

MARCIN BYCZYK

CZYN NIEOSTROŻNY JAKO PODSTAWA
ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ

*Il giudice che consulta l'agente modello ricorda
il soliloquio del ventriloquo che anima un fantoccio*

F. Giunta

Zapowiadane przez Komisję Kodyfikacyjną zmiany Kodeksu Karnego objąć miały między innymi wprowadzenie do art. 2 koncepcji obiektywnego przypisania skutku; zarazem planowano zastąpić obecne brzmienie art. 9 § 2 sformułowaniem bardziej lakonicznym¹, zrównującym nieumyślność z brakiem zamiaru popełnienia czynu zabronionego². Podstawowa różnica, jaka zarysowuje się między obecnym a planowanym rozwiązaniem dotyczy zwłaszcza znaczenia reguł ostrożności dla odpowiedzialności karnej. Kwestia ta już obecnie wzbudza sporo kontrowersji.

Tak chociażby, według ujęcia J. Majewskiego, posługiwanie się regułami ostrożności jest na gruncie prawa karnego całkowicie zbędne, gdyż „(...) jest pozbawione jakiegokolwiek wartości praktycznej, a nie daje też żadnych pożytków teoretycznych”³. Zdaniem tego autora, konieczność odwołania się do tej insty-

¹ Zgodnie z upublicznionym na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości projektem z dnia 14 marca 2014 r. zmian obecnego Kodeksu Karnego z 1997 r. (Dz.U. 1997.88.553, zwanego dalej w skrócie k.k.) art. 2 miał zostać wzbogacony o § 1 i 3 o następującej treści: § 1. *Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe podlega ten tylko, kto powoduje skutek w wyniku niezachowania reguły postępowania wiążącej w danych okolicznościach. (...) § 3. Skutku nie przypisuje się osobie niezachowującej reguły postępowania z dobrem prawnym, w jeżeli naruszenie tej samej lub innej reguły postępowania przez inną osobę, w szczególności następujące później, w sposób istotny wpłynęło na zmianę okoliczności wystąpienia tego skutku; natomiast art. 9 § 2 miał uzyskać brzmienie: *Czyn zabroniony jest popełniony nieumyślnie, jeżeli sprawca nie ma zamiaru wyczerpać znamion przedmiotowych czynu zabronionego, a w danych okolicznościach możliwość tę przywydywał lub mógł przewidzieć.**

² Co do kierunków proponowanych zmian zob. A. Zoll, *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 2012 z. 11, s. 3–12. Co do opinii na temat kierunku proponowanych zmian zob. Ł. Pohl, *W sprawie proponowanych zmian w części ogólnej kodeksu karnego (zagadnienia wybrane)*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 8, s. 105–111, a także T. Kaczmarek, J. Giezek, *Przeciwko ustawowej regulacji kryteriów obiektywnego przypisania skutku*, „Państwo i Prawo” 2013 z. 5, s. 79–92.

³ Zob. J. Majewski, *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu (Zagadnienia węzłowe)*, Księgarnia Akademicka, Kraków 1997, s. 81.

tucji aktualizuje się wyłącznie dla tych, którzy zbyt szeroko zakreślają normę opisującą przestępstwo skutkowe, bowiem w każdym przekroczeniu normy sankcjonowanej zawarte jest naruszenie reguł ostrożności⁴. Element ten nie posiada więc odrębnego znaczenia w strukturze przestępstwa.

Zdaniem konkurencyjnego stanowiska, którego rzecznikiem jest Ł. Pohl, reguły ostrożności odczytywać należy jako pierwotny materiał normatywny wobec zbioru norm sankcjonowanych⁵. Tylko w przypadku stwierdzenia uprzedniego przekroczenia takiej reguły zachodzi czyn, który objęty być może zakresem normowania normy sankcjonowanej. W konsekwencji mają one znaczenie uniwersalne, współwyznaczając zakres odpowiedzialności karnej za przestępstwa zarówno skutkowe jak i bezskutkowe. Taki pogląd prowadzi autora do sprzeciwu wobec koncepcji obiektywnego przypisania skutku⁶. Odczytywać go można również jako praktyczną wskazówkę adresowaną do organów ścigania, aby nie wszczynać postępowań w sprawach o czyny, które w oczywisty sposób nie charakteryzują się nieostrożnością – gdyż nie wypełniają one znamion przestępstwa⁷. Ten punkt widzenia, jako najbardziej klarowny teoretycznie, będzie podstawą do własnych rozważań w niniejszym artykule.

Z kolei w poglądach W. Wróbla reguły ostrożności usytuowane są na płaszczyźnie normy sankcjonowanej, stanowiąc element przedmiotowy charakterystyki czynu sprawcy⁸. Ich znaczenie uwidacznia się przy przestępstwach materialnych popełnionych zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. Tak długo, jak czyn sprawcy charakteryzuje się zgodnością z regułami ostrożności, nie jest ani czynem materialnie bezprawnym ani formalnie zakazanym. Uważna lektura wypowiedzi autora umożliwi nadto zaryzykowanie tezy, iż postrzega on je jako pewne normy postępowania o heterogenicznym charakterze, niekoniecznie posiadające przymiot norm prawnych⁹. Dla właściwego streszczenia stanowiska autora nadmienić należy jeszcze, że aprobuje on teoretyczne ujęcie reguł ostrożności G. Jakobsa jako zakazu przedsięwzięcia zachowań nieostrożnych¹⁰.

⁴ *Ibidem*, s. 82.

⁵ Zob. Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w polskim prawie karnym*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2007, s. 101.

⁶ Zgodnie z poglądem samego autora: (...) *naruszenie reguł ostrożności nie może się już jawić wyłącznie jako kryterium obiektywnego przypisania skutku* – zob. Ł. Pohl, *Struktura...*, op. cit., s. 99.

⁷ Co stanowić winno negatywną przesłankę procesową – por. art. 17 § 1 pkt 2) Kodeksu Postępowania Karnego z 1997 r. (Dz.U. Nr 89, poz. 555).

⁸ Zob. W. Wróbel, *Zagadnienie naruszenia reguł wymaganej ostrożności*, [w:] L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L. Paprzycki (red.), *Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne*, Sąd Najwyższy, Warszawa 2008, s. 173.

⁹ Zob. *ibidem*, s. 172 gdzie powołuje się na orzeczenie SN I K 1042/56, „Państwo i Prawo” 1957, z. 4-5, s. 802, co prowadzi autora do wątpliwości, czy takie określenie „treści zakazu lub nakazu” zgodne jest z brzemieniem art. 1 k.k.

¹⁰ *Ibidem*, s. 173.

Reprezentowany jest również pogląd postulujący pierwotną legalność czynów zgodnych z regułami ostrożności obowiązującymi dla danej grupy społecznej¹¹. Jego podstawą zdaje się być wskazanie na paralelę do instytucji ryzyka dnia codziennego i jednocześnie odrzucenie poglądu przypisującego regułom ostrożności znaczenia jako składnika kontraktotypu.

Wspomnieć należy także o wcześniejszej propozycji, sformułowanej przez P. Wolnika¹², który krytykując rozwiązanie przyjęte w obecnym art. 9 § 2 k.k., ujmując obowiązek ostrożności jako znamię normy sankcjonowanej – element obiektywny o charakterze dyrektywalnym. Odróżnia on ów generalny obowiązek rozumiany jako „zasada niesprowadzania ponad akceptowanego zagrożenia dla dobra” oraz stanowiące jego konkretyzacje, wyznaczone obiektywnie, reguły postępowania¹³.

Charakterystyka ta byłaby niepełna, gdyby pominięto w niej adherentów stanowiska głoszącego, że reguły ostrożności „współwyznaczają zakres i treść” normy nakazującej określone działanie lub zaniechanie w przypadku przestępstw materialnych, normy, której naruszenie stanowi warunek normatywny obiektywnego przypisania skutku¹⁴.

Już tak pobieżny przegląd stanowisk uzmysławia, że polska karnistyka traktuje reguły ostrożności jako istotny element w dyskusji nad kształtem przesłanek odpowiedzialności karnej. Wskazany brak jednolitości powoduje, że pożądane wydaje się przeprowadzanie krótkiej analizy porównawczo-prawnej. Ograniczę się do systemu prawa niemieckiego, co pozwoli lepiej ujawnić źródła inspiracji polskich badaczy i wzbogacić podnoszone argumenty. Ułatwi to zaprezentowanie stanowiska własnego¹⁵.

