

asp. Paweł Lelit

Zakład Prawa i Kryminalistyki
Szkóły Policji w Pile



Instytucja usiłowania nieudolnego

Tematem artykułu jest przybliżenie instytucji usiłowania nieudolnego zdefiniowanego w art. 13 § 2 k.k., ze szczególnym zaakcentowaniem koncepcji wykładniczych dotyczących „braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, ponieważ właśnie w tej kwestii ujawniają się poważne, wyrażające się w dwóch przeciwstawnych stanowiskach rozbieżności interpretacyjne.

I. Pojęcie usiłowania nieudolnego

Usiłowanie nieudolne zostało zdefiniowane w art. 13 § 2 k.k.¹ jako szczególna postać usiłowania.

Art. 13 [Usiłowanie]

§ 1. Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje.

§ 2. 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.

Usiłowanie nieudolne ma podstawowe cechy usiłowania udolnego (zamiar, bezpośrednie zmierzanie do dokonania, brak dokonania), ale między obiema tymi postaciami usiłowania występuje zasadnicza różnica polegająca na możliwości zrealizowania przestępnego zamiaru. W usiłowaniu udolnym do dokonania nie doszło, ale obiektywnie mogło dojść, natomiast w usiłowaniu nieudolnym do dokonania nie doszło i obiektywnie dojść nie mogło, o czym działający w błędzie sprawca nie wiedział. Oceny nieudolności usiłowania należy dokonywać na podstawie stanu faktycznego *ex ante*, a nie *ex post*². Nie można mówić o usiłowaniu nieudolnym wówczas, gdy w momencie wszczęcia działania

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks Karny (Dz. U. nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

² W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.) KK. Komentarz. Część ogólna t. 1, cz. 1, 2016, s. 297.

sprawcy dokonanie było obiektywnie możliwe, a dopiero później - w wyniku zaistnienia niesprzyjających okoliczności - realizacja zamiaru sprawcy okazała się niemożliwa ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania przestępstwa lub ze względu na użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu³. Usiłowanie nieudolne należy również odróżnić od nieudolności usiłowania. Ten drugi wypadek obejmuje sytuacje, w których do dokonania czynu zabronionego nie dochodzi ze względu na brak odpowiednich umiejętności po stronie sprawcy, chociaż z obiektywnego punktu widzenia dokonanie przestępstwa było możliwe⁴. Istotą usiłowania nieudolnego jest to, że zachowanie się sprawcy obiektywnie nie zagraża dobru prawnemu i nie prowadzi do dokonania, błąd sprawcy polega na przekonaniu, że na drodze realizacji zamiaru jest przedmiot nadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego, bądź też na mylnym przeświadczeniu, że użyty środek nadaje się do popełnienia takiego czynu.

II. Granice karalności usiłowania nieudolnego

Ustawodawca w art. 13 § 2 k.k. ogranicza karalność usiłowania nieudolnego tylko do dwóch przypadków:

- **braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego,**
- **lub braku środka nadającego się do popełnienia czynu zabronionego.**

Interpretacja przesłanki usiłowania nieudolnego w postaci „braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” nasuwa w praktyce szereg wątpliwości. Powstają one w związku z możliwością przyjęcia różnych kryteriów oceny nieprzydatności przedmiotu do dokonania na nim czynu zabronionego. W ocenie tej można przyjąć dwa stanowiska, a mianowicie oprzeć się na kryterium obiektywnego nieistnienia realnie takiego przedmiotu, ale można też uwzględnić subiektywną ocenę sprawcy. W tym drugim przypadku kwalifikacja prawna będzie zależała od tego, czy realnie istniejący przedmiot w ocenie sprawcy nadawał się do popełnienia na nim czynu zabronionego, innymi słowy liczy się zamiar sprawcy. Zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i sądów powszechnych, prezentowane są argumenty na rzecz każdej z obu przedstawionych koncepcji. Skrajnie subiektywistyczny pogląd został wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r.⁵. Można go ująć tak, że rzeczy inne niż te, które były objęte zamiarem sprawcy, mogą nadawać się do popełnienia na nich przestępstwa jedynie w znaczeniu potocznym, nie stanowią zaś przedmiotów „nadających się” w znaczeniu podanym w treści art. 13 § 2 k.k., skoro w konkretnej, podlegającej osądowi sytuacji rzeczy te nie są postrzegane przez sprawcę jako przedmiot przestępstwa. W wypadku rozboju obliczonego na zdobycie konkretnej rzeczy, której ofiara nie ma, dokonanie tego przestępstwa jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu, który był objęty zamiarem sprawcy. Fakt, że ofiara ma inne rzeczy przedstawiające pewną wartość materialną, potencjalnie nadające się

³ Post. SN z dnia 8 września 2011 r., IV KK 225/11, Legalis.

