

Łukasz Pasternak*

USIŁOWANIE NIEUDOLNE, USIŁOWANIE NIEREALNE A PRZESTĘPSTWO UROJONE

1. Uwagi wprowadzające

Usiłowanie, obok zamiaru, przygotowania i dokonania jest jedną z form stadialnych popełnienia przestępstwa. Formy stadialne są rozszerzeniem przedmiotowym karalności w stosunku do czynów zabronionych opisanych w części szczególnej ustawy karnej¹. Usiłowanie nie stanowi samodzielnej podstawy odpowiedzialności karnej (*delictum sui generis*). Ta forma stadialna popełnienia przestępstwa polega zawsze na usiłowaniu popełnienia czynu zabronionego określonego typu². Dlatego też, kwalifikacja karna czynu polegająca na usiłowaniu realizacji znamion określonego przestępstwa bezwzględnie powinna dodatkowo zawierać odwołanie do właściwego przepisu art. 13 § 1 k.k. albo art. 13 § 2 k.k.³ Uzasadnieniem dla takiego twierdzenia jest fakt, iż wyżej wskazany przepis jest normatywnym uzupełnieniem ustawowego opisu określonego typu przestępstwa.

Definicja legalna usiłowania została zawarta w art. 13 k.k. W języku prawniczym rozróżnia się dwie kategorie usiłowania tj. usiłowanie udolne określone w art. 13 § 1 k.k. oraz usiłowanie nieudolne określone w art. 13 § 2 k.k. Regulacja usiłowania udolnego oraz usiłowania nieudolnego nie od-

* Mgr Łukasz Pasternak – Aplikant adwokacki w ORA w Warszawie; współpracuje z Fundacją Academia Iuris.

¹ Ustawa z 6.6.1997 r. Kodeks karny, Dz.U. Nr 88, poz. 551 ze zm. (dalej: k.k.).

² Zob. A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 1999, s. 193.

³ Zob. R. Zawłocki, *Wprowadzenie do art. 13–17 (system zasad odpowiedzialności za stadia przed dokonania przestępstwa)* [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–31*, t. I, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 550.

biega merytorycznie od unormowania tych instytucji w poprzednio obowiązujących kodeksach karnych z 1969 r.⁴ oraz z 1932 r.⁵

Współcześnie obowiązująca ustawa karna wprowadza definicję legalną tylko karalnego usiłowania. Na taką konstatację pozwala nie tylko brzmienie art. 13 § 1 i 2 k.k.⁶, ale także brzmienie poprzednio obowiązującego art. 23 § 3 kodeksu karnego z 1932 r., którego funkcjonalnym odpowiednikiem jest wyżej wskazany przepis⁷. Warto przypomnieć, iż z art. 23 § 3 k.k.m. wynikało, że nie odpowiada za usiłowanie, kto tylko z powodu zabobonu lub ciemnoty wierzył w skuteczność swego działania.

Celem niniejszych rozważań jest przedstawienie instytucji usiłowania nieudolnego, wskazanie cech charakterystycznych tej instytucji oraz przedstawienie różnic pomiędzy usiłowaniem nieudolnym, usiłowaniem nierealnym, które dawniej uregulowane było w art. 23 § 3 k.k.m., a przestępstwem urojonym. Takie przedstawienie problematyki wydaje się być uzasadnione z punktu widzenia praktyki stosowania prawa z następujących przyczyn:

Po pierwsze działanie sprawcy, który dopuszcza się usiłowania nierealnego lub przestępstwa urojonego pozostaje prawnie irrelewantne z punktu widzenia prawa karnego.

⁴ Ustawa z 19.4.1969 r. Kodeks Karny, Dz.U. Nr 13, poz. 94 ze zm. – zgodnie z art. 11 § 1 tego kodeksu „odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem się zmierza bezpośrednio ku jego dokonaniu, które jednak nie następuje”, natomiast zgodnie z art. 11 § 2 „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”.

⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.7.1932 r. Kodeks karny, Dz.U. Nr 60 poz. 571 ze zm. (dalej: k.k.m.).

⁶ Przypomnijmy że zgodnie z art. 13 § 1 k.k. „odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje”. Natomiast z brzmienia art. 13 § 2 k.k. wynika, że „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”.

⁷ Zgodnie z brzmieniem art. 23 § 1 k.k.m. „odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia przestępstwa przedsięwzięcie działanie, skierowane bezpośrednio ku urzeczywistnieniu tego zamiaru, lecz zamierzonego postępowania nie dokonywa”; w świetle art. 23 § 2 k.k.m. „usiłowanie zachodzi także wtedy, kiedy sprawca nie wiedział, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu, nadającego się do dokonania czynu na nim zamierzonego przestępstwa, lub ze względu na użycie środka, nie nadającego się do wywołania zamierzonego skutku”; natomiast z brzmienia art. 23 § 3 k.k.m. wynikało, że „nie odpowiada za usiłowanie, kto tylko z powodu zabobonu lub ciemnoty wierzył w skuteczność swego działania”.

Natomiast usiłowanie dokonania czynu zabronionego w sytuacji, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie czynu 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 (usiłowanie nieudolne), co prawda pozostaje karalne na gruncie prawa karnego jednakże, sąd w stosunku do takiego sprawcy może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia⁸.

Prowadząc przedmiotowe rozważania przed przystąpieniem do szczegółowej analizy tytułowego zagadnienia należy zwrócić uwagę na kwestie polityczno-kryminalne, które stoją u podstaw określonych rozstrzygnięć normatywnych, a tym samym stanowią podstawę karalności usiłowania, czy mówiąc nieco precyzyjniej stanowią podstawę kryminalizacji usiłowania nieudolnego.

