

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
marek.kulik@poczta.umcs.lublin.pl

MAREK KULIK

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2017 r. (IV KK 438/16)

The Commentary on the Supreme Court's Decision of January 20, 2017 (IV KK 438/16)

Znamię bezpośredniości w przypadku usiłowania należy uznać za spełnione, gdy zagrożenie dla dobra prawnego, będącego znamieniem czynu zabronionego objętego zamiarem sprawcy, przekształca się z zagrożenia abstrakcyjnego w realne. Usiłowanie nie może być przy tym utożsamiane wyłącznie z ostatnim aktem zachowania poprzedzającego dokonanie. W określonych warunkach może przybrać postać oddalonych w czasie od dokonania, ale zmierzających do niego bezpośrednio, ciągu różnych zachowań. Co więcej, bezpośrednio zmierzanie do dokonania, jako znamię usiłowania popełnienia czynu zabronionego, odnosi się do działania samego sprawcy i jego zachowania również wówczas, gdy uzyskanie zamierzonego skutku uzależnione jest od postępowania jeszcze innych osób.

W głosowanym postanowieniu Sąd Najwyższy wypowiedział się na temat kilku zagadnień prawnych. Większość wyrażonych przezeń poglądów nie budzi żadnych wątpliwości, poza jednym, dotyczącym wszakże klasycznego problemu prawa karnego – sposobu oceny znamienia bezpośredniości zmierzania do dokonania na gruncie usiłowania. Poniższe uwagi zostaną zatem poświęcone wyłącznie jemu.

Stanowiska znane z doktryny i orzecznictwa są w interesującej nas kwestii spolaryzowane. W głosowanym postanowieniu Sąd Najwyższy opowiada się za tzw. teorią materialno-objektywną, która w jednym ze spotykanych w doktrynie ujęć, dokładnie powtórzonym przez Sąd Najwyższy, uznaje, że obiektywne zmierzanie

do dokonania zachodzi wtedy, gdy zagrożenie dla dobra prawnego, będącego znamieniem czynu zabronionego objętego zamiarem sprawcy, przekształca się z abstrakcyjnego w realne¹. Koncepcja ta w nieco różniących się nawzajem od siebie ujęciach jest szerzej prezentowana w doktrynie i orzecznictwie², choć – jak trzeba podkreślić – nie jest koncepcją jedynie możliwą i jedynie przyjmowaną w tej mierze. Obok niej funkcjonuje koncepcja formalno-obiektywna, także stosunkowo szeroko akceptowana³, oraz rzadziej prezentowane: koncepcja subiektywna⁴ i mieszana: su-

¹ A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. W. Wróbel, A. Zoll, t. 1, Warszawa 2017, s. 282–283.

² Wyrok SA w Krakowie z dnia 22 września 2014 r., II AKa 88/14, LEX nr 1665557 z glosą krytyczną M. Kulika, Lex/el. 2016; wyrok SN z dnia 9 września 1999 r., III KKN 704/98, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 2, dodatek „Orzecznictwo”, poz. 2; postanowienie SN z dnia 23 maja 2007 r., V KK 265/06, OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 58; wyrok SN z dnia 14 września 2007 r., II KK 322/06, OSNwSK, poz. 1964; R. Zawłocki, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, t. 1, Warszawa 2013, s. 574–575; A. Zoll, *op. cit.*, s. 282–283; M. Siewierski, *Usiłowanie a przygotowanie według kodeksu karnego*, „Palestra” 1972, nr 5, s. 33; M. Małecki, *Glosa do wyroku SN z dnia 7 marca 2013 r.*, V KK 351/12, OSP 2014, nr 3, poz. 33, s. 418 i n.

³ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 364; E. Kunze, *Przygotowanie a usiłowanie (próba rozgraniczenia pojęć)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1990, nr 3, s. 270; A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Gdańsk 2005, s. 206; *idem*, *Glosa do wyroku SN z 22 stycznia 1985 r. (IV KR 336/84)*, „Państwo i Prawo” 1986, z. 6, s. 144 i n.; J. Potulski, *Spór o początek usiłowania w kontekście socjologicznej teorii czynu. Glosa do postanowienia SN z dnia 1.04.2005, IV KK 309/04*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2006, nr 2, s. 135 i n. W tę stronę zmierza także: D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012, s. 330 i n. W orzecznictwie zob. przede wszystkim: wyrok SN z dnia 22 stycznia 1985 r., IV KR 336/84, OSNKW 1985, nr 9–10, poz. 71 z glosami A. Wąska („Państwo i Prawo” 1986, z. 6, s. 144 i n., pozytywną) i S. Pikulskiego („Nowe Prawo” 1987, nr 5, s. 131 i n., krytyczną). Krytycznie na temat wspomnianego orzeczenia wypowiedzieli się Z. Cwiąkałski i A. Zoll (*Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego za II półrocze 1985 r.*, „Nowe Prawo” 1987, nr 2, s. 54). Podobnie: wyrok SN z dnia 13 marca 1990 r., IV KR 229/89, OSNKW 1990, nr 10–12, poz. 38 (krytycznie o tym wyroku Z. Cwiąkałski, A. Zoll, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu części ogólnej prawa karnego materialnego (II półrocze 1988 – I półrocze 1991)*, „Przegląd Sądowy” 1992, nr 5–6, s. 94), a także: wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 września 1999 r., II AKa 290/99, OSA 1999, nr 11–12, poz. 81 z glosą krytyczną T. Kozioła („Palestra” 2001, nr 11–12, s. 248 i n.).

