

**NIEUDOLNOŚĆ USIŁOWANIA
A DOBROWOLNE ODSTĄPIENIE
LUB ZAPOBIEŻENIE DOKONANIU.
UWAGI NA MARGINESIE UCHWAŁY
SĄDU NAJWYŻSZEGO
Z DNIA 19 STYCZNIA 2017 R. (I KZP 16/16)**

DOI: 10.26399/iusnovum.v12.1.2018.10/d.gruszecka

DAGMARA GRUSZECKA *

Dnia 19 stycznia 2017 r. Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów po raz kolejny¹ zabrał głos w sprawie rozgraniczenia między udolnością a nieudolnością usiłowania, dokonując wykładni znamienia „przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, a także rozumienia warunku dobrowolności odstąpienia od dokonania. Nie da się niestety nie zauważyć, że orzeczenie to nie tyle rozwiązało wątpliwości w omawianym zakresie, narosło choćby wokół poprzedniej uchwały², co jeszcze bardziej je pogłębiło, w znacznej mierze z uwagi na niejednoznaczność zawartego w nim stanowiska oraz braki w jego satysfakcjonującym uzasadnieniu. Bódcem do prezentowanych poniżej rozważań stała się jednak nie zasadnicza teza uchwały, która z pewnością doczeka się wielu głos krytycznych, lecz kwestia, którą

* dr, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego Materialnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego; dagmara.gruszecka@uwr.edu.pl

¹ Wcześniejsza uchwała SN dotycząca zasadniczo tej samej problematyki zapadła 20 listopada 2000 r., I KZP 36/00. W przypadku złożonego charakteru przestępstwa, jakim jest rozbój, konstrukcja usiłowania nieudolnego odnosi się bowiem do zachowania sprawcy ujmowanego jako całość w granicach znamion określonych w art. 280 k.k.”

² Zob. głosy i uwagi do powyższej uchwały: K. Daszkiewicz, *Usiłowanie nieudolne (ze szczególnym uwzględnieniem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r.)*, Prok. i Pr. 2001, nr 9, s. 19; J. Giezek, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 36/2000 (dot. Usiłowania nieudolnego)*, Prok. i Pr. 2001, nr 9, s. 105; E. Markowska, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 36/2000*, Prok. i Pr. 2005, nr 9, s. 125; J. Biederman, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 20 listopada 2000 r. I KZP 36/2000*, Pal. 2001, nr 7–8, s. 212.

Sąd poruszył niejako mimochodem, a która, jak się wydaje, budzi na tyle istotne wątpliwości, że wymagałaby staranniejszej analizy. Chodzi mianowicie o zagadnienie dopuszczalności odnoszenia instytucji czynnego żalu do usiłowania nieudolnego.

Jako zasadniczy argument, mający podkreślać praktyczne znaczenie problemu kwalifikacji zachowania jako usiłowania nieudolnego bądź udolnego w tych wszystkich przypadkach, które – jak w stanie faktycznym stanowiącym tło wspomnianego judykatu – zakończyły się rezygnacją sprawcy z usiłowanego czynu zabronionego, wskazuje się właśnie odmienności w zakresie jego ewentualnej odpowiedzialności karnej. Sprawca, który zaniechał kontynuowania akcji przestępczej noszącej jednak znamiona udolności, może bowiem – w razie przyjęcia dobrowolności jego odstąpienia – powołać się na dobrodziejstwo regulacji z art. 15 § 1 k.k., podczas gdy sprawca usiłujący jedynie nieudolnie miałby być w analogicznym układzie okoliczności tej szansy pozbawiony. Takie zresztą uzasadnienie towarzyszyło wnioskującemu o rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego, który podkreślał, że przyjęcie usiłowania nieudolnego w sytuacji niedokonania czynu zabronionego wobec braku objętego zamiarem sprawcy przedmiotu czynności wykonawczej, uprawnia najwyżej do nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia. Aprobata natomiast dla kierunku obiektywizującego i uznanie tym samym, że istnienie jakichkolwiek przedmiotów obiektywnie mających nadawać się do zaboru przesądza o udolności usiłowania, otwiera równocześnie możliwość zastosowania art. 15 § 1 k.k., stanowiącego o niepodleganiu sprawcy karze. Przy czym „zastosowanie czynnego żalu nawet w przypadku obiektywistycznego spojrzenia na dyspozycję normy zawartej w art. 13 § 2 k.k. wywoływać może pewne rozbieżności”, a to w związku z samym rozumieniem warunku dobrowolności i wpływu na nią okoliczności zewnętrznych³. Cytując powyższy pogląd Sąd Najwyższy wydaje się go w pełni podzielać – choćby stwierdzając, że „zestawienie tych konsekwencji prawnych w zależności od kwalifikacji czynu jako usiłowania udolnego, bądź nieudolnego, podnosi wagę zagadnienia”⁴. Takie też wrażenie odnieść można z tych fragmentów uchwały, w których Sąd opowiada się jednak za usiłowaniem udolnym i jedynie w jego kontekście rozważa dobrowolność odstąpienia od dokonania.⁵ Już nawet jednak te, skądinąd dość ogólnikowe wywody, prowokują do postawienia pytania, czy rzeczywiście dobrowolne odstąpienie od dokonania może zaistnieć tylko przy usiłowaniu udolnym i jakie względy właściwie decydują o wykluczeniu z zakresu zastosowania przepisu normującego czynny żal usiłowania nieudolne. Pojawiają się na tym tle przynajmniej trzy odrębne problemy, które wstępnie można by wstępnie ująć w następujący sposób: po pierwsze – czy w ogóle możliwy jest czynny żal przy usiłowaniu nieudolnym, a jeżeli tak, to w jakiej konkretnie postaci; po drugie – czy taka ewentualna konstrukcja znajdowałaby uzasadnienie kryminalnopolityczne, na tym bowiem zasadza się sens przywileju, którym jesteśmy skłonni nagrodzić porzucającego zamiar przestępczy sprawcę i wreszcie – czy generalna nawet aprobata dla czyn-

³ Uzasadnienie wniosku Pierwszego Prezesa SN z dnia 2 listopada 2016 r., s. 8.

⁴ Uzasadnienie uchwały SN z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 16/16, s. 5.

⁵ Uzasadnienie uchwały SN z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 16/16, s. 18.

nego żalu przy usiłowaniu nieudolnym równałaby się możliwości przyjmowania tej konstrukcji w przypadkach analogicznych do rozpatrywanego w przywoływanych orzeczeniach. Dopuszczalność czynnego żalu przy usiłowaniu nieudolnym, a jego przyjmowanie dla tak skonkretyzowanej postaci usiłowania nieudolnego stanowią bowiem niewątpliwie dwie zupełnie odmienne kwestie.

Mimo że ustawa nie rozstrzyga wyraźnie tej kwestii⁶, w piśmiennictwie karnistycznym większość autorów już od lat nie widzi zasadniczych przeszkód by stosować art. 15 § 1 k.k. do przypadków nieudolności usiłowania, stwierdzając, że „fakt, iż sprawca obiektywnie nie mógł dokonać czynu ani też spowodować karalny skutek, nie sprawia, że nie może on odstąpić od swego zamiaru”⁷. Przyjmuje się tym samym, że czynny żal w postaci dobrowolnego odstąpienia pozostaje w pełni możliwy dla usiłującego nieudolnie, jak długo pozostaje on w nieświadomości braku możliwości dokonania przez siebie czynu zabronionego. Przeciwny pogląd, jak choćby wyrażony w wyr. SA w Krakowie z 4.3.1999 r.⁸, wskazujący, że istotą sporu jest rozstrzygnięcie obiektywnej możliwości osiągnięcia przez sprawcę celu, nie zasługuje na aprobatę, gdyż pomija stronę podmiotową obejmującą właśnie nieświadomienie sobie przez sprawcę niemożności osiągnięcia celu w trakcie jego realizacji, brak zaś jakichkolwiek argumentów, które przemawiałyby przeciwko potencjalnie wchodzącej w rachubę dobrowolności odstąpienia od usiłowania, które obiektywnie – ale nie w świadomości błędzącego w tym zakresie sprawcy – było nieudolne w rozumieniu art. 13 § 2 k.k.⁹ Podkreślanie wymogu nieświadomości sprawcy wiąże się zatem z rozumieniem ustawowej przesłanki dobrowolności, która może istnieć jedynie do momentu, gdy sprawca zda sobie wreszcie sprawę, że dokonanie jest niemożliwe¹⁰. Przyjęcie natomiast perspektywy obiektywizującej – tak jak w wyżej przywołanym orzeczeniu – zwykle uważane jest za równoznaczne z zanegowaniem dopuszczalności czynnego żalu przy usiłowaniu nieudolnym¹¹.

Czy jednak czynny żal przy usiłowaniu nieudolnym może przybrać tylko i wyłącznie formę odstąpienia od dokonania? Niedopuszczalność innego wniosku wydaje się w sposób konieczny, a zarazem dość oczywisty wynikać z konstytucyjnego dla usiłowania nieudolnego warunku obiektywnej niemożności dokonania

⁶ Już D. Gajdus zwracała uwagę na brak w polskim ustawodawstwie regulacji analogicznej chociażby do § 24 ust. 1 II StGB, znajdującego wprost odniesienie do usiłowania nieudolnego (konkretnie ukończonego usiłowania nieudolnego) – D. Gajdus, *Czynny żal w polskim prawie karnym*, Toruń 1984, s. 98.

⁷ D. Gajdus, *Czynny żal...*, s. 99; tak też. R. Zawłocki, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I – Komentarz do art. 1–31*, Warszawa 2011, s. 665.

⁸ II AKa 22/99, KZS 1999, Nr 3, poz. 14.

⁹ J. Giezek, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 135–136, tak też. A. Liszewska, *Komentarz online do art. 15 k.k.*, [w:] J. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 17, Legalis.

¹⁰ A. Liszewska, *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego*, [w:] R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego, Tom 3, Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013, s. 793; eadem, *Komentarz online do art. 15 k.k.*...; T. Sroka, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna. Tom I – Komentarz do art. 1–31*, Warszawa 2015, s. 388; A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, s. 308–309; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie Prawo Karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 243.

