

# **Zarys historii usiłowania nieudolnego w prawie karnym\***

***Dr Marcin Berent***

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Wydział Prawa i Administracji  
e-mail: marcinberent@umk.pl, <https://orcid.org/0000-0001-7287-2148>

**Streszczenie:** Usiłowanie nieudolne, przynależące do klasycznych zagadnień tzw. twardej dogmatyki prawa karnego, pozostaje jedną z najważniejszych figur karnoprawnych, odbijając w sobie wszystkie najistotniejsze problemy tego prawa i stanowiąc niejako zwierciadło szeregu innych zapatrywań na sens i zakres represji karnej. Badania i analizy nad ujęciem usiłowania nieudolnego to w istocie opowieść o wzajemnych relacjach między obiektywizmem a subiektywizmem w dziedzinie odpowiedzialności karnej. Usiłowanie nieudolne – nieważne, czy ujmowane jako przestępstwo *sui generis*, czy pojmowane abstrakcyjnie jako samodzielna forma stadialna w pochodzie przestępstwa – nie jest jednak tworem aktualnego ustawodawstwa, ani obiektem zainteresowań wyłącznie współczesnej nauki, przeciwnie: sięga czasów najdawniejszych. Zaprezentowanie zarysu historii usiłowania – myśli prawniczej nad nim i jego uregulowań prawnych, stanowi przedmiot niniejszego opracowania.

**Słowa kluczowe:** prawo karne, historia prawa karnego, usiłowanie, usiłowanie nieudolne.

Historia ludzkości to równocześnie historia prawa i jego instytucji, rozumianego również w taki sposób, w jakim było ono pojmowane w czasach najdawniejszych, także w okresie przedpaństwowym. Nie jest możliwe zrozumienie ani tegoż prawa, ani tychże instytucji bez poznania ich wcześniejszych form. Jednocześnie nie jest wystarczające poznanie jedynie form bezpośrednio poprzedzających ujęcie współczesne, gdyż kształt prawa warunkowany jest przez całokształt procesów historycznych, bez względu na to, jak odległa jest ich geneza<sup>1</sup>.

Przyjmując za punkt wyjścia nieco uproszczoną optykę stwierdzić można, że historia problematyki usiłowania nieudolnego sięga dalej, aniżeli dzieje cywili-

---

\* Artykuł jest wynikiem realizacji projektu Narodowego Centrum Nauki, numer rejestracyjny projektu: 2017/27/N/HSS/02987.

<sup>1</sup> Zob. J. Bardach, *Zagadnienia wstępne*, [w:] idem, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2005, s. 7; Zob. też wskazane tam źródło: M. Bloch, *Pochwała historii*, Warszawa 1960, s. 65; Szerzej na temat historii usiłowania: M. Berent, *Usiłowanie przestępstwa w polskim prawie karnym*, Toruń 2018, s. 33–126, niepublikowana praca doktorska.

zacji europejskiej<sup>2</sup>. Początków naszego kręgu kulturowego należy doszukiwać się bowiem w połowie III tysiąclecia przed narodzeniem Chrystusa<sup>3</sup>; gdy tymczasem już prawa dawniejszych epok przewidywały karalność zachowań, które swą treścią odpowiadały dzisiejszemu rozumieniu pojęcia usiłowania nieudolnego. Wśród tych zachowań szczególne miejsce zajmowały różnego rodzaju gusła, zwłaszcza zaś czarna magia i złowieszcze zaklęcia. Oczywiście, ówczesnym skupiskom ludności towarzyszyło przekonanie o niebezpieczeństwie tego typu zachowań<sup>4</sup>. Co ciekawe, przekonanie to, towarzyszące ludzkości od zarania dziejów, pozostało żywe przez kolejne wieki, przesądzając tym samym o potrzebie uznania ich za przestępcze<sup>5</sup>. Dopiero średniowieczne statuty włoskie podjęły pierwszą, nieśmiałą jeszcze, próbę depenalizacji części takich czynów. Tendencja ta kontynuowana była zresztą przez pierwsze, poważniejsze kodyfikacje średniowiecznej Europy, o czym mowa będzie w dalszej części tekstu.

