

Szymon Tarapata

Ile udolności w usiłowaniu nieudolnym? (na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2017 r., I KZP 16/16)

1. Wprowadzenie

Rozstrzygnięcie zagadnienia poruszonego w uchwale Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2017 r.¹ było długo wyczekiwane przez przedstawicieli dogmatyki i orzecznictwa. W judykacie tym miano odpowiedzieć na niezwykle ważne – nie tylko z punktu widzenia teoretycznego, ale przede wszystkim praktycznego – pytanie:

Czy brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, o którym mowa w art. 13 § 2 k.k., oznacza brak jakichkolwiek desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej, na których chociażby potencjalnie może zostać popełniony czyn zabroniony w konkretnym stanie faktycznym, czy jedynie brak desygnatów, na które nakierowany jest zamiar sprawcy?

Wniosek o rozstrzygnięcie tegoż zagadnienia złożyła pierwsza prezes Sądu Najwyższego, która dostrzegła, iż orzecznictwo dotyczące wykładni art. 13 § 2 k.k. nie jest jednolite, co stanowi źródło licznych problemów dla organów stosujących prawo. Analizowana uchwała miała zaś zmienić taki stan rzeczy.

Zasadniczym zadaniem omawianego judykatu było usunięcie wątpliwości co do tego, czy granica pomiędzy usiłowaniem udolnym a nieudolnym winna być wyznaczana z wykorzystaniem ujęcia obiektywistycznego², czy

¹ Uchwała SN z 19 I 2017 r., I KZP 16/16, LEX nr 2188437.

² Wedle tej koncepcji brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego w rozumieniu art. 13 § 2 k.k. ma charakter obiektywny w tym znaczeniu,

też subiektywistycznego³. Rozwiązanie tego dylematu interpretacyjnego miało dotychczas w praktyce orzeczniczej duże znaczenie głównie w obszarze badania odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko mieniu. Chodziło przede wszystkim o rozstrzyganie tych przypadków, w których sprawca chciał dokonać kradzieży (kradzieży z włamaniem lub rozboju) na konkretnej, wyobrażonej przez siebie rzeczy ruchomej, lecz – jak to się finalnie okazywało – pokrzywdzony w danej chwili nią nie dysponował, lecz posiadał inny – stanowiący desygnat przedmiotu czynności wykonaw-

że zachodzi on w sytuacji, w której sprawca przystępuje do realizacji swego zamiaru wtedy, kiedy nie ma jakichkolwiek obiektów zdalnych do dokonania na nich zamierzonego przestępstwa. Pogląd ten został przyjęty przykładowo w postanowieniu SN z 16 II 2010 r., V KK 354/09, w którym wskazano, że: „O usiłowaniu nieudolnym można byłoby mówić wówczas, gdyby w pomieszczeniach suszarni i wózkarni, do których skazany także się włamał, w ogóle nie było żadnych przedmiotów, przez co realizacja jego zamiaru okazałaby się niemożliwa ze względu na brak przedmiotów nadających się do dokonania przestępstwa. Tymczasem w poczynionych w sprawie ustaleniach faktycznych jasno wynika, że nie było tam jedynie przedmiotów wartościowych” (Legalis nr 240711). Zwolennicy tego ujęcia podkreślają, że: „Przez brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, określony w art. 13 § 2 KK, należy uznać brak obiektywny, nie zaś zdyskwalifikowanie przez sprawcę przedmiotu ze względu na nieprzydatność dla niego” – postanowienie SN z 28 IV 2011 r., V KK 33/11, Legalis nr 392603 (zob. wyrok SA w Białymstoku z 18 VI 2015 r., II AKa 73/15, Legalis nr 1336923). Koncepcja ta znajduje również zwolenników w piśmiennictwie. Por. np. J. Biedermann, *Glosa do uchwały SN z 20 XI 2000 r., I KZP 36/2000*, „Palestra” 2001, nr 7–8, s. 212–216.

³ Ujęcie to zakłada, że przedmiotem nadającym się do popełnienia na nim czynu zabronionego może być tylko taki obiekt, na który skierowany jest zamiar sprawcy – bez względu na to, czy istnieją inne przedmioty mogące się nadawać do dokonania na nich przestępstwa. Istota tej koncepcji została oddana w uchwale SN z 20 XI 2000 r., I KZP 36/00, Legalis nr 48510. W orzeczeniu tym podzielono pogląd, iż: „Fakt, że ofiara ma inne rzeczy przedstawiające pewną wartość majątkową, potencjalnie «nadające się» do kradzieży, jest bez znaczenia w kwestii oceny postaci usiłowania jako nieudolnego. Można tu bowiem mówić o «nadawaniu się» tych rzeczy do kradzieży jedynie w sensie potocznym, a nie w rozumieniu art. 13 § 2 k.k. Również w potocznym znaczeniu można użyć wobec tych rzeczy określenia «przedmioty». Są to bowiem «przedmioty» w sensie fizycznym, a nie «przedmioty nadające się do popełnienia na nich czynu zabronionego» w znaczeniu wynikającym z treści art. 13 § 2 k.k., skoro w konkretnej, podlegającej osądowi sytuacji rzeczy te nie są postrzegane przez sprawcę jako przedmiot przestępstwa”. Ujęcie to zostało zaaprobowane w szeregu innych wyroków. Zob. np. wyrok SA w Katowicach z 24 V 2005 r., II AKa 155/05, KZS 2005, nr 12, poz. 53; wyrok SA w Łodzi z 28 III 2006 r., II AKa 45/06, Legalis nr 83937; wyrok SA we Wrocławiu z 25 I 2013 r., II AKa 400/12, Legalis nr 745796; wyrok SA we Wrocławiu z 13 VIII 2015 r., II AKa 171/15, Legalis nr 1337317; wyrok SA w Lublinie z 26 II 2013 r., II AKa 18/13, Legalis nr 733780.

czej typów z art. 278 § 1 k.k., art. 279 § 1 k.k. lub art. 280 k.k. – przedmiot, który jednak nie spełniał oczekiwań napastnika, w wyniku czego zrezygnował on z dokonania zaboru. Zastanawiano się, czy takie sytuacje mają być kwalifikowane jako usiłowania udolne, czy też raczej nieudolne – oraz jakie następstwa wynikają z przyjęcia jednego z tych dwóch ujęć. Oczywiście jest jednak, że zakres omawianej uchwały sięga dużo dalej niż problematyka czynów zabronionych godzących w mienie. Wnioski w niej zawarte mogą być uniwersalne i jako takie okazać się równie istotne dla rozgraniczania usiłowań udolnych od nieudolnych w odniesieniu do przestępstw skierowanych przeciwko innym dobrom prawnym.

W analizowanej uchwale Sąd Najwyższy wyraził przede wszystkim następujący pogląd:

Zawarte w art. 13 § 2 k.k. wyrażenie „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” oznacza brak takiego przedmiotu, który należy do zbioru desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej typu czynu zabronionego, do którego popełnienia zmierza sprawca.

Z zacytowanej tezy – o czym zresztą upewnia lektura uzasadnienia omawianego judykatu – wynika, że na potrzeby orzeczenia zaaprobowano ujęcie obiektywistyczne. Uznano bowiem, iż „każdy przedmiot o właściwości przedmiotu czynności wykonawczej typu przestępstwa jest przedmiotem nadającym się do popełnienia na nim czynu zabronionego z art. 13 § 2 k.k.” Zanegowano tym samym wnioski wyrażone w uchwale Sądu Najwyższego z 20 listopada 2000 r.⁴, wydanej na kanwie stanu faktycznego, w którym sprawca chciał dokonać rozboju, lecz z zamierzonego celu zrezygnował, albowiem pokrzywdzony – co do którego uprzednio użyto przemocy – miał przy sobie jedynie monetę o nominale 5 zł, suma ta była zaś w przekonaniu napastnika zbyt mała, by opłacało się ją zabrać. Oceniając natomiast ten przypadek w analizowanym orzeczeniu, uznano, że czyn taki winien być zakwalifikowany jako przestępstwo z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. W tym kontekście wskazano:

Pomijając to, że mała kwota pieniężna, do której sprawca miał dostęp po zastosowaniu przemocy wobec osoby, nie zaspokajała jego oczekiwań, to przecież oczywiście jest, że moneta wartości 5 zł stanowiła w zaistniałych okolicznościach przedmiot nadający się do zaboru, a więc zrealizowania znamion czynu zabronionego. Nie można więc podzielić poglądu, który zdecydował o treści uchwały

⁴ I KZP 36/00, LEX nr 44032.

[z 20 listopada 2000 r., I KZP 36/00, LEX nr 44032 – uwaga moja, S.T.], że dokonanie nie było możliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do przywłaszczenia, tj. aktu sprawczego dopełniającego znamion rozboju.

Należy stanowczo podkreślić, że analizowana uchwała nie spełniła swego podstawowego zadania, gdyż w ogóle nie wyeliminowała wątpliwości co do tego, czy użyte w art. 13 § 2 k.k. wyrażenie „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” winno być wykładane obiektywistycznie, czy też subiektywistycznie. Można wręcz zaryzykować twierdzenie, że argumenty zawarte w tym orzeczeniu pogłębiły trudności interpretacyjne związane z ustalaniem granicy pomiędzy usiłowaniem udolnym a nieudolnym. Wynika to zaś z faktu, że Sąd Najwyższy w swej uchwale wyraził szereg nie tylko nietrafnych, ale również nienadających się do rozwiązania badanego przez siebie problemu też. Co więcej – trudno oprzeć się wrażeniu, że analizowane orzeczenie zawiera w jednym miejscu sprzeczne ze sobą wnioski. Winno się zwrócić uwagę chociażby na to, że druga z tez, która została przedstawiona w sentencji uchwały, nie konweniuje z twierdzeniem zawartym w punkcie pierwszym *petitum* orzeczenia⁵. Sąd Najwyższy w punkcie drugim swego rozstrzygnięcia wskazał przecież, iż:

Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy usiłowania nieudolnego (art. 13 § 2 k.k.) może być *in concreto* uwarunkowane poczynionymi ustaleniami co do zamiaru popełnienia czynu zabronionego na określonym przedmiocie.

Tymczasem istotą ujęcia obiektywistycznego jest właśnie to, że przyjmuje się realizację znamion określonych w art. 13 § 1 k.k. już wtedy, gdy w danym stanie faktycznym istnieje taki obiekt, który – wedle zamierzeń sprawcy – nie miał stać się przedmiotem ataku. Zwolennicy tegoż podejścia uznają bowiem, że wystarczającym dla przyjęcia usiłowania udolnego jest to, by istniejący w chwili danego czynu przedmiot był nośnikiem takiego samego dobra prawnego (nie zaś tego samego skonkretyzowanego dobra prawnego), co obiekt, który napastnik miał zamiar zaatakować. Budzić więc musi zdziwienie wnioski wyrażony przez Sąd Najwyższy:

Ustalenia faktyczne co do zamiaru sprawcy są *in concreto* podstawą opisu, w tym granic przypisanego sprawcy usiłowania, także w zakresie desygnatów przed-

⁵ Trzeba przypomnieć, że w punkcie pierwszym uchwały wskazano, iż „Zawarte w art. 13 § 2 k.k. wyrażenie: «brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego» oznacza brak takiego przedmiotu, który należy do zbioru desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej typu czynu zabronionego, do którego popełnienia zmierza sprawca”.

miotu czynności wykonawczej, na które jego zamiar był *ex ante* ukierunkowany. Ostatecznie zatem, przy braku zamiaru popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego na przedmiotach, które znajdowały się faktycznie w zasięgu jego czynności sprawczej i niedokonanie na nich czynu zabronionego, zakres przypisywalnego sprawcy usiłowania nieudolnego może wiązać się tylko z niedokonaniem czynu zabronionego na przedmiotach, objętych jego zamiarem.

Twierdzenie to zupełnie nie przystaje do koncepcji obiektywistycznej, a wręcz można twierdzić, że oddaje ono bardziej istotę ujęcia subiektywistycznego⁶. Z uwagi więc na wewnętrzną niekoherencję omawianej uchwały i liczne przedstawione w jej uzasadnieniu błędy w rozumowaniu – powinno się uznać, że omawiany judykat nie może zasługiwać na aprobatę.

