



Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Wydział Prawa i Administracji

Marcin Bczyk

ROZPRAWA DOKTORSKA

Normy ostrożności w prawie karnym

Rozprawa doktorska przygotowana pod
kierunkiem prof. UAM dr hab. Łukasza
Pohla w Zakładzie Prawa Karnego WPiA
UAM

*Wyjątkowemu Promotorowi prof. UAM dr. hab. Łukaszowi Pohłowi
w dowód wdzięczności za opiekę, wsparcie i wyrozumiałość,
Moim oddanym Rodzicom – za motywację i pomoc,
oraz wszystkim wiernym Przyjaciółom
pracę tę dedykuję*

εἴ γε μὲν εἰδείης σῆσι φρεσὶν ὅσσα τοι αἶσα
κήδε' ἀναπλῆσαι, πρὶν πατρίδα γαῖαν ἰκέσθαι,
ἐνθάδε κ' αὖθι μένων σὺν ἐμοὶ τόδε δῶμα φυλάσσοις
ἀθάνατός τ' εἴης, ἰμειρόμενός περ ἰδέσθαι
σὴν ἄλοχον, τῆς τ' αἰὲν ἐέλδεται ἥματα πάντα.

Ὀδύσσεια, V, 206–210

[„Aby się dnia powrotu doczekać najprędzej;
Choćby mnie bóg znów pogrążył w bałwany,
Zniosę mężnie, w cierpieniach jam wypróbowany.
Tylem już przebył, takie przechodził katuszę
Na wojnie i na morzu, że i to znieść muszę!”

Odyseja, Księga V, wers 206–210, przekł. L. Siemieński]

Przegląd treści

Wstęp.....	14
Rozdział I. Historia postrzegania norm ostrożności w prawie polskim.....	31
Rozdział II. Normy ostrożności w różnych sferach życia a inne instytucje polskiego prawa karnego.....	58
Rozdział III. Normy ostrożności a kontratypy.....	182
Rozdział IV. Normy ostrożności a wymiar kary.....	219
Rozdział V. Normy ostrożności w perspektywie porównawczo–prawnej.....	250
Rozdział VI. Teoretyczno–prawna analiza norm ostrożności.....	322
Rozdział VII. Normy ostrożności w strukturze przestępstwa.....	364
Rozdział VIII. Normy ostrożności w świetle badań aktowych.....	443
Zakończenie.....	458
Bibliografia.....	478

Spis treści

Wprowadzenie

Wykaz najczęściej stosowanych skrótów.....	9
Wprowadzenie.....	12
Wstęp.....	14
I. Zakres badań i układ pracy.....	14
II. Uwagi terminologiczne.....	15
III. Hipotezy badawcze.....	16
IV. Metodologia pracy.....	23
V. Uwagi na marginesie monografii A. Barczak–Oplustil.....	26
Rozdział I. Historia postrzegania norm ostrożności w prawie polskim.....	31
I. Uwagi wstępne.....	31
II. Prawo polskie przed 1918 r.....	31
III. Okres prawa II RP.....	37
1) Okres przed uchwaleniem k.k. z 1932 r.....	37
a) Orzeczenia SN na gruncie prawa karnego rosyjskiego.....	38
b) Orzeczenia SN na gruncie prawa karnego austriackiego.....	40
2) Pojęcie ostrożności w II RP po uchwaleniu k.k. z 1932 r.....	40
IV. Okres Polskiej Republiki Ludowej.....	45
V. Okres od 1989 r.....	50
Rozdział II. Normy ostrożności w szczegółowych gałęziach prawa karnego.....	58
I. Uwagi wstępne.....	58
II. Normy ostrożności w prawie karnym sportowym.....	59
1) Przegląd koncepcji wyłączania odpowiedzialności karnej sportowca za naruszenia sportowe.....	59
2) Przegląd niektórych współczesnych teorii w zakresie wyłączania odpowiedzialności karnej za naruszenia sportowe.....	70
3) Problematyka formalizacji norm ostrożności w sporcie.....	74
4) Problematyka wyboru zastosowania właściwych norm ostrożności.....	77
5) Normy ostrożności w sporcie a konstytucyjne podstawy odpowiedzialności karnej zasada <i>nullum crimen sine lege</i>	82
6) Normy ostrożności w sporcie we współczesnej doktrynie prawa karnego innych państw. Spojrzenie prawno-porównawcze.....	87
7) Cywilistyczne spojrzenie na normy ostrożności w sporcie.....	94
8) Odpowiedzialność karna organizatora zawodów sportowych.....	95
9) Stanowisko własne w zakresie relewancji ostrożności dla prawno-karnej oceny tzw. naruszeń sportowych.....	98
10) Konkluzje.....	101
III. Normy ostrożności w prawie karnym medycznym.....	102
1) Uwagi wprowadzające. Pojęcie „niepowodzenia przy wykonywaniu czynności medycznych”.....	102
2) Podstawy odpowiedzialności karnej lekarza.....	106
3) Pojęcie zabiegu leczniczego.....	108
4) Klasyfikacja błędów medycznych we współczesnej literaturze prawo-karnej.....	114
5) Normy ostrożności wobec ograniczonych środków finansowych w medycynie.....	121
6) Odpowiedzialność karna za znachorstwo. Problematyka naruszenia wskazań obowiązującej wiedzy medycznej.....	127
7) Uzyskanie zgody pacjenta na leczenie jako przykład normy ostrożności?.....	134
8) Zasady wiedzy medycznej jako normy ostrożności. Konkluzje.....	141
IV. Normy ostrożności w prawie karnym drogowym.....	144
1) Uwagi wstępne i podstawowe pojęcia.....	144

2) Problem zachowania właściwej (bezpiecznej) prędkości jako przykład normy ostrożności w prawie karnym?	147
3) Relacje wertykalne pomiędzy różnymi normami ostrożności w komunikacji drogowej	153
4) Normy ostrożności a zagadnienie nietrzeźwych kierowców w prawie karnym	158
5) Pojęcie znaku a znak drogowy i prawo karne	164
6) Formalizacje i klasyfikacje norm ostrożności w obszarze komunikacji drogowej a problematyka norm ostrożności w prawie karnym. Przykład katastrofy komunikacyjnej	171
7) Normy ostrożności w przypadku niektórych innych typów czynów zabronionych występujących przy przestępstwach związanych z komunikacją drogową	177
8) Normy ostrożności w komunikacji drogowej a pewne kategorie uczestników ruchu	179
9) Konkluzje	180
Rozdział III. Normy ostrożności a kontratypy	182
I. Uwagi wstępne	182
II. Obrona konieczna	187
III. Stan wyższej konieczności	202
IV. Eksperyment	208
V. Uwagi o charakterze norm ostrożności przy kontratypach	212
VI. Konkluzje	215
Rozdział IV. Normy ostrożności a wymiar kary	219
I. Wstęp	219
II. Przekroczenie normy ostrożności jako okoliczność wpływająca na wymiar kary na gruncie polskiego prawa karnego – ewolucja orzecznictwa SN	221
III. Przekroczenie normy ostrożności a wymiar kary w rozważaniach doktryny prawa karnego	224
1) Uwagi wprowadzające	229
2) Przegląd stanowisk w literaturze	225
3) Naruszenie norm ostrożności w perspektywie kryminologicznej a zagadnienie wymiaru i wykonywania kary	236
4) Koncepcja V. Konarskiej–Wrzostek. Stanowisko własne	238
5) Przekroczenie norm ostrożności a wymiar kary w wybranych innych państwach	243
6) Konkluzje	247
Rozdział V. Normy ostrożności w perspektywie porównawczo–prawnej	250
I. Uwagi wstępne	250
II. Niemcy	250
1) Okres 1871–1935. Spojrzenie tradycyjnej dogmatyki niemieckiej na nieostrożność czynu zabronionego. Zręby pojęcia nieostrożności?	250
2) Okres 1935–1969. Szkoła tzw. „finalistów” oraz jej krytyka. Od ostrożności do przekroczenia normy ostrożności	260
3) Okres 1969–2002. Wskaźnikowe znaczenie naruszenia norm ostrożności dla pojęcia nieumyślności?	266
4) 2002–2013. Pomiedzy samoistną rolą normy ostrożności a jej odrzuceniem: spojrzenie na najnowsze poglądy doktryny niemieckiej	275
5) Konkluzje	285
III. Wielka Brytania	287
1) Normy ostrożności przy odpowiedzialności za czyny nieumyślne?	287
2) Określanie norm ostrożności za pomocą wzorca tzw. „reasonable man”	294
3) Normy ostrożności a koncepcja związku przyczynowego w brytyjskim prawie karnym common law	297
4) Normy ostrożności jako składnik tzw. <i>due diligence defence</i> ?	298

5)	Normy ostrożności a inne okoliczności wyłączające przestępność czynu systemu <i>common law</i>	306
6)	Normy ostrożności w kontekście naruszeń sportowych w systemie brytyjskiego prawa <i>common law</i>	307
7)	Konkluzje.....	308
IV.	Hiszpania.....	309
1)	Normy ostrożności w doktrynie hiszpańskiego prawa karnego.....	309
2)	Pojęcie norm ostrożności w orzecznictwie Sądu Najwyższego Hiszpanii.....	317
3)	Konkluzje.....	320
V.	Podsumowanie.....	321
Rozdział VI. Teoretyczno–prawna analiza norm ostrożności.....		322
I.	Uwagi wstępne.....	322
II.	Normy ostrożności a poszczególne typy wypowiedzi wyróżniane w teorii prawa.....	334
1)	Norma ostrożności jako rozkaz?.....	334
2)	Norma ostrożności jako definicja?.....	335
3)	Norma ostrożności jako preformatyw?.....	338
4)	Norma ostrożności jako deklaratyw?.....	339
5)	Norma ostrożności jako ewaluatyw?.....	340
6)	Norma ostrożności jako zasada prawa?.....	340
7)	Norma ostrożności jako dyrektywa?.....	342
8)	Norma ostrożności jako optatyw?.....	345
9)	Norma ostrożności jako ocena?.....	347
10)	Norma ostrożności jako wzór zachowania się?.....	349
III.	Struktura normy ostrożności.....	349
IV.	Standard ostrożności.....	360
V.	Konkluzje.....	362
Rozdział VII. Normy ostrożności w strukturze przestępstwa.....		364
I.	Uwagi wstępne.....	364
II.	Koncepcje struktury przestępstwa.....	365
III.	Poszczególne piętra w strukturze przestępstwa a normy ostrożności.....	370
1)	Wina jako odrębny element struktury przestępstwa a normy ostrożności.....	372
2)	Społeczna szkodliwość jako odrębny element struktury przestępstwa a normy ostrożności.....	375
3)	Bezprawność jako odrębny element struktury przestępstwa a normy ostrożności... 377	377
4)	Typowość jako odrębny element struktury przestępstwa a normy ostrożności. Normy ostrożności a klasyfikacje przestępstw.....	391
5)	Czyn jako odrębny element struktury przestępstwa a normy ostrożności.....	403
6)	Zachowanie się człowieka jako odrębny element struktury przestępstwa a normy ostrożności.....	407
7)	Normy ostrożności jako element relewantny dla różnych struktur przestępstwa... 408	408
8)	Normy ostrożności a problematyka tzw. obiektywnego przypisania skutku.....	409
9)	Próba wyrażenia własnego stanowiska co do umiejscowienia przekroczenia norm ostrożności w strukturze przestępstwa.....	429
IV.	Problematyka błędu co do norm ostrożności.....	432
Rozdział VIII. Normy ostrożności w świetle badań aktowych.....		443
I.	Zakres badań aktowych.....	443
II.	Podsumowanie wyników badań aktowych.....	446
Zakończenie.....		458
Summary of the PhD thesis.....		466
Zusammenfassung der Dissertation		472
Bibliografia.....		478
	Wykaz cytowanej literatury.....	478
	Wykaz cytowanych orzeczeń.....	505

A. Orzeczenia sądów polskich.....	505
1) Trybunał Konstytucyjny, Sąd Najwyższy, Sądy Apelacyjne.....	505
2) Wykaz wykorzystanych orzeczeń w zakresie próby w Rozdziale VIII.....	507
B. Orzeczenia sądów zagranicznych.....	510
1) Orzeczenia sądów niemieckich.....	510
2) Orzeczenia sądów <i>common law</i>	511
3) Orzeczenia sądów hiszpańskich.....	512
4) Inne orzeczenia.....	513
Wykaz cytowanych aktów prawnych.....	514
A. Polskie akty normatywne.....	514
B. Akty normatywne zagraniczne.....	515
1) Niemcy.....	516
2) Wielka Brytania.....	516
3) Hiszpania.....	516
4) Inne.....	516
Wykaz innych wykorzystanych materiałów.....	517
A. Materiały ustawodawcze i projekty ustawowe.....	517
B. Strony internetowe.....	517
C. Inne wykorzystane materiały i bazy danych.....	518

Wykaz najczęściej stosowanych skrótów¹

AG	– Amtsgericht
Annales	– Annales Universitatis Mariae Curie–Sklódowska
UMCS	
AP	– Audiencia Pronvincial
Arch.	– Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii
Krym.	
AUL	– Acta Universitatis Lodziensis
BGBL	– Bundesgesetzblatt
BGE	– Die Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	– Bundesgerichtshof
BGHSt	– Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	– Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMS	– Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości
BPK SN	– Biuletyn Prawa Karnego Sądu Najwyższego
CP	– Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
CP z 1944 r.	– Decreto de 23 de diciembre de 1944 promulgando el Código Penal Español de 1944
CP z 1973 r.	– Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre
CzPKiNP	– Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
DJZ	– Deutsche Juristen Zeitung
Dz. U.	– Dziennik Ustaw
ECJ	– European Court of Justice
GS	– Głos Sądownictwa
JA	– Juristische Arbeitsblätter
JR	– Juristische Rundschau
JuS	– Juristisch Schulung
JW	– Juristische Wochenschrift
JZ	– Die JuristenZeitung
K.	– Karta
k.k.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z dnia 2 sierpnia 1997 r., Dz.U.1997.88.553)
k.k. z 1932 r.	– Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U.1932.60.571)
k.k. z 1969 r.	– ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z dnia 2 sierpnia 1997 r., Dz.U.1997.88.553)
k.k.s.	– ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. – Nr 111, poz. 765 z późn. Zm)
k.p.k.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z dnia 4 sierpnia 1997 r., Dz.U.2012.1529)
k.p.s.w.	– ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. – Nr 133, poz. 848 z późn. zm)
k.w.	– ustawa z dnia 1971 r. Kodeks Wykroczeń (Dz.U.2013.482 j.t. z późn. zm.)
Konstytucja	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
RP	
KPP	– Kwartalnik Prawa Publicznego

¹ Pozostałe stosowane w niniejszej pracy skróty są objaśnione w przypisach dolnych.

KSP	– Krakowskie Studia Prawnicze
KZS	– Krakowskie Zeszyty Sądowe. Biuletyn Sądu Apelacyjnego w Krakowie w sprawach karnych
LG	– Landesgericht
MDR	– Monatsschrift für Deutsches Recht
MP	– Monitor Prawniczy
NJW	– Neue Juristische Wochenschrift
NP.	– Nowe Prawo
nr, n.	– numer
NstZ	– Neuen Zeitschrift für Strafrecht
OLG	– Oberlandesgericht
OSN	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego
OSNCP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego — Izba Cywilna/Pracy
OSNKW	– Orzecznictwo Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego
OSNPG	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego — Wydawnictwo Prokuratury Generalnej
OSNwSK	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych
ÖStGB	– Bundesgesetzes vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen BGBl 1974/60 mit späteren Änderungen
OTK ZU	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy
PCD	– Prawo co dnia – dodatek do Rzeczypospolitej
PiM	– Prawo i Medycyna
PiP	– Państwo i Prawo
PKKPK	– Protokoły Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego II RP
PnD	– Paragraf na Drodze
Pol. Merk.	– Polski Mercuriusz Lekarski
Lek.	
PPK	– Przegląd Prawa Karnego
Prob. Praw.	– Problemy Praworządności
Prokur. i	– Prokuratura i Prawo
Prawo	
PS	– Przegląd Sądowy
RG	– Reichsgericht
RG St	– Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
SA	– Sąd Apelacyjny
SF	– Studia Filozoficzne
SI	– Studia Iuridica
SI	– Studia Iuridica
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
SP	– Studia Prawnicze
SPE	– Studia Prawno-Ekonomiczne
SR	– Sąd Rejonowy
SStGB	– Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (AS 54 757)
StGB	– Deutsches Strafgesetzbuch
StPO	– Strafprozessordnung
StPO	– Deutsche Strafprozessordnung
STS	– Sentencia del Tribunal Supremo
StVO	– Straßenverkehrs-Ordnung in der Fassung vom 6. März 2013 (BGBl. I S. 367)
TC	– Tribunal Constitucional
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TS	– Tribunal Supremo

u.p.r.d.	– ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U.2012.1448)
VRS	– Verkehrsrechtssammlung
WPP	– Wojskowy Przegląd Prawniczy
z.	– zeszyt
Zb. Orz.	– Zbiór Orzeczeń SN (do 1950 r.)
ZJS	– Zeitschrift für das Juristische Studium
ZN ASW	– Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych
ZNIBS	– Zeszyty Naukowe Instytut Badań Sądowych
ZNUJ	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego
ZStW	– Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Wprowadzenie

Bezpośrednią inspiracją do podjęcia tematu norm ostrożności w prawie karnym było wystąpienie prof. UAM dr hab. Łukasza Pohla na VIII Bielańskim Kolokwium Karnistycznym w Warszawie w dniu 18 maja 2011 roku poświęcone problematyce usytuowania naruszenia reguł ostrożności w strukturze przestępstwa. Temat ten – niejako w pierwszej kolejności – zdawał się być uwikłany w zdecydowanie głębszy kontekst filozoficzny i społeczny niż problematyka przestępstw umyślnych, które swoją prostotą i wysokim natężeniem społecznej szkodliwości były dla mnie – młodego adepta nauk prawnych, który zanim miał szczęście trafić na seminarium (magisterskie, później doktorskie) prof. Łukasza Pohla, jurystyczne szlify zdobywał pod okiem prof. dr. Ulrike Müßig na nieco innym polu – zupełnie odpychające. Szczególnie fascynujące było pytanie o zakres odpowiedzialności karnej za czyny popełniane przez „*zwykłych, pocziwych ludzi*” w toku powszednich zajęć, należących – niczym opisane pamiętnie przez Lwa Tołstoja w „*Pokoju i Wojnie*” koszenie żniw przez ruskich chłopów – do ich utartego sposobu życia i których popełnienie jest wynikiem pewnej tylko, jakże ludzkiej, niedoskonałości.

W ten sposób, po dyskusji z przyszłym Promotorem, szybko wykrystalizował się obszar rozważań niniejszej rozprawy, koncentrujący się na związanych z nieumyślnością tzw. regułach ostrożności, a więc regułach – jak rychło się okazało – odgrywających kluczową rolę dla podstaw całej odpowiedzialności karnej.

Już po zapoznaniu się z podstawową literaturą przedmiotu uzmysłowiłem sobie, że zagadnienie wskazanych reguł jest niezwykle ważne, zwłaszcza w warunkach olbrzymiego chaosu, który panuje w tym zakresie w polskiej nauce prawa karnego. Sprawia ona bowiem wrażenie nauki opartej na fragmentarycznych, czasem wręcz bezrefleksyjnych, zapożyczeniach z doktryny niemieckiej, tak jak gdyby problemu ostrożności i nieostrożności w polskim prawie karnym nie można było rozwiązać z zastosowaniem odpowiednich i autonomicznych instrumentów naukowych, bez wprowadzania takich formuł jak choćby tzw. obiektywne przypisanie skutku. Dzięki temu, zachowując początkową fascynację badawczą, przystąpiłem do analizy zagadnienia, które szczęśliwie okazało się nie być całkiem bezprzedmiotowe dla aktualnej debaty karnistycznej. Co więcej, potrzeba zmierzenia się z tym problemem potwierdzona została brakiem – w mojej ocenie – przekonującego pomysłu na uchwycenie istoty tego zagadnienia w polskiej nauce, włączając w to nieopublikowane rozprawy doktorskie, mimo niewątpliwej mnogości zgłoszonych już postulatów.

Wiele osób w sposób znaczący przyczyniło się do powstania niniejszej pracy.

Wspomnieć muszę oczywiście moich rodziców, którzy zagwarantowali mi odpowiednie warunki do prowadzenia pracy naukowej, pomagając mi na różne sposoby, w tym odciążając mnie

od pewnych obowiązków, szczególnie na początkowym etapie pisania pracy. Oczywiście kluczowe i fundamentalne było wsparcie ze strony prof. Łukasza Pohla. Wspomnieć chciałbym również, że na etapie konstruowania planu niniejszej pracy inspiracją dla mnie były rozmowy z jednym z pierwszych moich nauczycieli, prof. A. Fazlagićem, człowiekiem, który winny jest temu, że niechybnie interesuje mnie to, jak układają swoje sprawy ludzie w innych krajach, a co w niniejszej pracy przybrało formę dość rozbudowanego spojrzenia komparatystycznego. Zarazem w czasie tworzenia niniejszego opracowania spotkałem wielu ludzi, których pomoc była dla mnie istotnym ułatwieniem i którym korzystając ze sposobności chciałbym serdecznie podziękować. Są to zwłaszcza prof. dr R. Esser, prof. dr J. Bung, prof. dr A. Colombi Chiachii, dr. J. Goudkamp, dr S. Tarapata oraz T. Dostatni OP. Dziękuję także wszystkim moim starym i nowym przyjaciołom. Ich wsparcie umożliwiło przebycie wielu trudnych chwil, w tym związanych zwłaszcza z kłopotami, z jakimi zmagać się musi każdy bezkompromisowo i idealistycznie nastawiony młody człowiek, gdy chcąc służyć społeczeństwu i realizować swoją pasję badawczą, zderza się niejednokrotnie ze światem nepotyzmu, cwaniactwa, klanowości, kłamstwa i wyzysku. Dziękuję wreszcie p. mgr M. Szczeszak, która wiele lat temu zapowiedziała mi, że czeka na moją pierwszą książkę.

Mimo wkładu tylu osób w powstanie tej pracy, zaznaczyć należy, że za wszystkie błędy i niedociągnięcia tego opracowania odpowiada wyłącznie jego autor.

Na koniec zaznaczyć muszę, że praca ta, pomimo tego, że powstała w ramach studiów doktoranckich, nie była pisana „pod” doktorat i nie ma być „kluczem” do dalszej kariery. Jest ona jedynie próbą zmierzenia się z zagadnieniem, które przykuło ciekowość autora i które ze względu na swoją złożoność wymagało monograficznie zorientowanej formy rozważań. Jeżeli stanie się ona przyczynkiem w dyskusji na złożonym problemem nieumyślności, czy szerzej podstaw odpowiedzialności karnej, to spełnione zostaną najgłębsze pragnienia autora i będzie to najlepsza nagroda za wysiłek włożony w jej przygotowanie.

Poznań, dnia 19 października 2014 r.

Wstęp

I. Zakres badań i układ pracy

Przedmiotem niniejszej rozprawy doktorskiej jest problematyka naruszenia norm ostrożności (określanych często mianem reguł ostrożności czy reguł obchodzenia się z dobrem prawnym) jako przesłanki odpowiedzialności karnej. Rozprawa jest zasadniczo ukierunkowana na analizę rzeczzonego zagadnienia w perspektywie aktualnie obowiązującego polskiego prawa karnego i współczesnego stanu debaty naukowej w tym zakresie.

Tak więc trzon zawartych w niej rozważań dotyczył będzie w szczególności tak fundamentalnych kwestii, jak roli norm ostrożności przy czynach typowych, stosunku tych norm do innych instytucji prawa karnego, w szczególności ich znaczenia dla tzw. czynów kontratypowych, czy funkcji tych norm w obszarze czynników kształtujących wymiar kary. Naturalną podstawą rozważań jest literatura polskiej karnistyki oraz orzecznictwo Sądu Najwyższego.

Niniejsza praca jednak nie ogranicza się do wskazanych źródeł. Konieczne okazało się bowiem przeprowadzenie także analizy teoretyczno–prawnej norm ostrożności, w zakresie której skorzystano z dorobku ogólnej teorii prawa, wyróżniającej wśród wypowiedzi normatywnych ich różne typy. Analiza ta skierowana była na poszukiwanie tego typu wypowiedzi, który odpowiada pod względem struktury i treści normom ostrożności. Chociaż w tych rozważaniach korzystano z prac z wielu autorów, także anglosaskiej jurysprudencji, szczególne znaczenie miała spuścizna poznańskiej szkoły teorii prawa, która w sposób znakomity i aktualny opracowała szereg zagadnień².

Dla uporządkowania wywodów rozważania merytoryczne poprzedzone zostały krótkim rozdziałem historycznym, który ukazuje, jak w polskiej karnistyce krystalizowały się normy ostrożności. Uzupełnieniem tych rozważań jest rozdział porównawczo–prawny. W tym celu zakresem badań objęte zostały trzy porządki prawne: niemiecki, angielski oraz hiszpański. Realizować ma on w zamierzeniu autora dwa cele, a mianowicie ukazanie, jak z problematyką norm ostrożności obchodzi się doktryna wybranych innych państw oraz – w odniesieniu do mającej dla rozwoju kontynentalnych porządków prawnych pierwszorzędne znaczenie nauki niemieckiej – jakie jest podłoże historyczne instytucji norm ostrożności. Wybór taki jest

² Wspomnieć tutaj należy chociażby pracę poświęconą definicjom autorstwa W. Patryasa, *„Definiowanie pojęć prawnych”*, Poznań 1997, czy opracowanie zagadnienia norm technicznych przez A. Michalską, *„Prawo a normy techniczne w państwie socjalistycznym”*, Poznań 1968; co do szczegółowych zagadnień w tej materii zob. Rozdział VI niniejszej pracy.

nieprzypadkowy, uzasadniony nie tylko kompetencjami językowymi autora, lecz przede wszystkim chęcią skonstruowania trzech konkurencyjnych sposobów patrzenia na prawo karne, tj. systemu niemieckiego, ucieleśniającego precyzję pojęciową i obrośniętego nieskończoną wręcz mnogością stanowisk doktrynalnych, systemu brytyjskiego *common law*, opierającego się na precedensach i braku szeregu takich kontynentalnych imponderabiliów prawa karnego jak chociażby zasady winy, i wreszcie prawa hiszpańskiego jako przykładu prawa romańskiego, którego szczególne cechy, jak chociażby wrażliwość na przestrzeganie zasady *nullum crimen sine lege* czy rozbudowana dogmatyka w zakresie prawa karnego sportowego, są dla rozważanej tematyki wartościowym uzupełnieniem wymienionych wyżej dwóch porządków prawnych.

Wreszcie, co zdaniem autora jest niemniej istotne, podjęta została też próba analizy norm ostrożności w praktyce sądowej. Została ona oparta na badaniu akt sądowych wybranych Sądów Rejonowych okręgu Apelacji Poznańskiej. W zamierzeniu ma być ona istotnym elementem w weryfikacji sformułowanych hipotez badawczych i ma ułatwiać ekspozycję szeregu istotnych aspektów związanych z tytułową figurą karnistyczną. Próba ta ma też zapobiec ukierunkowaniu rozważań na obszar wyłącznie teoretyczny, bez jakiegokolwiek odniesienia do praktyki stosowania prawa³.

Tak określone badania umożliwiły próbę sfalsyfikowania szeregu sformułowanych w rozprawie hipotez badawczych.

Ostatecznie więc praca przybrała strukturę następującą: rozdział I. Historia postrzegania norm ostrożności w prawie polskim, rozdział II. Normy ostrożności w szczegółowych gałęziach prawa karnego, rozdział III. Normy ostrożności a kontratypy, rozdział IV. Normy ostrożności a wymiar kary, rozdział V. Normy ostrożności w perspektywie porównawczo–prawnej, rozdział VI. Teoretyczno–prawna analiza norm ostrożności, rozdział VII. Normy ostrożności w strukturze przestępstwa i rozdział VIII. Normy ostrożności w świetle badań aktowych.

Jako podstawę rozważań przyjęto stan prawny na dzień 31.10.2014 r.

II. Uwagi terminologiczne

Ze względu na to, że ostateczne wyklarowanie treści pojęć jest dopiero jednym z zadań niniejszej pracy, w tym miejscu poczynić należy jedynie pewne uwagi porządkujące. I tak pod pojęciami:

- a) „norm ostrożności” – pojmuje się dyrektywy wskazujące podmiotowi jak w określonej sytuacji postąpić ostrożnie (bezpiecznie), a pojęcie to stosowane jest jako substytut

³ Na ten aspekt pracy badawczej zwrócił mi uwagę prof. R. Esser podczas mojego pobytu na Uniwersytecie w Passau, za co w tym miejscu pragnę wyrazić Mu wdzięczność.

spotykanych w doktrynie prawa karnego określeń odnoszących się do dyrektyw kształtujących owe ostrożne postępowanie, takich jak reguły ostrożności, reguły obchodzenia się z dobrem prawnie chronionym, reguły postępowania, zasady bezpieczeństwa i inne.

- b) „normy sankcjonowanej” – pojmowana jest norma prawnokarna zrębowo (centralnie) wysłowiona w przepisie części szczególnej k.k., nakazująca (zakazująca) podmiotowi określone działanie bądź zaniechanie.
- c) „normy sankcjonującej” – rozumie się normę prawnokarną, wysłowioną zrębowo w przepisie części szczególnej k.k., sprzężoną z normą sankcjonowaną, stanowiącą nakaz postępowania skierowany do sądu do wymierzenia sprawcy określonej ustawowo sankcji za bezprawne, karygodne i zawinione przekroczenie normy sankcjonowanej.
- d) „sportu” – rozumie się wszelką działalność, niezależnie od tego czy jest ona amatorska czy też uprawiana profesjonalnie, wpływającą pozytywnie na wypracowanie kondycji fizycznej i psychicznej, nawet jeżeli jest zdelegalizowana.
- e) „ostrożności” – rozumie się ocenę normatywną czynu ludzkiego z punktu widzenia przekroczenia lub zachowania normy ostrożności aktualizującej się w danej sytuacji.
- f) „standardu ostrożności” – ujmuje się stopień uwzględnienia w treści normy ostrożności okoliczności związanych z osobą wykonującego dany czyn sprawcy.

III. Hipotezy badawcze

Na wstępie niniejszych rozważań pokusić się można o sformułowanie następujących hipotez badawczych dotyczących określonego obszaru badań:

- 1) niezależnie od poszczególnego nazewnictwa (reguły postępowania, reguły staranności, reguły obchodzenia się z dobrem prawnym etc.) na gruncie prawa karnego zasadnie mówić można tylko o jednej instytucji – tj. jednej normie – nazywanej w niniejszej pracy normą ostrożności;
- 2) warunkiem odpowiedzialności karnej *sensu largo* – niezależnie do tego, czy chodzi o typ materialny/formalny, umyślny czy nieumyślny; przestępstwo, wykroczenie czy delikt dyscyplinarny – jest przekroczenie normy ostrożności;
- 3) nie ma potrzeby posługiwania się tzw. kontratypami pozaustawowymi poza tzw. zgodą pokrzywdzonego;
- 4) naruszenie normy ostrożności jest warunkiem koniecznym dla pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej, zarówno w sytuacji czynów typowych, jak i kontratypowych;
- 5) normę ostrożności można wskazać w każdej sytuacji i w każdej sferze życia;

- 6) posługiwanie się tzw. osobowymi wzorcami normatywnymi pokroju „rozważnego kierowcy” jest niecelowe przy wytyczaniu wiążącej w danej sytuacji ostrożności i jest zarazem sprzeczne z zasadami demokratycznego państwa prawnego;
- 7) traktowanie norm ostrożności jako podstawy tzw. obiektywnego przypisania skutku nie zasługuje na aprobatę;
- 8) normy ostrożności wpływają na wymiar kary nie tylko jako jeden z czynników wyznaczających społeczną szkodliwość czynu;
- 9) normy ostrożności nie są nigdy normami prawnymi;
- 10) normy ostrożności są samodzielnym elementem w strukturze przestępstwa, innym niż znamię czynu zabronionego czy okoliczność wyłączająca bezprawność;
- 11) błąd co do norm ostrożności jest odrębnym typem prawnokarnego błędu i jest on istotny dla odpowiedzialności karnej;
- 12) sąd orzekający nie może – bez naruszenia prawa – kreować normy ostrożności, jest on zobowiązany ją jedynie wskazać;
- 13) implementacja dyrektyw wykładni SN w zakresie norm ostrożności na poziomie Sądów powszechnych nie jest jednolita;

W tym miejscu należy krótko omówić powyższe hipotezy.

[1]

Wskazać więc trzeba, że subtelne akademickie próby wyróżnienia rozmaitych kategorii norm kształtujących ostrożne postępowania podmiotów⁴ są nie w pełni przekonywujące. Rozpatrując je przez pryzmat zachodzących pomiędzy tymi pojęciami „relacji”, A. Barczak–Oplustil słusznie wskazuje, „ *iż społeczeństwo wykształciło tylko jedne reguły normujące sposób postępowania z określonymi dobrami prawnymi, czy służące ochronie tych dóbr.*”⁵. Ostatecznie jednak wzmiankowana autorka nie jest do końca konsekwentna w swoich wywodach, opowiadając się za różnym kręgiem desygnatów „*norm ostrożności*” oraz „*reguł postępowania*”. Nie ma żadnych powodów aby – z naruszeniem filozoficznego postulatu niemnożenia bytów ponad

⁴ Por. omówienie poglądów przez A. Barczak–Oplustil, „*Reguły postępowania jako znamię typu czynu zabronionego*”, Kraków 2003, niepubl. rozpraw. doktorska, s. 9 i n. (Cz. I, Rozdział I, pkt. 2.1). Odnosić jednak należy, że autorka i w tym zakresie nie odniosła się do szeregu istotnych propozycji zgłoszonych w doktrynie prawa karnego, pomijając w szczególności koncepcje wyróżnienia w przestępstwie nieumyślnym obok naruszenia norm ostrożności także zasad „starannego wykonywania obowiązków, których w danej dziedzinie działania powinno się przestrzegać”, a którą zgłosił w trakcie dyskusji nad nowelizacją k.k. z 1969 r. B. Janiszewski, „*Przestępstwo nieumyślne – uwagi wokół propozycji zmian kodeksu karnego*”, NP. 1983, z. 5, s. 85, uzasadniając ją tym, że „*obowiązki te polegają nie tylko na przestrzeganiu określonych przepisów, ale także różnych zasad, jak zasada dobrego gospodarowania*” (zob. ibidem), co nota bene świadczy o identyfikowaniu normy ostrożności z normą o charakterze prawnym.

⁵ A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 14 (Cz. I, Rozdział I, pkt. 2.1).

konieczność – wprowadzać w tej mierze jakiegokolwiek dyferencjacje.

[2]

Na gruncie polskiej karnistyki znane stanowiska są tych autorów, którzy kwestionują znaczenie norm ostrożności dla odpowiedzialności karnej. Tak chociażby według J. Majewskiego posługiwanie się normami ostrożności jest kompletnie zbędne⁶. Zdaniem tego autora element ten nie posiada bowiem odrębnego znaczenia w strukturze przestępstwa. W konsekwencji takiego klarownego sprzeciwu wobec konceptu normy ostrożności, brak jest potrzeby odrębnego odpoznawania tej figury w procesie sądowego stosowania prawa, może ona tylko, niczym dyrektywa interpretacyjna – w pewnych przypadkach – tj. tylko w odniesieniu do przestępstw materialnych – ograniczać zakres zastosowania normy sankcjonowanej. Na „dekoracyjny” jej charakter i zbędność dla prawa karnego materialnego zwraca też w ostatnim czasie uwagę T. Kaczmarek⁷.

Wydaje się, że jest wprost przeciwnie. O tym, że normy ostrożności nie posiadają li tylko charakteru dekoracyjnego świadczy chociażby kształt szeregu typów przestępstw, nie tylko w polskim k.k., których określenie zarówno obecnie, jak i na wcześniejszym etapie rozwoju prawa karnego, eksponowało warunek przekroczenia norm ostrożności. Nieuzasadnione są również wszelkie, bliskie zresztą arbitralności próby ograniczenia znaczenia norm ostrożności do poszczególnych kategorii typów przestępstw. Uzasadnione jest więc sformułowanie hipotezy, iż norma ostrożności posiada znaczenie dla każdej z nich.

[3]

Katalog tzw. kontratypów pozaustawowych jest niezwykle zróżnicowany, a ich istnienie w polskiej literaturze karnistycznej jest przedmiotem żywych kontrowersji. Dotyczy to w szczególności rozważanych w doktrynie instytucji tzw. ryzyka zwykłego⁸, ryzyka dnia codziennego⁹, a przede wszystkim – wywodzącego się z prac H. Welzla – pojęcia społecznej adekwatności czynu¹⁰, tudzież pokrewnego mu konceptu dopuszczalnego ryzyka. Nie miejsce, aby tutaj wyjaśniać zależności pomiędzy tymi instytucjami, zależności, jakie wyłaniają się z powierzchownej chociażby analizy miarodajnej w tym zakresie literatury niemieckiej¹¹. Kluczowe jest to, że tak nieprecyzyjne twory nie mogą służyć modyfikowaniu granic odpowiedzialności karnej, chociażby na korzyść oskarżonego, bez naruszania podstawowych gwarancji

⁶ J. Majewski „*Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu (Zagadnienia węzłowe)*”, Kraków 1997, s. 81.

⁷ T. Kaczmarek, referat w trakcie międzynarodowej konferencji „*Obiektywne i subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*”, Wrocław, dnia 29 maja 2014 r. (w druku w publikacji: „*Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*”, J. Giezek, P. Kardas (red.), Warszawa 2014).

⁸ K. Rozentel, „*W sprawie karnoprawnego charakteru tzw. ryzyka zwykłego*”, PiP 1991, z. 4, s. 56–67.

⁹ I. Stachura, „*Karcenie wychowawcze i ryzyko sportowe. Próba analizy statusu normatywnego wybranych kontratypów pozaustawowych*”, CzPKiNP 2007, z. 2, s. 141

¹⁰ H. Welzel, „*Studien zum System des Strafrechts*”, ZstW 58, s. 558–559.

¹¹ Będzie to przedmiotem rozważań autora w dalszej części niniejszej pracy, zob. Rozdział V.

demokratycznego państwa prawnego¹². Możliwym rozwiązaniem występujących w tej mierze trudności jest bardziej rygorystyczne urzeczywistnianie postulatu traktowania normy ostrożności jako uniwersalnego warunku odpowiedzialności karnej. Ten jednolity twór czyni zbędnym wszystkie te wskazane powyżej przykładowo instytucje i stanowi dostateczne zabezpieczenie życia publicznego przed nadmiernym zakresem kryminalizacji. Zweryfikować więc wypadnie, czy uzasadniona jest hipoteza, iż zamiast szeregu okoliczności kontratypowych celowe jest posługiwanie się jedną przesłanką odpowiedzialności karnej: normą ostrożności.

[4]

Dość powszechne jest wiązanie norm ostrożności z odpowiedzialnością za czyny stanowiące przekroczenie normy sankcjonowanej. Brak jest natomiast klarownie sformułowanego warunku zachowania normy ostrożności w przypadku zachowania kontratypowego. Wydaje się jednak, że jest to niejako przesłanka entymatyczna działania w ramach okoliczności uchylających bezprawność, która zasługuje na bardziej wyraźne wyeksponowanie. Trudno bowiem usprawiedliwić zachowanie człowieka działającego w obronie koniecznej czy w ramach stanu wyższej konieczności, jeżeli jednocześnie narusza on normy ostrożności w zakresie odpierania zamachu lub usuwania zagrożenia. Warunek ten jest co prawda *expressis verbis* zastrzeżony w k.k. w tylko przypadku eksperymentu¹³, nie wyklucza to jednak przyjęcia rzeczzonego warunku również w przypadku wszystkich pozostałych okoliczności wyłączających bezprawność.

[5]

Zdaniem wielu autorów normy ostrożności są zupełnie bezużytecznym czynnikiem w kształtowaniu odpowiedzialności karnej przez to, że nie można ich wskazać w szeregu sfer życiowej aktywności. Przykładem takiego podejścia jest stanowiska J. Giezka, który uważa, że takie normy nie występują w przypadku prostych czynności dnia codziennego¹⁴. Hipotezą tej pracy jest to, iż jest przeciwnie, że w każdej sytuacji życiowej takie normy występują, jak chociażby nawet podczas wycieczek spacerowych, kiedy człowiek wciela się w rolę pieszego w rozumieniu u.p.r.d. i jako uczestnik ruchu musi przestrzegać stosownych norm ostrożności. Właśnie ze względu na ów uniwersalny charakter norm ostrożności nadają się one szczególnie, aby stanowić odrębny element w strukturze przestępstwa, relewantny dla całokształtu odpowiedzialności karnej.

[6]

Odwołania się do tzw. osobowych wzorców normatywnych, a więc konceptów pokroju

¹² Zob. poniżej.

¹³ Zob. art. 27 §1 k.k. który stanowi: „Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu przeprowadzenia eksperymentu poznawczego, medycznego, technicznego lub ekonomicznego, jeżeli spodziewana korzyść ma istotne znaczenie poznawcze, medyczne lub gospodarcze, a oczekiwanie jej osiągnięcia, celowość oraz sposób przeprowadzenia eksperymentu są zasadne w świetle aktualnego stanu wiedzy.”

¹⁴ J. Giezek, „Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym”, Wrocław 1994, s. 121.

„rozsądny kierowca” czy „sumienny lekarz” zostało poddane dostatecznie przekonującej krytyce w literaturze zagranicznej¹⁵. Mimo ich szczególnej doniosłości w pewnych porządkach prawnych¹⁶, wydaje się, że są one wyrazem pewnej anachronicznej tradycji. Błędym rozwiązaniem zdaje się być usiłowanie dokonania dalej idących konkretyzacji takich figur¹⁷. Nowoczesna nauka prawa karnego winna w tym zakresie operować bardziej precyzyjną terminologią: zamiast inwokować wzorce osobowe, czy wzorzec „modelowego dobrego obywatela” aby w ten sposób pośrednio odpoznać normę ostrożności, trafniejsze jest bezpośrednie wskazanie na daną normę ostrożności. Wysłowić można przypuszczenie, że w praktyce sądowej pod tym względem – przynajmniej sporadycznie – wzorzec ten mimo wszystko jest stosowany. Niemniej tylko element normatywny rzeczzonego wzorca zasługuje na aprobatę, a element ten zdaje się być wysławiany w pełni adekwatnie przy pomocy interesujących nas norm ostrożności.

[7]

Głośnym echem w literaturze karnistycznej odbiła się, realizowana w latach 2012 – 2014, próba wprowadzenia do k.k. koncepcji tzw. obiektywnego przypisania skutku¹⁸. W literaturze przedmiotu¹⁹ wskazuje się nie bez racji, iż kryteria obiektywnego przypisania są niedopracowane, co – jak się wydaje – było kluczowym zarzutem przeciwko wprowadzaniu ich do k.k. Wobec tej koncepcji sformułować można jednak także i inne zarzuty, np. wskazać można, iż chociażby spekulacje co do celu ochronnego normy są tak niejasne, żeby nie powiedzieć arbitralne, iż cała ta koncepcja winna zostać w polskiej karnistyce jak najszybciej odrzucona²⁰. Obawiać się można bowiem, że np. fundamentalne trudności z oceną celu ochronnego normy ostrożności na gruncie prawa i dorobku judykatury niemieckiej²¹ uzasadniają przypuszczanie, że również polskim sądom nieobce są w tej mierze wątpliwości. Co więcej, w przypadku koncepcji tzw. obiektywnego

¹⁵ Krytyka ta ma długą tradycję i szczególnie silnie zaznacza się w literaturze anglosaskiej, gdzie też figurom tym przypisuje się pierwszorzędne znaczenie – R. Powell, „*The unreasonables of the Reasonable Man*”, *Current Legal Problems* 1957, nr 10, s. 104–126.

¹⁶ Co, jak zaznaczono powyżej, dotyczy zwłaszcza krajów systemu *common law*, o czym świadczy bogate orzecznictwo w tej mierze, por. np. *Stanbie v. Troman* [1948] 2 K. B. 48.

¹⁷ Co jest w szczególności dążeniem literatury brytyjskiej – krytycznie tę tendencję omawia zwłaszcza G. Erenius, „*Criminal Negigence and Individuality*” Stockholm 1976, s. 156.

¹⁸ Co do kierunków prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego działającej przy Ministrze Sprawiedliwości, zob. A. Zoll, „*Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*”, *PiP* 2012, z. 11. Ostatnią próbę wprowadzenia zmian w Części Ogólnej k.k. w zakresie obiektywnego przypisania zawierał projekt zmian Kodeksu Karnego z dnia 13 marca 2014 r., od których to propozycji odstąpiono w projekcie z dnia 31 marca 2014 r.

¹⁹ Zob. w szczególności Ł. Pohl, „*W sprawie proponowanych zmian w części ogólnej kodeksu karnego (zagadnienia wybrane)*”, *PiP* 2013, z. 8, s. 105–111, J. Giezek, T. Kaczmarek, „*Przeciwko ustawowej regulacji kryteriów obiektywnego przypisania skutku*”, *PiP* 2013 z. 5, s. 79–92 oraz D. Tokarczuk, „*Spory wokół teorii obiektywnego przypisania w świetle projektu nowelizacji kodeksu karnego*”, *PiP* 2013, z. 10, s. 101–113.

²⁰ Również w nowszej literaturze niemieckiej została ona zmarginalizowana dzięki celnej krytyce współczesnych autorów – zob. Rozdział V niniejszej pracy.

²¹ J. Krümpelmann, „*Schützzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht*” w: „*Festschrift für Paul Bockemann*”, red. A. Kaufmann, G. Bemann, D. Krauss, K. Volk München 1979, s. 443–464 i cytowane przez niego wyroki sądów niemieckich, zwłaszcza BGH St 24, 31.

przypisania skutku dochodzi do nieuzasadnionego zawężenia relewancji norm ostrożności do przestępstw materialnych, co jest nie do pogodzenia z zakładanym w niniejszej pracy uniwersalnym charakterem norm ostrożności.

[8]

Obecnie obowiązujący k.k. daje podstawę do uwzględniania norm ostrożności jako czynnika wpływającego na sędziowski wymiar kary za pośrednictwem art. 115 § 2 k.k. w zw. z art. 53 § 1 k.k. Niemniej jednak uzasadnione jawi się przypuszczenie, iż również cele prewencji indywidualnej i generalnej uzasadniają wzgląd na normy ostrożności w procesie sądowego dobierania adekwatnej reakcji na czyn zabroniony. Jeżeli analiza literatury i orzecznictwa sądowego potwierdzi tak sformułowaną hipotezę, to oznaczać to będzie, że normy ostrożności są okolicznością o pluralistycznej relewancji dla czynników wpływających na sądowy wymiar kary. W takim przypadku konieczne będzie udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy potrzebne są tutaj bardziej szczegółowe kryteria wartościowania przekroczenia norm ostrożności.

[9]

Jako dominujące w Polskiej nauce prawa karnego określić można stanowisko, iż normy ostrożności w pewnych przypadkach posiadają charakter norm prawnych²², a w pewnych takiego waloru są pozbawione, będąc np. li tylko zasadami wyrażonymi w regulacjach gier sportowych czy wskazaniach specjalistycznej wiedzy, choćby z zakresu nauk technicznych. Takiemu dychotomicznemu podziałowi przeciwstawić można hipotezę badawczą, iż norma ostrożności jest immamentnie związana z daną sytuacją faktyczną, do której dostosowuje ona swoją treść. Czym innym jest wskazanie, jak należy ostrożnie postąpić w danej sytuacji, które to, jak można i trzeba przypuszczać, kształtuje ludzka wiedza, a czym innym ogólne wskazania, choćby w postaci reglamentacji administracyjnych, co w danej sytuacji jest prawnie dozwolone, a co takim nie jest. Zbieżność między tymi dwiema kategoriami jest co najwyżej przypadkowa.

[10]

W polskiej nauce prawa karnego występuje pewna niejednolitość poglądów co do tego, z którym piętnem struktury przestępstwa wiązać należy normy ostrożności. Wydaje się, że obecnie podstawowe znaczenie mają dwa konkurujące poglądy, a mianowicie te upatrujące normy ostrożności jako znamię czynu zabronionego oraz te widzące w nim okoliczność uchylającą bezprawność²³. Hipotezą badawczą niniejszej pracy jest stwierdzenie, że obie te alternatywy nie są słuszne, a przekroczenie normy ostrożności jest wstępnym warunkiem przekroczenia normy sankcjonowanej, podobnym nieco do tego, jakim jest warunek zakwalifikowania ludzkiego

²² W szczególności za przykład norm ostrożności cieszących się zarazem statusem norm prawnych uznaje się reguły poruszania się pojazdami mechanicznymi na drogach publicznych (zob. np. R. A. Stefański, „Glosa do postanowienia SN z dnia 7 stycznia 2008 r.”, Prokur. i Prawo 2009 z. 6, s. 159).

²³ Co do szczegółowego omówienia tych poglądów zob. Rozdział VII.

zachowania na potrzeby prawa karnego jako czynu²⁴.

[11]

Błąd co do norm ostrożności nie został wyodrębniony wprost w ustawowej regulacji k.k. jako samodzielny typ błędu. Hipotezą niniejszej pracy jest to, że błąd taki ma określone znacznie, co wynika już z przyjmowanego w niniejszej pracy założenia, iż przekroczenie normy ostrożności jest uniwersalnym warunkiem pociągnięcia człowieka do odpowiedzialności karnej. Konsekwencją założenia, iż norma ostrożności nie stanowi ani znamienia typu czynu zabronionego ani nie jest elementem okoliczności wyłączających bezprawność, jest przyjęcie, iż rzeczony błąd nie może być traktowany jak błąd co do znamienia czy też błąd co do prawa. Pod tym względem ustawowa regulacja nie może być uznana za rozstrzygającą, nie uwzględnia ona bowiem również²⁵ takich odmian błędu jak błąd co społecznej szkodliwości czynu czy błąd co do dobra prawnego. Odrębnym pytaniem, które będzie rozważane w niniejszej pracy jest zagadnienie, jak traktować należy rzeczony błąd, tj. za pomocą jakiej instytucji można najpełniej oddać jego charakter i pełnione przezeń funkcje²⁶.

[12]

Jednym z głównych problemów, które materializują się przy pogłębionej teoretycznej analizie norm ostrożności jest pytanie o zgodność z Konstytucją współkształtowania przez nie zasad odpowiedzialności karnej. Sytuacja, w której sędzia kreuje w uzasadnieniu orzeczenia sądowego taką normę ostrożności stanowić może pogwałcenie konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lex certa*. Współcześnie właśnie jednym z kluczowych argumentów na rzecz odrzucenia norm ostrożności jest to, iż one, jako „*element dekoracyjny*”, dają się zawsze *ex post* w uzasadnieniu sądowym wskazać²⁷. Powstaje pytanie, czy to wskazywanie jest pozbawione treści. Hipotezą niniejszej pracy jest to, że naruszenie normy ostrożności jest przedmiotem kognicji Sądu, który w toku ustaleń faktycznych, dążąc do ustalenia prawdy materialnej zobowiązany jest w skrajnych przypadkach – a więc np. przy braku aktywności stron²⁸ – naruszenie to (bądź jego brak) stwierdzić. Również przy proponowanym nowym kontradiktoryjnym modelu postępowania karnego naruszenie normy ostrożności winno być w

²⁴ W tym zakresie jest to w pewnym stopniu powtórzenie stanowiska Ł. Pohla, wyrażonego w referacie: „Niezachowanie wymaganej ostrożności – znamię czynu zabronionego czy odrębny element w strukturze przestępstwa?” w: „Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego”, red. J. Majewski, Warszawa 2007, s. 84.

²⁵ Nie wnikając w tym miejscu w słuszność czy niesłuszność takiego rozwiązania.

²⁶ A więc dokładniej rzecz ujmując, czy któryś z przepisów wyrażających doniosłość błędu może *de lege lata* być stosowany w drodze analogii.

²⁷ Sygnalizuje to T. Kaczmarek w przywoływanym już referacie na międzynarodowej konferencji naukowej we Wrocławiu w dniach 29–30 maja 2014 r.

²⁸ Uwaga ta odnosi się do modelu postępowania karnego opartego na zasadzie śledczości, a więc w modelu obowiązującym do dnia 31.06.2015 r.

toku procesu sądowego wskazane i następnie wyszczególnione w uzasadnieniu²⁹.

[13]

Przewidziane jako część niniejszego wysiłku badawczego badania akt sądowych ukierunkowane są na sformułowanie odpowiedzi na pytanie, jak postrzegane są normy ostrożności w praktyce sądowej. Sformułowana powściągliwie pod tym względem hipoteza, iż normy ostrożności nie są postrzegane jednolicie przez Sądy – a zwłaszcza na poziomie orzecznictwa Sądów Rejonowych – umożliwi sprawdzenie, na ile zaakceptowana została forsowana w orzecznictwie SN konieczność wartościowania norm ostrożności przez pryzmat koncepcji tzw. obiektywnego przypisania skutku. Przy analizie tej hipotezy autor pochylił się nad następującymi zagadnieniami:

- 1) sądowej praktyki ustalania, iż czyn sprawcy charakteryzował się nieostrożnością. Chodzi tutaj w pierwszej kolejności o rodzaj dowodów, które stały się podstawą ustalenia, że sprawca w danych okolicznościach dopuścił się czynu nieostrożnego.
- 2) istnieniem domniemania faktycznego wywodzonego z przekroczenia normy ostrożności – czy to w zakresie stworzenia niedopuszczalnego niebezpieczeństwa przez przekroczenie normy ostrożności jako podstawy tzw. obiektywnego przypisania, czy też jako możliwość (względnie powinność) obiektywnego przewidzenia możliwości popełnienia czynu zabronionego.
- 3) stosowanego nazewnictwa do oznaczenia norm ostrożności oraz wynikającym z występujących na tym polu ewentualnych różnic w zakresie pól semantycznych używanych w tym obszarze pojęć.
- 4) częstotliwością odwoływania się do norm ostrożności w procesie sądowego stosowania prawa, zwłaszcza w uzasadnieniach sądowych, tudzież w aktach oskarżenia³⁰ oraz w apelacjach stron.

Już w tym miejscu uzasadnione jest sformułowanie hipotezy, iż brak spójności w literaturze przedmiotu co do pojmowania norm ostrożności prowadzi do rozbieżności w praktyce sądowego stosowania prawa.

IV. Metodologia pracy

Kilka szczegółowych uwag poświęcić należy przyjętej w niniejszej pracy metodologii badawczej. Obejmuje one cztery aspekty, a mianowicie: zasadniczy, dogmatyczny zrab niniejszej

²⁹ Do czego zobowiązuje zdaniem autora niniejszego opracowania brzmienie art. 424 § 1 pkt 2 k.p.k., zgodnie z którym to przepisem uzasadnienie orzeczenia zawierać winno: „*wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku*”.

³⁰ Bądź w pismach procesowych o równoważnym znaczeniu – tj. np. we wnioskach o warunkowe umorzenie postępowania karnego.

pracy, część odnoszącą się do badań akt sądowych, badania komparatystyczne i wreszcie szkic historyczny. Zanim przejść wypadnie do bardziej szczegółowych rozważań metodologicznych, przypomnieć wypada, iż naukowość na gruncie nauk prawnych związana jest przede wszystkim z dwoma czynnikami: wyborem właściwej metody³¹ oraz prawidłowym jej zastosowaniem. Zgodnie z objaśnieniem pojęcia metody naukowej przez wybitnego poznańskiego prawnika, Z. Ziemińskiego, rozumieć przez nią należy: „świadomie stosowany sposób postępowania, zmierzający do należyście ugruntowanego poznania prawdy w badanym zakresie, nadający się do stosowania tylekroć, ilekroć ma być realizowane zadanie badawcze określonego rodzaju”³².

W pracy preferowany jest indukcjonizm, ukierunkowany w swoich podstawowych założeniach na falsyfikowanie teorii naukowych³³. W wielu miejscach niniejszej pracy starano się go realizować, aby – w konsekwencji – wskazać na mankamenty niektórych poglądów sformułowanych w doktrynie prawa karnego oraz orzecznictwie sądowym.

Przechodząc do szczegółowszego wskazania zastosowanych metod, to podać należy, iż obejmują one zasadniczo cztery, tj. dogmatyczno–prawną, teoretyczno–prawną, porównawczo–prawną, a także w pewnym, dość ograniczonym zakresie historyczno–prawną. Każda z nich może być realizowana na różne sposoby, toteż wypada im poświęcić kilka słów.

W zasadniczej, dogmatyczno–prawnej części pracy, rozważania inspirowane były zarówno metodologicznym ukierunkowaniem tzw. szkoły poznańskiej, której założyciel – Cz. Znamierowski – wielokrotnie wyrażał swój dystans wobec „ekshibicjonizmu erudycyjnego”³⁴, jak i stwierdzeniem leżącym po dziś dzień u podstaw rzeczzonej szkoły, iż przytaczanie cudzych poglądów, bez ich krytycznej analizy, nie posiada samoistnej wartości naukowej³⁵. Przedmiotem rozważań są więc głównie poglądy sformułowane na gruncie nauki polskiej, zwłaszcza w polskiej dogmatyce prawa karnego. Dość wyjątkowo napotkać można, relatywnie często stosowane w polskiej karnistyce wrywkowe odwołania do nauki niemieckiej czy innych państw, zwłaszcza systemu *common law*. W przekonaniu autora niniejszej pracy praktyka taka jest nie w pełni uzasadniona, podyktowana chyba przede wszystkim szczupłością własnego piśmiennictwa. Niemniej jednak nie można bez zastrzeżeń przechodzić do porządku dziennego nad sytuacją, gdy wywody w zakresie polskiego prawa karnego przeplatane są marginesowo wtrąceniami z nauki niemieckiej. Postrzegam to, co do zasady, jako poważny mankament metodologiczny, ignorujący

³¹ Nie może ulegać wszak wątpliwości, że wybór właściwej metody badawczej jest również pochodną posiadanej wiedzy teoretycznej, zob. J. Pieter, „Kryteria ocen i recenzji prac naukowych” Warszawa 1978, s. 59.

³² Z. Ziemiński, „Socjologia prawa jako nauka prawa”, Poznań 1975, s. 59.

³³ K. Popper, „Logika odkrycia naukowego”, Warszawa 2002. Acz jako zupełnie sporadyczne określić należy próby falsyfikowania całych koncepcji.

³⁴ Cz. Znamierowski, „Podstawowe pojęcia teorii prawa, cz. I. Układ prawny i norma prawna”, Poznań 1934, s. 196 i n.

³⁵ S. Czepita, S. Wronkowska, M. Zieliński, „Założenia szkoły poznańsko–szczecińskiej w teorii prawa”, PiP 2013, z. 2, s. 7.

bowiem fakt, iż polski system prawa karnego i niemiecki system prawa karnego to systemy wykazujące zauważalne między sobą różnice³⁶. W kilku przypadkach, w zakresie analizy dogmatycznej, uczyniono, acz niechętnie – w ślad za dotychczasową tradycją – wyjątek.

W części historycznej stworzony szkic rozwoju pojmowania nieostrożności w prawie karnym, który – zwłaszcza w okresie poprzedzającym okres II RP – ze względu na ograniczoną dostępność źródeł nie rości sobie pretensji do bycia wyczerpującym. Ufać można, iż takie częściowe przedstawienie, odnoszące się do podstawowych aktów prawnych w historii polskiego prawodawstwa kryminalnego oraz wypowiedzi wybranych czołowych prawników, będzie dawało wiarygodny obraz ewolucji postrzegania tej instytucji karnistycznej.

W zakresie badań teoretyczno–prawnych autor pracy świadomie naruszył sformułowany przez Cz. Znamierowskiego kanon badacza³⁷. Konsekwentne urzeczywistnienie postulatów tego autora, a więc badanie grupy społecznej rządzącej się normami ostrożności już choćby ze względu na to, że w niniejszej pracy forsowana jest teza, że normy ostrożności wiążą w różnych sytuacjach życiowych wszystkich członków społeczeństwa, równałoby się badaniem całego społeczeństwa. Pod tym względem pole do badań pozostawione zostało kompetentnym socjologom. Niemniej, poza już ścisłymi wywodami w treści zasadniczej niniejszej pracy, autor miał okazję w pewnym stopniu poznać mentalność grup społecznych³⁸. Zasadnicza jednak część analiz teoretycznych ograniczona została do spojrzenia na poszczególne, wyróżniane w teorii prawa, typy wypowiedzi oraz przedstawienia ich ewentualnych zbieżności z normą ostrożności.

W zakresie badań sądowych podstawową trudnością metodologiczną był właściwy wybór materiału empirycznego. Ze względu na brak możliwości przebadania praktyki orzeczniczej w zakresie wszystkich przestępstw nieumyślnych, na potrzeby niniejszej pracy zawężony został zakres badań do tzw. reprezentatywnej próby kontrolnej – a więc akt sądowych ponad 50 spraw o przestępstwa z art. 155, 156 § 2, 157 § 3, 177 § 1, 177 § 2, 181 § 4, 182 § 4, 183 § 6, 184 § 3, 186 § 3, 187 § 2 k.k. oraz 220 § 2 k.k. w wybranych trzech Sądach Rejonowych Apelacji Poznańskiej

³⁶ Podobne zjawisko zaobserwować można, w jeszcze bardziej niepokojącym rozmiarze, na gruncie nauki prawa hiszpańskiego, która posuwa się do tego, aby tłumaczyć niemieckie publikacje podręcznikowe. Praktyka ta znajduje żywą aprobatę u niektórych przedstawicieli nauki niemieckiej, zainteresowanych szerzeniem własnej myśli i swoistym eksportowaniem koncepcji naukowych do innych krajów, koncepcji, które – niestety – często w sposób najzupełniej nieuzasadniony wypierają interesujące i czasem zdecydowanie lepsze rodzime pomysły teoretyczne. Oczywiście zaznaczyć wypada, że istnieją pewne ogólne problemy frapującej dla całej nauki prawa karnego, a przynajmniej całej nauki kontynentalnego systemu prawa karnego, gdzie takie odwołania do obcej literatury są jak najbardziej wskazane. Przykładem takiego problemu może być zagadnienie przyczynowości, a wzorem opracowania roztropnie korzystającego z wypracowanych konkluzji zagranicznej nauki prawa karnego, jest praca R. Dębskiego, „*Pozaustawowe znamiona przestępstwa*”, Łódź 1995.

³⁷ Cz. Znamierowski pisał bowiem tak: „*Zadaniem teorii prawa nie jest badanie samych norm prawnych, logicznego związku pomiędzy normami, czy czegoś podobnego, lecz badanie grupy społecznej jako rządzącej się pewnymi normami postępowania, warunków obowiązywania tych norm, związku pomiędzy faktem obowiązywania a strukturą społeczną itp.*” zob. Idem, „*Po zjeździe filozofów prawa*” w: „*Prace z dziedziny teorii prawa*”, Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne 1925, vol. XXIII, s. 350–351.

³⁸ Za otwartość środowisk KSM UM, R2N PP, STK UEP chciałbym tutaj podziękować. Obserwacja uczestnicząca odcisnęła bowiem piętno na ostatecznym kształcie niniejszej pracy.

z lat 2008–2013. Po wstępnych rozmowach przeprowadzonych w Wydziałach Sądów Rejonowych w Poznaniu wynikało, że materiał empiryczny w zakresie prawomocnie zakończonych spraw o przestępstwa nieumyślne stypizowane w art. art. 155, 156 § 2, 157 § 3, 177 § 1 oraz 177 § 2 k.k. prawomocnie zakończonych w przeciągu ostatnich 5 lat, tj. w latach 2008–2013 r., znajdujący się w posiadaniu każdego z nich jest obszerniejszy łącznie niż 50 spraw³⁹. W ten sposób zaktualizowała się konieczność właściwego zawężenia zakresu badań. Stąd też do analizy wybrane zostały zasadniczo sprawy, w których wniesiono apelację, co uzasadnione jest ich wyższą wartością poznawczą. Badania realizowane były przez osobistą lekturę akt sądowych w czytelni akt. Na bieżąco sporządzane były stosowne notatki. W trakcie samych badań sądowych ewentualne wątpliwości wynikające z zebranego materiału nie były wyjaśniane w drodze konsultacji z sędziami, natomiast po zakończeniu badania akt w poszczególnych Wydziałach było przeprowadzone krótkie podsumowanie z przewodniczącym Wydziału⁴⁰ względnie z innym sędzią–karnistą z władz danego Sądu.

V. Uwagi na marginesie monografii A. Barczak–Oplustil

Korzystając z istotnego wkładu w opracowanie problematyki norm ostrożności, jaki w polskiej doktrynie uczyniła w swojej pracy doktorskiej A. Barczak–Oplustil, poczynić należy kilka uwag co do podstawowych różnic, jakie leżą u podstaw analizy rzeczzonego zagadnienia w niniejszej rozprawie oraz wskazać na kilka kluczowych nieporozumień, które spowodowały, że wartościowe opracowanie A. Barczak–Oplustil nie może być traktowane jako ostatni czy decydujący głos w zakresie przedmiotowej problematyki⁴¹.

Otóż zauważyć należy w pierwszej kolejności, iż leżące u podstaw definiowania zakresu doniosłości norm ostrożności u krakowskiej autorki określenie niebezpieczeństwa, pojmowanego jako: *„taki układ przedmiotów lub zjawisk, z którym wiąże się prawdopodobieństwo wystąpienia ujemnie ocenianych skutków”*⁴² jest wysoce nieprecyzyjne: każda sytuacja życiowa niesie bowiem ze sobą określone (wysokie, niskie, umiarkowane) prawdopodobieństwo nastąpienia określonych, ujemnie ocenianych skutków⁴³. Co więcej, ujawniają one pewną nader daleko idącą presupozycję

³⁹ Tak więc chociażby w samym Wydziale III Sądu Rejonowego Poznań Stare Miasto w Poznaniu prawomocnie zakończonych spraw o przestępstwa stypizowane w art. 177 § 1 k.k. za rok 2008 jest ponad 40. Zaznaczyć należy, że w znacznej większości z nich (ponad 60% spraw) nie sporządzono uzasadnienia. Co więcej, nadmienić wypada, iż stosunek stwierdzonych nieumyślnych naruszeń norm ostrożności do całkowitej liczby wypadków to szacunkowo 3/4.

⁴⁰ Na marginesie pracy doktorskiej stworzona została więc płaszczyzna do wymiany poglądów między teorią a praktyką sądowego stosowania prawa.

⁴¹ Wskazać należy, że zebrane w tym miejscu uwagi zostały ograniczone, a w szereg dalszych znajduje się one w zasadniczej treści pracy.

⁴² A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 9 (Cz. I, Rozdział I, pkt. 2.1).

⁴³ Autorka nie określa tutaj, o czyje ujemne oceny chodzi, zakładam więc, kierując się życzliwą interpretacją, iż chodzi

w rozważaniach krakowskiej karnistki – mianowicie, iż „reguły postępowania”, nakazują wykonanie określonych czynów wyłącznie w sytuacjach cechujących się rzeczonym niebezpieczeństwem⁴⁴, presupozycję, która jawi się jako niezrozumiała.

Nie można natomiast nie zgodzić się ze spostrzeżeniem autorki, iż reguły ostrożności i reguły obchodzenia się z dobrem prawnym w istocie oznaczają to samo. Konkluzja taka szczególnie w warunkach obecnego stanu dyskusji nad prawem karnym zdaje się być niepodważalna, zwłaszcza wobec faktu dużej dowolności zarówno przedstawicieli doktryny jak i praktyki w wymiennym stosowaniu obu pojęć. Całkowicie niezrozumiałe wydaje się natomiast twierdzenie A. Barczak-Oplustil, iż „w dotychczasowej karnistyce rozróżniano zasadniczo naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym, stanowiące warunek sine qua non przyjęcia naruszenia normy sankcjonowanej”⁴⁵, od naruszenia norm ostrożności, relewantnego dla przyjęcia nieumyślności⁴⁶. Twierdzenie takie nie tylko nie pokrywa się z przeprowadzoną analizą ewolucji polskiego prawa karnego, ale również traktowane musi być z dużą powściągliwością, skoro sama autorka na poparcie swoich twierdzeń odwołuje się tylko do opracowań A. Zolla i K. Buchały⁴⁷, które – z natury rzeczy – trudno uznać za w pełni reprezentatywne dla myśli całej polskiej karnistyki w rozważanym zakresie.

Wskazać nadto należy, iż próba typologii norm ostrożności przedstawiona przez K. Buchałą i rozwinięta następnie przez A. Zolla, a stosowana zarazem przez A. Barczak–Oplustil, nie wykazuje większej użyteczności praktycznej. Przypomnijmy, że typologia ta obejmuje trzy rodzaje czynników ocenianych przy rozważaniu pojęcia ostrożności sprawcy: 1) przedsięwzięcie czynności z użyciem właściwego narzędzia, 2) przez osobę posiadającą wymagane kwalifikacje oraz 3) w prawidłowy sposób. W obecnym stanie praktyki sądowej ciągle problematyczne zdaje się być samo wyegzekwowanie wskazywania norm ostrożności, chociażby w uzasadnieniach orzeczeń sądowych. Stwierdzenie, powtórzone za A. Zollem⁴⁸, iż przedsięwzięcie określonej czynności w sytuacji nie posiadania materialnych predyspozycji do wykonania określonej czynności, a więc przykładowo przeprowadzenie operacji przez lekarza w sytuacji, gdy znajduje się on w stanie znacznego zmęczenia, prowadzić może do przypisania odpowiedzialności karnej

tutaj o oceny zobiektywizowane.

⁴⁴ Co kategorycznie różni się od prezentowanej w niniejszej pracy tezy, iż normy ostrożności występują w każdej sytuacji życiowej, a to właśnie ich naruszenie jest źródłem niebezpieczeństw dla dóbr prawnie chronionych. Pogląd taki na gruncie nauki niemieckiej wyraziła w swojej znakomitej pracy A. C. Ciacchi „*Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit. Deutschland und Italien im Vergleich*“ München 2005, s. 116, gdzie stwierdza ona, iż: „(...) in allen Lebensbereichen sind Verhaltensnormen und –standards zu finden.“

⁴⁵ A. Barczak–Oplustil, „Reguły..”, s. 8 (Cz. I, Rozdział I, pkt. 1).

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Powołując w tym względzie prace A. Zolla, „*Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia Ogólne)*”, Warszawa 1982, s. 32–33 oraz „*O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego KSP 1990, (XXIII)*”, s. 83, a także podręcznik K. Buchały i A. Zolla, „*Polskie prawo karne*”, Warszawa 1995, s. 124–125.

⁴⁸ A. Zoll, „*Brak wymaganych kwalifikacji działającego podmiotu jako przesłanka odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne*”, SP 1988, z. 1–2, s. 249–250.

za przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, nie może się spotkać z akceptacją. Pogląd taki jest chybiony i jest konsekwencją braku precyzji w ustalaniu znaczenia pojęć w pracy krakowskiej karnistki. Sprowadzenie bowiem niebezpieczeństwa odróżnić należy od sprowadzenia ryzyka takiego niebezpieczeństwa. Ów przykładowy lekarz, który w złej dyspozycji psychofizycznej przystępuje do wykonywania swoich czynności zawodowych nie może być z tego powodu karalny; rozumowanie takie nie tylko narusza paradygmaty prawa karnego jako gałęzi prawa o subsydiarnym znaczeniu, lecz powoduje szereg innych trudności, chociażby z określeniem granicy karalności⁴⁹. Taki pracownik swoim nieodpowiedzialnym zachowaniem stwarza dla dóbr prawnych jedynie większe ryzyko⁵⁰, ale nie można tutaj mówić jeszcze o niebezpieczeństwie, gdyż dopóki wskazana gorsza dyspozycja podmiotu nie odzwierciedli się w jego zachowaniu, dopóty do stworzenia owego niebezpieczeństwa właśnie nie dochodzi. Z łatwością przywołać można przykłady, kiedy to lekarz, mimo gorszej dyspozycji, wykonuje w pełni prawidłowo nałożone nań obowiązki.

Co więcej, próba typologii rodzajów norm ostrożności forsowana przez krakowską szkołę prawa karnego, w tym zwłaszcza przez A. Barczak–Oplustil, nie jest użyteczna także z tego powodu, iż kryteria wyodrębniania owych trzech typów norm ostrożności nie są jasne. Dotyczy to w szczególności kategorii reguł odnoszących się do zastosowania prawidłowego narzędzia: trudno bowiem wyobrazić sobie przykład, który podaje A. Barczak–Oplustil, gdy *„lekarz wykona zabieg zgodnie z regułami sztuki lekarskiej, jednakże przy pomocy nie tego narzędzia co trzeba, wskutek czego pacjent umrze”*⁵¹. Otóż wydaje się, że wyodrębnienie narzędzia obok sposobu dokonania czynności jest zabiegiem nadzwyczaj sztucznym, żeby nie powiedzieć akademickim (w pejoratywnym tego słowa znaczeniu). Reguły dokonywania określonych czynności wskazują bowiem precyzyjnie, jakich narzędzi należy użyć: nie da się przecież pomyśleć prawidłowego przeprowadzenia np. prześwietlenia rentgenowskiego przy użyciu niezdatnego do jego wykonania narzędzia. Jest to wewnętrzna sprzeczność. Wykonanie tych czynności w prawidłowy, ostrożny sposób implikuje również użycie właściwych narzędzi, środków, materiałów etc. Zresztą gdyby podążać tokiem rozumowania, który prezentuje A. Barczak–Oplustil, to typologię taką można by dość poważnie, by nie powiedzieć w nieskończoność rozbudowywać, chociażby o reguły odnoszące się do czasu dokonania czynności. Akceptując bowiem jej założenia, można by upierać się, że wyobrażalne są sytuacje, gdy podmiot stosuje adekwatny sposób działania, lecz czyni to w nieodpowiednim momencie czasowym⁵².

⁴⁹ Tj. wskazania, jak np. zły stan samopoczucia psychofizycznego miałby uzasadniać odpowiedzialność karną.

⁵⁰ Które to ryzyko wynika z empirycznie obserwowalnej prawidłowości, iż ludzie zmęczeni z większą częstotliwością popełniają błędy w trakcie swojej aktywności zawodowej.

⁵¹ A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 22, (Cz I, rozdział I, pkt. 3.1.2).

⁵² Dokładnie przykładem takiej właśnie sytuacji jest sprawa zbadana w zakresie próby w Rozdziale VIII pracy, rozpatrywana przez Sąd Rejonowy w Pile o sygn. II K 1009/02.

W konsekwencji w niniejszej pracy nie będzie stosowana typologia rozwinięta przez szkołę krakowską, a stosowana także przez A. Barczak–Oplustil. Bez znaczenia są bowiem także „reguły odnoszące się kwalifikacji podmiotu”: gdy rzeczony brak materialnych kwalifikacji nie odzwierciedli się w zachowaniu sprawcy⁵³, trudno, ogólnie rzecz biorąc, myśleć o podstawie jego odpowiedzialności karnej. W zasadzie jest więc tak, że normy ostrożności określają zawsze sposób dokonania określonej czynności⁵⁴.

Charakterystyczne dla poglądów autorki jest również przyjęcie, że zachowanie zgodne z „regułami technicznymi” nie może być nigdy uznane za nieostrożne, gdyż „nie można wymagać od przeciętnego człowieka wiedzy specjalisty w konkretnej dziedzinie”⁵⁵. Zgadając się z tak sformułowanim argumentem, nie sposób nie zauważyć, że A. Barczak–Oplustil odwołuje się tutaj do kryterium wymagalności, które jest inherentnie związane z winą, tak więc z tego powodu trudno jest zarazem orzec, że nie zostały – tak jak to postuluje autorka – wypełnione znamiona czynu zabronionego. Lepszą podstawą do sformułowania takiej konkluzji jest ochrona zaufania uczestników życia społecznego, która swoją doniosłość na gruncie prawa karnego zyskuje dzięki problematyce błędu⁵⁶.

Szereg dalszych, fundamentalnych odmienności, tak chociażby w zakresie problematyki teoretycznego statusu normy ostrożności, pojmowania błędu co do norm ostrożności czy też stosunku do innych instytucji prawa karnego ujawnią się w toku lektury niniejszej pracy. Inaczej bowiem to krótkie omówienie przerodziłoby się w wielostronicową i rozbudowaną dyskusję z poglądami A. Barczak–Oplustil. W tym miejscu doszło jedynie do zasygnalizowania pewnych rozbieżności. Zaznaczyć należy wszak jeszcze, że autor postawił sobie zdecydowanie skromniejsze zadanie od krakowskiej badaczki, a mianowicie zbadania problematyki norm ostrożności na obszarze prawa karnego⁵⁷, a niewyczerpującej charakterystyki „reguł

⁵³ Daje się tu pomyśleć akademicki przykład prowokatora, który, niebędąc lekarzem, postanawia dla żartu, niczym Hauptmann von Köpenick, uczestniczyć jako lekarz podczas przeprowadzanej w szpitalu operacji. Jeżeli przypadkiem dokona on w prawidłowy sposób cięcia na ciele pacjenta, to trudno tutaj mówić o jego odpowiedzialności karnej z art. 160 k.k., co nie wyłącza oczywiście kwestii odpowiedzialności za wprowadzenie w błąd co do swojej tożsamości i wykonywanie czynności lekarskich bez wymaganego uprawnienia; zob. art. 58 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r o zawodzie lekarza i lekarza dentysty, (Dz. U.2008.136.857), zgodnie z którym: „Kto bez uprawnień udziela świadczeń zdrowotnych polegających na rozpoznawaniu chorób oraz ich leczeniu, podlega karze grzywny. 2. Jeżeli sprawca czynu określonego w ust. 1 działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej albo wprowadza w błąd co do posiadania takiego uprawnienia, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.”

⁵⁴ Co, jak stwierdzono wyżej, implikuje zastosowanie właściwych środków czy przedsięwzięcie danej czynności we właściwym czasie.

⁵⁵ A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 26 (Cz I, rozdział I, pkt. 3.2).

⁵⁶ Wydaje się, że w sytuacji, gdy podmiot zachowuje się zgodnie z „normami technicznymi”, (które, jak szczegółowo ujawni to analiza w dalszej części niniejszej pracy nie są w znakomitej większości przypadków takimi właśnie normami, to zachodzi tutaj, co do zasady, usprawiedliwiony błąd co do norm ostrożności, który, jak wypadnie w tym miejscu ogólnie stwierdzić, wyklucza odpowiedzialność karą (szerzej zob. rozdział V).

⁵⁷ Nie czułem się zobligowany wszak do podejmowania wszystkich tych aspektów, które były przedmiotem opracowania A. Barczak–Oplustil. Stąd też niniejsza praca odznacza się samodzielną strukturą, której podstawę wyznaczają subiektywne przeświadczenia autora o doniosłości jedynie pewnych, i stąd poruszanych w niej, zagadnień.

postępowania” z uwzględnieniem również prawa cywilnego.

Rozdział I

Historia postrzegania norm ostrożności w prawie polskim

I. Uwagi wstępne

Przystępując do badania zagadnienia norm ostrożności w prawie karnym, warto zastanowić się nad tym, skąd w ogóle wzięła się taka figura wzięła i kiedy zyskała centralne znaczenie dla odpowiedzialności karnej⁵⁸. Precyzując to pytanie, zwłaszcza w kontekście rozważań zawartych w Rozdziale V niniejszej pracy, chodzi tutaj o rozstrzygnięcie wątpliwości, czy figura ta stała się relewantna dla odpowiedzialności karnej na gruncie polskiego prawa pod wpływem nauki zagranicznej, zwłaszcza niemieckiej, czy też jest rezultatem niejako organicznego rozwoju polskiego prawa karnego⁵⁹. Niestety, sporo opracowań poświęconych historycznemu rozwojowi prawa karnego ogranicza się do spojrzenia nazbyt ogólnego, aby można było odtworzyć z nich poglądy co do ewolucji odpowiedzialności karnej za czyny nieostrożne⁶⁰.

II. Prawo polskie przed 1918 r.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że figura ta nie występuje w jednym najstarszych pomników polskiego prawa, jakim są Statuty Wiślickie⁶¹.

Zdecydowanie bardziej widoczna jest natomiast penalizacja czynów w swojej istocie nieostrożnych w przypadku średniowiecznego prawa miejskiego. Wskazać tutaj można chociażby na przestępstwo wchodzenia na strych ze światłem nieosłoniętym latarnią⁶². Wobec tego powstaje

⁵⁸ Której wyrazem może być zapis referatów podczas międzynarodowej konferencji naukowej poświęconej obiektywnemu i subiektywnemu przypisaniu we Wrocławiu w dniach 29–30 maja 2014 r., zamieszczony w przygotowywanej publikacji *„Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej”*, J. Giezek, P. Kardas (red.), Warszawa 2014.

⁵⁹ Pytanie to ma fundamentalny charakter ze względu na często programowo ahistoryczne rozważania, które prowadzi się we współczesnej dogmatyce prawa karnego; przypomina ona wówczas w metodzie dogmatykę uprawianą przez teologię, mającą niekiedy tendencję do przedstawiania określonych zapatrywań w kategoriach niepodważalnych dogmatów, zapatrywań, które w istocie ulegały wielu luźnym przeobrażeniom i zawierają w sobie tylko część prawdziwego i istotnego dogmatu. Co do węższego i bardziej prawdziwego pojmowania dogmatu zob. J. T. Maciuszko, hasło „Dogmat” w: *„Religia. Encyklopedia PWN”*, t. 3, Warszawa 2001, s. 240–241.

⁶⁰ Co dotyczy chociażby opracowania S. Estreichera, *„Historia Prawa Karnego i Procesu na Zachodzie Europy”*, Kraków 1929, czy J. Makarewicza *„Zbrodnia i kara”*, Lwów 1922, w którym mimo, iż podkreślono zmiany aksjologiczne rzutujące na prawo karne u progu XX wieku (wyrażające się m.in. w samoistnej ochronie dóbr społecznych takich jak środowisko bez kontekstu religijnego, zob. Idem, op.cit., s. 52), to jednak nie wypowiedziano się np. co do granic dopuszczalnych ingerencji czy warunków ich legalności.

⁶¹ Tekst statutów wiślickich w opracowaniu S. de Oppatow’a, *„Statut wiślicki w polskim przekładzie z r. 1460”*, Kórnik 1876 dostępny jest pod adresem: <http://rcin.org.pl/dlibra/doccontent?id=3936&from=FBC> (ostatni odczyt dnia 23.6.2014 r.). Zauważyć przy tym należy, że jest to związane z zupełnie innym pojmowaniem winy oraz brakiem wyodrębnionej struktury przestępstwa.

⁶² Przestępstwo to określono w Poznańskim Kodeksie Wilkierzy z 1725 w art. 18 w sposób następujący: *„Item nullus audeat transire ad pavimenta in nocte absque lucerna, sub pena unis fertonis”*. Przykład ten podaje W. Maisel,

pytanie ogólniejszej natury: czy już ówczesnie, w jakiś bardziej konsekwentny sposób, spoglądano na kwestię nieostrożności?

Na tak postawione pytanie odpowiedź nie jest prosta. O ile bowiem stosunkowo łatwo jest znaleźć przykłady regulacji, które odwołują się do pojęcia staranności, czy ostrożności⁶³, a więc pojęcia, które rozpowszechniało się po wpływie prawa rzymskiego, to trudno byłoby w sądowej praktyce stosowania prawa miejskiego dopatrzeć się samoistnego wartościowania norm ostrożności⁶⁴. Wynika to najpewniej ze specyfiki ówczesnego procesu karnego. Nakazuje się więc przykładowo, że w przypadku czynu przestępnego w postaci spowodowania pożaru: „*pogorzelec musi złożyć przysięgę, że ogień nie powstał z jego zaniedbania ani za jego wolą*”⁶⁵. Naturalnie nie stosuje się tutaj rozpowszechnionego w dzisiejszych czasach dowodu z opinii biegłych, zastępuje go bowiem charakterystyczna dla ówczesnego modelu postępowania przysięga. Brak jest wyłączenia odpowiedzialności karnej za czyny mieszczące się w ramach tego, co we współczesnej nauce prawa karnego określa się mianem tzw. zwykłych czynności dnia codziennego raczej natknąć się można na przykłady procesów sądowych, gdzie zarysowują się pewne formy odpowiedzialności za przypadek⁶⁶. Pod tym względem polskie miejskie prawo karne, acz ewidentnie karało pewne zachowania nieostrożne, nie wprowadzało do przesłanek odpowiedzialności karnej – czy to za czyn typowy czy kontratypowy na jakiegokolwiek innej płaszczyźnie – norm ostrożności⁶⁷. Podobnie brak jest odwołań do tego typu norm jako okoliczności wpływającej na wymiar kary⁶⁸. Nie sprzyjała temu sama konstrukcja odpowiedzialności karnej w średniowiecznym polskim prawie karnym, gdzie pomijano przesłankę

„*Poznańskie Prawo Karne do końca XVI wieku*”, Poznań 1963, s. 188.

⁶³ Tak chociażby w III części „*Summy*” R. Partenopejczyka, w art. 35, znaleźć można postanowienie: „*Si autem casu fortuito de domo aliquis per negligenciam ignis fuerit*” – podają za W. Maisel, *op.cit.*, s. 56.

⁶⁴ W szczególności brakuje takich przykładów w zebranym przez W. Maisel orzecznictwie poznańskich sądów miejskich – zob. W. Maisel, „*Sądownictwo miasta Poznania do końca XVI wieku*”, Poznań 1961.

⁶⁵ W. Maisel, „*Poznańskie...*”, s. 55 oraz Poznańska Księga Prawa Miejskiego ks. II art. 75: „*das fuyer ane syne vorwarlosikeit und willen von em uskomen sy*” (cyt. za W. Maisel, „*Poznańska księga prawa magdeburskiego i miśnieńskiego*”, Wrocław 1964).

⁶⁶ Co do przykładów – zob. W. Maisel, „*Poznańskie...*”, s. 57, gdzie autor opisuje kazus spowodowania śmierci *casu fortuito*, za który to czyn sprawca zobowiązał się do uczynienia duchowej pokuty oraz zapisu na trzy poznańskie szpitale. W. Maisel zauważa i podnosi, że tendencja ta związana była z wpływem prawa kanonicznego. Nie wchodząc tutaj w polemikę z tym poglądem, autor niniejszej pracy ograniczy się do wskazania, że praktyka poznańskiego prawa miejskiego znacząco się zdaje pod tym względem różnić od praktyki średniowiecznych miast włoskich czasu Alberta Gandinusa, gdzie dla odpowiedzialności za przypadek wymagano naruszenia pewnej ostrożności, jak to obrazuje stwierdzenie z tzw. Traktatu Gandinusa (rozdział 27,17 w numeracji H. Kantorowicza): „*si non adhibuit dilligentiam, quam debuit, imputatur ei propter negligenciam, que culpe adnumeratur in hoc*” (cyt. za W. Beyer, „*Das italienische Strafrecht der Scholastik nach Albert Gandianus*”, Berlin 1931, s. 8).

⁶⁷ Wydaje się, że taki stan rzeczy tłumaczyć należy, prócz elementów proceduralnych, także niskim stopniem rozwoju technicznego ówczesnego społeczeństwa, z którym to stanem to normy ostrożności zdają się być istotnie sprzężone. W wielu natomiast wypadkach kreowano natomiast nowoczesne formy odpowiedzialności karnej, jak chociażby w postaci swoistych przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, jakimi były czyny polegające na zabieraniu siekier do szynku czy lanc do gaszenia pożaru.

⁶⁸ Co do przeglądu zidentyfikowanych w badaniach naukowych okoliczności wpływających na wymiar kary na gruncie poznańskiego prawa miejskiego zob. W. Maisel, „*Poznańskie...*”, s. 160–180.

winy jako podstawy odpowiedzialności karnej, zadawalając się zaistnieniem skutku⁶⁹.

W czasie kolejnego ważnego etapu rozwoju polskiej myśli karnistycznej, tj. w okresie prób reformy prawodawstwa karnego tzw. czasów stanisławowskich, problematyka norm ostrożności nie była w ogóle poruszana, co tłumaczyć należy tym, iż ciężar ówczesnej dyskusji ukierunkowany był na reformę katalogu kar i modelu procesu karnego⁷⁰. Tak więc chociaż twórcy Zbioru Praw Sądowych A. Zamoyskiego utrzymywali karalność przestępstw popełnionych z winy nieumyślnej w przypadku przestępstw o mniejszym ciężarze gatunkowym, tj. występków⁷¹, to pojmowanie samego tego pojęcia jawi się jako bardzo niejasne⁷². Normy ostrożności nie występowały w każdym razie jako okoliczność wyłączająca przestępczość czynu⁷³, a refleksji nad normami ostrożności nie sprzyjał swoiście otwarty charakter prawa karnego, gdzie, podobnie jak w średniowiecznym prawie miejskim, nie realizowano zasady *nullum crimen sine lege* (aczkolwiek w tym wypadku jej niestosowanie zawężono do zakresu występków), kierując się czysto materialną definicją przestępstwa⁷⁴. Nieostrożność jako przedmiotowa charakterystyka czynu sprawcy nie była okolicznością wpływającą na wymiar kary, chociaż biorąc pod uwagę nieoznaczony katalog kar w odniesieniu do części przestępstw – tj. tych niezagrażonych karą śmierci, gdzie Zbiór Praw pozostawiał organom stosującym prawo w tym zakresie pewną swobodę⁷⁵, całkowitego wykluczenia jakichkolwiek korelacji na tej płaszczyźnie nie można było by wykluczyć. Na ile korelacja taka wystąpiłaby w praktyce sądowego stosowania prawa, nie sposób rozstrzygnąć wobec faktu, że Kodeks ten, ze względu na znane wydarzenia historyczne, nigdy nie stał się obowiązującym prawem.

Analogicznie przedstawiała się kwestia norm ostrożności w planach kodyfikacyjnych Stanisława Augusta⁷⁶. Charakterystyczne jest to, że w czasach prac nad reformą prawa karnego

⁶⁹ Zob. J. Rafacz, *„Dawne prawo sądowe w zarysie”*, Warszawa 1936, s. 65–68, który wskazuje, że bardziej konsekwentne rozróżnienie umyślności i nieumyślności pojawiło się dopiero wraz z tzw. procesem skrutynium. Co do pozycji A. Gandinusa, zob. W. Beyer, loc. cit.

⁷⁰ Jak to ujawnia chociażby lektura charakterystycznego dla tej epoki dzieła J. K. Czoichrona, *„Dysertacja o prawie kryminalnym”*, Kraków 1788 (cyt. za: Akademia Frycza Modrzewskiego, Kraków 2009 [przedruk], s. 33–62). Dla autora tego jednym z kluczowych zagadnień jest zapewnienie należytej równości stron w procesie karnym, w tym zapewnienie obrońcy (zob. tamże, s. 61), a nie kwestie związane z nauką o przestępstwie.

⁷¹ Według E. Borkowskiej-Bagieńskiej, *„<<Zbiór Praw Sądowych>> Andrzeja Zamoyskiego”*, Poznań 1986, s. 262, doszło tutaj nawet do pewnego rozszerzenia zakresu odpowiedzialności, która związana była „nie tylko z nieostrożnością, jak w dawnym prawie polskim, ale i z niedbalstwem”; wymaga to jednak zrazu dodania, że autorka pod pojęciem nieostrożności rozumie chyba świadomą nieumyślność, choć nie podaje w tej mierze żadnego głębszego uzasadnienia czy wyjaśnienia swoich poglądów.

⁷² Przyznaje to również E. Borkowska-Bagieńska, op.cit., s. 260.

⁷³ Zbiór Praw Sądowych nie znał pod tym względem także chociażby stanu wyższej konieczności, zob. E. Borkowska-Bagieńska, op.cit., s. 262–265.

⁷⁴ Określanego jako wkroczenie w „spokojność i bezpieczeństwo narodu” czy też „kogożkolwiek w kraju naszym znajdujacego się” (zob. art. 45, II Zbioru oraz E. Borkowska-Bagieńska, op.cit., s. 245). Istotnym *novum* była natomiast próba wprowadzenia formalnego pojęcia bezprawności w odniesieniu do zbrodni.

⁷⁵ E. Borkowska-Bagieńska, op.cit., s. 265–281. Było to szczególnie widoczne w przypadku przestępstwa niemyślnego spowodowania śmierci (art. 52 § 7 Zbioru): „gdy w przypadkowym zaboju nieostrożność, której strzec się powinien zabójca dowiedziona była, według wagi nieostrożności i zabójca karze popadnie”.

⁷⁶ Co do próby charakterystyki tej zamierzonej reformy zob. W. Szafrński, *„Kodeks Stanisława Augusta”*, Poznań

podjęmowanych przez tzw. polskich humanistów, ukształtowała się już charakterystyczna konwencja terminologiczna, zgodnie z którą nieumyślności jest oznaczana pod pojęciem nieostrożności⁷⁷. Brak bardziej pogłębionych rozważań co do istoty norm ostrożności wpisuje się w ogólnie niski poziom rozważań dogmatycznych, które nie stały w centrum zainteresowania ówczesnych prawników⁷⁸.

Podczas tworzenia Kodeksu Karzącego Królestwa Polskiego wypracowana została nowa definicja „winy nieumyślnej”, która nie zawierała żadnego komponentu przedmiotowego⁷⁹, natomiast jej określenia, już w obrębie samego tego aktu, były bardzo rozbieżne⁸⁰, czego przykładem mogą być takie pojęcia, jak „nieostrożność” czy „niebaczość”⁸¹. Zgodnie z postanowieniem art. 17 Kodeksu Karzącego, za zbrodnie nie mógł być poczytany czyn, który „*bez wpływu woli, z niedbalstwa lub nieświadomości skutków onegoż wyniknął*”⁸². Naturalnie nie oznacza to braku karalności czynów nieumyślnych, która zawężona zostaje – podobnie jak ma to miejsce obecnie – do występków⁸³. Bardziej szczegółowa analiza literatury poświęconej temu aktowi prawnemu, jak i samego tekstu Kodeksu prowadzą do konkluzji, iż nie zawierał on odniesienia do norm ostrożności na żadnej z płaszczyzn, na których są one relewantne w dniu dzisiejszym⁸⁴.

N gruncie Kodeksu Karnego Kar Głównych i Poprawczych z 1847 r. również jasne było, iż odpowiedzialność karną wiązać należy z czynami nieumyślnymi⁸⁵. Analiza tego aktu prawnego

2007.

⁷⁷ Widać to chociażby w wypowiedzi twórców jednego z projektów (tzw. projektu litewskiego), J. Weyssenhoffa, który stwierdził w następujący sposób: „*Zważyć należy pobudkę popełnionego przestępstwa albo układ namyślny – wtedy jest bardzo winny – albo cholera, wtedy mniej, albo nieostrożność, wtedy jeszcze mniej*” (cyt. za W. Szafrąnski, op.cit., s. 265. Zdaniem tego ostatniego autora jest to dowodem na wyodrębnienie przez J. Weyssenhoffa trzech form winy ze względu na ich podstawę.

⁷⁸ Zgodzić się można z ogólnym stwierdzeniem W. Szafrąńskiego, op.cit., s. 259, iż wynika to z „*skupienia się na kwestiach kryminologicznych i polityki kryminalnej państwa*”.

⁷⁹ Zgodnie z art. 212 Kodeksu Karzącego (Dz.PrKP.1818.5.20): „*Winą jest zaniedbanie zastanowienia się nad skutkami czynu lub opuszczenia bez zamiaru spełnienia czynu prawu przeciwnego*”.

⁸⁰ Zwraca na to uwagę choćby J. Śliwowski, „*Kodeks karzący Królestwa Polskiego*”, Warszawa 1958, s. 308.

⁸¹ Odpowiednio art. 327 oraz 351 Kodeksu Karzącego. Zgodnie z tym pierwszym przepisem: „*Kto spieszenie lub nieostrożnie wierchem albo zaprzęgiem iadąc człowieka nieumyślnie śmiertelnie rani, o ciężkie kalectwo lub śmierć przysporzy, na karę zamknięcia w domu aresztu publicznego od dni 8 do miesięcy 3 zasłużył*”; zgodnie z tym drugim przepisem: „*Broń nabitą lub niebezpieczną w domu, podróży, lub gdziekolwiek wśród dzieci albo niedoświadczonych niebaczenie zastawiający, jeżeli kto przez takową nieostrożność zabitym lub śmiertelnie rannym zostanie, na zamknięcia w domu aresztu publicznego od dni 8 do miesięcy 3 zasłużył*”.

⁸² Cytat za G. Bałtrusajtys, J. Kolarzowski, M. Paszkowska, K. Rajewski „*Wybór źródeł do Historii prawa sądowego czasów nowożytnych*”, Warszawa 2002, s. 303.

⁸³ Wprost stwierdzał to art. 211 Kodeksu Karzącego, gdzie postanowiono: „*Występki nie tylko ze złego zamiaru, ale i z winy pochodzić mogą (...)*”.

⁸⁴ A więc w szczególności jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną (na skutek wyłączenia winy lub bezprawności), jako czynnik wpływający na wymiar kary, nie występuje też w zespole znamion czynów zabronionych (w szczególności występków), zob. J. Śliwowski, op.cit., s. 304–312, 348–349, 376.

⁸⁴ A więc w szczególności jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną (na skutek wyłączenia winy lub bezprawności), jako czynnik wpływający na wymiar kary, nie występuje też w zespole znamion czynów zabronionych (w szczególności występków), zob. J. Śliwowski, op.cit., s. 304–312, 348–349, 376.

⁸⁵ Zob. art. 5 „*Przestępstwa i wykroczenia są umyślne i nieumyślne*” (tekst Kodeksu Karnego Kar Głównych i Poprawczych dostępny jest na stronach Podlaskiej Biblioteki Cyfrowej: <http://pbc.biaman.pl/dlibra/docmetadata?id>

przez pryzmat pojęcia ostrożności, aktu prawnego – który, jak wiadomo, nie stanowił rezultatu samodzielnej refleksji polskiej myśli prawniczej, lecz był wynikiem skrócenia ówczesnie obowiązującego rosyjskiego Kodeksu Karnego, a począwszy od 1876 r. wynikiem implementacji tego Kodeksu w całości – potwierdza, że wielokrotnie formułowana w literaturze przedmiotu negatywna jego ocena – jako swoistego „*kroku wstecz*”, w porównaniu z polskim Kodeksem Karzącym Królestwa Polskiego⁸⁶ – jest w pełni trafiona. Zarazem trudno tutaj odnaleźć choćby załączek norm ostrożności.

Poza zakresem przedmiotowych rozważań pozostawić wypadnie znaczną część ustawodawstwa państw zaborczych jako wytworów obcej myśli prawniczej⁸⁷. Wspomnieć jedynie należy, że żaden z stosowanych na początku wieku XX aktów prawnych nie czynił wprost bądź pośrednio z nieostrożności warunku odpowiedzialności karnej. Tak chociażby nawet implementowany jako ostatni na ziemiach polskich po 8.IX.1915 r. tzw. Kodeks Karny Tangancewa z roku 1903 wyraźnie statuował co prawda karalność występów z „*winy nieostrożnej*”, tj. w przypadku nieumyślności, ale brak tutaj jakiegokolwiek myśli o nieostrożności w dzisiejszym rozumieniu tego słowa⁸⁸. Analogicznie było w poprzedzającym uchwalenie StGB Kodeksie karnym dla Państw Pruskich z 1851 r., gdzie także fragment o „*powodach od kary uwalniających lub takową łagodzących*”⁸⁹ nie odnosi się do czynów ostrożnych. Na tle nakreślonych już stanowisk XIX-wiecznych ustawodawstw nie jest to poniekąd zaskakujące. Co więcej, w rzeczonej ustawie brak było również określenia umyślności i nieumyślności. Milczał w tej sprawie również stosowany na ziemiach polskich zaboru pruskiego Kodeks karny Rzeszy z 1871 r. (StGB)⁹⁰. Wzmiankować wypada, iż w mającej istotny wkład w kształtowanie się polskiej myśli karnistycznej Ustawie Karnej Austriackiej z roku 1852 r. również na próżno szukać normatywnego określenia nieumyślności czy innych wątków dla prowadzonych tutaj rozważań, a w szczególności norm ostrożności.

Dla obrazu ewolucji poglądów polskiej karnistyki na czyny nieostrożne pouczające jest również odwołanie się do opracowań niektórych polskich przedstawicieli doktryny prawa karnego wieku XIX, poczynając od R. Hubego⁹¹. Przywołany autor stwierdza, iż dla bytu przestępstwa

=4524&from=&dirids=1, ostatni odczyt dnia 26 czerwca 2014 r.).

⁸⁶ K. Sójka–Zielińska, „*Historia Prawa*”, Warszawa 2005, s. 308–311.

⁸⁷ W szczególności pominięty tutaj zostanie kazuistyczny Landrecht Pruski z 1794 r. oraz tzw. Franciscana, kodyfikująca prawo karne materialne na terenie zaboru austriackiego w latach 1803–1852.

⁸⁸ Zob. art. 48 tegoż Kodeksu, który stanowił ogólnie, iż „*Przestępstwo będzie uważane za nieostrożne nie tylko wtedy, gdy winowajca nie przewidział, chociaż mógł, lub powinien był przewidzieć, lecz również wtedy, gdy przewidując nastąpienie skutku warunkującego przestępność czynu, mniemał lekkomyślnie, że temu skutkowi zapobiegnie*”. Wpisuje się to w sygnalizowaną na łamach niniejszego rozdziału już wielokrotnie konwencje terminologiczną.

⁸⁹ Zob. Tytuł IV. Kodeksu karnego dla państw pruskich z 1851 r., Warszawa 1862, s. 29 i n.

⁹⁰ Co do szczegółowej ewolucji prawa niemieckiego, począwszy od Kodeksu Karnego z 1871 r. zob. rozdział V niniejszej pracy.

⁹¹ R. Hube, „*Ogólne zasady nauki prawa karnego*”, Warszawa 1830, która to praca była pierwszym polskim wykładem części ogólnej prawa karnego. Pamiętać należy, że R. Hube był osobą w znacznym stopniu zaangażowaną w postanie

konieczne jest działanie zewnętrzne sterowane wolą człowieka, które jest sprzeczne z prawem. Nie precyzuje jednak cech działania zewnętrznego⁹², ograniczając się do stwierdzenia, że warunkiem bytu przestępstwa musi być użycie adekwatnych środków do wywołania bezprawnego skutku⁹³. Nieostrożność nie jest dla R. Hubego składnikiem winy, a samo to pojęcie traktowane jest jako jej synonim⁹⁴, co konweniuje z dokonaniem przez autora wyodrębnieniem trzech kategorii występków, mianowicie: czynów rozmyślnych, umyślnych i z winy⁹⁵. Aksjologiczną podstawą odpowiedzialności za tzw. czyny z winy jest przeświadczenie, że człowiek jest istotą wolną i na skutek funkcjonowania w społeczeństwie musi odpowiadać za skutki podejmowanych zachowań⁹⁶. Świadomy fakt, że takie rozwiązanie prowadziłoby do zbyt szerokiego zakresu penalizacji wprowadza klasyczny test przewidywania⁹⁷. W ten sposób przekroczenie normy ostrożności istotne może być tylko przez pryzmat przeżyć psychicznych sprawcy, aczkolwiek autor się do nich wprost nie odwołuje.

Jednym z kolejnych polskich autorów rozważających kwestię nieostrożności w prawie karnym był Stanisław Budziński⁹⁸. Spojrzenie tego krakowskiego karnisty opiera się na utożsamieniu nieostrożności z nieumyślnością nieświadomą, występującą w dwóch odmianach: „*odwróceniu uwagi*” oraz „*niezwróceniu uwagi*”⁹⁹. S. Budziński wskazuje, że od działającego żądano jedynie przezorności zwykłej, „*właściwej porządnemu obywatelowi*”; aczkolwiek ten sam autor zaznacza, że rozstrzygnięcia, kiedy działanie sprawcy charakteryzuje się nieostrożnością, dokonać można tylko w odniesieniu do danego stanu faktycznego¹⁰⁰. Symptomatyczne jest to, że kwestia nieostrożności jest przez wskazanego autora rozpatrywana wyłącznie w kontekście tzw. wewnętrznej strony przestępstwa¹⁰¹, co jest pochodną przyjętego ówczesnie, swoiście psychologicznego, pojmowania winy. Chociaż S. Budziński odrzuca pogląd A. Feuerbacha, wymagający jako konstytutywną cechę czynu zabronionego naruszenie prawa podmiotowego

Kodeksu Karnego Kar Głównych i Poprawczych w wersji, jaka została wprowadzona do ustawodawstwa Polskiego w roku 1847 r.

⁹² R. Hube, op.cit., s. 234.

⁹³ R. Hube, op.cit., s. 238, co nie dostrzega myśli przeciwnej, że pewne takie czyny właśnie jako ostrożne mogą nie być dla prawa karnego relewantne.

⁹⁴ Co wynika przede wszystkim z braku precyzji ówczesnego ustawodawstwa, zob. R. Hube, op.cit., s. 298–299, gdzie autor stwierdza: „*To co prawo w lit. 212 zowie winą, w innych przepisach zowie (...) nieostrożnością, czynem nieumyślnym*”.

⁹⁵ R. Hube, op.cit., s. 372.

⁹⁶ R. Hube, op.cit., s. 272–273.

⁹⁷ W ujęciu R. Hubego, op.cit., s. 274, brzmi on następująco: „*kto dobrowolnie przedsiębiorzemy, bez chęci obrazy prawa, z którego jednak powstaje skutek bezprawny, mogący być z naszej strony przewidziany, za dołożeniem większej uwagi*”.

⁹⁸ S. Budziński, „*Wykład porównawczy prawa karnego*”, Kraków 1862 s. 146 i n.

⁹⁹ S. Budziński, op.cit., s. 147.

¹⁰⁰ S. Budziński, op.cit., s. 148, pisze dosłownie: „*w każdym pojedynczym przypadku oddzielnie*”.

¹⁰¹ O czym świadczyć może chociażby tytuł III rozdziału Księgi II pracy S. Budzińskiego, op.cit., s. 139, „*Zewnętrzna strona przestępstwa*” obejmujący omówione wyżej rozważania.

osoby trzeciej¹⁰² poprzez zasadne wskazanie, że wystarczające jest tutaj przedmiotowe naruszenie interesu ogólnego, to nie nadaje temu rozumowaniu bardziej klarownych konturów.

U progu XX wieku, w pracy przedstawiciela tzw. klasycznej szkoły prawa karnego E. Krzymuskiego¹⁰³, nieostrożność jest pojmowana jak *animum adverteere*, tj. „przypadek odwrócenia w chwili krytycznej przez sprawcę uwagi od spełnionego przezeń czynu”¹⁰⁴. Takie pojmowanie nieostrożności, które krakowski autor wiąże z nieświadomą nieumyślnością i określa jako „przyjęte powszechnie”¹⁰⁵ staje się jednym z koronnych dowodów na to, że kontynuowana jest, mająca swoje początki co najmniej w wieku poprzednim konwencja terminologiczna, zgodnie z którą pojęcie nieostrożności nie jest eksplikowane przez odwołanie się do norm ostrożności. Co ciekawe, miarę przezorności, wyznaczającą także nieostrożność, autor postuluje ustalać z odwołaniem się do wzorca *boni patris familias*¹⁰⁶.

III. Okres prawa II RP

1) Okres przed uchwaleniem k.k. z 1932 r.

W okresie II RP kwestia podobieństwa pojęcia nieumyślności oraz nieostrożności rozważana była przede wszystkim na gruncie ustawodawstwa zaborczego¹⁰⁷. Lektura piśmiennictwa polskiego¹⁰⁸, które bazowało na prawie karnym odziedziczonym po tzw. krajach zaborczych nie uprawnia jednak do wysunięcia przypuszczenia, że doszło tutaj do twórczego rozwoju nauki o warunkach zastosowania normy sankcjonowanej i struktury przestępstwa poprzez wysunięcie jeszcze pod rządami tych Kodeksów propozycji analizy tej ostatniej z uwzględnieniem nieostrożności zachowania. Tak więc przykładowo W. Makowski, komentując rozwiązania

¹⁰² S. Budziński, op.cit., s. 158.

¹⁰³ E. Krzymuski, „Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego. T. I”, Kraków 1901. Praca ta jest ciekawa o tyle, że znajdujemy w niej wiele już wytworów i pojęć istotnych dla współczesnej dogmatyki prawa karnego, poczynając od wyodrębnienia bezprawności, karalności i zawinienia czy chociażby podziału przestępstw na materialne i formalne (zob. Ibidem, s. 157). Brak natomiast w nim odwołania do kwestii norm ostrożności, co jednak na tle powyższego szkicu nie powinno być zaskoczeniem.

¹⁰⁴ Zob. E. Krzymuski, op.cit., s. 314.

¹⁰⁵ Zob. E. Krzymuski, op.cit., s. 314.

¹⁰⁶ Zob. E. Krzymuski, op.cit., s. 315.

¹⁰⁷ Czego przejawem było określenie winy nieumyślnej jako winy nieostrożnej – zob. art. 48 Kodeksu Karnego Rosyjskiego, który stanowił, iż: „(...) zbrodnie ulegają karze jedynie w wypadkach winy umyślnej. Występki ulegają karze w wypadkach winy umyślnej, w wypadkach winy nieostrożnej o tyle tylko, o ile to jest wyraźnie wskazane w ustawie”. Co do tego stanowiska zob. również W. Makowski, „Prawo Karne. Część Ogólna. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce” Warszawa 1920, s. 182. Przy czym pamiętać należy, że ówczesnie część nauki – pod wpływem koncepcji rosyjskich – nieostrożność traktowała jako synonim świadomej nieumyślności, co z kolei spotkało się ze stanowczą polemiką W. Makarewicza, „Prawo Karne. Wykład Porównawczy z uwzględnieniem Prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej”, Lwów–Warszawa 1924, s. 144, na której autor stwierdza, że takie utożsamienie jest: „wątpliwym”.

¹⁰⁸ Szczegółowy przegląd piśmiennictwa zob. poniżej.

przyjęte w Kodeksie rosyjskim z 1903 r. w zakresie winy, ani słowem nie wspomina o ewentualnym jej elemencie obiektywnym¹⁰⁹. Podobnie w obszernych i interesujących wywodach dotyczących wyłączenia odpowiedzialności karnej na podstawie działania w ramach obowiązków z art. 44 rzeczonego Kodeksu, w ramach których autor wprawdzie stwierdza, iż owe upoważnienie „może wynikać (...) z charakteru działania i zgodnych z prawem celów”¹¹⁰, nie posuwa się jednak do rozwinięcia tej myśli, w szczególności nie podejmuje próby odpowiedzi na pytanie, co leży u podstaw owego upoważnienia.

Do podobnej konkluzji prowadzi zresztą analiza orzecznictwa zebranego na gruncie wskazanych, odziedziczonych po zaborcach, Kodeksach Karnych. Ze względu na zamierzenie jedynie szkicowego przedstawienia owej problematyki, zostanie ono ograniczone w niniejszych rozważaniach do wyboru judykatów SN II RP z uwzględnieniem stanu prawnego, który był podstawą ich wydania¹¹¹.

a) Orzeczenia SN na gruncie prawa karnego rosyjskiego¹¹²

W jednym z pierwszych judykatów SN w sprawach karnych w odrodzonej II RP skonstatowano, iż podstawą odpowiedzialności karnej za nieumyślne spowodowanie śmierci może być zarówno „*czyn nieostrożny*”, jak i „*zaniechanie niezbędnych środków ostrożności*”¹¹³. W nieco późniejszym wyroku z roku 1920 r., oddalono sformułowany w skardze kasacyjnej zarzut, iż nie wyszczególniono w uzasadnieniu orzeczenia kończącego postępowanie przed sądami powszechnymi środków ostrożności, których zaniechanie przedsięwzięcia doprowadziło do śmiertelnego ugodzenia pracującego na budowie robotnika, ze względu na fakt, że stwierdzono tamże brak przedsięwzięcia jakichkolwiek środków ostrożności¹¹⁴.

Ewidentny brak odwołania do norm ostrożności jest natomiast widoczny w rozstrzygnięciu SN w sprawie o sygnaturze akt nr 3426/1922¹¹⁵, gdzie przekazana do ponownego rozpoznania została sprawa po rozstrzygnięciu sądu, w którym stwierdzono niezachowanie wymaganych administracyjnie zabezpieczeń przy spuszczeniu drzew w lesie poprzez niewystawienie

¹⁰⁹ W. Makowski, „Kodeks karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. zaboru rosyjskiego: z dodaniem przepisów przejściowych i ustaw, zmieniających i uzupełniających postanowienia karne kodeksu; odpowiednich przepisów Kodeksu Karnego Niemieckiego i Ustawy Karnej Austriackiej, obowiązujących w pozostałych dzielnicach Rzeczypospolitej oraz Komentarza i orzeczeń Sądu Najwyższego. Tom. I, Część ogólna”, Warszawa 1921, s. 164–171.

¹¹⁰ W. Makowski, „Kodeks karny...”, s. 151–152.

¹¹¹ Nadmienić należy, że niniejszy przegląd nie aspiruje do miana zupełności, lecz ma na celu ukazanie charakteru i kierunków ówczesnego orzecznictwa SN.

¹¹² Chodzi tutaj, tak jak to zostało powyżej zaanonsowane o rosyjski Kodeks Karny z 1903 r., znany powszechnie pod nazwą Kodeksu Karnego Tagancewa – od nazwiska wybitnego rosyjskiego prawnika, Nikołaja Tangancewa, profesora Uniwersytetu w Petersburgu.

¹¹³ W przedmiotowej sprawie (sygn. akt 316/1918, Zb. Orz. 1918 poz. 41, Lex Polonica nr 1355457) rozważano odpowiedzialność za czyn z art. 48 i 464 Kodeksu Karnego Tagancewa.

¹¹⁴ Sygn. akt 1330/1919, Zb. Orz. 1920 poz. 37, Lex Polonica nr 1928810.

¹¹⁵ Zb. Orz. 1923 poz. 19, Lex Polonica nr 2386930.

regulaminowego znaku ostrzegawczego przy wjeździe na teren wycinki, ograniczając się jedynie do wystawienia tablicy z napisem: „osobom obcym wstęp wzbroniony”. Ostatecznie uznano jednak, iż o charakterze środków ostrożności, w tym o postaci rzeczonoego znaku, rozstrzyga „prosty głos zwykłej życiowej ostrożności”. Takie, dość intuicyjne uchwycenie istoty rzeczy, nie przełożyło się na szerszą refleksję w uzasadnieniu orzeczenia na ten temat¹¹⁶.

Zachowanie środków ostrożności jako fakt stwierdzający odpowiednią wiedzę po stronie sprawcy, a więc brak możliwości przypisania czynu nieumyślnego, potwierdził SN w rozstrzygnięciu sprawy o sygn. akt nr 3195/1923¹¹⁷. Analogicznie orzekł SN w chronologicznie późniejszym orzeczeniu z dnia 30 maja 1924 r.¹¹⁸, w którym podkreślono, iż „nierozważenie, jakie środki ostrożności mógł lub powinien był przedsięwziąć oskarżony po otrzymaniu marmelady w opakowaniu firmowym i od firmy, której Sąd Pokoju zaufał, a więc i oskarżony mógł zaufać” jest uchybieniem na tyle rażącym, iż uzasadnia uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Orzeczenie to zapadło na kanwie stanu faktycznego, w którym marmelada firmy „Jakor”, dostarczana od dystrybutora i sprzedawana w sklepie oskarżonego, była zabarwiona barwnikiem anilinowym. SN wywiódł, iż nie można przypisywać „winy nieostrożnej” detaliście przez to, że nie dokonuje on kontroli indywidualnych próbek towaru. W wielu dalszych orzeczeniach najwyższej polskiej przedwojennej instancji sądowniczej, stwierdzone na skutek oceny materiału dowodowego naruszenie norm ostrożności nie jest dyskutowane jako czynnik rzutujący wprost na odpowiedzialność karną¹¹⁹. W tej też perspektywie rozumieć należy pojęcie „czynu nieostrożnego”, które pojawia się również w orzecznictwie z tego okresu¹²⁰ i które jest relatywizowane do elementów subiektywnych, występujących po stronie przeżyć wewnętrznych sprawcy. Sformułowania przewijające się w wyrokach SN nie zawsze jednak są łatwe do odczytania, co wynika z prozaicznego i niekwestionowanego faktu, że o „podmiotowej” ostrożności można wnioskować tylko z okoliczności zewnętrznych¹²¹. Analiza orzeczeń z tego

¹¹⁶ Oczywiście trudno tutaj mieć pretensję do SN, który zajmuje się sądowym stosowaniem prawa, szkoda może jedynie, że ten kierunek myślenia nie został rozwinięty w literaturze. Wydaje się, że być może pod tym względem zbyt teoretycznie do swojego zadania kodyfikacyjnego podchodzili twórcy k.k. z 1932 r.

¹¹⁷ Zb. Orz. 1923 poz. 214, Lex Polonica nr 2401439.

¹¹⁸ Sygn. akt II K 674/1924, Zb. Orz. 1924/I poz. 93, Lex Polonica nr 2369652.

¹¹⁹ Czego egzemplifikacją może być chociażby wyrok SN w sprawie o sygn. akt nr II K 488/1925, Zb. Orz. 1925/I poz. 103, Lex Polonica nr 2386551, w którym ustalono naruszenie „obowiązujących przepisów o środkach ostrożności przeciwko pożarowi”. Analogicznie nie zagłębił się w kwestie norm ostrożności SN w orzeczeniu kompletu Całej Izby Karnej SN z dnia 19 maja 1927 r. sygn. akt II K 2177/1926, w którym rozważana była odpowiedzialność karna za zniesławienie.

¹²⁰ Tak chociażby w wyroku SN w sprawie o sygn. akt II K 184/1926, w którym stwierdzono, uchylając orzeczenie Sądu Apelacyjnego, iż niejasne jest, co miało charakter „nieostrożnego czynu, czy w samym użyciu przez oskarżonego dla cucenia pokrzywdzonego amoniaku, zamiast eteru, czy też w niezachowaniu należytej ostrożności przy użyciu amoniaku podczas cucenia”.

¹²¹ Często sądy zdawały się posługiwać w tym zakresie pewnymi skrótami myślowymi, o czym świadczą, sprzeczne zresztą wywody Sądu Okręgowego w Warszawie cytowane w orzeczeniu o sygn. akt II K 906/1927, Zb. Orz. 1927/II poz. 102, Lex Polonica nr 2430660, w którym mowa jest o tym, że „motorniczy zachował niezbędną ostrożność, gdyż hamował tramwaj, lecz nie mógł go zahamować”. Podobnie w orzeczeniu o sygn. akt II. K 644/32, Zb. Orz. 1932/XI

okresu ujawnia wreszcie, że spotkać można też pojęcie ostrożności używane w znaczeniu zupełnie ogólnym¹²².

b) Orzeczenia SN na gruncie prawa karnego austriackiego

Sygnalizowana już wyżej złożona zależność wyrażająca się w tym, iż o ile ostrożność odnoszona była do sfery psychicznej sprawcy, to w istocie wnioskowana była nierzadko z okoliczności przedmiotowych, potwierdza lektura uzasadnienia orzeczenia wydanego na gruncie przejętego po zaborcach austriackiego prawa karnego przez Izbę Karną SN w dniu 25 kwietnia 1929 r.¹²³, z którego wyczytać można symptomatyczne stwierdzenie, iż: *„Jeżeli bowiem oskarżony zachowywał – (...) wszystkie środki ostrożności, wskazane już naturą rzeczy, a także specjalnymi przepisami obowiązującymi kierowców samochodowych, a mimo to przejechał denatkę, co do której nie spostrzegł, w jaki sposób i z której strony ulicy dostała się pod wóz, to samo to niezauważenie denatki w tych warunkach nie dowodzi jeszcze niedbalstwa oskarżonego”*. W innych orzeczeniach termin ten pojawia się bez ściśle określonego sensu, a więc co najwyżej w takim sensie, w jakim pojawia się on w języku ogólnym¹²⁴.

Tytułem krótkiego podsumowania przeprowadzonej analizy wyboru orzecznictwa przedwojennego SN RP, stwierdzić można, iż przed uchwaleniem k.k. z 1932 r. nie rozwinęła się w polskiej nauce koncepcja jednolitego i w tym sensie koherentnego wartościowania norm ostrożności.

2) Pojęcie ostrożności w II RP po uchwaleniu k.k. z 1932 r.

Antycypując kolejny etap rozwoju historycznego polskiego prawa karnego, odnieść się wypadnie do problematyki ostrożności jako przedmiotowej charakterystyki zachowania sprawcy i norm ostrożności w trakcie Prac Kodyfikacyjnych w II RP. Jak wiadomo, kwestia ta nie była przedmiotem debaty w trakcie tzw. I kwestionariusza J. Makarewicza¹²⁵, wiadomo natomiast, że problematyka ta pojawiła się przy dyskusji nad kwestiami szczegółowymi. Widać to chociażby w trakcie obrad na posiedzeniu Komisji w dniu 25 czerwca 1920 r., obrad dotyczących kwestii

poz. 211, Lex Polonica nr 2487965. Podmiotowy (subiektywny charakter pojmowania nieostrożności) znajduje potwierdzenie także w orzeczeniu I K 725/31, Lex Polonica nr 2487516 Zb. Orz. 1931/XII poz. 433.

¹²² Zob. np. I K 712/29 Zb. Orz. 1930/V poz. 137, Lex Polonica nr 2432475.

¹²³ III K 91/1929, Zb. Orz. 1929/I poz. 115, Lex Polonica nr 2397584.

¹²⁴ III K 233/30, Zb. Orz. 1930/VI poz. 211, Lex Polonica nr 2432560.

¹²⁵ Który ukierunkowany był na „unikanie dywagacji teoretycznych” i skierowania „dyskusji na drogę możliwie najszybciej wiodące do celu” (zob. A. Lityński, „Prace nad Kodeksem Karnym z 1932 r. Dyskusje nad zasadami części ogólnej”, w: „Od Rzeczypospolitej szlacheckiej do Rzeczypospolitej ludowej. Studia z dziejów prawa karnego”, Tychy 2005, s. 116.

nieumyślnego spowodowania śmierci. Zdaniem W. Makowskiego, surowsza odpowiedzialność karna za taki czyn jest słusznie wiązana z sytuacją, kiedy sprawca narusza ostrożność, do zachowania której był zobowiązany „z tytułu swego urzędu, zawodu lub przemysłu”¹²⁶. Refleksja ta pozostała bez echa w trakcie rzeczonych obrad¹²⁷, niemniej jednak już dnia następnego do zagadnienia nieostrożności powrócono podczas dyskusji nad kryminalizacją lekkiego uszkodzenia ciała. Brak jest natomiast debaty nad zagadnieniem ostrożności przy kontratypach, w szczególności przy obronie koniecznej¹²⁸. Podobnie zdawkowa czy wręcz nieistniejąca jest analiza problematyki ostrożności w przypadku przestępstw z części szczególnej, z istotą typizacji których szczególnie związane jest naruszenie normy ostrożności. O ile bowiem stosunkowo łatwo doszukać się samego pojęcia „nieostrożności” w tym kontekście, to jednak jest ono używane w zupełnie innym sensie, jako *terminus technicus*, oznaczający dzisiejszą świadomą nieumyślnością¹²⁹. Takiej interpretacji nie może podważyć nawet lektura projektu Kodeksu Wykroczeń wraz z jego uzasadnieniem, gdzie w szeregu miejsc występuje przymiotnik „nieostrożny” we właściwym dla dzisiejszej karnistyki rozumieniu tego słowa¹³⁰. Taka praktyka utrudnia co prawda odtworzenie ówczesnego stanu kształtowania się konstrukcji prawnych, lecz nie wydaje się, aby podważała sformułowaną powyżej hipotezę¹³¹. Wreszcie intuicję o braku dostrzegania problematyki norm ostrożności potwierdza analiza uzasadnienia art. 22 Prawa Wykroczeń z 1932 r.¹³², bowiem wyraźnie objaśnia się tamże, iż „sposób działania jest tutaj obojętny, wystarczy ustalenie, że przez działanie lub zaniechanie sprawca naraził inną osobę na jakiegokolwiek niebezpieczeństwo”¹³³.

W szczupłym natomiast uzasadnieniu projektu części ogólnej k.k. z 1930 r., a zwłaszcza w uzasadnieniu do art. 13 rzeczonego projektu, w którym określono winę umyślną i winę

¹²⁶ Protokoły Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego II RP, t. I, z. 1, (1921), s. 30 – oznaczane dalej skrótem PKKPK.

¹²⁷ Ewentualnemu przełożeniu tego spostrzeżenia na język ustawy stał na przeszkodzie sprzeciw J. Makarewicza wobec tworzenia nadmiernej kazuistyki.

¹²⁸ Uznano bowiem, że warunek współmierności obrony wynika z „samej nazwy obrony koniecznej, jak i przepisów o *excessus defensionis*” – zob. PKKPK, t. I, z. 3, s. 106.

¹²⁹ Uwidacznia to przykład przestępstwa nieumyślnego podpalenia, które w referacie J. Makarewicza opisywane jest jako sytuacja polegająca na „wzniesieniu ognia skutkiem nieostrożności, albo na umyślnym wzniesieniu ognia bez zamiaru wywołania pożaru”, a także następująca po nim dyskusja, w trakcie której E. Rapport wyraźnie optuje, aby „za winę nieostrożną karać zawsze” – zob. PKKPK, t. III, z. II, (1925), s. 17–21. Na podobną konwencję terminologiczną wprost wskazuje wcześniejsza wypowiedź W. Makowskiego, w której akcentuje się, iż rozwój przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo jest związany z faktem rozwoju techniki, który kreuje sytuacje wymagające „zachowania szczególnych ostrożności” (tamże, s. 10).

¹³⁰ Tak chociażby w uzasadnieniu do projektowanego art. 18 Kodeksu Wykroczeń, który penalizował czyny polegające na strzelaniu w miejscach publicznych lub na zachowaniu się osoby, która „w inny sposób obchodzi się nieostrożnie z bronią” (zob. PKKPK, t. V, z. I, (1929–1930), s. 39).

¹³¹ Hipotezę, której podstawą jest słuszne spostrzeżenie, iż „Die Formulierungen an sich können nicht als *tertium comparationis im historischen Vergleich* dienen”, zob. U. Müßig, „Recht und Justizhoheit”, Berlin 2003, s. 38.

¹³² Rozporządzenie prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. Prawo o wykroczeniach (Dz.U.1932.60.572). Zgodnie ze wzmiankowanym art. 22, karą grzywny do 1000 zł zagrożony był czyn osoby, która „przez niezachowanie niezbędnych środków ostrożności zagraża bezpieczeństwu publicznemu, jeżeli nie podlega karze na zasadzie art. 18–21”.

¹³³ PKKPK, t. V, z. I, (1929–1930), s. 44.

nieumyślną, konstatując rozróżnienie tej ostatniej na postaci lekkomyślności i niedbalstwa, zupełnie pominięty został aspekt nieostrożności¹³⁴. Co ciekawe, do warunku nieostrożności odwoływał się projekt w art. 18 – dotyczącym problematyki błędu co do „istoty czynu” – stojąc na stanowisku, iż błąd ten, o ile wynikał z „nieostrożności lub niedbalstwa”, może prowadzić do odpowiedzialności karnej za czyn nieumyślny¹³⁵.

W ostatecznej wersji, jaką przybrał k.k. z 1932 r., normę określającą „winę niemyślną” zakodowano w art. 14 § 2, nadając mu następującą formę: „§ 2. Przestępstwo nieumyślne zachodzi zarówno wtedy, gdy sprawca możliwość skutku przestępnego przewiduje, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że go uniknie, jak i wtedy, gdy skutku przestępnego lub przestępności działania sprawca nie przewiduje, choć może lub powinien przewidzieć.” W wypowiedzi komentarzowej odnoszącej się do tego przepisu W. Makowski uznaje nieostrożność za jedną z form nieumyślności¹³⁶, co zbieżne jest z zasygnalizowaną już konwencją terminologiczną; pojęcie normy ostrożności u tego autora nie pojawia się w ogóle¹³⁷.

Pojęcia „ostrożność” oraz „nieostrożność” występują również w orzecznictwie SN pod rządami k.k. z 1932 r. Trudno jednak znaleźć w nim stwierdzenia, które wskazywać mogłyby na rozwijanie tego pojęcia w kierunku współcześnie pojmowanej figury norm ostrożności.

Tak więc przykładowo w orzeczeniu III K 216/34, w którym przedmiotem rozpoznania był napad bandy młodocianych sprawców na pociąg z węglem, obrzucających konwojenta kamieniami (konwojenta, który ze względu na niemożliwość wychylenia się z wagonu oddał strzały w podłogę bez zachowania zwykłych środków ostrożności), SN, oceniając zaistniałą sytuację, stwierdził, że takie działanie „może być działaniem prawnem”¹³⁸. W orzeczeniu III K 82/34¹³⁹ podkreślono z kolei ogólnie, iż brak ostrożności oskarżonego w publikowaniu nieprawdziwych wiadomości „wystarcza dla ustalenia winy nieumyślnej”. Jako czysto podmiotowe, zrelatywizowane do stanu natężenia uwagi sprawcy, pojęcie ostrożności występuje w uzasadnieniu wyroku II K 1259/34¹⁴⁰, gdzie rozpatruje się je jako pytanie, czy „oskarżony

¹³⁴ PKKPK, t. V, z. III (1930), s. 22.

¹³⁵ Widać tutaj niespójność terminologiczną w stosunku do wzmiankowanego art. 13 – zob. PKKPK, t. V, z. III (1930), s. 32.

¹³⁶ W. Makowski, „Komentarz do Kodeksu Karnego z 1932 r.”, Warszawa 1933, s. 64 stwierdza: „K.K. zna nieumyślność w dwóch postaciach w formie lekkomyślności z jednej strony oraz w formie nieostrożności z drugiej strony”. Co ciekawe, autor ten sprzeciwia się pojmowaniu umyślności bądź nieumyślności jako związanych z winą, pisząc: „Stąd umyślność odnosi się nie do winy, ale do czynu naruszającego normę prawa karnego” (Idem, op.cit., s. 59).

¹³⁷ Również w kontekście rozważań na temat przestępstwa z art. 230 k.k. z 1932 r., tj. nieumyślnego spowodowania śmierci (zob. W. Makowski, „Komentarz...”, s. 520–522). Podobnie, autor nie zmienia swojego stanowiska w III wydaniu Komentarza z roku 1937, zob. W. Makowski, „Komentarz do Kodeksu Karnego z 1932 r.”, Warszawa 1937, s. 74–77, 652–654.

¹³⁸ Zb. Orz. 1934/X poz. 212, Lex Polonica nr 2463497.

¹³⁹ Zb. Orz. 1934/X poz. 210, Lex Polonica nr 2463495. W sprawie tej rozstrzygano odpowiedzialność karną sprawcy, który został oskarżony o występki z art. 170 k.k. z 1932 r. polegający na „rozpowszechnianiu fałszywych wiadomości, mogących wywołać niepokój publiczny”.

¹⁴⁰ Lex Polonica nr 2453346, Zb. Orz. 1935/VII poz. 268.

uważał na to, co się na jezdni dzieje”. Analiza dalszych rozstrzygnięć SN z okresu międzywojennego czyni zasadnym pytanie, czy pojęcie ostrożności jest tutaj używane jako termin języka prawnego, czy też po prostu w znaczeniu, jakie nadaje się mu w języku ogólnym¹⁴¹. Jeżeli można jednak pokusić się o jakieś powierzchowne uogólnienie tendencji w orzecznictwie, to stwierdzić wypadnie, że pojęcie ostrożności było relatywizowane w istocie rzeczy do sfery procesów intelektualno–wolicjonalnych sprawcy, a nieodnoszone wprost do jego zewnętrznego zachowania się.

Dla niektórych przedstawicieli doktryny nieostrożność jawi się jako składnik winy nieumyślnej. Egzemplifikacją takiego stanowiska jest pogląd W. Makowskiego. Zgodnie z ujęciem tego autora, jeżeli sprawcy nie można przypisać „złego zamiaru”, to w przypadku wystąpienia prawnokarnie relewantnego skutku, czyn jest albo wynikiem błędu albo nieostrożności¹⁴². Wypowiedzi autora nie do końca pozwalają na ustalenie, czy odnosi się on do charakterystyki przedmiotowej czynu czy raczej do elementu subiektywnego, jakim jest możliwość przewidywania popełnienia czynu zabronionego¹⁴³. Niemniej trudno zaryzykować przyjęcie, że wyodrębnia on obiektywny składnik winy, wobec braku którego nawet w przypadku istnienia koniecznego związku przyczynowego odpowiedzialność karna jest wykluczona¹⁴⁴. Natomiast autor bardziej skłonny jest wartościować przekroczenie normy ostrożności jako czynnik aktualizujący odpowiedzialność za wykroczenia¹⁴⁵.

Podobna niejasność terminologiczna uwidacznia się przy lekturze innych publikacji okresu międzywojennego. W swoim dziele o winie według koncepcji normatywnych, S. Glaser, referując wybrane koncepcje nauki niemieckiej, wspomina co prawda o nieobowiązkowości, stanowiącej

¹⁴¹ Pytanie to może być zasadne w kontekście sformułowania zawartego w orzeczeniu o sygn. akt III K 1533/34 Zb. Orz. 1935/VIII poz. 320, Lex Polonica nr 2465165, oddalającym skargę kasacyjną w sprawie o nieumyślne spowodowanie śmierci, co uzasadniono faktem „braku dołożenia należytej ostrożności i staranności w zabezpieczeniu dziecka przed wypadnięciem do kotła”. Jako związane z subiektywnym nastawieniem sprawcy wskazać należy orzeczenie III K 2021/36, w którym „zawinięcie nieumyślne” definiuje się jako „polegające na działaniu, pozbawionym niezbędnej ostrożności przy nabyciu lub przyjęciu przedmiotu w okolicznościach, które powinny wytworzyć w psychice sprawcy przypuszczenie, że przedmiot ten pochodzi z przestępstwa”. Bez ścisłego sensu do pojęcia tego nawiązuje się wyrok o sygn. akt III K 78/37, Zb. Orz. 1937/IX poz. 287, Lex Polonica nr 2485635, wpisując je w zbitkę wyrazową w postaci zachowania „wszelkiej ostrożności”.

¹⁴² W. Makowski, „Prawo karne...”, s. 179, na której wypowiada on znamienne słowa: „[sprawca – przypis M. B.] jakkolwiek świadomie krzywdy uczynić nie pragnął, uczynił ją przez nieostrożność, wina jego jest nieumyślna”.

¹⁴³ Do tej ostatniej interpretacji poglądów autora skłania zaszeregowanie przez niego subiektywnej możliwości przewidywania skutku należącego do znamion czynu zabronionego jako niepodważalnego domniemania (prawnego?), w przypadku sprawcy od którego porządek prawny takiego przewidywania wymaga. Zob. W. Makowski, „Prawo karne...”, s. 180.

¹⁴⁴ W. Makowski, „Prawo karne...”, s. 181.

¹⁴⁵ W. Makowski, „Prawo karne...”, s. 184, gdzie uniezależnia on ją od świadomości sprawcy. To, że nieostrożność ma doniosłość dla odpowiedzialności wykroczeniowej jest zbieżne z wpisem K Berezowskiego, ówczesnego sędziego SN w „Encyklopedii Podręcznej Prawa Karnego. Tom III”, red. W. Makowski, Warszawa 1936, s. 1082, zgodnie z którym: „O nieostrożności *expressis verbis* wspominają niektóre artykuły rozdziału III (...) Prawa o wykroczeniach, mianowicie: (...)”. Wreszcie zwrócić należy uwagę na fakt, że W. Makowski sytuuje przekroczenie obrony koniecznej jako działanie objęte właśnie winą niemyślną – zob. W. Makowski, „Prawo karne...”, s. 306.

jeden z elementów normatywnych winy¹⁴⁶, lecz przy tej okazji zwraca uwagę na fakt, że w niemieckiej nauce wykrystalizował się element przedmiotowy, oceniany przez pryzmat możliwości uniknięcia zachowania, jakim jest „ustalone przedmiotowo naruszenie obowiązku staranności, podmiotowo zaś zdolność sprawcy zaniechania realizacji istoty czynu”¹⁴⁷. Głębsza analiza tego opracowania wskazuje, że ostatecznie składania się on jednak do pojmowania rzeczonyj staranności w kategoriach budowania procesów woli¹⁴⁸.

Inne wątpliwości budzi natomiast odczytanie sformułowań, którymi posługują się S. Glaser oraz A. Mogilnicki w napisanym wspólnie Komentarzu do Kodeksu wykroczeń¹⁴⁹. Odnosząc się do pojęcia nieostrożności, które występuje w wielu przepisach część szczególnej rzeczonyj aktu normatywnego, autorzy ci stwierdzają, że zachowanie nieostrożne to zachowanie „w taki sposób, który może spowodować niebezpieczeństwo dla życia lub mienia”¹⁵⁰. S. Glaser oraz A. Mogilnicki akcentują przy tym, iż „orzeczenie powinno z całą ścisłością ustalić, na czym polegała nieostrożność i jakim niebezpieczeństwem groziła”¹⁵¹. Interpretacja tych wypowiedzi z pewnością nie jest łatwa; w każdym razie nie sposób wykluczyć i takiej ich wykładni, która wiązałaby analizowane pojęcie z charakterystyką strony przedmiotowej przestępstwa, acz – biorąc pod uwagę ówczesne tendencje – wydaje się, że taka wykładnia mogłaby być zaskakującą nawet dla autorów analizowanych wypowiedzi.

W jeszcze innym duchu zdaje się tłumaczyć pojęcie nieostrożności J. Makarewicz, który stwierdza, że na „nieostrożność” składa się zespolenie dwóch czynników, jakim jest działanie niebezpieczne z jednoczesną świadomością tego niebezpieczeństwa¹⁵². Na przewidywanie jako istotę karalnej nieumyślności wskazuje autor w szeregu wypowiedzi komentarzowych do przepisów części szczególnej k.k. z 1932 r.¹⁵³. W późniejszym wydaniu tego samego komentarza autor rozbudował swoje stanowisko wskazując, iż „nieprzestrzeganie przepisów porządkowych”

¹⁴⁶ Autor, referując koncepcję J. Goldschmita, pisał tak: „(...) można naruszyć normę obowiązkową nie działając z winą o ile można się powołać na powód usprawiedliwiający, wypadek wykluczonej (wylęczonej) nieobowiązkowości”. Kontynuując, autor ten dodawał: „Normatywny element winy <<nieobowiązkowość>> (Pflichtwidrigkeit) jest pozytywnym odpowiednikiem procesów usprawiedliwiających” – zob. S. Glaser, „Normatywna nauka o winie”, Warszawa 1934, s. 7.

¹⁴⁷ S. Glaser, op.cit., s. 8.

¹⁴⁸ O czym dobitnie świadczyć może choćby sformułowanie autora, iż pewne działanie „wskutek duchowego nacisku nie wydaje się podmiotowo naganne (nieobowiązkowe – pflichtwidrig)” (S. Glaser, op.cit., s. 15). Konkluzję taką zdają się potwierdzać dalsze wywody autora, w których podkreśla on iż, w przypadku nieumyślności sprawca „przy zachowaniu należytej staranności mógł i powinien dojść do przekonania, że swym zachowaniem bezprawnie urzeczywistnia jeden z typów przestępstwa” (S. Glaser, op.cit., s. 19).

¹⁴⁹ S. Glaser, A. Mogilnicki, „Prawo o Wykroczeniach. Komentarz”, Kraków 1934.

¹⁵⁰ S. Glaser, A. Mogilnicki, op.cit., s. 59.

¹⁵¹ Dodając przy tym zarazem, że należy odnieść się do „ogółu warunków konkretnego wypadku” – zob. S. Glaser, A. Mogilnicki, loc.cit.

¹⁵² J. Makarewicz, „Kodeks Karny z Komentarzem”, Lwów 1932, s. 62.

¹⁵³ J. Makarewicz, „Kodeks karny z komentarzem”, Lwów 1938, s. 503, aczkolwiek w pewnych momentach wskazuje na np. na „niestosowanie się do przepisów o prawie lotniczym” (idem, op.cit., s. 507).

stanowi jedną tylko z trzech przesłanek popełnienia czynu nieumyślnego¹⁵⁴.

Podsumowując ten okres rozwoju samoistnej polskiej refleksji prawniczej, stwierdzić należy, iż brak jest spójnego pojmowania norm ostrożności, w szczególności brak jest dostatecznych podstaw, aby uznać, że są one rozważone przez pryzmat możliwości lub powinności przewidywania sprawcy. Niemniej poszczególne wypowiedzi wybranych autorów, zwłaszcza J. Makarewicza, zwiastują już zmianę poglądów w tym zakresie w toku dalszej ewolucji polskiej karnistyki.

IV. Okres Polskiej Republiki Ludowej

Na pierwszy rzut oka kierunek myślenia zbieżny z głównym nurtem refleksji przedwojennej był widoczny w pierwszych opracowaniach powojennych. W jednej więc z pierwszych ważnych publikacji tego okresu S. Śliwiński przykładowo odnosi się do dwóch form winy nieumyślnej jakimi są „*nieostrożność (lekkomyślność) i niedbalstwo*”¹⁵⁵, przy czym nieostrożność w rozumieniu tego autora jest związana z pewną wadliwością powstawania woli. Dochodzi tu jednak do bardzo istotnego przesunięcia akcentów – jak się wydaje po raz pierwszy w takim zakresie w polskiej karnistyce. Aby oddać istotę tej zmiany, warto passus z pracy S. Śliwińskiego zacytować w szerszej postaci:

„Z tego wynika, że także w dziedzinie winy nieumyślnej ustawa, podobnie jak przy zamiarze, odsyła do pewnych norm pozaustawowych, którymi powinien się kierować człowiek, jeżeli nie chce, aby jego czyn spotkał się z potępieniem jako <<popełniony>> (art. 12 zdanie 2) lekkomyślnie lub z niedbalstwa. (...) bez znaczenia dla winy będzie okoliczność, że on wiedział o istnieniu art. 105 § 4, jeżeli tylko w świetle pozaustawowych norm obowiązkowości i staranności czyn jego zasługuje na potępienie społeczne, jeżeli w świetle tych norm uczynić należy zarzut nieobowiązkowości lub niestaranności (...).”¹⁵⁶

Powyższe rozważania autora zakorzenione są w jego wcześniejszych ustaleniach dotyczących winy nieumyślnej. Stąd też dorzeczne jest przytoczenie wcześniejszej wypowiedzi S. Śliwińskiego, sformułowanej w omawianym kontekście, mającej postać pewnego sylogizmu: „*Z przepisów prawa polskiego, w szczególności art. 14 § 1 wynika, że wina umyślna w prawie polskim nie ogranicza się do świadomości i woli wypełnienia strony przedmiotowej czynu, ale musi*

¹⁵⁴ J. Makarewicz, „Kodeks...”, Lwów 1938, s. 82, obok związku przyczynowego oraz przynajmniej możliwości „przewidzenia, że nieprzestrzeganie przepisów spowodzić może ową zmianę w świecie zewnętrznym”, wraz ze wskazaniem na orzeczenie SN o sygn. akt II K 275/36, zb.O. XII/ poz. 438, Lex Polonica nr 2468297, gdzie odwołano się do stwierdzenia, że „Zachowanie przepisów, regulujących pracę w danej produkcji, może nie być dostatecznym czynnikiem, który by uniemożliwił przypisanie winy wypadku, jeśli przepisy te w danych warunkach nie są wystarczające”.

¹⁵⁵ S. Śliwiński, „Prawo karne materialne”, Warszawa 1946, s. 271.

¹⁵⁶ S. Śliwiński, op.cit., s. 279–280.

obejmować ponadto świadomość tego, że sprawca źle działa. (...) sprawca może <<popęlnić przestępstwo, chociaż nie zna przepisu prawnego [art. 20 § 2 error iuris non exculpat], a skoro przy przestępstwie umyślnym musi <<chcieć popęlnić>>, źle czynić, to widocznie ustawa każe mu zwrócić uwagę na inne pozaustawowe normy oceny czynu, w świetle których dany czyn musi uchodzić za zły (...). Te pozaustawowe normy to normy etyczne, normy uczciwego, obowiązkowego postępowania w stosunkach społecznych, normy uczciwości społecznej”¹⁵⁷.

W ten sposób, wprowadzone za pomocą błędu do polskiej karnistyki, normy ostrożności w pierwszej kolejności ułożone są, analogicznie jak w nauce niemieckiej, na płaszczyźnie winy¹⁵⁸. Symptomatyczne jest wszak to, że ich inkorporowanie jest sprzężone z usprawiedliwieniem sprawcy, który nie tylko nie znał właściwego prawa, ale też nie aktualizowała się wobec niego inna norma, pozaustawowa, zobowiązująca go do przyswojenia sobie znajomości tego prawa¹⁵⁹. Pomimo tego, że ten wąski i szczególny kontekst powinien wykluczyć przydawanie jakiegoś szerszego znaczenia normom ostrożności w toku następnej ewolucji prawa karnego, to wkraść się tutaj chyba czynnik o charakterze zupełnie pozaprawnym, a mianowicie rozwój techniczny społeczeństwa. Rozwój ten sprawił, że regulacje o charakterze norm ostrożności stały się nagle wszechobecne i trudno było ten czynnik wyeliminować.

Powyższy wywód S. Śliwińskiego jest szczególnie charakterystyczny w przypadku jego zestawienia z wywodzącym się z tego samego czasu stanowiskiem W. Woltera, który w zasadniczym zrzębie powtarzał pojmowanie nieostrożności, które zarysował już E. Krzymuski¹⁶⁰. Komentując ujęcie k.k. z 1932 r. jedynie wspomina on o ogólnie ujętym obowiązku ostrożności, o którym można by zasadnie mówić, gdyby ówczesną definicję nieostrożności przeformatować w kierunku koniunkcji warunków powinności i możliwości przewidywania¹⁶¹. U tego autora brak jest systematycznego traktowania norm ostrożności, acz wykazuje on je jako jedną z przesłanek dopuszczalności zabiegów lekarskich¹⁶². Nie widzi natomiast ich miejsca wśród znamion czynu zabronionego¹⁶³.

Analiza dalszych prac podręcznikowych, publikowanych tuż po wojnie, poświęconych problematyce prawa karnego materialnego, potwierdza tezę, że to powojenne spojrzenie na nieumyślność i normy ostrożności odznacza się już nieco inną perspektywą. Uwidacznia się to chociażby już w samej siatce pojęciowej stosowanej przez powojennych autorów: nie ma tutaj

¹⁵⁷ S. Śliwiński, Wolter s. 250–251. Warto zauważyć, że sam ten fragment można by odczytywać także w inny sposób, a mianowicie jako pytanie o świadomość ujemności czynu jako wyznaczaną nie tylko przez normy prawne, lecz także przez normy społeczne.

¹⁵⁸ Chodzi tutaj o błąd co do prawa.

¹⁵⁹ S. Śliwiński, op.cit., Warszawa 1946, s. 280.

¹⁶⁰ W. Wolter, „Prawo karne”, Warszawa 1947, s. 271, mówiąc w tym kontekście o „*animum advertere*”.

¹⁶¹ W. Wolter, op.cit., s. 273.

¹⁶² W. Wolter, op.cit., s. 223.

¹⁶³ W. Wolter, op.cit., s. 132–143.

mowy o winie nieostrożnej, lecz o lekkomyślności i niedbalstwie, a brak należytej ostrożności staje się samoistną przesłanką odpowiedzialności karnej, choćby sprawca „*żadnego przepisu nie naruszył*”¹⁶⁴. Podobnie jest w innych publikacjach pochodzących już z lat 50-tych¹⁶⁵ oraz w opracowywanych ówczesnie projektach k.k.¹⁶⁶. W publikacjach z późniejszego okresu powinnoś przewidywania, istotną dla dookreślenia winy nieumyślnej, próbuje się mierzyć za pomocą ogólnego obowiązku przewidywania¹⁶⁷. Pojawiają się też w tym czasie publikacje poświęcone problematyce ostrożności¹⁶⁸. Niemniej nieobecne są zasadniczo rozważania wprost odnoszące się do norm ostrożności. Na tle tych rozważań, nieodnoszących się wprost do problematyki nieostrożności, wyróżniają się prace J. Sawickiego, który świadomie lokuje warunek przekroczenia normy ostrożności w płaszczyźnie winy¹⁶⁹. Właśnie ten autor może być wskazany jako pierwszy, który w sposób bardziej pogłębiony zajął się tą kwestią.

Wydaje się więc, że u progu kolejnego autorytarnego, narzuconego Polsce reżimu, pojawia się cząstkowa świadomość relewancji norm ostrożności w pewnych obszarach prawa karnego, co czyni z tej figury element podatny na dalszy rozwój i przeobrażenia¹⁷⁰.

Tak zarysowana problematyka norm ostrożności staje się wielokrotnie wykorzystywanym tworzywem dla konstruowania okoliczności wyłączających bezprawność czynu, co zarazem prowadzi do fundamentalnej zmiany w ich postrzeganiu. Pod tym względem wzrost liczby

¹⁶⁴ J. Nisenson, M. Siewierski, „*Kodeks karny i Prawo o wykroczeniach. Komentarz, orzecznictwo, przepisy wprowadzające i związane*”, Łódź 1947, s. 21.

¹⁶⁵ I. Andrejew, L. Lernell, J. Sawicki, „*Prawo karne Polski Ludowej*”, Warszawa 1950, s. 179, którzy dyskutując istotę winy nieumyślnej i zawartego w nim obowiązku przewidywania, nie mówią nawet o obowiązku ostrożności, lecz raczej o powinności przewidywania, „*który ciążył na nim [tj. na sprawcy – dopisek M.B.] stosownie do zasad współżycia, obowiązujących w okresie dyktatury proletariatu z punktu widzenia interesów mas pracujących*.”

¹⁶⁶ Tak więc przykładowo projekt Kodeksu karnego z 1956 r. operował pojęciem winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności i niedbalstwa (art. 9 tegoż projektu stanowił bowiem: „§ 1. *Przestępstwem z winy nieumyślnej jest przestępstwo popełnione z lekkomyślności lub niedbalstwa. § 2. Przestępstwo z lekkomyślności zachodzi, gdy sprawca przewiduje możliwość społecznie niebezpiecznego skutku swego czynu, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że tego skutku uniknie. § 3 Przestępstwo z niedbalstwa zachodzi, gdy sprawca nie przewiduje społecznie niebezpiecznego skutku swego czynu, choć może i powinien to przewidzieć*.” – zob. „*Projekt Kodeksu karnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej i przepisy wprowadzające*”, Warszawa 1956, s. 7; w tym też kontekście brak jest odesłań do norm ostrożności. Symptomatyczne jest to, że pod tym względem identycznie ujmowała kwestie Komisja Kodyfikacyjna przy Ministrze Sprawiedliwości („*Projekt Kodeksu karnego z 1963 r.*”, Warszawa 1963 r., którego art. 16 stanowił, że: „*Przestępstwo z winy nieumyślnej zachodzi: 1) gdy sprawca, uświadamiając sobie możliwość popełnienia czynu zabronionego przez ustawę karną, bezpodstawnie przypuszcza, że tego uniknie. 2) gdy sprawca nie uświadamia sobie możliwość popełnienia czynu zabronionego przez ustawę karną, choć powinien i mógł to sobie uświadomić*” – zob. Komisja Kodyfikacyjna przy Ministrze Sprawiedliwości, „*Projekt Kodeksu karnego*”, Warszawa 1963 r. s. 5).