Już na wstępie zaznaczyć należy, że poglądy dogmatyków i teoretyków niemieckich co do znaczenia reguł ostrożności dla odpowiedzialności karnej ulegały zasadniczym przeobrażeniom. Zrozumienie współcześnie prezentowanych stanowisk wydaje się niemożliwe bez naszkicowania pewnej historycznej ewolucji tych poglądów.

¹¹ Zob. I. Stachura, *Karcenie wychowawcze i ryzyko sportowe. Próba analizy statusu normatywnego wybranych kontraktypów pozaustawowych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007, z. 2, s. 141.

¹² Zob. P. Wolnik, *Nieświadomość reguł ostrożności jako błąd przy przestępstwach nieumyślnych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2004, z. 2., s. 115.

¹³ Zob. *ibidem*, s. 113, który w tym samym miejscu niezbyt jasno stwierdza, że reguła ta wyznaczona jest „(...) za pomocą dyrektyw określonego stanu faktycznego”. Ten sam autor postrzega także ich znaczenie dla obiektywnego przypisania, zob. P. Wolnik, *op. cit.*, s. 118.

¹⁴ Taką perspektywę spotkać można u M. Bielskiego zob. *Naruszenie reguł ostrożności jako czy nadmierna ryzykowność zachowania jako właściwe kryterium prawnokarnego przypisania skutku*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2004, z. 1, s. 32. Wydaje się, że to myślenie wpisuje się w kierunek rozważanej obecnie reformy części ogólnej prawa karnego – zob. A. Zoll, *op. cit.*, s. 107–108, który podkreśla, że decydujące znaczenie musi mieć element materialny (niebezpieczeństwo) a nie formalny – naruszenie reguł ostrożności.

¹⁵ Co do uwag terminologicznych zob. poniżej przypis 64.

Reguły ostrożności najwcześniej pojawiły się w kontekście przestępstw nieumyślnych, z którymi zresztą wiązała je również przedwojenna dogmatyka w Polsce¹⁶. Dla karnistyki niemieckiej progu XX wieku podstawowe znacznie mają dwa momenty: brak kodeksowej definicji czynu nieumyślnego¹⁷ oraz świadomość, że perspektywa odpowiedzialności karnej osób podejmujących czyny ryzykowne przeciwna jest nowoczesnemu państwu¹⁸. W tym też okresie dominuje jeszcze pogląd pojmujący nieumyślność wyłącznie jako składnik winy¹⁹, co wyraża się chociażby krytyce przygotowań do nowelizacji StGB F. v. Liszta²⁰. W konsekwencji, u progu ubiegłego stulecia znaczenie reguł ostrożności zamazane jest przez psychologiczne pojmowanie winy. Symptomatycznym wyjątkiem po tym względem jest pogląd H. Kelsena²¹.

Już jednak krytyczne omówienie orzecznictwa karnego Sądu Rzeszy w opracowaniu H. Mannheima²² uwypukla pojawienie się swoistego elementu czynu nieumyślnego, jakim jest naruszenie „obiektywnego obowiązku ostrożności”²³ przypisanego chociażby małżonkowi, który podejmuje się aktu małżeńskiego z żoną, znając jej stan zdrowia i mając zarazem świadomość, że zapłodnienie

¹⁶ Zob. W. Makowski, *Prawo Karne. Część Ogólna. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Nakł. Gebethnera i Wolffa, Warszawa 1920, s. 179, gdzie znajdujemy znamienne wypowiedź, iż: „[Jeżeli sprawca – dop. M. B.] *jakkolwiek świadomie krzywdy uczynić nie pragnął, uczynił ją przez nieostrożność, winą jego jest nieumyślność*”.

¹⁷ W przedmiocie tym brak było postanowień w tekście Niemieckiego Kodeksu Karnego z 1871 r., (BGBl. I s. 3322, określane dalej skrótem „StGB”). Mimo wielokrotnych projektów jego nowelizacji, z których pierwsza ze znaczących prób miała miejsce w latach 1911–1913, sytuacja ta nie uległa zmianie do dnia dzisiejszego. Co ciekawe, podczas ówczesnych obrad Komisji, (z udziałem tak znakomych karnistów jak: R.v. Frank, J. Goldschmidt, R.v. Hippel, F.v. Liszt), na kluczowym w tej mierze – 37 posiedzeniu w dniu 11 czerwca 1911 r. z zaproponowanych 11 (sic!) definicji nieumyślności wybrana została następująca: *Fahrlässig handelt der Täter, wenn er Sorgfalt außer acht lässt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und Umstände ist, und infolgedessen nicht voraussieht, da sich der Tatbestand der strafbaren Handlung wirklichen könne, oder dies zwar für möglich hält, aber darauf vertraut, daß er nicht geschehen werde*. Zob. W. Schubert (wyd.), *Protokolle der Kommission für die Reform des Strafgesetzbuches (1911–1913), Band I* Keip, Frankfurt am Main 1990, s. 301. I ona nie stała się obowiązującym prawem: uzmysławia to, że nie każdy problem naukowy musi skutkować rozwiązaniem kodyfikacyjnym.

¹⁸ Wyrazem tego jest sformułowanie K. Bindinga (zob. *Die Normen und Ihre Übertretung*, W. Engelmann, Lipsk 1919 t. IV s. 200–201), iż odpowiedzialność taka daje się pomyśleć tylko w sytuacji, gdzie *absolute Ruhe und Untätigkeit ist die erste Bürgerpflicht*.

¹⁹ Mówiąc precyzyjniej: zdolności przewidywania popełnienia czynu zabronionego, czego wyrazem jest chociażby definicją nieumyślności F. Eccarda (zob. *Über den Begriff der Fahrlässigkeit nach dem Geltenden Deutschen Strafrechte*, J.H.E. Hertz, Strassbourg 1889 s. 45). Zresztą tak nieumyślność pojmował jeszcze uchodzący za twórcę normatywizmu R. Frank, zob. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, [w:] *Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen*, Giessen 1907, s. 519 i n.

²⁰ Zob. F. v. Liszt, *Über den Vorentwurf*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, t. 30 (1909), s. 262 gdzie akcentuje on brak wstępnego projektu w zakresie ujęcia: „*das Wesen der Fahrlässigkeit als einer Schuldform*”.

²¹ H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatslehre*, Mohr, Tübingen 1911, s. 136, gdzie ujmuje on skrótkowo przedmiotową stronę nieumyślności jako stan, (...) *dass etwas gesollt, aber im Widerspruch zur Norm eingetreten ist*.

²² Zob. H. Mannheim, *Der Maßstab der Fahrlässigkeit*, Schletter, Breslau 1912, s. 78–96.

²³ Zob. orzecznictwo Sąd Rzeszy w sprawach karnych RGSt 30, 334.

stanowić będzie dla niej bezpośrednio zagrożenie dla życia²⁴. Wraz z publikacją fundamentalnego dla prawa karnego dzieła K. Bindinga²⁵, zaznacza się krok ku kolejnemu pogładowi niemieckiej karnistyki, która opierając się na kanonicznym dla niej – i akceptowanym w znacznej mierze po dzień dzisiejszy założeniu, że właściwą normą prawa karnego jest jedynie norma sankcjonująca²⁶ – rozważa przyznanie regule ostrożności funkcji wskaźnika popełnienia czynu nieumyślnego²⁷. Nieostrożność jako charakterystyka czynu sprawcy pozostaje w klasycznej trójelementowej strukturze przestępstwa problemem winy. Ten nurt postrzegania problematyki nieumyślności utrzymuje się jeszcze przez następną dekadę²⁸.

