

339 k.k. jest adresowana tylko do żołnierzy i chroni dyscyplinę wojskową jako szczególne dobro prawne. W odniesieniu do zachowania polegającego na opuszczaniu jednostki wojskowej, zakaz wyrażony w tej normie dotyczący żołnierzy nie może być naruszony przez inną osobę, która nie posiada tej cechy. W odniesieniu do sprawcy kierowniczego i polecającego można zastanawiać się jednak nad tym, czy mamy do czynienia z naruszeniem tej samej, co w przypadku jednosprawstwa i współsprawstwa, czy też może innej normy sankcjonowanej, normy, która zakazuje kierowania dezercją lub polecenia wykonania takiego czynu przez osobę pozostającą w stosunku zależności.⁵⁷ Przyjmując taką tezę należałoby zastanowić się nad możliwością popełnienia przestępstwa indywidualnego właściwego, należącego do grupy utworzonej ze względu na szczególne dobro prawne i ograniczony krąg adresatów normy, w formie sprawstwa, ale tylko w jego niewykonawczej postaci. Jest to już jednak problem wykraczający poza ramy niniejszego opracowania, ponieważ wymaga wnikliwej analizy poszczególnych form sprawstwa określonych w art. 18 § 1 k.k.

⁵⁷ Normę tę dekodujemy, analogicznie jak w przypadku podżegania i pomocnictwa, z art. 18 § 1 w połączeniu z art. 339 k.k. Odmiennie P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 496–502 oraz s. 528–535.

MAREK BIELSKI

NARUSZENIE REGUŁ OSTROŻNOŚCI CZY NADMIERNA RYZYKOWNOŚĆ ZACHOWANIA JAKO WŁAŚCIWE KRYTERIUM PRAWNOKARNEGO PRZYPISANIA SKUTKU

1. Wyjściowym warunkiem badania odpowiedzialności karnej podmiotu za dokonanie przestępstwa materialnego jest przesądzenie, że był on sprawcą negatywnego skutku stanowiącego znamię typu czynu zabronionego opisanego w ustawie karnej. Według współcześnie panujących poglądów w doktrynie prawa karnego o zaistnieniu stosunku sprawstwa można mówić wtedy, gdy wykazemy, że bezprawne zachowanie¹ osoby, której odpowiedzialność karą badamy, pozostawało w związku przyczynowym (a w przypadku przestępstw dokonanych przez zaniechanie w *quasi*–przyczynowym²) i w związku normatywnym z negatywnym skutkiem stanowiącym znamię określonego typu

¹ Na tle rozważań przeprowadzonych przez J. Majewskiego jak najbardziej zasadne wydaje się unikanie używania w tym kontekście tradycyjnego dla prawa karnego pojęcia „czynu” i mówienie raczej o „zachowaniu” jako pojęciu mieszczącym w sobie kategorie „działania” i „zaniechania”. J. Majewski, *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997, s. 21 i n.

² Stojąc na stanowisku odrzucającym przyczynowość zaniechania nie można zgodnie z prawdą stwierdzić, że w aspekcie ontologicznym zaniechanie, będące zachowaniem charakteryzującym się brakiem ruchów w nakazanym przez prawo kierunku może być przyczyną zaistnienia skutku. Natomiast można takie stwierdzenie uznać za prawdziwe na płaszczyźnie normatywnej stąd powiązanie zaniechania ze skutkiem można określić jako *quasi*–przyczynowe lub co byłoby chyba bardziej zasadne nazwać je powiązaniem normatywnym o charakterze *quasi*–przyczynowym. W. Wolter, *O tzw. przyczynowości zaniechania*, Państwo i Prawo 1954, z. 10–11 i tegoż *Błędne koło problematyki przyczynowości w teorii i praktyce prawa karnego*, Państwo i Prawo 1964, z. 3; A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 46; J. Majewski, *Prawnokarne...*, s. 59; J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 175.

czynu zabronionego. Dla przypisania sprawcy odpowiedzialności za ten skutek konieczne jest więc wykazanie, że jego zachowanie było powiązane z ujemnymi następstwami zarówno na płaszczyźnie ontologicznej (w przypadku działania) jak i normatywnej (zarówno w przypadku działania jak i zaniechania).³ Współczesna prawnokarna analiza tego zagadnienia nie ogranicza się więc do tworzenia teorii przyczynowości, ale polega na posługiwaniu się dostosowaną do praktycznych potrzeb tej analizy nauką o obiektywnym przypisaniu skutku.⁴

Płaszczyzna ontologiczna pozwala wyselekcjonować spośród ogółu zachowań ludzkich te, które w ogóle łączą się kauzalnie ze skutkiem wedle posiadanej przez nas wiedzy i doświadczenia życiowego z zakresu nauk przyrodniczych i społecznych.⁵ Obecnie odrzucona została przydatność teorii ekwiwalencji opartej na teście warunku *sine qua non* do badania związku przyczynowego między zachowaniem a skutkiem.⁶ Przyjmuje się natomiast, że zadanie to w zadowalający sposób spełnia teoria warunku odpowiadającego empirycznie potwierdzonej prawidłowości⁷ oparta na teście warunku właściwego.⁸ Polega on na zadaniu sobie pytania czy w świetle posiadanej przez nas wiedzy i doświadczenia życiowego możemy zgodnie z prawdą stwierdzić, że dane zachowanie wywołuje określony skutek. Sąd, kierując się opinią osób posiadających wiedzę specjalistyczną w danej dziedzinie musi ustalić, że istnieje empirycznie potwierdzone prawo przyczynowe, wskazujące na występowanie związku kauzalnego między dwoma zjawiskami, a następnie ustalić czy empirycznie stwierdzona prawidłowość, dająca się wyrazić przez to prawo, znajduje zastosowanie do ustalonego w danej sprawie stanu faktycznego.⁹ Jeśli wynik takiej operacji myślowej polegającej na dokonaniu subsumpcji ustalonych faktów w rozpatrywanej sprawie pod ogólnie ujęte prawo kauzalne będzie pozytywny, to wówczas należy uznać, że działanie potencjal-

³ A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 48; A. Zoll (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116*, t. 1, Zakamycze 1998, teza 57 i 58 do art. 1; J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 6 i n. oraz tegoż *Przyczynowość hipotetyczna a prawnokarne przypisanie skutku*, *Przegląd Prawa Karnego* 1992, nr 7, s. 43; C. Roxin, *Problematyka obiektywnego przypisania* (w:) *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990, s. 6 i n.

⁴ J. Giezek, *Przyczynowość hipotetyczna...*, s. 42, przypis 2.

⁵ J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 41; za anachroniczne należy uznać dziś poglądy, że obiektywnie prawa społeczne nie dają się ocenić w kategoriach przyczyny i skutku, tak J. Niekrasz, *Konfrontacja naukowego pojęcia przyczynowości z przyczynowością stosowaną w prawie karnym*, *Palestra* 1976, nr 7.

⁶ J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 16 i n.; A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 47.

⁷ J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 34 i n.

⁸ A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 47; A. Zoll (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, teza 57 do art. 1.

⁹ J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 40.

nego sprawcy pozostawało w związku przyczynowym z zaistniałymi ujemnymi następstwami. Jest to wyjściowe stwierdzenie dla dalszego rozważania możliwości obiektywnego przypisania skutku przy przestępstwach materialnych dokonanych przez działanie. Dla przestępstw skutkowych dokonanych przez zaniechanie właściwą dla rozważań będzie wyłącznie płaszczyzna normatywna.¹⁰

Płaszczyzna normatywna pozwala nam z pozostałych zachowań, których kauzalny związek ze skutkiem przesądzimy wyłowić te, które z punktu widzenia norm prawa karnego należy ocenić jako bezprawne, a zatem mogące stać się podstawą odpowiedzialności karnej.¹¹ Samo stwierdzenie przesłanek występujących na płaszczyźnie ontologicznej nie może być wyłączną podstawą obiektywnego przypisania z tego powodu, że część z podlegających prawnokarnej ocenie działań potencjalnych sprawców w ogóle nie będzie łamała porządku prawnego, z uwagi na fakt, że nie dojdzie z ich strony do zachowań naruszających wymagane w danych okolicznościach reguły ostrożności z chronionym dobrem prawnym.¹² Wystąpienie w takim przypadku ujemnych następstw może być efektem zachowania się danego podmiotu, ale w związku z tym, że nie zwiększyło ono ponad społecznie dopuszczalny poziom ryzyka wystąpienie negatywnego skutku, to należy uznać, że zachowanie takie mieści się w granicach prawa. Rozważania na temat normatywnych kryteriów obiektywnego przypisania umożliwiły sformułowanie dwóch ogólnych wymogów przypisania odnoszących się do ustalenia bezprawności zachowania potencjalnego sprawcy. Po pierwsze niezbędnym elementem do tego, żeby na płaszczyźnie normatywnej móc podmiotowi obiektywnie skutek przypisać jest stwierdzenie ze stanowiska *ex ante*, że prawdopodobieństwo wystąpienia nieakceptowalnego społecznie skutku było na tyle istotne, że możliwe do przewidzenia i w zasadzie możliwe do uniknięcia w konkretnych okolicznościach danego zdarzenia.¹³ Po drugie konieczne jest stwierdzenie, że poddane prawnokarnej analizie zachowanie podmiotu należy uznać za naruszające — wymagane w danych okolicznościach — reguły postępowania z dobrem prawnym. Takie stwierdzenie jest równoznaczne z ustaleniem, że w konkretnych okolicznościach badanego zajścia podmiot swym zachowa-

¹⁰ Oczywiście przy założeniu, że odrzuca się tezę o przyczynowości zaniechania.