¹⁶⁷ Tak rozumuje chociażby L. Lernell, „*Wykład prawa karnego. Część ogólna*”, Warszawa 1961, s. 122, pisząc, iż powinność przewidywania wynikać może „*zarówno z przepisów prawnych, instrukcji, jak i z ogólnych reguł postępowania*”. Zarazem jednak zaraz zaznacza on, że kryteria te zależne są od szeregu czynników.

¹⁶⁸ Zob. np. K. Buchała „*Należyta ostrożność w ruchu pojazdów mechanicznych a granice zaufania do przestrzegania przepisów przez innych użytkowników dróg publicznych*”, NP. 1959, nr 11 wraz z cytowaną tam literaturą. Podkreślić należy wszak, że ta figura nie zawsze spotykała się z równą aprobatą przedstawicieli doktryny, np. w swoich rozważaniach pomijał ją W. Świda, „*Prawo karne*”, Wrocław 1960.

¹⁶⁹ Autor ten w pracy „*O odpowiedzialności za błędny zabieg leczniczy. Problem winy*”, PiP 1954, z. 6, s. 1003 pisał o sytuacji błędu lekarskiego tak: „*<Błąd sztuki lekarskiej> jest kategorią obiektywną, zależną wyłącznie od stanu wiedzy medycznej na danym etapie rozwoju*”.

¹⁷⁰ Rozwój ten, jak całe prawodawstwo socjalistyczne, przebiegał wieloma krętymi drogami.

publikacji poświęconych zagadnieniom części ogólnej prawa karnego zdaje się wzmacniać istniejący w tym względzie chaos¹⁷¹. Dla wielu autorów warunek zachowania zgodnego z „*normami ostrożności*” jest jedną z przesłanek uchylenia bezprawności czynu, chociażby jako zachowania w granicach „*dopuszczalnego ryzyka*”, „*społecznej adekwatności czynu*” czy szeregu innych okoliczności, jak chociażby naruszeń cielesnych występujących w trakcie zabiegów leczniczych czy zawodów sportowych¹⁷². Konieczność zachowania się zgodnie z normami ostrożności zdaje się być akcentowana zwłaszcza przez tych autorów, którzy świadomi są gwałtownego rozwoju techniki w okresie powojennym, jak i zmieniającego się modelu kształcenia, oraz działalności legislacyjnej, która w coraz większym stopniu regulowała sposoby postępowania w sferach życia, które dotąd wymykały się zainteresowaniu prawodawcy¹⁷³. O tym, że ogólny konsensus co do pewnej prawnokarnej doniosłości norm ostrożności sprzężony jest w rozważaniach polskiej doktryny prawa karnego tego okresu z brakiem systematycznego ich wartościowania, świadczy chociażby analiza zapatrywań na to, czy przekroczenie normy ostrożności ma charakter definitywnie wyłączający odpowiedzialność karną (choćby przy założeniu spełniania innych, wyszczególnianych przez danego autora dla określonego kontratypu przesłanek), czy też nie. Dla wielu karnistów tego okresu poglądem słuszniejszym zdaje się być twierdzenie o „*wskaznikowym*” charakterze norm ostrożności¹⁷⁴.

Chronologicznie późniejszym jest pogląd o stanowieniu przez normy ostrożności immanentnego znamienia wszystkich typów czynów zabronionych. Jak wiadomo, autorem takiego zapatrywania w polskiej karnistyce jest A. Zoll, który sformułował je w kontekście polemiki ze zwolennikami tzw. teorii negatywnych znamion przestępstwa¹⁷⁵. Dzięki takiemu spojrzeniu, które odtąd stało się jednym z wyróżników tzw. krakowskiej szkoły prawa karnego, normę ostrożności podniesiono do statusu pewnego czynnika swoiście uniwersalnego. Samo brzmienie ustawy, a dokładniej przepisu części szczególnej k.k., pod tym względem – zdaniem A. Zolla – ma to znaczenie, że rozkłada ono w pewnych sytuacjach inaczej ciężar dowodu, nakazując jedynie oskarżycielowi publicznemu wyraźne udowodnienie przekroczenia normy ostrożności w

¹⁷¹ Co do szczegółowej charakterystyki mnogości wyrażanych w tej materii poglądów zob. rozdział II.

¹⁷² Wielokrotnie bowiem formułowany był warunek, iż przesłanką legalności takich czynów jest zachowanie „*regul obowiązujących w danej dyscyplinie sportowej*” (zob. np. L. Lernell, op.cit., s. 185). Sytuację taką niewątpliwie pogłębiał fakt, iż w ówczesnym stanie prawnym brak było regulacji w tym zakresie (nie przyjęto bowiem propozycji art. 23 z projektu Kodeksu karnego z 1963 r., który stanowił, iż, „*Nie popełnia przestępstwa, kto podejmuje czyn w granicach ryzyka dopuszczalnego ze względu na potrzeby życia społecznego, w szczególności nauki i postępu technicznego*”, zob. Komisja Kodyfikacyjna przy Ministrze Sprawiedliwości, „*Projekt*”, s. 6). Co do szczegółowego omówienia tych poglądów zob. rozdział II niniejszej pracy.

¹⁷³ Zgodnie z określeniem S. Wronkowskiej, jest to przejaw tzw. idealizmu administracyjnego, a więc dążenia do szczegółowego uregulowania każdej sfery życia. Co do kwestii rozwoju regulacji w różnych sferach ludzkiej aktywności i w konsekwencji w szczegółowych gałęziach prawa karnego, zob. rozdział II niniejszej pracy.

¹⁷⁴ Egzemplifikacją takiego stanowiska jest opinia A.J. Szwarcza, „*Karnoprawne funkcje regul sportowych*”, Poznań 1977, s. 196.

¹⁷⁵ Szczegółowa analiza tych poglądów została przeprowadzona w Rozdziale VII.

procesie karnym¹⁷⁶.

Pojęcie norm ostrożności jako czynnika warunkującego popełnienie przestępstwa nieumyślnego w latach 80-tych XX wieku pojawia się również w czasie dyskusji na reformę prawa karnego w okresie walki o demokratyczną suwerenność. Przygotowane ówczesnie od siebie niezależnie dwa konkurencyjne projekty, a mianowicie rządowy oraz tzw. solidarnościowy, zawierały w tej materii początkowo zdecydowanie różne rozwiązania postanowienia. I tak zgodnie ze społecznym (solidarnościowym) projektem zmian k.k. z 19 IV 1981 r. regulacje dotyczące pojęcia nieumyślności nie zostały uwzględnione¹⁷⁷. Natomiast zgodnie z ujęciem projektu rządowego z 1981 r. art. 7 § 2 ówczesnego k.k. miał uzyskać następujące brzmienie: „*Przestępstwo nieumyślne zachodzi wtedy, gdy sprawca narusza zasady ostrożnego zachowania się, których zgodnie z okolicznościami czynu i właściwościami osobistymi może przestrzegać i przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego bezpodstawnie przypuszcza, że tego uniknie, albo gdy możliwości takiej nie przewiduje, choć powinien i może przewidzieć*”¹⁷⁸. Propozycje takie były zbieżne z postulatami ówczesnej doktryny prawa karnego¹⁷⁹.

Łatwo zauważyć, iż takie też rozwiązanie jest bardzo zbliżone do brzmienia obecnie obowiązującego ujęcia, które było wielokrotnie poddawane krytyce ze względu na zarzut „*pomieszania strony podmiotowej i przedmiotowej*”¹⁸⁰. Co interesujące, projekt ten wyraźnie odwoływał się do „*zasad ostrożności*” także w przypadku ustawowego kontraktu eksperymentu¹⁸¹. Odnotować należy, że nieco później postulat taki znalazł wsparcie doktrynalne

¹⁷⁶ A. Zoll, „*Okoliczności...*”, s. 96.

¹⁷⁷ Zob. K. Barczyk, S. Grodziński, S. Grzybowski, „*Obywatelskie inicjatywy ustawodawcze solidarności: 1980–1990*”, Warszawa 2001, s. 240–241.

¹⁷⁸ Ministerstwo Sprawiedliwości, „*Projekt zmian przepisów Kodeksu Karnego*”, Warszawa 1981, s. XIX.

¹⁷⁹ Symptomatyczne pod tym względem jest stwierdzenie I. Andrejewa, „*Reforma prawa karnego*”, PiP 1981 z.7, s. 62, iż „*wprowadzenie do art. 7 § 2 k.k. zwrotu o zasadach ostrożnego zachowania się jest odbiciem rozwiniętej w doktrynie w ostatnim dziesięcioleciu teorii, że przestępstwa nieumyślne nie są prostą repliką przestępstw nieumyślnych, lecz że właściwe im jest również specyficzne naganne zachowanie się polegające na naruszeniu zasad ostrożności*”. W podobnym duchu wypowiadał się K. Buchała, „*Niektóre problemy nowelizacji części ogólnej prawa karnego*”, NP. 1981, z. 5, s. 90, stwierdzając, że: „*Określenie nieumyślności nie nasuwa zastrzeżeń, wykazuje natomiast istotną lukę. Nie wskazuje bowiem, że odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne może wchodzić w grę tylko wtedy, gdy sprawca narusza ciężący na nim obowiązek ostrożności – mogąc go przestrzegać stosownie do jego warunków umysłowych i fizycznych w sytuacji, w jakiej podejmuje decyzje określonego zachowania się*”. Przeciwno takiemu warunkowi „*winy nieumyślnej*” wypowiedzieli się ówczesnie m.in. L. Gardocki, „*O zakresie reformy prawa karnego*”, PiP 1981, z. 8, s. 102 oraz M. Szerer, „*Uwagi do projektu k.k.*”, PiP 1980, z. 5–6, s. 104. Zwolennikiem wprowadzenia warunku przekroczenia norm ostrożności był również A. Zoll, zapis referatu pt. „*Założenia reformy ustawodawstwa karnego*”, wygłoszony na zebraniu Towarzystwa Naukowego Prawa Karnego, Warszawa 1988.

¹⁸⁰ Tak chociażby A. Marek, J. Lachowski, „*Struktura nieumyślności w kodeksie karnym z 1997 r.*” w: „*Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*”, red. J. Majewski, Warszawa 2007, s. 20–21.

¹⁸¹ Art. 23a Projektu zmian Kodeksu karnego Ministerstwa Sprawiedliwości z 1981 r. stanowił: „*§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto działając w celu przysposobienia korzyści gospodarce narodowej albo w celu przeprowadzenia eksperymentów badawczych, leczniczych, technicznych lub ekonomicznych – spowoduje niebezpieczeństwo szkody, jeżeli spodziewana korzyść ma istotne znaczenie gospodarcze, poznawcze lub lecznicze, oczekiwania jej osiągnięcia są zasadne w świetle aktualnego stanu wiedzy, przy czym zostały zachowane zasady ostrożnego postępowania wyznaczone tym stanem wiedzy, a prawdopodobieństwo korzyści poważanie przekracza prawdopodobieństwo mającej wyniknąć szkody. § 2. Zgoda uczestnika przedsięwzięcia jest niezbędna, gdy skutki mogą dotknąć jego osoby.*” – zob. Ministerstwo Sprawiedliwości. Komisja do opracowania propozycji zmian prawa karnego, op.cit. s. 3. Ujawnia to

w pracy doktorskiej B. Mąkosy, napisanej i obronionej w ówczesnym Instytucie Państwa i Prawa PAN pod kierownictwem prof. L. Kubickiego, w ramach której autorka postulowała wprowadzenie do k.k. naruszenia norm ostrożności jako jednego z ustawowych warunków odpowiedzialności za przestępstwa nieumyślne, co związane było z ustaleniem rzeczzonej autorki – sformułowanym w toku badań empirycznych orzecznictwa sądowego – daleko idącej obiektywizacji odpowiedzialności¹⁸². Rzeczona autorka odnotowuje, że warunek taki wpisuje się zarazem w występujące ówczesnie tendencje międzynarodowej nauki prawa karnego¹⁸³.

V. Okres od 1989 r.

Wraz z odzyskaniem suwerenności przez RP i pełnej swobody dyskusji naukowej kiełkować zaczęły nowe koncepcje naukowe, nierzadko inspirowane rozwiązaniami zaczerpniętymi z ustawodawstw państw zachodnich. Dotyczy to w szczególności początku zainteresowania się przez polską naukę prawa karnego problematyką tzw. obiektywnego przypisania. Sformułowane zostały pierwsze poglądy, które relewancję norm ostrożności upatrują właśnie na tej płaszczyźnie¹⁸⁴.

Wprowadzone ostatecznie do k.k. z roku 1997 pojęcie nieostrożności spotkało się z różnymi reakcjami¹⁸⁵. Dla niektórych przedstawicieli doktryny uskuteczniła reforma prawa

proweniencje współczesnej regulacji.

¹⁸² Zob. B. Mąkosa, *„Przestępstwa nieumyślne przeciwko życiu i zdrowiu i ich sprawcy”*, niepubl. praca doktorska, Instytut Państwa i Prawa, Warszawa 1989, s. 455, gdzie stwierdza ona, że zarejestrowane przez nią w toku badań sądowych błędy w orzecznictwie w zakresie czynów nieumyślnych, *„jakimi są: opieranie orzeczeń o popełnieniu przestępstwa z winy nieumyślnej wyłącznie na obiektywnej przesłance spowodowania skutku oraz oderwanie orzekania o winie od ustaleń dotyczących subiektywnej strony przestępstwa (...) opieranie orzeczeń o popełnieniu przestępstwa w formie niedbalstwa wyłącznie na przesłance powinności przewidywania, o której wnioskuje się wyłącznie z faktu istnienia określonej normy ostrożności, a winę utożsamia się faktem jej naruszenia”*, przemawiają na rzecz „przyjęcia w kodeksie takiego rozwiązania”. Odnotować należy, że ta sama autorka wypowiadała się przeciwko rozumieniu „obiektywistycznie” owych norm ostrożności (eadem, s. 456), czego wyrazem była skonstruowana przez nią konstrukcja ówczesnego art. 7 § 2 k.k.: *„Przestępstwo nieumyślne zachodzi wtedy, gdy sprawca narusza zasady ostrożnego zachowania się, które powinien i może przestrzegać i przewidując możliwość popełnienia przez to czynu zabronionego, bezpodstawnie przypuszcza, że tego uniknie, albo gdy możliwości takiej nie przewiduje, choć powinien i może przewidzieć”* (zob. eadem, s. 458).

¹⁸³ Odwołując się w tym zakresie w szczególności do Rezolucji XII Kongresu AIDP, zgodnie z którą *„Odpowiedzialność karna za przestępstwa nieumyślne powinna być oparta na zachowaniu się naruszającym wymagane reguły ostrożności, a także na wadze powstałej szkody, która była przez sprawcę przewidziana, albo przynajmniej mogła być przewidziana, jak również – w przypadkach przewidzianych prawem – na stopniu niebezpieczeństwa związanego z naruszeniem owych reguł”*, zob. eadem, s. 460. Odnotować w tym miejscu należy, że ta praca doktorska, mimo jej wyróżnienia w konkursie PiP, nie stała się przedmiotem szerszej dyskusji naukowej i nie jest nawet cytowana przez A. Barczak–Oplustil, op.cit.

¹⁸⁴ Wyrazem takiego spojrzenia jest praca J. Giezka, op.cit. Oznacza to zarazem powrót do ich wiązania z problematyką bezprawności.

¹⁸⁵ Nadmienić należy, że takie stanowisko powiela kierunki regulacji, zaprezentowane już w poszczególnych projektach k.k. formułowanych w latach 90–tych, a co więcej, jak zauważono powyżej, wykazuje proveniencje wobec projektu rządowego z roku 1981. Przypomnieć bowiem należy, że choćby zgodnie z projektem k.k. w wersji z 1994 r. (zob. Komisja ds. Reformy Prawa Karnego *„Projekt Kodeksu Karnego”* PiP 1994, z. 2, „wkładka”, art. 9 § 2 miał uzyskać następujące brzemienie: *„Czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek nie zachowania ostrożności wymaganej w danych warunkach, mimo*

karnego w postaci nowej kodyfikacji spotkała się z dezaprobatą, co wiązało się równocześnie ze zgłaszaniem postulatów powrotu do regulacji obowiązującej pod rządami poprzedniego k.k. z 1969 r.¹⁸⁶. Co ciekawe, zauważyć należy, że nieostrożność rozumiano jako element przedmiotowy, charakteryzujący zewnętrzny sposób zachowania się sprawcy, co zbieżne jest, jak się wydaje, z intencjami opracowującej tekst k.k. Komisji Kodyfikacyjnej¹⁸⁷. Niemniej jednak samo to pojęcie nie narzuca takiej interpretacji, teoretycznie bowiem można zastanawiać się na relacjonowaniu tego zwrotu do stopnia uważności sprawcy.

W tym okresie pojawiły się też głosy kontestujące całkowicie doniosłość norm ostrożności dla prawa karnego. Autorem reprezentatywnego i najszerzej chyba cytowanego stanowiska w tym zakresie jest J. Majewski. Zdaniem tego autora, posługiwanie się normami ostrożności jest na gruncie prawa karnego całkowicie zbędne, gdyż *„jest pozbawione jakiegokolwiek wartości praktycznej, a nie daje też żadnych pożytków teoretycznych”*¹⁸⁸. Zdaniem tego autora, konieczność odwołania się do tej instytucji aktualizuje się wyłącznie dla tych, którzy zbyt szeroko zakreślają normę opisującą przestępstwo skutkowe, bowiem w każdym przekroczeniu normy sankcjonowanej zawarte jest naruszenie normy (norm) ostrożności¹⁸⁹. Innymi słowy, normy ostrożności są *„tylko nazwą zbiorczą dla przynajmniej niektórych spośród kryteriów interpretacyjnych, jakimi posługujemy się w procesie egzegezy, aby ustalić treść normy sankcjonowanej”*¹⁹⁰. Warto odnotować, że powołany autor optuje za uznaniem normy ostrożności, będącej w jego ujęciu normą techniczną sprzężoną z normą sankcjonującą, za nakazy aktualnej wiedzy¹⁹¹, które przedstawiają – w jego ocenie – doniosłość tylko w zakresie typów materialnych¹⁹². Pogląd J. Majewskiego – jak się wydaje – nie spotkał się z szerszym poparciem¹⁹³.

że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał lub mógł przewidzieć.” Identyczne było ujęcie projektu k.k. przekazanego przez J. Oleksego jako druk sejmowy 1274 i 1275 w dniu 18.08.1995 do Sejmu RP.

¹⁸⁶ Tak chociażby R. Zawłocki, *„Nieumyślność jako podstawa odpowiedzialności karnej – w poszukiwaniu kompromisu”* MP 2008, z. 11, s. 576.

¹⁸⁷ O tym, że pojmowanie norm ostrożności ma charakter przedmiotowy dobitnie świadczy szeroko cytowane stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu k.k. z 1997 r., *„Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami”*, red. I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczka, Warszawa 1997, s. 121, w którym jest wyraźne odwołanie się do zaprezentowanej już przez A. Zolla, w ślad za K. Buchalą, typologii: *„Reguły ostrożności są opracowane, w zależności od rodzaju ludzkiej aktywności, odnośnie określonych dóbr prawnych i dotyczyć mogą kwalifikacji działającej osoby, użytego w działaniu narzędzia lub sposobu realizowania zamierzonej czynności”*.

¹⁸⁸ J. Majewski, *„Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu (Zagadnienia węzłowe)”*, Kraków 1997.

¹⁸⁹ J. Majewski, op.cit., s. 82.

¹⁹⁰ J. Majewski, op.cit., s. 80.

¹⁹¹ J. Majewski, op.cit., s. 79.

¹⁹² Przy czym, jak zaznacza autor taki pogląd absolutnie nie oznacza nadania mu samodzielnego znaczenia w strukturze przestępstwa (por. J. Majewski, op.cit., s. 83–84).

¹⁹³ Acz podczas międzynarodowej konferencji poświęconej obiektywnemu i subiektywnemu przypisaniu we Wrocławiu w dniach 29–30 maja 2014 r., jak już podkreślono powyżej (zobacz powyżej przypis nr 7), doniosłość norm ostrożności dla prawa karnego kontestował również T. Kaczmarek. Przeciwno pogładowi J. Majewskiego o doniosłości norm ostrożności tylko na płaszczyźnie interpretacyjnej przemawia zwłaszcza to, że w procesie interpretacji norm, zwłaszcza pojmowanej jako zabieg ich derywacyjnego odtwarzania z przepisów aktów normatywnych, nie ma dowolności w posługiwaniu się kryteriami, które wpływać mogą na zakres zastosowania i zakres normowania, zwłaszcza gdy sens językowy wyrażen składających się na normę jest jasny. Trudno tutaj się dopatrzeć w normach ostrożności jakiejś odmiany dyrektywy funkcjonalnej wykładni, nie można bowiem zapominać,

Przypomnieć także należy, iż w roku 2003 opracowana została pierwsza monografia poświęcona wyłącznie problematyce norm ostrożności w prawie karnym autorstwa A. Barczak–Oplustil¹⁹⁴. Tezy tego opracowania naukowego zostały już wcześniej częściowo zarysowane, w związku z czym w tym miejscu wypadnie jedynie przybliżyć niektóre z nich, istotne dla umiejscowienia go w perspektywie historycznej¹⁹⁵. Już pierwsze zdania tego opracowania są niezwykle wymowne. Autorka stwierdza bowiem: „*Przedmiotem niniejszego opracowania są reguły postępowania. Reguły te, zgodnie z terminologią przyjętą w nim, określają jakie zachowania należy podjąć a jakich zaniechać w sytuacji niebezpiecznej, albo grożącej powstaniem niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, a także (a być może – a tym samym) określają, w jakim zakresie narażenie danego dobra na niebezpieczeństwo jest dopuszczalne (tzw. zakres dozwolonego ryzyka)*”¹⁹⁶. Takie nakreślenie rzeczonyj tematyki¹⁹⁷ ujawnia bowiem bardzo wiele o nastawieniu badawczym autorki, która apriorycznie zakłada, że normy ostrożności związane są z sytuacjami niebezpiecznymi. A. Barczak–Oplustil nie dokonuje samodzielnej próby określenia, jak pojmować należy niebezpieczeństwo, posługując się w tej mierze stwierdzeniem, iż „*pod tym terminem rozumie się w prawie karnym najczęściej taki układ przedmiotów lub zjawisk, z którym wiąże się prawdopodobieństwo wystąpienia ujemnie ocenianych skutków*”. Ze stwierdzeniem tym sprzężone jest odwołanie się do poglądu W. Radeckiego¹⁹⁸. Doniosłość reguł postępowania, których analizy podejmuje się autorka, związana jest w przekonaniu owej krakowskiej karnistki z faktem niezachowania wymaganej w danych okolicznościach ostrożności, a to „*stwierdzenie zakłada zasadniczo naruszenie wymaganych w obrocie norm ostrożności*”¹⁹⁹ i zarazem związane jest przez autorkę, zgodnie z nowszymi tendencjami w karnistyce, z charakterystyką przedmiotową czynu sprawcy²⁰⁰. Akcentuje ona relewancję reguł postępowania nie tylko dla

że dowolne kształtowanie zbioru tych dyrektyw istotnie wpływałoby na proces stosowania prawa, tym bardziej w świetle poglądów uznających wykładnię za część systemu prawa, co przynajmniej w perspektywie historyczno–kulturowej jest niezaprzeczalne.

¹⁹⁴ Praca ta nie została do dnia dzisiejszego opublikowana. Podczas pisania niniejszej rozprawy doktorskiej zwracałem się kilkakrotnie do Pani dr A. Barczak–Oplustil o jej udostępnienie. Mimo każdorazowych pozytywnych zapewnień, nigdy tej pracy od autorki nie uzyskałem, która ciągle zwodziła mnie, że zamierza ją w najbliższym czasie wydać, albo też prześle mi jej wersję elektroniczną. Udało mi się ją natomiast przeczytać dzięki własnym staraniom połączonym z wizytami w Krakowie i dzięki pomocy dr S. Tarapaty z UJ. Działanie p. A. Barczak–Oplustil – w ocenie autora – stanowi szkodliwe dla polskiej nauki kuglarstwo (co do pojęcia kuglarstwa, zob. K. Daszkiewicz, „*Traktat o zlej robocie*”, Warszawa 1974).

¹⁹⁵ Zabieg ten jest szczególnie celowy w świetle faktu, że do chwili obecnej praca ta nie została opublikowana.

¹⁹⁶ Tezę tę A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 96, (Cz I, rozdział III, pkt 5) zdaje się łagodzić w toku dalszych rozważań, kiedy stwierdza, że „*Tak więc uprawniona wydaje się teza, iż zachowania, przy których podejmowaniu konieczne jest zachowanie reguł postępowania, stanowią nierozłączny element naszego codziennego życia*”.

¹⁹⁷ W toku dalszych rozważań ich kontekst ujawnia, że chodzi tutaj o reguły postępowania relewantne dla prawa karnego, i to jest przedmiotem zasadniczego zrębu rozważań autorki, acz dokonuje ona pewnych prób analizy norm ostrożności także w sferze prawa cywilnego.

¹⁹⁸ A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 8, Cz I, rozdział I, pkt 2.1., gdzie autorka cytuje stanowisko W. Radeckiego zawarte w pracy „*Odpowiedzialność karna za naruszenie bezpieczeństwa i higieny pracy*”, Wrocław 1975, s. 48.

¹⁹⁹ A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 2, (Zagadnienia wstępne, pkt 1). Pod tym względem powieliła ona konwencję polskiej karnistyki jeszcze z lat 80–tych XX wieku (zob. rozważania powyżej).

²⁰⁰ Eadem, gdzie stwierdza, iż jest to jedno ze „*znamion określających czynność sprawczą*”.

czynów nieumyślnych, lecz także umyślnych, jak również dla różnych elementów struktury przestępstwa. Utożsamia ona występujące w prawie karnym reguły obchodzenia się z dobrem prawnym z normami ostrożności, wskazując na tożsamość zakresów ich desygnatów²⁰¹. Odnosząc się do prawa cywilnego i występującego tam pojęcia należytej staranności, stwierdza ona tożsamość tych reguł „*niezależnie od tego, czy nazwiemy je regułami staranności, czy zasadami współżycia społecznego*”²⁰² z regułami postępowania na obszarze prawa karnego. A. Barczak–Oplustil opiera się na typologii przedmiotowej norm ostrożności stworzonej w polskiej karnistyce przez A. Zolla, wyróżniając w ślad za nim reguły postępowania określające kwalifikacje podmiotu wchodzącego w kontakt z dobrem prawnym, reguły określające cechy narzędzia używanego w kontakcie z dobrem prawnym, oraz reguły postępowania dotyczące sposobu wykonania czynności w kontakcie z dobrem prawnym, przy czym zdecydowanie najważniejszy charakter autorka zdaje się przypisywać, w ślad za poglądami pewnej części doktryny, tym ostatnim²⁰³. Klasyfikacja ta u autorki odgrywa niebagatelną zresztą rolę, gdyż aprobeuje ona poglądy A. Zolla, iż typ naruszonej reguły ostrożności rzutować może na odpowiedzialność karną²⁰⁴.

Dla prawidłowego zrozumienia koncepcji autorki konieczne jest wyjaśnienie jeszcze, że uznaje ona, ze względu na argumenty semantyczne²⁰⁵, że reguły ostrożności oznaczać wypada mianem reguł postępowania, z zaznaczeniem zarazem, iż „*nie każda reguła postępowania jest regułą ostrożności i (albo, lub) regułą staranności*”²⁰⁶. Taka konwencja terminologiczna ujawnia bardzo istotne założenie aprioryczne, a mianowicie przyjęcie, iż „*reguły ostrożności*” są dyrektywami postępowania. Tego tematu autorka w dalszym toku swoich rozważań nie rozwija.

Analizując genezę norm ostrożności we współczesnym prawie karnym A. Barczak–Oplustil konstatuje, iż ze względu na to, że „*początkowo nieumyślność i umyślność uznawane były*

²⁰¹ Zdaniem autorki, pierwsze pojęcie związane było z pojęciem bezprawności, drugie natomiast z pojęciem nieumyślności – zob. A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 14 (Cz I rozdział I, pkt 2.1).

²⁰² A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 17 (Cz I rozdział I rozdział 2.2.). Szczególnie interesujące jawi się wiązanie reguł postępowania z zasadami współżycia społecznego, gdyż już sama nazwa tych ostatnich wskazuje, że w tym przypadku nie mamy do czynienia z normami postępowania, lecz z pewnym nakazem optymalizowania konfliktujących wartości, których adresatem jest organ stosujący prawo (zob. co do tego zagadnienia M. Kordela, „*Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*”, Poznań 2012).

²⁰³ A. Barczak–Oplustil, op.cit., (Cz I, Rozdział II, pkt 3.1.3) s. 23. Symptomatyczne jest to, że autorka nie odwołuje się do artykułu A. Zolla, który po raz pierwszy tę typologię rozwinął w nawiązaniu do wcześniejszych propozycji K. Buchały, „*Bezprawność przestępstw nieumyślnych oraz wyłączające je dozwolone ryzyko*”, Warszawa 1971, s. 122), wspominając jedynie enigmatycznie iż jest ona przyjęta w „*polskiej doktrynie*”, a na poparcie tej tezy wskazuje, z uporem multirecydywisty, wyłącznie dwóch autorów: A. Zolla i K. Buchały.

²⁰⁴ Chodzi tutaj o pogląd A. Zolla, „*Brak wymaganych...*”, s. 249, por. A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 23 (Cz. I, rozdział II, pkt 3.1.1.). Co do omówienia tych poglądów, zob. poniżej.

²⁰⁵ Których to autorka bliżej nie przedstawia, posługując się jedynie odwołaniem do „*warstwy semantycznej*” pojęć „*ostrożność*” i „*staranność*” oraz stwierdzenia, że w pewnych przypadkach charakter danej sytuacji wyklucza określenie jej jako nieostrożnej. Otóż już w tym miejscu zauważyć należy, że niejasne jest o jakim języku mówi autorka: czy chodzi tutaj o warstwę semantyczną standardowej polszczyzny, języka potocznego, czy języka prawniczego. Zaznaczyć należy, że język naukowy aspirować musi przede wszystkim do precyzji pojęć, nawet za cenę wytykanej przez autorkę sztuczności. Co więcej, A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 101, (Cz. II, rozdział I) przedkłada niejasno pojmowaną semantykę nad wyraźne wskazanie ustawodawcy, zawarte choćby w art. 115 § 2 k.k.

²⁰⁶ A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 24 (Cz. I, rozdział II, pkt 3.2).

za formy winy (zgodnie z psychologiczną oraz kompleksową normatywną koncepcją winy), przeto kwestia naruszenia norm ostrożności uważana była także za element winy²⁰⁷. Dodać należy, że oczywiście taki skrót myślowy oznaczać ma poglądy niemieckiej doktryny u progu wieku XX²⁰⁸; natomiast jeszcze bardziej frapujące jest stwierdzenie autorki, iż w pod rządami polskiego k.k. z 1932 r. warunkiem przyjęcia winy nieumyślnej było naruszenie norm ostrożności. Ze względu na doniosłość tego stwierdzenia dla prowadzonych tutaj rozważań, warto zacytować je w szerszym kontekście: „Wprawdzie w definicji winy nieumyślnej zawartej, czy to w art. 14 § 2 k.k. z 1932 r., czy to w art. 7 § 2 k.k. z 1969 r. nie zostało, w przeciwieństwie do aktualnie obowiązującej regulacji, *expressis verbis* wyrażone naruszenie norm ostrożności jako warunek sine qua non przyjęcia nieumyślności (winy nieumyślnej), jednakże istnienie powyższej zależności nie budziło wątpliwości²⁰⁹. Co więcej, zdaniem autorki w ówczesnym okresie toczyła się już debata na temat tego, czy „*płaszczyznę*” reguły ostrożności, ze względu na „*jej obiektywno – generalny charakter*” powiązać należy z elementem bezprawności²¹⁰.

Dalszy zasadniczy zrąb pracy A. Barczak–Oplustil poświęcony jest przeglądowi poglądów na sytuowanie norm ostrożności w prawie karnym²¹¹: ze względu na zasadniczo sprawozdawczy charakter tych rozważań, pominięte zostaną w niniejszym przedstawieniu.

Tak zarysowane pole rozważań prowadzi do poglądu, iż normy ostrożności (reguły postępowania w terminologii krakowskiej autorki) wiązać należy z płaszczyzną znamion przedmiotowych czynu zabronionego²¹². Pomijając nieco chaotyczny układ rozważań zamieszczonych w tym rozdziale²¹³, zdaje się ona odrzucać, w ślad za J. Giezkiem, twierdzenie,

²⁰⁷ A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 33 (Cz. I, rozdział II, pkt 3.2)

²⁰⁸ To swoiste pojmowanie „*początkowości*” przypomina blisko pojmowanie „*polskiej doktryny*” i świadczy o jakości warsztatu metodologicznego autorki. Co więcej, jak zostanie to wykazane w toku bliższej analizy w rozdziale V w ogóle w rzeczonym okresie nie dyskutowano pojęcia norm ostrożności, a jedynie ogólnie natknąć się można na rozważania dotyczące pojęcia ostrożności, co zresztą ujawnia się nawet w zdawkowo przytoczonej przez autorkę literaturze przedmiotu (zob. A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 33–34, Cz I, Rozdział III, pkt 1).

²⁰⁹ Autorka odwołuje się w tym akapicie (zob. A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 35, Cz I, rozdział III, pkt 1) jedynie do dwóch stanowisk, nota bene pochodzących z lat 60 i 70–tych, tj. prac W. Mąciora, „*Problem przestępstw nieumyślnych na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*”, ZNUJ, Kraków 1968 r., s. 29 i n., oraz K. Buchały, „*Przypisanie skutku stanowiącego znamię nieumyślnego deliktu w polskim prawie karnym*” w: „*Materiały polsko – niemieckiego sympozjum prawa karnego*” red. T. Kaczmarek, Karpacz 1990, s. 29. Konkluzja ta odbiega od analizy orzecznictwa, chociażby stwierdzenia zawartego w powoływanym orzeczeniu II K 275/36, iż, „*Przesłanką zatem, uzasadniałaby skazanie oskarżonego nie jest zatem przekroczenie tych lub owych przepisów, normujących bieg pracy w górnictwie*”. Na koniec zaznaczyć należy, iż opierając się na tym *passusie* uznać można by autorkę za zwolenniczkę twierdzenia, iż art. 9 k.k. podaje definicję odmian winy (sic!).

²¹⁰ W tym miejscu A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 34 (Cz I, rozdział III, pkt 1) również nie powołuje choćby jednego stanowiska (z literatury, orzecznictwa), który by ową konkluzję mógł potwierdzać. Nie trzeba chyba nadto akcentować, że taka analiza znacząco różni się od obserwacji poczynionych w niniejszym opracowaniu.

²¹¹ A. Barczak–Oplustil, op. cit., omawia tutaj kolejno: „*społeczną adekwatność zachowania*” (s. 46 i n., Cz I, rozdział III, 2.3), „*dozwolone ryzyko*” (s. 51 i n., Cz I, rozdział III, pkt 2.4), „*kontratyp sportowy*” (s. 60 i n., Cz I, rozdział III, pkt 2.6), „*błąd w sztuce lekarskiej*” (s. 63 i n., Cz I, rozdział III, pkt III, 2.7), „*zgodę dysponenta dobrem*” (s. 68 i n., Cz I, rozdział III, pkt 2.8,) oraz „*inne poglądy*” (s. 72 i n., Cz I, rozdział III, pkt 2.9).

²¹² Zob. A. Barczak–Oplustil, op. cit. s. 73 i n (Cz I, rozdział III, pkt 3).

²¹³ Autorka wprawdzie zakłada, że szczegółowe rozważenie poglądu, czy normy ostrożności są znamieniem typu czynu zabronionego będzie przedmiotem II części pracy, a w rozdziale III omówione zostaną ewentualne konsekwencje takiego poglądu, po czym, (eadem, op. cit., s. 76, Cz I, rozdział III, pkt 3.2) stwierdza, że szczegółowa analiza

że typy nieumyślne mają charakter otwarty²¹⁴. Prezentuje ona także poglądy nauki niemieckiej na kwestie tzw. obiektywnego przypisania skutku, kontrastując je z rozważaniami nauki polskiej²¹⁵. Co istotniejsze dla charakterystyki historycznej ewolucji poglądów polskiej karnistyki w owym zakresie, A. Barczak–Oplustil polemizuje z poglądami tych przedstawicieli nauki niemieckiej, którzy kwestionują użyteczność norm ostrożności dla prawa karnego. W szczególności odrzuca ona – w sposób zdecydowanie słuszny – przykłady, którymi epatują przeciwnicy posługiwania się normami ostrożności na gruncie prawa karnego²¹⁶, co połączone jest z zastrzeżeniem, iż podziela ona jednak pogląd J. Majewskiego, który jej zdaniem opowiada się przeciwko (samoistnemu) wartościowaniu norm ostrożności na płaszczyźnie nieumyślności, i z którym różni się w zakresie „*kwestii terminologicznych niż merytorycznych*”²¹⁷. Sprawozdawczą część tej pracy kończy stwierdzenie, z którego można by odnieść wrażenie, iż „*reguły ostrożności*” mają niekwestionowane znaczenie dla współczesnego prawa karnego²¹⁸.

Polemizując natomiast z poglądami przeciwników postrzegania norm ostrożności, krakowska autorka zauważa, że pewne czynności z samej swojej istoty są nieostrożne, co dotyczy chociażby często przywoływanego w tym kontekście kazusu studenta odsuwającego krzesło²¹⁹.

W drugiej części swojej rozprawy A. Barczak–Oplustil wyraźnie konstruuje zrzęb swoich poglądów, których krótka prezentacja jest szczególnie istotna dla zobrazowania stanu rozwoju polskiej dogmatyki u progu III tysiąclecia. Szczególnie wymowne dla poglądów rzeczzonej autorki jest stwierdzenie, iż „*naruszenie reguł postępowania stanowi znamię normy sankcjonowanej, bez względu na to czy zostało ono wyrażone w przepisie prawa karnego expressis verbis, czy też nie*”²²⁰, któremu to autorka nadaje również bardziej charakterystyczną postać, tj. jako obejmującą nie konkretną normę postępowania, ale jej pewną generalizację²²¹. Zdecydowanie kontestuje ona również pogląd, zgodnie z którym reguła postępowania mogłaby być postrzegana jako pewien

konsekwencji „*jakie niesie ze sobą zawarcie naruszenia reguł postępowania expressis verbis w przepisie karnym ustaw*” zostanie również omówiona w części II.

²¹⁴ Dokładne ustalenie poglądów w tym zakresie jest o tyle trudne, że Część I, rozdział III, pkt 3.3 (eadem, op.cit., s. 77–79) omawianego opracowania ma charakter głównie sprawozdawczy.

²¹⁵ W Części I pracy nie wiąże się to jednak z podjęciem dyskusji na temat rzeczzonej koncepcji (A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 79–89, rozdział III, pkt 3.3).

²¹⁶ Chodzi tutaj o słynny w nauce prawa karnego przykład studenta odsuwającego dla żartu koledze podczas przemówienia krzesło, który siadając się rani (por. np. E. Schmidhäuser, „*Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung*” w: „*Festschrift für Friedrich Schaffstein*“, G. Grünwald (red.), Göttingen 1975, s. 135). Dyskusja z tym poglądem jest przedmiotem rozważań w rozdziale VII pracy.

²¹⁷ A. Barczak–Oplustil, op. cit., s. 100 (Cz. II., rozdział I).

²¹⁸ Trudno bowiem inaczej odczytać stwierdzenie autorki (A. Barczak–Oplustil, op. cit., s. 100, Cz I, rozdział III, pkt 5), iż autorzy Ci, kwestionujący ich doniosłość – w stosunku do norm ostrożności: „*przesuwają to kryterium pod inną postacią na inną płaszczyznę struktury przestępstwa*”.

²¹⁹ W tym też zakresie – zob. A. Barczak–Oplustil, op. cit., s. 132, (Część II, rozdział VI pkt 1.1) – obserwacja autorki jest w pełni trafna.

²²⁰ A. Barczak–Oplustil, op. cit., s. 104 (Cz. II, rozdział II, pkt 2.4.). Z perspektywy niniejszych rozważań szczególnie interesujące jest przyjęcie przez autorkę teorii dwóch norm sprzężonych jako podstawowej treści normatywnej przepisów prawa karnego.

²²¹ A. Barczak–Oplustil, op. cit., s. 112, (Cz. II, rozdział II, pkt 5.2.4.).

kontratyp: przeciwko temu przemawia jej zdaniem zwłaszcza to, że funkcja tych reguł jest niezależna od realizacji typu przestępnego²²². Poglębione rozważania na temat stopnia konkretyzacji reguł postępowania prowadzą autorkę do stwierdzenia, że w celu ustalenia, czy podmiot zachował rzeczone reguły postępowania uwzględnione musi być to, co uczyniłby „modelowy dobry obywatel znajdując się w sytuacji sprawcy”²²³, co jest zabiegiem stosowanym także do odpowiedzi na pytanie o poziom wymaganej ostrożności²²⁴, dopuszczając zarazem jej stopniowanie w wzwyż²²⁵. Opowiada się ona za obiektywnym pojmowaniem „*norm ostrożności*”, które w przypadku ich „*skodyfikowania*”, tj. ujęcia w aktach normatywnych, wyznaczają treść reguł postępowania. Analiza ich charakteru prowadzi krakowską autorkę do wniosku, że jest ona „*wypowiedzią o charakterze dyrektywalnym, stanowiącą normę postępowania z cechami dyrektywy celowościowej*”²²⁶. Większe trudności nastrocza autorce określenie treści reguł postępowania, co związane jest z chyba z faktem braku „*dokładnej miary*” jak daleko dopuszczalna jest nieostrożność zachowań. Reguły ostrożności pojmuje ona jako normy o charakterze nakazującym.

Dokonując końcowego przeglądu norm ostrożności w świetle poszczególnych elementów struktury przestępstwa autorka sygnalizuje szereg dalszych problemów²²⁷. Postuluje ona, aby błąd co do norm ostrożności traktować analogicznie jak błąd co do klauzuli normatywnej zachowania wbrew przepisom, a więc w kategoriach błędu co do prawa²²⁸. Wreszcie zaznacza doniosłość norm ostrożności dla wszystkich typów przestępstw, z wyjątkiem jednak przestępstw popełnianych w formie usiłowania nieudolnego²²⁹.

Podsumowując skrótowy z konieczności przegląd opracowania A. Barczak–Oplustil stwierdzić należy, iż stanowi on pełne i w wielu miejscach konstruktywne rozwinięcie poglądów tzw. szkoły krakowskiej, a zwłaszcza poglądów A. Zolla. Obrazuje ona zarazem swoiste apogeum tego kierunku myślenia, potwierdzającego żywotne zainteresowanie polskiej dogmatyki problematyką norm ostrożności u progu XXI wieku.

W ostatnim okresie symptomatyczna jest zmiana kierunku dyskursu w polskiej karnistyce, która w pewnym zakresie dystansuje się od spoglądania na normy ostrożności jako problematykę

²²² A. Barczak–Oplustil, op. cit., s. 111, (Cz. II, rozdział II, pkt 5.2.3.), zgodnie ze stwierdzeniem samej autorki: „*Zachowania zgodne z regułami postępowania są dozwolone niezależnie od tego, że nie zrealizowały one znamion typu czynu zabronionego*”.

²²³ A. Barczak–Oplustil, op. cit., s. 114, (Cz. II, rozdział III, pkt 1).

²²⁴ A. Barczak–Oplustil, op. cit., s. 126, (Cz. II, rozdział III, pkt 7).

²²⁵ A. Barczak–Oplustil, op. cit., s. 127, (Cz. II, rozdział III, pkt 7). Autorka posługuje się tutaj analogią z prawem cywilnym i kategorią przedsiębiorców.

²²⁶ A. Barczak–Oplustil, op. cit., s. 119, (Cz. II, rozdział III, pkt 4).

²²⁷ Jak chociażby problem dookreślenia rodzaju naruszonych reguł ostrożności, o których stanowi art. 115 § 2 k.k. – zob. A. Barczak–Oplustil, op. cit., s. 131, (Cz. II, rozdział V, pkt 2) bez dyskusji nad sformułowaną wszak wcześniej w tym zakresie propozycją W. Konarskiej–Wrzostek – co do której zob. poniżej rozdział IV).

²²⁸ A. Barczak–Oplustil, op. cit., s. 135, (Cz. II, rozdział VI, pkt 2).

²²⁹ A. Barczak–Oplustil, op. cit., s. 135–138, (Cz. II, rozdział VI, pkt 2 – rozdział VIII).

znamion czynu zabronionego. Choć nadal spotkać można pisane w tym duchu artykuły polemiczne – zwalczające pogląd wiążący normy ostrożności z płaszczyzną bezprawności²³⁰ – wydaje się, że punkt ciężkości przeniósł się na dyskusję nad zaczerpniętą z nauki niemieckiej koncepcją tzw. obiektywnego przypisania skutku, która w wyrażnie odmienny sposób niż dotychczasowa dogmatyka prawa karnego ustosunkowuje się do poszczególnych elementów struktury przestępstwa. Tworzona tutaj z wyraźnym uporem bezkształtna synteza przesłanek owego obiektywnego, a ostatnio także subiektywnego przypisania skutku, forsowana zwłaszcza przez część polskich profesorów obeznanych z osiągnięciami nauki niemieckiej lat 80-tych i 90-tych XX wieku – mimo kasandrycznych głosów czołowych przedstawicieli samej najnowszej nauki niemieckiej – oznaczać może kolejny zwrot w historii polskiego prawa karnego. Taki zwrot byłby wielopłaszczyznowy i trudno w tym momencie oceniać jego doniosłość²³¹.

²³⁰ Co do przedstawienia stanowisk zgłaszanych w najnowszej literaturze zob. Rozdział VII niniejszej pracy.

²³¹ Na szczęście, wskutek odstąpienia od projektu zmian k.k. forsowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego przy Ministerstwie Sprawiedliwości w latach 2012–2014, zagrożenie to przynajmniej częściowo wydaje się być zażegnane.

Rozdział II

Normy ostrożności w szczegółowych gałęziach prawa karnego

I. Uwagi wstępne

W niniejszym rozdziale przedmiotem rozważań są normy ostrożności w szczegółowych gałęziach prawa karnego i przez to zarazem w różnych sferach ludzkiej aktywności. Stanowią one w zamiarze autora punkt wyjścia do teoretyczno-prawnych rozważań zawartych w dalszej części pracy.

Na współczesnym etapie rozwoju polskiej karnistyki nie może ulegać wątpliwości, że przekroczenie normy ostrożności jest czynnikiem relewantnym z punktu widzenia prawa karnego²³². Hipotezą niniejszej pracy jest to, że może ono w sposób wręcz decydujący warunkować odpowiedzialność karną i może też mieć wpływ na wymiar kary w różnych płaszczyznach. Co więcej, jak już zaznaczono powyżej, stanowią one również nie od wczoraj, przedmiot zainteresowania nauki prawa karnego, nie tylko zresztą polskiego, która szczególnie intensywnie zajmowała się nimi w rozważaniach w z tzw. szczegółowych dziedzin prawa karnego.

Rozważając więc w dalszym toku normy ostrożności w owych szczegółowych dziedzinach prawa karnego, w ślad za dorobkiem polskiej literatury karnistycznej w tym zakresie, bardziej rozbudowane analizy poświęcone im zostaną w kontekście poszukiwania kryteriów odpowiedzialności za: tzw. naruszenia sportowe²³³, błąd w sztuce lekarskiej²³⁴ oraz spowodowanie wypadku komunikacyjnego²³⁵. Charakterystyczne jest to, iż badacze zajmujący się stykiem prawa karnego z owymi trzema dziedzinami życia niezależnie od siebie dochodzą do wspólnego przekonania w sprawie istnienia pewnych wytycznych ostrożnego postępowania. Co więcej, znamienne jest to, że konstatacje takie wysłowione zostały zdecydowanie wcześniej od preforsowania koncepcji, której wyrazem jest obecne brzmienie przepisu art. 9 § 2 k.k.²³⁶.

²³² Terminologia ta („przekroczenie normy”) zaczerpnięta jest z opracowania Z. Ziemińskiego „Logika praktyczna”, Poznań 1997, s. 233.

²³³ Termin ten został wprowadzony do polskiej doktryny prawa karnego przez A.J. Szwarcę, „Sport a Prawo Karne”, Poznań 1971, s. 7, na której stwierdza on, że: „Proponuje się, by powyższą kategorię wypadków towarzyszących uprawianiu sportu określać w niniejszym opracowaniu mianem *n a r u s z e ń s p o r t o w y c h*.”. Natomiast innym problemem jest kwestia wypadków sportowych, niespowodowanych przez zawodników, a dotyczących kibiców. Na ten temat zob. R.V Sastre „La violencia en el deporte: Tratamiento en el Derecho penal español”, Letras jurídicas 2007, z. 5.

²³⁴ Czyli przeprowadzenie zabiegu o charakterze leczniczym niezgodnie z wymogami sztuki lekarskiej, zob. J. Sawicki, „Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym”, Warszawa 1965.

²³⁵ Jednym z pierwszych kompleksowych opracowań tego zagadnienia na gruncie dogmatyki polskiej jest praca K. Buchały, „Bezprawność przestępstw nieumyślnych oraz wyłączające je dozwolone ryzyko”, Warszawa 1971.

²³⁶ I co warte jest szczególnego podkreślenia, nie chodzi tutaj tylko o refleksje doktrynalną, ale o również o stanowisko orzecznictwa – zob. np. orzeczenie RG (RGSt 30, 25, 28, czy 57, 172, 173, a także BGHSt 7, 112, 115.) określające normy ostrożności jako „die durch das menschliche Zusammenleben allgemein gebotene biligte Rücksicht auf

Bardziej szczegółowa analiza ujawnia jednak – o czym niżej – pewne istotne rozbieżności wśród badaczy zajmujących się różnymi, a wskazanymi wyżej, obszarami prawa karnego.

II. Normy ostrożności w prawie karnym sportowym

W pierwszej kolejności spojrzeć należy na normy ostrożności na pierwszym z wymienionych obszarów, tj. w sporcie. Poczynić należy jednak pewne ustalenie terminologiczne, a mianowicie, iż w niniejszym rozdziale terminem „sport” będziemy się posługiwać według zmodyfikowanej definicji wobec tej zaproponowanej pierwotnie przez J.A. Szwarca²³⁷, zgodnie z uwagą terminologiczną sformułowaną we wstępie opracowania.

1) Przegląd koncepcji wyłączenia odpowiedzialności karnej sportowca za naruszenia sportowe

Refleksja nad normami ostrożności w sporcie jest czynnikiem, który materializuje się wobec poszukiwań odpowiedzi na pytanie, jak w przekonujący i dogmatycznie spójny sposób uzasadnić brak odpowiedzialności karnej sportowców wypełniających znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary. W tym kontekście formułowane są rozmaite warunki i teorie²³⁸. Problem ten staje się szczególnie wyrazisty wobec braku ustawowej regulacji tego problemu w obowiązującym k.k., ani też w innych aktach normatywnych²³⁹. Znane są natomiast przykłady

Gesundheit und Leben anderer”.

²³⁷ Konieczność posłużenia się tą definicją wynika z błędu *ignotum per ignotum*, którym obarczona jest definicja legalna sportu zamieszczona w art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z dnia 15 lipca 2010 r.), stanowiąca, iż: „sportem są wszelkie formy aktywności fizycznej, które przez uczestnictwo doraźne lub zorganizowane wpływają na wypracowanie lub poprawienie kondycji fizycznej i psychicznej, rozwój stosunków społecznych lub osiąganie wyników sportowych na wszelkich poziomach”. Tak więc pod pojęciem sportu rozumieć tu będziemy: „wszelką działalność, niezależnie od tego czy jest ona amatorska czy uprawiana profesjonalnie, wpływającą na wypracowanie kondycji fizycznej i psychicznej, nawet jeżeli jest zdelegalizowana”. Zob. A.J. Szwarc, „Karnoprawne funkcje reguł sportowych”, s. 21, który sam posługuje się określeniem: „działalności człowieka, która w określonych warunkach kulturowych i społeczno-ekonomicznych uznawana jest powszechnie w społeczeństwie za uprawianie sportu, odpowiadając wzorcowi jednej z dyscyplin sportowych”.

²³⁸²³⁸ Chyba do dnia dzisiejszego swoistym kompendium poglądów hiszpańskojęzycznej nauki prawa karnego pozostaje opracowanie L.J. De Asua, „*Tratado de derecho Penal. Tomo IV*”, Buenos Aires 1952, które przywołuje w swoich pracach również A.J. Szwarc.

²³⁹ Wspomnieć należy jedynie, iż w k.k. z 1932 r. znaleźć można było przepis wprowadzający typ uprzywilejowany zabójstwa w art. 238 k.k., jakim było pozbawienie życia człowieka podczas pojedynku. Przepis ten, stanowiący dosłownie: „Kto w pojedynku zabija człowieka albo zadaje mu uszkodzenie ciała” wprowadzony do pierwotnego tekstu w trakcie poprawek ministerialnych tekstu Kodeksu, nie był wykorzystywany w praktyce orzeczniczej, o czym dobitnie świadczy brak judykatów SN wydanych z okresu obowiązywania k.k. z 1932 r. Jednak ewentualna próba utożsamiania pojedynków honorowych z walką sportową nie odpowiada ani intuicji społecznym, ani poprawności wiedzy o wykładni, co zauważa W. Świda w swoim podręczniku (idem, „Prawo karne. Część szczególna”, Warszawa–Wrocław 1961, s. 35), pisząc trafnie, iż „(...) gdyby pojedynek, jako sposób zadośćuczynienia honorowego, odbywał się w formie na przykład wyścigu do określonej mety lub innych tego rodzaju niewinnych zapasów – przypuszczać należy, że nie powstałaby nawet myśl o konieczności jego ścigania”. Wobec tego kolejną propozycją regulacji tej kwestii wydaje się być projekt Kodeksu karnego z 1963 r. w I redakcji po II czytaniu, gdzie art. 23 uzyskał następujące brzmienie: „Nie popełnia przestępstwa, kto podejmuje czyn w granicach ryzyka dopuszczalnego ze względu na

regulacji tego problemu w innych krajach²⁴⁰. Zanim zostanie udzielona odpowiedź, czy analogiczne rozwiązanie powinno być rozważone na gruncie polskiego systemu prawnego, omówić należy związane z tym dylematy.

Na pierwszy rzut oka zdawać by się mogło, iż normy ostrożności przy aktywności sportowej są równoznaczne z obowiązującymi w tej mierze regulaminami gry czy uprawiania sportu jako swoistymi normami prawnymi. Można je bez większej trudności odszukać choćby w Internecie²⁴¹. Jednak po chwili refleksji i spojrzeniu na normy zakodowane w ustawie o sporcie²⁴² stwierdzić można, iż wyrażona tutaj została norma kompetencyjna do uchwalenia własnego statutu jedynie pośrednio, a więc poprzez odwołanie się do regulacji prawa o stowarzyszeniach²⁴³. Stanowi to jednocześnie nieodzowny warunek rejestracji związku sportowego. Nie sposób tutaj znaleźć wprost kompetencji do uchwalania regulaminów gry wysłowionej tak na płaszczyźnie deskryptywnej czy normatywnej przepisów. Co więcej, ze względu na członkostwo polskich związków sportowych w międzynarodowych organizacjach i uczestnictwie rodzimych zawodników w ponadnarodowej rywalizacji obowiązujące reguły gry są nierzadko tłumaczeniem globalnie zaakceptowanych reguł. W związku z tym zarysowuje się ich niejasny status

potrzeby życia społecznego, w szczególności nauki, techniki i sportu”. Ujęcie takie jest zbieżne z poglądami doktryny w tamtym czasie (por. chociażby Protokół z posiedzenia Komisji Kodyfikacyjnej przy Ministrze Sprawiedliwości w dniu 20.01.1959, 145/77/1–108/59, s. 2, gdzie W. Wolter proponował nadanie temu przepisowi następującego brzmienia: „*Nie popełnia przestępstwa, kto podejmuje czyn w granicach ryzyka dopuszczalnego ze względu na potrzeby życia społecznego, w szczególności nauki, techniki i sportu*”. Zarazem jednak w ostatecznej wersji z brzmienia art. 23 wykreślono sformułowanie odnoszące się do sportu (zob. Komisja Kodyfikacyjna przy Ministrze Sprawiedliwości, „Projekt...”, s. 6, gdzie przepis ten miał następujące brzmienie: „*Nie popełnia przestępstwa, kto podejmuje czyn w granicach ryzyka dopuszczalnego ze względu na potrzeby życia społecznego, w szczególności nauki i postępu technicznego*”), a sam projekt nie stał się obowiązującym prawem. Podczas następnych kodyfikacji i reform problem ten nie znalazł swojego wyrazu w tekście przyjętych aktów normatywnych. W zakresie historii tych ujęć zob. A.J. Szware, „*Koncepcje usprawiedliwiania sprawców wypadków sportowych*”, Sport wyczynowy 1972, nr 4, s. 46.

²⁴⁰ W pierwszej kolejności warto wskazać tutaj na postanowienia poprzednio obowiązującego Kodeksu karnego Ekwadoru z 1938, a mianowicie na art. 438: „*El homicidio causado por un deportista, en el acto de un deporte y en la persona de otro deportista en juego, no será penado al aparecer claramente que no hubo intención ni violación de los respectivos reglamentos, y siempre que se trate de un deporte no prohibido en la República. En caso contrario, se estará a las reglas generales de este Capítulo, sobre homicidio.*” (cyt. za J.A. Szware, „Sport...”, s. 27–28). Zarazem dodać należy, iż identyczne postanowienie zostało przejęte do kolejnego Kodeksu karnego Ekwadoru w brzmieniu nadanym ustawą z 22.01.1971 r. (Registro Oficial Suplemento 147/71), z tą różnicą, iż znajdowało się ono w art. 462. Regulacja ta, wespół m.in. z postanowieniami art. 49 Kodeksu karnego Ekwadoru z 1971 r. („*Ocultamiento de amigos íntimos y benefactores*”) czy art. 447 („*aborto terapéutico*”), traktowana jest niezmiennie zarówno w doktrynie ekwadorskiej (zob. B. B. Crespo, „*El Delito Tributario: Elementos Constitutivos y Circunstancias Modificadoras*”, Quito 2005, s. 75) jako „*circunstancias eximientes de la penalidad*” a więc jako podstawy wyłączenia odpowiedzialności karnej. Z tej ciekawej tradycji ustawodawczej zrezygnowano w kolejnej kodyfikacji, która weszła w życie jeszcze przed ukończeniem niniejszej pracy, tj. Código Organico Integral Penal z dnia 10.02.2014 r. (Registro Oficial N 180 – Lunes 10 de febrero de 2014).

²⁴¹ Przykładem takich regulaminów są chociażby przepisy PZPN gry w piłkę nożną dostępne pod adresem: <http://www.pzpn.pl/index.php/Federacja/Dokumenty/Przepisy-gry-w-pilke-nozna> (odczyt dnia 12.01.2013 r.) czy przepisy PZKosz gry w koszykówkę (http://www.pzkosz.pl/m/files/290911/oficjalne%C2%AD_przepisy_gry_w_koszykowke_2010.pdf) (odczyt dnia 12.01.2013 r.).

²⁴² Zob. również uwagi na ten temat w niepublikowanej pracy doktorskiej P. Józwiaka, „*Odpowiedzialność dyscyplinarna w sporcie*”, Poznań 2013, s. 78 i następne.

²⁴³ Zob. ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (Dz. U. 1989 nr 20 poz. 104) art. 9, zgodnie z którym: „*Osoby w liczbie co najmniej piętnastu, pragnące założyć stowarzyszenie, uchwalając statut stowarzyszenia i wybierając komitet założycielski.*”

normatywny.

Ale to nie koniec wątpliwości, które spotykają analizującego tę kwestię. Oczywiście jest bowiem, iż w pewnych rodzajach sportów przekroczenia norm poprawnego jego uprawiania są zjawiskiem powszechnym²⁴⁴ i zyskuje nawet odpowiednie fachowe określenia, jak powszechnie znany *foul* czy *kinjite*. Gdyby więc zachowanie norm ostrożności w prosty sposób utożsamiać z przestrzeganiem regułami gry sportowej, to prawie każdy zawodnik działałby – przynajmniej sporadycznie – nieostrożnie. A wobec rozwijającej się doktryny przestępstw z narażenia dobra prawnego, można by nawet zastanawiać się przez chwilę, czy takie czyny nie wyczerpują znamion przestępstw stypizowanych w k.k., w szczególności przestępstwa określonego w art. 160 § 3 k.k. Wymaga to poczynienia szeregu refleksji na temat norm ostrożności w sporcie, celem wypracowania spójnej koncepcji w tym zakresie. Nieodzowność takiego podejścia jawi się wobec fiaska dotychczasowych prób rozstrzygnięcia problemu wyłączenia odpowiedzialności karnej sportowa i jej granic, co znakomicie ilustruje nadal aktualne stwierdzenie J.A. Szwarcza, który akcentuje, iż *„Uważa się, że naruszenia sportowe spowodowane w pewnych określonych okolicznościach pozostają bezkarne. Wśród zwolenników tego poglądu występują jednak daleko idące rozbieżności”*²⁴⁵.

Pożądane jest dokonanie krótkiego przeglądu wysuniętych w tej mierze koncepcji wraz z ich oceną, aby uzmysłwić sobie ich ograniczenia²⁴⁶ i stosunek, w jakim pozostają do instytucji norm ostrożności.

a) Według niektórych karnistów podstawą wyłączenia odpowiedzialności karnej za naruszenia sportowe jest zgoda pokrzywdzonego²⁴⁷. Rozwiązanie takie jest również przyjęte w innych krajach, zwłaszcza w doktrynie niemieckiej²⁴⁸. Było ono w literaturze karnistycznej

²⁴⁴ Ale chyba pochopne byłoby stwierdzenie, iż należą one do jego istoty. Można sobie bez trudu wyobrazić mecz piłkarski, w którym nie odgwizdano żadnego faulu. Zresztą jest to uzależnione od dokonywanych bardziej szczegółowych podziałów reguł sportowych.

²⁴⁵ A.J. Szwarc, *„Sport...”*, s. 10.

²⁴⁶ Mimo niedawnej publikacji na ten sam temat (por. A. Janczewski, *„Odpowiedzialność karna za wypadki sportowe”*, Warszawa 2003), nadal najbardziej kompleksowym opracowaniem styku prawa karnego i prawa sportowego na gruncie doktryny polskiej pozostają prace A.J. Szwarcza. Widać to w szerokich odwołaniach, które czyni do nich A. Janczewski.

²⁴⁷ Stanowisko takie reprezentuje przykładowo A. Gubiński, *„Ryzyko sportowe”*, NP 1959, z. 10, s. 1183.

²⁴⁸ G. Jakobs *„Strafrecht: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch. Allgemeiner Teil”*, s. 252, gdzie wyraża on pogląd, iż zgoda odnosi się do społecznego kontaktu, który obejmuje nieumyślne zachowanie, czy też w orzecznictwie, zob. np. BayObLG, Urt. v. 3.8.1961, NJW 1961, s. 2072 i n.

przedmiotem wielokrotnej krytyki²⁴⁹, głównie pod rządami k.k. z 1969 r.²⁵⁰. Przytoczone argumenty nie doprowadziły wszak do definitywnego porzucenia tej konstrukcji. Stąd też wzbogacić należy te argumenty kilkoma własnymi przemyśleniami.

Spostrzec należy wpierw, że niejasny jest charakter prawny zgody. Pojęcie to występuje co prawda w wielu przepisach części szczególnej k.k. w ich warstwie deskryptywnej jako znamię typu czynu zabronionego pod groźbą kary²⁵¹ oraz jest dostrzegane w doktrynie, ale nie zostały, jak się wydaje, poczynione głębsze rozważania na temat jej istoty²⁵². Spośród szeregu trudności z tą instytucją do najważniejszych należy niemożność dysponowania pewną kategorią dóbr (tzw. dóbr bezwzględnych), a zwłaszcza życiem, przez uczestnika zawodów sportowych, co jawi się we współczesnej doktrynie prawa karnego jako pogląd niesporny²⁵³. Trudno jest również przyjąć możliwość skutecznego wyrażania zgody przez osobę nieletnią. Nie wiadomo również jaki charakter ma składane przez godzącego się oświadczenie. Przesłanką jego ważności jest z pewnością pewnego rodzaju stosunek psychiczny zawodnika do gry. Zakłada się więc, iż każdy sportowiec, przystępując do rywalizacji, godzi się z tym, iż naraża się na niebezpieczeństwo określonej kategorii dóbr, a więc np. to, że jego sportowa odzież ulegnie zniszczeniu. Przedmiotowym (zewnętrznym) tego wyrazem, będącym podstawą do wnioskowania o jej istnieniu, jest przystąpienie do gry. Zarazem jednak nie sposób nie zauważyć, iż rozmiar dostrzeganego niebezpieczeństwa, a więc to, na co zawodnik wyraża zgodę, jest istotnie związany z doświadczeniem i indywidualną zdolnością oceny podmiotu, a także z udzielonymi wyjaśnieniami przez organizatorów zawodów. Wewnętrzną spójność zgoda miałaby wtedy, gdyby

²⁴⁹ Do autorów, którzy wypowiedzieli się stanowczo przeciwko takiemu ujęciu zaliczyć należy w pierwszej kolejności M. Filara, „*Herosi zinstytucjonalizowanej agresji: problemy odpowiedzialności karnej zawodowych sportowców za wypadki sportowe*”, Przegląd Prawa Karnego 1997, nr 16, s. 40, na której Autor wskazał: „wymyślono niegdyś kontratyp ryzyka sportowego, który dziś okazuje się, wobec zmienionej diametralnie sytuacji w sporcie, w dużej mierze nieprzydatny”. Również M. Filar ogranicza się do wyodrębnienia trzech przesłanek „kontratypu” ryzyka sportowego, jakimi są: 1) dozwoleń uprawiania danego sportu, 2) działanie w celu sportowym 3) nieprzekroczenie norm ostrożności (Idem, op. cit. s. 32). Te ostatnie pojmuje on wszak niezwykle szeroko, stwierdzając: „boiskowe zwyczaje mogą też rozszerzać <<formalne>> regulaminy danej gry” (Idem, op. cit. s. 35). Stwierdzenie takie jest jedynie częściowo poprawne, gdyż służy ono oddaniu intuicji, iż nie przekracza automatycznie normy ostrożnościowej ten, kto fauluje przeciwnika, mimo że zarazem narusza regulamin gry. Niemniej jednak zwyczaje takie nie mogą sięgać zbyt daleko.

²⁵⁰ Wyczerpująco omawia zagadnienia z tym związane A.J. Szwarc w pracy „*Zgoda pokrzywdzonego jako podstawa wyłączenia odpowiedzialności karnej za wypadki sportowe*”, Poznań 1975, która kończy się konkluzją (Idem, op. cit., s. 168–169) iż „(...) w przypadku poważniejszych wypadków sportowych konstrukcja ta jest nieprzydatna.”

²⁵¹ Tak chociażby w przepisie art. 152 § 1 k.k. czy 219 k.k., które odpowiednio stanowią, iż „Kto za zgodą kobiety przerywa jej ciążę z naruszeniem przepisów ustawy, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3” oraz „Kto narusza przepisy prawa o ubezpieczeniach społecznych, nie zgłaszając, nawet za zgodą zainteresowanego, wymaganych danych albo zgłaszając nieprawdziwe dane mające wpływ na prawo do świadczeń albo ich wysokość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

²⁵² Również w rozważaniach przedstawicieli doktryny zagranicznej rozważania te omijają istotę problemu, koncentrując się na precyzowaniu kwestii terminologicznych. Zob. np. G. Aller „*Aspectos penales acerca del consentimiento*”, artykuł dostępny w zbiorach elektronicznych (repozytorium) Uniwersytetu Republiki w Montevideo, odczyt dnia 13.01.2013 r. (<http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/consentimiento.pdf>).

²⁵³ Co do tego zob. już chociażby A. Spotowski, „*Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*”, PiP 1972, z. 3, s. 82.

uznano, iż rozciąga się ona na wszelkie niebezpieczeństwa związane z partycypowaniem w danej rywalizacji sportowej, a nie tylko niektóre z nich. Załamuje się ona poprzez wyszczególnienie kategorii naruszeń, na które podmiot hipotetycznie godzi się przystępując do zawodów. Substytuuje to dążenie do odtworzenia rzeczywistego zbioru zdań uznawanych przez dany podmiot przez pewne normatywne wartościowanie. Stąd też zwolennicy tej koncepcji w prawie karnym posługują się w istocie fikcją zgody, której zakres wyznaczają czynniki tak niepewne jak aktualne potrzeby polityki kryminalnej²⁵⁴. W konsekwencji w obecnym kształcie nie można opierać wyłączenia ujemnej oceny czynu sprawcy w oparciu o zgodę uczestnika.

Koncepcja zgody pokrzywdzonego jako okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną była zresztą przedmiotem odrębnych rozważań monograficznych²⁵⁵. Nie sposób w tym miejscu przedstawić całego bogactwa toczącego się w związku z tym sporu co do kwestii szczegółowych²⁵⁶. Mówienie w tym kontekście o zgodzie jako o czynności prawnej jest zbyt symplematycznym przenoszeniem konstrukcji cywilistycznych, podobnie jak nieuzasadnione bywa posługiwanie się na jej opisanie pojęciem oświadczenia woli²⁵⁷.

Jako kompromisowe stanowisko prezentuje się myśl, że zgoda pokrzywdzonego, będąc wszak właściwą podstawą do wyłączenia odpowiedzialności za spowodowany prawnokarnie relewantny skutek w trakcie zawodów sportowych udzielona jest z zastrzeżeniem przestrzegania reguł gry. Pogląd taki jest szczególnie silnie reprezentowany w doktrynie cywilistycznej²⁵⁸ oraz na gruncie rozważań dogmatycznych badaczy prawa karnego w innych krajach, w tym w Niemczech²⁵⁹. Zasługuje on z pewnością na uwagę. Zgoda na wyrządzenie uszczerbku zgodnie z obowiązującymi regułami sportowymi jest jednak przy bliższej analizie koncepcją uwikłaną w pewną niekonsekwencję. Przy ścisłej interpretacji bowiem oznaczałaby, iż jakikolwiek faul, stanowiący formalnie naruszenie regulaminu, byłby nieobjęty zgodą. Nie tłumaczy to w sposób

²⁵⁴ Uzmysławia to z jeszcze większą wyrazistością operowanie konstrukcją przyjętą w Niemczech z doktryny cywilistycznej jaką jest tzw. hipotetyczna zgoda, por. BGH JZ 2004, 800, oraz stanowisko autorów: A. Krey, M. Heinrich, „*Strafrecht Besonderer Teil V*“, Stuttgart 2008, s. 265.

²⁵⁵ Na gruncie polskiej doktryny karnistycznej pierwszorzędne znaczenie ma praca monograficzna A.J. Szwarc, „*Zgoda pokrzywdzonego jako podstawa wyłączenia odpowiedzialności karnej za wypadki sportowe*“, Poznań 1975.

²⁵⁶ Warto jednak zwrócić uwagę na to, że rozważania te w dużym stopniu zostały zainspirowane doktryną cywilistyczną, por. A.J. Szwarc, „*Zgoda...*“, s. 58–70.

²⁵⁷ Pogląd taki jest do dzisiaj reprezentowany w doktrynie, por. A. Chlebowska, „*Zgoda sportowca a odpowiedzialność karna za praktyki dopingowe*“, w: „*Zgoda pokrzywdzonego*“, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 123, gdzie autorka omawia jako przesłankę skuteczności owej zgody „*brak wad oświadczenia woli*”. Takie rozumowanie mniej trafnie oddaje istotę sprawy niż konstatacja do której dochodzi A.J. Szwarc, „*Zgoda...*“, s. 69, pisząc: „*Reasumując należy podkreślić, że (...) znaczenie zgody pokrzywdzonego nie jest zdeterminowane wymogami obowiązującymi w prawie cywilnym*”. Jest to stanowisko trafne, które postrzegać należy nie przez pryzmat akceptowania jednej bądź drugiej koncepcji co do współzależności prawa cywilnego i prawa karnego, lecz przez spojrzenie na istotę zgody, która jest aktem woli. Do wartościowania tego aktu nie ma potrzeby uciekania się do instrumentarium prawa cywilnego, gdyż prawo karne posiada w tej mierze dostatecznie rozwinięte narzędzia. Co więcej, spojrzenie cywilistyczne wydaje się zupełnie nieadekwatne, choćby wobec obostrzeń w postaci terminów do uchylenia się od wad oświadczeń woli.

²⁵⁸ Rzecznikiem takiej koncepcji jest zwłaszcza A. Szpunar, „*Zachowanie się pokrzywdzonego jako podstawa do zmniejszenia odszkodowania*” NP 1957, z.6, s. 40–54.

²⁵⁹ W. Becker, „*Sportverletzung und Strafrecht*”, DJ 38, s. 1720.

adekwatny sytuacji niepociągania zawodników sportowych za spowodowane uszczerbki w trakcie rywalizacji sportowej.

b) Silnie reprezentowany jest w doktrynie pogląd, iż podstawą wyłączenia odpowiedzialności karnej za tzw. „*naruszenia sportowe*” jest tzw. dopuszczalne (dozwolone) ryzyko²⁶⁰. Jej podstawową zaletą jest to, iż odwołuje się ona wprost do pewnego miernika obiektywnego²⁶¹. Jednak już bardziej szczegółowa analiza tej koncepcji ujawnia, iż rozumienie pojęcia owej „*dopuszczalności*” jest co najmniej dwoiste. Nie chodzi tutaj bowiem o pewne kwantyfikowanie czynów w celu określenia kategorii tych, które są ze względu na swoją inherentną właściwość w każdym przypadku sportowej aktywności zabronione²⁶². Raczej dopuszczalność ta jest rozumiana jako uwarunkowana aprobatą dla takiej aktywności przez państwo²⁶³. Ujawnia to zarazem podstawową słabość takiego rozumowania, gdyż wiele nowatorskich dyscyplin sportowych nie zostało w wyraźny sposób zalegalizowane przez państwo.

Koncepcja dopuszczalnego ryzyka jest również popularna w doktrynie zagranicznej²⁶⁴.

Drugim poważnym problemem w tej mierze zdaje się być uprawianie przez przeważającą większości obywateli sportu w sposób amatorski. Ingerencja państwowych organów, zgodnie z konstytucyjną zasadą legalizmu²⁶⁵, jest możliwa tylko w przypadkach określonych w aktach normatywnych²⁶⁶.

²⁶⁰ Niektórzy z kolei autorzy akcentują, że może ono mieć tylko znaczenie przy przestępstwach nieumyślnych (zob. chociażby A. Wąsek, „*Problematyka kontraktów przy przestępstwach nieumyślnych*”, *Palestra* 1988, nr 10 s. 69), co jednak nie wpływa na tok prowadzonych tutaj rozważań.

²⁶¹ Pozostawiając na uboczu kwestię, jak dokładnie wyznaczać poziom owego „*dopuszczalnego*” ryzyka.

²⁶² Tak można by więc przyjąć, iż zbyt ryzykowne, a więc niedopuszczalne, są walki bokserskie w rękawicach skrywających kastet, co było, jak wiadomo, stylem walki praktykowanym w szczególności przez starożytnych Rzymian. Ujawnia więc to relatywność takiego wartościowania i jego wpisanie w kontekst kulturowy.

²⁶³ A. Gubiński, „*Wyłączenie bezprawności czynu*”, Warszawa 1961, s. 103.

²⁶⁴ Tak chociażby na gruncie hiszpańskiego prawa karnego, gdzie szczególnie intensywnie podkreśla się kwestie odpowiedzialności za naruszenia sportowe. Wedle niektórych autorów jest to dominujący sposób usprawiedliwiania nieumyślnych naruszeń sportowych, zob. np. A. Rodriguez–Morgullo, I. Clemente „*Dos aspectos de derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas*”, *Actualidad Juridica Uliria & Menedez*, 2004, z. 9, s. 63. Znajduje to również swoje odbicie w orzecznictwie hiszpańskich sądów okręgowych, którego wskazania autorzy dokonując przeglądu, zob. tamże, s. 65. Podobnie również E. M. Dominguez Izquierdo, „*El consentimiento y la relevancia penal de los resultados lesivos en los deportes de contacto eventualmente violentos: el caso del fútbol*”, s. 130 w: I. Benítez Ortúzar (red), *Estudios sobre Derecho y deporte*, Madrid, 2008.

²⁶⁵ Do której odwołuje się art. 7 Konstytucji RP, stanowiąc, iż „*Ogany władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa*”.

²⁶⁶ Zwrócić należy uwagę, że kwestia ta jest szczegółowo uregulowana w odniesieniu do uczniów szkół i słuchaczy placówek oświatowych, a mianowicie w Rozporządzeniu Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny w publicznych i niepublicznych szkołach i placówkach (Dz. U. z 2003 r. Nr 6, poz. 69). Postanowienia tego aktu normatywnego zamieszczone w rozdziale 3 (§§ 30 – 39) szczegółowo regulują kwestię warunków uprawiania sportu, stanowiąc m.in. iż „*niedopuszczalne jest używanie łodzi i kajaków podczas silnych wiatrów*”. Stan przestrzegania tych norm jest kontrolowany przez Departament Nauki, Oświaty i Dziedzictwa Narodowego Najwyższej Izby Kontroli, którego odrębność organizacyjna ma swoje formalne umocowanie w art. 25 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz. U. 2012. 82 j.t.). Opublikowana niedawno informacja o wynikach kontroli w tym zakresie (Raport NIK, „*Informacja o wynikach kontroli Wychowanie fizyczne i sport w szkołach publicznych*” znak: 40/2010/P/09/069/KNO) rozpoczyna się od stwierdzenia (tamże, s. 5), iż „*Najwyższa Izba Kontroli oceniła negatywnie kształcenie uczniów w skontrolowanych szkołach w zakresie wychowania fizycznego i zapewnianie warunków do uprawiania sportu szkolnego oraz kształcenie studentów w skontrolowanych szkołach wyższych na kierunku wychowanie fizyczne*.” Czym innym jest natomiast reglamentacja uprawiania niektórych

Na złożoność omawianej problematyki zwraca uwagę przyjmowana w niedawnej glosie R. Stefańskiego formuła przesłanek kontratypu „*dozwolonego ryzyka*”, w ramach której autor precyzuje aż sześć jego warunków, a mianowicie: „1) *dopuszczalność danej dyscypliny sportu do uprawiania*, 2) *uregulowanie zasad uprawiania danej dyscypliny, np. w regulaminach*, 3) *zgodność zachowania z tymi regułami*, 4) *podjęcie działania w czasie gry lub ćwiczeń sportowych*, 5) *podjęcie działania w celu sportowym*, 6) *dobrowolnie uczestnictwo w grze lub zawodach*”²⁶⁷. Wydaje się, iż przy rygorystycznej wykładni tych przesłanek zakres zastosowania takiej okoliczności wyłączającej, zdaniem tego autora, bezprawność czynu zabronionego byłby niezwykle wąski. W szczególności wskazać należy, iż od momentu początku praktykowania danej dyscypliny jako sportu do chwili sformalizowania jego reguł upływa znaczny okres czasu. Oznaczałoby to, iż w takim okresie kontratyp dopuszczalnego ryzyka nie może mieć zastosowania. Co więcej, przesłanka druga jest ujęta nietrafnie, gdyż sam fakt uregulowania zasad przedmiotowej dyscypliny abstrahuje całkowicie od faktu czy są to reguły rzeczywiście ukierunkowane na usprawnienie rywalizacji sportowej przy jednoczesnym zminimalizowaniu niebezpieczeństwa dla zdrowia zawodników. Również czwarta przesłanka wydaje się ujęta nadzwyczaj wąsko, gdyż traktuje ona wyłącznie o działaniu, ignorując fakt, że przyczyną sprawczą wystąpienia zagrożenia dla dobra prawnie chronionego może być także zaniechanie. Natomiast inne zastrzeżenia rodzą się w związku z wprowadzeniem jako dodatkowego warunku punktu oznaczonego cyfrą „6”. Dobrowolne uczestnictwo w grze lub zawodach wszak w demokratycznym państwie prawnym traktować należy w kategorii pewnej zasady. Warunek dobrowolności może nadto łatwo zostać utożsamiony ze zgodą sportowca. W tym przypadku rodzi się pytanie, czy zgoda na uczestnictwo w rywalizacji sportowej nie kryje w sobie domyślnej akceptacji wobec mogących powstać uszczerbków na zdrowiu czy mieniu²⁶⁸. Podobne rozumowanie zostało już przyjęte w doktrynie niemieckiej, w tym zakresie w jakim traktuje o tzw. zgodzie hipotetycznej²⁶⁹.

Zauważyć też należy pewną nieścisłość metodologiczną w postaci odwołania się przez autora w formie przypisu do szeregu istotnych opracowań różnych autorów zajmujących się tą problematyką²⁷⁰. Jest to o tyle frapujące, że autorzy ci nie sformułowali jednolitego stanowiska co

kategorii sportów poprzez wymaganie zdobycia określonych kwalifikacji, czego wyrazem jest przykładowo postanowienie art. 37a ustawy o żegludze śródlądowej (Dz. U. z 2006 r. Nr 123, poz. 857, z późn. zm), który stanowi, iż „*Prowadzenie statków przeznaczonych do uprawiania sportu lub rekreacji, zwane dalej <<uprawianiem turystyki wodnej>>, wymaga 1) posiadania odpowiedniej wiedzy i umiejętności z zakresu żeglarstwa; 2) przestrzegania zasad bezpieczeństwa przy uprawianiu turystyki wodnej*” Podobne postanowienia można obecnie znaleźć w wielu innych dyscyplinach sportowych.

²⁶⁷ R. A. Stefański, „*Glosa do postanowienia SN z dnia 7 stycznia 2008 r., sygn. V KK 158/07*”, Prokur. i Prawo 2009, z. 6, s. 156.

²⁶⁸ Łatwo zauważyć, że wiązałoby to całą tę problematykę ponownie z kwestią zgody.

²⁶⁹ Zob. rozważania poniżej na temat tzw. *Hypothetische Einwilligung*.

²⁷⁰ Por. przypis nr. 5 przedmiotowej glosy.

do przesłanek kontratypu tzw. dopuszczalnego ryzyka. Nie wiadomo więc, czy stanowisko R.A. Stefańskiego jest próbą syntezy ich poglądów, czy też pewną ich autorską interpretacją. Tak chociażby zwrócić należy uwagę na fakt, iż odwołanie do cytowanego M. Bojarskiego²⁷¹ ukazuje rozbieżność owych przesłanek dozwolonego ryzyka, ten ostatni bowiem wskazuje tylko na dwie: „*cel działającego jest dodatnie oceniany z punktu widzenia interesu społecznego oraz gdy działający zachowa należyłą ostrożność, po to by uniknąć negatywnego skutku*”²⁷².

Niecelowość koncepcji posługiwania się pojęciem ryzyka sportowego ilustrują również konkluzje do jakich dochodzi A. Rozmarynowicz, który, analizując sytuację odpowiedzialności karnej narciarza, zauważa, iż ówczesna sytuacja wyrażająca się w tym, że „*wchodzą w życie nowe przepisy administracyjne, które z biegiem czasu narzucą trasom zjazdowym status dróg publicznych*” sprawia że: „*Jedną z koniecznych konsekwencji prawnych tego stanu rzeczy jest właśnie odchodzenie w narciarstwie masowym od teorii ryzyka sportowego*”²⁷³. Przywiązywać tutaj należy raczej wagę do przekroczenia obowiązku ostrożności, który nie ma „*charakteru abstrakcyjnego*”, lecz jest „*związany z naruszeniem konkretnej reguły zachowania*”²⁷⁴. Owe konkretne reguły wyrażone są w przypadku narciarstwa w znakomitej większości w tzw. Kodeksie Narciarskim, który stanowi w Polsce zbiór obowiązujących reguł będących swoistymi zasadami współżycia społecznego, akceptowanymi zresztą w orzecznictwie SN²⁷⁵. Wspomnieć w tym kontekście wypada zaakcentowanie przez A. Rozmarynowicza różnych przypadków odpowiedzialności karnej. Tak więc, zdaniem tego autora, istnieją sytuacje, w których zarówno ryzyko, jak i odpowiedzialność, przenosi się na organizatora zawodów²⁷⁶. Jest to intuicja trafna, która skłania do refleksji nad szerszym pojmowaniem reguł sportowych niż tylko dyrektyw wskazujących w jaki sposób bezpiecznie zachowywać się trakcie samej w gry sportowej. Zależność ta jest zresztą znakomicie widoczna w przypadku pewnych kategorii sportów, a więc chociażby żeglarstwa, gdzie normy ostrożności dotyczą nie tylko takiego poruszania się na łodzi, aby uniknąć tzw. grzybka, ale także właściwego przygotowania łodzi. Już te rozważania ukazują, że występowanie norm ostrożności jest zdecydowanie szersze niż mogłoby się to *prima facie* wydawać.

c) Warto tutaj zwrócić uwagę także na pogląd, który mimo ciekawego uzasadnienia nie

²⁷¹ M. Bojarski, „*W poszukiwaniu formuły wyłączającej odpowiedzialność za wypadki w sporcie*”, *Palestra* 1971, z. 12, s. 37.

²⁷² M. Bojarski, op.cit., s. 37–38.

²⁷³ A. Rozmarynowicz, „*O odpowiedzialności w narciarstwie*”, Warszawa 1979, s. 15.

²⁷⁴ A. Rozmarynowicz, op.cit., s. 33.

²⁷⁵ A. Rozmarynowicz, op.cit., s. 51. Warto w tym miejscu jeszcze dodać, że formalną podstawą wyłączania odpowiedzialności karnej zamiast tzw. „*ryzyka sportowego*” jest w ocenie autora „*ryzyko czynnej masowej rekreacji narciarskiej*”, będące odrębnym – odmiennym od sportowego – kontratypem (zob. Ibidem s. 50).

²⁷⁶ A. Rozmarynowicz, op.cit., s. 46.

znalazł odzwierciedlenia w polskiej nauce prawa karnego²⁷⁷. Chodzi mianowicie o stanowisko, w myśl którego uprawianie sportu jest częścią naszej cywilizacji i już z tego względu nie może spotykać się z represją kryminalną. Wobec zgłaszanych aktualnie postulatów formowania interkulturowego prawa karnego spojrzenie to mogłoby paradoksalnie uchodzić za bardzo aktualne²⁷⁸. Jednak taki pogląd tylko w pewnej perspektywie może przekonywać. Jasne jest bowiem, że występują różnorodne grupy i subkultury w społeczeństwie, dla których pewne zachowania dewiacyjne są traktowane w kategoriach sportu. Trudno byłoby również wskazać to, co mieści się jeszcze w zakresie pojęcia sport, a co już nie, gdyż nie udało się stworzyć jednej przekonującej definicji tego pojęcia, definicji, która byłaby powszechnie przyjęta w karnistyce. Samo występowanie wszak pewnego zjawiska kulturowego czy społecznego nie jest równoznaczne z jego akceptacją przez prawo karne, stąd też niektórzy współcześni autorzy warunkują to akceptacją tych norm kultury przez państwo²⁷⁹.

d) Obszerniej dyskutowana była koncepcja wyłączenia tzw. obiektywnej istoty czynu²⁸⁰. Jej sensem jest wyobrażenie, że czyn będący naruszeniem sportowym nie wypełnia znamion przedmiotowych przestępstwa opisanego w ustawie karnej²⁸¹. W takim przypadku nieuzasadnione jest więc jakiekolwiek rozważanie dalszych przesłanek odpowiedzialności karnej, gdyż nie ma się do czynienia z czynem zabronionym pod groźbą kary. Stanowisko takie było dyskutowane na gruncie polskiej nauki prawa karnego już w jednym z przedwojennych rozstrzygnięć SN²⁸², a nieco wcześniej nawet zasygnalizowane zostało w nauce²⁸³. W doktrynie państw zachodnich koncepcja ta była żywa przez dłuższy czas; na jej usprawiedliwienie przytaczano w pierwszej kolejności argumentację zmierzającą do wykazania odmiennego charakteru naruszeń sportowych od czynów realizujących znamiona typu określonego w przepisie karnym²⁸⁴. Tak więc np.

²⁷⁷ Jak się wydaje do polskiej literatury został on wprowadzony dzięki pracy J. A. Szwarcza, „Zgoda...”, s. 118, gdzie wskazuje on na jego właściwego autora: L. J de Asua, op.cit., s. 735.

²⁷⁸ Co do bardziej szczegółowych rozważań na temat prawa karnego interkulturowego zob. B. Wojciechowski, Łódź 2009.

²⁷⁹ Inaczej bowiem np. dopuścić musielibyśmy bezkarność zniewagi, gdyż również ona jest pewnym „*faktem kulturowym*”; współcześnie na gruncie prawa hiszpańskiego dyskutuje go J. M. R. Corbacho, „*La incidencia del derecho penal en las lesiones deportivas*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2011, z. 13–10 s. 9.

²⁸⁰ Zagadnieniu temu poświęcono odrębne studium, zob. A.J. Szwarc, „*Wypadki sportowe w świetle prawa karnego. Koncepcja wyłączenia tzw. obiektywnej istoty przestępstwa*”, Poznań 1972.

²⁸¹ Sama ta koncepcja występuje wszak w różnych odmianach, tak chociażby niektórzy autorzy cytowani przez J. A. Szwarcza, „*Wypadki...*”, s. 14 stoją na stanowisku, iż „(...) *uderzenia i uszkodzenia ciała towarzyszące walkom bokserskim pokrywają się z przedmiotowymi znamionami odpowiednich przestępstw. (...) fakt ten nie przesądza bynajmniej o karalności każdego takiego czynu*”. Łatwo zauważyć, że taki pogląd przesuwą tą problematykę do sfery normy sankcjonowanej.

²⁸² Chodzi tutaj o orzeczenie II K 2010/37 (OSN(K) 1938, z. 12, poz. 284), gdzie zostało podkreślone, iż „*fakt, iż w czasie rozgrywek sportowych dochodzi dość często do uszkodzeń cielesnych, nie może (...) prowadzić do wniosku, że sprawcy tych uszkodzeń nie mogą być w ogóle pociągani do odpowiedzialności karnej*”.

²⁸³ W pierwszej kolejności wskazać tutaj należy na obrady XIV Zjazdu Lekarzy i Przyrodników, które zostały zrelacjonowane w Polskiej Gazecie Lekarskiej z dnia 22.04.1934 r., s. 317–320.

²⁸⁴ A. Vollrath, „*Sportkampfverletzungen im Strafrecht*”, Lipsk 1931, s. 8 i n. Szczegółowy przegląd stanowisk znaleźć można w pracy J. A. Szwarcza, „*Wypadki...*”, s. 10–19.

uderzenia zadawane podczas walki bokserskiej mają na celu podnosić sprawność sportowca²⁸⁵ i przez to są dla zdrowia pewną wartością dodaną²⁸⁶. Przeciwno takiemu rozumowaniu stwierdzić należy w pierwszej kolejności, iż mogłoby to zasadniczo wypatrzeć sens szeregu czynów zabronionych zamieszczonych w części szczególnej k.k., gdyż równie dobrze można by powiedzieć, iż okradając bogatego i próżnego człowieka w istocie oddajemy mu przysługę. Taka kradzież wszak może mu bowiem otworzyć oczy na latentne problemy społeczne i wyzbyć się zagrożenia materializmu czy zagrożenia alienacji społecznej. Również opieranie się na pewnych teoriach medycznych („korzyści dla zdrowia związane z uprawianiem sportu”) przy korygowaniu zakresu kryminalizacji – zamiast na przesłankach wnioskowania prawniczego jest bardzo ryzykowne w kontekście ich efemeryczności²⁸⁷.

Stwierdzić należy, iż spośród chybionych koncepcji, które sformułowano w kontekście poszukiwania uniwersalnej formuły wyłączenia odpowiedzialności karnej uczestnika zawodów sportowych, ta jest najbardziej nieprzekonująca i skwitować ją można lapidarnym stwierdzeniem M. Filara: „Kolor spodenek nie może bowiem przesądzać o szczególnym statusie ich właściciela, plasując go poza ogólnym porządkiem prawnym”²⁸⁸.

e) Jako pewną ciekawostkę przytoczyć można tzw. teorię celu²⁸⁹. Wychodzi ona z założenia, iż „cel uświęca środki”, a jako że uprawianie sportu jest pewną wartością dodatnią dla społeczeństwa i jest uznawane przez państwo, stąd też powinno usprawiedliwiać zachowania służące temu pożądanemu stanowi. Abstrahując już od wątpliwości etycznych wobec takiego rozumowania²⁹⁰, wskazać należy, iż rozumowanie takie prowadzić może to bardzo groźnych konsekwencji na terenie prawa karnego²⁹¹.

f) Epizodycznie wspomnieć należy również o kolejnej jeszcze koncepcji w literaturze polskiej, jaką jest koncepcja prawa zawodowego. Ma ona za swoją podstawę tezę, iż państwo, uznając zawód sportowcy, rezygnuje z pociągania do odpowiedzialności karnej „za czyny mieszczące się w ramach wykonywania tego zawodu”²⁹². Do krytyki tej koncepcji wypada dorzucić jeden, chyba już decydujący argument: uznanie zawodu lekarza czy też profesjonalnego

²⁸⁵ J. Sawicki, „Kolejna porażka prawników na ringu”, Kulisy 1966 nr 39, s. 4.

²⁸⁶ Taki kierunek rozumowania opisany został w pracy J. A. Szwarc, „Wypadki...”, s. 20–28, jako „Teoria Stossa” od nazwy jednego z jego głównych przedstawicieli, C. Stoosa, autora pracy „Operativer Eingriff und Körperverletzung”, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1893 z. 6, s. 53 i n.

²⁸⁷ Wydaje się więc, że teoria ta może być co najwyżej być rozważana na takim tle, gdzie wykrystalizowała się po raz pierwszy, a więc w odniesieniu do zabiegów medycznych, zob. A. Vollrath, „Sportkampfverletzungen im Strafrecht” Lipsk 1931, s. 15.

²⁸⁸ M. Filar, op.cit., s. 29.

²⁸⁹ J. A. Szwarc, „Zgoda...”, s. 107.

²⁹⁰ W wielu systemach etycznych jego dopuszczalność jest poddawana w wątpliwość, zob. chociażby pkt 1760 KKK, który stanowi, iż „Czyn moralnie dobry zakłada jednocześnie dobro przedmiotu, celu i okoliczności”.

²⁹¹ Skoro bowiem leczenie chorób jest uznawanym społecznie celem medycyny, to można by, idąc tym tropem rozumowania, uznać dopuszczalność klonowania ludzi celem wyhodowania dostatecznej liczby materiału do eksperymentów medycznych.

²⁹² J. A. Szwarc, „Zgoda...”, s. 106.

kierowcy nie wyłącza możliwości ścigania za jego nienależyte wykonywanie.

g) Odnotować należy jeszcze inną koncepcję, jaką jest odwołanie się do materialnej istoty przestępstwa, która to pozwolić ma uniknąć odwoływania się do instytucji, które „*nie zostały jeszcze w teorii należycie wypracowane*”²⁹³. Wystarczyć ma bowiem samo spojrzenie na ową instytucję charakteru „*generalnej i blankietowej*”²⁹⁴, aby za jej (tj. materialnej istoty przestępstwa) pomocą wykluczyć odpowiedzialność karną za naruszenia sportowe. Takie rozumowanie natrafia jednak na zasadniczą słabość, jaką uwidacznia się w pytaniu o granicę wyłączania odpowiedzialności karnej. Nie trudno wszak spostrzec, iż niezbędne są kryteria określania granic bezkarności takich zachowań, stąd też sformułowane przez rzecznika tej koncepcji, J. Smoleńskiego, spostrzeżenie, iż „*bezprzedmiotowym jest formułowanie w nim* (tj. w k.k. – przypis M.B.) *jakichkolwiek kontratypów*”²⁹⁵ jawi się jako szczególnie kontrowersyjne na gruncie współczesnego prawa karnego. Idąc dalej tym tokiem rozumowania, równie dobrze można by zastąpić takie pojęcia jak wina czy bezprawność pojęciem „*społecznego niebezpieczeństwa czynu*”.

i) Popularna kiedyś koncepcja odpowiedniego stosowania przepisów o pojedynku, o ile nie ma znaczenia li tylko dla archeologii prawnej, to jednak nie jest obecnie rozważana w szerszym ujęciu²⁹⁶. Stąd też krytycznie oceniać należy te orzeczenia, w których Sądy na tej podstawie wymierzają łagodniejsze kary²⁹⁷. Wydaje się, że jedynym sformułowaniem dającym jakiegokolwiek normatywne podstawy tej koncepcji było to zawarte w warstwie deskryptywnej art. 238 § 1 k.k. z 1932 r., którego wykładnia akcentowała i warunkowała stosowanie niższego wymiaru kary (niż w przypadku za zwyczajne zabójstwo) dla pojedynkujących się od nienaruszenia reguł starcia honorowego²⁹⁸.

j) Na koniec warto jeszcze wskazać na specyficzną dla kręgu *common law* koncepcję wyłączenia odpowiedzialności karnej sportowca, jaką jest tzw. „*permissible consent*”²⁹⁹. W pewnym uproszczeniu wydaje się być ona swoistym domniemaniem zgody sportowca na pewne, inherentne dla danej dyscypliny naruszenia sportowe. Nie rozciągają się na takie zachowanie,

²⁹³ J. Smoleński, „*Problematyka materialnej istoty przestępstwa w projekcie K.K.*”, PiP 1963, z. 11, s. 328.

²⁹⁴ J. Smoleński, op.cit., s. 327.

²⁹⁵ Ibidem. W tym samym miejscu autor stwierdza, że ich wprowadzenie do kodeksu można „*uzasadnić tylko względami praktycznymi*”.

²⁹⁶ R. Netczuk, „*Prawno-histeryczne uwarunkowania pojedynku w prawie polskim a ich wpływ na współczesne orzecznictwo sądowe*”, Iustitia 2011, z. 4, s. 74–79.

²⁹⁷ Dotyczy to w szczególności tzw. „*solówek*” i „*ustawek*”, zob. orzeczenie SA w Krakowie w sprawie o sygn. II AKa 49/99., z glosą aprobowaną J. Warylewskiego, „*Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14 kwietnia 1999 r.*”, II AKa 49/99. Glosa”, OSP 2000, nr 3, s. 167. Nie mieszczą się one w żadnej mierze w kategorii sportu.

²⁹⁸ Zgodnie bowiem z tym przepisem: „*Art. 238 § 1. Kto w pojedynku zabija człowieka albo zadaje mu uszkodzenie ciała, podlega karze więzienia do lat 5 lub aresztu. § 2. Sekundantów sąd może uwolnić od kary.*”

²⁹⁹ Co do tego poglądu zob. J. Standen, „*The manly sports: the problematic use of criminal law to regulate sports violence*”, The Journal of Criminal law & Criminology 2009, nr. 3.

które nie należą do dających się normalnie przewidzieć wypadków³⁰⁰, wyznacznikiem zakresu dopuszczalnej zgody nie może być jednak zachowanie zgodne z regułami sportowymi³⁰¹. Rozumowanie to, zainspirowane rozwiązaniem przyjętym w *Model Penal Code* z 1962 r.³⁰², jest stosunkowo rozpowszechnione w orzecznictwie anglosaskim, niemniej jednak spotyka się z silną i uzasadnioną krytyką doktryny³⁰³. Dodać do tego należy niejasność zakresu „*permissible consent*”. W kontraście do tego ujęcia jedynie w Irlandii oraz w Wielkiej Brytanii przypisywanie większego znaczenia regułom sportowym zdaje się być szerszej przyjęte³⁰⁴.

Przedstawione powyżej poglądy cechuje operowanie pojedynczymi jednak argumentami, a nie holistyczne podejście do zagadnienia. Zawodność wszystkich tych powyższych koncepcji, wręcz jaskrawe braki ich spoistości, skłaniają do przyjrzenia się z większą przychylnością normom ostrożności jako miernikowi, który determinować może to, w jakim zakresie sportowiec ponosić może odpowiedzialność karną.

2) Przegląd niektórych innych współczesnych teorii w zakresie wyłączania odpowiedzialności karnej za naruszenia sportowe

Przegląd powyższych koncepcji zwraca uwagę na jedną wspólną i istotną cechę, jaką jest wielokrotnie odwoływanie się, jako do jednej z przesłanek, bądź też elementu konstrukcyjnego, do zachowania zgodnego z regułami sportowymi³⁰⁵. Symptomatyczne jest to, że także ostatnie wypowiedzi w tej materii, operujące ujęciem legalności pierwotnej, zachowanie zgodne z

³⁰⁰ Z bogatego orzecznictwa w tej mierze warto zwrócić uwagę na niedawny wyrok zapadły na gruncie prawa amerykańskiego, *State v. Floyd*, 466 N.W.2d 919 (Iowa Ct. App. 1990), gdzie skład orzekający odwołał się do testu „*a reasonably foreseeable incident of such sport or activity*” (Ibidem), analogicznie orzeczenie w sprawie *Commonwealth v. Sostilio* (89 N.E.2d 510 (Mass. 1949), gdzie Sąd odwołał się do miernika normalnego przebiegu wyścigów samochodowych.

³⁰¹ *State v. Shelley*, 929 P.2d 489, 490 (Wash. Ct. App. 1997), gdzie Sąd Odwoławczy zauważył, iż „*[c]ertain excesses and inconveniences are to be expected beyond the formal rules of the game*”.

³⁰² Przypomnieć należy, że *Model Penal Code* z 1962 r. jest opracowaniem wzorcowego Kodeksu Prawa Karnego stworzonym przez Amerykański Instytut Prawa (American Law Institute) jako punkt odniesienia ponad partykularnym prawem karnym poszczególnych stanów USA. Jest on dostępny m.in. pod adresem: <http://www.law-lib.utoronto.ca/bclc/crimweb/web1/mpc/mpc.html>, ostatni odczyt dnia 06.10.2014 r. Tutaj natomiast chodzi tu o regulację zawartą w Section 2.11 „*Consent*”.

³⁰³ Co do tendencji występujących w orzecznictwie amerykańskim: *People v. Schacker*, 670 N.Y.S.2d 308 (Dist. Ct. 1998), *State v. Forbes*, No. 63280 (Minn. Dist. Ct) 1975. Co do krytyki zob. J. Standen, op. cit., s. 639, gdzie pisze on „*Yet the actual rules of the game comprise the only written “contract” to which the participants might have agreed*”.

³⁰⁴ J. Anderson, „*Citius, Altius, Fortius? A Study of Criminal Violence in Sports*”, *Marquette Sports Law Review* 2000, iss. 1, s. 106.

³⁰⁵ Czynią tak również autorzy dokonujący recenzji tych koncepcji, tak jak chociażby A. Malicki, „*Ryzyko sportowe a przestępstwo w zawodach motocyklowych na torach żużlowych*” w: „*Prawne problemy sportu żużlowego*”, red. A.J. Szwarz, Poznań 2011, s. 111–113. Z ujęciem takim spotkać się można jednak już u A. Gubińskiego, „*Ryzyko sportowe*” NP 1959 z. 10, s. 1181. Jedynym ważnym wyjątkiem w tej mierze zdaje się być podręcznik M. Cieślaka, „*Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*”, Warszawa 1995, s. 24.

normami ostrożności traktują jedynie jako jedną z jej przesłanek³⁰⁶, obok braku naruszenia dobra prawnie chronionego. Gdyby jednak rygorystycznie obstawać przy tym drugim warunku, to znaczenie tej konstrukcji mogłoby zostać ograniczone do wąskiej kategorii przestępstw³⁰⁷. Zresztą zaznaczyć należy, iż trudno wyobrazić sobie taki przykład czynu, który nie przekracza norm ostrożności, i nie naruszając zarazem żadnego dobra prawnie chronionego, mógłby stać się przedmiotem zainteresowania prokuratury³⁰⁸. Stąd też zastanowić się należy, czy w myśl wieloaspektowej struktury przestępstwa wyróżnianie pierwotnej i wtórnej legalności czynu jest w ogóle zasadne³⁰⁹. W tym miejscu zaznaczyć wypadnie, że szczególnie to pierwsze pojęcie jawi się jako nadmiarowe i wątpliwe. Przypomnieć należy inny pogląd, stanowiący, iż działanie w ramach ryzyka sportowego kwalifikowane jest jako niewypełniające znamiona przestępstwa, gdyż nie jest naznaczone ingerencją w dobro prawnie chronione. Zgodnie z ujęciem najbardziej znanego protagonisty tej koncepcji, następuje to „ze względu na brak ataku na dobro prawne lub brak naruszenia przyjętych reguł postępowania, naruszenia normy sankcjonowanej i tym samym brak realizacji znamion typu czynu zabronionego”³¹⁰.

Samo natomiast pojmowanie istoty reguł sportowych jest różne. Spotkać się można w tej mierze z szeregiem krzyżujących się, w znacznym jednak zakresie rozbieżnych, definicji³¹¹. Co więcej, autorzy zajmujący się problematyką naruszeń sportowych różnią się co do wewnętrznych klasyfikacji reguł sportowych. Jednym z najbardziej rozpowszechnionych podziałów jest schemat stworzony w oparciu o dorobek doktryny niemieckiej³¹². Innym, jest oryginalny wkład do rozważań nad ich prawnym charakterem, który jest zasługą doktryny cywilistycznej³¹³.

³⁰⁶ R. Kubiak, „Legalność pierwotna ryzyka sportowego”, Prokuratura i Prawo 2006, z. 12, s. 24, który zarazem podaje szereg ważkich argumentów przeciwko traktowaniu bezkarności naruszeń sportowych w kategoriach kontratypu. Uzupełnić je można w ten sposób, że mówienie o kontratypie w przypadku, gdy nie zostały zrealizowane znamiona typu, jest zbędne. Warto zwrócić tutaj uwagę na fakt, że mylący jest tytuł artykułu R. Kubiaka, bowiem bardziej precyzyjnej należałoby mówić o legalności pierwotnej naruszeń sportowych.

³⁰⁷ W szczególności do przestępstw z abstrakcyjnego narażenia dobra na niebezpieczeństwo. Zob. R. Kubiak, op.cit., s. 25.

³⁰⁸ O jaką kategorię zachowań tutaj zasadniczo chodzi dobrze ilustruje przykład, którym posługują się J.J. Nalewajko, R. Kubiak, „Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność”, Palestra 2000, nr 9–10, s. 31–43 gdzie opisują oni sytuację nieprzyzwoitych słów wypowiedzianych podczas przedstawienia teatralnego, którego uczestnicy rozumieją, że chodzi o spektakl. Oczywiście jest, że te czyny są irrelewantne dla organów ścigania.

³⁰⁹ A. Zoll, „W sprawie kontratypów”, PiP 2009, z. 4, s. 108–114.

³¹⁰ A. Zoll, „W sprawie...”, s. 112.

³¹¹ Tak więc przykładowo A. J. Szwarc, „Karnoprawne...” s. 63, pod pojęciem reguł sportowych ujmując: „wypowiedzi, wyrażenia i wskazania, które są generalnymi normami postępowania, dotyczącymi zachowań będących uprawianiem sportu, będących formą udziału w walce lub grze sportowej, które są normami adresowanymi do sportowców, to znaczy do uczestników walki czy gry” Z kolei R. Kubiak (R. Kubiak, op.cit., s. 29), pod tym pojęciem rozumie „całokształt norm postępowania kierowanych do określonej grupy, wyodrębnionej ze względu na charakter prowadzonej działalności (sportowej), a więc zarówno uczestników gier, jak i sędziów, trenerów, organizatorów imprez sportowych, organów władzy.”

³¹² Na gruncie doktryny polskiej jego rzecznikiem jest A. J. Szwarc, „Karnoprawne...”, s. 80–84, który wyróżnia kategorię reguł porządkowych (odpowiednik „Ausführungsregeln”) norm ostrożności (odpowiednika „Vorsichtsregeln”) oraz reguły konstytutywne warunkujące uznanie danego zachowania za mieszczące się w zakresie pojęcia sportu.

³¹³ Wskazać tutaj należy w zwłaszcza na fragment opracowania A. Janczewskiego, „Odpowiedzialność...”, s. 45 i n. który czerpiąc z dorobku doktryny cywilistycznej (zwłaszcza z prac M. Sośniaka, „Prawne naruszenie reguł

W przypadku jednak współczesnego polskiego prawa karnego warunkuje się uznanie znaczenia reguł sportowych dla prawa karnego od szeregu przesłanek³¹⁴. Charakterystyczne pod tym względem wydają się być rozważania A. Janczewskiego, które są przejawem myśli, że przekroczenie reguł sportowych, utożsamianych z normami ostrożności nie jest bezwzględną przesłanką odpowiedzialności karnej³¹⁵, co jest uzasadnione przede wszystkim twierdzeniem, iż wyłącznie „*nieliczna część reguł*” posiada walor normy prawnej. Stąd też, zachowanie z nimi zgodne nie może w większości przypadków uchylać odpowiedzialności karnej. Warto pochylić się na chwilę nad takim stanowiskiem.

Obstawanie, iż zakres odpowiedzialności karnej mogą kształtować tylko normy prawne jest sprzeczne z wcześniejszym stwierdzeniem tego samego autora, który odwołuje się do idących w przeciwnym kierunku orzeczeń SN³¹⁶. Zarazem powierzchownie odczytuje on tzw. reguły odesłania poza-systemowego, które, jego zdaniem, występują w odniesieniu do reguł sportowych jedynie w Kodeksach Karnych Kuby i Ekwadoru³¹⁷. Brak szczególnego przepisu typizującego przestępstwo sportowe nie powinien być w tej mierze decydujący. To, że nie wszystkie postanowienia zawarte w regulaminach sportowych są doniosłe prawnie jest również zrozumiałe. Ale już nie można przejść do porządku dziennego nad założeniem, że przestrzeganie sformalizowanych reguł sportowych jako norm ostrożności traktować należy w kategoriach

sportowych” RPEiS 1962, z. 2, s. 44) wyróżnia trzy kategorie reguł: 1) odnoszące się do ważności gry („reguły porządkowe”), 2) reguły bezpieczeństwa gry sportowej oraz 3) reguły sankcjonujące naruszenie tych dwóch pierwszych. W odniesieniu do należących do pierwszej kategorii: „sport powinno się uznać za czynność konwencjonalną, a w konsekwencji reguły porządkowe – za reguły sensu” (A. Janczewski, op. cit. s. 44). Nie zagłębiając się bardziej szczegółowo w tę problematykę, która jest przedmiotem odrębnych rozważań VI Rozdziale pracy, wskazać należy, iż podział ten nie spełnia chyba warunku rozłączności i zupełności. Nie trudno bowiem zauważyć, iż pewne normy mogą jednocześnie posiadać właściwość „reguły” porządkowej i „reguły” bezpieczeństwa. Tak więc przykładowo norma zakazująca zagrań niebezpiecznych (takich jak znana w żargonie piłkarskim „nakładka” czy „za wysoko noga”) w popularnej dyscyplinie jaką jest piłka nożna (zob. art. 12 przepisów PZPN, stanowiący: odczyt dnia 19.01.2013 r.) powoduje nieważność tej czynności z tego względu, że stwarza ona zagrożenia dla zdrowia zawodnika przeciwnej drużyny – jest więc regułą, która należy do obu tych kategorii.

³¹⁴ Tak A. Janczewski, op. cit., s. 48, pisząc: „Aby reguły ostrożności mogły w ogóle rzutować na odpowiedzialność karną sportowca, muszą spełnić kilka warunków” Do warunków tych autor zalicza: 1) brak zakazu uprawiania danej dyscypliny przez Państwo, 2) legalność zawodów sportowych 3) „tylko oficjalne reguły mogą być brane pod uwagę”. Ten ostatni warunek jest o tyle problematyczny, że nierzadko dla uprawiających daną dyscyplinę obowiązują reguły nieco zmodyfikowane od tych, które uznawane są przez polskie związki sportowe (np. popularna gra w postaci tzw. „siatkonogi”). Poza tym takie obostrzenie oznaczałoby, iż w szeregu przypadków uprawiania sportu, np. na lekcjach wychowania fizycznego w szkołach, gracze nie będą mogli się odwoływać do tak zmienionych norm, które przecież mogą wynikać z przyczyn obiektywnych (np. inny rozmiar sali).

³¹⁵ I to pomimo że w pewnym momencie wysławia przeciwstawną intuicję, którą znakomicie wyraża stwierdzenie: „Spowodowanie wypadku sportowego w wyniku naruszenia jakichkolwiek zasad ostrożności powinno raczej oznaczać po prostu możliwość (ale nie obowiązek) pociągnięcia sportowca do odpowiedzialności karnej” (por. A. Janczewski, „Odpowiedzialność...”, s. 53). Wydawałoby się więc, że wnioskując *a contrario* z tego stwierdzenia, powiedzieć by można, iż zachowania norm ostrożności wyklucza możliwość odpowiedzialności karnej. Rozważania autora nie są w tym zakresie w pełni spójne.

³¹⁶ A. Janczewski, op.cit., s. 45 i n.

³¹⁷ A. Janczewski, op.cit., s. 45. Pogląd taki w zupełności nie odnosi się do brzmienia przepisów określających wykroczenia pod rządami ustawy o kulturze fizycznej, zob. B. Kurzępa, „Wykroczenia z ustawy o kulturze fizycznej”, Jurysta 1996, nr 10–11. s. 30.

kontratypu³¹⁸. Również pewnym uproszczeniem jest wskazywanie w wywodach A. Janczewskiego na niedoskonały charakter tych norm³¹⁹, a już niewątpliwym nieporozumieniem twierdzenie, że „ustalenie tych zasad jest kwestią ocenną”³²⁰. Zgodzić by się więc można co najwyżej z ostateczną konstatacją autora³²¹, ale już nie z leżącymi u jego podstaw założeniami.

Znaczenie norm ostrożnego postępowania dostrzegają wszak inni autorzy³²². Szczególnie ważna przy tym jest trafna obserwacja, iż nawet w przypadku sportów wyczynowych „podwyższone granice ryzyka sportowego nie eliminują jednak zasad ostrożności czy bezpieczeństwa w ogóle”³²³. Dodać można wobec tego powściągliwego stwierdzenia, że właśnie w takich przypadkach konieczność zachowania wiążących w danej sytuacji norm ostrożności jest tym bardziej widoczna³²⁴. Obszerne uwagi na temat norm ostrożności nie prowadzą jednak w tym przypadku do jasnej konkluzji co do samoistnego znaczenia norm ostrożności przy ustalaniu odpowiedzialności karnej zawodników³²⁵. Podobna niekonsekwencja jest wszak cechą wielu opracowań poświęconych problematyce naruszeń sportowych.

Ze sformułowanych w doktrynie prawa karnego i omówionych powyżej teorii jasno wynika, że nie ograniczają się one do wartościowania norm ostrożności jako samoistnego

³¹⁸ Założenie, że chodzi tutaj o wtórną legalizację czynu kryje się wprost w stwierdzeniu: „(...) skoro to właśnie norma prawna przewiduje odpowiedzialność karną za określone przestępstwo, wyłącznie inna norma prawna odpowiedzialność tę uchyla”. (A. Janczewski, op.cit., s. 55).

³¹⁹ A. Janczewski, op.cit., s. 55–56, gdzie pisze on m.in.: „reguły ostrożności nie mogą i rzeczywiście nie są niezienne, gdyż zmienia się sprzęt, powstają nowe rozwiązania taktyczne”. Takie spojrzenie stoi w sprzeczności z wcześniejszym założeniem autora, że jako reguły sportowe traktować należy wyłącznie te oficjalnie ogłoszone. Co więcej, obserwacja uczy, że w przypadku sportu akurat postęp techniki (tak np. piłka nożna) zaznacza się bardzo powoli i ma drugorzędne znaczenie dla zmian w zakresie norm ostrożności.

³²⁰ A. Janczewski, op.cit., s. 55–56.

³²¹ Chodzi tutaj o stwierdzenie A. Janczewskiego, op.cit., s. 56, że „Aby więc reguły sportowe mogły wykluczyć odpowiedzialność karną sportowca, takie rozwiązanie musi wynikać wyraźnie z przepisów ustawy”. Istota problemu tkwi w tym, że nie ma co prawda na poziomie deskryptywnym w k.k. ani w innym akcie normatywnym tak właśnie brzmiącego sformułowania, ale nie wyklucza to interpretacji, że taką normą może być chociażby ta zakodowana w art. 9 § 2 k.k.; wszak w przepisie tym sygnalizuje się już w płaszczyźnie deskryptywnej relewancję dyrektyw ostrożnego obchodzenia się z dobrem prawnie chronionym. Natomiast w stopniu bardziej szczegółowym kwestia ta będzie roztrząsana w rozdziale VI pracy.

³²² A. Malicki, op.cit., s. 114 gdzie pisze on: „Naruszenie zasad ostrożności obowiązujących także w sporcie wyczynowym – wypracowanych w danej dyscyplinie, ujętych w postaci regulaminu, wytycznych dla sędziów, poszczególnych rozstrzygnięć dyscyplinarnych działających w sporcie sprawia, że może dojść do przestępstw (...)”.

³²³ A. Malicki, op.cit., s. 117. W tym kierunku zmierza zresztą orzecznictwo SN, a szczególności wyrok II CR 216/68 (OSPika 1969, nr 7–8, poz. 163, gdzie zauważa się, iż „im bardziej niebezpieczny jest dany rodzaj sportu, tym bardziej skrupulatnie należy przestrzegać ustalonych reguł sportowych”.

³²⁴ Na przykładzie wyścigów motocyklowych na żużlu A. Malicki, op.cit., s. 118, zwraca w szczególności uwagę na zakazy „wężykowania”, „dryfowania”, czy zamykania gazu. Warto tutaj zauważyć, iż zamieszczone w jego pracy przykłady są dobrą ilustracją, o ile pomięta się, że A. Malicki podaje już, o ile dobrze go rozumiem, przykłady pełnych norm ostrożności (bowiem na płaszczyźnie deskryptywnej Ogólnych przepisów o wyścigach torowych – dostępnych również w Internecie pod adresem: <http://www.pzm.pl/pliki/zg/zuzel/2012/regulamin/tra2006.pdf> odczyt dnia 19.01.2013 r. – doszukać się można co prawda wprost postanowienia traktującego o sztucznym podgrzewaniu opon (poz. 070.7.3), ale pozostałe przez niego przedstawione przykłady nie są w tym akcie wyrażone wprost. Inną kwestią jest stworzenie z niej pełnej dyrektywy ostrożnego postępowania, co wymaga np. wyznaczenia dopuszczalnej granicy temperatury opon. Wykraczając natomiast już poza obszar niniejszych rozważań, podzielić można zawartą w jego pracy krytykę niektórych postanowień regulaminów.

³²⁵ A. Malicki kończy swoje rozważania wskazaniem, skądinąd słusznym, iż normy ostrożności ustalać powinni w trakcie postępowania biegli. Zob. A. Malicki, op.cit., s. 121.

czynnika wyłączającego odpowiedzialność karną. Ten brak, jak łatwo zauważyć, prowadzi do konstruowania nadmiernie rozbudowanych i niejasnych warunków odpowiedzialności karnej. Jednak taka konkluzja nie rozstrzyga kwestii stosunku reguł sportowych do norm ostrożności, który rozważyć należy poczynając od zagadnienia formalizacji norm ostrożności w sporcie.

3) Problematyka formalizacji norm ostrożności w sporcie³²⁶

Niektórzy przedstawiciele doktryny posługują się figurą „*uwważnego sportowca*”, która ma być pomocą przy ocenie zachowania zawodnika w przypadku braku spisanych norm ostrożności³²⁷. Jedną z trudności polega tutaj na tym, że figura ta nie jest tak dobrze opracowana jak chociażby miernik „*rozważnego kierowcy*”³²⁸. Nadto, chwila refleksji na temat tego zagadnienia aktualizuje pytanie, czy operowanie takim bytem jest w jakimkolwiek zakresie uzasadnione, zwłaszcza w celu kształtowania treści norm ostrożności³²⁹. Niemniej jednak w doktrynie spotkać można opracowania operujące odwołaniem się do wzorowego sportowca, np. figury ostrożnego narciarza, w stosunku do którego podstawą miarą ostrożności zdaje się być zachowanie odpowiedniej prędkości podczas jazdy na stoku³³⁰.

Zarazem dość powszechnym jest również, jak zauważono już powyżej, spisywanie podstawowych reguł postępowania w danej dyscyplinie sportu w formie pewnych Kodeksów Postępowania³³¹. W doktrynie zagranicznej, zwłaszcza niemieckiej, wskazuje się nagminnie, iż traktować je należy wyznacznik norm ostrożności³³². Uzupełniać mają one zaczerpniętą z regulacji

³²⁶ Część poniższych rozważań zamieszczona została już w publikacji pt. „*Zasada nullum crimen sine lege a normy ostrożnościowe na szczególnym przykładzie tzw. naruszeń sportowych*” w: Materiały Pokonferencyjne II Ogólnopolskiego Zjazdu Młodych Karnistów pt. „*Nullum crimen sine lege*”, red. I. Sepioło, wyd. C. H. Beck, Poznań 2013, s. 286–300.

³²⁷ Jednym z głównych rzeczników takiej koncepcji jest przedstawiciel doktryny cywilistycznej, S. Jędruch, „*Odpowiedzialność...*”, s. 117–118, który pisze, iż przy ustalaniu zakresu powinności takiego hipotetycznego ostrożnego sportowca należy odwołać się do „*ducha sportu*”. Jest to pojęcie zbyt mgliste, aby na jego podstawie kształtować odpowiedzialność karną. Zdecydowanie bardziej stosowne może być posłużenie się materiałem empirycznym dostępnym z pokrewnych dyscyplin sportowych czy regulaminami zaczerpniętymi z innych państw.

³²⁸ Zob. uwagi na ten temat R. Kubiaka, op.cit., s. 32.

³²⁹ Wskazać należy, iż w literaturze sportowej, w podręcznikach poszczególnych dyscyplin sportowych bez problemu spotkać można odwołanie się do licznych norm ostrożności, zob. chociażby J. Macke, K. Kuszewski, G. Zieleniec, „*Nurkowanie*”, Warszawa 2003, s. 87–142, oraz s. 293–294.

³³⁰ Jest to zresztą nie tylko odosobniony pogląd A. Rozmarynowicza, op. cit., s. 23, ale także miernik stosowany w orzecznictwie innych krajów, jak np. przez Sąd Najwyższy Słowenii w Orzeczeniu I Ips 216/2002 i spotykany także w orzeczeniach Sądów niższych instancji tego kraju, zob. np. orzeczenie Sądu (Okrajno sodišče) w Nova Goriva K 175/ 2002). Co do szczegółów zob. T. Marušić, „*Skiunfälle und strafrechtliche verantwortung in der Rebulik Slowenien*“, Beitrag zum Forum in Bormio 1–3 Dezember 2006, s. 5, zapis referatu tego znakomitego słoweńskiego prawnika dostępny w Internecie pod adresem: http://www.bormioforumneve.eu/Marusic-%20Bormio_D.pdf, odczyt w dniu 13.09.2014 r.

³³¹ Znakomitym przykładem, znanym mi z doświadczenia są obowiązujące narciarza zasady FIS czy też znajdujące zastosowanie w nurkowaniu zasady CMAS. W tym ostatnim przypadku wykazują one podobieństwo bardziej do Kodeksu Etycznego pletwonurka, a część z ich postanowień ma charakter niewiążących zaleceń, jak chociażby pkt. 15, „*Staraj się wykonywać nurkowanie niewymagające stosowania przystanków dekompresyjnych*”.

³³² Przykładem takiego stanowiska jest R. Specht, „*Sicherheitsregeln im Tauchsport – ein Haftungsmaßstab?*”, Divemaster 2000, z. 2, s. 30.

z StVO naczelną zasadę, która zakazuje takiego zachowania się, które stwarza zagrożenie większe niż jest to uzasadnione w danych okolicznościach dla innych sportowców³³³, a także reguły opracowywane przez krajowe stowarzyszenia i związki sportowe. Naruszenie tych wytycznych może w skrajnych przypadkach skutkować odpowiedzialnością karną³³⁴, co jednak za każdym razem stawia pytanie o imperatywny charakter tych reguł sportowych, zwłaszcza w sytuacji, kiedy sportowcy dobrowolnie ustalili przed rozpoczęciem aktywności sportowej, że nie będą ich przestrzegać³³⁵. Pamiętać należy, iż formalizowane reguły sportowe ustanawiane są jako pewien wzorzec postępowania dla większości sportów, ale często nie wiążą one jednakowo wszystkich zawodników (tj. wytycznymi postępowania o identycznej treści), lecz są uzależnione choćby od posiadanego doświadczenia i stażu sportowców³³⁶. Ich nadmierna formalizacja jest czynnikiem, który niewątpliwie hamuje rozwój dyscypliny sportowej czy próbowanie nowych technik i jest przejawem interwencjonistycznego, wręcz protekcyjnego działania państwa. Stąd też krytycznie ustosunkować się należy do prób rozszerzania katalogu sformalizowanych norm ostrożności³³⁷. Jest to o tyle istotne, że współczesne polskie ustawodawstwo nie operuje pojęciem „*eksperymentu sportowego*”. Analogiczne poglądy co do zakresu formalizacji reguł sportowych są zresztą zgłaszane także w przypadku innych dyscyplin sportowych³³⁸. Rozszerzone, uregulowanie ustawowe tej kwestii, obejmujące obecnie nieliczne rodzaje sportów³³⁹ jako czynnik zniechęcający populację do aktywności ruchowej, powinno zostać odrzucone.

Również przy organizacji mistrzostw Europy w Piłce Nożnej w roku 2012 r. doktryna polskiego prawa zdobyła się na opracowanie odrębnej publikacji monograficznej poświęconej prawu sportowemu³⁴⁰. Rozważania autora wymienionej monografii, A. Wacha, które w zasadzie

³³³ R. Specht, op.cit., s. 32 stwierdza: „*In ständiger Vorsicht und gegenseitiger Rücksicht müssen sich alle Sportteilnehmer so verhalten, daß kein anderer geschädigt, gefährdet oder mehr als nach den Umständen unvermeidbar behindert oder belästigt wird*”.

³³⁴ Jednym z najgroźniejszych przypadków takich spraw jest orzeczenie LG Darmstadt w sprawie 34 LS – 7 NS, w której średnio doświadczony pletwonurek (CMAS**) został skazany za nieumyślne spowodowanie śmierci, po tym jak zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami zostawił swojego towarzysza na głębokości 6–8 m na ok. 20 min, żeby samemu zanurkować na głębokość 20 m. Po takim zanurzeniu nie odnalazł swojego towarzysza, którego udało się odszukać 1 h później, na ustalonej głębokości, uduszonego. Nurek został skazany, gdyż jak wywiódł Sąd „*Eine der Grundregeln des Sporttauchens ist: „Tauche nie allein*”. Zasada ta pokrywa się z treścią pkt 9 Zasad CMAS.

³³⁵ Jak to miało miejsce w przypadku powołanej powyżej sprawy 34 LS – 7 NS.

³³⁶ Objaśnieniem tego niech będzie wskazanie na reguły CMAS, zgodnie, z którym uprawnienia do samodzielnego nurkowania do 40 m dla Instruktora CMAS, podczas gdy nurek P2 (CMAS**) może samodzielnie nurkować do 20 m. Na marginesie zauważyć należy, iż nurek P1 (CMAS*), a więc ten, który był pokrzywdzonym w sprawie 34 LS – 7 NS może samodzielnie nurkować do głębokości 10 m. Co do przeglądu tych regulacji, zob. Zasady CMAS, dostępne pod adresem: <http://www.cmas.org> (odczyt dnia 09.02.2013 r.).

³³⁷ W tym kierunku zmierza chociażby R. Specht, op.cit., s. 35 postulując rozszerzenie katalogu norm ostrożności o każdorazowy postój na głębokości 3 m przed wynurzeniem i inne, dalsze.

³³⁸ S. Ackerman, „*Strafrechtliche Aspekte des Pferdeleistungssports*”, Humbolt 2007, s. 28–32.

³³⁹ Przykładem sportu, który uregulowany jest ustawowo w znacznej liczbie państw, jest myślistwo. W Niemczech kwestię tę regulują ustawy poszczególnych Landów, np. Jagdgesetz BayRS Nr. 792–1 (Bawaria), podobnie odrębne regulację na poziomie poszczególnych prowincji kwestia ta jest uregulowana w Hiszpanii, zob. np. Ley 4/1997 de 25 de junio – de Caza de Galicia (Galicja).

³⁴⁰ Która na dodatek posiada bardzo obiecujący tytuł A. Wach, „*Odpowiedzialność osób naruszających reguły sportowe lub prawne w związku z UEFA Euro 2012*”, Warszawa 2012.

nie dotyczą istoty problemu norm ostrożności w prawie karnym sportowym, posiadają jeden wszak istotny walor: zwracają one uwagę na krytyczną rolę sędziego w oficjalnych zawodach sportowych, rolę, którą uwypukla zwłaszcza zasada niepodważalności wyników gier sportowych³⁴¹. Wobec tego pojawia się pytanie, jakie znaczenie ma wskazanie (bądź też jego brak) przez sędziego na naruszanie reguł gry dla ustalenia, iż doszło do przekroczenia normy ostrożności? Pytanie to jawi się jako istotne w kontekście zagadnienia tzw. formalizacji norm ostrożności.

Problem związany ze statusem sędziów wynika częściowo z braku kompleksowej regulacji w tej materii. Wydaje się jednak, że w tym zakresie większe znaczenie ma spostrzeżenie, iż sędzia swoją interwencją nie stwierdza naruszenia reguły sportowej (a więc tym bardziej: normy ostrożności) w sposób konstytutywny. Taki czyn istnieje w sposób obiektywny, a więc niezależnie od tego, czy, używając sformułowania zaczerpniętego z języka ogólnego – zostanie „odgwizdany przez arbitra”, sporne może to być jedynie w wyjątkowych sytuacjach i staje się wtedy zarzewiem debaty publicznej. Takie stanowisko potwierdzają również karniści z innych państw³⁴². Nie można pod tym względem traktować jako dopuszczalnego wyjątku sytuacji, w której przyznaje się arbitrowi pewien zakres swobody w kategoryzowaniu naruszeń sportowych³⁴³.

Wskazać należy na koniec, iż w przypadku takich aktywności sportowych, gdzie niewyklarowane zostały reguły sportowe, orzecznictwo, szczególnie zagraniczne, dopuszcza wprost odwoływanie się do konkludentnych ustaleń poczynionych pomiędzy uczestnikami zawodów³⁴⁴. Niedopuszczalność z kolei takich ustaleń w przypadku bardziej sformalizowanej aktywności sportowej usprawiedliwiana jest za pomocą konstrukcji podporządkowania się związkowi sportowemu³⁴⁵. Z drugiej strony podnosi się słusznie, iż fakt przestrzegania ustanowionych przez prywatne związki czy kluby sportowe reguł sportowych nie może automatycznie usuwać odpowiedzialności karnej w przypadku, gdy reguły te dopuszczają nadmierne ryzyko dla uczestników zawodów sportowych³⁴⁶, co zwraca uwagę na inne nieco

³⁴¹ Egzemplifikacją takiej postawy jest sprawa Korean Olympic Committee v. International Skating Union COS OG 02/2007.

³⁴² Znakomitą egzemplifikacją tego podejścia jest stwierdzenie: „*De este modo, se podrían sancionar en boxeo, si el árbitro no para el combate, las lesiones causadas por el ensañamiento con un contrario que se sabe positivamente que está con sus capacidades psíquicas alteradas a consecuencia de los golpes previos pero que desea seguir en pie*”, Zob. A. J. M. Antón, „*El delito de lesiones en el deporte: evolución y diferencias entre la legislación alemana y la española. Propuesta de solución*”, Historia del Deporte, 2012, nr 4, s. 10.

³⁴³ Wskazując na takie właśnie rozwiązanie przyjęte w Niemczech, A. Eser, „*Deporte y justicia penal*”, Revista penal 2000, nr 6, s. 57 argumentuje, że wyklucza to możliwość stosowania jednolitego kryterium do podziału deliktów i naruszeń reguł sportowych.

³⁴⁴ Wskazać należy w tym kontekście na wyrok OLG Dusseldorf U 65/92 (VersR 1993, 1295).

³⁴⁵ Która potwierdzona została przez Sąd Najwyższy Niemiecki, BGHZ NJW 1995, 583–587.

³⁴⁶ Wskazuje się tutaj nadto na dwa dalsze zagrożenia, jakimi jest tworzenie regulacji sprzecznych z „*geschichtlich gewordenen Ordnung eines Volkes*” (co raczej odrzucić należy jako argumentację niebezpieczną, zob. H. Welzel „*Studien zum System des Strafrechts*”, ZStW 1939, s. 517) oraz dominacji regulacji pozaustawowych przy określaniu odpowiedzialności karnej, zob. M. Kubink, „*Strafrechtliche Probleme des Rechtsschutzverzichts im sportlichen Grenzbereich soziale Adäquanz, erlaubtes Risiko, Einwilligung*”, JA 2003, s. 259.

zagadnienie, jakim jest relacja reguł sportowych do norm ostrożności. Ten złożony problem będzie przedmiotem analizy teoretycznej w VII Rozdziale niniejszej pracy.

4) Problematyka wyboru zastosowania właściwych norm ostrożności

Na marginesie wspomnieć należy o nieco innym problemie z pogranicza teorii i dogmatyki prawa. Chodzi tutaj o wybór właściwych reguł sportowych, które będą jedną z podstaw dekodowania norm ostrożności w przypadku aktywności sportowej, zwłaszcza w przypadku aktywności sportowej przekraczającej granicę jednego państwa. Problem ten ma co prawda znaczenie coraz mniejsze wobec postępującego ujednolicenia kodeksów sportowych na całym świecie, ale nie zniknął całkowicie. W tej materii w pierwszej kolejności poszukiwać należy odpowiedzi na pytanie, czy regułom sportowym nadano rangę aktu normatywnego – wtedy do ich zakresu zastosowania terytorialnego stosują się ogólne zasady danego porządku prawnego. Gdy tak nie jest, decydować muszą postanowienia organizatorów zawodów sportowych, którzy zazwyczaj wskazują na właściwy zbiór zasad. W przypadku jednak uprawiania sportu transgranicznie w formie amatorskiej, gdy brak tych dwóch elementów, odwołać się należy w pierwszej kolejności do narodowości uczestników, która w ten sposób odsyła do właściwych zbiorów reguł sportowych. Przed tym jednak priorytet ma konsensus samych sportowców co do mających zastosowanie norm ostrożności, który przede wszystkim wyznaczać powinien wzorzec kontroli³⁴⁷.

Jednak wskazany powyżej problem wskazania właściwych norm ostrożności ma także inny wymiar, co dobrze ilustruje burzliwa debata na tle orzeczenia polskiego SN w sprawie o sygn. V KK 158/07³⁴⁸. W orzeczeniu tym rozstrzygana była kwestia odpowiedzialności kierowcy rajdowego, który poruszając się z nadmierną prędkością, spowodował wypadek na trasie odcinka specjalnego, powodując uszczerbek na zdrowiu kobiety, która z kolei stała w niedozwolonym przez organizatorów rajdu miejscu. Orzeczenie to zasługuje na pogłębione rozważania głównie dlatego, iż przedstawiona tutaj sytuacja dotyczy problematyki norm ostrożności tak w sporcie, jak i w ruchu pojazdów mechanicznych na drogach publicznych i sposobu poszukiwania norm ostrożności w aktualnych rozważaniach doktryny polskiego prawa karnego.

Krytykując w swojej glosie pogląd SN wyrażony w uchwale V KK 158/07, R.A. Stefański zwraca uwagę na to, iż pewne regulację u.p.r.d. powinny mieć zastosowanie do rajdów sportowych, w tym także do rywalizacji na tzw. odcinkach specjalnych³⁴⁹. Zarazem tenże autor

³⁴⁷ Trudno bowiem przyjąć, jakoby dla oceny ostrożności zachowania ustalenia uczestników gry sportowej były zupełnie bez znaczenia.

³⁴⁸ OSNKiW 2008 z. 4 poz. 25.

³⁴⁹ R. A. Stefański, „Glosa do postanowienia SN z dnia 7 stycznia 2008 r., V KK 158/07”, Prokur. i Pr. 2009, z. 6.

wysławia pogląd, iż normy ostrożności, którą są zwarte w poszczególnych regulaminach sportowych, jak chociażby w regulacji Międzynarodowego Kodeksu Sportowego czy Przepisów Ogólnych Rajdów Mistrzowskich FIA „*nawet gdyby (...) wyłączały stosowanie uregulowań krajowych, to przepisy takie w naszym porządku prawnym byłyby bez znaczenia i nie mogłyby w stanie wyłączyć przepisów Prawa o ruchu drogowym, gdyż – jak słusznie zauważa się w piśmiennictwie – nie są zawarte w ratyfikowanej umowie międzynarodowej, a w aktach niższej rangi*”³⁵⁰. Przekonanie to oparte jest na pewnym nieporozumieniu. Jest oczywiste, że regulaminy związków sportowych nie są źródłem powszechnie obowiązującego prawa wymienionym w katalogu zawartym w art. 87 Konstytucji RP. Tym niemniej nie chodzi tutaj o zwrócenie uwagi na ich formalną derogację przez normy wyższego rzędu, ile raczej na odpowiedź na pytanie, jakie normy ostrożności znajdują w danej sytuacji zastosowanie. Nie ma bowiem rozstrzygającego znaczenia, iż część z nich została zamieszczona w aktach rangi ustawowej, a część nie posiada waloru norm tetycznych, zabezpieczonych przymusem państwowym. Można sobie bowiem wyobrazić sytuację, kiedy przepis mający formalne pierwszeństwo przed normami ustawowymi (wysłowionymi chociażby w ratyfikowanej przez Sejm umowie międzynarodowej) określa pewien sposób ostrożnego postępowania ale mimo to nie znajdzie zastosowania, gdyż dostępne są inne normy ostrożności, które odtworzyć można z regulaminu osiedlowego boiska do hokeja. W poszukiwaniu adekwatnych norm ostrożności rozstrzygające znaczenie ma jednak kontekst sytuacyjny, na który wskazuje art. 9 § 2 k.k., a nie ranga aktu normatywnego. Wydaje się, że byłoby rozwiązaniem sztucznym i nieintuicyjnym, gdyby nakazać kierowcom rajdowym przestrzegania swoiście zmodyfikowanych i okrojonych norm zdekodowanych z u.p.r.d., ignorując obowiązujące na całym świecie zasady rajdowe. Takie formalistyczne spojrzenie jest spojrzeniem prawnika, który patrzy na świat przez pryzmat ustaw, nie uwzględniając rzeczywistości społecznej. Nie wyklucza to jednak sytuacji, iż treść i zakres zastosowania owych norm ostrożności będzie się pokrywał, co nie oznacza jednak tożsamości strukturalnej.

Akceptacji przedmiotowego orzeczenia SN doszukać się można również w glosie M. Bojarskiego³⁵¹, który rozważa możliwość pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej za przestępstwo stypizowane w art. 157 § 3 k.k., posługując się w tej mierze konstrukcją kontratypu dozwolonego ryzyka sportowego. Szczególne jest jednak ujęcie tego kontratypu, a mianowicie stwierdza on, iż „*cel działającego musi być dodatnio oceniany z punktu widzenia społecznego, a działający zachowa zasady ostrożności po to, by uniknąć negatywnego skutku*”. Takie pojmowanie okoliczności wyłączającej bezprawność czynu traktować należy chyba jako syntezę dwóch elementów, a mianowicie składnika obiektywnego i subiektywnego. Zamiast odwoływać się

³⁵⁰ R. A. Stefański, „Glosa...”, s. 159.

³⁵¹ OSP 2008 z. 11, poz. 114, s. 772–773.

wszak do wtórnej legalizacji takiego czynu, stwierdzić należy jego brak relewancji dla prawa karnego. Warunek celu działania sprawcy w istocie rzeczy sprowadza się do tego, że ogranicza on zasadniczo zastosowanie tej konstrukcji do kategorii przestępstw nieumyślnych. Trudno bowiem przyjąć, że cel sprawcy może być przedmiotem dodatniego wartościowania społecznego, kiedy jednocześnie jest umyślnym przestępstwem³⁵². Stąd też warunki tego kontratypu przekuć można na inną równoważną formułę: nie popełnia przestępstwa, kto nie miał zamiaru popełnienia przestępstwa i zarazem postępował ostrożnie. Wydaje się więc, iż M. Bojarski trafnie ujmuje istotę rzeczy, chociaż nieprawidłowo ją nazywa.

Bardziej złożona jest kwestia kwalifikacji czynu z art. 177 § 1 k.k. M. Bojarski pisze tak: „*SN słusznie zauważył, iż zawodnik swoim zachowaniem nie wyczerpał wszystkich ustawowych znamion tego przepisu*”. To, że w przypadku rajdów samochodowych nie znajdują wprost zastosowania normy zaszyfrowane w u.p.r.d. nie wymaga chyba bardziej rozbudowanej argumentacji. Nie wyklucza to jednak założenia, że znajdują zastosowanie niektóre spośród norm zakodowanych w tym akcie normatywnym, tak jak chociażby na przykład zasada ograniczonego zaufania. Wydaje się jednak, że w pierwszej kolejności odwołać się należy do treści postanowień regulaminu konkretnego rajdu³⁵³. Takie ujęcie powoduje, że normom zawartym w u.p.r.d. nadane zostaje incydentalne znaczenie, a przy ich wykładni pamiętać należy o szczególnym kontekście ich zastosowania. Natomiast błędna jest już jego inna konstatacja, iż „*skoro tam nie obowiązują normalne zasady ruchu drogowego, to oskarżony nie mógł ich naruszyć, a jeśli tak, to nie wypełnił wszystkich ustawowych znamion przepisu art. 177 k.k.*”³⁵⁴. Abstrahując od kwestii, czy znamiona są właściwością przepisu czy też raczej przestępstwa, powiedzieć można, że takie odczytywanie opiera się na pochopnym chyba przyjęciu, iż w czasie rajdu samochodowego nie mamy do czynienia z żadnymi normami ostrożności. To nieprawda. Potwierdza to już fakt, że rajdowcy, aby uzyskać licencję kierowcy sportowego muszą przejść gruntowne szkolenie, gdzie przekazuje się wiedzę na temat kanonów takiego prowadzenia samochodu rajdowego, aby nie stwarzać zagrożenia życia i zdrowia dla zgromadzonej publiczności. Co więcej, błędne jest identyfikowanie norm ostrożności o których stanowi art. 177 § 1 k.k. w swojej warstwie deskryptywnej z regulacjami u.p.r.d. Nie ma bowiem żadnego wymogu, nawet sformułowanego w kontekście wykładni tego przepisu, aby normy ostrożności zawarte były w akcie rangi ustawowej. Wręcz przeciwnie – niejednokrotnie podkreśla się, iż właściwym źródłem norm ostrożności mogą być

³⁵² Pomijam tutaj należące obecnie do wyjątków sytuację tzw. obywatelskiego nieposłuszeństwa.

³⁵³ Por. np. Regulamin uzupełniający 4 Rajdu Magurskiego 1–2 Luty 2008, Automobil Małopolski, Krosno 2008, precyzuje, iż: „4. *Rajd Magurski zostanie przeprowadzony zgodnie z postanowieniami następujących przepisów: 1. Międzynarodowy Kodeks Sportowy na rok 2008 2. Przepisy Ogólne Rajdów Mistrzowskich FIA na rok 2008 (wraz z załącznikami), (...) 5. Ustawa „Prawo o Ruchu Drogowym RP”*).

³⁵⁴ M. Bojarski, „*Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 7 stycznia 2008 r., V KK 158/07*”, OSP 2008 z. 11, s. 773.

nie tylko nieformalne regulacje, ale także zasady doświadczenia życiowego.

Wobec tego orzeczenia poczynić należy jednak jeszcze uwagę: glosator pochyła się wyłącznie nad zachowaniem kierowcy, ignorując w znacznej mierze trafną linię argumentacji zasygnalizowaną w rozstrzygnięciu SN, iż: „*Oskarżony miał ponadto świadomość tego, że organizatorzy rajdu prawidłowo zabezpieczą całą trasę rajdu, a w szczególności odcinki specjalne*”³⁵⁵. Przechodząc do porządku dziennego nad ciekawym faktem, skąd sędziowie SN znają stany świadomości sprawcy w czasie popełnienia czynu zabronionego, zgodzić się należy ze stwierdzeniem, że jeżeli doszukiwać się można przekroczenia normy ostrożności, to „*najprędzej*” dostrzec ją można w błędzie w zabezpieczaniu OS-1 (ustawienie bariery energochłonnej zbyt słabej, aby skutecznie zabezpieczyć zdrowie uczestników) bądź też nieuwważnego widza, który co więcej stał w miejscu niedozwolonym³⁵⁶, a nie w zachowaniu kierowcy rajdowego.

Nieco podobną ścieżkę argumentacji odszukać można w wypowiedziach innych glosatorów tego orzeczenia³⁵⁷. Problematyczna jest jednak argumentacja zorientowana na uzasadnienie zakresu zastosowania norm z prawa o ruchu drogowym stwierdzeniem, iż „*droga pozostaje drogą*”³⁵⁸. Takie rozumowanie, które zdradza spojrzenie utożsamiające normy ostrożności z ustawą prawo o ruchu drogowym, jest nieuprawnione. Ciekawy jest w tej mierze przykład powoływany przez T. Huminiaka. Píše on bowiem, iż w wypadku wyścigu pieszych „*gdy jeden z nich, przekraczając nieostrożnie dopuszczalny stopień ryzyka w warunkach biegu wieloosobowego ruchu nakierowanego na jak najszybsze dotarcie do mety*” powoduje uszczerbek na zdrowiu określony w art. 157 §1 k.k., to można mu zarzucić, iż „*wbrew dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy <<Prawo o ruchu drogowym>> nie zachował ostrożności*”. Można by więc idąc dalej tropem tych rozważań powołać przykład biegu odbywającego się częściowo po drodze publicznej, a częściowo po drodze innej kategorii. Czy w takim przypadku o zastosowaniu sformalizowanych norm ostrożności będzie decydowało dopuszczenie się czynu przez sprawcę na wybranym odcinku drogi? A co w przypadku, gdy jeden z zawodników biegnie na obszarze będącym jeszcze desygнатem pojęcia droga publiczna w rozumieniu tej ustawy, a drugi już nie? A co w przypadku biegu trans-granicznego np. na pograniczu polsko-czeskim? Stwierdzić więc należy, że pojęcie drogi publicznej, aczkolwiek sugestywnie wpływające na wyobraźnię, w przypadku, gdy droga ta jest w sposób ewidentny wykorzystywana w celach innych niż do zwykłej komunikacji drogowej, nie może być kryterium rozstrzygającym w procesie odtwarzania norm ostrożności³⁵⁹.

³⁵⁵ V KK 158/07, OSN 2008, z. 11, s. 771

³⁵⁶ T. Huminiak „*Glosa do postanowienia V KK 158/07*”, PnD 2009, nr 1, s. 24.

³⁵⁷ Zob. zwłaszcza T. Huminiak, op.cit., s. 7–24.

³⁵⁸ T. Huminiak, op.cit., s. 16.

³⁵⁹ Warto tutaj wskazać na rozmaite rozumienie pojęcia drogi w orzecznictwie: w symptomatycznym tutaj rozstrzygnięciu Rw 841/82 OSNKW 1983/1/11, gdzie zauważono, iż „*okresowe wyłączenie pewnego odcinka szlaku*

W innej wypowiedzi odnoszącej się rzeczono wyroku, omawiając wyczerpująco sposób procedowania Sądów niższych instancji, L.K. Paprzycki³⁶⁰ zauważa trafnie, że właściwą podstawą do odtwarzania norm ostrożności w przypadku rajdów są przepisy Międzynarodowego Kodeksu Sportowego; co ważniejsze, autor ten widzi przy tym cechy wyróżniające rajd samochodowy od normalnej sytuacji komunikacyjnej³⁶¹.

Zarysowując się w powyższym rozstrzygnięciu SN niejasność relacji pomiędzy poszczególnymi przesłankami warunkującymi odpowiedzialności karnej za czyn sportowców i kryterium wskazania mających zastosowanie norm ostrożności w danym przypadku znakomicie widać w innym, wcześniejszym rozstrzygnięciu SA w Katowicach, zapadłego na gruncie innej sprawy³⁶². W tym wyroku, przy sposobności kontroli instancyjnej, wypowiedziane zostało w jego uzasadnieniu stwierdzenie, iż *„Nadto właściwie zostało przyjęte, że oskarżony uczestnicząc w meczu rozgrywanym na asfaltowym podłożu i zadając cios w tych okolicznościach, nie zachował ostrożności wymaganej w danych warunkach”*. Uzmysławia to chyba, jeśli prawidłowo odczytuje to dość lakoniczne uzasadnienie, potraktowanie przekroczenia norm ostrożności jako samoistnego elementu w strukturze przestępstwa. Problemem jest tylko to, czy rozgrywanie meczu na asfaltowym podłożu już jest naruszeniem norm ostrożności w dziedzinie sportu i czy zadanie uderzenia pięścią w twarz jeszcze nim jest. Wydaje się, że na pierwszy człon tej alternatywy udzielić należy odpowiedzi negatywnej, gdyż o ostrożności decydować może chociażby dobranie odpowiedniego obuwia czy stroju³⁶³ do asfaltowej posadzki. Co do drugiego członu, powiedzieć należy, że wymagane jest tutaj przyjęcie pewnej szerszej optyki. Jasne jest bowiem, że – w przypadku gier zespołowych³⁶⁴ – nie ma czegoś takiego, jak normy ostrożnego zadawania ciosów bramkarzom przeciwnej drużyny w twarz. Nie zmienia to faktu, że będą tu miały zastosowanie ogólne zasady ostrożności, niesprężone tylko z uprawianiem danego sportu. Na marginesie tego orzeczenia istotne jest także odczytanie latentnych wahań Sądu Apelacyjnego, który poświęca odrębny fragment wypowiedzi odrzuceniu celu sportowego sprawcy jako podstawy wyłączenia

kolejowego – nie ma (...) – znaczenia dla oceny prawnokarnej zachowania się sprawcy”. Mówiąc inaczej, SN przyjął tutaj występowanie ruchu lądowego, mimo iż był tutaj ruch wyłącznie jednego pojazdu. Również podczas przejazdu nocą przez opustoszałe miasto nie można mówić o wyłączeniu obowiązywania norm prawa drogowego. Nie można jednak upierać się przy rozumowaniu, że na drogach stosuje się „prawo drogowe”. Nie służy temu cytowanie wyrwanych z kontekstu orzeczeń stwierdzających, że prawo drogowe posłankowo stosować należy np. do ruchu wózków w kopalni. Sensem bowiem norm prawa o ruchu drogowym jest stosowanie ich jako swoistych norm *quasi*–prakseologicznych w sytuacji komunikacji pojazdów, a więc pewnego natężenia ruchu pojazdów o własnym napędzie. Dostrzega to zresztą samokrytycznie w toku dalszych wywodów sam T. Huminiak, „Glosa...”, s. 22–24.

³⁶⁰ L. K. Paprzycki, „Wypadek <<drogowy>> kierowcy rajdowego” PnD 2008 z. 9, s. 30–44.

³⁶¹ L. K. Paprzycki, op.cit., s. 44, który wskazuje „*ruch jednostronny*”. Wyjdę się, że pojawiają się tutaj także inne, ważniejsze różnice, jak przede wszystkim zamknięty tor jazdy na określonym odcinku.

