pośrednie, które łączy elementy obiektywne i subiektywne. Bywa tak, że ze względu na przyjęte założenie techniki legislacyjnej, polegające na tym, aby w jak najbardziej zwartych objętościowo przepisach zawrzeć jak najwięcej treści[17], sugeruje się sposób interpretacji danego wyrazu przez jego usytuowanie względem innych wyrazów w zdaniu. Może być tak, że będzie to zabieg bezpośrednio niezamierzony przez ustawodawcę. Wówczas jednak obowiązuje interpretatora brzmienie ustawy. Usytuowanie wyrazu „bezpośrednio" w pobliżu wyrazu „zmierza" sugeruje związek tych dwóch[18]. „Bezpośrednio" jest odpowiedzią na pytanie „jak" i stanowi okolicznik sposobu odnoszący się do czasownika „zmierza". Przepis mówi, że „sprawca ma zmierzać bezpośrednio". Gdyby było tak, że wyraz „bezpośrednio" odnosi się do rzeczownika „zachowaniem", musiałby być przydawką i przyjąć formę przymiotnika: „bezpośrednim". Dodanie przez ustawodawcę wyrazu „swoim zachowaniem", tylko na pozór może wydawać się zbędne przy przyjęciu takiego sposobu interpretacji art. 13 § 1 k.k. Wyraz „zmierza" sam w sobie nie sugeruje podjęcia określonych działań. Wobec powyższego uzasadniony jest pogląd, który jako element usiłowania z art. 13 § 1 k.k., opartego na teorii przedmiotowej, przyjmuje obiektywne rozumienie zwrotu: „swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza", ograniczając zakres desygnatów tego pojęcia tylko do tych zachowań, które mieszczą się w obrębie możliwości dokonania czynu zabronionego, zaś jako element usiłowania z art. 13 § 2 k.k., opartego na teorii podmiotowej, przyjmuje subiektywne rozumienie powyższego zwrotu, ograniczając jego zakres do tych zachowań, które subiektywnie postrzegane przez sprawcę umożliwiają dokonanie czynu zabronionego. Należy ponadto dodać, że o zamiarze, jaki towarzyszył czynowi, orzeka się po objawach zewnętrznego zachowania się jego sprawcy. W literaturze często interpretuje się wyraz „chcenie", jako pojęcie techniczne, należące do języka prawniczego, które oznacza dążenie sprawcy do wyobrażonego rezultatu jego działania. Przyjmuje się wówczas, że zachowanie sprawcy jest urzeczywistnieniem zamiaru. Warto podkreślić, że art. 9 k.k., który

---

[16] Wydaje się, że odebranie kierowcy, który bierze udział w wyścigu, przymiotu „bezpośredniego zmierzania" do mety, mimo iż ów kierowca nie wie, że przed jej osiągnięciem skończy mu się paliwo i w konsekwencji nigdy do mety nie dotrze, jest nieuzasadnione.

[17] Należy tutaj odwołać się do techniki kondensacji tekstu prawnego – zob. M. Z i e l i ń s k i, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 134–138.

[18] Z wykorzystaniem reguł syntaktycznych języka przy interpretacji tekstu prawnego spotykamy się w orzecznictwie sądowym – zob. L. M o r a w s k i, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 101–102.

w swej treści zawiera opis postaci strony podmiotowej czynu zabronionego, nie sugeruje takiego sposobu powzięcia informacji. Właśnie z art. 13 § 1 k.k. należy wywieść, że zamiar sprawcy urzeczywistnia się w jego zachowaniu[19]. „Zmierzać" oznacza tyle, co „podążać", „dążyć", „kierować się", „jechać", „iść". Jest to czynność oznaczająca ruch w danym kierunku. W sposób mniej dosłowny „zmierzać" może być użyte w zdaniu: „on zmierza do wybudowania domu". Będzie to wówczas zdanie wypowiedziane przez zewnętrznego obserwatora, który nie zna zamiarów obserwowanego, o kimś, kto podejmuje czynności, które nazywamy „budowaniem domu". Wyraz „zmierza" należy odróżnić od wyrazu „zamierza", gdyż pierwszy należy do kategorii sformułowań obiektywnych, natomiast drugi – do kategorii subiektywnych[20]. Można powiedzieć, że pierwszy będzie zewnętrznym objawem drugiego. Wyraz „zmierza" zawiera w sobie sugestię o istnieniu jakiegoś punktu końcowego, jakiegoś celu. Nie zawiera natomiast sposobu osiągnięcia zamierzonego efektu. Użycie przez ustawodawcę wyrazu „bezpośrednio", ma na celu doprecyzowanie tego sposobu. Zwrot: „sprawca swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza" oznacza, po pierwsze, że sprawca podjął zamiar urzeczywistnienia czynu zabronionego, a po drugie, iż swoim zachowaniem dokłada wszelkich starań, aby ten zamiar stał się faktem doko-