Powyższemu rozumowaniu można by oczywiście postawić zarzut, że przecież usiłowanie nieudolne nie mieściło się w świadomości ludzi tamtych czasów. Nie odmawiając słuszności temu twierdzeniu, nie można jednak tracić z pola widzenia faktu, iż naiwne wierzenia, brak rozwiniętej kultury prawnej, czy w końcu brak desygnatu, który wprost nazywałby wspomniane zachowania usiłowaniem nieudolnym, nie oznacza, że zachowania te nie cechowały znamiona, które dziś składają się właśnie na usiłowanie nieudolne, *ergo*: uprawnione jest jednak poszukiwanie genezy tej instytucji w tak zamierzchłych czasach. Tak czy inaczej, zinstytucjonalizowane ramy prawne usiłowaniu przestępstwa nadali starożytni Rzymianie, przy czym nie ujmowali go oni jako formy stadialnej, ale jako *delictum sui generis*<sup>6</sup>.

Wydaje się, że pierwsze koncepcje, w których uchwycona została istota usiłowania, i z których następnie wyprowadzono konstrukcję usiłowania jako

---

<sup>2</sup> Celem badawczym niniejszego artykułu jest przedstawienie instytucji usiłowania nieudolnego w jej historycznym rozwoju – w zarysie. Tak sformułowany cel badawczy zdeterminował wybór metod badawczych – podstawową jest analiza historycznoprawna.

<sup>3</sup> Tak: N. Davies, *Europa*, Kraków 1998, s. 1224. Znaczna część historyków jednak, za sprawą periodyzacji zaproponowanej przez A. Evansa, rozciąga okres przedpałacowy kultury minojskiej, wskazując na początek III tysiąclecia p.n.e. Inna sprawa, czy słuszniejsze nie byłoby poszukiwanie korzeni kultury europejskiej dopiero w Grecji okresu klasycznego, to jednak dla niniejszego zarysu pozostaje bez znaczenia.

<sup>4</sup> Por. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 16; Oczywiście nie wszystkie zachowania, którym dziś przypisujemy charakter magiczny były karalne. O tych i in. – zob. J. Keller, *Zarys dziejów religii*, Warszawa 1986, zwł. przykł. ze s. 36; O relacji prawa do karalności czarów w pierwszych ustawodawstwach spoza europejskiego kręgu kulturowego – zob. np. art. 2 Kodeksu Hammurabiego: „Jeśli ktoś rzucił na kogoś podejrzenie o czary [...]”. Tak: J. Klima, *Prawa Hammurabiego*, przeł. C. Kunderewicz, Warszawa 1957, s. 69 i nast.

<sup>5</sup> W kwestii karalności zachowań utożsamianych z dzisiejszym rozumieniem usiłowania nieudolnego zob. np. art. 13 § 7 Zwierciadła Saskiego: „Chrześcijanin który [...] czarami się trudzi [...]”. A. Gulczyński, [w:] idem, B. Lesiński, J. Walachowicz, J. Wiewiorowski, *Historia państwa i prawa*, Poznań 2002, s. 116; tekst wg W. Witkowski, *Wybór tekstów źródłowych z historii prawa (epoka feudalizmu i kapitalizmu)*, Lublin 1983, s. 19.

<sup>6</sup> Zob. A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 189.

jednej z form stadialnych w pochodzie przestępstwa (*iter delicti*), sformułowali dopiero glosatorzy włoscy w XIV wieku, dokonując przy tym podziału *conatus delinquendi* na *conatus proximus* i *conatus remotus*<sup>7</sup>. Nie jest to jednak twierdzenie, które nie budziłoby wątpliwości, albowiem w doktrynie prowadzony był spór, czy juryści rzymscy nie wyprzedzili glosatorów włoskich, a tym samym – czy prawo rzymskie nie знаło jednak, przynajmniej w ogólnym zarysie, pojęcia usiłowania jako takiego. Asumptem do tej dyskusji stało się sformułowanie *Digestów*: „*Divus Hadrianus in haec verba rescriptit: in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*”<sup>8</sup>, które dowodzić miało, iż Rzymianom znane było ogólne pojęcie usiłowania. Spór ten wydaje się nierozstrzygnięty, z całą pewnością nie definitywnie, do dnia dzisiejszego<sup>9</sup>.