³⁶² Chodzi tutaj o wyrok II AKa 44/02 (Wokanda 2003 nr 4, s. 42), w którym rozważana była odpowiedzialność napastnika w zespole piłkarzy piłki nożnej, który podczas meczu (rozgrywanego na asfaltowym podłożu) uderzył „*pięścią w twarz*” bramkarza przeciwnej drużyny.

³⁶³ Np. w postaci specjalnych ochraniaczy na wrażliwe części ciała.

³⁶⁴ Konkluzja taka musiałaby mieć inną postać, gdyby odnosić ją do innych typów zawodów sportowych, w szczególności do sportów walki.

odpowiedzialności karnej³⁶⁵.

To, że jedno, omówione powyżej orzeczenie o sygn. V KK 158/07, wywołało tyle zamieszania, powoduje, że tym bardziej widoczna jest potrzeba wyklarowania piętrzących się wątpliwości.

Tak więc żaden z powoływanych tutaj autorów nie pokusił się o przedstawienie całościowej koncepcji norm ostrożności w kontekście odpowiedzialności karnej sportowca, a kwestia wyboru zastosowania właściwych norm ostrożności rozwiązywana jest w nadzwyczaj niespójny sposób. Nie brakuje jednak fragmentarycznych uwag, którym nie sposób odmówić słuszności. Wskazane braki prawa karnego sportowego aktualizuje to potrzebę sformułowania własnej, ogólnej koncepcji. Zanim to jednak nastąpi, zwrócić należy uwagę na kwestie prawie całkowicie ignorowaną przez doktrynę zajmującą się stykiem prawa karnego i sportu w dotychczasowych rozważaniach, a mianowicie sprawą zgodności z konstytucyjną zasadą *nullum crimen sine lege*³⁶⁶ odwołania do reguł sportowych jako przejawu normy ostrożności³⁶⁷.

5) Normy ostrożności w sporcie a konstytucyjne podstawy odpowiedzialności karnej – zasada *nullum crimen sine lege*

W niniejszym podrozdziale przedmiotem rozważań będzie pojmowanie zasady *nullum crimen sine lege* wobec odwoływania się do reguł sportowych, które nie tylko nie są wysłowione w żadnym akcie normatywnym, ale często nawet niewyrażone w żadnym regulaminie w formie pisemnej.

Zgodnie z doniosłym w tej mierze rozstrzygnięciem TK w sprawie SK 52/08: „*Nie jest możliwe całkowite wyeliminowanie znamion pozaustawowych w prawie represyjnym*”³⁶⁸. W toku swoich rozważań TK klarownie akcentuje znaczenie rozróżnienia pomiędzy blankietem zupełnym³⁶⁹ a blankietem niezupełnym. W odniesieniu do tej drugiej kategorii wyraźnie

³⁶⁵ Znakomitą ilustracją tego spojrzenia może być cytat z uzasadnienia: „(...) oskarżonym nie kierował w tym przypadku cel sportowy, o czym dobitnie świadczy i to, że podczas zajścia piłka znajdowała się poza boiskiem”. Wydaje się, że gdyby skład orzekający był bardziej konsekwentny, mógłby swoje rozważania zakończyć na ustaleniu przekroczenia norm ostrożności. Cel sportowy jest reliktem jednej z przesłanek kontratypu ryzyka sportowego w jego tradycyjnym ujęciu (zob. np. A. Gubiński, „Ryzyko...”, s. 1183). Zarazem jednak cel sportowy zdaje się ogrywać tutaj pewną rolę przy ocenie elementu subiektywnego u sprawcy czynu z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. Warto tutaj dodać, że w myśl niektórych poglądów doktryny działanie w celu sportowym jest dostateczną przesłanką wyłączenia odpowiedzialności sprawcy, zob. L. Bongiorno „*Giustizia comune y giusticia sportiva*”, Rivista di diritto societario 1964, s. 20–1.

³⁶⁶ Obecnie wysłowioną w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, który stanowi, iż „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuści się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia.”

³⁶⁷ Jest to problem, który stał się aktualny wobec wykładniczej działalności Trybunału Konstytucyjnego. Dobry przegląd ewolucji orzecznictwa daje A. Kustra „Blankietowość norm prawnokarnych jako problem konstytucyjny”, Forum Prawnicze 2012, z. 1 s. 20–32.

³⁶⁸ SK 52/08, OTK ZU 2010/5A poz. 50, s. 20 uzasadnienia cyt. orzeczenia. Takie spojrzenie wydaje się być rezultatem analizy tej kwestii przez R. Dębskiego (R. Dębski, „Pozaustawowe...”, s. 107 i n.), na którego TK zresztą wielokrotnie w treści orzeczenia się powołuje.

³⁶⁹ W takim przypadku (Orzeczenie SK 52/08, s. 19 uzasadnienia orzeczenia) TK podtrzymuje swoje stanowisko

dopuszczane ma być odwołanie do regulacji podstawowych, nawet aktów prawa wewnętrznego³⁷⁰. W żadnym przypadku nie może być naruszona zasada testu przewidywalności. Jednak już samo jego pojmowanie w doktrynie nie jest jednolite³⁷¹.

Przenosząc te rozważania TK na grunt prawnokarnego wartościowania reguł sportowych, zauważyć należy, iż chodzić tutaj może o konstrukcję blankietu niezupełnego, która w myśl obecnej linii orzeczniczej jest – w ograniczonym zakresie – dopuszczalna. Nie usuwa to piętrzących się trudności, gdyż rozważania TK dotyczą w pierwszej kolejności wykładni znamion typu czynu zabronionego, abstrahując od problemu, jakim jest wartościowanie norm ostrożności jako odrębnego elementu struktury przestępstwa³⁷².

Obecne stanowisko stoi jednak w przynajmniej częściowej sprzeczności z wcześniejszymi rozstrzygnięciami polskiego sądu konstytucyjnego. Dla przejrzystości prowadzonego tutaj wywodu dokonać należy ich krótkiego przeglądu. Przytoczyć należy zwłaszcza postanowienie S 6/91³⁷³, w którym po raz pierwszy zasygnalizowano warunek, aby przepisy o charakterze represyjnym precyzyjnie określały czyn zabroniony³⁷⁴. Ma on mieć szerokie zastosowanie, a TK w każdym przypadku samodzielnie podejmuje się badania, czy przepis ma charakter represyjny³⁷⁵. Warto zaznaczyć jednak, że samo pojmowanie znaczenia blankietowości przepisów prawnokarnych przez TK było początkowo różne i opierało się w prostej linii na poglądach

wysłowione we wcześniejszym orzeczeniu P 33/05, OTK–A 2006/7/83, LEX nr 198679, iż „w żadnym wypadku blankiet zupełny nie może odsyłać do przepisów, które nie mają charakteru powszechnie obowiązującego prawa”.

³⁷⁰ SK 52/08, s. 28 uzasadnienia orzeczenia, gdzie podkreśla się: „(...) przepisy karne o charakterze blankietów częściowych (niezupełnych, niepełnych) mogą odsyłać również do aktów o charakterze prawa wewnętrznego czy aktów stosowania prawa.”

³⁷¹ Wskazać należy zwłaszcza na pogląd, iżby warunek testu przewidywalności mógłby być przestrzegany w mniejszym stopniu w przypadku nakazów kierowanych do określonych grup zawodowych. Zob. cyt. przez TK w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie o sygn. SK 52/08, s. 29, artykuł Z. Gromka, „Odpowiedzialność konstytucyjna w świetle zasady określoności przepisów represyjnych”, Przegląd Sejmowy 2010, z. 2, s. 15. Zasadniczą wadą takiego stanowiska jest to, iż niejasne są kryteria różnicowania pomiędzy przepisami karnymi „powszechnymi” a pozostałymi.

³⁷² Zasadniczą trudność w tej materii dotyczy w pierwszej kolejności tego, że blankietowość taka nie dotyczyłaby wyłącznie wybranych zespołów znamion typów przestępstw zamieszczonych w części szczególnej Kodeksu Karnego, ale potencjalnie wszystkich czynów zabronionych pod groźbą kary. Rodzi to trudność związaną z dopuszczalnością takiego poniekąd systemowego blankietu niezupełnego.

³⁷³ OTK 1991 z. 1 poz. 34, LEX nr 25373

³⁷⁴ Aby uzasadnić ten pogląd TK przeprowadza rozumowanie funkcjonalne odwołujące się do istoty prawa karnego, iż służy ono nie tylko ochronie społeczeństwa przez przestępcami, ale także ochronie obywatela przez samowolą organów ścigania. Zauważa się więc, iż: „Prawo karne ma wyznaczyć wyraźne granice między tym, co jest dozwolone, a tym, co jest zabronione.”

³⁷⁵ Przykładem może być tutaj zwłaszcza o orzeczenie U 7/93, OTK 1994/I poz. 5, Lex Polonica nr 312455, w którym TK analizował represyjny normy zakodowanej w przepisie ustawy z zakresu prawa administracyjnego, nakładający na adresata tej normy obowiązek uiszczenia opłaty manipulacyjnej dodatkowej. W uzasadnieniu tego orzeczenia podkreśla się zarazem niedopuszczalność blankietu zupełnego: „(...) podstawowe elementy zarówno czynu jak i kary muszą być określone w samej ustawie” (U 7/93, s. 11 uzasadnienia orzeczenia, podobnie P 10/02). Takie spojrzenie jest odmianą ogólnej zasady określoności regulacji prawnych ograniczających swobody obywatelskie (odnieść to można do spójnej linii orzeczniczej: U 6/92, OTK 1993/I poz. 8, Lex Polonica nr 312436, W 3/94, OTK 1994/II poz. 40, Lex Polonica nr 325061 czy S 1/94, OTK 1994/I poz. 28, Lex Polonica nr 356619, gdzie zauważa się, iż „każda regulacja prawna, nawet o charakterze ustawowym, dająca organowi państwowemu uprawnienie do wkraczania w sferę praw i wolności obywatelskich, musi spełniać warunek dostatecznej określoności”).

doktryny³⁷⁶. Wobec tego bardziej stosowne jest mówienie o zasadzie określoności³⁷⁷. Wyznacza ona obowiązek takiego określenia przepisu prawnokarnego, aby ryzyko karalności było rozpoznawalne dla adresatów normy³⁷⁸. W późniejszym rozstrzygnięciu TK w sprawie o sygn. P 02/03 zaznacza, iż odesłanie blankietowe w formie „*kto wbrew przepisom...*” występujące na płaszczyźnie deskryptywnej przepisu karnego jest dopuszczalne na zasadach określonych w § 25 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „*Zasad techniki prawodawczej*”³⁷⁹.

Nieco inną metodę egzegezy zastosował TK w orzeczeniu P 33/05³⁸⁰, gdzie odrębnie rozpatrywał art. 42 Konstytucji przez pryzmat zasady wyłączności i określoności ustawy. W obu tych przypadkach jako dopuszczalne uznaje w pewnym zakresie odesłania blankietowe³⁸¹. Warto przy tym zauważyć, iż polski TK orzekł w tym przypadku niezgodność pkt 5 ust. 1 art. 210 ustawy Prawo Lotnicze³⁸² z art. 42 Konstytucji przez to, że operował on jako znamieniem naruszeniem zarządzenia wydanego przez zarządzającego lotniskiem³⁸³. W jednym z kolejnych orzeczeń poruszających tę kwestię³⁸⁴ TK odmówił nadania biegu skardze konstytucyjnej na art. 23 paliw ciekłych i biopaliw ciekłych³⁸⁵, gdzie jako niezgodny z ustawą zasadniczą skarżący postrzegał doprecyzowanie czynności sprawczej czynu zabronionego w rozporządzeniu³⁸⁶. Najdalej idące koncesje na rzecz posługiwania się blankietem zupełnym o charakterze dynamicznym uczynił TK

³⁷⁶ Tak chociażby w orzeczeniu TK SK 22/02, Prokur. i Prawo – dodatek 2004, z. 2 poz. 43, Lex Polonica nr 364482, s. 19 uzasadnienia orzeczenia, opierając się na poglądzie B. Kocha, „*Z problematyki przepisów blankietowych w prawie karnym*”, Acta Universitatis Nicolai Copernici, Prawo XVI – Nauki Humanistyczno–Społeczne, 1978, z. 89, s. 67) wyróżnia trzy kategorie przepisów blankietowych, w zależności od tego, do jakiej kategorii aktów normatywnych odsyłają.

³⁷⁷ Jej znaczenie wyraźnie podkreśla się również w doktrynie, co ilustruje stwierdzenie L. Gardockiego, „*Prawo karne*”, Warszawa 2008, s. 16, iż „*Ustawodawca nie może bowiem wymagać od obywatela uświadomienia sobie zakresu zakazu karnego i przestrzegania go, jeżeli sam nie jest w stanie określić wyraźnie jego granic*”.

³⁷⁸ Takim sformulowaniem posłużył się BVerfG, 2 BvR 1881/99, stanowiąc: „*Der einzelne Normadressat soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist*” Na wyrok ten powołuje się TK w orzeczeniu SK 22.02, s. 23 uzasadnienia orzeczenia.

³⁷⁹ Dz. U. Nr 100, poz. 908; dalej zwane: z.t.p. Zgodnie z tym przepisem § 25 ust. 1: „*Przepis prawa materialnego powinien możliwie bezpośrednio i wyraźnie wskazywać kto, w jakich okolicznościach i jak powinien się zachować (przepis podstawowy)*”, zob. Wniosek taki wyciągnąć można ze sformułowań s. 18 uzasadnienia orzeczenia w sprawie P 2/03, OTK–A 2004, z. 5, poz. 39, LEX nr 112989. Zarazem znany jest w doktrynie – zob. J. Warylewski, „*Zasady techniki prawodawczej. Komentarz do rozporządzenia*”, Warszawa 2003, s. 330 – pogląd, iż takie sformułowanie jest sprzeczne z przedmiotowym rozporządzeniem.

³⁸⁰ OTK–A 2006/7/83, LEX nr 198679

³⁸¹ Czego egzemplifikacją jest stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu wyroku P 33/05, s. 12 uzasadnienia orzeczenia, gdzie wywodzi się: „*W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, nie można bowiem całkowicie wykluczyć posługiwania się techniką blankietu zupełnego, jeżeli w danym przypadku nie jest możliwe określenie przynajmniej niektórych znamion czynu zabronionego w samej ustawie*”.

³⁸² Ustawa z dnia Prawo lotnicze 3 lipca 2002 r. (Dz.U.2006.100.696).

³⁸³ Jak to wywiódł TK w rozstrzygnięciu P 33/05, s. 10–11 uzasadnienia orzeczenia: „*Samodzielne wyznaczenie znamion czynu zabronionego następuje w regulacji zawartej w zarządzeniu wydanym na podstawie art. 82 pkt 3 prawa lotniczego przez zarządzającego lotniskiem związanym z zapewnieniem bezpieczeństwa lotów lub porządkiem na lotnisku*”.

³⁸⁴ Ts 106/07, OTK ZU 2007/6B poz. 299, Lex Polonica nr 1911502.

³⁸⁵ Ustawa z dnia 23 stycznia 2004 r. o systemie monitorowania i kontrolowania jakości paliw ciekłych i biopaliw ciekłych (Dz. U. 2004 r. Nr 34 poz. 293, ze zm.).

³⁸⁶ A mianowicie dookreślenie kiedy paliwo ciekłe odpowiada warunkom określonym w ustawie.

w orzeczeniu P 65/07³⁸⁷.

Warto uzupełnić prowadzone tutaj rozważania krótkim spojrzeniem na kształtowanie się zasady określoności również w innych państwach. I tak, na gruncie prawa niemieckiego zauważa się, iż nakaz ten³⁸⁸ jest zrealizowany nawet w odniesieniu do klauzuli generalnych czy zwrotów ocennych, jeżeli ich znacznie da się doprecyzować za pomocą przyjętych sposobów wykładni czy utrwalonej linii orzeczniczej³⁸⁹. Podobnie liberalne stanowisko podtrzymane zostało w jednym z ostatnich orzeczeń odnoszących się do tej materii³⁹⁰. Kontynuuje to konsekwentnie linie orzeczniczą zapoczątkowaną jeszcze w latach 70–tych³⁹¹.

Również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego Hiszpanii znaleźć można stosunkowo liberalne traktowanie zasady określoności, czego znakomitym przykładem są rozważania nad znamieniem określającym czynność sprawczą przestępstwa w art. 174 bis a) 1° y 2° Hiszpańskiego CP z 1973 r.³⁹² w postaci „*cualquier acto de colaboración*”³⁹³. W tym przypadku sprzeczność z Konstytucją hiszpańską została w zakresie zasady określoności została uzasadniona poprzez narzucenie sędziemu sztywnych sankcji karnych³⁹⁴. Natomiast niedopuszczalność „*typów otwartych*” w odniesieniu do normy zawartej w regulacjach prawa administracyjnego regionu Kanarów, która w generalny sposób zakazywała, pod karą grzywny, przewożenia

³⁸⁷ TK uzależnił dopuszczalność takiej konstrukcji od spełnienia trzech warunków, a mianowicie, iż chodzi tutaj o czyny o „*stosunkowo niewielkim stopniu dolegliwości*”, w odniesieniu do których nie ma wątpliwości co do woli „*penalizacji zachowań zakazanych przez przepisy podstawowe*” oraz iż odesłanie może nastąpić do organów posiadających „*legitymację opartą na powszechnych i bezpośrednich wyborach*”, zob. TK P 65/07, OTK–A 2009, z. 7, poz. 114, LEX nr 521804, s. 13 uzasadnienia orzeczenia. Warto však zauważyć, że część z argumentów podnoszonych przez TK ma charakter rozważań celowościowych, tak jak chociażby stwierdzenie, że gwarantem dostatecznego poziomu orzekania w sposób „*bezzstronny, profesjonalny i zindywidualizowany*” są sądy powszechne (zob. tamże, s. 15 uzasadnienia orzeczenia).

³⁸⁸ Którego źródłem jest art. 103 ust. 2 Konstytucji Niemiec (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, BGBl. S. 1), zgodnie z którym to przepisem: „(2) *Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.*”.

³⁸⁹ BVerfG, 2 BvR 1881/99, gdzie zauważa się, iż norma taka jest zgodna z konstytucją wtedy, gdy „*mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden eine zuverlässige Grundlage für ihre Auslegung und Anwendung bietet oder wenn sie eine gefestigte Rechtsprechung übernimmt und daraus hinreichende Bestimmtheit gewinnt*”.

³⁹⁰ Chodzi tutaj o wyrok BVerfG, 2 BvR 1048/11, s. 118, gdzie podkreśla się, że „*Das Bestimmtheitsgebot schließt die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe bis hin zu Generalklauseln nicht aus*”.

³⁹¹ BVerfGE 28, 175 <183>, gdzie zauważono, iż „*Dabei lässt sich der Grad der für eine Norm jeweils erforderlichen Bestimmtheit nicht abstrakt festlegen, sondern hängt von den Besonderheiten des jeweiligen Tatbestandes einschließlich der Umstände ab, die zur gesetzlichen Regelung geführt haben*”.

³⁹² Zgodnie z tym przepisem: „*1° Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 500.000 a 2.500.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes. 2° En todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos.*”.

³⁹³ Jako znamię przestępstwa określonego w art. 174 bis a) 1° y 2° Kodeksu Karnego Hiszpańskiego z 1973 r. Zob. orzeczenie Hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego – Sentencia 136/1999.

³⁹⁴ Natomiast samo otwarte sformułowanie typu zostaje tłumaczone poprzez: „*la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista*”. Problem ten nie był však łatwy do rozstrzygnięcia, o czym świadczy sformułowanie czterech zdań odrębnych, i to, że tekst uzasadnienia orzeczenia w sprawie 136/1999 ma 142 strony.

przedsiębiorstwom wykonującym w imieniu administracji zadania z zakresu transportu publicznego z lotniska do miasta Tenerife mniej niż 5 osób w samochodach posiadających więcej niż 10 miejsc³⁹⁵. Natomiast od analizy tego zagadnienia Trybunał uchylił się w dwóch niedawnych orzeczeniach³⁹⁶.

Problem ten nie występuje z taką ostrością na gruncie systemu *common law*, które z jednej strony nie respektuje klasycznej zasady *nullum crimen sine lege*, ale z drugiej, w sposób nie do końca przekonywający, zauważa się w doktrynie, iż oparcie się na precedensach w znacznym stopniu eliminuje niebezpieczeństwo rozciągania zakresu kryminalizacji na czyny w sposób zaskakujący dla obywateli³⁹⁷.

Pochylając się ponownie nad zasadą określoności i wyłączności przepisu prawnokarnego rangi ustawowej wyrażonego w art. 42 Konstytucji zwrócić należy w pierwszej kolejności uwagę na fakt, iż sprawa wartościowania w tym kontekście reguł sportowych nie była do tej pory przedmiotem weryfikacji przez TK. Stąd też kwestia przepisów części szczególnej k.k., w zakresie w jakim uznaje się, że do swoich znamion zaliczają, lub, co zdecydowanie częściej występuje, mogą uwzględniać normy ostrożności odkodowywane w części z reguł sportowych, eksponuje pewne pytanie o ich zgodność z linią orzeczniczą zarysowaną przez TK³⁹⁸. Zważyć należy, że pod tym względem występuje różnica w postrzeganiu norm ostrożności, wobec tych, jakie występują w komunikacji drogowej, które to w orzecznictwie sądów polskich uznaje się za posiadające w większości charakter norm prawnych³⁹⁹.

Odpowiedzi na to pytanie poszukiwać należy odrębnie w odniesieniu do zasady określoności przepisu prawnego, a odrębnie w odniesieniu do zasad wyłączności i zupełności. W odniesieniu do tej pierwszej zasady, zważyć należy na dylemat, jakie reguły należy brać pod uwagę. Co do tej drugiej zasady, problematyczne jest zwłaszcza to, czy ogólne odwołanie się do ostrożności wymaganej w danych warunkach na poziomie ustawowym jest rozwiązaniem dostatecznym. Mniej z kolei trudności zdaje się rodzić postulat zupełności przepisu prawnokarnego, przede wszystkim wobec dość rozpowszechnionej obecnie tezy, że dopuszczalne

³⁹⁵ Problem ten hiszpański sąd konsyducyjny w rozstrzygnięciu Sentencia 60/2000 przedstawił tak: „*Que la contravención de esta norma reglamentaria resulte sancionable (como infracción leve) es una consecuencia jurídica que deriva del art. 142 n) LOTT, no del propio Reglamento canario. Es esta forma de tipificación de la LOTT, por remisión y en blanco, la que resulta contraria al art. 25.1 CE.*”

³⁹⁶ Chodzi tutaj o wyroki: Sentencia 31/2010 oraz Sentencia 203/2009.

³⁹⁷ S. Pomorski, „*American common law and the principle nullum crimen sine lege*”, Mouton 1975, s. 197, pisze bowiem tak: „*The court follows the criteria laid down in earlier decisions, so that the danger of an arbitrary judgment is eliminated*”. Nie sposób jednak nie zauważyć, że rozumowanie takie ignoruje fakt, że również w systemie *common law* zapadają wyroki całkowicie łamiące dotychczasową linię orzeczniczą, czego wyrazem był chociażby głośny wyrok *R. v. Woodrow* [1846] 15 M.&W. 404, 153 E.R. 907).

³⁹⁸ Rzecznikiem poglądu, iżby reguły ostrożności stanowiły znamię czynu zabronionego, jak już zauważono powyżej, jest w szczególności A. Barczak–Oplustil oraz inni autorzy wywodzący się z tzw. krakowskiej szkoły prawa karnego.

³⁹⁹ Znaczna część tych przepisów zamieszczona jest w ustawie u.p.r.d., o czym bardziej szczegółowo w części III niniejszego rozdziału. Natomiast teoretyczne zagadnienia z tym związane będą przedmiotem rozważań w rozdziale VI niniejszej pracy.

jest odwołanie się do znamion pozaustawowych⁴⁰⁰.

Konkludując, można więc wyrazić przypuszczenie, iż poglądy polskiego TK w tej materii wykazuje pewną ewolucję. Stąd też uzasadniona jest nadzieja, że obecne stanowisko nie jest dowodem petryfikacji ocen w kwestii zagadnienia blankietowości przepisów w prawie represyjnym. Ocenie należy jednak, że zasadniczo odwołanie się do norm ostrożności odtwarzanych z reguł sportowych jest więc, przy obecnej wykładni zasady *nullum crimen sine lege* dopuszczalne, niemniej z pewnością dotyczy tylko takich reguł, które już w istnieją w formie dostatecznie skonkretyzowanej. Stanowisko takie zbieżne jest z poglądami sądów konstytucyjnych innych krajów europejskich. Już w tym momencie, antycypując pogłębioną analizę myśli niemieckiej, podkreślić należy, że jako ewidentnie bardziej problematyczna w świetle tej fundamentalnej zasady jawi sytuacja, gdy norma ostrożności jest dopiero dookreślana w uzasadnieniu orzeczenia sądowego, choćby z wykorzystaniem tzw. osobowego wzorca normatywnego.

6) Normy ostrożności w sporcie we współczesnej doktrynie prawa karnego innych państw. Spojrzenie prawnoporównawcze

Pogłębić należy nieco refleksje nad regułami sportowymi jako normami ostrożności występującymi w sporcie w rozważaniach doktrynalnych szeregu państw europejskich. Takie rozważania, mimo, że naruszają do pewnego stopnia zasadniczy układ redakcyjny niniejszej pracy, w którym wyodrębniono odrębny rozdział poświęcony zagadnieniom porównawczo-prawnym, są o tyle celowe, że gałąź prawa karnego sportowego z pośród szeregu gałęzi szczegółowych prawa karnego jawi się w najwyższym stopniu jako umiędzynarodowiona. Innymi słowy, bez takiego spojrzenia niniejsza analiza byłaby w znacznym stopniu ułomna.

Punktem wyjścia do tych rozważań niech będzie rekapitulacja szczegółowych analiz norm ostrożności w doktrynie prawa sportowego różnych państw, jaką przedstawił już A.J. Szwarc⁴⁰¹, która pod tym względem była w nauce polskiej pionierska. Zauważyć należy, iż postrzega on je jako składnik kontratypu dopuszczalnego ryzyka sportowego⁴⁰². Stąd też, mimo wszechstronnego spojrzenia na problematykę norm ostrożności wraz z analizą koncepcji wysławianych w doktrynie zagranicznej⁴⁰³, autor nie zaryzykował wyrażenia tezy, że zachowanie norm ostrożności w trakcie rywalizacji sportowej może być samoistną przesłanką wyłączenia odpowiedzialności karnej.

⁴⁰⁰ R. Dębski, „*Pozaustawowe...*”, Łódź 1995, s. 132–230.

⁴⁰¹ A.J. Szwarc, „*Karnoprawne...*”, s. 165–194.

⁴⁰² Takie stanowisko najwyraźniej widoczne jest w stwierdzeniu A.J. Szwarca, „*Karnoprawne...*” s. 198, iż „*Wypadki spowodowane nieumyślnie mogą natomiast być usprawiedliwione przede wszystkim kontratypem tzw. dopuszczalnego ryzyka*”.

⁴⁰³ A jak trzeba dodać, zarazem również w doktrynie cywilistycznej.

Odpowiadając na istotę zarysowanego przez siebie w tytule pracy pytania, określa on rolę norm ostrożności jako „wskaźnikową”⁴⁰⁴. Oznacza to przede wszystkim stwierdzenie, że zachowanie przekraczające normę ostrożności nie prowadzi automatycznie do odpowiedzialności karnej. Sama norma ostrożności nie jest w tym ujęciu tożsama z regułą sportową⁴⁰⁵. Zarazem jednak A.J. Szwarc wysławia przypuszczenie, że „w *bardzo wielu sytuacjach*” zachowanie zgodne z regułą sportową jest równoznaczne z należyłą ostrożnością w danej sytuacji⁴⁰⁶. Konstruowane przez poznańskiego profesora stanowisko zbieżne jest z intuicyjnym podejściem do tego zagadnienia, zrozumienia tej koncepcji nie ułatwia jednak stwierdzenie, że „*na osobach uprawiających sport zawsze ciąży powinność przestrzegania również pewnych innych zasad ostrożności*”⁴⁰⁷. Tak ogólnie ujęte stwierdzenie powoduje, że nie jest zadaniem łatwym odtworzenie konturów zaprojektowanej przez A.J. Szwarca koncepcji.

Autor ten zwraca również uwagę na różnorodne pojmowanie norm prawnych. Szczególnie problematyczne w tym kontekście zdaje się być traktowanie reguł sportowych jako norm prawnych. Jak zauważono już powyżej, w odróżnieniu bowiem od norm obowiązujących w innych sferach aktywności człowieka i będących przedmiotem reglamentacji także przez inne gałęzie prawa karnego, sport jest zjawiskiem wymykającym się zasadniczo zakresowi regulacji ustawowej⁴⁰⁸. Tak więc, omawiając poglądy występujące w tej mierze w nauce europejskiej podkreśla się, że nadawanie charakteru prawnego owym regułom za pośrednictwem konstrukcji tzw. „*odesłania poza-systemowego*” jest bardzo problematyczne⁴⁰⁹. Ostateczne stanowisko A. J. Szwarca bazuje na przeprowadzonym przez niego rozróżnieniu pomiędzy różnymi kategoriami „*reguł*”, przez co dochodzi on do przekonania, iż reguły bezpieczeństwa trakcie rywalizacji sportowej traktować należy w kategoriach dyrektyw celowościowych⁴¹⁰. W tymże monograficznym opracowaniu doszukać się można krytyki wysławianego nieraz w nauce zagranicznej stanowiska, jakoby na sportowcach obowiązek ostrożności miał ciążyć „*zawsze w maksymalnym stopniu*”⁴¹¹. Niewątpliwie też wartościowy jest dokonany przegląd warunków prawnej doniosłości reguł sportowych, który ujawnia daleko idący brak spójności poglądów w tej

⁴⁰⁴ A.J. Szwarc, „*Karnoprawne...*”, s. 196.

⁴⁰⁵ A. J. Szwarc, „*Karnoprawne...*”, s. 191, gdzie zauważa on, że „*naruszenie reguł sportowych nie musi przesądzać odpowiedzialności karnej sprawcy wypadku*”, czy jeszcze bardziej dobitne stwierdzenie tego samego autora (Ibidem, op. cit., s. 188): „*(...) oficjalne reguły sportowe mogą być traktowane jako zbiór zasad, które tylko w pewnym przybliżeniu określają społecznie akceptowany w sporcie obowiązek ostrożności (...)*”.

⁴⁰⁶ A. J. Szwarc, „*Karnoprawne...*”, s. 189.

⁴⁰⁷ A. J. Szwarc, „*Karnoprawne...*”, s. 180.

⁴⁰⁸ Jak się wydaje, takie stwierdzenie jest nadal aktualne.

⁴⁰⁹ A. J. Szwarc, „*Karnoprawne...*”, s. 88, gdzie swoje wątpliwości zaznacza on w sposób następujący: „*Może pojawić się wprawdzie wątpliwość, czy reguły sportowe stają się w ten sposób normami prawnymi*”.

⁴¹⁰ A. J. Szwarc, „*Karnoprawne...*”, s. 94.

⁴¹¹ A.J. Szwarc, „*Karnoprawne...*”, s. 182, bez jednak podania w tym miejscu jakie dokładnie poglądy są kwestionowane.

materii⁴¹².

Spojrzenie to skonfrontować należy z obserwacjami innych, bardziej współczesnych badaczy zagranicznych⁴¹³. W pierwszej kolejności, jako propozycję, odnotować należy podział rodzajów naruszeń reguł sportowych w zależności od tego, jakie stwarzają one zagrożenie uszczerbku na zdrowiu⁴¹⁴. A. Eser, wybitny znawca problematyki prawa karnego sportowego, stoi na stanowisku, iż działanie nieprzekraczające reguł sportowych, połączone z intencją wyrządzenia szkody nie może być bezkarne⁴¹⁵. Nie wydaje się natomiast słuszne nadawanie regułom sportowym wymiaru moralnego⁴¹⁶.

Nawet jednak wśród autorów, którzy rezygnują z konstrukcji dozwolonego ryzyka na rzecz braku naruszenia „reguł sportowych” jako przesłanki wyłączenia odpowiedzialności karnej, nie stanowią one jedynego kryterium oceny zachowania sprawcy, prowadzącego do samoistnego wyłączenia odpowiedzialności karnej za popełniony czyn⁴¹⁷. W tym kontekście zaznacza się raczej, iż możliwa jest odpowiedzialność karna w przypadku braku naruszenia jakiejkolwiek reguły sportowej, zwłaszcza wtedy, gdy nie zabezpieczają one w sposób skuteczny przed ryzykami związanymi z grą⁴¹⁸. Konstrukcja taka, zbieżna z ujmowaniem reguł sportowych w kategoriach wskaźnikowych, nie usuwa w cień wszystkich zaznaczonych powyżej wątpliwości, ignoruje bowiem ten aspekt repartycji ryzyka, na który trafnie zwracała uwagę koncepcja zgody w tradycyjnej formie⁴¹⁹, aczkolwiek niewątpliwie przyczynia się ona do zarysowania czytelnej dystynkcji między regułą sportową a normą ostrożności. Podnoszony jest wszak sprzeciw wobec koncepcji, jakoby dopuszczalna była dwoistość w ocenie nieostrożności, niezależnie od treści

⁴¹² Zauważyć można jedynie, że część z tych stanowisk zdaje się być krańcowo nieprzekonywająca, tak jak ma to miejsce chociażby w przypadku głosów doktryny niemieckiej, aby naruszenie reguł sportowych było „ciężkie” – zob. A. J. Szware, „Karnoprawne...”, s. 109. Pewna niejasność dotyczy wszak kryterium doboru przedstawicieli doktryny. Zauważyć można, iż w swojej ostatecznej konkluzji poznański znawca prawa sportowego nie różni się od zarysowanego stanowiska doktryny obcej, w szczególności niemieckiej, pisząc (Idem, op.cit., s. 104), iż „kryterium przestrzegania reguł sportowych nie może być jedyną i bezwzględną dyrektywą odpowiedzialności za wypadki sportowe”.

⁴¹³ Oczywiście niniejszy przegląd na charakter wycinkowy i służy jedynie zbudowaniu pewnego przeglądu wyrażanych współcześnie stanowisk.

⁴¹⁴ Jeśli nie autorem, to wszak ważnym protagonistą takiego podziału, jest A. Eser, „Lesiones deportivas y derecho penal”, La Ley, numer 2499 z dnia 1.6.1990, s. 5, który pisze: „Infracción de las reglas objetivamente leves serían aquellas, que, empíricamente, conllevan un riesgo mínimo de lesiones”. Taki punkt widzenia oparty na schemacie – lekkie uszczerbek na zdrowiu = lekkie naruszenie reguł sportowych nacechowane jest spojrzeniem od strony dobra prawnego.

⁴¹⁵ Ibidem. Jest to wyraz zasady subiektywizmu w prawie karnym.

⁴¹⁶ A. Eser, op. cit. s. 6, gdzie przywołuje on orzeczenie BGHSt 4, 88, 92.

⁴¹⁷ Dobrym przykładem takiego stanowiska jest M. H. Terán, „Accidentes Deportivos Y Derecho Penal”, Revista Juridica 1991 z. 3, s. 121, publikacja dostępna także w bazie internetowej: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1991/03/03_Accidentes_Deportivos_Y_Derecho_Penal.pdf (ostatni odczyt dnia 06.10.2014 r.).

⁴¹⁸ M. H. Terán, op.cit., s. 124. który pisze wprost, że „puede existir responsabilidad penal (...) sin que exista transgresión reglamentaria alguna, toda vez que los reglamentos deportivos no alcanzan a conjurar todos los riesgos ni prever todas las posibles imprudencias”.

⁴¹⁹ W. Stree, „Kommentar zum § 226a StGB” w: „STGB-Kommentar”, A. Schönke, H. Schröder (red.), Monachium 2010, Rn. 4, Beck-Online.

reguł sportowych⁴²⁰. Klarowne natomiast jest, że rozpatrywanie reguł sportowych jako przejawu norm ostrożności musi odbywać się odrębnie w odniesieniu do każdej dyscypliny sportowej. Nie można bowiem mówić o jakimś abstrakcyjnie ujętym korpusie obejmującym wszelkie reguły sportowe z różnych sportów, z których można by odtwarzać normy ostrożności⁴²¹. Przeciwnie tezie, jakoby brak naruszenia reguł sportowych był wystarczający, aby wykluczyć odpowiedzialność sportowca, podnosi się z kolei argumenty, że może to mieć zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do oficjalnych rozgrywek sportowych, oraz, iż kryterium to zawodzi w odniesieniu do fauli i innych podobnych czynów, które stanowią fragment gry⁴²².

Wobec tego zwrócić należy uwagę na brak pełnej tożsamości pomiędzy regułami sportowymi a normami ostrożności. Te ostatnie tylko bowiem określają pewien wzorzec postępowania obiektywnie ostrożny. Inaczej bowiem błędnie sformułowana reguła sportowa prowadzić by musiała do braku odpowiedzialności sportowca, nawet jeżeli dopuszczałaby ona zachowanie jaskrawo sprzeczne z normami prawa karnego⁴²³. W tym kontekście uwidacznia się fundamentalny brak rozróżnienia pomiędzy normą a regułą czy też przepisem, co powoduje, iż jako co najmniej błędne jawią się te stanowiska, które traktują zachowanie zgodne z regułami sportowymi jako granicę pomiędzy karalnością i bezkarnością danego zachowania⁴²⁴. Znani są też autorzy podejmujący próby traktowania braku naruszenia reguł sportowych jako przesłanki wyłączenia odpowiedzialności karnej, ale wyłącznie w odniesieniu do pewnych kategorii sportów, a mianowicie takich, w których ryzyko uszczerbków na zdrowiu nie jest znaczne⁴²⁵. Jasne jest wszak przynajmniej to, że represja sprawców naruszeń sportowych zarówno w drodze sankcji administracyjnych jak i karnych nie narusza fundamentalnej zasady *ne bis in idem*⁴²⁶.

Charakterystyczne natomiast zwłaszcza dla optyki doktryny hiszpańskiej jest wskazywanie na odmienną ocenę zachowania sportowców, którzy uprawiają sport profesjonalnie⁴²⁷. Podobny

⁴²⁰ J. V. Prieto, „*La intervención del derecho penal en la actividad deportiva*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2009, z. 14, s. 7, gdzie dochodzi on do radykalnego przekonania, iż „*las lesiones imprudentes, tanto graves como leves, no deberían ser sancionadas dentro de la actividad deportiva*.”

⁴²¹ R. V. Server, „*Una aproximación a los riesgos del deporte*”, Indret 2003 n. 116, s. 11, gdzie zauważa się słusznie, iż „*La concepción de la negligencia como infracción de los deberes de cuidado razonablemente exigibles requiere una adecuación a las circunstancias y a las características de cada deporte*”.

⁴²² R. V. Server, op. cit., s. 11, gdzie zauważa on, że w takim przypadku pytać się należy, czy naruszenie to jest „*constatada y adecuadamente sancionada*”.

⁴²³ Nie może to naturalnie przesłaniać faktu, że poszukiwać należy tutaj w pierwszej kolejności odpowiedzialności osób, które skonstruowały taki wadliwy regulamin.

⁴²⁴ Tak jak chociażby w przypadku orzeczenia SAP 8 de marzo de 2002, cyt. za R. V. Sastre, „*Estudio jurídico-penal de las lesiones deportivas en el Derecho español*”, Revista electrónica de Derecho, nr. 3, s. 15, gdzie w uzasadnieniu wywodzi się, iż „*que la clave para determinar la frontera entre la impunidad y la punibilidad tiene que estar forzosamente en la observancia de las reglas del juego, de la <<lex artis>>*”.

⁴²⁵ W przypadku bowiem kategorii sportów bardziej ryzykownych zasadne jest mówienie o tym, że poszkodowany sam niejako naraża się na niebezpieczeństwo, zob. R. V. Sastre, „*Estudio*”, s. 20, która sytuację tą określa jako „*autopuesta en peligro*”.

⁴²⁶ R. V. Sastre, „*Estudio...*”, s. 29. Odonotować należy, że ta sama autorka postuluje większe wykorzystanie mechanizmów dysplinarnych do karania sportowców.

⁴²⁷ Chodzi tutaj zarówno o brak wzajemnych oskarżeń w myśl zasady, że ten kto dzisiaj jest sprawcą uszczerbku na

tok myślenia zarysowuje się w orzecznictwie hiszpańskim⁴²⁸. Wielu jednak autorów zwyczajnie nie interesuje się precyzyjnym wskazaniem przyczyn i przesłanek braku odpowiedzialności sprawcy naruszenia sportowego, ograniczając się do stwierdzenia, że nie można mówić o odpowiedzialności w przypadku zachowania zgodnego z regułami sportowymi, i, że w tej mierze sformułowano różne teorie⁴²⁹.

Dalsze wzbogacenie refleksji na temat reguł sportowych odnaleźć można w doktrynie niemieckiej. Punktem wyjścia tych rozważań jest zbieżne z poczynionymi tutaj spostrzeżeniami wykazanie słabości tradycyjnych teorii objaśniających bezkarność sprawcy⁴³⁰. Stąd też poszukiwanie rozwiązania połączone jest z ogólnymi refleksjami co do istoty nieumyślności⁴³¹. I chociaż w optykę wpadają reguły sportowe, brakuje uwzględnienia ich wewnętrznego zróżnicowania⁴³². Pod tym względem dużo bardziej zasadne było wcześniejsze stanowisko, iż samo naruszenie reguły sportowej nie przesądza jeszcze automatycznie o nieostrożności⁴³³, wzmocnione dodatkowo utwierdzoną linią orzecniczą sądów niemieckich, że samo zachowanie formalnej reguły ostrożności może w konkretnym przypadku nie czynić zadość ogólnemu standardowi ostrożności⁴³⁴. Bardzo obszerne rozważania poświęcają niemieccy karniści prawnemu charakterowi reguł sportowych⁴³⁵, przy czym argumentacja taka opiera się w znacznej części na poszukiwaniu analogii do StVO⁴³⁶. Z drugiej strony znani są autorzy, którzy postulują coś zupełnie przeciwnego, a mianowicie zasadzają swoje rozumowanie na wskazywaniu różnic

zdrowiu, jutro może być ofiarą. Zob. R. V. Server, op. cit., s. 14, gdzie pisze: „*Se tratade una situación similar a la regla «vive y deja vivir»...*”.

⁴²⁸ Zob. w szczególności wyrok Audiencia Provincial de la Rioja, Sentencia de 8 septiembre 2004, cyt. za R. V. Sastre, „*Estudio...*”, s. 20, gdzie zauważa się, iż „*el propio deportista profesional no tiene intención casi nunca de acudir a los Tribunales, extendiendo su asunción de riesgos hasta extremos difíciles de entender*”.

⁴²⁹ Ilustracją takiego stanowiska, które nie tylko nie przyczynia się do rozwoju myśli prawniczej, ale także dezinformuje szerszą publiczność jest wypowiedź S.M. del Bosch, „*Las lesiones y el derecho penal*”, El Pais, 24 marca 2005 r.

⁴³⁰ Przede wszystkim chodzi tutaj odrzucenie koncepcji zgody uprzedniej sportowca, zob. H. Zipf, „*Einwilligung und Risikoübernahme im Sport*”, Berlin 1970, s. 91 czy bardziej współczesny komentarz D. Rössnera, „*Fahrlässiges Verhalten im Sport als Prüfstein der Fahrlässigkeitsdogmatik*”, w: „*Festschrift für Hans Joachim Hirsch*”, Berlin 1999, s. 316, gdzie znaleźć można stanowcze słowa: „*Die Annahme einer Einwilligung in eine möglichst zu vermeidende Verletzung ist widersinnig und eine künstliche Unterstellung, die an der Realität vorbeigeht*”.

⁴³¹ D. Rössner, op.cit., s. 322 zwraca uwagę na to, że podstawą negatywnego wartościowania zachowania sprawcy jest odwołanie się do obiektywnego wzorca pisząc „*Die Fahrlässigkeit ist so notwendig mit dem Maßstab eines sorgfältigen Verhaltens verbunden*”. Wdaje się, że jest to stwierdzenie zbyt dogmatyczne, gdyż operowanie figurą „*ostrożnego sportowca*” w przypadku sportów ekstremalnych jest przynajmniej nietypowe („*ostrożny kierowca FI*”), a w pozostałych prowadzi do poważnych wątpliwości, o których jeszcze będzie mowa poniżej.

⁴³² D. Rössner, op.cit., s. 325. Wyrażona tamże (Idem, loc.cit.) koncepcja utożsamienia nieostrożności z naruszeniem reguły sportowej „*Wer innerhalb eines Sportspiels personenschützende Spielregeln (...) verletzt, handelt sorgfaltswidrig*”). jest nieprecyzyjna, zresztą powstaje wtedy pytanie, kiedy sprawca narusza regułę sportową.

⁴³³ Ujęcie takie rozważane było najczęściej w kontekście zgody uprzedniej, zob. F.-C. Schroder, „*Sport und Strafrecht*”, s. 26, gdzie pisze on „*(...) die Grenze nicht die Regeleinhaltung bilden kann*” w: Idem, „*Sport und Recht*”, Berlin 1972 oraz orzeczenie BayOLGSt 1961, 180.

⁴³⁴ BGHSt 4, 183, 185.

⁴³⁵ Szczegóły przytacza w swojej monografii L. Hähle, „*Die Strafrechtliche Relevanz von Sportverletzungen*”, Frankfurt am Main 2008, s. 33–61.

⁴³⁶ AG Ettenheim, NJW–RR 92, 353, OLG Düsseldorf NJW–RR 2000, 1115, OLG Hamm NJW–RR 92, 856.

między regułami sportowymi a normami ostrożności rozpowszechnionymi w innych sferach aktywności człowieka. Jedną z takich podstawowych różnic w tej mierze ma być zwłaszcza bezpośredniość w ukierunkowaniu na ochronę dobra prawnego⁴³⁷. Tak więc wymagana ma być każdorazowa ocena reguły sportowej w kontekście celu, któremu ona służy i który spełnia. Jedynie w przypadku, gdy chociażby w dalszej perspektywie ma ona na celu ochronę dobra prawnego, można zastawiać się nad niezachowaniem ostrożności wymaganej w danych warunkach⁴³⁸.

Inną, rozważaną nieco wcześniej, koncepcją jest nadanie regułom sportowym charakteru prawa zwyczajowego⁴³⁹. Jak to zasygnalizowano powyżej, coraz przychylniej postrzegane są również te głosy doktryny, które postulują nadanie regułom sportowym, szczególnie w dyscyplinach sportowych cieszących się większą popularnością, charakteru norm prawnych⁴⁴⁰. W tym kontekście symptomatyczna jest koncepcja tych przedstawicieli doktryny niemieckiej, którzy operują szerokim pojęciem reguł sportowych, zaliczając do nich także postanowienia odnoszące się do zakazu przyjmowania określonych środków farmakologicznych czy periodycznego uiszczania określonych składek członkowskich⁴⁴¹. Jako tyle słuszna co ogólna jest natomiast konstatacja, że nie można prawa karnego sportowego opierać na innych niż wiążące w całym porządku prawnym zasadach⁴⁴².

Ostatecznie jako obecnie dominujące stanowisko nauki niemieckiej określić należy wszak pogląd, iż regułom sportowym przyznać należy, aby użyć sformułowania zaczerpniętego z polskiej literatury przedmiotu, co najmniej funkcję „wskaźnikową”⁴⁴³. Jednak postrzeganie tej funkcji wskaźnikowej wydaje się być opatrzone kilkoma warunkami, w szczególności zgodnością reguł sportowych z porządkiem konstytucyjnym oraz pewnym okresem tolerowania określonej dyscypliny sportowej przez państwo⁴⁴⁴. Zwłaszcza ta ostatnia przesłanka jest szczególnie nieprecyzyjna, gdyż trudno dokonać w tej mierze spójnych ustaleń; rozsądniejsze byłoby więc zachowanie przez sąd większej powściągliwości w ocenie owych reguł sportowych odnoszących się do sportów bardziej nowatorskich. Zarazem nietrudno jest doszukać się protekcyjnego czy deprecjonującego postrzegania funkcji reguł sportowych, które w jednostkowych przypadkach

⁴³⁷ J. H. Hirsch, „Über Strafrechtliche Fragen des Sportrechts”, *Law & Justice Review*, 2010, vol.1, s. 72.

⁴³⁸ J. H. Hirsch, op.cit., s. 73.

⁴³⁹ Jej orędownikiem był zwłaszcza A. Brunner, „*Die Sportverletzung im schweizerischen Strafrecht*”, Zürich 1949, s. 75. Współcześnie przeciwko temu podnosi się, że wyklucza to pluralistyczny charakter społeczeństwa.

⁴⁴⁰ L. Hähle, op.cit., s. 43. oraz powoływana tam literatura, zwłaszcza przypis 137.

⁴⁴¹ Por. K. S. Haupt, „*Die Körperverletzung des Gegners im Kampfsport und die Strafrechtliche Einwilligungssproblematik*”, Bremen 2006, s. 36.

⁴⁴² W tym kontekście por. stanowisko J. H. Hirsch'a, op.cit., „*Die Anforderungen an Vorsatz oder Fahrlässigkeit (...) gelten für die gesamte Strafrechtsordnung*”.

⁴⁴³ Tak np. L. Hähle, op.cit., s. 44, stwierdza, iż „*Ihnen [den Sportregeln –przypis M. B] im Ergebnis durchaus eine zumindest teilweise vorhandene (straf)rechtliche Relevanz bescheinigt (...) werden kann*”. Na gruncie prawa prywatnego zob. B. Pfister, „*Schutzzweck von Sportregeln*” w: „*Festschrift für Wolfgang Gitter*”, red. M. Heinze/J. Schmitt, Wiesbaden 1995, s. 735–743.

⁴⁴⁴ Zob. przegląd stanowisk w tym względzie autorstwa L. Hähle, op.cit, s. 59.

idzie zbyt daleko⁴⁴⁵, rozmywając się w arbitralnych, autorskich ustaleniach poszczególnych karnistów.

Dużo więcej trudności przysparza znalezienie formuły dostarczającej odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób traktować zachowanie naruszające regułę gry, ale stanowiące niejako nieodłączoną część uprawiania sportu⁴⁴⁶. Niektórzy autorzy zadawali się stwierdzeniem, iż funkcja reguł sportowych wyznaczana jest dążeniem do samoistnego ukształtowania odpowiedzialności, zwłaszcza poprzez sankcje dyscyplinarne⁴⁴⁷. I w tym właśnie punkcie ujawnia się decydująca słabość rozważań doktryny niemieckiej, która nie czerpie z instrumentarium teoretyczno-prawnego, ograniczając się do formułowania coraz to nowych, oryginalnych acz dość wysiłonych poglądów na doniosłość norm ostrożności w prawie karnym. Pogłębia to tylko istniejący chaos. Zresztą dodać należy, iż w orzecznictwie niemieckich sądów niższych instancji popularny jest schemat myślowy, iż rażące naruszenie normy ostrożności wyznacza bezprawność danego czynu⁴⁴⁸.

Natomiast na gruncie doktryny szwajcarskiej wskazuje się, iż naruszenie reguły sportowej wyklucza, co do zasady, legalność czynu, która miałaby wynikać ze zgody uczestniczących w rywalizacji sportowej zawodników⁴⁴⁹.

Podsumowując⁴⁵⁰, zauważyć trzeba, że jedną z największych słabości doktryny niemieckiej jest przesadne dążenie do obiektywizacji, wskutek czego na gigantyczne trudności natrafia rozwiązanie choćby takich przypadków, w których uczestnicy rywalizacji sportowej postępują sprzecznie z powszechnie obowiązującymi regułami sportowymi, ale zgodnie wszak z wytyczonymi przez nich modyfikacjami. W przypadku szczególnie żywotnie zainteresowanej problematyką prawa sportowego – w tym karnego prawa sportowego – doktryny hiszpańskiej, brak jest jednolitego postrzegania reguł sportowych. Niewątpliwie, powyższe rozważania ukazują, że szczególnie widoczne są stanowiska eksponujące rozbieżności pomiędzy regułami sportowymi a normami ostrożności. Uwidacznia to intuicję, że czym innym są reguły sportowe, a czym innym – normy ostrożności. Ten punkt widzenia wypadnie podchwycić w trakcie analizy teoretyczno-prawnej. Samo bowiem bogactwo prezentowanych w dogmatyce zagranicznej poglądów utrudnia

⁴⁴⁵ Egzemplifikacją takiego poglądu jest twierdzenie, że ocena odpowiedzialności karnej winna zależeć „*vom einzelnen Rechtsgefühl*”, zob. W. Schild, „*Sportstrafrecht*”, Baden–Baden 2002, s. 48.

⁴⁴⁶ Chodzi tutaj o nic innego jak kategorię tak zwanych „*fauli*”, zwłaszcza tak zwanych „*fauli taktischen*”.

⁴⁴⁷ Ilustracją takiego nastawienia jest hasło, że reguły sportowe są „*vorgesehen, damit sie gebrochen werden*”, zob. W. Schild, op.cit., s. 48.

⁴⁴⁸ W tym kierunku chociażby LG Bochum w wyroku Az.: 34 U 81/05.

⁴⁴⁹ W tym kierunku wprost wypowiedział się Szwajcarski Sąd Najwyższy w orzeczeniu „*Bodycheck*”, BGE 109 IV 102 E. 2, gdzie wywiedziono: „*Wird eine den Schütz der Spieler vor Verletzungen bezweckende Spielregel absichtlich oder in grober Weise missachtet, so darf keine stillschweigende Einwilligung in das der sportlichen Tätigkeit innewohnende Risiko einer Körperverletzung angenommen werden.*”. Widać tutaj echo koncepcji Zipffa.

⁴⁵⁰ Pominęte w tym podrozdziale bardziej szczegółowe rozważania co do prawa karnego sportowego w systemie common law uzupełnione zostaną w rozdziale V.

jedynie wypracowanie pewnych rezultatów i nie różni się od sytuacji, opisanej już w opracowaniu A.J. Szwarcza. Na koniec zauważyć należy jeszcze, że prawnokarne zainteresowanie regułami sportowymi w przypadku silnie wyspecjalizowanej dogmatyki niemieckiej uwarunkowane jest krystalizowaniem się odwołań do tych reguł w aktach normatywnych⁴⁵¹.

7) Cywilistyczne spojrzenie na normy ostrożności w sporcie

Dla zupełności prowadzonych tutaj rozważań konieczne wydaje się być odwołanie się do przeglądu stanowisk na normy ostrożności w sporcie polskiej doktryny cywilistycznej⁴⁵².

Zdaniem niekwestionowanego eksperta w tej dziedzinie, M. Sośniaka, wysławiane są tutaj bardzo analogiczne do prawa karnego koncepcje wyłączania odpowiedzialności za delikty popełnione w trakcie zawodów sportowych⁴⁵³, z których każda obarczona jest jakimś mankamentem. Nie do końca przekonujące jest jednak spostrzeżenie autora, iż użyteczny jest podział sportów na różne kategorie⁴⁵⁴. Zaskakujące jest natomiast, iż nie rozpatruje on zupełnie kwestii zmniejszenia odpowiedzialności sportowca na skutek przyczynienia się, np. przez to, że przystąpił on do zawodów sportowych przy braku właściwej dyspozycji zdrowotnej. Decydującą jednak słabością doktryny cywilistycznej jest to, że ucieka ona nie raz od pytania najbardziej kluczowego, a więc doniosłości reguły sportowej jako ewentualnego czynnika współkształtującego normę ostrożności, która wpływać ma na zakres odpowiedzialności prawnej⁴⁵⁵. Podobnym brakiem obarczone są bardziej aktualne rozważania owej doktryny, gdzie usiłuje się dokonać swoistej syntezy teorii zgody z zachowaniem reguł sportowych⁴⁵⁶. Jedynie w

⁴⁵¹ J. Pichler, „*Skiunfälle und Haftung aus österreichischer Sicht*”, s. 7 w: „*Sport und Recht*”, F.C. Schroeder, H. Kaufmann (red.), Berlin 1972, zwraca uwagę na najwcześniejszy przykład regulacji tej kwestii w odniesieniu do narciarzy w Austrii, jakim był § 2 ust. 2 Ustawy sportowej Vorlabergu, LGBI. Nr 9/1968, który nakazywał postępowanie zgodne z regułami sportowymi.

⁴⁵² Miarodajny, i co najważniejsze również aktualny jest w tej mierze artykuł M. Sośniaka, „*Z zagadnień odpowiedzialności odszkodowawczej związanej ze sportem*”, RPEiS 1966, z 1., s. 63 i n. Przeprowadzone w tym zakresie rozważania mają charakter zupełnie wyjątkowy, jak bowiem zaznaczono we wstępie praca ta nie jest ukierunkowana na analizę problematyki norm ostrożnościowych w prawie prywatnym. Wytlumaczyć to należy tym, że w tym zakresie doktryna prawa karnego najszerzej korzysta z dorobku cywilistyki, czego wyrazem mogą być chociażby prace A.J. Szwarcza.

⁴⁵³ Tak chociażby M. Sośniak we wskazanym artykule dyskutuje teorię zgody, konstrukcję ryzyka, działalności zawodowej, prawa zwyczajowego, zezwolenia państwowego, celu działania sportowego. Ciekawa jest również refleksja historyczna na temat traktowania tych przesłanek w średniowieczu, gdzie według statutów niektórych miast włoskich zabójstwo nieumyślne było równoznaczne z zabójstwem umyślnym (zob. M. Sośniak, op.cit., s. 64).

⁴⁵⁴ Píše on co prawda: „*Dla podstawowego w prawie cywilnym elementu szkody nie będzie ważna (odmiennie niż na terenie prawa karnego) przewidywalność fizycznego zetknięcia, konfliktowość czy bezkonfliktowość spotkania*”, por. M. Sośniak, , op.cit., s. 70.

⁴⁵⁵ Czego przykładem jest sformułowanie M. Sośniaka, op.cit., s. 84: „*Jaki jest dany stosunek naruszenia reguł gry do pojęcia <<winy sportowej>> (...) te pytania (...) przekraczają już wszakże omawiany tu problem legalizacji szkód sportowych*”.

⁴⁵⁶ Na takim stanowisku stoi chociażby W. Dubis w: „*Komentarz do Kodeksu Cywilnego*”, E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Warszawa 2013, s. 723, pisząc „*Zgoda taka w odniesieniu do szkód na osobie powstających przy uprawianiu sportu (...) dotyczyć może (...) naruszenia nietykalności cielesnej (...) przy czym chodzi tu tylko o naruszenia typowe, jakie mogą powstać w czasie i w związku z grą lub walką prowadzoną w sposób prawidłowy, przy*

przypadku sportów bardziej niekonwencjonalnych wskazuje się, iż adekwatną podstawą wyłączenia odpowiedzialności karnej jest działanie na własne ryzyko⁴⁵⁷.

Znane są wszak orzeczenia SN na gruncie prawa cywilnego, w których zostało zaakcentowane, iż samo przestrzeganie reguł sportowych nie może prowadzić do ekskulpowania osoby odpowiedzialnej za powstały uszczerbek⁴⁵⁸.

Zbieżnym wszak problemem dla obu gałęzi prawa powszechnego jest pytanie o tzw. „*model starannego działania*”. Na gruncie doktryny prywatnoprawnej silnie akcentowane jest dążenie do daleko idącej indywidualizacji w tym zakresie⁴⁵⁹.

8) Odpowiedzialność karna organizatora zawodów sportowych

Warto w tym miejscu poświęcić nieco uwagi jednej kwestii, jaką jest odpowiedzialność karna organizatora zawodów sportowych⁴⁶⁰. Zasadne jest w tym przypadku udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy przestępność czynu warunkowana jest w doktrynie prawa karnego, a jeżeli tak, to w jakim zakresie, przekroczeniem reguł sportowych i w czy konsekwencji dogmatycznie rozpatrywane są one jak inne typy naruszeń sportowych.

Na początek zauważyć należy, iż występują tutaj normy ostrożności, które wynikać mają z najwyższego dopuszczalnego ryzyka. Ich cechą charakterystyczną jest to, że mogą one obligować organizatora zawodów do zatrudnienia fachowych ludzi do przygotowania zawodów sportowych⁴⁶¹. Mimo to nie będzie to prowadziło do możliwości swoistego „*delegowania odpowiedzialności karnej*”⁴⁶². Co więcej, wyłączenie odpowiedzialności karnej uczestniczącego zawodnika ze względu na zachowanie zgodne normami ostrożności, odkodowanymi z reguł

przestrzeganiu reguł sportowych”. Na podobnym stanowisku stoją inni przedstawiciele doktryny cywilistycznej – zob. np. T. Pajor, „*Odpowiedzialność cywilna organizatora imprezy sportowej*”, PS 2002, Nr 10, s. 37 i n.

⁴⁵⁷ Rzecznikiem takiego stanowiska jest chociażby A. Szpunar, „*O działaniu na własne ryzyko*”, NP 1978, Nr 6, s. 863.

⁴⁵⁸ Przykładem może być chociażby wyrok I CR 306/73, OSNCP 1974/2 poz. 34, Lex Polonica nr 301089, gdzie wywiedziano, iż „(...) *zadanie ciosu zgodnie z regulaminem (...) nie stanowi jeszcze o braku winy*”. Podobne stanowisko powtórzył SN w orzeczeniu III PR 130/75, LexPolonica nr 319237 zbiega się to również z ostatnimi głosami doktryny, które niestety ograniczają się do dość bezrefleksyjnego powtarzania wcześniejszych poglądów, zob. J. Kuźmicka-Sulikowska „*Zasady odpowiedzialności deliktowej w świetle nowych tendencji w ustawodawstwie polskim*”, Warszawa 2011, s. 112.

⁴⁵⁹ Czego dobrym przykładem jest stanowisko M. Sośniaka, „*Należyta staranność*”, Katowice 1980, s. 186. Na podobnym stanowisku stoi odwołujący się do wzorca „*dobrego fachowca*” wyrok I ACa 124/01, PS 2002, Nr 10, s. 130. Zagadnienie to jest ciekawe ze względu na zagadnienie standardu wymagań, co poruszone zostało m.in. w głosie M. Nestorowicza, zob. „*Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 marca 2001 r., I ACa 124/0*”, PS 2002, nr 10, s. 132.

⁴⁶⁰ Mimo, że problem ten nie doczekał się obszerniejszych opracowań w polskiej doktrynie prawa karnego, zwrócić należy uwagę na fakt, iż z tematem rozdziału łączy go nie tylko sport, lecz głównie normy ostrożnościowe.

⁴⁶¹ A. Donatsch, „*Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Sportveranstalters*”, zapis wykładu z dnia 24 marca 1998 r. podczas „*Jahrestagung der Schweizerischen Vereinigung für Sportrecht*“, dostępny w Internecie pod adresem: <http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/donatsch/ad/person/publikationen/sportveranstalter.pdf>.

⁴⁶² A. Donatsch, op.cit., s. 8

sportowych nie oznacza automatycznie wyłączenia odpowiedzialności organizatora zawodów sportowych⁴⁶³. Rozważania na temat odpowiedzialności karnej organizatora zawodów sportowych wzbogacić należy stwierdzeniem, iż doktryna prawa sportowego odwołuje się tutaj do tych samych konstrukcji, co przy rozważaniu odpowiedzialności karnej zawodnika sportowego⁴⁶⁴.

Aby uporządkować prowadzone tutaj rozważania, wskazać należy, iż w przypadku organizatora zawodów sportowych podstawą odpowiedzialności karnej za naruszenia sportowe na gruncie prawa polskiego najczęściej będą ogólne typy czynów zabronionych zawarte w części szczególnej k.k. w zakresie przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, a zwłaszcza art. 155 k.k., 156 k.k. oraz 157 k.k.. Podstawą odpowiedzialności karnej będzie tutaj zaniechanie takiego zorganizowania rywalizacji sportowej, która zapewnia minimalny poziom bezpieczeństwa dla sportowców⁴⁶⁵. Źródła obowiązku gwaranta są w tym przypadku heterogeniczne, dotyczą w szczególności umowy, podpisywanej z federacją międzynarodową lub innym związkiem sportowym, dotyczącej organizacji zawodów, bądź też umowy podpisywanej z samymi zawodnikami⁴⁶⁶. W tym kontekście decydujące znaczenie przyznać należy faktycznemu objęciu funkcji gwaranta. Możliwa jest również odpowiedzialność za inne kategorie czynów zabronionych pod groźbą kary, do których należą w szczególności: art. 160 k.k. oraz art. 174 k.k. Natomiast czymś zupełnie innym jest ewentualna odpowiedzialność za czyn wyczerpujący znamiona przestępstwa z art. 182 § 4 k.k., która może mieć miejsce raczej wyjątkowo⁴⁶⁷.

Wobec tego pojawia się pytanie o charakter reguł określających prawidłowe zabezpieczenie imprez sportowych przez organizatora zawodów. Chodzi tutaj w pierwszej kolejności o takie zasady, które mają charakter porządkowy, w swoim charakterze przypominając w pewnym stopniu normy ostrożności w zakresie BHP. Kwalifikować je można jedynie jako reguły sportowe *sensu largo*.

Fundamentalne znaczenie w tym przypadku przypisać należy obowiązkom informacyjnym organizatora zawodów sportowych, który powinien udostępnić rzetelne informacje o warunkach

⁴⁶³ A. Donatsch, op.cit., s. 10.

⁴⁶⁴ Przykładem takiego stanowiska jest chociażby A. Bojańczyk, „Odpowiedzialność karna organizatora zawodów sportowych. Rzeczpospolita PCD 2007 nr 21, który stwierdza wprost: „Nie oznacza to wszakże, że kontratypu działania w granicach dozwolonego ryzyka sportowego nie możemy zastosować także do skoków narciarskich i do organizatorów takich zawodów”.

⁴⁶⁵ Wskazać należy, iż w przypadku odpowiedzialności za bezpieczeństwo widzów odpowiedzialność organizatora została wprost przewidziana w art. 5 ustawy o Bezpieczeństwie imprez masowych z dnia 20 marca 2009 r. (Dz.U.2009.62.504) który stanowi, iż „Za bezpieczeństwo imprezy masowej w miejscu i w czasie jej trwania odpowiada jej organizator”.

⁴⁶⁶ Wskazać należy, iż źródłem takiego obowiązku gwaranta może również ustawa. W takim przypadku zgodzić się należy z postulatem, aby jego określenie w tekście ustawowym było skierowane do odpowiedniego kręgu adresatów (M. Kliś, „Źródła obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym” CPKiNP 1999, z. 2, s. 170 który pisze wprost: „<<szczegółność obowiązku>> znaczy, że ciąży on na konkretnej osobie, a nie na każdym, kto znajdzie się w danej sytuacji” czy dalej, idem, op.cit., s. 179, że „obowiązek powinien być skierowany do wyraźnie oznaczonej kategorii podmiotów”.

⁴⁶⁷ Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na fakt, iż odpowiedzialność karna organizatora zawodów sportowych nie jest w doktrynie europejskiej szerzej kwestionowana. Zob. A. Donatach, loc.cit.

technicznych organizowanej rywalizacji sportowej, zwłaszcza trasy czy innego miejsca, w którym będzie się ona odbywać⁴⁶⁸. Konieczne jest, aby umożliwić zawodnikom wcześniejsze zapoznanie się z jej warunkami – tak, aby zawody nie musiały stanowić pierwszego zetknięcia się z obiektem sportowym⁴⁶⁹. Również ustanawianie takich warunków obiektu sportowego, które obiegają od zaakceptowanych standardów⁴⁷⁰, czy utrzymanie trasy rywalizacji sportowej w niedostatecznie dobrym stanie jest przykładem naruszenia norm ostrożności warunkujących odpowiedzialność karną. Zasadnicza trudność leży tutaj w wykazaniu związku przyczynowo–skutkowego pomiędzy zaniechaniem organizatora a powstałym skutkiem⁴⁷¹. Pamiętać należy również, iż mówiąc o odpowiedzialności karnej organizatora sportowego relatywizować trzeba to do konkretnych osób odpowiedzialnych za poszczególne elementy należytego przygotowania obiektu sportowego⁴⁷².

Analiza przesłanek odpowiedzialności karnej organizatora zawodów sportowych jeszcze silniej uwidacznia postulat skoncentrowania się na normach ostrożności jako na dostatecznej przesłance wykluczenia odpowiedzialności karnej. Bardziej problematyczna jest sytuacja, kiedy przygotowanie obiektu sportowego, które formalnie opowiada opracowanym dyrektywom technicznym⁴⁷³, ale na skutek czynników nadzwyczajnych prowadzi do niebezpiecznego zwiększenia ryzyka. W przypadku, gdy brak jest normy ostrożności, która pokrywałaby się ze wskazaniami właściwego związku sportowego⁴⁷⁴, odwołać się w poszukiwaniu rzeczowej normy należy do wnioskowania inferencyjnego, wymagającego od organizatora zawodów sportowych uczynić wszystko, co niezbędnie konieczne dla zagwarantowania minimum bezpieczeństwa zawodnikom sportowym. Co więcej, pamiętać należy, iż taki obowiązek nie krystalizuje się wyłącznie w przypadku profesjonalnych zawodów sportowych, ale dotyczy także wszystkich osób udostępniających w sposób świadomy infrastrukturę sportową⁴⁷⁵.

⁴⁶⁸ A więc chociażby skoczni sportowej czy areny.

⁴⁶⁹ Może się to odbywać chociażby za pomocą tak zwanych serii próbnych (np. w przypadku skoków narciarskich) czy oficjalnych treningów drużyn piłkarskich na stadionach meczów.

⁴⁷⁰ Są one najczęściej bardzo szczegółowo określone w dokumentach międzynarodowych organizacji sportowych nadzorujących organizację poszczególnych zawodów, zob. np. „*Book IV Joint regulations downhill slalom giant slalom super-g parallel races combined alpine competitions*” stanowiącym część „*The international ski competition rules*” wydanych przez FIS w 2004 r., dostępnych w Internecie pod adresem: <http://www.fis-ski.com/data/document/ICR04.pdf> (odczyt dnia 23.06.2013 r.).

⁴⁷¹ Który doznaje korektury w myśl wykluczenia tzw. atypowego przebiegu związku kausalnego, zob. orzeczenie BGH NJW 2004, 1054.

⁴⁷² Chodzi tutaj w szczególności o dyrektora technicznego, bądź też asystenta technicznego.

⁴⁷³ A więc chociażby w przypadku slalomu–G wyznaczono bramki w odległości nie mniejszej niż 15 m.

⁴⁷⁴ W przypadku zawodów FIS z łatwością wskazać można na postanowienie art. 1003.1.1 wzmiankowanych powyżej „*The international ski competition rules*”, zgodnie z którym: „*It is recommended to set the gates to make the best use of the terrain*”.

⁴⁷⁵ A więc w szczególności udostępniającego stok narciarski czy też ścianę wspinaczkową. Niestety praktyka pokazuje, że przypadki wszczynania postępowań karnych wobec takich osób należą do absolutnych wyjątków. Nie jest to zrozumiałe, gdyż zapis: „*Uczestnik korzysta z obiektu sportowego na własne ryzyko*” nie ma o tyle mocy prawnej, nie może on w szczególności przenosić na zawodnika ryzyka rażąco niedbałego nieprzygotowania czy braku przygotowania obiektu sportowego. W przeciwnym razie stwarza się nadmierne zagrożenie dla pewnych kategorii sportowców, zwłaszcza nieletnich.

9) Stanowisko własne w zakresie relewancji norm ostrożności dla prawnokarnej oceny tzw. naruszeń sportowych

U podstaw własnego stanowiska leży odrzucenie dotychczasowych, przeanalizowanych powyżej, heterogenicznych teorii określających brak odpowiedzialności za naruszenia sportowe. Ich, wykazane już dostatecznie klarownie w literaturze braki i słabości wraz z dodanymi tutaj nowymi zarzutami, w pełni wykluczają możliwość posługiwania się nimi na gruncie prawa karnego. Stąd też decydujące znaczenie przyznać należy samym normom ostrożności. To w nich poszukiwać należy samoistnego klucza do wyłączenia odpowiedzialności karnej. W tym miejscu podkreślić należy zarazem, że nie są one równoznaczne z regułami sportowymi⁴⁷⁶.

Poprzedzając bardziej szczegółowe rozważania, w tym miejscu podkreślić należy, że pewna część wskazanych tutaj problemów na gruncie rodzimej nauki wynika chyba ze zbytnej deregulacji nowej polskiej ustawy o sporcie⁴⁷⁷. Brak jest zwłaszcza wyraźnego odwołania się do regulaminów i zasad funkcjonujących podczas zawodów sportowych. Należałoby wykształcić sformalizowaną procedurę ich wprowadzania, zwłaszcza w takich dyscyplinach sportowych, które cechują się niewielką popularnością, czy ze względu na swój charakter, należą do sportów nowatorskich. Nie należy tego postrzegać jako ingerencję obywateli w ich prawo do amatorskiego uprawiania sportu, lecz dostarczenie bardziej pewnego punktu odniesienia od sporządzanych na potrzeby konkretnego postępowania karnego opinii biegłego sądowego.

Całkiem niedawno stan dyskusji został znacząco wzbogacony przez godną omówienia wypowiedzi P. Kardasa⁴⁷⁸. Wyrażone przez niego stanowisko wydaje się być stosunkowo zbieżne z prezentowanym tutaj ujęciem, acz nie w pełni. Istotą poglądu profesora z Krakowa wydaje się być konstrukcja, wedle której normy ostrożności są w ten sposób sprzężone z normą sankcjonowaną, że ich przekroczenie wyznacza jej zakres zastosowania⁴⁷⁹. Punktem wyjścia dla takiej argumentacji jest odrzucenie przez autora dopuszczalności tzw. kontratypów pozaustawowych wraz z tezą, że przepisy zawierające opisy czynów zabronionych pod groźbą kary nie odnoszą się do jakichkolwiek sposobów spowodowania danego skutku, lecz kryminalizują

⁴⁷⁶ Jak już wielokrotnie zapowiadano w powyżej, relacja między tymi dwiema kategoriami wykrystalizuje się w trakcie teoretyczno-prawnej analizy statusu norm ostrożności.

⁴⁷⁷ Pod tym względem trafne jest stanowisko P. Józwiaka, op.cit., s. 378, który zwraca uwagę na konieczność jej nowelizacji.

⁴⁷⁸ P. Kardas, „Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności?” PS 2009, z. 1, s. 7–22. Zaprezentowane przez niego stanowisko jest chyba pewną próbą wysubtelnienia koncepcji występujących już w polskiej doktrynie, wysławianych przy okazji ogólnej nauki o dozwolonym ryzyku, zob. K. Rozentel, op.cit., s. 62. Zarazem ten ostatni autor postuluje traktowanie norm ostrożności niczym „kościół kontratypu ryzyka zwykłego”, (Idem, op.cit., s. 60).

⁴⁷⁹ To stanowisko najtrafniej zresztą oddają własne słowa P. Kardasa, op.cit., s. 18: „Tym samym wyznaczająca płaszczyznę bezprawności norma sankcjonowana jest integralnie związana z regułami ostrożności, zaś jej przekroczenie możliwe jest jedynie wówczas, gdy zachowanie stanowi naruszenie sprzężonych z nią norm ostrożności”.

wyłącznie takie, które zarazem sprzeczne są z regułami obowiązującymi w „poszczególnych sferach życia człowieka”⁴⁸⁰. W konsekwencji, spojrzenie takie prowadzi do sklasyfikowania norm ostrożności jako „dyrektyw technicznych”, które pełnią swoiście służebną funkcję wobec normy sankcjonowanej, i przez pryzmat tego doniosłość zyskuje zaledwie pewna kategoria reguł sportowych⁴⁸¹. Prowadzi to jednoznacznej konkluzji, iż naruszenie norm ostrożności jest warunkiem niezbędnym do tzw. obiektywnego przypisania skutku. Zgodzić się można z tym stanowiskiem w takim zakresie, w jakim uzależnia ono odpowiedzialność karną zawodnika od wykazania mu przekroczenia normy ostrożności i odrzuca doniosłość tzw. kontratypów pozaustawowych. Bardziej problematyczne jest już dogmatyczne wytłumaczenie takiej konkluzji⁴⁸².

Istotą własnego stanowiska w kwestii jest przypisywanie normom ostrożności dalej idącego znaczenia niż czynią to do tej pory przedstawiciele doktryny. Zanim to jednak uczynię, chciałbym, gwoli rzetelności naukowej, omówić jeszcze jedno stanowisko, które jawi się jako poniekąd najbardziej zbieżne z prezentowanym tutaj⁴⁸³. Zostało ono wyrażone przez I. Stachurę, która po dokonaniu przeglądu dotychczas wyrażanych stanowisk zauważa, że „nie ma potrzeby sięgać po konstrukcję kontratypu”⁴⁸⁴. Wystarczające jest bowiem zachowanie spójne z „regułami lub zasadami” ostrożności. Mimo pewnego niedopowiedzenia terminologicznego – nie jest jasne bowiem czym różnią się reguła od zasady – ze zrębem tego stwierdzenia należy się zgodzić. Jedyne zastrzeżenie w tej mierze związane jest z zaklasyfikowaniem tego jako „ryzyka dnia codziennego”. Nie wydaje się również, aby poprawne było traktowanie tego jako okoliczności pierwotnie legalizującej⁴⁸⁵; po prostu czyn, który nie jest nieostrożny, nie może być prawnokarnie relewantny⁴⁸⁶.

Istnienie reguł sportowych jest pewnym faktem społecznym⁴⁸⁷. Podanie ich absolutnie poprawnie logicznej definicji nie jest – na potrzeby prowadzonych tutaj rozważań – niezbędne. Określić je można jako pewne najczęściej sformalizowane zbiory zawierające dyrektywy, jak

⁴⁸⁰ P. Kardas, op.cit., s. 15.

⁴⁸¹ A mianowicie taka, która służy „do wyznaczania technicznych sposobów zachowania w trakcie współzawodnictwa sportowego nieprzekraczających poziomu akceptowalnego ryzyka”, zob. P. Kardas, op.cit., s. 19. W ten sposób autor abstrahuje od zajmowania stanowiska w sprawie występujących w doktrynie klasyfikacji norm ostrożności.

⁴⁸² Bardziej szczegółowe rozwiązania w tej mierze, zwłaszcza w kontekście tzw. obiektywnego przypisania zostaną poczynione w VII Rozdziale przedmiotowej pracy, zob. poniżej.

⁴⁸³ Chodzi mianowicie o wypowiedź I. Stachury, „Karcenie wychowawcze i ryzyko sportowe”, CzPKiNP 2007, nr 2. Co ciekawe, nieniejszy artykuł znalazł się w posiadaniu autora już po opracowaniu niniejszego rozdziału, a jego lektura dostarczyła mi pewności, że podobne koncepcje jak forsowane w niniejszej pracy nie są skrajnie odległe od dotychczasowego dorobku karnistyki, lecz mogą być postrzegane jako ich pewne rozwinięcie czy wysubtelnienie.

⁴⁸⁴ I. Stachura, op.cit., s. 141.

⁴⁸⁵ I. Stachura, op.cit., s. 142.

⁴⁸⁶ Obszerniejsze rozważania na ten temat w VII Rozdziale pracy.

⁴⁸⁷ W Internecie z łatwością znaleźć można szereg oficjalnych regulaminów obowiązujących polskich sportowców, czego przykładem mogą być oficjalne zasady gry w siatkówkę dostępne pod adresem: <http://www.pzps.pl/Przepisy.html> (odczyt dnia 23.06.2013).

należy prawidłowo uprawiać daną dyscyplinę sportu. Już ich powierzchowna analiza uświadamia, że nie wszystkie tam zamieszczone regulacje są normami adresowanymi do sportowców⁴⁸⁸. Wśród owych przepisów doszukać się można różnych kategorii wypowiedzi⁴⁸⁹, w szczególności takich, jak reguły ważności czynności konwencjonalnych⁴⁹⁰, reguły sensu czynności konwencjonalnych⁴⁹¹, normy o charakterze porządkowym⁴⁹², normy określające obowiązki uczestników rozgrywek sportowych⁴⁹³. Ta ostatnia kategoria jest niewątpliwie w znacznej części zbieżna z normami ostrożności. Wśród postanowień regulaminów można znaleźć jednak również normy, który przypominają swoją budową normy kompetencyjne⁴⁹⁴. Innym natomiast zagadnieniem jest umieszczenie w treści regulaminów norm odsyłających np. do zasad moralnych czy etycznych⁴⁹⁵.

Nie byłoby jednym ze sposobów uniknięcia kłopotów związanych z wytyczaniem granic odpowiedzialności karnej sportowca poprzez wprowadzenie do regulaminu gry zapisu, w myśl którego zawodnicy ponoszą ryzyko uszczerbków na zdrowiu wynikających w trakcie gry. Przystąpienie do gry, jako równoznaczne z akceptacją regulaminu, nie rozwiązywałoby dylematu odpowiedzialności za przestępstwa popełnione nieumyślnie i to nie tylko dlatego, iż doktryna polska prawa sportowego stanowczo opowiada się przeciwko rozszerzaniu ingerencji państwa w działalność sportową i formalizowania reguł sportowych poprzez nadanie im rangi prawej jako przejawu interwencjonistycznego podejścia państwa do sportu i uleganiu na presję

⁴⁸⁸ Dobrym przykładem może być postanowienie 1.4.6 Regulaminu gry w piłkę siatkową zatwierdzone przez 32. Kongres FIVB 2010, dostępne pod adresem wskazanym powyżej adresem: „*Pole kar*” – „*Pola kar o wymiarach około 1 x 1 m, wyposażone w dwa krzesła, znajdują się w strefie kontrolowanej przez komisję sędziowską za przedłużeniem linii końcowych. Pola te mogą być oznaczone czerwoną linią o szerokości 5 cm*”.

⁴⁸⁹ Zauważyć należy, iż to do jakich kategorii norm zostaną przyporządkowane poszczególne postanowienia wynika z przyjmowanych założeń teoretyczno-prawnych. Możliwe jest również dobrze oprzeć się na konwencji zaproponowanej przez R. Searla, „*Czym jest akt mowy?*”, Pamiętnik Literacki LXXI, 1980, z. 2 s. 242–243, który operuje schematem reguł imperatywnych i regulatywnych tak: „*Reguły regulatywne normują aktywność już istniejącą, aktywność, której istnienie jest logicznie niezależne od istnienia reguł. Konstytutywne reguły natomiast tworzą (a także normują) działalność, której istnienie jest logicznie uwarunkowane przez te reguły*”.

⁴⁹⁰ Jako przykład może być podany przepis opisujący zagrywkę w siatkówce (zob. postanowienie 12 Regulaminu gry w piłkę siatkową): „*Zagrywka jest to wprowadzenie piłki do gry przez prawego zawodnika linii obrony, znajdującego się w strefie zagrywki*”.

⁴⁹¹ Zob. postanowienie 6.1.1.1 Regulaminu gry w piłkę siatkową („*Punkt*”), objaśniające, kiedy można mówić o zdobyciu punktu przez zespół uczestniczący w rozgrywkach: „*Zespół zdobywa punkt: po udanym umieszczeniu piłki w boisku po stronie przeciwnika (...)*”.

⁴⁹² Zob. postanowienie 15.4. Regulaminu gry w piłkę siatkową („*Przerwy na odpoczynek i przerwy techniczne*”), stwierdzający, że: „*Wszystkie przerwy na odpoczynek trwają po 30 sekund*”.

⁴⁹³ Znakomitą przykładem takiej regulacji może być postanowienie 4.5.2: „*Zawodnicy mogą nosić okulary lub szkła kontaktowe na własne ryzyko*”.

⁴⁹⁴ Czego przykładem jest chociażby postanowienie przepisu 19.1.1 („*Wyznaczanie Libero*”): „*Każdy zespół ma prawo do wyznaczenia z listy zawodników w protokole zawodów do dwóch (2) wyspecjalizowanych w grze obronnej zawodników: LIBERO*”.

⁴⁹⁵ Zob. postanowienie 21.2.1 Regulaminu gry („*Niewłaściwe zachowania podlegające sankcji*”): „*Zachowanie grubiańskie: gesty lub słowa pogardliwe, sprzeczne z dobrymi manierami lub zasadami moralnymi*”. Dopuszczalność takich regulacji, jako niemających charakteru norm prawnych, nie budzi wątpliwości. W praktyce egzekwowana jest również obiektywność w ich stosowaniu za pomocą możliwości weryfikacji wykluczeń dyscyplinarnych oraz w formie swoistego nadzoru opinii publicznej.

komercjalizacji⁴⁹⁶. Zresztą trudności w tej mierze wynikają chociażby z tego, że często to, co jest nazywane regulaminem sportowym, nie zawiera postanowień odnoszących się do samej walki sportowej⁴⁹⁷.

Decydujące stąd znaczenie przyznać wypadnie figurze przekroczeniu lub nie norm ostrożności. Zaznaczyć przy tym także trzeba, że normy ostrożności w zakresie naruszeń sportowych nie są tożsame z wytycznymi postępowania zawartymi w regulaminach sportowych, nie tylko ze względu na heterogeniczność zawartych w nich postanowień. Spełniają one jednak swoją rolę jako czynnik wpływający na proces wyprowadzania w drodze interpretacji norm ostrożności, co przyjdzie bliżej rozważyć w toku poniższych rozważań.

10) Konkluzje

Tak więc przeprowadzone tutaj rozważania unaoczniają zdecydowanie większe znaczenie norm ostrożności w sporcie, niż to które dotychczas przypisuje im doktryna.

Konkludując, przypomnieć należy, iż o ile nierzadko pośród reguł sportowych, doszukać się można postanowień, które są dokładnym wyrazem norm ostrożności, wyznaczających zakres odpowiedzialności karnej, to mimo to nie jest pożądane usiłowanie nadawania regułom sportowym charakteru norm prawnych. Pamiętać należy, iż normy ostrożności mają charakter norm nie tyle dyspozytywnych, co semiimperatywnych – wyznaczają one minimalną granicę rozsądnego postępowania, która nie może zostać przekroczona bez stworzenia istotnego z punktu widzenia prawa karnego ryzyka. Konkluzja taka, wraz z spostrzeżeniem heterogenicznego charakteru norm wchodzących w skład reguł sportowych powoduje, że nie można zaaprobować stwierdzenia, którym operował w swoim czasie A. J. Szware mówiąc o „wskaźnikowym” znaczeniu naruszenia reguły sportowej. W zakresie w jakim reguły sportowe są bowiem tożsame treściowo, tj. wyrażają dokładnie normy ostrożności, nie ma miejsca na „wskaźnikowość”, lecz jest „pewność” nieostrożności. Sytuacja kształtuje się więc nieco inaczej: Reguły sportowe jako normy podlegać muszą interpretacji, która w myśl zasad wykładni derywacyjnej w fazie porządkującej prowadzić musi do wyróżnienia różnych kategorii norm. Normy o charakterze norm postępowania zrębowo (niezupełnie) wysłowione w różnego rodzaju regulaminach sportowych po uzupełnieniu przez pozostałe elementy mogą być dokładnym wyrazem normy ostrożności, która

⁴⁹⁶ Wyrazem takiego stanowiska jest pogląd H. Radke, „*Sport i prawo – jakie regulacje, jaki zakres?*”, Sport Wyczynowy 2007, nr 7–9, s. 143.

⁴⁹⁷ Znakomitym przykładem w tej materii może być Regulamin Sportowy PZ Judo (dostępny pod adresem: <http://pzjudo.pl/docs/reg/regulamin.pdf>, odczyt dnia 06.02.2013 r.), który ma charakter organizacyjny (podział na okręgi, zasady sprawozdawczości etc.). Kwalifikowanie takich aktów w kategoriach reguł sportowych *sensu largo* jest postulatem jedynie części doktryny niemieckiej, por. C. Rutz, „*Kampfsport und Strafrecht*”, Tübingen 2010, s. 263.

jest bezwzględna przesłanką odpowiedzialności karnej za naruszenie sportowe. W innym zakresie (a więc choćby jako element, który uwzględnia się przy odtwarzaniu normy ostrożności) korelacja pomiędzy regułą sportową a normą ostrożności jest tak niska i niepewna, że reguła sportowa nie nadaje się do spełnienia funkcji jakiegokolwiek użytecznego „wskaźnika” na potrzeby prawa karnego.

W tym też świetle celowe jest jeszcze – w nawiązaniu do sformułowanego na początku tego rozdziału pytania – podkreślenie, iż nie jest zasadne postulowanie zmian w polskim k.k. na wzór regulacji, które funkcjonowały w pewnych systemach prawnych, w tym w CP Ekwadoru do dnia 10.08.2014 r.

III. Normy ostrożności w prawie karnym medycznym

1) Uwagi wprowadzające. Pojęcie „niepowodzenia przy wykonywaniu czynności medycznych”

Problematyka odpowiedzialności karnej lekarzy, czy mówiąc precyzyjniej: przedstawicieli zawodów medycznych, bo naturalnie nie tylko lekarze wykonują czynności medyczne, posiada swoją bogatą literaturę⁴⁹⁸. Pomimo tego, że szereg tych opracowań ukierunkowanych jest na wysubtelnienie przesłanek tej odpowiedzialności, wydaje się, że w tej mierze nie osiągnięto jednak kompromisu w sprawach o podstawowym znaczeniu⁴⁹⁹. Szczególna trudność związana jest operowaniem rozlicznymi pojęciami zaczerpniętymi z terminologii nauk medycznych, do których w pierwszej kolejności należą chociażby „błąd medyczny” czy „czynności lecznicze”. Na potrzeby niniejszego krótkiego studium odwrócona zostanie optyka większości opracowań monograficznych poświęconych tej problematyce po to, aby postawić pytanie o warunki braku odpowiedzialności karnej lekarza za niepowodzenie przy dokonywaniu czynności medycznych. W tej materii formułowano bowiem w nauce polskiej rozmaite koncepcje. Nie wszystkie wydają się być trafne.

⁴⁹⁸ Warto tutaj dla porządku zaznaczyć, że problematyka odpowiedzialności karnej lekarzy jest nie tylko wdzięcznym zagadnieniem akademickim. Zgodnie z najnowszymi danymi zebranymi dla USA, jest to trzeci powód śmiertelności w społeczeństwie amerykańskim, a liczba 400 000 zgonów wskutek „*medical errors*” ustępuje jedynie liczbie zgonów z powodu zachorowań na raka oraz zawałów serca. Natomiast ilość poważnych powikłań wynikających z powodu nieprawidłowej opieki w trakcie hospitalizacji jest szacunkowo nawet 10-krotnie wyższa. Co do szczegółowej anlizy rzeczonej problematyki, zob. J. John, „*A New, Evidence-based Estimate of Patient Harms Associated with Hospital Care*”, *Journal of Patient Safety* 2013, issue 3, s. 122–128

⁴⁹⁹ Ilustrują to chociażby tytuły monograficznych opracowań: J. Ruff, „*Odpowiedzialność karna lekarza*” Warszawa 1929, T. Cyprian, P. Asłanowicz, „*Karna i cywilna odpowiedzialność lekarza*”, Kraków 1949, J. Sawicki, „*Błąd*”. Zauważyć należy, że według niektórych przedstawicieli nauk medycznych nietrafne jest mówienie o odpowiedzialności karnej lekarza za niepowodzenie w leczeniu (por. Z. Marek, „*Niepowodzenie lecznicze*”, *Pr. i Med.* 2000, Nr 8, s. 143–144, z tym błędnym poglądem nie sposób się jednak zgodzić.

W pierwszej kolejności wyjaśnić należy samo pojęcie niepowodzenia przy dokonywaniu czynności medycznych i jego relacje wobec innego centralnego pojęcia prawa karnego medycznego, jakim jest „*błąd medyczny*”⁵⁰⁰.

Dla niebagatelnej liczby przedstawicieli nauki warunkiem braku odpowiedzialności karnej lekarza jest to, aby nie zachodziła sytuacja, którą określić można jako „*błąd medyczny*”⁵⁰¹. Samo to pojęcie zostało przeniesione na grunt nauk penalnych z obszaru nauk medycznych⁵⁰². Mimo postulatów rezygnacji z posługiwania się nim⁵⁰³, jego obecność – zarówno w orzecznictwie⁵⁰⁴, jak i w doktrynie⁵⁰⁵ – jest powszechna. Dla wielu autorów określenie tzw. błędu medycznego jest jednak swoistym nadużyciem⁵⁰⁶.

Bez więc nadmiernych ambicji zdefiniowania pojęcia niepowodzenia leczenia w sposób w pełni poprawny⁵⁰⁷, wskazać należy, że jest to sytuacja, w której dochodzi do niewystąpienia oczekiwanych skutków terapii medycznej. Niepowodzenie w leczeniu jest więc tożsame z sytuacją, w której następuje zaostrzenie się objawów choroby bądź dalszy jej postęp, pomimo stosowania stosownych środków medycznych⁵⁰⁸. Już z tak zarysowanego ujęcia wynika, że jest to problematyka niezwykle delikatna, bowiem o niepowodzeniu w leczeniu mówić można nawet wtedy, gdy osiągnięte zostaną pewne przejściowe poprawy stanu zdrowia, wyrażające się przykładowo w zwiększeniu wskaźnika MCV przy leczeniu talasemii, bez jednak ostatecznego usunięcia defektu biosyntezy łańcuchów globiny. Wobec tego oczywiste jest, że nie w każdym przypadku niepowodzenia w leczeniu można zasadnie rozważać problematykę odpowiedzialności karnej lekarza. Wobec nieprzewidywalności ludzkiego organizmu i braku pełnego poznania

⁵⁰⁰ Dla porządku wskazać należy, że błąd medyczny jest pojęciem używanym wymiennie z takimi zwrotami jak „*błąd w sztuce lekarskiej*” czy „*błąd lekarski*”.

⁵⁰¹ Zob. np. R. R. Kędziora, op.cit., s. 193, na której Autorka stwierdza, że błąd lekarski ma „(...) *ustaloną pozycję jako przesłankę odpowiedzialności karnej lekarza*”.

⁵⁰² Na podobnym stanowisku stoi K. Buchała w „*Glosie do wyroku z dnia 16 stycznia 1974 r. (III KR 311/73)*”, OSNKW 1974/7–8 poz. 146, NP 1974 nr 11 s. 1583.

⁵⁰³ A. Zoll, „*Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*”, Warszawa 1988, s. 54.

⁵⁰⁴ Spośród licznych wyroków wskazać należy na orzeczenie I K 295/53, PiP 1954, z. 2, s. 381, gdzie po raz pierwszy SN ośmielił się dokonać rozdziału błędu i winy, o czym poniżej. Natomiast z ostatnich judykatów w tej materii wskazać warto zwłaszcza na rozstrzygnięcie II KK 124/12, LEX nr 1277697.

⁵⁰⁵ Ze szczególną intensywnością występuje to pojęcie w kontekście odpowiedzialności odszkodowawczej, zob. M. Boratyńska, „*Błąd w sztuce medycznej jako podstawa odpowiedzialności*” *Poradnik Stomatologiczny*, 2010 z. X nr. 4, s. 147–149.

⁵⁰⁶ Przeciwno takiemu podejściu do sprawy występował m.in. M. Sośniak „*Cywilna odpowiedzialność lekarza*”, Warszawa 1968, s. 68, gdyż niesłuszne jest twierdzenie, że „(...) *medycyna jest swoistą sztuką lekarską i że zatem do oceny działalności należy stosować bardziej liberalne kryteria*”. Krótką recenzję toczzonego sporu znaleźć można w opracowaniu A. Sandomierskiego „*Błąd sztuki lekarskiej w orzecznictwie Komisji Kontroli Zawodowej*”, NP 1979, z. 10. s. 41, przypis 3.

⁵⁰⁷ Co do warunków poprawności definicji zob. W. Patryas, „*Definiowanie pojęć prawnych*”, Poznań 1997.

⁵⁰⁸ Warto na marginesie zauważyć, że nawet A. Zoll w opracowaniu „*Odpowiedzialność karna lekarza...*” nie podjął się zadania zdefiniowania tytułowego dla jego pracy pojęcia „*niepowodzenia w leczeniu*”, ograniczając się do wycinkowych wypowiedzi, pozwalających wszak odtworzyć pewne intuicje co do pojmowania tego terminu przez krakowskiego karnistę – por. chociażby stwierdzenie „*niepomyślny przebieg leczenia, którego efektem może być zejście śmiertelne pacjenta, uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia(...)*”, (Idem, op. cit., s. 42) czy stwierdzenie, „*Odpowiedzialność karna lekarza, związana z przebiegiem leczenia (...)*” (Idem, op. cit., s. 3). Takie ujęcie uwypukla pojęcie zabiegu lekarskiego, które przez Autora opracowania również nie jest definiowane.

zależności zachodzących w obrębie różnych tkanek i narządów pociąganie medyków do odpowiedzialności karnej powinno mieć miejsce raczej wyjątkowo. Problematyczne jest zwłaszcza to, czy można dokonać subsumcji wszystkich tych sytuacji pod nadrzędne pojęcie „*błędu medycznego*”.

Kwestią do dzisiaj nierozstrzygniętą w doktrynie jest rozumienie tego pojęcia⁵⁰⁹.

Reprezentowane w tej materii ujęcia wykazują jednak pewną ewolucję w kierunku obiektywnego jego pojmowania, co harmonizuje z postępującym procesem precyzyjnego wyodrębniania poszczególnych składników struktury wewnętrznej przestępstwa. Obecnie dominującym komponentem omawianego „*błędu*” zdaje się być naruszenie przyjętych „*zasad medycznych*”⁵¹⁰. Rodzi to jednak szereg dalszych pytań. Konieczne jest więc przedstawienie, chociażby szkicowe, znaczeń nadawanych pojęciu „*błędu medycznego*” w doktrynie prawa karnego.

1) Według tradycyjnego, chronologicznie bodaj najwcześniejszego poglądu⁵¹¹, błąd w sztuce lekarskiej jest czynem (działaniem lub też zaniechaniem) polegającym na zawinionym naruszeniu norm leczenia wykształconych na gruncie medycyny. Protagonista takiego poglądu, R. Ruff, w swojej pracy monograficznej z roku 1929 z milczącą aprobatą przywołuje przedwojenne orzecznictwo polskie wydane jeszcze na gruncie Niemieckiego Kodeksu Karnego⁵¹², dodając zarazem, iż „*odpowiedzialność może mieć miejsce tylko wówczas, gdy (...) działanie jego [lekarza – przypis M.B.] jest wyrazem oczywistej omyłki*”. Takie spojrzenie w znacznym zakresie ogranicza zakres odpowiedzialności karnej przedstawicieli zawodów medycznych i może być postrzegane jako relikw dawniejszych jeszcze koncepcji zapewniających lekarzowi swoisty immunitet⁵¹³.

2) Według stanowiska konkurencyjnego, zaczerpniętego z nauki niemieckiej, błąd w sztuce

⁵⁰⁹ W tej mierze zgodzić się można chyba w pełni ze stwierdzeniem K. Ulsenheimer'a, „*Arztstrafrecht in der Praxis*”, Heilderberg 2008, s. 68, iż: „*der Begriff des Kunstfehlers (...) hinsichtlich dessen Inhalt jedoch keineswegs Einigkeit, sondern geradezu eine verwirrende Vielfalt höchst unterschiedlicher Auffassungen besteht*”. Analogiczna sytuacja występuje na gruncie nauki polskiej, o czym poniżej.

⁵¹⁰ Egzemplifikacją takiego stanowiska może być lakoniczne stwierdzenie A. Zolla, „*Granice legalności zabiegu medycznego*”, PiM 1999, nr 1, s. 33, iż: „*Błąd sztuki, generalnie rzecz biorąc, polega na naruszeniu reguły ostrożności*”.

⁵¹¹ Jego rzecznikiem był chociażby J. Ruff, op.cit., s. 3, gdzie uprzedzając obszerny przegląd doktryny zagranicznej stwierdza on, iż „*(...) współczesne prawodawstwo karne ściga lekarza za nieostrożność przy wykonywaniu swego zawodu*”. Mimo pewnych uproszczeń klasyfikacyjnych, zaakcentować należy, iż przedstawiciel doktryny przedwojennej dopuszczał luz kompetencyjny sędziego pisząc: „*Kwestia, czy lekarz działał zgodnie z zasadami sztuki lekarskiej i z należyтым staraniem jest pozostawiona do uznania sądu*” (Idem, op.cit., s. 5).

⁵¹² Chodzi tutaj o orzeczenie T 103/27, cyt. za J. Ruff, op.cit., s. 7, gdzie Sąd Apelacyjny w Toruniu wywiódł, że „*Lekarz odpowiada za błędy popełnione przy leczeniu, t. zn. gdy działał wbrew ogólnie przyjętym zasadom i prawidłom sztuki lekarskiej*” [pisownia w oryginale]. Stwierdzenie to w swojej lapidarności jest tyle na tyle prawdziwe, że mogłoby zostać bez obaw powtórzone w obecnym stanie prawnym.

⁵¹³ Wskazać należy chociażby na przedstawicieli doktryny francuskiej (Beaude, Double), na których powołuje się J. Ruff, op.cit., s. 3, i którzy stali na stanowisku, iż wykonujący zawód lekarza nie odpowiadają w żaden sposób karnie. Co do swoistego faktycznego immunitetu na terenie Indii do końca XX wieku zob. T. K. Biswas, „*Fallibility of God! Revisiting the criminal liability of the medical professionals for negligence in India*”, Medicine and Law 2012, nr 3, s. 405–417.

lekarskiej jest czynem, którego istota wyraża się w przekroczeniu zasad wiedzy medycznej⁵¹⁴. Jest to więc rozpatrywane w kategoriach naruszenia pewnej normy, bez wiązania tego automatycznie z pojęciem winy. Jego propagatorem na gruncie nauki polskiej był przede wszystkim J. Sawicki⁵¹⁵. W tym samym okresie zostało ono przyjęte w orzecznictwie SN⁵¹⁶, co implikowało zarazem oddzielne badanie winy oraz, jak to określa sam autor monografii, „*obiektywnego błędu lekarskiego*”⁵¹⁷. To pojmowanie błędu medycznego zdaje się obecnie być najbardziej rozpowszechnione.

3) Według innej propozycji klasyfikacyjnej, da się wyodrębnić jeszcze jeden pogląd noszący znamiona podejścia kompromisowego, zgodnie z którym, jako błąd traktować należy wyłącznie zawinione naruszenie zasad wiedzy i sztuki medycznej⁵¹⁸. Samo wyodrębnienie tego stanowiska jest zdaniem autora bardzo problematyczne.

Wobec tak przedstawionej klasyfikacji wysunąć można dwie uwagi. Po pierwsze, praktyczny problem związany z tymi ujęciami wyraża się w tym, że rodzą one niebezpieczeństwo pewnego jednostronnego spojrzenia. Medycyna jest bowiem tą właśnie sferą życia, gdzie znaczna liczba zasad postępowania nie jest formułowana w sposób kategoryczny, przyjmuje raczej formę wskazań⁵¹⁹, stąd wskazanie na naruszenie normy ostrożności jest czasami problematyczne. Jest to jednak problem szerszy, który zostanie rozważony w dalszej części niniejszego rozdziału i wymaga raczej rozpatrywania na płaszczyźnie dowodowej w trakcie postępowania karnego. Po drugie, wydaje się, że takie pojmowanie błędu w kategoriach sprzeczności z pewnego rodzaju normą jest wyrazem rozumowania prawniczego opartego o schemat subsumcji, podczas gdy błąd – jak to wskazuje się w opracowaniach o charakterze bardziej filozoficznym – uwarunkowany co prawda istnieniem dwóch niezbędnych elementów (podmiotu i przedmiotu), jest ostatecznie wypadkową czynników zewnętrznych⁵²⁰.

⁵¹⁴ Egzemplifikacją takiego stanowiska może być stwierdzenie K. Engischa, „*Irrtümer und Fehler des Chirurgen*” Langenbecks Archiv für klinische Chirurgie, 1952–1953, z. 273, s. 432, który zauważa: „*in erster Linie sei hier betont, dass der Begriff des Kunstfehlers zweckmäßig objektiv zu verstehen ist, also nicht gleich zu identifizieren ist mit dem Verschulden des Arztes*”.

⁵¹⁵ Który w swojej pracy J. Sawicki, „*Błąd ...*”, s. 68, powołując się na stanowisko M. I. Awdiejewa popiera stwierdzenie, że błąd sztuki lekarskiej jest „*kategorią obiektywną*”. Dodać na marginesie można, że należy on do gorących zwolenników posługiwania się instytucją „*błędu lekarskiego*”.

⁵¹⁶ Przykładem takiej linii orzeczniczej jest w szczególności wyrok I K 295/53, PiP 1954 z 2 s 381 i n.

⁵¹⁷ J. Sawicki „*Błąd ...*”, s. 69.

⁵¹⁸ Wyróżnienie tej kategorii jest przede wszystkim wynikiem zabiegów klasyfikacyjnych w ujęciu A. Liszewskiej, „*Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*”, Kraków 1998, s. 196, gdzie wskazuje ona na W. Grzywo-Dąbrowskiego oraz L. Warcholza. Takie wyodrębnienie nie wydaje się być zasadne, jako, że ten pierwszy stoi chociażby na stanowisku, że „*błąd lekarski jest postępowaniem sprzecznym z powszechnie uznanymi zasadami wiedzy lekarskiej*”.

⁵¹⁹ Czego egzemplifikacją może być jakikolwiek podręcznik medycyny kliczniej.

⁵²⁰ B. Świątek, M. Morawski, „*Problematyka błędu medycznego w Polsce na przykładzie opinii Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej AM we Wrocławiu*”, Arch. Med. Sąd. Krym. 1994, t. XLIV, s. 230–232.

2) Podstawy odpowiedzialności karnej lekarza

Przy ustalaniu odpowiedzialności karnej lekarza wielokrotnie zwracano uwagę na fakt braku szczególnego przepisu w części szczególnej k.k., który zawierałby określenie typu przestępstwa indywidualnego – a więc takiego, które może zostać popełnione tylko przez lekarzy bądź też przedstawicieli innych zawodów medycznych⁵²¹. Stąd też, jak wielokrotnie i trafnie zwracano na to uwagę w doktrynie, do odpowiedzialności karnej tej grupy zawodowej stosować należy ogólne regulacje zamieszczone w rozdziale XIX k.k.⁵²². Zarazem wielu karnistów zupełnie ignoruje możliwość odpowiedzialności karnej lekarza za popełnienie przestępstwa stypizowanego w art. 165 k.k.⁵²³

Odrębnym natomiast zupełnie problemem jest pytanie, czy pożądane byłoby stworzenie takiej samoistnej regulacji. Z jednej strony argumentem przemawiającym na korzyść takiego stanowiska jest spostrzeżenie, że liczba szacowanych rocznych zgonów na skutek błędów lekarskich dorównuje liczbie zgonów wynikających z wypadków komunikacyjnych (tak chociażby w USA w stanie Nowy York rocznie na skutek wypadków drogowych ginie 43 000, a – dokonując ekstrapolacji statystyki częstotliwości błędów medycznych w tym stanie, to wartość ta wynosiłaby 44 000⁵²⁴). Co więcej, szacuje się, że zaledwie „10% rzeczywistego niedbalstwa lekarzy, pielęgniarek i szpitali doprowadza w USA do procesu sądowego”⁵²⁵. Dodatkowo, można by podnieść, że szczególny charakter odpowiedzialności karnej w tym przypadku, który częściowo wynika również ze specyfiki norm ostrożności w medycynie, będących przedmiotem rozważań niniejszego rozdziału, oraz konieczności odwoływania się do opinii biegłych czyniłby zasadnym wzbogacenie k.k. o przepis, który mógłby np. brzmieć: „§ 1. Kto dokonując zabiegu medycznego powoduje nieumyślnie skutek określony w art. 156 bądź art. 157, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. § 2. Jeżeli skutkiem czynu określonego w § 1 jest śmierć pacjenta, sprawca podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od roku.”

Taka redakcja przepisu nie powieliłaby niefortunnego sformułowania art. 177 k.k., gdzie zbędnym jest odwołanie się do norm ostrożności na płaszczyźnie deskryptywnej przepisu, których

⁵²¹ Chodzi tutaj w pierwszej kolejności o pielęgniarki, które podczas wykonywania swojego zawodu szczególnie często narażone są na ryzyko odpowiedzialności karnej, która wiąże się z wykonywaniem poleceń lekarzy, wydawanych często jedynie telefonicznie, z naruszeniem wymogów, aby poprzedzone zostało one uprzednio wizytacją pacjenta i jego oględzinami. Wykonywanie tych poleceń oparte jest na osobistym stosunku zaufania, przy czym w przypadku, gdy wystąpi niepomysłny, prawnokarnie doniosły skutek to najczęściej istnieją trudności z ustaleniem faktu wydania polecenia np. zaaplikowania konkretnego leku i jego dawkowania. Za zwrócenie uwagi na te sytuacje autor pragnie serdecznie podziękować pielęgniarkom UM w Poznaniu.

⁵²² A więc odnoszącą się do kategorii przestępstw przeciwko zdrowiu i życiu.

⁵²³ Praktycznym przykładem takiej sytuacji jest porzucenie znacznej liczby odpadów medycznych na komunalnym wysypisku śmieci, zob. orzeczenie SA w Lublinie z dnia 14 marca 2005 r. II AKa 51/05, KZS 2007/7–8/79.

⁵²⁴ J. Pokorski, „Błąd medyczny uwarunkowany czynnikami ergonomicznymi” w: „Błąd medyczny. Uwarunkowania ergonomiczne”, red. J. Pokorski, J. Pokorska, M. Złowodzki, Kraków 2010, s. 211.

⁵²⁵ J. L. Kurkowski, „Błędy i zaniedbania lekarskie”, Gazeta Lekarska, nr 1, s. 26.

przekroczenie i tak jest pojmowane przez doktrynę jako warunek przyjęcia nieumyślności, bądź też li tylko jako przesłanka tzw. obiektywnego przypisania skutku, bądź też jako inherentne znamię czynu zabronionego, czy też wreszcie, jak rozważa się również w tej pracy, jako odrębny element w strukturze przestępstwa.

Przeciwko takiej propozycji można jednak zgłosić szereg kontrargumentów. W pierwszej kolejności, wskazać należy, że tworzenie takiej regulacji nie wypływa z potrzeby zamknięcia luki prawodawczej, gdyż i obecnie pociąganie lekarzy do odpowiedzialności karnej natrafia co najwyżej na trudności o charakterze dowodowym, a nie normatywnym. Dalej, taka regulacja nie jest również konieczna dla rozwoju doktryny prawa czy medycyny sądowej, która świetnie radzi sobie z wyodrębnieniem zagadnienia odpowiedzialności karnej lekarza z perspektywy empirycznej, jako pewnego zjawiska społecznego⁵²⁶. Nie jest również konieczne, aby wprowadzać inną, zwłaszcza surowszą sankcję, dla przedstawicieli tego zawodu, który wszak w powszechnej opinii publicznej cieszy się szczególnym statusem zaufania. Również łagodniejsza sankcja, która miałaby być uzasadniona szczególnymi warunkami pracy lekarzy, związanymi z ciągłym stresem, nie wydaje się być uzasadniona. Przeciwko temu przemawia w pierwszej kolejności efekt psychologiczny takiej regulacji, której skutkiem byłoby obniżenie skuteczności prewencji generalnej, a w dalszej kolejności ignorowanie faktu szczególnego przygotowania lekarzy do wykonywanej pracy w trakcie studiów oraz specjalizacji, czy wreszcie faktu uzyskiwania odpowiednio wysokich wynagrodzeń za świadczone czynności lecznicze. Co więcej, gdyby dla każdej wyodrębnionej grupy zawodowej postulować wykreowanie szczególnej regulacji kodeksowej, to naruszony zostałby postulat syntetyczności przepisów karnych, a k.k. rozbudowałby się niepomiarowo. Nie wydaje się, aby poprawne było wprowadzenie odrębnego przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo w przypadku zdarzeń lekarskich niepociągających za sobą skutków w postaci uszczerbków na zdrowiu określonych w art. 156–157 k.k., gdyż prowadziłoby to do postawienia pytania, czy nie byłoby pożądane stworzenie takiej regulacji również dla innej kategorii ludzkiej aktywności, np. w zakresie rywalizacji sportowej. Nadto wprowadzanie tego typu przepisów prowadzi do rozszerzenia kryminalizacji na przedpolu czynu zabronionego, co zawsze spotykać się musi z powściągliwością⁵²⁷. Na koniec zauważyć należy brak takiej szczególnej regulacji w innych państwach europejskich, zwłaszcza w

⁵²⁶ Czego dowodem są opracowania przywołane w powyżejprzypisie nr 499.

⁵²⁷ Ilustracją tego dylematu jest wprowadzenie do k.k. przestępstwa tzw. *grooming-u*, a więc czynu określonego obecnie w art. 200a k.k. Regulacja ta, stanowiąca próbę implementacji Konwencji Rady Europy z Lanzarote, stanowi w istocie penalizację przygotowania do przestępstw wyszczególnionych w tym przepisie. Brak celowości takiego zabiegu wynika nie tylko z przekonania, że przygotowanie jest (samodzielnym, odrębnym) typem czynu zabronionego (zob. np. Ł. Pohl, „Prawo karne. Wykład Części Ogólnej”, Warszawa 2012, s. 193–208). Jest on widoczny zwłaszcza przy przyjęciu stanowiska SN, V KK 43/11, OSNKW 2011, nr 11, poz. 100, że „Przepis art. 200a k.k. nie stanowi *lex specialis* odnośnie przepisu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k., lecz jest czynem uprzednim współukaranym”.

Niemczech⁵²⁸ czy Hiszpanii⁵²⁹. Nie wymaga tego również potrzeba silniejszego rozgraniczenia charakteru odpowiedzialności karnej od odpowiedzialności deliktowej, co jest dylematem części doktryny francuskiej⁵³⁰.

Nie ma podstaw do postulowania jakichkolwiek zmian *de lege ferenda* w tym zakresie. Słowem, problem ten ma charakter raczej teoretyczny.

3) Pojęcie zabiegu leczniczego

Kluczowe znaczenie dla zrozumienia kształtu odpowiedzialności karnej lekarza za zabiegi medyczne ma właściwe zdefiniowanie pojęcia zabiegu leczniczego, co, wobec występujących w tej materii w nauce prawa zasadniczych rozbieżności, nie jest zadaniem łatwym⁵³¹. Aby podjąć próbę sformułowania w tej mierze właściwego rozwiązania, konieczne jest odwołanie się do dorobku innych nauk empirycznych.

Prowadzona w tej mierze dyskusja ma charakter wykraczający poza czysty spór akademicki, przesądza bowiem w pewnych przypadkach o możliwości ponoszenia odpowiedzialności karnej. Przyjmuje się bowiem powszechnie, że zakres penalizacji art. 192 k.k. obejmuje jedynie czyny, które mają charakter zabiegów terapeutycznych⁵³².

W nowszej doktrynie, posługując się zasadami wykładni językowej, objaśnia się zabieg medyczny jako zabieg przedsięwzięty w celu leczniczym⁵³³. Problematiczne jest zwłaszcza to, jak pojmować działanie w określonym celu medycznym. Wynika to w szczególności z faktu, że nawet w największym uproszczeniu pojmować go można na dwa sposoby, a mianowicie zgodnie z ujęciem obiektywnym i subiektywnym⁵³⁴. Argument rzeczników tego drugiego pojmowania celu

⁵²⁸ M. Haag, „*Strafrechtliche Verantwortlichkeit Von Ärzten und Medizinischem Hilfspersonal*”, Norderstedt 2009, s. 22: „*Unterläuft dem Arzt ein Behandlungsfehler, kommen als vorrangige Delikte, derer er sich dabei strafbar gemacht haben kann, die fahrlässigen Körperverletzungsdelikte nach § 88 Absatz 1 und 4 StGB und die fahrlässige Tötung nach § 80 in Betracht*”

⁵²⁹ Na gruncie doktryny hiszpańskiej (zob. np. J. L. Villalba, „*Derecho Penal y Responsabilidad Médica*”, 2007, s. 115) zwraca się wszak na postanowienie art. 156 CP, zgodnie z którym „*no son punibles los trasplantes de órganos, las esterilizaciones y la cirugía transexual realizada por un médico, que actualmente consagra el artículo 156 del CP*”.

⁵³⁰ M. Akida, „*La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*”, Paryż 1994, s. 24.

⁵³¹ A. Zontek, „*Granice Odpowiedzialności karnej lekarza za dokonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*”, CPKiNP 2008, z. 2, s. 181–194, a także z najnowszej literatury R. Rejmaniak, „*Problemy interpretacyjne wybranych pojęć zawartych w art. 192 k.k.*”, eCPKiNP 2013, z. 2.

⁵³² P. Daniluk, „*O pojęciach <<zabieg leczniczy>> i <<pacjent>> w rozumieniu art. 192 § 1 k.k.*”, PiM 2011, nr 4, s. 68, gdzie zwraca się uwagę na to, że takie ujęcie jest niekompatybilne z konstytucyjną zasadą *nullum crimen sine lege*.

⁵³³ R. Rejmaniak, op.cit., s. 3–5 oraz P. Daniluk, „*Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa*”, PiM 2005, nr 2, s. 45–46, na których Autor przedstawia spory występujące w polskiej doktrynie.

⁵³⁴ Do tego pierwszego rozumienia przychyła się P. Daniluk, „*O pojęciach...*”, s. 66, pisząc czynności, która „*w sposób zobiektywizowany skierowana jest na chorobę w sensie biologiczno–medycznym*”. Odrębnym natomiast problemem jest nieokreśloność takich pojęć jak choroba.

lecniczego, oparty na przeświadczeniu, że cel nie może towarzyszyć pewnej czynności, lecz wyłącznie osobie jej dokonującej, jest z gruntu nieprzekonywający. Trudno bowiem zaprzeczyć, że pewna czynność, np. wymiana oleju w silniku, jest obiektywnie zdalna i celowa (lub też nie) dla usunięcia awarii. Dalej, kłopotliwe jest to, czy zabieg medyczny oceniać należy przez pryzmat składających się na niego czynności, czy też można posłużyć się perspektywą bardziej kompleksową⁵³⁵. Wydaje się, że patrzenie na operacyjne wycięcie nerki w celu przeszczepienia jej innej osobie jako czynności niemającej charakteru leczniczego jest patrzeniem nadmiernie formalistycznym⁵³⁶. Nadto, że twierdzenie takie jest zbyt daleko idące w świetle obowiązującej obecnie regulacji zawartej w ustawie transplantacyjnej, wymagającej w przypadku dokonywania przeszczepu tkanek niepodlegających regeneracji na rzecz osoby niebędącej krewnym w linii prostej, rodzeństwem, osobą przysposobioną lub małżonkiem zgody SR, po uprzednim zasięgnięciu opinii Komisji Etycznej Krajowej Rady Transplantacyjnej⁵³⁷.

Aby poddać weryfikacji występujące obecnie w doktrynie stanowisko przyjrzyć się należy bliżej pojęciu choroby. Jedną z zasadniczych trudności związanych z tą problematyką jest rozbieżność występująca pomiędzy naukami medycznymi a filozofią⁵³⁸. Znane są wypowiedzi autorów, w których stawia się znak zapytania wobec potrzeby szczegółowego określania pojęcia choroby⁵³⁹. Według innych, przy próbach ujmowania w sposób naukowy zagadnienia choroby uciekać należy od subiektywnego przeświadczenia pacjenta na temat jego dolegliwości. Dla innych jeszcze autorów punktem odniesienia rozważań nad stanem patologicznym (chorobowym) jest pojęcie normy – która to ma być rozumiana na trzech płaszczyznach: statycznej, wartościującej jak i biologicznej⁵⁴⁰. W tym ostatnim znaczeniu oznacza to przede wszystkim zdolność do prawidłowego wypełniania funkcji biologicznych na istotnych dla organizmu obszarach. Natomiast w tym pierwszym znaczeniu chodzi o rozkład wartości, który mieści się przedziale wyznaczonym parametrami statystycznymi; wreszcie pojęcie wartościujące normy (normalności) oznacza pewną koherencję z występującymi w danej społeczności normami moralnymi⁵⁴¹. Przyjęcie wskazanych powyżej rozmaitych sposobów rozumienia normy umożliwia

⁵³⁵ Jest to zagadnienie o dużej praktycznej doniosłości wobec wzrastającego znaczenia przeszczepów.

⁵³⁶ Pogląd taki jest wyrażany chociażby przez A. Liszewską, „Prawnokarna ocena zabiegów transplantacji organów” PiM 1999, nr. 3, s. 74, gdzie Autorka wskazuje, iż „Pobranie od zdrowego człowieka organu do przeszczepu nie jest zabiegiem leczniczym”. Na pojęcie to, zdaniem tejże autorki, składa się co najmniej kilka ingerencji medycznych.

⁵³⁷ Zob. art. 13 Ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U.2005.169.1411), który stanowi: „Pobranie komórek, tkanek lub narządu od żywego dawcy na rzecz osoby niebędącej krewnym w linii prostej, rodzeństwem, osobą przysposobioną lub małżonkiem, wymaga zgody Sądu Rejonowego właściwego ze względu na miejsce zamieszkania lub pobytu dawcy, wydanego w postępowaniu nieprocesowym, po wysłuchaniu wnioskodawcy oraz po zapoznaniu się z opinią Komisji Etycznej Krajowej Rady Transplantacyjnej.”

⁵³⁸ J. Sak, „Zagadnienie stosowalności filozoficznego pojęcia choroby w medycynie”, Roczniki Pomorskiej Akademii Medycznej w Szczecinie 2009, z. 55, (2), s. 99–101.

⁵³⁹ G. Hesslow, „Do we need a concept of disease?”, Theoretical Medicine 1993, nr 14, s. 1–14.

⁵⁴⁰ R. Wachbroit, „Normality as Biological Concept”, Philosophy of Science 1994, vol. 61, nr 4, s. 580.

⁵⁴¹ Choć na pierwszy rzut oka pojęcie to nie znajduje zastosowania do jednostek chorobowych, wydaje się, że nie

co najmniej dualistyczny sposób pojmowania choroby – na sposób bądź to mechanistyczny⁵⁴², bądź też hermeneutyczny⁵⁴³, przy czym żaden z nich nie jest w pełni zadowalający. Nie wyczerpuje to wszak bogactwa współczesnych spojrzeń na problematykę choroby – konieczne wydaje się bowiem wskazanie na występującą opozycję pomiędzy statycznym a dynamicznym ujęciem choroby – opozycję, która zaznaczyła się w socjologii medycyny⁵⁴⁴.

Wszystkie te stanowiska charakteryzującą się pewną wycinkowością spojrzenia, gdyż ignorują inherentne dla każdego pojmowania choroby jej wpisanie w kontekst kulturowy⁵⁴⁵. Wskazać należy również na dwie inne istotne okoliczności, które, jak się wydaje, z nadmierną łatwością ignorowane są w występujących współcześnie ujęciach choroby – a mianowicie związku tego terminu z bólem oraz odczuwalnym pogorszeniem samopoczucia w stosunku do stanu występującego wcześniej bądź też do stanu powszechnego wśród innych jednostek w tym samym wieku⁵⁴⁶. To ostatnie kryterium wyklucza uznanie za przypadki chorobowe takich zjawisk jak doping⁵⁴⁷. Natomiast zupełnie niesłuszne są próby taksatywnego wyliczenia czynników etiologicznych dla chorób i włączanie ich w definicję choroby, co w pierwszej kolejności wydaje się być nie do pogodzenia z jednolitym współcześnie rozumieniem pojęcia choroby jako obejmującego schorzenia zarówno psychiczne, jak i somatyczne⁵⁴⁸.

Nadmienić należy wreszcie, że dla pewnej części przedstawicieli filozofii pojęcie choroby było negowane. Szczególnie słynnym kierunkiem był nurt tzw. „antypsychiatrii”, który kwestionował programowo przymus leczenia wobec osób cierpiących na zaburzenia psychiczne oraz w swoim radykalnym ujęciu samo pojęcie choroby psychicznej⁵⁴⁹. Stanowisko to nie spotkało

można odmówić mu pewnych możliwości zastosowania do kategorii chorób psychicznych. Tutaj słusznie wskazuje się bowiem w nauce psychiatrii na to, że „wariat” to ten inny – zob. np. D. L. Rosenhan, M. E. P. Seligman: „*Psychopatologia. Tom I*”, Warszawa 1994, s.10. Wreszcie zbieżność z ocenami społecznymi przejawia się w kwalifikacji jako jednostek chorobowych pewnych nałogów czy zachowań seksualnych, zob. W. Reich, „*Funkcja orgazmu*”, Warszawa 1996, s. 93.

⁵⁴² H. R. Wulff, S. A. P. R. Rosenberg, „*Filozofia medycyny. Wprowadzenie*”, Warszawa 1993, s. 73–74.

⁵⁴³ Ibidem, s. 167–168.

⁵⁴⁴ Jego cechą jest polemiczny stosunek wobec zaproponowanego przez WHO rozumienia choroby, zob. np. J. Bircher, „*Towards a dynamic definition of health and disease*”, *Med Health Care Philos.* 2005; z. 8 (3), s. 335–341.

⁵⁴⁵ M. Nowakowska, „*Společno–kulturowe uwarunkowania zmian w rozumieniu kategorii zdrowia i choroby*”, *Sztuka leczenia* 2010, z. 1–2 (tom: XX), s. 43–49.

⁵⁴⁶ Z konieczności pewnej syntetyczności prowadzonych tutaj wywodów pominięte zostały rozważania dotyczące pojęcia choroby zakaźnej, które mają dużą doniosłość na gruncie odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 165 § 1 k.k., zgodnie bowiem z tym przepisem: „1. *Kto sprowadza niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach: 1) powodując zagrożenie epidemiologiczne lub szerzenie się choroby zakaźnej albo zarazy zwierzęcej lub roślinnej (...)*”.

⁵⁴⁷ Nie ulega bowiem wątpliwości, że mimo trudności w osiągnięciu konsensu co do pojęcia dopingu jest on traktowany w kategoriach zagrożenia dla zdrowia. A.S. Ramos Gordillo, „*Lucha contra el dopaje como objetivo de salud*” *Addiciones* 1999, n. 4, s. 300.

⁵⁴⁸ Trafne jest bowiem przytaczane przez B. Borysa, „*Psychologia we współczesnej medycynie*”, *Pol. Merk. Lek.*, 2008, XXV, Suppl. 1, s. 37 w odniesieniu do onkologii stwierdzenie, że: „*Choroba nowotworowa obejmuje cały obszar osobowości, dotyczy wielorakich odczuć całej osoby ludzkiej, zarówno somy, obszaru psychosocjalnego, jak i duchowego*”.

⁵⁴⁹ W ujęciu niektórych przedstawicieli tego nurtu, zwłaszcza T. Szasza, pojęcie choroby psychicznej uwarunkowane było wystąpieniem fizykalnych zmian w mózgu, co tłumaczyło sprzeciw autora wobec uznaniu schizofrenii za schorzenie psychiczne. Przegląd poglądów oferuje m.in. D.J. Rissmiller, „*Evolution of the Antipsychiatry Movement*

się z powszechną aprobatą przedstawicieli rodzimych badaczy⁵⁵⁰. Samo kwestionowanie istnienia takiego faktu, jak choroba nie może spotkać się aprobatą nie tylko z tego względu, że prowadziłyby do fundamentalnych trudności w procesie stosowania prawa karnego, lecz również z tego względu, że jest filozoficznie nieuzasadnione. Niemniej jednak przedstawicieli nauk medycznych i filozofii oraz nauk prawnych łączyć zdaje się niezależny, lecz zbieżny w wyrazie dystans wobec prostego przyjęcia definicji choroby wypracowanej przez światową organizację zdrowia⁵⁵¹.

Wydaje się, że na potrzeby współczesnego prawa karnego przyjąć można poprawioną w latach 70–tych XX wieku definicję uwzględniającą nominalistyczne stosowanie pojęcia choroby w naukach medycznych⁵⁵². Za takim rozwiązaniem przemawia dążenie do nadania wąskiego znaczenia pojęciu zabiegu leczniczego. Jest to uzasadnione przede wszystkim traktowaniem zabiegów leczniczych przez przeważającą większość doktryny polskiej jako tzw. czynności „*pierwotnie legalnych*”. Oznacza to zarazem odrzucenie tych prób naukowych, które cechują się nadawaniem chorobie szerokiego znaczenia⁵⁵³.

Nie rozwiązuje to jednak całej złożoności zagadnienia. Problematyczne jest zwłaszcza kwalifikowanie, jako przykładu czynności leczniczej, zabiegów kosmetycznych. Zagadnienie to jest o tyle doniosłe, że zakwalifikowanie pewnego zabiegu jako nieposiadającego charakteru terapeutycznego prowadzi do surowszych przesłanek jego legalności oraz możliwości odpowiedzialności karnej za naruszenie pozostających w zbiegu: normy prawnej zrębowo wysłowionej w art. 192 k.k. oraz normy prawnej zrębowo wysłowionej w jednym z artykułów przynależących do rozdziału XIX k.k.⁵⁵⁴.

Recenzując występującą w doktrynie polskiej dyskusję na ten temat, zwraca się uwagę na fakt odmiennego postrzegania przez część przedstawicieli nauki polskiej kategorii zabiegów o charakterze kosmetycznym jako ukierunkowanych na zmniejszenie cierpień o charakterze psychicznym, czy zorientowanych na zmniejszenie bądź wyeliminowanie stanów neurotycznych,

Into Mental Health Consumerism”, Psychiatric Services 2006, n. 6, s. 864.

⁵⁵⁰ Niemniej zgłaszane są postulaty usunięcia z tekstów normatywnych sformułowania „choroby psychicznej” jako prowadzącej do etykietowania osób cierpiących, S. Pużyński, „Choroba psychiczna – problemy z definicją oraz miejscem w diagnostyce i regulacjach prawnych”, Psychiatria Polska 2007, tom XLI, n. 3 s. 308.

⁵⁵¹ J. Sak, op.cit., s. 100. Definicja ta dla przypomnienia brzmi: „*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and merely the absence of disease or infirmity*”, (cyt. za P. Daniluk, „Cel leczniczy...”, s. 43).

⁵⁵² Chodzi tutaj o zmodyfikowaną definicję J. Scadding’a: „*In medical discourse, the name of a disease refers to the sum of the abnormal phenomena displayed by a group of living organisms in association with a specified common characteristic or set of characteristics by which they differ from the norm of their species in such a way as to place them at a biological disadvantage*”. Co do tej definicji zob. E. J. M. Campbell, J. G. Scadding, R. S. Roberts, „*The concept of disease*”, British Medical Journal 1979, z. 2, s. 761.

⁵⁵³ Egzemplifikacją takiego poglądu jest chociażby opracowana przez naukę anglosaską, H.E.E. Emson, „*Health, disease and illness: matters for definition*” Canadian Medical Association Journal 1987, n. 136, s. 811: „*disease is a state of the human organism that actually or potentially disadvantages a person for survival, reproduction or full enjoyment of life (characteristic for age) other than by sole reason of social circumstance or by temporary and reversible environmental change*.”

⁵⁵⁴ P. Daniluk, „Pozastawowe nieterapeutyczne (nielecznicze) czynności lekarskie”, PiP 2006, nr 1, s. 72–75.

kompleksów i zahamowań znamionujących osoby szpetne”⁵⁵⁵. Inni reprezentanci tego poglądu wyrażają go w formie mniej zdecydowanej, zawężając go do sytuacji rehabilitacji psychicznej chorego⁵⁵⁶. Wreszcie doszukać się można zwolenników tezy, że zabieg kosmetyczny w pierwszej kolejności kwalifikować należy jako przykład zabiegu leczniczego⁵⁵⁷. Rozbieżności te uzmysławiają, że niebagatelne znaczenie dla określenia statusu zabiegu kosmetycznego ma przyjęcie szerokiej bądź wąskiej definicji choroby.

Całkowite odrzucenie możliwości kwalifikowania jako zabiegów leczniczych przypadków interwencji o charakterze kosmetycznym jest stanowiskiem zbyt daleko idącym. Dobrym przykładem mogą być tutaj pewne specjalizacje medyczne, takie jak chirurgia, gdzie leczenie wypełnia jednocześnie dwie funkcje – medyczną i kosmetyczną, pozostające w stosunku do siebie w różnym stopniu zależności. Kwalifikacja zabiegu jako leczniczego jest wykluczona tylko wtedy, gdy pierwiastek leczniczy jest zupełnie nieobecny, co równoznaczne jest z brakiem stanu chorobowego. Ilustrując te rozważania prostym przykładem: jasne jest że operacja umieszczenia ekspandera tkankowego może być kwalifikowana jako zabieg leczniczy wtedy, gdy następuje po mastektomii⁵⁵⁸.

Pewne dalsze trudności wiążą się z kwalifikacją zabiegów zmiany płci transseksualistów. Transseksualizm jest, w opinii przeważającej części doktryny, przejawem jednostki chorobowej, wyrażającej się rozbieżności pomiędzy psychicznym poczuciem przynależności jednostki do określonej płci⁵⁵⁹. Jako taki, będąc źródłem permanentnego dyskomfortu po stronie chorego, stanowić on może dla niego realne zagrożenie dla zdrowia i życia⁵⁶⁰, może być również przyczynowy dla różnych kategorii zaburzeń psychicznych⁵⁶¹, a w przypadkach bardziej łagodnych oznaczać będzie czynnik wpływający negatywnie na rozwój osobisty jednostki⁵⁶². Wobec problemu tego proponuje się zasadniczo dwie kategorie rozwiązań, pierwsze, które ukierunkowane są przede wszystkim na operacyjną zmianę płci⁵⁶³ oraz drugie, związane ze zmianą

⁵⁵⁵ P. Daniluk, „*Cel leczniczy...*”, s. 39.

⁵⁵⁶ Dotyczy to w szczególności poglądów T. Brzezińskiego, które omawia P. Daniluk, „*Cel leczniczy...*”, s. 40.

⁵⁵⁷ J. Przybylska, „*Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencje medyczną i jej definicja*”, MP 2003, z. 16, s. 742–743.

⁵⁵⁸ Ten zabieg kosmetyczny nie jest, co oczywiste pozbawiony walorów terapeutycznych, ułatwiających sprawniejsze wykonywanie ról społecznych w codziennym życiu, zob. B. Wybraniec–Lewicka, M. Szpringer, G. Czerwiak, M. Michalska, E. Ciura, „*Styl życia kobiet po mastektomii*”, *Studia Medyczne* 2008, z. 10, s. 27–30.

⁵⁵⁹ Jedną z najpowszechniej akceptowanych w doktrynie definicji transseksualizmu stanowi, iż wyraża się on w „*rozbieżności między poczuciem psychicznym płci a budową morfologiczno–biologiczną oraz płcią socjalną (metrykalną), które odczuwane są jako «obce» i należące do płci przeciwnej*”, zob. K. Imieliński, „*Zarys seksuologii i seksiatrii*”, Warszawa 1982, s. 253.

⁵⁶⁰ Szczególnie niebezpieczne w tym względzie zdaje się być niebezpieczeństwo podejmowania prób samobójczych przez osoby dotknięte tą przypadłością – omawiane np. przez A. Dziemiania, I. Łucką, „*Transseksualizm czy zinternalizowana homofobia – studium przypadku*” *Psychiatria Polska* 2008, n. 1, s. 106.

⁵⁶¹ M. Radko, I. Łucka, Pleskot–Kaczmarek, J. „*Transseksualizm – pytania i wątpliwości*”, *Psychiatria i Psychologia Kliniczna* 2012, z. 12 (2), s. 125–128.

⁵⁶² A. Dziemian, I. Łucka, loc.cit.

⁵⁶³ M. Filar, „*Lekarskie prawo karne*”, Kraków 2001, s. 218–219.

chorej rzekomo psychiki pacjenta⁵⁶⁴. Szczególnie to pierwsze rozwiązanie stanowi pewien problem prawny⁵⁶⁵.

Ważne w tym kontekście wydaje się przede wszystkim to, aby z dostateczną pieczołowitością odróżnić autentyczne przypadki transseksualizmu od urojeń pseudo-transseksualnych, które towarzyszyć mogą zwłaszcza schizofrenii⁵⁶⁶.

Wobec tego nieprzewycięzalnego konfliktu związanego z błędną auto-identyfikacją osoby pojawia się konieczność podjęcia procesu leczniczego. Niezaprzeczalnym faktem jest to, że wobec dokonywanych faktycznie zabiegów leczniczych wobec transseksualistów nie wszczyna się postępowań karnych, a osoby, które dokonały zabiegu operacyjnego funkcjonują z powodzeniem w życiu publicznym⁵⁶⁷. Wobec tego pojawia się pytanie, czy taki stan jest prawidłowy, a jeżeli tak, to dla poprawności konstrukcji prawnokarnych jasne jest to, że trzeba ustalić właściwy reżim wyłączenia odpowiedzialności karnej. Stosując się do obowiązującej konwencji naukowej rozstrzygnąć należy, czy mamy do czynienia z wyłączeniem sprzeczności z prawem na podstawie tzw. pierwotnej czy wtórnej legalności czynności medycznych.

Wobec występujących w tej mierze zasadniczych wątpliwości naukowych, trudno jest przyjąć bez zastrzeżeń koncepcję leczniczego charakteru zabiegów zmieniających płeć osobie cierpiącej na transseksualizm. Co najwyżej można zastanawiać się nad kwalifikacją takich działań analogicznie jak zabiegów kosmetycznych⁵⁶⁸, co zgodnie z poglądem części doktryny polskiej prowadzić może do uchylenia odpowiedzialności karnej w drodze tzw. wtórnej legalizacji czynności charakteryzujących się „*pierwotną bezprawnością*”. W przypadku transseksualizmu wymagania są bardzo rygorystyczne⁵⁶⁹. Problematiczne tutaj jest zwłaszcza to, iż leczenie tego, co niektórzy określają jako chorobę psychiczną następuje w drodze ingerencji zastępczej w zdrowe tkanki organizmu, co jest procedurą, której stosowanie w przypadku chorób psychicznych jest wątpliwe⁵⁷⁰, zwłaszcza wobec możliwości podejmowania leczenia innymi sposobami, w tym

⁵⁶⁴ P. Kieniewicz, „*Bioetyczny Labirynt: transseksualizm*” zapis audycji radiowej dostępny pod adresem: http://pl.radiovaticana.va/news/2013/02/01/bioetyczny_labirynt:_transseksualizm/pol-661187. Odczyt dnia 20.03.2013 r.

⁵⁶⁵ A. Czechowska, „*Wybrane zagadnienia chirurgicznej zmiany płci u osób dotkniętych transseksualizmem w Polsce*”, *Prawo i Medycyna* 2012, z. 14, s. 91–104 wraz z podaną tam, obszerną literaturą.

⁵⁶⁶ M. Urban, „*Transseksualizm czy urojenia zmiany płci? Uniknąć błędnej diagnozy*”, *Psychiatria Polska* 2009, n. 6, s. 723.

⁵⁶⁷ Jako ciekawostkę wskazać tutaj należy uczestniczenie takich osób w życiu publicznym w Iranie, A. Najmabadi, „*Verdicts of Science, Rulings of Faith*” w: „*Transgender/Sexuality in Contemporary Iran*”, *Social Research* 2011, nr 2, s. 5.

⁵⁶⁸ Oczywiście nie są to zabiegi kosmetyczne *sensu stricto*, wszak kosmetyka odnosi się przede wszystkim do właściwej pielęgnacji skóry.

⁵⁶⁹ Podstawowe znaczenie, przynajmniej na gruncie nauki polskiej, ma tutaj od czasów konferencji ekspertów seksuologów w Warszawie w 1983 r. dwuletnia obserwacja psychiatryczna połączona z terapią hormonalną. Co do ewolucji poglądów w tym zakresie, zob. P. Daniluk, „*Pozastawowe nieterapeutyczne...*”, s. 76.

⁵⁷⁰ M. Haraś, M. Rudaś, „*Psychochirurgia – od Monia do Neuromodulacji. Rozwój metody leczenia i procedury i problemy etyczne*”, w: „*Bioetyka personalistyczna wobec wyzwań medycyny*”, red. Z. Wanat, Toruń 2011, s. 125–138.

terapią behawioralną⁵⁷¹. Fakt aprobaty wyniku operacji przez znaczną część pacjentów nie może tutaj mieć znaczenia decydującego dla prawnokarnej oceny zabiegu operacyjnego⁵⁷² szczególnie wobec faktu, że zdarzają się niestety przypadki operacji ukierunkowanej na przywrócenie płci morfologiczno–biologicznej.

Wydaje się, że wypracowana na gruncie nauk prawnych definicja zabiegu leczniczego, która odwołuje się do definicji „działania w celu leczniczym” ma swoją genezę w brzemieniu art. 34 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 1 i 2 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty jest szczególnie nieostra, a nawet w pewnym sensie nieodzwierciedlająca potocznych intuicji. Jasne jest bowiem, że w przypadku podjęcia pewnej kategorii działań ukierunkowanych wyłącznie pozornie na zwalczanie objawów patologicznych nie można mówić o zabiegu leczniczym, mimo ewentualnego celu towarzyszącego osobie wykonującej taki zabieg. Stąd też wydaje się, że bardziej poprawne na potrzeby niniejszej pracy będzie posługiwanie się nieco zmodyfikowanym pojęciem zabiegu leczniczego, jako czynności, która jest w świetle obowiązującej wiedzy medycznej adekwatną reakcją na obiektywnie występujące zmiany chorobowe. Samo odwoływanie się do celu nie jest dostatecznie uzasadnione, ani niezbędne, skoro i tak słuszny jest pogląd ujmujący ten cel w ujęciu obiektywnym.

4) Klasyfikacja błędów medycznych we współczesnej literaturze prawnokarnej

Dla każdego prawnika zajmującego się źródłami odpowiedzialności karnej lekarza za świadczenia medyczne sprzeczne z aktualną wiedzą medyczną zadziwiająca jest wręcz szczegółowość klasyfikacji tzw. „błędów medycznych”. W tej materii konieczne jest więc dokonanie przeglądu zgłoszonych propozycji.

Na samym początku objaśnić jednak należy kryterium wyróżniania różnego rodzaju owych błędów. Według A. Liszewskiej decydujące znaczenie ma w tej mierze „kryterium etapu postępowania leczniczego”⁵⁷³, co prowadzi autorkę do konkluzji, że w przypadku znanej w praktyce orzeczniczej kategorii tzw. „błędów organizacyjnych” mamy do czynienia ze zwyczajną tylko pomyłką⁵⁷⁴. Dla niektórych przedstawicieli doktryny kwestia ta jawi się jako prozaiczna, a mianowicie jest nie tyle próbą analizy pewnej rzeczywistości empirycznej, lecz odniesieniem się do stanu występującego w literaturze przedmiotu⁵⁷⁵, co w przypadku powołania się na autorytety

⁵⁷¹ M. Fajkowska–Stanik, „Operacyjna zmiana płci i inne rodzaje korekt stosowanych w przypadku transseksualizmu”, *Psychiatria Polska* 1999, z. 6, s. 959–967.

⁵⁷² K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo androgyne: transseksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988, s. 267.

⁵⁷³ A. Liszewska, „Odpowiedzialność...”, s. 153.

⁵⁷⁴ Ibidem, gdzie autorka pisze tak: „zachowania mieszczące się w zakresie znaczeniowym tych pojęć często jednak (...) przybierają postać zwykłego zaniedbania czy też pomyłki”.

⁵⁷⁵ Świetnym przykładem w tej mierze może być stanowisko G. Rejman, „Odpowiedzialność...”, s. 178, która wywodzi: „W nauce prawa najczęściej rozważa się zagadnienie błędu w zakresie diagnozy lub terapii”. Na podobnym

zagraniczne prowadzi do stworzenia takiej klasyfikacji, która istotnie odbiega od tej, przyjętej na gruncie nauki polskiej⁵⁷⁶. Inni przedstawiciele doktryny podają klasyfikację błędów medycznych bez podania czynników, które determinują dokonane przez nich wyróżnienie⁵⁷⁷.

Przegląd najważniejszych publikacji z zakresu polskiego prawa karnego medycznego prowadzi więc do konkluzji, że stosunkowo powszechnie przyjęte jest wyróżnianie błędów: diagnostycznego oraz terapeutycznego. Pojawiają się one w większości klasyfikacji w literaturze przedmiotu⁵⁷⁸. Dodatkowo, jako pewną odmianę tzw. „*błędu medycznego*”, stosunkowo często przyjmuje się sytuację błędu organizacyjnego⁵⁷⁹, a rzadziej jeszcze błąd techniczny. Spójrzeć należy na każdy z tych typów błędów:

a) Błąd terapeutyczny – jego istotę trafnie zdaje się objaśniać stwierdzenie A. Liszewskiej, iż możemy o nim mówić zwłaszcza wtedy, gdy dochodzi do zastosowania „*niewłaściwego z punktu widzenia przeprowadzonego rozpoznania, dalszego postępowania medycznego*”⁵⁸⁰. Kluczowym pojęciem dla właściwego zrozumienia istoty błędu terapeutycznego jest więc odwołanie się do innego terminu, jakim jest postępowanie medyczne, determinujące wszczęcie etapu wykraczającego poza li tylko stawianie właściwej diagnozy stanu patologicznego organizmu ludzkiego. Zadanie to jest o tyle skomplikowane, że terminologia, którą posługuje się współczesna medycyna raczej stroni od pojęcia terapii, który to termin znajduje zastosowanie z większą częstotliwością na gruncie psychologii. Zdecydowanie częściej mówi się chociażby o początku hospitalizacji⁵⁸¹.

Sama zasadność wyróżniania błędu terapeutycznego jest kwestionowana w oparciu o argument konieczności jednolitego oceniania postępowania lekarza na przestrzeni wszystkich ich

stanowisku stoi R. R. Kędziora, op.cit., s. 207, która wskazuje na to, iż: „*Systematyka błędów w sztuce została całościowo opracowana dzięki doktrynie, która szeroko zajmowała się tą problematyką i stworzyła model takich klasyfikacji*”.

⁵⁷⁶ Egzemplifikacją tego stanowiska może być wyróżnienie błędu decyzyjnego, błędu wykonawczego, błędu organizacyjnego oraz błędu opiniotwórczego – por. Z. Marek, E. Plac-Bobula, „*Klasyfikacja błędów medycznych*”, Arch. Med. Sąd Krym. 1994, z. 44, s. 198–199.

⁵⁷⁷ Swój przykład w tej mierze może być opracowanie A. Zolla, „*Odpowiedzialność...*”, s. 51. W tym duchu można pojmować również klasyfikację zamieszczoną w pracy Z. Marka, „*Błąd Medyczny*”, Kraków 2007, s. 76, gdzie nie przytacza on żadnego uzasadnienia czterech stosowanych przez siebie rodzajów błędów. Taki podział wynika jedynie pośrednio z poglądów autora przedstawionych w innym miejscu.

⁵⁷⁸ Zaliczyć do nich należy powołane na wstępie niniejszego rozdziału pracę A. Zolla, A. Liszewskiej, A. Kędziory.

⁵⁷⁹ Przedstawicielem doktryny, który kwestionuje jego samoistne znaczenie jest, jak wskazano wyżej, A. Liszewska.

⁵⁸⁰ A. Liszewska, „*Odpowiedzialność...*”, s. 180. Wielu innych przedstawicieli doktryny nie formułuje definicji błędu terapeutycznego, koncentrując się wyłącznie na jego kontekstowym objaśnieniu, tak chociażby A. Zoll, „*Odpowiedzialność...*”, s. 69, gdzie ujęto go jako: „*brak działania w kierunku stworzenia pacjentowi właściwych warunków do jego dalszej terapii*”. Z nieco innej perspektywy zagadnienie błędu terapeutycznego widzi G. Rejman, „*Odpowiedzialność...*”, s. 184: „*Istotą błędu terapeutycznego jest więc niewłaściwe wykonanie czynności leczniczej*”. Wreszcie wskazać należy na przytaczane przez R. Kędziore, „*Odpowiedzialność...*”, s. 218 ujęcie błędu terapeutycznego jako: „*naruszenie przez lekarza obowiązku działania zgodnie z zasadami lege artis na etapie leczenia*”. Wyróżnienie tego rodzaju błędów jest z kolei kwestionowane w części literatury niemieckiej, zob. M. Haag, op.cit., s. 33–40.

⁵⁸¹ „*Postępowanie w ostrej fazie udaru niedokrwiennego mózgu*” (praca zbiorowa), Neurologia i Neurochirurgia Polska, 2008, nr. 42, poz. 4, supl. 3, s. 211.

czynności⁵⁸². Stanowisko to jest wyrazem słusznej intuicji, którą warto zająć się bliżej. Perspektywa weryfikacji czynności lekarskich przez pryzmat zgodności z normami ostrożności wydaje się być zasadnym postulatem, którego dogłębne rozważenie uzmysławia, że wyszczególnianie rozmaitych kategorii „*błędów medycznych*” może być postrzegane co najwyżej w kategoriach pomocniczych. O bezużyteczności takiego zabiegu świadczą wszak trudności występujące w przypadku udzielania świadczeń medycznych przez kilku lekarzy działających niezależnie od siebie, których przewodnią zasadą kooperacji winno być ograniczone zaufanie⁵⁸³, a którego treść determinowana jest w zależności od tego, czy między współdziałającymi lekarzami występuje relacja równorzędności, czy też przybiera ona inny charakter⁵⁸⁴. W praktyce bowiem występujące przypadki karygodnych zaniedbań lekarskich rzadko przyjmują czystą postać „*błędu medycznego*” należącego do wyłącznie jednej kategorii – a powszechniejsza jest sytuacja, kiedy mają one „*mieszankę*” naturę⁵⁸⁵. Słuszność takiego zapatrywania ugruntowuje dostrzeżenie związku zachodzącego między nimi⁵⁸⁶. Daleko idąca byłaby natomiast konstatacja upatrująca w błędzie terapeutycznym pierwszy przypadek możliwości odpowiedzialności prawnokarnej, w odróżnieniu od błędu diagnostycznego⁵⁸⁷.

b) Błąd diagnostyczny – wskazanie jednej, powszechnie akceptowanej definicji tego, wyróżnianego w piśmiennictwie uchybienia w udzielaniu świadczeń zdrowotnych napotyka na nieprzewidywalne trudności. Według A. Zolla możemy o nim mówić w przypadku, gdy następuje „*wyciągnięcie z objawów chorobowych innych wniosków niż te, które dyktowane są wiedzą medyczną*”⁵⁸⁸. Nieco innym rozłożeniem akcentów charakteryzuje się stwierdzenie G. Rejman, która pisze, iż „*błąd diagnostyczny związany z czynnościami leczniczymi polega na nierozpoznaniu schorzenia, albo na wadliwym jego określeniu (błąd w postaci nieświadomości) albo też na stwierdzeniu choroby u człowieka zdrowego*”⁵⁸⁹. Według nowszego stanowiska, pod pojęciem tym rozumieć należy „*wadliwe rozpoznanie stanu zdrowia pacjenta, którego źródłem jest naruszenie*

⁵⁸² A. Liszewska, „*Odpowiedzialność...*”, s. 182, stwierdza: „*Nie ma w tym przypadku potrzeby wyraźnego rozdzielania błędu diagnostycznego od błędu terapeutycznego*”, stąd też jest ona rzeczniczką sytuacji, w której o błędzie medycznym mówić można tylko wtedy, kiedy dotyka on wyłącznie etapu post-diagnostycznego.

⁵⁸³ G. Rejman, „*Odpowiedzialność karna personelu medycznego działającego w zespole*”, *Palestra* 1983, z. 10, s. 62–63. Stanowisko to jest przyjęte przynajmniej przez część literatury medycznej: E. Zielińska, „*Wzajemne relacje w zespołowym działaniu medycznym w aspekcie odpowiedzialności karnej i zawodowej*”, *PiM* 2001, nr. 9.