¹¹ J. Giezek, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny...*, s. 136.

– skoro bowiem dokonanie (które dla wchodzących tu w grę przestępstw materialnych przyjmuje formę nastąpienia skutku) pozostaje od samego początku i tak nieosiągalne, to sprawca nie może mu zapobiec¹². Zapobieżenie oznacza bowiem odwrócenie jakiegoś procesu, który bez takiej interwencji w jego przebieg sprawy, implikowałby określone następstwa, jakie dzięki owej przedsięwziętej reakcji nie zaistnieją¹³. Nie można jednak zapobiec czemuś, co obiektywnie nie istnieje. Kiedy sprawca nie uruchomił swoim zachowaniem żadnego procesu, który miałby powodować zmiany w rzeczywistości, nie jest też w stanie tej rzeczywistości przywrócić do stanu poprzedniego. Jego zachowanie nie będzie mogło na tę rzeczywistość kauzalnie oddziaływać, bo, ujmując rzecz najprościej, nie można odwrócić zagrożenia tam, gdzie zagrożenia od początku nie było¹⁴. Takie rozwiązanie wywołuje jednak wątpliwości natury sprawiedliwościowej. Dlaczego bowiem sprawca usiłowania nieudolnego ukończonego miałby znajdować się w sytuacji drastycznie gorszej od sprawcy usiłowania nieudolnego nieukończonego? Nie trudno zilustrować tę wątpliwość takim choćby schematem stanu faktycznego, w którym sprawca w zamiarze zabicia przewodniczącego nielubianej przez siebie partii politycznej, a zarazem nie

¹² Podobnie, jak przy usiłowaniu nieudolnym nie może też bezpośrednio zmierzać do dokonania – por. J. Majewski, *O różnicy i granicy między usiłowaniem udolnym a usiłowaniem nieudolnym*, [w:] J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2007, s. 28., tak też. D. Gajdus, *Czynny żal...*, s. 99.

¹³ Wedle słownika języka polskiego „zapobiegać” znaczy tyle, co „nie dopuścić do czego, przeszkodzić czemu” W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego. Tom 10*, Warszawa 1968, s. 700.

¹⁴ W doktrynie zwykle używa się dla wytłumaczenia istoty tej postaci czynnego żalu formuły, że „dobrowolne zapobieżenie skutkowi ma miejsce wtedy, gdy sprawca uświadamiając sobie możliwość nastąpienia skutku, porzuca zamiar dokonania czynu zabronionego i podejmuje działania zmierzające do jego odwrócenia”. Zapobieżenie skutkowi interpretuje się zatem jako „zmierzenie do odwrócenia skutku”, „przeciwdziałanie skutkowi” „odwrócenie niebezpieczeństwa grożącego dobru prawnemu”, „również jako „przeciwdziałanie” (por. K. Wiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 131; V. Konarska-Wrzosek, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 119; Wszystkie te wprowadzane jako synonimiczne wyrażenia charakteryzuje wyrażenia przyczynowości, a zatem wymóg, by sprawca „spowodował” nienastąpienie skutku. Jak wskazuje J. Giezek: „oznacza to, iż konieczna staje się ingerencja sprawcy w łańcuch kauzalny, którego ogniwem już zrealizowanym były czynności podjęte wcześniej w ramach usiłowania, ogniwem zaś przewidywanym jest potencjalny skutek, którego wystąpieniu należy przeciwdziałać” J. Giezek, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny...*, s. 134. Również L. Tyszkiewicz pisze wprost o konieczności istnienia związku przyczynowego – L. Tyszkiewicz, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 87; Zob. też wyr. SA w Krakowie z dnia 19.05.2016 r., II AKa 65/16, w którym dodatkowo Sąd nawiązał do kryteriów zmniejszenia przez sprawcę ryzyka. Jeszcze wyraźniej temu elementowi przyczynowo relewantnego oddziaływania daje się wyraz w nauce niemieckiej, gdzie wprowadza się nie tylko wymóg, by „przeciwdziałanie skutkowi” oznaczało uruchomienie nowego łańcucha przyczynowego, który implikowałby niedojście do dokonania, a zatem odznaczało się tzw. przyczynowością zapobiegawczą (Verhinderungskausalität), ale dodatkowo by mogło być obiektywnie przypisane sprawcy jako jego dzieło, zatem uwzględnia się także przesłanki normatywnej przypisywalności (por. K. Hoffmann-Holland, [w:] B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1, §§ 1–37*, München 2017, s. 1194–1195 i przytaczana tam literatura oraz bogate orzecznictwo BGH; Ch. Jäger, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, München 1996). Podobne poglądy, zresztą pod wpływem doktryny niemieckiej, znaleźć można w polskim piśmiennictwie u O. Sitarz, *Czynny żal związany z usiłowaniem w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna i kryminalnopolityczna*, Katowice 2015.

uświadamiając sobie, że dokonanie tak planowanego czynu jest niemożliwe, gdyż polityk ten od kilku dni przebywa na miesięcznym urlopie w miejscowości uzdrowskiej, podkłada w piwnicy pod jego gabinetem bombę, nastawia czasowy zapalnik, jednak na godzinę przed planowanym wybuchem, tknięty generalnie słusznym przeczuciem, że w demokracji niezadowolone społeczne wyraża się innymi sposobami, wyłącza urządzenie zapalające i usuwa mechanizm, całkowicie uniemożliwiając tym eksplozję. Już na poziomie intuicyjnym bylibyśmy gotowi przyznać takiemu sprawcy równy przywilej niekaralności, jak sprawcy, który zrezygnował na dowolnych wcześniejszych etapach swojego usiłowania, tj. gdy pozostawało ono jeszcze nieukończone: np. niosąc ową bombę do piwnicy, lub dopiero programując zapalnik. Jak jednak pogodzić podobne – chyba słuszne¹⁵ – przeświadczenie z niepodważalnością stwierdzenia, że nie da się zapobiec skutkowi, tam gdzie skutek nigdy nie nastąpi oraz z powszechnie powtarzanym, zwłaszcza w orzecznictwie dogmatem, że nie da się już dobrowolnie odstąpić, gdy zachowanie weszło w stadium usiłowania ukończonego¹⁶.

Na tym tle wydają się rysować następująca możliwości wybrnięcia z powyższego problemu. Po pierwsze – uznanie – który to pogląd spotkać można w literaturze, choć bez szerszego uzasadnienia, że dla usiłowania nieudolnego ukończonego, w przeciwieństwie do nieukończonego, przepis art. 15 § 1 k.k. stosuje się *per analogiam*¹⁷. Nie rozwiązuje to jednak wszystkich problemów, a przede wszystkim nie wyjaśnia samej takiej konieczności. Jak się bowiem wydaje, należałoby raczej wyjść z założenia, że ścisły podział postaci czynnego żalu na dobrowolne odstąpienie od dokonania, dopuszczalne zawsze i wyłącznie dla usiłowania nieukończonego oraz dobrowolne zapobieżenie skutkowi, zawsze i wyłącznie dla usiłowania ukończonego, odnosi się w pełni do usiłowania udolnego, nie znajduje jednak równego przełożenia na konstrukcję usiłowania nieudolnego. Pogląd ten może znaleźć uzasadnienie, gdy weźmie się pod uwagę kwestię nadal często ignorowaną w orzecznictwie, a i nie do końca ufnie przyjmowaną przez część doktryny, wystarczająco jednak przekonująco już uzasadnioną, by nie budziła ona tu wątpliwości, mianowicie, że przepis art. 13 § 2 k.k. jest przepisem w pełni treściowo samodzielnym, niezależnym od przepisu art. 13 § 1 k.k.¹⁸ Usiłowanie nieudolne charakteryzuje

¹⁵ D. Gajdus nazywa tę sytuację paradoksalną – D. Gajdus, *Czynny żal...*, 99. Tak również A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, s. 310. Zob. też wyr. SA we Wrocławiu z dnia 10 czerwca 2015 r., II AKa 136/15, Legalis: „Klauzula bezkarności z art. 15 § 1 KK powinna znaleźć zastosowanie także w stosunku do takiego sprawcy usiłowania zabójstwa, który będąc przekonany, że skutek w postaci śmierci pokrzywdzonego rzeczywiście zagraża, pragnąc zapobiec temu skutkowi, podejmuje racjonalne działania w tym kierunku o jakich mowa w art. 15 § 1 KK, nie mając świadomości, że w istocie zagrożenia dla życia pokrzywdzonego nie było.”

¹⁶ Por. choćby post. SN z 8.9.2005 r., II KK 10/05, OSNwSK 2005, Nr 1, poz. 1614; wyr. SN z 20.11.2007 r., III KK 254/07, Prok. i Pr.-wkł. 2008, Nr 7–8, poz. 3; wyr. SA w Krakowie z dnia 10.7.2013, II AKa 131/13, Legalis; wyr. SA w Szczecinie z dnia 23.10.2014 r., II AKa 172/14.

¹⁷ Tak A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*s. 310, za nimi również T. Sroka, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna. Tom I – Komentarz do art. 1–31*, Warszawa 2015, s. 384.