Ratio legis kryminalizacji form stadialnych popełnienia czynu zabronionego zostało oparte na podstawowej ochronnej funkcji prawa karnego, związanej z ochroną prawidłowych stosunków społecznych, a w szczególności określonych dóbr społecznych. Naruszenie określonego dobra prawnego następuje zawsze w przypadku dokonania określonego przestępstwa. Natomiast w przypadku usiłowania samo wywołanie określonego poziomu zagrożenia dla dobra prawnego stanowić będzie podstawę dla kryminalizowania tej formy stadialnej popełnienia czynu zabronionego. O ile bezspornym jest, że w przypadku usiłowania udolnego zasadniczo możemy mówić o wywołaniu określonego zagrożenia dla dobra prawnego, o tyle w przypadku usiłowania nieudolnego kwestia ta nie pozostaje na tyle oczywista. Co więcej wydaje się, iż zasadnym jest twierdzenie, że bezpośrednie zagrożenie dla dobra prawnego nie dotyczy tzw. usiłowania nieudolnego określonego w art. 13 § 2 k.k.⁹ Wskazując na kryminalno-polityczne uzasadnienie dla kryminalizacji usiłowania nie udolnego nie sposób jednocześnie nie wskazać, że w przypadku takiego usiłowania sprawca obiektywnie nie tylko nie zagraża określonemu dobru prawnemu, ale nawet nie jest on w stanie go realnie naruszyć. Dlaczego zatem ustawodawca postanowił kryminalizować usiłowanie nieudolne? Odpowiedź wydaje się być oczywista, *ratio legis* ustawodawcy była realizacją polityki kryminalnej mająca na celu ochronę określonego dobra prawnego. W przypadku usiłowania nieudolnego ustawodawca postanowił kryminalizować sam zamiar sprawcy nakierowany na naruszenie określonego dobra praw-

⁸ Zob. art. 14 § 2, zgodnie z którym w wypadku określonym w art. 13 § 2 sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.

⁹ Tak też R. Zawłocki, *Wprowadzenie...*, s. 561.

nego, które jednakże nie jest możliwe ze względu na zaistniałą sytuację. W nauce prawa wskazuje się, iż przedmiotem decyzji ustawodawcy o kryminalizacji usiłowania nieudolnego jest kryminalizacja zachowania generalnie (abstrakcyjnie) niebezpiecznego¹⁰.

W doktrynie wskazuje się również, że usiłowanie nieudolne jest instytucją o charakterze wyjątkowym, niedającą się w pełni pogodzić z zasadami odpowiedzialności karnej leżącymi u podstaw pozostałych instytucji prawa karnego, opartymi na założeniu, że podstawą prawnokarnej odpowiedzialności sprawcy jest szkodliwy czyn, a nie niebezpieczeństwo sprawcy¹¹.

Po, krótkiej charakterystyce zagadnień kryminalno-politycznych, które wiążą się z usiłowanie nieudolnym, prowadząc rozważania w przedmiocie niniejszego opracowania rozpocząć należy od wskazania czym jest usiłowanie nieudolne? Jakie są jego cechy charakterystyczne, a następnie wskazać jakie zachodzą różnice pomiędzy usiłowaniem nieudolnym, usiłowaniem nie-realnym, a przestępstwem urojonym.

2. Usiłowanie nieudolne

2.1. Ogólna charakterystyka usiłowania nieudolnego

Usiłowanie nieudolne w swojej istocie polega na tym, że dokonanie określonego typu czynu zabronionego od samego początku (*ex ante*), obiektywnie nie jest możliwe¹². Niemożliwość ta przejawia się w braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub użyciu środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego. Takie usiłowanie jak wskazuje W. Wolter od samego początku skażone jest błędem w postępowaniu sprawcy albowiem w tych warunkach nie mogło doprowadzić do dokonania¹³. Cechą charakterystyczną dla usiłowania nieudolnego jest rów-

¹⁰ Zob. M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna, metody*, red. M. Bojarski, Warszawa 2007, s. 204–205.

¹¹ A. Zoll, *Komentarz do art. 13 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, red. A. Zoll, wyd. III, Warszawa 2007, s. 213.

¹² Tak też K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 286 – Autorzy Ci wskazują, że gdybyśmy przyjęli inaczej wówczas każde usiłowanie dokonania czynu zabronionego było by usiłowaniem nieudolnym ze względu na brak realizacji znamion określonego typu czynu zabronionego. Podobnie S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946.

¹³ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969*, Warszawa 1973, s. 279.

niez brak realnego zagrożenia dla dobra prawnego ze strony sprawcy usiłującego dokonać nieudolnie czynu zabronionego¹⁴. Owa cecha usiłowania nieudolnego w sposób oczywisty sprowokowała dyskusję dotyczącą problematyki uzasadniającej kryminalizację tej formy stadialnej. Jakkolwiek zaznaczyć należy, iż problematyka karalności usiłowania nieudolnego stanowi zagadnienie z zakresu teorii prawa karnego dlatego też w niniejszym opracowaniu nie została ona szczegółowo omówiona, albowiem odbiegała by od przedmiotu niniejszych rozważań¹⁵.

Usiłowanie nieudolne jest oparte na błędzie co do znamion określonego typu czynu zabronionego, z tym, że zaistniały błąd ma odwrotny skutek jak ten określony w art. 28 k.k.¹⁶ Skutkiem urojenia znamienia pozytywnego jak i nieświadomości występowania znamienia negatywnego jest przyjęcie usiłowania nieudolnego, natomiast nieświadomość znamienia pozytywnego wyłącza umyślność¹⁷.