Niezależnie jednak od powyższego, to właśnie w Rzymie rodziła się koncepcja *iter delicti*. Wszak słynna sentencja Ulpiana<sup>10</sup> stała się punktem wyjścia dla skonstruowania i uzasadnienia niekaralności chronologicznie pierwszego elementu w pochodzie przestępstwa – zamiaru<sup>11</sup>. Jednocześnie, nie odnosząc się do poglądów na temat usiłowania nieudolnego w prawie rzymskim zaprezentowanych przez Aleksandra Kruglewskiego<sup>12</sup>, warto poddać krótkiej analizie problematykę tych karalnych zachowań, które odpowiadają współczesnemu rozumieniu usiłowania nieudolnego. Jest to uzasadnione tym bardziej, że o zachowaniach tych traktuje już najstarszy pomnik starożytnego prawa rzymskiego – *lex duodecim tabularum*. I tak, tablica VIII<sup>13</sup>: „*qui malum carmen incantassit [...]*”<sup>14</sup>. Jakkolwiek przekaz ten jest niepełny w związku ze zniszczeniem tablic, to już na jego podstawie dowiadujemy się, iż *l.d.t.*<sup>15</sup> przewidywała karalność śpiewania magicznych pieśni, przynoszących drugiemu zniewagę lub hańbę. Co ciekawe, *l.d.t.* przewidywała karę śmierci nie tylko za artykułowanie zaklęć magicznych i ich śpiewanie, ale także za samo już układanie pieśni, których celem było znieważanie innych. Nie ulega wątpliwości, że – jakkolwiek w świetle *l.d.t.* czyn ten należałoby zaliczyć do szeroko pojętego

<sup>7</sup> Ibidem. Por. J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, Lublin 2009 (reprint), s. 447.

<sup>8</sup> *Digesta*, XLVIII 8.14.

<sup>9</sup> W tej kwestii zob. E. Krzymuski, *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*, Warszawa 1884, s. 14; Przeciwnie: A. Marek, *Prawo...*, op. cit., s. 189.

<sup>10</sup> Ulpianus libro tertio ad edictum – D. 48, 19, 18: „Cogitationis poenam nemo patitur”. W podobnym duchu zresztą: Paulus libro trigensimo nono ad edictum – D. 47, 2, 1, 1: „Sola cogitatio furti faciendi non facit furem”.

<sup>11</sup> Niekaralność zamiaru jest regułą, niepozbawioną jednak pewnych wyjątków; np. wilkierz gdański z I poł. XV w. karał śmiercią sam zamiar podpalenia zabudowań, gdy ten został potwierdzony przez świadków. Zob. W. Uruszczak, *Formy popełnienia przestępstwa*, [w:] J. Halberda (red.), *Historia prawa sądowego*, Warszawa 2006, s. 138.

<sup>12</sup> Zob. tenże, *Uczenie o pokuszeniu na priestupljenje*, t. 1, Piotrogród 1917.

<sup>13</sup> Zob. J. Zabłocki, M. Zabłocka, *Ustawa XII tablic*, Warszawa 2000, s. 50.

<sup>14</sup> W związku z niekompletnością tablicy: Cicero de rep. 4, 10, 12 ap. Aug. de civit. Dei 2, 9: „nostrae XII tab. cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sancendam putaverunt: si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri”. Ibidem.

<sup>15</sup> Skrótom tym oznaczam *lex duodecim tabularum*.

deliktu *iniuria*<sup>16</sup> – jednocześnie wypełniał on znamiona współczesnego usiłowania nieudolnego. Jeszcze bardziej wymowny jest dalszy zapis wymienionej tablicy<sup>17</sup>: „*qui fruges excantassit* [...]”<sup>17</sup>. Również i tutaj nie znamy pełnej treści zapisu, jednak fragment ten wystarczający jest do stwierdzenia, z jakim zachowaniem mamy do czynienia. Otóż *l.d.t.* przewidywała karę nie tylko za śpiewanie pieśni znieważających, ale również za odprawianie wszelkiego rodzaju czarów w odniesieniu do zboża. Ostatecznie więc, nie może budzić wątpliwości fakt, iż prawo rzymskie przewidywało karalność zachowań, wypełniających znamiona dzisiejszego usiłowania nieudolnego.