¹⁸ J. Majewski, *O różnicy...*, s. 30, aprobusz m.in. również A. Liszewska, [w:] R. Dębski (red.), *System...*, s. 766–767.

zatem odrębny zespół znamion, niebędący bynajmniej uszczegółowieniem znamion usiłowania udolnego. Składają się na niego: zamiar popełnienia czynu zabronionego, powzięcie zachowania, które w przekonaniu sprawcy ma doprowadzić do realizacji tego zamiaru i wreszcie obiektywny brak możliwości dokonania czynu z powodu braku adekwatnego przedmiotu lub środka, co do czego sprawca pozostaje w błędzie. Tym samym art. 13 § 2 k.k. proponuje się odczytywać następująco: „Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca w zamiarze popełnienia czynu zabronionego podejmuje zachowanie, które w jego przekonaniu ma doprowadzić do dokonania tego czynu, ale 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 nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego”¹⁹. W szczególności na znamiona tej postaci usiłowania nie składa się „bezpośrednie zmierzanie do dokonania”, istotną rolę odgrywa natomiast znamie braku możliwości dokonania.²⁰ Powyższe powoduje, że rozróżnienie usiłowania ukończonego od nieukończonego jako opartego na przeciwstawieniu realizacji wszystkich znamion prowadzących bezpośrednio do dokonania poza wystąpieniem znamienia skutku, a ich niezrealizowaniu czyli nadal pozostawianiu na etapie bezpośredniego zmierzania przestaje jednak do znamion usiłowania nieudolnego pasować. Tym samym nie bardzo da się przyjąć dla usiłowania nieudolnego, że z usiłowaniem ukończonym mamy do czynienia w sytuacji, gdy sprawca uczynił wszystko, co było konieczne do dokonania czynu zabronionego, czyli zakończył ostatnią czynność zmierzającą do dokonania, a mimo to dokonanie nie nastąpiło, zaś usiłowanie nieukończone zachodzi, gdy sprawca nie zakończył jeszcze ostatniej czynności zmierzającej do dokonania czynu zabronionego, jest zatem niejako nadal „w trakcie”.²¹ Próby nałożenia na siebie znamion usiłowania niedolnego a wspomnianego podziału prowadzą do rozwiązań dość absurdalnych, zaś twierdzenie, że łącznikiem pomiędzy tymi dwiema płaszczyznami może być tu znamie „w swoim przekonaniu”, pozwalające przenieść się na płaszczyznę ocen i postrzegania samego usiłującego musiałoby też prowadzić do akceptacji tezy, że do znamion usiłowania nieudolnego należy jednak „bezpośrednie zmierzanie do dokonania”, tyle iż również „w przekonaniu sprawcy”²². W istocie bowiem podział na usiłowanie ukończone

¹⁹ A. Liszewska, [w:] R. Debski (red.), *System...*, s. 772.

²⁰ J. Majewski, *O różnicy...*, s. 28.

²¹ A. Liszewska, [w:] R. Debski (red.), *System...*, s. 782. Podział usiłowania na ukończone i nieukończone wynikać ma właśnie z „jego charakteru jako zachowania sprawcy polegającego na bezpośrednim zmierzaniu do dokonania czynu głównego” – K. Tkaczyk, *Instytucja czynnego zału w prawie karnym w aspekcie prawoporównawczym*, Przemysł 2008, s. 134.

²² W konsekwencji zatem znamiona usiłowania nieudolnego stanowiłyby powtórzenie znamion usiłowania udolnego tyle, że poprzedzone byłyby dodatkowym znamieniem: „w przekonaniu sprawcy”. Koncepcja nie da się obronić w rodzimym stanie prawnym, choć jest zbliżona do rozwiązania przyjętego chociażby w niemieckim Kodeksie Karnym, w którym § 22 StGB, normujący usiłowanie stanowi w tłumaczeniu, że „usiłuje popełnić czyn zabroniony, kto **wedle swojego wyobrażenia** czynu, zmierza bezpośrednio do urzeczywistnienia znamion typu”, co powoduje dzięki odwołaniu za każdym razem do znamienia „w wyobrażeniu sprawcy” odnosić tę regulację także do usiłowania nieudolnego (sprawca usiłowania nieudolnego również w swoim wyobrażeniu bezpośrednio zmierza), z zastrzeżeniem, iż nieudolność z uwagi na nieadekwatność przedmiotu lub środka karalna pozostaje zawsze i to w granicach usiłowania

i nieukończone dla usiłowania nieudolnego nie ma większego sensu, podobnie jak nie ma większego sensu podział dla niego na dwie formy czynnego żalu. Nie da się bowiem w sposób satysfakcjonujący oddać różnicy między tymi dwiema formami dla usiłowania nieudolnego. To właśnie brak możliwości nastąpienia skutku i brak możliwości bezpośredniego zmierzania do dokonania znamionujący tę samoistną przecież formę stadialną powodują, że sprawca – który tak choćby, jak w przywoływanym wcześniej przykładzie, nawet wedle swojego planu i swego, z gruntu fałszywego, wyobrażenia – uczynił już wszystko, aby wyobrazony i chciany skutek nastąpił (przy usiłowaniu udolnym, mógłby zatem najwyżej już tylko tak uruchomiony ciąg przyczynowy odwrócić) nadal pozostaje w rzeczywistości na etapie, na którym nic jeszcze takiego się nie wydarzyło, aby trzeba było oddziaływać na rzeczywistość w szczególny sposób, a przecież konieczność zapobieżenia dokonaniu jest właśnie taką kwalifikowaną postacią dobrowolnego odstąpienia²³, w której ze względu na zaawansowanie przebiegu przyczynowego trzeba już uczynić „coś więcej” niż tylko wstrzymać się od dalszej aktywności przestępczej. Z punktu widzenia zatem rzeczywistej wartości kauzalnej jego zachowania, pozostaje całkowicie obojętne, w jaki sposób zmanifestuje on na zewnątrz definitywną zmianę swojego zamiaru popełnienia czynu zabronionego²⁴. To powiązanie czynnego żalu z warunkami przyczynowości wprowadza owe dwie jego formy, przy usiłowaniu nieudolnym do problematyki przyczynowości można jednak odnosić się tylko przez analogię, sprawca nie oddziałuje bowiem przyczynowo na swoje otoczenie, dlatego wszak jego usiłowanie jest *ex ante* nieudolne.²⁵

Trzeba też zauważyć, że wcześniejsze stwierdzenie o niemożliwości zapobieżenia skutkowi w razie obiektywnej niemożliwości samego dokonania w równym jednak stopniu przemawia za wykluczeniem dopuszczalności czynnego żalu w postaci dobrowolnego odstąpienia od dokonania. Wszak konsekwencja argumentacyjna

zwykłego (co do nieudolności usiłowania wynikającej z cech podmiotu, coraz częściej można spotkać głosy przemawiające przeciwko dotychczas zgodnemu przekonaniu o bezkarności tego rodzaju usiłowania nieudolnego – za np. K. Hoffmann-Holland, [w:] B v. Heintschel-Heinegg, *Münchener Kommentar...*, s. 1135–1137) a nieudolność wynikająca z poważnego niezrozumienia zgodnie z przepisem § 23 ust. III daje sądowi możliwość nadzwyczajnego wymiaru kary. (Przy kolejnym stopniu usiłowania – czyli tzw. usiłowaniu nierealnym – powszechnie wskazuje się na brak racji mających przemawiać za jego karalnością) – K. Kühn, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2017, s. 530.

²³ P. Kardas, M. Rodzynkiewicz, *Projekt kodeksu karnego w świetle opinii sądów i prokuratur*, WPP 1995, nr 2, s. 53; J. Raglewski, *Czynny żal w części ogólnej KK*, Jur. 2000, Nr 1, s. 15; A. Liszewska, *Komentarz online do art. 15 k.k.* ...

²⁴ Ponieważ jest to usiłowanie *ex ante* nieudolne, nie potrzeba w szczególności, by zachowanie sprawcy stanowiło odzwierciedlenie takiego modelu postępowania, który dla usiłowania udolnego postrzegalibyśmy jako „odwrócenie niebezpieczeństwa”. Zresztą konieczność prowadzenia ustaleń co do przypisania takiego rzekomego, istniejącego jedynie w wyobrażeniu sprawcy, „odwrócenia niebezpieczeństwa” jako jego dzieła byłaby z uwagi na podwójną niejako hipotetyczność dość skomplikowana. Nie da się jednak wykluczyć, że pewne elementy zbliżone do podobnych ustaleń będą jednak wymagane dla możliwości dowiedzenia, że sprawca rzeczywiście porzucił zamiar.

²⁵ Autorka idzie tu w odmiennym kierunku niż O. Sitarz, choć również wskazuje na nieadekwatność klasycznego podziału form czynnego żalu. – zob. O. Sitarz, *Usiłowanie ukończone i nieukończone (próba nowego spojrzenia)*, PiP 2011, nr 6, s. 88 i n.

nakazywałyby na identycznej drodze przyjmować, że również odstąpić nie da się od czegoś, czego w istocie nie ma. Ten sposób rozumowania w rzeczywistości zatem wcale nie prowadzi do zawężenia czynnego żalu przy usiłowaniu nieudolnym jedynie do formuły dobrowolnego odstąpienia, ale w ogóle eliminuje dla tego rodzaju usiłowania czynny żal jako dopuszczalną figurę normatywną, a ściślej – eliminuje możliwość stosowania wprost art. 15 k.k. i to nie tylko co do dobrowolnego zapobiegnięcia skutkowi, lecz również co do dobrowolnego odstąpienia. Nie oznacza to bynajmniej, że czynny żal przy usiłowaniu nieudolnym nie może, czy nie powinien mieć miejsca. Wręcz przeciwnie – brak jest wyłącznie stosownej regulacji ustawowej, bezpośrednio przewidującej takie przypadki, stąd – przy wadze racji, które nie pozwalają odrzucić możliwość czynnego żalu także po stronie usiłującego nieudolnie – cały przepis art. 15 k.k.²⁶ powinien być stosowany dla tej postaci stadialnej w drodze analogii. Sprawca, który nie uświadamiając sobie, że od samego początku dokonanie pozostawało poza granicami możliwości z uwagi na brak przedmiotu lub też z uwagi na brak środka nadającego się do popełnienia czynu zabronionego, lecz jednak dobrowolnie porzuca zamiar jego kontynuowania, i tą zmianę nastawienia do swojego dotychczasowego procederu stosownie uzewnętrznia, jest w pełni uprawniony, by oczekiwać, że sąd potraktuje jego zachowanie w sposób tożsamy z czynnym żalem sprawcy usiłowania udolnego.