⁵⁸⁴ W szczególności zwraca się uwagę na to, że prawie zupełnym brakiem zaufania cechować powinna się sytuacja, w której lekarz stawiający diagnozę jest podległy służbowo lekarzowi odpowiedzialnemu za czynności lecznicze, zob. A. Liszewska, „*Odpowiedzialność...*”, s. 185.

⁵⁸⁵ Por. pod tym względem przegląd orzecznictwa polskich sądów, którego dokonuje A. Zoll, „*Odpowiedzialność...*”, s. 69–71.

⁵⁸⁶ Zob. stwierdzenia A. Zolla, „*Odpowiedzialność...*”, s. 69, iż „*Ten rodzaj błędu (błąd terapeutyczny – przypis M. B) wynika bardzo często z błędu diagnostycznego*”.

⁵⁸⁷ W tym zakresie przypomnieć należy bowiem stwierdzenie G. Rejman, „*Odpowiedzialność...*”, s. 185: „*gdy postępowanie lekarskie nie wykroczyło poza sformułowanie diagnozy, nie ma podstaw do określenia odpowiedzialności karnej*”.

⁵⁸⁸ A. Zoll, „*Odpowiedzialność...*”, s. 63.

⁵⁸⁹ G. Rejman, „*Odpowiedzialność...*”, s. 180.

przez lekarza obowiązujących zasad postępowania medycznego”⁵⁹⁰ czy też po prostu określane jest jako „nieprawidłowe rozpoznanie stanu zdrowia pacjenta”⁵⁹¹.

Analiza opracowań doktrynalnych poświęconych zagadnieniom błędu diagnostycznego prowadzi do ujawnienia ciekawej sytuacji, wyrażającej się w tym, że z jednej strony podkreśla się, że błąd ten sam w sobie nie może prowadzić do odpowiedzialności karnej, a z drugiej strony na występujący względnie dokładny podział tej kategorii błędu na pozytywny, negatywny oraz mieszany. Przy charakterystyce błędu diagnostycznego zwraca się uwagę na fakt, że wystawienie chybionej diagnozy tylko wtedy może być traktowane w kategoriach „błędu medycznego”, jeżeli jest skutkiem błędu w rozumowaniu czy też w ocenie pozostającej w sprzeczności z podstawowymi zasadami wiedzy medycznej⁵⁹². Pewną swoistą kategorią błędu diagnostycznego jest sytuacja, w której błąd lekarza nie wyraża się w ocenie danych dotyczących zmian chorobowych w organizmie chorego, lecz dotyczy sposobu gromadzenia tych danych, w szczególności poprzez dokonanie wywiadu w drodze telefonicznej⁵⁹³.

Zagadnienie błędu diagnostycznego skupia uwagę na niezwykle kluczowym zagadnieniu, jakim jest stan aktualnej wiedzy medycznej obowiązującej lekarza przy stawianiu diagnozy⁵⁹⁴. Bliższa analiza literatury⁵⁹⁵ wskazuje jednak, że tak postawione pytanie przechodzi do porządku dziennego na rzeczywistością medyczną, w której błędy diagnostyczne są przede wszystkim spowodowane koniecznością szybkiego działania w przypadkach nagłych oraz wystąpieniem dodatkowych czynników wpływających na trudność postawienia prawidłowego rozpoznania, jakim jest przede wszystkim stan upojenia alkoholowego pacjenta⁵⁹⁶.

Zarazem zwrócić należy uwagę na kryjące się w modelu „błędu diagnostycznego” uproszczenia. W rzeczywistości nie zawsze jest bowiem tak, aby przeprowadzenie diagnozy następowało jednorazowo np. na etapie przyjmowania pacjenta do szpitala. Zdecydowanie

⁵⁹⁰ A. Liszewska, „Odpowiedzialność...”, s. 154.

⁵⁹¹ R. Kędziora, op.cit., s. 208. Jest to bardzo podobne ujęcie do tego, które zaprezentowane zostało w orzeczeniu SN III KR 311/73, PiP 1975, nr 11, s. 176–180, które jest zresztą powoływane przez R. Kędziore, loc.cit. – gdzie SN wywiódł, iż: „Błąd diagnozy polegać może albo na braku poznania stanu chorobowego, albo na wadliwym rozeznaniu tego stanu, albo na rozeznaniu spóźnionym.”

⁵⁹² R. Kędziora, op.cit., s. 208–216, zwłaszcza s. 214, gdzie powołuje ona aprobowane orzeczenie III K 311/73, NP 1974, nr 11, wraz ze stwierdzeniem, że za błąd w rozumowaniu odpowiadać może lekarz tylko w przypadku, kiedy wykazuje ono sprzeczność z podstawowymi zasadami logiki.

⁵⁹³ Czego – poza przypadkami wyjątkowymi – zakazuje lekarzowi explicite art. 42 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty, statuujący prymat zbadania „fizycznego”. Zgodnie bowiem z tym przepisem: „Lekarz orzeka o stanie zdrowia określonej osoby po uprzednim, osobistym jej zbadaniu, z zastrzeżeniem sytuacji określonych w odrębnych przepisach.”

⁵⁹⁴ A więc w szczególności pytanie, w jakim stopniu lekarz jest zobowiązany śledzić najnowsze doniesienia ze świata naukowego.

⁵⁹⁵ H. Schrömbgens, „Błędna diagnoza w praktyce ogólnolekarskiej”, Warszawa 1996.

⁵⁹⁶ C. Żaba, Z. Żaba, P. Świdorski, A. Klimberg, J. T. Marcinkowski, Z. Przybylski, „Błędy diagnostyczne w urazach głowy”, Arch. Med. Sąd. Krym. 2007, t. LVII, s. 116, gdzie autorzy zauważają słusznie, iż „W ciężkich stanach chorego bardzo często lekarz nie ma czasu na przeprowadzenie dodatkowych badań diagnostycznych. W takich sytuacjach lekarz jest zmuszony na skoncentrowanie się na najbardziej rzucających się w oczy objawach i dolegliwościach.”

częściej przebieg choroby rodzi konieczność wielokrotnego rozpoznania zmian celem dostosowania aplikowanych środków leczniczych, często zdarza się to już w ostatniej chwili – na stole operacyjnym. W tym kontekście jeszcze wyraźniej materializuje się potrzeba kompleksowego spojrzenia na proces leczniczy i jego ocenę przez pryzmat aktualnej wiedzy medycznej⁵⁹⁷.

c) Błąd organizacyjny – mamy z nim do czynienia wtedy, gdy „wadliwa organizacja pomocy medycznej (...) pozostaje nie bez wpływu na życie lub zdrowie pacjentów”⁵⁹⁸, lub też gdy „wadliwa z punktu widzenia uznanych i przyjętych reguł organizacja przebiegu leczenia ujemnie rzutuje na ratowanie życia lub zdrowia konkretnego pacjenta”⁵⁹⁹. W świetle z kolei innych wypowiedzi, w jego przypadku na pierwszym planie jawi się to, że błąd taki „nie jest błędem lekarskim”⁶⁰⁰ i ma znacznie przede wszystkim w tym sensie, w jakim staje się przyczyną błędu terapeutycznego⁶⁰¹.

Zauważyć należy, że pojęcie błędu organizacyjnego obarczone jest szczególną nieostrością, która nie dotyczy tak jednoznacznych sytuacji, jak wadliwe oznakowanie leków czy powierzenie pełnienia dyżuru lekarzowi niewłaściwej specjalizacji, np. dentyście⁶⁰². Trudność pojawia się natomiast w przypadku zakłóceń komunikacji wśród zespołu medycznego podejmującego określoną złożoną czynność medyczną, np. operację. Jeszcze bardziej kontrowersyjna jest sytuacja, w której błąd ten przyjmuje postać niewłaściwego zarządzania całą placówką leczniczą. Przejawem takiej sytuacji może być chociażby hospitalizowanie chorych w takich warunkach, które stwarzają dla nich bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia i życia, co może być pochodną złego stanu technicznego gmachów użytkowanych na potrzeby szpitala czy innego typu placówki zdrowia⁶⁰³. Wyrazić to można również w pytaniu, w jakim stopniu nieumiejętne gospodarowanie środkami finansowymi może prowadzić, w przypadku niewypłacalności szpitala

⁵⁹⁷ K. Yates, A. Le Couteur, „Diagnostyka autyzmu”, Medycyna praktyczna–Pediatria 2009, z. 3, s. 79 i n.

⁵⁹⁸ A. Liszewska, *Odpowiedzialność...*, s. 196.

⁵⁹⁹ A. Zoll, „Odpowiedzialność...”, s. 73.

⁶⁰⁰ R. R. Kędziora, op.cit., s. 228.

⁶⁰¹ Wskazać należy, że również wśród autorów piszących z perspektywy medycyny, wyróżnienie błędu organizacyjnego jest tym, na przykładzie którego obie klasyfikacje się krzyżują, por. Z. Marek, „Błąd...”, Kraków 2007, s. 91–101, przy czym jako niemające chyba waloru uniwersalnego jawi się wyodrębnienie trzech podkategorii błędu organizacyjnego, jakimi mają być: 1) błąd popełniony w wyniku niepoprawnej pracy zespołu 2) błąd polegający na nieprawidłowym przechowywaniu leków oraz 3) zaniedbania organizacyjne kierowników dużych zespołów.

⁶⁰² W tej mierze szczególnie plastyczny charakter ma zbiór spraw omawianych przez A. Zolla, „Odpowiedzialność...”, s. 73–77. Na dodatek trafnie zwraca się uwagę na fakt, że błąd taki współistnieć będzie często z błędem terapeutycznym, którego podmiotem jest chociażby lekarz dentysta wykonujący niewłaściwie zabieg chirurgiczny, zob. A. Liszewska, „Odpowiedzialność...”, s. 197.

⁶⁰³ Problem ten wydaje się być czymś więcej niż tylko zagadnieniem abstrakcyjnym. Świadczy o tym dobitnie Raport z kontroli NIK „Informacja o wynikach kontroli stanu technicznego obiektów użytkowanych przez publiczne zakłady opieki zdrowotnej”, znak: 167/2009/P09147/LLU, w którym stwierdzono m.in. iż w przytłaczającej większości szpitali nie zapewniono właściwego zabezpieczenia przeciwpożarowego, zob. tamże, s. 35: „W budynkach szpitalnych 42 (88%) sp zoz nie zapewniono odpowiednich warunków technicznych zabezpieczenia przeciwpożarowego”. Jeszcze bardziej niepokojący jest ten sam fragment raportu, zgodnie z którym (zob. tamże, s. 43: „Istotne nieprawidłowości stanowiące naruszenie wymagań higieniczno-sanitarnych i zdrowotnych stwierdzono w czterech [szpitalach – przypis M.B.] (8%)”.

i konieczność przeniesienia pacjentów, co zarazem powoduje wystąpienie zagrożenia dla zdrowia, do odpowiedzialności karnej⁶⁰⁴. W tym kontekście pojawia się pytanie, czy podmiotem błędu organizacyjnego może być tylko ordynator w szpitalu, czy także osoba odpowiedzialna za finansowanie placówek zdrowia?⁶⁰⁵ Na to drugie pytanie odpowiedzieć należy negatywnie⁶⁰⁶ – prowadziłoby to bowiem do zbytniego rozmycia pojęcia błędu organizacyjnego.

d) Błąd profilaktyczny. Wyróżnienie błędu w zakresie profilaktyki jest szeroko kwestionowane w literaturze przedmiotu. W tej materii znamienne może być stanowcze stwierdzenie G. Rejman, iż: „*Błąd dotyczący czynności o charakterze profilaktycznym nie jest więc odmianą błędu lekarskiego*”⁶⁰⁷. W innym nieco duchu wypowiada się R. Kędziora, która podaje co prawda swoistą definicję błędu „*profilaktyki*”, o którym można mówić wtedy, gdy czynność, której dotyczyło uchybienie należeć będzie do „*zakresu czynności leczniczych, a nie działań o charakterze administracyjnym*”⁶⁰⁸, mimo to i ona również nie omawia tej kategorii błędu w swojej monografii. Nie rozstrzygając w tym miejscu jeszcze pytania o zasadność posługiwania się w ogóle pojęciem błędu profilaktycznego, wskazać należy wpierw dokładniej na możliwe cechy szczególne błędu w zakresie profilaktyki, które przemawiać mogą za nadaniem mu odrębnego statusu wobec dotychczasowych klasyfikacji. Zresztą postulat taki został już zgłoszony w doktrynie⁶⁰⁹.

e) Błąd techniczny – wyróżnienie tej kategorii błędu jest kontestowane przez część przedstawicieli doktryny⁶¹⁰. Dla innych z kolei błąd techniczny wyraża się ni mniej ni więcej tylko w „*niewłaściwym wykonaniu zabiegu lub badania diagnostycznego*”⁶¹¹ bądź też oznacza „*niewłaściwe, w sensie technicznym, wykonanie czynności leczniczej*”⁶¹² czy wreszcie „*wadliwe*

⁶⁰⁴ W tej mierze pojawia się szereg wątpliwości, które są związane przede wszystkim z brakiem jasnych wytycznych zarządzania placówką leczniczą (w tej sprawie zob. P. Karniej, „*Determinanty strategii zarządzania szpitalem*”, niepubl. praca doktorska, Kraków 2008). W dalszej kolejności otwarta jest sprawa związku przyczynowo–skutkowego pomiędzy czynem ordynatora a prawnokarnie doniosłym skutkiem, chociażby w przypadku lekkiego uszczerbku na zdrowiu. Zresztą sama upadłość szpitala, jeżeli jest możliwa (pamiętać należy, że szpitale publiczne jako w pokaznej części publiczne samodzielne zakłady opieki zdrowotnej na mocy art. 6 pkt 1 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U.2009.175.1361) nie posiadają zdolności upadłościowej) oznacza jedynie konieczność wdrożenia specjalnych procedur prowadzących do przewiezienia pacjentów do innej placówki zdrowia.

⁶⁰⁵ Przeciwno tak szerokiemu pojmowaniu błędu organizacyjnego przemawiać ma zwłaszcza to, że w takim przypadku można by przesunąć ciężar odpowiedzialności przynajmniej aż do Ministra Zdrowia włącznie.

⁶⁰⁶ Problematyka finansowania służby zdrowia to problem niezwykle złożony. Charakterystyczne jest to, że ilość przekazywanych środków na leczenie charakteryzuje się permanentnym niedoborem wobec potrzeb – co do szczegółowego przedstawienia danych zob. Raport z kontroli NIK „*Informacja o wynikach kontroli funkcjonowania samorządowego lecznictwa szpitalnego w województwie łódzkim*”, znak: 166/2008/P/08/146/LLO, s. 25–27.

⁶⁰⁷ G. Rejman, „*Odpowiedzialność...*”, s. 178.

⁶⁰⁸ R. Kędziora, op.cit., s. 207. Warto tutaj zwrócić uwagę na fakt, że takie określenie jest nieprecyzyjne.

⁶⁰⁹ S. Raszeja, „*Zagadnienia prawno–medyczne ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności prawnej lekarza*” w: S. Raszeja, W. Nasilkowski, J. Markiewicz, „*Medycyna sądowa. Podręcznik dla studentów*”, Warszawa 1993, s. 275.

⁶¹⁰ Do przedstawicieli doktryny, którzy nie wymieniają go w swojej klasyfikacji zaliczyć można przede wszystkim G. Rejman, „*Odpowiedzialność...*”, s. 178 i n. Jednym z najczęściej podnoszonych tutaj argumentów jest to, że nie jest on ściśle związany z procesem leczenia i nie musi być popełniony wyłącznie przez pracowników służby zdrowia; co więcej nie sposób go przyporządkować do jednego stadium leczenia, R. Kędziora, op.cit., s. 225.

⁶¹¹ A. Zoll, „*Odpowiedzialność...*”, s. 71.

⁶¹² A. Liszewska, „*Odpowiedzialność...*”, s. 190.

pod względem technicznym przeprowadzenie czynności terapeutycznej”⁶¹³. Takie jego ujęcie zwraca uwagę na wyrażającą się w nim pewną subsydiarność wobec innych kategorii naruszeń wzorcowego procesu leczenia, co nie oznacza wszakże automatycznie jego niższej naganności czy też niższej społecznej szkodliwości⁶¹⁴. Z kategorią tą w literaturze wiąże się przede wszystkim grupa problemów związana z pytaniem o kryterium rozgraniczenia błędu technicznego od zwykłej pomyłki, co dotyczy przede wszystkim sytuacji pozostawienia ciał obcych w ciele pacjenta⁶¹⁵, oraz z kwestią kwalifikacji tego rodzaju błędów jako „*bląd lege artis*”. W tej mierze w literaturze przedmiotu prowadzone są bardzo kazuistyczne rozważania, które odwołują się do takich mierników jak przyczyna błędu technicznego czy konieczność odwołania się do opinii biegłych⁶¹⁶. Mają one mieć szczególnie zastosowanie do rozstrzygnięcia, czy w danym konkretnym przypadku pozostawienie igły czy innego odłamka w ciele pacjenta stanowi przykład prostego zaniedbania czy też jego swoiście kwalifikowanej formy, jaką jest „*bląd w sztuce*”.

U podstaw takiego podejścia leży chyba przeświadczenie o występowaniu dwóch kategorii norm ostrożności, a mianowicie takich, które będąc w znacznej mierze równoznaczne z aktualnym stanem wiedzy medycznej, znajdują zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do personelu medycznego dokonującego czynności leczniczych, oraz „*powszechnie obowiązujących zasad ostrożnego postępowania*”⁶¹⁷. Wobec tak zarysowanej opozycji, z tym większą jaskrawością aktualizuje się pytanie o zasadność posługiwania się różnymi kategoriami „*błędów medycznych*” dla celów ustalania odpowiedzialności karnej. Zachowanie zgodne z normami ostrożnego postępowania nie może bowiem prowadzić do odpowiedzialności karnej, a podstawa wyróżniania różnych kategorii tych norm wydaje się mieć znaczenie li tylko porządkujące (klasyfikujące). Klasyfikacja ta prowadzi do dwojakiego rodzaju konkluzji: z jednej strony akcentuje konieczność poszukiwania stosownej, indywidualnej normy, która znajduje zastosowanie w danej konkretnej sytuacji, z drugiej jednak strony dawać może tylko pewne wskazówki co do stopnia naganności czynu (stopnia społecznej szkodliwości czynu) doniesłego w płaszczyźnie wymiaru kary⁶¹⁸. Bliższe rozważania na ten temat poczynione zostaną w innym miejscu niniejszej pracy.

Podsumowując prowadzone tutaj fragmentaryczne rozważania, zauważyć należy jeszcze,

⁶¹³ R. Kędziora, „*Odpowiedzialność...*”, s. 225.

⁶¹⁴ Ilustruje to często przytaczane jako egzemplifikacją tej kategorii błędów orzeczenie II K 630/79, cyt. za R. Kędziora, op. cit., s. 227, gdzie nieuwaga anestezjologa doprowadziła do śmierci dziecka, któremu podczas operacji nie otwarto zaworu w butli z tlenem.

⁶¹⁵ Na stanowisku odrzucającym zakwalifikowanie takiej sytuacji jako błędu technicznego stanął SN w wydanym na gruncie prawa prywatnego orzeczeniu I CR 435/66, OSNCP 1967/10 poz. 177, Lex Polonica nr 319169.

⁶¹⁶ A. Liszewska, „*Odpowiedzialność...*”, s. 191.

⁶¹⁷ Ibidem.

⁶¹⁸ Nie sposób wszak *in abstracto* zdecydować, czy czyn polegający na pozostawieniu w ciele operowanego pacjenta chusty bądź skalpela jest bardziej naganny niż błędne zdiagnozowanie u zdrowego człowieka śmiertelnej choroby, nawet jeżeli w obu przypadkach doszłoby do zaistnienia analogicznego, prawnokarnie doniesłego skutku określonego w art 156 k.k. Wydaje się, że wartościowanie to może mieć miejsce wyłącznie na płaszczyźnie wymiaru kary, co wypadnie omówić w rozdziale IV niniejszej pracy.

że klasyfikacje błędów medycznych stosowane na gruncie nauk prawnych, o ile charakteryzują się pewną jednolitością, to nie znajdują pełnego odzwierciedlenia w postulatach przedstawicieli nauk medycznych. Co więcej, klasyfikacja występująca na gruncie polskiej nauki charakteryzuje się małą szczegółowością w porównaniu do tych, które zostały wykształcone na gruncie doktryny zagranicznej⁶¹⁹, oraz tym, iż pomiędzy poszczególnymi autorami zachodzą znaczne rozbieżności w tym względzie⁶²⁰. Z tym większą jaskrawością jawi się więc umowny charakter takich typizacji, który prowadzić powinien do traktowania ich z dużą ostrożnością⁶²¹. Raczej opowiedzieć się należy w tym miejscu za zastąpieniem figury błędu medycznego, który jest w naukach prawnych zapożyczeniem (fragmentarycznym) terminologii, a także sposobu myślenia z innych nauk empirycznych.

Temu też przeciwstawić należy jednolitą instytucję normy ostrożności.

5) Normy ostrożności wobec ograniczonych środków finansowych w medycynie

Innym, niezmiernie ważnym zagadnieniem, które wszak znalazło bardzo ograniczony oddźwięk w doktrynie prawa karnego⁶²², a które dotyczy skomplikowanej relacji pomiędzy normami ostrożności w medycynie⁶²³ i ograniczeniami, które wynikają z dostępności środków finansowych, zasobów leków czy dostępności kadrowej. Pytanie to należy rozważyć w

⁶¹⁹ Jako egzemplifikacja tego stanowiska posłużyć może wyróżnienie w doktrynie niemieckiej 14 kategorii błędów medycznych, która zawarta jest w pracy K. Ulsenheimera, op.cit., s. 70–75.

⁶²⁰ Wskazać należy na fakt, że klasyfikacje były obce również dawniejszym autorom zajmującym się zagadnieniami błędu w sztuce lekarskiej, zob. chociażby J. Ruff, op.cit. Natomiast spośród czterech znaczących monografii poświęconych tematyce odpowiedzialności karnej lekarza, które opracowane zostały w przeciągu ostatnich kilkunastu lat (zob. A. Zoll, „Odpowiedzialność...”, G. Rejman, „Odpowiedzialność...”, A. Liszewska, „Odpowiedzialność...”, R. Kędziora, op.cit.) wspólne jest jedynie wyodrębnianie kategorii błędu diagnostycznego oraz błędu terapeutycznego.

⁶²¹ Porównując dorobek doktryny polskiej z dorobkiem doktryny niemieckiej zwrócić należy w szczególności uwagę, że mimo dostrzeżenia pewnej sztuczności, wyrażającej się ujmowaniu błędu polegającego na pozostawieniu ciała obcych w ciele pacjenta jako „błędu technicznego”, nikt z przedstawicieli doktryny nie zdecydował się do tej pory zaproponować w tej materii nowej klasyfikacji (zob. chociażby A. Fiutak, „Klasyfikacja błędów medycznych”, *Medycyna Rodzinna* 2010, z. 2, s. 50–55). Trafne jest w tej mierze spostrzeżenie autorów: M. Godycki-Ćwirko, M. Koziańska-Rościszewska, K. Kosiek, „Błędy medyczne – próba oceny semantyki i taksonomii oraz danych statystycznych”, *Orzecznictwo Lekarskie* 2009, n. 6, s. 131–132, iż: „W dostępnym piśmiennictwie nie znaleziono uzgodnionej, stosowanej powszechnie klasyfikacji błędów medycznych”. Nieco bardziej pomocna w tym względzie zdaje się być praktyka medyków sądowych (zob. np. D. Deboa, „Błędy medyczne z zakresu chirurgii w materiale Zakładu Medycyny Sądowej PAM i Okręgowej Izby Lekarskiej w Szczecinie” *Arch. Med. Sąd. Krym.* 2007, t. LVII, s. 205–209. Wspomniana doktryna niemiecka, która wszak poza przyznaniem tej kategorii błędów samoistnej pozycji w klasyfikacji wyróżnianych przez siebie uchybień lekarzy, daleka jest od traktowania go automatycznie w kategoriach błędu medycznego (co do stanowisk w tym zakresie w orzecznictwie, zob. np. BGH 4, 138, 144 czy OLG Koblenz VersR 1999, 1420), niektórzy przedstawiciele doktryny wręcz stali na stanowisku, że w każdym przypadku nie jest to błąd medyczny, zob. R. Stich, K.H. Bauer, „Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen. Band I^e”, Jena 1958, s. 574).

⁶²² Jednym z nielicznych wyjątków w tym zakresie jest artykuł T. Dukiet-Nagórskiej, „Prawnokarne konsekwencje niepodjęcia interwencji lekarskiej lub udzielenia świadczenia zdrowotnego w sposób niewłaściwy na skutek niedostatku środków finansowych w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej”, *PiM* 2000, nr 2, s. 12.

⁶²³ Których szczegółowy charakter zostanie poddany analizie w dalszej części przedmiotowego rozdziału, ale które dla przeważającej części doktryny są – w uproszczeniu mówiąc – równoznaczne ze wskazaniami aktualnego stanu nauki medycznej, w domyśle również na gruncie polskim.

szczegółności w kontekście operowania przez doktrynę pojęciem błędu organizacyjnego, który ma być podstawą odpowiedzialności karnej. Poczynić w tej mierze należy kilka uwag wprowadzających.

W powszechnej świadomości utrwalił się negatywny obraz polskiej publicznej służby zdrowia, która utożsamiana jest z długimi kolejkami, szorstkim podejściem do pacjenta, załatwianiem świadczeń zdrowotnych z wykorzystaniem sieci znajomych oraz mnożącymi się dodatkowymi opłatami na każdym kroku⁶²⁴. Problem ten nie jest wyłącznie właściwy dla gospodarki polskiej, ale także dla szeregu innych państw rozwijających się. Taką opinię potwierdzają również ankiety opinii publicznej⁶²⁵, a jest to opinia, która nie ulega zmianom pomimo wzrastającej liczby praktykujących lekarzy oraz lekarzy dentystów⁶²⁶. Jeden z najczęściej podnoszonych problemów służby zdrowia związany jest z niemożnością przeprowadzenia skutecznego leczenia ze względu na tzw. „*limity kontraktowe*”, mimo jednoznacznych wskazań medycznych o konieczności podjęcia interwencji medycznej. W takiej sytuacji aktualizuje się pytanie o ewentualną odpowiedzialność karną lekarza. Jest ona zawieszona pomiędzy dwiema skrajnościami, jakimi są konstytucyjnie zagwarantowane prawo do świadczeń medycznych⁶²⁷ a realistycznym stwierdzeniem SN, że prawo do ochrony zdrowia jest prawem limitowanym⁶²⁸.

Problem ten jest nad wyraz złożonym zagadnieniem. Łatwe jego rozstrzygnięcie dotyczy sytuacji, gdy istnieje bezwzględny stan zagrożenia życia, co potwierdził SN najwcześniej w orzeczeniu zapadłym na gruncie prawa prywatnego w sprawie II CSK 190/06, stwierdzając, że „*Nie można więc pacjenta pozostawić bez pomocy z powodu wyczerpania limitu świadczeń*”⁶²⁹. W sytuacjach nie tak jednoznacznych występuje natomiast szereg trudności.

⁶²⁴ Łączna liczba (dane podają za: „*Zdrowie i ochrona zdrowia w 2011 r.*”, GUS, Warszawa 2012) osób, która skorzystała ze świadczeń zdrowotnych w roku 2011 wyniosła 2 856 154 osób, natomiast łączne nakłady na służbę zdrowia w 2010 r. osiągnęły 98 845 mln zł, co stanowiło zarazem 6,98 % PKB i oznaczało spadek w porównaniu z rokiem 2010 o 0,23 % przy jednoczesnym wzroście bezwzględnej wartości nakładów z poziomu 96 976 mln zł wobec roku wcześniejszego. Same wydatki publiczne na służbę zdrowia wyrażały się wartością 5,00 %, natomiast wydatki prywatne odpowiadały wartości 1,94 % PKB. Natomiast same koszty powiązane z ochroną zdrowia kształtowały się na poziomie 44 713 mln zł. Oznacza to, że w przeliczeniu na jedną osobę wartość świadczenia zdrowotnego kształtowała się na poziomie 34 607,73 zł.

⁶²⁵ Zgodnie chociażby z sondażem przeprowadzonym przez CBOS w dniach 3 – 9 lutego 2012 roku na liczącej 999 osób reprezentatywnej próbie losowej dorosłych mieszkańców Polski, aż 78 % respondentów deklaruje niezadowolenie ze służby zdrowia, natomiast w odniesieniu do osób aktywnych zawodowo, uczniów i studentów wskaźnik ten osiąga wartość 85 proc. Aby nadać tym wynikom bardziej realny wymiar wskazać należy na badania dotyczące poziomu satysfakcji z obsługi w urzędach, które przeprowadzone zostały przez CBOS w dniach 5–16 września 2012 r. na liczącej 985 osób reprezentatywnej grupie dorosłych mieszkańców Polski. Zgodnie z wynikami tego sondaży 51 proc. interesantów była zadowolona, bo ich sprawa została załatwiona sprawnie, „*od ręki*”.

⁶²⁶ Ich łączna liczba wyniosła w roku 2012 odpowiednio 85 025 oraz 12 491 osób (zob. „*Rocznik statystyczny*”, Warszawa 2013, s. 377).

⁶²⁷ Jest to wyraźne postanowienie art. 68 ust. 1. Konstytucji RP, który stanowi: „*Każdy ma prawo do ochrony zdrowia*”. Prawo to jak podkreśla się w doktrynie prawa konstytucyjnego nie ma charakteru bezwzględnego, zob. np. stwierdzenie B. Banaszaka, „*Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*”, Warszawa 2012, s. 410, że „*prawo do ochrony zdrowia nie ma charakteru absolutnego i podlega ograniczeniom z przyczyn określonych w innych normach konstytucyjnych (...)*”.

⁶²⁸ II CR 358/83, NP 1985, z. 1 s. 114, Lex Polonica nr 309498.

⁶²⁹ LEX nr 445255.

Pierwsza z najbardziej widocznych trudności jest związana z kwestią oceny pilności udzielenia świadczenia medycznego⁶³⁰. Postulat, aby sformułować w tej materii jakąś uniwersalną normę ostrożności jest tyle słuszny, co trudny do urzeczywistnienia. Wymaganie, aby oceny pilności dokonywało konsylium lekarskie jest nierealistyczne i skutkowałoby absorbowaniem czasu pracowników służby medycznej; nie w każdym również przypadku możliwe jest zorganizowanie takiego składu, również obecne sformułowanie art. 37 ustawy o zawodzie lekarza i dentysty ogranicza przesłanki zwołania konsylium lekarskiego do wątpliwości diagnostycznych lub terapeutycznych⁶³¹. Przeprowadzenie takich konsultacji w przypadku nieobecności stosownego lekarza specjalisty na miejscu powoduje, że aktualizuje się znowu problematyka ograniczeń wynikających z liczby zakontraktowanych świadczeń medycznych. Nie zawsze jest również czas, aby zasięgać opinii całego konsylium lekarskiego. Daje się wyobrazić sytuacja, w której zostanie stwierdzona pilność udzielania świadczenia lekarskiego większej liczbie osób, mimo braku możliwości ich właściwego udzielania wszystkim pacjentom. W takiej sytuacji praktyczna trudność w zdecydowaniu, czy opowiedzieć się za udzielaniem niższej jakości świadczenia wszystkim pacjentom czy świadczenia medycznego pełnowartościowego tylko ich ograniczonej liczbie miałyby być na gruncie prawa karnego rozstrzygane przez pryzmat instytucji tzw. „kolizji obowiązków” określonej w art. 26 § 5 k.k.⁶³², a dokładniej jak sytuacja leżącej u podstaw tej nadmiarowej w k.k. instytucji kolizji norm. Jednak problemem związanym z rozpatrywaniem tej sytuacji przez pryzmat tzw. kolizji obowiązków polega na tym, że może ona prowadzić do całkowitego wyłączenia odpowiedzialności karnej lekarzy za niezgodne z ustalaną kolejnością zabiegów udzielanie świadczeń medycznych, tak długo jak u pacjentów występuje zbliżony, chociażby nie identyczny stan patologiczny. Również z dużym sceptycyzmem podchodzi należy do propozycji wysłowionej w doktrynie, aby zrezygnować z normy nakazującej udzielanie świadczeń zgodnie z obowiązującą wiedzą medyczną jako normy nierealistycznej⁶³³.

⁶³⁰ W prowadzonych tutaj rozważaniach pominięta zostanie kwestia rzeczywistego wymiaru tego zagadnienia, która sprowadza się często do wykorzystywania swoich „kontaktów” i dopisywania się do poza kolejnością do listy oczekujących pacjentów na zabieg.

⁶³¹ Zaznaczyć należy, że w przypadku wystąpienia takich wątpliwości zaznacza się, że występuje nawet obowiązek zorganizowania konsylium lekarskiego (zob. orzeczenie SN w sprawie o sygn. akt V KK 375/04, OSNKW 2005, z. 3, poz. 31).

⁶³² Co do szczegółowej charakterystyki tej instytucji a także zasadności jej umiejscowienia w k.k. zob. J. Majewski, *„Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym”*, Warszawa 2002.

⁶³³ T. Dukiet-Nagórska, op.cit., s. 19. Zauważyć należy, że krytykowane przez autorkę stanowisko, które nawiązywało do brzmienia art. 4 ust. 3 ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym z dnia 6 lutego 1997 r. (Dz.U.1997.28.153), który dla przypomnienia stanowił, iż: *„Świadczenia zdrowotne są udzielane ubezpieczonym w ramach środków finansowych posiadanych przez kasę chorych i powinny odpowiadać aktualnej wiedzy i praktyce medycznej”* nie zostało – i słusznie usunięte przez prawodawcę, aż do chwili uchylecia całej ustawy. Co więcej, pewne zmierzające w tym kierunku postanowienie znaleźć można w art. 64 ust. 1 obecnie obowiązującej ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U.2008.164.1027), który stanowi, iż: *„Podmiot zobowiązany do finansowania świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych może przeprowadzić kontrolę udzielania świadczeń świadczeniobiorcom, a w szczególności kontrolę: (...) 3. Kontrolę dokumentacji medycznej, jakości i zasadności udzielanych świadczeń zdrowotnych przeprowadzają upoważnieni*

Przy takim rozumowaniu uwidacznia się pewien błąd wynikający bodajże z pochopnej lektury przepisów na poziomie deskryptywnym. Art. 26 § 5 k.k. ani tym bardziej leżąca u jego podstaw sytuacja kolizji norm, nie dają przyzwolenia do realizowania świadczeń medycznych, które nie odpowiadają korpusowi aktualnej wiedzy medycznej. Dylemat, który powołuje T. Dukiet–Nagórska „*lekarz postawiony jest wobec alternatywy: leczyć nie tak jak nakazuje mu wiedza medyczna, albo nie leczyć wcale*”⁶³⁴ oznacza się bowiem niebezpieczną dwuznacznością. Dopuszczalne jest bowiem i – wobec naturalnego opóźnienia we wdrażaniu nowatorskich rozwiązań medycznych do etapu leczenia masowego – opieranie się na sposobach mniej efektywnych, ale jedynie dostępnych przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności finansowo–materialnych, zasobów kadrowych, ograniczeń kontraktowych z NFZ etc.⁶³⁵. Taka bowiem obiektywnie istniejąca sytuacja nie pozostaje bez wpływu na kształt norm ostrożności w danej sytuacji. Nie można jednak w żadnym wypadku „*leczyć*” nie tak, jak nakazuje mu wiedza medyczna – jest to sprzeczne ze znaną już od wieków przysięgą Hipokratesa; odwołanie się w tej mierze do instytucji zawartej w art. 26 § 5 k.k., abstrahując już zresztą od sygnalizowanej jej zbędności w k.k., jest opartym na nieporozumieniu nadużyciem. Wobec tak zasygnalizowanego dylematu przez T. Dukiet–Nagórską zaproponować należy zupełnie inne rozwiązanie: lekarz winien uczynić wszystko w zakresie przydzielonych mu obowiązków wynikających ze stosunku pracy i funkcji, którą piastuje w społeczeństwie, aby leczyć z użyciem najlepszych z uznanych i dopuszczalnych przez medycynę sposobów w danej sytuacji. W innym przypadku leczenie przeobrazi się w znachorstwo, gdzie aprobować się będzie stosowanie środków sprzecznych z wiedzą medyczną. Do legalizowania tego proceduru prawo karne nie może być użyte, wręcz przeciwnie, winno być one tutaj wykorzystane – zgodnie ze swoim głównym przeznaczeniem – jako narzędzie represyjne⁶³⁶.

Inna grupa przypadków dotyczy sytuacji, kiedy dochodzi wprost do odmówienia spełnienia świadczenia zdrowotnego na skutek ograniczeń związanych z dostępnością środków finansowych, chociażby poprzez wyczerpanie liczby tzw. „*zakończonych świadczeń*”⁶³⁷. Powszechnie w Polsce w tej materii dochodzi do powstawania nieprawidłowo długiego czasu oczekiwania na

pracownicy podmiotu zobowiązanego do finansowania świadczeń ze środków publicznych, posiadający wykształcenie medyczne odpowiadające zakresowi prowadzonej kontroli”, choć niestety nie ma już tak jednoznacznego zapewnienia jak w poprzednim stanie prawnym, co stanowi swoiste *signum temporis*. Niemniej pamiętać należy o ogólnej regulacji zawartej w art. 4 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty, która to stanowi: „*Lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością.*”

⁶³⁴ Ibidem.

⁶³⁵ Inną sprawą jest natomiast kwestia odpowiedzialności etycznej lekarza za jego brak zaangażowania (pasywną postawę) wobec zewnętrznych warunków w których przychodzi mu działać.

⁶³⁶ Co do pojęcia znachorstwa zob. J. Radzicki, „*Znachorstwo: w aspekcie medyczno–sądowym, prawnym i społecznym*”, Warszawa 1960.

⁶³⁷ Na podstawie tzw. „*umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej*”, zob. art. 132 i n. ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U.2008.164.1027 j.t.).

wymagany zabieg medyczny⁶³⁸. W wielu przypadkach nie chodzi tutaj co prawda o zabiegi ratujące życie, ale znacznie poprawiające komfort życia, likwidujące uciążliwości związane z przewlekłym bólem, czy przypadłości wykluczające jednostkę ze sprawnego funkcjonowania w ramach społeczności zawodowej czy koleżeńskej. Mimo to pojawia się pytanie o możliwość aktualizacji odpowiedzialności karnej, bądź też przeciwnie: o całkowity brak zainteresowania prawa karnego istniejącą w rzeczywistości niewydajnością systemu opieki zdrowotnej.

Przystępując do rozważań w tej materii spostrzec należy, że w k.k. brak jest analogicznego przepisu, który penalizowałby zaniedbania związane z działalnością w służbie zdrowia na wzór art. 186 § 1 k.k.⁶³⁹. Wobec tego, jako dająca się pomyśleć podstawa odpowiedzialności, w grę wchodzi w pierwszej kolejności przepis art. 160 § 3 k.k., penalizujący zachowanie polegające na nieumyślnym narażeniu człowieka na niebezpieczeństwo śmierci bądź ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. W odniesieniu do lekarza świadczącego usługi zdrowotne możliwe jest przede wszystkim wypełnienie znamion tego czynu zabronionego w drodze zaniechania – jasne jest bowiem, że lekarz sam takiego niebezpieczeństwa co do zasady nie sprowadza⁶⁴⁰. Podstawowy problem w tym kontekście związany jest nie tyle wszak z wykładnią pojęcia bezpośredniości niebezpieczeństwa⁶⁴¹, ile z pojęciem narażenia pacjenta, a więc ujmując sprawę szerzej – z problematyką związku przyczynowo–skutkowego. Przy obecnym stanie dyskusji przyjmuje się trzy sposoby narażenia człowieka na niebezpieczeństwo⁶⁴². Są to odpowiednio: sprowadzenie zagrożenia, jego znaczące zwiększenie, a także – w przypadku gwaranta nienastąpienia skutku przy tzw. przestępstwach z zaniechania – przez niespowodowanie jego ustąpienia albo zmniejszenia. Ten ostatni sposób może być relewantny w odniesieniu do odpowiedzialności karnej

⁶³⁸⁶³⁸ Zgodnie z przeprowadzonymi w tej mierze badaniami przez GUS, czas oczekiwania na świadczenia lekarzy specjalisty w roku 2010, 21,7% z pośród 55,2% ogółu społeczeństwa, które skorzystały z takich świadczeń czekało ponad 3 miesiące (zob. „Ochrona zdrowia w gospodarstwach domowych w 2010”, GUS 2011, s. 71).

⁶³⁹ Który to przepis stanowi, że sprawca który: „wbrew obowiązkowi nie utrzymuje w należyтым stanie lub nie używa urządzeń zabezpieczających wodę, powietrze lub powierzchnię ziemi przed zanieczyszczeniem lub urządzeń zabezpieczających przed skażeniem promieniotwórczym lub promieniowaniem jonizującym, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. Wydaje się również, że stworzenie analogicznej regulacji mającej służyć usprawnieniu opieki zdrowotnej nie jest pożądane – naruszałoby to zasadę prawa karnego jako *ultima ratio*, co więcej w przypadku sztuki medycznej karygodna nieefektywność, jest pochodną wielu czynników, a nie prostym li tylko wynikiem nieutrzymywania jakichś urządzeń w należyтым stanie.

⁶⁴⁰ Wyjątkiem jest sytuacja, wymagająca odrębnego rozważenia, sytuacja, kiedy lekarz staje się bezpośrednią przyczyną takiego niebezpieczeństwa na skutek nieprawidłowo prowadzonej terapii, stwarzającej nowe źródło zagrożenia dla pacjenta.

⁶⁴¹ Obecny stan dyskusji doktryny w tej materii określić można jako stwierdzenie sprowadzenia wysokiego stopnia prawdopodobieństwa zaistnienia wymienionych w art. 160 k.k. § 1 skutków, bez dalszych interwencji ze strony sprawcy czy innych osób (na takim stanowisku stanął SN już w wyroku z dnia 29 listopada 1973 r., sygn. akt Rw 902/73, OSNPG 1974/2 poz. 24 s. 6, Lex Polonica nr 412691, a pogląd ten został ugruntowany także w orzeczeniu w sprawie o sygn. akt II KR 219/83, OSNKW 1984, nr 5, poz. 54). Takie ujęcie uzupełnia się o stwierdzenie, że bezpośredniości nie należy w żadnym wypadku utożsamiać z bliskim związkiem czasowym (zob. A. Zoll, „Komentarz do art. 160 k.k.” w: „Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.”, A. Zoll (red.) nb. 16, LEX 2013).

⁶⁴² M. Budyn–Kulik, „Komentarz do art. 160 k.k.”, w: „Kodeks karny. Komentarz”, M. Budyn–Kulik (red.), nb. 4, LEX 2013).

lekarza. Warunkiem pociągnięcia lekarzy do odpowiedzialności karnej jest wszak – prócz szeregu innych okoliczności – konieczność wskazania konkretnej normy ostrożności, którą to miał on przekroczyć. Istota problemu w tej materii polega jednak na złożonych współzależnościach pomiędzy różnymi kategoriami norm postępowania. O ile nie trudno bowiem określić wskazanie medyczne, które nakazuje przeprowadzenie operacji ortopedycznej polegającej chociażby na wstawieniu endoprotezy w stawie kolanowym w przypadku rozwoju zmian zwyrodnieniowych przy osiągnięciu określonego nasilenia tych zmian⁶⁴³, to jednak pojawia się tutaj w dyskursie druga kategoria norm ostrożności, której przykładem ma być zasada zaufania wobec personelu medycznego zajmującego się leczeniem danej kategorii pacjentów. Jej aspektem jest to, że nie można dokonywać wpisu „*własnego*” pacjenta na listę przed innymi pacjentami, w ten sposób doprowadzając do automatycznego wydłużenia czasu oczekiwania tej innej grupy pacjentów. Nie powinno być żadnej wątpliwości co do tego, że to, co występuje tutaj pod pojęciem „*zasady zaufania*”, jest po prostu mylącym oznaczeniem „*normy ostrożności*”. W praktyce problem ten można rozwiązać poprzez dokonywanie bardzo szczegółowej diagnostyki pacjentów i takie uzupełnienie liczby oczekujących chorych, które odpowiada nagłości każdego wypadku⁶⁴⁴, a także poprzez właściwe prowadzenie badań prewencyjnych o charakterze przesiewowym⁶⁴⁵. Jednak, jak pokazuje rzeczywistość, nie zawsze jest to rozwiązanie łatwe, zwłaszcza trudno w tej mierze mówić o jakimś prostym mechanizmie matematycznym.

Mając na uwadze ograniczony charakter zasobów będących w dyspozycji służby zdrowia, nie można wszak tracić z pola widzenia również ograniczonego charakteru zapotrzebowania na świadczenia medyczne. Wiele bowiem przypadłości chorobowych nie stanowi na tyle realnego zagrożenia dla zdrowia, iżby konieczne było absorbowanie specjalisty⁶⁴⁶. Natomiast samo pociągnięcie lekarza do odpowiedzialności karnej z art. 160 § 3 k.k. uzależnione jest od szeregu dalszych przesłanek, z czego szczególnie problematyczne może być wykazanie tzw. negatywnego związku przyczynowego, zwłaszcza w przypadku występowania u pacjenta zaawansowanego

⁶⁴³ W przypadku ich zaniechania może dojść do negatywnych powikłań prowadzących przykładowo do złamania zmęczeniowego piszczeli zob. T. Okoń, J. Kowalczewski, D. Marczak, M. Milecki, A. Wielkopolski „*Opis przypadku. Złamanie zmęczeniowe bliższej części piszczeli związane ze zmianami zwyrodnieniowymi kolana u chorej na reumatoidalne zapalenie stawów*”, *Reumatologia* 2010, z. 48, s. 139–142.

⁶⁴⁴ Rzadko bowiem w praktyce zdarzają się sytuacje, kiedy pacjenci zgłaszający się do szpitala wymagają leczenia w identycznych terminach – najczęściej ze względu na stopień zaawansowania zmian patologicznych i cech osobniczych wyznaczyć można właściwą kolejność realizowania świadczeń zdrowotnych. Nie jest to jednak zagadnienie łatwe (zob. Małgorzata Żmijewska–Tomczak „*Czynniki wpływające na jakość życia chorych poddanych radioterapii z powodu raka głowy i szyi*”, niepubl. rozprawa doktorska, Poznań 2011, s. 26).

⁶⁴⁵ Ich znaczenie na gruncie nauk medycznych jest niezmiennie podkreślane, zob. np. J. Chowańska „*Wykorzystanie metody topografii powierzchni ciała oraz skoliometru do badań przesiewowych dzieci szkolnych w kierunku wykrywania skoliozy idiopatycznej*”, niepubl. rozprawa doktorska Poznań 2011, s. 26.

⁶⁴⁶ Obliczenie takiego zapotrzebowania jest łatwe szczególnie na poziomie lokalnym, a stosowne badania empiryczne przeprowadzone są na poziomie gminnym (zob. np.: „*Strategia rozwiązywania problemów społecznych gminy Malczyce na lata 2006 – 2012. Załącznik do Uchwały*” Nr XL/202/06 Rady Gminy Malczyce z dnia 29 maja 2006 r., s. 33).

przypadku chorobowego⁶⁴⁷. Niemniej jednak nie sposób całkowicie wykluczyć możliwości przekroczenia przez lekarza normy sankcjonowanej zrębowo wysłowionej w art. 160 § 3 k.k.⁶⁴⁸, co powoduje, że niesłuszne byłoby twierdzenie o bezkarności „błędu medycznego” niepociągającego za sobą skutków w postaci przynajmniej uszczerbku na zdrowiu pacjenta⁶⁴⁹.

Pamiętać w tym kontekście należy jednak o tym, że odpowiedzialność karna lekarza jest uzasadniona w przypadku, gdy mimo istniejących zasobów dochodzi do zaniechania udzielania świadczenia bądź udzielenia go w sposób niewłaściwy w stosunku do będących w posiadaniu danej jednostki zasobów organizacyjnych.

6) Odpowiedzialność karna za znachorstwo. Problematyka naruszenia wskazań obowiązującej wiedzy medycznej⁶⁵⁰

Omawiając kompleksowo zagadnienie norm ostrożności w medycynie, nie sposób pominąć bardzo złożonej kwestii istnienia leczenia o charakterze paramedycznym. Jest to zagadnienie, które niestety umyka uwadze większości przedstawicieli doktryny zajmującej się egzegezą tzw. błędu medycznego w perspektywie karnistyki⁶⁵¹. Niemniej zjawisko to wywołuje uzasadniony niepokój, zwłaszcza przez to, że jest stosunkowo szeroko obecne w dzisiejszej, wydawałoby się na wskroś racjonalnej rzeczywistości⁶⁵².

⁶⁴⁷ Jak wiadomo, w życiu bardzo często dochodzi do lekceważenia objawów chorobowych przez chorego. Zob. J. Rosinczuk–Tonderys, K. Grabowski „Analiza losów pacjentów z objawami dysfagii przed zgłoszeniem się do leczenia specjalistycznego”, *Annales Umcs, Sectio Vol. IX, suppl. XVI, 7 sectio D* 2005, s. 200. Co więcej, w tym kontekście pamiętać należy o zasadzie *in dubio pro reo*, zob. art. 5 § 2 k.p.k., zgodnie z którym „Niedające się rozstrzygnąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego”.

⁶⁴⁸ Znakomitym przykładem takiego słusznego rozumowania jest postanowienie SN w sprawie o sygn. akt V KK 150/09, LEX nr 553756, gdzie ustalono odpowiedzialność karną lekarza, który uzyskał informację od matki, uzasadniającą według wiedzy medycznej rozważenie przeprowadzenia operacji tzw. „cesarskiego cięcia”. Co do podobnego rozstrzygnięcia zob. analizowaną w rozdziale VIII sprawę o sygn. akt II K 1009/02 Sądu Okręgowego w Poznaniu.

⁶⁴⁹ W tym kontekście wskazać należy również na tych przedstawicieli doktryny, którzy od samego początku dopuszczają odpowiedzialność karną lekarza na mocy art. 160 § 2 k.k. – zob. np. W. Wróbel, „Zagadnienie błędów w medycznych ze szczególnym uwzględnieniem <<błędów niezawinionych>>”, w: „Błąd medyczny – uwarunkowania ...”, s. 152.

⁶⁵⁰ Za zwrócenie mi uwagi na tę problematykę jestem niezmiernie wdzięczny prof. U. Manthe z Uniwersytetu w Passau. Podzielać również pogląd byłego Prorektora, że jest to zagadnienie zasługujące na odrębną monografię. Stąd też z niezmierną radością tuż przed ostatecznym zamknięciem redakcyjnym tej pracy powziąłem wiedzę o pracy doktorskiej M. Wolińskiej, „Znachorstwo – studium prawnie – kryminalistyczne”, Białystok 2014, praca doktorska dostępna w repozytorium Uniwersytetu w Białymstoku, która wypełnia w tej materii istotną lukę i dezaktualizuje szereg wcześniejszych opracowań dt. wiedzy paramedycznej, jak np. opracowanie H. Biegeleisen, „Lecznictwo ludu polskiego”, Kraków 1929.

⁶⁵¹ Por. chociażby cytowane powyżej prace A. Liszewskiej oraz R. Kędziory.

⁶⁵² Niezwykle pouczające w tej mierze są badania przeprowadzone przez CBOS na reprezentatywnej próbie 1077 osób – „Horoskopy, wróżby, talizmany – czyli magia wokół nas”, badanie CBOS: BS/133/2011). W badanej grupie respondentów do zetknięcia się przejawami medycyny alternatywnej (takiej jak: akupunktura, bioenergoterapia, aromatoterapia, leczenie za pomocą ziół, pijawek czy hipnozy) osobiście bądź poprzez członków najbliższej rodziny przyznało się 24% badanych. Paradoksalnie najczęściej do korzystania z tego rodzaju metod uciekają się osoby z wyższym wykształceniem oraz mieszkańcy wielkich aglomeracji (odpowiednio 33 oraz 35 %). Zarazem 9 % respondentów przyznało się, że przynajmniej raz w życiu odwiedziło wróżkę.

Rozróżnić tutaj wypadnie kilka problemów. Po pierwsze, za samo wykonywanie czynności medycznych bez wymaganych uprawnień sprawca może zostać ukarany grzywną za wykroczenie określone w art. 58 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty⁶⁵³. Obecna praktyka w tej materii cechuje się wszak daleko idącą indyferencją organów ścigania⁶⁵⁴.

Dla lekarzy i przedstawicieli nauk o życiu, problematyka medycyny alternatywnej oceniana przez pryzmat badań naukowych, rysuje się jednoznacznie – wobec braku dowodów jakiegokolwiek skuteczności metod homeopatycznych, jej istnienie jest uzależnione od stopnia nasilenia postaw irracjonalnych w społeczeństwie⁶⁵⁵. Zarazem podkreśla się niebezpieczeństwo związane z opieraniem się wyłącznie na metodach opracowanych przez medycynę alternatywną⁶⁵⁶, chociaż doszukać się można również głosów odpowiadających się za otwarciem się na medycynę niekonwencjonalną, głównie po to, aby nie utracić kontaktu z pacjentem, który jest adherentem takich właśnie metod leczenia⁶⁵⁷. Ciekawa jest także próba uregulowania tej kwestii przez World Health Organisation⁶⁵⁸.

Prawnokarna charakterystyka znachorstwa musi brać pod uwagę szereg czynników, pośród których na pierwsze miejsce wybija się poszanowanie autonomii pacjenta⁶⁵⁹. Nie można nikomu

⁶⁵³ Zgodnie z brzemieniem tego przepisu: „*1. Kto bez uprawnień udziela świadczeń zdrowotnych polegających na rozpoznawaniu chorób oraz ich leczeniu, podlega karze grzywny.*” Na marginesie zauważyć należy na specyficzną konstrukcję tego wykroczenia, którego postać kwalifikowana, różniąca się działaniem kierunkowym (w celu osiągnięcia korzyści majątkowej) ma postać przestępstwa (zob. ust. 2: „*Jeżeli sprawca czynu określonego w ust. 1 działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej albo wprowadza w błąd co do posiadania takiego uprawnienia, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.*”). Co ciekawe, mój (wyrażony przy innej okazji) pogląd o takiej możliwości konstruowania czynów zabronionych nie spotkał się ze zrozumieniem organizatorów Konferencji naukowej w Toruniu poświęconej problematyce przestępstw w nowym ustawodawstwie wyborczym. Jak widać na tym przykładzie, jest ona wszak wprost dopuszczana przez ustawodawcę.

⁶⁵⁴ Szacuje się, że w Polsce obecnie funkcjonuje przynajmniej 100 tys. wrózek, nie licząc różnego rodzaju zielarzy czy hipnotyków, a ich działalność nie spotyka się ze stanowczą reakcją organów ścigania. Pouczające musi być również to, że z przebadanych w rozdziale VIII niniejszej pracy spraw żadna nie dotyczyła właśnie takiej sytuacji.

⁶⁵⁵ Zarazem stwierdza się jednoznacznie, że „*Mimo renesansu zainteresowania alternatywnymi metodami leczenia przyszłość medycyny nieodwracalnie należy do jej odmiany naukowej*”, zob. M. N. Marszałska, „*Medycyna alternatywna – czy może uzupełnić tradycyjną medycynę?*” *Przegląd Alergologiczny* 2004, t. I, s. 60–62.

⁶⁵⁶ Symptomatyczne jest stwierdzenie Ł. Wolańskiego, A. Stanisławka, H. Kachaniuka „*Znajomość pojęcia i metod medycyny alternatywnej na przykładzie populacji korzystającej z usług jednego z gabinetów biorezonansu*”, *Pol. Merk. Lek.* 2007, t. XXIII, Nr 138, s. 433, którzy piszą: „*Mniejszym problemem jest równoczesne korzystanie z metod konwencjonalnych i niekonwencjonalnych, niebezpieczne natomiast staje się pozbawianie niektórych chorych leczenia standardowego i ich pełna wiara w skuteczność medycyny alternatywnej*”.

⁶⁵⁷ W medycynie zwraca się uwagę na rosnące zainteresowanie metodami medycyny alternatywnej, co dotyczy zwłaszcza pewnych kategorii pacjentów, zob. K. Majewska, I. Trzebiatowska, M. Majkowicz, „*Poglądy na medycynę alternatywną wśród pacjentów w terminalnym okresie choroby nowotworowej*”, *Psychoonkologia* 1999, z. 5, s. 45–50, gdzie na podstawie badań ankietowych przeprowadzonych wśród 44 respondentów stwierdzono zaufanie do metod medycyny alternatywnej wśród 75% badanych, co wynikało przede wszystkim z nieskuteczności medycyny konwencjonalnej. Tendencja ta utrzymana potwierdzona została w innym jeszcze badaniu przeprowadzonym przez J. Woźniak–Holecką, K. Zborowską, T. Holeckiego, „*Medycyna alternatywna jako uzupełniająca forma leczenia chorób nowotworowych w opinii pacjentów onkologicznych*”, *Psychoonkologia* 2010, n. 1, s. 21–28, gdzie chęć skorzystania z alternatywnych metod leczenia deklarowało 54 % spośród 100 przebadanych respondentów. Co do innych krajów zob. np. E. Krizova, „*Un-conventional medicine from the aspect of the general practitioners*”, *Praktický lékař* 2002, n. 7, s. 425–429.

⁶⁵⁸ J. Łazowski, „*WHO a medycyna niekonwencjonalna*” *Sztuka Leczenia* 2005, nr. 1–2, s. 99–104.

⁶⁵⁹ Co do różnych aspektów poszanowania pozycji pacjenta, zob. T. Dukiet–Nagóska, „*Autonomia pacjenta a prawo karne*”, Warszawa 2009, s. 81 i n.

w demokratycznym państwie prawnym zabronić – de lege lata – korzystania z usług różnego rodzaju astrologów czy pseudo–medyków, można jedynie skłaniać społeczeństwo do refleksji w tej materii. Pamiętać należy również o heterogenicznym charakterze tzw. niekonwencjonalnej medycyny, które to określenie było stosowane u progu XX wieku na określenie przedstawicieli rozwijającej się ówczesnie w Wiedniu psychoanalizy, a która to jest przez znaczną część psychologów uznawana jest za pełnoprawną formę oddziaływania terapeutycznego. Również dzisiaj granica między medycyną a innymi formami leczenia jest bardzo płynna.

Niemniej jednak sytuacja wygląda zupełnie inaczej w sytuacji, kiedy zwolennik medycyny niekonwencjonalnej wprowadza pacjenta w błąd co do swoich kwalifikacji, wywołując wrażenie, że jest wykształconym lekarzem. W takiej sytuacji nie można wykluczyć odpowiedzialności karnej za przestępstwo określone w art. 286 k.k.⁶⁶⁰. Oczywiście, jest, że materialny charakter tego czynu zabronionego – uwarunkowany niekorzystnym rozporządzeniem majątkowym, i to takim, które dokonuje się za wiedzą lub udziałem sprawcy⁶⁶¹ powoduje, że kategoria uzdrowicieli działających bez wynagrodzenia nie może odpowiadać karne za przekroczenie normy sankcjonowanej zakodowanej w tym przepisie. Dla rzeczony odpowiedzialności karnej za czyn stypizowany w tym tego przepisie niezmiernie ważne jest natomiast to, że ustawa, a w ślad za nią doktryna nie dookreśla w żaden sposób, jak to wprowadzenie w błąd miałyby nastąpić⁶⁶². Istotne jest jedynie, aby wprowadzenie w błąd dotyczyło okoliczności mających istotne znaczenie dla podjęcia decyzji co do niekorzystnego rozporządzenia majątkowego i to przez sprawcę⁶⁶³, nie musi to być zarazem czynność spektakularna⁶⁶⁴. Co więcej, doktryna i orzecznictwo szeroko dopuszcza możliwość wprowadzenia w błąd za pomocą zachowania, z którego można samodzielnie wysnuć pewne wnioski⁶⁶⁵ czy odpowiedzialność karną za wyzyskanie błędu⁶⁶⁶.

⁶⁶⁰ Na podobnym stanowisku stoi również J. Radzicki, op.cit., s. 219. Nadmierne rozszerzanie zakresu odpowiedzialności karnej jest niepożądane, gdyż mogliby na nim ucierpieć m.in. przedstawiciele uznanych religii monoteistycznych.

⁶⁶¹ S. Łagodziński, „Oszustwo popełnione przez zaniechanie?” Prokur. i Prawo 1999, z. 7–8, s. 40–41, oraz orzeczenie SN w sprawie o sygn. akt IV KKN 618/99, LEX nr 75460.

⁶⁶² Zastrzega się zarazem, że nie może ono odnosić się do faktów przyszłych – w tym zakresie jest to już ugruntowany pogląd polskiej doktryny, zob. pod tym względem już analogicznie L. Peiper, „Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach i przepisów wprowadzających”, Kraków 1933, s. 742 i n.

⁶⁶³ SN w rozstrzygnięciu w sprawie o sygn. V KKN 267/00, OSP 2001, z. 3, poz. 51.

⁶⁶⁴ SN w orzeczeniu z 26 czerwca 2003 r., V KK 324/02, LEX nr 80291.

⁶⁶⁵ J. Makarewicz, „Kodeks karny z Komentarzem”, Lwów 1935, s. 461, który omawiając przestępstwo oszustwa podawał przykład jego popełnienia przez to, że sprawca „wyzyskuje błąd co do przepisów prawa cywilnego”.

⁶⁶⁶ SN w sprawie o sygn. II KR 134/86, MP 2003, z. 12, s. 567, Lex Polonica nr 356853. Zaznaczyć w tym przypadku należy, że różnica w przypadku wyzyskania błędu a wprowadzenia w błąd sprowadza się do istniejącego u pokrzywdzonego stanu wiedzy i trafności wyobrażenia o rzeczywistości. Jako że w tym przypadku podstawą odpowiedzialności jest czyn polegający na zaniechaniu, wyprowadzić należy obowiązek wyprowadzenia z błędu. Wydaje się, że w tym przypadku jego źródło będzie miało naturę heterogeniczną – wynikającą zarówno z umowy na daną usługę, polegającą udzieleniu pewnego rodzaju informacji czy też poglądów z zakresu medycyny niekonwencjonalnej, a z drugiej strony z ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry, a zwłaszcza z zawartych w nim norm reglamentujących wykonywanie zawodów co do osób o określonych kwalifikacjach i w związku z art. 58 ust. 1, który, jak już wiadomo, statuuje odpowiedzialność wykroczeniową za udzielanie świadczeń bez wymaganych kwalifikacji.

Stąd też wyobrazić sobie można sytuację, w której znachor czy energoterapeuta, bądź też inny przedstawiciel „medycyny nienaukowej”, podejmując się „leczenia” metodami opartymi na medycynie niekonwencjonalnej swojego „pacjenta” i pobierając w zamian za to odpowiednie wynagrodzenie⁶⁶⁷, powinien odpowiadać karnie za oszustwo. Nie jest przy tym wymagane, aby podawał się on za lekarza, wystarczające do stworzenia podstaw odpowiedzialności karnej będzie stanowcze zapewnienie o możliwości wyleczenia choroby w sytuacji, kiedy według aktualnej wiedzy medycznej jest to niemożliwe, bądź bardzo utrudnione. Przyjąć należy w takiej sytuacji popełnienie przestępstwa oszustwa już w momencie dokonania niekorzystnego rozporządzenia majątkowego, a nie dopiero w sytuacji, gdy okaże się, że owa „terapia” w istocie była nieskuteczna⁶⁶⁸.

Trudniejsza do charakterystyki jest natomiast sytuacja, kiedy korzystanie z usług zwolennika medycyny niekonwencjonalnej prowadzi do przeprowadzenia terapii, która, będąc jaskrawo sprzeczna ze stanem nauk o zdrowiu i życiu prowadzi do agrawacji objawów chorobowych czy wystąpienia rozstroju organizmu w postaci prawnokarnie doniosłego skutku stypizowanego w art. 156–157 k.k., bądź też nawet nieumyślnego spowodowania śmierci owego „pacjenta”, tj. czynu określonego w art. 155 k.k. Karanie za spowodowanie umyślnych odpowiedników tych czynów zabronionych nie wydaje się być uzasadnione wobec, jak można przypuszczać, przekonania o autentycznej skuteczności niekonwencjonalnych metod leczniczych przez samych udzielających świadczeń paramedycznych⁶⁶⁹.

Wobec tego rozważyć należy szereg możliwych stanowisk:

a) Według pierwszego z nich odpowiedzialność karna jest całkowicie wykluczona. Na podbudowanie takiego stanowiska przytoczyć można w pierwszej kolejności maksymę *violentii non fit inuria*, zgodnie z którą jeśli osoba, co do której brak jest przesłanek do przyjęcia niepoczytalności, dobrowolnie korzysta z pomocy osób uprawiających medycynę niekonwencjonalną, mimo podnoszonych wielokrotnie głosów o ich elementarnej wręcz sprzeczności z aktualnym stanem wiedzy, wyraża zgodę na mogące z tego wyniknąć powikłania.

⁶⁶⁷ Trudno przyjąć, aby w tej sytuacji można było mówić o „*honorarium*”, który to termin jest zasadniczo zarezerwowany dla przedstawicieli wolnych zawodów. Definicję taką podaje słownik PWN („*honorarium* – «wynagrodzenie za pracę w wolnych zawodach»») dostępnych pod adresem: <http://sjp.pwn.pl/slownik/2560785/honorarium> (odczyt dnia 6 kwietnia 2013 r.)

⁶⁶⁸ Pamiętać w tym kontekście należy o tym, że pojęcie rozporządzenia na gruncie prawa karnego ma charakter autonomiczny, zob. W. Cieślak, „*Rozporządzenie mieniem jako znamię wymuszenia rozbójniczego*”, *Palestra* 1995, nr 11–12, s. 53, oznacza więc np. zaciągnięcie długu.

⁶⁶⁹ Chociaż nie jest to możliwość, którą należałoby całkowicie wykluczać. Trudności dowodowe związaną z rekonstrukcją nastawienia wolicjonalnego można rozstrzygnąć odwołując się do dowodów pośrednich, a w tym przypadku zwłaszcza do faktu samego korzystania z pomocy lekarzy przez wróżbiarzy i innych zwolenników medycyny niekonwencjonalnej. Jeżeli bowiem spotkać się można z sytuacją, kiedy np. zielarz na bolące kolano zaleca terapię składającą się z stosowania różnego rodzaju mieszanek ziołowych swojemu podopiecznemu, podczas gdy sam mając podobne objawy udaje się do ortopedy na zabieg, to można przyjąć występowanie po jego stronie co najmniej zamiaru ewentualnego. Istotne jest to w przypadku kwalifikacji poważniejszych czynów.

Na poparcie takiego stanowiska odwołać się można do rezygnacji przez prawo karne z karania samobójców, co opiera się na poszanowaniu wolnej woli człowieka⁶⁷⁰.

b) Według drugiego stanowiska, odpowiedzialność karna jest uzasadniona za każdym razem, gdy dojdzie do skutku wyszczególnionego w art. 155–157 § 1 k.k. Można bowiem argumentować, że zgoda wyrażona przez „pacjenta” i zwolennika medycyny alternatywnej nie rozciąga się na dokonywanie uszczerbków na ciele i jest przez to nieskuteczna, gdyż może ona obejmować jedynie takie zachowania, które są przedsięwzięte z zachowaniem należytej ostrożności. Ten standard natomiast nie odnosi się do medycyny niekonwencjonalnej, która nie posiada wypracowanych dyrektyw leczenia⁶⁷¹. Nie można przecież w prawnie skuteczny sposób uchylić przestępności czynności, których skutkiem jest śmierć „pacjenta” czy wyrządzenie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu.

c) Wreszcie wyróżnić można trzecie stanowisko, w myśl którego tylko w przypadku, kiedy znachor bądź inny zwolennik medycyny alternatywnej przeprowadza czynności, stwarzając zarazem pozór bycia wykwalifikowanym lekarzem, zdolnym do usunięcia nie tylko objawów, ale i przyczyny stanu chorobowego, może tutaj odpowiadać karne. W pierwszej kolejności podstawą do wymierzenia sprawcy kary będzie zaktualizowanie się normy sankcjonującej sprzężonej z normą sankcjonowaną wysłowioną w art. 286 k.k.

Przed przystąpieniem do oceny tych trzech koncepcji poczynić należy kilka uwag o charakterze statystycznym. Badania empiryczne dowodzą, że zaledwie 38,5 % mężczyzn oraz 48% kobiet korzystających z metod medycyny alternatywnej uświadamiało sobie ten fakt, a dla 25 % respondentów potwierdzenie danej metody w drodze badań naukowych nie ma istotnego znaczenia⁶⁷². Paradoksalnie zresztą częstotliwość korzystania z metod medycyny alternatywnej wzrasta wraz z coraz wyższym wykształceniem respondentów⁶⁷³. Jest to o tyle istotne, że możliwość odpowiedzialności karnej za przestępstwo oszustwa jawi się jedynie dla tej części populacji, która pozostawała w błędnym przeświadczeniu co do korzystania z fachowej pomocy lekarskiej.

Całkowite wykluczenie odpowiedzialności karnej nie jest do przyjęcia z tej samej przyczyny, która uniemożliwia przyjęcie występowania oszustwa w każdym przypadku korzystania z medycyny niekonwencjonalnej. Fakt bowiem nieświadomości korzystania z pomocy

⁶⁷⁰ Tę kwestię obszernie omawia J. Malczewski, „Problemy z prawną kwalifikacją lekarskiej pomocy do samobójstwa (art. 151 k.k.)”, Prokur. i Prawo 2008, z. 11, s. 21–24.

⁶⁷¹ Dobrze kwestię tę ilustrują M. Janiczek, „Terapie naturalne medycyny niekonwencjonalnej”, Warszawa 2009, gdzie zebrana przez nią literatura nie wykazuje cech spójnej i właściwego dla nauki procesu kształtowania się poglądów. W tym kierunku można by również interpretować stwierdzenie A. Zolla, „Granice legalności...”, s. 39, który pisze, iż „Zgoda pacjenta nie usprawiedliwia zabiegów lekarskich, które są zakazane (np. sterylizacja) albo sprzeczne z zasadami nauki”.

⁶⁷² Ł. Wolańskiego, A. Stanisławka, H. Kachaniuka, op.cit., s. 433.

⁶⁷³ Dotyczy to około 50% procent osób z wyższym wykształceniem w badanej grupie 152 respondentów, zob. Ibidem.

znachora wyklucza możliwość przyjęcia, że w prawnie skuteczny sposób wyrażona została zgoda na „terapię”. Stąd też w takim przypadku możliwa jest również odpowiedzialność karna za przestępstwo określone w art. 192 k.k. O ile jednak uzyskanie zgody pacjenta traktować jako przykład normy ostrożności⁶⁷⁴, to pojawiają się w tym kontekście dwa istotne zastrzeżenia. W pierwszej kolejności spostrzec należy, że problematyczne jest zakwalifikowanie działalności np. energoterapeuty jako zabiegu leczniczego. Przypomnieć należy, że pod pojęciem tym w doktrynie pojmuje się przede wszystkim czynności przeprowadzane przez lekarzy⁶⁷⁵. Rygorystyczne jednak pojmowanie tego warunku prowadzić by mogło do sytuacji, w której stosowane przez zwolenników medycyny niekonwencjonalnej zabiegi, polegające chociażby na „diagnozie pola energetycznego”, czy „diagnozie aury eterycznej i astralnej”, stosowane przez bioenergoterapeutów, nie było chronione karnoprawnie. Mogłoby to z łatwością prowadzić do intrygujących sytuacji, w których pracownik szpitala, będący zwolennikiem takich metod, mógł bezkarnie przeprowadzać takie zabiegi wobec pacjentów pogrążonych w śpiączce, jako, że nie mogą one, zgodnie z naszymi dzisiejszymi przekonaniami, wywołać żadnych skutków stypizowanych w art. 155–157 k.k., a odpowiedzialność za usiłowanie nieudolne, mimo odmiennego obecnie ujęcia przepisu art. 13 § 2 k.k. w porównaniu ze stosowną regulacją k.k. z 1932 r. i tak nie wchodzi w grę⁶⁷⁶. Nie jest to jednak tak jednoznaczne w przypadku zabiegów takich jak hipnoza, która w opinii części nauki może być wykorzystywana przy przeprowadzaniu poważnych zabiegów operacyjnych⁶⁷⁷. Zarazem zbyt szeroka wykładnia znamienia zabiegu leczniczego byłaby niezgodna z postulatem prymatu wykładni literalnej ustawy karnej oraz zakazu stosowania analogii na niekorzyść sprawcy.

Jako kompromisowe uznać należy więc rozwiązanie dopuszczające odpowiedzialność karną sprawcy za czyn polegający na przeprowadzeniu takiego zabiegu należącego do dziedziny medycyny alternatywnej, który może potencjalnie stworzyć zagrożenie dla zdrowia pacjenta, wraz z odpowiedzialnością za oszustwo, gdy spełnione są jego przesłanki. Bezkarne pozostanie więc stosowanie metod, które tylko na skutek ciemnoty lub zacofania uznawane są za skuteczne przez sprawcę. Natomiast w przypadku czynności, które naruszyć mogą w sposób istotny nienaruszalność psychiczną i cielesną „pacjenta” w przypadku braku wyczerpującego objaśnienia

⁶⁷⁴ Będzie to jeszcze rozważane poniżej w pkt 7 niniejszego podrozdziału.

⁶⁷⁵ Taką definicję podaje chociażby M. Filar, „Lekarskie prawo...”, s. 234, stwierdzając, iż jako zabieg leczniczy rozumieć należy „każdy zabieg lekarski przybierający formę czynności leczniczej (terapeutycznej) lub czynności lekarskiej (nieterapeutycznej) (...)”.

⁶⁷⁶ Z. Jędrzejewski, „Bezprawie usiłowania nieudolnego”, Warszawa 2000, s. 104 i n. Co do historycznej ewolucji wyrażanych w tej mierze koncepcji zob. D. Gruszecka, „Rozwój koncepcji karalności usiłowania nieudolnego”, Studia Erasmiensis Wratislaviensis. Acta Studientum 2010, z. 4, s. 31–47.

⁶⁷⁷ L. Chertok, „Między wiedzą a niewiedzą. Studium nad hipnozą”, Warszawa 1987, s. 48–49, który wskazuje na przykład stosowania hipnozy przy operacji wycięcia jajników. Ocena zasadności tego stanowiska przekracza kompetencje autora pracy.

istoty dokonywanych czynności – do tego przesłanką zdobycia prawnie skutecznej zgody będzie zadośćuczynienie obowiązkom analogicznemu na kształt sprecyzowanego dla lekarzy w art. 31 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry⁶⁷⁸, polegające na przedstawieniu informacji na temat podejmowanych czynności, i to nie w sensie ich wyjaśnień zgodnie z ujęciem paramedycznym, lecz w zakresie informacji na temat podejmowanych naruszeń nietykalności cielesnej czy psychicznej.

Przyjmując więc, jako najbardziej prawidłową, koncepcję oznaczoną powyżej literą „b)” w zbiegu z „c)”, poczynić należy jedną jeszcze istotną uwagę. Prowadzone w doktrynie rozważania na temat zaskakującej częstotliwości trafności diagnozy znachorów (jako osób nieposiadających żadnej wiedzy medycznej) ujawniły fakt wykorzystywania psychicznego, sugestywnego wpływu takich osób na swoich podopiecznych, co spowodowane jest przede wszystkim zastosowaniem różnego rodzaju manipulacji. Samo to zjawisko, połączone z rozpowszechnianiem błędnych poglądów na etiologię chorób, a zwłaszcza wskazywaniem na ich podłoże magiczne, czy okultystyczne, jest z punktu widzenia prawa karnego zjawiskiem, którego ocena powinna przebiegać tak jak ocena manipulacji dokonywanej w sektach⁶⁷⁹. Wobec nieulegającej wątpliwości szkodliwości działalności znachorów, postulować należy, aby w przypadku braku skutków określonych w art. 155–157 k.k. oraz niewypełnienia przesłanek czynu zabronionego określonego w art. 160 k.k. organy ścigania częściej wszczynały postępowanie karne z urzędu za przestępstwo prywatnoscargowe stypizowane w art. 217 § 1 k.k. Rzadko bowiem naruszenie nietykalności cielesnej poprzedzona jest tutaj wyzyskaniem udzielonej w wyniku li tylko manipulacji zgody.

Podsumowując tą część rozważań, zwrócić należy uwagę na fakt decydującego znaczenia wskazań wiedzy medycznej dla oceny postępowania znachora⁶⁸⁰. Przekroczenie normy

⁶⁷⁸ (Dz.U.2008.136.857), który to stanowi, iż: „*Lekarz ma obowiązek udzielać pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu*”.

⁶⁷⁹ Tutaj zgodzić się można z konkluzjami Międzyresortowego Zespołu do Spraw Nowych Ruchów Religijnych w „*Raporcie o niektórych zjawiskach związanych z działalnością sekt w Polsce*”, Warszawa 2000, s. 51, iż „*W Polsce nie brakuje sankcji za nadużycia popełnione w sektach. Problemem wydaje się być raczej niemożność ich zastosowania z powodu niewykrycia, bądź nie udowodnienia przestępstwa*”.

⁶⁸⁰ Analizując zgromadzony tutaj materiał empiryczny w postaci rzutów ekranowych stron internetowych, zebrany w dniu 6 kwietnia 2013 r. w wymiarze 20 stron internetowych informujących o oferowanych usługach paramedycznych, stwierdzić należy co następuje:

- w internecie znaleźć można liczne informacje na temat medycyny niekonwencjonalnej, bioenergoterapii, etc.
- dostępne są również strony internetowe, na których wprost informuje się o świadczeniu usług określanych jako „znachorstwo” (zob. np. <http://www.bioosrodek.pl/>),
- większość tego rodzaju usług ma charakter komercyjny,
- w porównaniu do medycyny konwencjonalnej występują trzy charakterystyczne różnice:
 - a) w przypadku medycyny alternatywnej często możliwe jest uzyskanie świadczeń bez bezpośredniego kontaktu z lekarzem (lekarz jest zobowiązany do udzielania świadczeń medycznych co do zasady z zachowaniem zasady bezpośredniości, od której odstępstwo możliwe jest tylko w uzasadnionych przypadkach).
 - b) ogłaszana w internecie cena usług jest stosunkowo niższa niż w przypadku świadczeń zdrowotnych.

ostrożności raz jeszcze wykazuje swój uniwersalny charakter wobec instytucji zgody dysponenta dobrem, która wydaje się być instrumentem w praktyce niewystarczającym dla wyrażenia prawnokarnej charakterystyki czynów dokonywanych w ramach tzw. medycyny alternatywnej.

7) Uzyskanie zgody pacjenta na leczenie jako przykład normy ostrożności?

Wprowadzenie do k.k. przestępstwa penalizującego przeprowadzenie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta, a więc czynu określonego w art. 192 k.k. nie jest wyrazem rewolucyjnej zmiany paradygmatu udzielania świadczeń medycznych⁶⁸¹, ale zmiany normatywnej oceny takiej kategorii zachowań. W doktrynie prawa konstytucyjnego wskazuje się na formowanie się autonomicznej pozycji pacjenta, które nastąpiło na przestrzeni wieku XIX, a współcześnie traktowane jest – nie tylko na gruncie doktryny polskiej, jako przykład tzw. prawa podstawowego⁶⁸². Logiczną konsekwencją takiego stanowiska jest pytanie o przesłanki ważności zgody pacjenta i jej charakteru jako pewnego aktu doniosłego prawnie. Katalog formułowanych tutaj przesłanek jest niezwykle sporny, większość jednak autorów zwraca uwagę na fakt, że inherentnym warunkiem jej skuteczności jest wysłownienie jej przez pacjenta będącego prawidłowo poinformowanym o mającym zostać udzielonym świadczeniu zdrowotnym.

c) zwolennicy medycyny niekonwencjonalnej deklarują kompleksowe wyleczenie z chorób często należących do różnych wyodrębnionych dziedzin medycyny – ignorując przy tym złożone zależności, jakie zachodzą pomiędzy psychiatrią, psychologią wobec medycyny (W tej materii zob. zwłaszcza B. Borys, „*Psychologia we współczesnej medycynie*”, Pol. Merk. Lek., 2008, nr. 25, Supl. 1, s. 35) oraz wynikające z etyki lekarskiej podejście zakazujące składania pacjentowi obietnic nie mających pokrycia we współczesnej wiedzy medycznej.

Problematyczna jest również skuteczność klauzul, dostępnych na stronach niektórych centrów medycyny niekonwencjonalnej (zob. np. <http://www.mandagaz.pl/>, ostatni odczyt dnia 6 kwietnia 2013 r.), iż korzystanie z ich usług nie oznacza zniesienia konieczności odwoływania się do wsparcia ze strony lekarzy czy farmaceutów. Sytuacje, gdy usługi te są sprzeczne z obowiązującą wiedzą medyczną – bądź też wprost, przez udzielanie porad niezgodnych ze stanem współczesnej wiedzy, np. w ten sposób, że odmiennie niż sugeruje to współczesna alergologia dokonywanie badań i ustalanie przyczyny alergii (co do tego problemu zob. J. Kruszewski, W. Silny, H. Mazurek, M. Czarnecka–Operacz, „*Standardy w alergologii* Część I. Testy skórne*” Przegląd Alergologiczny 2004, t. I, s. 51–59), są stosunkowo łatwe do oceny z perspektywy prawa karnego – w grę wchodzi tutaj odpowiedzialność na zasadach ogólnych określonych w rozdziale XIX k.k. Natomiast sprawa komplikuje się nieco w przypadku, gdy sprzeczność zachodzi jedynie pośrednio przez to, że kontakty np. z bioenergoterapeutą opóźniają skierowanie do właściwego specjalisty i postawienie prawidłowej diagnozy – zob. A. Kotlińska–Lemieszek, E. Bączyk, E. Deskur–Śmielecka, J. Łuczak, „*Bóle u pacjenta z chorobą nowotworową – diagnoza kliniczna jako warunek prawidłowego postępowania*”, Nowiny Lekarskie 2011, z. 1, s. 16–21). Wydaje się, że również w takim przypadku odpowiedzialność karna nie jest wykluczona. Tak więc nie treść deklaracji umieszczonej na stronie internetowej, ale obiektywna ocena udzielanych świadczeń, dokonana z perspektywy aktualnie obowiązującej wiedzy medycznej przesądzać musi o odpowiedzialności karnej.

⁶⁸¹ Wskazać należy bowiem, że stosowna regulacja przewidziana była w art. 19 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U.2007.14.89), który to punkt stanowił wyrażnie, że: „[Pacjent ma prawo do – przypis M.B.] wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub ich odmowy, po uzyskaniu odpowiedniej informacji”.

⁶⁸² A. Rovira, „*Autonomía Personal y Tratamiento Médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*”, Pamplona 2007, który sam, będąc przeciwnikiem takiego podejścia, omawia szereg orzeczeń TS w ten sposób: „(...) el Tribunal Supremo, en alguna de sus resoluciones, ha calificado erróneamente el consentimiento informado como derecho humano fundamental (STS 3/2001, Sala de lo Civil, de 12 de enero, STS 94/2003, de 19 de mayo, STS 122/2004, de 12 de julio, entre otras), y también como una manifestación del derecho a la integridad de la persona, siguiendo lo establecido en el artículo 62 de la Carta Europea de Derechos”.

Istotne jest spostrzeżenie, że aprobata zgody pacjenta jako kryterium prawidłowego przebiegu leczenia została ostatecznie zaakceptowana w orzecznictwie dopiero w drugiej połowie XX wieku⁶⁸³. Oznaczało to zarazem odstępienie od nakreślonego jeszcze słowami samego Hipokratesa wzorca protekcyjnego, przedmiotowego traktowania pacjenta⁶⁸⁴. Nie podejmując w tym miejscu zupełnie odrębnego tematu, jakim jest ewolucja postrzegania zgody na zabieg leczniczy w jurysprudencji europejskiej⁶⁸⁵, na potrzeby niniejszej pracy konieczne jest rozstrzygnięcie dylematu, czy uzyskanie zgody pacjenta może być postrzegane jako część zachowania należytej ostrożności przy postępowaniu leczniczym lekarza. Koncepcja taka wysłowiona została bowiem w doktrynie na gruncie przestępstwa z art. 192 k.k. w związku z funkcjonowaniem kontratypu tzw. eksperymentu medycznego określonego w art. 27 § 1 w zw. z § 2 k.k., gdzie zauważono, iż „(...) uzyskanie zgody jest jedną z zasad ostrożności, problematykę tę należy przedstawić osobno”⁶⁸⁶.

Konieczne jest tutaj ściśle oddzielenie perspektywy naukowej prawa karnego oraz innych podejść, zwłaszcza nienaukowych. Tylko bowiem konsekwentne stosowanie tej pierwszej może prowadzić do pewnych rezultatów.

Po bliższym uświadomieniu sobie faktu, że wstępnym warunkiem uzyskania zgody pacjenta jest dostateczne objaśnianie możliwych ryzyk związanych z zabiegiem, materializuje się oczywiste pytanie: według jakich kryteriów osoba udzielająca świadczeń medycznych jest zobowiązana do selekcji informacji przekazywanych pacjentowi? Wymaga to bardziej szczegółowej refleksji nad pojęciem zgody uświadomionej, zwanej również zgodą poinformowaną⁶⁸⁷.

Cechą charakterystyczną procesu leczenia jest to, że zakres przekazywanych pacjentowi informacji nie wyczerpuje wszystkich możliwych diagnoz, które zostałyby sformułowane przez tzw. kognitora doskonałego. Trafne i istotne jest również spostrzeżenie w doktrynie prawa karnego jako nieprawidłowej sytuacji, kiedy zakres przekazywanych pacjentowi informacji jest zbyt

⁶⁸³ Wskazać należy w tym miejscu przykładowo na szereg orzeczeń sądów amerykańskich: *Natanson v. Kline* 350 P. 2d 1093, (Kan. 1960); *Canterbury v. Spence*, 464 F. 2d 772, 784 (DC, circ. 1972); *Scott v. Bradford* 606 P. 2d 554 (Okla. 1979). Podobną ewolucję wykazuje również orzecznictwo niemieckie, które omawia. U. Golbs, „*Die rechtliche Wirkung von Behandlungsverweigerungen Einwilligungsunfähiger bei medizinischen Heileingriffen*”, s.l., 2005.

⁶⁸⁴ Hipokrates (ze względu na brak dostępnego tłumaczenia polskiego cytuję za tłumaczeniem hiszpańskim) „<<Tratado sobre la decencia>>”, w: „*Tratados hipocráticos*”, Madrid, 1990, s. 95–96 pisał bowiem tak: „(...) *haz todo esto con calma y orden, ocultando al enfermo, durante tu actuación, la mayoría de las cosas... ánimale con solicitud y amabilidad, sin mostrarle nada de lo que le va a pasar, ni de su estado actual; pues muchos acuden a otros médicos por causa de esa declaración... del pronóstico sobre su presente y futuro*”.

⁶⁸⁵ Złożoność tego problemu wynika przede wszystkim z tego, że jest on usytuowany na pograniczu prawa i medycyny. Ilość dostępnej na ten temat literatury w nauce europejskiej jest wprost oszałamiająca, wiele jest jednak publikacji niewartościowych.

⁶⁸⁶ R. R. Kędziora, op.cit., s. 301.

⁶⁸⁷ Co do tych pojęć zob. wydane na gruncie nauki cywilistycznej orzeczenie SN w sprawie o sygn. akt IV CSK 240/07, Biuletyn Sądu Najwyższego 2008, z. 4, Lex Polonica nr 1900385.

obszerny⁶⁸⁸.

W doktrynie polskiej, w ślad za rozważaniami prawników niemieckich, zwraca się uwagę na możliwy podział na objaśnienie terapeutyczne oraz objaśnienie warunkujące możliwość realizacji prawa samostanowienia o sobie⁶⁸⁹. Prawidłowa realizacja tego pierwszego jest traktowana jako warunek uznania działania za zgodne z zasadami wiedzy medycznej⁶⁹⁰, natomiast to drugie, jako ograniczone do przewidywanych i typowych skutków danego zabiegu nie ma nic wspólnego z aktualną wiedzą medyczną⁶⁹¹. Wydaje się, że podział taki jest oparty na pewnym uproszczeniu. Uzmysławia to dobitnie spojrzenie na rzeczywistość świata medycznego, gdzie wadliwe udzielenie informacji o sposobie prowadzenia wybranej terapii lekowej, odnoszące się nie tylko do właściwego dawkowania środków medycznych, lecz także do ryzyk związanych z możliwymi reakcjami alergicznymi czy interakcjami może być kwalifikowane jako naruszenie obu rodzajów obowiązku objaśniania. Istota problemu przy takim podziale zdaje się tutaj tkwić w tym, że dąży się jedynie do zachowania czystości abstrakcyjnych pojęć prawnych⁶⁹². Widać to szczególnie dobrze na przykładzie roli, jaką odgrywa wywiad medyczny z pacjentem, stanowiący skomplikowaną sytuację dialogu między dwoma autonomicznymi podmiotami, gdzie zarazem dochodzi do szeregu operacji myślowych mających charakter aproksymacji i redukcji⁶⁹³.

Materializują się tutaj dwa rodzaje pytań: a) po pierwsze, czy nieprawidłowe udzielenie informacji przez lekarza świadczącego usługi medyczne może być traktowane jako osobny przypadek „*błędu medycznego*”, oraz po drugie b) pytanie, w jaki sposób wyznaczyć tutaj właściwy standard informacyjny wobec oczywistego spostrzeżenia, że informowanie pacjenta o niepomyślnej diagnozie jest nierzadko zagadnieniem bardzo trudnym⁶⁹⁴.

Wypada rozpocząć od sformułowania pewnej propozycji odpowiedzi na drugie z

⁶⁸⁸ Sytuacja taka doczekała się fachowego terminu, jakim jest udzielenie „*informacji nadmiernej*”, zob. R. Tymiński, „*Odpowiedzialność lekarza za udzielenie informacji nadmiernej*”, PiM 2012 nr. 1, s. 44). Autor ten stoi jednak na stanowisku, że odpowiedzialność karna w takiej sytuacji jest z teoretycznego punktu widzenia możliwa, *de lege lata* jednak „*dysfunkcjonalność konstrukcji normatywnej art. 31 ust. 1 u.z.l. oraz art. 9 ust. 2 u.p.p.*” powoduje, że lekarz wręcz zmuszony jest do udzielania nadmiernych informacji. Refleksja na ten temat nieobca jest również doktrynie niemieckiej, zob. A. Roggo, „*Aufklärung des Patienten, Eine ärztliche Informationspflicht*”, Bern 2002.

⁶⁸⁹ A. Liszewska, „*Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy*”, PiP 1997, z. 1, s. 45.

⁶⁹⁰ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, „*Uwagi o zawodowym obowiązku udzielania informacji*”, Studia Iuridica 1994, z. XXI, s. 49–50.

⁶⁹¹ G. Grünwald, „*Die Aufklärungspflicht des Arztes*”, ZstW 1961 nr 73, s. 12.

⁶⁹² Stanowisko, że umowność tego podziału wynika w pierwszej kolejności z nadmiernego ograniczania się do perspektywy nauk prawnych, podczas gdy rzeczywistość medyczna jest dużo bogatsza, było już wielokrotnie podnoszone w doktrynie, zob. B. Wierucka-Młynarczyk, E. Pawliszyn, M. Kubicka-Musiał, H. Hüpsch-Marzec, G. Bulek-Juranek, „*Interakcje leków przyjmowanych z powodu chorób jamy ustnej z lekami przyjmowanymi przewlekłe u pacjentów w wieku starszym*” Farmaceutyczny Przegląd Naukowy 2008, nr 4, s. 8–11.

⁶⁹³ Co do istoty i złożoności procesu polegającego na zbieraniu wywiadu lekarskiego, zob. L. Tierney, M. Henderson, „*Wywiad lekarski oparty na zasadach EBM*”, Warszawa 2007.

⁶⁹⁴ Wskazać tutaj można na rozbieżności w dostępnych danych statystycznych pomiędzy poszczególnymi krajami, zebranych w opracowaniu A. Sepiolo, „*Problemy przekazywania niepomyślnych informacji pacjentom z chorobą nowotworową w Polsce i na świecie*”, Psychoonkologia, 1998, nr 2, s. 69–73, zwłaszcza s. 70), zgodnie z którymi np. tylko 7% studentów medycyny w Polsce (w Niemczech 42%) było przekonanych, że w przypadku niepomyślnego rokowania przy chorobie nowotworowej pacjentowi należy przekazać całą prawdę.

postawionych tutaj pytań. Jasne jest, że w pewnych przypadkach chorób informację przekazywane w trakcie leczenia mogą stanowić źródło daleko idących zmian profilu psychologicznego, a nawet chorób psychicznych⁶⁹⁵. Nie jest jasne, czy samo ryzyko wystąpienia ujemnych zmian psychicznych u jednostki może stanowić przesłankę do zaniechania przekazywania pewnej części diagnozy. Na to pytanie, przy obecnej koncepcji relacji pomiędzy pacjentem a lekarzem udzielić należy odpowiedzi negatywnej. Zarazem nawet gdy np. w trakcie leczenia onkologicznego dojdzie do zaburzeń psychicznych u chorego, możliwość odpowiedzialności karnej lekarza za zbyt drastyczne przekazanie niepomysłnych rokowań zdaje się być uzasadniona tylko wyjątkowo. Chodzi tutaj bowiem o takie sytuacje, kiedy lekarz uczestniczący np. w procesie leczenia zmian nowotworowych przy przekazywaniu objaśnień diagnostycznych poprzedzających udzielenie zgody na rozważane zabiegi medyczne, wykazuje kompletny brak zrozumienia dla zmian istotnych wartości psychicznych po stronie chorego takich jak wola życia czy poziom nadziei, a także czynników odpowiedzialnych za stan nastroju⁶⁹⁶. Nie wykluczając więc możliwości odpowiedzialności karnej w takich przypadkach, zwrócić należy uwagę w szczególności na problem konieczności wykazania związku przyczynowo–skutkowego pomiędzy sposobem przekazania wiadomości a genezą ciężkiej choroby psychicznej, do której odwołuje się brzmienie art. 156 § 1 pkt 2) k.k. Jego udowodnienie w realiach procesowych będzie niezwykle trudne. Co więcej, przestrzegać należy przed pochopnym sięganiem po instrumenty prawnokarne wtedy, kiedy istnieje niebezpieczeństwo, że służyć miałyby one rozładowaniu faktycznego poczucia frustracji i niesprawiedliwości losu towarzyszącego osobom bliskim chorego⁶⁹⁷. Ważne tutaj jest to, że problem ten został dostrzeżony w doktrynie i to zarówno zagranicznej, jak i polskiej⁶⁹⁸. Słabością jednak prowadzonych rozważań jest to, że nie wydają się one wyczerpywać całej złożoności przedmiotowego zagadnienia, co ujawnia następujące sformułowanie: „*Lekarz powinien ograniczać zakres udzielanych informacji do tych, które będą niekorzystnie wpływać na psychikę pacjenta*”⁶⁹⁹. Z tak ujętym stwierdzeniem wypada podjąć w ograniczonym zakresie polemikę, tym bardziej, że zdaje się być ona wypowiedzią nieosamotnioną – przejawu podobnego

⁶⁹⁵ A. Rolińska, O. Furmaga, W. Kwaśniewski, M. Makara–Studzińska, „Zaburzenia psychiczne w przebiegu choroby nowotworowej” *Current Problems of Psychiatry* 2011, z. 4, s. 546–549. Autorzy wskazują tutaj przede wszystkim na depresję i zaburzenia lękowe. Zob. również wywody J. Kozaka „Psychologiczne aspekty chorób nowotworowych” w: „Psychologia w medycynie”, B. Borys, M. Majkowicz (red), Gdańsk 2006, s. 399–407.

⁶⁹⁶ „Jakość życia w chorobie nowotworowej”, praca zbiorowa pod red. K. de Walden–Gałuszko, M. Majkowicza, Gdańsk 1994, s. 137–147.

⁶⁹⁷ Dobrze omówienie tych zjawisk jest widoczne w pracy B. K. Budziszewskiej, R. Piusińskiej–Macoch, K. Sułek, A. Stępień, „Psychologiczne Problemy rodziny pacjentów z chorobami nowotworowymi w koncepcji systemowej”, *Acta Hematologica Polonia* 2005, nr 3, s. 317–325.

⁶⁹⁸ K. Michałowska, „Informowanie pacjenta w polskim prawie medycznym”, *PiM* 2003, nr. 13, s. 106–116, A. J. S. King, B. Moulton, „Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision–Making”, *Journal of Law & Medicine* 2006, nr. 32, s. 429–501.

⁶⁹⁹ K. Michałowska, op.cit., s. 115.

rozumowania doszukać się można w treści art. 17 Kodeksu Etyki Lekarskiej⁷⁰⁰.

Po pierwsze, niejasne jest kiedy przekazane wiadomości dotyczące niepomyślnego rokowania mogą w istocie ujemnie oddziaływać na procesy wewnętrzne człowieka. Truizmem byłoby przypominanie, że złożoność ludzkiego umysłu, którego cechą charakterystyczną jest działanie w oparciu o funkcje skojarzeniową powoduje, że trudno przewidzieć, czy dany przekaz nie wywoła u pacjenta nieoczekiwanych skojarzeń bądź fobii⁷⁰¹. W istocie więc pytanie sprowadza się tutaj do zagadnienia, jak właściwie aplikować przewidziany w ustawie w art. 31 ust. 4 tzw. przywilej terapeutyczny⁷⁰².

Próba sformułowania generalnych norm ostrożnego przekazywania negatywnych rokowań musi ograniczyć się do odesłania do stosownych opracowań z pogranicza medycyny i psychologii⁷⁰³. Wydaje się, że można jednak uzupełnić je o kilka wskazań – w pierwszej kolejności stwierdzić trzeba, że nie sposób tutaj sformułować zbyt wielu dyrektyw postępowania o charakterze ogólnym. Wykluczyć należy chyba przyjęcie, że maksymą taką mogłaby być, stanowiąca parafrazę jednej z zasad filozofii I. Kanta, zasada: „*traktuj pacjenta, tak jak byś chciałby traktowany na jego miejscu*”. Zasada taka nie jest bowiem dostateczną gwarancją wyłączenia odpowiedzialności karnej, ze względu na dające się wyobrazić sytuację, kiedy to lekarz traci na skutek wieloletniego obcowania z przypadkami patologicznymi poczucie właściwej projekcji empatycznej. W tej mierze ograniczyć się należy do tyle zachowawczego, co słusznego stwierdzenia o konieczności personalistycznego podejścia do każdego chorego, tak aby nie stracić z oczu jego indywidualnych potrzeb⁷⁰⁴.

Należy również udzielić negatywnej odpowiedzi na pierwsze z wyszczególnionych powyżej pytań, o tyle, o ile błąd medyczny jest uwarunkowany przekroczeniem stosownej normy ostrożności charakteryzującej się cechą bycia częścią obowiązującej wiedzy medycznej.

⁷⁰⁰ Który to stanowi iż, „*W razie niepomyślnej dla chorego prognozy, lekarz powinien poinformować o niej chorego z taktem i ostrożnością. Wiadomość o rozpoznaniu i złym rokowaniu może nie zostać choremu przekazana tylko w przypadku, jeśli lekarz jest głęboko przekonany, iż jej ujawnienie spowoduje bardzo poważne cierpienie chorego lub inne niekorzystne dla zdrowia następstwa; jednak na wyraźne żądanie pacjenta lekarz powinien udzielić pełnej informacji*”, Kodeks ten dostępny jest na stronie internetowej: http://www.oil.org.pl/xml/nil/wladze/str_zl/zjazd7/kel, odczyt dnia 23.04.2013 r.

⁷⁰¹ Można sobie co prawda wyobrazić rozstrzygnięcie tej problematyki za pośrednictwem przyjęcia jednej z reprezentowanych obecnie w nauce koncepcji związku przyczynowego, bądź też przyjęcia koncepcji tzw. obiektywnego przypisania skutku, niemniej jednak wobec braku dostatecznie rozwiniętych kryteriów obiektywnego przypisania skutku, o czym jeszcze będzie mowa poniżej, jest to rozwiązanie wysoce problematyczne.

⁷⁰² P. Dzienis, „*Zasady prawa medycznego*”, SP 2001, z. 3–4, s. 116.

⁷⁰³ Na gruncie chorób onkologicznych wskazać można na artykuł I. J. Higginson, M. Costantini, „*Communication in End-of-Life Cancer Care: A Comparison of Team Assessments in Three European Countries*” *Journal of Clinical Oncology* 2002 n. 17, s. 3674–3682. W gruncie rzeczy chodzi tutaj o zagadnienie wiedzy o przekazywaniu wiedzy w określonych sytuacjach.

⁷⁰⁴ Jest to również postulowane w nauce – zob. I. Stangierska, W. Horst-Sikorska, „*Ogólne zasady komunikacji między pacjentem a lekarzem*”, *Forum Medycyny Rodzinnej* 2007, t. 1, nr 1, s. 60, gdzie zauważa się, iż: „*Lekarz w swojej pracy nie spotyka się z przypadkiem klinicznym, lecz z żywym człowiekiem, który jest przede wszystkim podmiotem i to o bardzo złożonej i zróżnicowanej konstrukcji.*”

Stanowisko takie wpisuje się w określenie przedmiotu ochrony przestępstwa stypizowanego w art. 192 k.k., jakim jest prawo do samostanowienia człowieka⁷⁰⁵. Zresztą, jak już akcentowano powyżej, posługiwanie się pojęciem „*błędu medycznego*” w prawie karnym jest niecelowe.

Zupełnie inne standardy doktryna prawa karnego postuluje przykładać wobec informowania pacjenta o ryzyku związanym z przeprowadzaniem zabiegów o charakterze kosmetycznym. Wyższy standard informowania odnosi się przede wszystkim do przekazywania wiedzy na temat możliwych skutków nietypowych zabiegów. Co więcej, pożądane byłoby zaznaczanie, iż dokonanie takiego zabiegu nie jest wynikiem konieczności medycznej, a zmierza jedynie do wprowadzenia kierunkowych zmian w powłoce cielesnej u poddającego się zabiegowi.

Rozważania te prowadzą jednak do jeszcze jednej, doniosłej grupy problemów. Chodzi mianowicie o kwestię, w jakim stopniu pacjent może skutecznie wyrazić zgodę na nieinformowanie go o przebiegu leczenia oraz do jakiego stopnia wypaczenia w przekazywaniu treści przez lekarza pozostają bezkarne. Pierwsza alternatywa dotyczy zwłaszcza sytuacji, kiedy osoba korzysta z pomocy zaufanego, osobistego lekarza i wyraża zgodę na stosowane przez niego metody leczenia w sposób generalny, bez każdorazowej akceptacji przed przeprowadzaniem zabiegów leczniczych. Zważyć należy na fakt, że obecnie pytanie o to nie występuje z taką ostrością wobec stosunkowo jednoznacznej regulacji art. 31 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry⁷⁰⁶ i rozważania koncepcji tzw. zgody blankietowej⁷⁰⁷.

To drugie zagadnienie jest bardziej złożone dogmatycznie i związane jest z dopuszczalnością stosowania na gruncie polskiego prawa karnego koncepcji rozwiniętej w nauce niemieckiej, jaką jest tzw. *Hypothetische Einwilligung*. Konstrukcja ta nie powinna być mylona z zagadnieniem tzw. zgody zastępczej⁷⁰⁸. Jej genezy doszukiwać się można w doktrynie prawa cywilnego, a niebagatelne zasługi w jej transpozycji na obszar prawa karnego położyła 1. Strafrechtskammer des BGH⁷⁰⁹. Problematyka ta, ze względu na szeroką dyskusję, która stała się udziałem niemałej części doktryny niemieckiej prawa karnego, należy już dzisiaj do kanonicznej

⁷⁰⁵ M. Safjan, „*Prawo a Medycyna: ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*”, Warszawa 1998, s. 35.

⁷⁰⁶ W tej sytuacji konieczne jest, na co trafnie zwraca się uwagę w doktrynie, właściwe udokumentowanie przez lekarza, że pacjent „*żąda*” nieudzielania mu informacji co do planowych zabiegów lekarskich, zob. K. Michałowska, op.cit., s. 114.

⁷⁰⁷ Ibidem.

⁷⁰⁸ Ani też z przypadkami tzw. stanów medycznej konieczności, uregulowanych w art. 33, 34 ust. 7 oraz art. 35 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry. Na ten temat zob. J. Duda, „*Karnoprawne aspekty zastępczej zgody na zabieg leczniczy*”, artykuł dostępny na stronie internetowej prawoimedycyna.pl

⁷⁰⁹ Podstawowe znaczenie mają tutaj dwa orzeczenia: BGH JR 2004, 251 oraz BGH JR 2004, 469. Jako ilustrację problematyki posłużyć się można stanem faktycznym leżącym u podstaw drugiego z orzeczeń, w którym podczas operacji zwichniętego ramienia konieczne okazało się wywiercenie dziur w łopacie, podczas którego ułamało się wiertło zabiegowe. Po zakończonym zabiegu pacjentce obwieszczono, że przebiegło ono pomyślnie, lecz występuje pewna niestabilność ramienia, co wymaga dodatkowej operacji. Pacjentka po konsultacji z rodziną wyraziła zgodę na zabieg, w czasie którego usunięto również odłamaną część wiertła.

wiedzy z zakresu prawa karnego⁷¹⁰. Jako przybliżoną formułę instytucji tzw. hipotetycznej zgody pacjenta wskazać można następujące wyrażenie: nieumyślność można zakładać po stronie działającego lekarza tylko w przypadku, gdyby ten byłby w stanie rozpoznać, że nawet przy udzieleniu wymaganych wyjaśnień chory nie wyraziłby zgody na przeprowadzenie zabiegu medycznego⁷¹¹.

Wobec takiego ujęcia podnieść można szereg zarzutów, jak chociażby ten, że wyłączenie odpowiedzialności karnej w takich przypadkach nie pociąga za sobą wyłączenia odpowiedzialności cywilnej⁷¹². Podnosi się zresztą słusznie, że przy konstrukcji hipotetycznej zgody naruszona zostanie zasada *nullum crimen sine lege anteriori* przez to, że z perspektywy *ex ante* nie da się jednoznacznie wytyczyć zakresu czynów zabronionych⁷¹³; wreszcie argumentami ma być to, iż koliduje to z zasadą śledczości, rozszerzając ponad ustawowy katalog tę grupę przestępstw, gdzie o prowadzeniu postępowania decyduje strona i to, że dopuszcza to nieznane prawu karnemu następce potwierdzenie⁷¹⁴.

Obrońcy tej konstrukcji argumentują z kolei, że akceptacja konstrukcji hipotetycznej zgody odpowiada ocenom sprawiedliwościowym, jeżeli dotyczy jedynie przemilczenia rozkładu ryzyka związanego z przeprowadzanym zabiegiem⁷¹⁵.

Wreszcie prezentowane jest kompromisowe stanowisko wyrażające się w postulacie uwzględnienia faktu zgodności z hipotetyczną wolą pokrzywdzonego zabiegu medycznego na etapie wymiaru kary⁷¹⁶.

Warto podkreślić, że część doktryny systemu kontynentalnego prawa karnego ustosunkowała się już krytycznie wobec tej instytucji⁷¹⁷.

W doktrynie polskiej brak jest obszerniejszych wypowiedzi na temat hipotetycznej zgody⁷¹⁸ – nie sposób bowiem uznać tożsamości pojęcia domniemanej zgody i zgody hipotetycznej. Do wypracowanych przez doktrynę naszych zachodnich sąsiadów argumentów krytycznych wobec tej instytucji dodać można wszak dalsze: w pierwszej kolejności posługiwanie się konstrukcją tzw. negatywnego związku przyczynowego w przypadku, kiedy jednym z

⁷¹⁰ T. Schwartz, „*Hypothetische Einwilligung im Strafrecht*”, Frankfurt am Main 2009.

⁷¹¹ Sformulowaniem takim posługuje się na kanwie wyroku BGHSt Z 15, 200 T. Schwartz, op.cit., s. 9.

⁷¹² Zwraca na to uwagę T. Schwartz, op.cit., s. 148.

⁷¹³ T. Schwartz, op.cit., s. 244

⁷¹⁴ T. Schwartz, op.cit., s. 245

⁷¹⁵ Przykład ryzykownej operacji okulistycznej, która zakończyła się powodzeniem, a którą podjęto bez uprzedniego poinstruowania pacjenta o wysokim ryzyku, podaje T. Schwartz, op.cit., s. 244, z powołaniem się na C. Roxina.

⁷¹⁶ Böcker, JZ 2005, 925, 932. W międzyczasie konstrukcja hipotetycznej zgody została wszak zaakceptowana w szerszym wymiarze w orzecznictwie Sądów Niższych Instancji w Niemczech, zob. np. OLG Koblenz NJW–RR 2004, 1166.

⁷¹⁷ Na gruncie np. nauki chilijskiej, A. Schlack, „*El consentimiento hipotético de la víctima en el derecho penal alemán*”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte 2012, n. 2, s. 275–298.

⁷¹⁸ Tak chociażby problematykę tę w całości ignoruje K. Baron, „*Zgoda pacjenta*” Prokur. i Prawo 2010, z. 9, s. 42 – 56 oraz opracowanie zbiorowe, „*Zgoda pokrzywdzonego*”, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012.

czynników potencjalnie wpływających na jego przebieg jest stosunek psychiczny pokrzywdzonego graniczy z czystą spekulacją⁷¹⁹. Nadto, zauważyć należy jeszcze, że uzależnia ono odpowiedzialność karną od czynników zupełnie przypadkowych – takimi są bowiem nieprzewidziane reakcje organizmu na podejmowane zabiegi lecznicze. Daje się więc w rezultacie wyobrazić sytuacja, w której dwóch lekarzy dokonujących identycznego zabiegu zostanie inaczej potraktowanych z punktu widzenia odpowiedzialności karnej⁷²⁰.

Konkludując, zauważyć można, że uzyskanie zgody pacjenta nie może być traktowana jako przykład normy ostrożności. Niemniej jednak sytuacja ta nie jest już tak jednoznaczna w przypadku konieczności udzielenia niezbędnych wyjaśnień pacjentowi, warunkujących skuteczność wyrażonego przez niego oświadczenia o charakterze rzeczowej zgody. W tym zakresie doszukać się można z pewnością pewnej kategorii odrębnych dyrektyw ostrożnego postępowania⁷²¹.

8) Zasady wiedzy medycznej jako normy ostrożności. Konkluzje

Wydaje się więc, że w świetle powyższych rozważań, to co określa się w języku nauk medycznych jako „*błąd medyczny*”⁷²² zawiera pewne elementy odwołujące się do naruszenia norm ostrożności, istotnych z punktu widzenia prawa karnego. Mimo, że wielokrotnie akcentuje się wszechobecność pojęcia „*błędu medycznego*”, argumenty przytaczane na rzecz jego utrzymania wydają się być, mówiąc ogólnie, liche⁷²³. Posługiwanie się rzeczonym pojęciem „*błędu*

⁷¹⁹ Uwidacznia się tutaj przesłanka entymatyczna konstrukcji hipotetycznej zgody, jaką jest założenie, że ludzie podejmując decyzję kierują się względami racjonalnymi. Gdyby tak w istocie było, prawo karne byłoby o ile nie całkowicie zbędne, to stosowane zdecydowanie bardziej sporadycznie.

⁷²⁰ Ilustruje to więc słabość stanowiska C. Roxina i opracowanego przez niego fikcyjnego kazusu operacji okulistycznej.

⁷²¹ Takie ujęcie jest rozwinięciem holistycznego spojrzenia na tą problematykę, zarysowanego już przez A. Zolla, „*Granice legalności...*”, s. 32, gdzie pisze on tak: „*Granice tej pierwotnej legalności wyznaczają: z punktu widzenia z punktu widzenia dóbr jakimi są życie lub zdrowie – cel leczniczy i zachowanie reguł sztuki, z punktu widzenia prawa do samostanowienia pacjenta – zgoda pacjenta na dokonanie zabiegu.*”. Nadto jawi się to jako zgodne z dominującym poglądem w polskiej karnistyce, który to opowiada się za traktowaniem zgody w kategoriach znamienia czynu zabronionego, zob. choćby stwierdzenie A. Zolla, op.cit., s. 34, iż: „*Znamię zgody pacjenta wymaga jednak bliższego omówienia*”, na podobnym stanowisku stoi E. Hryniewicz, „*Zgoda dysponenta dobra prawnego na gruncie prawa karnego*”, w: „*Zgoda pokrzywdzonego*”, red. R. Zawłocki, Poznań 2012, s. 43) która to nie bez racji piszę, iż: „*zgoda wyłączająca zaistnienie czynu zabronionego stanowi okoliczność faktyczną*” wywodząc dalej, iż „*zgoda stanowi element stanu faktycznego dekompletujący zespół ustawowych znamion czynu zabronionego*”. Niezaprzeczalnym faktem jest jednak to, że wpisanie zgody pacjenta w szerszy wymóg tzw. *informed consent* prowadzi do tego, że aktualizuje się, jak to zaznaczono już powyżej w tekście głównym, pytanie o zespół norm ostrożności przy objaśnianiu ryzyk związanych z przeprowadzeniem zabiegu. Tutaj przynajmniej zdają się być one nieodzowne.

⁷²² Względnie z wykorzystaniem określeń równoważnych, takich jak „*błąd lekarski*”, „*błąd w sztuce lekarskiej*” etc.

⁷²³ Dobrym przykładem w tej mierze może być sformułowanie R. Kędziory, op.cit., s. 193, gdzie pisze ona: „*Fakt iż <<błąd w sztuce>> jest nadal popularny i stosowany w środowisku medycznym, prawniczym oraz potocznie najlepiej świadczy o tym, że jest to termin niezbędny i pożyteczny*”. Z poglądem tym zgodzić się można jedynie połowicznie: sam fakt częstego występowania nie przesądza o tym, aby na użytej precyzyjnej terminologii języka prawniczego nie zastąpić go terminem o bardziej sparymetryzowanym polu znaczeniowym. Tym bardziej, że te zbitki dwu lub więcej wyrazów zawierające człon „*błąd*” dla niejednego karnisty przywodzą na myśl problematykę instytucji z art. 28–30 k.k. Wreszcie niefortunne zdaje się być tworzenie wyrażen opisujących sytuację błędu co do „*błędu medycznego*”.

medycznego” bądź określeniami równoważnymi jest pewnym skrótem myślowym, skrótem opisującym instytucję o nieskrystalizowanych do końca konturach, implikującym z założenia kres kompetencji sędziego, który w tej materii powinien skorzystać z opinii biegłego sądowego.

Gdyby operować w szerszym zakresie podobnymi pojęciami na gruncie prawa karnego, a możliwości w tym względzie jest wiele, począwszy od pojęcia „wypadku drogowego” na gruncie przestępstw z Rozdziału XXI k.k. czy „zamachu” na gruncie przestępstw z Rozdziału XVIII k.k. to doszłoby do zamazania konturów struktury przestępstwa. Co więcej, takie mnożenie bytów ponad konieczność stałoby w sprzeczności z pryncypiami filozofii, a zwłaszcza z tzw. brzytwą Ockhama. Podkreślić nadto należy, że przywiązanie do tego pojęcia nie jest absolutne nawet w samych naukach medycznych, gdzie został już sformułowany jednoznaczny postulat, aby zrezygnować z posługiwania się pojęciem błędu medycznego i zastąpić go bardziej neutralnym pojęciem „zdarzenia niepożądanego”^{724,725}.

Filozoficzny postulat oszczędności w formułowaniu konstrukcji intelektualnych zastosować należy do badania, czy pewna próba charakterystyki norm ostrożności występujących na gruncie wiedzy medycznej nie jest pewnego rodzaju sztucznym przedsięwzięciem. W odróżnieniu bowiem od rozmaitych dyscyplin sportowych, nie przybierają one tak sformalizowanej postaci jak regulaminy sportowe, uchwalane w drodze procedury przypominającej pod wieloma względami proces legislacyjny. Normy ostrożności w medycynie, choć nie są prostym przeniesieniem aktualnej wiedzy medycznej na grunt normatywny, o czym dobitnie świadczy problematyka objaśnionej zgody pacjenta na podejmowany zabieg leczniczy, niemniej jednak ponad wszelką wątpliwość posiadają charakter dynamiczny i ulegają zmianom wraz z rozwojem stanu poszczególnych dyscyplin naukowych powiększających stan ludzkiej wiedzy.

Zasadnie należy zadać pytanie, czy problematyka ta w ogóle winna być przedmiotem rozważań ze strony prawników. Nadto, powstaje pytanie czy nie dałoby się zrekonstruować normy ostrożności jako występującej nie tylko w medycynie, lecz w każdej praktycznie sferze ludzkiej aktywności. Szczególnie w przypadkach czynów umyślnych aktualizuje się pytanie, czy nie tworzy to dodatkowego warunku odpowiedzialności karnej jakim jest, prócz przekroczenia normy sankcjonowanej, przekroczenie właściwej normy ostrożności. Pytanie to jawi się z ostrością wobec postulowanego w doktrynie nadania normom ostrożności charakteru co najmniej istotnego modyfikatora normy sankcjonowanej, polegającego na tym, że w przypadku kiedy sprawca dział

⁷²⁴ T. Jurek, B. Świątek, W. Golema, „Zdarzenie niepożądane a błąd medyczny”, *Ergonomia IJE & HF* 2009, n. 3–4; s.125 Symposium „*Ergonomics and the risk of medical error*”, s. 145, gdzie piszą oni wprost: „Pojęciem znacznie szerszym i co najważniejsze neutralnym, nie powodującym konfliktów, jest <<zdarzenie niepożądane>>.”

⁷²⁵ Wobec tego można jednak podnieść zarzut, że jest to sformułowanie nadmierne „poprawnie polityczne”, które może być stosowane w każdej dyscyplinie naukowej w bardzo różnych kontekstach. Co więcej, może być ono rozpatrywane co najwyżej na płaszczyźnie uwag co do języka prawniczego.

ostrożnie, nie można go pociągnąć do odpowiedzialności karnej, mimo wystąpienia prawnokarnie doniosłego skutku. Wydaje się jednak, że na tak postawione pytania udzielić należy stanowczej, negatywnej odpowiedzi.

Przeprowadzone powyżej rozważania na temat norm ostrożności w medycynie skłaniają jednak do konstatacji, że nie jest nigdy wystarczające, że osoba udzielająca świadczenia zdrowotnego dokonała ich zgodnie z najnowszymi wytycznymi autorytetów naukowych czy wyników badań empirycznych. Ważne jest bowiem nie tylko pozyskanie zgody od odpowiednio, uprzednio we właściwym zakresie, poinformowanego pacjenta, lecz także uwzględnienie w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych dyrektyw psychologicznych czy okoliczności ekonomicznych, współkształtujących treść normy ostrożności w danej sytuacji. Z tego też powodu brak jest jakiegokolwiek potrzeby odwoływania się do takich instytucji jak tzw. kolizja obowiązków.

Zaufanie do lekarzy jako zawodu zaufania publicznego nie oznacza zarazem, że jako całkowicie absurdalny zbywać należy postulat pewnej ich formalizacji. Spostrzec należy, że analogiczny proces dokonał się już w wielu dziedzinach życia stwarzających mniejsze zagrożenie dla dóbr prawnie chronionych, czego znakomitą egzemplifikacją są Polskie Normy⁷²⁶. Nie chodzi tutaj o to, aby krępować rozwój nauk medycznych. Niebezpieczeństwem jednak może być brak społecznej możliwości kontroli procedur stosowanych w naukach medycznych przez ekspertów niebędących lekarzami, zwłaszcza wobec dostrzeganego w doktrynie problemu tzw. solidarności środowiska lekarskiego⁷²⁷. Jednak wypowiedzieć się należy przeciwko próbom opracowywania takich regulacji ze strony państwa, bowiem wzmiankowany powyżej problem braku kontroli społecznej w dobie społeczeństwa informacyjnego jest coraz mniej realny. Porządna jest jednak w tym zakresie większa aktywność organizacji pozarządowych⁷²⁸, które, jak się wydaje, mogłyby stworzyć niejeden standard adekwatnie wyrażający normy ostrożności w znacznej liczbie przypadków.

Zaznaczyć jednak należy, że taki wniosek odnieść może ten skutek, że – prócz zrozumiałego wpływu psychologicznego na środowisko lekarskie⁷²⁹ – stworzy to pewien kontekst

⁷²⁶ Ustawa z dnia 12 września 2002 r. o normalizacji (Dz.U.2002.169.1386).

⁷²⁷ A. Zoll, „O błędach lekarskich i klauzuli sumienia”, *Palestra* 2014, z. 10, s. 52.

⁷²⁸ Zarazem jednak pożądane byłoby tworzenie bądź dostosowanie do warunków polskich pewnych wytycznych o charakterze standardów minimalnych przez organizacje pozarządowe. Pod tym względem medycyna, jak się wydaje do tej pory jest zaniedbywana, a nie powinno być bowiem tak, że normy ostrożności w medycynie stanowią pewien nieuchwytny, labilny korpus dyrektyw postępowania. Analiza bowiem przykładów z orzeczeń analizowanych w Rozdziale VIII niniejszej pracy wskaże, że do tej pory tak właśnie jest.

⁷²⁹ Nie chodzi tutaj o tworzenie jakiegoś czynnika koercyjnego dla wywierania kierunkowego nacisku na służbę zdrowia, której głównym problemem, jak powszechnie wiadomo, jest brak środków finansowych, lecz przede wszystkim o pewną transparentność, która umożliwi osobą udzielającym świadczeń zdrowotnych bronić się przed bezpodstawnymi oskarżeniami za niepowodzenia lecznicze. Postulat ten wielu przedstawicielom nauki wydać się może na pierwszy rzut oka zamiarem zbyt pracochłonnym do urzeczywistnienia, niemniej działanie z misją społeczną wielu organizacji pozarządowych może z łatwością to zadanie wykonać. Nie jest tutaj konieczne tworzenie aż tak drobiazgowej regulacji jak przewidują to np. standardy Polskich Norm w odniesieniu do procesu budowlanego. Takie działanie winno uczynić problematykę granic odpowiedzialności karnej (i nie tylko) bardziej jasną.

funkcjonalny dla matrycy, jaką jest k.k., kontekst, którego obecnie często niestety brakuje⁷³⁰, ułatwiając tym samym proces ustalania odpowiedzialności karnej za naruszenia norm ostrożności w procesie leczenia. W tym kontekście pamiętać należy o pewnym, gorzko brzmiącym stwierdzeniu – „*błędy lekarskie były i będą*”.⁷³¹ Niemniej przynajmniej na gruncie prawa karnego postulować należy ich całkowite usunięcie.

IV. Normy ostrożności w prawie karnym drogowym

1) Uwagi wstępne i podstawowe pojęcia

Współczesne zagrożenia związane z komunikacją drogową nie mogą ulegać żadnym wątpliwościom – dla zilustrowania tego faktu wystarczy wskazać na niezwykle symptomatyczny fakt, iż w trakcie II wojny światowej USA straciły 139 859 obywateli zmarłych na frontach, podczas gdy w analogicznym okresie na drogach tego kraju śmierć poniosły 144 982 osoby⁷³².

Problematyka norm ostrożności, czy szerzej odpowiedzialności karnej za czyny w komunikacji drogowej ukazuje to zagadnienie w swojej perspektywie, nie brak tu jednak pewnych uproszczeń. Zdecydowana większość polskiej doktryny stoi na stanowisku, że jest to zagadnienie stosunkowo nowe, które związane jest z rozwojem współczesnej komunikacji drogowej⁷³³. Stwierdzenie takie jest jedynie połowicznie poprawne – z jednej strony istotna zmiana jakościowa, związana z rozwojem motoryzacji, generuje pewne nowe trudności, z drugiej jednak ruch pojazdów, w tym ruch po specjalnie do tego przeznaczonych drogach, towarzyszy rozwojowi ludzkiej cywilizacji od dłuższego już czasu⁷³⁴, a jego oceny prawne są ilustracją zmieniającego się patrzenia na normy i leżące u ich podstaw założenia filozoficzne⁷³⁵. Można więc powiedzieć, że te dwa systemy pozostają we wzajemnej współzależności, w pewnym dialogu.

⁷³⁰ Uzmysławiają to dobrze dylematy i spory, które toczą się w zakresie problematyki rozgraniczenia pomiędzy zabiegiem terapeutycznym a zabiegiem nie-terapeutycznym.

⁷³¹ J. L. Kurkowski, op.cit., s. 28, gdzie opisuje on również głośny przypadek próby usunięcia kul po zamachu na prezydenta Garfielda w 1881, kiedy lekarze w poszukiwaniu odłamków pocisku posłużyli się specjalnym wykrywaczem metalu, nie uwzględniając, że jego wskazania były zniekształcone przez sprężyny znajdujące się materacu, na którym leżał prezydent i następnie dokując długiej i głębokiej, a ostatecznie również bezskutecznej operacji chirurgicznej doprowadzili jedynie do zakażenia pacjenta, który wskutek sepsy zmarł.

⁷³² Dane cytowane za H. Gałęcki, A. Solarz, „*Stan bezpieczeństwa na drogach publicznych*”, w: „*Wypadki drogowe*”, red. F. Koczanowski, W. Dżułyński, Warszawa 1963, s. 13–14.

⁷³³ Zob. A. Zoll, „*Odpowiedzialność karna kierowcy za spowodowanie wypadku i nieudzielenie pomocy jego ofierze*”, WPP 1969, nr 1, s. 17. W tym kontekście zauważyć należy, że pierwszym znaczącym aktem, regulującym w sposób kompleksowy tę problematykę na terenie RP było Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 27.10.1937 o ruchu pojazdów mechanicznych na drogach publicznych (Dz.U.1937.85.616). Zawarte w nim przepisy dotyczące zachowania się w ruchu drogowym obejmowały § 52–69.

⁷³⁴ Np. udomowienie koni wykorzystywanych do transportu nastąpiło około 5000 lat temu.

⁷³⁵ Pewną ilustracją tej problematyki jest ewolucja odpowiedzialności karnej za skutek, która chociażby na gruncie prawa średniowiecznego (Zwierciadło Saskie) opierała się na odpowiedzialności zwierząt i przedmiotów, zob. G. Rüping, „*Grundriß der Strafrechtsgeschichte*”, Monachium 1996, s. 20.

W pierwszej kolejności konieczne jest poczynienie kilku uwag wstępnych, co związane jest z niejasnością szeregu pojęć stosowanych przy przestępstwach komunikacyjnych, poczynawszy od samego „*pojazdu mechanicznego*”, mimo funkcjonowania w u.p.r.d. stosownej definicji⁷³⁶. W doktrynie polskiego prawa karnego zauważa się, że pierwszeństwo przyznać należy w tej mierze dyrektywom wykładni funkcjonalnej, tak, iż w konkretnej sytuacji pojazdem mechanicznym może być taki pojazd, który jest pozbawiony silnika mechanicznego⁷³⁷. Rozumowanie takie opiera się na przeznaczeniu do ruchu drogowego i znalazło swoją aprobatę nie tylko wśród późniejszych wypowiedzi karnistów, lecz także w orzecznictwie SN⁷³⁸.

Drugim kluczowym pojęciem, które wymaga klaryfikacji w tej materii jest określenie „*kierowcy pojazdu mechanicznego*”. Szereg wątpliwości związanych z tym pojęciem dotyczy w szczególności zakwalifikowania jako kierowcy osoby kierującej pojazdem holowanym⁷³⁹. Wobec tak postawionego pytania w nauce polskiego prawa karnego wykrystalizowały się dwa zasadnicze stanowiska – pierwsze z nich, opowiadające się z wąskim pojmowaniem znaczenia kierowania pojazdem jako władania nad silnikiem pojazdu, i drugie, szersze, polegające na spełnianiu jakichkolwiek czynności związanych bezpośrednio z ruchem danego pojazdu⁷⁴⁰. W orzecznictwie jako przyjętą uznać można koncepcję pierwszą⁷⁴¹. Nie wnikając w istotę tego sporu zauważyć można jedną rzecz – przyjęcie jako kryterium wydawania „*drobiazgowych nieraz*” poleceń wymaga pewnej ostrożności, gdyż inaczej jako kierowcę można by uznać policjanta kierującego ruchem na skrzyżowaniu, co jest co najmniej nieintuicyjne. Stąd też, jako pewną wskazówkę przyjąć można rozgraniczenie kierowcy w stosunku do uczestnika ruchu drogowego, którym jest każda osoba znajdująca się w pojeździe mechanicznym usytuowanym na drodze⁷⁴².

W sposób naturalny prowadzi to do ostatniego z istotnych pojęć w tym kontekście, jakim jest „*droga*”, która również doczekała się ustawowej definicji⁷⁴³. Praktyczna trudność w ustaleniu,

⁷³⁶ Chodzi tutaj o pojęcie „*pojazdu samochodowego*”, który określany (zob. art. 2 pkt 32 u. p.r.d.) jest jako „*pojazd silnikowy, którego konstrukcja umożliwia jazdę z prędkością przekraczającą 25 km/h; określenie to nie obejmuje ciągnika rolniczego*”.

⁷³⁷ E. Kunze, „*Pojęcie pojazdu mechanicznego w polskim prawie karnym*”, RPEiS 1978, nr 2 oraz E. Kunze, M. Tarnawski „*Glosa do wyroku SN z dnia 22 maja 1978 r. – V KRN 177/03*”, NP 1974, nr 9, s. 1228.

⁷³⁸ Dobrym przykładem takiego teleologicznego patrzenia na pojęcie pojazdu mechanicznego jest orzeczenie SN w sprawie o sygn. Rw 63/71, OSNKW 1971, z. 6, poz. 99, Lex Polonica nr 306431, w którym stwierdzono, że „*Transporter opancerzony (...) jest (...) uzbrojonym pojazdem mechanicznym również wtedy, gdy czasowo nie umieszczono w nim broni*”. Zob. również J. Kochanowski, „*Zagadnienia przestępstw drogowych i przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji*”, Warszawa 1990, s. 95.

⁷³⁹ R. Pawlik „*Odpowiedzialność osoby prowadzącej holowany pojazd mechaniczny*”, Prokur. i Prawo 2004, nr 7–8, s. 194.

⁷⁴⁰ Zarys sporu wraz z prezentacją stanowisk pośrednich prezentuje R. Pawlik, op.cit., s. 196.

⁷⁴¹ Zob. wyrok Rw 1532/71, OSNKW 1972, z. 5, poz. 93, Lex Polonica nr 306432, gdzie wywiedziono, że: „*Kierownik lotów jest (...) na równi z załogą znajdującą się w samolocie (...) osobą prowadzącą*”.

⁷⁴² R. A. Stefański, „*Odpowiedzialność za udostępnienie do prowadzenia pojazdu osobie znajdującej się w stanie po użyciu alkoholu lub podobnie działającego środka*”, Prokur. i Prawo 2007, z. 5, s. 21, podaje w tym kontekście przykład elektromontera wymieniającego żarówki lamp drogowych z podnośnika samochodowego.

⁷⁴³ Art. 2 pkt 1) u.p.r.d. określa drogę jako: „*wydzielony pas terenu składający się z jezdni, pobocza, chodnika, drogi dla pieszych lub drogi dla rowerów, łącznie z torowiskiem pojazdów szynowych znajdującym się w obrębie tego pasa,*

czy mamy do czynienia z uczestnictwem w ruchu drogowym, związana jest z przeciwstawieniem przez ustawodawcę dróg publicznych kategorii dróg wewnętrznych, do której to kategorii należą wszystkie drogi niemieszczące się w tej pierwszej⁷⁴⁴. Zarazem spostrzec należy, że w gruncie rzeczy prawo odnosi się tutaj do pewnej rzeczywistości zastanej, bowiem przesądzenie, kiedy mamy do czynienia z traktem na tyle często używanym, że zasługuje on na określenie mianem drogi dokonuje się – mimo pewnych wskazówek ze strony ustawodawcy – w oparciu o intuicję użytkowników języka⁷⁴⁵. Dodać należy, że pojęcie drogi może być przydatne do kryminalistycznej oceny zależności⁷⁴⁶, które doprowadziły do zaistnienia wypadku drogowego, ale nie ma decydującej roli przy wyznaczaniu pojęcia komunikacji drogowej⁷⁴⁷.

Zestawienie tych trzech podstawowych terminów prowadzi do wniosku, że istnieje potrzeba bardzo subtelnej ich wykładni przez odwołanie się do danych empirycznych, aby uniknąć zarzutu poważnego błędu w rozumowaniu, jakim jest błędne koło⁷⁴⁸. Można však wyobrazić sobie taką sytuację, w której uproszczone, zarysowane powyżej eksplikacje tych terminów będą układały się w taki ciąg: kierowcą jest osoba, która prowadzi pojazd mechaniczny, pojazdem mechanicznym jest nie tylko pojazd wyposażony w silnik, ale każdy, który przystosowany jest do ruchu drogowego, ruch drogowy to taki, w którym uczestnicy przemieszczają się na drogach, drogi to taki wydzielony obszar powierzchni ziemskiej, na którym faktycznie odbywa się ruch uczestników ruchu drogowego, uczestnikami ruchu drogowego są kierowcy i inne osoby przemieszczające się na drodze bądź pieszo, bądź w pojeździe mechanicznym. Aby przerwać to błędne koło wystarczyłoby odrzucić chociażby nadmiernie szerokie pojmowanie pojazdu mechanicznego, które występuje w opracowaniu M. Tarnawskiego i E. Kunze⁷⁴⁹ i jako kryterium

przeznaczony do ruchu lub postoju pojazdów, ruchu pieszych, jazdy wierzchem lub pędzenia zwierząt”. Praktyczną doniosłość w tej materii posiada Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U. 1999 nr 43 poz. 430), a w szczególności postanowienia §§ 14–26 oraz § 53.

⁷⁴⁴ Takie przeciwstawienie wynika z brzmienia art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. 2007.19.115), zgodnie z którym: „*I. Drogi, parkingi oraz place przeznaczone do ruchu pojazdów, niezaliczone do żadnej z kategorii dróg publicznych i niezlokalizowane w pasie drogowym tych dróg są drogami wewnętrznymi.*”

⁷⁴⁵ Tylko pewną wskazówką może być do tym względem odwołanie się do spełniania przez drogę „*funkcji dojazdowej*”, zob. M. Miemiec, „*Prawne pojęcie <<drogi dojazdowej do gruntów rolnych>>*”, *Nowe Zeszyty Samorządowe* 2000, z. 6, s. 67.

⁷⁴⁶ Ilustruje to następująca próba określenia ruchu drogowego przez A. Gaberle, „*Wypadki drogowe: aspekty kryminologiczne*”, Warszawa 1986, s. 210: „*Zbiorowość ludzi korzystających z drogi w różnych rolach i w związku z tym poruszających się po niej przy wykorzystaniu różnego rodzaju pojazdów oraz pieszo*”.

⁷⁴⁷ W orzecznictwie (zob. np. wyrok SN w sprawie o sygn. akt WR 186/95, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 1996 z. 5–6, poz. 46, *Lex Polonica* nr 307492) przyjęta jest bowiem teza, że z sytuacją komunikacji w ruchu lądowym mamy do czynienia chociażby w przypadkach ruchu pojazdów na polu namiotowym – wywodząc zarazem, iż „*przestępstwo drogowe może być popełnione nie tylko na drodze publicznej, ale również poza nią – wszędzie tam, gdzie ruch pojazdów faktycznie się odbywa w związku z czym istnieje możliwość zagrożenia bezpieczeństwa dla tego ruchu*”.

⁷⁴⁸ Podkreślić należy, że w nauce takich definicji, będących nawet zamieszczonymi w ustawowym słowniczku, nie zawsze traktuje się jak definicje *sensu stricto*, zob. P. Saługa, „*Sposoby wyodrębniania definicji legalnych*”, *PiP* 2008, z. 5, s. 76 i n.

⁷⁴⁹ Określają oni bowiem pojazd mechaniczny jako „*pojazd poruszany za pomocą umieszczonego w nim silnika, przeznaczony lub przystosowany do ruchu na lądzie, wodzie lub w powietrzu*”, zob. E. Kunze, M. Tarnawski, „*Glosa...*”, s. 1234. Autorzy Ci dalej obajśniąją: „*Określenie <<przeznaczony>> do ruchu nie oznacza, że w*

przyjąć niezależną daną empiryczną, którą jest np. fakt wyposażenia pojazdu w samodzielny napęd.

2) Problem zachowania właściwej (bezpiecznej) prędkości jako przykład normy ostrożności w prawie karnym drogowym?

Jako przyczynę wypadku drogowego stosunkowo często wskazuje się „*nadmierną szybkość*”⁷⁵⁰. Wydawać by się mogło, że jest to wartość, która daje się – przy uwzględnieniu złożonego kontekstu sytuacyjnego, w którym występuje współzależność pomiędzy człowiekiem, drogą i pojazdem – matematycznie wyliczyć. Stąd też stanowiłaby ona wartość, która jest drugim czynnikiem korygującym – poza właściwymi regulacjami u.p.r.d. – dopuszczalną granicę w tempie przemieszczania się pomiędzy poszczególnymi punktami docelowymi. Prowokuje to jednak dwie uwagi.

Po pierwsze, niejasne jest, czy korekta sposobu właściwego zachowania się uczestnika w ruchu drogowym – przyjmując stanowisko rozpowszechnione w orzecznictwie SN, a z jeszcze większym natężeniem w sądach powszechnych – może odbywać się prawie wyłącznie w kierunku obniżenia dopuszczalnej w porównaniu z wynikającą ze znaków drogowych czy regulacji u.p.r.d. prędkości. Wątpliwość taka nabiera znaczenia nie tylko w kontekście poruszania się w ruchu drogowym pewnej szczególnej kategorii pojazdów⁷⁵¹, lecz także z immamentnie pejoratywnym charakterem wyrażenia „*nadmierna szybkość*”. Sensowniej byłoby mówić o „*prędkości niewłaściwej*”⁷⁵², gdyż nietrudno sobie wyobrazić sytuację, kiedy źródłem niebezpieczeństwa czy zagrożenia na drodze staje się właśnie zbyt wolne przemieszczenie się poszczególnych jego uczestników⁷⁵³.

Niemniej jednak to właśnie druga wątpliwość ma charakter poważny – i ujawnia absurdalność wynikającą z nieprawidłowego stosowania tego pojęcia⁷⁵⁴. Podnoszone w tej mierze

konkretnej sytuacji pojazd musi być sprawny technicznie. Natomiast cecha polegająca na tym, że jest on <<przystosowany>> do ruchu wskazuje, iż jest on sprawny technicznie.”

⁷⁵⁰ Pojęcie to przejawia się wielokrotnie w orzecznictwie SN, tak chociażby już w wyroku (III K 888/58, OSPiKA 1959 z. 11 poz. 299, Lex Polonica nr 2487584), podobnie SN w rozstrzygnięciach: V KRN 334/71, LexPolonica nr 308850 czy V KRN 41/79, NP 1980, z. 11–12, s. 134, LexPolonica nr 308856; na marginesie wskazać należy, że chodzi tutaj o prędkość jako o podstawową wielkość wektorową charakteryzującą ruch, a nie o „*szybkość*”.

⁷⁵¹ Co zostało już zauważone w doktrynie prawa karnego zob. R. Łyczywek, „*Dopuszczalna szybkość pojazdu uprzywilejowanego*”, Palestra 1962, nr 12.

⁷⁵² Warto tutaj wskazać na rozbieżność pomiędzy zasadami konstrukcji dróg a ograniczeniami prędkości dopuszczalnej, zob. L. Prochowski, „*Mechanika Ruchu*”, Warszawa 2005, s. 59–67.

⁷⁵³ Dotyczy to w szczególności poruszania się pojazdów mechanicznych na autostradzie. Poza tym wymusza odpowiednie dostosowanie modeli działania kierowcy – zob. S. Gaca, W. Suchorzewski, M. Tracz, „*Inżynieria ruchu drogowego. Teoria i praktyka*”, Warszawa 2008, s. 289–292.

⁷⁵⁴ Zwraca na to uwagę w swoim opracowaniu K. Buchała, „*Nadmierna szybkość jako przyczyna wypadków drogowych*”, Palestra 1961, nr 7, s. 65, posługując się terminem „*narażenia się na śmieszność*”. W podobnym duchu wypowiadają się także inni przedstawiciele nauki prawa karnego, jak chociażby K. J. Pawelec, „*Wypadek drogowy*”, Warszawa 2003, s. 77, który stwierdza: „*Prędkość bezpieczna to swoistego rodzaju panaceum na wszystkie*

wątpliwości streścić można następująco: w przypadku wystąpienia prawnokarnie doniosłego skutku, jakim jest tzw. „wypadek drogowy”, zawsze można przeprowadzić wnioski oparte na schemacie: gdyby pojazd poruszał się z niższą prędkością, to najpewniej – wobec skróconej drogi hamowania – do wypadku by nie doszło. Aby obnażyć absurdalność takiego rozumowania, można to stwierdzenie posunąć wręcz dalej niż to się czyni w literaturze przedmiotu⁷⁵⁵ i powiedzieć przekornie: gdyby pojazd stał, to wtedy i tak nie zostałyby wykluczone całkowicie spowodowanie wypadku drogowego⁷⁵⁶.

Uwidacznia się tutaj konieczność przeprowadzenia pewnego złożonego wartościowania, przy którym krystalizują się kolejne pytania, jak chociażby to, w jakim zakresie zasadne jest uwzględnienie odmiennej dla każdego kierowcy tolerancji ryzyka⁷⁵⁷.

Wszystkie te rozważania obarczone są razem dużym niebezpieczeństwem: kwestia ograniczania dopuszczalnej prędkości na drogach ma wymiar polityczny (i niewątpliwie również ekonomiczny) i w obecnym ustawodawstwie wyraża się przede wszystkim w dążeniu do ograniczenia dopuszczalnej prędkości, a stanowisko, że prędkość właściwa może nawet wyraźnie przekraczać tą dopuszczoną administracyjnie, chociaż najbliższa rzeczywistości i zbieżna z koncepcją świadomego obywatela demokratycznego państwa prawnego nie jest szerzej reprezentowana⁷⁵⁸. Zaskakujące jest to zwłaszcza wobec ciągłego rozwoju technicznego, wyrażającego się np. w konstruowaniu dróg o podwyższonym współczynniku tarcia⁷⁵⁹ oraz samochodów wyposażonych w szereg urządzeń usprawniających proces hamowania. Powstaje tutaj pytanie, dlaczego wobec szerokiej akceptacji wskaźnikowego charakteru reguł sportowych

zachowania kierujących, chociaż w rzeczywistości wcale nim nie jest.”

⁷⁵⁵ K. Buchała, „Nadmierna...”, s. 64 stwierdza: „Praktycznie biorąc, szybkość 10 km/h powinna zabezpieczyć przed wypadkami drogowymi. Ale nawet przy tej szybkości może się zdarzyć, że idący z boku przechodzień nagle i bez uzasadnionej przyczyny wejdzie na jezdnię wprost pod koła samochodu, kierowca zaś nie będzie w stanie pojazdu zatrzymać”.

⁷⁵⁶ Problematyka ta, związana z zagadnieniem przyczynowości zaniechania, wymagałaby szerszych rozważań, wystarczy więc wskazać, że źródłem wypadku może być także złe zaparkowanie samochodu.

⁷⁵⁷ A. Gaberle, op.cit., s. 60. Przypomnieć należy, że w świetle dominującej obecnie w polskiej nauce koncepcji szkoły krakowskiej, reprezentowanej obecnie m.in. przez A. Zolla, przy formułowaniu odpowiedzi na pytanie, czy zachowanie sprawcy było ostrożne, uwzględniać się winno ocenę posiadania właściwych kwalifikacji po stronie podmiotu do wykonania danego czynu. Odrębną sprawą jest natomiast dążenie do uniknięcia błędnego wnioskowania w rozumowaniu z tego co jest, o tym co być powinno (widły Hume’a), które wyrażać się będzie w następującym ciągu myślowym – kierowca ze względu na niższe kompetencje – np. uzyskanie niedawno prawa jazdy – był zobowiązany zadośćuczynić niższemu standardowi ostrożności. Jest to jednak zagadnienie, które będzie szczegółowo rozważane w Rozdziale VII niniejszej pracy.

⁷⁵⁸ A. Bachrach, „Przestępstwa i wykroczenia drogowe w nowym prawie polskim”, Warszawa 1965, s. 173. Na gruncie obecnych regulacji prawa represyjnego prowadzić to może do odpowiedzialności karnej z art. 97 k.w. (zob. R.A. Stefański, „Komentarz do prawa o ruchu drogowym”, Komentarz do art. 19, nb. 15, LEX 2013).

⁷⁵⁹ Interesujące jest pod tym względem zestawienie danych przytaczanych przez K. Buchałę, „Nadmierna...”, s. 56, który odwołując się do wcześniejszych opracowań niemieckich podaje jako wartość tarcia opony przedział 0,5–0,55 (na drodze asfaltowej, przy jednoczesnym ostrzeżeniu przed „przecenianiem obliczeń na podstawie tabeli”). Warto nadmienić, że współcześnie (zob. T. Mechowski, „Analiza i weryfikacja wymagań i procedur pomiarowych oceny właściwości przeciwoślizgowych nawierzchni dróg publicznych i autostrad płatnych”, Warszawa 2005, s. 18) przy prędkości 60 km/h, ale jednocześnie przy zablokowanych kołach, określona ona została na poziomie 0,55.

istnieje tak daleko idąca sztywność przy interpretacji postanowień u.p.r.d.?⁷⁶⁰ Powstaje również pytanie, jakie zachowanie, a w tym kontekście dokładniej rzecz ujmując, jaka prędkość może być uznana za wyłączającą ryzyko odpowiedzialności karnej w przypadku wystąpienia wypadku drogowego?⁷⁶¹

Tak postawione pytanie wymaga pogłębionych rozważań nad pojęciem „prędkości bezpiecznej”⁷⁶². W doktrynie wskazuje się w pierwszej kolejności na jej relatywność, co znalazło również szerokie odzwierciedlenie w orzecznictwie⁷⁶³. Niejasne jest natomiast, jakie czynniki należą do owego katalogu czynników determinujących relatywizację pojęcia prędkości bezpiecznej⁷⁶⁴. W tym kontekście dokonuje się eksplikacji poszczególnych wyrażeń zamieszczonych w art. 19 u.p.r.d., zakładając milcząco, że zamieszczone w nim przykładowe wyliczenie jest jednak wyrazem milczącej zasady interpretacyjnej, iż zawarte w nim przykłady mają najdonioślejsze znaczenie praktyczne⁷⁶⁵.

Trudno więc nie podjąć próby uporządkowania tych warunków. Tak więc w pierwszej kolejności znaczenie przypisać należy stanowi pojazdu. Nie może ulegać wątpliwości, że świetnie wyposażony samochód osobowy rozwijać będzie inną szybkość niż ciągnik rolniczy. Zły stan drogi może być, przy odpowiednio skonstruowanym pojeździe, czynnikiem drugorzędym. W dalszej kolejności wskazać należy na natężenie ruchu na drodze – przy ustalaniu właściwej prędkości nie ma bowiem możliwości całkowitego abstrahowania od natężenia ruchu na danym odcinku drogi. Jako stosunkowo mniej ważne wskazać można na takie czynniki, jak warunki atmosferyczne i stan drogi, a dopiero w ostatniej kolejności skoncentrować należy uwagę takich elementach, jak rzeźba terenu.

W świetle przedstawionej propozycji, ustosunkować się należy z pewną ostrożnością do występującego trendu w piśmiennictwie, aby jako czynnik wpływający na określenie bezpiecznej

⁷⁶⁰ Pytanie to staje się tym bardziej palące w świetle trafnej konstatacji, że regulację u.p.r.d. odnoszą się wyłącznie do sytuacji typowych – B. Pijanowski, *„Samochód – kierowca – droga”*, Warszawa 1989, s. 14.

⁷⁶¹ Swoistym realizmem charakteryzowało się pod tym względem postanowienie § 54 (1) Rozporządzenia z 1937 r., w którym stanowiło się, że: „szybkość powinna być taka, aby kierowca panował w każdej okoliczności nad pojazdem”.

⁷⁶² Istota tego zagadnienia nie umknęła przedstawicielom nauki prawa karnego, zob. chociażby K.J. Pawelec, *Prędkość bezpieczna – ograniczona zasada bezpieczeństwa*, MP 1998, nr 4.

⁷⁶³ Zob. V KKN 1176/97, niepubl. (cyt. za R.A. Stefański, *„Prawo o ruchu drogowym. Komentarz”*, Kraków 2008, s. 231), gdzie zwraca się, uwagę, że „Pojęcie prędkości bezpiecznej jest więc pojęciem relatywnym, wszelako ogólnym jej kryterium jest to, aby kierujący w danych warunkach panował nad pojazdem i był go w stanie zatrzymać przed przeszkodą, której napotkanie na drodze można i należy przewidzieć.”

⁷⁶⁴ Symptomatyczne dla charakteru tego pojęcia wskazuje się następujący fragment orzeczenia SN II K 574/59 (cyt. za R.A. Stefańskim, *„Prawo o ruchu drogowym z orzecznictwem Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego”*, Warszawa 1993, s. 59): „(...) przy znacznym upojeniu alkoholowym kierowcy nawet szybkość 20 czy 10 kilometrów może być uznana za nadmierną, zagrażającą bezpieczeństwu na jezdni”.

⁷⁶⁵ Nie zawsze jednak wyrażane w tym kontekście uwagi są tak jednoznaczne, o czym świadczy przykład wypowiedzi A. Bacharacha, *„Ryzyko i nieostrożność w komunikacji a oceny prawnokarne”*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1965, s. 84, który podkreśla, że układ sytuacyjny: droga – pojazd – kierowca jest zbyt złożony, aby wyodrębnić w tej mierze stosowne czynniki, gdyż: „Wybór szybkości bezpiecznej w określonej sytuacji należy do istoty rzemiosła kierowcy”.

prędkości traktować w pierwszej kolejności widoczność⁷⁶⁶. Przywiązywanie wagi do tego składnika układu droga – pojazd – kierowca oparte jest na przeświadczeniu, że konieczna dla zachowania ostrożności w komunikacji jest możliwość zatrzymania pojazdu na oświetlonym odcinku drogi⁷⁶⁷. Wydaje się, że stanowi to jedynie połowicznie umiejętną próbę przeniesienia wartościowania na inne jeszcze, dalsze czynniki, jakimi są elementy wpływające na widoczność⁷⁶⁸. Takie znaczenie przypisywane widoczności drogi może być decydujące tylko w skrajnych przypadkach zaburzeń widoczności, a więc choćby gęstej mgły⁷⁶⁹.

Pewną swoistością w tym kontekście charakteryzują się rozważania dotyczące prędkości bezpiecznej pojazdu w nocy. Swoistość ta wynika w pierwszej kolejności z konieczności używania w nocy świateł dla oświetlania znajdującego się przed będącym w ruchu pojazdem odcinka drogi dla zagwarantowania właściwej widoczności. Problematyka ta rozważana była w orzecnictwie SN, które charakteryzuje się w tej mierze znamioną ewolucją: począwszy od orzeczeń, które akcentowały konieczność zachowania takiej prędkości, która umożliwia zatrzymanie się w obrębie pasa oświetlonej jezdni⁷⁷⁰, aż po chronologicznie późniejsze rozstrzygnięcia, w których konstatuje się, że przyjęcie tej wcześniejszej zasady jest równoznaczne z aprobatą dla zasady całkowitego braku zaufania⁷⁷¹. Owa nowsza linia orzecznicza zasługuje na większą aprobatę, gdyż nie tylko bierze ona pod uwagę konieczność zachowania właściwej płynności w ruchu⁷⁷², ale przede wszystkim zgodna jest z empirycznie sprawdzalnym faktem, że uniknięcie kolizji drogowej jest możliwe nie tylko poprzez podjęcie hamowania, lecz także właściwy manewr obronny, polegający

⁷⁶⁶ W. Rychter, *„Doświadczony kierowca radzi”*, Warszawa 1971, s. 173.