Niezależnie od tego, czy Rzymianie wypracowali jakieś ogólniejsze zasady dotyczące usiłowania czy też nie, fakt pozostaje taki, że do końca istnienia cesarstwa na Zachodzie, przestępstwo usiłowane pozostało *delictum sui generis*. Ujęcie to nie zmieniało się przez kolejne wieki. Przestępstwo w dalszym ciągu miało charakter kazuistyczny, co w sposób bezpośredni determinowało równie kazuistyczne traktowanie usiłowania, które egzystując samodzielnie było niezależne od przestępstwa, do którego zmierzało<sup>18</sup>. Niemniej jednak stale poszerzano katalog tak ujmowanych przestępstw usiłowanych<sup>19</sup>.

Przełomem dla rozważań nad kwestią usiłowania okazał się wiek XIV, kiedy to wspomniani już glosatorzy włoscy opracowali koncepcję, w myśl której dla ukonstytuowania usiłowania niezbędne jest wystąpienie trzech elementów, a to: *cogitare* – zły zamiar, *agitare* – przygotowanie, działanie; *tertio, non perducere ad efectum* – niedoprowadzenie do skutku<sup>20</sup>.

Koncepcja ta odpowiadała historycznej konstrukcji *cogitat, agit, sed non proficit*<sup>21</sup>. Mimo znacznego postępu, który dokonał się w myśli prawniczej, nie oznaczało to bynajmniej, że wypracowano już jakąś ogólną definicję usiłowania, w której usiłowanie byłoby traktowane jako kategoria abstrakcyjna, dająca odnieść się do wszystkich typów przestępstw (czynów zabronionych)<sup>22</sup>. Na to trzeba było czekać aż do ogłoszenia przez Karola V w 1532 roku najważniejszej dla swego okresu ustawy *Reichstagu – Constitutio Criminalis Carolina*<sup>23</sup>, w której podjęto pierwszą próbę ogólnego określenia usiłowania<sup>24</sup>. Szczególne znaczenie *C.C.C.*<sup>25</sup> wyrażało się także w tym, że to właśnie w tej kodyfikacji usiłowanie nieudolne zostało ujęte w instytucjonalne ramy prawne<sup>26</sup>.

<sup>16</sup> O istocie deliktu *iniuria* – zob. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2001, s. 432–434.

<sup>17</sup> Zob. J. Zabłocki, M. Zabłocka, *Ustawa...*, op. cit., s. 52.

<sup>18</sup> Zob. W. Uruszczak, *Formy...*, op. cit., s. 138.

<sup>19</sup> Zob. np. *Lex Sallica*, *Lex Burgundionum*; w Polsce np. Statuty Kazimierza Wielkiego.

<sup>20</sup> Tak np. A. Marek, *Prawo...*, op. cit., s. 189; Por. R. Hube, *Ogólne zasady nauki prawa karnego*, Warszawa 1830, s. 315–319.

<sup>21</sup> Zob. np. J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 348.

<sup>22</sup> Zob. W. Uruszczak, *Formy...*, op. cit., s. 138.

<sup>23</sup> Zob. E. Borkowska-Bagińska, *Historia prawa sądowego*, Warszawa 2006, s. 42.

<sup>24</sup> Zob. W. Uruszczak, *Formy...*, op. cit., s. 138.

<sup>25</sup> Skrótom tym oznaczam Ustawę Sejmu Rzeszy z lipca 1532 roku – *Constitutio Criminalis Carolina*.

<sup>26</sup> Zob. A. Marek, *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1968, nr 1, s. 95.

Doniosły okazał się podział wprowadzony przez C.C.C. na czary skuteczne i te, które skutku odnieść nie mogły<sup>27</sup>.