Czy jednak jedynym argumentem za wprowadzaniem tej konstrukcji miałyby być potrzeba zapewnienia pewnej oczekiwanej symetryczności konsekwencji prawnych związanych z usiłowaniem udolnym oraz nieudolnym, opierająca się na założeniu, że jeżeli usiłowanie nieudolne pozostaje co do zasady karalne, tak jak usiłowanie udolne, to również co najmniej w takich samych przypadkach ustawodawca powinien regulować wyłączenie jego karalności, a zatem – byłoby rażąco niesprawiedliwe, gdyby sprawca zachowania o nieporównywalnie większym potencjale zagrożenia dla dóbr prawnych, mógł jednak pod pewnymi warunkami skorzystać z przywileju niepodlegania karze, zaś sprawca, którego postępowanie, nawet zanim jeszcze wycofał się z powziętej aktywności, nigdy nie mogło wejść choćby tylko w zbliżoną fazę niebezpieczeństwa, byłby już – przy wypełnieniu podobnych warunków – tej swoistej gratyfikacji pozbawiony. Poprzestanie na takim uzasadnieniu, choć może na swój sposób przekonującym, nie byłoby jednak wystarczające. O przyjęciu bezkarności usiłowania udolnego w przypadku czynnego żalu decydują bowiem konkretne względy kryminalno-polityczne, które powinny też zaktualizować się w jakimś stopniu dla usiłowania nieudolnego. Paradoksalnie jednak generalny brak niebezpieczeństwa związany z tą formą stadialną może przemawiać przeciwko obdarzaniu sprawcy zaprzestanego usiłowania nieudolnego dobrodziejstwem niepodlegania karze. Zachowanie sprawcy, następujące w konsekwencji porzucenia przez niego zamiaru przestępczego, tak jak wcześniej nie było w stanie naruszyć dóbr prawnych, tak też nie jest w stanie ich przed naruszeniem

²⁶ Cały, gdyż w razie niedopatrzania się przez sąd możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary z uwagi na właściwości samego usiłowania – wszak nie każde usiłowanie nieudolne zasługuje automatycznie na odstąpienie od wymierzenia kary lub jej nadzwyczajne złagodzenie, sąd zawsze może, przyjmując starania zastosować nadzwyczajny wymiar kary na tej właśnie podstawie.

ochronić. W odniesieniu do dobrowolnie odstępującego od dokonania sprawcy usiłowania udolnego, lub sprawcy takiego usiłowania, który skutecznie zapobiegł skutkowi, można mówić o wymiernych pozytywnych efektach na gruncie ochrony dóbr prawnych. Zachowanie jego doprowadza zatem do pojawienia się pewnej realnej korzyści, która zbilansowała niejako poprzednią stratę w postaci stworzonego zagrożenia²⁷. Odpowiedzią na tę właśnie korzyść jest podobna korzyść na poziomie karnia. Gdzie jednak, zwłaszcza w kontekście tego, co do tej pory stwierdzono, statuować można by korzyść z perspektywy ochrony dóbr związaną z przeciwdziałaniem sprawcy usiłowania nieudolnego?

Po pierwsze, i rzecz to chyba dość trywialna, na płaszczyźnie subiektywnej. Jak długo sprawca tkwi w przeświadczeniu, że jego usiłowanie jest udolne, a zatem że istnieją wszelkie szanse na dokonanie przez niego czynu zabronionego, a mimo to decyduje się dobrowolnie tak obraną drogę porzucić, to wygaśnięcie jego zamiaru przestępczego samo w sobie powinno być odebrane jako dodatnio wartościowana zmiana. Argument ten nie jest akurat dla usiłowania nieudolnego pozbawiony swojej wagi. W przeciwieństwie do kryminalizacji usiłowania udolnego, elementy podmiotowe zawsze pozostaną podstawowym źródłem jakiegokolwiek negatywnej oceny tej formy stadialnej pozwalającej na objęcie jej zakazem karnym²⁸. Trafnie zwraca uwagę Z. Jędrzejewski, że nawet jeżeli samo zachowanie nie jest konkretnie niebezpieczne, to na płaszczyźnie bezprawia sam zamiar charakteryzować musi już pewna zdolność realizacyjna czy kierunkowa „niebezpieczność”, wykraczająca poza elementy czysto motywacyjne i mogąca być przedmiotem prawno-karnej oceny. Stanowią ją pewien potencjał wykonawczy sprawcy, jego zdolności, umiejętności, zdarność do pokierowania procesem przyczynowym²⁹, których wygaśnięcie już samo w sobie stanowi gwarancję nienaruszalności dóbr prawnych. Zaniechaniu chęci kontynuacji czynu czy wręcz zastąpieniu jej chęcią, by czyn nie został dokonany, zasługuje zatem analogicznie na ocenę pozytywną i to na płaszczyźnie prawnego, a nie moralnego wartościowania „przemiany duchowej” sprawcy.

Odwołanie się do jakiejś formy „niebezpieczności” pozwala ponadto wydobyć dla usiłowania nieudolnego pewne minimum przedmiotowej naganności zachowania, stąd jego obecność u autorów, którzy wskazują na potrzebę i zasadność integracji elementów obiektywnych oraz subiektywnych przy uzasadnianiu karalności powyższej formy stadialnej³⁰. Z tego punktu widzenia czynny żal sprawcy usiło-

²⁷ Jak stwierdza A. Spotowski – „odstąpienie od usiłowania stanowi fakt społecznie dodatni i dzięki temu równowagę społeczną ujemność usiłowania wcześniej wykonanego”, A. Spotowski, *O odstąpieniu od usiłowania*, PiP 1980, nr 6, s. 90.

²⁸ Co nie oznacza, że źródłem wyłącznym lub wystarczającym, niemniej powszechnie zwraca się uwagę, że przy usiłowaniu nieudolnym to właśnie czynnik subiektywny wysuwa się na plan pierwszy: por. T. Bojarski, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks*, s. 60; J. Giezek, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny...*, s. 127–128; A. Marek, *Kodeks karny*, Warszawa 2010, s. 66; K. Wiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, s. 129.

²⁹ Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 194; Z. Jędrzejewski, *Granica karalności usiłowania nieudolnego*, WPP 2007, nr 2, s. 77.

³⁰ Por. A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji*, [w:] J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2007, s. 18; R. Dębski, *Karalność usiłowania nieudolnego*, RPEiS 1999, z. 2, s. 114–117; J. Giezek, *Formy stadialne popełnienia*

wania nieudolnego staje się faktem dodatnim właściwie tak samo, jak dobrowolne odstąpienie czy zapobiegnięcie skutkowi przy usiłowaniu udolnym³¹, co zapewnia zbieżne uzasadnienie dla rezygnacji z karania. Warto również od razu zastrzec, że mylnie byłoby wrażenie, jakoby powyższe prowadziło do sprzeczności z wcześniejszymi uwagami, ponieważ wymagałoby przyjęcia, iż zachowanie sprawcy odznacza się jednak jakąś właściwością przyczynowego oddziaływania na dobra prawne, skoro można mówić – przynajmniej w części przypadków – że jest ono generalnie lub potencjalnie niebezpieczne. Rzecz w tym, że pomiędzy potencjalnym czy generalnym niebezpieczeństwem a stworzeniem niebezpieczeństwa zachodzi zasadnicza i niekwestionowana różnica. Nie jest to nawet różnica między możliwością faktu a jego zaistnieniem, ponieważ dla usiłowania nieudolnego żadna możliwość zagrożenia dóbr od samego początku nie powstaje. Potencjał czy generalność niebezpieczeństwa należałoby zatem statuować gdzieś jedynie w pobliżu możliwości, gdyż ta zawiera w sobie już pewną szansę czy prawdopodobieństwo, natomiast element podmiotowy usiłowania nieudolnego może charakteryzować się tylko podobieństwem do możliwości, polegającym na tym, że – nawiązując do sformułowania A. Zolla – gdyby układ okoliczności uległ zmianie, to sprawca na tej właśnie drodze mógłby doprowadzić do dokonania³². Sprawca, który prawidłowo postrzega zależności kauzalne, choć błędzi co do okoliczności faktycznych, w których mogą one się zaktualizować, niewątpliwie uruchamia zatem swoim usiłowaniem jakiś łańcuch przyczynowy, tak, że możemy powiedzieć, iż jego usiłowanie jest generalnie niebezpieczne³³. Zarówno jednak niebezpieczeństwo, jak i mowa o zdadności do przyczynowego oddziaływania występują tu tylko w tym znaczeniu, że wystarczyłoby odrzucić pierwotny błąd, by takie samo w warstwie realizacyjnej postępowanie mogło realnie zagrozić dobrom. Jak długo wszakże błąd istnieje, wyklucza uruchomienia tego łańcucha przyczynowego, którego ogniwem stanie się zagrożenie dla dóbr prawnych. Nawet jednak jeżeli zachowanie – mające dla sprawcy nieuświadomionego usiłowania nieudolnego wszelkie cechy dobrowolnego czynnego żalu – nie jest w stanie kauzalnie oddziaływać na rzeczywistość, implikując odwrócenia niebezpieczeństwa dla dóbr prawnych, podobnie jak zanim sprawca swój zamiar porzucił, nie było w stanie żadnego realnego niebezpieczeństwa dla tych dóbr stworzyć, to jednak owo wspomniane podobieństwo usiłowania nieudolnego do

czynny zabronionego w polskim prawie karnym, Annales UMCS 2013, tom LX, s. 49–50; J. Majewski, *O (braku) karalności usiłowań „nierealnych”, „absolutnie nieudolnych” i im podobnych*, [w:] Ł. Pohl, *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 357; Hirsch H.-H., *Problematyka regulacji nieudolnego usiłowania w polskim i niemieckim kodeksie karnym*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga Jubileuszowa z okazji 70. urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 262; zob. też w D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012, s. 272 i n.

³¹ Por. stanowiska wskazujące na zasadność podziału usiłowania nie na udolne i nieudolne, lecz na usiłowania niebezpieczne i niebędące niebezpiecznymi. Zob.

³² W tym też sensie trafnie pisze S. Tarapata, że konstrukcja usiłowania nieudolnego składa się z elementu będącego swoistym surogatem znamienia ujętego zbiorczą nazwą w postaci tzw. ataku na dobro prawne – S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 532 i 534.

³³ J. Giezek, *Formy stadialne...*, s. 49.

zachowania stwarzającego zagrożenie na drodze naruszenia reguły postępowania z dobrem prawnym, uzasadnia stosowanie art. 15 k.k. na zasadzie analogii.