⁷⁶⁷ R. A. Stefański, *„Prawo o ruchu drogowym. Komentarz”*, Warszawa 2008, s. 246, gdzie zauważa on, że *Nadmierna prędkość* [to – przypis M.B.] – *wróg nr 1 każdego kierowcy*”, a jako orientacyjna wartość tzw. bezpiecznego odstępu przyjmując należy – „*odstęp odpowiadający w metrach 1/2 prędkości pojazdu liczonej w km/h, np. gdy prędkość jazdy wynosi 60 km/h, to odstęp ma wynosić 30 m*”. Jest to twierdzenie, które gdyby przenieść je wprost do 1/2 odstępu do granicy przestrzeni oświetlonej, oznaczałoby, że jadąc w nocy na światłach mijania nie można poruszać się z prędkością większą niż 20–30 km/h, a może nawet zdecydowanie wolniej, jeżeli uwzględni się fakt, że często spostrzeżenie przeszkody następuje znacznie później niż jej wejście w pole widzenia, zob. J. Niedziela, *„Statyczne i dynamiczne badania widoczności pieszego w światłach mijania pojazdu”* (w:) *VI Konferencja „Problemy wypadków drogowych”* zbiór referatów, Zakopane 1998, s. 169–178, który zauważa, że identyfikacja człowieka leżącego na drodze przy światłach mijania następuje dopiero w odległości 10 m od przeszkody.

⁷⁶⁸ Jest to zagadnienie, które ociera się o problematykę czynników wpływających na tzw. psychologię widzenia.

⁷⁶⁹ Konkluzję taką w sposób pośredni potwierdzają badania empiryczne: zob. np. S. Młynarski, *„Kierunki poprawy stanu bezpieczeństwa w ruchu drogowym w Polsce”*, Słupsk 2012, s. 15, gdzie wyczytać można, że liczba wypadków przy dobrej pogodzie zdecydowanie przewyższa liczbę warunków przy wszystkich innych typach warunków atmosferycznych, co nie da się po prostu wytłumaczyć faktem ich niższej częstotliwości.

⁷⁷⁰ Egzemplifikacją takiego podejścia SN jest chociażby wyrok V KRN 334/71 (Lex Polonica nr 308850), w którego uzasadnieniu wywodzi się: „(...) kierowca powinien prowadzić pojazd z szybkością bezpieczną, a więc jeżeli idzie o warunki jazdy nocnej z taką szybkością, która umożliwia zatrzymanie pojazdu przed przeszkodami pojawiającymi się w granicach widoczności jezdni”. W podobnym duchu wypowiedział się SN w orzeczeniach: VI KRN 22/76, czy III KRN 70/75, OSNPG 1976, z. 4, poz. 34 s. 10 Lex Polonica nr 308852.

⁷⁷¹ W tym kierunku wypowiadał się SN począwszy już od lat 70-tych: zob. I KRN 79/75, LEX OMEGA nr 376470 a następnie chociażby w wyroku: II KRN 52/95, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 1995, z. 11 poz. 9, Lex Polonica nr 307298 (z aprobującą głoszą R.A. Stefańskiego, *„Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 25 maja 1995 r. II KRN 52/95. Glosa”*, OSP 1996, nr 3, s. 151–155).

⁷⁷² Co, jak wielokrotnie podkreśla się doktrynie, jest istotną funkcją komunikacji drogowej, zob. K. Pawelec, *„Poszkodowany w wypadku drogowym”*, Warszawa 2001, s. 52–53.

na wyminięciu przeszkody znajdującej się na torze jazdy pojazdu.

W tym kontekście nie sposób przejść do porządku dziennego nad innym frapującym zagadnieniem, jakim jest uzależnienie bezpiecznej prędkości w nocy od stosowania właściwych świateł. Zgodnie z aktualnym orzecnictwem SN w pewnych okolicznościach – zwłaszcza w warunkach nocnych na terenie niezabudowanym – istnieje konieczność używania świateł drogowych⁷⁷³, a w pewnych przypadkach konieczność taka materializuje się wobec jazdy z określoną prędkością⁷⁷⁴. Istotne dla prowadzonych tutaj rozważań jest to, że obowiązek używania świateł drogowych nie został wyrażony w wprost w żadnym przepisie u.p.r.d.⁷⁷⁵. Refleksja nad pojmowaniem tej normy prowadzić musi do wniosku, że w przypadku warunków nocnych istotnym ograniczeniem prędkości będzie nie tyle prędkość dopuszczalna administracyjnie, co właściwy stopień oświetlenia drogi. W przypadku zastosowania świateł drogowych powstaje więc pytanie, czy na wartość prędkości bezpiecznej nie wpływa jakość zastosowanych w pojeździe lamp? Nie sposób bowiem nie dostrzec, że mimo stosowania w dopuszczonych do ruchu pojazdach pewnego minimalnego standardu, ich jakość i zasięg jest bardzo zróżnicowany. W rezultacie prowadzić to musi do dyferencjacji prędkości bezpiecznej w zależności od kategorii pojazdu i stopnia jego wyposażenia w sprzęt techniczny, chyba, że arbitralnie przyjąć by można, że różnice te, wobec wyznaczenia wspólnego standardu dla wszystkich pojazdów mechanicznych, mają charakter w istocie pomijalny. Takie założenie byłoby jednak dyskusyjne⁷⁷⁶.

Wskazać tutaj należy na marginesie na pewną niekonsekwencję, która wynika z jednej strony z przypisywania pierwszorzędного znaczenia dostatecznej widoczności, co w przypadku

⁷⁷³ IV KK 309/08, Lex Polonica nr 2009903 wraz z tezą: „*W określonych okolicznościach wynikających z warunków ruchu drogowego stosowanie świateł drogowych będzie konieczne dla zapewnienia bezpiecznego poruszania się po drodze*”, co jest równoznaczne z wysłowieniem normy ostrożności wyinterpretowanej z przepisów ruchu drogowego, które to takiej normy nie wysłowiają wprost w samym tekście ustawowym, zob. art. 51 ust. 3 u.p.r.d., zgodnie z którym to przepisem: „*W czasie od zmierzchu do świtu, na nieoświetlonych drogach, zamiast świateł mijania lub łącznie z nimi, kierujący pojazdem może używać świateł drogowych, o ile nie oślepi innych kierujących albo pieszych poruszających się w kolumnie (...)*”.

⁷⁷⁴ Przykładem takiego rozumowania jest fragment uzasadnienia postanowienia SN w sprawie o sygn. akt. III KK 311/11, OSNKW 2012 nr 9, s. 97: „*(...) Jeżeli jednak przy tych ograniczeniach skazany decydował się na jazdę w porze nocnej z prędkością 80–90 km/h, a więc oscylującą w granicach maksymalnej dopuszczalnej prędkości, to powinien używać świateł drogowych, gdyż tylko one gwarantowały mu dostateczne oświetlenie pola widzenia*”.

⁷⁷⁵ Która to ustawa stanowi jedynie, że kierujący w pewnych okolicznościach ma prawo do używania tych świateł, zob. art. 51 ust. 3 u.p.r.d. (zob. powyżej przypis nr 773) Zarazem ten sam przepis stanowi, że kierujący pojazdem, używając świateł drogowych, jest obowiązany przełączyć je na światła mijania w razie zbliżania się innych uczestników ruchu drogowego, którzy mogliby przez niego zostać oślepieni. Spostrzec należy, że w gruncie rzeczy teza przytoczonych powyżej orzeczeń SN ma wydźwięk bardzo represyjny, co uwidacznia się wobec ujawnionego w badaniach empirycznych faktu stosowania świateł drogowych jedynie w części przypadków, kiedy było to możliwe – zob. A. Taner, „*Vergleich verschiedener Systeme zur Sichtverbesserung bei Nacht in Personenkraftwagen*”, München 2007, s. 110 stwierdzający: „*Nach Untersuchungen nutzen die Autofahrer das Fernlicht nur in 20% der Zeit, in der Sie es nutzen könnten*”.

⁷⁷⁶ Zgodnie z stosownymi regulacjami (zob. § 2, Załącznik nr 6 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia, Dz. U. Dz.U.2003.32.262), światła mijania powinny oświetlać obszar 30 metrów przed pojazdem, natomiast światła drogowe (potocznie nazywane „*długimi*”) oświetlać powinny obszar położony w odległości do 100 metrów przed pojazdem, co jak łatwo się przekonać osobiście, nie wyklucza istniejących w tej mierze znacznych faktycznych różnic pomiędzy poszczególnymi modelami pojazdów.

poruszania się w warunkach nocnych prowadzić ma do używania właściwych świateł, a z drugiej strony stąd, iż sam ustawodawca prędkość dopuszczalną zdaje się uzależniać od natężenia ruchu i częstotliwości występowania potencjalnych niebezpieczeństw⁷⁷⁷. Tak odtworzona (czy kreowana) norma ostrożności jawi się w tym kontekście jako nie tylko dalej idące ograniczenie, lecz również rozumowanie, które sprzeczne jest z niektórymi, zakodowanymi w u.p.r.d., normami.

Uzmysławia to raz jeszcze pewną względność ograniczenia wynikającego z prędkości dopuszczalnej administracyjnie; nierzadko bowiem, aby poruszać się z tą prędkością trzeba legitymować się pełnym potencjałem intelektualnym i sprawnością fizyczną. Wobec dominującej w SN linii orzecniczej, każde odstępstwo od takiego stanu prowadzić miałyby do zaostrożenia mającej w danym przypadku zastosowania normy ostrożności⁷⁷⁸.

Takie rozumowanie jest tylko częściowo przekonujące. Z jednej strony niepodważalny jest bowiem fakt pewnej dychotomii występującej pomiędzy zwiększającym się nieustannie poziomem bezpieczeństwa pojazdów mechanicznych⁷⁷⁹ a niesymetrycznym rozwojem dopuszczalnej na drogach prędkości, co uwikłane jest w szereg zależności przekraczających ramy prowadzonych tutaj rozważań⁷⁸⁰. Z drugiej jednak strony jasne jest, że w dłuższej perspektywie historycznej następuje konsekwentne podnoszenie limitów dopuszczalnych na drogach publicznych prędkości – wspomnieć bowiem należy, że u zarania motoryzacji wartości te kształtowały się na bardzo niskim poziomie⁷⁸¹, chociaż w drugiej połowie XX wieku zanotować można w tej mierze istotne zahamowanie wcześniejszych trendów⁷⁸².

Powtarzane wielokrotnie w doktrynie polskiego prawa karnego zastrzeżenia wobec nadużywania pojęcia prędkości bezpiecznej nie są pozbawione zasadności⁷⁸³. Niebezpieczeństwo imputowania *post factum* kierowcy, że poruszał się z prędkością nadmierną, co było przyczyną

⁷⁷⁷ Czego przykładem może być regulacja zamieszczona w art. 20 ust.1a u.p.r.d., który stanowi, że: „Prędkość dopuszczalna pojazdu lub zespołu pojazdów na obszarze zabudowanym w godzinach 23⁰⁰–5⁰⁰ wynosi 60 km/h, z zastrzeżeniem ust. 2”. Trudno bowiem nie zauważyć, że w obszarze zabudowanym, nawet jeżeli jest on częściowo oświetlony, widoczność zawsze będzie słabsza w nocy niż w dzień.

⁷⁷⁸ Jeszcze jednym, niezależnym potwierdzeniem takiego stanu rzeczy, może być wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach w sprawie o sygn. akt II AKa 92/05, LexPolonica nr 396415, gdzie zauważa się, że „(...) Ustalając prędkość pojazdu kierujący nim musi bowiem mieć na uwadze nie tylko swe umiejętności i doświadczenie w prowadzeniu pojazdu (oskarżony miał wtedy 21 lat), ale także aktualny stan, w jakim się znajduje.”

⁷⁷⁹ Dobrym omówieniem występujących tendencji jest praca A. Zielińskiego, „Zagadnienia bezpieczeństwa biernego samochodów osobowych w ujęciu historycznym”, Kielce 2003.

⁷⁸⁰ W szczególności dostrzec należy zależności o charakterze ekonomicznym – tym na przykład tłumaczy się wprowadzenie ograniczenia 55 mil/h w roku 1974 przez władze federalne w USA (zob. D. Albalade, G. Bel, „Speed limit laws in America: Economics, politics and geography”, w: „Research Institute of Applied Economics Working Paper” 2010/02, s. 2).

⁷⁸¹ Jako przykład podać należy ograniczenie zamieszczone w Red Flag Acts (1865), gdzie dopuszczalną prędkość pojazdów mechanicznych ukształtowano na poziomie 4 mil/h.

⁷⁸² Tak przykładowo ustanowione stanie Massachusetts (USA) ograniczenie do 50 mil/h z 1950 r. niewiele różni się od limitu obecnie obowiązującego – 65 mil/h, (zob. Massachusetts General Laws 90, section 17A).

⁷⁸³ Miarodajna może być w tej materii wypowiedź K. Pawelca, „Poszkodowany...”, s. 53: „Prędkość bezpieczna to przysłowiowy worek bez dna, stanowiący swoistego rodzaju panaceum na wszystkie zachowania kierujących, chociaż w rzeczywistości wcale nim nie jest”.

wypadku komunikacyjnego, jest jak najbardziej realne. Rozwiązaniem tego dylematu mogłoby być wprowadzenie do u.p.r.d. generalnego postanowienia, że w przypadku zaistnienia pewnej kategorii okoliczności, jak chociażby znacznie ograniczonej widoczności, kierowca jest zobowiązany zmniejszyć prędkość, a pewnych przypadkach nawet istotnie zmniejszyć prędkość. Taka regulacja, wzorowana na wyróżnieniu dwóch kategorii ostrożności: zwykłej i szczególnej stanowiłaby podstawę do przyjęcia, że na kierującym pojazdem ciążył obowiązek przemieszczania się wolniej w odpowiednio niższym stosunku⁷⁸⁴. Obecnie funkcjonujące rozwiązanie charakteryzuje się tym, że kierowca, który dostosowuje się do prędkości dopuszczalnej administracyjnie – w zaufaniu do stosownej dyspozycji władzy publicznej, która ograniczenia prędkości limitować winna po przeprowadzeniu stosownych ekspertyz oraz – w przypadku braku takich uszczegółowień – do ustawodawcy, nie może liczyć, w świetle aktualnych tendencji w orzecznictwie sądów powszechnych, na wyłączenie odpowiedzialności karnej, co znacznie ogranicza praktyczną doniosłość regulacji u.p.r.d. Wyznaczanie w zakresie dopuszczalnej administracyjnie prędkości granic semiimperatywnych stanowić może istotną pułapkę dla kierującego. Zasadnym jest pytanie, czy obecny model regulacji administracyjnych i ich wartościowania na gruncie prawnokarnym w praktyce orzeczniczej, zwłaszcza sądów niższych instancji, poprawnie realizuje zasadę demokratycznego państwa prawnego⁷⁸⁵.

3) Relacje wertykalne pomiędzy normami ostrożności w komunikacji drogowej

Wobec tak sformułowanej propozycji zachodzi jednak konieczność rozważenia pewnego problemu o charakterze bardziej teoretyczno-prawnym, jakim jest stosunek pomiędzy różnymi normami ostrożności w komunikacji drogowej, w świetle norm wysłowionych w u.p.r.d. Problem ten zilustrować można następującym stanem faktycznym: kierowca włączający się prawidłowo do ruchu z drogi podporządkowanej, skręcając w lewo, natyka się na inny pojazd mechaniczny (nieuprzywilejowany), który skręca w tym samym momencie bezprawnie w lewo. Czy taki eksces tego drugiego kierowcy powoduje wyłączenie nominalnych norm ostrożności i konieczność

⁷⁸⁴ Obecnie obowiązek zmniejszenia prędkości wysłowiony jest wprost na poziomie deskryptywnym w u.p.r.d. jedynie w kilku zaledwie miejscach, por.: art. 18 – zbliżanie się do przystanku autobusowego oraz 18a – zbliżanie się do miejsca postoju autobusu szkolnego, 23 pkt 1) – wymijanie, pkt 2) omijanie. Poza tym istnieje ogólna i jak się okazuje niewystarczająca regulacja art. 19 ust. 1 u.p.r.d., zgodnie z którą: „Kierujący pojazdem jest obowiązany jechać z prędkością zapewniającą panowanie nad pojazdem, z uwzględnieniem warunków, w jakich ruch się odbywa, a w szczególności: rzeźby terenu, stanu i widoczności drogi, stanu i ładunku pojazdu, warunków atmosferycznych i natężenia ruchu”.

⁷⁸⁵ Jest to szczególnie widoczne w przypadku mniej doświadczonych kierowców, którzy, podejmując decyzje o wyborze prędkości prowadzenia pojazdu, pozostawieni są wobec powyższego dylematu. Nie można bowiem stwierdzić, że zawsze jazda z odpowiednio niższą prędkością będzie wystarczająca do uniknięcia odpowiedzialności karnej – ta również może prowadzić do stworzenia zagrożenia w ruchu drogowym. Jak bowiem okaże się trakcie omówienia wyników analizy empirycznej w rozdziale VIII niniejszej pracy, sądy nagminnie traktują administracyjne ograniczenie prędkości w kategoriach norm semiimperatywnych na niekorzyść kierowców.

pojęcia zmodyfikowanego zachowania, którego zaniechanie może stanowić podstawę odpowiedzialności karnej? Innym podobnym pytaniem jest sytuacja, kiedy kierujący pojazdem zbliża się do przystanku autobusowego, zmniejszając zgodnie z art. 18 u.p.r.d. swoją prędkość, a zarazem jednak na skutek rażącego ekscesu pieszego ten i tak znajduje się pod na torze jazdy jego samochodu⁷⁸⁶. Wątpliwości z tym związane nie dotyczą możliwości odpowiedzialności za cudzą nieostrożność⁷⁸⁷, lecz pytania: jakie to sytuacje aktualizują konieczność stosowania się do innych niż standardowe dyrektyw postępowania? Problem ten jest niebagatelny, jako że komunikacja drogowa jest procesem niezwykle dynamicznym i ta właśnie jego charakterystyka rodzi szereg trudności związanych z ustalaniem podstaw odpowiedzialności karnej, zwłaszcza w przypadkach tzw. przyczynienia się do wypadku wszystkich jego uczestników. Analogiczne trudności wiążą się z wyodrębnianiem w u.p.r.d. pojęcia zwykłej i szczególnej ostrożności⁷⁸⁸.

W doktrynie tę ostatnią relację ujmuje się przez pryzmat wykładni zasady ograniczonego zaufania, stwierdzając, iż w przypadku, gdy zachodzą „*konkretne okoliczności*”⁷⁸⁹ dla przyjęcia, że inny uczestnik ruchu drogowego postępuje w sposób sprzeczny z wytycznymi ruchu drogowego, bezwzględne lub ograniczone zaufanie zmienia się bezwzględną nieufnością, czego prostą konsekwencją winien być nakaz takiego zmniejszenia prędkości, aby, antycypując niekorzystny rozwój wydarzeń, być przygotowanym na zatrzymanie pojazdu w każdej chwili⁷⁹⁰. Taka interpretacja zgodna jest nie tylko z literalnym brzemieniem przepisu art. 4 u.p.r.d.⁷⁹¹, ale także z poglądem w doktrynie nadającym tej regulacji charakter pragmatyczny⁷⁹².

Natomiast katalog okoliczności, które aktualizują ów wzmożony obowiązek koncentracji uwagi i co najistotniejsze – w konsekwencji zmianę w zachowaniu zewnętrznym podmiotu – jest

⁷⁸⁶ VI KRN 274/79 (OSNPG 1980/1 poz. 7, Lex Polonica nr 308828), gdzie SN wywiódł, że: „*Kierowca został uznany winnym (...) prowadzenia pojazdów w taki sposób, aby nawet przy rażącym ekscesie pieszego zdołał uniknąć wypadku*”.

⁷⁸⁷ SN używa tutaj zgrabnej formuły wyrażającej się w stwierdzeniu, że kierowca nie odpowiada za cudzą nieostrożność, lecz „*odpowiedzialność te łączy z jego postępowaniem*”, zob. np. V KRN 79/75, LEX OMEGA nr 376470.

⁷⁸⁸ Jako ilustrację występujących w tej materii wątpliwości wskazać należy stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu orzeczenia Rw 524/74, OSNKW 1975/1 poz. 17, Lex Polonica nr 305200, gdzie stwierdzono: „*Obowiązek zachowania szczególnej ostrożności tym bardziej zwiększa się, im wyższy jest stopień nieprawidłowego zachowania się innego użytkownika drogi(...)*”. Zwrócić tutaj należy na fakt, że zakres zastosowania „*szczególnej ostrożności*” nie jest w doktrynie rozumiany niejednolicie – wątpliwości dotyczą chociażby pytania, czy obowiązuje ona także w sąsiedztwie pojazdu przewożącego substancje niebezpieczne – W. Kotowski, „*Szczególna ostrożność*” w *praktyce wymiaru sprawiedliwości*”, Apelacja Gdańska 2004, nr 1–2, s. 20–21.

⁷⁸⁹ R. A. Stefański „*Glosa do wyroku SN z dnia 17 czerwca 1999 r., IV KKN 740/98.*”, PiP 2000, z. 2, s. 110.

⁷⁹⁰ Na takim stanowisku stanął wprost SN w orzeczeniu VI KRN 166/76, Lex Polonica nr 308882.

⁷⁹¹ Który to przepis stanowi, iż „*Uczestnik ruchu i inna osoba znajdująca się na drodze mają prawo liczyć, że inni uczestnicy tego ruchu przestrzegają przepisów ruchu drogowego, chyba że okoliczności wskazują na możliwość odmiennego ich zachowania*”.

⁷⁹² G. Nauka, „*Zasady prawa a zasada ograniczonego zaufania w ruchu drogowym*”, PnD 2008, nr 6, s. 10–25. Jej pragmatyzm ma się wyrażać w szczególności w tym, że mają one na celu zapewnić jednolitość orzecznictwa sądów powszechnych (zob. eadem, s. 11).

niejednolicie postrzegany w doktrynie⁷⁹³ i jest uzupełniany w orzecznictwie⁷⁹⁴. W tym kontekście pytanie, czy zachowanie tzw. „zwykłej ostrożności” przez sprawcę w sytuacji, kiedy norma prawna wymaga od niego natężenia uwagi w wyższym stopniu, pozwala wyłączyć odpowiedzialność karną staje się zupełnie bezprzedmiotowe.

Natomiast jako wciąż doniosły jawi się problem, czy obowiązek zachowania szczególnej ostrożności może zaistnieć także w przypadkach wyraźnie niewskazanych w regulacji u.p.r.d. W tej materii w doktrynie wykształciła się pewna rozbieżność poglądów, w której reprezentowane są oba stanowiska⁷⁹⁵. Wydaje się, że pojmując szczególną ostrożność jako składnik postępowania kierowcy w sytuacji, kiedy utracił on zaufanie do innych uczestników ruchu drogowego i wobec otwartego katalogu tych ostatnich przyjąć należy, że zawężanie podstaw szczególnej ostrożności do taksatywnie wyliczonych sytuacji ustawowych byłoby pochopne⁷⁹⁶. Dużo trafniejsze jest oparcie się na bardziej ogólnej formule stwierdzającej, że obowiązek wzmożonej koncentracji uwagi i w konsekwencji odpowiedniej zmiany zachowania podmiotu aktualizuje się wtedy, gdy zachodzą anormalne zachowania innych uczestników ruchu drogowego. Takie spojrzenie ma zarazem tę niebagatelną zaletę, że jest najbardziej zbieżne z rzeczywistością.

Zarazem zaznaczyć należy, że pojmowanie obowiązku ostrożności generować może pewne kłopoty jeżeli chodzi o ich kwalifikację od strony teoretyczno-prawnej. Możliwe byłoby wszak przyznanie mu statusu zasady prawa, przez pryzmat której analizować należałoby regulacje zamieszczane w u.p.r.d.⁷⁹⁷ jak i statusu modyfikatora norm ostrożności. Te różne możliwości prowokują szereg istotnych pytań.

Wyobrazić sobie można bowiem z łatwością sytuację analogiczną, kiedy pewne nieoczekiwane zewnętrzne okoliczności w postaci niezdiagnozowanej uprzednio zmiany chorobowej ujawnią się w ciele pacjenta w trakcie zabiegu operacyjnego. W takim przypadku przyjąć można, że w pewnych przypadkach aktualizuje się⁷⁹⁸ konieczność przeprowadzenia innej czynności leczniczej. Zmiana dyrektyw postępowania jest tutaj pochodną zmienionej sytuacji faktycznej. Zarazem nie dokonuje się poprzez klauzulę „szczególnej ostrożności”. Wobec tego postawić należy pytanie czy taka dyferencjacja jest uzasadniona i czy ta ostatnia klauzula jest konieczna?

⁷⁹³ Obszerniejsze rozważania na ten temat przedstawia R. A. Stefański, „Przestępstwa drogowe w nowym kodeksie karnym”, Kraków 1999, s. 134–151.

⁷⁹⁴ Przykładowy przegląd takich okoliczności zawiera w swojej glosie R.A. Stefański, „Glosa do postanowienia SN z dnia 16 listopada 2007 r., sygn. III KK 233/07”, Prokur. i Prawo 2008, z. 11, s. 162.

⁷⁹⁵ R. A. Stefański, „Prawo o ruchu drogowym. Komentarz”, Komentarz do art. 1 nb. 3, LEX 2013.

⁷⁹⁶ Zresztą słabość takiego rozumowania najlepiej uwidacznia się wobec rozbieżności w możliwej szczegółowości takiego wyliczenia – można przykładowo ująć sytuacje związane z obecnością dzieci w pasie ruchu drogowego jako jeden punkt, można również dokonywać podziałów bardziej szczegółowych, zob. A. Zalewski, J. Fiszer, J. Krysiak, „Dzieci a bezpieczeństwo ruchu drogowego”, Bezpieczeństwo Ruchu Drogowego 2002, nr 3, s. 18.

⁷⁹⁷ Szczegóły co do pojmowania zasad w prawie por. M. Kordela, op.cit.

⁷⁹⁸ W zależności od szczegółowych okoliczności danego przypadku i możliwości odroczenia operacji na później.

Odpowiedź na to pytanie musi z jednej strony uwzględniać specyfikę ruchu drogowego, w którym po pierwsze doszło do sformalizowania pewnych norm postępowania w postaci aktu normatywnego, a po drugie brać pod uwagę fakt, iż redakcja tych przepisów ukierunkowana jest na ich transparentność dla stosunkowo szerokiego kręgu obywateli⁷⁹⁹. Dalej, aby uchylić się od zarzutu owej nieusprawiedliwionej dyferencjacji, można stanąć na stanowisku, że tzw. „szczególna ostrożność” nie aktualizuje się w przypadku przekształcenia się normalnej sytuacji drogowej w brak zaufania. Wymaga to jednak bardziej szczegółowego porównania obu tych instytucji.

Takim przypadkiem może być sytuacja nieoczekiwanego ekscesu innego uczestnika ruchu drogowego. W takiej sytuacji uczestnik ruchu drogowego zachowujący się zgodnie z u.p.r.d. nie może się co do zasady bronić argumentem o takim właśnie zgodnym z regulacją u.p.r.d. zachowaniu, gdyż w pewnych okolicznościach jako zachowanie ostrożne może być kwalifikowana sytuacja wyrażająca się właśnie w narażeniu norm postępowania wyrażonych w u.p.r.d. Oczywiście nie można przyjąć bezrefleksyjnie zarzucalności naruszenia tego obowiązku swoistego innego zachowania się, wywołanego przez dynamikę ruchu drogowego, jeżeli kierujący pojazdem nie posiadał pozaintelektualnych i pozawolicjonalnych elementów niezbędnych do przedsięwzięcia stosownego manewru, a tym samym uniknięcia bądź zmniejszenia skutków wypadku drogowego.

Inną możliwością, jak zauważono powyżej, która materializuje się tutaj z punktu widzenia teorii prawa jest kwalifikacja nakazu szczególnej ostrożności jako posiadającej nadanie jej sens zasady prawa⁸⁰⁰. Wskazać na marginesie należy, że wśród niektórych przedstawicieli nauki normy postępowania wysłowione w u.p.r.d. mają postać „zasad”, rozumianych jako nakaz posiadania pewnego zasobu wiedzy⁸⁰¹. W takim przypadku miałyby one zupełnie inne znaczenie, wyrażające się w tym, że w odróżnieniu od norm, które wyznaczają określony sposób zachowania się, zasada nakazuje osiągnąć pewien cel⁸⁰². Kłopotliwe jest w tej mierze także rozmaite pojmowanie relacji zachodzących pomiędzy normami postępowania o charakterze „reguł” a zasadami – według pewnego stanowiska zasady mają, ze względu na swoją wyraźnie niższą konkluzywność,

⁷⁹⁹Ocena realizacji tego postulatu, pamiętając że postulat zrozumiałości przepisów jest traktowany w filozofii prawa jako składnik tzw. wewnętrznej moralności prawa, przebiegać może na tle obecnie obowiązujących przepisów bardzo różnie.

⁸⁰⁰ Wyrażną wskazówką interpretacyjną w tym kierunku jednoznaczne postanowienie art. 3 ust. 1 u.p.r.d., zgodnie z którym: „Uczestnik ruchu i inna osoba znajdujca się na drodze są obowiązani zachować ostrożność albo gdy ustawa tego wymaga – szczególną ostrożność, unikać wszelkiego działania, które mogłoby spowodować zagrożenie bezpieczeństwa lub porządku ruchu drogowego, ruch ten utrudnić albo w związku z ruchem zakłócić spokój lub porządek publiczny oraz narażać kogokolwiek na szkodę. Przez działanie rozumie się również zaniechanie.”

⁸⁰¹ Por. zwłaszcza Z. Ziemiński, M. Tarnawski, „Prawny obowiązek należytej wiedzy”, Problemy 1974, nr 4, s. 9–11. Wątpliwości związane z tym rozumieniem pojęcia zasad szerzej omawia M. Kordela, op.cit., s. 200–201.

⁸⁰² M. Kordela, op.cit., s. 92, 101, 114. Stąd też wynika inna ich cecha charakterystyczna – funkcja optymalizacyjna.

charakter subsydiarny wobec owych „regul”⁸⁰³.

Przyjęcie tego stanowiska uwarunkowane mogłoby być tym przede wszystkim, że nie można przekroczyć obowiązku zachowania szczególnej ostrożności, lecz można tylko zachowaniem swoim nie urzeczywistnić pewnej wartości w pożądanym wysokim stopniu w danym okresie czasowym. Przeciwno temu wysunąć można jednak pewne istotne wątpliwości, oparte w pierwszej kolejności na tym, że niejasna jest wartość, do której obowiązek szczególnej ostrożności odsyła. Trudno byłoby przyjąć, że chodzi tutaj o nakaz uniknięcia wypadków w sytuacjach podwyższonego ryzyka – taka przecież ogólna dyrektywa celowościowa jest zrębnym sformułowaniem szeregu norm składających się na korpus u.p.r.d. Potencjalną wartością w tej mierze może być więc sam nakaz odpowiednio ostrożnego postępowania w komunikacji drogowej. Taka jednak konkluzja jest jak najbardziej oczywista wobec charakterystyki tej gałęzi prawa w jakiej podstawowym aktem jest u.p.r.d. Ważne jest tutaj jednak zastrzeżenie, żeby nie pojmować tego nakazu zrealizowania w maksymalnym stopniu pewnej wartości jako samoistnej podstawy do wyprowadzania postanowień częściowych, czy też stosownych norm ostrożności⁸⁰⁴ – ustawodawca mógłby się bowiem wtedy ograniczyć do nakazywania realizacji pewnych wartości⁸⁰⁵. Nadto, pojawia się tutaj jeszcze poważniejsze pytanie o to, czy poszczególne normy ostrożności jako oparte na dyrektywach celowościowych, same w sobie nie są wyrazem dostatecznie daleko idącego zoptymalizowanego obowiązku ostrożności? Do tego dochodzi jeszcze innego rodzaju wątpliwość, a mianowicie: z jakiego rodzaju wartością ostrożność miałaby być w kolizji, aktualizując potrzebę ich wzajemnej optymalizacji w złożonym procesie uzgadniania zasad prawa?⁸⁰⁶

W poszukiwaniu odpowiedzi na to ostatnie pytanie zwrócić należy uwagę na zasadę płynności ruchu drogowego. Nie jest ona wprost wysłowiona w u.p.r.d., i z tego powodu chyba przypisuje się jej zbyt małą wagę przy ocenie zachowania kierowcy, chociaż jest niewątpliwie wartością doniosłą dla kształtowania procesów komunikacji drogowej⁸⁰⁷. Nie można bowiem nie zauważyć, że w danym przypadku spełniony jest postulat pewności przesłanek uzasadniających tę

⁸⁰³ M. Kordela, op.cit., s. 95.

⁸⁰⁴ Nietrudno bowiem spostrzec, że w takiej sytuacji pod znakiem zapytania stanęłaby konieczność tak szczegółowej regulacji jaka zawarta jest u.p.r.d.

⁸⁰⁵ Stąd też jako istotne zastrzeżenie w tej materii jawi się stwierdzenie M. Kordeli, op.cit., s. 63, iż: „Dopiero gdy obowiązek ukształtowania danego stanu rzeczy przestanie być jedynie potencjalny, adresat przystępując do jego realizacji, musi wziąć pod uwagę okoliczności tak faktyczne, jak i prawne.”.

⁸⁰⁶ Wskazać należy, że współczesne pojmowanie tej relacji wywodzi się od R. Alexego, zob. M. Kordela, op.cit., s. 68.

⁸⁰⁷ W nauce (zob. A. Sobota, G. Karoń „Próba zdefiniowania pojazdu zakłóconego na wybranych odcinkach dróg wielopasowych w aspekcie płynności ruchu”, Zeszyty naukowe Politechniki Śląskiej 2010 Seria: Transport z. 66, s. 98) spotkać się można z następującym ujęciem pojęcia przewidywanej płynności ruchu drogowego: „(...) oczekiwana liczba tras, którą można zaplanować na wykresie ruchu bez zakłóceń (bez regulacji tras), przy określonej liczbie wszystkich tras planowanych”. Można ją, zdaniem tychże autorów, określić na 6 poziomach swobody ruchu, począwszy od PSR A – stan swobodny do PSR F – stan załamania przepływu ruchu z przejściem do ruchu wymuszonego.

ingerencję⁸⁰⁸. Zdaje się to być tak samo nieuzasadnione, jak przesadne dążenie do arytmetyzacji owego procesu wyważania⁸⁰⁹.

Ważne w kontekście prowadzonych tutaj rozważań jest zagadnienie, jakie jest związane z umiejscowieniem „ostrożności” w systemie wartości, których jak trafnie zauważa się w doktrynie, nie stanowi się w postaci analogicznej do zwykłych reguł. Jest to istotne chociażby z tego względu, aby uzmysłwić sobie jej relatywność wyrażającą się w tym, że może się ona zwyczajnie przeobrazić treściowo. Zarazem powoduje to brak konieczność poszukiwania bardziej precyzyjnej definicji wartości, jaką miałyby stanowić „ostrożność”⁸¹⁰.

Podsumowując więc krótko prowadzone powyżej rozważania dotyczące problematyki swoistej „derogacji” określonej normy ostrożności w przypadku nietypowego zachowania innego uczestnika ruchu („ekscesu”)⁸¹¹, zauważyć należy, że aktualizacja innych norm ostrożnego postępowania współistnieje z tymi relewantnymi z chwili przed zaistnieniem ekscesu. W konsekwencji dochodzi tutaj do aktualizowania się w takich okolicznościach normy ostrożności o zupełnie innym kształcie. Rozpatrywanie tego konfliktu przez pryzmat jakiejś zasady ostrożności czy też szczególnej ostrożności, a więc w duchu optymalizacji przeciwnych sobie wartości jest jednak zbędne. Traktowanie „szczególnej ostrożności” nie należy również pojmować jako normatywnego wyjątku w postaci ingerencji w kształt normy ostrożności. Wynika to z szeregu okoliczności: po pierwsze pojmowanie owej szczególnej ostrożności odnosi ją nie do sfery zewnętrznego zachowania sprawcy, ale przede wszystkim do sfery koncentracji jego uwagi. Dalej, uprzedzając nieco dalsze rozważania, podkreślić należy, że treść normy ostrożności swoją podstawę nie czerpią z poszczególnych wypowiedzi ustawodawcy, ale są zespoleniem wielu czynników, w tym pewnego stanu okoliczności w rzeczywistości zewnętrznej w określonej chwili.

4) Normy ostrożności a zagadnienie odpowiedzialności nietrzeźwych kierowców w prawie karnym

Pewne szczególne problemy w dotychczasowej literaturze przedmiotu związane są z

⁸⁰⁸ Zob. M. Kordela, op.cit., s. 73.

⁸⁰⁹ Oczywiście bowiem zgodzić się należy ze stwierdzeniem, M. Kordela, op.cit., s. 71, że występuje „dyskrecjonalność w procesie wyważania zasad”.

⁸¹⁰ Niemniej z pragmatycznych względów pomocne mogą być rozważania W. Kotowskiego, „Podstawowe zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Rys historyczny”, *Palestra* 2008 z. 11–12, s. 303–304, który przytacza w tym kontekście ujęcie zawarte w orzeczeniu SN V KZP 2/74, *Krakowskie Zeszyty Sądowe – dodatek* 1996 z. 10 poz. 10, *Lex Polonica* nr 305190, a mianowicie, iż: „rozważne i ostrożne prowadzenie pojazdu polega na przedsięwzięciu przez kierowcę wszystkich tych czynności, które według obiektywnej oceny są niezbędne dla zapewnienia optymalnego bezpieczeństwa ruchu w danej sytuacji, oraz na powstrzymaniu się od czynności, które według tejże oceny mogłyby to bezpieczeństwo zmniejszyć.”

⁸¹¹ Mówiąc bardziej precyzyjnym językiem teoretycznoprawnym powiedzieć należałoby, iż chodzi tutaj o przypadek kolizji norm.

zagadnieniem norm ostrożności oraz niezwykle doniosłej praktycznie kwestii kierujących pojazdami mechanicznymi w stanie nietrzeźwości. Im też poświęcić wypadnie chwilę rozważań.

Wyrazem pewnego konsekwentnego stanowiska SN jest szereg orzeczeń, które wskazują, że udostępnienie pojazdu mechanicznego osobie trzeciej znajdującej się w stanie nietrzeźwości może być kwalifikowane jako przestępstwo stypizowane w art. 177 k.k. popełnione w formie współsprawstwa⁸¹². Twierdzenie takie znalazło aprobatę również w doktrynie, przynajmniej w tym zakresie, w jakim odnosi się do czynów zabronionych popełnionych z działania, a nie z zaniechania – w tym ostatnim przypadku prowadzić to może do „*obiektywizacji odpowiedzialności karnej*”⁸¹³.

W tej materii potrzebna jest bardziej skrupulatna analiza tych koncepcji. Z pewną powściągliwością można bowiem podchodzić do sytuacji, w której zezwolenie na prowadzenie pojazdu przez osobę znajdującą się w stanie nietrzeźwości kwalifikuje się zarazem jako naruszenie normy ostrożności przez osobę, która na takie zachowanie przyzwala⁸¹⁴, co prowadzi do jej odpowiedzialności karnej na podstawie regulacji penalizującej spowodowanie wypadku drogowego, czyli wielokrotnie już wzmiankowanego art. 177 k.k. Co prawda pewne wątpliwości mogą być tutaj związane z określeniem, jako należącego formalnie do wzmiankowanych w tym przepisie na poziomie deskryptywnym „*zasad bezpieczeństwa*”, takiego zezwolenia, które może wystąpić np. w formie udostępnienia kluczyków do samochodu. W kontekście koncepcji jednolitości norm ostrożności (co pozbawia znaczenia ewentualne spory semantyczne związane z różnorodnym nazewnictwem stosowanym do oznaczenia norm ostrożności), reprezentowanej w niniejszej pracy, jest to wszak w pełni możliwe do obrony. Wymaga tylko formalnego podkreślenia, że mamy do czynienia z normą, która nie ma swojego treściowego odpowiednika w u.p.r.d., co jednak jest sytuacją stosunkowo częstą i nie ma decydującego znaczenia⁸¹⁵. Bardziej problematyczny jest stosunek takiej konstrukcji do regulacji z art. 179 k.k., która, jak zdawałoby się, wyczerpująco

⁸¹² Przykładem takiego rozumowania jest stwierdzenie wyrażone w orzeczeniu SN III KKN 109/97, Lex Polonica nr 343716, gdzie wywodzi się, iż: „*Nie ulega wątpliwości, iż skazany, wręczając kluczki do samochodu pijanemu W.K. umyślnie naruszył umyślnie podstawowe reguły bezpieczeństwa w ruchu drogowym, a skutki swego postępowania mógł i powinien przewidzieć*”.

⁸¹³ R.A. Stefański, „*Odpowiedzialność za udostępnienie do prowadzenia pojazdu osobie znajdującej się w stanie po użyciu alkoholu lub podobnie działającego środka*”, Prokur. i Prawo 2007, z. 5, s. 17.

⁸¹⁴ Konstrukcja taka występuje w orzecznictwie, czego wyrazem może postulat odpowiedzialności takiej osoby jako współsprawcy – por. np. wyrok SN Rw 77/72, Lex Polonica nr 308815. Zgodnie bowiem z treścią tenora tego orzeczenia: „*Kierowca pojazdu mechanicznego, oddając do prowadzenia powierzony mu pojazd innej osobie - znajdującej się w stanie nietrzeźwości lub nie posiadającej uprawnień do prowadzenia tego pojazdu (...) - narusza zasady bezpieczeństwa w ruchu lądowym, określone w ustawie z dnia 27.XI.1961 r. o bezpieczeństwie i porządku na drogach publicznych. W razie spowodowania przez tę osobę wypadku drogowego z określonymi w przepisach art. 145 k.k. skutkami, kierowca podlega odpowiedzialności karnej na zasadzie współsprawstwa w ramach przepisów art. 145 § 1 lub 2 k.k. w zależności od skutków, jeżeli mógł i powinien był je przewidzieć*”.

⁸¹⁵ Zamieszczona tam regulacja (zob. art. 45 u.p.r.d.) wyklucza bowiem wprost: „*1) kierowania pojazdem, prowadzenia kolumny pieszych, jazdy wierzchem lub pędzenia zwierząt osobie w stanie nietrzeźwości, w stanie po użyciu alkoholu lub środka działającego podobnie do alkoholu; oraz 2) holowania pojazdu kierowanego przez osobę, o której mowa w pkt 1*”.

określa zakres kryminalizacji zachowań tzw. dyspozytora, uwarunkowanej ciążeniem na nim szczególnego, prawnego obowiązku zapobiegnięcia skutkowi. Przedstawiona powyżej koncepcja odpowiedzialności za współsprawstwo czynu z art. 177 § 1 bądź § 2 k.k. umożliwia więc nadmierne rozszerzenie zakresu odpowiedzialności karnej na osoby, które nie są objęte zakresem zastosowania normy zrębowo (centralnie) wysłowionej we wspomnianym powyżej przepisie⁸¹⁶. W takim kontekście rodzi się pytanie o to, czy za współsprawstwo nie można by oskarżyć jeszcze innych osób, które swoim działaniem ułatwiają popełnienie przestępstwa, np. osobę parkingowego, który działając w nastawieniu wolicjonalnym odpowiadającym współczesnej konstrukcji zamiaru ewentualnego co do znamienia znajdowania się w stanie nietrzeźwości kierowcy daje wskazówki, jak wyjechać z zatłoczonego parkingu. Taką konstrukcję dałoby się łatwiej zaakceptować – przy wykorzystaniu instrumentarium form popełnienia czynu zabronionego – w odniesieniu do art. 178a k.k. Drugi, niebagatelny zarzut związany jest z ustaleniem związku przyczynowego pomiędzy udostępnieniem pojazdu mechanicznego osobie nietrzeźwej, a zaistniałym wypadkiem drogowym⁸¹⁷. W opracowaniach kryminalistycznych zwraca się poniekąd uwagę, że fakt prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie upojenia alkoholowego jest czynnikiem, który istotnie – czasami wręcz 30-krotnie zwiększa prawdopodobieństwo wystąpienia wypadku komunikacyjnego. Jednak tworzenie w tej materii wiarygodnych hipotetycznych przebiegów przyczynowych jest obarczone bardzo daleko idącym ryzykiem, co znakomicie uświadamiają badania przeprowadzone przez Poradnię Psychologiczną Przychodni Przemysłowej w Poznaniu jeszcze w latach 80-tych XX wieku⁸¹⁸. I nie chodzi tutaj tylko o to, że w wielu przypadkach stan po spożyciu alkoholu zwiększa jedynie obrażenia ofiar i szkody spowodowane przez sprawcę. Nie trudno bowiem dostrzec, że kierujący pojazdem w stanie nietrzeźwości podejmuje – z mniejszą co prawda efektywnością – decyzje będące efektem wszak procesów decyzyjnych⁸¹⁹. I to właśnie na skutek wyboru jednego z owych konkretnych sposobów działania, przekraczając zarazem normę ostrożności, staje się on sprawcą wypadku o

⁸¹⁶ Taka interpretacja jest niezgodna ze stanowiskiem części doktryny, która opowiada się za rygorystyczną wykładnią podmiotu przestępstwa z art. 179 k.k. – pozostawiając poza nim kategorię osób wykonujących obowiązki dyspozytora na podstawie spontanicznej decyzji – zob. J. Kochanowski „*Dopuszczenie do ruchu lądowego niesprawnego pojazdu lub niebezpiecznego kierowcy*”, Prob. Praw. 1989, nr 5, s. 24–25.

⁸¹⁷ Wskazać można na dane zebrane przez Komendę Główną Policji (Dane ogólne o motoryzacji i wypadkach drogowych, dane dostępne na stronie internetowej Komendy Głównej Policji pod adresem <http://dlakierowcow.policja.pl/portal/dk/807/47493/>, odczyt dnia 25.05.2013 r, s. 60), według których nietrzeźwi kierowcy uczestniczyli w roku 2012 w nieco ponad 12,1% (4 467) wypadków, co odpowiada z grubsza liczbie wypadków drogowych, które miały miejsce podczas opadów deszczu – 4354 (zob. tamże, s. 32).

⁸¹⁸ Polegały one na podaniu 40 kierowcom podobnej ilości alkoholu i pobraniu do badania krwi po upływie identycznego odstępu czasu. Graniczne różnice w wartościach stężenia otrzymanego alkoholu we krwi przekroczyły 300 % (pomiędzy minimalną wartością – 0,45 promila a 1,35 promila). Zob. J. Klimek, „*Kodeks a przestępstwa drogowe*”, Warszawa 1986, s. 28.

⁸¹⁹ F. Bolechała, „*Stan psychiczny a odpowiedzialność karna – regulacje prawne i kryteria medyczne w Polsce oraz innych państwach*”, Arch. Med. Sąd. Krym., 2009, t. LIX, s. 311.

prawnokarnie doniosłych skutkach, co aktualizuje problem jego odpowiedzialności karnej⁸²⁰. Podobne rozważania były prowadzone – przy zastrzeżeniu specyfiki niemieckiej koncepcji odpowiedzialności na gruncie § 323a StGB w doktrynie naszych zachodnich sąsiadów⁸²¹, czego przykładem może być obciążenie gospodarza restauracji obowiązkiem zapobieżenia prowadzenia samochodu przez nietrzeźwego kierowcę pod groźbą odpowiedzialności karnej za czyn zabroniony w charakterze współsprawcy⁸²².

Opowiedzieć się za tym należy więc, że tkwiący niewątpliwie w zachowaniu sprawcy element społecznej szkodliwości czynu, który wyraża się w akceptacji prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości, winien być rozstrzygany wyłącznie na płaszczyźnie art. 178a k.k. Tylko taki czyn mieści się bowiem w granicach wyznaczanych przez ramy nie tylko tzw. obiektywnego przypisania skutku, ale nawet koncepcji związku przyczynowego odpowiadającego potwierdzonej empirycznie prawidłowości i karalnej nieumyślności sprawcy⁸²³.

Na marginesie rozważyć należy inną frapującą kwestię, która materializuje się w kontekście odpowiedzialności na gruncie art. 178a k.k. Dotyczy ona określenia charakteru normy postępowania zakazującej kierowania pojazdem w stanie nietrzeźwości. Daje się ją bowiem odtworzyć nie tylko z wskazanego przepisu k.k.⁸²⁴, ale jak już sygnalizowano powyżej, również z brzmienia art. 45 u.p.r.d. Nie chodzi tutaj naturalnie o relację, która zachodzi pomiędzy przepisami prawa karnego a innymi gałęziami prawa – w tej mierze zdecydowanie bowiem opowiedzieć się należy za przyznaniem prawu karnemu samodzielnej funkcji reglamentacyjnej. Na pierwszy rzut oka można by powiedzieć, że konstrukcja tego przestępstwa (tj. art. 178a w zw. z art. 9 § 1 k.k.) nie daje podstaw do twierdzenia, że występują samoistne podstawy do wyodrębnienia autonomicznych norm ostrożności, których zachowanie, mimo wypełnienia znamion tego przestępstwa mogłoby uwalniać sprawcę od odpowiedzialności karnej. Byłby to jednak kardynalny błąd, wynikający w znacznym stopniu z odczytywania przepisów w ich warstwie deskryptywnej. Do pomyślenia jest wszak taka sytuacja, kiedy kierowca, zanim wybrał się w drogę, odczekał dostateczny odcinek czasu pozwalający w normalnych warunkach na metabolizm spożytego alkoholu. W tym przypadku zwraca się uwagę, że wobec braku możliwości

⁸²⁰ Na gruncie bowiem obecnie utrwalonej linii orzeczniczej sprawca wypadku komunikacyjnego nie będzie odpowiadał za spowodowanie lekkiego uszczerbku na zdrowiu (zob. orzeczenie SN I KZP 16/98, OSNKW 1998 z. 11–12, poz. 48).

⁸²¹ Przegląd stanowisk w tej mierze oferuje G. Geilen „Zur Verantwortung des Gastwirts bei Trunkenheit am Steuer”, JZ 1965, s. 469.

⁸²² Na takim stanowisku stanął m.in. BGH w orzeczeniu opublikowanym w zbiorze BGHSt 4,20 (JZ 53, 407).

⁸²³ Absurdalność skrytykowanego powyżej rozumowania jest widoczna na przykładzie nowszego, trafniejszego orzecznictwa SN – por. tezę orzeczenia II KKN 310/96, Prokur. i Prawo 1998 z. 10, s. 3 – „Stan nietrzeźwości kierowcy nie może automatycznie przesądzać o jego winie za spowodowanie wypadku, zwłaszcza jeżeli zagrożenie bezpieczeństwa ruchu zapoczątkowane zostało ewidentnie nieprawidłowym zachowaniem innego uczestnika ruchu”.

⁸²⁴ Naturalnie po właściwym uzupełnieniu przez elementy syntaktyczne czy modyfikatory znajdujące się m.in. w Części Ogólnej k.k.

przypisania mu choćby li tylko zamiaru ewentualnego, czyn jego pozostanie poza zakresem zainteresowania prawa karnego⁸²⁵. Ocena tej sytuacji jest jednak przejawem patrzenia zbyt formalistycznego, patrzenia, które ignoruje występujące u człowieka procesy psychiczne. Nieświadomość własnego stanu nietrzeźwości istotnie może bowiem wystąpić – dotyczy to zarówno sytuacji skrajnej intoksykacji alkoholowej, kiedy człowiek traci zmysł krytyczny i zdolność do prawidłowej oceny zjawisk oraz sytuacji bardzo niskiego stężenia alkoholu we krwi. Praktycznie jednak sytuacja, kiedy sprawca posiada w krwi ponad 0,5 promila (zob. art. 115 § 16 k.k.), a więc stężenia odpowiadającego wartości wypicia co najmniej dwóch 0,5 litrowych kufli piwa⁸²⁶, jest trudna do wyobrażenia. Niemożność niezauważenia takiego stanu jest istotnie mało przekonującym argumentem, gdyż aktualne badania potwierdzają, że w takich przypadkach czas reakcji organizmu wydłuża się o przynajmniej 50%⁸²⁷. Odwoływanie się do świadomości sprawcy jako warunku odpowiedzialności za przestępstwo z art. 178a k.k. jest, przy dokładnej refleksji nad tą propozycją, postulatem, który pojmować należy z odpowiednią powściągliwością⁸²⁸. Inaczej można by łatwo zwolnić od odpowiedzialności karnej sprawcę w przypadku, gdy będzie on twierdził, że nie był świadomy stanu swojej intoksykacji alkoholowej a inne środki dowodowe okażą się niedostępne.

Jasne jest więc, że przytoczony kazus raz jeszcze eksponuje doniosłość norm ostrożności. Zarzut, który ostatecznie czynimy sprawcy w tym przypadku nie wyczerpuje się bowiem w prowadzeniu samochodu w stanie nietrzeźwości, jest uwarunkowany wcześniejszym stwierdzeniem niedopełnienia dodatkowych aktów ostrożności, które powinien był on przedsięwziąć, nie będąc pewien co do stężenia alkoholu w swojej krwi i zdolności do prowadzenia pojazdów, takich jak choćby skorzystanie z alkomatu, co nie jest w dzisiejszych czasach abstrakcyjną możliwością. I tutaj więc mamy do czynienia z normą ostrożności.

W kontekście odpowiedzialności nietrzeźwych kierowców dokonać należy jeszcze krótkiego spojrzenia na swoiste oceny tego postępowania rozwinięte na gruncie doktryny i orzecznictwa niemieckiego. Jest to szczególnie wartościowe poznawczo ze względu na zupełnie inny model odpowiedzialności karnej, model, który poważnie odbiega od tego przyjętego w szeregu państw tak systemu kontynentalnego jak i *common law*. Konstrukcja bowiem przestępstwa

⁸²⁵ Takie stanowisko reprezentuje przykładowo R. A. Stefański „Przestępstwa...”, s. 401.

⁸²⁶ Z najwyższą niechęcią odwołuje się tutaj do owej wartości szacunkowej, która – stosowana bardzo często w kampaniach informacyjnych odwołuje się do daleko idących uproszczeń i abstrahuje, jak to już zostało wskazane powyżej, od indywidualnej farmakinytyki w organizmie.

⁸²⁷ M. Wiergowski „Propozycja interpretacji wyników analitycznych uzyskanych w pobliżu prawnej granicy stężeń dla stanu po użyciu alkoholu lub stanu nietrzeźwości” Arch. Med. Sąd. Krym. 2012, t. LXII, s. 179.

⁸²⁸ W tym kontekście przytoczyć można następujący pogląd A. Marka, „Kodeks karny. Komentarz”, Komentarz do art. 178a k.k., nb. 6, LEX 2013: „(...) natomiast fakt znajdowania się przez prowadzącego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego może być również objęty zamiarem ewentualnym. W każdym razie niezbędna jest świadomość sprawcy, że może znajdować się w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego i godzenie się z tą możliwością”.

z § 316 StGB opiera się na nieco innym, węższym niż w Polsce pojęciu kierowcy, którym jest jedynie osoba prowadząca własnoręcznie samochód⁸²⁹. Szczególną charakterystyką tego przestępstwa jest to, że opiera się ono na zupełnie innym założeniu – tj. braku sztywnej granicy stężenia alkoholu we krwi⁸³⁰. Dla odpowiedzialności karnej istotna jest niepewność w prowadzeniu pojazdu, która oznacza – zgodnie z aktualną linią orzecniczą sądownictwa niemieckiego – takie obniżenie zdolności (zarówno psychicznych, jak i fizycznych), które powoduje, że kierowca nie jest w stanie na dłuższym odcinku pewnie prowadzić – choćby w przypadku wystąpienia ciężkich warunków drogowych – swojego samochodu⁸³¹. Stężenie alkoholu – o ile wartość ta nie przekracza 1,1 promila w wydychanym powietrzu, stanowi pod tym względem jedynie pewną poszlakę. Jako dolną granicę jakiegokolwiek odpowiedzialności wskazuje się w tym kontekście w orzecznictwie na wartość 0,3 promila stężenia alkoholu we krwi – a kryteria oceny sprawności kierowcy, wobec niezwykle rozbudowanej kazuistyki, wymykają się nawet poświęconym tej kwestii opracowaniom monograficznym⁸³². Złożoność tego zagadnienia prowadzi do tego, że podnoszone są stanowcze postulaty reformy stosownych przepisów kodeksowych i wprowadzenia regulacji, które w większym stopniu uwzględniają dorobek współczesnej medycyny⁸³³. Wobec tego, jako pewną niekonsekwencję przyjąć należy dodawane do tego stwierdzenie, iż na pewno prowadzenia pojazdu nie mają wpływu zewnętrzne warunki, w jakich kierowca ten pojazd prowadził – a zwłaszcza niekorzystna pogoda czy niska płynność ruchu wobec dużej liczby pojazdów⁸³⁴.

Wydaje się, że rozwiązania niemieckie określić można jako szczególne. U ich podstaw leży wysokie zaufanie do wymiaru sprawiedliwości i pozostawiona sędziemu swoboda oceny pojedynczych przypadków. Zarazem jednak powoduje to, że wyroki uniewinniający bądź skazujący mogą w dużym stopniu być uzależnione od kwalifikacji obrońcy. Gdyby kierować się samymi statystykami, to liczba śmiertelnych osób z udziałem alkoholu wyniosła w Niemczech 11% łącznej liczby śmiertelnych ofiar⁸³⁵. Odwołując się natomiast do statystyk obrazujących takich liczbę wypadków w Polsce, stwierdzić można, że analogiczne wartości w obu krajach

⁸²⁹ Stąd też zwraca się uwagę w orzecznictwie na fakt, że instruktor jazdy (mimo zawartości 1,49 promila alkoholu we krwi) nie może być podmiotem przestępstwa z § 316 – zob. orzeczenie OLG Dresden, DAR 2006, 159).

⁸³⁰ S. Riemensschneider, „*Fahrunsicherheit oder Blutalkoholgehalt als Merkmal der Trunkenheitsdelikte – zugleich ein Beitrag zur Rechtsentwicklung*”, Berlin 2000, s. 136.

⁸³¹ BGHSt 13, 83, BayOLG NJW 1973, 566.

⁸³² Wskazać tutaj należy na cytowane powyżej opracowanie S. Riemensschneider, op.cit., s. 138. Zamieszczone tamże wyliczenie obejmuje m.in. poważne błędy podczas prowadzenia pojazdu takie jak ścinanie nieoświetlonych zakrętów etc.

⁸³³ Konkluzje pracy S. Riemensschneider, op.cit., s. 285–287.

⁸³⁴ BGHSt 31, 42, gdzie odrzucono taką możliwość w odniesieniu do mgły.

⁸³⁵ G. Bartsch, „*Alkohol im Straßenverkehr*“, Hamm 2009.

korespondują ze sobą^{836,837}.

Rozwiązanie przyjęte u naszych zachodnich sąsiadów zdaje się być bardziej elastyczne i sprzężone z szeregiem czytelnych przesłanek odczytywania norm ostrożności. Takie określenie istoty dyskutowanego tu przestępstwa zdaje się być również bardziej koherentne z uwzględnianiem indywidualnych okoliczności dotyczących sprawcy i reakcji organizmu u każdego człowieka na intoksykację alkoholową; zarazem ryzyko nadmiernej arbitralności orzeczeń jest ograniczone przez rozstrzygnięcie BGH z początku lat 90-tych XX wieku⁸³⁸.

Niemniej jednak ze względów kryminalno-politycznych – a w szczególności ciągle aktualnego zagrożenia korupcyjnego – funkcjonujące obecnie rozwiązanie w Polsce ma swoje zalety.

5) Pojęcie znaku a znak drogowy i prawo karne

W obecnym stanie prawnym odpowiedzialność karna za spowodowanie wypadku samochodowego w komunikacji drogowej immanentnie wiąże się, niezależnie od treści art. 177 k.k., jak mam nadzieję ukazały to już powyższe rozważania, z naruszeniem norm ostrożności. Szczególnym przypadkiem w tej mierze jest sytuacja, kiedy owe normy ostrożności modyfikowane są poprzez znaki drogowe – swoistość ta wynika z wykorzystanego w tym przypadku paralingwistycznego sposobu przekazu właściwych norm⁸³⁹. Na pierwszy rzut oka sytuacja ta jest zupełnie klarowna – każdy kierujący pojazdem przychyli się bowiem do stanowiska, że treść znaków drogowych jest zrozumiała i podlega objaśnieniom już na pierwszym kursie prawa jazdy, a następnie podlega weryfikacji w trakcie egzaminu teoretycznego na prawo jazdy. Zagadnienie to jest również stosunkowo oczywiste wtedy, gdy uwzględni się treści Rozporządzenia Ministrów Infrastruktury oraz Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych⁸⁴⁰. W przedmiotowym akcie prawnym wskazuje się na znaczenie, które przypisać należy poszczególnym znakom⁸⁴¹.

⁸³⁶ Na łączną liczbę 37 046 wypadków, 4 467 było spowodowanych przez osoby pod wpływem alkoholu w 2012 r., co stanowi 12 %.

⁸³⁷ Mimo to, zgodnie z danymi Eurostatu, w Polsce liczba ofiar śmiertelnych w wypadkach samochodowych, ze względu na wysoką globalną liczbę samych wypadków komunikacyjnych jest najwyższa w całej UE – zob. http://www.eurorap.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=84%3Astatystyki-wypadkow-drogowych-w-europie&catid=47%3Adla-kierowcow&Itemid=86, odczyt dnia 25 maja 2013 r. W roku bowiem 2012 na polskich drogach zginęło 3571 osób.

⁸³⁸ Które to wprowadziło wspomnianą powyżej granicę 1,1 promila – zob. wyrok BGSt 37, 89.

⁸³⁹ Służyć ma on przede wszystkim: „jednoznacznemu i zrozumiałemu przekazowi informacji”, zob. S. Gaca, W. Suchorzewski, M. Tracz, op.cit., Warszawa 2008, s. 24 i n.

⁸⁴⁰ Dz.U.2002.170.1393.

⁸⁴¹ Dokonuje się to w oparciu o stosunkowo prosty schemat, który zilustrować można za pomocą pierwszego ze znaków wymienionych w § 4 przedmiotowego Rozporządzenia:

„1) A-1 <<niebezpieczny zakręt w prawo>>,”

2) A-2 <<niebezpieczny zakręt w lewo>>”

Oczywiście nie sposób nie zauważyć w tym kontekście pewnych oczywistych rozbieżności wyrażających się w tym, że znaki drogowe, jako przynależne do kategorii znaków graficznych, stanowią część zupełnie innej kategorii niż chociażby znaki językowe⁸⁴², pod którym to ostatnim pojęciem powszechnie pojmuje się część wyrażenia, na które składa się element znaczący i element znaczący⁸⁴³. Warto jednak pochylić się nad tym zagadnieniem na chwilę od strony teoretycznej, a mianowicie w perspektywie przenoszanej przez nie treści.

Traktowanie znaków drogowych jako przykładu komunikacji paralingwistycznej byłoby zabiegiem błędnym. Pojęcie to zarezerwowane jest w pierwszej kolejności dla tego rodzaju komunikacji niewerbalnej, która koncentruje się wokół przekazywania informacji za pomocą gestów czy języka ciała⁸⁴⁴ i już to powoduje, że z dużą ostrożnością podchodzić należy do przenoszenia tych pojęć na grunt prawoznawstwa. Trafniej byłoby tutaj operować pojęciem znaku konwencjonalnego motywowanego (ikonicznego), a więc takiego, który w swojej treści i w swoim przedstawieniu nawiązuje – choćby w sposób schematyczny – do rzeczywistego wyglądu danej sytuacji oraz znaku arbitralnego (niemotywowanego), a więc takiego, w którym jego graficzne przedstawienie w żaden sposób nie nawiązuje do obiektywnie znanej rzeczywistości⁸⁴⁵.

Znamienna ewolucja, jaka dokonała się we współczesnej semiotyce (a przez to w prawoznawstwie) każe spojrzeć na pojęcie znaku w nowej perspektywie. Przyjąć można wstępnie na potrzeby dalszych rozważań definicję, która sformułowana została przez K. Mularskiego⁸⁴⁶, zwłaszcza ze względu na dokonaną w niej przekonującą krytykę pojmowania znaku, która została zaproponowana przez Z. Ziemińskiego⁸⁴⁷. Ten poznański cywilista wskazuje m.in. na zachodzącą niekonsekwencję w wypowiedziach tego ostatniego autora, który z jednej strony podkreśla występowanie u wytwórcy znaku świadomości reguł znaczeniowych, a z drugiej strony dopuszcza wyjątkowo taką sytuację, kiedy wytwórca znaku tej świadomości nie posiadał⁸⁴⁸. Dalej akcentuje

ostrzegają o niebezpiecznym zakręcie w kierunku wskazanym na znaku”.

⁸⁴² M. Bugajski, „Język w komunikowaniu”, Warszawa 2007, s. 217.

⁸⁴³ Ibidem, loc. cit.

⁸⁴⁴ Z. Necki, „Komunikacja międzyludzka”, Kraków 1996, s. 109.

⁸⁴⁵ W ten sposób znak zbliża się do symbolu. Zastrzec przy tym należy, że samo pojmowanie pojęcia znaku zdaje się być na gruncie współczesnej semiotyki bardzo niejednolite: zob. K. Mularski, „Czynności podobne do czynności prawnych”, Poznań 2001, s. 81 i n.

⁸⁴⁶ K. Mularski, op.cit., s. 86, podaje następującą definicję znaku: „*znakiem jest każdy obiekt, któremu określone reguły znaczeniowe przypisują określone znaczenie, niezależnie od tego jakimi motywami kierował się podmiot wytwarzając ten obiekt, w szczególności niezależnie od tego, czy podmiot ten wytworzył taki obiekt ze względu na to, że określone reguły sensu nakazują wiązać z nim myśli określonego typu*”. Zarazem ten sam autor przedstawia drugą niejako wersję swojej definicji pisząc, iż „*znakiem jest każdy wytworzony przez podmiot obiekt, z którym wyrażnie ustanowione albo zwyczajowo ukształtowane reguły wiążą myśli określonego typu*”. (Idem, op.cit., s. 88).

⁸⁴⁷ Ten ostatni (por. Z. Ziemiński „Logika...”, s. 14) przyjmował bowiem, że „*znakiem w ścisłym tego słowa znaczeniu nazywamy dostrzegalny układ rzeczy czy zjawisko spowodowane przez kogoś, ze względu na to, że jakieś wyrażenie ustanowione czy zwyczajowo ukształtowane nakazują wiązać z tym układem rzeczy lub zjawiskiem myśli określonego typu*”.

⁸⁴⁸ Na marginesie zauważyć należy, iż zarzut, który uczyniony został Z. Ziemińskiemu jest jedynie połowicznie słuszny – wydaje się bowiem, że w istocie jest tak, że intencjonalność co do zasady nie jest konstytutywna dla bytu znaku, ale w pewnych przypadkach już tak, jak chociażby w przypadku milczenia mającego doniosłość prawną – por.

on brak jej operatywności na gruncie prawa prywatnego⁸⁴⁹. Ten zarzut można przenieść na grunt prawa karnego.

W przypadku znaków drogowych – a także analogicznych znaków wykorzystywanych w innych formach zorganizowanej komunikacji, jaką może być ruch statków śródlądowych czy ruch kolejowy, nośnikiem nakazu określonego postępowania jest połączenie materialnego substratu znaku, na który składa się materialny substrat (obiekt) w postaci np. metalowego słupka typu U-1a i umieszczonego na nim oznaczania np. właściwej drogi. Wyraźnie ustanowione reguły nakazują powiązanie z tym znakiem określonej normy ostrożnego postępowania, które stanowią wskazaną w powyżej przytoczonej definicji skonstruowanej przez K. Mularskiego znaczenie danego znaku, a więc wzmiankowane przez niego „myśli określonego typu”. W tym kontekście nie sposób nie zadać pytania, czy norma ta ma charakter normy ostrożności, której przekroczenie jest jednym z warunków odpowiedzialności karnej.

Wyobrazić sobie z łatwością można pewne wyjątkowe sytuacje, kiedy tak w istocie nie będzie – dotyczy to chociażby wypadków, kiedy dana norma ostrożności się nie zaktualizuje, ze względu np. na wykorzystanie jezdni do innych celów – a więc przykładowo rajdu samochodowego.

Ale nie o takie wyjątkowe przypadki tutaj chodzi.

Generalny zarzut, jaki można podnieść wobec jakichkolwiek prób podważania jednoznacznego utożsamienia znaczenia znaku drogowego z normą ostrożności, to podważanie pewności obrotu prawnego – gdyby za każdym razem umożliwić kwestionowanie *ad casum*, że dany znak drogowy nie był nośnikiem relewantnej, mającej w danym przypadku zastosowanie normy postępowania, to stanowiłoby to przyzwolenie dla tych uczestników komunikacji zbiorowej, którzy będąc w błędnym wyobrażeniu swoich możliwości, sami sobie wyznaczałiby np. granice dopuszczalnej prędkości⁸⁵⁰. Pamiętać należy o występującej wśród znaków drogowych różnic, a więc takich znaków drogowych, jak chociażby znak C-3, nakazujący zmienić jazdę w lewo przed tym znakiem, i z to, że drugiej strony znajdują się wśród znaków takie, które ograniczają się do pełnienia zgoła innej funkcji, jaką jest chociażby informowanie o atrakcjach turystycznych – np. znak E-22c. Wreszcie są takie znaki, które występują na drogach publicznych w wielu miejscach i ustawione są w sposób, który sprawia wrażenie, że mamy do czynienia z oficjalnym znakiem drogowym, który wśród uczestników ruchu drogowego powinien

przykład, który w tej mierze podaje Z. Ziemiński, „Logika...”, s. 15, powołując się na „bierne zachowanie się podmiotu” co może stanowić w pewnych okolicznościach przyjęcie oferty.

⁸⁴⁹ Ze względu na wpisaną w nią intencjonalność, która, jak trafnie spostrzega K. Mularski, op.cit., s. 86, prowadzić musi do przyjęcia finalistycznej („teleologicznej”) koncepcji czynu. Co do dalszych zarzutów wobec koncepcji Z. Ziemińskiego, zob. Idem, op.cit., s. 88 i n.

⁸⁵⁰ A. Najmiec, „Kultura bezpieczeństwa i psychologiczne uwarunkowania sprawności kierowcy”, Bezpieczeństwo pracy 2008, z. 7–8, s. 11.

aktualizować potrzebę zachowania szczególnie ostrożnego postępowania, ale które znakami w istocie rzeczy nie są⁸⁵¹. Proste utożsamienie więc znaczenia znaków drogowych z treścią indywidualnej normy ostrożności byłoby zbyt daleko idącym uproszczeniem, prowadzącym do niesprawiedliwych rozstrzygnięć na gruncie prawa karnego. Zresztą przeciwko takiemu rozwiązaniu przemawia jeszcze jeden, mniej subtelny, ale niebagatelny argument zaczerpnięty z obszaru dogmatyki prawa karnego, a mianowicie wskazanie, że norma ostrożności nie odnosi się do sfery wewnętrznej podmiotu zachowania, a więc do jego „*myśli określonego typu*”.

Wobec naszkicowanego powyżej rysu o funkcjonujących we współczesnej nauce teoriach znaku, pokusić się można o konstatację, że status znaku posiadać będą nie tylko znaki drogowe, ale także inne oznaczenia konwencjonalne, a więc np. te, które umieszczane są na poszczególnych pojazdach uczestniczących w ruchu. Mimo ich genetycznej różnicy wobec kategorii znaków drogowych, wobec których sens znaczeniowy jest zakodowany w samej normie prawnej wyrażonej akcie normatywnym⁸⁵², stanąć należy na stanowisku, że z punktu widzenia semiotyki chodzi tutaj o jednolicie rozumiany znak. Jako że funkcją normy prawnokarnej prawnej jest wyśrodkowanie takiego poziomu przedmiotu ochrony dobra prawnego, który z jednej strony umożliwia jego społeczne użytkowanie, a z drugiej gwarantuje, aby stopień zagrożenia dla dobra nie przekraczał pewnej miary, a ważnym wyrazem tego konsensu są odwołujące się do zasobów ludzkiej wiedzy normy ostrożności, pochoptym byłoby poszukiwanie ich w normach prawnych, bądź też przyznawanie tym normą charakteru wiodącego⁸⁵³. Przekładając to na język pojęć składających się na analizę pojęcia znaku powiedzieć można, że brak jest podstaw do twierdzenia, iż wyraźnie ustalone reguły znaczeniowe (choćby w formie czynności konwencjonalnych ustawodawcy) mają pierwszeństwo przed regułami wykształconymi w drodze zwyczajowej. Stąd też daje się z łatwością wyobrazić sytuacja, w której złożone warunki na drodze nakazywały będą postępowanie inne niż to wyznaczane przez konkretny znak.

Bardziej kłopotliwa jest ocena sytuacji, w której postulowałoby się ustalenie normy ostrożności o innej treści niż ta wynikająca wprost ze znaku drogowego poprzez wskazanie, że w danej sytuacji bezpieczne były także np. zachowanie odmienne. Wyobrazić sobie można tytułem przykładu taki stan faktyczny, w którym kierujący pojazdem w godzinach nocnych przejeżdża na pustym skrzyżowaniu na czerwonym świetle. Przy zjeździe ze skrzyżowania, widząc nadjeżdżający inny, przepisowo jadący pojazd, traci jednak kontrolę na pojeździe i wpada do przydrożnego rowu,

⁸⁵¹ Nie chodzi tutaj o li tylko oznaczenia „Czarnych Punków”, która to akcja rozpoczęła się 7 września 1998 z inicjatywy E. Morawskiego ustawieniem dwustronnych tablic na drodze nr 2 Świecko – Terespol w okolicach Błonia, czy też o swoiste przypomnienia umieszczane na przydrożnych tabliczkach, jakimi są np. komunikaty „Radar – dozwolona prędkość 50 km/h. Zwolnij!”.

⁸⁵² Chodzi o cytowane powyżej Ministrów infrastruktury oraz Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych (zob. przypis powyżej nr 840).

⁸⁵³ Takie stwierdzenie zostało już zaznaczone wielokrotnie powyżej w przedmiotowej pracy, zob. rozważania powyżej.

w wyniku czego średni uszczerbek na zdrowiu ponosi podróżująca tym samym samochodem pasażerka. Pomijając złożoną problematykę możliwości uchylenia odpowiedzialności karnej kierowcy na płaszczyźnie związku przyczynowego (bądź też, jak postulowałaby by część doktryny prawa karnego tzw. obiektywnego przypisania skutku przestępnego sprawcy wypadku), stwierdzić można, iż sprawca, który zachowywał się sprzecznie z obowiązującą regulacją administracyjną ruchu, nie naruszy wtedy normy ostrożności, gdy jasne będzie, że w całokształcie percypowanej treści znaków i ich weryfikacji z sytuacją na drodze nie będzie podstaw do stwierdzenia, że dane zachowanie stwarzało pewien poziom niedopuszczalnego ryzyka⁸⁵⁴.

Zagadaniem, które wymaga analizy w tym kontekście jest pytanie, w jakiej relacji znajdują się do siebie: znacznie treści normy ostrożności zakodowanej w postaci przepisu prawnego a normy, która jest odzwierciedlona w znaku piktograficznym, jakim jest znak drogowy.

Prowadzone tutaj rozważania przeprowadzić można z wielu punktów widzenia, zwłaszcza w odniesieniu do semantyki nazwy, pragmatyki oraz syntaktyki⁸⁵⁵. Dalej zająć się wypadnie się pierwszymi dwoma.

W przypadku semantyki nazwy swoistość znaków wyraża się w tym, że odwołuje się ona do pewnego „*naiwnego obrazu świata*”, przeciwnie temu, jaki udostępniany jest człowiekowi za pomocą pojęć naukowych, opracowanych z uwzględnieniem wskazań logiki. Mimo to „*informacja o klasie rzeczy nazwanych przez znak, mających wspólne cechy, lub o klasie sytuacji pozajęzykowych, inwariantnych w stosunku do pewnych cech uczestników i łączących relacji*”⁸⁵⁶ jest w takim stopniu intersubiektywna, że, jak łatwo zauważyć obserwując rzeczywistość społeczną, nie staje się ona przedmiotem bardziej zacieklej polemiki. Również uwzględnienie prób klasyfikacji, jakie są spadkiem opracowań Fregego, a które – mówiąc w dużym uproszczeniu – sprowadzają się do wyróżniania referencji i sygnifikacji⁸⁵⁷ – prowadzi do wniosku, że zachodzi tutaj daleko idąca jednoznaczność⁸⁵⁸.

Natomiast kategoria pragmatyki znaku językowego – a więc pewnych wartości emocjonalnych, które są odbiciem wyobrażeń kulturowych – w przypadku przekazu komunikatu postrzegane mogą być wyłącznie w perspektywie jego zaburzenia. Uruchomienie możliwych w

⁸⁵⁴ W tym kontekście pojawia się interesujące pytanie, w jakim stopniu możliwe jest odtwarzanie norm ostrożności niejako od końca, a więc przez pryzmat niedopuszczalnego zwiększenia ryzyka. Czy można więc powiedzieć, że zachowanie jest wtedy nieostrożne, gdy w swojej treści doprowadza do wzrostu zagrożenia dla dóbr prawnych powyżej pewnego poziomu? W tej mierze poczynić należy istotne zastrzeżenie, że chodzić tutaj może tylko o kategorie ocen dokonywanych z perspektywy *ex ante*. Poza tym pojawia się tutaj istotna wątpliwość wiążąca się z tym, że to, jakie jest „*niedopuszczalne zwiększenie ryzyka*” trudno jest wyznaczyć z dostateczną intersubiektywnością czy pewnością. Do tej więc procedury podejść należy z pewnym dystansem.

⁸⁵⁵ J. Apresjan, „*Semantyka leksykalna: synonimiczne środki języka*”, Warszawa 1991, s. 66.

⁸⁵⁶ Ibidem.

⁸⁵⁷ J. Apresjan, op.cit., s. 69.

⁸⁵⁸ J. Apresjan, op.cit., s. 70.

tym kontekście cech asocjacyjnych⁸⁵⁹ będących naturalnym katalizatorem procesów metaforyzacji, prowadzić może tylko i wyłącznie wszak – jeżeli zachodzi konsekwentnie w fazie percepcyjnej komunikatu – do jego zaburzeń.

Te rozważania potwierdzają, że znaczenie znaku drogowego nie może być tożsame z znaczeniem zwykłego znaku językowego. Jego normatywny charakter powoduje pozbawienie go warstwy pragmatycznej⁸⁶⁰.

Tak sformułowana konkluzja powoduje, że pożądane staje się spojrzenie na ewentualne odmienności wobec innych kategorii znaków, do czego konieczne jest wykorzystanie aparatury nie tyle semantycznej, co ogólnej refleksji semiotycznej⁸⁶¹, pozostawiając na uboczu jako drugorzędną dla prawa karnego problematykę stanowienia przez znaki części większej całości, jaką jest „*cywilizacja znaku*”⁸⁶² czy też tego, czy posługiwanie się znakami jest cechą charakterystyczną dyskursu kratycznego⁸⁶³. Istotniejsze jest tutaj bowiem przyjęcie określonej koncepcji znaku, którego mnogość różnych sposobów ujmowania jest zadziwiająca⁸⁶⁴. Opowiedzieć się tutaj należy za behawioryzmem, pojmowanym jako dyspozycja, jak reagować na znak jako przedmiot odniesienia. Zarazem podkreślić należy, że perspektywa współczesnych badań teoretycznych wyklucza uznanie znaku, w tym znaku drogowego, za symbol. Decydująca w tej mierze jest dwuelementowa struktura symbolu (wobec trójelementowej struktury znaku), która dotyczy elementów symbolizowanych i symbolizujących⁸⁶⁵.

Pożądane jest więc przejściowe chociaż zagłębienie się w semiotyczną analizę pojęcia znaku⁸⁶⁶. Wyjść należy tutaj od założenia, że podstawowym elementem sytuacji znakowej jest występowanie przynajmniej dwóch kompetentnych użytkowników znaków. Znaki te spełniają określoną funkcję – w przypadku znaków drogowych na pierwszym miejscu stawia się funkcję apelującą. Uwarunkowana jest ona wszak pewną cechą o charakterze jeszcze bardziej podstawowym, a mianowicie tym, że znak jest nośnikiem informacji⁸⁶⁷. Wzbogaca ona wiedzę odbiorcy komunikatu o treść oczekiwanego od niego w danych okolicznościach zachowania. Waler takowej informacji bierze się stąd, iż jest ona „*obrazem odwzorowania*”, co w przypadku

⁸⁵⁹ J. Apresjan, op.cit., s. 76.

⁸⁶⁰ Dodać można by za Z. Ziemińskim: której występowanie nie jest objęte zamierzeniem nadawcy.

⁸⁶¹ Co do ogólnej charakterystyki tej gałęzi naukowej zob. w szczególności opracowanie A. Yllera, „*Introducción a la semántica*” Madrid 1992, s. 33 i n.

⁸⁶² Wobec której niektórzy badacze, tak np. R. Barthers „*Imperium znaków*”, Warszawa 1999, s. 14 – ustosunkowują się powściągliwie, pisząc o „*przemóżnej iluzji semiotycznej naturalności*”.

⁸⁶³ M.P. Markowski, „*Wstęp*” w: „*Imperium znaków*”, Warszawa 1999, s. 19.

⁸⁶⁴ Przegląd wysławianych w tej mierze stanowisk, obejmujących 14 poglądów prezentuje Z. Wąsik w opracowaniu „*Zadania semiotyki w badaniach językoznawstwa*” w: „*Język a komunikacja*”, red. J. Szeja, Warszawa 2004, s. 197.

⁸⁶⁵ Innym ważkim argumentem w tym kontekście jest np. brak przechodniości znaków, zob. T. Todorov, „*Wstęp do Symboliki*” w: „*Symbole i symbol*”, red. M. Głowiński, Warszawa 1991, s. 36–37.

⁸⁶⁶ Pewną pomocą w opracowaniu tego fragmentu było dla mnie kilkudziesięciu stronicowe opracowanie A. Chmieleckiego, „*Wykłady z semiotyki*” dostępne pod adresem: <http://www.logic.amu.edu.pl/images/0/09/Chmieleckisemiotyka.pdf> (odczyt dnia 12.06.2013).

⁸⁶⁷ A. Chmielecki, op.cit., s. 22.

znaków drogowych charakteryzuje się tą szczególną właściwością, że odwzorowanie to odnosi się do dalszego rodzaju reprezentacji, jaką jest zapis językowy norm postępowania wysłowionych w akcie normatywnym, jakim jest w tym przypadku Rozporządzenie⁸⁶⁸. Mimo jednak pewnych swoistości, znak drogowy posiada właściwe cechy, aby wpisać się w rozwinięte na gruncie semiotyki określenie – kontrastujące z potocznym pojmowaniem znaku w społeczeństwie. W szczególności znak jest jedynie nośnikiem pewnej treści, do której przejście odbywa się w umyśle⁸⁶⁹. Przez to, inaczej niż chcą niektórzy adepci współczesnej semiotyki, nie zachodzi w tym przypadku tak daleko idąca różnica, jak ma to miejsce w odniesieniu do dyskrepancji pomiędzy „*jakościami psychicznymi a związkami chemicznymi*”⁸⁷⁰. Natomiast nie ma żadnych przeszkód, aby rozpatrywać znak przez pryzmat pewnych podstawowych relacji znakowych, jakimi są: intensja, sens i desygnat znaku. Swoistość polega jednak na tym, że o ile w tym pierwszym przypadku np. odpowiednia barwa chmur może być dla osoby wyposażonej w odpowiednią kompetencję znakową podstawą do przewidywania zbliżającego się deszczu⁸⁷¹, tak w przypadku znaków drogowych te bodźce umysłowe przedstawiają się w sposób bardziej niejednorodny. Truizmem będzie bowiem stwierdzenie, że np. znak ograniczenia prędkości nie tyle przywołuje u kierowcy świadomość gorszych warunków drogowych, uzasadniających regulację tempa przemieszczania się w ruchu drogowym, lecz przede wszystkim sygnalizuje możliwą obecność Policji. Ostrożność należy również zachować przy określaniu desygnatu znaku – nie jest nim bowiem z pewnością norma ostrożności, lecz raczej określony sposób zachowania się. Jak się wydaje, to zachowanie, pojmowane w sposób abstrakcyjny – a więc jako pewna kategoria zachowań⁸⁷² – może być traktowane jako sens danego znaku.

Po tych uwagach o charakterze porządkującym, przejść można do rozważań o innym nieco charakterze: czy znak drogowy mimo tych subtelnych odmienności teoretycznych wpływa w jakiś sposób na treść normy ostrożności? Wydaje się, że tak w istocie nie jest. Bowiem przeprowadzona powyżej, z wykorzystaniem pewnego spojrzenia semiotycznego analiza norm ostrożności prowadzi do konkluzji, iż na znak drogowy należy patrzeć homogenicznie. Tak więc znakiem jest nie tylko graficzne przedstawienie umieszczone na poziomym pasie jezdni, lecz także np. sygnał na monitorze komputera nadzorującego pogorszenie się stanu pacjenta na oddziale intensywnej terapii. Normatywny charakter wiązania z nim pewnego typu zachowań jest na tej płaszczyźnie bez większego znaczenia. Jest to znaczącą pomocą przy próbie wyjaśnienia tego, jak to jest, że

⁸⁶⁸ Chodzi tutaj o cytowane już wielokrotnie Rozporządzenie Ministrów infrastruktury oraz spraw wewnętrznych i administracji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych

⁸⁶⁹ A. Chmielecki, op.cit., s. 55.

⁸⁷⁰ A. Chmielecki, op.cit., 61.

⁸⁷¹ Zob. również przykłady, które podaje A. Chmielecki, op.cit., s. 64.

⁸⁷² A więc pewna kategoria zachowań – zob. A. Chmielecki, op.cit., s. 64–65.

źródłem treści normy ostrożności może być „określona sytuacja faktyczna”⁸⁷³. Dzieje się to bowiem za pośrednictwem występujących w tych sytuacjach znaków, które, jak zauważono powyżej, otaczają współczesnego człowieka żyjącego w swoistej „cywilizacji znaku”.

Konkludując przeprowadzone w niniejszym podrozdziale rozważania, podkreślić należy raz jeszcze, iż normy ostrożności na gruncie komunikacji drogowej cechują się najdalej chyba posuniętym sformalizowaniem spośród tych dotychczas tutaj w szerszym zakresie analizowanych. Ingerencja ustawodawcy w regulację ruchu drogowego nie jawi się jako zbyt daleko idąca jeżeli pamiętać się będzie, że u.p.r.d. nie jest bezpośrednim źródłem norm ostrożności. Kontrastuje to z praktyką stosowania norm prawa karnego w polskim sądownictwie, która wyraża się w daleko idącej jednostronnością ocen: podczas gdy zachowanie się zgodnie z normami wysłowionymi wprost w u.p.r.d. bądź za pomocą uszczegółowiających ich dyspozycje znaków drogowych nie wyłącza odpowiedzialności karnej, to ich przekroczenie, wobec wystąpienia prawno-karnie relewantnego skutku, prawie zawsze do takiej odpowiedzialności prowadzi⁸⁷⁴. Wydaje się, że w procesie ustalania, jakie zachowanie miało charakter nieostrożny, postępować należy więc z większą elastycznością, mając na uwadze to, że owe dyspozycje normatywne, w tym przekazywane w formie piktograficznych znaków, nie mają mocy nadrzędnej w współkształtowaniu treści normy ostrożności nad innymi znakami w otaczającej nas rzeczywistości, które takiego waloru normatywnego są pozbawione.

6) Formalizacje i klasyfikacje norm ostrożności w obszarze komunikacji drogowej a problematyka norm ostrożności w prawie karnym. Przykład katastrofy komunikacyjnej

Regulacje odpowiedzialności karnej za spowodowanie katastrofy w ruchu lądowym, powietrznym czy też wodnym są dokonaniem kodyfikacji karnej z 1997 r.⁸⁷⁵. Odstąpiono bowiem od penalizowania w jednym przepisie ustawy różnych typów katastrof, począwszy od tej z udziałem uczestników ruchu drogowego, a skończywszy na katastrofie chemicznej czy też budowlanej⁸⁷⁶. Zastrzec jednak należy, że nie powoduje to jednak automatycznie dezaktualizacji

⁸⁷³ Stanowiska takie występują z w literaturze przedmiotu, zob. np. P. Wolnik, „Nieświadomość norm ostrożności jako błąd przy przestępstwach nieumyślnych”, CzoPKNiP 2004, z. 2, s. 113. W żadnym jednak przypadku nie podejmuje się prób bardziej dogłębnego wyjaśnienia tej sytuacji.

⁸⁷⁴ Co do bardziej szczegółowych obserwacji w tym zakresie zob. Rozdział VIII niniejszej pracy.

⁸⁷⁵ Akcentowali to również przedstawiciele doktryny prawa karnego, śledzący zachodzące ówczesnie zmiany nowelizacyjne: J. Wojciechowski, „Odpowiedzialność za katastrofy komunikacyjne”, Rzeczpospolita PCD 1998, nr. 3 s. 5, który stwierdzenia, iż „Ujęcie systemowe odpowiedzialności za spowodowanie katastrofy w n. k. k. jest odmienne niż w poprzednim stanie prawnym”.

⁸⁷⁶ Zob. brzmienie art. 136 k.k. z 1969 r., który to przepis stanowił: „§ 1. Kto spowoduje zdarzenie, które zagraża życiu lub zdrowiu ludzi albo mieniu w znacznych rozmiarach, mające postać:

1) katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym,

dotychczasowego dorobku orzecznictwa, o czym dobitnie świadczyć może cytowana do tej pory w polskiej karnistyce definicja katastrofy, pochodząca jeszcze z lat 70-tych XX wieku⁸⁷⁷. Zgodnie z rzeczonym judykatem SN, pod pojęciem tym rozumieć należy: „wydarzenie zakłócające w sposób nagły i groźny ruch lądowy, sprowadzające konkretne, rozległe i dotkliwe skutki obejmujące większą liczbę ludzi lub mienie w znacznych rozmiarach oraz niosące za sobą zagrożenie bezpieczeństwa powszechnego”. Wobec tak sformułowanej eksplikacji tego pojęcia, mimo jej aprobaty przez szereg przedstawicieli nauki prawa karnego⁸⁷⁸, podnieść można szereg zastrzeżeń⁸⁷⁹. Nadmiernym i również niepotrzebnym jest wymaganie, aby katastrofa jednocześnie wywoływała zagrożenie bezpieczeństwa publicznego. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, kiedy dochodziłoby do spełnienia dwóch pierwszych składników koniunkcji bez składnika trzeciego. Element powszechności, który akcentować ma to, iż nie da się początkowo przewidzieć rozmiarów katastrofy, zdaje się posiadać większe znaczenie jedynie w przypadku bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy i w ten sposób jest również ujmowany w orzecznictwie⁸⁸⁰. Inną sprawą jest natomiast podkreślany wielokrotnie w tym kontekście tzw. półcień semantyczny użytych przez ustawodawcę sformułowań⁸⁸¹.

Podstawowym zagadnieniem w kontekście prowadzonych w niniejszej pracy rozważań jest pytanie o charakter norm ostrożności w przypadku tego godzącego w bezpieczeństwo w komunikacji przestępstwa⁸⁸², a w szczególności pytanie, czy stanowiące je normy należą do innej kategorii niż regulacje dotyczące zachowań uczestników drogi. Na tak postawione pytanie udzielić należy odpowiedzi zasadniczo negatywnej⁸⁸³.

Taki pogląd nie ma zresztą charakteru rewolucyjnego, ale jest powtórzeniem intuicji, którą sformułował SN w orzeczeniu pochodzącym jeszcze z lat 70-tych XX wieku⁸⁸⁴. Wyrażone bowiem w treści uzasadnienia tego wyroku zapatrywanie, iż przesłanką odpowiedzialności za typ

2) zawalenia się budowli, zalewu albo obsunięcia się ziemi, skał lub śniegu,

3) eksplozji materiałów wybuchowych lub łatwopalnych albo innego gwałtownego wyzwolenia energii, rozpowszechniania się substancji trujących, duszących lub parzących albo promieniowania radioaktywnego”.

⁸⁷⁷ Uchwała z 28 lutego 1975 r., sygn. V KZP 2/74, Krakowskie Zeszyty Sądowe – dodatek 1996 z. 10 poz. 10, Lex Polonica nr 305190.

⁸⁷⁸ Wskazać należy w pierwszej kolejności na J. Wojciechowskiego, op. cit., s. 5: „Wydaje się, że podstawowe elementy tej definicji, w szczególności określenie katastrofy jako zdarzenia zakłócającego ruch w sposób nagły i groźny, zachowuje aktualność w n. k. k.”.

⁸⁷⁹ W pewnej części sformułowanych już przez komentatora ówczesnego orzeczenia, jakim był K. Buchała: „Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawach o przestępstwa drogowe”, NP 1975, z. 10–11, s. 1279.

⁸⁸⁰ Egzemplifikacją tego stanowiska może być wcześniejsze jeszcze od przytoczonego powyżej judyktu orzeczenie SN w sprawie V KRN 544/71, Lex Polonica nr 308885, gdzie przesądzono odpowiedzialność walcemistrza za pozostawienie przyzmy bitumicznych na środku drogi.

⁸⁸¹ Ilustracją tych wątpliwości może być chociażby spór dotyczący pojęcia wielu ludzi, którym posługuje się w tym kontekście ustawodawca: K. Buchała „Niekłóre...”, s. 9.

⁸⁸² Zgodzić się można ze stwierdzeniem, że kryminalizacja ta ma charakter – w odniesieniu do tej kategorii przestępstw – raczej wyjątkowy, zob. G. Bogdan, „Komentarz do art. 173 k.k.” w: „Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.”, red. A. Zoll, nb. 7, LEX 2013.

⁸⁸³ Jest to zagadnienie nieco pokrewne problematyce odpowiedzialności organizatora zawodów sportowych.

⁸⁸⁴ V KR 81/74, OSPiKA 1974, z. 12 poz. 264.

umyślny tego przestępstwa jest umyślne naruszenie tzw. „*zasad bezpieczeństwa w ruchu*” na pierwszy rzut oka jest nieco niejasne. Ma to swoje uzasadnienie w tym, że podmiotem tego przestępstwa nie musi być koniecznie podmiot będący uczestnikiem ruchu⁸⁸⁵, wręcz ta właśnie okoliczność zdaje się być jednym z czynników determinujących sens utrzymywania tego przepisu w k.k.⁸⁸⁶. Norma ta jest bowiem adresowana chociażby do osób, które dokonują zakłóceń płynności ruchu poprzez rzucanie niebezpiecznych przedmiotów na drogę szybkiego ruchu z wiaduktu i w ten sposób doprowadzają do zderzenia kilku samochodów uczestniczących w ruchu drogowym⁸⁸⁷. Niemniej nie można występującym tutaj normom odmawiać bliskiego związku z komunikacją drogową, chociaż, jak się wydaje, nie są one przykładem objęte zakresem pojęcia „*zasad bezpieczeństwa w ruchu*”⁸⁸⁸. Co najważniejsze jednak, ukazuje to, jak zawodne i mylące są próby systematyzujących podziałów norm ostrożności – wobec wskazywanego wielokrotnie ich identycznego charakteru. To bowiem, że normy ostrożności będziemy kwalifikować jako związane np. z „*bezpieczeństwem w komunikacji*” jest bez znaczenia wobec przyjmowanego w niniejszej pracy uniwersalnego charakteru tych norm oraz roli, jaką odgrywają dla odpowiedzialności karnej.

Problemem istotniejszym jest odróżnienie norm ostrożności od samych norm prawnych, a w szczególności od normy stanowiącej normę sankcjonowaną w prawie karnym. Widoczne jest to z szczególną ostrością w przypadku przestępstw umyślnych, czego egzemplifikacją jest czyn stypizowany w art. 173 § 1 k.k. Wstępnie w tym miejscu stwierdzić należy, że zależności te wyobrazić sobie można na szereg sposobów, w szczególności tak, iż norma sankcjonowana w sposób generalny określa klasę zachowań możliwie doniosłych z punktu widzenia prawa karnego, a poszczególne rodzaje zachowań podlegają wyłączeniu z zakresu normowania tej normy przez normę o charakterze indywidualnym i konkretnym, uznającą dany czyn za niebędący nieostrożnym. Można sformułować również inny model zależności zachodzących pomiędzy normami ostrożności a normą sankcjonowaną, a mianowicie taki, w którym norma ta ogranicza

⁸⁸⁵ K. Buchała, *Przestępstwa i wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji drogowej. Komentarz*, Bydgoszcz 1997, s. 38–39.

⁸⁸⁶ Obok wyższego zagrożenia karą, co wobec możliwości tworzenia typów kwalifikowanych i to przy wykorzystaniu tak swoistych technik legislacyjnych, jak czyni to normodawca w art. 178 § 1 k.k., zgodnie z którym: „§ 1. Skazując sprawcę, który popełnił przestępstwo określone w art. 173, 174 lub 177 znajdując się w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego lub zbiegł z miejsca zdarzenia, sąd orzeka karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę do górnej granicy tego zagrożenia zwiększonego o połowę”, nie może być jednak argumentem decydującym.

⁸⁸⁷ Często udaje się zapobiec sprowadzeniu samej katastrofy, a sytuacja wyczerpuje się w sprowadzeniu bezpośredniego niebezpieczeństwa takiego zdarzenia.

⁸⁸⁸ Normy zapewniające „*bezpieczeństwo w komunikacji*” adresowane są nie tylko do bezpośrednich uczestników ruchu, ale także do wszystkich, którzy wchodzą w bezpośrednią styczność z komunikacją drogową. Nie sposób bowiem powiedzieć, że np. celowe pozostawienie na drodze niebezpiecznego obiektu nie jest przykładem karygodnego ingerowania w bezpieczeństwo w komunikacji. Przy okazji zwrócić należy uwagę, że wymagana jest tutaj pewna ostrożność w ocenie umyślności działającego sprawcy, inaczej bowiem możliwe stałoby się pociąganie do odpowiedzialności karnej osób odpowiedzialnych za utrzymanie dróg w należytym stanie w przypadku ich poważnych uszkodzeń, często kauzalnych dla spowodowania wypadków drogowych.

się do dookreślenia dobra prawnie chronionego poprzez sformułowanie zabronionych w nią sposobów (zachowań) ingerencji. Na pierwszym miejscu wyeksponowane jest tutaj dobro prawne, którego to ochrona determinuje zakres czynów, które są niedopuszczalne pod groźbą aktualizacji się środków przymusu przewidzianych w normie sankcjonującej. Łatwo w tym kontekście spostrzec, że ta ostatnia relacja zbieżna jest co do punktu widzenia z przedstawicielami tezy o tzw. wtórnej legalności takich czynów, tezy, która przy obecnym rozwoju doktryny prawa karnego nie ma zbyt wielu zwolenników. Rysujące się w tym miejscu możliwości ukazują, że konieczna jest pogłębiona refleksja nad tymi zagadnieniami, co będzie miało miejsce w rozdziałach VI i VII niniejszej pracy.

Inne, zasadnicze pytanie w kontekście daleko posuniętej formalizacji norm ostrożności w sferze komunikacji, zwłaszcza komunikacji drogowej, dotyczy możliwości dokonania dyferencjacji pomiędzy normą sankcjonowaną a normą ostrożności z punktu widzenia ich abstrakcyjnego (względnie konkretnego), oraz generalnego/indywidualnego charakteru i tego, czy normy ostrożności charakteryzują się owym podwójnym zawężeniem do konkretnej sytuacji. Wydaje się, że do tej pierwszej konkluzji składania przede wszystkim samo ujęcie art. 9 § 2 k.k., zgodnie z którym chodzi o ostrożność „wymaganą w danych okolicznościach” – a więc zrelatywizowaną do pewnego konkretnego stanu faktycznego. Co więcej, wytyczenie normy ostrożności *in abstracto* jest niezwykle trudne i uzmysłwić sobie można to przez pryzmat analizy odmienności, jakimi charakteryzuje się stan zdrowia każdego pacjenta czy warunki drogowe w określonym układzie sytuacyjnym. Mimo pewnych wysiłków komputacyjnych przedsięwziętych przez ekspertów poszczególnych dziedzin, zmierzających chociażby do ustalenia prędkości bezpiecznej, zabieg taki *in abstracto* zawsze charakteryzuje się pewną sztucznością. Tym bardziej razi bezwzględne podchodzenie do wyznaczanych przez przepisy administracyjne ograniczeń prędkości. Jest ono zresztą zasadnie podważane przez wybitnych praktycznych znawców tej problematyki, jakimi są choćby kierowcy rajdowi⁸⁸⁹. W ten sposób rysuje się zasadnicza różnica zachodząca pomiędzy normą sankcjonowaną czy też normami postępowania zakodowanymi w u.p.r.d. a normami ostrożności⁸⁹⁰.

Ale nie wyczerpuje się ona w tym tylko – wyrazić bowiem trzeba przypuszczenie, iż norma ostrożności cechuje się zdecydowanie niższym stopniem odwołania się do wartości aksjologicznych. Już samo takie odwołanie jest dla prawa karnego materialnego sytuacją wyjątkową i nie dotyczy pokaźniejszej liczby czynów stypizowanych w części szczególnej k.k.⁸⁹¹. Przenikanie pewnych wartości aksjologicznych jako swoistego, mimowolnego składnika normy

⁸⁸⁹ S. Zasada, „Szybkość bezpieczna. Safari”, Kraków 2004, s. 24.

⁸⁹⁰ Będą one jeszcze przedmiotem pogłębionych rozważań w niniejszej pracy zob. Rozdział VII.

⁸⁹¹ Odwołanie się takie zdecydowanie częściej występuje w przypadku norm prawa procesowego, gdzie egemplifikacją takiej sytuacji są zasady procesowe.

sankcjonowanej daje się wszak zaobserwować⁸⁹². W przypadku normy ostrożności jest to sytuacja zupełnie unikatowa – można zaryzykować nawet twierdzenie, że *de facto* niewystępująca w praktyce. Nie opiera się ona bowiem – wbrew temu, co sugerować mogłaby sama nazwa – na ocenie zachowania „*należytej*” ostrożności, a więc realizacji w dostatecznym stopniu tej wartości wobec wartości znajdujących się z nią w kolizji bądź też konkurencji. Norma ostrożności w postaci idealnej stanowi pewną konkretną instrukcję postępowania, która wskazuje jak postąpić w danej sytuacji. I u podstaw takiej instrukcji nie leży wcale zobowiązanie do zachowania pewnego kompromisu między dobrami społecznymi i ich naruszeniami. Taka sfera jest bowiem domeną kontratypów, czego bardziej szczegółową analizę przeprowadzić wypadnie w rozdziale III i VII niniejszej pracy. W każdym razie ukazuje to, jak mylące może być przywiązywanie nadmiernej wagi do sformalizowanych „*zasad bezpieczeństwa w ruchu lądowym*”.

Exemplifikacje tej zależności pomiędzy normą sankcjonowaną a normą ostrożności dostarczają także przykłady niewiążące się wprost z przestępczością komunikacyjną. I tak norma sankcjonowana zakodowana w typizującym przestępstwo zniewagi art. 216 § 1 czy § 2 k.k. odwołuje się do miernika obiektywnego, jaki stanowią generalnie akceptowane normy obyczajowe, będące wyrazem pewnej oceny, czy też mówiąc precyzyjniej: wypowiedzi ocennej, jakim jest wartościowanie przez osoby funkcjonujące w danym społeczeństwie w pewnym momencie historycznym. To za ich pośrednictwem odtwarza się normę ostrożności. Natomiast element ten jest zdecydowanie mniej eksponowany w przypadkach, kiedy znana jest konkretna norma ostrożności⁸⁹³ wskazująca, że pewne zachowanie nie może zostać uznane za prawnokarnie doniosłe. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji standardów obyczajowych obowiązujących w pewnej grupie społecznej, powodujących, że określenie kogoś „*bałwanem*”, „*idiotą*” czy „*konowalem*” nie może być analizowane jako taki właśnie czyn⁸⁹⁴. To, że nie jest to w danym konkretnym i indywidualnym przypadku oceniane w ten sposób, nie jest wynikiem oceny (wypowiedzi oceniającej), lecz wynikiem wiedzy⁸⁹⁵, która dyktuje, że to zachowanie jest dopuszczalne.

⁸⁹² Podkreślić należy, że nie chodzi tutaj o oceny podbudowujące aksjologicznie określony typ przestępstwa, co może mieć miejsce chociażby w przypadku przestępstwa stypizowanego w art. 206 k.k. a więc ochronę komórki społecznej jaką jest rodzina, zob. A. Tobis „*Główne przestępstwa przeciwko rodzinie*”, Poznań 1980, s. 33, ani też o występujące w treści wielu przepisów zwroty ocenne – zob. chociażby art. 123 § 2 k.k., gdzie mowa jest o „*okrutnym traktowaniu*”, ale bardziej jaskrawe odwołanie się do pewnych ocen społecznych, czego klasycznym przykładem może być przestępstwo znieważenia z art. 216 k.k., gdzie treść penalizowanego zachowania sprowadza się, jak to wielokrotnie podkreślono w doktrynie (zob. np. W. Kulesza, „*Zniesławienie i zniewaga: (ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe)*”, Warszawa 1984, s. 169) do oceny sprzeczności zachowania z akceptowanymi powszechnie normami kulturowymi.

⁸⁹³ P. Hofmański, J. Satko, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykłości cielesnej*, Kraków 2002, s. 47

⁸⁹⁴ W doktrynie podaje się w tym kontekście jeszcze jeden znamienity przykład jakim jest funkcjonujące w środowisku piłkarskim określenie „*sędzia-kalosz*” Zob. J. Raglewski, „*Komentarz do art. 216 k.k.*”, w: „*Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*”, A. Zoll (red), nb. 10, LEX 2013.

⁸⁹⁵ Reprezentując stanowisko, że oceny są wypowiedziami o charakterze zdań logicznych (zob. J. Woleński, „*Filozofia szkoły lwowsko-warszawskiej*”, Wrocław 1986, s. 51, stanowisko bliskie również autorowi pracy) przyjąć należy, że wartości, do których odsyła ustawodawca są przedmiotami jedynie tzw. „*wypowiedzi oceniających*”, które takiego przedmiotu nie posiadają.

Z tej perspektywy normę sankcjonowaną od strony metodologicznej postrzegać można by jako pewne aproksymacje zachowań niebędących ostatecznie – w skutek braku przekroczenia owej normy sankcjonowanej – prawnokarnie doniosłymi. Twierdzenie takie jest zbieżne z pojmowaniem aproksymacji jako „osiągnięcie przybliżenia do zarejestrowanych danych wystarczającego w danej dziedzinie nauki”⁸⁹⁶. Przenosząc odpowiednio to generalne sformułowanie, wysłowione na gruncie epistemologii, do nauki prawa karnego, zauważyć należy, iż liczba przypadków, w których brak naruszenia normy sankcjonowanej⁸⁹⁷ nie stanowi zrazem przestępstwa nie przekracza progu dopuszczalnych w danej dziedzinie odchyłeń. W tej perspektywie metodologicznej na normy ostrożności spojrzeć należy jako przykład dalej idącej konkretyzacji normy sankcjonowanej⁸⁹⁸.

Przedstawione tutaj w sposób szkicowy pewne odmienności normy ostrożności od normy sankcjonowanej nie są wyczerpujące – kolejne różnice wynikają z samej istoty funkcji, która przypada normom ostrożności w strukturze przestępstwa, o czym w niniejszej pracy będzie jeszcze mowa.

Powracając do innego wątku prowadzonych w tym podrozdziale rozważań, stwierdzić należy, iż normy ostrożności związane z przestępstwami stypizowanymi w art. 173 k.k. odwołują się do takiego zachowania, które w przypadku wystąpienia zdarzenia, jakim jest katastrofa komunikacyjna – na skutek przestrzegania nieskodyfikowanych z swojej istoty norm ostrożności – nie jest nieostrożna⁸⁹⁹. Przyznać wszak należy, że sytuacja, kiedy norma ta nie będzie się pokrywać treściowo z tą wyrażoną w aktach normatywnych ma charakter raczej wyjątkowy⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶ L. Nowak „O ukrytej jedności nauk społecznych i nauk przyrodniczych”, Nauka 1998, n. 1, s. 10.

⁸⁹⁷ W postaci przed jej doprecyzowaniem przez szereg modyfikatorów, do których należą m.in. normy ostrożnościowe.

⁸⁹⁸ Ale nie konkretyzacji ostatecznej – w poszukiwaniu właściwej szczegółowości normy ostrożności warto byłoby się może zastanowić nad przydatnością epistemologicznej procedury sprawdzania, na którą wskazuje L. Nowak, op.cit., s. 10.

⁸⁹⁹ Jest to poniekąd zbieżne z pewnego rodzaju intuicją, wyrażoną chociażby w orzeczeniu II AKa 56/08, (Lex Polonica nr 2014583), gdzie akcentuje się, iż „Naruszenie zasad bezpieczeństwa ruchu, choć wprost niewymienione w art. 173 § 1 k.k., stanowi znamię czynu”. Wyobrazić sobie można w tym kontekście czyn polegający na pozostawieniu w niedzielę na drodze dojazdowej do placu budowy wyrwy w drodze zabezpieczonej nieprawidłowo z punktu widzenia właściwych regulacji prawa drogowego – np. jedynie poprzez znak spoza tych, wyszczególnionych w cytowanym Rozporządzeniu Ministrów Infrastruktury oraz Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych, ale znany i rozumiany przez wszystkich jeżdżących tą drogą wraz z jednoczesnym ograniczeniem ruchu w niedzielę przez ochronę pilnującą budowy. Mimo tego, na skutek przeoczenia dochodzi do ruchu pojazdu na tym obszarze, który następnie powoduje zakłócenie określone w art. 173 k.k. Podkreślić należy jednak, że dostrzeżenie w kontekście tzw. katastrofy komunikacyjnej także odrębnych norm ostrożności nie powoduje, że w tej pracy w tym zakresie forsowane jest stanowisko o posiadaniu przez nie charakteru znamienia czynu zabronionego.

⁹⁰⁰ Trudną do zakwestionowania jest bowiem teza o immamentnym związku pomiędzy przestępczością drogową a innymi kategoriami przestępstw, co uwiadcniają unikatowe badania empiryczne przeprowadzone na Uniwersytecie Monash, Victoria, Australia – „The relationship between crime and road safety” <http://www.monash.edu.au/miri/research/reports/muarc284.pdf> (odczyt 2013.06.15).

7) Normy ostrożności w przypadku niektórych innych typów czynów zabronionych występujących przy przestępstwach związanych z komunikacją drogową

W kontekście ruchu drogowego pojawiło się wpierw w orzecznictwie, a następnie w doktrynie pytanie o odpowiedzialność karną za podrabianie i przerabianie tablic rejestracyjnych samochodów⁹⁰¹. W obecnym stanie prawnym brak jest, zdaniem A. Herzoga podstaw do przyjęcia odpowiedzialności karnej za takie działania, gdyż tablica rejestracyjna nie jest dokumentem w rozumieniu prawa karnego. Wobec tego możliwa jest – do czasu wprowadzania postulowanej przez autora nowelizacji k.k. polegającej na dodaniu art. 277a k.k. – wyłącznie odpowiedzialność za popełnienie wykroczenia określonego w art. 97 k.w.⁹⁰², a więc przepisu blankietowego, którego zgodność z Konstytucją jest poddawana w wątpliwość przez innych autorów⁹⁰³. Problematyka ta, jako immamentnie związana z pojęciem dokumentu w prawie karnym, została dostrzeżona w doktrynie⁹⁰⁴. W tej materii symptomatyczna jest rozbieżność stanowisk pomiędzy SN, niekwalifikującym tablic rejestracyjnych jako dokumentów⁹⁰⁵ i opowiadającym się, w wybranych przynajmniej orzeczeniach, za rozważaniem odpowiedzialności karnej z art. 306 k.k.⁹⁰⁶, a większościovym, odmiennym poglądem przedstawicieli polskiej nauki prawa karnego, którzy w tej mierze podnoszą wszak nieprzekonywujące argumenty. Ilustracją takiego rozumowania może być stwierdzenie J. Błachuta⁹⁰⁷: *„Śluszność zaprezentowanej powyżej interpretacji wspiera przy tym niewątpliwie argument natury celowościowej, wyrażający się w zapewnieniu należytej ochrony przed przestępstwami popełnianymi w związku z tablicami rejestracyjnymi”*, gdyż przechodzi on do porządku dziennego na prymatem wykładni literalnej w prawie karnym i zakazem wykładni rozszerzającej⁹⁰⁸. Nadto, stwierdzenie takie jest obarczone pewną wewnętrzną sprzecznością, dyskwalifikującą fragment wspomnianego wywodu – trudno mówić o

⁹⁰¹ Na kwestię tę zwrócił uwagę m.in. A. Herzog, „Charakter prawny tablic rejestracyjnych w rozumieniu prawa karnego”, Prokur. i Prawo 2006, z. 4, s. 30–44.

⁹⁰² A. Herzog, op.cit., s. 40.

⁹⁰³ Wskazać tutaj można na stanowisko A. Skowrona, „Zasady bezpieczeństwa ruchu (art. 177 k.k.) a należyta ostrożność i zagrożenie bezpieczeństwa w ruchu jako znamiona wykroczenia z art. 86 § 1 k.w.”, PnD 2004, Nr 5, s. 39, iż „Nakaz <<zachowania należytej ostrożności>> nie spełnia tych wymogów ze względu na brak zamkniętego katalogu zasad kryjących się pod tym pojęciem. Ten sam zarzut można odnieść do znamienia <<zasady bezpieczeństwa>> zawartego w art. 177 § 1 k.k.”.

⁹⁰⁴ Czego przykładem może być poświęcenie jej odrębnego rozdziału 6 w części II w monografii J. Błachuta, „Dokument jako przedmiot ochrony prawnokarnej”, Warszawa 2011, s. 214–228.

⁹⁰⁵ Cemu dał świadectwo SN w szeregu orzeczeń, jak chociażby V KKN 404/99, Lex Polonica nr 357343, I KZP 33/04 Lex Polonica nr 374330 czy III KKN 207/01, Lex Polonica nr 369536.

⁹⁰⁶ Ilustracją takiego myślenia może być tenor cytowanego powyżej judyktu w sprawie o sygn. akt III KKN 207/01, LEX OMEGA nr 78408: „Tablice rejestracyjne nie mogą być przedmiotem przestępstwa z art. 270 k.k. natomiast mogą być przedmiotem przestępstwa z art. 306 k.k.”.

⁹⁰⁷ J. Błachuta, „Dokument...”, s. 224.

⁹⁰⁸ Świadomości takiej nie jest pozbawiony sam ustawodawca, o czym dobitnie świadczyć może treść art. 278 § 5 k.k., zgodnie z którym: „Przepisy § 1, 3 i 4 stosuje się odpowiednio do kradzieży energii lub karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego”.

przestępstwach „w związku z tablicami rejestracyjnymi” gdy nie są one właśnie z tego powodu przestępstwami, że tablice rejestracyjne nie są dokumentem w rozumieniu prawa karnego. Falszywe tablice rejestracyjne są tutaj jedynie środkiem do popełnienia przestępstwa, których wyłączne posiadanie czy używanie nie jest kryminalizowane przez pryzmat znamienia kwalifikującego przy popełnieniu innego czynu zabronionego, np. czynu stypizowanego w art. 289 § 2 k.k.⁹⁰⁹. Stąd też bardziej prawidłowa jest kwalifikacja zachowania sprawcy z art. 306 k.k.

W przypadku przyjęcia odmiennego rozumowania, a więc kwalifikacji tego czynu na podstawie art. 270 § 1 k.k., pojawia się pytanie o normy ostrożności, i to, czy ze względu na swoisty charakter tego przestępstwa charakteryzującego się kierunkowością występują tutaj jakieś odmienności? Na pierwszy rzut oka poszukiwanie norm ostrożności w przypadku przestępstw wymagających od sprawcy działania z zamiarem kierunkowym jest bardziej złożone niż w przypadku innych kategorii przestępstw. Niemniej jednak nie jest to zupełnie niemożliwe, gdyż można sobie na gruncie samego przepisu art. 270 § 1 k.k. wyobrazić sytuację, w której osoba podejmuje się przeróbki np. dostarczonej mu przez operatora sieci komórkowej karty SIM, która na gruncie prawa karnego traktowana może być jak dokument, aby zgodnie z wytycznymi wiedzy technicznej ją naprawić (zamiast po prostu zgłosić się do salonu operatora komórkowego) i dalej używać jak autentyczną w swoim telefonie. Przyjąć więc należy, że normy ostrożności są również figurą, która występuje na gruncie przestępstw kierunkowych.

Innym zagadnieniem, przysparzającym sporo wątpliwości w praktyce sądowego stosowania prawa w zakresie prawnokarnej ochrony bezpieczeństwa w komunikacji jest ustalenie ciążących na poszczególnych uczestnikach tego ruchu obowiązkach. Istotę tego problemu objaśnić można przez pryzmat obowiązku zbadania wagi samochodu przez diagnostę. Jak wiadomo, od wartości tej zależy bowiem szereg konsekwencji prawnych, w tym między innymi wysokość zobowiązań podatkowych, czy też, jak w przypadku autobusów, przewożenie określonej liczby pasażerów etc. Nierzadkie są w tej mierze przypadki poświadczania nieprawdy przez diagnostów, co rodzić może ich odpowiedzialność karną na podstawie art. 271 § 1 k.k. Jednym z pytań, które pojawiają się w tym kontekście jest wskazanie na normę nakazującą diagnostę przeprowadzenie badania samochodu również poprzez jego zważenie⁹¹⁰. Normą ostrożności, której przekroczenie daje się pomyśleć w tym kontekście to zastosowanie wadliwie działającego urządzenia do ważenia samochodów, którego wada nie jest oczywista i który jednocześnie legitymuje się właściwym

⁹⁰⁹ Zgodnie bowiem z tym przepisem: „§ 2. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 pokonuje zabezpieczenie pojazdu przed jego użyciem przez osobę nieupoważnioną, pojazd stanowi mienie znacznej wartości albo sprawca następnie porzuca pojazd w stanie uszkodzonym lub w takich okolicznościach, że zachodzi niebezpieczeństwo utraty lub uszkodzenia pojazdu albo jego części lub zawartości, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.”

⁹¹⁰ Jak wiadomo, norma taka nie jest zawarta w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 września 2009 r. w sprawie zakresu i sposobu przeprowadzania badań technicznych pojazdów oraz wzorów dokumentów stosowanych przy tych badaniach (Dz.U.2009.155.1232).

atestem. W innych przypadkach brak jest uzasadnienia dla wyłączenia odpowiedzialności karnej.

Podobna sytuacja związana jest z przestępstwem stypizowanym w art. 179 k.k., przy czym trafnie zwraca się tutaj uwagę w doktrynie, że źródło szczególnych obowiązków w tej materii może znajdować się w nie tylko we właściwej normie rangi ustawowej, ale wynikać np. z umowy o pracę⁹¹¹.

8) Normy ostrożności w komunikacji drogowej a pewne kategorie uczestników ruchu

Pewna swoistość, jeżeli chodzi o treść norm ostrożności może dotyczyć pewnych kategorii uczestników ruchu drogowego, takich jak niepełnosprawni⁹¹² czy dzieci. Zgodnie z występującą w tej materii linią orzecniczą SN, sam fakt uczestniczenia w ruchu osób należących do tej ostatniej kategorii nie może powodować powstania dla innych podmiotów obowiązku zachowania „szczególnej ostrożności”⁹¹³ – zwłaszcza nie jest źródłem takiego obowiązku grupka kilku stojących na chodniku dzieci, których zachowanie nie może sygnalizować przyszłego ekscesu drogowego. Argument taki oparty jest na literalnej wykładni przepisów u.p.r.d., w którym istotnie katalog przypadków nakazujących kierowcy taką postawę nie zawiera generalnego odniesienia do osób nieletnich. Kontrastuje to z rozlicznymi przypadkami obowiązku szczególnych zachowań w odniesieniu do niepełnosprawnych, które scharakteryzować można jako wykraczające nawet poza obowiązek szczególnej ostrożności⁹¹⁴. Wydaje się, że brak pogłębionej refleksji zarówno w polskiej doktrynie prawa karnego na ten temat jest niepokojący⁹¹⁵.

Zauważyć należy, że modyfikację treści norm ostrożności wiązać tutaj należy przede wszystkim nie z formalnym statusem osoby jako niepełnosprawnej, ale z widocznością jej dysfunkcji dla innych uczestników ruchu drogowego. Fakt bowiem, że pieszy np. cierpi na padaczkę i posiada orzeczenie o niepełnosprawności nie może prowadzić – wobec braku zewnętrznych symptomów takiego zachowania – do wymagania większej ostrożności od kierowcy. Analogicznie w przypadku osób niepełnoletnich, rozstrzygające znaczenie musi mieć w

⁹¹¹ K. Buchała, „Przestępstwo dopuszczenia do ruchu pojazdu zagrażającego jego bezpieczeństwu lub kierowcy nietrzeźwego albo znajdującego się pod wpływem środka odurzającego” *CzPKiNP* 1998, z. 1–2, s. 125.

⁹¹² Zauważyć można w tej mierze pewien postęp, jeżeli chodzi o umożliwienie pełnoprawnej integracji niepełnosprawnych kierowców do warunków ruchu drogowego np. poprzez opracowywanie nowoczesnych metod szkolenia takich kierowców, co do tej ewolucji zob. Z. Lozia, „Praktyczne zastosowania symulatorów jazdy samochodem”, *Postępy Nauki i Techniki* 2012, nr 14, s. 149.

⁹¹³ Przykładem takiego poglądu może być kazus omawiany przez L. K. Paprzyckiego, „Nigdy dość ostrożności wobec dziecka na drodze”, *PnD* 2003, Nr 5, s. 22–29.

⁹¹⁴ Przykładem takiej regulacji może być w szczególności art. 26 ust. 7 u.p.r.d., stanowiący iż „W razie przechodzenia przez jezdnię osoby niepełnosprawnej, używającej specjalnego znaku, lub osoby o widocznej ograniczonej sprawności ruchowej, kierujący jest obowiązany zatrzymać pojazd w celu umożliwienia jej przejścia”.

⁹¹⁵ Autor nie zna poglądów autorów, którzy wypowiadaliby się w tej kwestii.

tej mierze wygląd zewnętrzny, który wskazuje, że taka osoba jest w bardzo młodym wieku. Jasne jest, że od osób wyglądających na będących w 15. czy 12. roku życia oczekiwać można dojrzałości psychofizycznej do uczestniczenia w ruchu na poziomie osoby dorosłej⁹¹⁶.

Wyrazić należy pogląd, że tak daleko idące różnice pomiędzy traktowaniem obu tych kategorii szczególnych uczestników ruchu drogowego nie są uzasadnione. Oczekiwać należy, że nakazy wiedzy ludzkiej czynią adekwatnym postulatem to, aby inaczej kształtować treść normy ostrożności wobec niepełnoletnich uczestników ruchu drogowego, mimo braku formalnie wyrażonej w tym kierunku dyrektywy⁹¹⁷. Nie musi ona iść wszak tak daleko, jak ma to miejsce w stosunku do niepełnosprawnych uczestników ruchu drogowego. Nie jest to naturalnie problematyczne w świetle przyjętego w niniejszej pracy rozróżnienia pomiędzy normami ostrożności a regulacjami o charakterze normatywnym.

9) Konkluzje

Podsumowując te krótkie, przeprowadzone w tym podrozdziale rozważania, stwierdzić należy, iż reprezentowany tradycyjnie w doktrynie prawa karnego pogląd, iż normy ostrożności posiadają znaczenie tylko w przypadku przestępstw nieumyślnych, kłóci się z nowszym spojrzeniem, które trafnie akcentuje potrzebę uwzględnienia takich norm postępowania także w odniesieniu do czynów charakteryzujących się umyślnością. W tej materii nie można mieć wątpliwości, co do daleko idącej doniosłości norm ostrożności i to również w przypadku czynów kierunkowych czy popełnionych z innym zamiarem bezpośrednim. Nadto, udało się uchwycić pewne cechy swoiste norm ostrożności, które różnicują je wobec stanowiących zasadnicze tworzywo regulacji prawnokarnej norm sankcjonowanych czy norm postępowania wynikających z regulacji o charakterze administracyjnym, zwłaszcza u.p.r.d. Zaliczyć do nich wypada w pierwszej kolejności ich konkretny i indywidualny charakter. Powoduje to, że ich walor jako czynnika wpływającego na zakres odpowiedzialności karnej, uzasadniającego nawet przypisywanie im waloru samodzielnego elementu w strukturze przestępstwa, wydaje się już na tym etapie rozważań pracy doktorskiej mieć pewne podstawy merytoryczne. Kwestia ta będzie przedmiotem dalszych rozważań poniżej, w kolejnych rozdziałach niniejszej pracy.

Co więcej, analiza trzeciej sfery ludzkiej aktywności, gdzie normy ostrożności są

⁹¹⁶ Zresztą zgodnie z samą regulacją u.p.r.d. w ruchu uczestniczyć samodzielnie mogą osoby mające ukończone 7 lat, zob. art. 43 ust 1. u.p.r.d., który stanowi: „1. Dziecko w wieku do 7 lat może korzystać z drogi tylko pod opieką osoby, która osiągnęła wiek co najmniej 10 lat. Nie dotyczy to strefy zamieszkania.”

⁹¹⁷ Zwrócić należy uwagę na fakt, że zwiększenie ostrożności może być rezultatem umieszczenia przy drodze znaku A-17 „dzieci”, co powoduje, że – przy odrzuceniu omówionej w niniejszej pracy koncepcji znaku drogowego i innych typów niejęzykowego przekazu informacji – w zależności od zapobiegliwości administratora danej drogi – kształt konkretnej i indywidualnej normy ostrożności byłby różny.

stosunkowo najlepiej opracowane w nauce prawa karnego tudzież są przedmiotem znacznej liczby wypowiedzi SN⁹¹⁸, prowadzi do konkluzji mającej znaczenie dla całokształtu rozważań zawartych w powyższym rozdziale, iż brak jest szczególnych podstaw do operowania takimi zapożyczonymi z innych nauk empirycznych pojęciami jak „wypadek komunikacyjny” czy „błąd medyczny”. Zaciemniają one tylko doniosłość przekroczenia norm ostrożności jako czynnika współdecydującego o odpowiedzialności karnej.

⁹¹⁸ Co związane jest przede wszystkim z liczbą skazań za przestępstwa stypizowane w rozdziale XXI k.k., które w roku 2012 wyraziły się liczbą 133113, podczas gdy ogólna liczba skazanych to 408107, co stanowi więc łącznie ponad 32,6 % skazań (zob. zob. Ministerstwo Sprawiedliwości, „Prawomocnie skazani dorośli wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary – czyn główny. Rok 2012”, dane statystyczne dostępne na stronie ms.gov.pl/, ostatni odczyt w dniu 02.02.2014 r.).

Rozdział III

Normy ostrożności a kontratypy

I. Uwagi wstępne

Spór o to, czy wyłączenie odpowiedzialności karnej możliwe jest wyłącznie w przypadku wystąpienia pewnych okoliczności określonych w k.k. (względnie w innym przepisie prawa powszechnie obowiązującego⁹¹⁹) czy też dopuszczalne jest wyłącznie takiej odpowiedzialności w przypadku zaktualizowania się innych, uznanych czy to przez przedstawicieli nauki prawa karnego czy też zaaprobowanych w judykaturze okoliczności, daleki jest od zakończenia⁹²⁰. Spór ten rozpatrywać należy na tle bardziej ogólnego zagadnienia, jakim jest pytanie o istotę okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną („kontratypów”)⁹²¹ i ich umiejscowienie w strukturze przestępstwa⁹²².

Nie zagłębiając się – w tym miejscu⁹²³ – ponad niezbędną konieczność w tę kwestię, wskazać należy, iż zgodnie z aktualnym stanowiskiem J. Majewskiego, okoliczności wyłączające bezprawność czynu posiadają pewną strukturę, która jest „*bliskim analogonem struktury typu czynu zabronionego*”⁹²⁴ i wśród których wyodrębnia się, co do zasady, stronę przedmiotową i podmiotową kontratypu. W ramach tej pierwszej, stanowiącej w pewnym uproszczeniu katalog warunków odnoszonych⁹²⁵ do czynu broniącego się⁹²⁶, wskazuje się czasem na działanie nieprzekraczające określonej miary ostrożności⁹²⁷.

⁹¹⁹ Oczywiście chodzi tutaj o przepis jako źródło do właściwego odpoznanania normy prawnokarnej. Nie trzeba chyba ponownie obszerniej wyjaśniać, że w niniejszej pracy jako jedno z podstawowych założeń metodologicznych przyjęta została różnica pomiędzy przepisem a normą.

⁹²⁰ Zgodnie bowiem z reprezentantami pierwszego stanowiska (do których zaliczyć należy w pierwszej kolejności A. Zolla – „*W sprawie kontratypów*”, PiP 2009, z. 4, s. 113, gdzie autor pisze bardzo wymownie: „*Uznawanie takiej kategorii rodzi zasadnicze wątpliwości natury konstytucyjnej*”, akcentując, że takie sytuacje są na gruncie prawa karnego niedopuszczalne. Rzecznikiem stanowiska dopuszczającego istnienie kontratypów pozaustawowych jest koleś m.in J. Warylewski, „*Kontratypy wiosenne*”, Palestra 1999, z. 7–8, s. 22–24 oraz szereg innych autorów z W. Wolterem, „*Nauka o przestępstwie*” Warszawa 1973, s. 164 czy K. Buchalą, „*Bezprawność...*”, s. 45 na czele.

⁹²¹ Określenie to wywodzi się od opracowań W. Woltera, „*O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*”, PiP 1969, z. 10, s. 507. Zob. też wcześniej jeszcze stanowisko autora w tej materii – W. Wolter, „*Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część Ogólna*”, Warszawa 1947, s. 190. Do annałów historii polskiego prawa karnego przeszło również sformułowanie tego autora, iż „*kontratyp bez typu nie ma sensu*”, zob. W. Wolter „*O kontratypach...*”, s. 504.

⁹²² Do niedawna reprezentowany był silnie pogląd, że stanowią one negatywne znamię czynu zabronionego. Co do błędności tej koncepcji zob. Ł. Pohl, „*Struktura...*”, s. 184–185, gdzie omawia on istotę sporu pomiędzy A. Zollem a W. Wolterem.

⁹²³ Do tych rozważań przyjdzie powrócić na koniec niniejszego rozdziału.

⁹²⁴ J. Majewski, „*Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*”, Warszawa 2013, s. 12, który w swojej pracy stoi na przeciwnym stanowisku – a mianowicie, iż okoliczności wyłączające bezprawność czynu ujmować należy jedynie przedmiotowo.

⁹²⁵ Może precyzyjniej byłoby mówić w tym miejscu o charakterystyce czynu broniącego się.

⁹²⁶ Określenie to stosowane będzie do opisu osoby, która podejmuje działanie w ramach „*kontratypu*”.

⁹²⁷ Tak chociażby J. Giezek, „*Glosa do postanowienia SN z dnia 3 stycznia 2002 r. V KKN 635/97*” PiP 2002, z. 11, s.

Afirmacja przez część doktryny prawa karnego⁹²⁸ relewancji przekroczenia norm ostrożności nie tylko dla kategorii przestępstw nieumyślnych, ale także dla kategorii przestępstw umyślnych jest w tym kontekście o tyle istotna, iż w przypadku dominującego do tej pory ujęcia kontratypów, wręcz niepodważalne stanowisko wymagało działania świadomego – umyślnego broniącego się⁹²⁹. Niemniej odpowiedź na pytanie, jaką funkcję spełniają normy ostrożności w obliczu kontratypów nie jest łatwa. Jednym z szczególnie ciekawych rozwiązań jest propozycja, zgodnie z którą – najogólniej w tym miejscu mówiąc – jest to element normatywny służący doprecyzowaniu pola czynów, które mimo przekroczenia normy sankcjonowanej nie prowadzą do odpowiedzialności karnej.

W tym rozdziale uwagę swoją skieruje na trzy grupy zachowań, które – jak się tutaj przyjmuje w formie mocnego dozwolenia⁹³⁰ – wysłowione zostały w pierwszych trzech artykułach rozdziału III k.k. Inne okoliczności rozważone zostaną w rozdziale poświęconym umiejscowieniu norm ostrożności w strukturze przestępstwa, tudzież w innych fragmentach pracy⁹³¹.

Dla prowadzonych w niniejszym podrozdziale rozważań istotne więc jest pytanie o znaczenie norm ostrożności przy kontratypach.

Tytułem wprowadzenia poczynić należy kilka uwag wstępnych, które nakreślą pewne niebezpieczeństwo paradoksu, na który narażony jest autor udzielający odpowiedzi afirmatywnej na postawione powyżej pytanie. Na normy ostrożności spojrzeć można wszak z kilku perspektyw. Po pierwsze, fakt przekroczenia normy ostrożności warunkuje zaktualizowanie się normy sankcjonowanej opisującej określony typ czynu przestępnego⁹³². Po drugie, jest to warunek

108.

⁹²⁸ W. Wróbel, „Zagadnienie naruszenia reguł wymaganej ostrożności” w: „Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne”, red. L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L. Paprzycki, Warszawa 2008, s. 179–181.

⁹²⁹ W ocenie autora niniejszej pracy stanowisko, które zostało sformułowane przez J. Majewskiego, iż ewentualny zamiar popełnienia czynu zabronionego oceniać należy na płaszczyźnie usiłowania nieudolnego, nie jest pozbawiony przekonującej argumentacji. Niemniej nawet w przypadku przejęcia obligatoryjnego wystąpienia „czynnika psychicznego” w ramach kontratypów, nie będzie automatycznie skutkowało to przekreśleniem koncepcji ewentualnej relewancji norm ostrożności przy okolicznościach wyłączających bezprawność czynu.

⁹³⁰ Jest to więc wyrazem rozumienia kontratypów w formie inspirowanej przez tzw. poznańską szkołę teorii prawa – jak się wydaje pierwszym teoretykiem, który zastosował tę metodę był Ł. Pohl, „Struktura...”, s. 196–197. Co do pewnej próby charakterystyki różnic w tej materii pomiędzy ośrodkiem poznańskim a tzw. krakowską szkołą prawa karnego zob. W. Wróbel, „Koncepcja kontratypów jako sposobu uadekwatnienia treści normy sankcjonowanej i sankcjonującej w procesie wykładni prawa karnego” w: „Poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga Jubileuszowa prof. M. Zielińskiego”, red. A. Chołduń, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 377.

⁹³¹ Taka systematyka uzasadniona jest w szczególności tym, że nie ma klarowności co do charakteru i umiejscowienia szeregu tych instytucji, wśród których wyszczególnić należy przede wszystkim dopuszczalne ryzyko, ryzyko dnia codziennego, czy chociażby zwyczaj. Zaliczona są one do tak zwanych „klasycznych kontratypów”, zob. W. Wróbel, „Koncepcja kontratypów...” s. 376, gdzie pisze on wyraźnie: „w przypadku klasycznych kontratypów, takich jak obrona konieczna, stan wyższej konieczności czy eksperyment poznawczy, jest kilka możliwości ich klasyfikacji”. Zob. także A. Zoll, „Czy jest uzasadnione wyróżnianie pierwotnej i wtórnej legalności?” w: „W Poszukiwaniu Dobra Wspólnego Księga Jubileuszowa prof. M. Zielińskiego”, red. A. Chołduń, S. Czepita, Szczecin 2008, s. 357–368.

⁹³² A więc przykładowo normy ostrożności zakazujące korzystania z nieposiadającego atestu sprzętu gaśniczego przy walce z pożarem, której umyślne naruszenie, przy wystąpieniu w rezultacie takiego zachowania np. skutku w postaci spowodowania tzw. średniego uszczerbku na zdrowiu osób trzecich stanowić będzie co do zasady czyn stypizowany w art. 157 § 1 k.k.

zaktualizowania się wyłączenia odpowiedzialności karnej na skutek działania w ramach kontratypu⁹³³. Prowadzi to do swoistej sytuacji, którą można by zrozumieć w ten sposób, iż uwarunkowaniem bezkarnego przekroczenia normy ostrożności, które następuje zarazem w przypadku popełnienia czynu typowego, jest zachowanie należytej ostrożności, tylko, że w ramach działania kontratypowego⁹³⁴.

W pierwszej kolejności rozważyć należy, czy nie zachodzi tutaj kolizja normy ostrożności zrelatywizowanej do konkretnego czynu zabronionego oraz normy ostrożności, która aktualizuje się wobec wystąpienia pewnej przyczyny zewnętrznej, jaką jest np. bezpośredni bezprawny zamach osoby trzeciej. Wstępnie wskazać należy, iż trudność takiego rozwiązania częściowo usuwa założenie, że norma ostrożności zawsze jest normą indywidualną i konkretną odnoszoną do danej sytuacji – jest to jednak stan uzyskany w wyniku wykładni, czy też analizy pewnej rzeczywistości zewnętrznej, a nie dany⁹³⁵. Trudno jest zarazem zaakceptować pogląd, że w istocie brak tutaj mowy o czynie bezprawnym, tylko „*pierwotnie legalnym*” na skutek jego zgodności z normą ostrożności⁹³⁶.

Pewnego podłoża dla rozwiązania tego problemu doszukać się należy w sformułowanych ostatnio propozycjach w teorii prawa karnego⁹³⁷. Nie podważając założenia, iż norma ostrożności stanowi element uadekwatniający zakres zastosowania normy sankcjonowanej, wskazano, iż znaczenie okoliczności wyłączających bezprawność czynu rozstrzygać należy na płaszczyźnie normy sankcjonującej. Innymi słowy, działanie np. w ramach kontratypu obrony koniecznej nie powoduje, że czyn taki nie traci przymiotu sprzeczności z normą sankcjonowaną, ale jedynie wyłącza możliwość zaktualizowania względem niego sankcji karnej⁹³⁸. Na uzasadnienie swojego poglądu, rzecznik takiego stanowiska, M. Bielski, przytacza szereg argumentów, jak chociażby

⁹³³ A więc działania z zachowaniem określonej miary ostrożności, co w słowach J. Giezka, „*Glosa...*”, s. 109, wyraża się następująco: „*Ujemna wartość zachowania, będąca w przypadku przestępstwa nieumyślnego odzwierciedleniem niezachowania wymaganej ostrożności, zdaje się być przy nieumyślnym ekscesie intensywnym sprawą pierwszoplanową*”.

⁹³⁴ Jest to szczególnie widoczne na nieco zmodyfikowanym przykładzie, który podaje J. Majewski, „*Okoliczności...*”, s. 91 – Igrkowski rzuca kamieniem w kierunku drzewa, chcąc sprawdzić swoją celność i trafia przypadkiem przechodnia, który, o czym Igrkowski nie wie, chce go znieważyć. Gdyby zachowanie to spowodowało śmierć przechodnia, będąc niewspółmierne (i zarazem nieostrożne) byłoby przez to również bezprawnym przekroczeniem obrony koniecznej, co oczywiście rozważać można tylko przy założeniu pewnej akceptacji założeń J. Majewskiego.

⁹³⁵ Charakter relacji zachodzący pomiędzy tymi normami ostrożnościowymi ująć można w schemat *lex specialis derogat legi generali* – nie zachodzi między nimi w każdym razie stosunek krzyżowania się.

⁹³⁶ Chociaż taka konkluzja jest jedną z możliwych przy przyjęciu tezy, iż normy ostrożności stanowią odrębny, autonomiczny i jednolicie ujmowany element w strukturze przestępstwa. Jest to jednak pogląd uwikłany w szereg trudności: źródłem braku odpowiedzialności za prawnokarnie relewantny czyn pozostaje i tak w tym przypadku materialnie ujęte odważanie dóbr prawnie chronionych, które dopuszcza pewne „*ostrożne*” naruszenie dobra o mniejszej wartości. Ostrożność jest tutaj jedną z przesłanek legalności tego działania. Zdaje się to być kierunek patrzenia zbieżny z punktem widzenia T. Kaczmarka, „*O tzw. okolicznościach wyłączających bezprawność czynu*”, PiP 2008, z. 10, s. 30.

⁹³⁷ M. Bielski, „*Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*”, CPKiNP 2010, z. 2, s. 34–50.

⁹³⁸ Autor, op. cit., s. 50, stwierdza bowiem następująco: „*Analiza dogmatyczna, opierająca się na wykorzystaniu normatywnych narzędzi badawczych wydaje się przeczyć temu przekonaniu, wskazując na możliwość traktowania kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność, a nie bezprawność*”.

ten, iż niekonsekwentne jest twierdzenie, iż prawo karne nie może być źródłem norm sankcjonowanych, ale zarazem precyzować ustawowo okoliczności wyłączające bezprawność czynu⁹³⁹, a także to, iż jako narzędzie dostatecznie precyzyjne⁹⁴⁰, umożliwia to większą koherencję z rozwiązaniami wyłączającymi bezprawność czynu na gruncie prawa cywilnego⁹⁴¹ oraz uzależnia zaktualizowanie się okoliczności kontratypowej od wystąpienia właściwego nastawienia psychicznego broniącego się⁹⁴².

Wobec tak sformułowanej propozycji wskazać należy na wynikające z niej pewne konsekwencje. Wobec przyjęcia, iż działanie w ramach kontratypu rozstrzygać należy na płaszczyźnie normy sankcjonującej, co rodzi pewne trudności praktyczne⁹⁴³, powstaje (hipotetyczne) pytanie, jak uadekwatnić zakres zastosowania normy sankcjonującej⁹⁴⁴. Zasadnicza trudność polega tutaj na tym, iż brak jest jednolitości co do tego procesu uadekwatniania. Według powszechnego stanowiska wyszczególnia się tutaj przesłanki procesowe oraz materialno–prawne⁹⁴⁵. Stanowisko rzecznika omawianej koncepcji, M. Bielskiego, jeżeli je dobrze odczytuje, sprowadza się do tego, iż działanie w ramach kontratypu prowadzi do niemożliwości zastosowania normy sankcjonującej, wobec czego nie aktualizuje się zakodowany w tej normie nakaz (adresowany do sądu) wymierzenia określonej kary. Nie formułuje on jednak w obrębie swojego opracowania uwag bardziej szczegółowych co do przesłanek przyjęcia działania w ramach kontratypów – prócz wskazanego zastrzeżenia, iż wymagany jest określony stosunek intelektualno–wolicjonalny działającego podmiotu⁹⁴⁶. Z tego powodu otwartym pozostaje pytanie, jak owe uadekwatnianie zakresu zastosowania normy sankcjonującej winno, przy zachowaniu

⁹³⁹ M. Bielski, op.cit., s. 40 – przypis 49.

⁹⁴⁰ M. Bielski, op.cit., s. 47.

⁹⁴¹ M. Bielski, op.cit., s. 48.

⁹⁴² M. Bielski, op.cit., s. 49. Ten ostatni argument może być wszak kwestionowany wobec faktu, że we współczesnej doktrynie prawa karnego zgłoszono pewne zastrzeżenia wobec tej przesłanki, zob. J. Majewski, „Okoliczności...”, s. 117, gdzie wskazuje się, iż: „*We współczesnej karnistyce bardzo dużą popularnością cieszy się twierdzenie, że zestaw znamion każdego kontratypu obejmuje (powinien obejmować) również znamię subiektywne, oddające określone wymagania dotyczące sfery intelektualno–wolicjonalnej sprawcy – w każdym wypadku (jako minimum minimorum w tym zakresie) wymóg, by sprawca był świadom tego, że wypełnia znamiona (przedmiotowe) kontratypu*”. Zdaniem J. Majewskiego nie należy tego jednak traktować jak dogmatu. Zarazem M. Bielski zwraca uwagę na fakt, że opracowana przez niego koncepcja „*jest niewątpliwie kontrowersyjna*” gdyż jest inna niż „*(...) głęboko zakorzenione w nauce prawa i świadomości społecznej przekonanie, iż zachowania kontratypowe nie są zachowaniami sprzecznymi z prawem*” (zob. M. Bielski, op.cit., s. 50). Samo przeświadczenie społeczne nie jest do końca dobrym miernikiem w tej mierze, bardziej istotne jest to, że ujęcie takie, jak sam zauważa autor, nie koresponduje „*w pełni z ujęciem ustawowym*” (Idem, loc. cit.), co podważa w pewnej części jego tezę, iż jego spojrzenie jest logiczną konsekwencją zastosowanej analizy dogmatycznej.

⁹⁴³ W szczególności rodzi się tutaj pytanie o relację tej okoliczności do odstąpienia od wymierzenia kary, co następuje w wyroku skazującym za popełnienie przestępstwa – zob. Ł. Pohl, „Prawo karne. Wykład...”, s. 495–498, która jest ustawową klauzulą występującą w ustawie karnej chociażby przy przekroczeniu kontratypów (zob. art. 25 § 3 k.k., który dla przypomnienia stanowi: „*Nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu*.”

⁹⁴⁴ Ł. Pohl, „Prawo karne. Wykład...”, s. 64.

⁹⁴⁵ Ibidem.

⁹⁴⁶ J. Majewski, „Okoliczności...”, s. 2.

założeń jego koncepcji, formalnie przebiegać⁹⁴⁷. Niemniej norma ostrożności występuje obok wskazywanych w doktrynie okoliczności uadekwatniających zakres zastosowania normy sankcjonowanej (rozpatrywanych choćby w perspektywie wstępnych warunków normowania⁹⁴⁸) także jako okoliczność wykluczająca przyjęcie karalności jako składnik wybranych kontratypów⁹⁴⁹.

Byłoby poważnym nadużyciem w tym miejscu nie wspomnieć jednak o jednej jeszcze – i jak się wydaje trafniejszej⁹⁵⁰ – koncepcji, która mimo pewnego pozornego podobieństwa wobec ujęcia M. Bielskiego oparta jest na zupełnie innych założeniach aksjologicznych. I to nie ze względu na fakt, że jest ono bliższe poznańskiej szkole⁹⁵¹, ale ze względu na jej niepodważalną przewagę na innymi koncepcjami jest ono bezpośrednią podstawą prowadzonych poniżej rozważań. Przewaga ta wyraża się bowiem przede wszystkim w tym, że jako jedyne z prezentowanych poglądów jest ono w pełni koherentne z ustaleniami tak dotychczasowych, czołowych badaczy zagadnienia kontratypów, jak i ustaleniami współczesnej logiki⁹⁵². Chodzi tutaj o ujęcie Chodzi tutaj o ujęcie Ł. Pohla, który opisuje sytuacje kontratypową jako czyny, które są: *„zakazane i poprzez funkcję kontratypu mocno dozwolone. Są one zakazane przez zakodowane w przepisach prawa karnego prawnokarne normy sankcjonowane. Są zaś mocno dozwolone dzięki obowiązywaniu przepisów prawnych zawierających upoważnienie do przekroczenia prawnokarnej normy sankcjonowanej”*⁹⁵³. W tym też zakresie jest ono, jak powiedziano powyżej, źródłem dla dalszych rozważań.

Te wstępne uwagi wprowadzające nie będą miały żadnej racji bytu, jeżeli uda się sfalsyfikować⁹⁵⁴ zarysowaną tutaj subtelnie tezę, iż norma ostrożności jest składnikiem kontratypu. Stąd też w tej mierze potrzebne są pewne ustalenia na płaszczyźnie dogmatyki prawa karnego, odnoszące się, jak już to zasygnalizowano powyżej, do trzech podstawowych grup okoliczności określonych w części ogólnej k.k., co powinno umożliwić rozwiązanie nakreślonych powyżej problemów.

⁹⁴⁷ Wskazać należy, iż taki tok rozumowania autora nie jest zbieżny w pewnym zakresie ze stwierdzeniem Ł. Pohla, który zastrzega, że przekroczenie normy sankcjonowanej jest możliwe w odniesieniu do zachowania nie-bezprawnego, zob. Ł. Pohl, „Prawo karne. Wykład...”, s. 256.

⁹⁴⁸ Ł. Pohl, „Prawo karne. Wykład...”, s. 69.

⁹⁴⁹ Szersze rozważania w tej mierze przewidziane zostały w rozdziale pracy poświęconym zagadnieniem teoretyczno-prawnym, gdzie w szczególności poddane zostanie analizie problem jednolitości norm ostrożności.

⁹⁵⁰ I co niezmiennie istotne – wcześniejszej.

⁹⁵¹ Zaryzykuje również tezę, że bardziej poprawne z teoretycznego punktu widzenia, aczkolwiek nie tu miejsce na szczegółowe rozważania w tym względzie.

⁹⁵² Ł. Pohl, „Błąd co do okoliczności wyłączającej...”, s. 663–664.

⁹⁵³ Chodzi tutaj o ujęcie Ł. Pohla, „Błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność”, w: „System Prawa Karnego. Tom IV Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej” red. L. Paprzycki, Warszawa 2013, s. 664.

⁹⁵⁴ Przypomnieć należy w tej mierze, że pod pojęciem falsyfikacji pojmować należy sytuację, gdy „odkryte zostanie zjawisko powtarzalne, obalające teorię”, zob. K. Popper, „Logika odkrycia naukowego”, Warszawa 2002, s. 74.

II. Obrona konieczna

Przekroczenie obrony koniecznej, zgodnie z przeważającym poglądem doktryny, podzielić można na tzw. eksces intensywny oraz eksces ekstensywny⁹⁵⁵. O ile przesłanka ekscesu ekstensywnego ujęta jest w stosunkowo spójny i jednolity sposób, jakim jest naruszenie bezpośredniości zamachu⁹⁵⁶, to ten drugi warunek napotyka na rozbieżności w doktrynie.

Wielowątkowość prowadzonych w tym zakresie rozważań powoduje, że tylko w ograniczonym stopniu poddają się one zabiegom systematyzującym. W ujęciu szeregu przedstawicieli doktryny przedwojennej obrona konieczna – w przeciwieństwie do stanu wyższej konieczności – nie wymagała zachowania żadnego miarkowania – dopuszczalne było odpieranie bezprawnego i bezpośredniego zamachu na dobro prawne nawet w sposób jaskrawo niewspółmierny. Swoistym wyrazem tendencji do szerokiego pojmowania tej instytucji było orzeczenie SN z 1934 r., gdzie przyjęto dopuszczalność obrony koniecznej także w odniesieniu do zaniechania⁹⁵⁷, czy niektóre inne judykaty wywodzące się z lat 30 tych XX wieku⁹⁵⁸.

Dla innych karnistów takie szerokie ujęcie jest niezgodne z dyrektywami wykładni językowej, które, jak wypada raz jeszcze przypomnieć, mają podstawowe znaczenie również na gruncie tzw. derywacyjnej koncepcji wykładni – idzie tu o podobieństwo użytego słowa w przypadku dwóch ustawowych kontratypów, jakimi są obrona konieczna i stan wyższej konieczności⁹⁵⁹. Wśród takiej argumentacji uwidacznia się wszak pewne niebezpieczeństwo naruszenia reguł semantycznych języka polskiego. O ile bowiem podstawową zasadą wykładni tekstów normatywnych jest nadawanie identycznego znaczenia tym samym zwrotom języka

⁹⁵⁵ Jeżeli chodzi o aktualne stanowiska doktryny w tej mierze to por. chociażby M. Szafraniec, „Przekroczenie granic obrony koniecznej w polskim prawie karnym”, Kraków 2004, s. 102–120 oraz s. 153–178. Na marginesie spostrzec należy, że pojęcia te stosowane były w orzecznictwie już w okresie przedwojennym – zob. choćby wyrok IV K 37/33, OSN(K) 1933, z. 6 poz. 113, LEX 75844.