¹¹ J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 50 i n.; J. Majewski, *Przyczynowość...*, s. 63.

¹² A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 43.

¹³ A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 44 i 51; J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 76 i n. Przy czym skutek należy przypisać także wtedy, gdy sprawca, co prawda nie miał możliwości zapobiec skutkowi w chwili, gdy on wystąpił, ale można mu postawić zarzut, że możliwość wystąpienia sytuacji niebezpieczeństwa dla dobra mógł przewidzieć i przygotować się do konieczności zapobieżenia zagrożeniu.

niem stworzył nadmierne ze społecznego punktu widzenia ryzyko wystąpienia negatywnego skutku.

Również w kręgu rozważań na płaszczyźnie normatywnej pozostaje konieczność ustalenia związku między bezprawnym zachowaniem podmiotu a ujemnymi następstwami tego zachowania. Dokonanie takiej analizy pozwala ograniczyć odpowiedzialność do tych wypadków, gdy przyczyną zaistnienia negatywnego skutku będzie właśnie to, a nie inne zachowanie sprawcy, które naruszyło wymagane w danych okolicznościach reguły postępowania z chronionym dobrem.¹⁴ Poprzestanie jedynie na stwierdzeniu reguł ostrożności bez przesądzenia, że to właśnie to — a nie inne — naruszenie było przyczyną zaistnienia ujemnie ocenianych następstw prowadziłoby do nieuzasadnionej obiektywizacji odpowiedzialności karnej.¹⁵ Występowanie omawianego tu związku normatywnego o charakterze *quasi*-przyczynowym¹⁶ należy badać za pomocą testu warunku koniecznego.¹⁷ Polega on na odpowiedzi na pytanie czy możemy z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością orzec, że ujemne następstwa zachowania sprawcy nie wystąpiłyby, gdyby postąpił on zgodnie w wymaganą od niego w danych okolicznościach regułą ostrożności w postępowaniu z chronionym dobrem prawnym.¹⁸ Ponadto, należy zbadać czy znalazł zastosowanie cel ochronny naruszonej reguły ostrożności przez to, że naruszona została ta właśnie reguła postępowania, w której urzeczywistnił się negatywny skutek.¹⁹

2. Kluczową kwestią dla prawnokarnego przypisania jest ustalenie zakresu zachowań, które ustawodawca zdecydował się penalizować z uwagi na ich powiązanie normatywne z opisany w ustawie karnej jako znamię czynu zabronionego skutkiem. Karalność określonych zachowań jest możliwa tylko wówczas o ile wcześniej ocenimy je jako bezprawne. Bezprawność jest więc pierwotnym i ogólnym normatywnym kryterium przypisywalności skutku.²⁰ W doktrynie istnieje kontrowersja odnosząca się do kwestii, jakie

¹⁴ A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 50; J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 172 i n.

¹⁵ J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 178 i n.

¹⁶ J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 175.

¹⁷ A. Zoll (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, teza 58 do art. 1.

¹⁸ Kontrowersyjnym zagadnieniem na gruncie dogmatycznym jest kwestia dopuszczalności tzw. nauki o zwiększonym ryzyku. Zwolennikami jej są m.in.: jej twórca C. Roxin, *Problematyka...*; a w Polsce J. Giezek, *Przyczynowość hipotetyczna...* oraz tegoż *Przyczynowość...*, s. 186 i n. O niedopuszczalności tej koncepcji na gruncie polskiego ustawodawstwa zasadnie A. Barczak-Oplustil, *Reguły ostrożności jako znamię typu czynu zabronionego*, rozprawa doktorska dotąd niepublikowana.

¹⁹ C. Roxin, *Problematyka...*, s. 13; J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 200 i n.; A. Barczak-Oplustil, *Reguły ostrożności...*

²⁰ J. Majewski, *Przyczynowość...*, s. 63.

kryterium szczegółowe o charakterze czysto normatywnym powinno zostać uznane za podstawowe dla przesądzenia bezprawności zachowania podmiotu.²¹ Zagadnienie to sprowadza się do określenia, jakiego typu oceny należy dokonać, żeby kauzalnie powiązane z obiektywnie przewidywalnym skutkiem działanie sprawcy uznać za niedopuszczalne z punktu widzenia polityki kryminalnej. W wypadku zaniechania przez gwaranta nienastąpienia skutku nakazanego przez prawo działania chodzi z kolei o zakreślenie takiego kręgu zachowań zaniechanych, który wymaga ze społecznego punktu widzenia karania jako bezprawne. We współczesnej doktrynie prezentowane są dwie podstawowe konstrukcje teoretyczne stawiające sobie za cel sformułowanie takiego normatywnego kryterium obiektywnego przypisania, które pozwalałoby określić precyzyjnie krąg zachowań bezprawnych. Z jednej strony uważa się, że za sprawcę prawnokarnie relewantnego skutku należy uznać każdego, kto narusza reguły postępowania z danym dobrem prawnym.²² Z drugiej strony twierdzi się, że dla obiektywnego przypisania tak naprawdę istotne jest przesądzenie tego, że podmiot — którego zachowanie oceniamy — stworzył nim nadmierne, przekraczające poziom społecznej akceptacji, ryzyko wystąpienia negatywnego skutku.²³

Przez naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym, określanych też jako naruszenie zasad ostrożności czy obowiązku postępowania z dobrem prawnym,²⁴ należy rozumieć każde takie zachowanie człowieka, które skutecznie zwiększa prawdopodobieństwo naruszenia dobra mającego wartość społeczną (w przypadku działania) albo nie zmniejsza go w wystarczającym stopniu w przypadkach, gdy podmiot jest zobowiązany do odwrócenia niebezpieczeństwa wystąpienia skutku od danego dobra lub dóbr prawnych (w przypadku zaniechania). Podstawową funkcją reguł ostrożności jest wyznaczenie dyrektyw postępowania, których zadaniem jest zapewnienie, aby nie doszło do naruszenia lub stworzenia niedopuszczalnego społecznie niebezpieczeństwa dla chronionego dobra. Reguły postępowania z dobrem praw-

²¹ Oczywiście obok stwierdzenia, że podmiot miał zarówno: po pierwsze, możliwość przewidzenia, że negatywny skutek może nastąpić, po drugie, możliwość zapobieżenia takim następstwom lub co najmniej można było od niego wymagać, aby stworzył sobie warunki takie zachowanie umożliwiające.

²² Tak przede wszystkim A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 43 i 49; A. Zoll (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, teza 58 do art. 1; A. Barczak-Oplustil, *Reguły ostrożności...*

²³ Tak przede wszystkim C. Roxin, *Problematyka...*; J. Giezek, *Przyczynowość hipotetyczna...* oraz tegoż *Przyczynowość...*, s. 111 i 124 i n.

²⁴ Zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie często stosuje się te pojęcia zamiennie, co skłania do poglądu, że „reguły ostrożności stanowią egzemplifikacje reguł postępowania, i to egzemplifikacje o charakterze bardziej nazwowym niż merytorycznym”, tak A. Barczak-Oplustil, *Reguły ostrożności...*; zob. też J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 85 i n.

nym określają więc, jak powinien zachować się przeciętny obywatel w momencie, kiedy pojawia się niebezpieczeństwo dla chronionego dobra albo choćby groźba jego wystąpienia. Oczywiście zasadniczym celem tego typu dyrektyw jest wskazanie ludziom takiego rodzaju zachowań, które w ogóle zapobiegają powstaniu zagrożenia dla dobra. Zachowanie podmiotu dyktowane przez taką regułę może sprowadzać się albo do zaniechania działań prowadzących do zwiększenia niebezpieczeństwa dla dobra, albo do podejmowania wszelkich działań minimalizujących prawdopodobieństwo wystąpienia takiego niebezpieczeństwa o ile prawo nakłada na podmiot taki obowiązek.²⁵ Reguły ostrożności są tworzone po to, aby zabezpieczyć dane dobro przed czyniącymi na niego w obrocie zagrożeniami, wówczas, kiedy ze względu na inne społeczne aprobowane wartości społeczeństwo jest gotowe zaakceptować określony poziom ryzyka wystąpienia negatywnego skutku. Należy w tym miejscu podkreślić, że specyficzną cechą reguł ostrożności jest to, że znajdują one zawsze zastosowanie w konkretnych sytuacjach życia codziennego. Niemniej jednak w odbiorze społecznym, a także w ujęciu przepisów prawnych (o ile są skodyfikowane) funkcjonują jako pewne zasady postępowania o charakterze abstrakcyjnym. Wyznaczają sposób zachowania w typowych sytuacjach niebezpieczeństwa dla dobra i to z reguły ze względu na jedno źródło zagrożenia. W zależności od dziedziny życia społecznego — w których takie reguły postępowania są tworzone — mogą mieć one różny charakter. Niektóre są skodyfikowane w wiążących prawnie aktach normatywnych (np. ustawa Prawo o ruchu drogowym), inne są zapisane w różnego rodzaju niemających mocy prawnej kodeksach postępowania (np. kodeks etyki dziennikarskiej), większość natomiast ma charakter reguł niepisanych, wynikających z wiedzy i doświadczenia w postępowaniu z danym dobrem prawnym (np. zasady wspinaczki wysokogórskiej).