Usiłowanie nieudolne odnosi się do przestępstw formalnych jak i materialnych zarówno z działania jak i z zaniechania. Obrazując sytuację dopuszczenia się usiłowania nieudolnego na kanwie czynu zabronionego popełnionego przez zaniechanie warto zwrócić uwagę na jedno z orzeczeń Sądu Najwyższego¹⁸ wydane jeszcze pod rządami ustawy karnej z 1932 r. Przedmiotowy stan faktyczny dotyczył lekarza, który odmówił udzielenia pomocy kobiecie, która pozostawała w sytuacji niebezpiecznej dla jej życia. Lekarz w chwili podejmowania decyzji o odmowie udzielenia pomocy, nie wiedział o tym, że chora już nie żyje. SN przyjął, że w tym przypadku zachowanie lekarza bezapelacyjnie nosiło znamiona usiłowania nieudolnego przestępstwa określonego w art. 247 k.k.m.¹⁹, albowiem brak było przedmiotu nadającego

¹⁴ Tak też trafnie SN w wyroku z 26.6.2008 r., sygn. akt IV KK 42/08, OSNKW 2008, nr 9, poz. 76.

¹⁵ Szerzej na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000; warto zwrócić uwagę na fakt, iż dyskusja dotycząca problematyki usiłowania nieudolnego doprowadziła do sformułowania przez K. Mioduskiego postulatu zgodnie, z którym Autor ten rezygnował z karalności tej formy stadialnej popełnienia czynu zabronionego – zob. K. Mioduski, *Usiłowanie. Rozważania de lege ferenda*, „Nowe Prawo” 1957, nr 4, s. 28–34.

¹⁶ Zgodnie z art. 28 § 1 k.k. nie popełnia umyślnie czynu zabronionego, kto pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego znamię.

¹⁷ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2011, s. 231.

¹⁸ Zob. Wyrok SN z 3.9.1964, sygn. akt V K 517/64, „Nowe Prawo” 1965, nr 1, s. 96–98.

¹⁹ Przypomnijmy, że 247 k.k.m. miał następującą treść – „kto nie udziela pomocy człowiekowi, znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem dla życia, mogąc to uczynić bez narażenia siebie lub osób bliskich na niebezpieczeństwo osobiste, podlega karze więzienia do lat 3 lub aresztu do lat 3” (odpowiednikiem tego przepisu jest obecnie art. 162 k.k.).

się do popełnienia na nim czynu zabronionego (kobieta w chwili, w której lekarz podjął decyzję o nie udzieleniu pomocy, pozostawała martwa).

Usiłowanie nieudolne (jak i udolne) odnosi się tylko do czynów zabronionych popełnionych umyślnie, tak z zamiarem bezpośrednim jak i ewentualnym²⁰. Jak pisał J. Śliwowski zamiar dokonania przestępstwa jest „duszą” usiłowania. Dlatego też usiłowanie jest wykluczone przy przestępstwach nieumyślnych²¹.

Usiłowanie nieudolne z całą pewnością jest czymś więcej, aniżeli tylko przygotowaniem, ale również trudno przyjąć jakoby było ono szczególną formą usiłowania udolnego²². Choć zdania w tej drugiej kwestii są podzielone²³. W tym miejscu warto przytoczyć stanowisko J. Majewskiego, zdaniem którego art. 13 § 2 k.k. w stosunku do przepisu 13 § 1 k.k. jest treściowo przepisem niezależnym, samodzielny²⁴. Autor ten swoje stanowisko argumentuje w następujący sposób:

- 1) usiłowanie nieudolne obejmuje sytuacje, w których dokonanie czynu nie jest obiektywnie możliwe;
- 2) sprawca, który wzbudza sobie zamiar popełnienia czynu zabronionego i przystępuje do jego realizacji pomimo, że jego dokonanie jest obiektywnie nie możliwe, musi działać pod wpływem błędu²⁵;
- 3) sprawca swoim zachowaniem się, nie może bezpośrednio zmierzać do dokonania czynu zabronionego.

Podobne stanowisko w tej kwestii zajmuje R. Zawłocki, który wskazuje, że treść art. 13 § 2 k.k. należy interpretować w następujący sposób: „Od-

²⁰ Por. uzasadnienie do kodeksu karnego z 1997, s. 10.

²¹ Zob. J. Śliwowski, *Prawo karne*, wyd. II, Warszawa 1979, s. 222.

²² Sprawca podejmuje kroki, które sprawiają, że gdyby nie zachodził błąd co do przedmiotu nadającego się do popełnienia czynu zabronionego lub błąd co użytego środka wówczas doszło by do dokonania czynu zabronionego.

²³ Przykładowo zob. A. Zoll, *Komentarz...*, s. 212 – zdaniem, którego „usiłowanie nieudolne jest odmianą usiłowania i w związku z tym musi wyczerpywać wszystkie znamiona usiłowania z modyfikacją jedynie wynikającą z istoty nieudolnego charakteru zachowania się sprawcy”; podobnie L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. XIV, Warszawa 2008, s. 108; oraz J. Raglewski, *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego – analiza krytyczna*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 12, s. 46; K. Indecki, A. Liszewska, *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*, Warszawa 2002, s. 215.

²⁴ J. Majewski, *O różnicy i granicy między usiłowaniem udolnym a usiłowaniem nieudolnym* [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2007, s. 23–50; tak też A. Marek, *Istota nieudolnego usiłowania przestępstwa*, RPEiS 1968, nr 1, s. 98 i n.