⁹⁵⁶ Oczywiście nie oznacza to, że odpowiedź na pytanie *in concreto* jest w każdym przypadku łatwa czy też, że w literaturze brak jest sporów co do tego pojęcia, zob. A. Krukowski, „Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego”, Warszawa 1965, s. 34–45 czy A. Marek, „Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego”, Warszawa 1979, s. 52–58. W rezultacie, wydaje się, że normy ostrożności nie można doszukiwać się w sytuacji ekscesu ekstensywnego, który reguluje kwestie podjęcia obrony w określonej przesłanką bezpośredniości zamachu koincydencji czasowej – stąd też jako bardzo dwuznaczny, wymagający wykładni, wskazać należy zwrot, którym posłużył się SA w Poznaniu w orzeczeniu o sygn. akt II Akc 30/91, OSAiSN nr 4/1991, poz. 18, w którym mówi o się, iż „niewspółmierności w stosunku do zamachu. Ma to miejsce w sytuacji, gdy obrona w stosunku do zamachu jest przedwczesna, albo gdy działanie obronne następuje już po ustaniu zamachu”.

⁹⁵⁷ III K 1362/34, Zb. Orz. 1935 z. VII poz. 283. Co spotkało się szeregiem niezwykle krytycznych głosów w tej materii, choćby ze strony J. Makarewicza, „Obrona konieczna przeciwko zaniechaniu” GS 1936, z. 6, aż po opracowanie A. Wąska, „Zaniechanie i obrona konieczna w prawie karnym” Annales UMCS 1972, Sectio G.

⁹⁵⁸ Nie ryzykując obciążania pracy nadmiernie szczegółową kazuistyką wskazać wystarczy na orzeczenie III K 540/34, Lex Polonica nr 412578, gdzie SN przyjął, iż „Atakowanie cofającego się napastnika nie wyklucza warunków obrony koniecznej, jeśli nie będzie stwierdzone, że cofanie się to było przejawem zaprzestania ataku, a nie chęcią uzyskania lepszych warunków czasu i miejsca do dalszego atakowania.”

⁹⁵⁹ Chodzi tutaj o pojęcie konieczności, występujące jako przymiotnikowy składnik zbitki dwuwyrazowej „obrona konieczna” oraz dopełniacz trójwyrazowego złożenia „stan wyższej konieczności”.

prawnego⁹⁶⁰, to zachodzi wątpliwość, czy mamy tutaj do czynienia z taką właśnie sytuacją. Samo użycie takiego słowa w dwóch przepisach⁹⁶¹, zwłaszcza w różnym kontekście, nie jest w tej mierze przesłanką wystarczającą. Można wszak wywodzić założenie o pewnym ograniczeniu dopuszczalności środków odpierania bezprawnego zamachu z samego warunku obrony koniecznej. Jednak jest to tylko jedno z nasuwających się każdemu sposobów odczytania tego pojęcia. Można bowiem akcentować konieczność jej podjęcia dla ochrony zagrożonego dobra prawnego, a więc sytuację faktycznego niebezpieczeństwa, która uprawnia do podjęcia aktywnego przeciwdziałania takiemu niebezpieczeństwu⁹⁶². Dopiero uwzględnienie innego, pierwszego znaczenia literalnego brzmienia sformułowania o obronie „koniecznej” przywodzi na myśl wymóg doboru umiarkowanego sposobu reakcji. Również ewentualna próba argumentacji *a contrario* jest oparta na kruchych podstawach⁹⁶³: z faktu, że nie chodzi tutaj o jakąkolwiek obronę, tylko właśnie *a contrario* – o obronę konieczną – a więc swoiście ograniczoną zaistniałą sytuacją, jest niczym więcej, jak tylko jednym z możliwych rozumowań⁹⁶⁴. W tym kontekście tym jaskrawiej zaznacza się fakt, iż bardziej właściwa jest samoistna wykładnia warunku „konieczności” bez kontekstowego odwoływania się do analogicznego zwrotu zamieszczonego w następnym artykule k.k.⁹⁶⁵.

Właściwym więc punktem wyjścia do dalszych rozważań jest przyjęcie, że warunek pewnego ograniczenia obrony koniecznej wynika w istocie z normy łagodzącej wymiar kary za przekroczenie granic obrony koniecznej, która jest obecnie zakodowana w art. 25 § 2 oraz 3 k.k. Wysłowiona tam przesłanka działania w sposób współmierny do niebezpieczeństwa zamachu jest przez niektórych przedstawicieli doktryny interpretowana jako niemożliwość abstrahowania od

⁹⁶⁰ Mającą swoją podstawę w założeniu o racjonalności ustawodawcy. Co do tego pojęcia zob. A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, „Zarys teorii państwa i prawa”, Warszawa 1994, s. 202.

⁹⁶¹ Por. art. 25 § 1 oraz art. 26 § 3 k.k., które stanowią odpowiednio: „Nie popełnia przestępstwa, kto w obronie koniecznej odpiera bezpośredni, bezprawny zamach na jakiekolwiek dobro chronione prawem.” oraz „W razie przekroczenia granic stanu wyższej konieczności, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.”

⁹⁶² Mówiąc bardziej prozaicznie – obrona jest konieczna, gdyż w przypadku jej niepodjęcia np. na skutek ucieczki doszłoby do nieodwracalnego uszczerbku przedmiotu ochrony normy sankcjonowanej. Przy takiej interpretacji samo pojęcie konieczności nic jeszcze nie mówi o sposobie wyboru środków obrony.

⁹⁶³ Zwracano już bowiem wielokrotnie w teorii prawa uwagę na to, że rozumowanie to jest niezwykle zawodne, co znalazło odzwierciedlenie także na gruncie prawa cywilnego: III CZP 54/09, Lex Polonica nr 2086264.

⁹⁶⁴ Z równą łatwością wywieść można rozumowanie *a contrario* wobec innego elementu treści semantycznej tego zwrotu, a mianowicie wobec samego pojęcia obrony, a więc nie zaniechania działania, wreszcie stosunkowo często występuje w doktrynie odwołanie do kontrastowego porównania obrony koniecznej z instytucją stanu wyższej konieczności. To podejście, oparte na apriorycznym przyjęciu tezy o różnicy pomiędzy tymi dwiema instytucjami, nie sprzyja pieczołowitemu dogmatycznemu wytyczeniu obu ich zakresów.

⁹⁶⁵ Zarówno bowiem w k.k. z 1932 r., jak i w k.k. z 1969 r., oraz w k.k. z 1997 r., instytucje te usytuowane są – mocą niejako milczącej (nieporuszonej w uzasadnieniu rządowym k.k. z 1997 r. (zob. „Nowe kodeksy...”, s. 130–132) tradycji, która była już obecna w § 32 – 34 StGB – sytuującym te instytucje tuż po obok siebie. Oznacza to iż „Nie ma żadnych podstaw, aby to założenie konstrukcyjne [o samoistnym charakterze obrony koniecznej – dop. M.B.] przepisu o obronie koniecznej kwestionować lub wyprowadzać np. warunek proporcji dóbr w wyniku wykładni na niekorzyść sprawy”. T. Bojarski, „Komentarz do art. 25 k.k.” w: „Kodeks karny. Komentarz”, T. Bojarski (red.), nb. 4, Lex Polonica 2010. Zresztą taka procedura jest wątpliwa z punktu widzenia różnicy pomiędzy normą a przepisem prawnym.

porównywania dóbr, ich wzajemnego odważania, co dokonywać się ma przez pryzmat ocen społecznych bądź normatywnych⁹⁶⁶. Wydaje, że podręcznikowy przykład inwalidy strzelającego ze skutkiem śmiertelnym do dziecka kradnącego jabłka w sadzie przechodzi zbyt łatwo do porządku dziennego nad labilnością takich ocen⁹⁶⁷. Stąd też jako bardziej pojemna jawi się właśnie przesłanka współmierności obrony koniecznej. Ten warunek pojmowany być może jako naruszenie normy ostrożności (a więc swoistego nakazu „*ostrożnego odpierania zamachu*”) ⁹⁶⁸. Jest on wszak traktowany na tyle niejednorodnie – nie tylko, choć szczególnie w orzecznictwie – że dostarcza przedstawicielom doktryny powodów do formułowania szeregu uwag⁹⁶⁹ i zaakceptowanie tej tezy wymaga pewnego szerszego uzasadnienia.

Bardziej szczegółowe spojrzenie na poglądy doktryny dotyczące przesłanki współmierności obrony koniecznej zdają się *prima facie* potwierdzać to założenie⁹⁷⁰. Polska doktryna przyjęła bowiem, iż określona granica tzw. ekscesu intensywnego odniesiona być musi w pierwszej kolejności do działania broniącego się, a nie do proporcji dóbr⁹⁷¹. Znamienne pod tym względem jest stwierdzenie, iż o działaniu współmiernym przesądzać ma „*całokształt okoliczności*”⁹⁷². Jeszcze bardziej pouczające jest w tym kontekście rozłożenie na czynniki warunków współmierności obrony⁹⁷³, wśród których wyróżnione zostały „*właściwości napastnika*

⁹⁶⁶ W tej mierze fundamentalne dla nauki polskiej są rozważania A. Zolla, „*Okoliczności...*”, Warszawa 1982, s. 102 i n.

⁹⁶⁷ Przykład ten inwokuje L. Gardocki, „*Prawo...*”, s. 115. Innymi słowy, wydaje się on być zbyt pragmatyczny – wystarczy bowiem uzmysłowić sobie przewartościowanie hierarchii dóbr jakie miało miejsce w Polsce pod rządami rodzimych kodyfikacji, od roku 1932, czego przykładem może być wprowadzenie odrębnego reżimu ochrony własności społecznej w latach 50-tych XX wieku czy występującego w pewnych kręgach polskiego społeczeństwa przedwojennego antysemityzmu. Stąd też bardziej miarodajne mogłyby być akty prawa międzynarodowego, niemniej do dnia dzisiejszego powszechnej akceptacji nie osiągnęło wiele rudymenarnych dóbr porządku prawnego, tak jak choćby życie ludzkie.

⁹⁶⁸ M. Szafraniec, op.cit., Kraków 2004, s. 164.

⁹⁶⁹ A. Wroński „*Eksces intensywny w obronie koniecznej a możliwość ograniczenia szkód wyrządzonych napastnikowi*”, NP 1980, z. 2, s. 41–48, gdzie posiłkując się specjalistycznymi badaniami balistycznymi zwraca uwagę na fakt, że stawianie ofierze napadu wymagania, aby oddając strzał obronny celowała w pierwszej kolejności w kończyny, zwłaszcza dolne, jest nierealistyczny – zbyt długi jest czas bowiem reakcji człowieka, co połączone jest z niewielkim prawdopodobieństwem dostatecznie skutecznego sparaliżowania jego mobilności (a więc trafienia w kości a nie tylko w mięśnie). Te szczegółowe rozważania w odniesieniu do kazuistycznych przypadków uprawniają wyprowadzenie utożsamienia warunku współmierności obrony z normą ostrożności. Obie konstrukcje przy bliższej analizie charakteryzują się konkretnym i indywidualnym odniesieniem. Również powierzchowna nawet analiza przesłanki współmierności uzmysławia, że można ją z łatwością przekształcić w nakaz działania współmiernego, co wpływa na treść normy ostrożności. Zresztą do tej samej konkluzji prowadzą kazuistyczne rozważania przedstawicieli doktryny zob. np. E. Plebanek, „*O obronie koniecznej i innych kontratypach w świetle zasady proporcjonalności*”, CzoPKiNP 2006, z. 1, s. 92–93.

⁹⁷⁰ Zwrócić należy w pierwszej kolejności uwagę, że dorobek polskiej doktryny w tym zakresie jest umiarkowany, a podstawowe znaczenie mają trzy monografie: A. Krukowskiego, „*Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego*”, Warszawa 1965, A. Marka, „*Obrona konieczna w prawie karnym*” Warszawa 1979 oraz M. Szafraniec, op.cit.

⁹⁷¹ Tak też charakteryzuje ewolucję polskiego orzecznictwa A. Krukowski, op.cit., s. 107, przytaczając w tej mierze orzeczenie IV 37/33, Lex Polonica nr 416159, gdzie wywieziono, iż o ekscesie takim mówić można w przypadku „*dysproporcji pomiędzy działaniem broniącego się a siłą i energią napadcy, nie zaś dysproporcją między dobrem broniącym a dobrem dotkniętym przez obronę*”.

⁹⁷² A. Krukowski, op.cit., s. 109.

⁹⁷³ Autorem takiej analizy jest przykładowo A. Marek, „*Obrona...*”, s. 87–99.

i działającego w obronie” oraz „*środki i sposób zamachu oraz jego odpierania*”⁹⁷⁴. Zauważyć należy, iż taka klasyfikacja – będąca autonomicznym wytworem rodzimej myśli prawniczej, dość dokładnie koresponduje z perspektywą oceny ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, forsowanej w tzw. krakowskiej szkole prawa karnego⁹⁷⁵. Podkreślić należy, że ocena ta nie ulega zmianie nawet wobec bardziej szczegółowej analizy tej klasyfikacji, gdzie, jak wypada wszak zauważyć, nie dokonuje się bliższej analizy kwalifikacji podmiotu, lecz raczej uwzględnia się „*właściwości fizyczne i budowę somatyczną napastnika i broniącego się (...)*”⁹⁷⁶, a w odniesieniu do tego drugiego elementu stanowi się, iż pierwszorzędne znaczenie ma „*sposób ataku i obrony, w szczególności sposób użycia niebezpiecznego narzędzia*”⁹⁷⁷. Rozbieżność występująca z pewną jaskrawością w odniesieniu do tej pierwszej kategorii ma charakter li tylko pozorny, pamiętać należy wszak, iż wymóg należytych kwalifikacji wysłowny został pierwotnie w kontekście badania nieumyślności sprawcy, stąd też potrzebna jest tutaj pewna metaforyczność w odczytywaniu tego pojęcia; nadto swoista sytuacja, jaką jest działanie w ramach kontratypów, które stanowią jak gdyby lustrzane odbicie zachowań typowych powoduje, że właściwym desygнатem owych „*kwalifikacji*” jest pytanie o rozmiar ich braku⁹⁷⁸.

Zarazem podkreślić należy, iż argument językowy, u którego podstaw leży obserwacja, iż pojęcie współmierności jest wyrazem pewnej relacji⁹⁷⁹, nie stoi w sprzeczności z koncepcją normy ostrożności. Relacja ta z łatwością bowiem daje się przekształcić w wyrażenie normokształtne, które dekoduje się jako zakaz podejmowania działań nieostrożnych, wykraczających tym samym poza granicę działania kontratypowego⁹⁸⁰, a więc nie–przestępnego.

Wszak te występujące w ujęciu polskiej nauki poglądy prowadzą do tego, że logicznym jest skonstatowanie pewnej paraleli do zasugerowanego w doktrynie wzorca oceny ostrożności działającego podmiotu, który obejmować ma ocenę ze wskazanych powyżej trzech płaszczyzn.

⁹⁷⁴ Ibidem, s. 90–95.

⁹⁷⁵ A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 18–23 (Cz. I, Rozdział I, pkt. 3.1–3.2). Odnotować to należy niezależnie od tego, że, jak już zostało to zasygnalizowane powyżej, w niniejszej pracy nie jest podzielana koncepcja klaryfikacji pojęcia ostrożności prezentowana przez tzw. krakowską szkołę prawa karnego.

⁹⁷⁶ A. Krukowski, op.cit., s. 91.

⁹⁷⁷ A. Krukowski, op.cit., s. 97.

⁹⁷⁸ Tak więc chodzi tutaj w istocie o pytanie jak brak szeroko pojętych kwalifikacji podmiotu broniącego się, co uprawnia go do zastosowania bardziej niebezpiecznych dla napastnika środków obrony.

⁹⁷⁹ Mówiąc językiem ogólnym – „*stosunku czegoś do czegoś*”. Używając siatki pojęciowej zaczerpniętej z obszaru logiki powiedzielibyśmy, że zachodzi między nimi relacja, ujmowana tak iż, dla relacji n –członowej, gdy $2 \geq 2$ „*Relacją n –członową nazywamy dowolny zbiór n –tek uporządkowanych*”, (zob. A. Wiśniewski, „*Materiały do Wykładu. Wykład 3. Relację i funkcję*”) dostępny pod adresem www.staff.amu.edu.pl odczyt dnia 19.10.2013 r., podobnie W. Patryas, „*Elementy logiki dla prawników*”, Poznań, s. a., wydanie 2, s. 100 i n.

Zarazem nie sposób nie zaznaczyć, że ten warunek jest bardzo różnie pojmowany w orzecznictwie czego przykładem może być chociażby orzeczenie I K 461/55 (niepubl.), w którym podkreślono, iż obrona musi być „*podjęta w taki sposób i takimi środkami, które w danej sytuacji są niezbędne*”.

⁹⁸⁰ Można by idąc tym tropem rozumowania zapytać, czy w obu przypadkach u podstaw tej aksjologii nie leży próba wyznaczania kompromisu pomiędzy sprzecznymi interesami społecznymi: potrzebą ochrony pewnych dóbr przez działaniami nadmiernie ryzykownymi oraz przyzwolenia na działanie w celach uznawanych również za społecznie dodatnie.

Wydaje się, że analiza kryteriów współmierności przedsięwziętej obrony z tego punktu widzenia, które jak należy dla porządku raz jeszcze zaznaczyć, obce jest autorowi niniejszej pracy, dostarcza ciekawych spostrzeżeń. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż podobnie, jak w kontekście działań typowych, znaczenie adekwatnych kwalifikacji podmiotu byłoby zupełnie marginalne⁹⁸¹ – wręcz powiedzieć by można – prawie nieistotne. Może ono wprowadzać pewien rygoryzm w stosunku do osób, które posiadają szczególne umiejętności relewantne przy zaistniałej sytuacji odpierania zamachu, a więc, aby posłużyć się trywialnym przykładem: chociażby byłych funkcjonariuszy służb mundurowych⁹⁸².

Inaczej jest natomiast w odniesieniu do dwóch pozostałych elementów⁹⁸³. Jako mniej problematyczna jawi się kwestia wyboru właściwego narzędzia – sytuacja bezpośredniej koincydencji czasowej wobec zamachu, warunkująca zaistnienie obrony koniecznej, powoduje, że najczęściej brak jest możliwości podjęcia stosownych działań celem sprokrowania właściwego narzędzia⁹⁸⁴. Nierzadko jednak kwestia ta staje się jak najbardziej aktualna⁹⁸⁵.

Samo pojęcie narzędzia rozgraniczone jest od sposobu działania, aczkolwiek nie jest to pojęcie do końca ścisłe, gdyż narzędzie, jako pewien przedmiot zewnętrzny, zupełnie

⁹⁸¹ A. Barczak–Oplustil, op.cit., s. 18 (Cz. I, Rozdział I, pkt. 3.1).

⁹⁸² Tak więc wyobrazić sobie można np. sytuację, w której zaatakowany przez trzech napastników nożem funkcjonariusz Policji zastosuje takie ciosy w spłot jarznowy, które zasadniczo ze względu na wysoki stopień niebezpieczeństwa zamachu nie mogłyby zostać uznane za niewspółmierne, ale w przypadku policjanta, który uzmysławia sobie realne zagrożenie dla zdrowia takich ciosów i jednocześnie na skutek szkolenia policyjnego ma znakomitą świadomość innych mniej ryzykownych chwytów będzie dokładnie odwrotnie.

⁹⁸³ Nie trzeba chyba ponownie podkreślać w tym kontekście, że w tym przedmiocie wytworzyło się bardzo rozbudowane orzecznictwo.

⁹⁸⁴ Znakomicie ilustruje to chociażby orzeczenie I KR 346/72, Lex Polonica nr 302632, gdzie Lucjan P. został uniewinniony od zarzutu przekroczenia granic obrony koniecznej poprzez ugodzenie nożem w trakcie odpierania zamachu ze strony pijanego Władysława Romana K. dwukrotnie w plecy oraz raz w brzuch, co spowodowało jego późniejszą śmierć, gdyż „jedynym skutecznym środkiem obrony stał się nóż, który oskarżony przypadkowo znalazł na ziemi”.

⁹⁸⁵ Kwestie tę omawia się nieco niedokładnie w orzecznictwie: tak więc w rozstrzygnięciu II AKa 99/09, OSA 2010, nr 7, poz. 32 podkreślono, iż „nie można zaatakowanemu stawiać wymagań co do sposobu obrony czy doboru narzędzi o ile mieszczą się one w granicach konieczności”. Granica jaką jest przesłanka konieczności stawia jednak pewne wytyczne co do sposobu działania broniącego się – wynika to również *a contrario* np. z tezy orzeczenia II AKa 26/99, KZS 2000 nr 3, poz. 42: „Przecież oczywistym być musi, że osobie, której życie i zdrowie zostało zaatakowane w sposób bezprawny, nie można stawiać daleko idących wymagań co do doboru sposobu odparcia tego ataku czy też doboru narzędzi, które temu celowi mają służyć. Zaatakowany znajduje się przecież na ogół w sytuacji, która nie pozwala na podjęcie decyzji w pełni przemyślanej, opartej na chłodnym rozważeniu całokształtu okoliczności zdarzenia. Przeciwnie, decyzja zwykle musi być podjęta szybko, a wybór dostępnych środków obrony jest ograniczony. Stąd nawet sięgnięcie po narzędzie, czy sposób obrony, znacznie dotkliwszy od środków i metod, które stosuje napastnik, samo w sobie nie oznacza jeszcze, że obrona jest <<niewspółmierna>>„. Akceptując to założenie zwrócić należy uwagę, że nie oznacza to jednak, że broniącemu się nie można stawiać pewnych podstawowych wymagań.

wyjątkowo⁹⁸⁶ oznacza obiekt specjalnie przystosowany do działań obronnych⁹⁸⁷. Najczęściej jest to przedmiot z definicji przeciwny właściwemu narzędziu – jak ma to miejsce w przypadku noży kuchennych⁹⁸⁸, scyzoryków⁹⁸⁹, siekiery⁹⁹⁰, butelki⁹⁹¹, trzonka od wideł⁹⁹² czy całego zbioru innych przypadkowych przedmiotów wykorzystywanych do walki z bezprawnymi zamachami na dobra prawne⁹⁹³. W gruncie rzeczy używając pojęcia „narzędzie” w tym kontekście ma się na myśli przedmiot niebezpieczny⁹⁹⁴, bądź też narzędzie w jednym z jego drugorzędnych znaczeń słownikowych⁹⁹⁵. W przypadku obrony koniecznej zaryzykować można stwierdzenie, iż zarzut użycia niewłaściwego obiektu do opierania zamachu może mieć miejsce zupełnie wyjątkowo i tylko chyba w sytuacji możliwości wyboru innego, mniej inwazyjnego narzędzia, cechującego się równie wysoką skutecznością⁹⁹⁶. Niemniej i w takich sytuacjach, kwestią otwartą pozostaje odpowiedzialność karna sprawcy, którą wnikliwie rozpatrzyć należy na płaszczyźnie zawinienia⁹⁹⁷.

Powyższe skrótowe rozważania przywiodły na myśl fakt, iż czynnikiem prawdziwie decydującym o zachowaniu właściwej miary ostrożności jest sposób działania broniącego się – co zgodne jest z ujęciem literalnym art. 25 § 2 k.k.⁹⁹⁸. Nawet najbardziej niewrażliwy obserwator

⁹⁸⁶ A nawet gdy dochodzi do takich sytuacji nie jest zagwarantowane automatycznie ich prawidłowe użycie, wręcz przeciwnie – często dochodzi do tym bardziej ewidentnych nadużyć, czego dowodem może być stan faktyczny przewidziany w rozstrzygnięciu Rw 916/63, Lex Polonica nr 316880, gdzie „N. dopuścił się czynu hańbiącego godność i powagę Wojska Polskiego przez to, że wprawiwszy się w stan nietrzeźwości, wywołał awanturę z Józefem M., ubliżał mu słownie, a ponadto strzelał z pistoletu służbowego, powodując popłoch wśród przechodniów, oraz uderzył pałką gumową Józefa M.” który to Józef M. został zaczepiony w mieście potem jak N „został zaatakowany przez grupę nieznanych osobników”, i tych napastników z pistoletem szukał po mieście szukając owych „nieznanych osobników”.

⁹⁸⁷ I w tym też uwidacznia się konieczność sui generis przenośnego używania rozumienia „narzędzia” w kontekście kontratypów, które odmiennie niż w przypadku takich działań typowych jak wznoszenie budowli czy też interwencji porządkowej służby mundurowej jedynie zupełnie wyjątkowo jest przedmiotem uprzedniej spokojnej refleksji ze strony sprawcy.

⁹⁸⁸ II AKa 174/99, Lex Polonica nr 345462.

⁹⁸⁹ V KRN 168/80, Lex Polonica nr 356575.

⁹⁹⁰ V KKN 266/2000, Lex Polonica nr 392229.

⁹⁹¹ II AKr 2/92, Lex Polonica nr 311248.

⁹⁹² V KR 42/78, Lex Polonica nr 302645.

⁹⁹³ Wspomnieć tutaj należy jeszcze przykładowo o kiju, zob. IV KR 216/86, Lex Polonica nr 356820. Jako ciekawostkę wzmiankować należy o pojawiającym się w orzecznictwie kategorycznym stwierdzeniu, iż „Działającego w obronie koniecznej nie obowiązuje również zachowanie jakiegokolwiek kolejności w wyborze środków (przedmiotów), może on odeprzeć zamach wszelkimi dostępnymi w konkretnej sytuacji środkami obrony”. IV KR 118/69, Lex Polonica nr 372655.

⁹⁹⁴ Widać to dobitnie w fragmencie uzasadnienia SN w orzeczeniu VI KRN 34/74, OSNKW 1974 nr 11 poz. 198: „Użycie, zwłaszcza z umiarem, niebezpiecznego narzędzia nie może być uznane za przekroczenie granic obrony koniecznej, jeżeli odpierający zamach nie rozporządzał wówczas innym, mniej niebezpiecznym ale równie skutecznym środkiem obrony, a z okoliczności zajścia, a zwłaszcza z przewagi po stronie atakujących i sposobu ich działania wynika, że zamach ten może zagrażać życiu lub zdrowiu napadniętego”. Podkreślić należy, że przedmiot ten staje się niebezpieczny przez użycie go w sposób sprzeczny z przeznaczeniem.

⁹⁹⁵ <http://sjp.pwn.pl/szukaj/narzedzie> – odczyt dnia 18.10.2013 r.

⁹⁹⁶ Podręcznikowym przykładem może być strzał z broni w sytuacji, gdy broniący się trzymał w drugiej ręce paralizator.

⁹⁹⁷ Niemniej nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż przekroczenie obrony koniecznej musi być objęte „winą umyślną”, jak to stwierdził SN w orzeczeniu II KR 109/72, Lex Polonica nr 302637.

⁹⁹⁸ Aczkolwiek przytoczone powyżej orzeczenia potwierdzają tezę, że w pewnych przypadkach kluczowe dla problematyki działania w ramach kontratypu będą miały właśnie te aspekty, które doktryna prawa karnego bada przez

dostrzeże w tym kontekście trudność, jaka wyraża się w działaniu w nadzwyczajnej sytuacji, jaką jest odpieranie zamachu, gdzie występuje anormalna sytuacja motywacyjna i wzrost doniosłości takich czynników, jak choćby instynkt samozachowawczy. Stąd też sformułować można pewną szczególną wskazówkę, jaką jest postulat oceny adekwatności zachowania się broniącego z mniejszym formalizmem niż w przypadku działań typowych⁹⁹⁹. Do tej pory nie sformułowano wszak bardziej szczegółowych wytycznych, które – oprócz przytłaczającej kazuistyki sądowej – wskazywałyby na kryteria oceny adekwatności sposobu reakcji zaatakowanego¹⁰⁰⁰. Wybrani autorzy wskazują na konieczność oceny całokształtu sytuacji¹⁰⁰¹.

W tej mierze pokusić się można o inne nieco podejście, wykraczające poza przyjęty obecnie w doktrynie schemat wartościowania współmierności obrony koniecznej. Nie kwestionując bowiem wielu jego podstawowych elementów, do których należy chociażby zalecenie oceny postawy sprawcy z uwzględnieniem perspektywy *ex ante*, a nie przez pryzmat zaistniałego skutku, wydaje się, że pewne jego elementy są zbyt niesprecyzowane, by zagwarantować optymalną realizację zasad demokratycznego państwa prawnego respektującego zasadę *nullum crimen sine lege*. W wielu przypadkach kontekstowe odwołanie się do figury modelowego dobrego obywatela¹⁰⁰² oraz – podświadomie nawet – do takich okoliczności jak stan przestępczości w danym układzie geograficznym i czasowym powodują swoistą dowolność ocen co do zakresu uprawnień przysługujących adresatom norm prawa karnego powszechnie obowiązującego. Stąd też jestem przekonany, iż – wychodząc z założeń, 1) że normy ostrożności – mają znaczenie również przy przestępstwach umyślnych – a także, iż 2) kodeksowe określenie stopnia niebezpieczeństwa zamachu precyzować należy jako termin samoistny, o innej treści niż określenie np. stopnia społecznej szkodliwości czynu czy społecznego niebezpieczeństwa oraz, że 3) stopień społecznego niebezpieczeństwa zamachu jest wartością obiektywną, nieuzależnioną od psychicznego nastawienia sprawcy – tak długo dopóki nie znajduje ono wyrazu w elementach przedmiotowych i 4) wreszcie afirmując przyjęte na wstępie założenie o miarodajności perspektywy *ex ante* dla oceny działania w ramach kontratypu, stwierdzić należy, iż stopień

pryzmat oceny miary ostrożności.

⁹⁹⁹ Jako przejaw takiej nadmiernie formalistycznej, aptekarskiej oceny miary ostrożności broniącego się poprzez wyliczanie właściwej siły i głębokości zadanych ran klutych wskazać można choćby orzeczenia sądów pierwszych instancji w rozstrzygnięciach SN VI KRN 34/74, OSNKW 1974 nr 11 poz. 198 czy IV KKN 635/97, Lex Polonica nr 355139.

¹⁰⁰⁰ Wielokrotnie w orzecznictwie zwraca się uwagę na siłę i ilość zadanych ciosów – co związane jest z tym, że sytuacja obrony koniecznej praktyczne znaczenie posiada w sferze starć fizycznych pomiędzy napastnikami, chociaż pojęciowo nie jest wykluczona także w odniesieniu np. do zniewagi.

¹⁰⁰¹ Zob. A. Marek, „Obrona...”, s. 107–114.

¹⁰⁰² Ujęcie to w kontekście obrony koniecznej spotyka się z pełną świadomością trudności takich porównań także szeregu przedstawicieli doktryny zagranicznej, zob. np. F. M. Conde, „Putative self-defense: a borderline case between justification and excuse” *New Criminal Law Review*, Vol. 11, nr. 4 s. 608, gdzie słusznie zauważa on, iż „However, to the degree that the standard allows for a certain amount of discretion when evaluating the reasonableness of the subjective perceptions of the actor, it introduces a possibility of arbitrariness that is difficult for the trier of fact to control”.

naruszenia przez sprawcę zamachu norm ostrożności stanowić winien o współmierność obrony zaatakowanego. Innymi słowy, gdyby stosować się do odrzucanej w niniejszej pracy eksplikacji pojęcia ostrożności proponowanego przez tzw. szkołę krakowską prawa karnego, powiedzieć można by, że rodzaj użytego narzędzia, kwalifikacje sprawcy oraz sposób działania to czynniki które w pierwszej linii porównywać należy w starciu zaatakowanego i broniącego się. Również w tym przypadku charakterystyka większości stanów faktycznych spowoduje, że decydujące znaczenie będzie miała ta ostatnia okoliczność.

Wyszczególnić należy, iż takie rozważania nie stanowią w istocie próby wprowadzenia nowej li tylko siatki pojęciowej dla porównywania sposobu działania atakującego i zaatakowanego. Nie stanowią również aprobaty wobec teorii tzw. obiektywnego przypisania skutku jako koniecznej rzekomo normatywnej korekty przebiegu związku przyczynowego. Sens tego stwierdzenia wyraża się w zaakcentowaniu drugiego – obok powszechnie przyjętej linii rozumowania warunkującej proporcjonalność działania sprawcy do niebezpieczeństwa zamachu – aspektu, jakim jest to, że nie może być zarazem rażąco nieostrożne w stosunku do dobra, które narusza się działając w ramach obrony koniecznej. Oczywistym jest bowiem fakt, że nawet działanie bezprawne sprawcy napadu przestępnego nie powoduje, że staje się on jak gdyby „*wyjęty spod prawa*”, iż jego dobra prawne, takie jak życie, stają się pozbawione wartości z punktu widzenia porządku prawnego. Nadto, takie stanowisko nie wyklucza przyjęcia koncepcji¹⁰⁰³, iż w pewnych przypadkach dopuszczalna jest „*nieświadoma obrona konieczna*” – której przyjęcie (bądź też odrzucenie) nie jest też przesądzone brzemieniem art. 25 k.k.¹⁰⁰⁴

Pamiętać w tym kontekście należy o spostrzeżeniu, iż obrona konieczna przysługuje również przeciwko zamachom nieumyślnym¹⁰⁰⁵, gdzie doniosłość norm ostrożności – i w konsekwencji potrzeba stosowania mierników stopnia nieostrożności – nie jest niekwestionowana. Wobec tego przypomnieć należy raz jeszcze, iż uniwersalną determinantą stopnia niebezpieczeństwa zamachu są okoliczności przedmiotowe.

Wyeksponowany tutaj dodatkowy element w postaci norm ostrożności wydawać się może nietrafionym rozszerzeniem kryteriów oceny obrony koniecznej, który – zgodnie z wielokrotnie wskazywanym w doktrynie prawa karnego (w ślad za filozofią) postulatem nietworzenia bytów

¹⁰⁰³ Która jest odrzucana przez zdecydowaną większość przedstawicieli doktryny – zob. np. A. Zoll, „*Komentarz do Kodeksu karnego*” Kraków 1994, s. 165.

¹⁰⁰⁴ Nie oznacza to wszak automatycznie wyrazu akceptacji wobec tezy, iż obrona konieczna w formie nieświadomionej jest *de lege lata* na gruncie polskiego prawa karnego równoprawną formą realizacji tego zachowania kontratypowego. Raczej jest to przejawem przeniesienia tego sporu na inną płaszczyznę argumentacji poprzez wskazanie, iż nawet adherenci obrony nieświadomionej nie mogą jej stawiać wymagań niższych od obrony uświadomionej w zakresie tzw. elementów strony przedmiotowej, niezależnie od ewentualnego rozważania odpowiedzialności na płaszczyźnie odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne.

¹⁰⁰⁵ A. Wąsek, „*Problematyka kontratypów przy przestępstwach nieumyślnych*”, *Palestra* 1988, nr 10, s. 62–71.

ponad konieczność¹⁰⁰⁶ – należałoby odrzucić. Zważyć jednak należy na fakt, iż konieczność znalezienia wytycznych tej instytucji, wolnych od nadmiernego formalizmu, istotna jest chociażby wobec faktu, iż w stosunku do przekraczającego obronę konieczną przysługuje – zgodnie z reprezentatywnym w tej materii stanowiskiem doktryny – obrona konieczna¹⁰⁰⁷.

Rozważania te należy odnieść wobec innego, spornego zagadnienia, jakim jest obrona konieczna wobec zamachu ze strony osoby niepoczytalnej. Powszechnie wręcz przyjętą konkluzją w tej materii jest stwierdzenie, iż te szczególne właściwości sprawcy nie wykluczają przyjęcia bezprawności czynu – czym innym jest bowiem bezprawność od odpowiedzialności prawnej za popełniony czyn. Dla części autorów¹⁰⁰⁸ sytuacja taka, zrównywana z zamachem ze strony osoby małoletniej, wymaga zastosowania środków zdecydowanie bardziej wyważonych, umiarkowanych, co ma mieć swoje podłoże w założeniach filozoficznych. Postulat taki jest wyrazem pewnego idealizmu – gdyż nie w każdej sytuacji niemożność przypisania winy zamachowcy uwidacznia się w jego postępowaniu i jest rozpoznawalna dla broniącego się. Co więcej, niektóre zaburzenia psychiczne – wskazać można chociażby na halucynację narządów zmysłów czy stany psychopatyczne, czyniące cierpiącą na nią osobę bardziej nieobliczalną na skutek zaburzeń percepcji czy zdolności logicznego myślenia i kontrolowania swojego postępowania, nie są łatwo rozpoznawalne¹⁰⁰⁹. Jednak żądanie większej powściągliwości wobec osób z zaburzeniami osobowości jest żądaniem zbyt prostoliniowym – abstrahuje wszak od różnorodności występujących w tej materii sytuacji¹⁰¹⁰. Rozważania te odnieść można także wobec szczególnej kategorii osób niepoczytalnych, jakimi są osoby nietrzeźwe bądź znajdujące się pod wpływem środków odurzających, do których z mocy prawa nie stosuje się wyłączenia odpowiedzialności w oparciu o treść art. 31 § 3 k.k. Nietrudno wszak dostrzec, iż dochodzi tutaj do swoistego odwrócenia sytuacji – co do zasady bowiem niepoczytalność wywołana

¹⁰⁰⁶ Zob. np. J. Majewski, „Prawnokarne...”, Kraków 1997, s. 81–82.

¹⁰⁰⁷ W tym kontekście, jako oparte na zbytym wartościowaniu deskryptywnego brzemienia przepisów ustawy, określić można stanowisko Sądu Apelacyjnego w Krakowie w wyroku II AKa 346/2002, , KZS 2003, nr 3, poz. 37, Lex Polonica nr 372097, gdzie ów Sąd wywodzi, iż „*Bicie napastnika po rozbrojeniu go na ogół nie tylko nie spełnia znamion obrony koniecznej, ale nie jest nawet przekroczeniem jej granic; nie jest to w żadnym wypadku obrona*”. Jeżeli zachodzi pewna koincydencja czasowa wobec istniejącego wcześniej bezprawnego zamachu, nie ma przeszkód, żeby mówić o przekroczeniu obrony koniecznej, a więc działaniu zwyczajnie bezprawnym, które nie zobowiązuje Sądu do jakichkolwiek ulg przy wymiarze kary (zob. art. 25 § 2 k.k., który dla przypomnienia stanowi: „*W razie przekroczenia granic obrony koniecznej, w szczególności gdy sprawca zastosował sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia*”). Byłoby chyba stwierdzeniem zbyt daleko idącym, że mamy tutaj do czynienia z pospolitym przestępstwem – na dodatek popełnionym ze szczególnych pobudek, jaką jest chęć zemsty.

¹⁰⁰⁸ T. Tabaczewski, „*Obrona konieczna de lege ferenda w świetle sporu o samoistność tej instytucji*”, CzPKiNP 2009, z. 3, s. 35 oraz tego samego autora „*Eksces intensywny obrony koniecznej w orzecznictwie*”, Prokur. i Prawo 2010 z. 12 s. 71 i n.

¹⁰⁰⁹ Choroba psychiczna niejako z definicji jest wszak czymś innym od istniejącego u człowieka od dłuższego okresu czasu stanu psychopatycznego. Co do klasycznego ujęcia w tym zakresie zob. W. Łuniewski, „*Zakres psychiatrii sądowej. Część ogólna*” Warszawa 1950, s. 20.

¹⁰¹⁰ Zresztą stanowisko takie zostało już zaakceptowane w orzecznictwie, zob. IV KKN 289/99, Lex Polonica nr 392720 i stąd jako nieco frapujące jawią się jej przeciwne głosy w doktrynie.

nietrzeźwością jest prawnokarnie irrelevantna i nie powoduje w żadnym stopniu zmniejszenia odpowiedzialności karnej¹⁰¹¹. Najczęściej również stopień niebezpieczeństwa zamachu nietrzeźwego sprawcy jest nawet wyższy od tego, który występowałby w zwyczajnej sytuacji¹⁰¹², chociaż niewykluczone są sytuacje, gdzie ze względu na znaczny stopień upojenia alkoholowego czyn sprawcy nie przedstawia realnego zagrożenia¹⁰¹³.

Wobec tak zarysowanych konturów rozważań, wskazać należy na powracające pytanie o pewną subsydiarność obrony koniecznej, a więc mówiąc innymi słowy – nakazu salwowania się ucieczką wtedy, gdy tylko jest to możliwe bądź też gdy jest to przypadek ucieczki niehańbiącej¹⁰¹⁴ czy w sytuacji, gdy ucieczka nie jest konieczna, lecz wiąże się ze zwyczajnym usunięciem się napastnikowi¹⁰¹⁵. We współczesnej doktrynie pogląd ten określić można jako praktycznie odrzucony – a takiemu ujęciu wtóruje orzecznictwo, opierając się na zasadzie, iż prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem¹⁰¹⁶. Akceptując w pełni ten pogląd, wskazać należy na fakt, że jedynie z pewną powściągliwością odnosić go można do zamachów, które są wyrazem ewidentnego działania nieumyślnego sprawcy. W takim przypadku zasadne jest postawienie pytania, czy w każdych okolicznościach rzeczywiście nie aktualizuje się obowiązek wcześniejszego ostrzeżenia napastnika przez przystępującego do obrony¹⁰¹⁷. Pytanie to rozważać należy przez pryzmat wskazanego powyżej nakazu oceniania współmierności obrony jako zgodności z indywidualną i konkretną normą ostrożności aktualizującą się w sytuacji bezpośredniego i bezprawnego zamachu – tak więc dopiero dokonanie rekonstrukcji przebiegu zajścia umożliwi udzielenie odpowiedzi na pytanie czy np. oddanie strzału nie było przedwcześnie¹⁰¹⁸.

¹⁰¹¹ Stanowisko to, będące wyrazem jednoznacznej decyzji ustawodawcy w art. 31 k.k., zgodnie z którym to przepisem: „Nie popełnia przestępstwa, kto, z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych, nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem.”, spotkało się również z akceptacją doktryny – ze względu na jej społeczną opłacalność, aczkolwiek podkreśla się, że ustanowiony w art. 31 § 3 k.k. reżim odpowiedzialności ma charakter obiektywny – zob. T. Kaczmarek, „Spory wokół charakteru odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw popełnionych w warunkach zwinionej niepoczytalności”, PiP 2004, z. 1, s. 45.

¹⁰¹² Przykłady z orzecznictwa w tej materii są nadzwyczaj bogate. Wskazać można chociażby na orzeczenie V KKN 266/00, LEX nr 52941, gdzie przedmiotem rozważań sądu było przekroczenie obrony koniecznej w sytuacji, gdy „nietrzeźwy mężczyzna po wybiciu okien usiłował siekierą rozbić drzwi do mieszkania oskarżonego, przebywającego z małymi dziećmi” i co więcej „Czynił to z determinacją i był bliski wdarcia się do mieszkania” wobec czego broniący się również siekierą i również pod wpływem nietrzeźwości uderzył „siekierą w głowę Edwarda S., i spowodował u niego obrażenia (...) zagrażające bezpośrednio życiu i mogące skutkować trwałą chorobę psychiczną”.

¹⁰¹³ Przykładem takiej sytuacji może być orzeczenie V KR 42/78, Lex Polonica nr 302645.

¹⁰¹⁴ Co dopuszczał jeszcze E. Krzymuski, „Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego. T. I.” Kraków 1911, s. 225.

¹⁰¹⁵ Zob. np. Ł. Pohl „Prawo karne. Wykład...”, s. 261.

¹⁰¹⁶ IV KK 105/2009, Lex Polonica nr 2471309, czy orzeczenie SA II Aka 420/2004, Prokur. i Pr. 2006, nr 1, poz. 18.

¹⁰¹⁷ Jako zbyt kategoriyczna, aby uznać ją za powszechnie obowiązującą, jest teza SN wyrażona w orzeczeniu III KR 20/79, Lex Polonica nr 321563, zgodnie z którą „Napadnięty nie jest zobowiązany ostrzec napastnika, że będzie się bronił.”

¹⁰¹⁸ W orzecznictwie wszak z jednej strony rezygnuje się z wymogu, aby oskarżony oddawał strzały ostrzegawcze po to, by ograniczać go warunkiem strzelania zamiast w korpus napastnika, to w jego kończynie – tak chociażby SN w wyroku II KK 42/2003, Lex Polonica nr 371242. Wskazać należy w tym kontekście, że uwagi kryminologów, które

Cytowana wyżej wybiórczo praktyka orzecznicza dotycząca problematyki obrony koniecznej i jej współmierności spotyka się z żywym zainteresowaniem przedstawicieli doktryny, którzy nie szczędzą jej krytyki¹⁰¹⁹. W tym miejscu ustosunkować się wypada do jednego niezwykle ciekawego i rozbudowanego stanowiska wobec obowiązującego kształtu regulacji ustawowej kontratypu obrony koniecznej w polskim prawie karnym¹⁰²⁰, a mianowicie stanowiska T. Tabaczewskiego.

Przywołany autor, recenzując występujące obecnie tendencje pojmowania warunku współmierności obrony koniecznej, podkreśla, iż umniejszają one znaczenie elementów subiektywnych przy odpieraniu zamachu. Wyraża się to w jego symptomatycznym stwierdzeniu: „*W gorącej chwili zagrożenia tylko obrońca może podjąć właściwą decyzję o tym, jaki środek będzie najlepszy i jaki sposób obrony będzie in concreto najskuteczniejszy*”¹⁰²¹. W ramach swoich dalszych rozważań powołuje się on na podstawy moralności katolickiej, co prowadzi autora do sformułowania propozycji zmian redakcyjnych art. 25 k.k.¹⁰²². Zgodnie z nimi, nowe brzmienie art. 25 § 2–4 powinno mieć kształt: „§ 2. *W przypadku obrony osoby lub domostwa broniący tych dóbr może wybrać najskuteczniejszy w jego ocenie sposób obrony.* § 3. *W przypadku obrony koniecznej jakiegokolwiek innego niż wymienione w § 2 dobra chronionego prawem broniący tego*

uwidaczniają niekonsekwencję obecną w linii orzeczniczej SN, a mianowicie wymaganie od broniącego się, aby celował w tak trudne do trafienia miejsca. Inne z kolei orzeczenia są wyrazem odmiennej koncepcji, zgodnie z którą brak oddania strzału ostrzegawczego jest okolicznością, która wskazywać może na podjęcie działań zupełnie poza zakresem obrony koniecznej – tak chociażby Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu sprawy rozważanej przez SN pod sygnaturą II KK 179/2005, Lex Polonica nr 1807171.

¹⁰¹⁹ Na nazbyt wąskie pojmowaniu obrony koniecznej zwrócili w ostatnim czasie uwagę m.in. J. Błachut, „*Wybrane problemy stosowania instytucji obrony koniecznej w prawie karnym*”, MoP 2005, Nr 4. W odmiennym duchu wypowiedział się wcześniej J. Wojciechowski, „*Szeroki zakres obrony koniecznej*” MoP 1998, Nr 6, s. 216, który podkreślał, iż w świetle projektowanej regulacji k.k. z 1997 r.: „*Należy pilnie baczyć, by słuszne skądinąd usprawiedliwienie obrony nie przekształciło się w usprawiedliwienie samosądów*”.

¹⁰²⁰ Chodzi tutaj o opracowanie T. Tabaczewskiego, „*Eksces intensywny...*”.

¹⁰²¹ T. Tabaczewski, „*Eksces intensywny...*”, s. 78.

¹⁰²² Na marginesie wskazać należy, że swoistą ciekawostką polskiej debaty karnistycznej jest chyba to, że każdy praktycznie autor opracowania naukowego czuje się powołany do proponowania szerokich zmian w k.k. Taka polityka jest nie tylko sprzeczna z zasadą wykładni wskazującej na założenie o racjonalności prawodawcy, która winna być autorowi znana, ale także z absolutną subsydiarnością zmian w tak podstawowych aktach prawnych, jakimi są Kodeksy. W rzeczywistości jest bowiem tak, że tylko bardzo nieliczne przepisy kodeksowe są na płaszczyźnie deskryptywnej tak wyjątkowo źle sformułowane, iż ich prawidłowa wykładnia nastrocza trudności o charakterze podstawowym (czego przykładem nie jest chyba mimo wszystko ujęcie art. 9 § 2 k.k., który powszechnie i trafnie jest piętnowany przez dogmatyków prawa karnego, których poglądy były już cytowane, za pomieszenie strony przedmiotowej z stroną podmiotową). W większości przypadków na etapie derywacyjnego odtwarzania normy prawnej udaje się dokonać takiego wyboru znaczenia, które pozwala uadekwatnić treść normatywną zgodnie z założeniem o racjonalności ustawodawcy. Proponowane przez autora zmiany systemowe są wyrazem odmiennej niż przyjmowana w niejednym kraju europejskim koncepcja obrony koniecznej (dla przykładu wystarczy tutaj wskazać na ujęcie szwedzkie – w oparciu o oficjalne tłumaczenie (www.government.se/sb/d/3926/a/27777, Chapter 24 odczyt dnia 18.10.2013 r.) zgodnie z którym: „*An act committed by a person in self-defence constitutes a crime only if, having regard to the nature of the aggression, the importance of its object and the circumstances in general, it is clearly unjustifiable. A right to act in self-defence exists against (...)3. a person who has unlawfully forced or is attempting to force entry into a room, house, yard or vessel (...)*”). O ile można ją więc traktować jako wartościowy głos w debacie, to zgłaszanie propozycji ustawodawczych jest bardzo daleko idące, zwłaszcza wobec faktu, że są one wtórne wobec uprzedniego kompromisu nad samym kierunkiem rozwiązań ustawowych jeszcze w latach 20-tych XX wieku. (zob. A. Lityński, „*Wydział Karny Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej*”, Kraków 1991, s. 90)

dobra powinien wybrać najmniej szkodliwy spośród równie skutecznych sposobów obrony. § 4. W przypadku obrony koniecznej jakiegokolwiek innego niż wymienione w § 2 dobra chronionego prawem przed napastnikiem nieletnim lub niepoczytalnym broniącemu tego dobra nie wolno stosować sposobu obrony, który spowodowałby śmierć lub ciężki uszczerbek na zdrowiu”¹⁰²³.

Afirmując te same założenia aksjologiczne, które przyświecają autorowi oraz jego chrześcijańska¹⁰²⁴ perspektywę, można wszak wykazać, że propozycja ta – nie tylko ze względu na zarysowane powyżej uwagi formalne – jest chybiona, co w poniższych rozważaniach postaram się zwięźle uczynić¹⁰²⁵.

Już sam wybór przywoływanych przykładów, które mają ją popierać, stanowi połączenie bardzo ryzykowne. Synteza powszechnej i ugruntowanej myśli chrześcijańskiej z przykładami z jednego z najbardziej nietypowych i idiosynkratycznych systemów prawa karnego, jakim jest system Stany Zjednoczonych, dopuszczający zastrzelenie cudzoziemca nieznającego języka przypadkowo wkraczającego na grunt prywatny po jednorazowym ostrzeżeniu, wymagać musi pewnej powściągliwości¹⁰²⁶.

Z równym dystansem odnieść się wypada do poszczególnych propozycji sformułowanych

¹⁰²³ Takie postawienie sprawy przypomina postulowaną w nauce PRL-u koncepcję teorii wyręczenia, zgodnie z którą obywatele zobowiązani są do zastępowania organów państwowych w zwalczaniu „bezprawia” – zob. I. Andrejew, L. Lernell, J. Sawicki, *„Prawo karne Polski Ludowej”*, Warszawa 1950, s. 194.

¹⁰²⁴ Zgodnie ze stwierdzeniem autora: *„Aksjologicznymi fundamentami mojej pozycji są wolność człowieka i jej konsekwencja: pełna odpowiedzialność za etyczna czyn”*, które są bliskie także pisaćemu te słowa. Oznacza to również odrzucenie wysuwanych niekiedy w doktrynie wniosków, iż prawo do obrony koniecznej nie ma charakteru prawa podmiotowego (tak np. E. Plebanek, op.cit., s. 94).

¹⁰²⁵ Świadomość tego zdaje się posiadać chyba zresztą sam autor, który przypisanie tak daleko idącego znaczenia subiektywnej ocenie broniącego się próbuje usprawiedliwić wysokim znaczeniem dóbr prawnych, jakimi są *„integralność fizyczna osoby i domostwo”*. To ostatnie dobro prawne jest ujęte dość enigmatycznie i może powodować wątpliwości interpretacyjne. Przypomnieć należy, że k.k. statuuje ochronę tzw. miru domowego w art. 193 k.k. nie odwołuje się do tak niejasnego pojęcia jakim jest domostwo, a jako przedmiot ochrony tej normy wskazuje się przykładowo na: *„przysługujące człowiekowi prawo do spokojnego zamieszkania, wolnego od zakłóceń przez osoby niepożądane”* (A. Marek, *„Kodeks karny. Komentarz”*, Komentarz do art. 193 k.k., nb. 1 LEX 2010) czy *„wolność jednostki od naruszeń jej prawa do decydowania o tym, kto może przebywać w miejscach, w których jednostka ta jest gospodarzem”* (A. Zoll, Komentarz do art. 193 k.k., w: *„Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.”*, nb. 1, LEX 2013). Już na gruncie tego przepisu zmaterializowało się szereg pytań, związanych choćby z możliwością uznawania za pokrzywdzonego osoby prawnej (którą to koncepcję przyjął SN w orzeczeniu V KZP 33/89, OSNKW 1990, nr 7, poz. 23) i przez to odnoszenie tego czynu także do zachowań w miejscach publicznych. Sama gramatyczna wykładnia tego rzeczownika (wg słownika internetowego PWN – <http://sjp.pwn.pl/szukaj/domostwo>: *„dom mieszkalny wraz z zabudowaniami gospodarskimi”*), czy w drugim znaczeniu: *„duży, zwykle stary, budynek mieszkalny”*), aktualizować musi pytanie, czy dozwolone miałoby być skorzystanie z klauzuli § 2 projektowanego przepisu przy samym wdarcu się na teren tzw. ogródka działkowego broniącego się? A co w przypadku ochrony domu mieszkalnego, który w danej chwili nie jest zamieszkiwany przez lokatorów (więc jest domem potencjalnym, *in abstracto*, chociaż w danej chwili – *in concreto* nie spełnia on swojej społecznej funkcji kwaterunkowo-rodzinnej)? Zresztą takie pytania można mnożyć – nie jest to konieczne, żeby wskazać, że jest to zwrot mniej dookreślony niż ten, którym posłużył się ustawodawca w art. 193 k.k. Na nieporozumieniu oparty jest również argument T. Tabaczewskiego, *„Eksces intensywny...”*, s. 92, że *„ewentualne zarzuty mogą być zasadne tylko wtedy, gdy nie akceptuje się założeń o wolności i odpowiedzialności człowieka jako podstaw prawa karnego”*. Akceptacja tych założeń nie może bynajmniej prowadzić automatycznie do legitymizacji prawa do strzelania do ludzi wkraczających na teren budynków gospodarskich w obejściu. Ripostując, wskazać można na łatwość zarzuty, które zostały podniesione w trakcie debaty w USA w kontekście sprawy Yoshihiro Hattori.

¹⁰²⁶ Por. T. Tabaczewski, *„Eksces intensywny...”*, s. 78. Co do krytycznych uwag na temat ujęcia instytucji obrony koniecznej w USA, zob. M. Wössner, *„Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA”*, Berlin 2006.

dla poszczególnych sekcji projektowanego przez autora art. 25 k.k. I tak, ustanowienie normy kompetencyjnej dla poszkodowanego zamachem do wyboru najskuteczniejszego w jego ocenie sposobu zamachu jest tak naprawdę przyznaniem mu swoistej *carte blanche* dla wszelkich sposobów obrony „osoby lub domostwa”¹⁰²⁷. W przypadku więc, gdy osoba broniąca cierpi na zaburzenia osobowościowe wyrażające się w patologicznym fetyszyzmie wobec stanu swojego ogrodzenia, bezprawny zamach o znikomym stopniu niebezpieczeństwa, którego treścią jest odrywanie kawałków zardzewiałej blachy przez inwalidę, uprawniać będzie do np. do odrąbania mu ręki tasakiem – zgodnie z obowiązującą poniekąd w średniowiecznym czy starożytnym prawie karnym regulacją nakazującą w ten sposób karać złodzieja¹⁰²⁸. Brak zarazem możliwości poddania tej oceny jakimukolwiek wartościowaniu – w istocie więc albo zdekoduje się ze sformułowania „najskuteczniejszy w jego ocenie sposób obrony” treść równoważną znaczeniu „dowolny”, albo też przyjmie się, wbrew poniekąd intencji autora znaczenie, które jest zawarte w obecnie obowiązującym k.k. I mimo, że uwidacznia się tutaj pewien walor prewencji generalnej, nietrudno chyba o możliwości kolosalnych nadużyć. Wyniesienie ochrony „domostwa” ponad ludzkie życie jest problematyczne, nie wydaje się też, żeby było zakorzenione w głównym nurcie myśli chrześcijańskiej¹⁰²⁹. Zestawienie § 2 i 3 w kontekście przywołanego artykułu prowadzi do konkluzji, iż zamierzeniem autora było chyba podkreślenie szczególnego charakteru „osoby i domostwa”, a więc „rodziny”. Jednak wskazać bez trudu można na inne wartości, których waga nie jest mniej znacząca – jak choćby bezpieczeństwo publiczne¹⁰³⁰.

¹⁰²⁷ Inna byłaby konkluzja gdyby, ze względu na proponowane ujęcie słowne §2–3 nie byłoby mowy o zachodzeniu między nimi relacji specjalności, tylko krzyżowania się.

¹⁰²⁸ Zresztą plastyczne przykłady w tej mierze można by mnożyć, zastępując inwalidę głodną matką w ciąży kradnącą jabłko z sadu dla swoich dzieci, której okaleczenie zgodnie z koncepcją autora byłoby w pełni dopuszczalne, a zarazem jest *expressis verbis* odrzucone przez KKK 2408. Podobnie w świetle brzmienia § 4 projektowanego ujęcia jest w przypadku dziecka rysującego graffiti na ścianie budynku gospodarczego, co uprawniałoby do jego zastrzelenia. T. Tabaczewski dokonując fragmentarycznej i autorskiej interpretacji wycinka ułamka wielowiekowej tradycji chrześcijańskiej czuje się powołany do zaproponowania całkowicie nowej redakcji fundamentalnego przepisu k.k., wyłamującego się od tego, jaki jest przyjęty w zamieszkałych w większości przez chrześcijan państwach, czego wyrazem jest jakże lakoniczne, ale wzorcowe wręcz ujęcie Kodeksu Karnego Brazylijskiego z 1940 r. (Codigo Penal Brazil Decreto–Lei n° 2.848 de 07.12.1940), gdzie stanowi się w art. 25: „*Entende-se em legitima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*”, które to ujęcie krakowskiego autora stoi ponadto w sprzeczności z licznymi imponderabiliami doktryny katolickiej.

¹⁰²⁹ Wskazać wystarczy w tym miejscu na ujęcie Tomasza z Akwinu, który opisując pojęcie dobra dokonywał takiej oto znamiennej klasyfikacji: „*Triplex autem est hominis bonum, et triplex malum ei oppositum. Est enim quoddam bonum in exterioribus rebus consistens, quod est minimum bonum* [podkreślenie – M. B]; *et in hoc bono tenetur homo subvenire proximo per eleemosynae corporalis largitionem;... Aliud bonum hominis est bonum corporis, in quo debet etiam homo homini auxiliari, et contra contrarium malum auxilium ferre;... Tertium autem bonum est bonum virtutis, quo est bonum animae, qui contrariatur malum peccati. tenetur homo ex caritate proximo auxilium ferre*”. Rozważania na ten temat dostępne są w tłumaczeniu w dziele: „O braterskim upomnieniu”, w: „O dwunastu stopniach nadużyć”, z łaciny przełożył St. Belch, London 1986, s. 12, a omawia je A. Andrzejuk, „Prawda o dobru. Problem filozoficznych podstaw etyki tomistycznej”, Warszawa 2000, s. 92.

¹⁰³⁰ Zresztą taki zabieg jest bronią bardzo obosieczną, gdyż uważna obserwacja realiów społecznych w Polsce prowadzi do wniosku, że towarzyszące autorowi idealistyczne założenie o konieczności ochrony rodziny kontrastuje z faktem, że w wielu wypadkach domostwo skrywa płacz i przemoc (czy operując językiem k.k. – znęcanie się fizyczne i psychiczne, zob. art. 207 § 1 k.k.), i niekoniecznie jest domostwem konstytucyjnie pojętej rodziny jako związku kobiety i mężczyzny, lecz np. nieformalnych związków jednopłciowych.

Jeszcze poważniejsze zastrzeżenia wiążą się z proponowaną przez krakowskiego autora treścią § 4. Już same wątpliwości teoretyczne oparte na uwarunkowaniu obrony koniecznej od skutku, prowadzą do pytania, na podstawie czego taki skutek miałby być przewidywany? Opierając się na znaczeniu literalnym proponowanego przepisu, nie sposób byłoby uniknąć rozstrzygnięć jawnie absurdalnych, polegających na przyjęciu, iż zastosowany wobec pijanego schizofrenika sposób obrony polegający na oblaniu go wiadrem zimnej wody, był niewspółmierny, gdyż spowodował on u niego – na skutek wrodzonej choroby kardiologicznej – zapaść. Zresztą ten kategoryczny zakaz podejmowania działań mogących spowodować ciężki uszczerbek na zdrowiu wobec nieletnich czy niepoczytalnych abstrahuje od rzeczywistości społecznej, w której szczególnie zuchwałe zamachy są skutecznie przez zdemoralizowanych nieletnich. Trudno zaiste wymagać heroizmu tak daleko idącego, aby nie oddać strzału w obronie swojego życia, gdyż mogłoby to prowadzić do trwałego i istotnego zniekształcenia ciała nieletniego¹⁰³¹. To nadmierne uprzywilejowanie osób nieletnich czy niepoczytalnych przechodzi również do porządku dziennego nad bogactwem sytuacji faktycznych, gdzie osoba broniąca się przed zamachem nieletniego może być od niego niewiele starsza¹⁰³² i co więcej, zarazem zdecydowanie bardziej nieporadna.

Jedną z niewielu możliwości uniknięcia takiej wykładni proponowanego przepisu jest przyjęcie ograniczenia wynikającego ze związku przyczynowego, aczkolwiek rezygnowanie z warunku współmierności (ujętego w obecnym k.k. negatywnie jako zakaz obrony niewspółmiernej) byłoby swoistym eksperymentem w skali współczesnego ustawodawstwa karnego.

Przeprowadzona powyżej analiza rozwiązań zaproponowanych przez T. Tabaczewskiego skłania do wniosku, iż przygotowanie przez niego propozycje zmian w kodeksowym ujęciu obrony koniecznej są nie tylko chybione, ale również niebezpieczne. Dużo bardziej roztropne dogmatycznie wydaje się być spostrzeżenie, iż prawo do obrony koniecznej może być rozpatrywane na płaszczyźnie normatywnej jako „*normatywne sprecyzowanie art. 31 Konstytucji*”¹⁰³³. Uwidacznia to fakt, iż właściwe przenoszenie na grunt prawa karnego rozwiązań filozoficznych wymaga niebagatelnego kunsztu i wyobraźni, tak aby nie tyle uniknąć swego

¹⁰³¹ A więc choćby zadania takich blizn, które prowadzić mogą do istotnego zeszpecenia ciała (zob. III KK 254/2006, Lex Polonica nr 1409342). W podobnym duchu A. Marek, „*Obrona...*”, s. 94–95.

¹⁰³² Albo nawet, mając na uwadze art. 10 § 2 k.k. – młodsza.

¹⁰³³ E. Plebanek, op.cit., s. 94.

„zaślepienia prostolinijności”¹⁰³⁴, lecz rozwiązań zupełnie niesprawiedliwych¹⁰³⁵. Przed tymi ostatnimi konieczna jest obrona.

Powrócić w tym miejscu należy do pewnej trudności, która materializuje się przy rekonstruowaniu normy ostrożności przy obronie koniecznej. Jest to mianowicie pytanie o to, czy fakt niepoczytalności czy nieletniości wpływać ma na treść normy ostrożności w kierunku jej zaostrzenia czy też raczej złagodzenia? Zwolennicy tego ostatniego stanowiska argumentują, iż jest to wymóg rudymenataryjnych norm moralnych, które nakazują „*łagodniejszego traktowania słabszego*”¹⁰³⁶. Dla innych przedstawicieli doktryny obrona konieczna rozpatrywana w tym kontekście uwarunkowana winna być subsydiarnością, szczególnie w przypadku zamachu na mienie¹⁰³⁷. Pogląd ten ze zrozumiałych względów, w tym zwłaszcza względów teoretyczno-prawnych, nie może spotkać się z aprobatą, aczkolwiek już bardziej subtelne podejście umożliwiłoby osiągnięcie tego samego rezultatu, jak chociażby przez to, żeby nadawać tutaj inną treść normie ostrożności. Niebagatelne wydają się być w tej mierze argumenty przeciwników tego stanowiska¹⁰³⁸. Pamiętać należy wszak, że dorobek współczesnej pedagogiki nie może zostać całkowicie zignorowany¹⁰³⁹. A już chociażby bardzo pobieżna analiza tej ostatniej prowadzi do wniosku, iż występujące choroby psychiczne prowadzą do utraty możliwości racjonalnego kierowania swoim postępowaniem, zwiększając istotnie niebezpieczeństwo cierpiących na nie osób. Fakt, iż we współczesnej etyce zasadnie postrzega się osobę chorą psychicznie jako osobę słabszą, wymagającą pomocy społeczeństwa nie wyklucza zarazem sytuacji, że uprawnione wobec niej jest stosowanie środków bardzo drastycznych¹⁰⁴⁰.

Takie podejście do omawianej kwestii jest jedynie połowicznie trafione. Przede wszystkim aprioryczne różnicowanie postępowania w zależności od tego, czy dana osoba jest niepoczytalna

¹⁰³⁴ Które to pojęcie pozwoliłem sobie zapożyczyć od T. Kaczmarka, „*Materialna treść przestępstwa jako problem kodyfikacyjny*” w: „*Rozważania o przestępstwie i karze*”, Warszawa 2006, s. 183. Twierdzenia T. Tabaczewskiego pomijają bardzo istotne ustalenie, iż: „*Efektywne urzeczywistnienie zamiaru afirmowania osoby adresata wymaga zatem ze strony afirmującego — obok dobrej intencji — wystarczającego poznania natury ludzkiej dostosowania do niej swego działania, w szczególności zaś poznania i akceptowania obiektywnej hierarchii dóbr, określonych strukturą osoby ludzkiej*” (zob. hasło „*etyka*” opracowane przez T. Styczenia w: „*Powszechnej Encyklopedii Filozofii*”, s. 12, w wersji internetowej udostępnionej przez Polskie Towarzystwo Tomasza z Akwinu pod adresem www.ptta.pl odczyt dnia 19.10.13).

¹⁰³⁵ Co do tego zagadnienia Z. Ziemiński, „*O pojmowaniu sprawiedliwości*”, Lublin 1992 oraz Encyklika „*Redemptor hominis*”, pkt. 15 II.

¹⁰³⁶ A. Krukowski, op.cit., Warszawa 1965, s. 109.

¹⁰³⁷ W tym kierunku wypowiada się chociażby W. Radecki, „*Podjęcie obrony w świetle prawa i moralności*”, NP 1976 nr 7–8, s. 1023.

¹⁰³⁸ Wyszczególnić tutaj należy zwłaszcza K. Buchałę, „*Granicę obrony koniecznej*”, *Palestra* 1974, z. 5 s. 42–43, który stwierdza – w odniesieniu do osób, którym nie można przypisać winy ze względu na zbyt młody wiek – iż „*zamaz wykonywany przez nieletniego może być równie niebezpieczny jak ze strony dorosłego*”.

¹⁰³⁹ Co do szczegółów w zakresie napomknętego tu problemu zob. J. Różańska-Kowal, „*Motywacja zachowań prospołecznych i antyspołecznych nieletnich*”, Kraków 2009.

¹⁰⁴⁰ Czego przykładem mogą być szczególne zabezpieczenia występujące w szpitalach psychiatrycznych, zresztą, jak się wskazuje, zbyt drastyczne – co do aktualnego stanu faktycznego w Polsce zob. Raport NIK „*Przestrzeganie praw pacjenta w leczeniu psychiatrycznym*” znak: 19/2012/P/11/093/KZD.

bądź też poczytalna w ograniczonym stopniu jest pochopte, stan taki może nie być przecież zupełnie objęty świadomością przez broniącego się. Nawet jednak gdy tak jest, to treść właściwie odpoznanej normy ostrożności zdeterminowana jest obiektywną oceną niebezpieczeństwa zamachu uzewnętrznioną w działaniu osoby bezprawnie naruszającej dane dobro prawne.

III. Stan wyższej konieczności

Ujęcie stanu wyższej konieczności w polskim prawie karnym charakteryzują się pewnym podobieństwem ukształtowania – a przynajmniej poziomu deskryptywnego – wszystkich dotychczasowych trzech rodzimych kodyfikacji karnych¹⁰⁴¹. Nie powoduje to, że wykładnia tej instytucji byłaby wolna od problemów¹⁰⁴², a szereg wątpliwości co do tej instytucji powoduje, że jest ona niezwykle rzadko stosowana w praktyce. Niemniej jednak konieczność rozważenia tezy wysłowionej w powyższym fragmencie pracy o doniosłości norm ostrożności przy kontratypach rodzi konieczność zanalizowania, choćby pobieżnie, tej instytucji¹⁰⁴³.

Pytanie o występowanie norm ostrożności przy tym kontratypie nie było szerzej analizowane w nauce polskiego prawa karnego. Symptomatyczne dla tej sytuacji jest wszak lapidarne stwierdzenie wywodzące się od A. Zolla, iż poświęcenie dobra musi nastąpić z zachowaniem „oszczędności”¹⁰⁴⁴. W tym samym duchu wypowiada się autor ostatniej monografii

¹⁰⁴¹ Tak więc zgodnie z art. 23 k.k. z 1932 r.: „§1. Nie podlega karze, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego dobru własnemu lub cudzemu, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć. § 2. Nie działa w stanie wyższej konieczności, kto ma szczególny obowiązek narażenia się na niebezpieczeństwo. § 3. Dobro poświęcone nie może przedstawiać wartości oczywiście większej, niż dobro chronione. § 4. W razie przekroczenia granic wyższej konieczności sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.”. Natomiast zgodnie z brzmieniem art. 22 k.k. z 1969 r.: „§1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego dobru społecznemu lub jakimukolwiek dobru jednostki, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone nie przedstawia wartości oczywiście większej niż dobro ratowane. § 2. W razie przekroczenia granic wyższej konieczności sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. § 3. Przepisów § 1 i 2 nie stosuje się, gdy sprawca poświęca dobro, które ma szczególny obowiązek chronić nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste.” Wreszcie zgodnie z art. 26 § 1-3 k.k. z 1997 r.: „Art. 26. § 1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimukolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego. § 2. Nie popełnia przestępstwa także ten, kto, ratując dobro chronione prawem w warunkach określonych w § 1, poświęca dobro, które nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego. § 3. W razie przekroczenia granic stanu wyższej konieczności, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.” Szczególnie porównanie dowodzi istnienia bezpośrednich podobieństw występujących sformułowań zwłaszcza w zakresie przesłanek stanu wyższej konieczności.

¹⁰⁴² L. Wilk, „Aksjologiczne problemy stanu wyższej konieczności”, PiP 2008, z. 11, s. 48; wątpliwości dotyczą chociażby tego, czy możliwe jest ujmowanie warunku proporcjonalności w kategoriach porównywania szkód.

¹⁰⁴³ Pewnym mankamentem jest brak opracowań monograficznych – trudno wszak uznać, że dzieła S. Cypina, „Stan wyższej konieczności w prawie karnym”, Warszawa 1932, G. Auscalera, „Stan wyższej konieczności w prawie karnym” Warszawa 1953 czy J. Lachowskiego, „Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym” Warszawa 2005 wyczerpują całokształt zagadnienia.

¹⁰⁴⁴ Który to warunek wielokrotnie akcentowany był zarówno przez doktrynę, jak i przez orzecznictwo – por. chociażby stwierdzenia A. Marka, „Kodeks karny. Komentarz”, Komentarz do art. 26 k.k. LEX 2010, nb. 6 gdzie pisze on wyraźnie iż „należy działać z jak największą jego oszczędnością”.

poświęconej tej tematyce na gruncie prawa polskiego – J. Lachowski, który cytuje w tej mierze wcześniejsze poglądy S. Śliwowskiego¹⁰⁴⁵. U podstaw takiej interpretacji leży chyba przeświadczenie, że działanie w ramach stanu wyższej konieczności jest absolutną ostatecznością i zakres usprawiedliwienia takiego postępowania nie może przekraczać ustalonych minimów. Jednak oszczędność, to nie ostrożność – zwłaszcza jeżeli próbować by przyłożyć do tego rozwinięte na gruncie polskiej dogmatyki kryterium oceny kwalifikacji, sposobu działania oraz użytego narzędzia przez sprawcę. Również odniesienie tej sytuacji do całokształtu zachowania sprawcy natrafiać może na pewne trudności – jeżeli bowiem przyjmiemy, że można się pokusić o ocenę wejścia na prywatny grunt osoby w celu włamania się tam do szopy i wyjęcia narzędzi niezbędnych do gaszenia pożaru z perspektywy ostrożności takiego działania, to materializuje się problem o właściwe wyznaczniki oceny ostrożności w przypadku zaniechań, które to, zgodnie z poglądem części przedstawicieli doktryny są – mimo wykładni literalnej art. 26 k.k. operującego zwrotem: „*kto działa*” – objęte tym kontratypem¹⁰⁴⁶. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie rozważać należy przez pryzmat bardziej ogólnie postawionego pytania, a mianowicie w formie: czy możliwa jest weryfikacji zgodności danego zaniechania z normami ostrożności? Jestem przekonany, że nie jest to pojęciowo wykluczone, chociaż konieczne jest tutaj przyjęcie właściwej perspektywy – nic nie wnosiłoby stwierdzenie, że o nieostrożności zaniechania decyduje fakt nieprzedsięwzięcia w tym czasie innego alternatywnego i niebezpiecznego zachowania. Zaniechanie będzie wtedy i tylko wtedy ostrożne, gdy w całym kontekście sytuacyjnym jawić się będzie jako dopuszczalne – a więc chociażby ze względu na fakt przekazania informacji o konieczności działania osobie, która cechuje się większą możliwością odwrócenia przebiegu przyczynowego. Takie zaniechanie ocenić można – nawet biorąc pod uwagę sposób jego działania, posiadane kwalifikacje i (niezastosowanie) narzędzie¹⁰⁴⁷ – jako ostrożne. Analogicznie w przypadku stanu wyższej konieczności: niewykonanie pewnego obowiązku i poświęcenie w konsekwencji określonego dobra prawnego będzie uchodziło za ostrożne i przez to społecznie akceptowalne, gdy sposób poświęcenia tego dobra, przy uwzględnieniu cech charakterystycznych podmiotu niechającego będzie dostatecznie „*oszczędny*”.

Wracając do analizy poszczególnych przesłanek kontratypu stanu wyższej konieczności, powiedzieć należy, iż – ogólnie rzecz ujmując – norm ostrożności można poszukiwać w odniesieniu do tzw. zasady proporcjonalności, a więc przesłanki wyboru dobra o niższej wartości¹⁰⁴⁸. Takie jednak ujęcie nie jest w pełni konsekwentne w świetle faktu, że decyzja

¹⁰⁴⁵ J. Lachowski, op.cit., s. 99.

¹⁰⁴⁶ J. Lachowski, op.cit., s. 95 – zresztą podobne zagadnienie rozważane jest na gruncie obrony koniecznej – zob. A. Wąsek, „*Zaniechanie i obrona konieczna w prawie karnym*”, *Annales UMCS* 1972 vol. XIX Sectio G, s. 213.

¹⁰⁴⁷ Byłoby to bowiem przyjęcie odrzucanej w niniejszej pracy koncepcji tzw. szkoły krakowskiej prawa karnego.

¹⁰⁴⁸ Już w tym miejscu zauważyć należy iż w doktrynie słusznie zwraca się uwagę, na fakt, że pojęcie to jest niezwykle rozmyte w polskiej myśli karnistycznej. Co do uwag w tej materii zob. Ł. Pohl „*Błąd co do okoliczności stanowiącej*

działającego jest oceniana z perspektywy relacji, jaka zachodzi pomiędzy §§ 1–3 art. 26 k.k.

Stąd też rozważyć należy przesłankę subsydiarności działania. Przesłanka ta, wymagająca izby niebezpieczeństwa nie dało się inaczej uniknąć, aktualizuje pytanie, czy nie powinna być ona raczej odczytywana jako nakaz takiego zachowania się, które zwiększa szanse uchylenia się od bezpośrednio grążącego jednostce niebezpieczeństwa? Nie przesądzając w tym miejscu tej kwestii, warto wskazać, iż sam warunek poświęcenia dobra prawnego wymaga pewnych zabiegów interpretacyjnych. Wysunąć można však przypuszczenie, że kompetencja przyznana działającemu w ramach stanu wyższej konieczności nie ma charakteru bezwzględного – tak, że samo spełnienie warunku proporcjonalności byłoby wystarczające. Aby zilustrować tę tezę można się w tej mierze posłużyć przykładem, gdzie broniący się przed zamachem na jego życie ze strony przestępcy podmiot X wrywa sztchet z płotu. W tym wypadku jasne jest, że spełnione zostały przesłanki zastosowania art. 26 § 1 k.k. Sytuacja komplikuje się však, gdy znajdujący się w stanie wyższej konieczności zmuszony jest do włamania się i skorzystania z cudzego samochodu, aby przewieźć chorą osobę do szpitala i dokonuje tego tak nonszalancko i lekceważąco, że pojazd ten ulega poważnym, większym niż trzeba było niezbędnie wyrządzić, uszkodzeniom. Analiza tego warunku byłaby jednak sztuczna, gdyby nie brać pod uwagę anormalnej sytuacji motywacyjnej, w której przyszło sprawcy działać – sprowadzałaby się ona však do stwierdzenia, że w danym kontekście stanu wyższej konieczności zachowanie nie było obiektywnie nieostrożne. Stąd też właściwszym miejscem poszukiwania norm ostrożności w konstrukcji tego kontratypu uczynić można właśnie przesłankę konieczności, którą, jak wiadomo, odtwarzać można również z treści art. 26 § 3 k.k.

Nie jest to naturalnie jedyna czy ostatnia możliwość dociekania norm ostrożności przy stanie wyższej konieczności. Już bowiem w okresie międzywojennym zwrócono uwagę na fakt, że nie może powoływać się na stan wyższej konieczności ten, „*kto przewidział niebezpieczeństwo i konieczność wyratowania się drogą naruszenia prawa lecz sądził, że potrafi niebezpieczeństwo odwrócić*”¹⁰⁴⁹. Odsłania to wizję warunku należytego przestrzegania obowiązku przewidywania jako normy ostrożności, wizję obok której postawić należy natychmiast znak zapytania. Norma ostrożności w takiej sytuacji, prócz obligowania danej osoby do pewnego nastawienia, nie posiada żadnej treści normatywnej – raczej jest przesłanką negatywnego wartościowania czynu sprawcy na płaszczyźnie winy. Nietrafność owego przewidywania (jak wskazuje się bowiem w doktrynie

znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)” Poznań 2013, s. 45, którą to tezę w pełni potwierdza lektura szeregu opracowań szczegółowych z zakresu dogmatyki, czego znakomitą egemplifikacją jest stwierdzenie K. Sabiło, wyrażone na gruncie prawa karnego medycznego, że w przypadku leczenia „*poza wskazaniami*”, lekarz nie może odpowiadać karnie, gdyż działa w stanie wyższej konieczności a „*dobrem poświęcanym jest nakaz stosowania leku zgodnie z Charakterystyką Produktu Leczniczego*”, J. Kanturski „*Leczenie off-label: eksperyment medyczny czy stan wyższej konieczności?*” Prokur. i Prawo 2012, z. 10, s. 94.

¹⁰⁴⁹ S. Cypin, „*Stan...*”, Warszawa 1932, s. 126. Był to pogląd zwłaszcza części doktryny niemieckiej, w tym cytowanego przez Cypina V. Bara.

nieślusnie byłoby mówić w tym kontekście o „błędnym” przewidywaniu¹⁰⁵⁰) może być właśnie podstawą uczynienia sprawcy zarzutu. Inną sprawą jest wszak sytuacja, gdy sprawca sam sprowadza niebezpieczeństwo swoim nieostrożnym zachowaniem – tutaj zdania doktryny co do oceny tej kwestii są podzielone¹⁰⁵¹. Wśród współczesnych przedstawicieli doktryny nieostrożność takiego sprawcy traktowana jest w kategoriach wyjątku od wyjątku – zwłaszcza, gdy chodzi o typ stanu wyższej konieczności wyłączający winę¹⁰⁵².

Tak więc pytanie o konieczny element ostrożności przy działaniu kontratypowym nie natrafia na jasną i łatwą odpowiedź. Przypuszczać można, że dzieje się tak, gdyż w Polsce, w przeciwieństwie do np. regulacji StGB, brak jest ograniczenia, iżby działanie w ramach stanu wyższej konieczności polegało na dobrze adekwatnego środka reakcji na niebezpieczeństwo. Pochylić się warto na chwilę nad tym rozwiązaniem.

Zgodnie bowiem z ujęciem § 34 zd. 2 StGB¹⁰⁵³ warunkiem przyjęcia, że czyn został popełniony w ramach stanu konieczności wyłączającego bezprawność jest to, iżby był on właściwym środkiem odwrócenia niebezpieczeństwa¹⁰⁵⁴. Zgodnie z najbardziej schematycznym ujęciem komentarzowym, obejmuje to właściwy wybór środków oraz ich właściwe zastosowanie¹⁰⁵⁵, co z kolei, jak słusznie spostrzega się w doktrynie, dotyczy tylko sytuacji, gdy istnieje wybór sposobów działania. Bogate orzecznictwo sądów niemieckich wskazuje jednoznacznie, że wykluczone jest powołanie się na tę okoliczność wtedy, gdy na skutek działania dojdzie jedynie do nieznacznego zmniejszenia niebezpieczeństwa¹⁰⁵⁶. Dalszym warunkiem, który stawia się przed stanem wyższej konieczności uchylającym bezprawność czynu jest to, że wybrany

¹⁰⁵⁰ Ł. Pohl, „Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)”, Poznań 2013, s. 187–188.

¹⁰⁵¹ S. Cypin, „Stan...”, s. 127, który w takim przypadku wyklucza możliwość powołania się na stan wyższej konieczności. Niektórzy inni autorzy z kolei przyjmują, że w pewnym zakresie nie można wykluczyć zastosowania kontratypu stanu wyższej konieczności, W. Radecki, „Stan wyższej konieczności na tle aktualnych potrzeb praktyki” ZN ASW 1978, n. 22, s. 127–128.

¹⁰⁵² L. Gardocki, „Sprowokowana obrona konieczna i zawiniony stan wyższej konieczności”, St. Praw. 1988, nr 1–2, s. 274.

¹⁰⁵³ Przepis ten w całości (tj. zd. 1 i 2) brzmi następująco: „*Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.*“

¹⁰⁵⁴ Chodzi tu o sformułowanie: „*ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden*”.

¹⁰⁵⁵ Lenckner/Perron, „Kommentar zu § 34, nb. 19“ w: A. Schönke, H. Schroeder, „STGB-Kommentar“, Monachium 2001, s. 645, którzy mówią w tym miejscu o tym, że „*Grundsatz der Geeignetheit der Mittel (...) umfasst sowohl die zweckentsprechende Auswahl des Mittels als auch dessen sachgemäße Anwendung*“. W podobnym duchu BGH 1 StR 172/51, BGHSt 2, 245.

¹⁰⁵⁶ A w konsekwencji całkowicie wyklucza się sytuację, zgodnie z którą na skutek działania w stanie wyższej konieczności dojdzie do zwiększenia niebezpieczeństwa. W tej mierze por. chociażby orzeczenie LG–Dortmund, NSZt RR 98, 140 w odniesieniu do prób przeszkodzenia transportowi odpadów atomowych przez demontaż szyn kolejowych czy prowadzenia pojazdu w komunikacji drogowej w stanie nietrzeźwości, co z kolei było przedmiotem rozstrzygnięcia OLG Koblenz, MDR 72, 885 i n.

środek działania musi być najłagodniejszy¹⁰⁵⁷, co idzie w parze z koniecznością¹⁰⁵⁸ jego zastosowania.

To krótkie spojrzenie wystarczy by skonstatować, że w doktrynie niemieckiej nie ma jednoznacznego odwołania do norm ostrożności przy stanie wyższej konieczności, lecz ujęcie szeregu warunków tego kontratypu przywodzi na myśl bliskie do nich podobieństwo. Wyraża się to zwłaszcza w analizie przesłanki zastosowania względnie najłagodniejszego środka jako sposobu uchylania niebezpieczeństwa¹⁰⁵⁹.

Wobec niemal powszechnej krytyki pod adresem szerokiego, teoretycznego ujęcia kontratypu stanu wyższej konieczności w polskim prawie karnym¹⁰⁶⁰, postulować można o pamiętanie przy jego wykładni o warunku nieprzekroczenia norm ostrożności. Dzięki temu nie będzie konieczne formułowanie postulatów *de lege ferenda*¹⁰⁶¹.

W kontekście różnicy zadań zważyć należy jeszcze – wobec stosunkowo szerokiej dyskusji w literaturze przedmiotu na ten temat – czy zachodzą tutaj jakieś odrębności w stosunku do stosowania tego kontratypu w działalności medycznej? Wielu bowiem przedstawicieli doktryny¹⁰⁶² wyraża pogląd, iż stan wyższej konieczności należy oceniać odmiennie w przypadku braku zgody pacjenta; jak bowiem słusznie podkreśla się doktrynie, w takim przypadku nie jest wystarczający sam kontratyp stanu wyższej konieczności, gdyż mogłoby to prowadzić do łapanek na ulicach znanych z systemów totalitarnych¹⁰⁶³. Warunek ten w żaden sposób nie dezaktualizuje przesłanki zachowania określonej ostrożności w takim przypadku; co więcej, wymóg pozyskania zgody można analizować przez pryzmat zachowania w tej materii określonej ostrożności¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁵⁷ Często podawaną w tym kontekście egzemplifikacją tego warunku jest inne orzeczenie OLG Koblenz, NJW 88, 2316, gdzie wskazano, że w przypadku z brakiem realnego zagrożenia dla życia ofiary zamiast zawiezienia jej po pijanemu do szpitala wystarczający jest telefon po karetkę pogotowia.

¹⁰⁵⁸ Ta ostatnia przesłanka, a mianowicie „*Erforderlichkeit*”, tłumaczona jest należycie w stwierdzeniu, iż jazda lekarza w stanie nietrzeźwości do pacjenta nie jest konieczna wtedy, gdy wystarczające było skorzystanie z taksówki (zob. OLG Koblenz, MDR 1972, 885 i n.).

¹⁰⁵⁹ Co do tego ostatniego warunku porównaj również orzeczenie BGHSt 39, 133.

¹⁰⁶⁰ A. Wąsek, „*Sporne kwestie stanu wyższej konieczności w prawie karnym*” PPK 1992, n. 9, s. 39–40 czy chociażby ostatnio W. Łuniewski, „*Stan wyższej konieczności a zasada proporcjonalności dóbr*” Palestra 2002, z. 3–4, s. 40.

¹⁰⁶¹ Nie zasługuje bowiem na uznanie pogląd, iż normy i tak wpisane są w ustawowe określenie tego kontratypu przez pojęcie dobra prawnego, które się poświęca. Stwierdzenie, że z każdym dobrem prawnej *implicite* związana jest norma nakazująca naruszać go – jeśli to już konieczne – w stopniu możliwe niewielkim, byłaby nieprzekonywającą metafizyczną spekulacją.

¹⁰⁶² Tak chociażby T. Dukiet-Nagórska, „*Stan wyższej konieczności w działalności lekarskiej*”, PiM 2005, z. 2, s. 27–29.

¹⁰⁶³ W tej mierze pierwszorzędne znacznie mają mieć szczegółowe warunki określone w art. 34 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry (Dz.U.2008.136.857), w szczególności w art. 34 ust. 1 zgodnie z którym: „*Lekarz może wykonać zabieg operacyjny albo zastosować metodę leczenia lub diagnostyki stwarzającą podwyższone ryzyko dla pacjenta, po uzyskaniu jego pisemnej zgody*”. Na identycznym stanowisku staje A. Zoll, „*Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępną czynu w praktyce lekarskiej*”, PiM 2005, z. 2, s. 12–13, czyniąc oczywiście pewne wyjątki w sytuacjach braku przytomności pacjenta.

¹⁰⁶⁴ Jak bowiem zostało zaznaczone w rozdziale II niniejszej pracy zgoda ta musi zostać poprzedzona warunkiem należytego poinformowania pacjenta. Analiza tego warunku nie oznacza koniecznie, że mamy tutaj do czynienia z przykładem normy sprzężonej z nią normy ostrożności, lecz po prostu dochodzi do nachodzenia się w tych dwóch przypadkach treści normy ostrożności z odpowiednią normą prawną, co łatwo uzmysłowić sobie można przez pryzmat traktowania norm ostrożności jako „*pierwotnego materiału normatywnego wobec norm sankcjonowanych*”, zob. Ł.

Inną natomiast kwestią jest sytuacja zbiegu kontratypów. W doktrynie polskiej wskazuje się wszak na możliwość zbiegu stanu wyższej konieczności z kontratypem tzw. dozwolonego ryzyka, aczkolwiek wzajemny stosunek obu tych instytucji do siebie jest niejasny¹⁰⁶⁵. Dla niektórych stan wyższej konieczności rozpatrywany być może jako podstawa tego drugiego kontratypu¹⁰⁶⁶, dla innych dochodzi do ich swoistego nakładania się w ten sposób, że nie zostaje rozszerzony zakres działalności niebezpiecznej, ale dopiero łączne ich przywołanie umożliwia stwierdzenie wypełnienia ich przesłanek¹⁰⁶⁷. Operowanie w tym przypadku pojęciem zbiegu kontratypu ustawowego i pozaustawowego nie jest absolutnie konieczne dla wyjaśnienia legalizacji określonego czynu. Ujawnia to analiza przytoczonego przez S. Spotowskiego kazusu – wytrysku ropy wiertniczej z szybu naftowego z jej pożarem, gdy zarazem do jego ugaszenia można zastosować ryzykowaną metodą wiążącą się z dużym ryzykiem zaistnienia określonych szkód, ale prawdopodobnie bez konieczności poświęcania określonych dóbr prawnych w porównaniu z alternatywnie dostępną metodą konwencjonalną, wiążącą się z poświęceniem takich dóbr prawnych. Pomijając pewne możliwe zastrzeżenia wobec twierdzenia autora, iż samo powołanie się na kontratyp tzw. dozwolonego ryzyka byłoby niedopuszczalne, które nie zostaną rozstrzygane w tym miejscu wobec generalnego odrzucenia poglądu, że instytucji tej nadawać należy samoistny status kontratypu, stwierdzić należy, iż – ponownie wbrew twierdzeniu S. Spotowskiego – przesłanki kontratypu stanu wyższej konieczności są w niniejszej sprawie spełnione¹⁰⁶⁸. Co więcej, kazu ten uzmysławia istotę ostrożnego działania poświęcającego dobro w ten sposób, aby nie wyrządzić mu większych niż to absolutnie konieczne uszczerbków.

Wreszcie, podkreślany wielokrotnie w doktrynie dynamiczny charakter niebezpieczeństwa¹⁰⁶⁹ w obliczu którego działający poświęca pewne dobro prawne, wskazuje, że w danym momencie ze szczególną pieczołowitością poszukiwać należy adekwatnej, mającej zastosowanie w danej sytuacji normy ostrożności. Słuszne jest bowiem zastrzeżenie, że nie dochodzi do aktualizowania się w tej mierze pojedynczej li tylko normy ostrożności przez cały czas trwania tzw. stanu kontratypowego.

Konkludując, wobec regulacji polskiego k.k. co do stanu wyższej konieczności poszukiwanie norm ostrożności jako przesłanki przyjęcia, że sprawca działał nie–bezprawnie

Pohl, „Struktura...”, s. 101.

¹⁰⁶⁵ S. Spotowski, „Stan wyższej konieczności a kontratyp dozwolonego ryzyka”, PiP 1990, z. 1, s. 67. Jest to z pewnością przynajmniej w części pochodną niejasności, które wiążą się z samą instytucją tzw. dozwolonego ryzyka, które będzie jeszcze przedmiotem analiz w rozdziałach V oraz VII.

¹⁰⁶⁶ Rzecznikiem takiego stanowiska jest zwłaszcza powoływany przez S. Spotowskiego, op.cit., s. 71, T. Lackner.

¹⁰⁶⁷ S. Spotowski, op.cit., s. 70.

¹⁰⁶⁸ Bowiem wybór ryzyka zaistnienia szkód wobec pewności poświęcenia dóbr prawnych jest racjonalny i spełnia przesłankę proporcjonalności.

¹⁰⁶⁹ Zob. np. M. Cieślak, „Pojęcie niebezpieczeństwa w prawie karnym”, ZN UJ 1955, s. 149 i n., G. Łabuda, „Przyczynę do koncepcji niebezpieczeństwa w prawie karnym”, RPEiS 2004, z. 4, s. 77 i n.

natrafia na pewne trudności – wymaga bowiem w pierwszej kolejności przekroczenia poziomu deskryptywnego¹⁰⁷⁰. Mimo to, jak się wydaje można ją wyprowadzić z regulacji przesłanki subsydiarności, a precyzyjniej mówiąc z warunku oszczędnego działania usytuowanego jako przesłanka ustawowego kontratypu stanu wyższej konieczności¹⁰⁷¹.

IV. Eksperyment

„Poszukiwanie” norm ostrożności jest w pewnym sensie łatwiejsze w odniesieniu do ostatniej grupy z kodeksowych okoliczności wyłączających bezprawność, jaką są eksperymenty określone w art. 27 § 1 k.k.¹⁰⁷². Jego regulacja w obecnym kodeksie karnym zdaje się dość istotnie wskazywać na pewną relewancję norm ostrożności – nieodzownym warunkiem jego dopuszczalności jest wszak przeprowadzenie eksperymentu w „sposób” odpowiadający aktualnemu stanowi wiedzy. Takie jego ujęcie rodzi natychmiastowe wręcz skojarzenia z wymogiem zachowania *lex artis* przy dokonywaniu czynności medycznych¹⁰⁷³. Jest to jednak analogia bardzo odległa – różniącą jest wszak aktualny stan wiedzy, z którym korespondować ma sposób działania osoby w sferze działalności medycznej – który winien uwzględniać zarówno ten dorobek, który został już implementowany w życiu społeczno-gospodarczym, jak koncepcje naukowe uznane za wkład do danej dyscypliny¹⁰⁷⁴ od zasad, którymi kierować się musi eksperymentator. Te są bowiem swoiste i znacznym zakresie autonomiczne wobec obowiązującego stanu wiedzy¹⁰⁷⁵ i przy których zachowaniu nie mówi się nigdy o tzw. „błędzie sztuki” czy „błędzie medycznym”¹⁰⁷⁶. W doktrynie natomiast wprost wskazuje się, że „nowatorskość przedsięwzięcia (...) wymaga (...) także najwyższej staranności w przestrzeganiu obowiązku ostrożności”¹⁰⁷⁷. Co ciekawe, na gruncie nauki polskiej sformułowano pewne szczegółowe propozycje co do ogólnej treści norm ostrożności, wskazując m.in., iż priorytetowe jest „wykonanie robót według zasad określonych w rozwiązaniu projektowym”¹⁰⁷⁸. Nie jest to

¹⁰⁷⁰ Co uzasadnia zwłaszcza formułowane powyżej w tej mierze uwagi.

¹⁰⁷¹ W tym duchu wypowiedział się ostatnio również P. Daniluk, „Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca bezprawność karną czynu”, SP 2007, z. 2, s. 113.

¹⁰⁷² Na marginesie spostrzec należy, że używana w tej mierze terminologia jest różnorodna – spotkać można bowiem zarówno określenia takie jak „ryzyko nowatorstwa” (zob. chociażby A. Wąsek, „Problematyka...”, s. 61) czy choćby „dopuszczalne ryzyko nowatorskie” (zob. J. Giezek, „Kodeks Karny. Część Ogólna. Komentarz”, Komentarz do art. 27 k.k., LEX 2013, nb. 1).

¹⁰⁷³ Zob. rozważania powyżej.

¹⁰⁷⁴ B. Nietyksza, „Eksperyment – ryzyko – odpowiedzialność karna: w świetle badań nad czynnikami organizacyjnymi, ekonomicznymi, technicznymi, społecznymi i prawnymi: (na przykładzie przemysłu budowlanego)”, Warszawa 1967, s. 191–192.

¹⁰⁷⁵ B. Nietyksza, op.cit., s. 193.

¹⁰⁷⁶ B. Nietyksza, op.cit., s. 196.

¹⁰⁷⁷ B. Nietyksza, op.cit., s. 197.

¹⁰⁷⁸ B. Nietyksza, op.cit., s. 200. Podchodzić do nich należy z pewną powściągliwością, mając w pamięci, że wyrażone zostały w szczególnym kontekście robót budowlanych.

wszak rozwiązanie jedyne – warto bowiem zwrócić uwagę na propozycję J. Sawickiego, który podejmując próby sprecyzowania granic ryzyka nowatorstwa wskazał m.in. na to, iż im bardziej wartościowy cel, tym większy jest margines dopuszczalnego ryzyka¹⁰⁷⁹. Taki pogląd nie może być bardziej daleki od prawdy – nie tylko wobec powszechnie akceptowanej w etyce tezy, iż cel nie uświęca środków, lecz wobec tego, iż abstrahuje od istoty sprawy, jaką jest przeprowadzenie eksperymentu zgodnie z pewnymi normami proceduralnymi, co trafnie zauważa choćby przywoływany powyżej B. Nietyksza¹⁰⁸⁰. Nie można powiedzieć, że np. perspektywa wymiernych korzyści naukowych, jaką jest spowolnienie cyklu wodorowego i przez to zachowanie znacznej ilości energii, usprawiedliwiałaby postępowanie według mniej rygorystycznych w treści norm ostrożności niż obecnie znane¹⁰⁸¹.

Szczegółowa analiza sformułowania warunków kontratypu eksperymentu przez B. Nietykszę¹⁰⁸² prowadzi do potwierdzenia tezy, iż normy ostrożności, które mają zastosowanie w tym przypadku (a których konieczność właściwego przekazania członkom zespołu uczestniczącym w realizacji eksperymentu w oparciu o zasadę ograniczonego zaufania dla tego autora nie ulega wątpliwości¹⁰⁸³), są treściowo inne od tzw. „zasad sztuki”, a więc powszechnie obowiązujących norm ostrożności. W nowszej literaturze zwraca się uwagę na to, że podejmowanie eksperymentu winno odpowiadać kryterium zbliżonym do zasad rzetelności naukowej¹⁰⁸⁴. Odnotować należy jednak pogląd, zgodnie z którym potrzeba wyróżniania tego kontratypu jest zbędna ze względu na możliwość skutecznego posłużenia się zgodą jako okolicznością uchylającą bezprawność¹⁰⁸⁵. Prezentowana jednak przez rzecznika tego ostatniego poglądu, A. Muchę, analiza tego zagadnienia, zbieżna ze stanowiskiem wyrażanym przez część doktryny, opiera się na zarzuconym w niniejszej pracy rozróżnieniu pomiędzy normami ostrożności, regułami postępowania z dobrem prawnym, oraz regułami postępowania¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁷⁹ J. Sawicki, „Odpowiedzialność karna w budownictwie za spowodowanie niebezpieczeństwa w związku z ryzykiem normalnym i nowatorskim”, *Problemy Budownictwa* 1963, nr 4, s. 8. Inni autorzy ograniczają się do tyle prawdziwych, co ogólnych stwierdzeń, iż zasady przeprowadzenia eksperymentu kształtować się winny przez prymat zasad empirycznych (zob. np. A. Gubiński, „Zgoda pokrzywdzonego”, *PiP* 1960, z. 7, s. 47 i n.).

¹⁰⁸⁰ B. Nietyksza, op.cit., s. 231

¹⁰⁸¹ W.J. Nuttal, „*Fusion as an Energy Source: Challenges and Opportunities*”, *IOP Report* 2008, z. 9, s. 1–16.

¹⁰⁸² B. Nietyksza, op.cit., s. 234–241.

¹⁰⁸³ Ibidem, s. 240.

¹⁰⁸⁴ R. Kubiak, „*Kontratyp dozwolonego eksperymentu w świetle teorii kolizji dóbr i opłacalności społecznej*”, *PiP* 2005, z. 12, s. 64, gdzie stwierdza on, iż „Ocena prawdopodobieństwa zaistnienia szkody i korzyści wymaga od eksperymentatora dogłębnej analizy dotychczasowych danych statystycznych, w odniesieniu do ewentualnych podobnych badań”.

¹⁰⁸⁵ A. Mucha, „*Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym*”, Warszawa 2013, s. 266–276.

¹⁰⁸⁶ Co jest jednak założeniem teoretycznym i którego implikacje dla przejrzystości dogmatyki prawa karnego są niepoślednie. Mimo bowiem szczegółowej analizy przeprowadzonej w tej mierze przez A. Barczak–Oplustil, która stwierdza między innymi, że normy postępowania są kategorią relatywnie najobszerniejszą i w obrębie której mieszczą się normy ostrożności *sensu stricte*, wydaje się, że trudno byłoby im przypisać odmienną funkcję. Jak podkreślałem już wielokrotnie, nie widzę też innych powodów przemawiających za tym, aby taki brak jednolitości na gruncie rozważań doktryny petryfikować, tym bardziej, że w doktrynie nie precyzuje się, jak dokładnie pojmować

Stwierdza on bowiem, iż immamentny dla działalności poziom ryzyka prowadzi do konkluzji, iż „działania wchodzące w zakres tzw. eksperymentu ekonomicznego, jak i charakter reguł, na jakich są one opierane, wykazują na pewno nie większy, a jedynie co najwyżej taki sam poziom ryzyka, jak wszystkie inne działania podejmowane w obszarze działalności gospodarczej, które, jak wskazano, oparte są także na owych regułach postępowania z dobrem prawnym”¹⁰⁸⁷. Wydaje się, że teza taka oparta jest na swoistym odwróceniu kierunku rozumowania – normy ostrożności, które aktualizują się w przypadku działalności kontratypowej są regułami ograniczającymi zakres działania w ramach tego kontraktu, a „ryzykowność” takiego działania trudna jest do oceny *in abstracto*, tym bardziej, że istotą eksperymentu jest przecież to, że nie można *ex ante* ocenić, w jakim stopniu jest on ryzykowny – inaczej nie jest bowiem eksperymentem. Jeżeli *de facto* okaże się że w obu przypadkach jest „taki sam poziom ryzyka” jak zaznacza autor (bez wszak wiarygodnego odwołania się do kryteriów mierzalności tego ryzyka, które mogłoby takie wnioskowanie podbudować pewnymi danymi empirycznymi)¹⁰⁸⁸, to nie należy tego traktować jako pewnej prawidłowości. Co więcej, niepokojący byłby wniosek, jakoby z istoty działalności gospodarczej wynikało to, że wszyscy przedsiębiorcy uczestniczą w obrocie na zasadach eksperymentu ekonomicznego.

Również kryjący się w rozważaniach autora znak zapytania wobec zasadności utrzymywania tej regulacji w warunkach gospodarki wolnorynkowej jest symptomatyczny – niemniej nie można chyba *a limine* wykluczyć zastosowania tej instytucji do pewnych przedsięwzięć państwowych, związanych chociażby z inwestycjami infrastrukturalnymi.

W praktyce zasady postępowania eksperymentalnych są szczegółowo uregulowane dla danych ośrodków badawczych i laboratoryjnych, a łatwość odtwarzania tych norm wynika z tego, że są one sprecyzowane w odniesieniu do poszczególnych urzędów¹⁰⁸⁹.

Nieco inny natomiast tok myślenia został zaprezentowany w niedawnym opracowaniu monograficznym P. Konieczniaka¹⁰⁹⁰. Odrzucając postulowany przez część przedstawicieli doktryny warunek, aby eksperyment odpowiadał standardom metodologicznym uprawiania nauki¹⁰⁹¹, wymaga on jedynie aby „sposób przeprowadzenia eksperymentu był ostrożny w świetle aktualnego stanu wiedzy”¹⁰⁹². Zarazem wprowadzone przez niego rozróżnienie dotyczące

owe rzekome różnice (por. A. Barczak–Oplustil, „Reguły...”, s. 9–16, Cz. I, Rozdział I, pkt. 2.1–2.2).

¹⁰⁸⁷ A. Mucha, op.cit., s. 273.

¹⁰⁸⁸ Ibidem.

¹⁰⁸⁹ Kwestia ta jest najczęściej ujmowana w szczegółowych regulacjach laboratoryjnych, które co trzeba także zaznaczyć, nie pełnią wyłącznie funkcji neutralizowania bezpieczeństwa –zob. R. Kazibut, „Proces doskonalenia się instrumentarium badawczego nauk laboratoryjnych”(publikacja dostępna portalwiedzy.pan.pl, odczyt 18.10.2013 r.).

¹⁰⁹⁰ P. Konieczniak, „Eksperyment naukowy i techniczny a porządek prawny”, Warszawa 2013.

¹⁰⁹¹ Na takim stanowisku stoją chociażby powoływani przez P. Konieczniaka, op. cit., s. 457, A. Marek oraz R. Tokarczyk.

¹⁰⁹² P. Konieczniaka, op. cit., s. 460.

występujących w obrębie eksperymentu działań rutynowych i nowatorskich prowadzi w konsekwencji do wyodrębnienia warunku postępowania określanego „przez odwołanie się do standardowego pojęcia ostrożności”¹⁰⁹³ od tego, które – wobec braku występujących w tym zakresie norm ostrożności – wyznaczane musi być przez zorientowanie się na treść sprawdzanych rozwiązań (hipotezy)¹⁰⁹⁴. Określenie tych zasad postępowania, jak zauważa autor przez podanie serii wymownych przykładów, będzie oparte najczęściej na uchwyceniu podobieństw do stanu rzeczy, który został już opracowany w nauce¹⁰⁹⁵. Słuszną i w pełni podzielaną w niniejszym opracowaniu tezą jest ta, iż innowacyjność ze swojej istoty nie jest ostrożna¹⁰⁹⁶ – wynika to jednak nie zawsze z faktu, że działalność eksperymentalna dotyka tylko takiej sfery, która wymyka się dostępnym nomom postępowania, lecz ma swoje źródło w prawidłowo rozwiązywanej sytuacji kolizyjnej takich norm¹⁰⁹⁷.

Warto jednak zwrócić jeszcze uwagę na zaznaczaną przez warszawskiego autora konieczność dokonywania właściwej wykładni pojęcia aktualnego stanu wiedzy, do którego odwołuje się art. 27 § 1 k.k. Nie może on być, jak słusznie wskazuje P. Konieczniak, ujmowany w kategoriach absolutnych – wszak wobec występującej współcześnie specjalizacji i właściwością działania zespołowego nikt z członków zespołu przeprowadzającego eksperyment może nie orientować się w pełni w akceptowanych obecnie prawach nauki¹⁰⁹⁸.

Zwolennikiem stanowiska, że przestrzeganie normy ostrożności jest składnikiem kontratypu eksperymentu jest również I. Zduński¹⁰⁹⁹, który pisze wprost o konieczności opracowania „na potrzeby eksperymentu reguły ostrożności, mającej służyć zmniejszeniu prawdopodobieństwa powstania szkody”; w odróżnieniu od klasycznych kryteriów oceny ostrożności wskazuje on dodatkowo na technikę przeprowadzania eksperymentu oraz wykorzystane w nim materiały. Spostrzec należy, iż takie uszczegółowienie nie posiada waloru uniwersalnego, abstrahując już bowiem od pewnych trudności, jakie występują przy ocenie techniki przeprowadzania eksperymentu, nie zawsze mówienie o materiałach wydaje się być

¹⁰⁹³ P. Konieczniaka, op. cit., s. 461.

¹⁰⁹⁴ P. Konieczniak operuje w tym zakresie wielce wymownym pojęciem „quasi-ostrożności” czy też określeniem „ostrożność rozszerzona”, zob. Ibidem.

¹⁰⁹⁵ Jako niezmiernie ciekawą należy ocenić analizę autora poświęconą kwestii historycznych przypadków działalności eksperymentalnej w zakresie konstrukcji mostów stalowych i żelbetowych, które to nie leżały u podstaw najpoważniejszych katastrof w tej dziedzinie, a te – przeciwnie wiązały się z zastosowaniem metod tradycyjnych. Zob. P. Konieczniak, op. cit., s. 324–333.

¹⁰⁹⁶ P. Konieczniak, op. cit., s. 323 odrzucając ten pogląd, nie precyzuje wszak kto jest jego zwolennikiem.

¹⁰⁹⁷ Nieostrożność nie jest przymiotem działalności eksperymentalnej – która może taką się stać i wtedy nie mieści się w warunkach kontratypu, bądź też pozostać ostrożna – mimo stworzenia określonego zagrożenia dla dóbr prawnych *sensu largo* – i mieścić się w granicach kontratypu określonego w art. 27 k.k.

¹⁰⁹⁸ P. Konieczniak, op. cit., s. 420. Na marginesie zauważyć należy, że odwołanie się do bliżej nieokreślonego stanu wiedzy na płaszczyźnie art. 27 k.k., dopuszczalne obecnie w świetle obecnie przyjętego postulatu wyłączności przepisów prawa karnego, jest jednym z nielicznych miejsc w kodeksie, gdzie tak jaskrawo uznaje się relewancję norm ostrożności.

¹⁰⁹⁹ I. Zduński, „Przesłanki ryzyka nowatorstwa” Prokur. i Praw 2010, z. 10, s. 53.

adekwatne – zwłaszcza wobec eksperymentu ekonomicznego. Wydaje się, że ujęcie to sygnalizuje wszak pewną inną, dość doniosłą kwestię. Mianowicie chodzi o pytanie, czy wskazanie wprost, na płaszczyźnie deskryptywnej regulacji zakodowanych w art. 27 k.k. odniesienia się do sposobu przeprowadzenia eksperymentu oznacza wykluczanie tradycyjnie uwzględnianych kwalifikacji oraz użytego narzędzia, a także, jak to sugeruje się czasami – obowiązku uprzedniej informacji?¹¹⁰⁰ Sprawa ta jest złożona – z jednej strony bowiem użycie tego właśnie słowa wobec znanych na etapie tworzenia k.k. poglądów doktrynalnych w tej mierze¹¹⁰¹ mogłaby sugerować nawiązanie do tego rozróżnienia. Do odpowiedzi na to pytanie nie jest pomocna analiza uzasadnienia do k.k.¹¹⁰². Wątpliwość taka wiąże się z rozpatrzeniem konsekwencji tego poglądu, a mianowicie dopuszczeniem do zlekceważenia wymogu posiadania przez eksperymentatora odpowiednich kwalifikacji. Jestem wszak przekonany, że wątpliwość tę rozstrzygnąć można, gdy przyjmie się fakt, że sposób ten odpowiadać musi aktualnemu stanowi wiedzy, a ten ostatni nie ogranicza się wyłącznie do norm proceduralnych *sensu strictissimo*, ale także do bardziej całościowej charakterystyki postępowania eksperymentatorów. I tutaj więc ustawowa charakterystyka kontratypów eksperymentu dostarcza jeszcze jednego argumentu na rzecz odrzucenia krakowskiej, trójelementowej, eksplikacji pojęcia ostrożności.

Dokonana powyżej powierzchowna charakterystyka kontratypu eksperymentu wystarcza, aby potwierdzić wysłowioną w niniejszej pracy ogólniejszą tezę, iż w przypadku okoliczności wyłączających bezprawność czynu mamy do czynienia z obowiązkiem zachowania pewnej normy ostrożnego postępowania, innej niż ta którą badamy w kontekście zachowań typowych. Warunek ten jest jedną z istotnych przesłanek, która umożliwia zaktualizowania się przesłanek kontratypu¹¹⁰³. W przypadku kontratypu eksperymentów, których mowa w art. 27 § 1 k.k., potwierdzenie tej tezy uwidacznia się najbardziej jednoznacznie.

V. Uwagi o charakterze norm ostrożności przy kontratypach

Powracając do hipotez wyrażonych na początku tego rozdziału, rozważyć należy wszak pogląd, w myśl którego na normę ostrożności spojrzeć należy z nieco innej perspektywy, a mianowicie tak, iż w przypadku działania w ramach kontratypów zawsze dochodzi do przekroczenia normy ostrożności, które jednak pozostaje bez znaczenia, gdyż ze względu na

¹¹⁰⁰ Co do tej typologii por. A. Barczak–Oplustil „Reguły...”, s. 18 (Cz. I, Rozdział I, pkt. 3).

¹¹⁰¹ A. Zoll, „Brak wymaganych kwalifikacji działającego podmiotu jako przesłanka odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne”, SP 1988, z. 1–2, s. 248.

¹¹⁰² Zob. zob. „Nowe kodeksy...”, s. 116–226. Wzmianki na ten temat na próżno również szukać w uzasadnieniu projektu k.k. z 1994, zob. Departament Kadr i Szkolenia Ministerstwa Sprawiedliwości „Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego”, PiP 1994, z. 3 „Wkładka”.

¹¹⁰³ Wyczerpujące omówienie przesłanek kontratypu eksperymentu doszukać się można w opracowaniu P. Konieczniaka, op.cit., s. 409–485.

społeczną opłacalność takiego działania nie prowadzi to do odpowiedzialności karnej. Innymi słowy, uderzenie kogoś niebezpiecznym przedmiotem jest obiektywnie nieostrożne, ale jako działanie w ramach sytuacji kontratypowej nie jest bezprawne. Wydaje się, że taki pogląd jest możliwy do zaakceptowania, jednak opiera się na innej od przyjętej w niniejszej pracy interpretacji. W istocie bowiem pytanie sprowadza się do tego, jak odtwarzać mające znaczenie dla prawa karnego normy ostrożności. Normy te, jak wypadnie przypomnieć, zgodnie z trafnym rozróżnieniem między postulatami wyłączności a zupełności norm prawa karnego, muszą czerpać swoją doniosłość z regulacji zawartej w ustawie karnej¹¹⁰⁴. Uadekwatnienie treści normy sankcjonowanej może nastąpić przez uwzględnienie normy ostrożności wyrażonej w akcie rangi podstawowej, może też nastąpić przez uwzględnienie normy ostrożności niewyartykułowanej w akcie normatywnym. Oznacza to zarazem, że dopuszcza się poszukiwanie norm ostrożności w szerokim katalogu źródeł, co zresztą zbieżne jest w pełni z poczynionymi powyżej już ustaleniami.

Analiza warunku nieostrożnego zachowania się, niezależnie na którym piętrze struktury przestępstwa będzie usytuowana, musi być również zrelatywizowana do konkretnych okoliczności. I to nie ulega również poważniejszym wątpliwościom. Ilustracją tego przykładu może być uczestnictwo w komunikacji drogowej, które w pełni ukazuje dynamikę tych norm: w normalnej sytuacji nieostrożne jest poruszanie się z minimalną prędkością, bliską zatrzymaniu na autostradzie, ale w przypadku bardzo gwałtownej ulewy, która skrajnie ogranicza widoczność taka jazda może zostać uznana za jedyny praktycznie sposób spełnienia normy ostrożności. Analogiczna sytuacja jest w przypadku działania w stanie obrony koniecznej: uderzenie kogoś nożem może być w danej sytuacji przykładem działania ostrożnego. Absurdalność takiej konstatacji, którą można by łatwo próbować trywializować jako poszukiwanie zasad „*ostrożnego uderzania nożem*” wydaje się pozorna, gdy porówna się tę sytuację do walki sportowej, jak np. przypadku zapasów. Tam również jasny jest katalog zachowań (ciosów), które na skutek reglamentacji sportowej są dozwolone i innych, które – jako obiektywnie niebezpieczne¹¹⁰⁵ – są niedopuszczalne¹¹⁰⁶. W przypadku obrony koniecznej, która, jak wielokrotnie zaznacza się w nauce nie musi być „*rycerskim pojedyńkiem*”¹¹⁰⁷ widać jednak pewne analogie do owej walki sportowej – nie jest bowiem tak, że „*wszystkie ciosy są dozwolone*”. Zakres niebezprawnego przekroczenia normy sankcjonowanej byłoby wtedy zbyt szeroki. Stąd też ustawodawca słusznie posługuje się choćby przesłanką „*współmierności*” obrony koniecznej¹¹⁰⁸. Zaznaczyć tutaj należy,

¹¹⁰⁴ Aczkolwiek wobec doniosłości tzw. prawa karnego pozakodeksowego oczywistym błędem byłoby przyjęcie, że musi być wyrażona w k.k.

¹¹⁰⁵ Żeby nie powiedzieć nieostrożne.

¹¹⁰⁶ Wskazać można tutaj chociażby na uderzenia w splot ciemieniowy w trakcie walk bokserskich.

¹¹⁰⁷ W tym duchu wielokrotnie wypowiadał się SN, chociażby w orzeczeniu w sprawie o sygn. III KR 21/76, OSNKW 1976, nr 7–8, poz. 89.

¹¹⁰⁸ Warunek taki został poniekąd powszechnie zaakceptowany w szeregu państw europejskich. Aby posłużyć się w tej mierze przykładem niezbyt odległym – chociażby w Niemczech, gdzie w samym StGB zamieszczona została

iz swoiste „*zasady ostrożnego uderzania nożem*” blisko przypominają gorącą polemikę wobec koncepcji H. Welzla w nauce niemieckiej i wykorzystywanego tutaj kazusu studenta odsuwającego krzesło wobec swojego kolegi, który właśnie przemawia i siadając po zakończeniu swojego wystąpienia – w przeświadczeniu, że krzesło jest tam gdzie je zostawił – kaleczy się¹¹⁰⁹. Zupełnie inny w tym przypadku jest wszak kontekst sytuacyjny – w szczególności brak jest czynników, które mogłyby świadczyć o wystąpieniu sytuacji nietypowej, jaką jest przecież właśnie sytuacja kontra–typowa. Twierdzenia, że norma ostrożności jest zawsze normą indywidualną i konkretną nie można bowiem relatywizować *ad absurdum*, do każdej konkretnej czynności, tracąc całkowicie z oczu kontekst, w którym ona występuje. Takie spojrzenie prowadziłooby do prostej konstatacji, iż odcięcie końca ręki jest zawsze nieostrożne *per se*, nawet jeśli chodzi o amputację zainfekowanej kończyny. Trafniej byłoby, aby uwzględniając sformułowany na początku postulat, rozpatrywać sytuacje kontratypowe jako kolizje norm ostrożności. Jednak takie założenie prowadzi do dalszych, sygnalizowanych już poniekąd pytań, a mianowicie o to, czy daje się wyinferować normy ostrożności dla wszystkich kontratypów, jakie reguły kolizyjne w takich szczegółowych sytuacjach należy przyjmować, a także do tego, czy konieczne jest w ogóle posługiwanie się figurą kontratypów rozumianych jako niebezprawne przekroczenie normy sankcjonowanej i normy ostrożności? Wydaje się, że – co do tego ostatniego – tak jest w istocie. W największym skrócie powiedzieć można, że tak jak z każdą normą sankcjonowaną opisującą typ zachowania się człowieka (czyn zabroniony pod groźbą kary) sprzężone są normy ostrożności, tak z każdym kontratypem jest analogicznie. Koresponduje to poniekąd z przyjętym w doktrynie stanowiskiem, iż struktura kontratypu jest pewnym analogonem typu.

Jedną z podstawowych trudności, która się z tym wiąże, to pytanie o konieczność rozpatrywania norm ostrożności jako znamienia kontratypu. Jest to rozwiązanie, które aktualizuje się jako jedna z propozycji wobec niebudzącego wątpliwości stwierdzenia, iż błędne byłoby traktowanie przekroczenia norm ostrożności jako negatywnego warunku działania kontratypowego (a więc swoistego negatywnego znamienia tego, co nieliczni przedstawiciele doktryny postrzegają jako negatywne znamię typu)¹¹¹⁰. W istocie problem wraca do pytania o teoretyczno–prawny charakter kontratypów. Jasne jest, że nie ma tutaj mowy o żadnych „*normach zezwalających*”¹¹¹¹. Jedną z możliwych konkluzji jest ich rozpatrywanie na płaszczyźnie normy

ustawowa definicja obrony koniecznej, eksponująca warunek jej konieczności – zob. brzmienie § 32 StGB: „*Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwertigen rechtswidrigen Angriff von sich selbst oder einem anderen abzuwenden.*”.

¹¹⁰⁹ Przykład taki wykorzystuje w szczególności E. Schimdhäuser, „*Fahrlässige...*”, s. 129.

¹¹¹⁰ Co do przegądu zwolenników tej koncepcji tzw. „*negatywnych znamion czynu zabronionego*”, zob. Rozdział VII niniejszej pracy.

¹¹¹¹ Ł. Pohl, „*Błąd co do okoliczności wyłączającej...*”, s. 664.

sankcjonującej, gdzie norma ostrożności mogłaby się aktualizować jako czynnik uadekwatniający jej treść¹¹¹². Możliwa jest wszak konkluzja, że norma ostrożności, która aktualizuje się w przypadku działań kontratypowych, precyzuje zakres zastosowania normy sankcjonowanej – w takim przypadku nie ma potrzeby operowania kontratypami jako okolicznościami wyłączającymi bezprawność, a wystarczające byłoby powołanie się na jednolitą koncepcję bezprawności pierwotnej¹¹¹³. Koncepcje te mają swoje oczywiste mankamenty. Stąd też, co było już wielokrotnie zaznaczane, sensowniej jest mówić o mocnym dozwoleniu danego działania przez kontratyp¹¹¹⁴. Pytanie więc w tym miejscu sprowadza się do tego, czy jest to jednak dozwolenie mocne *warunkowe*, a jednym z tych warunków jest działanie ostrożne¹¹¹⁵.

Podsumowując tą część rozważań można wstępnie powiedzieć, że tak jak z typem *implicite* związany jest warunek nieostrożnego działania, tak z kontratypem – analogicznie – sprzężony jest warunek działania w pewien sposób ostrożnego. To że zachowanie takie jest nieostrożne w sensie oceny całokształtu okoliczności (*sensu largo*), nie może przesłaniać faktu, że w danym kontekście jest ostrożne (*sensu stricto*). Ten kontekst jest wszak właściwą płaszczyzną oceny zachowania broniącego się podmiotu.

VI. Konkluzje

Szczegółowa analiza ujęcia kodeksowego tzw. kontratypów potwierdza pogląd wysłowniony przez A. Zolla, iż składnikiem każdego z nich jest pewien element konieczności¹¹¹⁶. Aprobując w pełni również tezę, iż u podstawy kontratypów leży kolizja dóbr prawnie chronionych, jako czytelny jawi się postulat, aby poświęcenie tego dobra nie przekraczało niezbędnych granic – a konsekwencji, aby zachowanie broniącego się charakteryzowało się pewną ostrożnością. Bardziej problematyczne, jak już zaznaczono to powyżej, jawi się przełożenie tych konkluzji na język teorii prawa karnego.

Zgodnie bowiem z aktualnym w tej mierze poglądem, przekroczenie normy ostrożności

¹¹¹² Por. stanowisko M. Bielskiego, „Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność” CPKiNP 2010 z. 2, s. 49–50), iż „Wykładnia językowa wyraźnie wskazuje więc na konieczność szukania konsekwencji prawnych zachowań kontratypowych na płaszczyźnie prawno karnej normy sankcjonującej”, które mimo pozornego podobieństwa do stanowiska Ł. Pohla wywodzi się z zupełnie odmiennych założeń – w szczególności u jej podłoża leży przekonanie, że norma sankcjonująca jest tą właśnie, która w sposób wyłączny jest zakodowana w przepisach prawa karnego.

¹¹¹³ T. Kaczmarek, „O tzw. okolicznościach ...”, s. 27, gdzie formułuje on niezwykle wymowne stwierdzenie, iż „(...) Przeciwnie: dystansując się od takiego stanowiska, należy również przyjąć, iż działania osób, które podejmują dozwoloną obronę swoich chronionych prawem dóbr; co jest ich uprawnieniem, z tego właśnie powodu są także od samego początku pierwotnie legalne.”

¹¹¹⁴ Ł. Pohl, „Struktura...”, s. 196–197.

¹¹¹⁵ O czym poniżej – w Konkluzjach niniejszego rozdziału.

¹¹¹⁶ A. Zoll, „Okoliczności...”, s. 123. Co do omówienia tego zastrzeżenia od strony teoretyczno-prawnej zob. Ł. Pohl „Struktura...”, s. 188.

traktuje się w kategoriach wstępnego warunku normowania – występującego jako zakres normowania normy sankcjonowanej¹¹¹⁷. Akceptując w tym miejscu to obszernie uargumentowane rozstrzygnięcie¹¹¹⁸, powstaje pytanie, czy w świetle poczynionych powyżej obserwacji jest to jedyne miejsce, gdzie manifestuje się relewancja norm ostrożności? Przynajmniej na płaszczyźnie jednej z możliwych do wyobrażenia sobie konkluzji rozpatrzeć należy rozwiązanie inne. Przyjmując bowiem za słuszny pogląd, iż działanie w ramach kontratypu to zagadnienie – nie jak postulują niektórzy przedstawiciele nauki prawa karnego – problemu pierwotnej legalności czynu¹¹¹⁹ czy też zakresu zastosowania normy sankcjonującej¹¹²⁰, bądź też jako nie jako współwyznacznik tego zakresu, lecz jako *sui generis* norma „*zezwalająca*” wobec będącego wobec niej „*logicznym prius*” stosowanego zakazu¹¹²¹, zaakceptować należy również jego logiczną konsekwencję, iż „*Brak kontratypu jest jednym z warunków koniecznych umożliwiających zaktualizowanie się normy sankcjonującej*”¹¹²². Jednak rozważając pogląd, iż swoiście pojmowana norma ostrożności jest składnikiem kontratypu, tak, że nie można odpierając bezpośredni i bezprawny zamach na dobro prawne stosować środków czy sposobów absolutnie dowolnych, lecz takie, które będą we właściwy sposób wyważone¹¹²³, zastanowić się należy czy nie współwyznacza ona niejako zakresu zastosowania normy sankcjonującej, a dokładniej zakresu ograniczenia zastosowania tej normy w przypadku zaistnienia okoliczności kontratypowej. Formując tą myśl inaczej i zarazem w nawiązaniu do tego, co powiedziano już powyżej – wobec przyjęcia, że kontratyp jest wyrazem zachowania „*mocno dozwolonego*”¹¹²⁴, czy jest zasadne mówienie tutaj o swoistym mocnym dozwoleniu „*warunkowym*” – którego przesłanką byłoby zachowanie pewnej ostrożności. Wydaje się, że na tak postawione pytanie udzielić można odpowiedzi negatywnej. Warunek mocnego dozwolenia jako charakterystyka kontratypu jest bowiem modelem teoretycznym, który opisuje „*czyn, który nie jest zakazany i nie jest*

¹¹¹⁷ Egzemplifikacją tego trafego stanowiska może wypowiedź Ł. Pohla, „*Struktura*”, s. 103, „*Figura naruszenia norm ostrożności – jako warunek wstępny normowania* [w tym miejscu następuje przypis 128, gdzie autor wskazuje, że bez znaczenia dla tej konkluzji jest fakt, że „*niektóre z opisywanych nią norm ostrożności ubiera się w literę prawa*” z czym należy się w całej rozciągłości zgodzić – dop. M. B.] – wymaga stosownego usytuowania w strukturze normy sankcjonowanej. Z alternatywy zakres zastosowania normy albo zakres jej normowania, wybrać należy – moim zdaniem – drugi jej składnik”.

¹¹¹⁸ Zob. Ł. Pohl, „*Struktura*”, s. 95–104.

¹¹¹⁹ T. Kaczmarek, „*O tzw. okolicznościach...*”, s. 27.

¹¹²⁰ Za takim poglądem opowiedział się cytowany przez Ł. Pohla, „*Struktura*”, s. 193 W. Patryas oraz szereg innych polskich karnistów, m in. W. Wróbel, „*Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym*”, Prz.Prawa Karn. 1993 nr 8, s. 8.

¹¹²¹ Por. cytowane przez Ł. Pohla, „*Struktura...*” s. 188–195 stanowisko A. Zolla wyrażone w pracy tegóż: „*Okoliczności...*”, s. 122.

¹¹²² Ł. Pohl, „*Struktura*”, s. 200. Konweniuje to z identycznym poglądem tego samego autora, który stwierdza, że działanie w ramach kontratypu opisać można jako „*niebezprawne przekroczenie normy sankcjonowanej*” zob. Ł. Pohl, „*Prawo karne. Wykład...*”, s. 254.

¹¹²³ Jak już zostało to zasygnalizowane w rozdziale II niniejszej pracy, pytanie o treść normy ostrożności jest w dużej mierze *cuestio facti* w danych konkretnych okolicznościach. Obszerniejsze rozważania w tej mierze zob. w VII rozdziale niniejszej pracy.

¹¹²⁴ Ł. Pohl, „*Struktura*”, s. 193–194.

nakazany”¹¹²⁵ ale który zarazem jest przedmiotem normowania. Tak więc w żadnym stopniu nie aktualizuje się potrzeba wysubtelnienia tego modelu teoretycznego.

Niemniej jednak mając w świadomości pogląd o tym, iż kontratyp jest pewnym analogonem typu¹¹²⁶, powstaje pytanie natury ogólniejszej – czy warunkując przekroczenie normy sankcjonowanej od szeregu czynników¹¹²⁷, nie należy analogicznych warunków doszukać się w przypadku normy sankcjonującej? Odpowiedź na to pytanie nie jest łatwa. Pamiętać należy o stanowisku teorii prawa, zgodnie z którym warunkiem zaktualizowania się normy sankcjonującej, której adresatem jest organ sądowy, jest nie tylko przekroczenie normy sankcjonowanej ale także m.in. brak kontratypu¹¹²⁸. Innymi słowy, bez ryzyka popełnienia większego błędu przyjąć można, że norma sankcjonująca zaktualizuje się – przy założeniu wystąpienia innych niezbędnych przesłanek wtedy, gdy doszło do przekroczenia granic kontratypu wobec przekroczenia normy ostrożności dla danego kontratypu. Mówienie w tym przypadku o wstępnym warunku normowania – analogicznym wobec tego, jakim jest warunek dowolności czynu¹¹²⁹ byłoby jednak nieco niefortunne (ale przy innych założeniach teoretycznych możliwe) wobec faktu, że czyn ten jest już przedmiotem normowania, a mówiąc precyzyjniej stanowi – jako czyn typowy – przekroczenie normy sankcjonowanej. Uprawnienie do zachowania się kontratypowego jest bowiem ściśle określone i uwarunkowane, a ustalenie, że doszło do jego zrealizowania jest kwestią zakresu zastosowania normy sankcjonującej. Stąd też przyjąć należy, iż omawiana kategoria norm ostrożności jest czynnikiem współ-wyznaczającym – obok szeregu innych warunków – działanie kontratypowe.

W konsekwencji dochodzi do sytuacji, w której czyn obiektywnie nieostrożny i będący przekroczeniem normy sankcjonowanej jako ostrożny z punktu widzenia normy sankcjonującej nie spotyka się z represją karną¹¹³⁰. Taka konkluzja zbieżna jest nie tylko z intuicjami tych, którzy

¹¹²⁵ Ł. Pohl, „Struktura”, s. 199.

¹¹²⁶ Zob. J. Majewski, „Okoliczności...”, s. 12.

¹¹²⁷ Co do dokładnej struktury normy sankcjonowanej w prawie karnym zob. Ł. Pohl, „Struktura”, s. 19–201.

¹¹²⁸ Który, jak zauważa Ł. Pohl, „Struktura”, s. 201, „jest jednym z takich warunków”.

¹¹²⁹ Ł. Pohl, „Struktura”, s. 80.

¹¹³⁰ Takie rozwiązanie jest jednym z wielu możliwych. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż jest to pogląd zbieżny z dość powszechnie występującymi w społeczeństwie ocenami społecznymi. O ile bowiem z potępieniem spotyka się strzelający w warunkach niedostatecznej widoczności myśliwy, który powoduje tym samym śmierć jednego z uczestników polowania, to z brakiem takiego potępienia spotka się ten, który będąc na tym samym polowaniu i widząc zaatakowanego przez sforę dzikich psów swojego konia odda taki strzał w identycznych warunkach. Można tutaj – ograniczając się do analizy tej sytuacji – powiedzieć nie tyle, że dojdzie do swoistej kolizji norm ostrożności (a więc czynu, który jest obiektywnie nieostrożny, lecz w danym kontekście okazuje się być ostrożny) rozstrzyganej analogicznie jak w przypadku norm prawnych, a więc przez odwołanie się w pierwszej kolejności do zasady *lex specialis derogat legi generali*, co raczej stwierdzić, że aktualizuje się tutaj zasadniczo jedna norma ostrożności. Konweniuje to z poczynioną już wcześniej obserwacją, iż norma ostrożności jest zrelatywizowana do danej sytuacji, mówiąc inaczej, że jest zawsze normą indywidualną i konkretną. Takie rozumowanie mogłoby się wszak wydać nie w pełni poprawne, jeżeli przyjąć, że oznaczałoby, że zaniechanie oddania strzału w obronie rzeźzonego konia będzie nieostrożne, a więc może być zachowaniem karnoprawnie typowym. Tak jednak nie jest – z podwójnej konkretności normy ostrożności wynika, że odnosi się ona do danej czynności (a więc oddawania strzału), a nie do całego holistycznie ujmowanego ciągu zachowań danego podmiotu.

wskazują na wzrastającą doniosłość norm ostrożności, ale przede wszystkim tymi, którzy akcentują potrzebę właściwego odtwarzania norm regulujących działania kontratypowe¹¹³¹.

Powracając na koniec niniejszego rozdziału do zasygnalizowanego na wstępie sporu, zauważyć należy, iż wpisanie norm ostrożności w kontratypy ustawowe jest stosunkowo widoczne. Wobec tego, pytaniem materializującym się w tej kwestii jest to, czy norma ostrożności nie jest narzędziem na tyle samoistnym, aby zupełnie zredukować konieczność posługiwania się kontratypami pozaustawowymi. Już w tym miejscu, w świetle ustaleń, jakie zostały dokonane w rozdziale II niniejszej pracy, wyrazić należy przypuszczenie, że tak właśnie jest¹¹³².

Biorąc pod uwagę tę podwójną relewancję norm ostrożności i zważając na ich normatywny charakter, jednym z możliwych rozwiązań tej sytuacji będzie ich umiejscowienie w strukturze przestępstwa nie jako warunku wstępnego normowania, ale jako przesłanki bezprawności. Takie rozwiązanie jest jednak problematyczne z tego względu, że nieintuicyjnym byłoby osobne badanie na tym szczeblu wielopiętrowej struktury przestępstwa zachowania współmierności w odpieraniu zamachu czy też procedur przeprowadzania eksperymentu technicznego, które są immamentnie związane z daną okolicznością kontra-typową. Pamiętając jednak o poglądzie zgodnie, z którym normy ostrożności są „*pierwotnym materiałem normatywnym w stosunku do zbioru norm sankcjonowanych w prawie karnym*” (zob. Ł. Pohl, „*Struktura...*”, s. 101, który zarazem powołuje się na A. Zolla wskazując na uzasadniającą funkcję dla aksjologii normy sankcjonowanej – zob. A. Zoll, „*Okoliczności...*”, s. 59.) i jeżeli słusznie rozumiem ten pogląd jest to zbiór norm zakazujących działań nieostrożnych, spośród których pewne, odpowiednio wzbogacone uzyskują status norm sankcjonowanych (prawa karnego) zadać pytanie należy, czy nie jest trafniejszy pogląd wykluczający przyznanie kontratypom roli wtórnej legalizacji czynu zabronionego, lecz operujący jednolitym pojęciem pierwotnej legalności, a więc wytyczenia zakresu normowania normy sankcjonowanej przy wykorzystaniu figury norm ostrożności, jako elementu, który nie posiada samoistnego znaczenia w tej strukturze. Zauważyć należy, że rozwiązanie to, chociaż *prima facie* jawi się jako nieintuicyjne i zostanie poddane szczegółowej analizie w rozdziale VII niniejszej pracy, może być uznawane za jedną z alternatyw. Wreszcie powiedzieć należy, że rozpatrując pogląd o kolizji norm ostrożności występujących na płaszczyźnie zakresu normowania normy sankcjonowanej oraz zakresu zastosowania normy sankcjonującej, nie można całkowicie pominąć czynników podmiotowych. O tym bowiem, czy dane zachowanie będzie ostrożne czy nie, będzie w pewnym stopniu decydował wybór podmiotu – w szczególności wybór działania kontratypowego. Bez analizy nastawienia wolicjonalnego moglibyśmy powiedzieć, że okoliczności kontratypowe stwarzają dla sprawcy swoistą „*taryfę ulgową*”, dając możliwość wyboru jednej spośród dwóch lub więcej norm ostrożności.

¹¹³¹ Przyznać należy uczciwie, że fundamentem prowadzonych powyżej rozważań jest założenie o występowaniu normy ostrożności w przypadku kontratypów. Przeprowadzona analiza tzw. kontratypów ustawowych doprowadziła do wniosku, że w odniesieniu do pewnych z nich są one absolutnie niekwestionowane, w odniesieniu do innych z nich dość widoczne, a w odniesieniu do stanu wyższej konieczności – niewykluczone.

¹¹³² Już teraz bowiem można podać wielce wymowny przykład: utrzymywanie kontratypu pozaustawowego tzw. „*zwyczaj*u” (co do jego charakterystyki zob. np. Ł. Pohl, „*Prawo karne. Wykład...*”, s. 285–286) może być uznane zbędne, gdy zauważy się, iż dana norma ostrożności nie zostaje naruszona, jeżeli podmiot narusza nietykalność cielesną osób trzecich przy oblewaniu wodą w śmigusa–dyngusa.

Rozdział IV

Normy ostrożności a wymiar kary

I. Wstęp

Współczesny kształt debaty na temat procesu wymiaru kary został w znacznym stopniu zainspirowany rozważaniami XVIII wiecznych humanitarystów, pośród których czołowe miejsce zajmuje C. Beccaria. Ten włoski myśliciel, obok stanowczego sprzeciwu wobec poniżających metod odbywania kary przez skazanych i właściwego dla swoich czasów podziału przestępstw, był świadomy zależności pomiędzy, mówiąc najogólniej, „przestępstwami a karami”¹¹³³. Już w jego czasach widoczna była jednak rozbieżność w poglądach na temat celów kary¹¹³⁴. Stąd ten włoski filozof postulował takie ukształtowanie katalogu kar, który będzie matematycznym odzwierciedleniem ciężkości uchybień poszczególnych członków wspólnoty¹¹³⁵. Tym rozważaniom towarzyszyło przeformułowanie ujęcia „kary sprawiedliwej”, pojmowanej przez niego jako kara niezbędna, konieczna w danym przypadku. Wiąże się z tym również stanowczy sprzeciw wobec nadużywania kar grzywny (czy szerzej: kar pieniężnych) jako sposobu zasilenia skarbu¹¹³⁶. Wreszcie włoski myśliciel zwraca uwagę na niezwykle doniosłą problematykę oceny nieumyślności przy wymiarze kary. Symptomatyczne w tym względzie jest choćby to, że zajmuje się tą kwestią na początku rozdziału zatytułowanego „Błędy dotyczące miary kar”¹¹³⁷. Według C. Beccari kardynalną pomyłką ustawodawstwa penalnego jest przypisywanie nadmiernej wagi do zamiaru sprawcy, gdyż ostateczną i skrajną tego konsekwencją byłaby konieczność wydawania „nowej ustawy dla każdego obywatela”¹¹³⁸. Dopelnieniem ostrzeżenia przed zbytnim akcentowaniem elementów subiektywnych ma być fakt, że trudno wyobrazić sobie bezkarność czynu sprawcy kierującego się „najlepszymi intencjami”¹¹³⁹, który jednak na skutek swojego działania wyrządza poważne zło. Innymi słowy, dla markiza z Mediolanu problematyczna jest sytuacja, w której umyślne spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu jest zagrożone

¹¹³³ C. Beccaria, op.cit., s. 68. Z dzisiejszej perspektywy takie sformułowanie jest bardzo ogólne, niemniej pamiętać należy, na co zwraca uwagę w swoim wprowadzeniu E.S. Rapport, iż C. Beccaria nie był karnistą, lecz filozofem – zob. tegoż, „Wprowadzenie” w: C. Beccaria, op.cit., s. 28–30.

¹¹³⁴ Zdaniem włoskiego myśliciela podstawowe znacznie przypisać należy zarówno prewencji ogólnej jak i szczególnej, co znakomicie oddają jego słowa: „Cel kary sprowadza się więc do tego, aby przeszkodzić winnemu w wyrządzaniu nowych szkód współobywatelom oraz aby powstrzymać innych od wyrządzania szkód tego samego rodzaju”. Zob. C. Beccaria, op. cit., s. 88.

¹¹³⁵ C. Beccaria, op. cit., s. 70.

¹¹³⁶ C. Beccaria op. cit., s. 112, co jest spostrzeżeniem niezwykle aktualnym, choćby wobec masowej praktyki budowania punktów radarowego pomiaru prędkości, co znane jest każdemu chyba polskiemu kierowcy.

¹¹³⁷ C. Beccaria, op. cit., s. 73–75.

¹¹³⁸ C. Beccaria, op. cit., s. 75.

¹¹³⁹ C. Beccaria, op. cit., s. 74.

surowszą sankcją niż nieumyślne spowodowanie śmierci, co z kolei jest obecnie rozwiązaniem przyjętym w zdecydowanej większości państw europejskich¹¹⁴⁰.

Gdyby dokonać transpozycji tych wypowiedzi na grunt obowiązującego k.k., to można by powiedzieć, że m.in. uwypuklają one swoistość w ustawowym ujęciu nieumyślności w polskim k.k. z 1997 r. Przypomnieć należy raz jeszcze, że uwarunkowanie w nim nieumyślności czynu od przekroczenia normy ostrożności jest wielokrotnie krytykowanym już pomieszaniem elementu charakterystyki przedmiotowej ze sferą jego stosunku psychicznego wobec przedsięwziętego działania. Nie zmienia to faktu, że sama koncepcja włoskiego myśliciela jest już częściowo przynajmniej anachroniczna wobec powszechnego przyjęcia zasady subiektywizmu we współczesnym prawie karnym. Paradoksalnie można próbować odczytać ją jako argument na rzecz obecnego kształtu pojęcia nieumyślności w polskim prawie karnym¹¹⁴¹. Zastrzec w tym miejscu należy jednak, że taka konkluzja byłaby wnioskowaniem bardzo daleko idącym wobec lakonicznego jedynie protestu C. Beccarii przeciwko nadmiernej subiektywizacji prawa karnego czasów wieku XVIII¹¹⁴².

Następne znaczące przesunięcie akcentów w wymiarze kary związane było z propozycją ukierunkowania wymiaru kary prospektywnie, a nie retrybucyjnie¹¹⁴³. Zauważyć należy w tym kontekście, że pewną cechą charakterystyczną znacznego nurtu debaty penologicznej jest wysoki stopień ogólności prowadzonych rozważań, mających nierzadko konotację sporów o pryncypialną filozoficzną wizję człowieka i jego funkcjonowanie w społeczeństwie¹¹⁴⁴. O ile mają one więc niezwykłą doniosłość wyrażającą się chociażby na etapie kształtowania poszczególnych rozwiązań ustawodawczych, to tym, co jest bardziej decydujące samego dla jednostkowego wymiaru kary, zdaje się być brzmienie przepisów kodeksowych i ostateczne ustalenie ich językowego znaczenia na etapie derywacyjnego rekonstruowania norm prawnych, w tzw. fazie

¹¹⁴⁰ Dla przykładu wskazać tutaj można chociażby na postanowienia art. 138 i 142 ust. 1 CP, gdzie za nieumyślne spowodowanie śmierci przewidziana jest kara od 1 do 4 lat pozbawienia wolności, podczas gdy za umyślne pozbawienie życia przewiduje się karę pozbawienia wolności od 10 do 15 lat. Przepisy te stanowią bowiem odpowiednio: „*Artículo 138. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años. Artículo 142.1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.*”

¹¹⁴¹ W istocie bowiem norma ostrożności ustawowo wpisana w konstrukcję nieumyślności staje się tym składnikiem, który mógłby spotkać się z aprobatą C. Beccari na etapie oceny sprawiedliwości (konieczności) danej kary.

¹¹⁴² Myśl C. Beccari pozostała aktualna w pewnym stopniu do dzisiaj, o czym świadczy lektura Uzasadnienia do k.k. z 1997 r. (zob. „Nowe kodeksy...”, s. 153, gdzie wyczytać można choćby takie sformułowania: „*Istotnym warunkiem kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa jest wysoki stopień wykrywalności przestępstw, nieuchronność ponoszenia odpowiedzialności, orzekanie kar (środków) odbieranych jako reakcja sprawiedliwa, nie przekraczająca stopnia winy sprawcy*”.

¹¹⁴³ F. v. Liszt, „*Der Zweckgedanke im Strafrecht*“ w: „*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*“, red. F. v. Liszt, Berlin 1905, s. 19–53.

¹¹⁴⁴ Dobrym świadectwem toczonych sporów mogą być dwa polskie opracowania monograficzne: autorstwa L. Lernella, „*Podstawowe Zagadnienia Penologii*”, Warszawa 1977 oraz J. Utrata–Mileckiego, „*Podstawy penologii. Teoria kary*”, Warszawa 2007. Trudno tutaj doszukać się naturalnie jakichkolwiek odwołań do oceny wymiaru kary przez pryzmat naruszenia norm ostrożności. Być może nie jest to zadaniem takich prac.

klasyfikacyjnej wykładni, i oparta na nie zawsze spójnych kryteriach praktyka sądowa sądów wyższych instancji.

Obecny stan debaty nad właściwym wymiarem kary musi być postrzegany przez pryzmat uaktywniającego się w penologii w ostatnich latach nurtu redukcjonistycznego, który akcentuje nadawanie nowego znaczenia karom pozbawienia wolności¹¹⁴⁵. Istotne jest to, że niezależnie od reprezentowanego nastawienia wobec aktualnych tendencji w wymiarze kary, dostrzega się powszechnie konieczność skrupulatnego zróżnicowania skazanych¹¹⁴⁶. Konieczne jest, aby wystrzegać się jednostronnego koncentrowania się na „*managerskim*” podejściu do zarządzania więzieniami. Otwarta też jest w dalszym ciągu bowiem dyskusja nad teoriami racjonalizacji kary. To jednak nie przekreśla aktualności obserwacji, które wysłowione zostały jeszcze przed kilkadziesiąt laty przez W. Woltera, który wskazał na mnogość pozaustawowych okoliczności determinujących wymiar kary, których wyczerpujące wyliczenie jest niemożliwe; a teoretyk prawa karnego zadowolić się musi jedynie próbą ich klasyfikacji¹¹⁴⁷. Znamienne dla tego karnisty jest również umiejscawianie w katalogu okoliczności łagodzących stanu odnoszącego się do strony podmiotowej, charakteryzującego psychiczny stan sprawcy, czego wyrazem jest wzmiankowanie jako okoliczności łagodzącej stanu znacznego zmęczenia kierowcy, który popełnił przestępstwo nieumyślne¹¹⁴⁸.

II. Przekroczenie normy ostrożności jako okoliczność wpływająca na wymiar kary na gruncie polskiego prawa karnego – ewolucja orzecznictwa SN¹¹⁴⁹

Próbkę odpowiedzi na tytułowe pytanie – pytanie, które stanowić ma prelude dla właściwych rozważań przewidzianych w tym rozdziale – rozpocznę od analizy wybranych, reprezentatywnych orzeczeń SN wydanych na gruncie k.k. z 1932 r. W przyjętej w nim systematyce, dyrektywy wymiaru kary zawarte zostały w art. 54, dającym znaczną swobodę

¹¹⁴⁵ A. Baładynowicz, „*Podstawy aksjologiczne systemu sprawiedliwego*”, Prokur. i Prawo 2000, z. 10, s. 12–13.

¹¹⁴⁶ R. Kaczor, „*Kontrowersje wokół modelu dyrektywy prewencji indywidualnej*”, Prokur. i Prawo 2007, z. 11, s. 93.

¹¹⁴⁷ W. Wolter, „*Pozaustawowe okoliczności wpływające na wymiar kary*”, PiP 1980, z. 6, s. 41.

¹¹⁴⁸ W. Wolter, „*Pozaustawowe...*”, s. 40, gdzie autor odwołuje się także do wytycznych wymiaru sprawiedliwości w sprawach o przestępstwa drogowe V KZP 2/74, (Lex Polonica nr 305190) w tej materii. Jego sposób analizowania tendencji w sędziowskim wymiarze kary nie został niestety przyjęty przez wielu autorów zajmujących się tą kwestią i tylko wyjątkowo napotkać można opracowania odznaczające się w tej mierze dostateczną szczegółowością: według opracowania J. Jasińskiego, „*Polityka karna sądów powszechnych w latach 1979–1983*”, PiP 1984, z. 12, który, komentując w szerokim zakresie tendencję w orzecznictwie na gruncie statystyk sądowych, ogranicza się do ich analizy deskryptywnej nie czyniąc przy tym nawet wyodrębnienia odrębnej kategorii przestępstw nieumyślnych; z kolei K. Buchała, „*Polityka karna w latach 1970–1975 na tle ogólnych zasad wymiaru kary*” ZNIBPS 1978, z. 9, s. 55, stwierdza nieadekwatność instrumentów umożliwiających łagodzenie kary dla sprawców przestępstw nieumyślnych. Wypowiedzi tego ostatniego autora są zresztą źródłem konstatacji, iż w przypadku kar pozbawienia wolności niższych niż 5 lat, decydujące znacznie przyznać należy stopniowi społecznego niebezpieczeństwa czynu (Idem, op.cit., s. 59).

¹¹⁴⁹ Niniejszy szkic nie pretenduje do kompleksowego omówienia rozwoju orzecznictwa dt. relacji: przekroczenie norm ostrożności/wymiar kary, ale zmierza do zidentyfikowania jedynie pewnych tendencji rozwojowych.

sędziemu¹¹⁵⁰. Przy jej wymiarze był on zobowiązany uwzględnić „*przedewszystkiem*” takie czynniki jak pobudki oraz sposób działania sprawcy. Czytając te postanowienia przez pryzmat ustawowego ujęcia nieumyślności, które wolne jest od odwołania się do elementów przedmiotowych¹¹⁵¹ oraz od odwołania się do społecznej szkodliwości czynu jako elementu struktury przestępstwa¹¹⁵², na etapie wymiaru kary brak było jasnych normatywnych podstaw do samoistnego wartościowania przekroczenia normy ostrożności. Takie rozwiązanie postrzegać należy przez pryzmat ograniczonej ówczesnie doniosłości przestępstw nieumyślnych, z którymi normy te były do niedawna w nauce prawa karnego – z największą częstotliwością – związane.