⁴ W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.) KK. Komentarza. Część ogólna t. 1, cz. 1, 2016, s. 294-295.

⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r., I KZP 36/00, Legalis.

do zawładnięcia jest bez znaczenia w kwestii usiłowania. Koncepcja subiektywistyczna wyrażona w przytoczonej uchwale Sądu Najwyższego znalazła potwierdzenie i została przyjęta w szeregu orzeczeń: wyrok SA w Łodzi z dnia 21 lutego 2002 r.⁶ (Teza: Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu Najwyższego, zaakceptowany w doktrynie, że decydujące znaczenie dla odróżnienia usiłowania udolnego od nieudolnego ze względu na przedmiot czynu ma odczytanie zamiaru sprawcy. Jeżeli sprawca chce zdobyć konkretną rzecz, której ofiara nie posiada i, stwierdziwszy ten fakt, rezygnuje z kradzieży innej jej rzeczy, przedstawiającej wartość majątkową, dopuszcza się usiłowania nieudolnego), wyrok SA w Katowicach z dnia 24 maja 2005 r.⁷ (Teza: Skoro sprawca pragnął drogą rozboju zdobyć pieniądze, a pokrzywdzona ich nie miała, to dokonanie rozboju było niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego), wyrok SA w Łodzi z dnia 28 marca 2006 r.⁸ (Teza: Fakt, że ofiara ma inne rzeczy przedstawiające pewną wartość majątkową, potencjalnie nadające się do zawładnięcia, jest bez znaczenia w kwestii oceny usiłowania nieudolnego), wyrok SA w Lublinie z dnia 26 lutego 2013 r.⁹ (Teza: W przypadku rozboju obliczonego na zdobycie konkretnej rzeczy, której ofiara po prostu nie ma, dokonanie przestępstwa jest niemożliwe, ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego w ujęciu art. 13 § 2 k.k.). W przytoczonych orzeczeniach zakres desygnatów przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim przestępstwa łączono z zamiarem sprawcy. Przyjmowano, że jeśli czyn zabroniony nie wszedł w stadium dokonania ze względu na to, że zabrakło przedmiotu, na który był ukierunkowany zamiar sprawcy, to adekwatną kwalifikacją dla tej formy popełnienia jest usiłowanie nieudolne. Odmienny pogląd, zgodnie z którym za kryterium bytu omawianego znamienia usiłowania nieudolnego przyjmowano obiektywną możliwość dokonania czynu zabronionego na jakimkolwiek desygnacie przedmiotu czynności wykonawczej został wyrażony w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 2010 r.¹⁰ (Teza: O usiłowaniu nieudolnym można byłoby mówić wówczas, gdyby w pomieszczeniach suszarni i wózkarni, do których skazany także się włamał, w ogóle nie było żadnych przedmiotów, przez co realizacja jego zamiaru okazałaby się niemożliwa ze względu na brak przedmiotów nadających się do dokonania przestępstwa), oraz w orzeczeniach sądów powszechnych: wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2015 r.¹¹ (Teza: Istota konstrukcji usiłowania nieudolnego polega bowiem „na obiektywnej niemożności dokonania rozboju *ex ante*”, co oznacza, że nie ma w ogóle realnego zagrożenia dla dobra prawnego, z uwagi na obiektywny brak jakiegokolwiek rzeczy mogącej stanowić przedmiot czynności wykonawczej zaboru w rozumieniu przepisu statuującego ww. typ czynu zabronionego, nie zaś wyłącznie z uwagi na brak przedmiotu wyrażonego przez sprawcę żądania), wyrok SA w Łodzi z dnia 4 czerwca 2013 r.¹² (z uzasadnienia: Dysponowanie przez pokrzywdzonego mieniem w ogóle, chociaż innej postaci niż ta, na którą ukierunkowany był zamiar sprawcy, nie jest równoznaczny z brakiem przedmiotu nadającego się do dokonania na nim przestępstwa

⁶ Wyrok SA w Łodzi z dnia 21 lutego 2002 r., II AKa 17/02, Legalis

⁷ Wyrok SA w Katowicach z dnia 24 maja 2005r., II AKa 155/05, Legalis.