⁴ Te ostatnie koncepcje można, jak się wydaje, z góry wykluczyć, i to z kilku powodów. Pierwszym jest wysoce spekulatywny charakter założeń tej koncepcji, co ogranicza jej praktyczną aplikowalność (takie trafne zastrzeżenie zgłasza A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, *op. cit.*, s. 206). Jednak oprócz tego warto zauważyć, że element subiektywny w gruncie rzeczy nie gra w określeniu bezpośredniości zmierzania do dokonania samodzielnej roli. Wszak zamiar sprawcy jest nakierowany na dokonanie czynu zabronionego, co jest elementem koniecznym w wypadku każdego czynu zabronionego. Okoliczność, że zamiar ów jest lub nie jest nieodwołalny nie może przecież decydować o tym, czy sprawca zmierza bezpośrednio do dokonania czy nie. Trudno uznać, by zamiar, stanowiący – jak wskazano – znamię każdego czynu umyślnego, mógł być uznany za samodzielne kryterium decydujące o bezpośredniości zmierzania do dokonania. Skoro to zamiar miałby być elementem

biektywno-objektywna⁵. Dodać należy, że w ocenie glosatora najbardziej adekwatna do oceny przedmiotowego zagadnienia jest właśnie jedna z tych koncepcji.

Jednak przed zaprezentowaniem własnego poglądu glosatora na kwestię oceny bezpośredniości zmierzania do dokonania należy odnieść się wprost do wypowiedzi Sądu Najwyższego. Wypowiedź ta nie została przez SN szczegółowo uzasadniona. Stało się tak najpewniej z uwagi na to, że Sąd Najwyższy skupił się na kilku innych zagadnieniach istotnych w sprawie, w której zapadło glosowane postępowanie, a kwestię wyszczególnioną w tezie powyżej uznał za oczywistą. Tym bardziej należy się do niej odnieść, gdyż wydaje się, że kwestia ta wcale nie jest oczywista.

Cechą koncepcji materialno-objektywnej jest to, że odnosi bezpośredniość zmierzania do dokonania (art. 13 § 1 k.k.) do naruszenia przedmiotu ochrony. Zgodnie z tym stanowiskiem sprawca zachowaniem swym bezpośrednio zmierza do dokonania wtedy, gdy zagrożenie dla dobra prawnego, będącego znamieniem czynu zabronionego objętego zamiarem sprawcy, przekształca się z zagrożenia abstrakcyjnego w zagrożenie realne⁶.

W doktrynie trafnie zauważa się, że wielką zaletą tej koncepcji jest to, że w prosty i klarowny sposób tłumaczy różnicę między przygotowaniem i usiło-

decydującym o bezpośredniości, trudne byłoby do wytłumaczenia, dlaczego przepis art. 13 § 1 k.k. wymaga zarówno bezpośredniości, jak i zamiaru („w zamiarze popełnienia czynu zabronionego bezpośrednio zmierza do jego dokonania”). Gdyby bezpośredniość zmierzania oznaczała nieodwołalny zamiar, nie byłoby konieczne stawianie oddzielnie wyraźnego wymogu działania w zamiarze popełnienia czynu, gdyż konieczność dowiedzenia zamiaru wynikałaby ze znamienia bezpośredniości. Wreszcie koncepcje subiektywne nie zostawiają wolnej przestrzeni na przygotowanie (Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 200), prowadząc w skrajnej postaci nawet do utożsamienia usiłowania z zamiarem. Jest to wada, której nie mają koncepcje mieszane (por. M. Kulik, *Glosa do wyroku SA w Krakowie z 22 września 2014 r. (II AKa 88/14)*, LEX/el. 2016). Z uwagi na to koncepcja subiektywna nie wytrzymuje krytyki.

⁵ Ostatnio trafność takiej koncepcji uzasadnia R. Zawłocki (*op. cit.*, s. 575), choć sam opowiada się wprost za koncepcją materialno-objektywną. Autor ten wskazuje, że bezpośredniość zmierzania jest elementem przedmiotowym, co wyklucza jego rozumienie ściśle subiektywne, ale jednocześnie stanowi realizację określonej woli sprawcy, co powoduje, że nie da się go rozumieć ściśle przedmiotowo. Nie podzielam tego poglądu. Wydaje się, że można uzasadnić stanowisko, zgodnie z którym bezpośredniość zmierzania jest elementem strony przedmiotowej, a konkretnie czynności wykonawczej usiłowania. Oczywiście musi być ona objęta umyślnością, co jednak nie sprawia, że nabiera ono charakteru przedmiotowo-podmiotowego. Przecież każde znamię strony przedmiotowej każdego umyślnego czynu zabronionego musi być objęte zamiarem i nie czyni to z niego znamienia przedmiotowo-podmiotowego. Por. szczegółowe uwagi na ten temat: M. Kulik, *op. cit.*, a także wyżej zamieszczone wywody odnoszące się do wad koncepcji subiektywnej, które *mutatis mutandi* znajdują zastosowanie także do koncepcji mieszanej. W stronę koncepcji mieszanych zmierzają w pewnym zakresie K. Buchała i A. Zoll (*Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 284) oraz A. Zoll i W. Wróbel (*Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 226). Por. T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2006, s. 187; Ł. Pohl, *op. cit.*, s. 200.