2. Przedmiot nienadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego

2.1. W analizowanym orzeczeniu wykorzystano cztery metody wykładni, tj. językową, systemową, funkcjonalną oraz historyczną. Odwołując się początkowo do interpretacji leksykalnej, Sąd Najwyższy stwierdził, że była ona dotychczas najczęściej stosowana w orzecznictwie do rozgraniczania usiłowania udolnego od nieudolnego, lecz użycie tej techniki doprowadziło do powstania w judykaturze dwóch przeciwstawnych rezultatów wykładniczych. Stwierdził zarazem, że z punktu widzenia językowego wyrażenie „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” nie jest równoważne sformułowaniu „brak desygnatu (przedmiotu), na który nakierowany jest zamiar sprawcy”, użytemu w pytaniu prawnym. Sąd Najwyższy nadto uznał, iż twierdzenie takie musi mieć wpływ na interpretację art. 13 § 2 k.k., stwierdzając:

Gdyby ustawodawca chciał nadać omawianemu znamieniu przedmiotowemu to drugie znaczenie w konstrukcji prawnej usiłowania nieudolnego, zamieściłby w przepisie przytoczoną w pytaniu formułę, która zawęzałaby zbiór desygnatów przedmiotu czynności wykonawczej według kryterium podmiotowego, a ściślej w zależności od zamiaru sprawcy *in concreto*. Dlatego też, przy braku werbalnego związania w art. 13 § 2 k.k. „przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” z zamiarem sprawcy, właściwość „nadawania się”

⁶ Nie sposób zaś twierdzić, że Sąd Najwyższy w omawianej uchwale opowiedział się za koncepcją obiektywno-subiektywną, gdyż przeczy temu treść uzasadnienia tegoż orzeczenia.

oznacza to tylko, że przedmiot, którego braku sprawca nie uświadamia sobie, należy do zbioru określonego znamieniem przedmiotu czynności wykonawczej określonego przestępstwa.

Odnosząc się do zaprezentowanej powyżej argumentacji, winno się uznać, że nie może ona stanowić wystarczającej racji przemawiającej za rozgraniczaniem konstrukcji opisanych w art. 13 § 1 k.k. oraz 13 § 2 k.k. przy użyciu ujęcia obiektywistycznego. Trzeba bowiem zauważyć, że patrząc na omawiane zagadnienie wyłącznie z punktu widzenia leksykalnego, winno się stwierdzić, że sformułowanie „przedmiot nadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego” cechuje się szerokim zakresem znaczeniowym. Może ono być pojmowane na dwa sposoby: jako obiekt w ogóle nadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego bądź jako przedmiot zdalny do dokonania na nim przestępstwa według przekonania i preferencji sprawcy. Na gruncie wykładni językowej obydwa ujęcia są więc dopuszczalne, skoro art. 13 § 2 k.k. wyraźnie kwestii tej nie rozstrzyga. O zasadności przyjęcia któregośkolwiek z nich winny więc decydować ważne racje wynikające z zastosowania innych niż leksykalna metod interpretacji.

Trudno podzielić sugestię Sądu Najwyższego, iż gdyby do interpretacji art. 13 § 2 k.k. adekwatna miała być wyłącznie koncepcja subiektywistyczna, przepisowi temu nadano by zupełnie inne brzmienie. Równie dobrze można byłoby przecież twierdzić, że jeżeli zamierzeniem prawodawcy miałyby być to, by wyrażenie „przedmiot nadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego” rozumieć obiektywistycznie, to i taka intencja mogłaby znaleźć swe pełne odzwierciedlenie w treści ustawowych przesłanek usiłowania nieudolnego. Tymczasem w art. 13 § 2 k.k. ewidentnie na taki zamiar ustawodawcy nie wskazano. Prawodawca nie sformułował przepisu na przykład tak: „Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie nie jest możliwe ze względu na brak jakiegokolwiek przedmiotu stanowiącego desygnat dobra prawnego, które wedle zamiaru sprawcy miało zostać zaatakowane, lub ze względu na użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego”. Oznacza to, że posiłkując się dyrektywami językowymi, nie da się przesądzić, czy znamię „przedmiot nienadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego” powinno być rozumiane subiektywistycznie, czy też obiektywistycznie. Z tego też powodu problem ten powinien zostać rozstrzygnięty przy użyciu innych niż leksykalna metod interpretacji, do których zresztą – jak już o tym wspomniano – nawiązał Sąd Najwyższy, lecz posłużył się w tym zakresie wadliwą argumentacją.

2.2. Odwołując się do wykładni systemowej, w uchwale zestawiono ze sobą konstrukcje opisane w art. 13 § 1 k.k. oraz art. 13 § 2 k.k. W tym kontekście Sąd Najwyższy stwierdził, iż usiłowanie nieudolne jest odmianą usiłowania. Dodał zarazem, że konstrukcja z art. 13 § 2 k.k. ma podstawowe cechy usiłowania udolnego, a więc charakteryzuje się zbiorem trzech elementów, na który składa się:

- 1) zamiar;
- 2) bezpośrednio zmierzanie do dokonania;
- 3) brak dokonania.

Twierdzenie to musi budzić jednak daleko idące wątpliwości. Jakkolwiek oczywistym jest, że wspólną cechą usiłowania udolnego i nieudolnego jest pierwszy i trzeci ze wskazanych powyżej elementów, tym niemniej nie sposób twierdzić, iż u podstaw konstrukcji wymienionych w art. 13 § 1 k.k. oraz art. 13 § 2 k.k. leży znamię w postaci bezpośrednio zmierzania do dokonania. W omawianej uchwale kwestia ta w ogóle nie została dostrzeżona i należycie rozważona, gdyż Sąd Najwyższy nie zauważył, iż wskazane w art. 13 § 1 k.k. sformułowanie „bezpośrednio zmierza do dokonania” ma charakter techniczny, któremu przydaje się specyficzne znaczenie. Aktualnie w literaturze przedmiotu nie jest kwestionowane, że przesłanka bezpośredniości służy do rozgraniczania zawsze karalnego usiłowania od czasem tylko penalizowanego przygotowania. Nie ma również żadnych wątpliwości co do tego, iż pomiędzy wspomnianymi formami stadialnymi nie znajduje się pole niczyje. Co jednak w czynionych rozważaniach najistotniejsze – przyjmuje się pogląd, iż w przypadku usiłowania przestępstw skutkowych z wkroczeniem w fazę bezpośredniego zmierzania do dokonania ma się do czynienia dopiero wtedy, gdy na gruncie konkretnego stanu faktycznego zagrożenie dla dobra prawnego zaatakowanego przez sprawcę przekształci się z abstrakcyjnego w realne⁷. Dopóki więc niebezpieczeństwo dla przedmiotu ochrony nie stanie się rzeczywiste, podmiot sprawczy nie wkroczy w stadium usiłowania udolnego (art. 13 § 1 k.k. interpretowany jest zatem przy użyciu teorii materialno-objektywnej). Tymczasem oczywistym jest, że na gruncie konstrukcji opisanej w art. 13 § 2 k.k. sytuacja taka co do zasady nie występuje. Trzeba bowiem pamiętać, iż

⁷ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 232–233; A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1-52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 282–283.

w przypadku usiłowania nieudolnego sprawca z uwagi na fakt, że dokonanie przedsięwziętego przez niego czynu zabronionego nie jest możliwe, swym zachowaniem w znakomitej większości przypadków nie będzie w stanie przekształcić zagrożenia dla dobra prawnego z abstrakcyjnego w realne. Optykę taką dostrzegł zresztą również Sąd Najwyższy. Wskazał przecież, że:

Brak możliwości dojścia do stadium dokonania w usiłowaniu nieudolnym oznacza, że zachowanie sprawcy nie zagraża dobrom prawnym chronionym poszczególnymi typami czynów zabronionych.

Dodał przy tym, iż:

Mimo że usiłowanie jest formą przestępstwa bez stadium dokonania, to jak trafnie zauważa się w pytaniu prawnym, w usiłowaniu udolnym dokonanie zawsze jest potencjalnie możliwe, a przy usiłowaniu nieudolnym dokonanie nigdy nie może nastąpić. Można rzecz ująć obrazowo w ten sposób, że sprawca usiłowania nieudolnego, zmierzający do zrealizowania zamiaru, wchodzi w „ślepią uliczkę”, o czym jednak nie wie, gdyż żaden znak na drodze bezprawnego zachowania, którą podąża, nie informuje go, że nie ma przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim przedsięwziętego czynu zabronionego, czy też że środek, którego używa, nie nadaje się do popełnienia czynu zabronionego (tych determinantów sprawca nie uświadamia sobie). Zachowanie sprawcy jest zatem od początku jałowe w tym sensie, że jest skazane na niepowodzenie w osiągnięciu celu, jakim jest dokonanie czynu zabronionego.

W świetle powyższych tez należy dojść do wniosku, że w sytuacji, kiedy napastnik nie może – z uwagi na brak przedmiotu czynności wykonawczej lub adekwatnego środka – wywołać realnego zagrożenia dla dobra prawnego, to tym samym nie ma on możliwości wkroczenia swym zachowaniem w fazę bezpośredniego zmierzania do dokonania. Z tej też przyczyny winno się uznać, że element bezpośredniości nie może być znamieniem usiłowania nieudolnego. Konstrukcja opisana w art. 13 § 2 k.k. odznacza się więc autonomicznymi cechami. Rozszerza ona odpowiedzialność za usiłowanie w stosunku do przesłanek, które zostały wskazane w art. 13 § 1 k.k. Usiłowanie pozbawione jest więc cechy bezpośredniego zmierzania do dokonania, tym niemniej musi się ono odznaczać atrybutem będącym swoistym analogonem owej bezpośredniości. Bez takiego elementu interpretator tekstu prawnego nie dysponowałby przecież instrumentem, za pomocą którego można byłoby stwierdzić, że sprawca osiągnął już swym zachowaniem etap, o którym mowa w art. 13 § 2 k.k. Trzeba więc dojść do wniosku, iż w a r u n k i e m

koniecznym stwierdzenia, że sprawca wkroczył w stadium usiłowania nieudolnego, jest stwierdzenie, iż jeżeli w danej sytuacji w ogóle możliwe byłoby dokonanie czynu zabronionego, to napastnik wywołałby już swym zachowaniem realne zagrożenie dla dobra prawem chronionego. Nadto oceniając, czy dane usiłowanie miało charakter nieudolny, należy brać pod uwagę wyłącznie perspektywę *ex ante*. Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że patrząc z perspektywy *ex post*, każde usiłowanie, które ostatecznie nie doprowadziło do powstania skutku, jest nieudolne. Reasumując, za błędne należy uznać twierdzenie przyjęte przez Sąd Najwyższy, iż konstrukcja usiłowania nieudolnego zawiera w sobie wszystkie elementy usiłowania udolnego. Artykuł 13 § 2 k.k. nie stanowi bowiem *lex specialis* w stosunku do art. 13 § 1 k.k.⁸

Wspomniany powyżej błąd argumentacyjny nie był jednak zasadniczym powodem przyjęcia przez Sąd Najwyższy koncepcji obiektywistycznej. Wydaje się, że za aprobatą tegoż ujęcia przeważały przede wszystkim dwa inne powiązane ze sobą argumenty. Nie można w tym kontekście tracić z pola widzenia twierdzenia przyjętego przez Sąd Najwyższy:

Brak możliwości dojścia do stadium dokonania w usiłowaniu nieudolnym oznacza, że zachowanie sprawcy nie zagraża dobrom prawnym chronionym poszczególnymi typami czynów zabronionych.