Stąd też prawdziwym przełomem jest koncepcja tzw. szkoły finalistycznej. W swoim głośnym artykule z 1938 r. H. Welzel²⁹ akcentuje kryzys tradycyjnej dogmatyki prawa karnego, która operując pojęciem czynu w sensie naturalistycznym ignoruje nie tylko jego wymiar społeczny ale i sprzężenie czynu ze sterującą nim wolą, bez czego nie da się właściwie wyłuszczyć sensu szeregu zachowań³⁰. Czyn jest zachowaniem kierunkowym, które nie jest przedmiotem zainteresowania prawa karnego tak długo, jak długo mieści się w granicach społecznej adekwatności. Jednak jest katastrofalnym nieporozumieniem, wywodzi autor,

²⁴ Co kontrastuje chociażby z uzasadnieniem orzeczenia w sprawie RG St 7, 332, 333, gdzie naruszenie reguły ostrożności jest traktowane jako domniemanie zdolności przewidzenia popełnienia konkretnego czynu.

²⁵ Zob. K. Binding, *op. cit.*

²⁶ Ilustracją takiego poglądu może być wypowiedź samego K. Binding'a, *op. cit.*, t. I, Lipsk 1872, s. 45), który stwierdza: *Die Norm geht begrifflich dem Strafgesetz voraus, denn dieses bedroht eine Normübertretung mit einer Straffolge oder erklärt sie für straffrei.*

²⁷ Zob. Binding, *op. cit.*, t. IV, s. 447, co oznacza jednoznaczny sprzeciw wobec takiego, przeciwnego poglądu A. Miříčka (zob. *Formen der Strafschuld und Ihre gesetzliche Regelung*, C.L. Hirschfeld, Lipsk 1903, s. 159), stojącego na stanowisku, że naruszenie normy ostrożności automatycznie prowadzić musi do przyjęcia czynu nieumyślnego.

²⁸ O ile więc w pracy G. Mohrmann'a, (zob. *Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Schletter, Breslau 1929, s. 11–17), stwierdza się, iż fundamentem odpowiedzialności karnej za czyn zabroniony, gdzie brak zamiaru sprawcy, jest naruszenie obowiązku ostrożności, to jednak takie spojrzenie wymaga koniecznego komentarza, iż nie chodzi tutaj – o przedmiotową charakterystykę zachowania się sprawcy, lecz jego nastawienia psychicznego wyrażającego się w tym, że nie wyteżył on należyście swojej zdolności przewidywania (uwagi), aby ukierunkować swoje zachowanie inaczej, umożliwiając zapobiegnięcie wystąpieniu karnoprawnie relewantnego skutku, co jest podstawą przypisania mu z tego powodu winy i zarazem podstawą aksjologiczną samej karalności nieumyślności. Analogicznie, Sąd Rzeszy w rozstrzygnięciu z roku 1922 (RGSt 57, 172), dotyczącym nieszczęśliwej przeprawy przez wzburzoną rzekę Niemen, w którym stwierdził, że staranne działanie sternika wyklucza jego winę: *Ein Verschulden wurde den Angeklagten nur treffen, wenn er bei Ausföhrung des Unternehmens die ihm als Bootsführer obliegende Sorgfatspflicht verletzt hätte.* Warto jeszcze nadmienić, że z tego okresu wywodzi się klarownie już zarysowany pogląd K. Engisch'a (zob. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, O. Liebmann, Berlin 1930, s. 266) wyodrębniający w winie jej składnik obiektywny.

²⁹ Zob. H. Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 58, s. 491.

³⁰ Szczególnie barwnym przykładem, jakim posługuje się H. Welzel, *op. cit.*, s. 499, jest kazus źle przygotowanego polowania, które kończy się wypadkiem – mówienie o nieumyślnym polowaniu, powtarza profesor z Getyngi, w ślad za H. v. Weberem (zob. *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Frommann, Jena 1934), jest *widersinnig*, stąd też H. Welzel (*op. cit.*, s. 502) deklaruje stanowczo: *Handeln ist im engsten und strengsten Sinne die menschliche Zweckätigkeit.*

traktowanie tej instytucji jako czynnika wyłączającego wyłącznie winę, gdyż przypisanie atrybutu bezprawności codziennemu praktycznie działaniu człowieka jest nie do utrzymania³¹. Taki czyn nie wypełnia nawet znamion czynu zabronionego³². Ma to doniosłe implikacje dla pojmowania reguł ostrożności.

Ilustrują to poglądy innego przedstawiciela szkoły finalistycznej, W. Niese. Opisuje on istotę czynu nieumyślnego jako naruszającego obiektywnie wymaganą ostrożność w danych okolicznościach³³. Wypełnienie znamion nieumyślnego czynu zabronionego jest możliwym skutkiem czynu ludzkiego³⁴. Stąd też rozważając kasus kierowcy, który prowadząc samochód zgodnie z przepisami drogowymi przejeżdża niewidocznego z drogi człowieka, który to w ostatnim momencie wychodzi zza przydrożnego drzewa i wpada pod koła pojazdu, stwierdza, że błędne jest dominujące stanowisko doktryny niemieckiej upatrujące w tym przypadku wyłącznie wyłączenia winy, a nie samej bezprawności³⁵. W takim przypadku jedynym sposobem uniknięcia zachowań bezprawnych byłoby całkowite zaprzestanie podejmowania czynów wiążących się z określonym ryzykiem. Tak być nie może, podkreśla autor, gdyż działania takie jako społecznie adekwatne w ogóle nie wypełniają znamion czynu zabronionego, nie mówiąc już o przydaniu im atrybutu bezprawności. Rozstrzygającym kryterium jest tutaj zachowanie wymaganej w danych okolicznościach ostrożności³⁶. Konsekwencją takiego stanowiska jest ujęcie czynów nieumyślnych jako niewłaściwych przestępstw z zaniechania, gdzie warunkiem koniecznym ich przestępności jest naruszenie wymaganej ostrożności, porównanej z obowiązkiem gwaranta³⁷.

Finalizm spotkał się z wielokierunkową krytyką, którą przedstawić można na przykładzie zapatrywań H. Roednera³⁸. Fundamentem swojej polemiki autor

³¹ Zob. H. Welzel, *op. cit.*, s. 558–559: Oddając raz jeszcze głos autorowi – *Sie setzt (die Schuldaußschlusstheorie) den Rechtsgüterschutz zu tief, gleichsam am absoluten Nullpunkt.*

³² Zob. H. Welzel, *op. cit.*, s. 559. Rozważania Welzla, o istocie *potencjalnej kierunkowości* czynu nieumyślnego uległy zmianie w toku dalszej ewolucji poglądów autora, warto może jeszcze zwrócić uwagę na argument, który przywołuje autor dla uzasadnienia swojej koncepcji: sprawca, któremu nie można przypisać winy i który w stanie upojenia alkoholowego popełnia określony czyn, nie wypełnia nim znamion czynu zabronionego, o ile nie można mu wykazać minimum kierunkowej woli jego działaniu. Zob. H. Welzel, *op. cit.*, s. 565–566.

³³ Zob. W. Niese, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Mohr, Tübingen 1951, s. 40–44.

³⁴ Dla rozjaśnienia tego poglądu warto przytoczyć wypowiedź samego autora: *Allein die missbilligte Verursachung solcher Erfolge durch Handlungen, die in anderer Richtung final sind, macht der Gesetzgeber zum Tatbestand* (zob. W. Niese, *op. cit.*, s. 59).

³⁵ Niezwykle wymowne jest przytoczenie w tym kontekście przez W. Niese orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Monachium z 1861 r., gdzie stwierdzono, iż działalność kolei żelaznych jest w istocie bezprawna, zob. W. Niese, *op. cit.*, s. 59–60.

³⁶ Nie może być chyba bardziej czytelnym sformułowanie niż to, którym posługuje się autor (zob. W. Niese, *op. cit.*, s. 61) stwierdzając: *Man kann also sagen, dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt die Grenze zwischen sozialadäquatem und inadäquatem Verhalten bildet.*

³⁷ Jednoznaczne jest pod tym względem stwierdzenie autora, iż *Nur wenn unter Verletzung der aus einem bestimmten Handeln erwachsenen Sorgfaltspflicht einen Erfolg herbeiführt, den er bei pflichtmässiger Sorgfalt vermeiden hätte, handelt tatbestandmässig-rechtswidrig im Sinne des Fahrlässigkeitstatbestandes* (zob. W. Niese, *op. cit.*, s. 62).