Przedstawione powyżej uwagi, w których starano się jednoznacznie przesądzić zarówno o aplikowalności konstrukcji dobrowolnego odstąpienia lub zapobieżenia skutkowi do usiłowań nieudolnych, jak i ich użyteczności oraz kryminalnopolitycznej racjonalizacji, nie muszą być jednoznaczne ze sfalsyfikowaniem twierdzenia, że w przypadku, gdy sprawca zaniechał akcji przestępczej z uwagi na to, że pokrzywdzony nie dysponował interesującym go przedmiotem, nie dałoby się rozważyć zastosowania art. 15 § 1 k.k. Można bowiem zgodzić się, że odwołanie do tej instytucji byłoby w takich przypadkach nieuzasadnione, cała rzecz jednak w tym, że ów brak uzasadnienia opiera się na zupełnie innych podstawach, niż te, które przytacza choćby w swojej ostatniej uchwale Sąd Najwyższy. Jedynie dla niezbędnego przypomnienia wypada dodać, że cała argumentacja Sądu oscyluje wokół rozumienia warunku „dobrowolności” czynnego żalu. Niezależnie jednak od tego, czy zgodzimy się z interpretacją prezentowaną w uchwale w tym zakresie, czy nie – na jedno wskazać trzeba z całą stanowczością – „dobrowolność” i to jakkolwiek rozumiana, nie ma akurat w podobnych przypadkach nic do rzeczy. Zresztą z tego samego powodu mająca również wyznaczać określone ujmowanie dobrowolności perspektywa obiektywistyczna także nie jest tym, co przesądza o braku możliwości kwalifikowania zachowania sprawcy z przepisu art. 15 k.k. tak w rozpatrywanym układzie warunków, jak i w ogóle przy usiłowaniu nieudolnym dowolnego innego przebiegu. Nie jest to, innymi słowy, kwestia zdeterminowana obiektywistycznym lub subiektywistycznym postrzeganiem udolności usiłowania³⁴.

Całe zagadnienie sprowadza się bowiem w istocie do starannego odróżnienia przypadków, w których sprawca usiłowania odstępuje od dokonania czynu zabronionego od przypadków, w których rezygnuje on z dalszych czynności, ponieważ uważa, że dokonanie przestępstwa nie jest już możliwe, a zatem nawiązania do szczególnej, wyróżnianej w doktrynie figury, jaką jest tzw. usiłowanie chybione. Odnosząc się w tym kontekście do trafnych spostrzeżeń, zgłaszanych swego czasu przez A. Wąska i A. Spotowskiego, wypada zastrzec, że przy usiłowaniu chybionym dywagowanie na temat, czy sprawca, który wie, że nie może kontynuować swojego procederu odstępuje dobrowolnie czy niedobrowolnie pozbawione jest najmniejszej zasadności³⁵. „W sytuacji, w której sprawca uważa, że realizacja zamiaru przestępczego jest niemożliwa, nie można w ogóle mówić o odstąpieniu od czynu. Nie sposób bowiem odstąpić od wykonania tego, czego wykonać się nie da. Jeżeli sprawca dojdzie do wniosku, że mimo zastosowania wszystkich swych sił i umiejętności nie jest w stanie zrealizować swego zamierzenia, to mamy do czynienia

³⁴ Wbrew temu, jak zwykle jest przedstawiane, czego przejawy pozostają widoczne nawet w treści przywoływanego już wniosku Pierwszego Prezesa SN w sprawie I KZP 16/16, w którym wyraźnie stwierdza się, że to przyjęcie wykładni opartej na obiektywistycznym ujęciu pojęcia braku przedmiotu w myśl art. 13 § 2 k.k. prowadzić musi do uznania, że odstąpienie w wyżej przedstawionym przypadku jest wynikiem sytuacji zewnętrznej, a zatem przekreśla dobrowolność i czynny żal (por. uzasadnienie wniosku Pierwszego Prezesa SN z dnia 2 listopada 2016 r., s. 5.)

³⁵ Zob. A. Wąsek, *Glosa do wyroku z 22 I 1985 IV KR 336/84*, PiP 1986, nr 6, s. 146, idem, *Z problematyki usiłowania nieudolnego*, PiP 1985, nr. 7–8, s. 80; A. Spotowski, *O odstąpieniu...*, s. 92.

z usiłowaniem chybnym, od którego odstąpić ani dobrowolnie ani niedobrowolnie nie można. Rysuje się zatem konieczność rozróżniania przy usiłowaniu sytuacji, w których odstąpienie jest możliwe, od tych, w których jest niemożliwe³⁶ Mylenie tych dwóch zgoła odmiennych grup przypadków, można – jak się zdaje – tłumaczyć przywiązaniem dla mającej tłumaczyć istotę dobrowolności formuły: „jeżeli sprawca uważa, że może wykonać czyn, to jego zaprzestanie jest dobrowolne”, od której niestety przechodzi się zbyt lekko do wywodzonego a contrario stwierdzenia, iż jeżeli tym samym sprawca dochodzi do wniosku, że nie może kontynuować wykonania czynu, to znaczy że odstępuje niedobrowolnie³⁷. Logiczna poprawność podobnego rozumowania tylko pozornie wydaje się zachowana. Opiera się jednak na przyjęciu z góry założenia, że wszystkie odstąpienia od usiłowania są albo dobrowolne, albo nie-dobrowolne. Jest to jednak błąd, skutkujący pominięciem wcale licznej kategorii odstąpień, które się w powyższym dychotomicznym podziale mieścić nie będą. Wszystkie odstąpienia od usiłowania mogą być bowiem w pierwszej kolejności zdadne do odnoszenia do nich czynnego żalu (dobrowolności) lub niezdatne, a dopiero te zdadne podlegają dywersyfikacji na odpowiadające przesłankom odstąpienia dobrowolnego lub nie. Tym samym na płaszczyźnie logicznej, nie sposób przyjąć, że wszelkie pozostałe tj. nie mieszczące się w przytoczonej na wstępie akapitu formule przypadki zaprzestania przez sprawcę akcji przestępnej miałyby być niedobrowolne, zwłaszcza iż miałyby automatycznie przedstawiać się jako niedobrowolne odstąpienie. Takie stanowisko jest też nieprawidłowe pod względem normatywnym i konstrukcyjnym. Po pierwsze, odstąpić w rozumieniu przepisów normujących czynny żal – a, co wymaga podkreślenia, tylko takie „odstąpienie”, nie zaś „odstąpienie” w jakimkolwiek sensie potocznym może być w tym kontekście przedmiotem prawnokarnie istotnych rozważań – można tylko tak długo, jak długo trwa usiłowanie. W momencie zakończenia tej formy stadialnej odstąpienie nie jest już możliwe, przy czym od razu wypada dla rozwiania jakichkolwiek niejasności, dodać, że usiłowanie tzw. ukończone pozostaje usiłowaniem – w tym zakresie czynny żal nie przebiega gdzieś na pasie – nawiązując do znanego sformułowania A. Wąska – „ziemi niczyjej” między dokonaniem a usiłowaniem, bo takiego obszaru dogmatyka prawa karnego nie zna³⁸. Zgodnie z przedstawionym

³⁶ A. Spotowski, *O odstąpieniu...*, s. 92. W pełni zgodzić się należy tym samym też z proponowaną sekwencją badania usiłowania pod kątem stosowania przepisów o czynnym żalu proponowaną przez A. Spotowskiego, który pisze że „ustalenie, czy w danej sytuacji odstąpienie jest możliwe czy nie, powinno stanowić pierwszą fazę oceny możliwości stosowanie art. 13 k.k. [d.k.k.] Jeżeli odstąpienie jest niemożliwe to nie trzeba już rozpatrywać kwestii dobrowolności. Pogląd Autora aprobuje też A. Liszewska, która zwraca ponadto uwagę, w jak wielu przypadkach w orzecznictwie, także Sądu Najwyższego nie dostrzega się wskazanej różnicy i jej konsekwencji, od czego chlubnym wyjątkiem jest jedynie wyrok. SA w Białymstoku z dnia 20 grudnia 2012 r., II AKa 213/12, Legalis.

³⁷ A. Spotowski zauważa, że utożsamia się w ten sposób rozgraniczenie możliwości i niemożliwości odstąpienia z rozgraniczeniem dobrowolności i niedobrowolności odstąpienia – A. Spotowski, *O odstąpieniu...*, s. 92.

³⁸ Skądinąd, gdyby znała, to pochodź przestępstwa musiałby przypominać zaskakującą konstrukcję składającą się naprzemiennie z zachowań karalnych i niekaralnych, począwszy od zwykle niekaralnego przygotowania, poprzez karalne co do zasady usiłowanie, znów niekaralne i niezabronione zachowanie „pomiędzy” i ponownie karalne – dokonanie.

wcześniej i zaaprobowanym w doktrynie sposobem dekodowania znamion usiłowania nieudolnego – zachodzi ono, gdy sprawca w zamiarze popełnienia czynu zabronionego podejmuje zachowanie, które w jego przekonaniu ma doprowadzić do dokonania tego czynu, ale nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe. Brak uświadomienia sobie przez sprawcę niemożliwości dokonania warunkuje nie tylko samą treść, swoistość tej postaci stadialnej, ale i wyznacza jej granice. Tym samym w momencie, w którym sprawca uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe kończy się jego usiłowanie nieudolne, a ponieważ znamieniem usiłowania nieudolnego jest też zawsze brak dokonania, to w tym momencie kończy się dla takiego sprawcy czyn zabroniony do którego nieudolnie zmierzał. Dla sprawcy działającego nieudolnie *iter delictii* zawsze „urywa się” na nieudolnym usiłowaniu – w rozpatrywanych przypadkach urywa się zaś na uświadomieniu sobie obiektywnej bezskuteczności i nieefektywności swoich działań³⁹. Tym samym jakiegokolwiek już dalsze postępowanie takiego sprawcy należałoby traktować nie w kategoriach odstąpienia, ale raczej zachowania mającego miejsce po popełnieniu przestępstwa.