Teza ta była na gruncie omawianej uchwały niezwykle ważna w perspektywie zajęcia stanowiska co do adekwatnego sposobu rozumienia wskazanego w art. 13 § 2 k.k. sformułowania w postaci braku „przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”. Kierując się bowiem logiką przyjętą przez Sąd Najwyższy, można byłoby uznać, że skoro elementem konstytutywnym usiłowania nieudolnego jest brak możliwości stworzenia zagrożenia dla dobra prawem chronionego, to tym samym można twierdzić, że na gruncie wspomnianej formy stadialnej brak przedmiotu czynności wykonawczej wystąpi tylko wtedy, gdy sprawca w konkretnej sytuacji nie będzie w stanie wywołać jakiegokolwiek zagrożenia dla przedmiotu ochrony praw-

⁸ Taki wniosek zasadnie przyjmuje też J. Majewski, *O różnicy i granicy między usiłowaniem udolnym a usiłowaniem nieudolnym*, w: *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, red. J. Majewski, Toruń 2007, s. 27–31.

nokarnej⁹. Tymczasem w przypadku, w którym napastnik chce np. zabrać rzecz ruchomą A, lecz pokrzywdzony jej nie ma, gdyż dysponuje tylko rzeczą ruchomą B, dobro prawne w postaci mienia może zostać w każdej chwili naruszone, ponieważ rzecz ruchoma B jest takim obiektem, jaki sprawca bez żadnego kłopotu jest w stanie zabrać. W przykładzie tym istnieje więc realne zagrożenie dla dobra prawnego w postaci mienia, co w konsekwencji musiałoby – jak to zdaje się sugerować Sąd Najwyższy – powodować, że na jego gruncie nie została spełniona jedna z konstytutywnych cech usiłowania nieudolnego. Prowadziłoby to do wniosku, iż wskazany w art. 13 § 2 k.k. element w postaci „braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” mógłby wystąpić jedynie wtedy, gdy w danej sytuacji brak będzie w ogóle możliwości naruszenia lub zagrożenia przedmiotu ochrony, który jest nośnikiem obiektów będących w zasięgu potencjalnego działania sprawcy mającego zamiar dokonania zaboru¹⁰. Akceptacja takich założeń mogłaby niewątpliwie stanowić ważny argument za przyjęciem twierdzenia, że przesłanki usiłowania nieudolnego powinny być interpretowane przy użyciu koncepcji obiektywistycznej, gdyż cechy te rzutowałyby również na sposób rozumienia błędu, o którym mowa w art. 13 § 2 k.k. Przy ich przyjęciu można byłoby twierdzić, że adekwatne z punktu widzenia konstrukcji usiłowania nieudolnego jest takie mylne wyobrażenie, kiedy to napastnik błędzi co do tego, iż nie jest w ogóle możliwe naruszenie dobra prawnego stanowiącego

⁹ Ten tok myślenia widoczny jest w szczególności w tej części uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego, w której wskazano, że: „kryminalizacja usiłowania nieudolnego, jako zachowania nieprowadzącego do dokonania czynu zabronionego, a przez to niezagrożającego dobru prawnemu, ma swoją wyraźną systemową specyfikę, odróżniającą tę formę popełnienia przestępstwa od wszystkich pozostałych”.

¹⁰ Warto zwrócić uwagę na fakt, że w prezentowanej argumentacji Sąd Najwyższy i tak zawęży przyjętą przez siebie koncepcję obiektywistyczną, dokonując w pewnym stopniu jej subiektywizacji. Można bowiem twierdzić, że w czystym ujęciu obiektywnym zamiar sprawcy nie powinien mieć żadnego znaczenia w perspektywie badania rozgraniczania usiłowania udolnego od nieudolnego. A zatem gdyby przyjąć bardzo rygorystyczne rozumienie koncepcji obiektywistycznej, istniałaby podstawa do akceptacji tezy, iż można stwierdzić istnienie usiłowania udolnego już wtedy, gdy napastnik w danej sytuacji może zaatakować jakiegokolwiek dobro prawne – niekoniecznie to, które początkowo, wedle zamierzeń podmiotu sprawczego, miało stać się przedmiotem zamachu. Tymczasem Sąd Najwyższy – jako warunki brzegowe prezentowanego przez siebie pomysłu wykładniczego – przyjmuje, że w danym stanie faktycznym może istnieć dowolny przedmiot bezpośredniego działania, byle należałby on do desygnatów takiego dobra prawnego, jakie miało być wedle zamierzeń sprawcy zaatakowane. Zatem zamiar napastnika, czyli element subiektywny, ma w prezentowanym w uchwale punkcie widzenia pewne znaczenie.

znamię określonego typu czynu zabronionego¹¹. Natomiast w sytuacji, gdy dana rzecz, mogąca stać się przedmiotem potencjalnego zaboru, nie spełnia oczekiwań napastnika, do takiego błędu nie dochodzi. Dzieje się tak, ponieważ sprawca doskonale zdaje sobie sprawę z tego, iż konkretny obiekt można zabrać, a więc istnieje możliwość dopuszczenia się na nim kradzieży, czyli naruszenia dobra prawnego, lecz mimo to napastnik, czyniąc to z własnej woli, pozostawia go w posiadaniu pokrzywdzonego. Przy przyjęciu takiego ujęcia podmiot sprawczy nie działałby więc w ramach takiego błędu co do „przedmiotu nadającego się do dokonania na nim czynu zabronionego”, który ma charakter istotny z punktu widzenia art. 13 § 2 k.k.

Zaaprobowanie powyższego podejścia – co już zostało powyżej zasygnalizowane – wykluczałoby przyjęcie tezy zaakceptowanej przez Sąd Najwyższy:

Ustalenia faktyczne co do zamiaru sprawcy są *in concreto* podstawą opisu, w tym granic przypisanego sprawcy usiłowania, także w zakresie desygnatów przedmiotu czynności wykonawczej, na które jego zamiar był *ex ante* ukierunkowany. Ostatecznie zatem, przy braku zamiaru popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego na przedmiotach, które znajdowały się faktycznie w zasięgu jego czynności sprawczej i niedokonanie na nich czynu zabronionego, zakres przypisywalnego sprawcy usiłowania nieudolnego może wiązać się tylko z niedokonaniem czynu zabronionego na przedmiotach, objętych jego zamiarem.

Rzecz w tym, że akceptacja koncepcji obiektywistycznej powoduje, iż napastnikowi przypisze się usiłowanie nieudolne wtedy, gdy niedokonanie czynu zabronionego wiązać się będzie tylko z brakiem przedmiotów, które nie były objęte pierwotnym zamiarem sprawcy. W przypadku przyjęcia takiego ujęcia warunkiem niezbędnym usiłowania nieudolnego byłyby bowiem dwa elementy. Pierwszy z nich stanowiłby brak występowania w konkretnej sytuacji jakiegokolwiek nośnika dobra prawnego, które miało być w zamyśle napastnika zaatakowane. Sąd Najwyższy, opisując ten element w analizowanej uchwale, wskazał:

¹¹ W podobny sposób zamiar jako przesłanka z art. 13 § 2 k.k. został określony przez J. Biedermanna, zwolennika ujęcia obiektywistycznego. Autor ten stwierdza: „Treścią błędu uzasadniającego zastosowanie konstrukcji nieudolnego usiłowania dokonania rozboju jest [...] urojenie sobie przez sprawcę zmierzającego do jego dokonania i w tym celu doprowadzającego pokrzywdzonego do stanu bezbronności, iż dysponuje on tego rodzaju rzeczami, czyli mieniem w ogóle” – J. Biedermann, *Glosa...*, s. 215.

[...] specyfika usiłowania nieudolnego przejawia się w obiektywnej niemożności dokonania czynu zabronionego (nie musi to dotyczyć typów przestępstw chroniących więcej niż jedno dobro prawne, np. rozboju, gdzie nieudolność usiłowania może odnosić się tylko do jednego z tych dóbr). Jeśli powiązać tak rozumianą nieudolność z „brakiem przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, jako jej przyczyną, to brak owego przedmiotu należy pojmować dosłownie i jednoznacznie – jako przeszkodę przesądającą o tym, że sprawca bezpośrednio zmierzający do dokonania, nie jest w stanie tak zmodyfikować swojego zachowania, by popełnienie czynu zabronionego określonego typu stało się możliwe. W sytuacji, w której w pochodzie przestępstwa, w zasięgu czynności wykonawczej sprawy, istnieją przedmioty z kategorii określonych w typie przestępstwa, zabraknie ustawowego warunku usiłowania nieudolnego.

W myśl omawianej koncepcji drugi warunek z art. 13 § 2 k.k. polegałby natomiast na zamiarze zaatakowania konkretnego przedmiotu ucieleśniającego dobro prawne chronione przez dany typ czynu zabronionego. Takie ukształtowanie tych przesłanek powodowałoby, że z przypadkami usiłowania udolnego miałyby się do czynienia w sytuacji, kiedy to co prawda nie można byłoby zabrać tej rzeczy, którą napastnik chciał zagarnąć, lecz w zasięgu podmiotu sprawczego istniałyby jeszcze inne składniki mienia mogące stać się przedmiotem zaboru. Z tej też przyczyny ujęcie zaaprobowane przez Sąd Najwyższy nie idzie w parze z jeszcze inną wypowiedzią zawartą w uchwale:

[...] przypisanie sprawcy odpowiedzialności za usiłowanie, jak każdej odpowiedzialności karnej, opiera się na zasadzie subiektywizacji. Stąd też granice tej odpowiedzialności są zakreślone w zależności od tego, jak w czynie sprawcy są wypełnione znamiona strony podmiotowej i wina. Nie można pociągać sprawcy do odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne ponad granice jego umyślności. To zaś wyznacza zamiar sprawcy, rozumiany jako ukierunkowane zachowanie na osiągnięcie określonego celu i sterowanie tym zachowaniem [...]. Nie ma zatem podstaw do nałożenia odpowiedzialności karnej za przestępstwo umyślne w takim zakresie, w jakim nie byłoby ono objęte zamiarem sprawcy.

Mając na uwadze zaprezentowane powyżej wywody, tytułem podsumowania należy uznać, że Sąd Najwyższy przyjął koncepcję obiektywistyczną, opierając się na błędnych założeniach. Nie sposób bowiem podzielić tezy, że bezwzględny warunkiem usiłowania nieudolnego jest zawsze brak możliwości stworzenia zagrożenia dla dobra prawem chronionego. Warto zresztą zwrócić uwagę na fakt, iż ustawodawca nie określił takiego wymogu ani w art. 13 § 2 k.k., ani też w żadnym innym przepisie ustawy karnej. W art. 13 § 2 k.k. zostało jedynie wskazane, że warunkiem usiłowania nie-

udolnego jest to, by „dokonanie” (nie zaś zagrożenie dla dobra prawnego) nie było możliwe, a to z uwagi na brak przedmiotu czynności wykonawczej lub zdatnego do realizacji przestępnego zachowania narzędzia. Przepis ten w swej warstwie leksykalnej w ogóle nie odnosi się do przedmiotu prawnokarnej ochrony. Oczywiście zachowania, które nigdy nie mogą prowadzić do dokonania czynu zabronionego, w znakomitej większości przypadków nie będą charakteryzować się potencjałem zagrożenia dla dobra prawnego. Nie zmienia to jednak faktu, że istnieją również takie przypadki, kiedy to brak możliwości przejścia danego postąpienia w stadium dokonania nie będzie się *in concreto* wiązał z niemożnością wywołania realnego niebezpieczeństwa dla przedmiotu prawnokarnej ochrony.

Uzasadniając tezy zawarte w poprzednim akapicie, warto odwołać się do dwóch przykładów. W pierwszej sytuacji sprawca, dysponując toksyczną substancją, zamierza ją podać innej osobie w celu wywołania u niej ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Okazuje się jednak, że od początku dysponuje on taką ilością trucizny, za pomocą której nie ma możliwości spowodowania takiego następstwa – za jej pomocą można co najwyżej doprowadzić do skutku, o jakim mowa w art. 157 § 1 k.k.¹² Znamienne jest zatem, że w sytuacji tej nie sposób wywołać następstwa z art. 156 § 1 k.k., mimo że zachowanie sprawcy sprowadza przecież realne zagrożenie dla dobra prawnego w postaci zdrowia człowieka, mogące w dalszej perspektywie przekształcić się nawet w etap naruszenia tejże wartości.

Drugi z przykładów dotyczy problematyki przestępstw przeciwko mieniu. Chodzi mianowicie o przypadek, kiedy to pracownik banku za pomocą dostępnego mu szyfru otwiera sejf, licząc na to, że uda mu się stamtąd zabrać kwotę pieniężną przekraczającą 200.000 zł. Okazuje się jednak, że znajduje się tam suma znacznie mniejsza, gdyż wynosząca zaledwie kilka tysięcy złotych. Również w tej sytuacji sprawca nie ma możliwości dokonania czynu z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k., mimo że swym zachowaniem wywołuje realne zagrożenie dla dobra prawem chronionego w postaci mienia. Napastnik w każdej chwili może przecież zabrać te składniki majątkowe, które znajdują się w sejfie bankowym.

¹² Podobnym przykładem posługuje się J. Majewski (*O różnicy...*, s. 47). Przedstawiony przez niego stan faktyczny świadczy o tym, że niekiedy w przypadku usiłowania udolnego typu z art. 156 § 1 k.k. etap bezpośredniego zmierzania do dokonania pojawi się wtedy, gdy w konkretnym stanie faktycznym wystąpi nie tyle realne zagrożenie dla dobra prawnego, ale raczej rzeczywiste niebezpieczeństwo wystąpienia skutku w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu.