³⁸ Zob. H. Roedner, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, Duncker & Humboldt, Berlin 1969.

czyni spostrzeżenie, że pojęcie społecznej adekwatności zachowania jest zbyt nieprecyzyjne, aby modyfikować granice odpowiedzialności karnej³⁹. Ewentualne zaniechanie ścigania czynów zabronionych charakteryzujących się brakiem społecznej szkodliwości jest domeną oportunistów ścigania, możliwego dzięki właściwym regulacjom procesowym⁴⁰. Analiza istoty nieumyślności prowadzi autora do konkluzji, iż jest to odmiana winy składająca się z szeregu elementów – prócz emocjonalnego i intelektualnego, także normatywnego, jakim jest niezachowanie wymaganej w danych okolicznościach ostrożności, ocenianej przez pryzmat obiektywno-subiektywnego wzorca⁴¹. Czyn nieumyślny nie może być nie bezprawny – inaczej wyłączone byłoby chociażby skorzystanie z instytucji obrony koniecznej przez poszkodowanego⁴². Rozważania te prowadzą autora do stwierdzenia, że zachowanie reguły ostrożności prowadzić może jedynie do wyłączenia winy⁴³.

Sprzeciw wobec teorii szkoły finalistycznej dał asumpt do rozwoju także innych koncepcji. Znakomitym przykładem w tej mierze są poglądy C. Roxina⁴⁴. Podkreśla on, że wstępnym warunkiem wypełnienia znamion czynu zabronionego jest niezachowanie wymaganej ostrożności⁴⁵. Konsekwencją tego jest nie tylko odrzucenie teorii finalistów mówiącej o typach otwartych – a więc takich, które wymagają uzupełnienia przez reguły ostrożności, co w pierwszej kolejności dotyczy miało właśnie przestępstw nieumyślnych, ale przede wszystkim rozwinięcie niezwykle wpływowej teorii obiektywnego przypisania. Wyłamując się nieco spośród zasadniczo chronologicznego porządku wywodu, ujęciu temu, ze względu na szczególne znaczenie dla aktualnego problemu kodyfikacyjnego w Polsce, poświęcić należy kilka słów.

Nadmienić należy, że inspiracją dla ujęcia C. Roxina była krytyka tradycyjnych teorii kauzalnych, pochodząca jeszcze z lat 30. XX w.⁴⁶ W ujęciu tego autora, aby powiązać skutek z czynem sprawcy, spełniony musi być wstępny warunek tzw.

³⁹ Zarzucając zarazem H. Welzlowi, iż on sam w swoich wypowiedziach zmieniał stanowisko co do jej roli, twierdząc pierwotnie, iż jest to okoliczność uniemożliwiająca przyjęcie zrealizowania znamion czynu zabronionego, by następnie (Zob. 4–8 wydanie podręcznika H. Welzla *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, De Gruyter, Berlin 1954–1963) przypisywać mu rolę okoliczności wyłączającej bezprawność czynu, by pod wpływem krytyki Klug'a (zob. H. Roedner, *op. cit.*, s. 16–19) powrócić do swojego pierwotnego stanowiska.

⁴⁰ Przewidzianego ówczesnie w § 153 Niemieckiego Kodeksu Postępowania Karnego – StPO (BGBl. I. s. 3799).

⁴¹ Zob. H. Roedner, *op. cit.*, s. 50–52, przy czym autor sprowadza rolę czynnika subiektywnego – możliwości – wyłącznie do ograniczenia odpowiedzialności karnej – zob. H. Roedner, *op. cit.*, s. 54.

⁴² Zob. *ibidem*, s. 77.

⁴³ Zob. *ibidem*, s. 94 piszę bowiem tak: *Die Einhaltung des sozialadäquatem Risikos, das sich mit der Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt deckt, begründet demnach (...) einen obligatorischen Schuldabschlussgrund.*

⁴⁴ Zob. C. Roxin i jego opracowanie *Offene Tatbestände und Rechtspflichtenmerkmale*, Walter de Gruyter, Berlin 1958, s. 11.

⁴⁵ Zob. *ibidem*, s. 171 pisze bowiem tak: *Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht (...) ist in Wahrheit bereits eine Voraussetzung der Tatbestandserfüllung.*

⁴⁶ Zob. R. Honig, *Kausalität und objektive Zurechnung*, [w:] Frank-Festgabe t. 1, Mohr, Tübingen 1930, s. 188, który pisze tak: (...) *das für den Erfolg kausale menschliche Verhalten rechtlich erheblich nur*

obiektywnego przypisania skutku, jakim jest stworzenie przez sprawcę niedozwolonego ryzyka oraz urzeczywistnienie się w tym niedozwolonym ryzyku naruszenia celu ochronnego normy⁴⁷, co nie dotyczy w szczególności przypadków, kiedy obowiązek zapobiegnięcia skutkowi należy do sfery odpowiedzialności innych. Stąd też sens koncepcji C. Roxina, która w latach 80. XX w. stała się w Niemczech stosunkowo szeroko przyjęta⁴⁸, wyraża się w przypisaniu regule ostrożności zupełnie innej roli w strukturze przestępstwa – czego czytelnym wyrazem jest odrzucenie naruszenia obiektywnego obowiązku ostrożności jako składnika pojęcia nieumyślności⁴⁹. Odnosząc się do bardziej szczegółowego pytania o znaczenie zachowania reguły ostrożności, C. Roxin wyłącza przyjęcie stworzenia niedopuszczalnego ryzyka w sytuacji, kiedy sprawca takiej reguły swoim czynem nie naruszył⁵⁰.

Z dzisiejszej perspektywy stwierdzić można, iż teoria obiektywnego przypisania spotkała się z przekonującą krytyką, czego wyrazem jest chociażby wypowiedź W. Frischa⁵¹. Zgodnie z jego zarzutem, konstrukcja obiektywnego przypisania zbyt daleko rozszerza pole czynów karno-prawnie relewantnych, bowiem w przypadku zachowania się zgodnie z właściwą regułą ostrożności wiążącą w danej sytuacji adresat normy prawnokarnej nie naruszył jej w żaden sposób, a twierdzenie, że nie można mu (dopiero) przypisać przestępstwa jest nadużyciem⁵².

W nowszej doktrynie niemieckiej zaobserwować można dalszą polaryzację stanowisk.

Szczególnie krytycznie wobec dotychczasowego rozwoju doktryny niemieckiej ustosunkował się D. Sauer⁵³. W swoich poglądach wskazuje on na szeroko przyjęte kompleksowe pojęcie nieumyślności, na które składają się dwa zasadnicze elementy: naruszanie obiektywnie wymaganej w danej sytuacji ostrożności oraz

dann ist, wenn es in Hinblick auf die Bewirkung bzw. Vermeidung des Erfolges als zweckhaft gesetzt gedacht werden kann oraz dalej (s. 199) *in dieser Zweckhaftigkeit gewollt ist*.

⁴⁷ Tę specyficzną siatkę pojęciową objaśnić można za pomocą samych słów C. Roxina, który w niedawnym wydaniu swojego podręcznika (zob. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, Beck, München 2006, s. 401) pisze tak: (...) *eine Zurechnung noch daran scheitern kann, dass die Rechtweite des Tatbestandes, der Schutzzweck der Tatbestandsnorm (...) derartige Geschehnisse nicht zu verhindern bestimmt ist*.

⁴⁸ Jeśli nie dominująca – co do omówienia losów koncepcji zob. W. Frisch, *Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs*, Festschrift für C. Roxin, Berlin–New York 2001, s. 217–218.

⁴⁹ Zob. C. Roxin, *Strafrecht...*, *op. cit.*, s. 1066 piszę, iż koncepcja ta jest w tym zakresie całkowicie zbędna (*entbehrlich*).

⁵⁰ W najbardziej schematycznym ujęciu uwidacznia się to w wypowiedzi podręcznikowej samego C. Roxina (*ibidem*, s. 383), gdzie pisze on tak: *die Verursachung einer Rechtsgüterverletzung, die trotz Beachtung aller Verkehrsregeln zustande kommt*, [ist – dop. M. B.] *keine Bestandhandlung*. Natomiast samo przekroczenie reguły ostrożności wymaga analizy, czy urzeczywistnione ryzyko jest skutkiem, przed którym dana reguła ostrożności miała chronić (zob. *ibidem*, s. 391 i omawiane przez niego przykłady z orzecznictwa, zwłaszcza RGSt 63, 392).