---

[19] Tutaj odwołuję się do proponowanej przeze mnie metody posługiwania się pojęciem „pozycji", jako pewnego rodzaju wniosku, za pomocą którego, przy wykorzystaniu metod logiki formalnej, możliwe jest zestawienie informacji pośrednich czy pobocznych płynących z lektury przepisów prawa. Należy dodać, że bazą takiego wnioskowania jest przyjęcie założenia, iż ustawodawca przy konstruowaniu przepisów uwzględnił zasady logiki formalnej, co z kolei wypływa z takich zasad ogólnych, jak zasada spójności prawa czy zasada racjonalnego ustawodawcy. Wzór pojęcia „pozycji" znajdziemy w logice pozycyjnej zaproponowanej przez L. Petrażyckiego. Autor definiował to pojęcie, jako: „Odpowiednie proste, nie dające się dalej rozłożyć sensy czy treści sądów czy zdań […]" – L. P e t r a ż y c k i, *O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*, Warszawa 1985, s. 5.

[20] Obiektywnymi należy określić takie sformułowania, które w swojej treści kładą nacisk na możliwości poznawcze i punkt widzenia obiektywnego obserwatora oceniającego zachowanie sprawcy stojąc z boku (z zewnątrz). Można także wyróżnić zwroty subiektywne, czyli takie, które kładą nacisk na ocenę ferowaną przez samego sprawcę – przy wartościowaniu uwzględniają sposób postrzegania świata przez określony podmiot oraz jego wyobrażenie rzeczywistości. Obiektywne jest w takim pojmowaniu wszystko to, co nie jest zależne od woli podmiotu i przeciwnie, subiektywne to wszystko, co zależy od woli podmiotu. Inspiracją dla wyróżnienia powyższych zwrotów były poglądy L. Petrażyckiego. Autor w psychologicznym pojmowaniu logiki wyróżnia sądy subiektywno-stosunkowe i odpowiadające im przeżycia psychiczne. Zob. A. B i e r n a t, *Poglądy filozoficzne Leona Petrażyckiego i ich interpretacje*, Toruń 2002, s. 21–27; zob. też A. K o j d e r, *Godność i siła prawa. Szkice socjologiczne*, Warszawa 2001, s. 108–112.

nanym, po trzecie, istnieje możliwość odczytania zamiarów sprawcy przez zewnętrznego obserwatora. Właśnie wyraz „bezpośrednio" określa także w tym układzie czynności sprawcy podjęte w celu realizacji zamiaru. Muszą być one na tyle bezpośrednie, aby zaistniała możliwość odczytania celu, do którego sprawca zmierzał oraz „bezpośrednie" w odczuciu sprawcy, gdyż wychodząc z zasady racjonalności nie można przypisać zamiaru sprawcy, który podjąłby czynności, o których wie, że do realizacji nie doprowadzą. Reasumując: interpretując zwrot „swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza", przy usiłowaniu z art. 13 § 1 k.k., należy przyjąć rozumienie ograniczające zakres desygnatów tego pojęcia tylko do tych zachowań, które mieszczą się w obrębie możliwości dokonania czynu zabronionego oraz wskazują na zamierzony przez sprawcę rezultat jego zachowania; zaś jako element usiłowania z art. 13 § 2 k.k., przyjąć należy rozumienie powyższego zwrotu, ograniczające jego 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. Na marginesie należy wskazać, że zarysowane powyżej wywody pozwalają przyjąć, że wymieniona wspólna przesłanka obiektywna, polegająca na takim skonkretyzowaniu się działań sprawcy, aby możliwe było odczytanie celu jego działania poprzez wskazanie zaatakowanego dobra prawnego oraz sposobu ataku, stanowi cechę odróżniającą usiłowanie od przygotowania zarówno przy usiłowaniu udolnym, jak i nieudolnym.