⁸ Wyrok SA w Łodzi z dnia 28 marca 2006 r., II AKa 45/06, Legalis.

⁹ Wyrok SA w Lublinie z dnia 26 lutego 2013 r., II AKa 18/13, Legalis.

¹⁰ Post. SN z dnia 16 lutego 2010 r., V KK 354/09, Legalis.

¹¹ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2015 r., II AKa 73/15, Legalis.

¹² Wyrok SA w Łodzi z dnia 4 czerwca 2013 r., II AKa 97/12, Legalis.

kradzieży rozbójniczej. Obiektywnie popełnienie przestępstwa jest możliwe). Jak można zauważyć polaryzacja stanowisk we wskazanych orzeczeniach jest bardzo wyraźna. Zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i sądów powszechnych, prezentowane są argumenty na rzecz obu z przedstawionych koncepcji.

Dostrzegając wagę problemu w 2016 r. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego działając na podstawie art. 60 § 1 Ustawy o Sądzie Najwyższym¹³ wystąpił do Sądu Najwyższego z wnioskiem o rozstrzygnięcie przez skład siedmiu sędziów rozbieżności w wykładni prawa w zakresie dotyczącym następującego zagadnienia prawnego: „Czy brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, o którym mowa w art. 13 § 2 k.k., oznacza brak jakichkolwiek desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej, na których chociażby potencjalnie może zostać popełniony czyn zabroniony w konkretnym stanie faktycznym, czy jedynie brak desygnatów, na które nakierowany jest zamiar sprawcy?”¹⁴ W uzasadnieniu wniosku podmiot wnioskujący podniósł, że interpretacja pojęcia „przedmiot nadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego” jest kontrowersyjna i rozbieżna także w doktrynie i piśmiennictwie prawniczym. Stąd też usunięcie utrzymujących się rozbieżności w orzeczeniach, które będą zapadać w przyszłości jest mało prawdopodobne. Wnioskodawca zwrócił również uwagę na konsekwencje przyjęcia określonej wykładni art. 13 § 2 dla stosowania innych przepisów regulujących instytucje z zakresu prawa karnego materialnego. Jako przykład wskazał możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, bądź odstąpienia od jej wymierzenia na podstawie art. 14 § 2 k.k. w wypadku określonym w art. 13 § 2 k.k. oraz o przewidziane w art. 15 § 1 k.k. niepodleganie karze w razie dobrowolnego odstąpienia od dokonania lub zapobieżenia skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego. Sąd Najwyższy uznał, że wniosek spełnia warunki formalne i 19 stycznia 2017 r. podjął następującą uchwałę:

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

2. Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy usiłowania nieudolnego (art. 13 § 2 k.k.) może być in concreto uwarunkowane poczynionymi ustaleniami co do zamiaru popełnienia czynu zabronionego na określonym przedmiocie”¹⁵.

Uchwała spotkała się ze zróżnicowanymi ocenami, od negatywnych¹⁶ przez częściowo negatywne¹⁷ do pozytywnych¹⁸. W części publikacji wskazuje się również, że obie główne

¹³ Ustawa z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2016 r. poz. 1254).

¹⁴ Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Karna z dnia 19 stycznia 2017 r. I KZP 16/16, Legalis.

¹⁵ Tamże.

¹⁶ A. Jezusek Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. I KZP 16/16 „Prokuratura i Prawo” rok 2017 nr 4, str. 151- 166.

¹⁷ K. Mąka Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. I KZP 16/16 „Prokuratura i Prawo” rok 2017 nr 6, str. 155-167.

¹⁸ M. Królikowski, Ł. Świątek, ius. fokus, maj 2017r., Legalis.

tezy sformułowane przez Sąd Najwyższy nie są ze sobą spójne¹⁹, a próby pogodzenia ze sobą dwóch teoretycznych modeli (koncepcji obiektywistycznej i subiektywistycznej) są z góry skazane na niepowodzenie.