²⁵ Błąd ma charakter, błędu co do okoliczności faktycznej, która to odpowiada znamieniu typu czynu zabronionego, odwrotnie w stosunku do błędu uregulowanego w art. 28 § 1 k.k.

powiada (także) za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje, (a) sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest nie możliwe 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”²⁶.

Z powyższego przepisu *expressis verbis* wynika, że ustawodawca ograniczył karalność usiłowania nieudolnego tylko do dwóch przypadków tj. błędu co do przedmiotu, na którym ma zostać dokonany czyn zabroniony (*error in obiecto*) lub błędu co do użytego środka (*error in faciendo*).

2.2. Pojęcie „przedmiotu nie nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”

Przedstawiając problematykę usiłowania nieudolnego należy wskazać jak należy interpretować pojęcie braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego?

Pojęcie „przedmiotu” użyte w art. 13 § 2 k.k. ogranicza się do przedmiotu czynności wykonawczych tj. osób lub rzeczy, na które nakierowane jest działanie lub zaniechanie sprawcy²⁷. Egzemplifikacją usiłowania nieudolnego ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego może być sytuacja, w której sprawca w zamiarze dokonania kradzieży 1000 zł wsunie rękę do kieszeni danej osoby, w której nic nie ma. Dokonanie czynu zabronionego nie będzie możliwe, ponieważ w kieszeni brak będzie pieniędzy, które mogły by zostać skradzione. Innym przykładem może być sytuacja, w której sprawca oddaje strzał z broni palnej w przekonaniu, że strzela do człowieka żyjącego, jednakże później okazuje się, że człowiek ten był już martwy w chwili oddania strzału. Takie usiłowanie zabójstwa bez wątplenia należy zakwalifikować jako usiłowanie nieudolne, albowiem strzał do nieżyjącego człowieka, od samego początku (*ex ante*) nie mógł wywołać zamierzonego przez sprawcę skutku. Podobnie w przypadku udzielenia korzyści majątkowej danej osobie, w sytuacji gdy sprawca pozostaje w błędnym przekonaniu, iż udziela korzyści osobie pełniącej funkcję

²⁶ R. Zawłocki, *Usiłowanie nieudolne z art. 13 § 2 KK [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–31, t. I, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 615.*

²⁷ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 186.

publiczną w związku z pełnieniem tej funkcji. Przepięstwo stypizowane w art. 229 k.k. nie może zostać zrealizowane albowiem osoba otrzymująca korzyść majątkową nie pełni funkcji publicznej.

Fundamentalne znaczenie dla przyjęcia, iż w danych okolicznościach mamy do czynienia z usiłowaniem nieudolnym, a nie usiłowaniem udolnym, właśnie ze względu na brak przedmiotu, ma prawidłowe odczytanie zamiaru sprawcy. Ilustracją takiej sytuacji może być następujący stan faktyczny:

Sprawca włamuje się do samochodu, w którym znajduje się torba z wieloma drogocennymi przedmiotami jednakże, jego celem jest kradzież tylko jednego drogocennego zegarka, którego w torbie nie znajduje. Stwierdziwszy ten fakt opuszcza pojazd. W takim przypadku należało by przyjąć konstrukcję usiłowania nieudolnego, albowiem zamiar sprawcy nacelowany jest na zabór tego określonego zegarka, którego akurat nie znajduje. Nieistotnym jest fakt, iż sprawca mógł wówczas przywłaszczyć inne rzeczy, ponieważ swoim zamiarem nie obejmował ich kradzieży²⁸. Zgodzić się należy, że były to przedmioty, które mogły zostać skradzione jednakże, nie były to „przedmioty” zdadne do popełnienia na nich czynu zabronionego w rozumieniu art. 13 § 2 k.k., ponieważ przedmioty te nie były objęte zamiarem sprawcy. Inaczej sprawa by się przedstawiała, gdyby sprawca chciał przywłaszczyć jakiegokolwiek mienie znajdujące się w torbie, która była w samochodzie. Wówczas brak przywłaszczenia jakiegokolwiek rzeczy należało by interpretować jako usiłowanie udolne, albowiem przedmiotem zamachu było ogólnie mienie, które mogło zostać skradzione²⁹.

W doktrynie zostało również wyrażone stanowisko zgodnie z, którym pod pojęciem „przedmiotu” należy rozumieć nie tylko przedmiot czynności wykonawczej, ale także przedmiot ochrony³⁰. Zdaniem A. Wąska z usiłowaniem nieudolnym mamy do czynienia również w sytuacji gdy np. sprawca chce uzyskać od funkcjonariusza publicznego poświadczenie nieprawdy, pozostając w błędnym przekonaniu, że to co chce uzyskać nie odpowiada praw-

²⁸ Tak też trafnie przyjął SA w Łodzi w wyroku z 21.2.2002 r., sygn. akt II AKa 17/02, KZS 2004, z. 4 poz. 52; wyrok SA w Łodzi z 28.3.2006 r., II AKa 45/06, KZS 2007 z. 7–8, poz. 92; Wyrok SA w Katowicach z 21.4.2005 r., II AKa 114/05, KZS 2005, z. 12, poz. 41; bez znaczenia jest również to, czy sprawca miał orientację co do istnienia innych wartościowych przedmiotów i z tych, czy innych powodów nie zdecydował się na ich zabranie.

²⁹ Wyrok SN z 20.11.2000 r., sygn. akt I KZP 36/00, „Wokanda” 2001, nr 3, poz. 7; postanowienie SN z 16.2.2010 r., „Biuletyn Prawa Karnego” 2010, nr 3, poz. 36.; por. postanowienie SN z 28.4.2011 r., sygn. akt V KK 31/11, LEX nr 817558.