Z przesłanki „bezpośredniości zmierzania" wynika również wspólny dla usiłowania udolnego oraz nieudolnego wymóg, aby zachowanie sprawcy miało charakter dynamiczny. Samo poczynienie przez sprawcę czynności przygotowawczych oraz zakomunikowanie otoczeniu obranego planu działania nie wypełnia jeszcze znamienia „bezpośredniości zmierzania". Konieczne jest ustalenie, że sprawca rozpoczął już realizację swoich zamierzeń. Kryterium to zbliża test kierunkowości działań sprawcy do testu przekształcenia się zagrożenia dla dobra prawnego z abstrakcyjnego w realne oraz testu obrony koniecznej[21]. Ten drugi polega na przyjęciu realizacji przez sprawcę znamienia „bezpośredniości zmierzania", wtedy gdy zachowanie sprawcze znajduje się już w takim stadium, że brak reakcji na nie musi doprowadzić do naruszenia dobra prawnego[22]. Przy usiłowaniu nieudolnym uchwycenie

---

[21] Zob. J. G i e z e k, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2007, s. 130; wyrok SN z 9 IX 1999 r., III KKN 704/98, Lex nr 39096.

[22] A. Z o l l, Glosa do postanowienia SN z 23 V 2006 r., V KK 265/06, OSP 2008, nr 1, s. 80.

momentu zagrożenia dla dobra prawnego jest trudne do zobiektywizowania, co pozbawia oba testy operatywności we wskazanym zakresie.

Reasumując: usiłowanie jest to zbiór elementów zachowania się sprawcy, z których możemy odczytać realizację przez sprawcę konkretnego stanu przestępnego, który nie następuje. Zachowanie sprawcy musi być przy tym konsekwencją zamiaru przestępnego i w sposób możliwie ostry wskazywać na przystąpienie do realizacji zamiaru. Genowefa Rejman opowiedziała się za teorią obiektywną, krytykując jednocześnie teorie subiektywne[23]. Przy ocenie „bezpośredniości" autorka odwołuje się do „przyczynowości pełniącej rolę pomostu umożliwiającego właściwą ocenę czynu człowieka w stadium poprzedzającym dokonanie przestępstwa"[24]. Zdaniem Genowefy Rejman: „bezpośredniość to takie działanie, którego ciężar gatunkowy odpowiada jakości zarzucanego sprawcy przestępstwa"[25]. Przyczynowość należy tu rozumieć jako pewien układ pomiędzy działaniami sprawcy a zamierzonymi następstwami tych działań. Nie zawsze jest tak, że zamiar sprawcy znajduje pełne odzwierciedlenie w jego zachowaniu[26]. Należy tu powtórzyć za G. Rejman, że „ustalenie, czy zachowanie sprawcy poprzedza w sposób »bezpośredni« przestępstwo objęte zamiarem, należy ustalać w związku z konkretnymi ustawowymi stanami faktycznymi, do których »bezpośredniość« ta się odnosi"[27]. Sformułowanie „bezpośrednio zmierza" oznacza kierunkowość działania i dostrzegalne skonkretyzowanie zamierzonego rezultatu. „Bezpośrednio" wcale nie musi oznaczać tyle co „blisko". Tożsame zachowanie w zależności od towarzyszących mu okoliczności może zostać uznane przez oceniającego za bezpośrednio zmierzające do dokonania, zaś w innym przypadku tylko za przygotowanie. Sprawca włamujący się do mieszkania z zamiarem zaboru rzeczy będzie uznany za usiłującego dokonać kradzieży z włamaniem, zaś wtedy gdy ten sam sprawca za cel swojego działania obierze zabójstwo, o ile nie będzie działał trzymając w ręku naładowanej broni czy noża, powstaną wątpliwości, czy aby samo włamywanie nie jest tylko czynnością przygotowawczą[28]. Zastosowanie kryterium kie-

---

[23] Zob. G. R e j m a n, *Usiłowanie przestępstwa w prawie polskim*, Warszawa 1965, s. 30–47.