Również charakter prawny reguł budzi wiele wątpliwości w doktrynie prawa karnego. Niektórzy traktują zastosowanie się do nich jako okoliczność wyłączającą bezprawność, a więc jako swoistego rodzaju pozaustawowy kontratyp. Wychodzą oni z założenia, że zachowanie podmiotu, choćby było zgodne z regułą postępowania i tak powoduje naruszenie normy sankcjonowanej, gdyż łączy się ze stworzeniem bardziej lub mniej skonkretyzowanego niebezpieczeństwa dla chronionego dobra. Pogląd dziś przeważający w doktrynie traktuje reguły ostrożności jako niemieszczące się w opisie typu czynu zabronionego, a zatem pozostające poza zakresem bezprawności. Zachowanie zgodne z regułą postępowania z danym dobrem ma bowiem tę funkcję, że

²⁵ A. Barczak-Oplustil, *Reguły ostrożności...*

ma wyznaczać granice akceptowalnego w życiu społecznym, a niedającego się w praktyce usunąć z obrotu niebezpieczeństwa dla dóbr prawnych. Każde więc zachowanie — zgodne z przyjętymi regułami ostrożności — nie może być uznane za bezprawne, a więc z prawnokarnego punktu widzenia jest irrelewantne.²⁶ Warto też zaznaczyć, że znaczenia reguł postępowania z dobrem prawnym nie powinno się ograniczać tylko do ustalenia zakresu bezprawności. Odgrywają one też rolę w wyznaczaniu zakresu karalności za poszczególne bezprawne zachowania.²⁷

W doktrynie długo też panowało przekonanie, że naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym jako znamię czynu zabronionego odnosi się tylko do przestępstw nieumyślnych i na tym tle powstała koncepcja tzw. otwartości nieumyślnych typów czynów zabronionych. Dziś można uznać ją za sfalsyfikowaną w doktrynie prawa karnego. Panuje obecnie powszechne przekonanie, że naruszenie reguł ostrożności znamieniuje w takim samym stopniu zarówno typy nieumyślne jak i umyślne. Różnicę między nimi można zaś sprowadzić po prostu do strony podmiotowej. Przy przestępstwach umyślnych zachowanie sprawcy charakteryzuje się tylko tym, że chce on naruszyć reguły postępowania z dobrem prawnym (zamiar bezpośredni) lub nie chcąc tego godzi się jednak na ewentualność takiego naruszenia (zamiar ewentualny).²⁸

Zwolennicy twierdzenia, że to nadmierne prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnego skutku powinno być uznane za kryterium normatywne obiektywnego przypisania równocześnie nie zaprzeczają tezie, że reguły ostrożności w praktyce odgrywają ważną rolę w ustaleniu odpowiedzialności podmiotu za skutek z jakim jego zachowanie było przyczynowo powiązane. Doświadczenie życiowe uczy bowiem, że zazwyczaj jest tak, iż naruszenie przez podmiot abstrakcyjnie rozumianych reguł postępowania z danym dobrem prawnym powoduje powstanie nie tylko potencjalnego niebezpieczeństwa dla tego dobra, ale także dochodzi do skonkretyzowania się tego zagrożenia, a często i do wystąpienia negatywnie ocenianego skutku z tego wynikającego niebezpieczeństwa. Tak więc, ich zdaniem, stwierdzenie naruszenia abstrakcyjnie ujętej reguły ostrożności może tworzyć swoistego rodzaju domniemanie, że zaistniało konkretne niebezpieczeństwo dla chronionego dobra, a dalej, że urze-

²⁶ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 99; A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 11 i n. oraz 43; J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 87 i n.; A. Barczak-Oplustil, *Reguły ostrożności...*

²⁷ Na przykład odwołanie się do zasad bezpieczeństwa w ruchu w art. 177 k.k., jako znamienia typu czynu zabronionego, skutkującego uszczerbkiem na życiu i zdrowiu, wyklucza odpowiedzialność za nieumyślne przestępstwa z art. 156 § 2 lub 157 § 3 k.k.

²⁸ J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 90 i n.; A. Barczak-Oplustil, *Reguły ostrożności...*

czywistnił się wynikający z tego niebezpieczeństwa skutek, choć to samo w sobie tego nie przesądza. Może być bowiem tak, że zachowanie się zgodnie z abstrakcyjnie sformułowaną regułą postępowania będzie w danych — nieznajdujących w pełni odzwierciedlenia w normie — okolicznościach faktycznych uznane za niewystarczające. Istotne tak naprawdę — ich zdaniem — z punktu widzenia nauki o obiektywnym przypisaniu jest to czy wystąpiło — spowodowane zachowaniem sprawcy, przekraczające granice społecznej akceptacji, a więc polegające na naruszeniu reguł postępowania z dobrem prawnym — nadmierne ryzyko wystąpienia negatywnego skutku.²⁹

Przez ryzyko należy rozumieć dokonaną ze stanowiska *ex ante* ocenę, że ze zdarzeniem łączy się prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnego skutku. Oczywiście możliwość wystąpienia skutku nie przesądza, że do przewidywanych ujemnych następstw dojdzie. Pojęcie ryzyka oznacza jedynie istnienie potencjalnego niebezpieczeństwa dla dóbr prawnych. Nigdy nie da się wykluczyć wystąpienia innego, zazwyczaj prawnokarnie irrelevantnego skutku. Z dużą częścią zachowań ludzkich wiąże się wynikające już z samej ich istoty ryzyko utraty lub uszczerbku na dobrach. Takich negatywnych następstw w obrocie dobrami prawnymi nie da się w praktyce uniknąć. Sprawność tego obrotu wymaga od społeczeństwa, aby godziło się w pewnym zakresie na ujemne skutki z nim związane, które jednak są opłacalne, biorąc pod uwagę ogólny bilans zysków i strat związanych z daną sferą aktywności ludzkiej. Jednak ryzyko negatywnego skutku jest społecznie akceptowane tylko w pewnych granicach, które są wyznaczane przez rozstrzygnięcie kolizji, w jakim stopniu jesteśmy w stanie narazić na niebezpieczeństwo ujemnych następstw jedno dobro w zamian za korzyści wpływające z możliwości szerszego korzystania z innego, kolidującego z tym pierwszym dobra. Ustalenie granicy między dozwolonym a nadmiernym ryzykiem jest zarazem ustaleniem granicy między zachowaniami bezprawnymi, a mieszczącymi się w zakresie porządku prawnego. Może być bowiem tak, że zachowanie człowieka będzie zachowaniem wypełniającym znamiona typu czynu zabronionego, jednak z uwagi na fakt, że nie narusza społecznie akceptowanych granic ryzyka w postępowaniu z dobrem prawnym, nie będzie mogło być uznane za bezprawne. Wyznaczenie granic dozwolonego społecznie ryzyka jest czynnością pierwotną wobec wtórnego określenia reguł postępowania z dobrem prawnym. Najpierw określamy granice dozwolonego ryzyka, a do nich dostosowujemy reguły postępowania chroniące dane dobro. Jeśli zmienia się zakres możliwości zaaprobowania przez społeczeństwo prawdopodobieństwa wy-

²⁹ J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 117 i n.

stąpienia negatywnego skutku na większy lub mniejszy muszą zmienić się równocześnie oczekiwania, co do standardów wymaganej ostrożności od poszczególnych podmiotów. Wyrażają je właśnie reguły postępowania z dobrem prawnym.³⁰