³⁰ Tak A. Wąsek, *Komentarz do art. 13 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, Gdańsk 2002/2003, s. 199.

dzie". Stanowisko takie spotkało się jednak z krytyką. Poglądowi temu zarzucono, iż przedmiotem ochrony jest określone dobro prawne, które w rzeczywistości może występować w postaci zmaterializowanego substratu np.: konkretnego składnika mienia, jednakże w takiej sytuacji niepodobna przyjąć, że owa rzecz nie nadaje się do dokonania na niej czynu zabronionego, albowiem jej karnoprawna funkcja jest zgoła odmienna. W krytyce podniesiono również, że wskazany przykład przestępstwa nie odnosi się do przedmiotu ochrony, a do przedmiotu czynności wykonawczej jakim jest dokument zawierający prawdziwą treść³¹.

2.3. Znaczenie „użycia środka nie nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”

Skoro wiemy już jak należy interpretować pojęcie braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, odpowiedzieć należy jak rozumieć zwrot „środek” użyty przez ustawodawcę w art. 13 § 2 k.k.. Wykładnia językowa użytego w art. 13 § 2 k.k. zwrotu „środek” pozwala na jego szeroką interpretację, dlatego też w piśmiennictwie przyjmuje się, że pod pojęciem „środek” należy rozumieć nie tylko narzędzia, którymi posługuje się sprawca w celu realizacji znamion popełnienia czynu zabronionego np. oddanie strzału z broni w, której znajdują się ślepe naboje. Środkiem w rozumieniu art. 13 § 2 k.k. może być również zachowanie się zwierząt, zachowanie innej osoby czy zjawiska przyrody, którymi sprawca posługuje się lub chce się posłużyć w celu popełnienia czynu zabronionego³². Termin „środek” użyty w art. 13 § 2 k.k. swoim zasięgiem obejmuje również sposób działania sprawcy, a także metodę jaką się ten posługuje³³. Pod pojęciem sposobu nie należy rozumieć sposobu, który byłby absolutnie niezdatny do wywołania zamierzonego skutku. Takie bowiem zachowanie należało by raczej poczytywać jako usiłowanie nierealne – o czym dalej.

Warto dodać, iż wyżej wskazane rozumienie środka nie jest jednolite w nauce prawa karnego, albowiem niektórzy autorzy zawężają znaczenie tego terminu do narzędzi, instrumentów, przyrządów jakimi posługuje się sprawca, lub też tego co może zostać wykorzystane przez sprawcę do zrealizowania znamion określonego czynu zabronionego.

³¹ Zob. R. Zawłocki, *Usiłowanie...*, s. 618.

³² A. Marek, *Glosa do wyroku SN z 11.9.2002 r., V KKN 9/01*, OSP 2003, nr 7–9, poz. 103.

³³ Por. wyrok SN z 2.12.2008 r., sygn. akt II KK 70/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 2492.

Taka wykładnia terminu „środek” jest nie pożądana, albowiem jak trafnie zauważył np. J. Majewski przeciwko takiej wykładni przemawiają tak dyrektywy językowe jak i pozajęzykowe³⁴, podobne stanowisko zajmują m.in. J. Raglewski oraz R. Zawłocki.

Wydaje się, iż użyty zwrot „środek” odnosi się nie tylko do środków określonych formalnie w znamionach określonego typu czynu zabronionego³⁵, ale zwrot ten również odnieść należy do środków faktycznie używanych przez sprawcę³⁶.

Powyższe rozważania dobrze zilustrować na przykładach. Z usiłowaniem nieudolnym ze względu na użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego mamy do czynienia w sytuacji gdy sprawca chcąc zabić drugą osobę poprzez dosypanie jej do posiłku trucizny (np. arszeniku) myli jednak torebki z substancjami i zamiast owej trucizny dosypuje do potrawy soli. Taka mieszanka potrawy z solą w sposób oczywisty nie może doprowadzić do śmierci drugiej osoby. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku gdy sprawca usiłując włamać się do kasy pancерnej znajdującej się w banku, używa takich narzędzi jak np. żelazny łom czy piłka, które w sposób oczywisty nie nadają się do otwarcia kasy poprzez jej rozprucie³⁷. W wyroku z dnia 7.1.1969 r., Sąd Najwyższy przyjął, iż „usiłowanie nieudolne zachodzi w sytuacji gdy sprawca nie posiada środków pozwalających mu na zrealizowanie zamiaru włamania się do kasy pancерnej, a w szczególności gdy sprawca używał łomu lub wytrychu nie nadającego się do otwarcia kasy pancерnej przez jej rozprucie, jako jedynym sposobem włamania”³⁸.

W tym miejscu odnotować należy, iż umiejętności sprawcy z punktu widzenia użycia środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego pozostają bez znaczenia. O tym czym użyty środek nadaje się do popełnienia czynu zabronionego mogą decydować wyłącznie właściwości użytego

³⁴ Zob. J. Majewski, *O różnicy...*, s. 44; J. Raglewski, *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego – analiza krytyczna*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 12, s. 34-49; R. Zawłocki, *Usiłowanie...*, s. 620.

³⁵ Przykładowo zgodnie z art. Art. 148 § 2 pkt 4 „kto zabija człowieka, z użyciem materiałów wybuchowych, podlega karze (...)”.

³⁶ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu, Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 184-185.

³⁷ Stan faktyczny został stworzony na podstawie wyroku SN z dnia 12.2.1974, sygn. akt III KR 324/73, OSNKW 1974, Nr 6, poz. 111. Wówczas SN przyjął konstrukcję usiłowania udolnego. Takie stanowisko SN spotkało się z krytyką – zob. A. Gubiński, *Glosa do wyroku SN z dnia 12.02.1974, III KR 324/73*, PiP 1975, z. 1, s. 165-169.