[24] *Ibid.*, s. 75.

[25] *Ibid*.

[26] G. Rejman uważa, że zamiar wybiegający poza działanie, nie znajdujący potwierdzenia w okolicznościach faktycznych czynu, sam w sobie nie może stać się podstawą odpowiedzialności za usiłowanie cięższego przestępstwa. Musi on na zasadzie *cogitationis nemo patitur* zostać bezkarnym – *ibid.*, s. 76.

[27] *Ibid*., s. 87

[28] SN przyjął, że wysłanie zwiadowców przed planowanym dokonaniem czynu zabronione-

runkowości i obiektywnej konkretyzacji zamierzonego rezultatu działania pozwala na precyzyjne oddzielenie czynności przygotowawczych od stadium usiłowania.

Wnioski płynące z procesu interpretacji zwrotu „bezpośrednio zmierza" pozwalają przyjąć bezpośredniość zmierzania sprawcy, jeśli z przyjętych okoliczności zdarzenia, którego autorem jest sprawca, możemy wywnioskować kierunek działań sprawcy. Ów kierunek musi nam wskazywać na dobro zaatakowane przez sprawcę, sposób zaatakowania tego dobra oraz na elementy strony przedmiotowej czynu sprawcy. Takie spojrzenie zmienia niejako paradygmat myślenia o usiłowaniu, w szczególności o usiłowaniu nieudolnym. Każda z dotychczasowych teorii skupiała się na jednym wiążącym elemencie, który w zamierzeniu jej twórców miał uzasadniać przypisanie sprawcy odpowiedzialności za formę stadialną przestępstwa. Założenie, które można by nazwać teorią planu przedmiotowego kładzie nacisk na zbadanie, do jakiego rezultatu mogło prowadzić zachowanie sprawcy. Aby mówić o usiłowaniu, musimy na podstawie oceny zachowania sprawcy móc stwierdzić, jaki wzór negatywnie wartościowany przez ustawę miało ono wypełnić, gdyby doszło do zrealizowania zamierzeń. Nie można tego uczynić bez wskazania, jakie dobro prawne swoim zachowaniem zaatakował sprawca, jaki był przedmiot czynności wykonawczej, jakimi środkami i według jakiego sposobu działał sprawca, i w końcu, jakie obowiązki i jakie reguły ostrożności zostały przez niego naruszone. Nie mniej ważne są także elementy strony podmiotowej wskazujące na postać zamiaru czynu sprawcy. Dopiero wskazanie tych wszystkich elementów pozwala określić kierunek, w jakim zmierzało zachowanie sprawcy. Takie ujęcie przyjmuje za swoją podstawę odmienną interpretację wspólnych elementów usiłowania udolnego i usiłowania nieudolnego ze względu na odmienne przyczyny braku dokonania.

Wskazana cecha usiłowania, czyli „brak dokonania", nie nasuwa problemów interpretacyjnych na gruncie usiłowania nieudolnego. Należy ją rozumieć jako brak realizacji zachowania wypełniającego znamiona typu czynu zabronionego. Problemy nasuwają powody „braku dokonania". Na nich właśnie opiera się odróżnienie usiłowania nieudolnego od udolnego. Rozróżnienie często opiera się na stopniu zagrożenia dla dobra prawnego i czasem jest trudne do przeprowadzenia[29]. Nie sposób jest zbadać, czy jeżeli sprawca pomyli się i poda ofierze kubek z wodą (zamiast wcześniej

---

go z art. 158 § 1 k.k. stanowi karalne usiłowanie – zob. postanowienie SN z 23 V 2006 r., V KK 265/06, Lex nr 278817.