Istotne znaczenie dla analizy teoretycznej struktury proponowanych w doktrynie normatywnych kryteriów obiektywnego przypisania wydaje się mieć zrozumienie różnicy znaczeniowej zachodzącej między pojęciami ryzyka i ostrożności. Przez ostrożność lub nieostrożność zachowania rozumieć należy te cechy zdarzenia, którą nadaje mu podmiot właśnie ze względu na sposób swojego zachowania zmierzający do zapobiegnięcia negatywnego skutku. Mówiąc więc, że podmiot zachował się ostrożnie lub nieostrożnie określamy te elementy zdarzenia, nad którymi był on w stanie zapanować, tzn. co do, których mógł przedsięwziąć lub zaniechać takich kroków, które można było od niego wymagać w celu niedopuszczenia do zaistnienia negatywnego skutku. Z kolei w pojęciu ryzykowności mieszczą się także takie elementy zdarzenia, które należą do kontekstu sytuacyjnego; takie, nad którymi podmiot nie panuje oraz takie, które są zewnętrzne w stosunku do jego zachowania. Wynika z tego, że pojęcie ryzykowności mieści w sobie pojęcia ostrożności lub nieostrożności zachowania, charakteryzujące się zdolnością podmiotu do panowania nad nimi, natomiast obok nich — w zakresie znaczeniowym tego pojęcia — występują także takie cechy zdarzenia, które są w zasadzie od podmiotu niezależne i często nie do uniknięcia nawet, jeśli podmiot zachowa wszelkie wymagane zasady ostrożnego działania. O obowiązku jednostki do zachowania reguł ostrożności w postępowaniu z dobrem prawnym, możemy sensownie mówić dopiero wówczas, gdy z kontekstu sytuacyjnego będzie można wywnioskować, że występują takie cechy zdarzenia, które ze względu na wiedzę i doświadczenie życiowe przeciętny człowiek określiłby jako stwarzające ryzyko wystąpienia ujemnych następstw. Zarówno pojęcia ostrożności jak i ryzyka są pojęciami stopniowalnymi. Zachodzi między nimi taka zależność, że im ostrożniejsze zachowanie się podmiotu tym mniejsze ryzyko wystąpienia skutku lub im bardziej nieostrożne zachowanie podmiotu tym większe ryzyko wystąpienia ujemnych następstw. Dojść należy więc ostatecznie do wniosku, że pojęcie ostrożności i ryzyka pozostają do siebie w stosunku odwrotnej proporcjonalności, a pojęcia nieostrożności i ryzyka są do siebie wprost proporcjonalne. Oczywiście zależność ta jest zawsze prawdziwa tylko wtedy, gdy będziemy brali pod uwagę tylko jeden czynnik (np. prędkość jazdy). Sytuacja znacznie bardziej skomplikuje się, gdy weźmiemy

³⁰ *Ibidem*, s. 121.

pod uwagę więcej zmiennych (np. oprócz prędkości jazdy stopień uwagi z jaką kierujący pojazdem obserwował drogę czy jego doświadczenie jako kierowcy).³¹

Kluczową kwestią, jaką należy się zająć analizując jako kryterium normatywne obiektywnego przypisania stworzenie przez podmiot nadmiernego prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnego skutku jest ustalenie, w jaki sposób można wyznaczyć dopuszczalny społecznie poziom ryzyka w postępowaniu z dobrami prawnymi. Jak wcześniej nadmieniono w życiu społecznym cały czas mamy do czynienia ze swoistą antynomią między określonymi wartościami. Oczywiście niektóre z nich nie są uważane ze społecznego punktu widzenia za godne ochrony z uwagi na to, że nie przynoszą żadnych korzyści, które taką ochronę by uzasadniały. Z kolei wśród aktywności ludzkich, które przynoszą korzyści społeczeństwu zasadnicza ich część niesie ze sobą niedające się uniknąć abstrakcyjne zagrożenie dla innych dóbr prawem chronionych. Jednak wymogi życia społecznego powodują, że jesteśmy gotowi zapewnić jednostkom możliwie szerokie pole swobody w podejmowaniu działań nieodłącznie związanych z mniejszym lub większym prawdopodobieństwem wystąpienia negatywnych skutków. To pole swobody w podejmowaniu zachowań społecznie użytecznych wyznacza właśnie granica między dozwolonym a nadmiernym ryzykiem wystąpienia negatywnego skutku. Z dozwolonym ryzykiem będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy ze społecznego punktu widzenia będziemy skłonni akceptować jeszcze możliwość wystąpienia ujemnych następstw z uwagi na to, że dane zachowanie niesie dla społeczeństwa wymierne korzyści i w ogólnym bilansie zysków i strat tych korzyści odnosi się więcej niż kosztów związanych z występowaniem negatywnych następstw zachowań. Korzyści, jakie niosą z sobą zachowania, w których immanentnie tkwi pewne abstrakcyjne niebezpieczeństwo mają społeczną akceptację dla ich podejmowania, gdy jednocześnie wyznaczone są określone zasady postępowania z danym dobrem. Pozwalają one stwierdzić, że z reguły wtedy, gdy się do nich stosujemy prawdopodobieństwo negatywnych następstw jest na tyle małe, że społecznie dopuszczalne. Natomiast wówczas, gdy się do nich nie stosujemy prawdopodobieństwo negatywnego skutku staje się zbyt duże, aby mogło być zaakceptowane. Z nadmiernym ryzykiem zaczynamy mieć do czynienia wtedy, kiedy prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnego skutku w związku z danym zachowaniem uznać trzeba będzie na tyle wysokie, że gdybyśmy je zaakceptowali to ogólny bilans zysków i strat okazałby się dla społeczeństwa niekorzystny. Oczywiście takie abstrakcyjne ujęcie musi zna-

³¹ *Ibidem*, s. 121 i n.

leźć za każdym razem konkretyzację w poddawanym analizie stanie faktycznym. Generalna zasada pozostaje jednak niezmienna. Mianowicie dla ustalenia poziomu stanowiącego granicę między dopuszczalnym a nadmiernym ryzykiem musimy odwołać się do społecznej oceny kolidujących ze sobą wartości.

Zwolennicy przyjęcia jako kryterium obiektywnego przypisania nadmiernego prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnego skutku sformułowali — zresztą praktyczne — wskazówki ustalenia poziomu dopuszczalnego ryzyka.³² Procedurę taką można podzielić na dwie zasadnicze części: na ustalenie czy przy danym zachowaniu społeczeństwo w ogóle dopuszcza jakiegokolwiek ryzyko z nim związane (tzw. zasadnicza dopuszczalność ryzyka), a o ile pierwszy warunek zostanie spełniony, ustalenie, jaki stopień ryzyka społeczeństwo jest skłonne zaakceptować (tzw. poziom dopuszczalnego ryzyka). Pierwsze kryterium pozwala stwierdzić, jakie cechy musi posiadać badane zachowanie, aby w ogóle zasadna było dopuszczalność wiążącego się z nim abstrakcyjnego niebezpieczeństwa wystąpienia negatywnego skutku. Po pierwsze takie zachowanie musi posiadać społeczny sens i cel. Oceny czy ma to miejsce należy dokonać w sposób obiektywny, biorąc pod uwagę czy ze względu na charakter danego zachowania niesie ono określone korzyści dla społeczeństwa, a nie tylko dla danej jednostki czy grupy. Po drugie takie sensowne i celowe społecznie zachowanie musi być na tyle istotne, żeby uzasadnione było łączenie z nim ryzyka jakiegokolwiek negatywnego skutku. Po trzecie wreszcie należy ustalić czy dane zachowanie może być przeprowadzone w taki sposób, aby całkowicie wyeliminować zagrożenie dla chronionego dobra prawnego. Jeżeli jest to możliwe nie jest dopuszczalny jakiegokolwiek poziom ryzyka. Drugie kryterium, jakim jest ustalenie poziomu dopuszczalnego ryzyka wchodzi w grę po tym jak przesądzimy, że zachodzi zasadnicza dopuszczalność ryzyka. Tu należy porównać z jednej strony rodzaj i rozmiar negatywnego skutku oraz prawdopodobieństwo jego wystąpienia, a z drugiej rodzaj i rozmiar społecznie aprobowanego celu oraz prawdopodobieństwo jego osiągnięcia. Jeżeli rodzaj i rozmiar oraz prawdopodobieństwo osiągnięcia pozytywnych konsekwencji zachowania są ze społecznego punktu widzenia wyżej cenione niż możliwość wystąpienia negatywnego skutku, ze względu na jego rodzaj, rozmiar i prawdopodobieństwo wystąpienia, to należy uznać, że zachowanie takie znajduje się w granicach dozwolonego ryzyka. Jeżeli zaś ta ocena wypadnie negatywnie, ze względu na to, że zachowanie takie można było ze stanowiska *ex ante* ocenić jako nadmiernie ryzykowne od podmiotu, którego odpowiedzialność badamy należy oczekiwać, że od danego zachowania

³² *Ibidem*, s. 130 i n.