³⁸ Wyrok SN z 7.1.1969 r., sygn. akt II KR 209/69, „Nowe Prawo” 1969, nr 7-8, s. 1290.

środka (np. przedmiotu), a nie brak umiejętności posługiwania się owym przedmiotem przez sprawcę³⁹. To, że sprawca jest mówiąc kolokwialnie „zbyt głupi” nie skutkuje od razu przyjęciem usiłowania nieudolnego. Czym innym jest bowiem usiłowanie nieudolne, a nieudolne dokonanie przestępstwa. Przykładowo trudno przyjąć jakoby sprawca, który nie potrafi się włamać do samochodu mając ku temu wszelkie niezbędne narzędzia działał nieudolnie, albowiem obiektywnie dokonanie przestępstwa było możliwe, a tylko ze względu na brak odpowiednich umiejętności sprawcy czyn zabroniony nie został zrealizowany.

Na podkreślenie zasługuje to, że z usiłowaniem nieudolnym nie będziemy mieli do czynienia w sytuacji gdy zrealizowanie znamion przestępstwa określonego typu czynu zabronionego było bardzo mało prawdopodobne, ale możliwe. Takie usiłowanie zakwalifikować należy jako usiłowanie udolne dokonania przestępstwa. Taka sytuacja zachodzi np. gdy złodziej karty bankomatowej w celu kradzieży z konta bankowego pieniędzy swojej ofiary, używa złego kodu PIN⁴⁰, podczas gdy karta jest aktywna, a na koncie właściciela karty znajdują się pieniądze. Taka sytuacja prowadzi do konstatacji, że sprawca używa odpowiedniego środka przy istnieniu właściwego przedmiotu. Choć szanse kradzieży są małe to jednak możliwe (gdyby np. sprawca znał odpowiedni kod PIN). W tym miejscu warto przytoczyć trafne stanowisko SN, w którym jednoznacznie stwierdzono, iż „(...)nie można mówić o usiłowaniu nieudolnym wówczas, gdy w momencie wszczęcia działania sprawcy dokonanie przestępstwa było obiektywnie możliwe (...)”⁴¹. Co więcej znajomość prawidłowego kodu PIN, nie powinno być postrzegane jako środek, lecz bardziej jako sposób wypłaty gotówki, albowiem środkiem służącym do wypłaty pieniędzy pozostaje karta bankomatowa, która to pozwala pozyskać określone środki znajdujące się na koncie właściciela karty⁴². Niewłaściwość środka

³⁹ Por. K. Mioduski, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 66; por. także postanowienie SN z 16.1.1963 r., sygn. akt Rw 1397/62, OSNKW 1964, nr 2, poz. 20.

⁴⁰ W wyroku SN z 29.9.2002 r., sygn. akt V KKN 9/01, OSNKW 2002, z. 11–12, poz. 102, Sąd przyjął kwalifikację usiłowania nieudolnego – wydaje się, iż nietrafnie. Tak też P. Seledec w głosie krytycznej do tego wyroku, P. Seledec, *Glosa do wyroku SN z dnia 11 września 2002 r., V KKN 9/01*, PiP 2003, z. 12, s. 124–127; A. Wąsek, *Glosa do wyroku SN z 11.9.2002 r., V KKN 9/01*, OSP 2003 – glosa częściowo krytyczna.

⁴¹ Wyrok SN z 29.11.1976 r., sygn. akt I KR 196/76, OSNKW 1977, nr 6, poz. 61; Wyrok SA w Lublinie z 29.11.2001 r., sygn. akt II AKa 241/01, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 12 – dodatek, poz. 26.

⁴² Zob. P. Seledec, *op.cit.*, s. 124–127.

powinna uwzględniać właściwość samego środka jak i użytego sposobu. wydaje się, iż zrównanie środka ze sposobem postępowania i ocenianie go w oderwaniu od właściwości użytego środka prowadziło by do nazbyt szerokiej interpretacji art. 13 § 2 k.k.

Charakteryzując sformułowanie „środek” wskazać należy, iż niewłaściwość środka może wynikać również z użycia jego w niewystarczającej ilości tj. takiej, która *ex ante* nie mogła wywołać zamierzonego skutku⁴³.

Ostatnią kwestią przy przedstawianiu art. 13 § 2 k.k. jest chęć udzielenia odpowiedzi na pytanie jak należy traktować sytuacje, w których sprawca usiłując zrealizować znamiona czynu zabronionego nie używa żadnego środka. Czy w takiej oto sytuacji w ogóle zachodzi usiłowanie nieudolne? Wydaje się, iż zagadnienie to wydaje się być problemem raczej teoretycznym, aniżeli praktycznym, ale nic bardziej mylnego, albowiem warto przytoczyć stan faktyczny w sprawie, z którą musiał się zmierzyć Sąd Najwyższy⁴⁴.

Sąd Najwyższy rozpatrywał sytuację, w której oskarżony włamał się do wagonów w celu kradzieży znajdujących się w nich przedmiotów. Kradzieży jednak nie dokonał, z przyczyn od niego niezależnych albowiem okazało się, iż znajdujące się w wagonach przedmioty są na tyle duże, że ich wyniesienie pozostaje obiektywnie niemożliwe. Wyniesienie owych przedmiotów obiektywnie było by możliwe tylko przy użyciu specjalistycznego sprzętu np. dźwigów. Organ orzekający wówczas przyjął nietrafnie, iż w takiej sytuacji zachodzi karalne usiłowanie udolne. Warto odnotować, iż zagadnienie przyjęcia kwalifikacji usiłowania udolnego czy nieudolnego na kanwie tego wyroku pozostawało sporne. Jedni autorzy podnosili, że w wyżej wskazanym stanie faktycznym powinniśmy przyjąć, iż mamy do czynienia z niekaralnym usiłowaniem nieudolnym⁴⁵. Inni natomiast jak wydaje się trafnie wskazują, iż w zaistniałej sytuacji należało przyjąć kwalifikację usiłowania nieudolnego⁴⁶.