W praktyce orzeczniczej SN pod rządami k.k. z 1932 r. nie brakuje wszak pewnych odwołań do oceny zgodności zachowania sprawcy z normami ostrożności. I tak w orzeczeniu I. K. 999/52 z 20 lutego 1952 r.¹¹⁵³ zwrócono uwagę na fakt, że nie może zostać uznana za rażąco niewspółmierną do ustalonej społecznej szkodliwości czynu kara 5 lat pozbawiania wolności za przestępstwo z art. 215 k.k., gdyż spowodowanie pożaru stodoły i chlewni na skutek pozostawiania włączonego traktora przy omłocie zboża bez nadzoru stanowi „*zlekceważenie kardynalnych zasad ostrożności i najprostszych wymagań ochrony przeciwpożarowej*”¹¹⁵⁴. Bardziej ogólne sformułowanie zawiera wcześniejsza teza SN, wysłowiona w orzeczeniu K. 206/47¹¹⁵⁵, gdzie stwierdza się, iż „w rozumieniu art. 54 k.k.” w zakresie „*sposobu działania sprawcy*” istotne jest każde jego zachowanie się w czasie popełnienia czynu, świadczące o „*ujemnych właściwościach jego charakteru i nasileniu przestępczym*”. Wobec tak sformułowanego stwierdzenia zauważyć należy, daje ono możliwość uwzględniania przekroczenia normy ostrożności jedynie w sposób pośredni, a mianowicie pod warunkiem, że uzasadnia ono wnioski o cechach charakterologicznych sprawcy oraz „*nasileniu przestępczym*”. Treść owej koniunkcji warunków jest dość enigmatyczna, szczególnie jeżeli chodzi o jej drugi człon. Problematiczna jest również dopuszczalność odwrócenia tej tezy, a więc to, na ile zasadne byłoby twierdzenie, iż okoliczność, jaką jest sposób działania sprawcy staje się bezprzedmiotowa, gdy nie dowodzi ono „*nasilenia przestępczego*”. Wydaje się że na to pytanie odpowiedzieć należy negatywnie, gdyż jasne jest, że katalog ustawowych okoliczności uwzględnianych przy wyborze kary ma powszechny charakter. Stąd też orzeczenie K 206/47 posiada bardzo ograniczoną wartość

¹¹⁵⁰ Który to przepis w §1 brzmiał następująco: „*Sąd wymierza karę według swego uznania, zwracając uwagę przedewszystkiem na pobudki oraz sposób działania sprawcy i jego stosunek do pokrzywdzonego, na stopień rozwoju umysłowego i charakter sprawcy, na jego dotychczasowe życie tudzież na jego zachowanie się po spełnieniu przestępstwa.*”

¹¹⁵¹ Szczegóły historycznej ewolucji norm ostrożności w prawie karnym przedstawione zostały w Rozdziale I niniejszej pracy.

¹¹⁵² Podstawowe znaczenie miało w tej mierze pojęcie materialnej treści bezprawia (przestępstwa).

¹¹⁵³ Lex Polonica nr 404127

¹¹⁵⁴ Zob. uzasadnienie orzeczenia I K 999/52.

¹¹⁵⁵ Lex Polonica nr 411638.

poznawczą¹¹⁵⁶ i raczej wpisuje się w niejasności charakterystyczne dla judykatury tego okresu autorytaryzmu.

W nieco późniejszym judykacie w sprawie o sygn. V KRN 337/68¹¹⁵⁷ wskazuje się, iż „rażące naruszenie” przez skazanego norm ostrożności w komunikacji drogowej stanowi okoliczność obciążającą na tyle, że wyklucza ono, w powiązaniu z „notorycznie znaną nagminnością wypadków drogowych”, warunkowe zawieszenie kary. W tym przypadku jako rażące naruszenie normy ostrożności określone zostało kierowanie samochodem z nadmiernym luzem w kierownicy połączone z gwałtownym wymijaniem zaparkowanego na poboczu pojazdu. Ta nieostrożność sprawcy jest istotniejsza dla składu orzekającego od nienagannego życia oskarżonego i jego niekaralności, ale teoretyczne sklasyfikowanie tej okoliczności jest nader powierzchowne¹¹⁵⁸.

Sytuacja ta nie uległa radykalnej zmianie po wprowadzeniu w życie k.k. z 1969 r. Przepis zrębowy dla odtworzenia normy o podstawowym znaczeniu dla zasad wymiaru kary znaleźć można było w art. 50 k.k.¹¹⁵⁹. Wyraźnie zaznacza się w nim wpływ nowej siatki pojęciowej wykoncypowanej przez część polskich karnistów w okresie powojennym – dotyczy to zwłaszcza pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu¹¹⁶⁰, które stało się też zasadą ustawodawstwa karnego w 1997 r. Z drugiej strony zaznacza się rozróżnienie pomiędzy dyrektywami wyrażonymi w § 1 art. 50 k.k. a katalogiem przykładowych okoliczności wyszczególnionych w § 2 art. 50 k.k.

Wobec zmodernizowanego brzmienia przepisu kodeksowego powstaje koncepcja wartościowania na etapie wymiaru kary przekroczenia normy ostrożności, która w swoim zasadniczym kształcie pozostaje pewnym paradygmatem do dnia dzisiejszego. Egzemplifikacją nowego ujęcia może być orzeczenie SN w sprawie o sygnaturze Z 85/84¹¹⁶¹, gdzie wywodzi się,

¹¹⁵⁶ Analogiczną uwagę odnieść można do orzeczenia III K O. 10/56, OSN 1956 poz. 59, Lex Polonica nr 316531.

¹¹⁵⁷ Lex Polonica nr 314625.

¹¹⁵⁸ SN wskazuje tutaj bowiem – za pośrednictwem odwołania się do orzeczenia III K 83/62, Lex Polonica nr 358769 – na ogólnie ujętą „wagę czynu”. To metaforyczne sformułowanie nie podaje jednak kryteriów dookreślających czynniki determinujące wagę czynu; chybione jest również odwołanie się w treści uzasadnienia do sformułowania obowiązującego ówczesnie art. 384 pkt 2 k.p.k., gdyż przepis ten nie stanowił tego – ani wprost, na poziomie deskryptywnym, ani też nie zawierał zrębowo wysłowionej w nim normy odwołującej się do „wagi czynu”. Przepis ten dla przypomnienia odnosił się wyłącznie do zmiany orzeczenia w toku postępowania odwoławczego: „2) jeżeli rewizja zasadnie zarzuca rażącą niewspółmierność kary w stosunku do szkodliwości społecznej przestępstwa albo nieodpowiednie zastosowanie lub niezastosowanie środka wychowawczego lub zabezpieczającego.”

¹¹⁵⁹ Jego sformułowanie radykalnie odbiega od ujęcia k.k. z 1932 r., bowiem według jego brzmienia: „§1. Sąd wymierza karę według swego uznania, w granicach przewidzianych w ustawie, oceniając stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu i biorąc pod uwagę cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma ona osiągnąć w stosunku do skazanego.” Dla porównania przypomnieć należy, że art. 54 k.k. z 1932 r. stanowił, iż „Sąd wymierza karę według swego uznania, zwracając uwagę przede wszystkim na pobudki oraz sposób działania sprawcy i jego stosunek do pokrzywdzonego, na stopień rozwoju umysłowego i charakter sprawcy, na jego dotychczasowe życie tudzież na jego zachowanie się po spełnieniu przestępstwa.”

¹¹⁶⁰ Zgodnie z nowym ujęciem dyrektyw rządzących wymiarem kary, stopień społecznego niebezpieczeństwa wyeksponowany został nawet na pierwszym miejscu – przypomnieć bowiem należy, że zgodnie z ówczesnym art 50 § 1 k.k.: „Sąd wymierza karę według swego uznania, w granicach przewidzianych w ustawie, oceniając stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu i biorąc pod uwagę cele kary w zakresie społecznego oddziaływania (...)”.

¹¹⁶¹ Lex Polonica nr 306421.

iz składnikiem oceny społecznego niebezpieczeństwa czynu jest zagadnienie „w jaki sposób oraz w jakiej mierze i jaki obowiązek” swoim czynem naruszył sprawca. W tym kontekście uzasadnienie wyroku sądowego daje podstawę do poczynienia obserwacji, iż jako szczególną okoliczność obciążającą uznaje się „rażące naruszenie obowiązku ostrożności”¹¹⁶². Aktualizuje to pytanie, czy wykazanie owego rażącego charakteru naruszenia norm ostrożności musi być ustalone w drodze opinii biegłych czy też pozostawione jest swobodnemu uznaniu sądu?

Nie jest to jedyne orzeczenie odnoszące się do problematyki wpływu przekroczenia norm ostrożności na wymiar kary. Świadczyć może o tym wcześniejszy judykat – w sprawie o sygnaturze Rw 944/71¹¹⁶³, w którym poddano ocenie zachowanie kierowcy motocykla marki WSK, który prowadząc go w stanie nietrzeźwości i bez wymaganych uprawnień spowodował wypadek wjeżdżając przy pokonywaniu zakrętu w nadjeżdżający z przeciwka motocykl „Komar”. Przy ocenie tego stanu faktycznego SN podkreśla, iż naruszenie szeregu przepisów prawa drogowego „powinno mieć w każdym wypadku zaostřejący wpływ na wymiar kary”¹¹⁶⁴. Takie rozumowanie z dzisiejszej perspektywy jest nieprzekonywujące, już choćby dlatego, że, jak wiadomo z poczynionych już rozważań, trudno jest utożsamić pojedynczy przepis czy postanowienie regulaminu z konkretną i indywidualną normą ostrożności¹¹⁶⁵. Trudno też bezwzględnie podtrzymywać wyłaniającą się z tego ujęcia tezę, iż im większa liczba naruszonych norm ostrożności, tym surowsza winna być kara. Wymiar kary jest bowiem tym etapem wymiaru sprawiedliwości, w którym wyraźnie ujawnia się autonomiczna pozycja sędziego, który waży całokształt postępowania sprawcy i okoliczności sprawy¹¹⁶⁶. Co więcej, nie sposób jest chyba tutaj sformułować jakąś prawidłowość, która miałaby tą oceną rządzić – nie jest to przecież zależność arytmetyczna ani geometryczna¹¹⁶⁷. Przykładem nieco innego rozumowania jest wyrok V KRN 33/74¹¹⁶⁸, w którym naruszenie kilku wyszczególnionych norm ostrożności¹¹⁶⁹ prowadzi do

¹¹⁶² W uzasadnieniu tego orzeczenia pojawia się jeszcze inne sformułowanie, gdy mowa o „rażącym naruszeniu przez oskarżonego zasad ostrożnego obchodzenia się z bronią”.

¹¹⁶³ Lex Polonica nr 304836.

¹¹⁶⁴ Oczywiście rysuje się tutaj błędne utożsamienie norm ostrożności z normami prawnymi zawartymi w u.p.r.d.

¹¹⁶⁵ Tak więc stwierdzenie SN zawarte w uzasadnieniu przywołanego wyroku nie ma znaczenie uniwersalnego, niemniej jednak na gruncie owego konkretnego stanu faktycznego przyjąć można, że jest ono wyrazem trafnej intuicji – sprawca bowiem, nie tylko wyjechał na przeciwległy pas jezdni, lecz również prowadził pojazd bez koniecznych do tego uprawnień, nadto czynił to w stanie nietrzeźwości.

¹¹⁶⁶ A przynajmniej ważyć powinien. Jak ukaże to analiza materiału orzeczniczego w Rozdziale VIII niniejszej pracy, w sądach powszechnych *de facto* często dochodzi do szablonowego wymiaru kary w pewnych granicach, a uzasadniające je części uzasadnień są zdawkowymi wyliczeniami czynników, które sąd wziął pod uwagę.

¹¹⁶⁷ Niemniej jednak przynajmniej na jakiś czas utrwaliła się formuła wyrażona w tym orzeczeniu, o czym świadczyć może jej przytoczenie w podsumowującej stan orzecznictwa w zakresie okoliczności wpływających na wymiar kary uchwale SN w sprawie o sygn. U 1/77, Lex Polonica nr 302720. W rozstrzygnięciu tym zakwalifikowano je jednoznacznie jako takie, które zwiększają niebezpieczeństwo czynu bądź są kwalifikowane w kategoriach okoliczności obciążających.

¹¹⁶⁸ Lex Polonica nr 302739.

¹¹⁶⁹ W tym przypadku chodziło o to, że kierujący „rozwinął niebezpieczną szybkość w stosunku do sytuacji w ruchu oraz mokrej nawierzchni”, oraz o jazdę w stanie znacznego zmęczenia, co było wywołane „koniecznością dowiezienia papy w celu pokrycia wapna, które należało uchronić przed zlasowaniem.”

zajęcia przez SN stanowiska, iż przekroczenie normy ostrożności wartościować należy odrębnie jeżeli chodzi o psychiczny stosunek (umyślność bądź nieumyślność), co jest uwzględnianie przy realizacji dyrektywy prewencji generalnej oraz odrębnie przez pryzmat społecznego niebezpieczeństwa czynu zabronionego. Jednak szerokie rozumienie tego ostatniego, które rozciąga się na „całokształt zarówno podmiotowych (umyślność, nieumyślność, pobudki itp.), jak i przedmiotowych (społecznej szkodliwości) właściwości danego czynu”¹¹⁷⁰ prowadzi do pytania, czy nie dochodzi tutaj do dublowania ocen tych samych faktów? Nawet w przypadku pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, nie sposób doszukać się tutaj niczego złego, gdyż względy zarówno prewencji indywidualnej (jak i generalnej) mogą wywoływać potrzebę fragmentarycznej (podwójnej) oceny danych okoliczności, w tym chociażby przekroczenia normy ostrożności.

Swoistym podsumowaniem tej ewolucji poglądów SN są wytyczne w sprawach o przestępstwa drogowe z 28 lutego 1975¹¹⁷¹. W tezie 29 przedmiotowej uchwały zostało podkreślone, iż dla wymiaru kary znaczenie „ma rodzaj naruszonej przez sprawcę zasady bezpieczeństwa ruchu oraz stopień tego naruszenia”, które to stwierdzenie poprzedzone jest konstatacją o powtarzających się błędach w tym zakresie w orzecznictwie sądowym¹¹⁷². Orzeczenie to posiada dodatkowy walor wyrażający się w tym, iż zawiera ono wyliczenie przykładowych okoliczności obciążających. Mimo, że niektóre z nich są produktem praktyki orzeczniczej i pewnej odpowiedzi na potrzeby korekty sprawiedliwościowej¹¹⁷³, ich kazuistyczne wyliczenie uwypukla brak jednolitej koncepcji teoretycznej.

Śladów tego rozumowania doszukać się można w innym orzeczeniu SN z lat 70-tych XX wieku, VI KRN 17/78¹¹⁷⁴. Zgodnie z wyrażoną tam myślą, prowadzenie samochodu w stanie nietrzeźwości zawsze stanowi przekroczenie normy ostrożności w komunikacji drogowej, mającej postać „zasady (...) o charakterze podstawowym”¹¹⁷⁵. Pomimo tego nieprecyzyjnego sformułowania pojawia się tutaj istotne zagadnienie ewentualnej dyferencjacji ważności norm ostrożności. Bazując na przedstawionym dotychczas wycinku orzecznictwa, stwierdzić można wyodrębnianie „rażącego naruszenia” normy ostrożności oraz naruszenia normy o charakterze „podstawowej zasady”, przy czym w samej literaturze przedmiotu brakuje szczegółowej refleksji

¹¹⁷⁰ Zob. treść uzasadnienia wyroku, V KRN 33/74, Lex Polonica nr 302739.

¹¹⁷¹ V KZP 2/74, Lex Polonica nr 305190.

¹¹⁷² Por. stwierdzenie zawarte w przedmiotowej uchwale: „Analiza orzecznictwa wykazuje, że sądy często pomijają niektóre okoliczności wpływające na wymiar kary, a niektórym z nich nadają błędne znaczenie”.

¹¹⁷³ Czego przykładem może być uznanie za istotną okoliczność obciążającą „naruszenie zasad bezpieczeństwa ruchu drogowego przez kierującego pojazdem przewożącym większą liczbę osób (np. autobusem)” (por. teza 35 orzeczenia w sprawie o sygn. V KZP 2/74).

¹¹⁷⁴ Lex Polonica nr 308753.

¹¹⁷⁵ SN w treści uzasadnienia wskazuje tutaj na zbieżny pogląd w doktrynie wyrażony przez A. Kabata, „Omówienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 października 1977 r. VI KRN 256/77”, Problemy Praworządności 1978, z. 8–9, s. 103.

nad tymi zwrotami¹¹⁷⁶. Jest to o tyle istotne, że ten sam katalog pojęć przewija się w szeregu innych orzeczeń pochodzących z tego samego okresu, czego egzemplifikacją może być choćby wyrok V KRN 215/72¹¹⁷⁷, gdzie doszukać się można ich zbitki wielowyrazowej w następującej postaci: „*rażące naruszenie elementarnej zasady obowiązującej kierowców*”.

Gdyby przyjąć założenie o pewnej konsekwencji w ich wyrażaniu, to umożliwiłoby to stworzenie rozbudowanej, czterostopniowej skali, a przy uwzględnieniu ilości naruszonych norm ostrożności – całkiem skomplikowanej konstrukcji. Zanim jednak przystąpi się do mnożenia bytów ponad konieczność, zadać należy pytanie o charakterze podstawowym, dotyczące kryteriów wyodrębniania owych „*podstawowych norm ostrożności*”. Możliwych jest tutaj wiele odpowiedzi, ale żadna z nich nie jest dostatecznie przekonująca; raczej przyjąć należy, iż orzecznictwo polskich sądów stworzyło szeroki katalog pozornych raczej racjonalizacji kary, a obserwowany sposób ocen przekroczenia norm ostrożności jest bardziej wyrazem kontynuowania czy powoływania się na wcześniejsze orzeczenia niż przejawem jakiejś konsekwentnej koncepcji teoretyczno–prawnej¹¹⁷⁸.

W podobny, jak przedstawiono powyżej, sposób wypowiedział się SN w szeregu innych rozstrzygnięć. Przytoczyć tutaj można chociażby wyrok V KRN 93/79¹¹⁷⁹, gdzie syntetycznie stwierdza się, iż „*(...) jazda lewym pasem jezdni, stanowi nie tylko umyślne, ale i rażące naruszenie podstawowych zasad bezpieczeństwa ruchu drogowego. Zgodnie z ustalonym poglądem w orzecznictwie, umyślne naruszenie, w dodatku – równocześnie kilku zasad ruchu drogowego, winno w każdym przypadku wpływać na zaostrożenie wymiaru kary*” czy rozstrzygnięcie V KRN 355/82¹¹⁸⁰, gdzie jako przykład rażącego naruszenia podstawowej zasady ruchu drogowego wskazuje się „*jazdę lewym pasem ruchu*”. I tutaj uwidacznia się z kolei uproszczenie, które powoduje, że tworzenie katalogu wyszczególnionych w orzecznictwie SN „*podstawowych norm ostrożności*” ma ograniczoną wartość poznawczą. O ile bowiem zrozumieć można jeszcze, iż norma zakazująca na drodze jednopasmowej „*jazdę lewym pasem ruchu*” należeć może do pewnej szczególnej kategorii norm o znaczeniu podstawowym – aczkolwiek już w tym zakresie problematyczna jest dość arbitralna perspektywa ocenna, którą przyjmuje SN, to bardziej wątpliwe

¹¹⁷⁶ Nawet w najbardziej szczegółowych opracowaniach poświęconych tym zagadnieniom, zob. V. Konarska–Wrzosek, „*Dyrektywy sądowego wymiaru kary*”, Toruń 2002, s. 88–93.

¹¹⁷⁷ Lex Polonica nr 302721.

¹¹⁷⁸ Nie służy temu również niezmiennie istotna funkcja sprawiedliwościowa jaką *de facto* pełni SN, korygując w swoich rozstrzygnięciach orzeczenia jaskrawo niesłuszne. Z tej perspektywy przyznać należy, że orzeczenia te dobrze realizują swoją funkcję. Odrębnym również zagadnieniem jest pytanie, na ile SN jest powołany do prowadzenia rozważań teoretyczno–prawnych w uzasadnieniach, które winny być czytelne dla szerokiego grona odbiorców. Nie można jednak zrezygnować z wymagań pewnej klarowności, która jest wynikiem prawidłowej pracy myślowej sędziego.

¹¹⁷⁹ Lex Polonica nr 308745.

¹¹⁸⁰ Lex Polonica nr 308890. Na istotność umyślnego naruszenia zasad bezpieczeństwa zwrócił uwagę SN również w innym pochodzącym z lat 80–tych rozstrzygnięciu, a mianowicie V KRN 536/85, Lex Polonica nr 308748.

jest przyjęcie jej „rażącego naruszenia”. Wręcz przeciwnie, częste tłumaczenie czynu sprawcy charakteryzującego się wysokim stopniem sprzeczności z ustalonymi wzorcami zachowań automatycznie w kategoriach „rażącego” naruszenia „podstawowych” norm ostrożności traktowane musi być w kategoriach pewnego uproszczenia. O rażącym, a więc poniekąd skrajnym, krańcowym, oczywistym naruszeniu normy ostrożności mówić można tylko w przypadkach pewnej konsekwencji w błędnym działaniu, błędnej logice, świadczącej najczęściej o braku świadomości obowiązywania danej normy bądź błędnego wyobrażenia co do jej treści. Z tej też przyczyny podkreślić można, że dające się zaaprobować jest stwierdzenie SN wyrażone w rozstrzygnięciu V KRN 135/85¹¹⁸¹, gdzie jako „rażące naruszenie podstawowej” normy ostrożności określone zostało przejechanie na czerwonym świetle przez skrzyżowanie. Z kolei w szeregu orzeczeń z lat 80–tych XX wieku spotkać się można z podobnie ogólnikowo brzmiącym zwrotem o „rażącym naruszeniu podstawowych zasad”, które nie zawsze jest godne aprobaty w przedmiotowych stanach faktycznych¹¹⁸².

Przeprowadzona tutaj analiza niewielkiego fragmentu obszernego orzecznictwa SN na gruncie k.k. z 1969 r. pozwala sformułować pogląd, iż na gruncie nowego ujęcia deskryptywnego przepisów kształtujących dyrektywy wyboru kary doszło do wykrystalizowania się pojęć „rażącego naruszenia podstawowej” normy ostrożności. Dało to asumpt do wyodrębnienia dwóch ocen – odnoszących się do sposobu naruszania normy ostrożności i jej stopnia. Taki kierunek był nadal kontynuowany jeszcze przed uchwaleniem obecnie obowiązującego k.k., czego przykładem może być orzeczenie w sprawie o sygn. II KRN 383/93¹¹⁸³.

Wejście w życie k.k. z 1997 r. można więc próbować odczytywać jako próbę implementacji rezultatów tej ewolucji¹¹⁸⁴. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 53 § 1 k.k. podstawowe znacznie dla wymiaru kary mają stopień winy, któremu w powszechnym ujęciu przypisuje się znaczenie delimitujące, stopień społecznej szkodliwości, cele zapobiegawcze i wychowawcze oraz potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa¹¹⁸⁵. Zwrócić należy uwagę na bardzo istotną zmianę optyki, która wyraża się we wpisaniu oceny przekroczenia norm ostrożności

¹¹⁸¹ Lex Polonica nr 308747.

¹¹⁸² Wśród takich orzeczeń tytułem przykładu wskazać należy na V KRN 135/85, Lex Polonica nr 308747. Bardziej powściągliwego sformułowania doszukać się można w orzeczeniu V KRN 214/86, Lex Polonica nr 304847.

¹¹⁸³ Lex Polonica nr 308765, gdzie w uzasadnieniu wyczytać można znamienne słowa: „Dla wymiaru kary za przestępstwa drogowe istotne znaczenie ma rodzaj naruszonej przez sprawcę zasady bezpieczeństwa ruchu i stopień tego naruszenia. Oskarżony naruszył w poważnym stopniu podstawowe zasady, co wymaga odpowiednio surowej represji”.

¹¹⁸⁴ Zauważyć należy jednak, że konkluzji tej nie można wyprowadzić wprost z brzmienia uzasadnienia kodeksu karnego z 1997 r., które, podobnie jak wcześniejsze uzasadnienie projektu z roku 1994, o tym zupełnie nie wspomina: zob. „Nowe kodeksy...”, s. 150–157, zob. również: „Uzasadnienie projektu kodeksu karnego”, PiP 1994, z. 3, „Wkładka”: „Rozdział VI. Wymiar kary i środków karnych”.

¹¹⁸⁵ Zob. art. 53 k.k. z 1997 r. zgodnie z którym: § 1. „Sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę, bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa”.

w ustawowy katalog przykładowych okoliczności, które należy uwzględnić przy ocenie społecznej szkodliwości czynu¹¹⁸⁶.

Wskazać należy, że w jednym z kolejnych wyroków w zakresie przedmiotowej problematyki wydanych jeszcze w latach 90-tych, a już po wejściu w życie nowego k.k., zwraca uwagę stosunkowa swoboda w operowaniu zwrotami, pochodzącymi na wskroś z języka potocznego. Trudno jest bowiem odróżnić „reguły ostrożności” od „reguł przezorności”¹¹⁸⁷, a jako autorski wkład składu orzekającego uznać należy również odwołanie się do ich „ogólnego” charakteru¹¹⁸⁸.

W innym z kolei rozstrzygnięciu zwraca się uwagę na fakt, że ocena naruszenia norm ostrożności może być dokonywana również przez pryzmat winy¹¹⁸⁹, co jednak rodzi szereg wątpliwości i pytań. Uważna lektura treści tego uzasadnienia prowadzi do konkluzji, że mimo koncentracji na tych samych okolicznościach zostają one omówione w różnych kontekstach, co uwiarygodnia niestety przypuszczenie, że dyrektywy wymiaru kary spełniają w praktyce orzeczniczej jeszcze jedną funkcję, jaką jest dostarczenie zasobu aktualnych wyrażen językowych służących jako tworzywo do wypełniania treści uzasadnień sądowych.

Trudno ewolucję orzecznictwa SN w tej materii uznać za zakończoną¹¹⁹⁰. Wspomnieć należy w tym miejscu o orzeczeniu IV KK 374/06, zgodnie z którym „rażące i umyślne” naruszenie „zasad bezpieczeństwa” kształtuje wraz z prowadzeniem samochodu pod wpływem alkoholu taki katalog okoliczności obciążających, że usuwają one na dalszy plan przyczynienie się do wypadku drogowego pokrzywdzonej. Niemniej nie sposób powstrzymać się w tym miejscu od spostrzeżenia, iż pojawia się tutaj niebezpieczeństwo wartościowania owej społecznej szkodliwości czynu, która została już uwzględniona przy kształtowaniu ustawowego zagrożenia karą. Nawet zastrzeżenie, że przy ocenie społecznej szkodliwości na potrzeby wymiaru kary chodzi w pierwszej linii o ocenę formułowaną *in concreto*, w przeciwieństwie do oceny *in abstracto*, która jest podejmowana każdorazowo przez ustawodawcę, nie usuwa wymowy tego zarzutu, a jak to okazała analiza orzecznictwa przedstawionego w rozdziale VIII niniejszej pracy,

¹¹⁸⁶ Przypomnieć należy, że zgodnie bowiem z treścią art. 115 § 2 k.k.: „Przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych norm ostrożności i stopień ich naruszenia”.

¹¹⁸⁷ Oczywiście autor świadomy jest wyodrębnianego w doktrynie rozróżnienia pomiędzy regułami postępowania a regułami ostrożności czy staranności, z których te drugie i trzecie zawierają się w pierwszych (por. A. Barczak–Oplustil, „Reguły ostrożności...”, s. 8–14, Cz. I, Rozdział I, pkt 1–2.1. Czym jednak mają być owe reguły przezorności?

¹¹⁸⁸ WA 9/99, Lex Polonica nr 308747.

¹¹⁸⁹ SN w orzeczeniu WA 21/2003, Lex Polonica nr 370578, oceniając stanowisko sądu I instancji jako trafne, zwraca uwagę na to, iż „stopień zawinienia sprawcy, który w sposób rażący naruszając przepisy ruchu drogowego czołowo uderzył w jadący z przeciwka prawidłowo samochód, w wyniku czego poważne obrażenia ciała odniosły trzy osoby”, był wysoki.

¹¹⁹⁰ Czego dowodem może być orzeczenie IV KK 38/08, Lex Polonica nr 1952396, może nie tyle ze względu na treść uzasadnienia, lecz to, czego w tym uzasadnieniu brakuje, mimo, że winno było się tam znaleźć.

błędy w tym zakresie nie należą do wyjątków.

W obecnym więc kształcie ferowaniu wyroków odpowiadających społecznemu poczuciu sprawiedliwości towarzyszy operowanie stosunkowo mglistymi pojęciami. Nie ma przekonujących podstaw merytorycznych, aby wyodrębniać dwie kategorie norm ostrożności – podstawowych i tych pozostałych, zwłaszcza, że brak jest jasnych kryteriów w takiej typologii. W tej mierze linia klasyfikacyjna przebiegać winna zupełnie inaczej, co będzie jeszcze przedmiotem rozważań poniżej. Wreszcie zupełnie drugorzędne jest pytanie, ile norm ostrożności sprawca swoim czynem przekroczył – brak w tej mierze powszechnie stosowanych kryteriów ich wyodrębniania w doktrynie prawa karnego, a w niniejszej pracy reprezentowana jest teza, że mająca zastosowanie w danej sytuacji norma ostrożności jest zawsze ściśle jednostkowa (jest normą indywidualną i konkretną).

III. Przekroczenie normy ostrożności a wymiar kary w rozważaniach doktryny prawa karnego

1) Uwagi wprowadzające

Problematyka wymiaru kary posiada na gruncie polskiej nauki prawa karnego niezwykle obszerną literaturę¹¹⁹¹. Niewiele jednak opracowań bezpośrednio rozważa problematykę wpływu normy ostrożności na wymiar kary; nieznacznie obszerniejszych w tej mierze rozważań doszukać się można w literaturze kryminologicznej poświęconej charakterystyce przestępstw nieumyślnych¹¹⁹². Sytuację taką tłumaczyć należy przede wszystkim tym, że dopiero nowe brzmienie k.k. z 1997 r. zawiera wśród okoliczności wpływających na wymiar kary wprost odwołanie do norm ostrożności¹¹⁹³.

2) Przegląd stanowisk w literaturze

Na gruncie polskiej nauki prawa karnego ukazał się szereg kompleksowych studiów poświęconych zagadnieniom okoliczności wpływających na sędziowski wymiar kary¹¹⁹⁴. Część

¹¹⁹¹ Wskazać można w tym przypadku na przegląd bibliografii, który zamieszczony jest w pracy monograficznej V. Konarskiej-Wrzostek, op.cit., Toruń 2002, s. 223–239.

¹¹⁹² Przykładem może być B. Janiszewski, *„Wykonanie kary pozbawienia wolności wobec sprawców przestępstw nieumyślnych”*, Warszawa 1981.

¹¹⁹³ Co, jak się wydaje, mimo milczenia w tej mierze samych twórców obecnego k.k., jest wdrożeniem wyników ewolucji w orzecznictwie SN. Zob. też stwierdzenia poniżej.

¹¹⁹⁴ Do najważniejszych pozycji w tej mierze zaliczyć należy, w kolejności chronologicznej, pracę: M.L. Kuleszy, W. Śliwowskiego, *„Ustawowy a sędziowski wymiar kary”*, Wilno 1936, K. Buchały, *„Dyrektywy sądowego wymiaru kary”*, Warszawa 1964 oraz T. Kaczmarka, *„Ogólne dyrektywy wymiaru kary w teorii i praktyce sądowej”*, Wrocław

tych opracowań powstała jeszcze w okresie II RP¹¹⁹⁵. Bez szkicowego choćby przedstawienia zawartych w nich wątków nie sposób przejść do meritum rozważań w zakresie norm ostrożności w perspektywie wpływu na wymiar kary.

Rozważając problematykę wymiaru kary przez pryzmat społecznej szkodliwości przestępstwa, K. Buchała akcentuje, iż w praktyce orzeczniczej sędzia kierować się musi „*osobistym odczuciem*”, a wyważenie okoliczności relewantnych dla wymiaru kary odbywa się na zasadzie „*działań arytmetycznych*”¹¹⁹⁶. Autor ten, komentując propozycję wprowadzenia do k.k.¹¹⁹⁷ katalogu okoliczności łagodzących i obciążających zwraca uwagę na fakt, iż sprzeciwiało się by ono zasadzie indywidualizacji sankcji. Co więcej, ich katalog jest zależny od postrzegania roli dyrektyw wymiaru kary¹¹⁹⁸. Ten sam autor, nie odnosząc się wprawdzie do problematyki związku przekroczenia norm ostrożności z wymiarem kary, zwraca uwagę, iż przy realizacji dyrektywy prewencji szczególnej należy uporać się z podstawowym wyzwaniem, jakim jest adekwatna ocena osobowości sprawcy – w tej materii wskazuje on przede wszystkim na metodę analityczną. K. Buchała ogranicza się wszak do ogólnikowego stwierdzenia, że spośród okoliczności, które winny być tutaj uwzględniane znaczenie zasadnicze posiada „*sposób działania*”¹¹⁹⁹. Nadmienić może jeszcze warto, iż zdaniem autora i tak oparcie się na koncepcji prewencji szczególnej jest bardziej miarodajne niż tzw. teoria odpłaty¹²⁰⁰.

Punktem wyjścia rozważań innego autora zajmującego się nauką o karze w perspektywie teorii wymiaru kary – T. Kaczmarka, jest stwierdzenie pozornej tylko zbieżności pomiędzy brzmieniem ustawy a praktyką sędziowską. Wielokrotnie dochodzi bowiem do sytuacji, kiedy sędziowie bezrefleksyjnie posługują się ustawowymi pojęciami po to tylko, aby „*zapchać luki*” swojego rozumowania¹²⁰¹. W tym kontekście podkreśla on, że instytucje nie mogą czerpać swojej treści z okoliczności zewnętrznych, takich jak chociażby fakt dużej częstotliwości popełniania takich czynów w danej okolicy. Dalej tenże autor zauważa, iż w przypadku przestępstw popełnionych z „*winy nieumyślnej*” tradycyjnie postrzegane cele reedukacji na etapie wykonywania kary nie aktualizują się wobec braku potrzeb izolowania skazanego od jego

1980.

¹¹⁹⁵ Przykładem może być tutaj chociażby wskazane opracowanie M.L. Kuleszy, W. Śliwowskiego, op.cit. Gwoli ścisłości, zauważyć jednak należy, iż te chronologicznie pierwsze poważniejsze opracowanie monograficzne tego zagadnienia ogranicza się praktycznie do analizy materiału empirycznego, z którego wynika tendencja do wymierzania kar wolności w dolnych granicach (zob. tamże, s. 38–40).

¹¹⁹⁶ K. Buchały, „*Dyrektywy...*”, s. 123.

¹¹⁹⁷ Propozycję taką zawierał projekt kodeksu karnego z 1963 r. w postaci obszernych wyliczeń w artykułach 59 oraz 60 Projektu, zob. Komisja Kodyfikacyjna przy Ministrze Sprawiedliwości, „*Projekt Kodeksu Karnego z 1963 r.*”, s. 12–13.

¹¹⁹⁸ K. Buchała, op.cit., s. 127–132. Zwraca on w doku dalszych rozważań uwagę na niebezpieczeństwo, jakie zawarte jest automatycznie pojmowanym procesie sumowania okoliczności obciążających i łagodzących.

¹¹⁹⁹ K. Buchały, „*Dyrektywy...*”, s. 69.

¹²⁰⁰ K. Buchały, „*Dyrektywy...*”, s. 70.

¹²⁰¹ T. Kaczmarek, „*Ogólne...*”, s. 23 i cytowana tam literatura.

normalnego środowiska¹²⁰². W tej mierze właściwe z punktu widzenia potrzeb prewencji szczególnej ma być orzekanie kar niepolegających na pozbawianiu wolności, pod warunkiem uprzedniego przeprowadzenia kompleksowych badań osobowości sprawcy. Ten tok rozumowania zostaje jeszcze bardziej uelastyczniony stwierdzeniem autora, iż samo znaczące zróżnicowanie ustawowych sankcji – zwłaszcza pomiędzy przestępstwami umyślnymi i nieumyślnymi¹²⁰³ oraz szeregu instytucji modyfikujących zwyczajny wymiar kary – prowadzić musi do zastosowania różnych racjonalizacji kary. Stąd też kluczowe okazuje się wyszczególnienie okoliczności, które zostały uwzględnione przy wymiarze kary¹²⁰⁴. Przeprowadzona przez autora analiza 290 spraw karnych (w których występowało łącznie 357 sprawców) prowadzi do konkluzji, że w odniesieniu do podobnych kategorii sprawców przestępstw stypizowanych w jednym przepisie prawnokarnym, odmienności w wymiarze kary powiązane były z analogicznymi rozbieżnościami co do ich racjonalizacji¹²⁰⁵. Wszystko to powoduje, że praktyka sądowa przedstawia szereg mankamentów, które jednak częściowo są pochodną braków w teorii prawa karnego, a zwłaszcza braków w opracowaniu obiektywnego sposobu określania społecznego niebezpieczeństwa czynu¹²⁰⁶.

Pamiętać jednak należy, co zresztą zauważa sam autor, iż wśród czynników wpływających na społeczne niebezpieczeństwo (szkodliwość) czynu znajdują się także elementy podmiotowe, związane z nastawieniem sprawcy. Ich w pełni obiektywna ocena jest zawsze wyzwaniem, szczególnie dla sędziego nieposiadającego kwalifikacji z zakresu psychologii. Odnosząc ten postulat T. Kaczmarka do obecnie obowiązujących rozwiązań legislacyjnych, postulować należy konieczność przywiązywania większej uwagi do analizy przekroczenia normy ostrożności. Takie postępowanie odznacza się tym walorem, iż jest oparte o bardziej miarodajne kryteria niż wartościowanie motywacji sprawcy czy postaci zamiaru, która w trudnych przypadkach zabarwiona jest subiektywizmem. Nadto, ich większe wyeksponowanie w uzasadnieniach orzeczeń sądowych pozwoli usunąć nieco w cień generujące poważne trudności wyważanie właściwych proporcji pomiędzy różnymi celami kary, gdyż sposób zachowania się sprawcy wobec danej normy ostrożności ogniskuje w sobie wszystkie z nich. Jako właściwy obiektywny miernik można zastosować zaproponowaną poniżej klasyfikację, stanowiącą modyfikację tej zaprezentowanej przez V. Konarską-Wrzošek.

W literaturze zwraca się również uwagę na fakt, że ewentualne wcześniejsze przypadki

¹²⁰² Zresztą pod tym względem T. Kaczmarek „*Ogólne...*”, s. 55 wskazuje na wysławiane wielokrotnie stanowiska w literaturze, choćby w pracy L. Lernella, „*Podstawy nauki polityki kryminalnej*”, Warszawa 1967, s. 428–431.

¹²⁰³ T. Kaczmarek, „*Ogólne...*”, s. 76.

¹²⁰⁴ T. Kaczmarek, „*Ogólne...*”, s. 91.

¹²⁰⁵ T. Kaczmarek, „*Ogólne...*”, s. 129 i n.

¹²⁰⁶ Zwraca na to uwagę T. Kaczmarek, „*Ogólne...*”, s. 163, wskazując na opracowanie A. Krukowskiego, „*Spoleczna treść przestępstwa*”, Warszawa 1973, s. 212–234.

zachowań nieostrożnych, wyrażające się zwłaszcza w popełnianiu wykroczeń, nie powinny być uwzględniane na etapie wymiaru kary¹²⁰⁷. Na gruncie obecnie obowiązującego k.k., wobec brzmienia art. 53 § 2 jest to postulat o charakterze jedynie teoretycznym. Zgodnie wszak z argumentami podnoszonymi przez B. Janiszewskiego, okoliczności te nie wpływają w żaden sposób na „rozmiar bezprawia”, które jest zawsze odnoszone do czynu. Takie stanowisko jest jedynie jednym z możliwych; słusznym jest, że ustawodawca wytyczając ramy recydywy, odwołując się w tym zakresie pośrednio do cech charakteru sprawcy, wartościuje ją przez pryzmat nadzwyczajnego wymiaru kary. Nie sposób wszak, zwłaszcza na płaszczyźnie praktyki sądowej, uniknąć oceny osobowości sprawcy. To ona jest przecież podstawą oddziaływania wychowawczego. I w tym wąskim zakresie, wcześniejsze nieostrożne ujawnione zachowania sprawcy mogą posiadać znacznie dla wymiaru kary.

Z kolei w innej doniosłej pracy dla omawianego tutaj zagadnienia, jaką jest opracowanie monograficzne autorstwa J. Giezka, zwraca się uwagę na fakt, że sądowy proces wymiaru kary ma charakter formułowania wypowiedzi oceniających¹²⁰⁸, wśród których znaczenie posiadają okoliczności „zastępowalne uporządkowane według relacji preferencji” (a więc z wyłączeniem tych, pomiędzy którymi zachodzi relacja równocЕННОści, nawet takie, które są pozornie neutralne¹²⁰⁹).

Wskazać należy wszak, iż J. Giezek przyjmuje jako punkt wyjścia swoich rozważań metodę polegającą na tym, że uznaje się wpływ danych okoliczności w odniesieniu do hipotetycznego wymiaru kary, co jest rozwiązaniem wiążącym się z pewnymi wątpliwościami. O ile jest to zapewne rozwiązanie słuszniejsze od koncepcji tzw. średniego wymiaru kary¹²¹⁰, orientującej się w pierwszej kolejności na sankcji ustawowej, to operuje ona założeniem, iż, sędziowie dokonują eksperymentów myślowych polegających na rozważaniu, jaką karę wymierzyliby za dane przestępstwo, gdyby nie wystąpił określony stan faktyczny, który powoduje agrawację bądź złagodzenie wymiaru kary w oparciu o pewne formuły arytmetyczne. W praktyce obraz przestępstwa nie zawsze łatwo jest rozłożyć na takie czynniki pierwsze. Zresztą przeciwko takiemu postępowaniu zgłoszono już w nauce szereg zastrzeżeń¹²¹¹.

¹²⁰⁷ B. Janiszewski, „Powrót do przestępstwa jako <<okoliczność obciążająca>>”, RPEiS 1993, z. 1 oraz wypowiedź tego samego autora „Dyrektywy sądowego wymiaru kary – punkt widzenia nauki i praktyki” w: „O winie i zasadach karanie w historycznym rozwoju prawa”, Szczecin 2003, s. 11

¹²⁰⁸ J. Giezek „Okoliczności wpływające na sądowy wymiar kary”, Wrocław 1989, s. 18.

¹²⁰⁹ J. Giezek, op. cit., s. 34–36 oraz s. 51.

¹²¹⁰ Co do tej koncepcji, która była już rozważana w okresie międzywojennym por. krytyczne uwagi, które sformułował A. Berger, „Sędziowski wymiar kary”, Głos Sądownictwa 1936, s. 664, gdzie stwierdza on, iż „słuszność podanego na wstępie poglądu Sądu Najwyższego [chodzi o rozstrzygnięcie II K 476/35 – przypis M.B.] a opierającego się w pewnej mierze na obcych wymiarowi sprawiedliwości pierwiastkach mechaniczno–liczbowych, jest problematyczna”, zob. również W. Wolter, „Z problematyki wymiaru kary (średni wymiar kary)”, PiP 1958, z. 7.

¹²¹¹ W szczególności A. Zoll, „Niebezpieczeństwo czynu jako dyrektywa wymiaru kary”, NP 1969, nr 6, s. 947 przywołuje w tym kontekście dwa argumenty: 1) rozwiązanie takie zakłada poprawność przyjmowanej „taryfy” w większości spraw 2) polityka kryminalna jest zbyt dynamiczna, aby ustanowić tutaj jakiś względnie stały miernik.

Nie można wszak traktować tego w kategoriach błędu, jeżeli uwzględni się operowanie przez J. Giezka modelem sędziego idealnego. Objasnić należy, że zasadniczą właściwością badań naukowca z Wrocławia jest natomiast to, że spośród 280 analizowanych przezeń akt spraw karnych, wszystkie dotyczyły przestępstwa kradzieży z włamaniem lub kradzieży szczególnie zuchwałej. W ten sposób zrekonstruowany przez autora katalog 40 okoliczności obciążających oraz 28 okoliczności łagodzących, odnoszących się zarówno do osoby sprawcy jak i popełnionego czynu, nie zawiera wprost odniesienia do norm ostrożności¹²¹².

Niemniej jednak możliwe jest spojrzenie na zgromadzony materiał empiryczny z uwzględnieniem współczesnej optyki teorii prawa karnego. Prowadzi to do konkluzji, że w praktyce orzeczniczej występuje nieprawidłowa tendencja do hasłowego powoływania się na „wysoki” stopień społecznego niebezpieczeństwa (szkodliwości) czynu – niezależnie od tego czy wydany w danej sprawie wyrok jest względnie surowy czy też łagodny¹²¹³. Brak dostatecznego uzasadnienia przyjęcia tej okoliczności pozostaje problemem do dnia dzisiejszego, na który zwracano wielokrotnie już uwagę w toku prowadzonych rozważań – i to właśnie jest jednym z tych czynników, który powoduje, że pożądane jest bardziej szczegółowe pochylenie się sądów orzekających nad przekroczeniem przez sprawcę norm ostrożności. Jest to tym bardziej istotne, że jest to ważki element strukturalny materialnej (społecznej) treści przestępstwa¹²¹⁴.

Zarazem symptomatyczne jest to, że mimo znacznej częstotliwości powoływania „wysokiego stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu” w omawianych badaniach jako okoliczności obciążającej (192 dwa przypadki w 280 analizowanych sprawach) nie należały one do tych, które wywierają jakościowo największy wpływ na wymiar kary¹²¹⁵.

W prowadzonych przez J. Giezka rozważaniach ciekawa jest kwestia zasadności dokonywania przez sąd orzekający ewaluacji osobowości sprawcy. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem wrocławskiego autora: „absurdalne byłoby już obciążanie sprawcy ze względu na jego wiek, stan zdrowia czy właściwości osobowościowe (...)”¹²¹⁶. Pozytywne ustosunkowanie się do tego poglądu, u którego podstaw leży niewątpliwie słuszne przekonanie, że człowiek może odpowiadać tylko za to, co determinuje swoją wolą, nie może oznaczać całkowitego ignorowania przez sprawcę konieczności pracy nad sobą, aby usunąć te cechy charakteru, zwiększające znacznie prawdopodobieństwo popełnienia przez niego czynu zabronionego. Ta afirmacja nie

¹²¹² Co należy, jak się wydaje traktować jako pochodną rozpowszechnionego w judykaturze przekonania, że nieostrożność dotyczy przede wszystkim kategorii przestępstw nieumyślnych.

¹²¹³ J. Giezek, „Okoliczności...”, s. 65–66.

¹²¹⁴ J. Giezek, „Okoliczności...”, s. 147. Trafność sformułowanej tutaj konkluzji wspiera stwierdzenie J. Giezka, „Okoliczności...”, s. 149: „Cóż bowiem znaczy ogólnikowe stwierdzenie, że kara ma być współmierna do stopnia społecznego niebezpieczeństwa, a tym samym czynić zadość społecznemu poczuciu sprawiedliwości, jeśli nie zostaną uwzględnione konkretne okoliczności (...)”.

¹²¹⁵ J. Giezek, „Okoliczności...”, s. 123.

¹²¹⁶ J. Giezek, „Okoliczności...”, s. 81.

idzie wszak tak daleko, aby w jakimkolwiek zakresie akceptować koncepcję tzw. Lebensführungsschuld.

W tym kontekście warto wspomnieć jeszcze o niezasługującym na aprobatę stanowisku B. Mąkosy¹²¹⁷, która w kontekście odpowiedzialności karnej za przestępstwa nieumyślne, w przypadku których na wymiar kary zdecydowanie większy wpływ mieć będzie ocena przekroczenia normy ostrożności, podkreślała, iż brak było – pod rządami k.k. z 1969 r. – dostatecznej możliwości zróżnicowania sankcji za czyny popełniane nieumyślnie. To stanowisko nie jest z pewnością aktualne po wejściu w życie k.k. z 1997 r.

Nie recenzując natomiast wielowątkowego sporu na temat różnych dyrektyw wymiaru kary pod rządami poprzedniego k.k., wskazać należy na analizę zasad rządzących wymiarem kary na gruncie k.k. z 1969 r., autorstwa W. Woltera¹²¹⁸. Istotne jest wysłownienie poglądu, którego trafność nie może ulegać do dnia dzisiejszego wątpliwości i która stała się jednym z fundamentów prowadzonych tutaj rozważań: a mianowicie tego, że stopień społecznej szkodliwości (niebezpieczeństwa) jest także znamię konkretnego czynu, a nie jedynie ustawowo określonej sankcji za dany typ przestępstwa¹²¹⁹.

Innym wszak problemem, który nie zostaje rozstrzygnięty w literaturze tym kontekście, jest pytanie o elementy strukturalne społecznej szkodliwości czynu¹²²⁰. Szczególną trudność w tej mierze upatrywać należy w tym, iż naukowe prace poświęcone tej kwestii zorientowane były raczej na uporządkowanie piętrzących się w doktrynie wątpliwości niż na jednostkową egzegezę czynników tą społeczną szkodliwość czynu konstytuujących¹²²¹. W konsekwencji, część

¹²¹⁷ B. Mąkosa, „Ustawowy i sędziowski wymiar kary za przestępstwa nieumyślne”, PiP 1979, z. 4, s. 61.

¹²¹⁸ W. Wolter, „Zasady wymiaru kary w kodeksie karnym z 1969 r.”, PiP 1969, z. 10.

¹²¹⁹ W. Wolter, „Zasady...”, s. 514, co stanowi zarazem polemikę wobec stanowiska K. Buchały wyrażonego w opracowaniu „Ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary w projekcie kodeksu karnego” PiP 1969 z. 2, s. 11. Tej również dyrektywie przypisano najdalej idące znaczenie w głównym nurcie debaty o dyrektywę wiodącą zob. A. Zoll, „Niebezpieczeństwo...”, s. 943–945.

¹²²⁰ Samych rozważań poświęconych temu pojęciu w prowadzonej debacie nie brakuje, czego dowodem może być wypowiedź I. Andrejewa, „O <<Społecznej szkodliwości>> w związku z dyrektywami co do wymiaru kary”, NP 1957, z. 12.

¹²²¹ Tak więc przykładowo Z. Sienkiewicz, „Funkcja społecznego niebezpieczeństwa czynu”, Warszawa 1977, s. 61, uważa za wystarczającą w tej mierze ugruntowaną linię orzeczniczą SN, stwierdzając iż „sprawa ta [przedmiotowych elementów społecznej szkodliwości czynu – przypis M.B.] nie nasuwa zasadniczych wątpliwości” i właściwie sprowadza się do – jak to stanowiło uzasadnienie do k.k. do „całokształtu elementów przedmiotowych i podmiotowych” zob. eadem, op.cit. s. 94). Również analiza materiału empirycznego ujawnia, iż dla praktyki istotne było ujęcie podmiotowo–przedmiotowe (zob. Z. Sienkiewicz, op.cit., s. 127). Natomiast w opracowaniu M. Cieślaka, „Wytoczne Sądu Najwyższego w sprawie wymiaru kary, a problem społecznego niebezpieczeństwa”, Palestra 1958, nr. 7–8, s. 79, gdzie podkreśla się, iż w przypadku pojmowania go, tak jak czyniła ówczesnie większość doktryny prawa karnego, tj. subiektywno–obiektywnie, jest to nie więcej niż „po prostu tyle, że sądy powinny uwzględniać stopień ciężkości przestępstwa, a więc rzecz oczywistą samą przez się”. Tutaj uwidacznia się pewne uproszczenie, którego dokonuje autor, czego dowodzi przykład, którym sam się posługuje – a mianowicie rzekomy fakt, że „manko na kwotę 100 000 zł przedstawia taką samą szkodliwość” zarówno w odniesieniu do kategorii przestępstw umyślnych jak i nieumyślnych. W pewnym sensie tak jest istotnie, ale uproszczeniem było sprowadzenie społecznej szkodliwości czynu wyłącznie do wartościowania w kategoriach szkody. Nie trzeba przecież chyba wskazywać, że relewantne mogą tutaj być także inne czynniki, jak chociażby przekroczone normy ostrożności, sposób zachowania się pokrzywdzonego etc.

przedstawicieli doktryny zdecydowanie wystąpiła przeciwko odwoływaniu się do tego pojęcia, zwłaszcza na etapie wymiaru kary, argumentując, iż „*utrudnia to wyrokowanie*”¹²²², przez to, iż ustalenie jego treści sprawia nadzwyczaj dużo trudności. Uwagi te, jak i ta dyskusja, wydają się być obecnie anachroniczne, natomiast pytanie o zasadność posługiwania się tym pojęciem, które zostało do tekstu normatywnego ustawy wprowadzone w okresie zmian k.k. w końcu lat 40-tych XX wieku pozostaje otwarte po dzień dzisiejszy¹²²³. Jako przykład autorskiego rozumienia tego pojęcia wskazać można na pogląd K. Buchały, iż przy indywidualnym wymiarze kary dla poszczególnych przestępców uzależniona ona zostaje od „*czynnika pozaformalnego, jakim jest typ przestępstwa (...) oceniany na tle sytuacji społecznej*”¹²²⁴.

Szereg nowych obserwacji zostało wyrażonych już pod rządami obecnego k.k. Kodeks ten stworzył zdecydowanie szersze ramy do stosowania nieizolacyjnych kar¹²²⁵, które pomimo pewnych wyzwań w ich stosowaniu, wydają się być najtrafniejszym sposobem reakcji na przestępstwa nieumyślne. Mimo to, już niebawem po jego uchwaleniu przygotowano radykalne propozycje zmian norm regulujących wymiar kary¹²²⁶, które ze względu na swoją pochopność spotkały się z uzasadnioną krytyką przedstawicieli nauki prawa karnego¹²²⁷, zwłaszcza ze względu na oparcie ich na wypatrzonych danych empirycznych¹²²⁸. I one nie odnosiły się do wartościowania wpływu przekroczenia normy ostrożności na wymiar kary. Ukazuje to pewien

¹²²² I. Andrejew, „*O <<Społecznej szkodliwości>> ...*”, s. 5 i n.

¹²²³ Gwoli ścisłości zaakcentować należy jednak, że odnosi się ono do pojęcia wykoncypowanego w doktrynie niemieckiej, a jako jeden z jego autorów wskazywany jest F. v. Liszt, „*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*”, Berlin 1914, s. 145.

¹²²⁴ Szczególnie ten ostatni człon *quasi*-definicji może budzić pewne wątpliwości – zob. K. Buchała, „*Sądowy wymiar kary w nowym kodeksie karnym*”, Palestra 1969, z. 7, s. 19.

¹²²⁵ Odnotować jednak należy, że w początkowym okresie obowiązywania k.k. sądy nie czyniły użytku z nowej regulacji w stopniu dostatecznym, czego dowodzi opracowanie T. Szymanowskiego, „*Polityka karna sądów u progu nowej kodyfikacji*”, PiP 2000, z. 1, s. 35, podczas gdy obecnie, jak wiadomo, jest wprost przeciwnie, co stanowiło bodziec do podjęcia prac nad reformą prawa karnego w latach 2012–2014 przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego przy Ministerstwie Sprawiedliwości.

¹²²⁶ W tym rezygnacje z obecnej treści art. 58 k.k., który dla przypomnienia stanowi, iż „*§ 1. Jeżeli ustawa przewiduje możliwość wyboru rodzaju kary, sąd orzeka karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania tylko wtedy, gdy inna kara lub środek karny nie może spełnić celów kary. § 2. Grzywny nie orzeka się, jeżeli dochody sprawcy, jego stosunki majątkowe lub możliwości zarobkowe uzasadniają przekonanie, że sprawca grzywny nie uiści i nie będzie jej można ściągnąć w drodze egzekucji. § 2a. Kary ograniczenia wolności związanej z obowiązkiem, o którym mowa w art. 35 § 1, nie orzeka się, jeżeli stan zdrowia oskarżonego lub jego właściwości i warunki osobiste uzasadniają przekonanie, że oskarżony nie wykona tego obowiązku. § 3. Jeżeli przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat, sąd może orzec zamiast kary pozbawienia wolności grzywnę albo karę ograniczenia wolności do lat 2, w szczególności jeżeli orzeka równocześnie środek karny; karę ograniczenia wolności wymierza się w miesiącach i latach. § 4. Przepisu § 3 nie stosuje się do sprawcy występku o charakterze chuligańskim oraz do sprawcy przestępstwa określonego w art. 178a § 4.*”.

¹²²⁷ Szczególnie znamieny pod tym względem jest artykuł A. Zolla, „*Zasady wymiaru kary w projekcie zmiany kodeksu karnego*”, PiP 2001 z. 1, s. 3 i n., zwłaszcza s. 4. Na szczęście projekty te, charakteryzujące się tendencją powrotu do starych rozwiązań k.k. z 1969 r., nie weszły w życie.

¹²²⁸ Co do uwag w zakresie wymiaru kary zob. K. Krajewski, „*Przestępczość w Polsce w latach dziewięćdziesiątych*” CzPKiNP 2003, z. 1, s. 189, gdzie odnosząc się do uzasadnienia tzw. prezydenckiego projektu nowelizacji Kodeksu Karnego o z dnia 20 grudnia 2001, Druk Sejmowy 181, CzPKiNP 2003, z. 1, s. 37–70 proponowanych zmian, stwierdzono, iż: „*po prostu nie odpowiadają prawdzie i stanowią zniekształcenie wyników badań wiktymalizacyjnych.*”.

niewątpliwy fakt, jakim jest nie tylko chaos w polskiej debacie z zakresu nauki o karze, ale także jego znaczną podatność na czynniki zewnętrzne o charakterze nienaukowym. Przekłada się to niewątpliwie na brak jednolitości w orzecznictwie. Na pewno wszak jego rozwiązaniem nie jest „*powiązanie na stałe z pracą sądów kadry dziennikarzy piszących na te tematy*”¹²²⁹.

Podsumowując tą część rozważań, stwierdzić można, że polska doktryna prawa karnego jest pogrążona w pewnej niekonsekwencji – przyjęciu doniosłości norm ostrożności dla wszystkich bądź znacznej większości typów przestępstw nie towarzyszą szersze rozważania nad ich relewancją z punktu widzenia problematyki wymiaru kary. W tej mierze rysuje się poważna dysharmonia pomiędzy sferą nauki o przestępstwie a nauki o karze, dysharmonia, która z jednej strony uwypukla rolę orzecznictwa, z drugiej jednak utrudnia korygowanie braków w tym pierwszym. Przekroczenie normy ostrożności, obecnie traktowane względnie ogólnikowo w judykaturze, wymaga większej uwagi, szczególnie na etapie sporządzania uzasadnień sądowych. Takie podejście nie ma celu przesłaniania elementów strony podmiotowej, których doniosłość w procesie wymiaru kary nie ulega żadnej wątpliwości¹²³⁰, lecz ma na celu ułatwić wnioskowanie z okoliczności przedmiotowych o przebiegu procesów wewnętrznych u sprawcy czynu zabronionego.

3) Naruszenie norm ostrożności w perspektywie kryminologicznej a zagadnienie wymiaru i wykonywania kary

W literaturze z pogranicza prawa karnego i kryminalistyki zwraca się uwagę na fakt, iż w powszechnej świadomości obecne jest przekonanie, iż sprawcy przestępstw nieumyślnych należą do zupełnie innej kategorii osób niż sprawcy przestępstw umyślnych. Obrazować to mają wyniki badań empirycznych nad osobowościami sprawców, gdzie zauważa się, iż są to sprawcy incydentalni, niejako „*z przypadku*”¹²³¹. Niemniej jednak, dzięki wnikliwej analizie danych empirycznych, przekonanie to poddano częściowo w wątpliwość. Wydaje się, że sprawcy przestępstw nieumyślnych nie tworzą jednorodnej grupy¹²³². Do takiej konkluzji doszedł zwłaszcza B. Janiszewski, analizując akta 230 skazanych sprawców, spośród których 49,1 % przejawia pewne objawy demoralizacji¹²³³. Z kolei przeciwstawne poglądy, wskazujące na pewne

¹²²⁹ Z. Kubec, „*Sędziowski wymiar kary*” NP 1959, z. 12, s. 22. Naturalnie z dzisiejszej perspektywy można to traktować tylko jako anachroniczną ciekawostkę czasów komunizmu lat 50-tych i jego wizji kształtowania prawa represyjnego.

¹²³⁰ P. Marciniakiewicz, „*Motywacja sprawcy czynu zabronionego jako przesłanka odpowiedzialności karnej*”, Prokur. i Prawo 2011, z. 5, s. 37–38.

¹²³¹ Na takim stanowisku stał T. Cyprian w opracowaniu „*Problem kary za przestępstwa drogowe*”, PiP 1962, z. 4, s. 624.

¹²³² Co było poglądem reprezentowanym zwłaszcza przez P. Zakrzewskiego w artykule „*Badania z zakresu kryminologicznej problematyki przestępstw drogowych*” Przegląd Penitencjarny i Kryminologiczny 1971, z. 4.

¹²³³ B. Janiszewski, „*Wykonanie...*”, s. 63. Taki sam charakter mają dane przytoczone przez tego samego autora, który

cechy wspólne charakteryzujące kategorię sprawców przestępstw nieumyślnych rażą ogólnością owych wskazywanych podobieństw¹²³⁴.

Zarazem przedstawione w literaturze badania usprawiedliwiają mimo wszystko przyjęcie odmiennego sposobu postępowania ze sprawcami przestępstw nieumyślnych, czego wyrazem jest obserwacja poznańskiego autora, iż wśród sprawców przestępstw nieumyślnych brak jest osób, które cechują się „*przejawami postaw antysocjalnych, dys socjalnych czy pseudosocjalnych*”¹²³⁵. Konstatacja ta pozostaje chyba aktualna do dnia dzisiejszego, czego znakomitym wyrazem jest brzmienie art. 58 k.k., którego treść sprowadza się w praktyce do tego, iż w odniesieniu do zdecydowanej większości przestępstw nieumyślnych zastosowanie kary pozbawienia wolności będzie wymagało szczególnego uzasadnienia¹²³⁶. Konweniuje to ze stwierdzeniem, że, wobec sprawców przestępstw nieumyślnych trudno jest mówić o tradycyjnie pojmowanej resocjalizacji: stosowniej byłoby się odnosić się do szczególnych potrzeb wychowawczych. Jak słusznie zauważa B. Janiszewski, nie może to sprowadzać się do bezrefleksyjnego „*egzekwowania dyscypliny zakładowej*”¹²³⁷. Stąd też pewną aktualność do dnia dzisiejszego zachowuje dokonany przez tego autora podział sprawców przestępstw nieumyślnych na cztery grupy diagnostyczne, która umożliwia ich właściwą dyferencję i ustalenie sposobu oddziaływania penitencjarnego. Mimo stosunkowo dobrej praktyki oddziaływanie to było w momencie tworzenia opracowania przez poznańskiego badacza wolne od niedociągnięć¹²³⁸. Bardziej frapujące jest jednak to, że autor w swoim opracowaniu nie dostrzega faktu, że u przyczyn części przynajmniej przestępstw nieumyślnych leży brak odpowiednich kompetencji, który prowadzi do wyboru niewłaściwych metod postępowania, jak chociażby w przypadku lekarza dokonującego nieprawidłowego zabiegu medycznego. To prowadzi często właśnie do przekraczania norm ostrożności. W takim przypadku zasadne jest pytanie, czy celem oddziaływania wino pozostać jedynie skłonienie bardziej trzeźwej oceny własnych możliwości czy też może pogłębienie posiadanej wiedzy. W przypadku pozytywnej odpowiedzi wyłącznie na to drugie pytanie, istotne jest ustalenie, jak to zamierzenie

podkreśla, że nie jest prawdą, że sprawcy przestępstw nieumyślnych posiadają wyższy cenzus wykształcenia, zob. idem, op.cit., s. 50.

¹²³⁴ Przykładem takich obserwacji może być charakter działania „*na własną szkodę*”, na który zwraca uwagę L. Lernell, zob. „*Współczesne zagadnienia polityki kryminalnej*”, Warszawa 1978, s. 298.

¹²³⁵ B. Janiszewski, „*Wykonanie...*”, s. 77. Ciekawa jest również obserwacja autora, op.cit., s. 51, że sama demoralizacja jest „*jakościowo inna niż grupie skazanych za przestępstwa umyślne*”.

¹²³⁶ Jest to konsekwencją brzmienia art. 58 § 1 w zw. z art. 58 § 3 k.k. Jedynie wobec kilku przestępstw zasada ta nie będzie znajdowała zastosowania, co dotyczy w szczególności czynów stypizowanych w art. 173 § 4, 177 § 2, 354 § 2 czy 355 § 2, które zagrożone są karami pozbawienia wolności w wymiarze przekraczającym 5 lat. Zresztą jest to pożądana sytuacja wobec nadużywania tego środka represji pod rządami k.k. z 1969 r. Zob. K. Krajewski, op.cit., s. 192–193.

¹²³⁷ B. Janiszewski, „*Wykonanie...*”, s. 80.

¹²³⁸ B. Janiszewski, „*Wykonanie...*”, s. 147. Wyrazić można w tym miejscu nadzieję, że w polskiej doktrynie przeprowadzone zostaną badania, które umożliwią zweryfikowanie, w jakim stanie znajduje się obecna praktyka penitencjarna w tym zakresie.

miałoby być najskuteczniej realizowane w warunkach kar wolnościowych¹²³⁹.

Inną, niezwykle istotną kwestią jest problem adekwatnej możliwości zapobiegania przestępstwom nieumyślnym, w których, jak wiadomo, przekroczenie normy ostrożności jest szczególnie wyeksponowane i jest podstawowym czynnikiem, który uwzględniać należy w procesie oddziaływania na etapie wymiaru kary. Doniosłości tego faktu nie może przesłaniać okoliczność, że przestępstwa nieumyślne stanowiły i stanowią mniejszość spośród ogółu skazań¹²⁴⁰. Słusznie podkreśla się bowiem w doktrynie, że występujące różnice w ujmowaniu nieumyślności, widoczne szczególnie jaskrawo na tle poprzedniego stanu prawnego prowadzą do pytania „czemu należy wówczas właściwie zapobiegać?”¹²⁴¹. Wypracowane przez kryminologów konkluzje brzmią następująco: sprawcy przestępstw nieumyślnych charakteryzują się przejawem nadmiernego indywidualizmu, który skłania ich do stawiania własnych potrzeb przed powszechnymi standardami społecznymi¹²⁴². Obserwacje te, wskazujące na swoistą etiologię przestępstw, tradycyjnie uznawanych za te „z nieostrożności” stały jednym z istotnych czynników powodujących utworzenie autonomicznych zakładów karnych dla sprawców tej kategorii¹²⁴³. Twierdzenia te zostały potwierdzone cytowanymi powyżej badaniami, które wskazują, iż sprawcy przestępstw nieumyślnych nie tworzą „jakieś subkultury, która opierając się na własnym systemie wartości, aprobuje zachowania przestępcze”¹²⁴⁴. Ekstrapolując konstatacje tych badań, łatwo jest je przenieść na grunt sprawców dokonujących naruszeń innych norm ostrożności.

4) Koncepcja V. Konarskiej-Wrzosek. Stanowisko własne

Skrótowy przegląd ważniejszych pozycji w literaturze karnistycznej jak i

¹²³⁹ Stawia to pytanie, czy niezwykle represyjny – na skutek szeregu nowelizacji – katalog środków karnych z art. 39 k.k., składający się z różnych, dolegliwych zakazów, których zgodność z Konstytucją RP jest nierzadko poddawana w wątpliwość zawiera trafne metody reakcji na problematykę przestępstw nieumyślnych w nowoczesnym, technicznym społeczeństwie.

¹²⁴⁰ Według opracowania B. Mąkosy, „Przestępstwa nieumyślne w świetle statystyki skazań”, PiP 1978, z. 10, s. 102, czyny takie stanowiły „zaledwie (...) 7% globalnej liczby skazań”. Obecnie analiza danych statystycznych gromadzonych przez Ministerstwo Sprawiedliwości ujawnia, że przynajmniej w zakresie przestępstw określonych w części szczególnej k.k. liczba taka wynosi 8161 z 404 490 skazanych w roku 2012, co stanowi wartość jeszcze mniejszą niż w poprzednim stanie prawnym (zob. Ministerstwo Sprawiedliwości, „Prawomocnie skazani dorośli wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary – czyn główny. Rok 2012”, dane statystyczne dostępne na stronie ms.gov.pl/, ostatni odczyt w dniu 02.02.2014 r.

¹²⁴¹ B. Hołyst, J. Waszczyński, „Prawnokarne i kryminologiczne problemy zapobiegania przestępstwom nieumyślnym”, NP 1978, z. 9.

¹²⁴² S.n., „Infracciones commises par imprudence: méthodes et moyens de leur répression, Raport general, Moscou”, 19–24 grudnia 1977, s. 5, cytowane za B. Hołyst, J. Waszczyński, op.cit., s. 1243. Ci sami autorzy wskazują na trzy zasadnicze przyczyny przestępstw nieumyślnych, a więc: 1) brak zabezpieczeń technicznych i organizacyjnych 2) braki w wykształceniu zawodowym oraz 3) wadliwość lub braki w działalności właściwych organów. Nadto B. Hołyst i J. Waszczyński podkreślają „niedopisanie psychiczne człowieka wobec maszyny”. Pozostawiając na uboczu kwestie, czy chodzi tutaj w istocie łącznie o cztery czy też raczej trzy przyczyny, wydaje się, że takie opisanie ich etiologii zachowało aktualność do dnia dzisiejszego.

¹²⁴³ B. Hołyst, J. Waszczyński, op.cit., s. 1251.

¹²⁴⁴ B. Janiszewski, „Wykonanie...”, s. 174.

kryminalistycznej nie dostarczył propozycji gotowych rozwiązań dla problematyki relacji norm ostrożności oraz wymiaru kary i świadczy raczej o braku systematycznej refleksji w tej materii. Stąd też właściwe wydaje się, aby omówić jeden z nielicznych wyjątków w tej kwestii, jakim jest monografia V. Konarskiej–Wrzostek, pochodząca z roku 2002.

Postrzega ona jako jeden z przykładów okoliczności uwzględnianej w ramach tzw. dyrektyw sprawiedliwościowych „*rodzaj naruszonych norm ostrożności i stopień ich naruszenia*”¹²⁴⁵. Ich zbiorcze omawianie pozwala na przyjęcie, że toruńska autorka decydujące znaczenie przypisuje łączącemu ich spójnikowi koniunkcji, co spotkać się musi naturalnie z uznaniem. Z dużo większym sceptycyzmem podejść należy za to do kategorycznego stwierdzenia, iż okoliczność ta posiada znaczenie wyłącznie przy części przestępstw nieumyślnych¹²⁴⁶. W chwili obecnej jawi się to jako zbyt jednostronne przedstawienie stanu dyskusji w polskiej nauce prawa karnego, w której część autorów już od dłuższego czasu akcentuje doniosłość norm ostrożności także przy przestępstwach umyślnych¹²⁴⁷, w tym także autor niniejszej pracy. Decydujące znaczenie trudno wszak przyznać wyróżnianiu przez część karnistów kategorii czynów, u których podstaw leży „*brak odpowiedniej wiedzy*” czy też „*brak czasu*”¹²⁴⁸. Wyobrazić sobie można sytuację, w której kierowca pojazdu mechanicznego na skutek niewłaściwej obserwacji drogi nie dostrzega przydrożnego znaku, nakazującego zmniejszyć prędkość, w wyniku czego powoduje tzw. wypadek komunikacyjny ze skutkiem śmiertelnym, a więc czyn określony w art. 177 § 2 k.k. Trudno zaprzeczyć, że bezpośrednią przyczyną tego czynu był brak wiedzy wywołany zaburzeniem w prawidłowym odbieraniu informacji, przy czym trudno przyjąć, że w takiej sytuacji nie dochodzi zarazem do przekroczenia normy ostrożności.

Niemniej jednak zdecydowanie bardziej doniosła jest próba opracowania „*trójstopniowej gradacji reguł*” dokonana przez V. Konarską–Wrzosek. Wyróżnia więc ona w rezultacie spośród norm ostrożności:

- 1) reguły fundamentalne
- 2) reguły podstawowe oraz
- 3) reguły szczególnej ostrożności¹²⁴⁹.

Zgodnie z ujęciem V. Konarskiej–Wrzostek, te pierwsze z nich mają na celu

¹²⁴⁵ V. Konarska–Wrzostek, „*Dyrektywy...*”, s. 90.

¹²⁴⁶ Ibidem, gdzie stwierdza ona, iż „*(...) nie wszystkie czyny popełniane są na skutek niezachowania norm ostrożności*”.

¹²⁴⁷ Przykładem może być J. Giezek, „*Przyczynowość...*”, s. 96.

¹²⁴⁸ V. Konarska–Wrzostek, „*Dyrektywy...*”, s. 90–91. Na marginesie zaakcentować należy, iż wyszczególnione przez V. Konarską–Wrzostek czynniki wpływać mogą co najwyżej na ocenę motywacji sprawcy czynu zabronionego, niemniej trudno byłoby posunąć się do stwierdzenia, iż pożądanym sposobem zmiany motywacji przestępców jest organizacja zakładów karnych w formie „*zarabiających na siebie farm*” (por. taką właśnie propozycję M. Derlatki, „*Motywacja w sądowym wymiarze kary*”, Prokur. i Prawo 2012, z. 6, s. 36).

¹²⁴⁹ V. Konarska–Wrzostek, „*Dyrektywy...*”, s. 91.

zagwarantowanie pewnego minimum bezpieczeństwa, a więc, posługując się podanym przez nią przykładem: „*loty samolotów powyżej określonej pewnej wysokości*”¹²⁵⁰, drugą natomiast grupę charakteryzuje to, że zabezpieczają one postępowanie „*lege artis w każdej dziedzinie*”¹²⁵¹. Trzeci element tych reguł odnosi się do tych z nich, które zabezpieczają bezpieczeństwo na „*najwyższym, możliwym poziomie*”¹²⁵². Ich przestrzeganie nie jest obowiązkiem wszystkich, lecz jedynie określonego kręgu podmiotów, jak chociażby osób posiadających stanowisko gwaranta. Konsekwentnie, największy stopień społecznej szkodliwości wystąpi w sytuacji naruszenia reguł określonych jako fundamentalne, najmniejszy zaś w odniesieniu do reguł szczególnej ostrożności.

Ciekawa próba klasyfikacji podjęta przez autorkę z Torunia spotkać się musi z uznaniem jako nowatorska na gruncie polskiej nauki prawa karnego. Niemniej z dzisiejszej perspektywy, odległej o ponad 10 lat od chwili wydania omawianej monografii, nie sposób przemilczeć wobec niej pewnych zastrzeżeń. W pierwszej kolejności wskazać należy, że wyróżnianie różnych kategorii norm ostrożności ze względu na ich ważność niesie za sobą spore niebezpieczeństwo arbitralności – w praktyce sądowej niewiele wszak miejsca poświęca się należytemu uzasadnieniu zastosowanego wymiaru kary, a dotychczasowy przegląd judykatury SN prowadzi do wniosku, że stosowanemu czasami wyróżnieniu „*podstawowych zasad*” nie towarzyszą obszerniejsze w tej materii rozważania. Co więcej, zasadnym jest pytanie, czy nie byłoby konieczne zasięgnięcie opinii biegłych celem ustalenia, iż pewna reguła ma charakter fundamentalny; czy chociażby tego, na jakich podmiotach ciąży obowiązek przestrzegania najwyższych standardów bezpieczeństwa. Dodatkowa trudność z tym związana to ustalanie tego charakteru *ex ante*, stąd też pożądane byłoby opracowanie w tej mierze adekwatnych kryteriów¹²⁵³. Tego w opracowaniu toruńskiej badaczki brakuje.

Niemniej korzystając z opracowania V. Konarskiej-Wrzostek pokusić się można o utrzymanie zaproponowanej przez nią trójstopniowej klasyfikacji – zasadnej jak się wydaje tylko w aspekcie wymiaru kary – po wprowadzeniu pewnej jej modyfikacji. Otóż w pierwszej kolejności należy wziąć pod uwagę zarysowany już w innym miejscu jednolity formalnie charakter wszystkich norm ostrożności, wyrażający się choćby w tym, że wszystkie normy ostrożności są normami indywidualnymi i konkretnymi.

Mając to na uwadze, istnieje konieczność dużej powściągliwości w dokonywaniu ich klasyfikacji – pożądane jest wyodrębnienie tej kategorii rudymenarnych „*reguł*” (tzw. „*powszechnych norm ostrożności*”), która wiąże wszystkich uczestników życia społecznego

¹²⁵⁰ Ibidem.

¹²⁵¹ Ibidem.

¹²⁵² Ibidem.

¹²⁵³ Jest to analogiczne pytanie jak to dotyczące standardu ostrożności i właściwego momentu jego oceny, stąd też poczynione w tamtym kontekście uwagi można przenieść – zob. w tej mierze Rozdział VII pracy.

niezależnie od posiadania fachowej wiedzy w danej dziedzinie. W ten sposób wyższym stopniem społecznej szkodliwości odznaczać się będzie czyn polegający na przeprowadzeniu operacji z pozostawieniem w ciele pacjenta narzędzi chirurgicznych na skutek błędu w ich przeliczeniu, niż nieprawidłowe wykonanie cięcia chirurgicznego. Podobnie też będzie w przypadku świadomego prowadzenia przez kierowcę samochodu z uszkodzonym systemem hamulcowym w porównaniu z sytuacją, gdy doprowadzi się do tego samego nawet skutku, ale wykonując wyłącznie nieprawidłowo manewr obronny w postaci niewłaściwego hamowania. Dla każdego oczywiste być powinno, że te wymienione jako pierwsze zachowania są głęboko społecznie nieakceptowalne. Przykładem w tej mierze nie będzie z kolei lot samolotu poniżej pewnej wysokości, gdyż jest to przykład zachowania normy ostrożności stanowiącej część wiedzy fachowej, zróżnicowanej w zależności od typu maszyny latającej oraz okoliczności lotu¹²⁵⁴. W konsekwencji znacznie obszerniejszy stanie się jednorodny katalog norm ostrożności odnoszący się do zachowań w danej sferze ludzkiej aktywności (tzw. „szczególne normy ostrożności”).

W odniesieniu do norm ostrożności gwarantujących bezpieczeństwo na najwyższym możliwym poziomie wskazać należy, że nawet jeżeliby przyjąć, że takie wymagania można nałożyć na adresata norm prawnokarnych jedynie w obliczu przyjęcia przez niego pozycji gwaranta¹²⁵⁵ i zarazem, iż w żadnym innym przypadku nie jest to możliwe, to i tak byłyby to stwierdzenia bardzo mylące. Fakt przyjęcia bowiem pozycji gwaranta nie może prowadzić do narzucenia tej osobie przestrzegania norm ostrożności „na najwyższym możliwym poziomie”, abstrahując całkowicie od zagadnienia tzw. standardu ostrożności. Co więcej, zauważyć wypada, że wiążące gwaranta normy ostrożności będą miały bądź to charakter norm podstawowych, bądź to charakter norm szczególnych, tj. związanych ze szczególną wiedzą danego podmiotu. Stąd też wydaje się, że klasyfikację V. Konarskiej–Wrzosek można zasadniczo uprościć, nie pozbawiając ją tkwiącego w niej waloru.

W zależności do rodzaju przekroczonej normy ostrożności uwzględnić to wypadnie przy refleksji nad wymiarem kary sprawcy czynu zabronionego¹²⁵⁶.

Tak zarysowana propozycja doprecyzowania ogólnej „dyrektywy sprawiedliwościowej” rozpatrywana musi być na tle sformułowanych w nauce ogólnych koncepcji kształtowania

¹²⁵⁴ Inne są bowiem dopuszczalne minimalne wysokości przelotów w odniesieniu do obszarów zabudowanych, inne w korytarzach powietrznych prowadzących bezpośrednio do lotnisk, inne wreszcie w trakcie powietrznych akrobacji czy w odniesieniu do lotnictwa wojskowego. Trudno w tej mierze o podanie tak jednoznacznej normy jak ta, zakazująca w jakiegokolwiek sytuacji pozostawiać skalpeli operacyjnych w ciele pacjenta. Przykładem tym nietrafnie posługuje się V. Konarska–Wrzostek, „Dyrektywy...”, s. 91–92.

¹²⁵⁵ M. Kliś, op.cit., s. 185.

¹²⁵⁶ Niemniej podkreślić należy, że problematyczne w tej mierze byłoby zastosowanie jakiegoś matematycznego wzoru. Jest to bowiem objęte zakresem swobody sędziowskiej. Postulować należy, aby te rozważania były bardziej precyzyjne i odnoszące się do tej instytucji. Jak bowiem pokaże analiza praktyki orzecniczej sądów powszechnych, w tym zakresie jest jeszcze wiele do poprawy.

odpowiedzialności za przestępstwa nieumyślne, która na gruncie nauki polskiej nie jest w pełni homogeniczna¹²⁵⁷. Według teorii obiektywnej, która sformułowana została przez A. Bachracha¹²⁵⁸, decydować ma tutaj przeświadczenie, że gwałtowne zmiany zachodzące w świecie techniki prowadzić winny do ustalenia wymiaru odpowiedzialności w zależności od rozmiaru spowodowanej szkody. W podobnym duchu wypowiada się T. Cyprian, aczkolwiek stanowisko tego ostatniego jest o tyle bardziej rozbudowane, że czyni on rozróżnienie pomiędzy sprawcami, którzy sprowadzili wypadek na skutek braku sprawności psychofizycznej, a celowym uchybieniem obowiązujących przepisów czy też wreszcie przynależnością do grupy tzw. „piratów drogowych” i kierowców kierujących pod wpływem alkoholu¹²⁵⁹. Nadmienić należy w tym kontekście, że ten pierwszy przypadek wymaga szczególnie uważnej analizy – z jednej strony pod kątem ewentualnego przekroczenia norm ostrożności, a z drugiej strony w celu ustalenia, że sprawcy może zostać przypisana wina.

Z zupełnie przeciwnych założeń wychodzi koncepcja opracowana przez K. Buchałą, który wskazuje, iż fundamentem wymiaru kary wobec sprawców przestępstw nieumyślnych winny być cele prewencji szczególnej. Tylko bowiem prawidłowe rozpoznanie osobowości sprawcy gwarantuje wybór adekwatnej reakcji prawnokarnej, a do tego pierwszorzędne znaczenie mają, pomijając wyjątkowy stan nietrzeźwości, całokształt okoliczności sprawy. Tylko w tym kontekście uwzględniać można rozmiar wyrządzonej przez sprawcę szkody – a mianowicie „poprzez indywidualną winę sprawcy”¹²⁶⁰.

Ta ostatnia koncepcja, niewątpliwie bardziej zbliżona do realiów praktyki sądowej, aktualizuje pytanie, czy ocena przekroczenia norm ostrożności nie powinna być przedsięwzięta również przez pryzmat dyrektyw określanych znamienne w języku prawniczym jako „prewencja szczególna”. Rozstrzygnięcie tej wątpliwości posiada obecnie nieco mniejsze znaczenie niż na gruncie poprzedniego stanu prawnego, charakteryzującego się wielowątkowym sporem polskiej karnistyki o wybór priorytetowej dyrektywy wyboru kary¹²⁶¹. Przy obecnym stanie prawnym (jak również stanie rozwoju dogmatyki prawa karnego, gdzie przyjęto rozwiązanie równorzędności wszystkich naczelnych dyrektyw wyboru kary zakodowanych w art. 53 k.k.¹²⁶²) swoistą ustawową

¹²⁵⁷ Przegląd tych koncepcji oferuje K. Buchała, „Z zagadnień sądowego wymiaru kary za przestępstwa drogowe”, NP 1968, z 5.

¹²⁵⁸ A. Bachrach, „Ryzyko i nieostrożność w komunikacji drogowej a oceny prawno-karne”, Warszawa 1965, s. 265. Pamiętać należy jednak, że ten sam autor wypowiedział się zupełnie w innym duchu w artykule „Przestępczość drogowa. Kierunki polityki kryminalnej w świetle wytycznych Sądu Najwyższego”, PiP 1963, z. 12, s. 903, gdzie omawiając orzeczenie SN zauważa on: „Jest to niezmiernie rozsądna i aktualna dyrektywa, ponieważ obserwacja praktyki sądowej niejednokrotnie nasuwa obawę, że w sprawach o wypadki samochodowe wdiera się obca naszemu prawu zasada <<odpowiedzialności za skutek>>”.

¹²⁵⁹ T. Cyprian, „Postęp techniczny a prawo karne”, Warszawa 1966, s. 142.

¹²⁶⁰ K. Buchała, „Z zagadnień ...”, s. 740.

¹²⁶¹ Co do zakresu tego sporu i wyrażanych w tej mierze stanowisku zob. np. W. Mąciór, „Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako priorytetowa dyrektywa sądowego wymiaru kary” PiP 1973 z. 12.

¹²⁶² K. Buchała, A. Zoll, „Kodeks karny. Komentarz. T. I. Część ogólna”, Kraków 1998, s. 417.

podstawą winno być brzmienie art. 53 § 2 k.k., które nakazuje sądowi wziąć pod uwagę przy wymiarze kary „*sposób zachowania się sprawcy*”. O ile okoliczność określona jako sposób działania sprawcy ma szerszy desygnat niż tylko wskazanie na ocenę naruszenia normy ostrożności – w tej mierze istotne znaczenie mieć może chociażby ucieczka z miejsca zdarzenia czy nagłość działania¹²⁶³ – nie może jednak ulegać wątpliwości, że mimo pewnego innego rozłożenia akcentów (zwłaszcza uwypuklenia również elementów strony podmiotowej) możliwe jest uwzględnienie norm ostrożności w właśnie tym punkcie. Dowodzi tego zresztą sformułowanie K. Buchały¹²⁶⁴, które stawia okoliczność przekroczenia norm ostrożności jako niejako tą, w której ogniskują się cele różnych dyrektyw wymiaru kary. Zarzut wielokrotnego wartościowania tych samych faktów nie jest w tym kontekście przekonywający i ignoruje właściwe pojmowanie funkcji dyrektyw jako techniczno-prawnego środka zawężania luzu decyzyjnego sędziego przez nakazanie mu optymalizacji nakazanych przez dyrektywy celów oddziaływania kary w ujawnionym stanie faktycznym¹²⁶⁵.

5) Przekroczenia norm ostrożności a wymiar kary w wybranych innych państwach

Problematyka wpływu przekroczenia normy ostrożności na wymiar kary uzupełniona będzie krótkim spojrzeniem porównawczo-prawnym¹²⁶⁶. Jako że – antycypując rozważania zawarte w rozdziale V – zagadnienie norm ostrożności dostrzegane jest przede wszystkim w kontekście przestępstw nieumyślnych, to im poświęcona zostanie uwaga w pierwszej kolejności.

Ze względu jednak na daleko idące spory doktrynalne, szczególnie wśród przedstawicieli nauki europejskiej¹²⁶⁷, w przedmiotowym szkicu ograniczę się do ukazania pewnych typowych stanowisk w tym zakresie¹²⁶⁸. Nie brakuje tutaj oryginalnych pomysłów, czego przykładem mogą

¹²⁶³ Tak przykładowo SN w orzeczeniu WA 25/2005, Lex Polonica nr 1277515.

¹²⁶⁴ K. Buchała, „Z Zagadnień ...”, s. 741, gdzie autor pisze: „*Bez względu na sposób jazdy, nielicznie się z innymi użytkownikami drogi (...) – świadczą o niewystarczającej socjalizacji użytkownika drogi, wskazującej na potrzebę poddania tego sprawcy dłuższemu procesowi resocjalizacji*”.

¹²⁶⁵ Co na marginesie prowadzi do konkluzji, że pewne dyrektywy wymiaru kary mogą być pojmowane jako zasady w rozumieniu teoretycznoprawnym.

¹²⁶⁶ I tutaj złamanie przyjętego układu pracy wydaje się wyjątkowo uzasadnione tym faktem, że zamieszczone w rozdziale V rozważania odnoszą się do percepcji instytucji norm ostrożności jako instytucji relewantnej przede wszystkim dla nauki o przestępstwie, a nie w perspektywie nauki o karze.

¹²⁶⁷ Pewne jednak kwestie można już uznać za rozstrzygnięte – jak choćby to, że wśród podstaw wymiaru kary znajdować się musi bezprawność pojmowana jako sprzeczność czynu z normą prawa karnego, zob. S. Mir Puig, „*Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*”, Barcelona 1982, s. 61.

¹²⁶⁸ Przykładem kierunków takich sporów może być pytanie o tożsamość rodzajową w sposobie popełniania czynu zabronionego, bądź też całkowitą odmiennosc – umyślności i nieumyślności. Na ten temat zob. A. Montenbrück, „*Strafrahmen und Strafzumessung*”, Berlin 1983, s. 234. Warto również zaznaczyć, że według niektórych autorów wymiar kary jest różnicowany – zarówno na płaszczyźnie ustawowej, jak i w rozważaniach prowadzonych w literaturze – w zależności nie tylko od charakterystyki czynu, ale według niektórych autorów i od osoby sprawcy. Ilustracją takiego stwierdzenia może być następujący cytat z pracy G. Stratenwertha, „*Tatschuld und Strafzumessung*”, Tübingen 1971, s. 27: „*Die Gefährlichkeit eines Täters steht keineswegs in eindeutiger Korrelation zu den strafrechtlich maßgebenden Unterscheidungen von Vorsatz und Fahrlässigkeit*”.

być choćby próby tworzenia matematycznych wręcz modeli działania na etapie wymierzania kary¹²⁶⁹, które jednak, chyba w pełni zasadnie, nie zyskały do dnia dzisiejszego uznania w orzecznictwie sądowym.

Na gruncie prawa niemieckiego, wywierającego jeden z poważniejszych wpływów na obszarze prawa kontynentalnego, podstawowe znaczenie dla wymiaru kary mają postanowienia § 46 StGB¹²⁷⁰. Zgodnie z brzemieniem tego paragrafu, przy wymiarze kary jednym z czynników, który wpływa na jej wymiar jest „*das Maß der Pflichtwidrigkeit*”. Praktyczna doniosłość tej dyrektywy, rozpatrywanej przez pryzmat orzecznictwa sądowego, ukazuje jej raczej umiarkowane znaczenie¹²⁷¹. Aktualnie w nauce niemieckiej nie zawsze jasno akcentuje się znaczenie naruszenia norm ostrożności przy wymiarze kary choćby za przestępstwa o charakterze nieumyślnym¹²⁷², co dobrze ilustruje szereg wypowiedzi¹²⁷³.

Wydaje się raczej, że punkt ciężkości w niemieckiej debacie wyznacza pytanie o relację dyrektyw prewencji ogólnej i szczególnej przy wymiarze kary. Taki kierunek rozważań został już wskazany pierwszym poważnym powojennym opracowaniem monograficznym na gruncie omawianej tutaj nauki niemieckiej¹²⁷⁴. Wobec faktu, że wartościowanie naruszenia normy ostrożności jest z tego punktu widzenia czynnikiem neutralnym, poważniejsze opracowania na ten temat odszukać można dopiero po przeprowadzonej reformie prawa karnego za pomocą

¹²⁶⁹ H. Kohlschütter, „*Die mathematische Modellierung der Strafzumessung*”, Marburg 1998, s. 22–30 oraz 55, który pod tym względem dokonuje oryginalnej klasyfikacji wychodząc od pojęcia „*interdeliktisches Unwertsquantum*”.

¹²⁷⁰ Chodzi tutaj o brzmienie § 46 StGB od czasu tzw. Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts, obowiązującej w tym zakresie od dnia 01.04.1970 r., zgodnie z którym: „(1) *Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen. (2) Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht:*

die Beweggründe und die Ziele des Täters,
die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille,
das Maß der Pflichtwidrigkeit,
die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat,
das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie
sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.

(3) *Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden.*“

¹²⁷¹ Tak więc chociażby w orzeczeniu BayOLG VRS 39 (1970) 22, 23 zwrócono uwagę, na to, że „*In einer unbewussten Fahrlässigkeit, derer sich der Angeklagte hier nur schuldig gemacht hat, liegt keine so große oder gar bewusste Missachtung der staatlichen Rechtsordnung, dass sie eine drastische Antwort der Gesellschaft herausforderte*”. Orzeczenie to omawia również w swojej monografii R. Czupryniak, „*Berücksichtigung generalpräventiver Gründe bei der Strafzumessung in Deutschland und Polen*”, Hamburg 2011, s. 227.

¹²⁷² Zob. np. B.–D Meier, „*Licht ins Dunkel: Die richterliche Strafzumessung*“, JuS 2005, s. 769–773, zwłaszcza s. 771.

¹²⁷³ Jako egzemplifikację powołać można w tym miejscu np. następujące stwierdzenie: „*Dabei ist zwischen tatbestandlichem und außertatbestandlichem Verhaltensunwert zu unterscheiden. Zu ersterem gehören die Konkretisierung der Willenskomponente beim Vorsatz und das Maß der Pflichtwidrigkeit bei der Fahrlässigkeit (...)*”, zawarte w dysertacji doktorskiej M. Rieger, „*Das Mitverschulden des Opfers und die Voraussetzungen für den Ausschluß einer Strafmilderung*”, Hamburg 2006, s. 61. Stwierdzenie takie zawiera bowiem jasne odwołanie do nieostrożności, ale dokonuje się ono w perspektywie jej odnoszenia do sfery przeżyć wewnętrznych sprawcy.

¹²⁷⁴ Chodzi tutaj o fundamentalną pracę G. Spendla, „*Zur Lehre vom Strafmaß*”, Frankfurt am Main 1954, która stała się podstawowym punktem odniesienia dla prac nad reformą prawa karnego w Niemczech w latach 60–tych.

obowiązującej od dnia 01.04.1970 r. *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, która dla przypomnienia zmodyfikowała treść § 46 StGB. Przykładem w tej mierze może być cytowane już orzeczenie BGH¹²⁷⁵, w którym zaznacza się, iż sama świadoma nieumyślność nie jest czynnikiem ulegającym wartościowaniu przy wymiarze kary. Zamiast niej istotne jest pytanie o „intensywność naruszenia obowiązków”¹²⁷⁶.

W obrębie niemieckiej karnistyki zwraca uwagę natomiast inny, swoisty mankament rozważań jurysprudencji, jakim jest to, iż brakuje dostatecznie precyzyjnych kryteriów określania wagi popełnionego przestępstwa, co kontrastuje z intuicjami społecznymi w tej materii¹²⁷⁷. Pewnymi wytycznymi w tych kierunkach mogłaby być zarzucalność czynu oraz stopień jego szkodliwości, co jest z kolei propozycją zgłoszoną na gruncie nauki szwedzkiej¹²⁷⁸.

Pokrewną nieco niemieckiej koncepcję odnaleźć można w karnistyce szwajcarskiej, aczkolwiek zaznacza się tutaj znamienne przesunięcie akcentów. Różnice te rozpatrywać należy przez pryzmat ustawowej regulacji zasad wymiaru kary, uregulowanej w art. 47 SStGB¹²⁷⁹. O ile więc w orzecznictwie szwajcarskim¹²⁸⁰ znaleźć można wypowiedzi podkreślające, że dla wymiaru kary decydujące znaczenie ma obiektywna ocena czynu przestępnego oraz subiektywne nastawienie sprawcy, to jednak w odniesieniu do kategorii przestępstw nieumyślnych istotnym czynnikiem wpływającym na wymiar kary jest rozmiar nieostrożności (stopień nieobowiązkowości)¹²⁸¹.

Z kolei w Austrii problematyka związku wymiaru kary z naruszeniem norm ostrożności w świetle braku ustawowej regulacji czynników uwzględnianych przy wymiarze kary (analogicznej do tej w Niemczech) w ÖStGB zostaje ograniczona do refleksji doktrynalnej¹²⁸². W niej akcentuje

¹²⁷⁵ 1 StR 319/03, NStZ 2004, 442 i n. zwłaszcza s. 15–19 uzasadnienia.

¹²⁷⁶ 1 StR 319/03, zwłaszcza s. 17 uzasadnienia.

¹²⁷⁷ Zwraca się bowiem uwagę na fakt, że w powszechnych odczuciach społecznych ocena czynów zabronionych pod groźbą kary jest wspólna dla przedstawicieli różnych środowisk, por. A. von Hirsch, N. Jareborg, *„Strafmaß und Strafgerechtigkeit: die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität”*, Bonn 1982, s. 42 i n., którzy obszernie cytują badania kryminologów amerykańskich.

¹²⁷⁸ Zob. A. von Hirsch, N. Jareborg, op.cit., s. 43.

¹²⁷⁹ Zgodnie z którym: „1 Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. 2 Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.”

¹²⁸⁰ Przykładem w tej mierze może być rozstrzygnięcie Sądu Odwoławczego w Zurichu, zapadłym na gruncie oskarżenia nieumyślnego spowodowania śmierci szeregu osób, SB100379–O/U/kw z dnia 16. sierpnia 2011, orzeczenie dostępne pod adresem: http://www.gerichtesh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/SB100379–O1.pdf, ostatni odczyt dnia 13.10.2014 r.

¹²⁸¹ W originale: „das Maß der Pflichtwidrigkeit“. Zob. orzeczenie SB100379–O/U/kw, s. 17 uzasadnienia wraz z cytowaną tam literaturą komentarzową z zakresu karnistyki szwajcarskiej. Takie odwołanie się do obowiązku ostrożności wykracza poza brzmienie art. 47 Kodeksu Karnego Szwajcarskiego, który statuuje zasady wymiaru kary (zob. Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Stand am 1. Juli 2014).

¹²⁸² Postanowienia §§ 32–34 Bundesgesetzes vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen regulujące kwestie wymiaru kary wskazują jedynie na jej zaostrenie w zależności: „je mehr Pflichten er [sprawca–przypis M.B.] durch seine Handlung verletzt”, co jednak nie jest równoznaczne z odwołaniem się do norm ostrożności. Trzeba mieć wszak na uwadze, że kodeksowa regulacja tym różni się od ujęcia niemieckiego, iż zawarte

się w szczególności znaczny zakres autonomii sędziego, szerszy nawet niż w innych dyscyplinach prawa¹²⁸³, który ma dla aktu wymiaru kary znaczenie inherentne¹²⁸⁴. Wymiar kary, mimo wyznaczonego § 32 ÖStGB¹²⁸⁵ ukierunkowania na winę sprawcy, nie może się do niej ograniczać¹²⁸⁶.

Z innym spojrzeniem zetknąć się można podczas analizy rozwiązań przyjętych w ustawodawstwie hiszpańskim¹²⁸⁷. Nietypowy charakter ma tutaj chociażby rozwiązanie prawodawcy wprowadzającego odstępstwa od ogólnych zasad wymierzania kary w odniesieniu do przestępstw nieumyślnych, czego wyrazem jest brzmienie art. 66 ust. 2 CP¹²⁸⁸. Praktyczna doniosłość tego postanowienia wyraża się w rozważaniach dogmatyków z półwyspu Iberyjskiego nad rodzajem najbardziej adekwatnych kar wobec sprawców przestępstw nieumyślnych, przy czym fundamentalne znaczenie w tej materii zdaje się mieć rozróżnienie na *imprudencia grave y leve*¹²⁸⁹. W wielu przypadkach jednak rozważania na temat wpływu przekroczenia normy ostrożności na wymiar kary ograniczają się do zdawkowych uwag¹²⁹⁰.

Konkludując te skromne rozważania, poparte ograniczonym z konieczności materiałem porównawczym, zwrócić należy uwagę na fakt, iż w większości analizowanych przypadków znaczenie naruszenia norm ostrożności przy wymiarze kary, nie zawsze jest eksponowane, nawet na płaszczyźnie li tylko przestępstw nieumyślnych. Wykraczając poza przeprowadzone tutaj

w niej zostało ustawowe określenie nieumyślności – por. „§ 6. (1) *Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist und die ihm zuzumuten ist, und deshalb nicht erkennt, daß er einen Sachverhalt verwirklichen könne, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht.* (2) *Fahrlässig handelt auch, wer es für möglich hält, daß er einen solchen Sachverhalt verwirkliche, ihn aber nicht herbeiführen will.*”

¹²⁸³ Zob. F. Nowakowski, „Probleme der Strafzumessung” w: „*Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*” red. R. Moos, Wien, 1974, s. 196.

¹²⁸⁴ Zob. F. Nowakowski, op. cit., s. 222.

¹²⁸⁵ Sam § 32 ÖStGB w ust. 1 stanowi jedynie: „*Grundlage für die Bemessung der Strafe ist die Schuld des Täters*”, a dopiero w dalszych postanowieniach (ust. 2–3) określa okoliczności, które Sąd ma obowiązek wziąć pod uwagę („*hat das Gericht (...) abzuwägen*”).

¹²⁸⁶ H. Zipff, „*Die Strafzumassrevision*”, München 1969, s. 44.

¹²⁸⁷ Zasady wymiaru kary zostały tam sformułowane w art. 61–72 CP.

¹²⁸⁸ Który stanowi, iż, „*En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior*” odnosząc się do odstępstwa od zasad przewidzianych w art. 66 ust. 1 CP, zgodnie z którym: „*1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:*

1.ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.ª Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes (...).”

¹²⁸⁹ W przypadku tej ostatniej jako właściwy środek prawnokarnej reakcji wskazuje się przede wszystkim karę tzw. aresztu weekendowego („*arresto de fin de semana*”, zob. art. 33–37 CP), zob. M. M. González Tascón, „*Pasado, presente y futuro de la pena de arresto de fin de semana*”, Oviedo 2007, s. 79 i n.

¹²⁹⁰ Dotyczy to zwłaszcza przedstawicieli nauki prawa karnego państw Ameryki Łacińskiej. Tak przykładowo na gruncie prawa karnego peruwiańskiego zaznacza się, że jedynie zbyt surowe kary są wymierzane sprawcom przestępstw nieumyślnych, zob. opracowanie J. F. Mazuelos Coello, „*El delito imprudente en el Código penal peruano La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual*”, Anuario de Derecho penal 2003, z. 9 tekst publikacji dostępny na stronie http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_09.pdf, odczyt dnia 30.07.2013 r.

rozważania, wydaje się, że takie patrzenie jest przejawem innego postrzegania struktury przestępstwa i innego pojmowania składników normy sankcjonowanej. Z tej też perspektywy konstrukcja polskiego k.k. jest dość elastyczna. Symptomatyczne jest zwłaszcza to, że w szczegółowych badaniach empirycznych nad okolicznościami faktycznymi wpływającymi na wymiar kar w perspektywie praktyki niemieckiej i francuskiej całkowicie ignoruje się ten czynnik, co świadczyć może o całkowitym braku uświadomienia sobie jego istotnego znaczenia¹²⁹¹. Niemniej jednak nie można zapominać o smutnym, ale poniekąd trafnym spostrzeżeniu F. Nowakowskiego, iż w praktyce przy wymiarze kary na pierwszy plan wysuwa się całościowa ocena, na którą wpływ mają uwarunkowania moralne, a postanowienia kodeksu służą jedynie do ich wtórnej racjonalizacji¹²⁹².

6) Konkluzje

Jak ukazują powyższe wywody, rozważania prowadzone w literaturze polskiej wokół problematyki wpływu normy ostrożności na wymiar kary są skąpe¹²⁹³.

W wielu opracowaniach analitycznych nie zwraca się uwagi na poszukiwanie zależności pomiędzy naruszeniem norm ostrożności a wymiarem kary. Tłumaczyć to należy kilkoma czynnikami: w pierwszej kolejności braku wykazują same uzasadnienia sądowe, dalej, aż do wejścia w życie k.k. z 1997 r. nie było jasnych normatywnych podstaw, aby systemowo zajmować się tym zagadnieniem¹²⁹⁴. Te nieliczne wypowiedzi i tak uwiadamiają, że pogląd o tym, iż normy ostrożności stanowią jedynie znamię czynu zabronionego okazuje się być niewystarczający. Formalnie nadaje się na on tym obszarze prawa karnego do obrony, zwłaszcza przy uwzględnieniu poglądu w doktrynie, iż taki stan rzeczy, który jest znamieniem czynu zabronionego może być uwzględniany w ramach oceny społecznej szkodliwości czynu pod warunkiem, że daje się on stopniować, co niewątpliwie odnosi się do przekroczenia norm ostrożności, przy uwzględnieniu zarysowanych powyżej propozycji. Kontrastuje to wszak już choćby z wyrażanym dotychczas w głównym nurcie polskiej karnistyki poglądem, że przekroczenie norm ostrożności ma znaczenie nie przy wszystkich kategoriach przestępstw. Ważniejsze jest jednak to, że nie jest zasadne jego ograniczanie do pojęcia społecznej szkodliwości.

¹²⁹¹ S. Müller, „*Rechtliche und tatsächliche Kriterien der Strafzumessung im deutsch-französischen Vergleich Ein Beitrag zur Sanktionsforschung im Rahmen des Laboratoire Européen Associé*” wyniki badań empirycznych dostępne pod adresem: <http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/fa-mueller.pdf>, odczyt dnia 30.07.2013 r.

¹²⁹² Zob. F. Nowakowski, op. cit., s. 199. Jest to zbieżne z podobną uwagą T. Kaczmarka, „*Ogólne...*”, Wrocław 1980, s. 23.

¹²⁹³ Egzemplifikacją tego stanu może być opracowanie W. Gutekunsta, „*Studia nad sędziowskim wymiarem kary*”, NP 1959, z.12, gdzie w omawianych przez siebie okolicznościach uwzględnia on m.in. wiek sprawcy oraz jego pochodzenie społeczne, ale nie nadmienia norm ostrożności, czy też opracowanie A. Zolla, „*Założenia polityczno-kryminalne kodeksu karnego w świetle wyzwań współczesności*”, PiP 1998, z. 9–10, w którym autor charakteryzując tendencje wśród zmian przestępczości w Polsce, pomijając w znacznej części problematykę czynów nieumyślnych.

¹²⁹⁴ Analogiczna sytuacja była udziałem choćby prawodawstwa niemieckiego do roku 1970 – chodzi tutaj o brzmienie omawianego już powyżej § 46 StGB.

Trafniejsze jest postrzeganie przekroczenia norm ostrożności jako pozostających „w stosunku logicznym krzyżowania (interferencji)”¹²⁹⁵ z punktu widzenia różnych dyrektyw wymiaru kary. Ważne jest również podkreślenie, że upatrując w przekroczeniu normy ostrożności czynnik, który ma odrębne miejsce w strukturze przestępstwa, wypowiedzieć się należy za przyznaniem mu – w drodze odpowiedniego odtwarzania normy zakodowanej w przepisie art. 53 § 1 i § 2 k.k. – samoistnego znaczenia przy wymiarze kary. Umożliwi to rozszerzenie dobrodziejstwa oparcia „na znacznie pewniejszym materiale”¹²⁹⁶, które do tej pory jest udziałem przede wszystkim społecznej szkodliwości czynu. Będzie to również stanowić pomoc dla orzecznictwa w czytelniejszej ocenie zachowania sprawcy przy wymiarze dla niego kary¹²⁹⁷ i do takiego karania sprawców przestępstw, które lepiej uwzględni postulaty traktowania sprawców przestępstw w dalszym ciągu jako członków społeczeństwa¹²⁹⁸.

Tak więc wskazana doniosłość przekroczenia norm ostrożności przy wymiarze kary jest szersza niż sugeruje to katalog z art. 115 § 2 k.k. Ich ocena, podobnie jak motywacja sprawcy, jest istotna w każdym przypadku wymiaru kary i z punktu widzenia każdego celu, jaki współcześnie stawia się przed efektywną represją karną – w szczególności z punktu widzenia potrzeb prewencji indywidualnej i sprawiedliwej odpłaty za wyrządzoną szkodę¹²⁹⁹. Dodać należy, że stosunek do przekroczenia normy ostrożności, zwłaszcza odwołując się do zaproponowanej tutaj klasyfikacji – odmiany naruszonej normy, podlega indywidualizacji w oparciu o zasadę z art. 55 k.k. Oznacza to, że w gruncie rzeczy, mimo innych określeń zawartych w przykładowym katalogu z art. 53 § 2 k.k. oraz 115 § 2 k.k.¹³⁰⁰, istotność przekroczenia norm ostrożności dla wymiaru kary – w obu przypadkach – nie ulega wątpliwości.

Dla prawidłowej oceny stosunku sprawcy do przekroczenia normy ostrożności trzeba

¹²⁹⁵ J. Giezek, „Okoliczności...”, s. 169.

¹²⁹⁶ J. Giezek, „Okoliczności...”, s. 180.

¹²⁹⁷ Jest to o tyle istotne, iż, jak niejednokrotnie podkreślano już w polskiej doktrynie (zob. np. F. Jabłoński, „Sędzia a oskarżony” GS 1938, z. 1, s. 21), wymiar kary dla danego oskarżonego zależy w dużym stopniu od osobowości sędziego. Zaznaczyć należy na koniec tego rozdziału, iż jeżeli chodzi o liczbowy wymiar kary, który został – wraz z problematyką sankcji ustawowych – pozostawiony na marginesie prowadzonych tutaj rozważań – zwrócić trzeba uwagę na niezwykle oryginalną sugestię W. Woltera, „Progresja w sędziowskim wymiarze kary”, NP 1972, nr 7–8, iżby w przypadku surowszych kar pozbawienia wolności, przekraczających okres 1 roku, stosować progresję o większą jednostki niż 1 miesiąc, redukując przez to zakres możliwych do wymierzenia kar.

¹²⁹⁸ Słusznie bowiem w doktrynie zauważa się, że pierwszorzędną potrzebą polityki kryminalnej jest przeciwstawienie się spychaniu sprawców przestępstw na margines społeczny, co powiązane było „z szerzeniem niechęci do rozmaitych grup ludzi”, zob. J. Jasiński, „Obraz polityki karnej lat osiemdziesiątych i początku lat dziewięćdziesiątych (1980–1991)”, Kraków 1993, s. 105 i n.

¹²⁹⁹ Takie spojrzenia zbiega się do pewnego stopnia z intencją ustawodawcy, który przy uchwalaniu nowego k.k. (zob. „Nowe kodeksy...”, s. 152) chciał odejść od prymatu przy wymiarze kary stopnia „społecznego niebezpieczeństwa czynu, któremu łatwo było nadawać znaczenie polityczne”

¹³⁰⁰ Chodzi tutaj odpowiednio o „sposób zachowania się sprawcy” (a także „rodzaj i stopień naruszenia ciążących na sprawcy obowiązków”) oraz „rodzaj naruszonych norm ostrożności i stopień ich naruszenia”. Warto dodać, że takie ujęcie tych dwóch paragrafów nie należy traktować w kategoriach błędu ustawodawcy, który wylicza w sposób ogólny czynniki istotne dla społecznej szkodliwości czynu na gruncie całego k.k. (czy nawet szerzej – zob. art. 116 k.k.), ale raczej sygnałem o potrzebie właściwej wykładni.

wypracować jednolite kryteria. W niniejszej pracy podjęto taką próbę, opierając się na wypracowanym przez V. Konarską-Wrżosek modelu, który, jak okazało się w toku prowadzonych rozważań, musiał ulec pewnemu wysubtelnieniu.

Należy mieć nadzieję, że większa świadomość relewancji stosunku sprawcy do norm ostrożności stanie się udziałem orzecznictwa. Wydaje się, bowiem, że mimo piętrzących się trudności nie należy rezygnować z koncepcji sędziowskiego wymiaru kary¹³⁰¹, a w niej to właściwie wartościować przekroczenie normy ostrożności.

¹³⁰¹ Część autorów, widząc bowiem trudności związane z prawidłową oceną osobowości sprawcy czynu zabronionego, skłonna była zagadnienie końcowego wymiaru kary pozostawić administracji więzienia (por. np. A. Mogilnicki, „Indywidualizacja kary” GS 1900, z. 3, s. 33, który pisał iż administracja więzienia może lepiej ustalić karę, gdyż może „(...) zbadać wszystkie tajniki jego duszy, odkryć najkorzystniejsze cechy jego indywidualności (...)).

Rozdział V

Normy ostrożności w perspektywie porównawczo–prawnej

I. Uwagi wstępne

Pamiętając o prezentowanym w doktrynie polskiej stanowisku przydającym normom ostrożności rolę wstępnego warunku normowania¹³⁰² oraz o konkurencyjnych wobec niego poglądach¹³⁰³ a także o poczynionych do tej pory spostrzeżeniach, poświęcić należy uwagę ujęciu tej figury karnistycznej w trzech porządkach prawnych: w Niemczech, Wielkiej Brytanii oraz Hiszpanii¹³⁰⁴. Jej obecne znaczenie (i usytuowanie w strukturze przestępstwa) nie jest bowiem aksjomatem, lecz raczej wytworem złożonego rozwoju poglądów¹³⁰⁵. Aby go właściwie zanalizować, warto w pierwszej kolejności uwzględnić mający pierwszorzędne dla polskiej karnistyki, jak i całego systemu prawa kontynentalnego, znaczenie dorobek doktryny niemieckiej¹³⁰⁶, zestawiając go następnie z dwoma pozostałymi wybranymi porządkami prawnymi. Już bowiem dotychczasowe, fragmentaryczne rozważania ukazują nie tylko, że jej obecne, ale także zdecydowanie wcześniejsze koncepcje, pozostają pod wpływem nauki niemieckiej.

II. Niemcy¹³⁰⁷

1) Okres 1871–1935 r. Spojrzenie tradycyjnej dogmatyki niemieckiej na nieostrożność czynu zabronionego. Zręby pojęcia nieostrożności?

Już bardzo wcześnie dostrzeżono w Niemczech, iż w życiu społecznym aktualizuje się konieczność podejmowania działań ryzykownych, niebezpiecznych, a wizja automatycznej

¹³⁰² Ł. Pohl, „Struktura...”, s. 103.

¹³⁰³ Jak chociażby wielokrotnie przywoływany pogląd J. Majewskiego, „Prawnokarne...”, s. 81 i n.

¹³⁰⁴ Przypomnieć należy, że wybór tych trzech porządków prawnych został szczegółowo uzasadniony we wstępie do rozprawy doktorskiej.

¹³⁰⁵ Trudno również uznać ten rozwój za zakończony, co powoduje, że tym aktualniejsza staje się potrzeba przeprowadzenia rozważań zarysowanych w niniejszej pracy.

¹³⁰⁶ Co poświadcza chociażby ilość odwołań do dorobku nauki niemieckiej u autorów zajmujących się tą kwestią por. zwłaszcza dysertację A. Barczak–Oplustil, „Reguły...”. Ze względu na niezmiernie bogactwo niemieckiej literatury w tym temacie, przedmiotowe rozważania ograniczone zostaną do szeregu najważniejszych pozycji, o czym poniżej. Zarazem wydaje się, że takie zgrupowanie tych poglądów jest bardziej czytelne niż wplatanie ich we fragmenty pracy, choćby dlatego, że poglądy te są wytworem pewnej organicznej ewolucji poglądów karnistyki niemieckiej, w szczególności polemiki pomiędzy poszczególnymi szkołami, co – mam nadzieję – potwierdzi niniejszy rozdział. Zaznaczyć należy, że przyjęte w niniejszej pracy cezury czasowe mają charakter symboliczny – i służą w szczególności uporządkowaniu etapów ewolucji doktryny niemieckiej.

¹³⁰⁷ Część poniższych rozważań wykorzystana została w publikacji pt. „Czyn nieostrożny jako podstawa odpowiedzialności karnej”, IUS NOVUM, z. 4/2014, s. 58-73.

odpowiedzialności karnej za takie czyny jest przeciwna postępowi i możliwa tylko w państwie hołubiącym gnuśność¹³⁰⁸. To pytanie o konieczność i granice bezkarnej nieostrożności pojawiło się najwcześniej w kontekście rozważań nad odpowiedzialnością za czyny nieumyślne, stąd też temu zagadnieniu poświęcić należy przede wszystkim stosowną uwagę¹³⁰⁹.

Początkowe pojmowanie nieumyślności na gruncie niemieckiego StGB z 1871 r. ilustruje jedna z pierwszych dysertacji poświęconych temu zagadnieniu pióra F. Eccarda¹³¹⁰. Zgodnie z jego poglądem, naruszenie obowiązku ostrożności w przypadku tej kategorii czynów wyraża się w zaniechaniu przyswojenia sobie wiedzy przez sprawcę o okolicznościach stanowiących znamiona czynu zabronionego¹³¹¹. Takie ujęcie ujawnia pewne ich podobieństwo do czynów popełnionych przez zaniechanie. Przy ocenie odpowiedzialności karnej znaczenie ma zatem nie tyle samo naruszenie normy ostrożności, co indywidualna możliwość przewidzenia wystąpienia skutku¹³¹². Przy ocenie wymaganego natężenia uwagi i działań sprawcy w celu zdobycia informacji autor postuluje odwołanie się do wzorcowego, przeciętnego obywatela¹³¹³.

Dla dalszej charakterystyki ewolucji postrzegania nieumyślności na gruncie niemieckiej nauki prawa karnego pod rządami StGB z 1871 r. pierwszorzędne znaczenie ma dyskusja nad jego reformą¹³¹⁴, jaka miała miejsce na przełomie lat 1911–1913. Powołana ówczesnie Komisja Kodyfikacyjna¹³¹⁵ podjęła pierwszą poważną próbę unowocześnienia StGB od chwili jego

¹³⁰⁸ Zgodnie z określeniem K. Bindinga, „*Die Normen und Ihre Übertretung. Band IV – Fahrlässigkeit*“, Lipsk 1919, s. 200–201, daje się to pomyśleć w sytuacji, gdzie: „*absolute Ruhe und Untätigkeit ist die erste Bürgerpflicht*”.

¹³⁰⁹ Zgodnie bowiem z tradycyjnym poglądem doktryny niemieckiej istotnym składnikiem nieumyślności jest nieostrożność, co było już poglądem A. Feuerbacha czy bliskiego mu C.C. Stübla. Co do omówienia tych poglądów zob. A. Mohrmann, „*Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit*”, Breslau 1929, s. 1–4 oraz U. Müßig, „*Recht und Justizhoheit*”, Berlin 2003, s. 288.

¹³¹⁰ F. Eccard, „*Über den Begriff der Fahrlässigkeit nach dem Geltenden Deutschen Strafrechte*”, Strassbourg 1889.

¹³¹¹ Zgodnie z definicją F. Eccarda, op.cit., s. 45: „*Die Fahrlässigkeit des Deutschen Strafgesetzbuches liegt vor, wenn jemand bei Vornahme einer Handlung, die den Thatbestand eines Delikts erfüllt, einen oder mehrere gesetzliche Thatumstände nicht kannte und dieser eben charakterisierten Pflicht zuwider es unterlassen hat, sich Kenntnis dieser Umstände zu verschaffen*”.

¹³¹² W tym zakresie F. Eccard, op.cit., s. 46, odwołuje się do orzecznictwa Sądu Najwyższego Rzeszy (RG), w szczególności do wyroku RG III 208/87 (RGZ 20, 361), w którym wywiedziono: „*Eine fahrlässige Tötung liegt nicht schon deshalb vor, wenn der Töther im allgemeinen unvorsichtig gehandelt hat, es ist vielmehr nothwendig (...) dass der Thäter durch Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt und Vorsicht den eingetreten Erfolg als mögliche Folge seiner Handlung hätte vorsehen können*”.

¹³¹³ Chodzi tutaj o „*Pflicht zur Kenntnisverschaffung*” – zob. F. Eccard, op.cit., s. 48.

¹³¹⁴ Niezmiennie istotne jest w tym miejscu zastrzeżenie, iż zarówno w pierwotnym tekście StGB, jak i w poprzedzającym go kodeksie związku północnoniemieckiego (Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund z 31.05.1870 – Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes Band 1870, Nr. 16, s. 197 – 273) brak było zasadniczo na poziomie deskryptywnym odwołania do norm ostrożności – zob. W. Schubert, „*Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*”, Frankfurt am Main 1992, s. 3–25, a pewna wzmianka w tym kierunku zawarta była w §§ 222 oraz 230, gdzie przewidziane było podwyższenie kary: „*Wenn der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war*” – identyczna regulacja zawarta została w StGB. Kwestii tej nie naświetlają również motywy ówczesnej Komisji Kodyfikacyjnej – zob. Idem, op.cit., s. 26–58.

¹³¹⁵ W skład której wchodził tak znakomici karniści jak: R. v. Frank, J. Goldschmidt, R. v. Hippel, F. v. Liszt czy E. v. Rupp – zob. „*Protokolle der Kommission für die Reform des Strafgesetzbuches (1911–1913)*” red. W. Schubert, Frankfurt am Main 1990, s. XXXVIII–XLIV.

powstania¹³¹⁶, a jej prace wpisane były w wiekopomny spór pomiędzy rzecznikami klasycznej i socjologicznej szkoły prawa karnego¹³¹⁷. I mimo, że nigdy nie doprowadziły one do nowelizacji obowiązującego tekstu StGB, stały się one w Niemczech wyznacznikiem – wraz z bardzo zbliżonym do niego projektem z 1919 r.¹³¹⁸ – refleksji nad prawem karnym prawie na całe następne półwiecze¹³¹⁹ – do czasu przełamania dotychczasowych konwencji karnistycznych przez finalistów.

Projekt ten jest jednak interesujący nie tylko ze względu na owe szczególne okoliczności prac Komisji, ale także przez to, że podjął on próbę precyzyjniejszego ukształtowania szeregu fundamentalnych instytucji prawa karnego. Dotyczy to zwłaszcza istotnego tutaj pojęcia nieumyślności, której definicji StGB nie zawiera do dnia dzisiejszego¹³²⁰, a z którą ściśle związane było w dogmatyce niemieckiej pojęcie ostrożności i normy ostrożności. Oczywiście określenie kwestii tak istotnej nie było zadaniem prostym i spotkało się żywym rozdzwiekiem wśród członków Komisji. Warto przez chwilę się nad nim pochylić.

Podczas prac nad ówczesnym projektem, stanowiącym próbę reformy pierwotnego tekstu StGB, na kluczowym, 37 posiedzeniu Komisji Kodyfikacyjnej w dniu 11 czerwca 1912 r.¹³²¹ przedstawiono 11 propozycji ujęcia nieumyślności – z czego jedna propozycja została wycofana w trakcie obrad ze względu na jej niekompatybilność z uprzednią decyzją, aby przy definiowaniu tego pojęcia szczególnie uwypuklić pojęcie nieświadomej nieumyślności¹³²². Zgłoszone

¹³¹⁶ Po wprowadzeniu Kodeksu Karnego z 1871 r. wysiłek kodyfikacyjny niemieckiej nauki prawa skupiony był wokół przygotowania Kodeksu Cywilnego (BGB) oraz Kodeksu Handlowego (HGB).

¹³¹⁷ Co było nie tylko sporem teoretycznym, lecz również dotyczącym wizji samego państwa, która opierała się na przełamaniu wizji liberalnej monarchii. W pamięci pozostaje sławna wypowiedź v. Liszta na IV Zjeździe Międzynarodowego Stowarzyszenia Kryminalistycznego (IKV) w roku 1912 o „*unsere geänderten Auffassung über das Wesen und Aufgaben des Staates*”, która „*stellt dem Staat das Verlangen, den Einzelnen, solange es möglich ist, zu schützen und zu heben, wieder anzupassen (...)*”, zob. „*Mitteilungen der IKV*” t. XIX, Berlin 1912, s. 378 i n.

¹³¹⁸ Zgodnie z trafnyim określeniem W. Schuberta, „*Protokolle*”, s. XXXVI) zmiany w projekcie z 1919 r. w stosunku do projektu z roku 1913 były nieznaczne („*geringfügig*”) i miały na celu przede wszystkim uwzględnienie doświadczeń wojennych (co najlepiej poświadcza określenie jego zadań: („*die Erfahrungen zu verwerten, die auf strafrechtlichem Gebiete während des Krieges und der ihm folgenden Zeit gesammelt worden sind*”) przez jej kolejnego członka Komisji – E. Bumke, „*Die neuen Strafgesetzentwürfe*” DJZ 1921, s. 14).

¹³¹⁹ Pamiętne są słowa, których autorem jest R. v. Hippel, „*Deutsches Strafrecht*”, t. I, Berlin 1925, s. 365, iż każda poważna praca naukowa w zakresie materialnego prawa karnego w Niemczech uwzględniać musi projekt z 1913 r.

¹³²⁰ Wciąż aktualne są więc cytowane powyżej słowa autorstwa R. v. Hippla.

¹³²¹ Na którym obecni byli, prócz stałych członków Komisji, także Stapenhorst oraz Kleberger, protokołował zaś Dr Kiesow – zob. „*Protokolle...*”, W. Schubert (red.), s. 300.

¹³²² Zob. „*Protokolle...*”, W. Schubert (red.), s. 301. Propozycje te miały następujące brzmienie:

„1a) *Fahrlässig handelt, wer die Tat zwar nicht mit Vorsatz, jedoch ohne Anwendung der im Verkehr erforderlichen oder durch Rechtsverhältnisse gebotenen Sorgfalt ausführt*

1b) *Fahrlässig handelt, wer ohne Vorsatz eine Tat ausführt, die er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen oder durch Rechtsverhältnisse gebotenen Sorgfalt (in ihren Folgen erkennen und) vermeiden mußte.*

1c) *Fahrlässiges Verschulden liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche oder durch Rechtsverhältnisse gebotene Sorgfalt nicht angewendet wird und dadurch ohne Vorsatz rechtswidrige Folgen herbeigeführt werden. (oder: Fahrlässig handelt, wer... nicht anwendet und dadurch ... herbeiführt.)*

1d) *Fahrlässiges Verschulden liegt vor, wenn ohne Vorsatz rechtswidrige Folgen herbeigeführt werden, die bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen oder durch Rechtsverhältnisse gebotenen Sorgfalt vorausgesehen oder vermeiden werden mußten.*

2) *Der Fahrlässigkeit macht sich schuldig, wer bei seinem zu rechtswidrigen Erfolge führenden Tun oder Unterlassen*

propozycje można uporządkować w dwie zasadnicze grupy:

1) Do pierwszej z nich należą sformułowania, które traktują nieumyślność jako postać winy¹³²³.

2) Według ujęć należących do drugiej grupy, nieumyślność jest właściwością znamion czynu zabronionego sprawcy, a na płaszczyźnie deskryptywnej brak jest odwołania do pojęcia winy¹³²⁴.

Z innego jeszcze punktu widzenia daje się wyodrębnić dwie dalsze grupy, do których należą odpowiednio:

2.1) Te ujęcia, które zaznaczają, iż sprawca działa nieumyślnie wtedy, gdy nie miał zamiaru popełnienia czynu zabronionego¹³²⁵.

2.2) Te ujęcia, które nie określają nieumyślności przez brak zamiaru popełnienia czynu zabronionego przez sprawcę¹³²⁶.

Uważna lektura tych propozycji prowadzi do konkluzji, że praktycznie we wszystkich przypadkach autorzy – konstruując pojęcie nieumyślności – posługują się pojęciami, które nawiązują do pojęcia różnie postrzeganej nieostrożności¹³²⁷.

diejenige Vorsicht außer acht läßt, zu welcher er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und imstande ist.

3. Fahrlässig handelt der Täter;

a) wenn er zufolge pflichtwidriger Unaufmerksamkeit nicht weißt, daß er die zum Tatbestande der strafbaren Handlung gehörigen Umstände vorliegen oder nicht voraussieht, daß der dazu gehörige Erfolg eintreten wird,

b) wenn er dies zwar als möglich weißt oder voraussieht, jedoch aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit handelt. Ist in diesem Falle der Täter mit der Verwirklichung des Tatbestandes einverstanden, so handelt er vorsätzlich. Unaufmerksamkeit und Unvorsichtigkeit sind pflichtwidrig, soweit von dem Täter nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen Aufmerksamkeit oder Vorsicht erwartet werden konnte.

4. Fahrlässig liegt vor, wenn der Täter aus Mangel an derjenigen Aufmerksamkeit, zu welcher er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und imstande ist, nicht voraussieht, daß sich der Tatbestand der strafbaren Handlung verwirklichen wird, oder wenn er dies zwar als möglich voraussieht, jedoch aus Mangel an solcher Aufmerksamkeit damit rechnet, daß sich der Tatbestand nicht verwirklichen werde.

5. Fahrlässig handelt, wer die mit Strafe bedrohte Tat aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit ausführt. Pflichtwidrige Unvorsichtigkeit ist gegeben, wenn der Täter die nach den Umständen gebotene und nach seinen persönlichen Verhältnissen erreichbare Vorsicht außer acht ließ und deshalb die Folgen seines Verhaltens nicht voraussah oder auf ihr Ausbleiben vertraute.

6. Fahrlässig handelt, wer die Tat zwar ohne Vorsatz eine Tat ausführt, aus Mangel an derjenigen Aufmerksamkeit, zu welcher er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und imstande ist, und infolgedessen entweder das Vorhandensein der gesetzlichen Tatumstände und den Eintritt des Erfolgs überhaupt nicht als möglich erkennt oder zwar solcher Möglichkeit sich bewußt ist, aber auf das Nichtvorhandensein der Tatumstände oder das Ausbleiben des Erfolgs vertraut.

7. Fahrlässig handelt der Täter, wenn er die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und imstande ist, und infolgedessen nicht voraussieht, daß sich der Tatbestand der strafbaren Handlung verwirklichen könne, der dies zwar für möglich hält, aber darauf vertraut, daß es nicht geschehen werde. “.

¹³²³ A więc propozycje oznaczone w protokole Komisji numerami: 1 c), 1 d) oraz wycofana propozycja 2). Przy czym spostrzec należy, że ta pierwsza wersja zawierała alternatywne wysłowienie bez użycia słowa „wina” („Verschulden”).

¹³²⁴ Należą do nich pozostałe propozycje, a więc te zgłoszone pod numerami: 1 a), 1b), oraz 3–7.

¹³²⁵ W tej grupie znajdują się określenia: 1 a), b), c), d), 3) oraz 6).

¹³²⁶ Tutaj zaszerzegać należy propozycje zawarte w punktach 2), 4) oraz 7).

¹³²⁷ Chodzi tutaj o sformułowania, które określane są jako: „im Verkehr erforderliche (gebotene) Sorgfalt” – co wyraźnie nawiązuje do konstrukcji cywilistycznych, dalej „pflichtwidrige Unaufmerksamkeit”, czy „pflichtwidrige Unvorsichtigkeit”, czy jako „Sorgfalt”, której poziom wytycza się „nach den Umständen”. Już takie zestawienie uwidacznia, że podstawowe znaczenie ma tutaj naruszenie pewnego obowiązku.

Ostatecznie przyjęta w trakcie dyskusji definicja nieumyślności, będąca swoistym kompromisem¹³²⁸, unika jednak jednoznacznie błędnego określania tych propozycji, które odwołują się do dwuznacznego pojęcia braku uwagi (jak chociażby miało to miejsce w przypadku propozycji nr 4), zachowując zarazem kontekstowe napomknienie o obowiązku ostrożności¹³²⁹.

Pokusić się można o stwierdzenie, że operowanie jednolitym ujęciem obowiązku ostrożności sytuuje poglądy członków Komisji jeszcze dość daleko od współczesnego przekonania o aktualizowaniu się przekroczenia norm ostrożności przynajmniej przy każdym nieumyślnym czynie zabronionym. Wyraża się to znakomicie w stwierdzeniu, jakie zostało zaprotokołowane z obrad 37. posiedzenia Komisji – a mianowicie we wskazaniu na niezachowanie ostrożności jako wspólnej cechy wyróżniającej nieumyślność¹³³⁰.

Dla ówczesnego pojmowania pojęcia ostrożności niezwykle istotna jawi się ta część uzasadnienia przyjętego określenia nieumyślności, która wskazuje, iż źródłem tego obowiązku może być co najmniej potrzeba obrotu¹³³¹. Bliższa analiza formułowanych w tym przedmiocie stanowisk uwidacznia, iż członkowie Komisji nie osiągnęli w tej sprawie nawet ogólnej jednolitości poglądów: tak chociażby stwierdzenie, iż same okoliczności nie mogą być źródłem obowiązku ostrożności¹³³² spotyka się z natychmiastową kontrą, co powoduje przyjęcie rozwiązania ogólnego, pozostawiającego tę kwestię do rozstrzygnięcia praktyce i orzecznictwu¹³³³.

Występujące w trakcie dyskusji nad projektem reformy StGB z 1913 roku ujęcie naruszenia ostrożności jako składnika postaci winy nieumyślnej jest chyba pozostałością reprezentowanej ówczesnie nadal przez znaczną część nauki tzw. psychologicznej teorii winy¹³³⁴. Podobne ujęcie zarysowuje się w pochodzącej z tego okresu literaturze przedmiotu, o czym dobitnie świadczy zarzut F. v. Liszta, iż projekt zmian w StGB nie oddał właściwie istoty nieumyślności jako formy

¹³²⁸ Wobec dopasowania jej do uzgodnionego na poprzednim posiedzeniu określenia brzmienia umyślności – zob. „Protokolle...”, W. Schubert (red.), s. 294–300.

¹³²⁹ Zob. „Protokolle...”, W. Schubert (red.), s. 301, propozycja nr 7.

¹³³⁰ Zgodnie bowiem z ich stwierdzeniami: „Die Wendung <<Außerachtlassung der Sorgfalt>> paße für beide Arten der Fahrßsigkeit” zob. W. Schubert, „Protokolle...”, s. 302. Uprzedzając nieco dalsze rozważania wskazać należy, iż w późniejszym rozwoju doktryny niemieckiej wskazuje się trafnie, że może to być jedynie podstawą przekroczenia konkretnej normy ostrożności – tak chociażby RG w orzeczeniu I 878/23 – RGSt 58, 27, (29) czy J. Renzikowski, „Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung“, Tübingen 1997, s. 229.

¹³³¹ Bądź też szczególny stosunek prawny. W tym kontekście zauważyć należy raz jeszcze, iż jest to sformułowanie, które nazbyt chyba pozostaje pod wpływem § 276 ust. 2 Niemieckiego Kodeksu Cywilnego, uchwalonego zaledwie kilkanaście lat przed obradami Komisji, zgodnie z którym dla przypomnienia: „(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt”.

¹³³² A więc dosłownie: „Bloße Umstände hatten nicht die Macht, eine Verpflichtung aufzuerlegen”, zob. „Protokolle...”, W. Schubert (red.), s. 303.

¹³³³ „Es sei am besten wenn das Gesetz einen möglichst allgemeinen Ausdruck wähle (...). Durch diese Wendung werde der Praxis auch eine befriedigende Lösung der Fälle möglich sein (...)”, zob. W. Schubert, „Protokolle...”, s. 303.

¹³³⁴ Tak więc pogląd I. Andrejewa, iż problematyka psychologicznego pojmowania winy była już u progu XX wieku w Niemczech nieaktualna jest stwierdzeniem niedokładnym, zob. idem, „O pojęciu winy w polskim prawie karnym”, PiP 1982, z. 7, s. 39–40.

winy¹³³⁵. Niemniej to w właśnie w tym kontekście krystalizuje się odwołanie do ostrożności jako istotnej figury karnistycznej, aczkolwiek w formie jeszcze dość chaotycznej, czego znakomitą egzemplifikacją jest monografia H. Mannheima¹³³⁶.

U podstaw koncepcji tego ostatniego autora leży pogląd, iż występujące rozbieżności w ujmowaniu nieumyślności są kwestią, którą rozwiązać należy przy uwzględnieniu dorobku rywalizujących ówczesnie wyobrażeń o prawie karnym¹³³⁷. Kluczowa dla określenia pojęcia nieumyślności niekompatybilność pomiędzy spojrzeniem skrajnie obiektywnym a krańcowo subiektywnym, a więc pomiędzy postulatem, aby ocenę czynu sprawcy odnosić bądź to do możliwości samego sprawcy bądź innej wzorcowej osoby¹³³⁸, zostaje poddana przekonującej krytyce¹³³⁹. Dwa czynniki współokreślające sytuację sprawcy, a więc nakaz i zdolność urzeczywistnienia tego nakazu, odnoszone są zasadniczo do możliwości przewidywania skutków działania sprawcy, a dopiero w dalszej kolejności (o ile w ogóle) do oceny ostrożności samego czynu sprawcy¹³⁴⁰. Już tak pobieżnie przedstawiony kierunek rozważań wskazuje, jak odległe są one jeszcze od pojmowania ostrożności jako normy zachowania się sprawcy, będącej autonomicznym elementem w strukturze przestępstwa¹³⁴¹. Kierując się swoistą intuicją karnistyczną, H. Mannheim rozważa pogląd przypisujący im znaczenie na płaszczyźnie bezprawności¹³⁴². Zwraca mianowicie uwagę, iż pewne nieostrożne zachowania są aprobowane przez ustawodawcę ze względu na ich wartość społeczną¹³⁴³, ale aprobowane w określonych

¹³³⁵ F. v. Liszt, „Über den Vorentwurf“, ZStW 30, s. 262 gdzie zaznacza on brak projektu w zakresie określenia: „das Wesen der Fahrlässigkeit als einer Schuldform“.

¹³³⁶ H. Mannheim, „Der Maßstab der Fahrlässigkeit“, Breslau 1912.

¹³³⁷ Świadczy o tym wybitnie kompromisowe sformułowanie autora kończące analizę podstawowych koncepcji co do pojmowania nieumyślności: „Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit (...) werden jetzt beide zugleich für den objektiven, wie für den subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff in Anspruch genommen“, zob. H. Mannheim, op.cit., s. 17.

¹³³⁸ Tzw. osobowego wzorca normatywnego.

¹³³⁹ Przeciwno postulatowi, aby punktem odniesienia przy ocenie nieumyślnego charakteru czynu sprawcy był „der Durchschnittsmensch“, jak to sygnalizowano w literaturze przedmiotu (zob. H. Wahlberg, „Das Maß und der mittlere Mensch im Strafrecht“ Grünhuts Zeitschrift f. d. Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, [bez daty miejsca wydania] t. V, s. 530); wskazuje się na konieczność oczywistej relatywizacji do pewnej właściwej sprawcy grupy zawodowej (zob. H. Mannheim, op.cit., s. 44–46) – co z dzisiejszej perspektywy stawia pytanie o granice takiej procedury, drugiemu ujęciu zarzuca się oczywisty błąd logiczny, a mianowicie błąd błędnego koła (na który zwracał już uwagę K. Binding, „Die Normen und Ihre Übertretung. Bd. II. Schuld, Vorsatz, Irrtum“, Lipsk 1916, s. 348). Co więcej, taka pusta formuła nie ma, zdaniem autora, żadnej treści normatywnej. (zob. H. Mannheim, op.cit., s. 39–40).

¹³⁴⁰ H. Mannheim, op.cit., s. 42–63.

¹³⁴¹ Na marginesie wskazać można, że rozważane przez autora przeciwieństwo pomiędzy obiektywnym a subiektywnym ujmowaniem nieumyślności zostaje sklasyfikowane, jako pozbawione praktycznego znaczenia, gdyż oba prowadzą do analogicznych rezultatów: „(...) Der Unterschied zwischen der objektiven und subjektiven Theorie nicht oder in den meisten Fällen nicht in der Verschiedenheit ihrer Resultate liegt“, zob. H. Mannheim, op.cit., s. 57.

¹³⁴² Chodzi tutaj o stanowisko, które zajął Graf zu Dohna w artykule „Zum neuesten Stand der Schuldlehre“ ZStW t. 32, s. 327.

¹³⁴³ W gruncie rzeczy obserwacja taka odnosi się do tzw. kontratypów, o czym najlepiej przekonuje chyba samo stwierdzenie Graf zu Dohny, iż „Auf ganz anderem Blatte steht die vom Gesetz stillschweigend anerkannte Befugnis, sozial wertvolle Handlungen trotz ihrer unverkennbaren Gefahren vorzunehmen. Man denke an das Tempo, in dem die Feuerwehr zur Brandstätte eilen darf (...)“ (cyt. za H. Mannheim, op.cit., s. 52–53). Wskazać przy tym należy, że Graf zu Dohna, op.cit., s. 324, podnosi, że w przypadku tradycyjnego ujęcia winy, nie obejmowała ona nieumyślności (zob. dla Graf zu Dohna, op.cit., s. 324: „die Fahrlässigkeit ist keine Schuldform“), co wykluczałoby karanie za takie czyny nawet jako „Polizeidelikte“.

normami ostrożności granicach¹³⁴⁴.

Nie mniej niekonsekwencji spotkać można, zdaniem H. Mannenheima, w omawianym przez autora orzecznictwie Sądu Rzeszy (RG)¹³⁴⁵. Usiłując sprecyzować, na jakiej podstawie określa się poziom nakazanej ostrożności, wyróżnia on pięć kategorii rozstrzygnięć¹³⁴⁶. Szereg z nich akcentuje pośrednio relewancję tego, co z dzisiejszej perspektywy nazwać by można normami ostrożności. Szczególnie interesujący jest kazus zmarłej 4 sierpnia 1882 r. Juli K.¹³⁴⁷, która jako chora psychicznie przebywała w zakładzie leczniczym, cierpiąc na patologiczną chęć odebrania sobie życia. Na skutek zaniechania personelu rzeczzonego szpitala udało się jej przedostać do niezamkniętej łazienki, gdzie korzystając z wanny, utopiła się. W rozstrzygnięciu Sąd Najwyższy Rzeszy (RG) podkreślił, że oskarżone W. i K., naruszając znany im regulamin, dopuściły do pozostawienia samej Juli K. w otwartym pokoju, a możliwość nastąpienia skutku musiały przewidzieć, gdyż leżało to w zasięgu przewidywania pracownika szpitala psychiatrycznego¹³⁴⁸. W szeregu innych orzeczeń, powoływanych przez autora, akcentuje się ten składnik nieumyślności, jakim jest naruszenie „*objektywnego obowiązku ostrożności*”¹³⁴⁹ – a więc chociażby w rozstrzygnięciu o odpowiedzialności karnej małżonka, który odbywa akt małżeński w obliczu możliwości zapłodnienia żony i spowodowania tym samym dla niej, ze względu na jej stan zdrowia, zagrożenia życia¹³⁵⁰. Zarazem stanowczo odrzuca się weryfikację ostrożności czynu sprawcy w takich przypadkach, które ze względu na swoją istotę stanowią niedający się zaakceptować społecznie czyn¹³⁵¹.

Tym samym zaliczyć można tego autora w poczet przedstawicieli tradycyjnego wpisania ostrożności w figurę nieumyślności – pojmowanej ciągle jeszcze jako forma winy.

Nie sposób przy charakterystyce tego wczesnego etapu rozwoju doktryny niemieckiej u progu XX wieku nie wspomnieć o fundamentalnej pracy K. Bindinga, której IV tom poświęcony został zagadnieniu nieumyślności¹³⁵². W ujęciu tego dogmatyka prawa karnego figura ostrożności spełnia funkcję wskaźnikową, której naruszenie nie może prowadzić do automatycznego przypisania sprawcy nieumyślności¹³⁵³. Ta uwarunkowana jest bowiem naruszeniem obiektywnie

¹³⁴⁴ Takie sformułowanie odczytać można choćby z wypowiedzi H. Mannheima, op.cit., s. 53: „*Vergreift der Täter sich also in der seiner Mittel, fährt z.B. die Feuerwehr unvorsichtiger, als unter der Berücksichtigung ihres Zwecks geboten erscheint, wendet der Besitzer einer Dynamikfabrik nicht die nötigen Vorsichtsmaßregeln an (...) so haben sie einen etwaigen Unfall rechtswidrig verursacht*”.

¹³⁴⁵ H. Mannheim, op.cit., s. 78–96.

¹³⁴⁶ W zależności od tego, czy decydującym kryterium jest wiążący sprawcę obowiązek („*das Sollen*”) czy też możliwość wypełnienia tego obowiązku przez sprawcę („*das Können*“ w terminologii H. Mannenheima).

¹³⁴⁷ RGSt 7, 332.

¹³⁴⁸ Wskazać należy, że podobne myślenie utrzymywała się w szeregu następnych rozstrzygnięć Sądu Rzeszy, zob. RGSt 24, 417 czy 29, 218.

¹³⁴⁹ H. Mannheim, op.cit., s. 92.

¹³⁵⁰ RGSt 30, 334. W oparciu o podobne kryteria przebiegło rozstrzygnięcie w sprawie RGSt 30, 25 czy RGSt 39, 317.

¹³⁵¹ W tym zakresie stanowisko H. Mannheima, op.cit., s. 95, jest w pełni zbieżne z rozstrzygnięciem RGSt 43, 287.

¹³⁵² K. Binding, „*Die Normen und Ihre Übertretung. Band IV. Fahrlässigkeit*“, Lipsk 1919.

¹³⁵³ K. Binding, „*Die Normen... Fahrlässigkeit*”, s. 447, co oznacza jednoznaczny sprzeciw wobec takiego,

ujmowanej przewidywalności, której zakresu nie należy ustalać poprzez odwołanie się do porównywalnego ze sprawcą wzorcowego przedstawiciela jego grupy społecznej, lecz przez uwzględnienie faktycznych możliwości sprawcy¹³⁵⁴. Nie jest to wszak jedyny wyznacznik – granice niebezpiecznego działania zależą jednak również od wartości społecznej podejmowanego działania¹³⁵⁵. K. Binding stwierdza wreszcie, że podstawowa różnica rozgraniczająca delikty umyślne i nieumyślne sprowadza się do ich strony subiektywnej, która w przypadku czynów z tej drugiej kategorii wyraża się w braku chcenia możliwego do uniknięcia bezprawnego czynu¹³⁵⁶. W ten sposób znaczenie norm ostrożności zostaje, jeśli nie całkowicie ograniczone, to przynajmniej sprowadzone do kategorii swoistych meta-norm, które wskazują, jakie działanie trzeba byłoby podjąć, aby przewidzieć możliwość wystąpienia skutku¹³⁵⁷. Pogląd Bindinga jawi się więc jako oparty na tradycyjnym uznaniu nieumyślności jako odmiany winy, uwarunkowanej możliwością przewidzenia prawnokarnie relewantnego skutku; jego natomiast niekwestionowany autorytet w nauce niemieckiej sprawił, że pogląd ten był punktem odniesienia dla większości autorów zajmujących się tą kwestią do dnia dzisiejszego.

Oceniając ten wczesny etap ewolucji doktryny niemieckiej stwierdzić można, iż o ile nie obce jest uwzględnienie – w konstrukcji kompleksowego pojęcia nieumyślności obiektywnego czynnika, jakim jest fakt pewnego niedopuszczalnego, nieostrożnego wobec dobra prawnego działania sprawcy – to trudno tutaj mówić o konsekwentnym wartościowaniu ostrożności jako pewnej normy postępowania. Nie postrzega się ich jako norm indywidualnych i konkretnych, które nakazują – określając przykładowo sposób działania czy kwalifikacje podmiotu – pewien sposób zachowania; lecz przeciwnie: mówi się tutaj o generalnym wyznaczeniu obowiązku ostrożności¹³⁵⁸.

Symptomatyczne dla rozwoju niemieckiej doktryny jest to, że również kolejna znacząca praca poświęcona problematyce nieumyślności opiera się na rozwiązaniach projektu k.k. z 1927 r.¹³⁵⁹. Także w tym przypadku szczegółowe rozważania poświęcone problematyce tej kategorii

przeciwnego poglądu A. Mirička, „*Formen der Strafschuld und Ihre gesetzliche Regelung*“, Mohr 1907, s. 159.

¹³⁵⁴ K. Binding, „*Die Normen... Fahrlässigkeit*“, s. 525–527, gdzie odwołanie się do wzorcowego „*przeciętnego sprawcy*“ zostaje skrytykowane jako przeobrażenie wzorca w „*den noch immer relativ bestimmten Maßstab in einen vollständig unbestimmten*“ (...) *Diese Wandlung ist stets Werk so genehmen und bequemen Schablonisierung*”.

¹³⁵⁵ K. Binding, „*Die Normen... Fahrlässigkeit*“, s. 440–441.

¹³⁵⁶ K. Binding, „*Die Normen... Fahrlässigkeit*“, s. 451.

¹³⁵⁷ Chociaż można byłoby powiedzieć, że K. Binding opowiada się za rozumieniem normy ostrożności w sensie wzorca dla formułowych ocen.

¹³⁵⁸ A więc jak to ujmuje H. Mannheim, op.cit., s. 92: „*den Maßstab der Sorgfalt*”. Pamiętać należy jednak o akceptowanym już ówczesnie założeniu, typowym dla późniejszej karnistyki niemieckiej, iż istotną normą prawa karnego jest norma sankcjonująca, co najdobitniej chyba wyrażają słowa (K. Binding, „*Die Normen und Ihre Übertretung. Band I. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*“, Lipsk 1922 s. 45): „*Die Norm geht begrifflich dem Strafgesetz voraus, denn dieses bedroht eine Normübertretung mit einer Straffolge oder erklärt sie für straffrei*”.

¹³⁵⁹ L. Graf, „*Die Bestrafung der Fahrlässigkeit*“, München 1931, który w swojej pracy (zob. s. 7) posługuje się definicją nieumyślności sformułowaną w 1922 r. przez E. Belinga, „*Methodik der Gesetzgebung*“, Berlin–Grünwald 1922 s. 187): „*Fahrlässig verwirklicht derjenige einen gesetzlichen Tatbestand, dessen Entschluss die Tatumstände*

czynów zabronionych ukierunkowane nie są na analizę norm ostrożności. Jedynie w ramach ogólnych rozważań nad penalizacją czynów nieumyślnych L. Graf wskazuje na „*etyczne uzasadnienie*” takiego rozwiązania, którym jest obowiązek szanowania innych ludzi oraz dóbr prawnie chronionych¹³⁶⁰. Konstatacja ta jest zbyt ogólna, aby uznać ją za znaczący wkład w rozwój dogmatyki prawa karnego.

Ta bowiem, jak ukazuje to nieco wcześniejsze monograficzne opracowanie wrocławskiego autora, G. Mohrmanna¹³⁶¹, analizuje teraz problem nieostrożności przy czynach nieumyślnych wciąż na podobnej płaszczyźnie. O ile stwierdza się, iż fundamentem odpowiedzialności karnej za nieumyślny czyn zabroniony, gdzie brak jest zamiaru sprawcy – jest naruszenie obowiązku ostrożności¹³⁶², to jednak takie spojrzenie wymaga koniecznego komentarza, iż nie chodzi tutaj – zgodnie z głównym nurtem dyskusji recenzowanej przez G. Mohrmanna¹³⁶³ – o przedmiotową charakterystykę czynu sprawcy, lecz o jego nastawienie psychiczne. Wyraża się ono w tym, że sprawca nie wyłożył należycie swojej zdolności przewidywania (uwagi), aby ukierunkować swoje zachowanie inaczej, umożliwiając przez to zapobiegnięcie wystąpieniu karnoprawnie relewantnego skutku, co jest podstawą przypisania mu z tego powodu winy i zarazem podstawą aksjologiczną samej karalności nieumyślności¹³⁶⁴. Rozważania te formułowane są na tle tych poglądów, które w ogóle kwestionują możliwość pociągania sprawcy czynu nieumyślnego do

dieses Tatbestandes oder die Rechtswidrigkeit des Verhaltens nicht umfasst, aber auf Außerachtlassung der Sorgfalt beruht, zu der er nach Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und im Stande war“.

¹³⁶⁰ Zgodnie ze stwierdzeniem L. Grafa, op.cit., s. 18: „*Diese Leistungspflicht besteht in einer Rücksichtnahme auf die Mitmenschen und ihre Güter*”.