wania odstąpi.³³ Mówiąc prosto zasadne jest podjęcie zachowania, z którym wiąże się niebezpieczeństwo negatywnego skutku, gdy ocenimy, że jest ono ze społecznego punktu widzenia bardziej opłacalne niż jego zaniechanie. Dokonując jednak takiego „ważenia wartości” jakie przypisujemy poszczególnym dobrom musimy pamiętać o tym, że pewne zachowania ze względu na swój charakter będą musiały zostać uznane za zbyt ryzykowne, a więc bezprawne zarówno na gruncie abstrakcyjnie jak i konkretnie rozumianej reguły ostrożności. Jednak z uwagi na szczególne okoliczności bezprawność ta zostaje wyłączona ze względu na sytuację kontratypową. Konstrukcja kontratypu służy właśnie do tego, żeby wyłączyć bezprawność wtedy, kiedy dochodzi do wystąpienia *in concreto* nadmiernego ryzyka zaistnienia skutku, ale zachodzą okoliczności usprawiedliwiające stworzenie takiego ryzyka. Przy czym są to okoliczności niemające bezpośrednio wpływu na prawidłowości przyczynowe rządzące konkretnym układem sytuacyjnym.³⁴ Na przykład odpowiedzialność kierowcy za spowodowanie kolizji drogowej w wyniku stworzonego przez niego niedozwolonego w konkretnej sytuacji ryzyka może zostać wyłączona ze względu na stan wyższej konieczności. Jeśli bowiem stworzył on nadmierne ryzyko z uwagi na to, że wiozł do szpitala umierającego człowieka, to okoliczność taka nie powinna być uwzględniona przy analizie wartości związanych z oceną należytego zachowania się kierowcy (tj. przy ocenie czy społeczeństwo aprobuje taki sposób prowadzenia pojazdu w danych warunkach drogowych), ale powinna zostać uwzględniona w ramach kontratypu (pomimo tego, że społeczeństwo nie akceptuje takiego sposobu prowadzenia pojazdu w danych warunkach drogowych, to jednak szczególna okoliczność jaką jest tu ratowanie dobra w postaci życia człowieka powinna zostać uwzględniona jako wyłączająca bezprawność).

3. Rozstrzygnięcie czy naruszenie reguł ostrożności w postępowaniu z reprezentującym społeczną wartość dobrem prawnym czy też nadmierne ryzyko wywołania negatywnego skutku należy uznać za właściwe kryterium normatywne obiektywnego przypisania nie wydaje się proste. Na pierwszy rzut oka teoretyczne argumenty, które zostały powyżej przytoczone skłaniają raczej do wniosku, że tak czy inaczej dla ustalenia treści reguł ostrożności musimy wcześniej określić granice dozwolonego ryzyka. Nie jesteśmy w stanie skonstruować rozsądnych reguł postępowania z dobrem prawnym bez ustalenia tego, które zachowania mimo łączącego się z nimi prawdopodobieństwa

³³ *Ibidem*, s. 143 i n.

³⁴ Odmienne J. Giezek, który zdaje się w ogóle odrzucać potrzebę posługiwania się konstrukcją kontratypu. J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 164 i n.

negatywnego skutku ze społecznego punktu widzenia jesteśmy w stanie zaakceptować, z uwagi na fakt, że przynoszą one w generalnym rozrachunku wymierne korzyści, a których zaakceptować nie jesteśmy już skłonni z uwagi na fakt, że taki bilans będzie wypadał niekorzystnie. Reguły te z jednej strony muszą uwzględniać konieczność ochrony dóbr przed ujemnymi konsekwencjami związanymi z obrotem, z drugiej zaś muszą brać pod uwagę potrzeby sprawnego funkcjonowania życia społecznego. Uznanie, że reguły ostrożności mają charakter wtórny wobec oceny zasadniczej zakazującej zachowań zwiększających ponad społecznie akceptowane prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnego skutku wydaje się prowadzić do wniosku, że zawsze punktem wyjścia musi być ustalenie granicy między dozwolonym i nadmiernym ryzykiem. Nie przesądza to jednak o tym, że musi nas to prowadzić do zanegowania przydatności kategorii reguł postępowania z dobrem dla analizy prawnokarnego przypisania skutku. Jednocześnie nie przesądza to, że za właściwe kryterium obiektywnego przypisania trzeba przyjąć przekroczenie granic dozwolonego ryzyka. Jak pisze sam zwolennik tego drugiego kryterium J. Giezek „(...) niezależnie od tego, czy będziemy mówić o naruszeniu obowiązku ostrożnego (tzn. właściwego w danych warunkach) postępowania, czy o przekroczeniu granic dozwolonego ryzyka, czy też wreszcie (...) o stworzeniu prawnie dezaprobowanego niebezpieczeństwa i tak nie uda się uniknąć odpowiedzi na zasadnicze pytanie, jak wysoki stopień prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnego skutku był w konkretnej sytuacji możliwy do zaaprobowania”.³⁵ Konstatacja, że skoro i tak musimy ustalić granicę dozwolonego ryzyka prowadzi tego autora do wniosku, że zgodnie z filozoficzną zasadą brzytwy Ockhama należy odrzucić jako normatywne kryterium obiektywnego przypisania naruszenie reguł ostrożności z dobrem prawnym. Dochodzi tu bowiem do zdublowania pierwotnej dla reguł ostrożności zasady, że najpierw konieczne jest ustalenie, że zachowanie podmiotu tworzyło nadmierne prawdopodobieństwo wystąpienia skutku, gdy tymczasem był on uprawniony do działania jedynie w granicach dozwolonego ryzyka tj. tak, aby w konkretnej sytuacji nie stworzyć większego niż społecznie aprobowane zagrożenia dla chronionego dobra prawnego. Nie kwestionując niewątpliwie słusznego założenia, że dla skonstruowania reguł ostrożności konieczne jest wcześniejsze ustalenie poziomu dozwolonego ryzyka postaramy się tu jednak wykazać, że z uwagi na konstrukcję normatywną przyjętą w art. 9 § 2 i 177 § 1 k.k. niezbędne, a co więcej użyteczne wydaje się posługiwanie kryterium naruszenia reguł ostrożności.

³⁵ *Ibidem*, s. 145.

Abstrakcyjne ujmowanie zarówno problematyki zwiększonego ponad społecznie dopuszczalną miarę prawdopodobieństwa negatywnego skutku jak i problematyki naruszenia reguł ostrożności nie ma zasadniczo żadnego praktycznego znaczenia poza oddaniem istoty samego zagadnienia. W przypadku zwiększonego ryzyka chodzi w takim ujęciu o przekazanie myśli, że za prawnie relewantne należy uznać każde zachowanie podmiotu, które niosło ze sobą nieakceptowane społecznie zwiększenie prawdopodobieństwa negatywnego skutku. W przypadku naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym chodzi o wyrażenie zasady, że każde zachowanie podmiotu, które nie mieści się w dyktowanych wiedzą i zasadami doświadczenia życiowego regułach postępowania może świadczyć, ale samo w sobie nie przesądza o tym, że potencjalny sprawca swym zachowaniem zwiększył nadmiernie ryzyko wystąpienia negatywnego skutku. Można więc zgodzić się, że formułując oba kryteria abstrakcyjnie to właśnie zachowanie podmiotu — wykraczające poza dopuszczalne ryzyko — trzeba by uznać za właściwe kryterium normatywne obiektywnego przypisania. Problem polega tylko na tym, że nie jesteśmy w stanie ani wyznaczyć poziomu dopuszczalnego ryzyka, ani reguł ostrożności w postępowaniu z dobrem prawnym bez odniesienia się do konkretnych okoliczności zdarzenia, których elementem jest także podlegające prawnokarnej ocenie zachowanie się potencjalnego sprawcy powiązane kauzalnie z negatywnym skutkiem. Niewątpliwie jest tak, że w życiu społecznym funkcjonują ustalone na podstawie przeciętnego stopnia ryzyka związanego z danym ludzkim zachowaniem pewne, z reguły uwzględniające jedynie jedno źródło zagrożenia dla dobra wytyczne, co do sposobu właściwego postępowania w typowych sytuacjach niebezpieczeństwa wobec chronionej wartości. Można by je określić jako abstrakcyjnie ujęte reguły postępowania z dobrem prawnym. Jednak normy te zawsze muszą zostać skonkretyzowane przez uwzględnienie wszystkich mających znaczenie elementów analizowanego zdarzenia. Przykładowo ustawa prawo o ruchu drogowym określająca zasady bezpieczeństwa w ruchu — jest zespołem reguł postępowania dla kierowców pojazdów poruszających się po drogach publicznych, zawierającym szereg, akurat w tym wypadku skodyfikowanych norm, określających abstrakcyjnie ujęte nakazy i zakazy, co do sposobu prowadzenia pojazdów. Ich celem jest zminimalizowanie prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnego skutku. Jednak normy te znajdują zastosowanie tylko w konkretnych sytuacjach drogowych, na które mogą składać się różne elementy niosące za sobą zagrożenie dla życia i zdrowia uczestników ruchu. Tylko mając na uwadze dane źródła niebezpieczeństwa, jakie występują *in concreto* można wymagać od kierującego pojazdem, aby zachował się w ten lub inny sposób. Efektem takiego zachowania