Z perspektywy czasu można zauważyć, że w piśmiennictwie to zagadnienie nadal jest przedmiotem sporów i polemik.

Użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego

Nieodpowiednim środkiem jest przedmiot, narzędzie, urządzenie, rzecz, które jakościowo lub ilościowo niezdatne jest do wywołania zamierzonego przez sprawcę skutku. O tym, czy użyty środek nadaje się do popełnienia czynu zabronionego, decydują wyłącznie właściwości samego przedmiotu stanowiącego ten środek, a nie brak umiejętności posługiwania się nim przez sprawcę²⁰. Nie mieści się zatem w zakresie tego pojęcia posłużenie się przez sprawcę „sposobem”, który wyklucza możliwość wyczerpania wszystkich znamion czynu zabronionego²¹. W literaturze prezentowane jest również odmienne stanowisko - postulat szerokiego rozumienia „środka” pojmowanego tak, aby w formule karalnego usiłowania nieudolnego mieściły się „przypadki nieuświadomionej przez sprawcę niemożności dokonania czynu zabronionego z powodu zarówno braku odpowiednich narzędzi (urządzenia, przedmiotu, instrumentu), jak też obrania niewłaściwej metody, czyli takiego sposobu postępowania, który obiektywnie nie może doprowadzić do realizacji zamiaru”²².

III. Uzasadnienie karalności usiłowania nieudolnego

W doktrynie prawa karnego podkreśla się trudności, na jakie napotyka uzasadnienie karalności usiłowania nieudolnego²³. Brak realnego zagrożenia dla dobra prawnego skłoniło niektórych autorów do podjęcia rozważań na temat konstytucyjności art. 13 § 2 k.k.²⁴ Z istoty tej formy usiłowania wynika bowiem, że chodzi tu o karalność zachowania, które nie może obiektywnie spowodować zagrożenia dla dobra chronionego prawem. Przyjmuje się, że niezależnie od braku niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, penalizacja usiłowania nieudolnego znajduje jednak uzasadnienie aksjologiczne. Wskazuje się tu na konieczność zapobiegania potencjalnemu niebezpieczeństwu sprawcy, który następnym razem może podjąć usiłowanie w sposób skuteczny²⁵, bądź niebezpieczeństwu dla dobra prawnego, które byłoby zagrożone, gdyby sprawca nie postępował w nieświadomości braku warunków

¹⁹ R. Dębski (red.), System prawa karnego, t. 3, Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, Warszawa 2017, s. 818-819.

²⁰ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. 1977, s. 56.

²¹ T. Bojarski, Kodeks Karny Komentarz, Wolters Kluwer, 2016, s. 99; M. Mozgawa, Kodeks karny, 2021, s. 75; V. Konarska-Wrzošek, Kodeks Karny, Komentarz, Wolters Kluwer, 2020, s. 117-118.

²² A. Liszewska, w: R. Dębski (red.), System Prawa Karnego, C.H. Beck, 2012, t. 3, s. 778.

²³ Z. Jędrzejewski, Bezprawie usiłowania nieudolnego, PWN 2000, s. 160 i nast. .

²⁴ W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne, Zakam 2012r., s. 232-234.

²⁵ L. Gardocki Prawo Karne, Warszawa 2013, s. 114 i nast. .

do dokonania czynu zabronionego²⁶. W wypadku usiłowania nieudolnego czyn sprawcy zmierza do naruszenia normy prawnej, a kluczowym w tym zakresie jest czynnik subiektywny wyrażony w złym zamiarze sprawcy²⁷, ujemnej ocenie nastawienia sprawcy²⁸, niebezpieczności woli sprawcy²⁹ lub nagannej decyzji woli sprawcy wyrażonej w postaci zachowania wskazującego na zamiar dokonania czynu zabronionego³⁰. W piśmiennictwie podejmowane są również próby bardziej zobiektywizowanego uzasadnienia karalności usiłowania nieudolnego gdzie wskazuje się na obiektywną antyspołeczność zachowania człowieka polegającego na uzewnętrznieniu jego przestępnej woli³¹.