⁶ Por. szczegółowo: wyrok SN z dnia 9 września 1999 r., III KKN 704/98, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 2, dodatek „Orzecznictwo”, poz. 2; postanowienie SN z dnia 23 maja 2007 r., V KK 265/06, OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 58; R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 574–575; A. Zoll, *op. cit.*, s. 206.

waniem⁷. Koncepcja ta ma jednak i wady. W punkt trafia D. Gruszecka, gdy pisze, że „dla osiągnięcia tak godnej pozazdrosczenia jasności wypowiedzi poświęcono nawet jej dogmatyczną trafność”⁸. Na przykład pojawia się zagadnienie możliwości usiłowania przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne. Z ujęcia art. 13 § 1 k.k. nie wynika bynajmniej, że usiłowanie tych przestępstw jest niemożliwe. Można z niego wyprowadzać stanowisko, że możliwe jest usiłowanie każdego przestępstwa umyślnego. Rzecz prosta – da się bronić stanowiska, że niemożliwość usiłowania przestępstwa z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne wynika z istoty znamienia bezpośredniości. O kwestii tej mowa będzie szczegółowo niżej, obecnie należy dokończyć kwestię prawnych skutków akceptacji referowanej koncepcji. Skoro cechą usiłowania polegającego na bezpośrednim zmierzaniu do dokonania jest, zgodnie z referowaną koncepcją, wywołanie stanu bezpośredniego (konkretnego) niebezpieczeństwa dla przedmiotu ochrony, należałoby uznać, że z kolei powstanie niebezpieczeństwa abstrakcyjnego dla tego dobra jest cechą wcześniejszego etapu pochodzenia przestępstwa, jakim jest przygotowanie⁹. Zresztą w doktrynie uzasadniane są szczegółowo poglądy, że tak właśnie jest¹⁰. Jest to wszakże o tyle kłopotliwe, że w przypadku przestępstw z narażenia przedmiotu ochrony na niebezpieczeństwo abstrakcyjne narażenie to decyduje już o dokonaniu, nie o usiłowaniu, a tym bardziej przygotowaniu. Dlatego usiłowanie przestępstwa z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne byłoby niemożliwe przy przyjęciu jakichkolwiek akceptowalnych założeń wstępnych¹¹.

Podobne skutki wystąpią zresztą także na gruncie przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo powszechne, w których wypadku narażenie na niebezpieczeństwo konkretne jest znamieniem dokonania. O ile zatem na gruncie przygotowania (jeżeli w danym wypadku jest ono karalne) nie pojawiają się wątpliwości

⁷ D. Gruszecka, *op. cit.*, s. 330.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Por. M. Kulik, *op. cit.* Warto mieć na uwadze, że w doktrynie podkreśla się, iż bezpośredniość zmierzania do dokonania jest dookreślana także przez ustawowe znamiona przygotowania. Zob. A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, *op. cit.*, s. 206. Por. też: E. Kunze, *Przygotowanie przestępstwa w ujęciu polskiego prawa karnego*, Poznań 1991, s. 83; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwa*, Warszawa 1997, s. 38; L. Tyszkiewicz, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2014, s. 84; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 65; M. Mozgawa, [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2015, s. 60; *idem*, [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2016, s. 349.

¹⁰ M. Małecki, *Przygotowanie do przestępstwa. Analiza dogmatycznoprawna*, Warszawa 2016, s. 58.

¹¹ W doktrynie zwraca się uwagę, że dałoby się uznać, iż usiłowanie przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne byłoby możliwe wyłącznie przy akceptacji trudnego do obrony założenia, że na etapie usiłowania przestępstwo takie przekształca się w przestępstwo z narażenia na niebezpieczeństwo konkretne. Zob. J. Giezek, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, s. 121.

również przy uznaniu, że jego cechą jest narażenie na niebezpieczeństwo abstrakcyjne¹², o tyle należałoby uznać, że usiłowanie jest niemożliwe.

W doktrynie wyrażany jest jednak pogląd, że jest inaczej, gdyż bezpośrednio należy rozumieć inaczej przy przestępstwach materialnych, a inaczej przy formalnych¹³.

W tym miejscu dotykamy zagadnienia podstawowego dla oceny glosowanego postanowienia. Problem nie pojawia się z całą ostrością, jeżeli uznamy, że sposób rozumienia znamienia bezpośrednio uniemożliwia usiłowanie przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne. W takim wypadku pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w glosowanym postępowaniu mógłby być akceptowany¹⁴. Jak wskazano wyżej, można bowiem dowodzić, że znamię bezpośrednio zmierzania do dokonania z samej swej istoty wymusza uznanie, że usiłowanie przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo, i to nie tylko abstrakcyjne, ale też konkretne, jest niemożliwe. Wtedy pogląd Sądu Najwyższego znajdowałby zastosowanie do przestępstw z naruszenia dobra prawnego¹⁵.