[29] Zob. D. G r u s z e c k a, *op. cit.*, s. 42.

przygotowanego z trucizną), to jej życie jest mniej zagrożone niż w wypadku, gdy np. osoba trzecia zauważyła próbę otrucia i wytrąciła sprawcy kubek z trucizną. Władysław Wolter przyjmuje, że w przypadku obu typów usiłowań sprawca dopuszcza się błędu[30]. W przypadku usiłowania udolnego błąd ten polega na złej ocenie sytuacji, na przyjęciu przez sprawcę mylnego założenia, że nic i nikt nie jest mu w stanie przeszkodzić w urzeczywistnieniu czynu zabronionego. Błąd przy usiłowaniu nieudolnym polega na złym przygotowaniu się przez sprawcę, którego konsekwencją był brak świadomości, co do właściwości środka, którym sprawca się posłużył. W tym miejscu należy postulować o zmianę punktu, w którym oceniana jest nieudolność działania sprawcy. Przy posługiwaniu się sformułowaniem „w momencie podejmowania swoich działań" nie jest możliwe rozgraniczenie nieudolności, która jest wynikiem czystego przypadku, a być może nieudolności sposobu działania sprawcy, od nieudolności co do przedmiotu czy środka. Bardziej precyzyjny pogląd na działania sprawcy daje położenie punktu odniesienia na moment zakończenia działań przygotowawczych. Mówiąc inaczej, usiłowanie oceniane *ex ante* ma być nieudolne w chwili zakończenia przez sprawcę fazy przygotowania do popełnienia przestępstwa. Środek przygotowany oraz przedmiot obrany przez sprawcę mają być ocenione jako niezdatne do popełnienia przestępstwa i pozostać takimi aż do zakończenia działań sprawcy. Przed wejściem działań sprawcy w fazę „bezpośredniego zmierzania" musi nastąpić niezdatność środka czy brak przedmiotu nadającego się do dokonania czynu zabronionego. Tylko wówczas możemy mówić, że usiłowanie jest nieudolne od momentu wkroczenia zachowania sprawcy w tę fazę na drodze pochodu przestępstwa. Pojęcie środka może być interpretowane dwojako. Przez środek można rozumieć czynność sprawczą zmierzającą do osiągnięcia celu[31]. W ścisłym znaczeniu będzie to czynność zastosowania narzędzia w stosunku do przedmiotu czynu. Czynność tę należy charakteryzować właśnie przez przydatność użytego narzędzia i przez sposób jego użycia[32]. Przez środek można także rozumieć samo narzędzie użyte przez sprawcę[33]. Z leksykalnego punktu widzenia druga z interpretacji ściślej odpowiada ustawie, jednakże pierwsza wydaje się być bardziej racjonalna[34]. Pamiętać należy przy tym o dwóch rzeczach.

---

[30] W. W o l t e r, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 96.

[31] Tak też J. M a j e w s k i, *op. cit.*, s. 43.

[32] Środkiem do włamania będzie np. wyłamanie drzwi przy pomocy łomu z użyciem siły fizycznej przez umieszczenie końcówki łomu pomiędzy drzwiami a futryną i posłużeniem się nim jak dźwignią.

[33] Z. J ę d r z e j e w s k i, *op. cit.*, s. 155.

[34] Wydaje się słuszne jednakowe potraktowanie sprawcy, który nie umie się posłużyć

Po pierwsze, „nieudolność sposobu" oznacza zastosowanie konstrukcji usiłowania udolnego. Po drugie, „nieudolność środka" czy brak przedmiotu nie powodują niejako automatycznego stosowania art. 14 § 2 k.k. Zastosowanie przewidzianych w tym przepisie dobrodziejstw zależy od obiektywnej oceny całokształtu okoliczności[35], a przede wszystkim od stopnia błędu sprawcy i od stopnia realizacji czynu zabronionego.