IV. Odpowiedzialność karna

W projekcie kodeksu karnego z 1990 r. Komisja do spraw Reformy Prawa Karnego proponowała ograniczenie karalności usiłowania do występków zagrożonych karą nieprzekraczającą 2 lat pozbawienia wolności lub łagodniejszą jedynie do wypadków przewidzianych w ustawie, a ponadto według tej propozycji kara orzeczone za usiłowanie nie mogła przekroczyć 2/3 górnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego za dokonanie. Projekt ten spotkał się z krytyczną oceną doktryny i nie uzyskał aprobaty³². Ponowna propozycja, Komisji Kodyfikacyjnej działającej przy Ministrze Sprawiedliwości, wprowadzenia jako zasady niekaralności usiłowania występków zagrożonych karą do 2 lat pozbawienia wolności lub karą łagodniejszą wystąpiła w projekcie nowelizacji kodeksu karnego z kwietnia 2013 r. Propozycja ta również nie uzyskała aprobaty i zgodnie z treścią aktualnie obowiązującego art. 14 § 1 k.k. sąd wymierza karę za usiłowanie (zarówno udolne, jak i nieudolne) w granicach zagrożenia przewidzianego za dokonanie. Z całokształtu regulacji art. 14 k.k. wynika, że sąd może:

- wymierzyć karę w granicach ustawowego zagrożenia,
- wymierzyć karę nadzwyczajnie złagodzoną albo
- odstąpić od wymierzenia kary.

Sąd wymierzając karę za usiłowanie nieudolne stosuje dyrektywy określone w art. 53 k.k., przy czym brak jest w ustawie dyrektywy szczegółowej co do nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia³³. Rozstrzygając o zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpieniu od jej wymierzenia, sąd powinien wziąć pod uwagę charakter i stopień nieudolności usiłowania, a także wszystkie pozostałe okoliczności składające się na przesłanki podmiotowe i przedmiotowe określające rozmiar społecznej szkodliwości czynu, w tym sposób jego popełnienia. Trafnie ujął to Sąd

²⁶ W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków, 2010, s. 252.

²⁷ J. Giezek, KK Komentarz. Część ogólna 2012, s. 127-128.

²⁸ A. Marek, KK Komentarz, LEX, 2010 r., s. 66.

²⁹ M. Królikowski, R. Zawłocki, KK. Komentarz. Część ogólna t. 1. C.H.BECK, 2011 r., s. 613.

³⁰ A. Grześkowiak, K. Wiak, red., KK. Komentarz, C.H.BECK, 2012r., s. 140.

³¹ M. Cieślak, Polskie prawo karne, PWN, 1990 r., s. 381.

³² L. Gardocki, Uszanować tradycję, Palestra 1993 r., Nr 3-4, s. 35-36; W. Mąciór, O usiłowaniu reformowaniu prawa karnego, Prokuratura i Prawo 1992 r., nr 10, s. 93

³³ A. Zoll, Kodeks Karny, t. I, 2004r., s. 260

Najwyższy stwierdzając, że „przewidziana dla wypadków usiłowania nieudolnego możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary lub nawet odstąpienia od jej wymierzenia wynika tylko stąd, że nieudolność usiłowania może mieć najrozmaitszy charakter, sięgając aż po absurdalność użytego dla realizacji zamierzonego celu środka. Jednak, gdy nieudolność usiłowania wynika z braku przedmiotu nadającego się do dokonania na nim przestępstwa, a nie z użycia środka nienadającego się do popełnienia przestępstwa i gdy brak takiego przedmiotu jest wynikiem czystego przypadku, niemającego związku z celowymi działaniami sprawcy, to z reguły nie będzie podstaw do stosowania wobec niego nadzwyczajnego złagodzenia kary, a tym bardziej odstąpienia od jej wymierzenia tylko z powodu tej nieudolności”³⁴. W wypadku skazania za usiłowanie nieudolne zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienie od jej wymierzenia ma charakter fakultatywny i jest prawem sądu, a nie obowiązkiem³⁵.