¹² M. Małecki, *Przygotowanie do przestępstwa...*, s. 58.

¹³ Tak: A. Zoll, *op. cit.*, s. 283. Pogląd ten jest wynikiem przyjęcia trafnego założenia, że formuła definiowania bezpośrednio zmierzania do dokonania przez pryzmat narażenia na niebezpieczeństwo konkretne jest obciążona wadami uniemożliwiającymi jej uniwersalne stosowanie do wszystkich przestępstw umyślnych. Stąd autor ten ogranicza jej zastosowanie do takich przypadków, gdzie jest ona adekwatna. Por. też nieco odmienne ujęcie: G. Rejman, *Usiłowanie przestępstwa w prawie polskim*, Warszawa 1965, s. 21; *eadem*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa 1999, s. 562. Niestety, Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu traktuje tę formułę jako uniwersalną i odnosi do wszystkich przestępstw umyślnych, co z powodów wyżej wskazanych jest nieuzasadnione. Por. też: M. Kulik, *op. cit.*

¹⁴ Glosator zastrzega, że poglądu tego nie podziela ze względów, które wyłoży niżej, niemniej pragnie zaznaczyć, że da się on zaakceptować, jeżeli przyjąć, iż bezpośrednio zmierzanie możliwe jest tylko na gruncie przestępstw z naruszenia przedmiotu ochrony, natomiast nie jest on akceptowalny przy założeniu, że na gruncie przestępstw materialnych i formalnych bezpośrednio rozumie się różnie. Skoro bowiem Sąd Najwyższy stwierdza, że cechą bezpośredniości jest narażenie przedmiotu ochrony na niebezpieczeństwo konkretne, nie ograniczając swojego stanowiska tylko do jakiejś jednej kategorii przestępstw, lecz nadając mu formułę ogólną, to pogląd taki siłą rzeczy jest zupełnie nieadekwatny do przestępstw z narażenia, i to zarówno na niebezpieczeństwo abstrakcyjne, jak i konkretne. Prowadzi to do wniosku, że Sąd Najwyższy przyjmuje, iż usiłowanie przestępstw z narażenia przedmiotu ochrony na niebezpieczeństwo jest niemożliwe.

¹⁵ Zauważa tę wadę koncepcji materialno-objektywnej D. Gruszecka (*op. cit.*, s. 330), gdy pisze, że może ona co najwyżej funkcjonować w odniesieniu do przeddokonania przestępstw z naruszenia dobra prawnego. Autorka słusznie zwraca uwagę, że i w tym zakresie koncepcja ta może budzić wątpliwości z uwagi na różnice występujące w ujmowaniu w literaturze różnych rodzajów zagrożenia. Zagadnienie usiłowania przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo może rodzić problemy uzależnione tak od rodzaju niebezpieczeństwa, jak i od okoliczności, czy w odniesieniu do jego poszczególnych rodzajów nie należy mówić o różnicy w ujęciu bezpośredniości. O kwestii tej mowa będzie niżej, jednak warto odwołać się do pogłębionych rozważań na ten temat J. Giezka, które z uwagi na wąskie ramy glosy nie mogą być niestety szczegółowo przeanalizowane. Zob. J. Giezek, *Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji*

Gdyby zaakceptować przywołane wyżej stanowisko A. Zolla, że bezpośredniość zmierzania do dokonania należy inaczej rozumieć na gruncie przestępstw materialnych, a inaczej formalnych, to pozostając na gruncie teorii materialno-obiektywnej, nie dałoby się uznać poglądu wyrażonego w głosowanym postanowieniu za w pełni trafny. Sąd Najwyższy stwierdził bowiem, że z bezpośredniością zmierzania do dokonania mamy do czynienia w sytuacji, kiedy zagrożenie dla dobra prawnego przestanie być abstrakcyjne, a stanie się realne. Akceptując stanowisko A. Zolla, należałoby ten pogląd podzielić, ale tylko w odniesieniu do przestępstw z naruszenia dobra prawnego. W wypadku przestępstw z narażenia przedmiotu ochrony na niebezpieczeństwo abstrakcyjne, a nawet z narażenia na niebezpieczeństwo konkretne, pogląd ten jest z wyszczególnionych wyżej powodów nie do utrzymania. Tymczasem Sąd Najwyższy nie zastrzegł, że pogląd sformułowany w tezie głosowanego postanowienia odnosi się do przestępstw z naruszenia dobra prawnego, lecz odniósł go po prostu do usiłowania.

W najlepszym razie pogląd ten należy ocenić jako zbyt kategoriyczny. Trzeba przyjąć, że usiłowanie innych czynów niż materialne jest niemożliwe albo uznać, że możliwe jest usiłowanie wszystkich umyślnych czynów zabronionych, ale w wypadku czynów formalnych bezpośredniość nie oznacza wywołania niebezpieczeństwa konkretnego. Niezależnie od tego, który z tych możliwych poglądów zaakceptować, stanowisko Sądu Najwyższego się nie broni. Przyjęcie pierwszego sprawia, że pogląd Sądu Najwyższego należy ocenić negatywnie, gdyż teza głosowanego postanowienia odnosi się w ogóle do usiłowania, co może sugerować, że chodzi o usiłowanie jakiegokolwiek umyślnego czynu zabronionego. Jest to oczywiście niemożliwe. Trudno wszak byłoby bronić stanowiska, że dla przyjęcia usiłowania przestępstwa z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne (a nawet konkretne¹⁶) konieczne jest wystąpienie niebezpieczeństwa konkretnego dla przedmiotu ochrony¹⁷. Także przy przyjęciu drugiego z tych poglądów stano-

czynu zabronionego, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2002, t. 50, s. 121 i n.