Zasadnicza odmienność kategorialna usiłowania nieudolnego a usiłowania chybionego, mimo że łączy je wspólny element niepowodzenia akcji przestępnej, jest jednak szczególnie wyraźna, gdy zwróci się uwagę na fakt, że owe kategorie stanowią pochodne dwóch przeciwstawnych perspektyw ocennych. Niemożność dokonania znamionująca usiłowanie nieudolne podlega bez wątpienia ocenie obiektywnej z perspektywy *ex ante*, natomiast niemożność dokonania, którą uświadamia sobie sprawca usiłowania chybionego, istnieje jedynie wedle jego wyobrażenia stanu rzeczy – dla jej bytu znaczenie zyskuje wyłącznie perspektywa subiektywistyczna. Opinia sprawcy może przy tym pokrywać się z rzeczywistością, wówczas dostrzega on obiektywną nieudolność swojego usiłowania, ale – równie dobrze – być wynikiem mylnego przyjmowania przez niego obiektywnej nieudolności w sytuacji mogącej jak najbardziej prowadzić do pełnego zrealizowania znamion danego typu czynu – wówczas do usiłowania chybionego może dojść także przy usiłowaniu udolnym. Ponieważ zatem usiłowanie chybione nie zależy od tego, czy sprawca myli się, czy nie w ocenie swoich szans, a zatem od tego, czy skłonni byłibyśmy jego zachowanie kwalifikować jako udolne lub nie, zaś jego przesłanką pozostaje tylko indywidualne przekonanie sprawcy o bezskuteczności swoich zamierzeń, to spór o subiektywistyczne lub obiektywistyczne postrzeganie adekwatności przedmiotu, a tym samym i udolności (lub nie) usiłowania nie znajduje żadnego przełożenia na rozpatrywane tu zagadnienie. Dla poruszanego problemu – tj. czy sprawca może w zakreślonych układach sytuacyjnych skorzystać z przywileju czynnego żalu – spór ten jest bezprzedmiotowy, zaś jego wynik obojętny.

³⁹ Sprawca może oczywiście dojść do wniosku, że będzie jednak kontynuował swój proceder, choć za pomocą nieco innych sposobów lub środków (np. sprawca – dostrzegając, że jego pistolet jest zacięty – zamiast zastrzelić ofiarę, postanawia rzucić się na nią i ją udusić) – tu jednak pojawia się pytanie, na ile przy zmianie zarówno na płaszczyźnie zamiaru sprawcy, jak i kwalifikowalibyśmy takie zachowanie w kategoriach jednego czy wielu czynów. Zagadnienie jednak oceny przypadków usiłowania chybionego przy istnieniu możliwości kontynuacji zdecydowanie przekracza ramy niniejszego opracowania.

Może być interesującym uzupełnieniem prezentowanych rozważań podejście do usiłowania chybionego, jakie od dłuższego już czasu prezentowane jest w piśmiennictwie i orzecznictwie niemieckim, zwłaszcza, że w wielu punktach zbieżna z rozważaną przez SN sprawą stała się również przedmiotem istotnego judykatu Trybunału Federalnego⁴⁰. Uznając, że oskarżony dopuścił się usiłowania rozboju, BGH stwierdził w swoim orzeczeniu, że z uwagi na zamiar, jaki towarzyszył sprawcy – a był to zamiar obejmujący zabór rowerzystom toreb i przywłaszczenie znajdującej się tam gotówki – sprawca od początku nie obejmował nim przywłaszczenia jakichkolwiek innych przedmiotów, np. butów sportowych należących do pokrzywdzonej. „Oskarżony nie chciał też przywłaszczenia samej torby, ale jej zawartości, ta jednakże składała się z – dla oskarżonego bezwartościowych – rzeczy, na które ponadto nie była w czasie czynu nakierowana jego wola przywłaszczenia. Tym samym zachodzi jedynie usiłowanie rozboju, od którego wszakże oskarżony nie może w sposób uwalniający go od kary odstąpić (§ 24 StGB), ponieważ usiłowanie z jego subiektywnego punktu widzenia było chybione.”⁴¹ Powszechnie przyjmuje się, że w przypadkach usiłowania chybionego odstąpienie w ogóle nie wchodzi w grę, wszelkie bowiem znamiona czynnego żalu z § 24 StGB jak: „zaprzestanie dalszej realizacji czynu”, „zapobieżenie dokonaniu” czy „poważne starania o zapobieżenie dokonaniu” same przez się narzucają warunek, by sprawca w ogóle uznawał za możliwe to, iż czyn może zostać jeszcze dokonany.⁴² „Stosownie zatem do § 24 StGB odstąpienie pozostaje możliwe tak długo, jak długo usiłowanie dla samego sprawcy nie stanie się chybione”⁴³. Ma to zaś miejsce wówczas, gdy „dla

⁴⁰ Post. BGH z dnia 26.11.2003 r., 3 StR 406/03, NSTZ 2000, 531. Stan faktyczny wspomnianej sprawy dotyczył sprawcy usiłowania rozboju, który dopuszczając się ataku na rowerzystkę, zabrał jej linianą torbę, ale gdy tylko zorientował się, że w niej nie ma w niej niczego prócz butów sportowych, w szczególności pieniędzy, których się spodziewał, wrzucił torbę z zawartością z powrotem do koszyka roweru.

⁴¹ Uzasadnienie post. BGH z dnia 26.11.2003 r., 3 StR 406/03, NSTZ 2000, 531, s. 2.

⁴² Tak K. Hoffmann-Holland, [w:] B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1, §§ 1–37*, München 2017, s. 1162; por. też V. Krey, R. Esser, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart 2012, s. 528; T. Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen. Beck'sche KurzKommentare*, München 2017, s. 230–231. Sprawca, który wychodzi z założenia niepowodzenia swojego usiłowania nie potrzebuje już ani zrezygnować z czynu, ani przeciwdziałać skutkowi – K. Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2017, s. 546, trafnie też zaznacza się, że nie może być mowy o rozważaniu dobrowolności lub nie wyboru, tam gdzie po pierwsze w ogóle nie ma wyboru – s. 212; H. Kudlich, J.C. Schur, [w:] H. Satzger, B. Schmitt, G. Widmaier (Hrsg.), *StGB. Strafgesetzbuch Kommentar*, Köln 2009, s. 212; podobnie W. Mitsch, [w:] J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2003, s. 631., R. Zaczyk, [w:] U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.), *Nomoskommentar. Strafgesetzbuch, Band 1*, Baden-Baden 2013, s. 1006–1007; H. Lilie, D. Albrecht, [w:] H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Erster Band*, Berlin 2007, s. 1684; M. Heger [w:] H. Matt, J. Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2013, s. 300; J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2016, s. 318–320; częściowo odmienny pogląd zgłasza zwłaszcza H. Frister, który odwołując się do pojęcia „psychiczno-rzeczywistej możliwości realizacji znamion typu uznaje, że w przypadkach usiłowania chybionego opierającego się na braku dla sprawcy dalszego sensu w kontynuacji czynu, należałoby poprzestać – tak jak to czyniono w starszym orzecznictwie – na ustalaniu dobrowolności. H. Frister, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2013, s. 353. BGH NSTZ 2010, 690.

⁴³ U. Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2013, s. 255.

sprawcy, czego jest on świadom, faktycznie jest niemożliwie, by w bezpośrednim następstwie zdarzeń sprowadził on skutek.”⁴⁴, „jeżeli sprawca rozpoznaje, albo przynajmniej przyjmuje, że w bezpośrednim czasowym i rzeczowym związku ze środkami, które pozostają do jego dyspozycji nie może już doprowadzić do dokonania czynu”⁴⁵, „jeżeli sprawca rozpoznaje, zwłaszcza uważa, że nie może doprowadzić do dokonania”⁴⁶ lub „jeżeli, wedle wyobrażenia sprawcy, konkretny projekt czynu nie może zostać doprowadzony do dokonania ze względu na przedmiot czynności wykonawczej lub środek użyty do popełnienia czynu zabronionego”⁴⁷ Bez względu na pewne odmienności w proponowanych definicjach, uwypuklają one zwłaszcza subiektywny elementu odbioru efektywności usiłowania przez działającego. „Usiłowanie chybione nie jest usiłowaniem obiektywnie chybionym, którego niepowodzenia sprawca sobie nie uzmysławia. Od takiego usiłowania chybionego na mocy wyraźnej regulacji § 24 ust 1 sprawca może odstąpić. Chodzi o subiektywne – tj. wedle wyobrażenia sprawcy – chybione usiłowanie.”⁴⁸ Jedynym zatem miarodajnym punktem odniesienia pozostaje wyłączna perspektywa sprawcy, bez względu na jej trafność czy zasadność.

Pojęcie usiłowania chybionego obejmuje zarówno przypadki „rozpoznania przez sprawcę nieosiągalności konkretnego celu swojego działania”, jak i tzw. usiłowania „bezsensowe”, w których sprawca wprawdzie zdaje sobie sprawę, że może osiągnąć skutek stanowiący znamię typu czynu zabronionego, ten jednak tak znacząco odbiega od tego, co pierwotnie stało się przedmiotem jego zamiaru, że cały założony uprzednio plan przestępczy pozbawiony zostaje, zdaniem sprawcy, sensu⁴⁹. W pierwszej grupie – niemożność realizacji znamion konkretnego czynu zabronionego z punktu widzenia sprawcy związana może być z nieadekwatnością środka, np. wytrycha, który nie nadaje się do otwarcia drzwi, lub nieadekwatnością przedmiotu czynności wykonawczej – np. kasetka na kosztowności i pieniądze, która okazuje się pusta⁵⁰. Uznanie, że chodzi wszak o klasyczne przypadki usiło-

⁴⁴ Wyr. BGH z dnia 10 kwietnia 1986 r., 4 StR 89/86, BGHSt 34, 53.

⁴⁵ F. Zieschang, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart 2014, s. 145.

⁴⁶ W. Mitsch, [w:] J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht...*, s. 631.

⁴⁷ R. Zaczyk, [w:] U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg), *Nomoskommentar...*, s. 1006.

⁴⁸ K. Kühl, *Strafrecht...*, s. 547. Tak K. Hoffmann-Holland, [w:] B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Münchener Kommentar...*, s. 1163, U. Kindhäuser, *Strafrecht...*, s. 256, M. Heger [w:] H. Matt, J. Renzikowski (Hrsg), *Strafgesetzbuch...*, s. 301; M. Heger, *Die neuere Rechtsprechung zum strafbefreienden Rücktritt vom Versuch (§ 24 StGB)*, Strafvverteidiger 2010, z. 6, s. 320.