Jeśli w toku oceny dwóch opisanych powyżej zdarzeń faktycznych przyjąć koncepcję zaaprobowaną przez Sąd Najwyższy, należałoby stwierdzić, że w przypadkach tych sprawca swym zachowaniem realizuje znamiona typów – odpowiednio – z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 156 § 1 k.k. (pierwszy przypadek) oraz art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. (drugi przypadek). Aprobując taką optykę, trzeba byłoby także uznać, że jeżeli napastnik zabrałby w celu przywłaszczenia portfel o wartości 100 zł, spodziewając się, że jest w nim większa ilość gotówki, lecz okazałoby się finalnie, iż jego zawartość nie przekracza kilku złotych, to należałoby wówczas przyjąć, że doszło do wystąpienia kradzieży wykroczeniowej pozostającej w idealnym zbiegu z czynem karalnym z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 278 § 1 k.k. Zaprezentowane konsekwencje ujęcia przyjętego przez Sąd Najwyższy muszą więc nasuwać pytanie, czy istnieją jakiegokolwiek argumenty aksjologiczne i kryminalno-polityczne przemawiające za przyjęciem ujęcia obiektywistycznego, zaaprobowanego na potrzeby omawianej uchwały. Jak już bowiem powyżej dowiedziono – za aprobatą kwestionowanego ujęcia nie przemawiają względy z zakresu wykładni systemowej. Należy odwołać się zatem do interpretacji funkcjonalnej.

2.3. Znamienne jest, że w analizowanej uchwale nie przedstawiono żadnych istotnych racji, które mogłyby świadczyć o tym, że optyka zaaprobowana przez Sąd Najwyższy jest bardziej słuszna i sprawiedliwa aniżeli zastosowanie koncepcji subiektywistycznej. Jakkolwiek we wspomnianym orzeczeniu odwołano się do wykładni funkcjonalnej, tym niemniej uczyniono to w sposób jedynie szczątkowy, nie sięgając jednocześnie do sedna analizowanego problemu. Sąd Najwyższy wskazał bowiem, że:

[...] ustawodawca określił pole penalizacji usiłowania nieudolnego jako formy przestępstwa, w którego popełnieniu nie dochodzi do zagrożenia dla dobra prawnego chronionego typem czynu zabronionego. Kryminalizując usiłowanie w obu jego postaciach w zależności od tego, czy dokonanie jest możliwe, czy niemożliwe, a więc zagrażające bądź niezagrażające dobru prawnemu, racjonalny ustawodawca formułował przepisy art. 13 § 1 i 2 k.k. tak, by granica modelowa między udolnością i nieudolnością nie mogła być relatywizowana do zamiaru sprawcy mogącego przybierać różny kształt zależnie od konkretnych okoliczności czynu, wyłaniających się w fazie zmierzania do dokonania. Rozdzielenie obu rodzajów usiłowania w art. 13 § 1 i 2 k.k. należy postrzegać jako jednoznaczne i dychotomiczne. Funkcjonalna interpretacja art. 13 § 2 k.k., uwzględniająca ten aspekt, przemawia za zdecydowaniem za obiektywistycznym postrzeganiem analizowanego znamienia, odpowiadającym opisowi ustawowemu.

Pod tym tylko warunkiem możliwa jest ocena *ex ante*, że dokonanie czynu zabronionego o znamionach określonego typu jest możliwe lub niemożliwe. Cecha przedmiotu kwalifikująca go do zbioru oznaczonego znamieniem ustawowym przesądza o tym, że jest „przedmiotem nadającym się do popełnienia na nim czynu zabronionego”.

Łatwo zauważyć, że w zacytowanej wypowiedzi nie wskazano w żaden sposób, jakie to ważne względy praktyczne legły u podstaw decyzji „racjonalnego ustawodawcy” o tym, „by granica modelowa między udolnością i nieudolnością nie mogła być relatywizowana do zamiaru sprawcy mogącego przybierać różny kształt zależnie od konkretnych okoliczności czynu”.

Luka argumentacyjna dotycząca stosowania w uchwale Sądu Najwyższego wykładni funkcjonalnej, biorąc pod uwagę ujęcie, jakie przyjęto na potrzeby tego orzeczenia, nie może specjalnie dziwić. Można się pokusić o twierdzenie, że aktualnie nie istnieją żadne racje, które mogłyby decydować o przewadze koncepcji obiektywistycznej nad subiektywistyczną w procesie interpretacji art. 13 § 2 k.k. Wydaje się, że jest wręcz przeciwnie – istnieje więcej argumentów aksjologicznych przemawiających za twierdzeniem, że przesłanki usiłowania nieudolnego winny być wykładane w duchu koncepcji subiektywistycznej. Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że przyjęcie ujęcia obiektywistycznego bez jakiegokolwiek rzeczowej potrzeby zredukowałoby w sposób znaczny krąg przypadków, w których doszłoby do zaistnienia formy stadialnej, o której mowa w art. 13 § 2 k.k. Sprowadzając pomysł wykładniczy przyjęty przez Sąd Najwyższy *ad absurdum*, należałoby chociażby uznać, że sprawca mógłby się jedynie wtedy dopuścić usiłowania nieudolnego rozboju ze względu na brak przedmiotu czynności wykonawczej, kiedy to zaatakowałby on osobę całkowicie nagą. Gdyby bowiem pokrzywdzony, w stosunku do którego zastosowano jedną ze wspomnianych w art. 280 § 1 k.k. form oddziaływania, miał na sobie chociażby bieliznę, to wówczas dysponowałby on już taką rzeczą ruchomą, którą zawsze można byłoby zabrać w celu przywłaszczenia. Jeśli zaś nawet jakimś cudem napadnięta osoba w chwili ataku byłaby nieodziana, to nie wystarczyłoby to jeszcze do przyjęcia po stronie napastnika usiłowania nieudolnego rozboju – realizacja znamion z art. 280 § 1 k.k. byłaby możliwa dopiero po ustaleniu, że w danym stanie faktycznym nie ma żadnych innych rzeczy ruchomych znajdujących się w pobliżu nagiego pokrzywdzonego będących w jego dzierżeniu lub posiadaniu, które mogłyby stać się przedmiotem ewentualnego zaboru.

Co więcej – w przypadku aprobaty kwestionowanego ujęcia praktycznie niemożliwe byłoby usiłowanie nieudolne kradzieży z włamaniem z zamkniętych pomieszczeń, jeżeli dokonanie takiego przestępstwa nie nastąpiło z tej przyczyny, że brak było w środku rzeczy spełniających oczekiwania sprawcy. Wystarczy bowiem, aby pomieszczenie, do którego sprawca się włamuje, było zaopatrzone w drzwi lub okna (a obiekty te praktycznie zawsze występują w pomieszczeniach, do których sprawca się włamuje), by przyjąć, że napastnik działał w warunkach usiłowania udolnego, skoro są to obiekty stanowiące desygnaty przedmiotu czynności wykonawczej przestępstwa z art. 279 § 1 k.k.¹³ Biorąc więc pod uwagę podane przykłady, nie trzeba chyba dłużej przekonywać, że opisane w nich konsekwencje w dostateczny sposób kompromitują koncepcję przyjętą przez Sąd Najwyższy. Trudno bowiem uznać, że intencją ustawodawcy było tak drastyczne ograniczenie możliwych przypadków usiłowania nieudolnego, które miałyby miejsce, gdyby art. 13 § 2 k.k. wyklądał w oparciu o koncepcję obiektywistyczną.

Nadto aprobatą kwestionowanego w niniejszym tekście ujęcia wydaje się tym bardziej bezzasadna, jeśli się weźmie pod uwagę fakt, iż zagrożenie ustawowe za usiłowanie nieudolne jest z mocy art. 14 § 1 k.k. takie samo jak za dokonanie. Niewiele w tym kontekście zmienia rozwiązanie przewidziane w art. 14 § 2 k.k., gdyż przepis ten nie obliuguje, lecz jedynie daje sądowi orzekającemu możliwość zastosowania wobec sprawcy usiłowania nieudolnego nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia. Trudno więc bronić poglądu o celowości ograniczania przesłanek z art. 13 § 2 k.k. w sytuacji, kiedy ustawodawca daje organom procesowym możliwość adekwatnej prawnokarnej reakcji w odniesieniu do tych przypadków, w których stopień bezprawia czynu usiłowanego nieudolnie jest porównywalnie wysoki do przypadków zachowań popełnionych w formie usiłowania udolnego. Artykuł 14 k.k. czyni bowiem instytucję usiłowania nieudolnego bardziej elastyczną i daje możliwość adekwatnej reakcji na popełnione przez napastnika przestępstwo. Można więc twierdzić, że rozgraniczanie od siebie konstrukcji opisanych w art. 13 § 1 k.k. oraz art. 13 § 2 k.k. za pomocą koncepcji subiektywistycznej w żaden sposób nie prowadziłyby do konieczności występowania niepożądanych konsekwencji w praktyce wymiaru sprawiedliwości, a w szczególności do przypisywania podmiotowi sprawczemu czynu

¹³ Warto zresztą podkreślić, że praktycznie zawsze już samo zabezpieczenie, które włamywacz przełamuje, jest rzeczą zdatną do jej zaboru. Można więc twierdzić, że kradzież z włamaniem *ex definitione* może być usiłowana tylko udolnie, jeżeli chodzi o kryterium w postaci braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego.

zabronionego o takim obrazie, który nie odzwierciedlałby stopnia bezprawia zachowania napastnika.

Obrazując zasadność twierdzenia, iż koncepcja subiektywistyczna wierniej oddaje stopień społecznej szkodliwości przestępstwa usiłowanego, warto odwołać się do jednej z sytuacji, w której sprawca chciałby w wyniku rozboju uzyskać konkretną rzecz. Kazus ten należy uzupełnić o okoliczność, że po zastosowaniu przemocy wobec pokrzywdzonego okazuje się, że napadnięta osoba nie ma przy sobie przedmiotu wyobrażonego przez sprawcę, lecz posiada inny składnik mienia, który napastnik ostatecznie decyduje się zabrać.

Ocena powyższej sytuacji będzie uzależniona od jednej kwestii. Ściślej rzecz ujmując, jeśli sprawca stosował jedną z form oddziaływania na osobę wyłącznie po to, aby uzyskać od niej konkretny przedmiot, wówczas należałoby stwierdzić, że w opisanym powyżej przypadku dopuszczono się dwóch czynów, z których jeden realizuje znamiona z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k., a drugi – z art. 278 § 1 k.k. Ocena ta wynika zaś z faktu, że formy czasownikowe w postaci stosowania przemocy wobec danego podmiotu, groźby natychmiastowego jej użycia albo doprowadzenia do stanu nieprzytomności lub bezbronności nie były ukierunkowane na zabór przedmiotu, który ostatecznie został zagarnięty. Nie sposób więc twierdzić, że jeden ze sposobów oddziaływania na osobę był stosowany w celu zabrania tej rzeczy, która została finalnie objęta we władanie przez napastnika.

Inaczej natomiast winno się ocenić sytuację, w której sprawca stosuje przemoc wobec danego podmiotu, groźbę natychmiastowego jej użycia albo doprowadza do stanu nieprzytomności lub bezbronności zarówno po to, by uzyskać od pokrzywdzonego jakąś konkretną rzecz, jak i w celu zabrania napadniętemu bliżej nieokreślonych składników majątkowych. Wydaje się, że nie ma żadnych przeszkód, by uznać, że w zdarzeniu takim doszło do popełnienia jednego czynu realizującego znamiona typu z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. oraz art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Bez znaczenia jest przy tym, że sprawca zdecydował ostatecznie o zaborze tej konkretnej odnalezionej u pokrzywdzonego rzeczy dopiero po zastosowaniu wobec niego przemocy. Artykuł 280 § 1 k.k. nie wymaga bowiem, by zamiar sprawcy dotyczący zaboru ściśle oznaczonej rzeczy został sprecyzowany (skonkretyzowany) z góry. Z punktu widzenia realizacji znamienia strony podmiotowej z art. 280 § 1 k.k. wystarczy, by sprawca zastosował wskazane w tymże przepisie formy oddziaływania na osobę w celu dokonania zaboru jakichkolwiek składników mienia, które powinny

zostać jednak skonkretyzowane najpóźniej przed ich zabraniem. Często się przecież w praktyce zdarza, że napastnik, używając przemocy wobec danego pokrzywdzonego, grożąc natychmiastowym jej użyciem albo doprowadzając do stanu nieprzytomności lub bezbronności, nie przewiduje od razu tego, jakie przedmioty ostatecznie zostaną przez niego u ofiary znalezione i zabrane. Często zdarza się, że sprawca stosuje jedną ze wskazanych w art. 280 § 1 k.k. form oddziaływania na osobę po to, by móc zabrać jakiegokolwiek przypadkowo napotkane przez siebie rzeczy ruchome. Nikomu jednak nie przychodzi do głowy, by nie traktować takich zachowań jako realizujących znamiona rozboju. Dzieje się tak pomimo tego, że zamiar zaboru rzeczy konkretyzowany jest po realizacji pierwszego etapu rozboju. Mając więc to na uwadze, wydaje się, że rację miał prokurator Prokuratury Krajowej, który postulował, by omawiana uchwała miała następującą treść:

Jeśli zamiarem sprawcy usiłowania, o którym mowa w art. 13 § 2 k.k., objęte było popełnienie czynu zabronionego na określonym, skonkretyzowanym przedmiocie, to brak takiego przedmiotu (oceniany *ex ante*) decyduje o przyjęciu konstrukcji usiłowania nieudolnego. Jeżeli jednak z ustaleń faktycznych wynika, że zamiar sprawcy obejmował dokonanie czynu zabronionego konkretnego typu, lecz bez skonkretyzowania przedmiotu jego popełnienia – o nieudolności usiłowania decydował będzie brak jakichkolwiek desygnatów znamienia czynności wykonawczej danego typu przestępstwa.