¹⁶ W takim przypadku mielibyśmy przecież do czynienia po prostu z dokonaniem.

¹⁷ Na marginesie warto zauważyć, że nie wydaje się możliwe nawet i takie postawienie sprawy, że w wypadku usiłowania przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo konkretne musimy mieć do czynienia z zachowaniami narażającymi przedmiot ochrony na niebezpieczeństwo abstrakcyjne. Spojrzenie takie byłoby uproszczeniem. Wydaje się, że możliwe są zachowania przekraczające czynności przygotowawcze, a niestanowiące żadnego zagrożenia dla przedmiotu ochrony. Tak: A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, *op. cit.*, s. 210; D. Gruszecka, *op. cit.*, s. 335. Należy zauważyć, że tego rodzaju dychotomiczny podział mógłby być atrakcyjny, dałoby się wszak klarownie stwierdzić na przykład, że przygotowanie cechuje się wystąpieniem zagrożenia abstrakcyjnego, a usiłowanie cechuje się wystąpieniem zagrożenia konkretnego (por. uwagi na temat ontycznego statusu przygotowania autorstwa M. Małeckiego, *Przygotowanie do przestępstwa...*, s. 58). Ze wskazanych wyżej względów autor niniejszych słów nie akceptuje takiego podziału.

wisko Sądu Najwyższego należy uznać za błędne w zakresie przestępstw innych niż z naruszenia przedmiotu ochrony, gdyż takie ujęcie bezpośrednio, jakie zaprezentowano w głosowanym postanowieniu, jest w odniesieniu do nich wadliwe.

Już samo to przesądza o krytycznej ocenie głosowanego postanowienia. Warto wszakże mieć na uwadze, że zasadnicze źródło problemu, przed którym stanął Sąd Najwyższy i który wadliwie rozstrzygnął, nie tkwi w takim lub innym rozumieniu bezpośredniości pozostającym w ramach koncepcji materialno-obiektywnej. Wydaje się, że problemy te wynikają z samej istoty tej koncepcji.

Chodzi o to, że akceptując teorię materialno-obiektywną, właściwie nie da się sformułować w pełni jednolitych kryteriów usiłowania. Albo należy uznać, że znamię bezpośredniego zmierzania do dokonania należy różnie interpretować na gruncie różnych kategorii czynów zabronionych, albo że owo bezpośrednie zmierzanie jest na gruncie niektórych typów umyślnych czynów zabronionych niemożliwe. Tymczasem wydaje się, że jedno i drugie jest nieuprawnione. Oczywiście jest tak, że znamię bezpośredniości zmierzania do dokonania jest dookreślone przez znamię czynności wykonawczej i skutku danego typu. Sprawia to, że w przypadku poszczególnych typów czynów zabronionych istnieje mniej lub więcej „przestrzeni na usiłowanie”. Jednak nie wydaje się, aby można było interpretować przepis art. 13 § 1 k.k. tak, by wyłączyć możliwość usiłowania całej kategorii przestępstw. Wydaje się, że skoro przepis nie ogranicza wprost możliwości usiłowania do jakiejś (lub jakichś) kategorii czynów zabronionych ani nie zawiera warunku wystąpienia niebezpieczeństwa dla przedmiotu ochrony¹⁸, należy go interpretować w taki sposób, by nie wprowadzać takiego ograniczenia lub warunku wtórnie, w drodze wykładni. Dlatego nie wydaje się trafne stanowisko, zgodnie z którym niektórym kategoriom umyślnych czynów zabronionych, zwłaszcza przestępstw formalnych, nie da się usiłować. Przeciwnie – treść art. 13 § 1 k.k. nie uprawnia do stawiania w tej mierze jakichkolwiek ograniczeń¹⁹.

Nie wydaje się też, by dopuszczalne było uznanie, że bezpośredniość zmierzania na gruncie przestępstw materialnych oznacza zupełnie co innego niż na gruncie przestępstw formalnych. Oczywiście pewne różnice w tym zakresie będą wynikały z odmiennego określenia czynności wykonawczej. Wydaje się jednak, że różnice te najlepiej tłumaczyć, pozostając na gruncie koncepcji formalno-obiektywnej, bowiem odnosi się ona właśnie do czynności wykonawczej jako elementu określającego bezpośredniość zmierzania do dokonania. Zgodnie z jej założeniami ocenie nie podlega to, czy i jakie sprawca wywołał niebezpieczeń-

¹⁸ A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, *op. cit.*, s. 210; Ł. Pohl, *op. cit.*, s. 201; M. Kulik, *op. cit.*