ma być zawsze uniknięcie negatywnego skutku, a w razie możliwości także konkretnego niebezpieczeństwa dla dóbr prawem chronionych. Skodyfikowane zaś w prawie o ruchu drogowym abstrakcyjnie ujęte reguły postępowania mogą być dla uczestnika ruchu drogowego jedynie wskazówką jak typowo należy zachować się w danej sytuacji zagrożenia. Na przykład fakt przestrzegania abstrakcyjnej, bo dostosowanej do typowych warunków drogowych normy, określającej dozwoloną administracyjnie prędkość poruszania się pojazdów w terenie zabudowanym na 60 km/h, nie oznacza, że gwarantuje nam to wyłączenie możliwości przypisania skutku w postaci wypadku komunikacyjnego. Norma taka określa wyrażony decyzją ustawodawcy maksymalny poziom dozwolonego ryzyka, czy też minimalny wymóg nakazanej staranności. Oznacza to tylko tyle, że w typowych tj. dobrych warunkach drogowych w terenie zabudowanym zakazane jest poruszanie się z prędkością większą niż administracyjnie ustalona. Nie oznacza to z jednej strony, że przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności na drodze w danym momencie przekroczenie takiej prędkości będzie od razu powodowało stworzenie konkretnego niebezpieczeństwa dla chronionych dóbr prawnych. Natomiast, z drugiej strony, uwzględniając konkretne okoliczności zdarzenia można dojść do wniosku, że ich charakter świadczył o tym, że od prowadzącego pojazd należało wymagać, aby poruszał się z prędkością na przykład dwa razy mniejszą (z uwagi na fakt, że jechał w nocy w złych warunkach pogodowych znajdującą się w remoncie drogą).

Istotą wszelkiego rodzaju norm jest ich abstrakcyjne i generalne ujęcie, które zawsze musi ulec konkretyzacji i indywidualizacji do określonych okoliczności analizowanego zdarzenia i zachowania podmiotu. W rzeczywistości nie jesteśmy w stanie mówić o obiektywnym przypisaniu skutku bez odniesienia się do konkretnego zachowania podmiotu, które składa się na szerszy kontekst sytuacyjny danego zdarzenia. Nie jesteśmy też w stanie abstrakcyjnie określić zarówno poziomu dozwolonego ryzyka jak i wynikających z nich reguł postępowania z chronionym dobrem, które znajdowałyby zastosowanie do każdego zachowania potencjalnego sprawcy niezależnie od jego charakteru i okoliczności zajścia. Wynika to z faktu, że nikt, również kodyfikujący reguły ostrożności w postępowaniu z różnymi dobrami ustawodawca, nie jest w stanie przewidzieć wszystkich możliwych sytuacji niebezpieczeństwa i wiążącego się z nimi poziomu dopuszczalnego ryzyka oraz wymaganych w danych okolicznościach reguł postępowania. Nieporozumienie związane z regułami ostrożności polega właśnie na tym, że powszechnie przyjmuje się, iż skodyfikowane bądź jedynie wynikające z zasad wiedzy i doświadczenia życiowego, abstrakcyjnie ujęte, odnoszące się do typowych sytuacji, a w dodat-

ku uwzględniające zazwyczaj tylko jedno źródło zagrożenia zasady postępowania z dobrami prawnymi wyznaczają właściwy sposób zachowania w każdej konkretnej sytuacji. Tymczasem zawsze oddzielnie dla każdego analizowanego zdarzenia musimy wyznaczyć zarówno poziom dozwolonego ryzyka jak i na tej podstawie odpowiedni sposób zachowania się umożliwiający uniknięcie wystąpienia negatywnego skutku. Tak, więc czy za kryterium normatywne obiektywnego przypisania uznamy przekroczenie granic dozwolonego ryzyka czy naruszenie reguł ostrożności to zawsze chodzi w takiej sytuacji o dokonanie oceny prawnej relewantności zachowania się podmiotu w konkretnych okolicznościach zajścia. Abstrakcyjnie ujęte reguły ostrożności wyznaczone na podstawie typowego poziomu dozwolonego ryzyka mają jedynie znaczenie pomocnicze. Dają one ogólne wskazówki, co do sposobu postępowania, które z reguły w typowych sytuacjach pozwalają uniknąć wystąpienia skonkretyzowanego zagrożenia dla chronionego dobra. Jednakże w konkretnych okolicznościach zdarzenia, które wcale nie muszą mieć charakteru typowego od podmiotu, ze względu na wyznaczony w danej sytuacji dozwolony poziom ryzyka, będzie można oczekiwać zachowań bardziej ostrożnych. Będą nimi takie zachowania, które doprowadzą do tego, że prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnego skutku będzie w tych okolicznościach mieścić się w granicach społecznej akceptacji. Abstrakcyjne ujęcie reguł postępowania z dobrem prawnym ma tę funkcję, że powinno stanowić dla potencjalnego sprawcy punkt odniesienia, co do wyboru podejmowanych przez niego środków dla uniknięcia przewidywanych przez niego ujemnych następstw, które potencjalnie wiążą się z jego zachowaniem.

Konieczność ustalania za każdym razem — w zależności od konkretnych okoliczności zdarzenia — akceptowanego w tych warunkach poziomu ryzyka, a na tej podstawie właściwego dla odwrócenia zagrożenia dla chronionego dobra sposobu zachowania się podmiotu, zmusza do zadania sobie pytania czy w takim razie przyjęcie za kryterium obiektywnego przypisania bądź to przekroczenia poziomu dopuszczalnego *in concreto* ryzyka, bądź to naruszenia wymagających zachowania w danych okolicznościach reguł ostrożności niesie za sobą jakieś praktyczne konsekwencje. O ile patrząc na te kryteria abstrakcyjnie właściwym wydawałoby się uznanie przekroczenia granic dozwolonego ryzyka za kryterium obiektywnego przypisania z uwagi na jego pierwotność w stosunku do reguł ostrożności, to stwierdzenie to przestaje mieć znaczenie wobec faktu, że przy obiektywnym przypisaniu musimy wziąć pod uwagę konkretne okoliczności zdarzenia i konkretne zachowanie sprawcy. W związku z tym i tak musimy ustalić poziom dozwolonego *in concreto* ryzyka oraz zbadać czy w odniesieniu do tego sprawca zachował się

zgodnie z wymaganymi w danych okolicznościach regułami postępowania, czy też swym zachowaniem je naruszył. Wydaje się, że prowadzi nas to do wniosku, że w zasadzie nie ma praktycznego znaczenia, które z kryteriów przyjmujemy. Fakt, że ani stopień dozwolonego *in concreto* ryzyka, ani wymagane w danych okolicznościach reguły ostrożności nie są nam z góry znane, a musimy je każdorazowo ustalać, powoduje, że z punktu widzenia analizy konkretnego stanu faktycznego praktyczne konsekwencje przyjęcia jednego albo drugiego kryterium są identyczne. Nie ma bowiem znaczenia dla ustalenia czy zachowanie podmiotu należy uznać za prawnokarnie relewantne ze względu na przekroczenie granicy dozwolonego ryzyka czy ze względu na naruszenie reguł ostrożności, jeśli i tak dla przesądzenia, że zrealizowane zostało jedno czy drugie kryterium musimy ustalić jaka zachodzi relacja między kolidującymi ze sobą w konkretnych okolicznościach zdarzenia wartościami. Dopiero na tej podstawie jesteśmy zdolni do ustalenia poziomu dopuszczalnego *in concreto* ryzyka, a dalej treści wymaganych w danych okolicznościach reguł ostrożności, jakie był zobowiązany podjąć podmiot, aby uniknąć negatywnego skutku. Ponieważ okoliczności konkretnego zdarzenia, jakie są brane pod uwagę przy analizie obu kryteriów są identyczne, zatem nie jest możliwe, aby doszło do sytuacji, że zachowanie podmiotu ocenimy jako mieszczące się *in concreto* w granicach dozwolonego ryzyka i jednocześnie naruszające wymagane w danych okolicznościach reguły ostrożności. Natomiast konstatacja taka jest możliwa wówczas, gdy operujemy kryterium naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym na poziomie abstrakcyjnym. W oderwaniu od konkretnej sytuacji faktycznej nie zawsze, gdy dochodzi do naruszenia abstrakcyjnie ujętych reguł ostrożności można stwierdzić, że zachowanie podmiotu zwiększało w danych okolicznościach ponad dopuszczalny społecznie poziom prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnego skutku (np. nie jest tak, że samo poruszanie się pojazdem przez pozostającego pod wpływem alkoholu kierowcę, stanowiące naruszenie abstrakcyjnie ujętej reguły ostrożności musi powodować skonkretyzowanie się jedynie potencjalnego niebezpieczeństwa negatywnego skutku wobec dóbr prawnych innych uczestników ruchu na przykład ze względu na to, że pijany kierowca na swojej drodze nie spotka nikogo, kto mógłby ucierpieć w skutek jego bezprawnych zachowań).