3. Usiłowanie nierealne i przestępstwo urojone a usiłowanie nieudolne

Po przedstawieniu po krótkce cech usiłowania nieudolnego wydaje się, iż zasadnym jest udzielenie odpowiedzi na pytanie czym jest usiło-

⁴³ Tak trafnie wyrok SA we Wrocławiu z 5.4.2007 r., sygn. akt II AKa 52/07, KZS 2007, z. 7–8, poz. 64.

⁴⁴ Wyrok SN z 3.11.1983 r., sygn. akt II KR 227/83, OSNPG, nr 5, poz. 36.

⁴⁵ Przykładowo zob. A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 198.

⁴⁶ Tak np. J. Majewski, *O różnicy...*, s. 42–43; oraz J. Raglewski, *Usiłowanie...*, s. 44–45; A. Wąsek, *Z problematyki usiłowania nieudolnego*, PiP 1985, z. 7–8, s. 81.

wanie nierealne, przestępstwo urojone (*delictum putativum*) oraz co odróżnia te instytucje od usiłowania nieudolnego.

Obowiązująca ustawa karna w przeciwieństwie do art. 23 § 3 k.k.m., nie przewiduje wprost braku odpowiedzialności karnej usiłowania nierealnego, polegającego na tym, że sprawca dążąc do realizacji znamion czynu zabronionego posługuje się środkami, których użycie z punktu widzenia znanych nam praw rządzących przyrodą jest nielogiczne i nieracjonalne. Podobnie gdy sprawca przedsięwzięcie działania w stosunku do przedmiotu bezwzględnie nie nadającego się do dokonania na nim zamierzonego czynu zabronionego, czyniąc to zupełnie świadomie. Działanie takiego sprawcy posługując się terminologią kodeksu karnego z 1932 r., jest skutkiem zabobonu lub skrajnej ciemnoty⁴⁷.

Sprawca bowiem, wierzy w istnienie sił, które nie zostały stwierdzone naukowo jak np. czarna magia, spirytyzm itp., i przypisuje im nadzwyczajną moc sprawczą.

Warto dodać, iż zabobon nie jest tym samym co ciemnota. Zabobon łączy się z wiarą w działanie sił nadprzyrodzonych, natomiast ciemnota to niski stopień rozwoju umysłowego lub kulturalnego.

Egzemplifikacją usiłowania nierealnego może być następujący stan faktyczny: Mąż ofiaruje żonie drogocenny kamień, o którym krąży legenda, że przynosi rychłą śmierć, wierząc, że w ten sposób zabije swoją ukochaną. W takim przypadku sprawca, z powodu zabobonu uwierzył w to, że za pomocą owego kamienia zabije swoją żonę, a zatem zrealizuje znamiona czynu stypizowanego w art. 148 k.k.

Pomimo braku wyraźnego sformułowania w kodeksie wyłączenia odpowiedzialności karnej za dopuszczenie się usiłowania nierealnego, *de lege lata* powszechnie dominuje pogląd, że usiłowanie takie pozostaje bezkarne⁴⁸.

Usiłowanie nierealne tym, różni się od usiłowania nieudolnego, że w przypadku usiłowania nieudolnego sprawca nie uświadamia sobie błędu co do przedmiotu, na którym ma zostać popełniony czyn zabroniony lub użyciu środka, który jest niezdatny do zrealizowania znamion określonego czynu. Inaczej w przypadku usiłowania nierealnego tutaj bowiem, sprawca ma świa-

⁴⁷ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. III, Lwów 1932, s. 83–84.

⁴⁸ Przykładowo zob. J. Śliwowski, *Prawo karne*, wyd. II, Warszawa 1979, s. 230; J. Majewski, *O różnicy...*, s. 44; A. Zoll, *Komentarz...*, s. 214 i n.; J. Majewski, *O (braku) karalności usiłowań „nierealnych”, absolutnie nieudolnych” i im podobnych* [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, s. 352–358.

domość swojego działania, co więcej wie co czyni, przystępuje do realizacji znamion czynu, przypisując swoim działaniom nadzwyczajną moc sprawczą, która w sposób oczywisty nie może doprowadzić do dokonania.

W tym miejscu sygnalizacyjnie warto wskazać, iż w doktrynie brak jest konsensusu co do zagadnienia dotyczącego tego dlaczego usiłowanie nierealne nie jest karalne⁴⁹.

Od usiłowania nieudolnego oraz nierealnego odróżnić należy przestępstwo urojone (*delictum putativum*), którego istota polega na tym, że sprawca realizuje czyn błędnie sądząc, że to co robi jest przez ustawę karną zabronione. Mówiąc inaczej zachowanie, którego podejmuje się sprawca pozostaje na gruncie prawa karnego legalne. Nie ulega wątpliwości, iż ze względu na zasadę *nullum crimen sine lege*, nie sposób przyjąć, że przestępstwo urojone mogło by rodzić odpowiedzialność karną.

Przestępstwo urojone zachodzi w sytuacji, gdy brak odpowiedniego podmiotu w przypadku przestępstw indywidualnych lub też brak okoliczności czasu, miejsca lub sytuacji, jeżeli owe okoliczności należą do znamion typu czynu, a w rzeczywistości nie wystąpiły⁵⁰.