Usiłowanie udolne i nieudolne można także konstrukcyjnie przyrównać do nieumyślności świadomej i nieumyślności nieświadomej[36]. W pierwszym przypadku sprawcę cechuje większa świadomość tego, co chce uczynić, natomiast w drugim brak świadomości jest konsekwencją wcześniejszych „niestarannych czy nieostrożnych" działań sprawcy. Wydaje się jednak, że błąd po stronie sprawcy nie jest kluczem do rozwiązania problemu. Rozróżnienia obu postaci usiłowania należy poszukiwać na kanwie przesłanki „zmierza". Doprecyzowuje ono negatywnie wartościowany przez ustawodawcę wzorzec zachowania, wskazując, że jako usiłowanie udolne zakazane są tylko te zachowania, które mogą z dużym prawdopodobieństwem doprowadzić do realizacji znamion typu czynu zabronionego, zaś jako usiłowanie nieudolne te, które uruchomiłyby przebieg przyczynowy prowadzący do realizacji znamion, gdyby nie brak skutecznego środka czy zdatnego przedmiotu. Jeżeli owe braki przy „uruchamianiu mechanizmu przyczynowego" określimy jako błąd, to uzasadniony wydaje się wniosek, że ustawodawca przyjął pewien hierarchiczny układ tego swoistego błędu, którego rezultatem wystąpienia jest brak dokonania. Lepiej niż w dzisiejszych przepisach hierarchizacja ta pokazana została w Kodeksie karnym z 1932 r.[37] Artykuł

---

bronią strzelecką w tym znaczeniu, że w ogóle nie potrafi oddać strzału (czym innym jest umiejętność celnego strzelania) i sprawcy, którego broń okazała się uszkodzoną. A. Zoll podnosi, że kluczem do uznania sposobu za środek, jest stopień „niezdatności". Zob. A. Z o l l, w: *Kodeks…*, *op. cit.*, s. 255.

[35] Zob. Z. Ję d r z e j e w s k i, *op. cit.*, s. 153.

[36] Zob. W. W o l t e r, *op. cit.*, s. 97; por. też Z. Ję d r z e j e w s k i, *op. cit.*, s. 136–137. Porównanie usiłowania do nieumyślności nie jest czymś nowym. Takiego zestawienia, jak wskazuje E. Krzymuski, dokonywał już Albertus Gandinus w dziele pt. *Tractatus maleficiorum* napisanym prawdopodobnie w 1262 r., a wydanym po raz pierwszy w Wenecji w 1494 r. E. Krzymuski komentując pracę wskazanego autora podaje, że pomiędzy przypadki, w których sprawca zamierza, działa i dokonuje przestępstwa oraz nie zamierza, nie działa i nie dokonuje włoski prawnik wstawił przypadek tego, *qui cogitat et agit nec perficit* oraz tego, *qui non cognitat et agit et perficit*. E. Krzymuski konstatuje, że w myśl tej teorii „usiłowania staje się winnym ten, kto zamierza, działa lecz nie dopina swojego; winę zaś nieumyślną należy przypisać temu, kto nie zamierza, lecz działa i wywołuje skutek przestępny". Zob. E. K r z y m u s k i, *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*, Warszawa 1884, s. 28.

[37] Należy nadmienić, że wcześniejsze kodeksy obowiązujące na ziemiach polskich nie za-

tej ustawy, mówiący o usiłowaniu, zawierał paragraf trzeci o brzmieniu: „Nie odpowiada za usiłowanie, kto tylko z powodu zabobonu lub ciemnoty wierzył w skuteczność swego działania". Twórcy kodeksu wskazali tym samym na najbardziej rażącą postać błędu sprawcy[38]. Brak synonimicznego unormowania w obecnym kodeksie nie stanowi przeszkody do wyprowadzenia w drodze interpretacji wniosku, że ustawodawca uzależnił karalność usiłowania od stopnia prawdopodobieństwa dokonania czynu zabronionego. Prawdopodobieństwo rośnie odwrotnie proporcjonalnie do stopnia błędu, pod wpływem którego będąc sprawca chciał uruchomić przebieg przyczynowy. Im bardziej rażący błąd, tym mniejsze prawdopodobieństwo dokonania, a co za tym idzie, niższe zagrożenie dla dobra prawnego[39].