V. Zagadnienia praktyczne

1. Nieudolność ze względu na brak przedmiotu

- wyrok SA w Katowicach z 31 marca 2017 r.³⁶ (Teza: Podjęte przez sprawcę działanie zmierzające do umyślnego pozbawienia życia człowieka przy braku świadomości, że jest on martwy, stanowi usiłowanie nieudolne (art. 13 § 2 k.k.) zbrodni zabójstw),
- wyrok SA we Wrocławiu z dnia 13 sierpnia 2015 r.³⁷ (Teza: W wypadku rozboju obliczonego na zdobycie konkretnej rzeczy, której ofiara po prostu nie ma, dokonanie rozboju jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego w ujęciu art. 13 § 2 k.k.),
- wyrok SA w Warszawie z dnia 5 listopada 2020 r.³⁸ (Teza: W przedmiotowej sprawie wystąpiła nieudolność usiłowania w rozumieniu art. 13 § 2 k.k., jako że doprowadzenie pokrzywdzonej do rozporządzenia mieniem było obiektywnie niemożliwe z uwagi na brak przedmiotu czynności wykonawczej, tj. przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego. Pokrzywdzona nigdy nie była właścicielem nieruchomości wymienionej w zarzucie, a zatem właścicielem przedmiotu czynności wykonawczej),

2. Usiłowanie kradzieży rzeczy zabezpieczonej elektronicznie

Zdaniem Sądu Najwyższego, jeśli rzecz ruchoma (w tym przypadku pieniądze na rachunku bankowym, do których dostać się można za pośrednictwem bankomatu) chroniona jest zabezpieczeniem elektronicznym, które umożliwia dostęp do niej wyłącznie przez wprowadzenie prawidłowego kodu, to usiłowanie zaboru tej rzeczy przez zastosowanie

³⁴ Wyrok SN z dnia 1 października 2002 r., V KKN 238/01, Legalis.

³⁵ Wyrok SN z dnia 18 stycznia 2007 r., III KK 459/06, Legalis.

³⁶ Wyrok SA w Katowicach z 31 marca 2017 r., II AKa 48/17, Legalis.

³⁷ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 13 sierpnia 2015 r., II AKa 171/15, Legalis.

³⁸ Wyrok SA w Warszawie z dnia 5 listopada 2020 r., II AKa 8/20, Legalis.

innego kodu dostępu jest użyciem środka nienadającego się do popełnienia kradzieży z włamaniem i przesądza o uznaniu takiego czynu za usiłowanie nieudolne w rozumieniu art. 13 § 2 k.k.³⁹. Wyrok ten spotkał się z różnymi ocenami. Część przedstawicieli nauki zgłosiła poważne zastrzeżenia uznając wyrok za niesłuszny. Podnoszono argumenty, że w omawianych okolicznościach sprawca dysponuje środkiem nadającym się do popełnienia kradzieży z włamaniem, tj. kartą bankomatową, która nie została zastrzeżona lub unieważniona, obiektywnie pozwalając na dostęp do rachunku bankowego. Posługuje się on zatem kartą bankomatową w niewłaściwy sposób - jego sposób działania jest nieprawidłowy⁴⁰. Również w orzecznictwie sądów powszechnych, w tym zakresie nie wykształciła się jednolita linia orzecznicza. Są wydawane orzeczenia przyjmujące usiłowanie nieudolne w przypadku gdy sprawca nie znał numeru PIN⁴¹, zapadają również wyroki przyjmujące, że pomimo niezmiernie niskiej szansy na dokonanie zachodzi jednak usiłowanie udolne⁴². W sytuacji, w której do dokonania nie doszło ze względu na zablokowanie karty przez jej właściciela, sądy jednolicie przyjmują usiłowanie nieudolne.⁴³

³⁹ Wyrok SN z dnia 11 września 2002 r., VKKN 9/01, Legalis.

⁴⁰ M. *Mozgawa*, Kodeks karny, 2021, s. 76; V. Konarska-Wrzošek, Kodeks Karny, Komentarz, Wolters Kluwer, 2020, s. 118.

⁴¹ Wyrok SO w Gliwicach z dnia 11 grudnia 2015 r., VI Ka 882/15.

⁴² Wyrok SO w Słupsku z dnia 14 kwietnia 2016 r., VI Ka 136/16; wyrok SA w Katowicach z dnia 23 maja 2014 r., II AKa 116/14; wyrok SR w Siedlcach z dnia 15 kwietnia 2015 r., II K 612/14.

⁴³ Wyrok SO w Gliwicach z dnia 14 października 2016 r., VI Ka 856/16; wyrok SR w Kętrzynie z dnia 7 listopada 2014 r., II K 47/14.