4. Samo stwierdzenie, że na poziomie konkretnych rozważań o obiektywnym przypisaniu określonego skutku zarówno mówienie o przekroczeniu poziomu dozwolonego ryzyka jak i o naruszeniu reguł ostrożności z dobrem prawnym polega na dokonaniu dokładnie tej samej operacji myślowej i nie oznacza wcale, że w pełni uzasadnione byłoby posługiwanie się zamiennie

obu — zresztą ściśle ze sobą powiązanymi na płaszczyźnie abstrakcyjnej — kryteriami. Zwolennicy przyjęcia jako normatywnego kryterium obiektywne przypisania stworzenia przez sprawcę swym zachowaniem nadmiernego ryzyka negatywnego skutku podnoszą, że teoretyczna konstrukcja reguł postępowania z dobrem prawnym jest wtórna do pierwotnej konieczności zbadania występującego *in concreto* poziomu ryzyka ujemnych następstw. Niezrozumiała zatem staje się dla nich potrzeba swoistego mnożenia bytów i posługiwania się kryterium wtórnym, jeśli dokładnie te same konsekwencje daje pierwotne kryterium zwiększenia ponad dopuszczalny społecznie poziom ryzyka wystąpienia negatywnego skutku. Niemniej można przedstawić przynajmniej dwa argumenty za przyjęciem za normatywne kryterium obiektywnego przypisania naruszenie wymaganych w danych okolicznościach reguł postępowania z dobrem prawnym.

Po pierwsze pomimo niewątpliwej z punktu widzenia prawa karnego poprawności teoretycznej twierdzenia, że ustalenie reguł postępowania z dobrem prawnym musi zostać poprzedzone wcześniejszym wyznaczeniem poziomu dozwolonego ryzyka, nie jest to wcale takie oczywiste w świetle wiedzy psychologicznej, dotyczącej wykorzystywania przez ludzi różnych metod poznania społecznego. Teorie naukowe powstałe na gruncie psychologii społecznej dowodzą, że najzupełniej naturalnymi mechanizmami, jakie wykorzystują jednostki w myśleniu o przepełnionym informacjami świecie społecznym są metody oszczędności poznawczej. Polegają one na stosowaniu przez ludzi efektywnych uproszczeń myślowych i praktycznych reguł zdrowo rozsądkowych, które pozwalają im zrozumieć rzeczywistość społeczną, ponieważ nie są oni w stanie przetworzyć całości otaczającej ich informacji społecznej.³⁶ Do takich podstawowych metod należą heurystyki wydawania sądów, czyli uproszczone reguły wnioskowania, którymi posługują się ludzie, by wydawać sądy w sposób szybki i efektywny.³⁷ Umożliwiają one z reguły skuteczne podejmowanie decyzji, co do sposobu zachowania się jednostki w oparciu o znane jej już z własnego doświadczenia lub z zaobserwowanych modeli postępowania innych osób schematy zachowań stosowanych w pewnych typowych sytuacjach życia codziennego. Szczególnie istotne dla naszych rozważań są heurystyka reprezentatywności i heurystyka zakotwiczenia (dostosowania). Ta pierwsza polega na tym, że klasyfikacji czegoś dokonuje się na podstawie stopnia podobieństwa do przypadku typowego.³⁸ Druga

³⁶ E. Aronson, T.D. Wilson, R.M. Akert, *Psychologia społeczna. Serce i umysł*, Poznań 1997, s. 128.

³⁷ *Ibidem*, s. 148.

³⁸ *Ibidem*, s. 152.

z nich, polega na posłużeniu się jakąś liczbą lub wartością jako punktem wyjściowym i następnie sformułowaniu odpowiedzi na pytanie przez zmodyfikowanie tej wartości, stanowiącej swoistego rodzaju zakotwiczenie.³⁹ Patrząc na znaczenie istotnych na gruncie prawa karnego reguł ostrożności przez pryzmat dokonań psychologii społecznej nasuwa się wniosek, że pełnią one funkcję właśnie przy podejmowaniu przez ludzi decyzji za pomocą metod oszczędności poznawczej, co do sposobu ich postępowania. Reguły postępowania z dobrem prawnym w ujęciu abstrakcyjnym są wygodnym punktem odniesienia dla podejmujących aktywności społeczne ludzi. Mogą oni w prosty, a zarazem w większości przypadków skuteczny sposób wybrać zgodny z porządkiem prawnym sposób postępowania z chronionym dobrem. Takie abstrahujące od konkretnych okoliczności danego zdarzenia, właściwe dla typowych, a więc i najczęstszych przypadków ujęcie reguł postępowania daje nie tylko możliwość podjęcia właściwych ze społecznego punktu widzenia zachowań w przypadkach modelowych, ale także w tych wypadkach, które będą miały charakter nietypowy. Jest to możliwe właśnie dzięki wykorzystaniu metod heurystycznych. Odwołanie się przy podejmowaniu niebezpiecznych czynności życia codziennego do ustalonego za każdym razem poziomu dozwolonego *in concreto* ryzyka musiałoby wydawać się przeciętnemu człowiekowi niezrozumiałe. Znacznie użyteczniejsze z punktu widzenia psychologii społecznej jest odwołanie się do znakomicie funkcjonującego w świadomości społecznej pojęcia reguł ostrożności w postępowaniu z chronionym dobrem, które choć ujęte abstrakcyjnie z łatwością mogą być zmodyfikowane do potrzeb konkretnego zajścia i wyznaczyć tym samym wymagane w danych okolicznościach reguły ostrożności.

Ze stosowaniem metod heurystycznych wiąże się niebezpieczeństwo polegające na tym, że ludzie często modyfikują stanowiące dla nich punkt odniesienia zasady w sposób niewystarczający w stosunku do zaistniałych warunków, co skutkuje błędnym rozpoznawaniem danej sytuacji społecznej. Na przykład kierowcy jadącemu w granicach administracyjnie dozwolonej prędkości, a więc przestrzegającemu abstrakcyjnie ujętej reguły ostrożności można przypisać skutek, jeżeli stwierdzimy, że ze względu na gęstą mgłę był on zobowiązany *in concreto* do dalszego ograniczenia prędkości, czego nie uczynił ze względu na błędne rozpoznanie warunków drogowych. Na tym tle powstaje pytanie jak taki błąd należy ocenić na gruncie prawa karnego. Wyowiedzi doktryny nie są w tej kwestii do końca jasne. Jak się zdaje jest to związane głównie ze specyficznym sposobem ujmowania reguł ostrożności

³⁹ *Ibidem*, s. 154.

w tekście przepisów prawnych. Polega on mianowicie na tym, że ustawodawca posługuje się pewnym odniesieniami o charakterze normatywnym, będącymi swoistymi klauzulami normatywnymi. Dla przykładu takimi są: „zasady bezpieczeństwa w ruchu” z art. 177 § 1 k.k., wyznaczające właściwy sposób poruszania się po drogach publicznych przez uczestników ruchu czy obowiązki związane z zachowaniem bezpieczeństwa i higieny pracy o jakich mówi art. 220 § 1 k.k. Są to pojęcia zbiorcze mieszczące w sobie ogół reguł postępowania z chronionym dobrem w danej sferze życia społecznego. Ich interpretacja niesie za sobą określone trudności, prowadzące się przede wszystkim do pytania czy owe klauzule normatywne wyrażające reguły ostrożności wchodziły w zakres znamion danego typu czynu zabronionego, czy też określają zakres bezprawności danego zachowania. Mówiąc prościej problem sprowadza się do ustalenia czy błąd co do treści tych klauzul należy traktować jako błąd co do znamion typu czynu zabronionego (błąd co do faktu) czy błąd co do bezprawności. W doktrynie podkreśla się, że ocena charakteru takiej klauzuli musi zależeć od tego czy okoliczność, co do której sprawca był w błędzie będzie się odnosić do zgodnego z rzeczywistością postrzegania stanu faktycznego przesądzającego o bezprawności jego zachowania, czy też będzie się odnosić do oceny prawnej zachowania sprawcy, które zostało podjęte na podstawie prawidłowo spostrzeżonego stanu faktycznego.⁴⁰ Większość przedstawicieli doktryny opowiada się, zresztą jak się wydaje słusznie, za zasadnością mówienia przy regułach ostrożności o błędzie co do bezprawności.⁴¹ Przyjmuje się, że klauzule normatywne służące wyrażeniu reguł postępowania z dobrem prawnym służą wyznaczeniu zakresu bezprawności zachowania. Realizacja znamion typu czynu zabronionego następuje wówczas, gdy dochodzi do niezachowania wymaganej w danych warunkach ostrożności, bez względu na to czy sprawca sądził, że ją zachowuje, czy nie. Oznacza to, że błędem prawnie relewantnym będzie jedynie błąd usprawiedliwiony. Ocena czy w *in concreto* błąd można uznać za usprawiedliwiony sprowadza się do rozstrzygnięcia czy można stwierdzić, że wzorzec modelowego obywatela na miejscu podmiotu, którego odpowiedzialność analizujemy także nie mógłby rozpoznać, że jego zachowanie narusza wymagane w danych okolicznościach reguły ostrożności. Usprawiedliwiony błąd co do bezprawności wystąpi wówczas, gdy potencjalnemu sprawcy nie będziemy mogli postawić zarzutu, że swoje zachowanie potraktował jako zgodne z wyma-