¹⁹ A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, *op. cit.*, s. 210; J. Giezek, *Narażenie na niebezpieczeństwo...*, s. 125; *idem*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 133–134; D. Gruszecka, *op. cit.*, s. 334; Ł. Pohl, *op. cit.*, s. 201; A. Marek, *op. cit.*, s. 64; L. Tyszkiewicz, *op. cit.*, s. 84.

stwo dla przedmiotu ochrony, ponieważ jest to zupełnie nieadekwatne dla oceny przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo, w szczególności abstrakcyjne. Tymczasem brak jest danych pozwalających na stwierdzenie, że nie da się usiłować przestępstw należących do tej grupy. Ocenie zatem podlega to, czy sprawca bezpośrednio zmierzał do realizacji ustawowych znamion czynu zabronionego. Jest to najbardziej intuicyjne, a jednocześnie, jak się wydaje, najtrafniejsze rozumienie bezpośredniości zmierzania do dokonania.

Wydaje się bowiem, że znamię bezpośredniości zmierzania do dokonania nie tylko nie uprawnia do wniosku, że konieczne jest wywołanie przez sprawcę jakiegoś niebezpieczeństwa dla przedmiotu ochrony²⁰, lecz że z całą pewnością można o nim powiedzieć to, iż charakteryzuje czynność wykonawczą²¹. Zatem znamieniem usiłowania nie jest wywołanie niebezpieczeństwa dla przedmiotu ochrony. Nie ma potrzeby badania żadnych zaszłości, jakie mają miejsce między zachowaniem sprawcy a skutkiem w postaci naruszenia dobra chronionego. Interesować nas powinien związek między zachowaniem sprawcy usiłującego dokonać czynu zabronionego a ewentualnym dokonaniem²².

Powyższe należy połączyć z założeniem, które wydaje się być poza dyskusją, że między przygotowaniem a usiłowaniem nie ma pustej przestrzeni, czyli czynności wykraczające poza przygotowanie są usiłowaniem²³. Warto zastrzec, że jest tak z powodu wynikającego z samej istoty usiłowania jako formy stadialnej czynu zabronionego. Usiłowanie – jak trafnie zauważa się w doktrynie – nie jest samodzielne, lecz sens swój czerpie z relacji, w jakiej pozostaje do konkretnego typu. Nie istnieje wobec tego usiłowanie zawieszony w próżni, lecz usiłowanie popełnienia określonego czynu – czyli usiłowanie zrelatywizowane do dokonania²⁴.

Dodać trzeba, że założenie o braku pustej przestrzeni między przygotowaniem a usiłowaniem jest łatwiejsze do utrzymania na gruncie koncepcji formalno-obiektywnej niż materialno-obiektywnej. W wypadku tej ostatniej nie wystarczyłoby bowiem stwierdzenie, że sprawca wykroczył poza czynności przygotowawcze. Aby uznać, że dopuścił się usiłowania, należałoby dodatkowo pozytywnie stwierdzić, że zachowanie jego wywołało konkretne niebezpieczeństwo dla przedmiotu ochrony. Gdyby do tego nie doszło, należałoby uznać, że nie doszło do usiłowania, a zatem

²⁰ Ł. Pohl, *op. cit.*, s. 201; M. Kulik, *op. cit.*

²¹ Por. J. Giezek, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 121–122; M. Kulik, *op. cit.*

²² D. Gruszecka, *op. cit.*, s. 330–331.

²³ A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, *op. cit.*, s. 206–207; J. Giezek, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 122; M. Mozgawa, [w:] *Kodeks karny...*, s. 60–61; *idem*, [w:] *Prawo karne materialne...*, s. 349; M. Kulik, *op. cit.*

²⁴ J. Giezek, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 133; D. Gruszecka, *op. cit.*, s. 331; J. Potulski, *op. cit.*, s. 136.

między przygotowaniem a usiłowaniem istnieje puste pole. Rzecz prosta sprawca w takim wypadku mógłby odpowiadać za przygotowanie, gdyby było karalne.

Gdyby jednak przyjęć koncepcję formalno-objektywną, można byłoby uważać, że przekraczając etap przygotowania, sprawca wkroczył na etap bezpośredniego zmierzania do dokonania. Bezpośredniość, o której mowa, polegałaby na wejściu na ostatni etap, po którym nastąpi realizacja znamienia czynnościowego. Należy jeszcze dodać, że etapu tego nie można utożsamiać z początkiem dokonania. Warto wszak pamiętać, że znamieniem przygotowania jest brak dokonania. Dlatego początek dokonania jest etapem, w którym usiłowanie jest już przeszłością.

Z kolei początek usiłowania oznacza sytuację, w której sprawca, który może wcześniej zmierzać do dokonania, lecz zmierzać tylko pośrednio, wchodzi na ten etap, w którym wykonywane przezeń czynności można uznać za bezpośrednie zmierzanie do dokonania, czyli do realizacji znamion niezależnie od tego, czy i jakie spowoduje niebezpieczeństwo dla dobra prawnego²⁵. Ocena cechy bezpośredniości zmierzania do dokonania odbywa się, jak wskazano wyżej, w nawiązaniu do czynności wykonawczej, a w wypadku czynów materialnych – także do skutku. Należy podkreślić, że znamiona skutku i czynności wykonawczej są w ich wypadku nierozłączne. Nie ma w tym zresztą nic dziwnego, skoro czynność wykonawcza sprowadza się do wywołania skutku.