⁴⁹ K. Kühl, *Strafrecht...*, s. 546. Wedle innej definicji: „Należy założyć istnienie usiłowania chybionego wówczas, gdy faktycznie zaatakowany przez sprawcę przedmiot rozmija się z konkretnymi oczekiwaniami i w związku z tym, nie ma on już żadnego interesu w realizacji czynu, a więc dokonanie staje się dla niego pozbawione sensu” – F. Zieschang, *Strafrecht...*, s. 145; zob. też H. Lilie, D. Albrecht, [w:] H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (Hrsg), *Strafgesetzbuch...*, s. 1695–1702; A. Eser, [w:] A. Schönke, H. Schröder, P. Cramer (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2007, s. 455–456.

⁵⁰ Por. Post. BGH z dnia 01.02.2000, 4 StR 564/99, NStZ 2000, 531–532, w którym sprawcy usiłowanego rozbój zwrócił kasetkę, po tym jak przekonali się, że nie zawiera ona pieniędzy, które zamierzali zdobyć i nie kontynuowali swojego procederu. BGH przyjął także tę postać usiłowania chybionego, gdy doszło do braku „ofiary nadającej się do popełnienia na niej czynu zabronionego” – w sytuacji, w której sprawca usiłowania gwałtu, odstąpił z uwagi na men-

wania nieudolnego przekreśla tu jednak fakt, że ocena niezdatności pozostawiona jest samemu sprawcy. Innymi słowy, usiłowanie powyższe byłoby nieudolne tak długo, jak długo sprawca nie uzmysłowiłby sobie, że dokonanie nie jest obiektywnie możliwe, bo kasetka jest pusta, i odwrotnie – usiłowanie pozostawałoby chybione także wtedy, gdy sprawca nie zdawałby sobie sprawy, że obiektywnie jest ono udolne, a jedynie w sposób całkowicie kontrfaktyczny przyjmował nieadekwatność środka lub przedmiotu (kasetka ma drugie dno i jest w rzeczywistości pełna, czego jednak sprawca nie zauważył). Ze względu jednak na wskazywaną różnicę między płaszczyzną obiektywną a subiektywną pojawia się jeszcze jedna podgrupa przypadków, charakteryzujących się mianowicie uświadomieniem sobie przez sprawcę niemożliwości osiągnięcia skonkretyzowanej postaci skutku należącego do znamion danego typu czynu, przy jednoczesnym istnieniu szans – czego sprawca również jest świadom – na realizację innej jego formy – np. zaboru rzeczy A zamiast zakładanej rzeczy B. Te stany faktyczne, jak wskazywane w orzeczeniu BGH z 26.11.2003 r., lub w innej mutacji – włamanie się do skarbcza, w którym sprawca spodziewał się zastać znaczne sumy pieniędzy i kosztowności, a znajduje jedynie kilka monet, które zupełnie nie odpowiadają jego oczekiwaniom⁵¹, również przynależą do kategorii usiłowania chybionego, o ile zamiar towarzyszący sprawcy obejmował od początku właśnie tę skonkretyzowaną postać skutku, której nieosiągalność sobie on uświadamia. Rozbieżność między skutkiem zakładanym, ale uznawanym za nieosiągalny, a osiągalnym, ale pierwotnie niechcianym, może spowodować kompletne wygaśnięcie dla sprawcy sensu dalszego wykonywania czynu⁵² – czego następstwem stanie się kwalifikacja jego zachowania jako usiłowania chybionego, niepodlegającego przepisom o czynnym żalu.

Przy całej klarowności powyższego rozwiązania, bardziej sceptyczny czytelnik, mógłby jednak pokusić się o pytanie, czy nie stanowi ono przypadkiem innej drogi prowadzącej koniec końców do tego samego – czyli uznania, że nieudolność usiłowania powinna być oceniana z perspektywy subiektywnej sprawcy, a tym samym, czy nie zasługuje na równą krytykę, jak koncepcja prezentowana chociażby przez Sąd Najwyższy we wcześniejszej uchwale z 20 listopada 2000 r.⁵³ Zasadnicza różnica i niewątpliwa zaleta figury usiłowania chybionego leży jednak właśnie w uporządkowaniu kwestii zasadniczych – tj. ustaleniu, że podział na usiłowania udolne a chybione przebiega wedle różnych kryteriów i nie może być ze sobą utożsamiany⁵⁴. Tym samym wyeliminowany zostaje prymarny problem z nachodzeniem na siebie

struację pokrzywdzonej – post. BGH z 5.10.1965, 1 StR 389/65, NJW 1965, 2410, K. Hoffmann-Holland, [w:] B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Münchener Kommentar...*, s. 1169.

⁵¹ U. Kindhäuser, *Strafrecht...*, s. 265; K. Kühl, *Strafrecht...*, s. 255, M. Heger, *Die neuere Rechtsprechung...*, s. 321; J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, *Strafrecht...*, s. 319; H. Lilie, D. Albrecht, [w:] H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch...*, s. 1700.

⁵² Co określa się często przez odwołanie do niemieckiego cywilistycznego pojęcia Wegfall der Geschäftsgrundlage, któremu najbliższym byłoby do klauzuli *rebus sic stantibus*, por. M. Heger, *Die neuere Rechtsprechung...*, s. 321. Warto również podkreślić, że chodzi o całkowitą, absolutną bezsensowność kontynuacji czynu, nie tylko uznanie, że czy będzie mniej opłacalny – T. Fischer, *Strafgesetzbuch...*, s. 232.

⁵³ Por. J. Giezek, *Glosa...*, s. 105 i n.

⁵⁴ Nie chodzi zatem o odpowiedź na pytanie, czy mamy do czynienia z przedmiotem obiektywnie nadającym się do popełnienia czynu zabronionego, i czy miałyby o tym decydować

różnych perspektyw oceny, którego właśnie konsekwencją jest powstanie niedającego się jednoznacznie rozstrzygnąć dylematu, na ile elementy oceny obiektywnej, a na ile – subiektywnej powinny być miarodajne dla ewaluacji zdatności przedmiotu lub środka oraz możliwości dokonania⁵⁵. Koncepcja ta nie prowadzi również do „absurdalnego wniosku”, że dla perspektywy subiektywistycznej niemożność zrealizowania przez sprawcę określonego celu oznaczać musi usiłowanie nieudolne⁵⁶. Wręcz przeciwnie – takie usiłowanie byłoby usiłowaniem chybionym, co nie pociągałoby za sobą żadnych przywilejów związanych z wymiarem kary. Jedynym słabszym punktem może być wymóg rekonstrukcji w jej ramach określonego stopnia pierwotnego skonkretyzowania zamiaru sprawcy. Problem ten nie jest jednak nieprzezwycięzalny – a nawet, wypadałoby zauważyć, że znacznie mniejszy niż np. w odniesieniu do ustalania przesłanek podmiotowych czynu ciągłego – gdyż dla podstawowego rozstrzygnięcia, czy usiłowanie było chybione czy nie, wystarczy jedynie poprzestanie na ustaleniu, czy sam sprawca uważał dane przedmioty za ogólnie zdadne do popełnienia zamierzonego przez siebie, tj. zgodnego ze swoim planem przestępczym czynu zabronionego, bardziej dokładne wnikanie w szczegóły jego procesów psychicznych nie jest już konieczne. Przekonanie sprawcy o całkowitej niezdatności przedmiotów do dokonania na nich czynu zabronionego, powoduje zaistnienie po jego stronie usiłowania chybionego. Natomiast przy ogólnej świadomości zdatności, nie da się jednak wykluczyć odpadnięcia sensu działania, a tym samym również pojawia się możliwość kwalifikacji zachowania jako usiłowania chybionego. Tym samym tylko jeżeli sprawca miał najogólniejszy zamiar popełnienia określonego rodzajowo typu czynu zabronionego, a zatem obejmował nim wszelkie rzeczywiste zmiany w rzeczywistości, które wyczerpywałyby znać skutku (np. zabór jakiegokolwiek cudzej rzeczy ruchomej, byle charakteryzowała się tymi trzema minimalnymi wymogami: rzecz, ruchoma, cudza), moglibyśmy z góry wykluczyć usiłowanie chybione i musielibyśmy poprzestać na ustaleniach dotyczących dobrowolności odstąpienia. Tak jednak ogólnikowy, zgeneralizowany zamiar towarzyszyłby sprawcy raczej rzadko i jego deklarowanie na etapie procesu musiałoby podlegać szczególnie starannej weryfikacji w kontekście całości materiału dowodowego⁵⁷.

obiektywne cechy przedmiotu czy oczekiwania sprawcy, co do jego właściwości – por. J. Giezek, *Glosa...*, s. 107, to bowiem zagadnienie zostaje już rozstrzygnięte w wstępie.

⁵⁵ Najpełniejszym wyrazem braku satysfakcjonującego rozwiązania tego dylematu są właśnie wszelkie koncepcje mieszane.

⁵⁶ J. Giezek, *Glosa...*, s. 109–110.