⁴⁰ A. Zoll (w:) A. Zoll, K. Buchała, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 267; A. Zoll (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, teza 21 do art. 28; A. Wąsek (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, teza 19 do art. 30; A. Barczak–Oplustil, *Reguły ostrożności...*

⁴¹ A. Barczak–Oplustil, *Reguły ostrożności...* oraz literatura tam przytoczona.

ganymi od niego regułami ostrożności, chociaż w rzeczywistości wymagane było zachowanie większej ostrożności. Dochodzi więc tu do wykluczenia odpowiedzialności ze względu na brak winy. Natomiast wydaje się, że nie można mówić o błędzie co do znamion czynu zabronionego w odniesieniu do reguł ostrożności. Nie wdając się w bliższą analizę teoretyczną obu rodzajów błędów można ograniczyć się do stwierdzenia, że błąd co do znamion typu czynu zabronionego, polegający na nieświadomości lub urojeniu sobie przez sprawcę okoliczności faktycznych, na podstawie których ocenia się czy doszło do naruszenia reguł postępowania z dobrem, nie miałby w zasadzie znaczenia praktycznego. Wynika to zarówno z faktu, że błąd co do znamion jest unormowany jako okoliczność wyłączająca umyślność czynu, jak i z faktu, że ustawodawca odwołuje się w znamionach normy sankcjonującej (nie sankcjonowanej) do reguł ostrożności w zasadzie tylko w tych przypadkach, gdy chodzi o unormowanie odpowiedzialności za przestępstwa nieumyślne. W związku z tym bardzo rzadko mogłoby się zdarzyć, że błąd co do znamion typu czynu zabronionego odnoszący się do reguł postępowania z dobrem mógłby spełnić swą funkcję tj. wykluczyć odpowiedzialność za przestępstwo umyślne. Jest to związane z tym, że ustawodawca nie zwykł umieszczać odniesień do naruszenia reguł ostrożności, przez umieszczanie wspomnianych klauzul normatywnych, w tych przepisach ustaw karnych, które statuuja odpowiedzialność za umyślne dokonanie czynu zabronionego.⁴²

Po drugie za przyjęciem za normatywne kryterium obiektywnego przypisania naruszenia wymaganych w danych okolicznościach reguł postępowania z dobrem prawnym przemawia niewątpliwie wsparcie, jakie znajduje to kryterium w wypowiedziach ustawodawcy.⁴³ Zarówno art. 9 § 2 k.k. jak i art. 177 § 1 k.k. *expressis verbis* mówią o regułach postępowania z dobrem prawnym. W pierwszym z nich, definiującym nieumyślność, ustawodawca używa zwrotu „niezachowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”, zaś w drugim wśród znamion typu czynu zabronionego określającego wypadek komunikacyjny mówi się o „zasadach bezpieczeństwa w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym”. Dla każdego prawnika treść przepisów prawa musi stać się punktem odniesienia przy tworzeniu określonych

⁴² Na marginesie można zauważyć, że przyjęcie możliwości zaistnienia błędu co do znamion typu czynu zabronionego w odniesieniu do reguł ostrożności prowadziłoby do dziwnych konsekwencji teoretycznych związanych z ewentualnym rozpatrzeniem dopuszczalności odpowiedzialności za nieumyślne popełnienie przestępstwa danego typu. Należy mieć bowiem na uwadze, że art. 9 § 2 k.k., definiując nieumyślność nakazuje jeszcze raz odwołać się do reguł ostrożności wymaganych w konkretnej sytuacji! Błąd co do znamion oznaczałby konieczność wykluczenia odpowiedzialności także za dokonanie przestępstwa nieumyślnego danego typu.

⁴³ A. Barczak–Oplustil, *Reguły ostrożności...*

modeli teoretycznych. Jednoznaczne wypowiedzi ustawodawcy, w których odwołuje się on do naruszenia wymaganych *in concreto* reguł ostrożności z dobrem prawnym jako elementu definicji nieumyślności oraz do zasad bezpieczeństwa w ruchu, będących niczym innym jak wyrazem reguł postępowania, świadczą o tym, że to właśnie kryterium ustawodawca uznał za najlepiej zrozumiałe w społecznym odbiorze. Odwołanie się bowiem do zwiększonego ponad społecznie dopuszczalny w danych warunkach poziom ryzyka byłoby dużo mniej zrozumiałe dla przeciętnego adresata norm, który spodziewa się jasnych nakazów i zakazów co do oczekiwanego przez porządek prawny sposobu postępowania z danym, podlegającym ochronie dobrem. Niewątpliwie niezrozumiałe dla niego byłoby stawiane mu przez ustawodawcę wymaganie, aby każdorazowo miał określać stopień dozwolonego społecznie ryzyka swojego zachowania w danych okolicznościach. Zresztą jak uczy psychologia należałoby się spodziewać, że przeciętny człowiek kierowałby się raczej pewnymi społecznie wyuczonymi zasadami heurystycznymi. Umożliwiają mu one bowiem łatwe dostosowanie swojego zachowania w konkretnej sytuacji, która wiąże się z zaistnieniem niebezpieczeństwa dla chronionego dobra do wymagań jakie stawia mu społeczeństwo. Kategorią znacznie bardziej nadającą się do wyrażenia tych intuicji, co do należytego sposobu zachowania się w danych okolicznościach, wydaje się być właśnie pojęcie zasad ostrożności w postępowaniu z dobrem prawnym, nie zaś pojęcie dozwolonego ryzyka. Nie można też lekceważyć faktu, że również z czysto językowego punktu widzenia pojęcie zasad ostrożności lepiej werbalnie oddaje społeczny sens o jakiego przekazanie chodzi z punktu widzenia prawa karnego.

Konkludując rozważania na temat właściwego kryterium normatywnego obiektywnego przypisania należy uznać, że w świetle powyższych rozważań bardziej użytecznym rozwiązaniem będzie przyjęcie za takie kryterium naruszenie wymaganych w danych okolicznościach reguł postępowania z dobrem prawnym, pomimo że równie poprawnym teoretycznie rozwiązaniem byłoby przyjęcie za takie kryterium zwiększenie ponad społecznie dopuszczalny poziom ocenianego *in concreto* ryzyka wystąpienia negatywnego skutku. Za takim rozwiązaniem przemawia przede wszystkim treść przepisów k.k. oraz fakt, że — jak się wydaje — pojęcie reguł ostrożności jest lepiej zrozumiałe w odbiorze społecznym.

ZBIGNIEW LASOCIK

ZABÓJCA NA ZLECENIE — DEFINICJA ZJAWISKA I JEGO HISTORYCZNE PIERWOWZORY¹

1. DEFINIOWANIE POJĘĆ „ZABÓJCA ZAWODOWY” I „ZABÓJCA NA ZLECENIE”

W języku polskim istnieją trzy terminy na określenie przestępcy, który zabija na zlecenie innej osoby w zamian za ustalone wynagrodzenie: zabójca zawodowy, zabójca na zlecenie i płatny morderca. Wszystkie weszły na stałe do potocznego języka polskiego oraz są powszechnie używane w publicystyce i literaturze pięknej, natomiast żaden z nich nie został jednoznacznie zaadaptowany na potrzeby rodzimej kryminologii i prawa karnego. Nie znam publikacji, w której w sposób zadowalający lub choćby wystarczający zdefiniowany byłby którykolwiek z wymienionych terminów.

Elementy definicji poszczególnych określeń pojawiają się w niektórych publikacjach dotyczących przestępczości porachunkowej. Przykładem jest praca zbiorowa wydana przez Wyższą Szkołę Policji w Szczytnie,² w której problem zabójstw na zlecenie oraz sprawców tego typu czynów pojawia się tylko incydentalnie, i jako jeden z wielu aspektów tej przestępczości nie jest rozwijany ze szczególną wnikliwością.

W jednej z prac zawartych w tejże publikacji poświęconej problematyce czynników wpływających na stan przestępczości porachunkowej, W. Pły-

¹ Prezentowany tekst powstał w oparciu o jeden z rozdziałów monografii Z. Lasocika, *Zabójca zawodowy i na zlecenie*, Zakamycze 2003.

² M. Kulicki, W. Pływaczewski, M. Zajder (red.), *Przestępczość porachunkowa jako przejaw przestępczości zorganizowanej*, Szczytno 2000; zob. także M. Kulicki, *Przestępczość porachunkowa. Zarys problematyki kryminalistyczno-kryminologicznej*, Przegląd Policyjny 1995, nr 4(40).