Mimo dokonanego przełomu, usiłowanie nieudolne nadal było w zasadzie nieznaną ustawodawstwu XVI – XVIII wieku. Funkcjonuje ono tylko w landrechtach pruskich z lat 1620, 1722, 1794 oraz w innych aktach prawa niemieckiego<sup>28</sup>. W okresie tym wyraźny jest jednak trend do zrównywania granic karalności usiłowania z dokonaniem. O ile jeszcze w *Sobornoje Ułożenije* przyjęto kary łagodniejsze za usiłowanie, aniżeli za dokonanie, o tyle już Józefina z 1787 roku ostatecznie zrównała granicę karalności obu form stadialnych, przy równoczesnym wyeksponowaniu usiłowania jako takiej formy<sup>29</sup>.

Pogłębiona myśl naukowa nad usiłowaniem, w tym usiłowaniem nieudolnym, zrodziła się stosunkowo późno. Powszechnie przyjmuje się, że pierwszą osobą, która usiłowaniu (nieudolnemu) poświęciła ogólne rozważania był Feuerbach<sup>30</sup>, chociaż – jak podaje Krzymuski – na laur pierwszeństwa zasłużył włoski prawnik Romagnosi, który już wcześniej stanąć miał na stanowisku braku karygodności *attentato di esito impossibile*<sup>31</sup>. Tak czy inaczej, to właśnie Feuerbach przeszedł do historii jako autor pierwszej koncepcji teoretycznej na temat usiłowania nieudolnego, zapewne także dzięki swojemu słynnemu przykładowi o Bawarczyku pielgrzymującemu do kościoła, w którym modlił się on o śmierć sąsiada<sup>32</sup>.

Pomimo tego, iż usiłowanie nieudolne przewidziane było już w C.C.C. oraz tego, że wypracowano w końcu jego teoretyczną koncepcję, to jednak jako instytucja prawa karnego nie było ono powszechnie przyjmowane w ustawodawstwach europejskich XVIII i XIX wieku. Takiego stanu rzeczy należałoby upatrywać w dwojakiego rodzaju przyczynach. Po pierwsze, przy uzasadnieniu karalności usiłowania nieudolnego odejść trzeba, przynajmniej w jakimś zakresie, od akcentu opierającego się na przedmiotowych czynnościach ukierunkowanych na dokonanie przestępstwa na sam zamiar jego dokonania. To zaś powodowało, iż ustawodawstwa, które usiłowanie zwykle oparły na elementach przedmiotowych, nie mogły przyjąć koncepcji usiłowania nieudolnego, opierającego się wszak na elementach podmiotowych (choć zdarzały się wyjątki, za które uznać należy ustawodawstwo

<sup>27</sup> Zob. art. 109 C.C.C.: „[...] item so jemandt den leuten durch zauberey schaden oder nachteyl zufügt [...]”.

<sup>28</sup> Zob. A. Marek, *Istota...*, op. cit., s. 95.

<sup>29</sup> Józefina definiowała usiłowanie następująco: „Lubo sama tylko myśl i wewnętrzny szczególnie zły zamiar, występku kryminalnego nie sprawują, występki jednak rozumieć się może, chociażby rzeczywistość popełniony nie był. Same usiłowanie, może być kryminalnym występkiem, jak tylko ten, który ma myśl do rzeczywistego popełnienia zbrodni, do tego się przysposobił, i swoje przedsięwzięcie przez powierzchowne znaki, i uczynkiem odkrył, sama zaś zbrodnia, dla niemocy, lub zdarzonych innych przeszkód, albo przypadku, nie dopełnioną była”. Zob. A. Dziadzio, D. Malec, *Historia prawa. Prawo karne w świetle źródeł*, Kraków 1997, s. 43.

<sup>30</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, *Granice karalności usiłowania nieudolnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2007, nr 2, s. 60; Por. idem, *Bezprawie...*, op. cit., s. 15.

<sup>31</sup> Zob. Idem, *O pojęciu i karygodności usiłowania nieudolnego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1894, nr 5, s. 327.