⁵¹ Zob. W. Frisch, *op. cit.*, s. 213–237.

⁵² Zob. *ibidem*, s. 234–235, zresztą W. Frisch wykazuje, że nawet w oparciu o same założenie koncepcji C. Roxina wobec braku istotnego skutku, co prowadzi do tego, że nie można przyjąć stworzenia niedopuszczalnego ryzyka.

⁵³ Zob. D. Sauer, *Die Fahrlässigkeitsdogmatik der Strafrechtslehre und der Strafrechtsprechung*, Kovač, Hamburg 2003.

indywidualna rozpoznawalność niebezpieczeństwa i możliwość jego uniknięcia. Takie ujęcie jest niezauważoną pozostałością *Finale Handlungslehre*⁵⁴, a dokładniej wynikającą z jej założeń koniecznością wy tłumaczenia kierunkowości czynu nieumyślnego. Dla autora wszak sprawą naprawdę istotną jest to, że w wielu sprawach sądowych pytanie o przedmiotową charakterystykę ostrożności czynu sprawcy sformułować można jako pytanie o subiektywną możliwość przewidywania wystąpienia skutku⁵⁵, samo bowiem naruszenie reguły ostrożności nie jest wystarczającym kryterium rozróżnienia pomiędzy czynem świadomie nieumyślnym a popełnionym z zamiarem ewentualnym i nie może się oprzeć tylko o kryteria normatywne⁵⁶.

Na przeciwnym biegunie znajduje się oryginalna praca A. Colombi Ciacchi⁵⁷. W swoich poglądach autorka kontestuje przypisanie przekroczeniu reguły ostrożności znaczenia li tylko indykatywnego, gdyż oznacza to w istocie zakreślenie niezwykle szerokiej swobody oceny dla sędziego, który powołany zostaje do wyważenia interesów pomiędzy użytecznością danego czynu a jego niebezpiecznością. Uniemożliwia to adresatom norm prawno karnych ocenę *ex-ante*, jaka kategoria zachowań jest zabroniona pod groźbą kary⁵⁸. Ale w tym nie wyczerpują się zarzuty włoskiej autorki, która opisując zbędność posługiwania się figurami pokroju „rozsądnego profesora chirurgii” dla charakterystyki nieostrożności danego czynu przestępnego, stwierdza, że służą one zamaskowaniu daleko idącej, wręcz niekonstytucyjnej swobody sędziego⁵⁹. W istocie bowiem przekroczenie reguł ostrożności wystarcza do wypełnienia obiektywnego składnika nieumyślności; co więcej, taki pogląd jest wręcz jedynym możliwym rozwiązaniem wobec konstytucyjnej zasady określoności ustawy karnej⁶⁰. Polemizując z dwoma kluczowymi argumentami przeciwników tego ujęcia podkreśla, że w sferach życia, gdzie na pozór takich reguł brak, w istocie konieczne jest przeprowadzenie konkretyzacji zasad bardziej ogólnych. Nie oznacza to koncesji na rzecz swobody

⁵⁴ Zob. *ibidem*, s. 9–10.

⁵⁵ Co do rozważań na ten temat wraz z przykładami z orzecznictwa (m.in. OLG Stuttgart – NJW, 1997, 3103) Zob. *ibidem*, s. 337–340.

⁵⁶ Zob. *ibidem*, s. 258: (...) *sondern muss unter Berücksichtigung auch der individuell erkannten Risikodichte (...) erfolgen*. Nie jest możliwe również utożsamienie świadomej nieumyślności z naruszeniem ostrożności przy działaniu poprzedzającym popełnienie czynu zabronionego (tzw. *Kenntnisschaffung bei der Vorsorgehandlung*).

⁵⁷ Zob. A.C. Ciacchi, *Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit. Deutschland und Italien im Vergleich*, Heymanns Verlag, München 2005.

⁵⁸ Zob. *ibidem*, s. 84–85.

⁵⁹ Przytoczyć należy raz jeszcze trafną wypowiedź F. Giunta, którego powołuje również A. Colombi Ciacchi – *ibidem*, s. 86: *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare* Dir. Pen. E processo 1999, s. 1296: *Il giudice che consulta l'agente modello ricorda il soliloquio del ventriloquo che anima un fantoccio – co znaczy tyle co: Sędzia, który pyta się wzorcowej figury, przypomina rozmowę z samym sobą brzuchomówcy, który ożywia lalkę.*

⁶⁰ Nie mogłoby brzemień chyba wyraźniej stwierdzenie autorki: (...) *reicht die Übertretung einer Sondernorm aus, um die objektive Sorgfaltswidrigkeit zu bejahen (...) Die Einhaltung aller rechtlichen Sondernormen schließt die Fahrlässigkeit aus*, zob. *ibidem*, s. 94–95.

sędziowskiej, lecz odtwarzanie istniejących już norm ostrożności⁶¹. Natomiast przy problemie tzw. szczególnych umiejętności podmiotu pamiętać należy, że są wykorzystywane w szczególnych sytuacjach i trudno oczekiwać, aby były one stosowane na co dzień⁶².

Dokonany powyżej i z konieczności ograniczony przegląd stanowisk doktryny niemieckiej uzmysławia, że brakuje w niej spójności poglądów. Aktualizuje to potrzebę zaprezentowania stanowiska własnego.

Komentując przedstawione powyżej poglądy stwierdzić należy, iż jako najbardziej anachroniczne wydaje się spojrzenie na reguły ostrożności jako element składowy winy. Bezużyteczne wydaje się również traktowanie owych reguł ostrożności jako wskaźnika bezprawności czynu – tworzenie takich wskaźników na gruncie prawa karnego jest zbędne i lepiej już chyba w ogóle bez takiej figury byłoby się obejść. Co więcej, fakt, że niektóre reguły ostrożności mają charakter norm prawnych musiałby prowadzić do kolizji norm w obrębie porządku prawnego. Zdecydowanie większe zrozumienie można wykazać wobec tych autorów, którzy – wyróżniając normę sankcjonowaną i sankcjonującą – wiążą reguły ostrożności z tą pierwszą. I ono wszak nie okazuje się w pełni wystarczające, o czym poniżej. Nie jest zasadne natomiast ograniczanie relewancji reguł ostrożności tylko do typów czynów nieumyślnych.

Dla pewnego uporządkowania wywodów, w pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na różnicę pomiędzy regułą ostrożności i wynikającą z niej normą postępowania a wzorem czy standardem zachowania się, wskazującym, jaką kategorię norm postępowania uznaje się za akceptowalną⁶³. Dalej, zauważyć należy, że nie jest zasadne wyróżnienie jako odrębnych kategorii reguł ostrożności oraz szeregu innych norm postępowania, jak chociażby reguł obchodzenia się z dobrem prawnie chronionym⁶⁴. W istocie chodzi tutaj o to samo: nie będącą tożsamą z zespołem znamion czynu zabronionego dyrektywę zachowania się

⁶¹ Zob. *ibidem*, s. 118–119, gdzie wskazuje ona, że w razie czego sędzia powinien się posiłkować opiniami biegłych sądowych.

⁶² Nieporozumieniem byłoby mówić o naruszeniu ostrożności przez kierowcę rajdowego, który nie hamuje tak efektywnie jak podczas wyścigu, tym bardziej, że trudno jest tutaj ustalić (hipoteczna negatywna kausalność), że gdyby zareagował inaczej, można by unikać prawnokarnie relewantnego skutku, co więcej – w wielu wypadkach trudno w ogóle mówić o regułach ostrożności, tylko np. o niewykorzystaniu zdolności organizmu. Zob. *ibidem*, s. 103. Czym innym natomiast jest naruszanie szczególnej reguły ostrożności mającej zastosowanie dla danej ponadprzeciętnie wiedzącej czy uzdolnionej osoby.