⁵⁷ Niezaprzeczalna zaleta koncepcji usiłowania chybionego leży właśnie w jej operatywności – stąd została ona w pierwszej kolejności zaaprobowana i rozwinięta właśnie w orzecznictwie. Mimo wszelkich trudności, jakie zawsze łączą się z procesowymi ustaleniami co do elementów podmiotowych, zapewnia ona dość przejrzysty podział perspektywy oceny usiłowania – dla nieudolności usiłowania – obiektywną niemożność dokonania, dla kwalifikacji usiłowania jako chybionego – zawsze subiektywną, z perspektywy samego sprawcy, co eliminuje zasadniczy problem, przed którym stanął Sąd Najwyższy i który próbował rozwiązać w kolejnej już uchwale. Nie wydaje się też, by dwustopniowość badania zachowania pod kątem możliwości przyjęcia czynnego żalu, na którą składa się wstępne ustalenie, czy nie mamy do czynienia z usiłowaniem chybionym, a dopiero w wyniku negatywnej odpowiedzi na powyższe pytanie, przenoszenie ocen na płaszczyznę badania dobrowolności odstąpienia, sensowniej, a zwłaszcza prościej, byłoby sprowadzać do samego kryterium dobrowolności. Tylko dlatego sprawia ono wrażenie dającego się odnieść do wszelkich przypadków rezygnacji sprawcy z dokonania, że pozostaje dalece

BIBLIOGRAFIA

- Baumann J., Weber U., Mitsch W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2003.
- Biederman J., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 20 listopada 2000 r. I KZP 36/2000*, Pał. 2001, nr. 7–8.
- Brand Ch., Wostry T., *Kein Rücktritt vom beendeten »fehlgeschlagenen« Versuch*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2008, nr. 155.
- Daszkiewicz K., *Usiłowanie nieudolne (ze szczególnym uwzględnieniem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r.)*, Prok. i Pr. 2001, nr 9.
- Dębski R., *Karalność usiłowania nieudolnego*, RPEiS 1999, z. 2.
- Doroszewski W. (red.), *Słownik języka polskiego. Tom 10*, Warszawa 1968, s. 700.
- Filar M. (red.), *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Fischer T., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen. Beckische KurzKommentare*, München 2017.
- Frister H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2013.
- Gajdus D., *Czynny żal w polskim prawie karnym*, Toruń 1984.
- Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Giezek J., *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, Annales UMCS 2013, tom LX.
- Giezek J., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 36/2000 (dot. Usiłowania nieudolnego)*, Prok. i Pr. 2001, nr 9.
- Gropp W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Heidelberg 2015.
- Gruszecka D., *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012.
- Grześkowiak A., Wiak K. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Heger M., *Die neuere Rechtsprechung zum strafbefreienden Rücktritt vom Versuch (§ 24 StGB)*, Strafverteidiger 2010, z. 6.
- Heintschel-Heinegg v. B. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1, §§ 1–37*, München 2017.
- Hirsch H.-H., *Problematyka regulacji nieudolnego usiłowania w polskim i niemieckim kodeksie karnym*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga Jubileuszowa z okazji 70. urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006.
- Jäger Ch., *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, München 1996.
- Jędrzejewski Z., *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000.
- Jędrzejewski Z., *Granica karalności usiłowania nieudolnego*, WPP 2007, nr 2.
- Kardas P., Rodzyńkiewicz M., *Projekt kodeksu karnego w świetle opinii sądów i prokuratur*, WPP 1995, nr 2.
- Kindhäuser U., Neumann U., Paeffgen H.-U. (Hrsg.), *Nomoskommentar. Strafgesetzbuch, Band 1*, Baden-Baden 2013.
- Kindhäuser U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2013.

niejasne. Stąd trudno zgodzić się z podobną propozycją zgłaszaną przez L. Wörner – też, *Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont*, Baden-Baden 2009, s. 117–120 czy W. Groppa – W. Gropp, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Heidelberg 2015, s. 369–370; również krytycznie, przyjmując zbędność pojęcia usiłowania chybnego – F.Ch. Schroeder, *Rücktrittsunfähig und fehlerträchtig: der fehlgeschlagene Versuch*, NSTZ 2009, z. 1, s. 9 i n. (z trafną polemiką Roxina – C. Roxin, *Der fehlgeschlagene Versuch – eine kapazitätsvergeudende, überflüssige Rechtsfigur?*, NSTZ 2009, z. 6, s. 319 i n.); przeciwko natomiast wyłącznie figurze chybnego usiłowania ukończonego Ch. Brand, T. Wostry, *Kein Rücktritt vom beendeten »fehlgeschlagenen« Versuch*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2008, nr. 155, s. 611.

- Konarska-Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Krey V., Esser R., *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart 2012.
- Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I – Komentarz do art. 1–31*, Warszawa 2011.
- Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I – Komentarz do art. 1–31*, Warszawa 2015.
- Kühl K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2017.
- Laufhütte H.W., Rissing-van Saan R., Tiedemann K. (Hrsg), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Erster Band*, Berlin 2007.
- Liszewska A., *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego*, [w:] R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego, Tom 3, Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013.
- Majewski J., *O (braku) karalności usiłowań „nierealnych”, „absolutnie nieudolnych” i im podobnych*, [w:] Ł. Pohl, *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009.
- Majewski J., *O różnicy i granicy między usiłowaniem udolnym a usiłowaniem nieudolnym*, [w:] J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2007.
- Marek A., *Kodeks karny*, Warszawa 2010.
- Markowska E., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 36/2000*, Prok. i Pr. 2005, nr 9.
- Matt H., Renzikowski J. (Hrsg), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2013.
- Raglewski J., *Czynny żal w części ogólnej KK*, Jur. 2000, nr 1.
- Roxin C., *Der fehlgeschlagene Versuch – eine kapazitätsvergeudende, überflüssige Rechtsfigur?*, NStZ 2009, z. 6.
- Satzger H., Schmitt B., Widmaier G. (Hrsg), *StGB. Strafgesetzbuch Kommentar*, Köln 2009.
- Schönke A., Schröder H., Cramer P. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2007.
- Schroeder F.Ch., *Rücktrittsunfähig und fehlerträchtig: der fehlgeschlagene Versuch*, NStZ 2009, z. 1.
- Sitarz O., *Czynny żal związany z usiłowaniem w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna i kryminalnopolityczna*, Katowice 2015.
- Sitarz O., *Usiłowanie ukończone i nieukończone (próba nowego spojrzenia)*, PiP 2011, nr 6.
- Spotowski A., *O odstąpieniu od usiłowania*, PiP 1980, nr 6.
- Stefański R. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 17, Legalis.
- Tarapata S., *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016.
- Tkaczyk K., *Instytucja czynnego żalu w prawie karnym w aspekcie prawoporównawczym*, Przemysł 2008.
- Wąsek A., *Glosa do wyroku z 22 I 1985 IV KR 336/84*, PiP 1986, nr 6.
- Wąsek A., *Z problematyki usiłowania nieudolnego*, PiP 1985, nr. 7-8.
- Wessels J., Beulke W., Satzger H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2016.
- Wörner L., *Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont*, Baden-Baden 2009.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie Prawo Karne. Część ogólna*, Kraków 2013.
- Zieschang F., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart 2014.
- Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016.
- Zoll A., *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji*, [w:] J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2007.

NIEUDOLNOŚĆ USIŁOWANIA A DOBROWOLNE ODSTAPIENIE
LUB ZAPOBIEŻENIE DOKONANIU. UWAGI NA MARGINESIE
UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO Z DNIA 19 STYCZNIA 2017 R. (I KZP 16/16)

Streszczenie

Usiłowanie nieudolne, jako szczególna forma stadialna popełnienia przestępstwa, przy której sprawca nie zdaje sobie sprawy że dokonanie jest *ex ante* niemożliwe z uwagi na brak przedmiotu lub brak środka nadającego się do popełnienia przestępstwa, stanowi źródło wielu – jak dotąd nierozwiązanych – dogmatycznych dylematów, z uzasadnieniem jego karalności na czele. Jedynym z takich właśnie zagadnień jest dopuszczalność stosowania wobec zachowania, które – nawet gdyby sprawca go nie zaniechał, i tak nigdy nie sprowadziłoby niebezpieczeństwa dla dobra prawnego – instytucji czynnego żalu. Kwestia ta po raz kolejny pojawiła się w związku z ostatnią uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 19.01.2017 r., w której Sąd analizował kryteria udolności usiłowania oraz dobrowolności odstąpienia. Autorka stara się wykazać, że po pierwsze nie ma żadnych przeszkód, by sprawca, który w swoim wyobrażeniu dobrowolnie odstąpił od dokonania lub zapobiegł skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego, mógł korzystać z takich samych przywilejów w zakresie odpowiedzialności karnej, co sprawca usiłowania udolnego (zwykłego), choć stosowanie przepisu art. 15 k.k. możliwie jest jedynie na zasadzie analogii. Po drugie, celem artykułu jest przybliżenie konstrukcji usiłowania chybionego, która pozwala na efektywniejsze i teoretycznie poprawniejsze rozwiązanie zarysowanych problemów.

Słowa kluczowe: formy stadialne popełnienia przestępstwa, usiłowanie, usiłowanie nieudolne, usiłowanie chybione, dobrowolne odstąpienie od dokonania, czynny żal, odpowiedzialność karna za usiłowanie

IMPOSSIBLE ATTEMPT VERSUS VOLUNTARY WITHDRAWAL
OR PREVENTION OF PERPETRATION: COMMENTS ON THE SUPREME
COURT RESOLUTION OF 19 JANUARY 2017 (I KZP 16/16)

Summary

Impossible attempt, as a special form of inchoate offences, where the offender fails to realise that the attempt could under no circumstances have led to the completion of the offence due to the nature of its object or the means by which it was to be committed, is a source of many unsolved dogmatic dilemmas, with the justification of its criminalization in the first place. One of such issue is the admissibility of applying withdrawal provisions to behavior which – even if the perpetrator didn't prevent its completion would never cause any danger to the legal good. This issue has once again appeared in connection with the last Supreme Court's resolution of 19.01.2017, in which the Court analyzed the criteria of the impossible attempt and the voluntariness of the institution of "active regret". Author try to demonstrate that, firstly, there are no reasons to prevent us from treating an offender, who in his or her vision voluntarily gives up the further execution of the offence or prevents its completion as the offender of (ordinary) attempt, although the application of Article 15 of the Criminal Code

is possible only by analogy. Secondly, the objective of the paper is to explain in more detail the institution of the failed attempt, which allows the outlined problems to be solved more effectively and in a more theoretically correct way.

Keywords: inchoate offences, criminal attempt, impossible attempt, failed attempt, voluntary withdrawal, "active regret", criminal liability for attempt

Cytuj jako:

Gruszecka D., *Nieudolność usiłowania a dobrowolne odstąpienie lub zapobieżenie dokonaniu. Uwagi na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. (I KZP 16/16)*, „*Ius Novum*” 2018 (Vol. 12) nr 1, s. 180–200. DOI: 10.26399/iusnovum.v12.1.2018.10/d.gruszecka

Cite as:

Gruszecka, D. (2018) 'Impossible attempt versus voluntary withdrawal or prevention of perpetration: Comments on the Supreme Court resolution of 19 January 2017 (I KZP 16/16)'. *Ius Novum* (Vol. 12) 1, 180–200. DOI: 10.26399/iusnovum.v12.1.2018.10/d.gruszecka