<sup>32</sup> Por. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie...*, op. cit., s. 25.

saksońskie z 1838 roku, hanowerskie z 1840 roku czy badeńskie z 1845 roku). Po drugie, wielkie kodyfikacje europejskie XIX wieku hołdowały formule, w myśl której usiłowanie jest początkiem dokonania, choć dokonaniem nie jest. Formuła ta nie może zatem pomieścić usiłowania nieudolnego, gdyż działanie sprawcy skazane jest na niepowodzenie *ex ante*. Oznacza to, że nie może się ono nawet zbliżyć do dokonania, przynajmniej nie na tyle, ażeby mogło być uznane za początek tego dokonania. Ostatecznie więc, dla usiłowania nieudolnego nie było miejsca w *Constitutio Criminalis Theresiana* z 1769 roku, w napoleońskim *Code Pénal* z 1810 roku, w hiszpańskim *Codigo Penal* z 1870 roku, w niemieckim Kodeksie karnym z 1871 roku, w Kodeksie Karzącym Królestwa Polskiego z 1818 roku, czy w końcu w rosyjskim Kodeksie Tagancewa z 1903 roku, który zresztą operował bardzo nowoczesną definicją usiłowania zwykłego<sup>33</sup>.

Znaczenie usiłowania nieudolnego w kodyfikacjach europejskich zaczęło wzrastać w wieku XX, kiedy to uznanie zdobywała formuła ujmująca usiłowanie jako działanie podjęte w zamiarze przestępczym, zmierzające bezpośrednio do dokonania. W ten sposób akcent przerzucony został na elementy podmiotowe i możliwe stało się wprowadzanie usiłowania nieudolnego do tych kodeksów, które konstrukcję usiłowania oparły na takiej właśnie formule. I tak też, koncepcja ta pojawia się już w ustawie karnej austriackiej z 1852 roku, Kodeksie karnym szwajcarskim z 1937 roku, a także w licznych kodeksach państw socjalistycznych, jak np. w Kodeksie karnym Rosyjskiej Federacyjnej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej z 1960 roku, czy w Kodeksie karnym Czechosłowackiej Republiki Socjalistycznej z 1961 roku<sup>34</sup>.

Problematyka usiłowania nieudolnego znana była również w Polsce. Jakkolwiek w końcu wieku XVIII Rzeczpospolita rozdarta została między wrogie państwa ościenne, tracąc w ten sposób samodzielność polityczną, to jednak zanik państwowości nie pociągnął za sobą upadku rodzimej myśli prawniczej. Już bowiem w roku 1828 wydane zostają pierwsze, znaczące dla polskiej nauki, rozważania poświęcone usiłowaniu, których autorem był Romuald Hube<sup>35</sup>, pogłębione i rozwinięte zresztą już w dwa lata później<sup>36</sup>. Jakkolwiek na poglądach Hubego swe piętno wycisnęły zasady klasycznej szkoły prawa karnego, heglowskiej filozofii czy liberalizmu, a także poglądy Feuerbacha<sup>37</sup>, to jednak właśnie Hube zajmuje w polskiej nauce prawa pozycję wyjątkową. Fundamentalne znaczenie dla kształtowania się instytucji usiłowania nieudolnego w polskiej nauce prawa karnego miały również poglądy Edmunda Krzymuskiego, za sprawą którego zresztą do rodzimego języka prawniczego wprowadzone zostały pojęcia usiłowania udolnego i nieudolnego<sup>38</sup>. W swych licznych rozważaniach poświęconych właśnie usiłowaniu nieudolnemu odrzucił

<sup>33</sup> Zob. A. Marek, *Istota...*, op. cit., s. 95.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Zob. Idem, *Wykład zasad o usiłowaniu występku z zastosowaniem do kodeksu karnego Królestwa Polskiego*, „Themis Polska” 1828, t. 1, z. 1, s. 30–62.

<sup>36</sup> Zob. idem, *Ogólne zasady...*, op. cit.,

<sup>37</sup> Tak też: Z. Jędrzejewski, *Bezprawie...*, op. cit., s. 109 i nast.

<sup>38</sup> Zob. E. Krzymuski, *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*, Warszawa 1884, *passim*.