Przykładowo niekaralne będzie zachowanie sprawcy, który pozostając w błędnym przekonaniu, że pełni funkcję publiczną, przyjmuje korzyść majątkową w związku z rzekomo pełnioną funkcją – art. 228 k.k.⁵¹ Zachowanie takie nie będzie karalne albowiem sprawca nie będzie posiadał odpowiedniej cechy, która by pozwalała na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej – sprawca nie pełni funkcji publicznej. Podobnie nie będzie karalne np. usiłowanie popełnienia przestępstwa bigamii przez sprawcę, który zawierając ponownie związek małżeński w przeświadczeniu, że pozostaje w chwili obecnej w ważnym związku, nie wie o tym, że jego małżonka od kilku dni nie żyje. Przestępstwo takie nie zostanie zrealizowane, ponieważ sprawca wstę-

⁴⁹ Przykładowo J. Majewski – wskazuje, że usiłowanie nierealne jest niekaralne albowiem bo sprawcy nie można przypisać zamiaru, gdyż można przyjąć, iż sprawca realizuje przestępny zamiar wówczas, gdy przedmiotem jego „chcę” lub „godzę się” jest zachowanie się o znamionach określonych w ustawie – por. J. Majewski, *O (braku)...*, s. 356–357; R. Zawłocki natomiast wskazuje, że brak karalności usiłowania nierealnego nie wynika z braku zamiaru, albowiem zdaniem tego autora to podjęty sposób, a nie zamiar decyduje o braku karalności usiłowania nierealnego – por. R. Zawłocki, *Ile nieudolności w usiłowaniu nieudolnym?* [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 231–248.

⁵⁰ E. Blaski (red.), *Prawo karne. Repetytorium*, wyd. 2, Kraków 2006, s. 132.

⁵¹ Por. M. Surkont, *Prawo karne*, Bydgoszcz–Gdynia 2001, s. 85.

pując w kolejnych związek małżeński nie pozostawał już w pierwszym, a zgodnie z art. 206 k.k. Kto zawiera małżeństwo, pomimo że pozostaje w związku małżeńskim, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2, dlatego też w zaistniałej sytuacji brak będzie podstaw ku temu by sprawca mógł odpowiadać karnie. Mówiąc inaczej w zaistniałej sytuacji zachodzi rozdźwięk pomiędzy wyobrażeniem sprawcy, a oceną prawną jego zachowania⁵², sprawca bowiem uważa, że jego czyn jest przez ustawę karną zabroniony podczas gdy z punktu widzenia prawa karnego pozostaje on legalny. Uzupełniająco należy dodać, iż w przypadku przestępstwa urojonego błąd sprawcy opiera się na błędzie co do prawa.

4. Podsumowanie

Reasumując powyższe rozważania wskazać należy, iż usiłowanie nieudolne ogranicza się tylko i wyłącznie do sytuacji w, których sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie czynu zabronionego jest nie możliwe 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. Co więcej istota usiłowania nieudolnego sprowadza się do tego, iż dokonanie ze względu na wymienione cechy od samego początku (*ex ante*) jest niemożliwe. Dodać przy tym, należy, że usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego na gruncie polskiej ustawy karnej pozostaje karalne, aczkolwiek ustawodawca w art. 14 § 2 k.k. uznał, iż w stosunku do sprawcy, który usiłuje dokonać czynu zabronionego w trybie art. 13 § 2 k.k. sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet od niej odstąpić.

Nieco inaczej przedstawia się sytuacja usiłowania nierealnego jak i przestępstwa urojonego albowiem w obu przypadkach zachowanie sprawcy pozostaje prawnie irrelewantne z punktu widzenia prawa karnego. Taki sprawca w ogóle nie będzie ponosił odpowiedzialności karnej. Usiłowanie nierealne również jest niemożliwe do zrealizowania zamiaru sprawcy jednakże w tym cechą charakterystyczną jest to, że sprawca ma świadomość swojego działania, co więcej wie co czyni, przystępuje do realizacji znamion czynu, przypisując swoim działaniom nadzwyczajną moc sprawczą, która w sposób oczywisty nie może doprowadzić do dokonania. Z jeszcze innym błędem sprawcy

⁵² R.A. Stefański, *Przestępstwo urojone*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 3, s. 31.

mamy do czynienia w przypadku przestępstwa urojonego, albowiem sprawca pozostaje w błędnym przekonaniu, iż to co czyni jest prawnie zabronione, choć w rzeczywistości pozostaje legalne.

Inept attempt, unreal attempt and imaginary crime

The Author of this article describes one of the institutions of the criminal law, which is inept attempt. Inept attempt is one of forms of commission of an offence. The definition of inept attempt is contained in article 13 § 2 of the Criminal Code. This publication presents the characteristic features of inept attempt. The Author also shows the differences between inept attempt, unreal attempt and imaginary crime (*delictum putativum*).

Knowledge of the differences occurring between those institutions of criminal law is very important from the point of view of the practice use of law. Firstly unreal attempt and imaginary crime are irrelevant in the point of view criminal law, because they are impunity. Secondly when the perpetrator is not himself aware of the fact that committing it is impossible because of the lack of a suitable object on which to perpetrate the prohibited act or because of the use of means not suitable for perpetrating this prohibited act (Article 13 § 2 inept attempt). The court in the case specified in Article 13 § 2 may apply extraordinary mitigation of punishment or even renounce its imposition.

The Author also refers to the position of the doctrine and jurisprudence in the matter inept attempt.