⁶³ Ze względu na ograniczenia miejsca ograniczę się do wskazania, że norma – jak słusznie wskazuje teoria prawa nie jest równoznaczna z pewnym wzorem zachowania się (por. F. Stadnicki, *Wzór zachowania się, wzór postępowania i norma*, ZNUJ PP 1961, z. 8, s. 28). Z tych samych względów ograniczę się do zaznaczenia, że reguła ostrożności może mieć postać zarówno zakazu jak i nakazu (w tej sprawie szerzej zob. W. Patryjas, *Zaniechanie. Próba analizy metodologicznej*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1993, s. 55 i n.).

⁶⁴ To, że nie można w sensowny sposób przeprowadzić takiej dyferencjacji zdaje się spostrzegać już A. Barczak-Oplustil, *Reguły postępowania jako znamię typu czynu zabronionego*, Kraków 2003, niepubl. rozpraw. doktorska, s. 9 i n. Rozważać można względnie konwencje, w której parze reguła ostrożności – norma ostrożności nadawać by można analogiczny kształt jak przepis prawny – norma prawna, czego w dotychczasowych rozważaniach się wszak nie stosuje. Na marginesie zauważyć należy, że reguły postę-

w określony sposób w danej sytuacji – nakazującą na przykład zatrzymać się w czasie przejazdu samochodem na zielonym świetle, gdy z naprzeciwka nadjeżdża na czerwonym świetle inny pojazd.

Norma ta znajduje zastosowanie niezależnie od cech podmiotu czy jego osobistych właściwości i charakteryzuje jedynie to, co w doktrynie anglosaskiej określa się jako *state of conduct*⁶⁵. Stanowi to zarazem jeden z elementów odróżniających ją od normy sankcjonowanej.

Trudności z regułami ostrożności polegają na tym, że w wielu sferach ludzkiego życia są one niesformalizowane. Istnieją jako zwyczaj, bądź jako pewna maniera postępowania w określony sposób. Stąd też często dla ich ustalenia przyjmuje się odwołanie do wzorcowej osoby pokroju „rozsądnego człowieka”. Taka taktyka ignoruje jednak fakt, że sąd nie jest powołany do tworzenia *ex post* norm ostrożności, a jedynie wskazywania na te już wiążące w danej sytuacji. Inaczej bowiem zamienia się w cytowanego pod tytułem brzuchomówcę, narażając się na sygnalizowane w nauce niebezpieczeństwo naruszenia konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege certa*. Figura „rozsądnego człowieka” służyć może co najwyżej pomocniczo do wyboru tych reguł ostrożności, które mieszczą się we wzorcu dopuszczalnego zachowania dla danej grupy adresatów.

Te same obawy odnieść można wobec propozycji polegającej na odwołaniu się do obiektywnej zdolności przewidywania możliwości popełnienia czynu zabronionego, która została przedstawiona w Komisji Kodyfikacyjnej⁶⁶. Obawiać się można, że praktyka sądowego stosowania prawa posługiwać się będzie w tej mierze figurą rozsądnego człowieka. To, co powinien być ów abstrakcyjny rozsądny człowiek przewidzieć jest jednak oceną opartą na nieprecyzyjnych domysłach.

Tak ujęte reguły (czy też właściwie normy) ostrożności czynią w zasadzie zbędnym posługiwanie się kontratypami pozaustawowymi. Ich zakres w mniejszym lub większym stopniu odwołuje się poniekąd do zachowania zgodnego z regułami ostrożności. Taką prostą możliwością – aczkolwiek zupełnie wyjątkowo – przewidywało prawo brytyjskie, konstruując tzw. *due diligence defence*⁶⁷ wobec szczególnej kategorii przestępstw opartych na modelu *strict liability*. Jest to rozwiązanie dużo bardziej czytelne niż tworzenie takich instytucji jak dopuszczalne ryzyko czy też społeczna adekwatność czynu, których treść jest rozmyta. Najlepiej uwidacznia to pogląd H. Welzla, początkowo twierdził, że pojęciem społecznej adekwatności

powania z dobrem prawnym są chyba najgorszym z tych wymienianych w tym kontekście określeń, choćby wobec faktu, że w polskiej karnistyce nie do końca wiadomo dokładnie czym jest dobro prawne.

⁶⁵ W przeciwieństwie do *state of mind* (zob. G. Erenius, *Criminal Negligence and Individuality*, Norstedt, Stockholm 1976, s. 125).

⁶⁶ Zob. A. Zoll, *op. cit.*, s. 5. Przy rozwiązaniu obstaruje Komisja Kodyfikacyjna w projekcie zmian k.k. z dnia 13 marca 2014 r.

⁶⁷ Która na gruncie prawa brytyjskiego musi mieć podstawę ustawową (zob. *Rotherham Metropolitan Borough Council vs. Raysun (UK) Ltd.* [1988] BTLC 292, 153 JP 37, 8 Tr L6.), a w orzecznictwie australijskim (zob. np. *Maher vs. Musson* [1934] 52 CRL 100) i kanadyjskim (zob. *City of Sault St Marie* [1978] (40) CCC 2nd 353) – nie.

czynu objęte jest zabijanie żołnierzy armii przeciwnika⁶⁸. Tak nieuchwytne i zmienne koncepty nie są na gruncie prawa karnego demokratycznego państwa prawnego do zaaprobowania. Niesłuszny wydaje się być pogląd wyrażony w trakcie toczącej się debaty nad nowelizacją Kodeksu Karnego, który upatruje w przekroczeniu normy ostrożności element jedynie subsydiarny – formalny, wobec stwierdzenia stworzenia niedopuszczalnego ryzyka⁶⁹. Jeżeli już rozważa się instytucję obiektywnego przypisania skutku – która, jak słusznie podkreśla się w doktrynie jest jeszcze zbyt niedopracowaną propozycją, nieznaną szerzej polskiej nauce⁷⁰ – to jej podstawą musi być nieostrożny czyn człowieka, a nie „ryzyko wywołane zachowaniem”. W sądowym procesie stosowania prawa można jeszcze odtworzyć normę ostrożności, ale stwierdzenie ryzyka narażone jest już na arbitralność ocen⁷¹. Wskazać należy również, że oczywiście uzasadnione jest spostrzeżenie Ł. Pohla, iż odwołanie się do reguł postępowania z dobrem prawnym w liczbie mnogiej było błędne⁷².

Niezasadne jest twierdzenie, że normy ostrożności są relewantne tylko przy pewnej kategorii czynów, zwłaszcza tylko w przypadku przestępstw materialnych. Przemawia przeciwko temu to, że nierzadko dochodzi do kumulatywnego wyczerpania jednym czynem znamion przestępstw materialnego i formalnego, a także niejednokrotna trudność rozróżnienia pomiędzy jedną a drugą kategorią. Praktycznie dla każdej ludzkiej czynności dają się pomyśleć normy ostrożności – od zapalania zapalek do tworzenia statków kosmicznych czy opery na wodzie⁷³. Zgodność z nimi jest cechą czynu ludzkiego, ocenianego przez pryzmat interpretacji humanistycznej. Ograniczenie ich relewancji do pewnej tylko kategorii przestępstw oznacza nieuzasadnione zróżnicowanie wspólnej im kategorii nieostrożnego czynu ludzkiego jako podstawy ewentualnej odpowiedzialności karnej. Niesłuszne wydaje się być stwierdzenie, że ocena nieadekwatności czynu przez pryzmat zgodności z normą ostrożności powoduje, że „przestępstwo zbliża się do przestępstw formalnych, które polegają na niepodporządkowaniu się normie”⁷⁴.

⁶⁸ Przytoczyć należy wypowiedź H. Welzla *op. cit.*, s. 527 w tym zakresie: (...) *der Gedenke, dass das Heer im Kampf um Leben und Tod lauter strafrechliche Tatbestände – wenn auch rechtmäßig – wirkliche, zu absurd zu papiere konstruiert (sei) als dass richtig sein könnte.*

⁶⁹ Przypomnijmy, że rzecznikiem takiego stanowiska jest zwłaszcza D. Tokarczuk, *op. cit.*, s. 108.

⁷⁰ Zob. J. Giezek, *op. cit.*, s. 87, który trafnie spostrzega, że „dyskusji takiej [dotyczącej obiektywnego przypisania – dop. M.B.] w ogóle się nie prowadzi”.