Ostatnim problemem, jaki należy naświetlić, jest odróżnienie usiłowania nieudolnego od usiłowania bezwzględnie nieudolnego. Zarysowane powyżej rozważania dotyczące przesłanki „bezpośredniości zmierzania" okażą się w tym celu pomocne. Zanim jednak przejdziemy do właściwej analizy, należy zwrócić uwagę na bardzo ciekawy pogląd w tym zakresie wyrażony w literaturze przedmiotu. Jarosław Majewski twierdzi, że linię demarkacyjną pomiędzy usiłowaniem nieudolnym a usiłowaniem bezwzględnie nieudolnym wyznacza brak możliwości przyjęcia zamiaru po stronie sprawcy usiłowania bezwzględnie nieudolnego[40]. Przyjęty przez takiego sprawcę sposób

---

wierały podziału na usiłowanie udolne i nieudolne. Można tu wymienić choćby ustawę karną dla byłej Dzielnicy Pruskiej, która w § 43 stanowiła: „Kto ujawnił postanowienie popełnienia zbrodni lub występku czynami, obejmującymi początek wykonania tej zbrodni lub występku, tego należy w razie nie dojścia do skutku zamierzonej zbrodni lub występku ukarać za usiłowanie" – *Ustawy byłej Dzielnicy Pruskiej*, t. I: *Ustawa karna*, opracował i uzupełnił najnowszymi ustawami Juliusz Kałużniacki – Prezes Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, wyd. II, Poznań 1921, s. 33–34. Przepisy Kodeksu Karzącego Królestwa Polskiego z 1818 r. także nie wprowadzały owego rozróżnienia. Znamiennym jest, że jak pisze J. Śliwowski, usiłowanie określano nazwą przyswojoną z francuskiego „attentacji" (*tentative*). Artykuł 25 tego kodeksu brzmi: „Przedsięwzięcie przygotowawczych środków, czyli usiłowanie wykonania zbrodni, skoro przez zewnętrzne czyny objawione zostały i jeżeli sprawca zbrodnię już wykonywać zaczął, lecz tylko niemoc, przypadek lub nieprzewidziane obce przeszkody zupełnemu zbrodni spełnieniu tamę położyły, jako same dokonanie zbrodni uważane być powinno" – J. Ś l i w o w s k i, *Kodeks Karzący Królestwa Polskiego (1918 r.)*, Warszawa 1958, s. 320.

38 Zob. J. M a k a r e w i c z, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 84; por. B. W r ó b l e w s k i, *Prawo karne. Część ogólna. Wykłady na prawach rękopisu*, Wilno 1935, s. 126–127.

39 A. Zoll wskazuje, że przy ocenie usiłowania nieudolnego należy uwzględnić „stopień nieudolności i charakter błędu, który spowodował, że sprawca podjął działanie pomimo braku właściwego przedmiotu, lub posłużył się środkiem nienadającym się do popełnienia czynu zabronionego" – A. Z o l l, *Odpowiedzialność…*, *op. cit.*, s. 20–21.

40 J. M a j e w s k i, *O (braku) karalności usiłowań „nierealnych", „absolutnie nieudolnych*

działania nie może doprowadzić do zamierzonego rezultatu, a co za tym idzie, w świadomości sprawcy nie znajduje odbicia zachowanie, które nosi znamiona czynu zabronionego[41]. Zdaniem tego autora, jeżeli przedmiotem „chcę" po stronie sprawcy jest jakiekolwiek inne zachowanie niż znajdujące się w obrębie możliwości wykonania czynu zabronionego, to brak jest przesłanek do przyjęcia usiłowania dokonania ze względu na niemożność przypisania sprawcy zamiaru[42]. Autor przytacza przykład sprawcy, który ma świadomość tego, że podaje ofierze cukier i jednocześnie z sobie tylko znanych powodów wierzy w zabójczą moc tego środka. Jarosław Majewski konstatuje, że skoro podanie cukru nie stanowi przekroczenia normy sankcjonowanej, to przedmiotem „chcę" po stronie sprawcy nie jest zachowanie bezprawne, co prowadzić musi w konsekwencji do niemożliwości przypisania sprawcy zamiaru. Pogląd ten, jakkolwiek logicznie spójny, stanowi w istocie przeniesienie punktu ciężkości właściwego dla teorii przedmiotowej usiłowania na płaszczyznę zamiaru. Jeżeli przyjąć, że bezprawność wyznaczana jest przez reguły postępowania z dobrem prawnym, to konsekwentnie należy twierdzić, że zarówno przy usiłowaniu udolnym, jak i przy usiłowaniu nieudolnym, zachowanie sprawcy musi być kierunkowo nastawione na przekroczenie owych reguł postępowania. Innymi słowy, musi „bezpośrednio zmierzać" do dokonania czynu zabronionego[43]. Właśnie nierealizowanie przez zachowanie przesłanki „bezpośredniości zmierzania" nie pozwala na zakwalifikowanie tego zachowania jako usiłowania nieudolnego. Konsekwentnie należy przyjąć, że przesłanka zawarta w art. 16 § 1 k.k., „czynności mających stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do jego dokonania", pozwalająca zakwalifikować dane zachowanie jako przygotowanie, nie zostaje na gruncie tzw. usiłowania bezwzględnie nieudolnego spełniona. Jak to już zostało zaznaczone powyżej, 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[44].