Przyjęcie zaprezentowanej przez prokuratora Prokuratury Krajowej i aprobowanej w niniejszym opracowaniu optyki prowadziłoby do konieczności zaakceptowania sześciu niezwykle ważnych wniosków, które można zobrazować, posługując się po raz kolejny przykładem przestępstwa rozboju. Konstatacje te są następujące:

- 1) jeśli sprawca w chwili stosowania jednej z form oddziaływania na osobę chce zabrać ściśle określony przedmiot, którego jednak – jak się finalnie okazuje – pokrzywdzony przy sobie nie ma, lecz dysponuje on innymi rzeczami zdatnymi do zaboru, których napastnik, mimo istnienia ku temu możliwości, nie decyduje się objąć w swe władanie, to takie zachowanie wyczerpie znamiona typu z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k.;
- 2) jeżeli jednak w sytuacji opisanej w poprzednim punkcie napastnik zdecyduje się zagarnąć składnik mienia, którego pierwotnie nie planował zabrać, to wówczas winno się przyjąć, że sprawca dopuszcza się dwóch czynów, z których jeden będzie musiał zostać zakwalifikowany, jak to już zresztą powyżej wspomniano, z art. 13 § 2 k.k.

- w zw. z art. 280 § 1 k.k., drugi zaś – z art. 278 § 1 k.k. (skoro jedna z form oddziaływania na osobę nie była pierwotnie ukierunkowana na rzecz, która finalnie została zabrana);
- 3) jeżeli sprawca w chwili stosowania jednej z form oddziaływania na osobę chce zabrać bliżej niesprecyzowane przez siebie rzeczy, lecz okazuje się, iż pokrzywdzony nie posiada przy sobie żadnych składników majątkowych, które dałoby się zagarnąć, to wówczas czyn napastnika winno się potraktować jako usiłowanie nieudolne przestępstwa rozboju;
 - 4) jeśli sprawca w chwili stosowania jednej z form oddziaływania na osobę chce zabrać bliżej niesprecyzowane przez siebie rzeczy oraz napotyka on przy pokrzywdzonym jakieś przedmioty nadające się do zaboru, których ostatecznie podmiot sprawczy nie decyduje się zagarnąć, to wówczas taki czyn należy uznać za realizujący znamiona z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k.;
 - 5) jeśli w danej sytuacji jednocześnie zaistniały okoliczności, o których mowa w punktach 1 i 3, a więc jeśli sprawca zakłada sobie, że nie tylko zabierze wyobrażoną przez siebie rzecz, ale również wszystkie składniki mienia, które napotka u pokrzywdzonego, lecz – jak się finalnie okazuje – pokrzywdzony żadnych przedmiotów majątkowych przy sobie nie ma, to taki czyn należy również zakwalifikować jako usiłowanie nieudolne przestępstwa rozboju;
 - 6) jeśli w danej sytuacji jednocześnie zaistniały okoliczności, o których mowa w punktach 1 i 4, a zatem jeżeli napastnik założył sobie, że nie tylko zabierze wyobrażoną przez siebie rzecz, ale również bliżej niesprecyzowane przez siebie przedmioty, oraz napotkał on przy pokrzywdzonym jakieś składniki majątkowe nadające się do zaboru, których jednak podmiot sprawczy ostatecznie nie decyduje się zagarnąć, to wówczas taki czyn należy uznać za realizujący znamiona typu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. oraz art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. (jeśli oczywiście nie uzna się, że do tego przypadku znajdzie swe zastosowanie jedna z reguł wyłączenia wielości ocen w prawie karnym).

Odnosząc się do opisanych powyżej przypadków, warto jeszcze zaznaczyć, że różnica w ocenie sytuacji opisanych w punktach 3 i 4 wynika z przyjęcia jednego istotnego założenia. Ściślej rzecz ujmując, można zaryzykować twierdzenie, że jeżeli w danym stanie faktycznym istnieją jakiegokolwiek nośniki dobra prawem chronionego w postaci mienia, to jeśli zamiar napastnika działającego w sposób, o którym mowa w art. 280 § 1 k.k., nie jest

wystarczająco skonkretyzowany w zakresie zaboru danego obiektu bezpośredniego działania, to – patrząc z perspektywy *ex ante* – realne jest zagrożenie dla posiadanych przez pokrzywdzonego rzeczy stanowiących desygnaty przedmiotu ochrony przestępstwa rozboju. Dopóki więc sprawca, który poszukuje bliżej nieokreślonych składników majątkowych, ostatecznie nie zadecyduje, czy dokona zaboru napotkanych przedmiotów, trwa rzeczywiste niebezpieczeństwo dla przedmiotu prawnokarnej ochrony¹⁴. Ustaje ono dopiero wtedy, gdy sprawca na ów zabór się nie zdecyduje. Nie zmienia to jednak faktu, że we wspomnianej sytuacji zaistniało realne zagrożenie dla dobra prawnego w postaci mienia w perspektywie *ex ante*.

Przedstawione w poprzednim akapicie rozważania trzeba uzupełnić o jeszcze jedno twierdzenie. Należy podkreślić, że z punktu widzenia oceny czynu sprawcy może okazać się istotne to, czy napastnik uprzednio określił właściwości desygnatów przedmiotu czynności wykonawczej, które wedle jego planu miały stać się obiektem ataku. Jeżeli bowiem dany podmiot postanowił, że dokona swego zachowania rozbójniczego w celu uzyskania od pokrzywdzonego rzeczy przedstawiającej poważniejszą wartość, to jeżeli osoba napadnięta będzie mieć przy sobie wyłącznie przedmioty bezwartościowe, wskutek czego atakujący nie zdecyduje się ich zagarnąć (albowiem uzna na przykład, że znaleziona u pokrzywdzonego moneta o nominale 5 zł nie jest tak wartościowym przedmiotem, aby dla jej uzyskania warto było dopuścić się przestępstwa rozboju), należałoby wówczas przyjąć usiłowanie nieudolne czynu zabronionego z art. 280 § 1 k.k. Trzeba jednak przy tym zaznaczyć, że przyjęcie usiłowania nieudolnego w sytuacji, w której pokrzywdzony miał przy sobie jakiegokolwiek rzeczy stanowiącej desygnat znamienia przedmiotu czynności wykonawczej przestępstwa, które napastnik chciał zrealizować, możliwe jest jedynie wtedy, kiedy podmiot na tyle sprecyzuje charakterystykę swe-

¹⁴ Z tego też powodu nie można uznać za usiłowanie nieudolne sytuacji, gdy włamywacz, forsując zabezpieczenia, „włamał się do muzeum z zamiarem kradzieży obrazów, ale tylko takich, które mu się spodobały. Brak spodziewanych doznań estetycznych skłaniającego sprawcę do pozostawienia w muzeum cennych płócien, zadecyduje o przyjęciu nieudolności podjętego przez niego usiłowania kradzieży z włamaniem” (J. Biedermann, *Glosa...*, s. 214). Zamiar napastnika był na tyle mało skonkretyzowany i tak nieuchwytny, że trudno na jego podstawie uznać, że w momencie przełamania zabezpieczenia i wejścia do budynku brak było realnego zagrożenia dla mienia. Inaczej będzie w przypadku, kiedy złodziej napada na jakąś osobę po to, by zabrać jej telefon marki X, gdyż tylko takie urządzenie znajduje się w orbicie jego zainteresowań. Okazuje się jednak, że pokrzywdzony dysponuje jedynie aparatem telefonicznym marki Y, który sprawcę na żadnym etapie pochodu przestępstwa nie interesował.

go przyszłego obiektu ataku, iż nie będzie żadnych wątpliwości, że odnalezione finalnie u zaatakowanej osoby składniki mienia do takiej grupy nie należą¹⁵. W takich więc przypadkach do rozgraniczania usiłowania udolnego od nieudolnego stosować się powinno koncepcję mieszaną, a więc obiektywistyczno-subiektywistyczną.

2.4. Warto też wspomnieć, że Sąd Najwyższy, uzasadniając przyjęte przez siebie stanowisko, zestawiał ze sobą art. 13 § 2 k.k. z treścią art. 115 § 1 k.k. W uchwale wskazano, że w toku egzegezy językowej:

¹⁵ Można zaryzykować twierdzenie, że w tym zakresie prezentowane w niniejszym tekście ujęcie jest do pogodzenia ze stanowiskiem przyjmowanym przez J. Giezka, który twierdzi, iż: „w przypadku usiłowania sformułowanie oceny, że istniejący przedmiot nadaje się do popełnienia na nim czynu zabronionego wymaga obiektywnego oraz subiektywnego punktu widzenia. W istocie bowiem idzie o swoistą obiektywizację oceny subiektywnej. Wyrazem tej oceny (w każdym zaś razie tego, co jest w niej subiektywne) zdaje się być samo jego zachowanie. Jeśli sprawca zamach realizuje, to oznacza, że jest przekonany o istnieniu przedmiotu, na który można by go skierować. Jeśli natomiast w ocenie sprawcy przedmiotu takiego brak, to naturalną konsekwencją – oczywiście przy założeniu racjonalności jego zachowania – będzie rezygnacja z podejmowania lub kontynuowania zamachu. W pierwszym przypadku obiektywizacja polega na stwierdzeniu, że albo desygnat określającego przedmiot zamachu w danej sytuacji obiektywnie istniał (usiłowanie udolne), albo desygnatu tego zabrakło (usiłowanie nieudolne). W drugim przypadku obiektywizować ocenę należy zaś nieco inaczej. Skoro bowiem uznał on, że w konkretnym przypadku nie było przedmiotu, na który mógłby zostać skierowany zamach, to oceny takiej nie powinno się weryfikować poprzez stwierdzenie występowania (albo braku) jakiegokolwiek jego desygnatu. O wiele właściwsza wydaje się bowiem tego rodzaju obiektywizacja woli sprawcy (albo zawierającej w niej oceny przydatności przedmiotu), która wyrażałaby się w pytaniu: czy konkretny cel (np. kradzież rzeczy przedstawiającej wartość majątkową) – z punktu widzenia racjonalnie oraz pragmatycznie zachowującego się sprawcy przestępstwa – można byłoby w ogóle osiągnąć. Z tego zaś punktu widzenia nie dziwi nas rezygnacja z dokonania zaboru monety 5-złotowej, skoro nie jest ona przedmiotem, dla którego w sensie obiektywnym «warto» byłoby dopuszczać się rozboju. Konsekwencją jest zatem brak przedmiotu nadającego się do popełnienia czynu zabronionego (mimo formalnego istnienia jego desygnatu), będący wszak przesłanką nieudolności usiłowania. Udaje się w ten sposób uniknąć trudnej do zaakceptowania konstrukcji dobrowolnego odstąpienia od usiłowania, która «usłużnie» pojawiłaby się w przypadku stwierdzenia jego udolności, zdeterminowanej istnieniem przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” (J. Gizek, *Glosa do uchwały SN z 20 XI 2000 r.*, I KZP 36/2000, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 9, s. 111). Należy jednak zaznaczyć, że zdaniem autora niniejszego tekstu powyższy algorytm będzie miał zastosowanie wtedy, gdy sprawca przed atakiem w jakiś (wystarczający) sposób sprecyzuje potencjalny przedmiot zamachu. Jeśli tego nie uczyni, a pokrzywdzony będzie dysponował rzeczami, które mogą stać się przedmiotem zaboru, winno się przyjąć usiłowanie udolne.