⁷¹ Wydaje się, że nieprzekonujące jest konstruowanie znaczenia norm ostrożności jako domniemania faktycznego nieadekwatności czynu (por. D. Tokarczuk, *op. cit.*, s. 107); równie dobrze można by powiedzieć, że z wypełnieniem znamion czynu zabronionego wiąże się domniemanie faktyczne winy.

⁷² Słusznie jest w pełni spostrzeżenie, że (...) *z łatwością powołać można przykłady, na stan faktyczny w ramach którego kausalnie wywołany skutek był konsekwencją naruszenia tylko jednej reguły tego rodzaju.* Zob. Ł. Pohl, *W sprawie...*, *op. cit.*, s. 108. Na szczęście jednak Komisja Kodyfikacyjna odstąpiła od tego założenia w wersji projektu zmian w k.k. z dnia 10 grudnia 2013 r.

⁷³ W innym przypadku wkraczanie prawa karnego w daną sferę życia kłóciłoby się z zasadą prawa karnego jako *ultima ratio*.

⁷⁴ Por. D. Tokarczuk, *op. cit.*, s. 108. Z tego stwierdzenia wywnioskować by można, że autor nie wpisuje znamienia skutku w treść normy sankcjonowanej, co nie wydaje się być słuszne. Zresztą problem ten sprowadza się do tego, czym jest nieadekwatność czynu: moim zdaniem taka kategoria jako ocenna i wykazująca powinowactwo – chociażby semantycznie z instytucją czynu adekwatnego społecznie – nie

Także propozycja sprowadzenia funkcji reguł ostrożności do podstawy obiektywnego przypisania skutku, nie tylko ze względu na zgłaszane wobec niej zastrzeżenia wymaga pewnej powściągliwości⁷⁵. Zaciemnia ona również uniwersalne znacznie reguł ostrożności dla odpowiedzialności karnej. Nadto, wydaje się, że proponowane brzmienie art. 2 § 3 k.k., mimo wytężonej z pewnością pracy Komisji Kodyfikacyjnej, obarczone było ryzykiem pewnej nieprecyzyjności⁷⁶. Lektura drugiej części tego przepisu prowadzi do odtworzenia normy, która – w uproszczeniu – wyklucza obiektywne przypisanie skutku w sytuacji ingerencji osoby trzeciej. Ingerencja ta wpływać ma wszak nie na samo wystąpienie danego skutku, ale tylko na zmianę okoliczności jego wystąpienia. W pewnych przypadkach prowadzić to może do rozwiązań wysoce nie-intuicyjnych⁷⁷.

Dla pełnego przedstawienia własnego stanowiska dodać należy, że obecne brzmienie szeregu przepisów k.k. wyraźnie sygnalizuje, że reguły ostrożności mają znacznie także jako znamię ustawowych kontratypów. Świadczyć mogą o tym wyraźnie nie tylko brzmienie art. 27 § 1 k.k., ale także najnowsze wypowiedzi doktryny⁷⁸. Pomijając w tym miejscu pełnie teoretyczno-prawnych implikacji tego spostrzeżenia⁷⁹, potwierdza to tezę: nieostrożność jest właściwością każdego czynu (zarówno typowego jak i kontratypowego) i konieczna jest dla jego prawnokarnej relewancji.

Podsumowując, prezentowane tutaj ujęcie oznacza, że pewne ujęcia doktryny polskiej, okazują się zbyt wąskie⁸⁰. Okazują się one jednak i tak bardziej kon-

powinna funkcjonować w prawie karnym. To, kiedy czyn jest nieostrożny – można wskazać, natomiast to, kiedy czyn jest niebezpieczny – można jedynie ocenić. Nie zmienia to faktu, że próba ustawowego uregulowania kwestii obiektywnego przypisania nie zasługuje na obecnym etapie rozwoju prawa polskiej dogmatyki na aprobatę.

⁷⁵ Porównaj powyżej omówienie poglądów W. Frischa s. 65–66 oraz przypisy 51–52.

⁷⁶ Przy takim rozwiązaniu obstaje Komisja Kodyfikacyjna w projekcie zmian k.k. z dnia 13 marca 2014 r.

⁷⁷ Pewne wątpliwości z tym związane uwypukla akademicki przykład żołnierza (Z1) nieostrożnie obchodzącego się z materiałem wybuchowym przez zostawienie go w niezabezpieczonym kącie pokoju sypialnego. Zostaje on następnie przemieszony do innego kąta pokoju przez drugiego żołnierza (Z2). W momencie jego niezamierzonej eksplozji, spowodowane: ciężki uszczerbek na zdrowiu śpiącego żołnierza zakwaterowanego w danym pokoju (Z3) oraz szkody w mieniu w pokoju mają inną charakterystykę niż te, które wystąpiłyby gdyby ładunek był w pierwotnym miejscu – tam gdzie zostawił go Z1. W obu jednak przypadkach doszło do „tego” samego skutku (zob. planowana treść art. 2 § 3 – przypis 1) z punktu widzenia treści normy sankcjonowanej zawartej w art. 354 w zw. z art. 156 § 1 k.k. i jego znaczenia dla odpowiedzialności karnej Z1 i Z2. Czy w takim przypadku można mówić o obligatoryjnym braku przypisaniu skutku pierwszemu żołnierzowi za względu na ingerencję drugiego? A co, jeżeli Z2 jedynie zmienił ustawienie mebli w pokoju – co nie wpłynęło na skutek, ale na (istotną) zmianę okoliczności jego wystąpienia? Kazus ten uzmysławia, iż ingerencja osoby trzeciej mająca postać niezachowania reguły ostrożności winna być chyba raczej zrelatywizowana do występującego w tym przepisie skutku, a nie okoliczności jego wystąpienia.

⁷⁸ Zob. P. Konieczniak, *Eksperyment naukowy i techniczny a porządek prawny*, Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji, Warszawa 2013, s. 460, gdzie stwierdza on, iż konieczne jest aby sposób przeprowadzenia eksperymentu był ostrożny w świetle aktualnego stanu wiedzy.

⁷⁹ Dotyczących w pierwszej kolejności sprzężenia reguł ostrożności z właściwą normą prawnokarną i pytania, czy reguły ostrożności to tylko płaszczyzna normy sankcjonującej i jej zakresu normowania.

⁸⁰ Dotyczy to przede wszystkim ujęcia J. Majewskiego, zob. przypisy 3–4.

sekwentne aniżeli proponowane w trakcie prac nad nowelizacją k.k. rozwiązanie, które jest preferencją dla jednej tylko, zaczerpniętej z nauki niemieckiej koncepcji obiektywnego przypisania⁸¹. Co więcej, dekretowanie tej instytucji w Kodeksie Karnym – zwłaszcza wobec faktu, że w Niemczech, gdzie instytucja ta została właściwie opracowana, nie znalazła ona wyrazu w brzmieniu ustawy karnej – rodzi obawę petryfikacji rozwiązań niedojrzałych⁸².

Jakie są konsekwencje prowadzonych tutaj rozważań dla prac Komisji Kodyfikacyjnej? Otóż wydaje się, że próba przesunięcia reguł ostrożności na płaszczyznę problematyki obiektywnego przypisania nie wyczerpuje w pełni ich znaczenia. Biorąc realistycznie pod uwagę możliwość nowelizacji Kodeksu Karnego⁸³ należy mieć nadzieję, iż ta konstatacja nie zostanie pominięta w przyszłej dogmatyce prawa karnego, która w przeciwnym wypadku skazana będzie na tworzenie dalszych pozaustawowych kontratypów, co samo w sobie budzić może pewne wątpliwości.