---

i im podobnych, w: *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 356.

41 *Ibid.*, s. 356–357.

42 *Ibid.*, s. 357–358.

43 Por. L. P e i p e r, *Komentarz do Kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 94.

44 Wydaje się, że przy takim ujęciu można przyjąć, iż tzw. usiłowania bezwzględnie nieudolne zbliżone są do konstrukcji *delictum putativum* – por. S. G l a s e r, *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933, s. 222.

Reasumując: przeprowadzona tu interpretacja zwrotów wskazujących na elementy konstrukcji usiłowania nieudolnego, w przekonaniu autora, daje wyraz zasadzie konstytucyjnej *nullum crimen sine lege certa*. Wnioski wynikające z powyżej przedstawionej analizy pozwalają nie tylko na ustalenie stosunku rozłączności, jaki zachodzi pomiędzy konstrukcjami usiłowania udolnego i usiłowania nieudolnego, ale także na umiejscowienie usiłowania nieudolnego względem takich konstrukcji, jak przygotowanie i tzw. usiłowanie bezwzględnie nieudolne. Bez wątpienia usiłowanie należy zawsze odnosić do znamion określonego typu czynu zabronionego[45]. Andrzej Zoll wskazuje nadto, że nie ma usiłowania jako takiego oraz przygotowania jako takiego[46]. Wyżej zaznaczono, że przy usiłowaniu nieudolnym – dotychczas wypracowane w literaturze – test przejścia niebezpieczeństwa dla dobra prawnego z fazy abstrakcyjnego zagrożenia w fazę realnego zagrożenia oraz test obrony koniecznej nie są w pełni operatywne. Próbą rozwiązania tego problemu jest przedstawiona interpretacja przesłanki „bezpośredniości zmierzania" oparta na teście kierunkowości działań sprawczych, który polega na przyjęciu „bezpośredniości zmierzania" po stronie sprawcy tylko wtedy, gdy możliwe jest jednoczesne wskazanie dobra prawnego, jakie swoim zachowaniem ma zamiar zaatakować sprawca, przedmiotu czynności wykonawczej, środków oraz sposobu działania sprawcy, a także obowiązków i reguł postępowania z dobrem prawnym, które zostały bądź potencjalnie zostaną przez niego naruszone. Nie mniej ważne jest również uchwycenie dynamiki w działaniach sprawcy. Przy tak przejętej interpretacji użyte przez ustawodawcę „bezpośrednio zmierza", oznacza tyle co „zmierza w kierunku", a stopień zaawansowania zachowania sprawczego – inaczej mówiąc, stopień bliskości tego zachowania w stosunku do dokonania czynu zabronionego – determinowany jest właśnie przez wymóg wskazania tego swoistego kierunku, w którym swoim zachowaniem zmierzał sprawca.

Biorąc pod uwagę fakt, że przygotowanie nie jest, co do zasady, karalne, wskazanie możliwie precyzyjnych kryteriów oddzielenia poszczególnych form stadialnych miało na celu lepsze stosowanie konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege certa* w procesie stosowania prawa przez sądy[47].

---

[45] Zob. *ibid.*, s. 214–215.

[46] A. Z o l l, Glosa…, *op. cit.*, s. 130.

[47] Słusznie zwraca uwagę J. Giezek, że pozostawienie tylko intuicji sędziowskiej rozgraniczenia pomiędzy konstrukcjami przygotowania i usiłowania nie można uznać za satysfakcjonujące. Zob. J. G i e z e k, *op. cit.*, s. 130.