[...] wylania się pytanie zasadniczej wagi, w jakim znaczeniu w art. 13 § 2 k.k. występuje pojęcie czynu zabronionego. [...] trzeba przyjąć, z odwołaniem się i tutaj do argumentu systemowego, a przy założeniu wewnętrznej spójności przepisów kodeksu karnego, że znaczenie tego pojęcia w całym akcie prawnym jest jedno. Jego objaśnienie ustawowe znajduje się w art. 115 § 1 k.k. Według zawartej tam definicji legalnej, czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej. Komplet znamion określa typ czynu zabronionego, a więc jego opis abstrakcyjny, opisującego schemat zachowania zagrożonego karą. A jeżeli tak, to opis czynu zabronionego, w którym występuje znamię przedmiotu czynności wykonawczej, z natury rzeczy obejmuje, co oczywiste, pełny zbiór przedmiotów (desygnatów) nadających się do popełnienia na nich stypizowanego przestępstwa. Uprawnione jest zatem wnioskowanie, że sformułowanie w art. 13 § 2 k.k. „brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” oznacza to, iż na drodze zmierzającej do dokonania sprawca nie napotka żadnych desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej typu przestępstwa, które zamierza popełnić. Opis zachowania sprawcy odpowiadający znamionom określonym w przepisie typizującym czyn zabroniony wypełnia wzorzec pełnego *iter delicti*. Natomiast z brzmienia art. 13 § 2 k.k. wynika, że określa się w nim formę popełnienia przestępstwa każdego typu, ale w takiej sytuacji, gdy sprawca wszedł na drogę, która nie doprowadzi do dokonania jakiegokolwiek z nich ze względu na to, iż pozostawał w nieświadomości, iż nie ma przedmiotu nadającego się do skierowania nań czynności wykonawczej. Nie ma racjonalnych przesłanek, by zakładać, że przepisy art. 115 § 1 k.k. i w art. 13 § 2 k.k., zamieszczone w części ogólnej kodeksu karnego, operują pojęciem czynu zabronionego w różnych znaczeniach. Jest ono tożsame, a jako takie przesądza o tym, że czyn zabroniony w każdym z tych przepisów oznacza uniwersalny ustawowy wzorzec karalnego naruszenia normy sankcjonowanej [...]. Odrzucić należy zatem taką interpretację, według której pojęcie czynu zabronionego w art. 13 § 2 k.k. utożsamiałoby się nie z ustawowym wzorcem typów czynu zabronionego, lecz z zachowaniem sprawcy w określonych, niepowtarzalnych okolicznościach, realizującym konkretny zamiar.

Odnosząc się do powyższych argumentów, należy zauważyć, że w art. 13 § 2 k.k. ustawodawca dwukrotnie użył sformułowania „czyn zabroniony”. Zgodzić się trzeba z twierdzeniem Sądu Najwyższego, że termin ten jest w przytoczonym przepisie używany w tym samym znaczeniu, co na gruncie art. 115 § 1 k.k. Okoliczność ta w ogóle nie stanowi jednak argumentu przemawiającego za tezą, iż art. 13 § 2 k.k. powinien być wykładany przez pryzmat koncepcji obiektywistycznej. Dzieje się tak zaś dlatego, że użyte w tym przepisie sformułowanie „czyn zabroniony” nie odnosi się do elementów przedmiotowych usiłowania nieudolnego, ale dotyczy jedynie takiego

zbioru znamion wzorca ustawowego, który został odzwierciedlony w świadomości sprawcy, lecz ostatecznie nie wystąpił w rzeczywistości. W art. 13 § 2 k.k. jest przecież mowa o tym, że to brak przedmiotu czynności wykonawczej lub odpowiedniego narzędzia ma być przyczyną tego, iż nie jest możliwe popełnienie czynu zabronionego rozumianego jako zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej w rozumieniu art. 115 § 1 k.k. Owa niemożliwość ma się brać właśnie stąd, że sprawca błędnie wyobraził sobie, iż dane zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej jest możliwe do popełnienia, podczas gdy w rzeczywistości osiągnięcie takiego zamierzonego przez podmiot sprawczy stanu rzeczy okazuje się już od początku, a więc w perspektywie *ex ante*, niemożliwe. Nie jest zaś ono możliwe m.in. dlatego, że nie da się dokonać ataku na taki nośnik dobra prawem chronionego, który znalazł odbicie w świadomości napastnika. Sąd Najwyższy w omawianej uchwale sam zresztą zauważył, że konstrukcja art. 13 § 2 k.k. zasada się na błędnie istniejącym po stronie podmiotu sprawczego, który przybiera postać mylnego wyobrażenia i odnosi się do okoliczności stanowiącej komponent wzorca ustawowego (w postaci przedmiotu czynności wykonawczej lub środka służącego do realizacji czynności sprawczej). Ów błąd stanowi przy tym odwrotność błędu co do znamion czynu zabronionego wyłączającego umyślność lub – jeżeli taki błąd ma charakter usprawiedliwiony – winę (tzw. zasada odwrotności błędu)¹⁶. W przypadku bowiem nieumyślności sprawca co do zasady nie ma świadomości tego, że dopuszcza się zachowania o cechach wzorca ustawowego, natomiast w sytuacji usiłowania nieudolnego napastnikowi wydaje się, iż jego aktywność lub pasywność występuje w okolicznościach konstytutywnych z punktu widzenia realizacji elementów bezprawnego i karalnego postąpienia (a już na pewno takiego zachowania nie chce lub się nań nie godzi).

Przyjęcie tzw. zasady odwrotności błędu musi być istotne dla wyników prowadzonych w niniejszym tekście analiz. Jakkolwiek błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego działa w odwrotnym

¹⁶ Trzeba przy tym zaznaczyć, że w analizowanym judykacie Sąd Najwyższy stwierdził: „Przy usiłowaniu nieudolnym błąd sprawcy polega na urojeniu, że na drodze realizacji zamiaru jest przedmiot nadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego, czy też na mylnym przeświadczeniu, że użyty środek nadaje się do popełnienia takiego czynu. Błąd sprawcy ma zatem odwrotny kierunek w stosunku do kategorii błędów, które na podstawie art. 28-30 k.k. wyłączają odpowiedzialność karną”. Niemniej jednak w przytoczonej wypowiedzi także nie ustrzeżono się błędów: Sąd Najwyższy niepotrzebnie odwołał się w swej wypowiedzi do art. 29 k.k. Wskazany w tym przepisie błąd również bowiem bazuje na mylnym wyobrażeniu, co oznacza, że ma on ten sam kierunek, co pomyłka, o której mowa w art. 13 § 2 k.k.

kierunku w stosunku do błędu leżącego u podstaw usiłowania nieudolnego, tym niemniej istota elementów, do których mają się odnosić owe błędy, musi być taka sama. Oznacza to, że rozumienie błędu z art. 13 § 2 k.k. winno też bezpośrednio rzutować na pojmowanie błędu charakterystycznego dla nieumyślności. Jeżeliby zatem uznać za trafne stanowisko Sądu Najwyższego, iż błąd co do wyobrażonego przedmiotu czynności wykonawczej stanowiącego desygnat tego samego dobra prawnego, któremu w danej sytuacji można było obiektywnie zagrozić poprzez dokonanie ataku na inny aniżeli pomyślany przez podmiot sprawczy obiekt bezpośredniego działania (*objectum sceleris*), jest nieistotny, to należałoby również uznać za irrelevantny taki błąd, jaki pojawia się w przypadku tzw. zboczenia działania. Warto odnotować, że ślad aprobaty dla takiego poglądu można odnaleźć zarówno w doktrynie¹⁷, jak i orzecznictwie, a konkretnie w orzeczeniu Sądu Najwyższego z 13 maja 2002 r.¹⁸ Judykat ten został wydany na kanwie stanu faktycznego, w którym sprawca chciał zastrzelić mężczyznę, niemniej jednak chybił, a jego strzał trafił w stojącą obok kobietę, która poniosła śmierć. Trzeba przy tym zaznaczyć, że – jak ustalono w sprawie – skutek ten nie był przez napastnika zamierzony. Mimo to w orzeczeniu tym przyjęto stanowisko, że sprawca:

[...] chciał zabić człowieka (zamiar bezpośredni) i w istocie człowieka zabił. Sprawca nie pomylił się co do przedmiotu czynności wykonawczej (dyspozycja przepisu typizującego przestępstwo zabójstwa [...] brzmi wszak: „kto zabija człowieka”, nie zaś, nawiązując do realiów dowodowych niniejszej sprawy, „Kto zabija Jacka Ł.” lub „Kto zabija Karmen S.”), ale co do kierunku, w którym rozwinię się akcja [...]. Skoro sprawca chciał zastrzelić człowieka i zastrzelił człowieka – taki błąd uznać należy za nieistotny. W konsekwencji oskarżonemu przypisać należy sprawstwo zabójstwa nie dwóch, a jednej osoby, za to w formie stadialnej dokonania i – uwzględniając poczynione przez sądy, a niekwestionowane przez oskarżonego, ustalenia co do jego intencji dotyczących osoby Jacka Ł. – z zamiarem bezpośrednim¹⁹.

Warto jednak pamiętać, że optyka wskazana w tym wyroku spotkała się z dużą i – co najistotniejsze – słuszną krytyką ze strony przedstawicieli piśmiennictwa²⁰. Zasadnie bowiem uznano, że w stanie faktycznym, który

¹⁷ Zob. J. Makarewicz, *Zboczenie działania*, „Głos Sądownictwa” 1934, nr 3, s. 197 i n.; M. Wierzbowski, P. Wypych, *Glosa do wyroku SN z 13 V 2002 r.*, V KKN 141/01, „Pałestra” 2003, nr 3–4, s. 230 i n.

¹⁸ V KKN 141/01, LEX nr 53914.

¹⁹ Wyrok SN z 13 V 2002 r., V KKN 141/01, LEX nr 53914.

²⁰ Zob. np. S. Glaser, *Error in objecto a aberratio ictus*, „Głos Sądownictwa” 1934, nr 4, s. 285 i n.; W. Górowski, *Charakter prawny aberratio ictus*, „Państwo i Prawo” 2006,

stał się przedmiotem badania przez Sąd Najwyższy, nie doszło do realizacji znamion z art. 148 § 1 k.k., lecz dopuszczono się czynu zabronionego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 155 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Oczywiście jest przecież twierdzenie, że wszelkie elementy wzorca ustawowego są ujmowane *in genere*, nie zaś *in specie*. Znamiona typu czynu zabronionego są przecież komponentami normy sankcjonowanej lub sankcjonującej, a więc stanowią one część składową dyrektyw, będących z natury rzeczy wypowiedziami o charakterze generalnym i abstrakcyjnym. Z tego też powodu przykładowo w art. 148 § 1 k.k. ustawodawca nie mógł zawrzeć opisu zabójstwa ściśle oznaczonej osoby, lecz był w stanie co najwyżej wskazać na zgeneralizowany rodzaj okoliczności, przy zaistnieniu których zabicie konkretnego człowieka jest bezprawne i karalne. Nie ulega zaś żadnej wątpliwości, że – patrząc na problematykę zбочenia działania z perspektywy procesu subsumcji – atak na dobro prawne stanowiące znamię normy sankcjonowanej zakazującej zachowań prowadzących do śmierci istoty ludzkiej zaistnieje wtedy, kiedy jego naruszenie lub zagrożenie będzie można powiązać z określoną osobą, co siłą rzeczy może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy zostanie ona w jakiś sposób zindywidualizowana. Z tego też powodu na płaszczyźnie indywidualno-konkretnej, a więc w sferze stosowania prawa, nie można mówić o życiu jako takim, lecz o egzystencji konkretnej osoby, której dobro zostało zaatakowane²¹. Istotne jest przy tym, że to właśnie do tak określonego desygnatu znamienia musi być relatywizowana strona podmiotowa. Umyślność lub nieumyślność winno się więc odnosić do elementu w postaci dobra prawnego, które – jeśli ma ono charakter zindywidualizowany – powinno materializować się w konkretnym nośniku, a więc ściśle określonym przedmiocie czynności wykonawczej. Przyjęcie zaś takiej perspektywy musi prowadzić do wniosku, iż o realizacji znamion umyślnego typu czynu zabronionego można mówić jedynie wtedy, gdy sprawca – w momencie przedsięwzięcia swego zachowania – miał świadomość (konieczności lub możliwości) tego, że kieruje swe działania w stosunku do oznaczonego *objectum sceleris*. Jeżeli natomiast owego uświadomienia w danych okolicznościach zabrakło, napastnikowi można będzie przypisać co najwyżej nieumyślną realizację znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego.