Krzymuski popularną podówczas starszą teorię niebezpieczeństwa, wypracowując własną koncepcję, której założenia najbliższe były teorii planu. Sam Krzymuski odszedł jednak ostatecznie od teorii subiektywnych, których szczególnym zwolennikiem pozostał Makarewicz. Jego subiektywistyczne koncepcje i zapatrywania nie są tajemnicą, jednak ich radykalizm we wczesnym okresie działalności naukowej Makarewicza wydaje się uderzający. Jakkolwiek miejsce usiłowania nieudolnego w przyszłej polskiej kodyfikacji szybko zostało przesądzone, to jednak kwestią otwartą pozostawał kształt tej instytucji, zwłaszcza granice karalności przez nią wyznaczane. Jeszcze w roku 1914 Makarewicz napisał: „Otwartą jest kwestia, jak daleko subiektywizm w kwestii karygodności usiłowania nieudolnego iść może, czy może sięgać aż do stosowania guseł i czarów dla wywoływania wyniku przestępnego. Konsekwentnie biorąc nic nie stoi na przeszkodzie wnioskowi obejmującemu także karygodność takiego usiłowania”<sup>39</sup>. Wynika z tego, że Makarewicz opowiadał się za jak najszerszym ujęciem usiłowania nieudolnego i w zasadzie pogładowi temu pozostał wierny w okresie prac prowadzonych w ramach Komisji Kodyfikacyjnej, choć jego radykalizm w kwestii subiektywizmu uległ finalnie znacznemu stopniowi. Sam Makarewicz, jak powszechnie wiadomo, wywarł wpływ tak wielki na pierwszą, polską kodyfikację prawa karnego, że przedwojenny kodeks przeszedł do historii jako Kodeks karny Makarewicza. Utrata przez Rzeczpospolitą niepodległości nie oznaczała więc utraty samodzielności rozwoju polskiej myśli prawniczej, która nie tylko cechowała się postępowością, ale też nie ustępowała swą oryginalnością myśli europejskiej. Oczywiście, sytuacja polityczna uniemożliwiła ujęcie wypracowanych konstrukcji teoretycznych w ściśle polskiej kodyfikacji karnej. Ale to właśnie lata niewoli, które nie zostały zmarnowane przez rodzimą doktrynę, pozwoliły wkroczyć polskiej nauce w dwudziestolecie międzywojenne z gotowymi koncepcjami i podbudowanymi doktrynalnie konstrukcjami, z których wiele legło u podstaw regulacji pierwszego polskiego kodeksu karnego, i z których czerpano w dwu kolejnych polskich kodyfikacjach karnych.

Usiłowanie nieudolne znane jest także obecnie obowiązującej ustawie karnej – Kodeksowi karnemu z 1997 roku<sup>40</sup>. Pomimo podnoszonych czasem postulatów jego skreślenia, albo wytykania wątpliwych podstaw konstytucyjnoprawnych, usiłowanie

<sup>39</sup> Idem, *Prawo karne ogólne*, Kraków 1914, s. 98; Sit venia verbo, już XVIII-wieczne polskie akty prawne ograniczały możliwość pociągania do odpowiedzialności karnej za gusa i czary, co wskazywało, że już w tym czasie upadało przekonanie o niebezpieczeństwie (subiektywnym lub obiektywnym) tego typu zachowań. Zob. np. Konstytucja sejmu warszawskiego o zniesieniu tortur i kary śmierci w procesach o czary z 1776 roku: „[...] wszystkie sądy i subsellia sprawić się mają in causis maleficii i czarów, w rozsądzeniu których poenalitatem śmierci na zawsze znosiemy”. A. Gulczyński, [w:] idem, B. Lesiński, J. Walachowicz, J. Wiewiorowski, *Historia...*, op. cit., s. 162, tekst wg Volumina Legum, oprac. J. Ohryzko, t. 8, Petersburg 1860, s. 546–547; na uwagę zasługują Statuty synodu diecezjalnego plockiego z 1733 roku: „Doświadczeniem pouczeni, że [...] ludzie [...] prości [...] przywłaszczają [...] sądownictwo i władzę odnośnie do czarownic i czarów [...] zakazujemy [...] aby nie zagarniali [...] sądownictwa [...] w tego rodzaju sprawach”. J. Sawicki, *Wybór tekstów źródłowych z historii państwa i prawa polskiego*, t. 1, cz. 1, Warszawa 1952, s. 245.