Takie postawienie sprawy nakazuje przyjęć, że z bezpośredniością zmierzania do dokonania mamy do czynienia w sytuacji, w której da się uznać, iż sprawca rozpoczął etap zachowania, który bezpośrednio poprzedza wykonanie czynności sprawczej i – w wypadku przestępstw skutkowych – wywołanie skutku. Przy założeniu, że zachowanie człowieka ma miejsce w określonym kontekście sytuacyjnym, właściwe wydaje się wprowadzenie elementu zewnętrznej oceny bezpośredniości zmierzania do dokonania. Ocena ta odbywa się na podstawie obserwacji otaczającej rzeczywistości, z punktu widzenia osoby postronnej obserwatora z uwzględnieniem kolejnych etapów zachowania sprawcy składających się na tzw. drogę przestępną²⁶. Ocena tej ostatniej musi się odbywać z uwzględnieniem ocen społecznych²⁷, tj. tego, co w danej społeczności jest, a co nie jest oceniane jako bezpośrednio zmierzanie do wykonania określonej czynności²⁸. Wydaje się

²⁵ Por. J. Giezek, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 122 i n.; M. Kulik, *op. cit.*

²⁶ J. Giezek, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 122; M. Kulik, *op. cit.*

²⁷ K. Buchała, *op. cit.*, s. 364; A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, *op. cit.*, s. 206. Podobnie: J. Giezek, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 122; M. Mozgawa, [w:] *Kodeks karny...*, s. 60–61; *idem*, [w:] *Prawo karne materialne...*, s. 349; M. Kulik, *op. cit.*; W. Zalewski, *Glosa do wyroku SN z dnia 5 grudnia 2006 r., III KK 273/06*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2007, nr 4, s. 162 i n. (tu na gruncie koncepcji usiłowania o mocnych elementach subiektywnych).

²⁸ Por. M. Kulik, *op. cit.*

przy tym, że jest bez znaczenia, czy sprawca wywołał jakiegokolwiek niebezpieczeństwo dla dobra chronionego czy nie.

Warto jeszcze poświęcić nieco uwagi samej kwestii ocen społecznych, o których mowa. Z całym naciskiem trzeba stwierdzić, że chodzi tutaj o sposób rozumienia bezpośredniości zmierzania do dokonania, czyli do wykonania określonych czynności, przyjęty w danej społeczności, z uwzględnieniem kontekstu czynności i charakteru środowiska. Jest to więc uwarunkowana kontekstualnie reguła wnioskowania o tym, czy można – opierając się na regułach życia w danej społeczności i doświadczeniu życiowym – uznać, że następną czynnością sprawcy będzie realizacja ustawowych znamion czynu zabronionego, czyli dokonanie. Na całkowitym nieporozumieniu polega zatem postawiony zwolennikom tej koncepcji przez R. Zawłockiego zarzut, że społeczne odczucie sprawiedliwości nie może być podstawą do jakichkolwiek rozstrzygnięć normatywnych na gruncie prawa karnego²⁹. Tak się bowiem składa, że oceny społeczne, o których mowa, nie mają nic wspólnego ze społecznym poczuciem sprawiedliwości, co zresztą wprost wynika z definicji bezpośredniości, jaką formułuje K. Buchała, pisząc: „[...] bezpośredniość należy przyjmować, gdy sprawca według oceny społecznej rozpoczyna ostatnią fazę zachowania, które ma doprowadzić do realizacji znamion”³⁰.

Ostatecznie należy opowiedzieć się za innym sposobem rozumienia bezpośredniości zmierzania do dokonania niż Sąd Najwyższy, co przesądza o krytycznej ocenie głosowanego postanowienia.

Niejako na marginesie warto dodać, że dosyć częste zapewne są przypadki, kiedy sprawca bezpośrednio zmierzający do dokonania, w rozumieniu tu uznanym za właściwe, jednocześnie wywoła niebezpieczeństwo dla przedmiotu ochrony. Jednak nie jest to konstytutywna cecha usiłowania, ale tylko towarzyszące mu zjawisko, którego częste pojawianie się nie powinno przesłaniać istoty usiłowania. Jest ono wynikiem słusznie dostrzeżonej w doktrynie okoliczności, że między usiłowaniem naruszenia dobra prawnego a jego narażeniem na niebezpieczeństwo zachodzi szereg podobieństw³¹. Niemniej słusznie stwierdza się zachodzące między nimi różnice³². Dodać ponadto należy, że o jakichkolwiek podobieństwach można mówić tylko w sytuacji, w której porównuje się narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo konkretne z usiłowaniem naruszenia tego dobra. W wypadku, gdy w grę wchodzi usiłowanie przestępstw z narażenia do-

²⁹ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 576.

³⁰ K. Buchała, *op. cit.*, s. 364. Stwierdzenie K. Buchały akceptująco przywołuje A. Wąsek ([w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, *op. cit.*, s. 206), w którego stronę R. Zawłocki kieruje ostrze krytyki. Już jednak sama lektura cytowanego zdania przekonuje, że nie ma w nim mowy o żadnym społecznym odczuciu sprawiedliwości.

³¹ J. Giezek, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 124.