Mając zatem na uwadze zasadę odwrotności błędu, winno się ostatecznie stwierdzić, że jeśli strona podmiotowa musi być odnoszona

nr 11, s. 86 i n.; wyrok SA we Wrocławiu z 22 XI 2002 r., II AKa 331/02, LEX nr 78200; A. Zoll, w: *Kodeks...*, s. 612; S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 447–455.

²¹ Por. W. Górowski, *Charakter...*, s. 86.

do konkretnego obiektu bezpośredniego działania, to również konstrukcję usiłowania nieudolnego winno się relatywizować do skonkretyzowanego przedmiotu czynności wykonawczej. Wniosek ten dostarcza zatem kolejnego argumentu przemawiającego za tezą o niezasadności optyki przyjętej na potrzeby analizowanej uchwały.

2.5. Warto na marginesie wskazać, że teza Sądu Najwyższego, iż ustawodawca zawsze używa w ustawie karnej sformułowania „czyn zabroniony” w tym samym znaczeniu, jest oczywiście nie trafna. Tezę tę można sfalsyfikować chociażby przykładem art. 13 § 1 k.k., typizującego przesłanki usiłowania udolnego. Znamienne jest, że według tegoż przepisu za realizację elementów wspomnianej postaci stadialnej odpowiada ten, kto „w zamiarze popełnienia czynu zabronionego bezpośrednio zmierza do jego dokonania”. Oczywistym jest więc, że skoro w art. 13 § 1 k.k. słowo „zamiar” odniesiono do pojęcia „czyn zabroniony”, to drugie z przywołanych sformułowań musi nawiązywać wyłącznie do znamion przedmiotowych. Gdyby było inaczej, doszłoby do konieczności przyjęcia trudnych do zaakceptowania wniosków, gdyż wówczas należałoby stwierdzić, że usiłowania udolnego dopuszcza się ten, kto w zamiarze podjęcia określonego zachowania z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym wkracza w fazę bezpośredniego zmierzania do dokonania (tymczasem – jak się wydaje – nie można mieć zamiaru posiadania zamiaru, gdyż strona podmiotowa nie może odnosić się do samej siebie). Podobnie rzecz się ma chociażby na gruncie art. 9 § 1 k.k. Postać strony podmiotowej, która w tymże przepisie jest opisana, musi być przecież zrelatywizowana tylko do znamion przedmiotowych. Widać więc, że w ustawie karnej ustawodawca nie używa sformułowania „czyn zabroniony” w jednolitym znaczeniu.

2.6. Sąd Najwyższy, uzasadniając przyjętą przez siebie optykę, odwołał się także do wykładni historycznej:

Obiektywistyczne pojmowanie „braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” znajduje pewne wsparcie również w wykładni historycznej. Usiłowanie nieudolne stanowiło formę stadialną także w poprzednich kodyfikacjach karnych. W kodeksie karnym z 1932 r. – przytaczając art. 23 § 2 – „usiłowanie zachodzi także wtedy, kiedy sprawca nie wiedział, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim zamierzonego przestępstwa, lub ze względu na użycie środka nie nadającego się do wywołania zamierzonego skutku”. W brzmieniu odpowied-

niego przepisu w kodeksie karnym z 1969 r., tj. w art. 11 § 2 k.k. są widoczne zmiany: „usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim przestępstwa lub ze względu na użycie środka nie nadającego się do wywołania zamierzonego skutku”. Natomiast według art. 13 § 2 k.k. obecnie obowiązującego kodeksu karnego z 1997 r. usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego. Porównanie treści przytoczonych przepisów ukazuje, jak ustawodawca sukcesywnie obiektywizował opis konstrukcji normatywnej usiłowania nieudolnego. W pierwszym chronologicznie kodeksie karnym z 1932 r. niemożliwość dokonania, wobec braku nadającego się przedmiotu, jest odniesiona do „zamierzonego” przestępstwa, a wobec użycia nienadającego się środka – do wywołania „zamierzonego” skutku. W kolejnej kodyfikacji karnej z 1969 r. „zamierzenie” wiąże się już tylko ze skutkiem, którego sprawca nie osiąga ze względu na użycie nie nadającego się środka. W aktualnym kodeksie karnym opis usiłowania nieudolnego w ogóle nie zawiera sformułowania wskazującego na „zamierzenie” sprawcy. Oznacza to, że ustawodawca, rezygnując z tego sformułowania w treści art. 13 § 2 k.k. uzmysławia, że pojęcie zamiaru, pozostającego w strukturze każdego usiłowania, a więc też nieudolnego, odnosi się do dokonania czynu zabronionego w takim tylko rozumieniu, w jakim występuje ono w przepisie definiującym podstawową postać usiłowania, tj. w art. 13 § 1 k.k. Pojęcie zamiaru, czy też zamierzonego przestępstwa lub zamierzonego skutku, jest pominięte w treści art. 13 § 2 k.k., a elementem strony podmiotowej, poszerzonej w porównaniu z odnośnym zapisem w art. 13 § 1 k.k., jest tylko nieświadomość niemożliwości dokonania ze względu na wystąpienie ściśle określonych przyczyn.

Przytoczone w poprzednim akapicie argumenty Sądu Najwyższego również nie zasługują na aprobatę. Za przyjęciem koncepcji obiektywistycznej nie może przemawiać to, że na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. w opisie usiłowania nieudolnego ustawodawca używał słowa „zamierzony”, aktualnie zaś prawodawca nie ujął tego przymiotnika w art. 13 § 2 k.k. Całkowicie umknęło bowiem uwadze Sądu Najwyższego, iż ustawa karna z 1932 r. powstała przy dużym udziale J. Makarewicza oraz innych zwolenników subiektywnego ujmowania usiłowania. Nie może więc dziwić, że w tym duchu stylizowano przesłanki omawianej formy stadialnej²². Widać to zresztą

²² Zob. A. Liszewska, w: *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 720–721.

również po zawartym w art. 23 § 1 k.k. z 1932 r. opisie usiłowania udolnego; przepis ten stanowił, że: „Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia przedsięwzięcie działanie, skierowane bezpośrednio ku urzeczywistnieniu tego zamiaru, lecz zamierzonego przestępstwa nie dokonywa”. Skoro więc na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. w art. 23 § 1 tejże ustawy zamiar był silnie eksponowany, to żadną miarą nie może dziwić, że nawiązano do niego również w opisie przesłanek usiłowania nieudolnego. Okoliczność ta jednak w żaden sposób nie dowodzi, że brak użycia w art. 13 § 2 k.k. słowa „zamierzony” rodzi konieczność twierdzenia, iż przepis ten nie może być aktualnie wykładany przy użyciu ujęcia subiektywistycznego. Teza ta jest tym bardziej zasadna, że przymiotnik „zamierzony” na gruncie art. 23 § 2 k.k. z 1932 r. odnosił się do przestępstwa o takim obrazie, który z jednej strony powstał w świadomości działającego w błędzie sprawcy, z drugiej zaś – nie wystąpił w obiektywnej rzeczywistości. Słowo „zamierzony” odnosiło się więc do znamienia strony podmiotowej, nie dotyczyło natomiast przedmiotowych cech usiłowania nieudolnego. Wszystko więc wskazuje na to, iż brak w art. 13 § 2 k.k. słowa „zamierzony” jest podyktowany jedynie względami z zakresu techniki legislacyjnej spowodowanymi zmianą opisu przesłanek usiłowania udolnego, mającą na celu podkreślenie roli czynnika obiektywnego w tejże formie stadialnej, nie zaś chęcią aplikacji na gruncie aktualnie obowiązującego porządku prawnego ujęcia obiektywistycznego w odniesieniu do czynów usiłowanych nieudolnie.

2.6. Kończąc rozważania na temat art. 13 § 2 k.k., można mieć zastrzeżenie do jeszcze jednego twierdzenia zaprezentowanego przez Sąd Najwyższy. W uchwale wskazano bowiem, że:

[...] nie będzie usiłowaniem nieudolnym w rozumieniu art. 13 § 2 k.k. zachowanie osoby, które nie może doprowadzić do dokonania czynu zabronionego wtedy, gdy nieskuteczność zmierzania do dokonania wynika z innych przyczyn niż brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim czynu zabronionego lub użycie środka nie nadającego się do dokonania czynu zabronionego.

Jakkolwiek powyższe wskazanie należy uznać za słuszne, tym niemniej dodano: „Zachowanie tego rodzaju określa się w piśmiennictwie jako przestępstwo urojone”. Z ostatnim z przytoczonych zdań nie sposób się jednak zgodzić. Warto pamiętać, że we współczesnej literaturze podkreśla się, iż nazwa „przestępstwo urojone” (*delictum putativum*) zarezerwowana jest dla innej kategorii przypadków niż te, na które wskazał Sąd Najwyż-

szy²³. Twierdzi się bowiem, iż sytuacja określana tym terminem polega na tym, że sprawca realizuje dany czyn, błędnie sądząc, że to, co robi, jest zabronione, a więc pozostaje on w błędzie co do oceny prawnej swojego zachowania. Natomiast w wypadku usiłowania nieudolnego to, do czego sprawca zmierza, jest rzeczywiście zabronione, a tylko w danych warunkach niemożliwe do zrealizowania. Jeżeli przy tym błąd podmiotu sprawczego dotyczy innych elementów niż te, o których mowa w art. 13 § 2 k.k., to wówczas zaistnieje usiłowanie nieudolne, tyle że będzie ono niekaralne. Podobny pogląd został zresztą wyrażony w opracowaniu, na które Sąd Najwyższy się powołuje, chcąc wzmocnić zacytowane w niniejszym akapicie tezy. Wskazano w nim przecież:

Od usiłowania nieudolnego należy odróżnić tzw. przestępstwo urojone, kiedy to osoba realizująca czyn zabroniony pod groźbą kary błędnie sobie wyobraża, że popełnia przestępstwo. W wypadku usiłowania nieudolnego sprawca błędzi co do znamion czynu zabronionego (nie wie, co w rzeczywistości robi), w wypadku przestępstwa urojonego działa w błędzie co do oceny prawnej swojego zachowania (wie, co robi, ale sądzi, że to, co robi, jest zabronione pod groźbą kary)²⁴.

²³ Jakkolwiek należy podkreślić, że w starszej literaturze niekiedy wskazywano, iż odmianą tzw. *delictum putativum* jest również usiłowanie nieudolne (zob. np. F. Maciejowski, *Wykład prawa karnego w ogólności z zastosowaniem Kodexu Kar Głównych i Poprawczych*, Warszawa 1848, s. 121; E. Krzymuski, *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*, Warszawa 1884, s. 155–157), jednak dziś już w zasadzie tak się nie twierdzi. Z pewnością poglądu takiego nie wyrażają autorzy, na których powołał się Sąd Najwyższy w swej uchwale.

²⁴ A. Zoll, w: *Kodeks...*, s. 298. Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 240. Także w innym opracowaniu, na które powołał się Sąd Najwyższy, wskazano, że: „Z przestępstwem urojonym mamy do czynienia wówczas, gdy według wyobrażenia sprawcy dopuszcza się przestępstwa, podczas gdy czyn jego nie wyczerpuje znamion żadnego przepisu ustawy karnej. Występuje rozdźwięk między wyobrażeniem sprawcy a oceną prawną jego zachowania. Polega on na błędzie co do oceny kryminalnej czynu; sprawca uświadamia sobie, że czyn jest przestępstwem, podczas gdy jest prawnokarnie irrelevantny. Sprawca błędnie uważa swój czyn za przestępny, myląc się co do wartości prawnej działania, a przestępstwo istnieje tylko w jego wyobraźni. Stan faktyczny zrealizowany przez sprawcę nie jest przewidziany przez ustawę karną; ustawa nie zabrania takiego zachowania. Chodzi o taką sytuację, gdy czyn według okoliczności faktycznych objętych wyobrażeniem sprawcy nie jest przestępstwem, a sprawca tylko pod wpływem błędu prawnego czyn swój uważa za przestępny. Sprawca zachowuje się zgodnie z prawem, a jedynie błędnie sądzi, że jego zachowanie narusza normy prawa karnego. Sprawca jest przekonany, że to, co robi, jest zabronione pod groźbą kary, a tymczasem zachowanie to nie jest objęte zakazem karnym. Wyobrażana przez sprawcę norma, przeciwko której rzekomo wykracza, w rzeczywistości w ogóle nie istnieje. Dochodzi do urojenia bezprawności” – R.A. Stefański, *Przestępstwo urojone*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 3, s. 31–32.