<sup>40</sup> Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.

nieudolne ma się dobrze i nic nie zapowiada jego wyrugowania z rodzimego systemu prawa. To dobrze, w obliczu postępującej obiektywizacji odpowiedzialności karnej, figura prawnokarna o wybitnie subiektywnym rodowodzie wydaje się współcześnie szczególnie potrzebna.

## Piśmiennictwo

- Berent M., *Usiłowanie przestępstwa w polskim prawie karnym*, Toruń 2018, niepublikowana praca doktorska.
- Bloch M., *Pochwała historii*, Warszawa 1960.
- Borkowska-Bagieńska E., *Historia prawa sądowego*, Warszawa 2006.
- Cicero de rep. 4, 10, 12 ap. Aug. de civit. Dei 2, 9.
- Davies N., *Europa*, Kraków 1998.
- Digesta, XLVIII 8.14.
- Dziadzio A., Malec D., *Historia prawa. Prawo karne w świetle źródeł*, Kraków 1997.
- Gulczyński A., [w:] idem, B. Lesiński, J. Walachowicz, J. Wiewiorowski, *Historia państwa i prawa*, Poznań 2002, tekst wg: W. Witkowski, *Wybór tekstów źródłowych z historii prawa (epoka feudalizmu i kapitalizmu)*, Lublin 1983.
- Gulczyński A., [w:] idem, B. Lesiński, J. Walachowicz, J. Wiewiorowski, *Historia państwa i prawa*, Poznań 2002 tekst wg Volumina Legum, oprac. J. Ohryzko, t. 8, Petersburg 1860, s. 546–547;
- Hube R., *O pojęciu i karygodności usiłowania nieudolnego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1894, nr 5.
- Hube R., *Ogólne zasady nauki prawa karnego*, Warszawa 1830.
- Hube R., *Wykład zasad o usiłowaniu występku z zastosowaniem do kodeksu karnego Królestwa Polskiego*, „Themis Polska” 1828, t. 1, z. 1.
- Bardach J., *Zagadnienia wstępne*, [w:] idem, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2005.
- Jędrzejewski Z., *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000.
- Jędrzejewski Z., *Granice karalności usiłowania nieudolnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2007, nr 2.
- Keller J., *Zarys dziejów religii*, Warszawa 1986.
- Klima J., *Prawa Hammurabiego*, przeł. C. Kunderewicz, Warszawa 1957.
- Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 2001.
- Kruglewski A., *Uczenie o pokuszeniu na priestuplenije*, t. 1, Piotrogród 1917.
- Krzymuski E., *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*, Warszawa 1884,
- Krzymuski E., *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*, Warszawa 1884.
- Makarewicz J., *Prawo karne ogólne*, Kraków 1914.
- Makarewicz J., *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, Lublin 2009 (reprint).
- Marek A., *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1968, nr 1.
- Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2007.
- Sawicki J., *Wybór tekstów źródłowych z historii państwa i prawa polskiego*, t. 1, cz. 1, Warszawa 1952.



- Uruszczak W., *Formy popełnienia przestępstwa*, [w:] Halberda J. (red.), *Historia prawa sądowego*, Warszawa 2006.
- Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2007.
- Zabłocki J., M. Zabłocka, *Ustawa XII tablic*, Warszawa 2000.

## THE OUTLINE OF THE HISTORY OF IMPOSSIBLE ATTEMPT IN CRIMINAL LAW

**Summary:** Impossible attempt, which belongs to the so-called classic themes of hard dogmatics of criminal law, remains one of the most important institutions of criminal law, reflecting all the most significant problems of this law and constituting, as it were, a mirror of a number of other views on the sense and scope of criminal repression. The research and analysis on the approach taken to impossible attempt is in fact a story about the interplay between objectivity and subjectivity in the field of criminal accountability. Impossible attempt – no matter whether it is considered as a *sui generis* crime or understood in abstract terms as an independent stadial form in the stages of committing a crime – is not, however, a product of current legislation or an object of interest only of modern science; on the contrary, it dates back to the most ancient times. Presenting an outline of the history of attempt – legal thought on it and how it is regulated – is the subject of this study.

**Key words:** criminal law, history of criminal law, attempt, impossible attempt.