³² *Ibidem*.

bra na niebezpieczeństwo konkretne czy abstrakcyjne, nie da się mówić o jakichkolwiek podobieństwach. Nieadekwatność poglądu wyrażonego w głosowanym postanowieniu do takich przypadków jest wręcz rażąca. W odniesieniu do usiłowania przestępstw z naruszenia dobra prawnego można niekiedy odnieść zwodnicze wrażenie, że pogląd ten jest adekwatny. Nie jest to wszakże słuszne. Jedyne związki między usiłowaniem przestępstwa z naruszenia przedmiotu ochrony i narażeniem tego przedmiotu na niebezpieczeństwo konkretne polega na tym, że często, lecz nie zawsze, narażenie towarzyszy usiłowaniu naruszenia. Nie znaczy to jednak, że są tym samym.

BIBLIOGRAFIA

- Bojarski T., *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2006.
- Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989.
- Buchała K., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995.
- Ćwiąkalski Z., Zoll A., *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego za II półrocze 1985 r.*, „Nowe Prawo” 1987, nr 2.
- Ćwiąkalski Z., Zoll A., *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu części ogólnej prawa karnego materialnego (II półrocze 1988 – I półrocze 1991)*, „Przegląd Sądowy” 1992, nr 5–6.
- Giezek J., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012.
- Giezek J., *Narażenie na niebezpieczeństwo oraz jego znaczenie w konstrukcji czynu zabronionego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2002, t. 50.
- Gruszecka D., *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012.
- Kozioł T., *Głosa do wyroku SA we Wrocławiu z 30 września 1999 r. (II AKa 290/99)*, „Palestra” 1999, nr 11–12.
- Kulik M., *Głosa do wyroku SA w Krakowie z 22 września 2014 r. (II AKa 88/14)*, LEX/el. 2016.
- Kunze E., *Przygotowanie a usiłowanie (próba rozgraniczenia pojęć)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1990, nr 3.
- Kunze E., *Przygotowanie przestępstwa w ujęciu polskiego prawa karnego*, Poznań 1991.
- Małecki M., *Głosa do wyroku SN z dnia 7 marca 2013 r., V KK 351/12*, OSP 2014, nr 3, poz. 33.
- Małecki M., *Przygotowanie do przestępstwa. Analiza dogmatycznoprawna*, Warszawa 2016.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Mozgawa M., [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2015.
- Mozgawa M., [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2016.
- Pikulski S., *Głosa do wyroku SN z 22 stycznia 1985 r. (IV KR 336/84)*, „Nowe Prawo” 1987, nr 5.
- Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012.
- Postanowienie SN z dnia 23 maja 2007 r., V KK 265/06, OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 58.
- Potulski J., *Spór o początek usiłowania w kontekście socjologicznej teorii czynu. Głosa do postanowienia SN z dnia 1.04.2005, IV KK 309/04*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2006, nr 2.
- Rejman G., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa 1999.
- Rejman G., *Usiłowanie przestępstwa w prawie polskim*, Warszawa 1965.
- Siewierski M., *Usiłowanie a przygotowanie według kodeksu karnego*, „Palestra” 1972, nr 5.
- Tyszkiewicz L., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2014.
- Wąsek A., [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Gdańsk 2005.
- Wąsek A., *Głosa do wyroku SN z 22 stycznia 1985 r. (IV KR 336/84)*, „Państwo i Prawo” 1986, z. 6.

- Wojciechowski J., *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwa*, Warszawa 1997.
- Wyrok SA w Krakowie z dnia 22 września 2014 r., II AKa 88/14, LEX nr 1665557.
- Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 września 1999 r., II AKa 290/99, OSA 1999, nr 11–12, poz. 81.
- Wyrok SN z dnia 22 stycznia 1985 r., IV KR 336/84, OSNKW 1985, nr 9–10, poz. 71.
- Wyrok SN z dnia 13 marca 1990 r., IV KR 229/89, OSNKW 1990, nr 10–12, poz. 38.
- Wyrok SN z dnia 9 września 1999 r., III KKN 704/98, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 2, dodatek „Orzecznictwo”, poz. 2.
- Wyrok SN z dnia 14 września 2007 r., II KK 322/06, OSNwSK, poz. 1964.
- Zalewski W., *Głosa do wyroku SN z dnia 5 grudnia 2006 r., III KK 273/06*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2007, nr 4.
- Zawłocki R., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, t. 1, Warszawa 2013.
- Zoll A., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. W. Wróbel, A. Zoll, t. 1, Warszawa 2017.
- Zoll A., Wróbel W., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010.

SUMMARY

The commentary concerns the assessment of the directness of going to the commission as the sign of the criminal attempt. The author criticizes the view of the Supreme Court, according to which the endeavor of the criminal attempt is to pose a direct danger to the interest protected by the law.

Keywords: criminal attempt; directness; danger

STRESZCZENIE

Głosa dotyczy oceny bezpośredniości zmierzania do dokonania przy usiłowaniu. Autor krytykuje pogląd Sądu Najwyższego, zgodnie z którym cechą usiłowania jest spowodowanie bezpośredniego zagrożenia dla dobra prawnego.

Słowa kluczowe: usiłowanie; bezpośredniość; niebezpieczeństwo