Widać więc, że odwołanie się do przytoczonego komentarza w celu poparcia zacytowanej w niniejszym akapicie wypowiedzi było efektem dokonania nierzetelnej analizy tez zawartych w cytowanym źródle.

3. Stosowanie czynnego żalu w wypadku poszczególnych postaci usiłowania

W toku analizy omawianej uchwały nie sposób pominąć tego, że Sąd Najwyższy doszedł do zaskakującego wniosku dotyczącego ewentualnego stosowania do analizowanej przez siebie kategorii przypadków przesłanek czynnego żalu skutecznego:

W razie niedokonania czynu ze względu na to, że sprawca uznaje dany przedmiot za, najogólniej ujmując, niepożądany, wylania się pytanie co do możliwości stosowania w tych warunkach art. 15 § 1 k.k., przewidującego niepodleganie karze w wypadku dobrowolnego odstąpienia od dokonania. Należy jednak rozważyć, czy brak dokonania w takiej sytuacji jest równoznaczny z wypełnieniem przesłanki dobrowolności odstąpienia. Dobrowolność odstąpienia była przedmiotem licznych wypowiedzi w doktrynie i w orzecznictwie. Syntetycznie można je ująć ogólnym stwierdzeniem, że istotą dobrowolności odstąpienia od dokonania jest porzucenie przez sprawcę zamiaru popełnienia czynu zabronionego z własnej woli [...]. Jeśli odnieść tę interpretację do motywacji sprawcy, który rezygnuje z dokonania wyłącznie dlatego, że obiekt nie spełnia jednak jego oczekiwań, to nie wydaje się, że trafne byłoby uznanie, iż sprawca porzucił dobrowolnie zamiar przestępczy. Przy braku innych okoliczności, które mogłyby wpłynąć na odmienną ocenę prawną niedokonania czynu, zasadne może być więc przyjęcie, że sprawca pozostawał przy zamiarze, z jakim wszedł na drogę jego realizacji. Tym samym nie byłoby przesłanek do niepodlegania karze na podstawie art. 15 § 1 k.k.

Z zacytowaną powyżej wypowiedzią nie sposób się zgodzić. Jeśliby bowiem przyjąć optykę Sądu Najwyższego, iż granica pomiędzy usiłowaniem udolnym a nieudolnym winna być wyznaczana w oparciu o koncepcję obiektywistyczną, trudno byłoby uzasadnić tezę, że nie jest możliwe zastosowanie konstrukcji czynnego żalu wobec sprawcy, który rezygnuje z dokonania czynu zabronionego, albowiem rzecz znaleziona przez niego u pokrzywdzonego nie spełnia oczekiwań napastnika. Warto pamiętać, że art. 15 § 1 k.k. znajduje swe zastosowanie wtedy, kiedy w danej sytuacji sprawca co prawda może dokonać przestępne zachowanie, lecz finalnie dobrowolnie od niego odstępuje. Nie jest przy tym istotne, jakie motywy zadecydowały o wspomnianym odstąpieniu. Podkreśla się jednocześnie, że nie muszą one być

dotadnie z punktu widzenia ocen moralnych. Z perspektywy czynnego żalu ważne jest, by dana osoba zdawała sobie sprawę z tego, że może dokonać czynu zabronionego, lecz mimo to z własnej i nieprzymuszonej woli, a więc mając pełną kontrolę nad swym zachowaniem, zrezygnowała z wkroczenia w fazę dokonania. Generalnie rzecz biorąc, można zasadnie twierdzić, że sprawca nie spełnia przesłanki dobrowolności w rozumieniu art. 15 § 1 k.k. w dwóch kategoriach sytuacji, a więc gdy:

- 1) kontynuacja dokonania czynu zabronionego lub dopuszczenie do nastąpienia skutku wiązałyby się z naruszeniem istotnych dóbr napastnika lub powstaniem wysokiego prawdopodobieństwa ich naruszenia;
- 2) na skutek okoliczności powstałych w danym przypadku napastnik doszedł do przekonania (bez względu na to, czy trafnego, czy też bezpodstawnego w świetle okoliczności konkretnego stanu faktycznego), że dokonanie określonego przestępstwa jest niemożliwe lub co prawda możliwe, lecz nadmiernie utrudnione i przez to zbyt ryzykowne.

Biorąc pod uwagę zaprezentowane powyżej kryteria, nie ma żadnych przeszkód ku temu, by twierdzić, że z dobrowolnym odstępianiem od dokonania w rozumieniu art. 15 § 1 k.k. mamy do czynienia wtedy, kiedy rezygnacja przez sprawcę z finalizacji powziętego uprzednio zamiaru wynika z uświadomienia sobie nieopłacalności popełnienia realizowanego przestępstwa lub np. z faktu, że dany przedmiot nie odpowiada jego preferencjom. Wniosek ten musi zatem podawać w wątpliwość przytoczone powyżej stanowisko Sądu Najwyższego dotyczące czynnego żalu. Jeżeliby bowiem traktować taką kategorię zachowań, jaką rozważano w analizowanej uchwale, jak przypadki usiłowania udolnego, to należałoby wówczas uznać, że istnieje w nich możliwość naruszenia dobra prawnego, na co się jednak podmiot sprawczy finalnie – w granicach posiadanej swobody – nie decyduje, rezygnując z dokonania czynu zabronionego. Łatwo można przecież zauważyć, że – odwołując się po raz kolejny do przykładu przestępstwa rozboju – jeżeli sprawca, używając uprzednio przemocy wobec pokrzywdzonego, znalazł przy nim – wbrew swym oczekiwaniom – jedynie monetę o nominale 5 zł, to napotkany przez niego przedmiot jest taką rzeczą ruchomą, którą można z łatwością zabrać, na co napastnik się jednak nie decyduje. Istotne jest jednocześnie, że zadecydowanie o braku zaboru wspomnianego składnika majątkowego następuje w okolicznościach, w których napastnik w pełni panuje nad przebiegiem akcji przestępczej. W takiej natomiast sytuacji trudno zasadnie twierdzić, iż decyzja o pozostawieniu u pokrzywdzonego monety nie jest przejawem dobrowolnego odstępiania od dokonania rozboju, mimo

że motyw jej podjęcia nie może być dodatni z aksjologicznego punktu widzenia²⁵. Trudno więc uznać za konsekwentne stanowisko Sądu Najwyższego, w którym z jednej strony stwierdzono, że zastosowanie koncepcji obiektywistycznej daje podstawę do przyjęcia udolności usiłowania wtedy, gdy jest możliwe dokonanie przestępnego zachowania na innym nośniku dobra prawnego aniżeli ten, który sprawca miał zamiar zaatakować, z drugiej zaś uznano, że zastosowanie tego ujęcia wyklucza możliwość realizacji przesłanki dobrowolności odstąpienia od dokonania czynu zabronionego.

Inne wnioski dotyczące kwestii ewentualnego stosowania czynnego żalu skutecznego musiałyby zostać natomiast wyrażone wtedy, gdyby w rozgraniczaniu konstrukcji opisanych w art. 13 § 1 k.k. oraz art. 13 § 2 k.k. stosować ujęcie subiektywistyczne, bo wówczas art. 15 § 1 k.k. nie mógłby znaleźć swego zastosowania. Trzeba jednak w tym kontekście podkreślić, że wniosek taki nie wynikałby z faktu, że omawiane w niniejszym tekście kategorie zachowań musiałyby zostać zakwalifikowane jako realizujące znamiona opisane w art. 13 § 2 k.k. Trzeba bowiem zaznaczyć, że w przypadku usiłowania nieudolnego możliwe jest stosowanie przesłanek czynnego żalu w drodze analogii. Możliwość taka pojawiłaby się jednak tylko na takim etapie, kiedy sprawca nie zdawałby sobie jeszcze sprawy z tego, że zrealizowanie usiłowanego przez niego przestępstwa nie jest w danym układzie faktycznym realne (a więc gdyby sprawca myślał jeszcze, że dokonanie czynu zabronionego jest możliwe, oraz – działając w takim błędzie – zrezygnował z podejmowania dalszych czynności zmierzających do finalizacji swego przestępczego zamiaru). Jeżeliby bowiem napastnik zorientował się, iż danego czynu zabronionego nie da się dokonać, trudno byłoby wówczas uznać, że

²⁵ Podobny pogląd wyraził J. Giezek, wskazując, iż: „Jeśli [...] uznamy, że przedmiot nadający się do popełnienia czynu zabronionego istniał, to o nieudolności usiłowania nie może być już mowy, lecz rezygnacji nie sposób wówczas potraktować inaczej, jak dobrowolnego odstąpienia w rozumieniu art. 15 k.k., powodującego z mocy prawa niepodleganie karze. Skoro bowiem sprawca mógł np. ukraść jakąś rzecz, lecz tego nie uczynił, gdyż – w stosunku do oczekiwań – wydała mu się ona zbyt mało wartościowa, to trudno było nie zgodzić się ze stwierdzeniem, że tym samym odstąpił dobrowolnie od dokonania. Wszak zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i wśród przedstawicieli doktryny już od dawna ugruntowany jest pogląd, że nie jest koniecznym wymogiem dla przyjęcia dobrowolności odstąpienia od usiłowania ustalenie, iż motywami odstąpienia były moralnie dodatnie. Co więcej, skoro obiektywnie istnieje przedmiot nadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego, to niewymuszona przecież okolicznościami zewnętrznymi, lecz jedynie czysto pragmatycznym przeświadczeniem o nieopłacalności kontynuowania przestępstwa, rezygnacja sprawcy nie może być postrzegana inaczej, jak właśnie dobrowolne odstąpienie od usiłowania” – J. Giezek, *Glosa...*, s. 107–108.

zaniechał on swych dalszych czynności w sposób dobrowolny – dobrowolność nie może zaistnieć wtedy, kiedy napastnik wie, iż osiągnięcie określonego stanu rzeczy nie jest możliwe. W takiej sytuacji brak dokonania nie wynika z wolnej woli sprawcy, ale z powodu przymusu powstałego wskutek wystąpienia przyczyn obiektywnych.

4. Podsumowanie

Zaprezentowane w niniejszym tekście rozważania muszą nieodparcie prowadzić do wniosku, że analizowana uchwała jest dotknięta tyłoma wadami merytorycznymi, iż zawarte w niej rozstrzygnięcia żadną miarą nie zasługują na aprobatę. Dotychczasowe analizy dowiodły, iż koncepcja obiektywistyczna nie jest narzędziem adekwatnym do rozgraniczania konstrukcji opisanych w art. 13 § 1 k.k. oraz art. 13 § 2 k.k. Na ich podstawie można bowiem, odpowiadając na pytanie postawione w tytule niniejszego tekstu, stwierdzić, że w usiłowaniu nieudolnym istnieje miejsce na pewien stopień udolności. Warunkiem zastosowania konstrukcji z art. 13 § 2 k.k. nie zawsze jest przecież brak możliwości wywołania przez czyn sprawcy jakiegokolwiek zagrożenia dla dobra prawnego, ale do warunków konstytucyjnych wspomnianej formy stadialnej należy niemożliwość dokonania czynu zabronionego zamierzonego przez sprawcę. Winno się więc uznać, iż najczęściej najbardziej adekwatnym ujęciem, które powinno służyć do rozgraniczania usiłowania udolnego od nieudolnego, jest koncepcja subiektywistyczna. Jej zastosowanie w sposób najpełniejszy oddaje stopień bezprawia zachowania popełnionego przez napastnika i prowadzi do najbardziej adekwatnych konsekwencji kryminalno-politycznych. Stwierdzono zarazem, że w sytuacji, w której sprawca określił, jakie cechy mają spełniać potencjalnie przez niego atakowane przedmioty, do rozgraniczania konstrukcji opisanych w art. 13 § 1 k.k. i art. 13 § 2 k.k. bardziej odpowiednie będzie ujęcie mieszane, a więc obiektywistyczno-subiektywistyczne.

How much possibility in the impossible attempt? (remarks on the resolution of the Supreme Court of 19 January 2017, I KZP 16/16)

Summary

In the analyzed resolution the Supreme Court accepted the objective interpretation of Art. 13 § 2 of Polish Criminal Code. As a result the Supreme Court stated, that the possible attempt of a crime is realized when there exist a referent of a legal interest which was to be

attacked by the perpetrator. This statement cannot be approved. The article presents a number of arguments in favor of subjectivist conception of attempt.

Key words: impossible attempt, possible attempt, active repentance

Szymon Tarapata – dr, Uniwersytet Wrocławski, Katedra Prawa Karnego Materialnego (adiunkt), adwokat