CZYN NIEOSTROŻNY JAKO PODSTAWA ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ

Streszczenie

Autor analizuje prezentowane w polskiej nauce prawa karnego koncepcje ujmowania reguł ostrożności jako jednej z przesłanek odpowiedzialności karnej. Występujący brak jednolitości w ich pojmowaniu zostaje skonfrontowany z poglądami doktryny niemieckiej. Rozwiązaniem tego dylematu jest próba spojrzenia na reguły ostrożności jako samoistny element w strukturze przestępstwa. Ich zachowanie jest cechą każdego czynu ludzkiego, zarówno typowego, jak i kontratypowego. Dzięki tej figurze wydaje się, że można zrezygnować z szeregu konstrukcji karnistycznych, jak chociażby społecznej adekwatności czynu zabronionego czy tzw. dopuszczalnego ryzyka, które to są bardzo nieostre. Z tej perspektywy ujmowanie reguł ostrożności jedynie

⁸¹ Być może warto w tym miejscu raz jeszcze przypomnieć słowa wielkiego kodyfikatora polskiego J. Makarewicza, który apelował o „duży zapas zdrowego rozsądku” wobec nauki niemieckiej (zob. *idem*, *Realizm w prawie karnem*, RPEiS 1933, z. 2, s. 60).

⁸² Zwłaszcza, iż słusznie podkreśla się, że obecna wadliwość art. 9 § 2 k.k. daje się naprawić w zdecydowanie łatwiejszy sposób – zob. Ł. Pohl, *W sprawie...*, *op. cit.*, s. 110–111. Wątpliwości, czy są to rozwiązania w pełni dojrzałe wzmaga zwłaszcza to, że w wersji projektu zmian w k.k. z dnia 6 marca 2014 r. pojawia się inna redakcja art. 2 § 3 niż ta proponowana jeszcze w projekcie zmian w k.k. z dnia 10 grudnia 2013 r.

⁸³ Co prawda zarówno projekt zmian k.k. skierowany do Sejmu w dniu 15 maja 2014 r., jak i projekt zmian Kodeksu Karnego w Sprawozdaniu Podkomisji Stałej do spraw nowelizacji prawa karnego z dnia 28.08.2014 r. nie zawiera regulacji odnoszących się do instytucji tzw. obiektywnego przypisania, lecz odnotować należy zapowiedź A. Zolla podczas Międzynarodowej Konferencji *Obiektywne i subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej* w dniach 29–30 maja 2014 r. we Wrocławiu, iż regulacje w tym zakresie będą forsowane jeszcze w trakcie prac sejmowych.

jako podstawy obiektywnego przypisania skutku jawi się jako zbyt wąskie. Niestusznym wydaje się zarazem propozycja uczynienia z niebezpieczeństwa czynu podstawy owego obiektywnego przypisania skutku. To, czym jest niebezpieczeństwo czynu, jest kwestią podlegającą ocenie, a wiązanie z przekroczeniem reguły ostrożności domniemania społecznej nieadekwatności czynu jest nie do zaakceptowania: równie dobrze można by powiedzieć, że z takim przekroczeniem jest związane domniemanie winy. Projektowi opracowanemu przez Komisję Kodyfikacyjną postawić można inny zarzut: wiązanie wykluczenia obiektywnego przypisania skutku z następczą zmianą okoliczności jego wystąpienia przez osobę trzecią jest sformułowaniem stosunkowo dwuznacznym. Taka ingerencja powinna być raczej zrelatywizowana do wystąpienia skutku. Nie zmienia to faktu, że uregulowanie obiektywnego przypisania skutku w Kodeksie Karnym jest niestosowne – tym bardziej, że samej nauce niemieckiej, skąd ta teoria się wywodzi, brak jest analogicznego unormowania.

INCAUTIOUS ACT AS A BASIS FOR CRIMINAL LIABILITY

Summary

The author analyses the conceptions of perceiving the rules of caution presented in the Polish science of penal law as one of the premises for criminal liability. The noticeable lack of consistence in their perception in the Polish doctrine has been confronted with the views of the German jurisprudence. A possible solution of the dilemma about the significance of the rules of caution is an attempt to view them as an independent element in the structure of a crime. Conformity with them is a feature of every human act, both typical and 'justified' (i.e. committed within the premises of the conditions excluding criminal liability). With this form, it appears possible to relinquish several penal institutions such as the concept of social adequacy of an act or a permitted risk, which themselves are very vague. From this perspective, the perception of the rules of caution solely as a basis of the proximate causation appears to be too narrow. At the same time, it does not appear convincing to refer to the dangerousness of an act as a basis of the proximate causation. What is dangerousness of an act is subject to evaluation and linking the presumption of social inadequacy of an act with the infringement of the rules of caution is unacceptable. Equally well it could be claimed that the presumption of guilt is combined with the infringement of the rules of caution. The project developed by the Codification Commission can be challenged with a different charge: the association of exclusion of the proximate causation with the subsequent change of the circumstances of the appearance of the result by a third person is a somewhat ambiguous formulation. Such an intervention should rather be related to the appearance of the result itself. This does not change the fact that the regulation of the proximate causation in the Criminal Code is inappropriate, especially as there is a lack of a similar norm in the German jurisprudence, from which the theory originates.

L'ACTE IMPRUDENT COMME BASE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

Résumé

L'auteur analyse la conception de présenter des règles de prudence du droit pénal en tant qu'une des prémisses de la responsabilité pénale. Ce manque d'homogénéité dans sa compréhension est confronté aux idées de la doctrine allemande. La solution de ce dilemme peut être montrée par des règles de prudence expliquées comme un élément autonome dans la structure d'une infraction. Il faut les respecter car elles forment un trait caractéristique pour chaque acte humain, aussi bien typique que contre-typique. Il paraît que grâce à cet élément on peut résigner d'autres constructions pénales comme par exemple adéquation sociale de l'acte interdit ou bien le risque permis parce qu'elles ne sont pas très claires. De cette perspective la perception des règles de prudence traitées seulement comme la base objective d'un acte peut paraître un peu trop étroite. En conséquence, la proposition de traiter le danger de cet acte comme un effet objectif paraît injuste. Le danger de l'acte est donc une question à évaluer mais on ne peut pas accepter de faire un rapport entre la violation de la norme de prudence et la supposition de non-adéquation de cet acte; on pourrait dire parallèlement que la supposition de culpabilité est liée avec cette violation. Il y a encore un autre reproche au projet proposé par la Commission codificatrice: la liaison de l'exclusion d'un effet objectif avec le changement progressif des circonstances de cette apparition par une personne tiers devient une formulation fortement ambiguë. Cette formulation devrait être réservée uniquement à l'effet qui apparaît. Néanmoins, il faut souligner que la régulation concernant l'attribution objective de l'effet n'est pas conforme dans notre Code Pénal – d'autant plus que dans la doctrine allemande déjà d'où vient cette théorie il manque vraiment la normalisation analogique.

ДЕЯНИЕ ПО НЕОСТОРОЖНОСТИ КАК ОСНОВАНИЕ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Резюме

Автор анализирует представляемые в польской доктрине уголовного права концепции признания принципа предосторожности в качестве одной из предпосылок уголовной ответственности. Наблюдаемое отсутствие однородности в их трактовке состоит в противоречии с точкой зрения немецкой доктрины. Решением этой дилеммы является попытка принятия принципа предосторожности как отдельного элемента в структуре преступления. Его соблюдение характерно для каждого человеческого поступка, как типичного, так и нетипичного. Данная формула позволяет предположить, что можно отказаться от ряда структур в уголовном праве, например,

таких, как адекватность запрещённого деяния, или так называемого допустимого риска, которое является достаточно некатегоричным. С этой точки зрения, признание принципа предосторожности только в качестве основания для объективного вменения последствия представляется слишком односторонним. Безосновательным представляется также предложение использовать фактор опасности деяния в качестве основания объективного вменения последствия. Вопрос о том, чем является опасность деяния, – это проблема, подвергаемая оценке, а попытки нахождения связи между правонарушением принципа предосторожности и презумпцией общественной неадекватности деяния невозможно принять: в такой же степени можно было бы утверждать, что с подобным правонарушением может быть связана презумпция вины. Проект, разработанный Кодификационной комиссией, заслуживает замечания иного рода: определение связи между исключением объективного вменения последствия с последующим изменением обстоятельства его возникновения с участием третьего лица является относительно двусмысленной формулировкой. Такая формулировка должна быть скорее всего отнесена к возникновению последствия. Это не меняет факта, что регулирование объективного вменения последствия в Уголовном кодексе является неуместным – тем более, что сама немецкая доктрина, являющаяся источником данной теории, характеризуется отсутствием аналогичной нормализации.