¹³⁶¹ Chodzi tutaj o pracę G. Mohrmanna, „*Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit im Strafrecht*”, Breslau 1929.

¹³⁶² G. Mohrmann, op.cit., s. 1–2, wskazuje, że rozumowanie takie wywodzi się w niemieckiej karnistyce z zapatrywań A. Fuerebacha, a u jego podstaw leży przeświadczenie autora bawarskiego kodeksu karnego, iż nieumyślność należy konstruować analogicznie jak zamiar. Zob. A. Fuerebach, „*Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*”, Band II, Erfurt 1800, s. 63–65.

¹³⁶³ G. Mohrmann, „*Die neueren...*” s. 11–72, zwłaszcza 11–17.

¹³⁶⁴ Aczkolwiek występujące w nauce rozbieżności do uzasadnienia tego stanowiska były poważne. Jak bowiem klasyfikuje G. Mohrmann, część autorów opowiadała się za określeniem „*winy nieumyślnej*” jako tzw. „*Wollenschuld*”, a więc „*winę chcenia*” (czego egzemplifikacją może być pogląd H. Lucasa, „*Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Recht*”, Berlin 1883, s. 108, który pisze: „*Das Nichterkennen des rechtswidrigen Erfolges ist zunächst allerdings ein Vorwurf, welcher die Erkenntnis trifft; sobald dasselbe aber in Verbindung tritt mit dem Willen, überträgt sich dieser Mangel auf den letzten selbst: der Mangel an Einsicht erzeugt – rechtlich betrachtet – Willensschwache, Mangel am richtigen Wollen*”, podczas gdy inni autorzy opowiadali się za czystą tzw. „*Willensschuld*” a więc „*winą woli*” (jak chociażby w odmianie umyślnego naruszenia obowiązku ostrożności, którą R. v. Hippel, „*Vergleichende Darstellung des ausländischen und inländischen Rechts. Allgemeiner Teil*”, t. III. Berlin 1908, s. 567, określa jako „*die pflichtwidrige Herbeiführung des strafbaren Erfolges*” cyt. za G. Mohrmann, op.cit. s. 41) czy też w postaci tzw. „*Charakterschuld*”, a więc „*winy charakteru*” (zob. miarodajną wypowiedź L. v. Bara, „*Gesetz und Schuld im Strafrecht*” t. II, 1907, s. 443/444: „*eine Strafe dafür, dass das Individuum sich nicht besser zum Wissen und zur Aufmerksamkeit erzogen hat*” – bądź w postaci tzw. „*Gefühlsschuld*” – a więc tzw. „*winy uczuć*” (co jest stanowiskiem autora znanej monografii E. Exnera, „*Das Wesen der Fahrlässigkeit*” Leipzig 1910, s. 177, gdzie opisał on ją jako wynik „*der pflichtwidrigen Geringwertung des Rechtsgutes (...) infolge deren der Täter unversehens eine Verletzung begeht, die er zu begehen nicht willens ist*”), czy wreszcie tzw. „*Motivationsschuld*”, a więc tzw. „*winy motywacji*” (zob. J. Friedrich, „*Bestrafung und die Motive der Bestrafung*” Berlin–Leipzig 1910, s. 129, gdzie charakteryzuje on ją jako stan świadomości sprawcy, który „*durch einen unentschuldbaren Irrtum über den Kausalverlauf motiviert war, welcher auf der Verletzung einer Rechtspflicht beruhe, deren Beobachtung in dem Täter die Vorstellung von der Rechtswidrigkeit seiner Willensbetätigung hervorgerufen hatte*”).

odpowiedzialności karnej¹³⁶⁵. Z innej natomiast perspektywy odrzucony zostaje pogląd H. Kelsena, który postulując normatywne ujęcie nieumyślności, charakteryzował ją – w oderwaniu od winy – jako zrealizowanie sprzecznego z normą skutku mimo braku woli po stronie sprawcy¹³⁶⁶, mimo że sprawca powinien był zapobiec bezprawnemu skutkowi.

Najpełniejszym wyrazem tego etapu rozwoju nauki niemieckiej jest monografia K. Engischa¹³⁶⁷. Omawiając dominujący pogląd w doktrynie niemieckiej, który przypisuje przekroczeniu normy ostrożności funkcje wskaźnikową dla pojęcia nieumyślności¹³⁶⁸, akcentuje on, że przekroczenie „*einer Sondernorm*” nie może przesądzać stwierdzenia nieumyślności. I to nie tylko ze względu na fakt, że uwarunkowana jest ona innymi czynnikami, w tym zwłaszcza przewidywalnością popełnienia czynu zabronionego¹³⁶⁹, ale przede wszystkim wobec faktu, że określona regulacja prawna może być albo błędna, albo też odstępianie od jej nakazu w danym przypadku „*gar segensreich ist*”¹³⁷⁰ – tj. przynosi wręcz pozytywne rezultaty (innymi słowy jest prakseologicznie uzasadnione).

Wydaje się, że ówczesne rozważania, znajdujące się pod wpływem gwałtownie rozwijającej się ówczesnie psychologii¹³⁷¹, przywiązują nadmierną wagę do analizy strony psychicznej sprawcy, której ostateczne zweryfikowanie w toku procesu sądowego następuje w drodze wnioskowania z popełnionego przez sprawcę czynu¹³⁷². Charakterystyczną cechą omówionych poglądów jest również wartościowanie ostrożności na płaszczyźnie winy. Jako problem winy ostrożność rozpatrywana była również w ówczesnym orzecznictwie, czego egzemplifikacją może być rozstrzygnięcie RG w sprawie IV 529/22¹³⁷³. Przeprawa przez rzekę Niemen na wyraźne żądanie pasażera, mimo ostrzeżenia, że jest ona niebezpieczna, nie jest,

¹³⁶⁵ Spośród przywoływanych przez G. Mohrmanna stanowisk, op.cit., s. 79–82, najbardziej kategoryczny pogląd wyrazili H. Gallinger, „*Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden Rechts*”, Breslau 1910, s. 29–30 oraz A. Baumgarten, „*Der Aufbau der Verbrechenslehre*”, 1913, s. 120. Ten pierwszy opowiedział się za wprowadzeniem za czyny nieumyślne wyłącznie kar porządkowych, podczas gdy drugi – za rezygnacją z odpowiedzialności karnej w przypadku nieświadomej nieumyślności, jako nieopartej na zarzucie złej woli. Pogląd ten odrzuca G. Mohrmann, op. cit., s. 81, wskazując, że przypisanie winy nie wymaga zawsze po stronie sprawcy świadomości.

¹³⁶⁶ H. Kelsen, „*Hauptprobleme der Staatslehre*” Tübingen 1911, s. 136, gdzie ujmując on skrótowo przedmiotową stronę nieumyślności jako stan, „*dass etwas gesollt, aber im Widerspruch zur Norm eingetreten ist*”.

¹³⁶⁷ K. Engisch, „*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*”, Berlin 1930.

¹³⁶⁸ K. Engisch, op. cit., s. 360.

¹³⁶⁹ W tym kontekście K. Engisch, op. cit., s. 365, stwierdza stanowczo: „*Fahrlässigkeit ist nicht einfach Außerachtlassung der pflichtmäßigen Sorgfalt*”.

¹³⁷⁰ K. Engisch, op. cit., s. 362. Nie wyczerpuje to jednak całego zagadnienia nieostrożności jako przesłanki przyjęcia nieumyślności, bowiem dostrzega on ją również jako sprzężoną z pojęciem Erkennbarkeit, pisząc tak: „*Fahrlässigkeit ist Außerachtlassung der pflichtmäßigen Sorgfalt, die zur Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung geführt hätte mittels (...) gebotener Sorgfalt*”, op. cit., s. 367.

¹³⁷¹ Co do krytycznej analizy tego procesu zob. M. Kaufmann, „*Psychologie des Verbrechens*”, Berlin 1912.

¹³⁷² Wydaje się poniekąd, że świadomość taka nie występuje u G. Mohrmanna, op. cit., s. 38–39, który omawia dominujące w doktrynie stanowisko ujmujące naruszenie ostrożności w kategoriach błędu woli bez krytyki wyrażanych tam poglądów; ostatecznie jednak stanowisko autora trudne jest do określenia wobec braku wyraźnej konkluzji (zob. Idem, op.cit., s. 83–86).

¹³⁷³ RGSt 57, 172.

zdaniem Sądu, naruszaniem obowiązku ostrożności, stąd też nie można oskarżonemu przypisać winy¹³⁷⁴.

2) Okres 1935–1969 r. Szkoła tzw. „finalistów” oraz jej krytyka. Od ostrożności do przekroczenia normy ostrożności

Niezwykle ważnym krokiem w rozwoju doktryny niemieckiej są poglądy tzw. szkoły finalistów¹³⁷⁵, których zręby zaczęły kształtować się jeszcze w latach 30–tych XX wieku¹³⁷⁶.

Podstawowe znaczenie dla zrozumienia idei tzw. *Finalehandlungslehre* mają wypowiedzi głównego przedstawiciela tego nurtu, H. Welzla. W swoim głośnym artykule z 1938 r.¹³⁷⁷ akcentuje on kryzys dotychczasowej dogmatyki prawa karnego, która, operując pojęciem czynu w sensie naturalistycznym¹³⁷⁸, ignoruje nie tylko jego wymiar społeczny, ale – opierając się na pozornie poprawnej, pozytywistyczno–kauzalnej interpretacji – dokonuje sztucznego rozerwania sprzężenia woli sterującej czynem od samego czynu, bez czego nie da się właściwie wyłuszczyć sensu szeregu ludzkich czynów¹³⁷⁹. Ale nie tylko te spostrzeżenia finalistów ujawniają rysy w monolocie dominującej ówczesznie koncepcji w prawie karnym w postaci tzw. *kausaler Handlungslehre*. Wystarczy bowiem, wywodzi dalej H. Welzel, spojrzeć na istotę współsprawstwa: aby można mówić o sprawstwie, konieczne jest ustalenie pozytywnej, personalnej relacji, jaka zachodzi pomiędzy czynem a sprawcą, której wyrazem jest wola sprawcy popełnienia czynu współsprawcy jak własnego¹³⁸⁰. Wykazane braki w dotychczasowych teoriach prowadzą go wprost do zaprezentowania własnej koncepcji, u której podstaw leży spostrzeżenie, że każda ludzka działalność, każdy ludzki czyn jest działaniem celowym¹³⁸¹. Konsekwencje tego w zakresie umiejscowienia norm ostrożności są niebagatelne: również bowiem w odniesieniu do kategorii czynów nieumyślnych samo kazualne spowodowanie uszczerbku konkretnego dobra prawnego nie może prowadzić do przyjęcia bezprawności, uwarunkowane jest ona wystąpieniem

¹³⁷⁴ Zgodnie z ujęciem RG: „Ein Verschulden wurde den Angeklagten nur treffen, wenn er bei Ausführung des Unternehmers die ihm als Bootsführer obliegende Sorgfaltspflicht verletzt hatte”.

¹³⁷⁵ Określanych jeszcze ponad trzydzieści lat później jako „epochemachende finale Handlungslehre” zob. H. Roeder, „Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos”, Berlin 1969, s. 13.

¹³⁷⁶ Przełomowe znaczenie ma pod tym względem wypowiedź H. Welzla, „Studien zum System des Strafrechts” ZstW 58, s. 491 i n., ale początki samego nowego spojrzenia na prawo karne, a zwłaszcza na leżący u jego podstaw czyn, wywodzą się z wcześniejszej pracy tegoż autora: „Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”, Berlin 1935.

¹³⁷⁷ Chodzi tutaj o przywołane powyżej „Studien zum System des Strafrechts” ZstW 58, s. 491–566.

¹³⁷⁸ Zob. H. Welzel, „Studien...”, s. 496–498, gdzie charakteryzuje on: „der naturalistische Handlungsbegriff”

¹³⁷⁹ Szczególnie barwnym przykładem, jakim posługuje się H. Welzel, jest polowanie – mówienie o „nieumyślnym polowaniu”, powtarza profesor z Getyngi w ślad za H. v. Weberem, „Zum Aufbau des Strafrechtssystems”, Jena 1934 jest „widersinnig”, zob. H. Welzel, „Studien...”, s. 499.

¹³⁸⁰ W tym zakresie H. Welzel podpisuje się pod konkluzją sformułowaną przez R. Langego, zob. H. Welzel, „Studien...”, s. 500.

¹³⁸¹ H. Welzel, „Studien...”, s. 502, gdzie pisze wprost: „Handeln ist im engsten und strengsten Sinne die menschliche Zweckmäßigkeit”.

dodatkowego, dynamicznego składnika, jakim jest kierunkowe działanie¹³⁸². To kierunkowe działanie w istocie nie jest przedmiotem zainteresowania prawa karnego tak długo, jak mieści się w granicach tzw. „społecznie adekwatnego ryzyka” („sozialadäquates Risiko”). Społecznie adekwatne ryzyko jest równoznaczne dla H. Welzla z wymaganą w obrocie ostrożnością¹³⁸³. Jednak jest katastrofalnym nieporozumieniem, argumentuje dalej autor, traktowanie tego elementu czynu jako czynnika wyłączającego wyłącznie winę, gdyż teoria przypisująca atrybut bezprawności codziennemu działaniu człowieka jest nie do utrzymania¹³⁸⁴. Taki czyn nie wypełnia nawet znamion czynu zabronionego¹³⁸⁵.

Szczególnie reprezentatywne jawią się również poglądy wyłożone przez W. Niese¹³⁸⁶, jednego z pierwszych adherentów szkoły finalistycznej. U podstaw jego dociekań zaznacza się kategoryczny sprzeciw wobec psychologicznej teorii winy – autor podkreśla, że niezależnie od założeń szkoły finalistycznej nie można zaakceptować tezy, iżby zamiar był częścią składową winy, gdyż istotą winy nie jest ocena wewnętrznych przeżyć sprawcy, ale zarzut, że ów psychiczny stosunek nie sprostął wymaganiom porządku prawnego¹³⁸⁷. To ściśle rozróżnienie pomiędzy elementem obiektywnym – czynem, elementem subiektywnym – stosunkiem psychicznym sprawcy do popełnionego czynu oraz wartościowaniem, dokonywanym z podwójnej perspektywy: obiektywnej na płaszczyźnie bezprawności oraz z perspektywy subiektywnej na płaszczyźnie winy, oznacza akceptację wyrażanych ówczesnie, nowych postulatów naukowych¹³⁸⁸. Opierając się na stworzonym przez H. Welzla modelu czynu jako działania kierunkowego oraz założeniu o pełnej autonomii zachowania nieumyślnego¹³⁸⁹, eksponuje on istotę czynu nieumyślnego jako naruszającego obiektywnie wymaganą ostrożność w danych okolicznościach. Zgodnie z charakterystycznym ujęciem W. Niese, wypełnienie znamion nieumyślnego czynu zabronionego¹³⁹⁰ jest jedynie potencjalnym skutkiem danego czynu ludzkiego. Stąd też

¹³⁸² Jednoznacznie brzmi w tym kontekście wypowiedź H. Welzla, op. cit., s. 557, który pisze: „Auch in den reinen kausalen Verursachungstatbeständen erfüllt das bloße kausale Rechtsgutverletzung den Unrechtstatbestand”.

¹³⁸³ H. Welzel, „Studien...”, s. 558.

¹³⁸⁴ H. Welzel, „Studien...”, s. 558–559. Oddając raz jeszcze głos autorowi – „Sie setzt (die Schuldausschlusssteorie) den Rechtsgüterschutz zu tief, gleichsam am absoluten Nullpunkt”.

¹³⁸⁵ H. Welzel, op. cit., s. 559. Dalsze rozważania Welzla, o istocie potencjalnej kierunkowości czynu nieumyślnego uległy zmianie w toku ewolucji poglądów autora; warto może jeszcze zwrócić uwagę na jeden argument, który przywołuje tenże 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 w jego działaniu. Zob. H. Welzel, „Studien...”, s. 565–566.

¹³⁸⁶ W. Niese, „Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit”, Tübingen 1951.

¹³⁸⁷ W. Niese, op. cit., s. 30, wymownie ujmując tę kwestię tymi słowami: „Schuld erst durch eine Relation dieses psychischen Sachverhalts zu den Sollensanforderungen der Rechtsordnung zustandekommt.”.

¹³⁸⁸ Zważyć należy, że W. Niese opiera swoje rozważania na normatywnej koncepcji winy J. Goldschmidta – zob. W. Niese, op.cit., s. 31–32. Co do tej pierwszej zob. J. Goldschmidt, „Normativer Schuldbegriff“ w: „Festschrift für Reinhard Frank“, Tübingen 1930, t. I s. 428–468.

¹³⁸⁹ W. Niese, op. cit., s. 40–44.

¹³⁹⁰ Dla rozjaśnienia tego poglądu warto przytoczyć wypowiedź samego autora, op.cit., s. 59: „Allein die mißbilligte Verursachung solcher Erfolge durch Handlungen, die in anderer Richtung final sind, macht der Gesetzgeber zum Tatbestand”.

rozważając kazus kierowcy, który prowadząc samochód zgodnie ze stosownymi regulacjami prawa drogowego przejeżdża niewidocznego z drogi człowieka, który to w ostatniej chwili wychodzi zza przydrożnego drzewa i wpada pod koła pojazdu, stwierdza on, że błędne jest dominujące stanowisko doktryny niemieckiej, która w tym przypadku upatruje jedynie wyłączenia winy, a nie już bezprawności¹³⁹¹, gdyż 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 przydawaniu im atrybutu bezprawności. Rozstrzygającym kryterium jest tutaj zachowanie wymaganej w danych okolicznościach ostrożności¹³⁹². Konsekwencją takiego stanowiska jest ujęcie czynów nieumyślnych jako niewłaściwych przestępstw z zaniechania, gdzie warunkiem koniecznym ich prawnokarnej relewancji jest nieuczynienie zadość wymaganej ostrożności, utożsamianej z obowiązkiem gwaranta¹³⁹³. Takie ujęcie konweniuje z ówczesnymi założeniami samego H. Welzla¹³⁹⁴, które to stwierdzenie rozciąga się również na kolejną konkluzję W. Niese: istotą bezprawia czynów nieumyślnych jest naruszenie obowiązku ostrożności¹³⁹⁵.

W ten sposób rysuje się kościec poglądów tzw. szkoły finalistów¹³⁹⁶, szkoły, która mimo jej ostatecznego odrzucenia, do niemieckiej myśli prawniczej trwale wprowadziła pojęcie normy (reguły) ostrożności, której przekroczenie jest istotnym warunkiem poniesienia odpowiedzialności karnej. W tle jej gwałtownego rozwoju zapadło ważne dla rozwoju niemieckiej doktryny rozstrzygnięcie BGH z dnia 04.03.1957 r.¹³⁹⁷.

Nie sposób jednak przeoczyć, że poglądy H. Welzla i jego zwolenników spotkały się z gwałtowną krytyką, której wyrazem jest chociażby opracowanie H. Roednera¹³⁹⁸. Podstawą swojej

¹³⁹¹ Niezwykle wymowne jest przytoczenie w tym miejscu orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Monachium z 1861 r., gdzie stwierdzono, iż działalność kolej żelaznych jest w istocie bezprawna – zob. W. Niese, op. cit., s. 59–60.

¹³⁹² Nie może być chyba bardziej czytelnym sformułowanie niż to, którym posługuje się W. Niese, op. cit., s. 61, stwierdzając: „*Man kann also sagen, dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt die Grenze zwischen aquatem und inadequatem Verhlaten bildet*”

¹³⁹³ Jednoznaczne jest pod tym względem stwierdzenie autora op. cit., s. 62, 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*”.

¹³⁹⁴ Identyczność tej perspektywy akcentuje sam W. Niese op. cit., s. 62–63., kiedy określa raz jeszcze istotę czynów nieumyślnych tymi oto słowami: „*Der Handlungsunwert der unvorsätzlichen Handlung liegt nicht in ihrer aktuellen Finalität, (...) sondern im pflichtwidrigen <<Nichtbedenken>> der Folgen.*”.

¹³⁹⁵ Dosłownie: „*(...) das Unrecht vor dem (...) Erfolgsunwert zuerst im Handlungsunwert liegt, (...) [die – przypis M.B.] bei Fahrlässigkeitsdelikten im Verstoß gegen die objektive Sorgfalt besteht*” zob. W. Niese, op. cit., s. 64.

¹³⁹⁶ Rewolucyjność tych poglądów łatwo sobie uplastycznić poprzez zestawienie koncepcji finalistów z pochodzącą z projektu zmian Niemieckiego Kodeksu Karnego z 1936 r. definicją nieumyślności, która brzmiała następująco: „*Fahrlässig handelt, wer den Tatbestand (...) pflichtwidrig verwirklicht und pflichtwidrig nicht erkennt, dass er damit gegen ein Gesetz verstößt (...)*” cytat za: D. Sauer, „*Die Fahrlässigkeitsdogmatik der Strafrechtslehre und der Strafrechtsprechung*”, Hamburg 2003, s. 197.

¹³⁹⁷ BGHZ 24, 21, 26 zgodnie z którym to orzeczeniem: „*(...) bei verkehrsrichtigem (ordnungsgemäßen) Verhalten eines Teilnehmers im Straßen oder Eisenbahnverkehr eine rechtswidrige Schädigung nicht vorliegt*”. Mimo, że dotyczy ono spraw cywilnych, jego implikacje dla karnistyki były czytelne.

¹³⁹⁸ H. Roedner, „*Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*”, Berlin 1969.

polemiki tenże autor czyni spostrzeżenie, że pojęcie społecznej adekwatności zachowania jest zbyt nieprecyzyjne, aby modyfikować granice odpowiedzialności karnej¹³⁹⁹. Ewentualne zaniechanie ścigania czynów o niskiej społecznej szkodliwości jest, zdaniem austriackiego profesora, domeną oportunizmu ścigania¹⁴⁰⁰. Wskazać należy na marginesie, że wskazany powyżej, kluczowy argument autora, opiera się chyba na pewnym nieporozumieniu¹⁴⁰¹, gdyż protagonista szkoły finalistycznej traktował tę instytucję jako służącą zawężeniu, a nie rozszerzeniu odpowiedzialności karnej. Poglębiona analiza używanego przez finalistów pojęcia adekwatnego społecznie ryzyka prowadzi austriackiego profesora do spostrzeżenia, iż dopuszczenie pewnej kategorii niebezpiecznej aktywności nie oznacza automatycznie, że w danym przypadku wszelkie wyniki z niej szkody wymykają się poza granice ocen prawno-karnych¹⁴⁰². Zresztą brak odpowiedzialności dotyczyć może tylko czynów nieumyślnych¹⁴⁰³, a jako możliwe przykłady wskazuje on: naruszenia sportowe oraz interwencje medyczne. Trzymając się tego ustalenia, dokonuje on pogłębionej analizy istoty nieumyślności, która prowadzi go do konkluzji, iż ta „odmiana winy” („*Schuldart*”) składa się z szeregu elementów – prócz emocjonalnego i intelektualnego, także normatywnego, jakim jest niezachowanie wymaganej w danych okolicznościach ostrożności, ocenianej przez pryzmat obiektywno-subiektywnego osobowego wzorca normatywnego¹⁴⁰⁴. Kwestionując koncepcję ujmującą czyn nieumyślny jako kierunkowe przekroczenie obowiązku ostrożności¹⁴⁰⁵, wskazuje, że nie do przyjęcia jest wyłączenie bezprawności takiego czynu, a to chociażby dlatego, że pozbawia się wtedy poszkodowanego możliwości skorzystania z obrony koniecznej¹⁴⁰⁶. Co więcej, wobec oparcia się na koncepcji bezprawia czynu, a nie bezprawia rezultatu¹⁴⁰⁷, stanowiącej teoretyczne podłoże toczącego się

¹³⁹⁹ 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 (4–8 wydanie podręcznika „*Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*”, Berlin 1954–1963) przypisywać mu rolę okoliczności wyłączającej bezprawność czynu, by pod wpływem krytyki U. Kluga (zob. H. Roedner, op.cit., s. 16–19) powrócić wreszcie do swojego pierwotnego stanowiska.

¹⁴⁰⁰ Przewidzianego ówczesnie w § 153 StPO, zgodnie z którym: „*Die Untersuchung und Entscheidung erstreckt sich nur auf die in der Klage bezeichnete That und auf die durch die Klage beschuldigten Personen. Innerhalb dieser Grenzen sind die Gerichte zu einer selbständigen Thätigkeit berechtigt und verpflichtet; insbesondere sind sie bei Anwendung des Strafgesetzes an die gestellten Anträge nicht gebunden.*”

¹⁴⁰¹ H. Roedner, op.cit., s. 25–26.

¹⁴⁰² Zależność tę autor, op.cit., s. 33 oddaje posługując się wymownym cytatem z R. Mauracha, „*Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*”, Karlsruhe 1965 s. 467: „*Aber aus deren Rechtmässigkeit wird nicht gefolgert werden können, dass alle aus dem erlaubten Risikobetrieb resultierenden Folgen (...) nur rechtlich indifferent waren*”. Intuicja ta zbliża go nieco do wyróżnienia, obok ogólnego obowiązku ostrożności – aktualizującą się w danej sytuacji – normy ostrożności.

¹⁴⁰³ Zgodnie z słowami H. Roednera, op.cit., s. 40: „*Taucht die Kardinalfrage nach dem systematischen Standort der Einhaltung des sozialadäquaten Risikos (...) nur bei fahrlässiger Begehung auf.*”

¹⁴⁰⁴ H. Roedner, op.cit., s. 50–52, przy czym autor sprowadza dalej rolę czynnika subiektywnego możliwości wyłącznie do ograniczenia odpowiedzialności karnej – zob. Idem, op.cit., s. 54.

¹⁴⁰⁵ Dla przypomnienia H. Welzel w 10 wydaniu swojego podręcznika „*Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*”, Berlin 1967, s. 125) stwierdzał, iż: „*Wo der Handlungsvollzug mit diesem Leitbildverhalten [vom sorgfältigen Sozialverhalten – dop. M.B.] übereinstimmt, ist er sachgemäß (...) auch dann, wenn er einen sozialen unerwünschten Erfolg verursacht*”.

¹⁴⁰⁶ H. Roedner, op.cit., s. 77.

¹⁴⁰⁷ Zob. wypowiedzi autora wobec zestawienia „*Handlungsunwert*” oraz „*Erfolgsunwert*” – H. Roedner, op.cit., s. 67.

sporu, podejmuje się próby wysubtelnienia koncepcji K. Bindinga od strony teoretycznej, który to zdając sobie sprawę, że uzależnienie bezprawności od skutku powoduje, że w momencie jego dokonywania nie można jednoznacznie tej jego cechy przesądzić, mówił o bezprawności warunkowej¹⁴⁰⁸. Ten ostatni pogląd spotkał się z surową krytyką przedstawicieli doktryny, którzy wskazywali, że konieczne jest, aby porządek prawny już w chwili przystąpienia do realizacji danego czynu jednoznacznie wskazywał, czy może on być prawno–karnie relewantny¹⁴⁰⁹. Wobec takiego stanowiska H. Roedner formułuje więc myśl, że w przypadku czynów nieumyślnych warunkowe jest tylko stwierdzenie bezprawności, które ze względu na ograniczenia ludzkiego umysłu następuje dopiero w chwili nastąpienia skutku¹⁴¹⁰. Tak oczyszczony teren umożliwia mu stanowczą charakterystykę społecznie adekwatnego ryzyka jako okoliczności wyłączającej (obligatoryjnie) winę¹⁴¹¹. Dla pełnego przedstawienia koncepcji autora dopowiedzieć należy, iż działanie w granicach społecznie adekwatnego ryzyka rozszerzone zostaje również na te osoby, którym winy przypisać nie można – wtedy jej funkcja wyraża się w wyłączeniu możliwości zastosowania środków zabezpieczających¹⁴¹².

Przechodząc do krótkiej oceny poglądu Profesora z Grazu, spostrzec należy, że mimo kategorycznego sprzeciwu wobec stanowiska szkoły finalistycznej w jego rozważaniach również obecne jest wartościowanie elementu przedmiotowego, jakim jest obiektywnie pojmowana ostrożność. Świadomość zachodzących zmian cywilizacyjnych oraz rozwoju doktryny cywilistycznej¹⁴¹³ odzwierciedla się już na płaszczyźnie wyrażen, za pomocą których autor buduje swój dyskurs, ale przede wszystkim w afirmatywnym uznaniu, że dla wyznaczania granicy wyłączenia odpowiedzialności karnej minimalnym warunkiem jest przestrzeganie odpowiednich regulacji o charakterze porządkowym¹⁴¹⁴. Ten kierunek rozważań, daleki od pełnego doceniania normatywnego charakteru norm ostrożności jako wpływających na treść normy prawnokarnej, obrazuje reakcję znacznej części nauki niemieckiej wobec fenomenu finalizmu.

Inny przykład krytyki koncepcji H. Welzla – przypisującego naruszeniu normy ostrożności

¹⁴⁰⁸ Czyli „*suspensiv bedingte Rechtswidrigkeit*”; zob. cytowany przez H. Roednera, op.cit., s. 86 H. Sommer, „*Das bedingte Verbrechen*”, Lipsk 1908 oraz K. Binding, „*Das bedingte Verbrechen*” Gerichtssaal t. 68 (1906), s. 14.

¹⁴⁰⁹ W tym duchu wypowiedział się zwłaszcza cytowany E. Beling, „*Grenzen zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege*”, Tübingen 1913, s. 36.

¹⁴¹⁰ H. Roedner, op.cit., s. 86–87.

¹⁴¹¹ H. Roedner, op.cit., s. 94 pisze bowiem tak: „*Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, dass sich mit der Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt deckt, begründet demnach (...) einen obligatorischen Schuldauusschließungsgrund.*”

¹⁴¹² Opiera się to na swoistym pojmowaniu winy jako elementu złożonego z treści biologicznych, normatywnych i psychologicznych, zob. H. Roedner, op.cit., s. 106–107.

¹⁴¹³ Dla której podstawowe znaczenie miało wskazane orzeczenie BGH (GSZ 1/56 BGHZ 24, 21), gdzie wywiedziono, że „*ein Verhalten im Rahmen dieser Vorschriften [der Verkehrsordnung – przypis M.B] im Rahmen des Rechts hält*”, co spotyka się z komentarzem, iż egalitaryzacja obiektywnie nakazanej ostrożności jest okropnym uproszczeniem – zob. H. Roedner, op.cit., s. 81.

¹⁴¹⁴ Stąd też fundamentalne znaczenie ma przywołany z aprobatą pogląd Frey'a (zob. H. Roedner, op. cit., s. 32), że ryzyko: „*(...) durch Einhaltung aller möglichen und gesetzlich vorgeschriebenen Sicherheitsvorschriften – mit einem Minimum von <<erlaubten Risiko zu führen ist>>*”.

funkcje bezprawności w przypadku czynów nieumyślnych – dostarcza C. Roxin. Odrzucając koncepcję tzw. „*typu otwartego*”¹⁴¹⁵ podkreśla on, że istotnym warunkiem wypełnienia znamion czynu zabronionego jest naruszenie wymaganej ostrożności¹⁴¹⁶, co uzasadnia tym, że nie można mówić o popełnieniu czynu zabronionego, gdy sprawca działa w należyтым stopniu ostrożnie. W istocie więc, umiejscawiając normy ostrożności na płaszczyźnie znamion czynu zabronionego¹⁴¹⁷, zawraca się on przeciwko koncepcji reprezentowanej przejściowo przez samego H. Welzla, który traktował je jako kwestę bezprawności czynu, czego uzasadnieniem ma być to, że znamiona te oddają charakterystykę czynu sprawcy.

Istotę sporów, jakie stały się udziałem nauki niemieckiej na kanwie *Finalehandlungslehre* dobrze obrazuje również inauguracyjny wykład wygłoszony przez D. Kienapela wraz z objęciem przez niego Katedry Prawa Karnego na uniwersytecie we Freiburgu¹⁴¹⁸. W swoim wystąpieniu, opierając się na szeregu myśli K. Bindinga¹⁴¹⁹, argumentuje, że odwoływanie się do figury dopuszczalnego ryzyka (czy też analogicznie – społecznej adekwatności) w żadnym stopniu nie jest konieczne, tym bardziej, że jest to nic jak tylko „*nierzeczywista, historyczna fasada*”¹⁴²⁰. Omówienie występujących ówczesnie w niemieckiej dogmatyce teorii prowadzi go do konkluzji, że znane już koncepcje wyłączenia bezprawności czy braku wypełnienia znamion czynu zabronionego jawią się jako nieprzekonujące¹⁴²¹. Szczegółowa analiza stanów faktycznych skutkuje zdaniem autora konstatacją, że w rzeczywistości zarówno dopuszczalne ryzyko jak i społeczną adekwatność można bądź to sprowadzić wprost do problemu wykładni poszczególnych znamion bądź też osiągnąć wykluczenie odpowiedzialności karnej przez prawidłową wykładnię samego pojęcia nieumyślności, która to, jako pojęcie złożone, obejmuje w sobie jako jedną z jej przesłanek niezachowanie wymaganej ostrożności¹⁴²².

W ten sposób okazuje się, że koncepcja H. Welzla, poprzez jej krytykę, staje się punktem odniesienia dla wykształcenia się dwóch głównych konkurencyjnych, kluczowych dla dogmatyki niemieckiej kierunków – jakimi są tzw. *Personale* oraz *Soziale Handlungslehre*. Niebagatelną rolę

¹⁴¹⁵ Zob. C. Roxin, „*Offene Tatbestände und Rechtspflichtenmerkmale*” Berlin 1958, s. 11 (co do koncepcji H. Welzla), s. 170–171 (co do własnego poglądu).

¹⁴¹⁶ C. Roxin, op.cit., s. 171 pisze bowiem tak: „*Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht (...) ist in Wahrheit bereits eine Voraussetzung der Tatbestandserfüllung*”.

¹⁴¹⁷ C. Roxin op.cit., s. 171 konkluduje: „*Auch hier gehört daher die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht systematisch zum Tatbestand*”.

¹⁴¹⁸ Zapis tego wystąpienia ukazał się jako D. Kienapel, „*Das erlaubte Risiko im Strafrecht*” Frankfurt am Main 1966.

¹⁴¹⁹ Zwłaszcza na przywoływanym przez tego ostatniego (zob. K. Binding „*Die Normen... Fahrlässigkeit*”, s. 436) mottcie Hansy: „*Navigere necesse est, vivere non necesse*”.

¹⁴²⁰ D. Kienapel, op.cit., s. 10.

¹⁴²¹ Pierwszej z wymienionych konstrukcji zarzuca D. Kienapel, op.cit., s. 20, przede wszystkim to, że stwarza kolejną okoliczność wyłączającą bezprawność, co koliduje z występującymi już „*kontratypami*”, druga, że opiera się na prezentowanej przez H. Welzla koncepcji kierunkowego czynu, która nie znalazła powszechnego uznania w dogmatyce (zob. D. Kienapel, op.cit., s. 18).

¹⁴²² D. Kienapel, op.cit., s. 26–29. Swoją wypowiedź kończy ostrzeżeniem, przed niebezpieczeństwem, na jakie narażone jest prawo karne wobec tak nieokreślonego pojęcia, jakim jest tzw. „*społeczna adekwatność ryzyka*” („*Sozialadequates Risiko*”), prowadzącego do „*randloses Sammelbecken der Straffreiheit*”.

w ich powstaniu odgrywają rozważania nad normami ostrożności i ich właściwą, karno–prawną oceną. Nabierają one bardziej konkretnych konturów niż ostrożność, odnoszona do procesów psychicznych sprawcy i będąca składnikiem winy, tak jak sytuowała ją nauka niemiecka u progu XX wieku.

3) Okres 1969–2002 r. Wskaźnikowe znaczenie naruszenia norm ostrożności dla pojęcia nieumyślności?

Obok toczących się na pewnym poziomie abstrakcji rozważań w głównym nurcie dogmatyki prawa karnego, normy ostrożności analizowane były przez pryzmat szczegółowych gałęzi prawa karnego, zwłaszcza prawa karnego sportowego. Z obszernego dorobku doktryny niemieckiej w tym zakresie¹⁴²³, wybrane zostało jako reprezentatywne stanowisko opracowane w wielkich dniach niemieckiego sportu – podczas mistrzostw świata w piłce nożnej w 1978 r.¹⁴²⁴.

Analiza karnistyczna, którą przeprowadza A. Eser, opiera się na założeniu, że wyznacznikiem norm ostrożności w przypadku aktywności sportowej są reguły gry. W zachowaniu zgodnie z nimi też, według stanowiska autora, w pierwszej kolejności upatrywać należy wyłączenia odpowiedzialności karnej¹⁴²⁵, jednak uzasadnienie tej konkluzji nie jest do końca przejrzyste. Z jednej strony wskazuje się bowiem na brak naruszenia ostrożności wymaganej w danych warunkach, z drugiej: na zachowanie społecznie adekwatne – co prowadzi go ostatecznie do konkluzji, iż dochodzi tutaj do wyłączenia bezprawności czynu. Inne rozwiązanie zasugerowane zostaje wobec zachowania niezgodnego z regułami gry, pod warunkiem, że ich przekroczenie nie jest wynikiem czynu umyślnego oraz nie jest znaczne. W przeciwieństwie bowiem do większościowego poglądu nauki niemieckiej, podstawą braku odpowiedzialności karnej ma być w tym przypadku działanie w granicach dozwolonego ryzyka¹⁴²⁶.

¹⁴²³ Co do aktualnej bibliografii zob. L. Hähle, „Die Strafrechtliche Relevanz von Sportverletzungen“, Frankfurt am Main 2008.

¹⁴²⁴ A. Eser, „Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesondere des Fußballspielers“, JZ 1978, s. 368–374.

¹⁴²⁵ Stąd też jako obce na gruncie prawa karnego klasyfikuje on konstrukcje rozwinięte na gruncie orzecznictwa cywilistycznego, zwłaszcza w orzeczeniach BGHZ 29,33, BGHZ 34, 355, BGHZ 63, 140.

¹⁴²⁶ A. Eser, „Zur strafrechtlichen...“, s. 372, pisze jednoznacznie „Doch hat dies nichts mehr mit dem tatbestandsaußschließender Sozialadäquanz, sondern bereits mit rechtfertigungsrelevantem <<erlaubtem Risiko>> zu tun” Warto na marginesie wspomnieć, że dopuszcza on również wykluczenie odpowiedzialności karnej za poważne naruszenie reguł gry za pomocą instytucji zgody. Wskazać należy wreszcie, że autor ten konsekwentnie opowiada się za utrzymaniem tej instytucji (tj. dopuszczalnego ryzyka – „erlaubtes Risiko”), czego dowodem jest jego stanowisko w: „Sozialadäquanz”: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur” w: „Festschrift für C. Roxin”, Berlin–New York 2001, s. 211–212, przynajmniej w tym zakresie, w jakim odnosi się ono do wyłączania odpowiedzialności karnej za czyny zwyczajne i akceptowane, jak chociażby noworoczne podarunki dla listonoszy. Sam jednak, loc.cit., wskazuje, że niesprecyzowane są kryteria „(...) nach der die Üblichkeit und Angemessenheit des fraglichen Verhaltens zu ermitteln und zu bemessen ist.“. Podkreślić w tym miejscu należy raz jeszcze niejasny stosunek figury dozwolonego ryzyka (względnie społecznej adekwatności) do norm ostrożności – zgodnie np. z aktualnym stanowiskiem U.

Wypowiedź A. Esera obrazuje, jak daleki brak przejrzystości panuje w teoretycznych konstrukcjach nauki niemieckiej, która zdaje się raczej korzystać z różnych instytucji karnistycznych, aby osiągnąć społecznie akceptowalne rezultaty¹⁴²⁷. Będący tego bezpośrednią konsekwencją brak jasności, w jakich granicach można liczyć na nieponoszenie odpowiedzialności karnej nie jest sytuacją, która – przynajmniej z dzisiejszej perspektywy – może się spotkać z aprobatą.

Świadectwem innego oryginalnego spojrzenia doktryny niemieckiej na problematykę naruszenia normy ostrożności jest opracowanie problematyki zwiększenia niebezpieczeństwa i celu ochronnego normy, autorstwa J. Krümpelmann¹⁴²⁸. Szczegółowa, przeprowadzona przez rzeczzonego autora, analiza orzecznictwa¹⁴²⁹ z zakresu prawa karnego drogowego prowadzi go do konkluzji, że nie jest ona w stanie odróżnić przypadków, kiedy, mimo iż czyn sprawcy jest objęty jedynie „*refleksem*” naruszonej normy ostrożności uznaje się go za jej naruszenie, co prowadzi do niesłusznej odpowiedzialności karnej sprawcy. Ilustracją takiej sytuacji jest wypadek, w którym potrącona została ofiara po jej nagłym wtargnięciu na przejście dla pieszych przez kierującego, który nie zatrzymał się na pasach, mimo że z drugiej strony weszła na nie inna osoba piesza¹⁴³⁰. Błędy takie, jak wskazuje autor, są w orzecznictwie stosunkowo częste¹⁴³¹. Szczególnie niebezpieczne jest odniesienie tych obserwacji na grunt medycznego prawa karnego, gdzie praktycznie każde „*niepowodzenie w leczeniu*” prowadzić musi do odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa¹⁴³².

Nie mniej ciekawe dla analizy rozwoju dogmatyki niemieckiej jest krótkie omówienie pochodzącej z tego samego czasu wypowiedzi C. Dedesa¹⁴³³. Autor ten postrzega bowiem ostrożność nie jako normę postępowania i nie jako obowiązek konkretnego zachowania się, lecz jako obiektywny wzorzec oceny zachowania się sprawcy¹⁴³⁴. Jako taki, wzorzec ten poddaje się

Kindhäuser’a, „*Zum sog. unerlaubten Risiko*”. w: „*Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift Maiwald*“, red. R. Bloy, Berlin 2010, s. 410: „*Das erlaubte Risiko ist damit die Kehrseite eines Sorgfaltsverstößes: Wer erlaubt handelt, handelt nicht sorgfaltswidrig. Und umgekehrt: Wer sorgfaltswidrig handelt, handelt unerlaubt riskant.*“

¹⁴²⁷ Problem ten sygnalizował mi również prof. A. Szwarc w trakcie rozmowy w czerwcu 2013 r., stwierdzając, iż nie do końca wiadome jest do dnia dzisiejszego, na jakiej podstawie dochodzi do wyłączenia odpowiedzialności karnej sportowców.

¹⁴²⁸ Zob. J. Krümpelmann, op.cit., s. 443–464. Co do samego pojęcia tzw. „*Risikoerhöhungslehre*” zob. J. Krümpelmann, op.cit., s. 449 i cytowana tam literatura.

¹⁴²⁹ J. Krümpelmann, op.cit., s. 453 oraz cytowane przez niego m. in. orzeczenie BGHSt 17, 299.

¹⁴³⁰ BGE 92 IV 24 (wydane na gruncie prawa szwajcarskiego). Z kolei jako wzorcowe orzeczenie wskazuje J. Krümpelmann wyrok BGH VRS 30, 192.

¹⁴³¹ Innym powoływanym w tym kontekście orzeczeniem jest wyrok BGHSt 24, 31.

¹⁴³² Co w konsekwencji zgodnie z konkluzją autora op.cit., s. 464.: „*ein Übermaß von Fahrlässigkeitstrafen nach sich ziehen würde*“.

¹⁴³³ Ten głos ateńskiego profesora, zob. C. Dedes, „*Die Konkretisierung der Sorgfalt*” w: „*Festschrift für Paul Böckemann*”, red. A. Kaufmann, München 1979, s. 437 zawarty w tej samej księdze pamiątkowej, co wypowiedź J. Krümpelmann, ma charakter bardziej teoretycznych rozważań zakorzenionych wszak w ustawodawstwie niemieckim.

¹⁴³⁴ C. Dedes, op.cit., s. 439, gdzie pisze wymownie: „*Sie ist nur ein Maßstab, an dem das Verhalten gemessen wird, sie ist keine Pflicht*”.

generalizacji. Wydaje się jednak, że o ile zastanowić się można nad aprobatą wobec samego ujęcia aksjologicznej podstawy ostrożności jako wzorca¹⁴³⁵, to otwartym pozostaje pytanie, czy np. reguły sportowe współkształtują tylko pewien wzorzec ostrożności czy też raczej – w pewnej chociażby części – konkretne normy postępowania¹⁴³⁶.

Szczególny przykład norm ostrożności, jakie obowiązują w obszarze techniki zostaje poddany analizie w opracowaniu T. Lenckera¹⁴³⁷. Akceptując wypowiedziane przez K. Engischa założenie, iż zachowanie obiektywnie wymaganej ostrożności wyklucza bezprawność czynu zabronionego¹⁴³⁸, wskazuje on, że złożoność problematyki ostrożności w zakresie techniki wywodzi się z braku posiadania przez normy techniczne charakteru norm prawnych – gdyby było inaczej, kwestia badania ostrożności wyczerpywałaby się na tym etapie. Normy techniczne nie mają również identycznej treści jak znajdująca w danej sytuacji zastosowanie norma ostrożności¹⁴³⁹ – co, zdaniem T. Lencknera, szczególnie czytelne jest wobec zestawienia konkurencji norm technicznych występującej pomiędzy regulacjami krajowymi i międzynarodowymi¹⁴⁴⁰. Zastosowanie się do normy międzynarodowej nie musi wszak gwarantować absolutnej pewności uniknięcia niebezpieczeństwa dla dóbr prawnie chronionych, aby móc uchylać odpowiedzialność karną¹⁴⁴¹. Ten warunek, akcentowany w orzecznictwie w kontekście formułowania podstaw odpowiedzialności osób trzecich za popełniony nieumyślnie czyn zabroniony¹⁴⁴², spotyka się z kategorycznym sprzeciwem autora. Obrazując to kazusem pasażera taksówki, który widząc zły stan pojazdu mimo wszystko decyduje się na przejazd, podkreśla, że trudno byłoby zgodzić się z konstatacją, iż prowadzić to może do odpowiedzialności za nieumyślne spowodowanie śmierci, gdy ta będzie skutkiem spowodowanego przez kierowcę taksówki wypadku¹⁴⁴³. T. Lenckner zwraca uwagę również, że w życiu społecznym udzielenie błędnej rady przez osobę, która posiada szczególną kompetencję do formułowania norm ostrożności ze względu na wykonywaną przez nią rolę społeczną prowadzi do jej odpowiedzialności karnej – konstatacja taka, nie wyłącza wszak odpowiedzialności za swój czyn

¹⁴³⁵ Aczkolwiek jej słabością (zob. C. Dedes, op.cit., s. 440) jest przydanie jej zarazem waloru interpersonalnej reguły, reguły obowiązującej dla określonej grupy społecznej.

¹⁴³⁶ W trakcie dyskusji w dniu 29.10.2013 r. z prof. J. Bung na Uniwersytecie w Passau ten ostatni wyraził pogląd, że w istocie dany wzorzec zawsze można tak sformułować, że będzie częścią normy postępowania.

¹⁴³⁷ T. Lenckner, „*Technische Normen und Fahrlässigkeit*”, w: „*Festschrift für Karl Engisch*“ Frankfurt am Main 1969, s. 490–508. U podstaw pojęcia tego tematu zdaje się leżeć świadomość gwałtownego wzrostu tak ilości jak i doniosłości tych reguł, co prowadzi m.in. do ich wzajemnej inkongruencji.

¹⁴³⁸ T. Lenckner odwołuje w tym zakresie do opracowania K. Engischa, „*Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*”, Tübingen 1931, s. 53.

¹⁴³⁹ T. Lenckner, op. cit., s. 497, wskazuje w tym miejscu, że te pierwsze mogą być ograniczone do kategorii „*typische Sachverhalte*”.

¹⁴⁴⁰ T. Lenckner, op. cit., s. 503, zauważa, że z naruszeniem ostrożności nie mamy konieczności do czynienia w sytuacji, gdy sprawca „*von einer einzelnen technischen Norm abgewichen ist*”.

¹⁴⁴¹ T. Lenckner, op. cit., s. 500, podkreśla, że byłoby to społecznie nieopłacalne, stąd też obiektywna przewidywalność wystąpienia prawnokarnie relewantnego skutku nie może być traktowana jako warunek bezwzględny.

¹⁴⁴² Zob. zwłaszcza powołane przez T. Lencknera orzeczenie RGSt 61, 318.

¹⁴⁴³ Stanowisko takie było już akceptowane w judykaturze Sądu Rzeszy, zob. JW 1938, 1241.

tego, który po ową radę się zwraca¹⁴⁴⁴.

Do tematu norm technicznych w prawie karnym nawiązuje B. Schünemann¹⁴⁴⁵. Ich znaczenie, zdaniem tego monachijskiego profesora, upatrywać można przez pryzmat wypełnienia dynamicznego blankietu zawartego w przepisie prawa karnego, ale takie podejście prowadzić musi do konkluzji, że odwołania do norm technicznych, stanowionych przez prywatne podmioty, naruszają konstytucyjną zasadę podziału władz oraz obowiązku publikacji przepisów prawnych¹⁴⁴⁶. Stąd też inną koncepcją jest nadanie regułom technicznym znaczenia jako swoistego niedookreślonego pojęcia prawnego, które wskazuje sędziemu, jaka staranność jest wymagana w obszarze działalności technicznej¹⁴⁴⁷ – w tym bowiem wyraża się, zdaniem autora, właśnie ich funkcja. Nie jest to zarazem objaśnienie języka prawnego (znaczenia tekstów ustawowych), gdyż mimo, że taka interpretacja pozornie zgodna jest z prymatem wykładni językowej w prawie karnym, to związanie sędziego „*potocznym żargonem*” z pewnością nie wpisuje się w intencje ustawodawcy¹⁴⁴⁸. Odrzuca on inną, niezwykle ciekawą próbę ujęcia problemu, przypisującego regułom technicznym sens instytucji procesowej, a mianowicie przypisania im niepodważalnego domniemania prawnego przekroczenia dopuszczalnej ostrożności¹⁴⁴⁹, gdyż przemawiają przeciwko temu podobne jak zarysowane wcześniej zarzuty konstytucyjne. Co najwyżej są one wyrazem rzetelnej praktyki postępowania w danym obszarze. Sam jednak dominujący i najbardziej trafny pogląd – upatrywania w nich niedookreślonego pojęcia prawnego – nie może zostać przyjęty w sensie związania podmiotu stosującego prawo większością opinią ekspertów

¹⁴⁴⁴ T. Lenckner, op. cit., s. 507–508 akcentuje bowiem, że skutkiem tej rady nie może być to, żeby ona zasięgającego rady „*aus seiner Verantwortung entlässt*.”.

¹⁴⁴⁵ Ponowne zainteresowanie tą kwestią tłumaczyć można uwarunkowaniami historycznymi: katastrofa w Czarnobylu prowadzi do spostrzeżenia niedostatecznie precyzyjnego uregulowania tej kwestii: „*die sorgfaltswidrige Steuerung eines Kraftfahrzeuges gründlicher Sanktioniert wird als die fahrlässige Steuerung eines Atomreaktors*” – pisze na początku swojego opracowania B. Schünemann, „*Die Regeln der Technik im Strafrecht*” w: Festschrift für Karl Lanckner, Berlin 1987, s. 367–368, a doktryna kwestią tą zupełnie się nie interesuje. Wspomnieć należy, że innym opracowaniu tego samego autora „*Die Regeln der Technik im Recht*”, Berlin 1979, s. 616, podkreśla się, że struktura norm technicznych tożsama jest z normami prawnymi: „*Auch ihre Struktur gleicht der von Rechtsnormen*”; jednak utożsamienie ich byłoby błędem; dopóki nie dojdzie do ich formalnego włączenia do systemu prawnego – chociażby przez orzeczenia sądowe – są to tylko i wyłącznie normy społeczne (zob. Idem, op.cit., s. 617).

¹⁴⁴⁶ B. Schünemann, „*Die Regeln der Technik im Recht*”, s. 371, 376–377, gdzie pisze on, że przy założeniu nadania im bezpośrednio mocy obowiązującej „*wäre in der Tat an dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit nicht vorbeizukommen*”.

¹⁴⁴⁷ Ujęcie takie B. Schünemann wiąże z brzmieniem § 323 StGB (w brzmieniu od 1 lipca 1980 – zob. art. 1 nr 14, 17 des Gesetzes vom 28 März 1980), zgodnie z którego ust. 1: „*(1) Wer bei der Planung, Leitung oder Ausführung eines Baues oder des Abbruchs eines Bauwerkes gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik verstößt und dadurch Leib oder Leben eines anderen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft*”, zob. B. Schünemann, op.cit., s. 380–381.

¹⁴⁴⁸ B. Schünemann, op.cit., s. 380 pisze, iż „*philologisch vermittelte Gesetzgebungsbefugnis (...) keinesfalls legitimiert werden kann*.”

¹⁴⁴⁹ B. Schünemann, loc.cit., powołuje się w tym zakresie na przedstawiciela tej koncepcji, P. Marburgera, „*Atomrechtliche Schadensvorsorge*”, Köln 1985, s. 122.

techniki¹⁴⁵⁰, podobnie jak propozycja ograniczenia zakresu swobody sędziowskiej¹⁴⁵¹. W istocie bowiem znaczenie norm technicznych sprowadza się do wskazania wymaganej ostrożności w obchodzeniu się ze współczesną techniką, która to musi być wyższa w przypadku przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo i zwykła w pozostałych przypadkach¹⁴⁵².

Podsumowując ujęcie B. Schünemanna, wypada stwierdzić, iż ostatecznie autor ten opowiada się za dominującą karnistyczną intuicją wartościującą normy techniczne w kontekście oceny ostrożności sprawcy. Zarazem krytyczny przegląd wyrażanych poglądów w zakresie problematyki norm technicznych w prawie karnym ukazuje bogactwo dogmatyki niemieckiej¹⁴⁵³, przewyższające w tym zakresie analogiczny stan debaty m.in. w Polsce¹⁴⁵⁴ czy w Hiszpanii¹⁴⁵⁵. Nadto, warto pamiętać, że ten sam autor w głośniejszym, wcześniejszym o kilka lat opracowaniu¹⁴⁵⁶, sformułował bardziej rozbudowaną propozycję, która odrywała ocenę nieostrożności sprawcy od przewidywalności wystąpienia przestępnego skutku. Wobec odrzucenia także figury przeciętnego, rozsądnego człowieka¹⁴⁵⁷, podstawą ma być rozważanie konfliktu interesów, jaki zachodzi między czynem nieostrożnym a poświęcanym bezpieczeństwem, który to konflikt sprowadzić można, zdaniem autora, do czterech grup przypadków¹⁴⁵⁸. To jednak nie jest wystarczające – konieczne jest bowiem odwołanie się do czterech swoistych punktów odniesienia¹⁴⁵⁹. Ta wcześniejsza koncepcja, jako oparta na niejasnych pojęciach i nierozstrzygająca przypadków nietypowych,

¹⁴⁵⁰ Pogląd autorstwa F. Niklisch, „Wechselwirkungen zwischen Technologie und Recht“ NJW 1982, s. 2641, gdzie stwierdza on: „Die Auffassung eines einzelnen Wissenschaftlers kann niemals – auch nicht durch die Entscheidung einer Verwaltungsgerichts oder Behörde zum <<Stand der Wissenschaft>> werden“.

¹⁴⁵¹ Rozważany szerzej w rozstrzygnięciu BVerGE 49, 89 (136, 140).

¹⁴⁵² Zbiega się to z podejściem B. Schünemann’a, op.cit., s. 397, który postuluje wpisanie norm technicznych w siatkę tradycyjnej dogmatyki prawa karnego (zob. „geht es letztendlich um ihre [der Regeln der Technik – przypis M.B.] Einfügung in das Recht.“).

¹⁴⁵³ Wspomnieć można jeszcze o swoistym podsumowaniu debaty na temat znaczenia norm technicznych w prawie niemieckim, jakim jest praca B. Veit, „Die Rezeption technischer Regeln im Strafrecht und Ordnungswidrigkeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungsrechtlichen Problematik“ Düsseldorf 1989. W zawartych w przedmiotowym dziele rozważań odrzucony zostaje pogląd o tożsamości normy technicznej i wymaganej w obrocie ostrożności (mimo incydentalnych w tym zakresie orzeczeń wydanych na gruncie prawa cywilnego, jak chociażby OLG Karlsruhe, VersR 1984, 1174 – zob. B. Veit, op. cit., s. 202). Ostatecznie jednak konkluzja autorki jest następująca: przekroczenie pojedynczej normy (na przykład stworzonej przez Deutsches Institut für Normung, zwany dalej „DIN”) nie prowadzi automatycznie do stwierdzenia nieostrożności; do tego wymagane jest przekroczenie ogólnie uznanych reguł techniki, których dana norma techniczna, może, ale nie musi być wyrazem. Stąd też zgodnie ze stwierdzeniem B. Veit, op. cit., 207: „hängt die Indizwirkung der technischen Normen, bedingt durch ihr Verhältnis zu den <<allgemein anerkannten Regeln der Technik>>, vom Inhalt der technischen Norm sowie der Qualität des Täterverhaltens (...)“.

¹⁴⁵⁴ Według wiedzy autora, do dnia dzisiejszego nie pojawiło się opracowanie analizujące zagadnienie norm technicznych z punktu widzenia prawa karnego.

¹⁴⁵⁵ W sprawie przeglądu stanu dyskusji co do tego ostatniego zob. C. Bidasolo, „El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado“, Buenos Aires–Montevideo, 2005.

¹⁴⁵⁶ B. Schünemann, „Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte“, JA 1975, s. 575–590.

¹⁴⁵⁷ B. Schünemann, „Moderne...“, s. 575.

¹⁴⁵⁸ Działów luksusowych („Luxushandlungen”), działów społecznie zwyczajnych („sozial üblich”) społecznie użytecznych („sozial nützlich”) oraz społecznie koniecznych („sozial notwendig”).

¹⁴⁵⁹ A więc kolejno do ustawowych norm ostrożności, reguł technicznych (także sportowych), ostrożności przyjmowanej w obrocie, czy wobec braku poprzednich: zasadzie zaufania – zob. B. Schünemann, „Moderne...“, s. 577.

spotkała się z rozbudowaną krytyką nauki niemieckiej¹⁴⁶⁰.

Kolejnym poważnym zwrotem w rozwoju doktryny niemieckiej była rozwinięta przez C. Roxina koncepcja tzw. obiektywnego przypisania. Zauważyć należy, że pierwsze myśli w tym kierunku zostały wysłowione w nauce niemieckiej jeszcze w latach 30-tych¹⁴⁶¹. W pierwotnym ujęciu potrzeba opracowania tej koncepcji uzasadniana była z jednej strony ze słabościami tradycyjnych teorii kauzalnych, a z drugiej – z nowymi spostrzeżeniami filozoficznymi, dzięki którym można ograniczyć zakres skutków, za który odpowiada sprawca danego czynu. W ujęciu R. Honiga był to jednak problem nie tyle zastosowania instytucji przekroczenia normy ostrożności, co kwestia związku z kierunkowym czynem człowieka jako wytworu jego woli¹⁴⁶².

Zgodnie natomiast z ujęciem C. Roxina, wstępnym warunkiem tzw. obiektywnego przypisania skutku jest stworzenie przez sprawcę niedozwolonego ryzyka oraz urzeczywistnienie się w tym niedozwolonym ryzyku przekroczenia celu ochronnego normy ostrożności¹⁴⁶³. Dotyczy to w szczególności przypadków, kiedy obowiązek zapobiegnięcia skutkowi należy do sfery odpowiedzialności innych¹⁴⁶⁴. Tak ukształtowana koncepcja, która w latach 80-tych XX wieku stała się w Niemczech rozwiązaniem stosunkowo szeroko przyjętym¹⁴⁶⁵, opiera się na wartościowaniu przekroczenia normy ostrożności jako jednego z warunków wstępnych (na dodatek niesamodzielnym) rzeczowego obiektywnego przypisania, stanowiącego przesłankę odpowiedzialności karnej. W tym kontekście nie można powstrzymać się od uwagi, iż sam główny przedstawiciel koncepcji tzw. obiektywnego przypisania świadomy jest braku precyzji tego pojęcia, czyniąc zarazem jednak istotne zastrzeżenie, iż zachowanie się zgodne z normą ostrożności w każdym razie wyłącza przekroczenie dopuszczalnego ryzyka¹⁴⁶⁶. Stąd też sens

¹⁴⁶⁰ Czego świadectwem może być fragment omawianej poniżej pracy R. Kaminskiego, „*Der objektive Maßstab des Fahrlässigkeitsdelikts*”, Berlin 1992, s. 23–24.

¹⁴⁶¹ R. Honig, „*Kausalität und objektive Zurechnung*”, w: „*Festschrift für Reinhard von Frank. Band I*“ red. A. Hegler, Tübingen 1930, s. 174–201.

¹⁴⁶² R. Honig, op.cit., s. 188, gdzie pisze on: „*das für den Erfolg kausale menschliche Verhalten rechtlich erheblich nur dann ist, wenn es in Hinblick auf die Bewirkung bzw. Vermeidung des Erfolges als zweckhaft gesetzt gedacht werden kann*” oraz dalej (Idem, op. cit., s. 199) „*in dieser Zweckhaftigkeit gewollt ist*”.

¹⁴⁶³ Tę specyficzną siatkę pojęciową objaśnić można za pomocą słów C. Roxina, który w ostatnim wydaniu swojego podręcznika – „*Strafrecht. Allgemeiner Teil*”. t. I, München 2006, s. 401 – rozwija swoją koncepcję pisząc tak: „*eine Zurechnung noch daran scheitern kann, dass die Reichweite des Tatbestandes, der Schutzzweck der Tatbestandsnorm (...) derartige Geschehnisse nicht zu verhindern bestimmt ist*”.

¹⁴⁶⁴ Co doskonale widać na przykładzie krytykowanego przez C. Roxina, „*Strafrecht...*” s. 417, rozstrzygnięcia BGHSt 4, 360, gdzie przyjęta została odpowiedzialność za nieumyślne spowodowanie śmierci przez kierowcę, na którego nieoświetloną ciężarówkę wpadł inny samochód już po zatrzymaniu przez Policję i zabezpieczającym oświetleniu pojazdu – które to następnie zostało przez funkcjonariuszy ponownie zabrane.

¹⁴⁶⁵ Jeżeli nie dominującym – co do omówienia losów koncepcji zob. W. Frisch, „*Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs*” w: „*Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*“, Berlin–New York 2001 s. 217–218.

¹⁴⁶⁶ W najbardziej schematycznym ujęciu uwidaczniana się to w wypowiedzi podręcznikowej samego C. Roxina, „*Strafrecht...*”, s. 383, gdzie pisze on tak: „*die Verursachung einer Rechtsgüterverletzung, die trotz Beachtung aller Verkehrsregeln zustande kommt, (ist) keine Bestandshandlung*”. Natomiast samo przekroczenie normy ostrożności wymaga choćby analizy, czy urzeczywistnione ryzyko jest skutkiem, przed którym dana norma ostrożności miała chronić (por. również Idem, op. cit. s. 391 i omawiane przez niego przykłady z orzecznictwa, zwłaszcza RGSt 63, 392).

ujęcia C. Roxina wyraża się w przypisaniu normie ostrożności zupełnie innej roli w strukturze przestępstwa – czego najwyraźniejszym potwierdzeniem jest odrzucenie przekroczenia normy ostrożności jako składnika pojęcia nieumyślności¹⁴⁶⁷. Uzasadnieniem dla takiej konkluzji jest przede wszystkim to, że nie wnosi ona nic nowego do idei tzw. obiektywnego przypisania skutku, a co więcej, opiera się na błędnym założeniu o podobieństwie czynów nieumyślnych do przestępstw z zaniechania, podczas gdy w rzeczywistości istota normy ostrożności wyraża się nie w nakazie określonego działania, lecz w zakazie działania nieostrożnego¹⁴⁶⁸.

Takie ujęcie spotkało się ze sprzeciwem doktryny, który naruszając nieco porządek prowadzonych tutaj, zasadniczo chronologicznie, wywodów, przedstawić można na reprezentatywnym przykładzie wypowiedzi W. Frischa¹⁴⁶⁹. Zgodnie z zarzutem profesora z Freiburga, konstrukcja tzw. obiektywnego przypisania skutku zbyt daleko rozszerza pole czynów karnoprawnie relewantnych, bowiem w przypadku zachowania się z należytą ostrożnością adresat normy prawnokarnej nie naruszył jej w żaden sposób, a twierdzenie, że nie można mu dopiero przypisać przestępstwa, jest nadużyciem¹⁴⁷⁰.

W tym miejscu uogólniająco powiedzieć należy, że koncepcja tzw. obiektywnego przypisania skutku nie abstrahuje w istocie od wartościowania norm ostrożności, lecz wręcz przeciwnie: czyni z nich instytucję o ogólnym znaczeniu dla prawa karnego, co – nie wyrażając tym samym aprobaty wobec niej samej – świadczy pośrednio o podstawowym znaczeniu tych norm dla prawa karnego.

Wobec nieprzyjęcia przez niemieckiego ustawodawcę rozwiązania kwestii nieumyślności w trakcie zasadniczej reformy StGB z lat 1969–75¹⁴⁷¹, dalsza debata na terenie Niemiec toczy się z uwzględnieniem dotychczas wypracowanych pojęć, czego dowodem jest polemika pomiędzy R.D. Herzenbergiem a E. Struensee¹⁴⁷². Punktem wyjścia rozważań tego ostatniego autora jest pytanie o to, czy wypełnienie znamion nieumyślnego czynu wymaga od sprawcy ich pewnej świadomości¹⁴⁷³. Szczegółowa analiza wyrażanych w literaturze poglądów prowadzi go do konkluzji, że ich strona podmiotowa wyraża się w tym przypadku w wiedzy (rozpoznaniu) warunków tworzących niedopuszczalne ryzyko. Prostą konsekwencją tego poglądu jest więc to,

¹⁴⁶⁷ C. Roxin, „Strafrecht...” s. 1066, gdzie pisze, iż koncepcja ta jest całkowicie „entbehrlich”.

¹⁴⁶⁸ Innymi słowy, w ujęciu C. Roxina naruszenie normy ostrożności sprowadzić można do jednej z funkcji przypisania – zob. C. Roxin, „Strafrecht...” s. 1065, gdzie pisze on: „In Wahrheit verbergen sich hinter dem Merkmal der Sorgfaltspflichtsverletzung verschiedene Zurechnungselemente”.

¹⁴⁶⁹ W. Frisch, op. cit.

¹⁴⁷⁰ W. Frisch, op. cit., s. 234–235, zresztą W. Frisch wykazuje, że nawet w oparciu o same założenie koncepcji C. Roxina wobec braku istotnego skutku, nie można przyjąć stworzenia niedopuszczalnego ryzyka.

¹⁴⁷¹ Tzw. Zweite Strafrechtsreformgesetz (BGBl 1969 I s. 717).

¹⁴⁷² Zob. E. Struensee, „Der objektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, JZ 1987, s. 53–63, polemikę R. D. Herzberg’a, „Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und vorsätzlichen Straftat”, JZ 1987 s. 536–541 oraz odpowiedź E. Struensee, „Objektives Risiko und subjektiver Tatbestand”, JZ 1987, s. 541–543.

¹⁴⁷³ E. Struensee, „Der objektive...” s. 53. Jest to więc w istocie pytanie o aktualność założeń finalizmu.

że błędne jest odwołanie się wiedzy tzw. obiektywnego obserwatora.

Koncepcja ta u samej swojej podstawy spotyka się ze sprzeciwem profesora z Bochum, który zaznacza, że akceptacja założeń tej teorii prowadzić musi do braku odpowiedzialności karnej tych sprawców, którzy mają zupełną nieświadomość nieostrożności swojego zachowania. Jak wykazuje to R. D. Herzberg, mimo wprowadzenia zastrzeżenia, iż dostateczna jest w tym przedmiocie choćby świadomość ogólnego uzmysłowienia sobie stworzonego zagrożenia, nie jest jednak dla potrzeb prawa karnego wystarczające, co ukazuje kasus pogrążonej w rozmowie pasażerki, która otwierając drzwi przy wysiadaniu z samochodu rani nadjeżdżającego rowerzystę¹⁴⁷⁴. Stąd też, podkreśla autor, trafny jest pogląd dominującej części doktryny, który abstrahuje od nastawienia psychicznego działającego¹⁴⁷⁵.

Końcowa odpowiedź E. Struensee sprowadza się, jak to często w praktycznie zorientowanej doktrynie niemieckiej bywa, do analizy szeregu stanów faktycznych. Posługując się kazusem pielęgniarki, która zapomniała o przekazanej jej dwa dni wcześniej informacji o alergii dziecka i podaje mu, przez zapomnienie, niewłaściwy pokarm, wskazuje, że nie można dokonywać oceny ostrożności tylko i wyłącznie w oparciu o wzorzec obiektywny¹⁴⁷⁶; taka metoda nie nadaje się do bardziej subtelnego rozgraniczenia umyślności i nieumyślności.

W tym miejscu, na gruncie przedstawionej powyżej debaty, uprzedzając dalsze rozważania, wyrazić należy aprobatę, że uwzględnianie komponentu psychicznego przy określaniu normy ostrożności nie spotkało się z większym uznaniem. Zauważyć należy, że kasus pielęgniarki rozstrzygnąć można przez pryzmat okoliczności danego czynu, a więc przekazanej wcześniej informacji. Poszukiwanie w przypadku czynów nieumyślnych strony podmiotowej analogicznej do czynów umyślnych jest działaniem sztucznym i opartym na niezrozumiałych założeniach teoretycznych.

Trudności, jakie dogmatyce prawa karnego sprawia zagadnienie nieumyślności, ilustruje wypowiedź K.H. Gössela¹⁴⁷⁷. U podstaw swoich rozważań czyni on założenie, że dogmatyka czynu nieumyślnego wpasować winna się w tradycyjną, trójelementową strukturę przestępstwa¹⁴⁷⁸. Zarazem jednak uznawanie, obok normy prawnokarnej, chroniącej określone dobra prawne, dodatkowej normy ostrożnego postępowania jest chybione. Nie oznacza to, żeby normy te, istniejące w życiu społecznym właśnie w celu ochrony pewnych dóbr były bez

¹⁴⁷⁴ R. D. Herzberg'a, „Die Sorgfaltswidrigkeit...”, s. 537.

¹⁴⁷⁵ O czym dobitnie świadczyć może następujący fragment: „Dass solche Risikozsetzungen, und zwar unabhängig vom Denken und Wünschen des Handelnden straffrei bleiben müssen, ist aber gerade der Sinn (...) jetzt herrschender Lehre” zob. R. D. Herzberg'a, „Die Sorgfaltswidrigkeit...”, s. 537 oraz jego konkluzję – s. 541.

¹⁴⁷⁶ E. Struensee, „Objektives Risiko...”, s. 542.

¹⁴⁷⁷ K.H. Gössel, „Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitslehre” w: „Festschrift für Karl Bengt”, München 1984, s. 23–40.

¹⁴⁷⁸ Co oznacza zarazem odrzucenie poglądu Schmidhausera, postrzegającego nieumyślność wyłącznie jako problematykę winy, zob. K.H. Gössel, op.cit., s. 25.

znaczenia; raczej jako istota możliwości uniknięcia wypełnienia danym czynem znamion przestępstwa przynależą on do tego właśnie elementu struktury przestępstwa¹⁴⁷⁹.

Z kolei dla R. Kaminskiego ustalenie nieostrożności czynu ma być pochodną możliwości przewidzenia prawnokarnego skutku przez sprawcę czynu – stąd też chybione jest abstrahowanie od tego kryterium, chociażby poprzez zawężenie perspektywy do oceny regulacji w zakresie ostrożności¹⁴⁸⁰. Przekroczenie danej normy – jak chociażby wynikającej z przepisów mających zastosowanie w ruchu drogowym – może mieć relewancję jako wskaźnik popełnienia przestępstwa nieumyślnego¹⁴⁸¹. Argumentem na rzecz takiego ujęcia ma być w szczególności to, że naruszenie danej regulacji technicznej poprzez działanie, które osiąga ten sam cel, tylko, że zdecydowanie efektywniej, nie może prowadzić do odpowiedzialności karnej. Argument ten jednak opiera się na założeniu o równoznaczności ostrożności z normami ostrożnego postępowania, co jest wątpliwe¹⁴⁸²; co więcej, sformułowanie to pomija występujące pomiędzy normami ostrożności różnice¹⁴⁸³. Na gruncie samej nauki niemieckiej rozwiązanie problemu uzasadnionego z punktu widzenia nauki prakseologii przekroczenia normy technicznej można osiągnąć przez odwołanie się choćby do tzw. *Schützzwecklehre*. Przy ocenie samej koncepcji R. Kaminskiego podkreślić jednak wypada, że jej punktem wyjścia jest wpisanie przekroczenia norm ostrożności w pojęcie nieumyślności¹⁴⁸⁴. I to w tym właśnie kontekście formułuje on uwagi krytyczne wobec stanowiska przyjmującego relewancję subiektywnego wzorca oceny staranności sprawcy¹⁴⁸⁵, postulując ujęcie bardziej obiektywizujące z wykorzystaniem osobowego wzorca normatywnego. Na zarzut, iż operowanie ową figurą w postaci tzw. rozsądnego człowieka nie jest oparte na dostatecznie pewnych kryteriach wskazuje na dorobek doktryny cywilistycznej¹⁴⁸⁶. Również kryteria budowy właściwych grup społecznych jako punkt odniesienia oceny ostrożności sprawcy dają się, zdaniem autora, wystarczająco sprecyzować¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁷⁹ Oddając głos autorowi: „(...) wie das Vermietbarkeitselement aber Tatbestandsmerkmal ist, so auch das die Vermeidbarkeit ausmachende sozialwidrig-unsorgfältige Verhalten”, H. Gössel, op.cit., s. 32. Zarazem wspomnieć należy, że autor opowiada się za kontratypowym charakterem tzw. dopuszczalnego ryzyka, zob. Idem, op.cit., s. 37.

¹⁴⁸⁰ R. Kaminiski, „Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts”, Berlin 1992, s. 48–49.

¹⁴⁸¹ Na poparcie swojej tezy R. Kaminski, op.cit., s. 52 przytacza przykłady z orzecznictwa: BGHSt 5, 271 oraz BGHSt 4, 182, 185, gdzie wywiedziono, iż „für den strafrechtlichen Begriff der Voraussehbarkeit im Sinne des § 222 StGB ist nicht allein entscheidend, ob die polizeilichen Verkehrsvorschriften befolgt worden sind oder nicht”, co z kolei przypomina ujęcie z początku XX w., zwłaszcza K. Bindinga, zob. rozważania powyżej.

¹⁴⁸² W tym zakresie porównaj szczegółowe rozważania w rozdziale VII pracy.

¹⁴⁸³ Trudno bowiem powiedzieć, że naruszenie reguł boksu przez cios, który efektywniej nokautuje przeciwnika, nie będzie nieostrożne mimo, że przecież lepiej osiąga dany cel. Skrajną sztucznością groziłoby natomiast rozbudowywanie warunków przekraczania norm ostrożności w granicach wyznaczanych przez normy ostrożności przez zachowania, które z określonego punktu widzenia jawią się jako bardziej efektywne; opierało by się ono na błędnym odczytywaniu aktualizujących się w danej sytuacji norm ostrożności, które można by w danej sytuacji przekraczać.

¹⁴⁸⁴ I stąd też krytyka przeciwnych rozwiązań, zob. R. Kaminiski, op.cit., s. 14–20.

¹⁴⁸⁵ Wskazując m.in., że pogląd taki zawodzi przy ocenie przesłanek obrony koniecznej, nie może bowiem wystarczać do przyjęcia bezprawności subiektywnie oceniane nieostrożne zachowanie. zob. R. Kaminiski, op.cit., s. 97

¹⁴⁸⁶ R. Kaminiski, op.cit., s. 111.

¹⁴⁸⁷ W szczególności stara się on wykazać niesłuszność słynnej krytyki Samsona: „Ebenso ließe sich der Verkehrsfreies

Podsumowując ten etap rozwoju rozważań doktryny niemieckiej, przyjąć należy, że dominującym, acz już kwestionowanym¹⁴⁸⁸, paradygmatem jej myślenia jest wciąż relatywizowanie ostrożności do pojęcia nieumyślności. Rozwój ten nie jest harmonijny: z jednej strony postępująca technicyzacja życia wymusza większe zainteresowanie ostrożnością jako normą, z drugiej jednak strony nie wszyscy przedstawiciele doktryny skłonni byłiby podpisać się pod stwierdzeniem, że ma ona charakter normy postępowania¹⁴⁸⁹, a nie choćby wzorca oceny zachowania sprawy.

4) Lata 2002–2013. Pomiędzy samoistną rolą normy ostrożności a jej odrzuceniem: spojrzenie na najnowsze poglądy doktryny niemieckiej

Wiele z przeanalizowanych uprzednio poglądów znajduje swoje kontynuacje we współczesnej doktrynie niemieckiej¹⁴⁹⁰. Pamiętając o założeniu, jakie przyświecało K. Bindingowi – a mianowicie, że normą właściwą dla prawa karnego jest norma sankcjonująca – zwraca się zarazem uwagę, że kluczowa – z punktu widzenia adresata regulacji prawnokarnych jest norma, która opisuje zabronione zachowanie, tj. daje wzorzec czynu zabronionego pod groźbą kary¹⁴⁹¹. Z normą tą, integralnie powiązaną z normą sankcjonującą¹⁴⁹², związane są jednak szczególne trudności. Stąd też, zanim poczynione zostaną dalsze rozważania, wskazać należy, że we współczesnym ujęciu R.A. Mikusa, przedmiotowa norma daje się sprowadzić do nakazu określonego działania wymaganego od jej adresata w danej sytuacji¹⁴⁹³, wobec której – w przeciwnym wypadku – dojdzie do wypełnienia znamion czynu zabronionego. Treść tej normy musi być określona z perspektywy *ex ante* – jej funkcją jest bowiem wskazanie adresatowi normy

kleiner oder großer schneiden oder gar behaupten, maßgebend sei der Verkehrskreis aller 50-jähriger, kurzsichtigen, farbenblinden und besonders schreckfahrenden Autofahrer” cytat za. R. Kaminiski, op.cit., s. 66, gdyż wystarczy w tym zakresie odwołać się do kryteriów budowy grup, zwłaszcza ich określoności (zob. idem, op.cit., s. 147). Konsekwencją przyjęcia punktu widzenia m.in. doktryny cywilistycznej (zob. np. RGSt 95, 16) jest to, że z normą sankcjonowaną związane są różne normy ostrożności, wyróżnione nie tylko za pomocą okoliczności, ale także grupy adresatów (a więc nie jest to norma indywidualna w ścisłym tego słowa znaczeniu).

¹⁴⁸⁸ Jest to zwłaszcza zasługą rozwijającej się w tym czasie koncepcji tzw. obiektywnego przypisania skutku.

¹⁴⁸⁹ Jaką jest chociażby norma sankcjonowana będąca normą adresowaną do podmiotów niezależnie od tego, czy popełniony przez nich czyn jest wynikiem ich wolnej woli, zob. L. Pohl, „Norma sankcjonowana jako przykład normy nie będącej normą postępowania” RPEiS 2006, z. 1, s. 65 i n.

¹⁴⁹⁰ Spośród szeregu opracowań jako najbardziej kompleksowe studium teoretyczno-prawne jawi się monografia R. A. Mikusa, „Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts”, Berlin 2002, które jest też podstawą dalszych analiz.

¹⁴⁹¹ Chyba najbardziej wymownie świadczy o tym, cytowany na samym początku cytowanej powyżej monografii fragment wypowiedzi W. Frischa, „Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges”, Heidelberg 1988, s. 71, iż „Unrecht, als Unrecht einer Person verstanden ist in diesem Sinne erst einmal Abfall einer Person von den Verhaltensnormen”. Dla jej oznaczenia używa on pojęcia: *Verhaltensnorm*.

¹⁴⁹² R. A. Mikus, op.cit., s. 21.

¹⁴⁹³ R. A. Mikus, op.cit., s. 26, wprost stwierdza, iż „Diese konkretisierte Verhaltensnorm ist dann die Verhaltenspflicht”.

w sposób niedwuznaczny, jakie działanie jest od niego wymagane¹⁴⁹⁴. W tym też zakresie aktualizuje się niezwykle złożony problem zadośćuczynienia przez *Verhaltensnorm* postulatowi dostatecznej określoności ustawy karnej, którego wymaga niemiecka Konstytucja; problem rozważany przez wzmiankowanego autora w świetle aktualnego orzecznictwa Niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego¹⁴⁹⁵. Jego rozwiązanie upatruje R.A. Mikus w koncepcji C. Roxina, warunkującej możliwość odtworzenia zrębów takiej normy z całokształtu porządku prawnego, co oznacza choćby odrzucenie normatywnego waloru norm moralnych czy społecznych. Ale rozważając już z kolei relację, jaka zachodzi w odniesieniu do instytucji tzw. dozwolonego ryzyka, stanowczo wypowiada się on przeciwko zaczerpnięciu z niego granicy prawnokarnie irrelevantnego zachowania dla adresata norm¹⁴⁹⁶. Z zarzutem braku dostatecznej przejrzystości spotyka się konkurencyjna koncepcja tzw. niedozwolonego zwiększenia ryzyka, a mówiąc precyzyjniej – wspólny obu tym teoriom element odwołania się do wzorcowego obywatela czy też powszechnie przyjmowanych standardów społecznych¹⁴⁹⁷. Również zabieg wyboru właściwej grupy społecznej owego wzorcowego obywatela jako punktu odniesienia dla oceny zachowania sprawcy spotyka się ze sprzeciwem autora: porządek prawny nie może uciekać się do wysławiania norm za pomocą ich wymyślonych personifikacji¹⁴⁹⁸.

Interesujące są – wynikające z przyjętych założeń – rozważania na temat norm ostrożności. Odrzucając koncepcję uznającą ich relewancję przez pryzmat odesłania blankietowego¹⁴⁹⁹ oraz ograniczając ich przekroczenie związkiem z przedmiotem ich ochrony („*Schutzzweck der Norm*”), R.A. Mikus wskazuje zarazem, że indywidualne właściwości sprawcy współkształtują treść normy nakazującej sprawcy określone działanie¹⁵⁰⁰. Normy takie to nie tylko stosowne brzmienie regulacji spoza prawa karnego, ale także rozstrzygnięcia organów administracyjnych¹⁵⁰¹ czy

¹⁴⁹⁴ Stąd też, R. A. Mikus, op.cit., s. 28–32, odrzucając pogląd A. Kaufmanna (wywodzący się ze zmodyfikowanej koncepcji K. Bindinga), iż istotą normy nie jest zakaz naruszania dóbr prawnie chronionych, lecz bardziej precyzyjnie – zakaz określonych działań (zaniechań). Nadmienić należy, że jest to ujęcie zasadniczo różniące się od tego, które znane jest polskiej doktrynie prawa karnego.

¹⁴⁹⁵ Słusznie zauważa R. A. Mikus, op.cit., s. 35, że linia orzecznicza Niemieckiego Sądu Konstytucyjnego uległa w tym zakresie pewnemu rozluźnieniu, zwłaszcza wobec orzeczenia BverfGE 92, 1, 12, 18.

¹⁴⁹⁶ R. A. Mikus, op.cit., s. 39.

¹⁴⁹⁷ Swoje wątpliwości wyraża autor op.cit., s. 49, następująco: „*Zunächst lehrt die Praxis, dass das Individuum durchaus die Tendenz zeigt, jeweils die eigenen Eigenschaften als <<besonnen>> oder <<vernünftig>> zu definieren*”.

¹⁴⁹⁸ R. A. Mikus, op.cit., s. 53, stwierdza bowiem tak: „*Die Frage nach der Verhaltensnorm im Verkehrskreis läßt sich als Frage nach den maßgebenden Normen der Rechtsordnung reformulieren*.” Jest to pogląd zasadniczo słuszny.

¹⁴⁹⁹ R. A. Mikus, op.cit., s. 66.

¹⁵⁰⁰ Odrzucając tym samym stanowisko m.in. G. Jakobsa, który mówił w tym kontekście o zupełnym zakazie działania w pewnych sytuacjach („*Risikouibernahme – Schadensverlauf und Verlaufshypothes im Strafrecht*“ w: „*Festschrift für Karl Lanckner*“, Berlin New York 1987, s. 74). Dla uzasadnienia swojego poglądu R.A. Mikus, op.cit., s. 84 przywołuje wymowny kasus: kierowca ze szczególnymi umiejętnościami na autostradzie spostrzega na jezdni dziecko. Hamując, musi wykorzystać wszelkie swoje szczególne okoliczności, inaczej liczyć się musi z odpowiedzialnością karną.

¹⁵⁰¹ R. A. Mikus, op.cit., s. 85–90.

niesformalizowane, ale uznawane przez państwo normy techniczne¹⁵⁰² – w mniejszym natomiast zakresie obowiązki wynikające ze stosunków prywatnoprawnych¹⁵⁰³. Funkcją normy ostrożności jest zdaniem autora wskazanie naruszenia ostrożności wymaganej w danych warunkach¹⁵⁰⁴. I o ile R.A. Mikus nie zajmuje jednoznacznego stanowiska wobec złożonej kwestii norm ostrożności w tzw. nieuregulowanych sferach aktywności społecznej, to analiza orzecznictwa prowadzi go do konkluzji, że pełna subiektywizacja normy ostrożności jest w prawie karnym niedopuszczalna¹⁵⁰⁵. W przypadku, gdy w danej sytuacji brak jest adekwatnej normy ostrożności, sąd powinien ją w wyroku wyśłowić i winna ona mieć zastosowanie do wszystkich podobnych przypadków w przyszłości, ale samo rozstrzygnięcie musi dokonać się w oparciu o istniejące już wzorce zachowań¹⁵⁰⁶.

Komentując poglądy autora, wskazać należy, że trafne podsumowanie wielu zastałych dominujących poglądów doktryny niemieckiej jest niewątpliwym świadectwem ciągłej aktualności tego zagadnienia. Jednak opracowanie autora nie jest w pełni przejrzyste: analizując *Verhaltensnorm*, której istoty nie da się wyprowadzić naturalnie z pojęcia samej nieumyślności¹⁵⁰⁷, autor nie przywiązuje dostatecznej wagi do rozróżnienia normy sankcjonowanej od wstępnych warunków jej zastosowania. Kategoryczne odrzucenie tzw. figur karnistycznych spotkać się jednak musi z wyraźną aprobatą¹⁵⁰⁸.

Potrzeba gruntownej analizy pojęć i orzecznictwa przyświecała obszernej analizie pojęcia nieumyślności dokonanej przez D. Sauera¹⁵⁰⁹. Zgodnie z hipotezą tego autora, współcześnie stosowane tzw. kompleksowe pojęcie czynu nieumyślnego opiera się wieloelementowym zlepkowi przesłanek, które nie są w literaturze ujmowane jednolicie¹⁵¹⁰. Jego powszechnie przyjmowanymi składnikami są: naruszanie obiektywnie wymaganej w danej sytuacji ostrożności oraz indywidualna rozpoznawalność niebezpieczeństwa i możliwość jego uniknięcia¹⁵¹¹, co kontrastuje

¹⁵⁰² R. A. Mikus, op.cit., s. 112–115.

¹⁵⁰³ Autor sprzeciwia się automatyzmowi w przenoszeniu tej kategorii obowiązków „*per se*” na grunt prawa karnego. R.A. Mikus, op.cit., s. 119.

¹⁵⁰⁴ R. A. Mikus, op.cit., s. 55.

¹⁵⁰⁵ Konkluzję taką można wysnuć z zestawienia dwóch passusów jego pracy – s. 156 oraz s. 181.

¹⁵⁰⁶ Co do zarzutów wobec takiego ujęcia, w szczególności wobec zasady określoności ustawy, zob. A.C. Ciacchi, „*Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit. Deutschland und Italien im Vergleich*”, München 2005, s. 100 (zob. rozważania poniżej).

¹⁵⁰⁷ R. A. Mikus, op.cit., s. 65.

¹⁵⁰⁸ R. A. Mikus, op.cit., s. 183.

¹⁵⁰⁹ D. Sauer, op.cit.

¹⁵¹⁰ Dla zobrazowania tego stanu rzeczy przytacza kilka definicji np.: „*unvorsätzliche Verursachung eines objektiv vorhersehbaren und vermeidbaren tatbestandsmassigen Sachverhalts durch Verletzung einer Sorgfaltspflicht*”, którą przytacza W. Gropp, „*Strafrecht. Allgemeiner Teil*” Berlin 2005, s. 447 czy też „*objektive Sorgfaltspflichtverletzung und objektive Zurechnung (im objektiven Tatbestand), Voraussehen der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes bei Vertrauen auf deren Nichtverwirklichung bzw. Nichtvoraussehen derselben (subjektiver Tatbestand der bewussten bzw. der unbewussten Fahrlässigkeit) sowie individuelle Vermeidbarkeit (Schuld)*” – zob. F. Haft, „*Strafrecht. Allgemeiner Teil*” München 1998, s. 155.

¹⁵¹¹ D. Sauer, op.cit., s. 9–10.

z jednolitym pojęciem nieumyślności jako opierającej się na błędnym wyobrażeniu o rzeczywistości wynikającym z niedostatecznej ostrożności¹⁵¹². To współczesne ujęcie dogmatyki niemieckiej prowadzi ją jednak do zbędnych kłopotów: wyrazem tego jest pytanie o ocenę przekroczenia normy ostrożności¹⁵¹³, która nie wyczerpuje się w ustalaniu niezgodności czynu z określoną regułą, lecz wymaga uwzględnienia dodatkowych kryteriów¹⁵¹⁴. Nietrafne jest odwoływanie się przy ocenie przestępności czynu sprawcy do wiedzy obiektywnego obserwatora, szczególnie w prawie karnym opartym na zasadzie subiektywizmu¹⁵¹⁵.

Te uwagi však mają drugorzędne znaczenie wobec głównej tezy niemieckiego badacza, a mianowicie, iż kompleksowe pojęcie nieumyślności jest niezauważoną niejako pozostałością szkoły finalistycznej. O ile bowiem niemiecka dogmatyka i orzecznictwo jeszcze w latach 30-tych XX wieku opowiadały się za tradycyjnym ujęciem tej instytucji¹⁵¹⁶, to koncepcja H. Welzla przyniosła zupełne jej przewartościowanie spowodowane koniecznością wytłumaczenia kierunkowości czynu nieumyślnego¹⁵¹⁷. Ale nie to jest dla D. Sauera kwestią jedynie istotną: z naciskiem podkreśla on, że w wielu sprawach sądowych pytanie o przedmiotową charakterystykę ostrożności czynu sprawcy sformułować można jako pytanie o subiektywną możliwość przewidywania wystąpienia skutku¹⁵¹⁸, samo bowiem naruszenie normy ostrożności nie jest wystarczającym kryterium rozróżnienia pomiędzy czynem świadomie nieumyślnym a popełnionym z zamiarem ewentualnym i nie może się oprzeć tylko o kryteria normatywne¹⁵¹⁹. W innej grupie spraw, jednoznaczne naruszenie konkretnej normy ostrożności – będące dla sądów przesłanką przyjęcia działania nieumyślnego – może być, zdaniem D. Sauera, ujęte jako przyjęcie

¹⁵¹² D. Sauer, op.cit., s. 17. Autor wskazuje, że to ostatnie pojęcie leżało u podstaw m.in. opracowania projektu Kodeksu Karnego z 1962 r. i zostało przyjęte w Austrii i Szwajcarii (odzwierciedleniem tego jest brzmienie § 6 ÖStGB, zgodnie z którym: „§ 6. (1) *Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist und die ihm zuzumuten ist, und deshalb nicht erkennt, daß er einen Sachverhalt verwirklichen könne, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht.*“

(2) *Fahrlässig handelt auch, wer es für möglich hält, daß er einen solchen Sachverhalt verwirkliche, ihn aber nicht herbeiführen will.*“

¹⁵¹³ D. Sauer, op.cit., s. 89–90.

¹⁵¹⁴ Samo naruszenie, wedle dominującego stanowiska, danej reguły (np. sportowej) nie jest w sobie ani warunkiem wystarczającym, ani koniecznym przyjęcia zrealizowania nieumyślnego czynu, co nawiązuje poniekąd do stanowiska K. Bindinga „*Die Normen... Fahrlässigkeit*”, s. 447: „*solche Polizeinormen nie wirkliche Gefährdungsdelikte aufstellen, sondern Handlungen verbieten, die vielleicht gefährlich sein können, vielleicht auch nicht*”.

¹⁵¹⁵ Wskazuje to więc zdaniem autora ostatecznie na pomieszenie elementów obiektywnych z subiektywnymi w ujęciu głównego nurtu dogmatyki zob. D. Sauer, op.cit., s. 99. Temu przeciwstawia się autor cytując wypowiedź A. Fabarius, „*Äußere und innere Sorgfalt*”, Köln 1991, s. 147, gdzie pisze on: „*Lässt den anderen weißer sein, verurteilt aber den Täter nach den für seine Weisheit maßgebenden Momenten*”.

¹⁵¹⁶ D. Sauer, op.cit., s. 196–198.

¹⁵¹⁷ Wynik tej analizy dobitnie oddają słowa samego autora, op.cit., s. 209–210: „*Es ist also gelungen Welzel, wenn nicht den Schöpfer, so doch einen wesentlichen Förderer (...) des komplexen Fahrlässigkeitsbegriffs (...) auszumachen*”.

¹⁵¹⁸ Co do rozważań na ten temat wraz z przykładami z orzecznictwa (m.in. OLG Stuttgart – NJW 1997, 3103) zob. D. Sauer, op.cit., s. 337–340.

¹⁵¹⁹ „*(...) sondern muss unter Berücksichtigung auch der individuell erkannten Risikodichte (...) erfolgen*”, D. Sauer, op.cit., s. 258. Również nie można utożsamiać świadomej nieumyślności z naruszeniem ostrożności przy działaniu poprzedzającym popełnienie czynu zabronionego (tzw. „*Kenntnisschaffung bei der Vorsorgehandlung*”).

przewidywalności karnoprawnie relewantnego skutku¹⁵²⁰. Jedynie wyjątkowo zachowanie normy ostrożności jest równoznaczne automatycznie z zachowaniem niebędącym czynem nieumyślnym¹⁵²¹. Ostateczna konkluzja autora jest dość pesymistyczna: tak jak brak jest w doktrynie przejrzystości poglądów, tak chaos ten znajduje odzwierciedlenie w rozstrzygnięciach sądów¹⁵²².

Podsumowując spostrzeżenia autora, powiedzieć można, że zbieżne są one z konkluzjami, które nasuwają się z analizy zgromadzonego materiału badawczego i stanowisk w nauce niemieckiej. Nie rozstrzygając tego, czy lepszym i przede wszystkim możliwym jest – zwłaszcza na gruncie dogmatyki niemieckiej – powrót do tzw. jednolitego pojęcia nieumyślności¹⁵²³ sprzed okresu finalizmu, wskazać należy, że jego praca nie dostarcza jasnej odpowiedzi na pytanie, na jakiej płaszczyźnie wartościować należałoby (o ile w ogóle) normy ostrożności. Odnotować należy jednak sugestię, że należy ją wiązać z aspektem możliwości przewidzenia popełnienia czynu zabronionego.

W tym miejscu nie sposób pominąć szczegółowej filozoficznej analizy prawniczych i nieprawniczych, tj. ogólno-naukowych teorii ludzkiego działania, która w kontekście wymaganej ostrożności w prawie karnym została sformułowana na gruncie nauki szwajcarskiej¹⁵²⁴. Po gruntownej charakterystyce trzech teorii czynu ludzkiego, jakie wypracowane zostały w teorii prawa karnego – społecznej (socjologicznej), finalnej i personalnej, autor rzeczony analizy – G. Suppa dochodzi do przekonania, iż nie operują one jednolitym kryterium w zakresie granic ostrożnego działania sprawcy¹⁵²⁵. Zarówno w tej pierwszej teorii, której cechą charakterystyczną ma być założenie, że zakres ludzkiej wiedzy odpowiada zakresowi ludzkich umiejętności, a obszar działania ostrożnego jest wynikiem konsensu społecznego polegającego na odważaniu dóbr społecznych (i granic i naruszania)¹⁵²⁶, jak i w świetle drugiej teorii, zgodnie z którą możliwe jest

¹⁵²⁰ D. Sauer, op.cit., s. 360 pisze tak: „*Vielmehr kann die Sondernorm einfach als sprachliches Kürzel für die mit dem entsprechenden Verstoß im konkreten Fall gegebene Gefährlichkeit des Verhaltens im Bezug auf einen bestimmten Erfolg dienen*”. Teza ta wywiedziona jest na podstawie treści szeregu orzeczeń (zob. BGHSt 15, 386, BayOLG VRS 52,371, LG Göttingen NstZ 1985, 410) i podniesiona do rangi jednej z konkluzji pracy autora, zob. D. Sauer, op.cit., s. 641.

¹⁵²¹ W tym duchu chociażby BGHSt 13, 168, ObLG VRS 58, 450 czy OLG Karlsruhe NVZ 1992, 330. Zob. D. Sauer, op.cit., s. 362.

¹⁵²² D. Sauer, op.cit., s. 644, gdzie cytuje on wypowiedź komentarzową K. Kühla, „*StGB mit Erläuterungen*” München 2001 § 15 Rn. 35, stwierdzającego: „*schwer überschaubarer Vielfalt von Aufbaumodellen und Systembegriffen*”.

¹⁵²³ Z drugiej strony aktualizuje się pytanie o konieczność takiego powrotu, skoro sam autor stwierdza, że kompleksowe pojęcie nieumyślności nie jest powszechne – zob. D. Sauer, op.cit., s. 369, który mówi o 50 % częstotliwości występowania w przypadku orzecznictwa sądów powszechnych.

¹⁵²⁴ Chodzi tutaj o opracowanie G. Suppa, „*Der vernünftige Mensch im Strafrecht. Eine metaphysische Würdigung ausgewählter juristischer und Nichtjuristischer Handlungslehren*”, Basel 2003 – o charakterze filozoficznym.

¹⁵²⁵ Warto wskazać, że jako rzecznika socjologicznego ujęcia czynu przedstawiony zostaje A. Donatsch, autor pracy: „*Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt*”, Zurich 1987.

¹⁵²⁶ Z istotnym wszak zastrzeżeniem, jakie czyni G. Suppa w ślad za ujęciem socjologa B. Schutzta, iż teza ta nie jest zawsze odwracalna: mianowicie z ludzkich planów nie można wnioskować o wiedzy czy umiejętnościach. Zob. B. Suppa, op.cit., s. 198.

wyłącznie ukaranie sprawcy za przekroczenie zindywidualizowanej do właściwej każdemu podmiotowi wiedzy, która jako element subiektywny wchodzić ma w skład czynu¹⁵²⁷, kształtując treść normy ostrożności, czy wreszcie w ramach koncepcji *Personale Handlungslehre* C. Roxina, gdzie jedynym kryterium nieostrożności, przynajmniej w przypadku czynu nieświadomie nieumyślnego, jest przekroczenie granic dopuszczalnego ryzyka, nie są one zdaniem tego autora w stanie stworzyć w pełni przekonującego i uniwersalnego obrazu granic czynu ostrożnego. Stąd też konieczne jest sięgnięcie po instrumentarium z innych dziedzin nauki¹⁵²⁸. Ujawniają one, że w przypadku działań zwyczajnych, mieszających się ramach schematu *cel–środek–refleksja* brak jest świadomego „*bycia–nastawionym*”¹⁵²⁹, co z kolei prowadzić winno do wyłączenia odpowiedzialności za czyn nieświadomie nieumyślny. Taka konkluzja jest uzupełniona przez odwołanie się do teorii tzw. somatycznego markera, który powiązuje emocje z wcześniejszymi pozytywnymi lub negatywnymi doznaniem¹⁵³⁰.

Podsumowując, spostrzec należy, że wbrew tytułowi dysertacji, autorowi nie udało się znaleźć odpowiedzi na prawdziwy filozoficzny problem związany z przekroczeniem norm ostrożności, jakim jest relacja między powinnością a bytem (*Sollen vs. Sein*). Twierdzenie, jakoby czyn nieświadomie nieumyślny nie był czynem w pełnym znaczeniu tego słowa, a więc zachowaniem z wolą oraz wiedzą, jawi się jako dość radykalne. Nie można przecież zapominać, że te elementy przedmiotowe występują tutaj jako niezrelatywizowane do popełnionego czynu, ale wypełniają jednak treść świadomości podmiotu¹⁵³¹.

Również jedno z najnowszych studiów, autorstwa G. A. Aygöromeza, poświęconych zagadnieniu nieumyślności kończy się konkluzją, że odpowiedzialność karna za nieumyślność jest wynikiem nadawania prawu karnemu funkcji prewencyjnej i że w tym zakresie pożądana jest dekryminalizacja¹⁵³². Główną osią krytyki jest zestawienie tzw. lekkiej (tzw. „*Leichtfertigkeit*”) i lekkomyślnej nieumyślności – które to obie postacie, wychodząc z naruszenia obowiązku ostrożności, opierają się na braku bezpośredniego powiązania psychicznego pomiędzy sprawcą a zaistniałym skutkiem¹⁵³³. Niezrozumiałe jest więc dlaczego ta jedna odmiana czynów spotyka się z represją karną. Zdaniem tego autora, normy ostrożności, stanowiąc podstawowy składnik

¹⁵²⁷ B. Suppa, op.cit., s.60–67 oraz 202.

¹⁵²⁸ B. Suppa, op.cit., s. 89–185.

¹⁵²⁹ tj. „*eingestellt sein*” zob. B. Suppa, op.cit., s. 229.

¹⁵³⁰ B. Suppa, op.cit., s. 230. W podobnym duchu wypowiedział się J. Bung, „*Wissen und Wollen im Strafrecht: zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands*”, Frankfurt am Main 2009, s. 5. Co do tego poglądu zob. również rozważania poniżej.

¹⁵³¹ Podkreślić należy, że podobny pogląd o niecelowości karania za czyny nieumyślne (z wyjątkiem niemyślnego spowodowania śmierci został wyrażony także w trakcie mojej dyskusji z Prof. Dr. Jochenem Bung w ramach pobytu naukowego na Uniwersytecie w Passau w dniu 29.10.2013 r.).

¹⁵³² G. A. Aygörmöz, „*Fahrlässigkeit und Schuld bei Erfolgsqualifizierten Delikten*”, Hamburg 2012, s. 201–203. Już w tym miejscu wskazać wypadnie, że nie można zgodzić się z konkluzją, że jest to „*Eingriff in die Handlungsfreiheit(...)* Daher sind Fahrlässigkeit und Leichtfertigkeit zu entkriminalisieren.”.

¹⁵³³ G. A. Aygörmöz, op.cit., s. 90.

nieumyślności, ustępują jednak przed decydującym kryterium, jakim jest możliwość przewidywania wystąpienia skutku¹⁵³⁴. Takie spojrzenie, wpisujące się w nurt abolicjonistyczny, pomija niezwykle ważną funkcję prawa karnego, jaką jest zagwarantowanie społeczeństwu prawidłowego, w tym zwłaszcza ostrożnego wykonywania przez ich członków ról społecznych, a widmo odpowiedzialności cywilnej, którą prezentuje autor jako właściwy substytut nie jest w tym zakresie wystarczające. Takie myślenie jest dalekim uproszczeniem całokształtu zagadnienia.

Dużo większym zrozumieniem dla problemu wykazała się w swojej znakomitej monografii A.Colombi Ciacchi¹⁵³⁵, której poglądy wykazują pewną zbieżność z wyrażanymi w niniejszej pracy. Na początku rozważań, w interesującym nas zakresie, włoska autorka spostrzega, że dominującym poglądem doktryny niemieckiej jest przeświadczenie o konieczności uzupełnienia „*typu otwartego*” czynu nieumyślnego poprzez odwołanie się do obiektywnej przewidywalności wystąpienia karnoprawnego skutku¹⁵³⁶. Przewidywalność to kwestia fantazji, pisze A. Colombi Ciacchi: kto jest w stanie wymyślić więcej możliwych przebiegów kauzalnych, ten więcej może przewidzieć¹⁵³⁷. Co więcej, również stosowana praktyka odwołania się do wzorcowych osób w pozycji sprawcy aktualizuje pytanie: kto jest powołany do dokonywania takiego hipotetycznego porównania? Przypisanie przekroczeniu normy ostrożności znaczenia li tylko indykatywnego (wskaźnika) oznacza w istocie zakreślenie niezwykle szerokiego pola dla oceny przez sędziego, który powołany zostaje do wyważenia interesów pomiędzy użytecznością danego czynu a jego niebezpieczeństwem. Uniemożliwia to adresatom norm prawnokarnych ocenę *ex-ante*, jaka kategoria zachowań jest zabroniona pod groźbą kary¹⁵³⁸. Ale w tym nie wyczerpują się zarzuty włoskiej autorki, która niezwykle celnie opisuje zbędność posługiwania się figurami pokroju „*rozsądnego profesora chirurgii*”, stwierdzając trafnie, że służą one zamaskowaniu daleko idącej, wręcz niekonstytucyjnej swobody sędziego¹⁵³⁹. Niewystarczające są te propozycje, które – wychodząc z założenia, iż w typowym wypadku przekroczenie normy ostrożności sugeruje czyn nieostrożny, który wypełniać może znamiona nieumyślnego przestępstwa – nie wykluczają zaistnienia wyjątkowej sytuacji, gdy będzie inaczej. Niedostatecznością charakteryzuje się więc

¹⁵³⁴ G.A. Aygöromez, op.cit., s. 44 odwołuje się w tym zakresie do utrwalonego orzecznictwa – zob. BGH MDR 1976, 13, 16 czy BGH NJW 1955, 1327 wraz ze stwierdzeniem: „*Fahrlässig handelt nur, wer bei Anwendung erforderlicher Sorgfalt den eingetreten Erfolg voraussehen kann*”.

¹⁵³⁵ A. Colombi Ciacchi, „*Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit. Deutschland und Italien im Vergleich*”, München 2005. Zauważyć należy, że ta jedna z głębszych analiz niemieckiej dogmatyki wypływa z zastosowania metody porównawczej, która – w ograniczonym zakresie – została wykorzystana w tej części pracy.

¹⁵³⁶ A. Colombi Ciacchi, op.cit., s. 82.

¹⁵³⁷ Co więcej, okazuje się to kryterium również niewystarczające dla wyznaczenia zakresu dopuszczalnego ryzyka, gdyż konsekwencji każdego ludzkiego zachowania można uniknąć: wystarczy tylko zaniechać danego czynu. Zob. A. Colombi Ciacchi, op.cit., s. 83.

¹⁵³⁸ A. Colombi Ciacchi, op.cit., s. 84–85.

¹⁵³⁹ Przytoczyć należy trafny cytat F. Giunta, „*I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*”, Diritto penale 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 monolog brzuchomówcy, który ożywia lalkę*”.

to podejście, zgodnie z którym prawdziwym jest twierdzenie, iż zachowanie normy ostrożności oznacza zachowanie ostrożne, ale nie jest do utrzymania jej odwrócenie¹⁵⁴⁰. W istocie jest bowiem inaczej: przekroczenie normy ostrożności zawsze wystarcza do wypełnienia obiektywnego składnika nieumyślności. Co więcej, taki pogląd jest wręcz jedynym możliwym rozwiązaniem wobec konstytucyjnej zasady określoności ustawy karnej¹⁵⁴¹. Krytyka A. Colombi Ciacchi wyraża się celnie w obserwacji, iż nawet Ci autorzy, którzy nie przyjmują w tym zakresie schematu „reguła–wyjątek” swoimi rozwiązaniami naruszają konstytucyjną zasadę określoności ustawy¹⁵⁴².

Sporym wycuciem teoretycznym cechuje się ta część rozważań, w których dla przyjęcia obiektywnej nieostrożności czynu sprawcy uwzględnia się możliwość zachodzenia między normami ostrożności kolizji – wtedy aktualizuje się potrzeba ustalenia, czy to, co jest dopuszczalne na mocy jednej z nich nie jest jeszcze objęte zakresem normowania innej normy ostrożności, która zakazuje danego zachowania się. I w tym świetle rozważane są zarzuty wobec koncepcji, która utożsamia nieostrożność z przekroczeniem normy ostrożności – a więc przede wszystkim przypadek szczególnej wiedzy (bądź umiejętności) działającego podmiotu oraz obszarów, gdzie brak jest ścisłych norm ostrożności. W odniesieniu do tego pierwszego zarzutu włoska karnistka argumentuje, że szczególne umiejętności są wykorzystywane w szczególnych sytuacjach i trudno oczekiwać, aby były one stosowane na co dzień¹⁵⁴³; szczególna wiedza i wywodzone z niej przypuszczenia co do rzekomo właściwego zachowania sprawcy oparte są na niedopuszczalnej spekulacji. Co więcej, porządek prawny nie może wymagać od sprawcy, aby wykorzystywał te swoje szczególne informacje, o ile nie ciąży na nim obowiązek gwaranta zapobiegnięcia skutkowi¹⁵⁴⁴. Czym innym natomiast jest naruszenie szczególnej normy ostrożności mającej zastosowanie dla danej ponadprzeciętnie „wiedzącej” czy uzdolnionej osoby. Również drugi argument, odwołujący się do braku norm ostrożności w pewnych obszarach społecznej aktywności jest chybiony, co ukazuje zwłaszcza analiza obszaru wysokich technologii czy życia codziennego¹⁵⁴⁵; jedynie mówić można o potrzebie ich konkretyzacji. Musi się ona

¹⁵⁴⁰ Co odnosi się w szczególności do poglądów T. Lencknera oraz L. Külhen, zob. A. Colombi Ciacchi, op.cit., s. 88–92.

¹⁵⁴¹ Nie mogłoby brzmieć 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. A. Colombi Ciacchi, op.cit., s. 94–95.

¹⁵⁴² Dotyczy to w szczególności Köhlera oraz R.A. Mikusa. Co do omówienia, zob. A. Colombi Ciacchi, op.cit., s. 100–101.

¹⁵⁴³ Nieporozumieniem byłoby mówić o naruszeniu ostrożności przez kierowcę rajdowego, który nie hamuje tak efektywnie jak podczas wyścigu, co więcej trudno jest tutaj ustalić (hipoteczna negatywna kausalność), że gdyby zareagował inaczej, można by uniknąć prawnokarnie relevantnego skutku; co więcej – w wielu wypadkach trudno w ogóle mówić o normach ostrożności, tylko np. o niewykorzystaniu zdolności organizmu. Zob. A. Colombi Ciacchi, op.cit., s. 103.

¹⁵⁴⁴ W innych przypadkach można analizować jedynie dany obowiązek jako moralny; co obrazują przypadki informacji szczególnych, ale pozyskanych bezprawnie, zob. A. Colombi Ciacchi, op.cit., s. 110–111.

¹⁵⁴⁵ A. Colombi Ciacchi, op.cit., s. 116, gdzie pisze: „*(...) in allen Lebensbereichen sind Verhaltensnormen und – standards zu finden.*”.

dokonać przy uwzględnieniu albo odwołania do społecznego standardu zachowania, albo jako wynikająca z okoliczności konkretnych okoliczności, pod warunkiem, że były one rozpoznawalne przez ludzkie zmysły. Jednak konkretyzacja nie oznacza swobody sędziowskiej, lecz raczej oznacza odtwarzanie istniejących już norm ostrożności¹⁵⁴⁶. Tylko takie bowiem traktowanie norm ostrożności wypełnia warunek *nulla poena sine lege previa, certa scripta*¹⁵⁴⁷.

Oceniając tą odważną próbę autorki, powiedzieć, można, iż o ile wnioski jej bardzo precyzyjne i dobrze uargumentowane są w zakresie analizy pojęcia nieumyślności, to brakuje szerszego spojrzenia i uogólnienia tych konkluzji do struktury całego przestępstwa.

Warto w tym miejscu pokusić się jeszcze o przytoczenie reprezentatywnego dla stanowiska współczesnej doktryny niemieckiej poglądu na temat znaczenia norm ostrożności pióra H. Kudlicha¹⁵⁴⁸. U podstaw swoich rozważań sytuuje autor pięć zasadniczych zapytań wobec funkcji norm ostrożności w karnistyce niemieckiej, co zasadniczo zbieżne jest z obrazem, który można sobie odtworzyć poprzez lekturę fragmentu niniejszej pracy¹⁵⁴⁹. Szczegółowa analiza tych stanowisk prowadzi autora do przekonania, że żaden z tych poglądów nie zasługuje na pełną aprobatę. Tzw. koncepcji obiektywnego przypisania postawić można w szczególności ten zarzut, iż mimo wprowadzenia nowej siatki pojęciowej posługuje się ona miernikami, które zostały opracowane przez dotychczasową dogmatykę prawa karnego¹⁵⁵⁰. Podobnie rzecz się ma z ograniczeniem wartościowania nieumyślności do obiektywnej przewidywalności¹⁵⁵¹. Błędny jest pogląd tej części doktryny, która upatruje w nich jedynie jeden z rozlicznych wskaźników

¹⁵⁴⁶ A. Colombi Ciacchi, op.cit., s. 118–119, gdzie wskazuje ona, że w razie czego sędzia powinien się posiłkować opiniami biegłych.

¹⁵⁴⁷ A. Colombi Ciacchi, op.cit., s. 185, gdzie pisze: „*Nur der Ruckgriff auf gefestigte Sondernormen und Auffassungen der Verkehrskreise ermöglicht, den vom Gesetzgeber unbestimmt gelassenen Fahrlässigkeitsbegriff so zu konkretisieren, dass das Bestimmtheitsgebot keinen Schaden erleidet*”.

¹⁵⁴⁸ H. Kudlich, „*Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung*” w: „*Festschrift für Harro Otto*“, red. G. Dannecker, W. Langer, O. Ranft, R. Schmitz, J. Brammssen, München 2007, s. 373–388.

¹⁵⁴⁹ H. Kudlich, op.cit., s. 375 wyróżnia pięć (poza dominującym poglądem przypisującym im pewną „wskaźnikowość”) grup poglądów co do zagadnienia norm ostrożności, a mianowicie: 1) pominięcie jakiegokolwiek znaczenia norm ostrożności, co następuje za pośrednictwem odrzucenia koncepcji naruszenia obowiązku ostrożności i ma być udziałem zwolenników nauki o obiektywnym przypisaniu (C. Roxin), 2) odrzucenie norm ostrożności jako zbędnych wobec możliwości ograniczenia się do przewidywalności popełnienia czynu zabronionego (jako przykład H. Kudlich wskazuje na opracowanie F.C. Schroedera, „*Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung*”, JZ 1989, 776, co pokrywa się to wszak z klasycznymi teoriami niemieckimi z przełomu XIX i XX wieku 3) wątpliwości wobec znaczenia normy ostrożności wobec jej niedookreślenia, ze względu na uwzględnienie przy jej konstruowaniu elementów subiektywnych (jako rzecznika takiego stanowiska wskazuje autor H. Otto, „*Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*” Berlin 2004, s. 192) brak znaczenia norm ostrożności ze względu na rozpoznawalność niebezpieczeństwa (autor wskazuje jako na reprezentata takiego stanowiska na G. Duttge, „*Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*” 2001, i co także w pewnym zakresie nawiązuje do klasycznych poglądów niemieckiej doktryny z XIX wieku) 5) jednoznaczność przekroczenia normy ostrożności i nieostrożności (A. Colombi Ciacchi).

¹⁵⁵⁰ Zdaniem autora można ich sposób postępowania scharakteryzować tymi słowami: „*Auch sie stellen damit auf Rechtsnormen ab, wobei der Terminus der bloßen Indikation durch die <<Übertretung von Verkehrsvorschriften>> in gleicher Weise übernommen wird wie von der h. L.*” zob. H. Kudlich, op.cit., s. 377.

¹⁵⁵¹ Zgodnie bowiem z cytowanym przez H. Kudlicha, op.cit., s. 377, poglądem F.C. Schroedera, op.cit., s. 380, można: „*diese Vorschriften (...) als Indizien der Erkennbarkeit verwertet werden*”.

działania nieostrożnego – to, że niektóre normy ostrożności są ustanawiane przez ustawodawcę arbitralnie, nie usprawiedliwia ich marginalizowania¹⁵⁵². Sama też, nowa w niemieckiej doktrynie, koncepcja A. Colombii Ciacchi nie spotyka się z aprobatą autora, gdyż poszukiwanie norm ostrożności w nieuregulowanych sferach życiowych w drodze ich odtwarzania przez sędziego nie przynosi żadnych nowych treści w porównaniu z praktykowanym przez znaczną część doktryny odwołaniem się do normatywnego wzorca osobowego (figury rozsądnego człowieka) – może więc być postrzegane co najwyżej w kategoriach wskazówki metodologicznej¹⁵⁵³.

W istocie bowiem rozważany tutaj problem ma charakter teoretyczny, który rozstrzygnąć należy przez pryzmat zasady kolizji norm. Norma ostrożności w stosunku do normy prawnokarnej, z którą pozostaje w kolizji znajduje wtedy zastosowanie, jeżeli jest treściowo bogatsza od tej pierwszej¹⁵⁵⁴. Jest to relacja, która występuje pomiędzy normą prawnokarną charakteryzującą czyn nieumyślny a normą ostrożności zupełnie wyjątkowo, a mianowicie w sytuacjach, kiedy ustawodawca w sposób kompleksowy uregulował daną sferę aktywności społecznej¹⁵⁵⁵.

Ostatecznie więc autor ten dochodzi do konkluzji, iż znaczenie norm ostrożności leży w przeniesieniu ciężaru dowodu na tego, który powołuje się na fakt, że w danym przypadku – mimo naruszenia normy ostrożności i wystąpienia skutku brak jest podstaw do pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej¹⁵⁵⁶. Mimo więc pewnych prób wysubtelnienia dominującej teorii wskaźnikowej, H. Kudlich jest z nią w zasadniczej postaci zgodny i nie widzi w normach ostrożności decydującego elementu o odpowiedzialności karnej, choćby za czyny nieumyślne.

W aktualnym stanie rozwoju doktryny niemieckiej rozważanie relewancji norm ostrożności odbywa się przede wszystkim na płaszczyźnie nieumyślności. Pod pojęciem obiektywnego naruszenia obowiązku ostrożności wyróżnia się tzw. wewnętrzną ostrożność, pojmowaną jako obowiązek odpowiedniego wyłączenia uwagi oraz zewnętrzną ostrożność, tzn. tą, która charakteryzuje dane zachowanie sprawcy¹⁵⁵⁷. Wśród tej ostatniej z kolei wyróżnia się przede wszystkim obowiązek zaniechania niebezpiecznych działań, obowiązek zdobycia pewnych informacji czy też obowiązek ostrożnego postępowania w niebezpiecznych sytuacjach¹⁵⁵⁸. Jednak

¹⁵⁵² H. Kudlich, op.cit., s. 383 wskazuje, że to właściwie ustawodawca jest szczególnie powołany do ich stanowienia i nic nie zmienia „*Schmerz der Grenze*”.

¹⁵⁵³ H. Kudlich, op.cit., s. 381–382. Autor odrzuca tezę autorki, że w takim przypadku może dojść do naruszenia zasady *lex certa*.

¹⁵⁵⁴ Nie do końca jasne jest, o jakiej normie prawno–karnej wypowiada się autor, ale z jego wypowiedzi (zob. H. Kudlich, op.cit., s. 378–379) wynika, że zaryzykować można przypuszczenie, że chodzi raczej o normę sankcjonowaną. Chodzi tutaj o pytanie o „*inhaltsreichere Norm*”.

¹⁵⁵⁵ H. Kudlich, op.cit., s. 387, pisze wymownie: „*Ein großer Inhaltsreichtum der Sondernorm mit Blick auf ihre Einhaltung kann daher nur angenommen werden, wenn nach (...) Regulationsintention des Gesetzgebers ein bestimmter Lebensbereich (...) durch die Sondernorm abschließend geregelt werden soll*”.

¹⁵⁵⁶ Chociażby dlatego, że w danym przypadku nie został naruszony cel ochronny normy ostrożności, zob. H. Kudlich, op.cit., s. 387. Przypomina to omawiany powyżej pogląd P. Marburgera.

¹⁵⁵⁷ Zob. H–H. Jescheck, T. Weigend „*Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*”, Berlin 1996, s. 577–582.

¹⁵⁵⁸ H–H. Jescheck, T. Weigend, op. cit. s. 581.

samo naruszenie normy ostrożności ma być wartościowane jedynie jako wskaźnik nieostrożności¹⁵⁵⁹ co wydaje się być dominującym poglądem doktryny¹⁵⁶⁰.

5) Konkluzje

Przeprowadzona tutaj analiza doktryny niemieckiej¹⁵⁶¹ umożliwia sformułowanie kilku istotnych spostrzeżeń podsumowujących. Cechą charakterystyczną rozwoju niemieckiej karnistyki jest to, że całokształt debaty na temat norm ostrożności przybrał formę sporów o charakterze doktrynalnym i mimo formułowanych propozycji zmian StGB nie znalazł swojego wyrazu w brzmieniu części ogólnej ustawy karnej. Nie może to przesłonić faktu, że ewolucje poglądów karnistyki niemieckiej miały w tym zakresie charakter fundamentalny.

Nauce niemieckiej nie jest obca myśl, że pewne zachowania – mimo, że stwarzają niebezpieczeństwo dla dóbr prawnie chronionych – nie powinny prowadzić do odpowiedzialności karnej. Myśl ta jednak nie znalazła jednolitego wyrazu w prezentowanych propozycjach dogmatycznych. Społeczna adekwatność zachowania, działanie w ramach dozwolonego ryzyka, brak możliwości obiektywnego przypisania czynu, wyłączenie winy na skutek zachowania się zgodnego z normami ostrożności, wyłączenie materialnie pojmowanej bezprawności czynu czy brak wypełnienia znamion typu czynu nieumyślnego to jedynie niektóre, charakterystyczne propozycje rozwiązania przedmiotowego problemu. Wobec szeroko przyjętego tradycyjnego poglądu, iż prawo karne wyraża tylko normy sankcjonujące, trudno napotkać np. ideę, która umiejscawia figurę norm ostrożności jako wstępny warunek zastosowania normy sankcjonowanej. Rozwiązanie dominującego nurtu doktryny jest pragmatyczne: zachowanie zgodne z normami ostrożności wskazuje na wykluczenie możliwości przyjęcia po stronie sprawcy nieumyślności –

¹⁵⁵⁹ Tak chociażby z powołaniem się na orzecznictwo RGSt 59, 341 oraz BGH MDR 1951, 274, argumentuje się w podręczniku H–H. Jeschecka, T. Weigenda, op. cit., s. 582.

¹⁵⁶⁰ Chociażby dla przykładu wskazać można na wypowiedź K. Kühla, „*Strafrecht. Allgemeiner Teil*”, München 2012, s. 581, który stwierdza, że „(...)so wenig garantieren sie [Sondernormen – przypis M. B], dass jeder Regelverstoß eine Sorgfaltpflichtverletzung darstellt“; w podobnym duchu wypowiada się S. Fischer „*Strafgesetzbuch und Nebengesetze: Beckisches Kürzkommentar*” München 2012, s. 119, gdzie pisze on, iż przekroczenie normy ostrożności „stellt aber ein Beweisanzeichen für eine Fahrlässigkeitsvorwurf begründende Sorgfaltpflichtverletzung“. Tenże autor, op. cit. s. 2276, przypisuje normom DIN wszak znaczenie „ein erhebliches Indiz”. Podobnie wypowiada się K. Kühl w: „*Strafgesetzbuch. Kommentar*”, München 2011, § 15 nb. 39–40, źródło: beck.online.de (odczyt dnia 31.10.2013r.).

¹⁵⁶¹ Ze względu na brak miejsca w niniejszej pracy nie mogło zostać uwzględnionych szereg wypowiedzi karnistów niemieckich, takich jak m.in.: E. Würdig, „*Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen*”, Breslau 1902, M. Beschütz „*Die Fahrlässigkeit innerhalb von der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre*”, Breslau 1907, W. Ziegler „*Fahrlässigkeit und Gefährdung*” Breslau 1935, M. Burgstaller „*Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*”, Wien 1974, A. Donatsch „*Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt*” Zürich 1987, M. E. Fabarius „*Äußere und innere Sorgfalt*” Köln, 1991, F. Toepel „*Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*”, Berlin 1992 oraz wiele innych stanowisk, zawartych choćby w wypowiedziach podręcznikowych. Nie zmienia to jawnego się klarownie wobec powyższej analizy faktu, że doniosłość norm ostrożności materializuje się zasadniczo tylko w odniesieniu do przestępstw nieumyślnych.

pojęcia, na które składają się zarówno elementy subiektywne – zwłaszcza możliwość przewidzenia popełnienia czynu zabronionego – oraz obiektywne, tj. działanie nieostrożne.

Nie oznacza to jednak, iżby w tym bogactwie poglądów nie można było wyróżnić pewnej szczególnej ewolucji poglądów. Główny jej kierunek przebiega, jak się zdaje wzdłuż następujących punktów: od wpisywania ostrożności jako składnika nieumyślności postrzeganej jako forma winy, gdzie zachowanie zgodne z „*przepisami policyjnymi*” nie miało praktycznie żadnego znaczenia (*Binding*¹⁵⁶²), poprzez ustanowienie fundamentem każdego przestępstwa nieumyślnego przełamanie normy ostrożności według doktryny finalistycznej (*Welzel, Niese*)¹⁵⁶³, koncepcje obiektywnego przypisania czynu (*Roxin*)¹⁵⁶⁴, do stanowiska kompromisowego, jakim jest przypisanie przekroczeniu normy ostrożności znaczenia pewnego wskaźnika działania nieumyślnego (*Mikus, Esser*)¹⁵⁶⁵. Zarysowują się jednak poglądy, które to ostatnie, swoście kompromisowe, rozwiązanie krytykują jako niezgodne z podstawowymi zasadami prawa karnego (*Ciacchi*¹⁵⁶⁶), bądź postulują dekryminalizację czynów nieumyślnych (*Aygörmez, Bung*)¹⁵⁶⁷. Obok tej linii rozwoju dogmatyki niemieckiej obecne są poglądy mniejszościowe, które próbują poszukiwać sensu tej instytucji jako problemu procesowego – przesunięcia ciężaru dowodu, zagadnienia wykładni tekstu prawnego czy wzorca, wobec którego mierzyć należy czyn sprawcy¹⁵⁶⁸. Ale nie tylko w tym wyczerpuje się sens ewolucji niemieckiej dogmatyki – jasne jest bowiem, że charakterystycznym kierunkiem rozwoju niemieckiej karnistyki jest coraz silniejsze akcentowanie przedmiotowego obowiązku ostrożności jako charakterystyki czynu sprawcy, a nie tylko tzw. *Innere Sorgfaltspflicht* pojmowanej jako obowiązek należytej koncentracji uwagi¹⁵⁶⁹. Ten kierunek rozwoju spotkać się musi z aprobatą, gdyż współgra z fundamentalnym spostrzeżeniem, że wnioskowanie o hipotetycznym zachowaniu sprawcy przy założeniu jego innego stanu wiedzy czy też stanu psychicznego jest nadzwyczaj ryzykowne.

Przedstawione koncepcje prowadzą do stwierdzenia, iż mimo, że w obecnym brzmieniu StGB nie brak jest odwołań do przekroczenia norm ostrożności, czego przykładem może być chociażby brzmienie § 319 (1) StGB¹⁵⁷⁰, dogmatyka niemiecka poszukuje rozwiązania systemowego tej kwestii. Daleka jest ona od stwierdzenia, że norma ostrożności jest zawsze

¹⁵⁶² Zob. powyżej s. 256.

¹⁵⁶³ Zob. powyżej s. 260.

¹⁵⁶⁴ Zob. powyżej s. 265.

¹⁵⁶⁵ Zob. powyżej s. 275. Co do poglądu tego ostatniego zob. również jego wypowiedź na piśmie: „*Strafrechtliche Risiken am Bau – Überlegung zur Baugefährdung*” NstZ 2011, s. 314–321 (współautor: N. Keuten).

¹⁵⁶⁶ Zob. s. 281.

¹⁵⁶⁷ Zob. powyżej s. 280.

¹⁵⁶⁸ Zob. powyżej s. 284.

¹⁵⁶⁹ Konkluzji tej nie może zmienić odosobnione stanowisko D. Sauera, zob. s. 278.

¹⁵⁷⁰ Zgodnie z którym (1): „*Wer bei der Planung, Leitung oder Ausführung eines Baues oder des Abbruchs eines Bauwerks gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik verstößt und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*”

znamieniem typu czynu zabronionego. W tej perspektywie zwrócić należy uwagę na dyferencjację, której dokonuje główny odłam nauki niemieckiej, wyrażającą się w tym, że błąd co do istnienia norm ostrożności jest oceniany przez pryzmat błędu co do prawa, natomiast błąd co do ich treści – zasadniczo jako błąd co do znamienia¹⁵⁷¹. Obserwując rozwój niemieckiej dogmatyki pokusić się można o jedną jeszcze konkluzję – obszerna część literatury poświęconej temu zagadnieniu, której ostatnia poważna koncentracja pochodzi z lat 90-tych XX wieku wskazuje, że temat ten nie jest wyczerpany¹⁵⁷². Wynika to chyba z tego, że niemiecka dogmatyka jako podstawę swoich rozstrzygnięć kładzie nie tyle rozważania teoretyczne, co obszerny dorobek dogmatyczny karnistyki XX wieku.

Bogactwo tych poglądów ukazuje również ich swoistą dynamiczność. Bardziej znaczące z nich znajdują swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie, nie prowadzi to jednak do nieustannych nowelizacji tak zasadniczego aktu, jakim jest StGB. Taka wskazówka jest niedoścignionym wzorem postępowania dla polskiego ustawodawcy, który w przeciągu 15 lat funkcjonowania k.k. z 1997 r. wprowadził ponad 65 zmian w jego brzmieniu i w latach 2012–2014 był na etapie przygotowywania kolejnej, zasadniczej zmiany zasad odpowiedzialności karnej przez wpisanie do tekstu ustawy koncepcji tzw. obiektywnego przypisania skutku, co, jak ukazała powyższa analiza, jest rozwiązaniem petryfikującym pewien, krytykowany już w najmłodszej literaturze pogląd. Do tej kwestii wypadnie jeszcze powrócić w toku dalszych analiz.

III. Wielka Brytania

1) Normy ostrożności przy odpowiedzialności za czyny nieumyślne?

Uwzględniając wyniki przeprowadzonych powyżej rozważań dotyczących prawa niemieckiego, poszukiwanie znaczenia norm ostrożności dla odpowiedzialności karnej na gruncie systemu *common law* rozpocząć należy również od krótkiej analizy pojęcia nieumyślności. W tym rozdziale rozważania ukierunkowane są na ukazanie stanu poglądów na zagadnienie norm ostrożności przede wszystkim w systemie brytyjskiego *common law*¹⁵⁷³; ze względu na

¹⁵⁷¹ Na taki sposób wartościowania norm ostrożności zwrócił mi uwagę w trakcie dyskusji na Uniwersytecie w Passau w dniu 30.10.2013 r. Prof. Dr Robert Esser, któremu za te uwagi oraz poświęcone mi wskazówki i naukową opiekę w trakcie pobytu na tymże Uniwersytecie jestem bardzo zobowiązany, za co również w tym miejscu serdecznie Mu dziękuję.

¹⁵⁷² Również nowsze orzecznictwo w tym przedmiocie spotyka się z żywym oddźwiękiem doktryny, czego wyrazem może być chociażby stanowisko F. Neubachera, „Zur Konkretisierung von Sorgfaltspflichten beim fahrlässigen Erfolgsdelikt – Überlegungen im Anschluss an BGHSt 49, I”, Jura 2005, s. 857–862.

¹⁵⁷³ Zaznaczyć wszak należy, że w kilku miejscach niniejszego rozdziału odwołano się do dorobku prawa *common law* innych państw systemu *common law*, co wynika przede wszystkim z faktu, że dorobek ten jest w tym kręgu znany, cytowany i komentowany.

zdecydowanie mniejszą liczbę wypowiedzi rozważania nie są przedstawiane chronologicznie, lecz uporządkowane tematycznie.

Podstawowe znaczenie dla odpowiedzialności karnej za przestępstwa nieumyślne ma rozróżnienie pomiędzy *negligence* oraz *recklessness*. Zgodnie ze współczesnym ujęciem tego rozróżnienia, w tym pierwszym przypadku mamy do czynienia z naruszeniem standardu obiektywnego zachowania się¹⁵⁷⁴, podczas gdy to drugie pojęcie uwypukla negatywne, z punktu widzenia ochrony dóbr prawnych nastawienie psychiczne sprawcy¹⁵⁷⁵. Takie przeciwstawienie tych dwóch pojęć uzmysławia, że dochodzi tutaj do kolizji pomiędzy obiektywnym wartościowaniem czynu sprawcy z odniesieniem się do porównania do wzorcowej, rozsądnej osoby (osobowego wzorca normatywnego)¹⁵⁷⁶ a takim, który uwzględnia komponent psychiczny sprawcy¹⁵⁷⁷. Niemniej podkreślić należy, że stosowanie tej konwencji pojęciowej nie jest do końca klarowne. I tak według innych autorów zarówno *negligence* jak i *recklessness* są zasadniczo odnoszone do sfery przeżyć wewnętrznych sprawcy¹⁵⁷⁸.

Przyjmując jednak doniosłość tego przeciwstawienia *negligence* i *recklessness* dla systemu *common law*, warto dokładniej objaśnić relację między tymi elementami, do czego znakomicie nadaje się głośne i szeroko cytowane rozstrzygnięcie wydane przez Sad Apelacyjny w Ontario w sprawie M. Waite'a¹⁵⁷⁹. Przedmiotowa sprawa dotyczyła stanu faktycznego, w którym M. Waite w dniu 8 sierpnia 1984 uczestniczył w tzw. *hayride*¹⁵⁸⁰, znajdując się w stanie znacznej nietrzeźwości – jak się następnie okazało zawartość alkoholu w jego krwi przekraczała 0,8 promila. Prowadząc samochód za grupą traktorów, w pewnej chwili wyprzedził je i przejechawszy pewien odcinek drogi zawrócił, kierując się w stronę poruszającej się kolumny – aby postarać się

¹⁵⁷⁴ W. Wilson, „*Criminal Law. Doctrine and Theory*”, Harlow 2011 s. 141, wyraża to następującymi słowami: „*It refers to cases where the defendant fails to satisfy an objective standard of carefulness (...)*”.

¹⁵⁷⁵ W. Wilson, op.cit., s. 141, stwierdza, iż: „*Recklessness suggests a state of mind in which the actor appreciates but does not care about the risks he is running, or perhaps does not care enough to attend to them*”.

¹⁵⁷⁶ O czym poniżej.

¹⁵⁷⁷ Zgodnie z jeszcze innym rozróżnieniem pomiędzy tymi dwoma pojęciami: „*Recklessness is a conscious taking of an unjustifiable risk, negligence is the inadvertent taking of an unjustifiable risk*”. Zob. D. Ormerod, „*Criminal Law*”, Oxford 2011, s. 128.

¹⁵⁷⁸ Podkreślają oni, że definicja „*negligence*” i stosunek tego pojęcia do „*recklessness*” są wysoce niejasne. Znany jest pogląd, w myśl którego w sytuacji, gdy sprawca był świadomy ryzyka, lecz mimo to kontynuował swoje działania, czyn jego był „*reckless*”, podczas gdy w sytuacji, gdy sprawca nie miał takiej świadomości – „*negligent*”, co stanowiłoby dychotomie zbliżoną do pary pojęć świadomej i nieświadomej nieumyślności. Takie jednak rozróżnienie jest problematyczne (tak np. D. Husak, „*Negligence, Belief, Blame and Criminal Liability: The Special Case of Forgetting*”, *Criminal Law and Philosophy* 2011 nr 5 s. 207, podkreśla, że „*[t]he boundary between recklessness and negligence is unclear*”). I nie jest ono powszechnie akceptowane przez wszystkich autorów, niemniej uczciwie zaznaczyć należy, że taką konwencją pojęciową operuje również Model Penal Code w Sekcji 2.02 ust. 2 c)–d).

¹⁵⁷⁹ R. v. Waite [1986] O.J. No. 2312. Mimo, że orzeczenie to zapadło na gruncie prawa kanadyjskiego, wyrażone w nim poglądy są reprezentatywne także dla systemu *common law* prawa brytyjskiego. Poniżej fragmenty orzeczeń cytowane są w bądź z podaniem strony, bądź z podaniem punktu wyroku, gdy numeracja stron jest rozbieżna w różnych publikatorach. Wybrane orzeczenia sądów brytyjskich – pochodzące sprzed roku 1995 – uzyskane zostały z bazy: <http://www.bailii.org/uk>.

¹⁵⁸⁰ A więc specyficznej grupowej imprezie, w której uczestnicy wybierają się na przejażdżkę otwartym pojazdem, najczęściej ciężarówką lub traktorem, wypełnionym słomą.

ją wyminąć w ostatnim możliwym momencie. Nie mając włączonych świateł (z wyjątkiem świateł przeciwmgielnych), przekraczając dozwoloną prędkość o ponad 20 mil, jechał na złym pasie jezdni¹⁵⁸¹. Zbliżając się do jadących na przyczepach uczestników *hayride* stracił panowanie i potrafił śmiertelnie czterech idących poboczem drogi pieszych (oraz poważnie raniąc piątego). Zgodnie z pierwotnym rozstrzygnięciem, które zostało uchylone w omawianym wyroku, M. Waite został oczyszczony z zarzutów karalnej nieumyślności, a skazany za pięć innych pomniejszych przestępstw, co sprowokowało Sad Apelacyjny do pogłębionych rozważań nad istotą tzw. *negligence*. Zgodnie z tymi ustaleniami instytucja ta obejmuje dwa elementy – zachowanie obiektywnie niezgodne z wymaganą w danej sytuacji ostrożnością, którą ustala się za pomocą odwołania się do standardu tzw. „*reasonable man*”¹⁵⁸², co jest również przesłanką odpowiedzialności cywilnej, oraz element subiektywny, jakim jest świadomość występującego ryzyka¹⁵⁸³. Rozumowanie to, jak podkreślił Sad Apelacyjny, wpisuje się w konsekwentną linię orzecznictwa systemu *common law*, zarysowaną już w wyroku *R. v. Bateman*¹⁵⁸⁴, a następnie prezentowaną w rozstrzygnięciach *Andrews v. D.P.P.*¹⁵⁸⁵, *R. v. Fortin*¹⁵⁸⁶. Nie brak w tym przypadku jednak innych orzeczeń, czego znakomitą egzemplifikacją może być sprawa *R. v. Belbeck*¹⁵⁸⁷, gdzie wskazuje się, że dowody nastawienia psychicznego sprawcy mogą zostać wywnioskowane z okoliczności przedmiotowych jego zachowania się¹⁵⁸⁸. Jednak już w innym, późniejszym z kolei rozstrzygnięciu, cytowanym również w przedmiotowej sprawie, wskazuje się na fakt, że przynajmniej w przypadku przestępstw popełnionych przez zaniechanie konieczność ustalenia nastawienia psychicznego niechającego nie może być kwestionowana¹⁵⁸⁹. Prowadzi to do wniosku, że stosowanie takiej obiektywizującej metody oceny jest co prawda czymś

¹⁵⁸¹ Po to, aby zgodnie z tym co powiedział podróżującemu z nim pasażerem, sprawdzić jak blisko może podjechać do traktora („*Let's see how close we can get*”, zob. pkt 5 cyt. orzeczenia).

¹⁵⁸² Czy dokładnie: „*reasonable driver*”. Zgodnie ze cytowanym przez Sad stwierdzeniem: „*So that you have in one, the dangerous driving, there is simply an objective standard, as compared to what the prudent driver would do*” – zob. pkt 8 uzasadnienia cyt. orzeczenia.

¹⁵⁸³ zob. *R. v. Waite* [1986] O.J. No. 2312, pkt 1, gdzie wywiedziono: „*(...) element of assumption and deliberate assumption of the risk*”.

¹⁵⁸⁴ [1925] 19 Cr. App. R. 8, s. 10–11, gdzie podkreślono kluczowy czynnik wyróżniający odpowiedzialność za karalną nieumyślność od nieumyślności cywilnej: „*In a criminal Court, on the contrary, the amount and degree of negligence are the determining questions. There must be mens rea*”.

¹⁵⁸⁵ AC 576 [1937] HL, gdzie stwierdzono, iż: „*Simple lack of care such as will constitute civil liability is not enough: for purposes of the criminal law there are degrees of negligence*”.

¹⁵⁸⁶ *R. v. Fortin* (1957), 121 C.C.C. 345 (N.B.S.C. App. Div.), s. 345, 350–351 z jednoznaczną wypowiedzią: „*(...) offences involving criminal negligence the element of mens rea is to be found in the blameworthy state of mind*”.

¹⁵⁸⁷ [1968] 2 C.C.C. 331 (N.S.S.C. App. Div.).

¹⁵⁸⁸ W podobnym duchu rozstrzygnięto w wyroku *Regina v. McCrea* (1969), 70 W.W.R. 663 s. 668, gdzie skład orzekający ogranicza się do stwierdzenia, iż naruszenie podstawowych zasad obchodzenia się z bronią stanowi: „*(...) marked departure from that which would have been observed by a reasonably careful man in the same circumstances as to show a wanton or reckless*”. Analogicznie w sprawie: *Regina v. Rogers* [1968] 4 C.C.C. 278 (B.C.C.A.).

¹⁵⁸⁹ *Regina v. Tutton and Tutton* [1985], 18 C.C.C. (3d) 328. W treści tego rozstrzygnięcia (s. 345) wskazano na dopuszczalność przeciwnego poglądu w odniesieniu do przestępstw popełnionych przez działanie: „*Where, for example, an accused person drives at a grossly excessive speed through a busy intersection and causes the death of others by so doing, a marked and substantial departure from the standard of a reasonable driver in the circumstances has been held to suffice*”.

wyjątkowym, ale nie jest też na gruncie prawa *common law* niedopuszczalne.

Swoistą kulminacją tego kierunku orzecznictwa jest głośny wyrok brytyjskiej Izby Lordów w sprawie *Metropolis v. Caldwell*¹⁵⁹⁰. W przedmiotowej sprawie oskarżony – James Caldwell był zatrudniony w hotelu i na skutek nieporozumienia z właścicielem, wprawiwszy się uprzednio w stan głębokiej nietrzeźwości, włamał się w nocy 23 grudnia 1978 r. do hotelu przez okno i zaprószył na parterze ogień. Dzięki szybkiej interwencji właściwych służb udało się nie dopuścić do zagrożenia życia dla przebywających w nim gości. Niemniej Caldwell został oskarżony za przestępstwo stypizowane w sekcji 1 Criminal Damage Act 1971 (podpalenie)¹⁵⁹¹. W trakcie przebiegu procesu Caldwell na swoją obronę podniósł, że względu na swój stan nietrzeźwości absolutnie nie przewidywał możliwości stworzenia swoim czynem zagrożenia dla życia przebywających w hotelu gości. Wobec tego postawione przed Izbą Lordów pytanie sprowadziło się do tego, czy taki brak jakiejkolwiek treści przeżyć psychicznych może wykluczać odpowiedzialność karną. Analizując przedmiotową sprawę, Lord Diplock w sławnym sformułowaniu podał jednoznacznie nową – w świetle dotychczasowego rozwoju *common law* – formułę *recklessness*, która nie wymaga po stronie sprawcy owych przeżyć psychicznych, w szczególności uświadomienia sobie materializującego się ryzyka¹⁵⁹². Formuła ta nie jest tak szeroka, jak mogłoby się wydawać na pierwszy rzut oka, bowiem uważna lektura tego orzeczenia umożliwia wysłowienie pewnego warunku, że możliwość przewidzenia takiego ryzyka musi być oczywista dla rozsądnego obywatela¹⁵⁹³. Dla prawidłowego zrozumienia tego rozstrzygnięcia zaznaczyć trzeba wszak, że wprawienie się stan częściowej bądź całkowitej niepoczytalności na skutek spożycia alkoholu czy narkotyków jest pomijane przy ustalaniu odpowiedzialności karnej¹⁵⁹⁴. Jak wiadomo, dało to początek koncepcji tzw. *objective recklessness*.

¹⁵⁹⁰ [1982] A.C. 341.

¹⁵⁹¹ A dokładniej sub-sekcji (1) and (2), które stanowiły, iż: 1.— „(1) *A person who without lawful excuse destroys or damages any property belonging to another intending to destroy or damage any such property or being reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged shall be guilty of an offence.* (2) *A person who without lawful excuse destroys or damages any property, whether belonging to himself or another (a) intending to destroy or damage any property or being reckless as to whether any property would be destroyed or damaged; and (b) intending by the destruction or damage to endanger the life of another or being reckless as to whether the life of another would be thereby endangered.*”

¹⁵⁹² Formuła ta, zgodnie z cytowanym w praktycznie każdym podręczniku angielskiego prawa karnego ujęciem (zob. chociażby A. Asworth, „*Principles of Criminal Law*”, Oxford 2009, s. 177) wygląda tak: „(1) *he does an act which in fact creates an obvious risk that property will be destroyed or damaged and (2) when he does the act he either has not given any thought to the possibility of there being any such risk or has recognised that there was some risk involved and has nonetheless gone on to do it*”.

¹⁵⁹³ Cytując słowa samego Lorda Diplocka, wymaga to: „*consideration of how the mind of the ordinary prudent individual would have reacted to a similar situation*” – zob. s. 5 uzasadnienia w sprawie *Metropolis v. Caldwell*.

¹⁵⁹⁴ Co wyraźnie zostało zaznaczone w rozstrzygnięciu Majewski [1977] A.C. 443 at 475 czy *Reg v. Venna* [1976] 1 Q.B. 421 at 428. W tym zakresie uznano bowiem, że adekwatnym wyrazem stanu angielskiego prawa karnego jest ujęcie sekcji 208 Amerykańskiego *Model Penal Code* z 1962 r. (zgodnie z postanowieniem tej sekcji odpowiedzialność za czyn popełniony w stanie nietrzeźwości dotknie oskarżonego także wtedy, gdy nie miał żadnego nastawienia wolicjonalnego: „*when recklessness establishes element of an offence, if the actor, due to self-induced intoxication, is unaware of the risk of which he would have been aware had he been sober, such unawareness is immaterial*”, a więc gdy brak jest nawet nieumyślności).

O kontrowersyjności tego zagadnienia świadczyć może jednak zdanie odrębne zgłoszone przez Lorda Edmund–Daviesa, który w swoim obszernym uzasadnieniu odrzuca sformułowanie, które zostało zaaprobowane przez większość¹⁵⁹⁵. Dla uzasadnienia swojego stanowiska odwołuje się on nie tylko do podnoszonego w doktrynie rozróżnienia pomiędzy językiem prawnym i językiem potocznym, ale także na orzecznictwo innych systemów prawa *common law*¹⁵⁹⁶ oraz uzasadnienie Komisji opracowującej Criminal Damage Act z 1971¹⁵⁹⁷. Stąd też apelacja, jego zdaniem, nie zasługuje na uwzględnienie. O ile bowiem słuszne jest stwierdzenie, że stan upojenia alkoholowego nie może wyłączać odpowiedzialności karnej, to wprowadzenie tzw. obiektywnego testu nieumyślności („*objective recklessness test*”), a w szczególności świadomej nieumyślności, jest błędne.

Rozwinięciem rozumowania zaprezentowanego przez większość Izby Lordów w sprawie MTC vs. Caldwell był wydany przez Izbę Lordów jeszcze tego samego dnia wyrok w sprawie R v. Lawrence¹⁵⁹⁸. Zaznaczono w nim, że jeżeli przez sprawcę zostało stworzone poważne i oczywiste niebezpieczeństwo, to przyjmując wypełnienie znamion przestępstwa można z samego tego czynu wywnioskować, iż sprawca miał naganny stosunek intelektualno–wolicjonalny, chyba, że występują okoliczności, które przeciwko temu świadczą, w szczególności same wyjaśnienia oskarżonego¹⁵⁹⁹.

Orzeczenia te spotkały się z druzgocącą krytyką szeregu przedstawicieli nauki¹⁶⁰⁰.

Zostały one uchylone w szeroko cytowanym wyroku Regina v. G¹⁶⁰¹.

W tej ostatniej sprawie dwójka dzieci, w wieku 11 oraz 12 lat w dniu 22 sierpnia 2000 r. podpaliła gazety pod koszem na śmieci na zapleczu sklepu „Co–op” w Newport Pagnell. Doprowadziło to do pożaru, który rozprzestrzenił się na okoliczne sklepy i spowodował straty przekraczające 1 milion funtów. Podstawą ich odpowiedzialności karnej było również

¹⁵⁹⁵ Zgodnie bowiem z jego słowami: „*So if a defendant says of a particular risk <<never crossed my mind>>, a jury could not on those words alone properly convict him of recklessness simply because they considered that the risk ought to have crossed his mind*”, zob. s. 8 uzasadnienia cytowanego wyroku.

¹⁵⁹⁶ Wskazując na wyrok: Western Australia, Lederer v. Hutchins, [1961] W.A.R.99, oraz pogląd doktryny amerykańskiej (J. Brown, „*General Principles of Criminal Law*”, 1960, s. 115); zob. s. 8 uzasadnienia wyroku.

¹⁵⁹⁷ Zob. Working Paper No. 31 (wydany 1970), gdzie pojęcie „*recklessness*” zostało w następujący sposób zdefiniowane: „*A person is reckless if, (a) knowing that there is a risk that an event may result from his conduct or that a circumstances may exist, he takes that risk, and (b) it is unreasonable for him to take it, having regard to the degree and nature of the risk which he knows to be present.*”.

¹⁵⁹⁸ [1981] 1 All ER 974.

¹⁵⁹⁹ R v. Lawrence, s. 8 uzasadnienia wyroku 1 All ER s. 982: „*If it is satisfied that an obvious and serious risk was created by the manner of the defendant's driving, the jury is entitled to infer that he was of other of the states of mind that constitute an offence*”.

¹⁶⁰⁰ Do nielicznych pozytywnych wypowiedzi zaliczyć należy J. Stannard, „*Subjectivism, Objectivism and the Draft Criminal Code*”, Law Quarterly Review [1985] vol. 101, s. 540. Większość jednak doktryny (zob. omówienie D. Ormerod, op.cit., s. 122) wskazywała na jego oczywistą niesprawiedliwość: „*This most principled failing of the Caldwell approach was its potential to create injustice*”, chociażby przez to, że umożliwiała przypisanie odpowiedzialności karnej np. osobom niepełnoletnim.

¹⁶⁰¹ [2004] 1 AC 1034.

przestępstwo określone w sekcji 1, subsekcja 1, oraz 3 Criminal Damage Act 1971¹⁶⁰². W trakcie procesu oskarżeni broniąc się wyjaśnili, że nie mieli absolutnie żadnej świadomości zagrożenia rozprzestrzenienia się pożaru na okoliczne sklepy¹⁶⁰³. Obowiązująca w chwili orzekania linia orzecznicza zostaje uznana przez wypowiadającego się w imieniu większości Lorda Bingham of Cornhill za jawnie niesprawiedliwą przez to, że w istocie pomija się rzeczywistą możliwość przewidywania niebezpieczeństwa przez oskarżonych¹⁶⁰⁴. Zaproponowany w orzeczeniu nowy test *recklessness* jest sformulowaniem zaczerpniętym wprost z prac tzw. *Law Commission*¹⁶⁰⁵. Odstępując od testu sformułowanego w orzeczeniu MTC v. Caldwell podkreśla się na marginesie znaczenie nowego stanu prawnego, jaki został wykreowany poprzez ratyfikowanie przez Wielką Brytanie Konwencji o Prawach Dziecka¹⁶⁰⁶ oraz dorobek nauki prawa w zakresie rozwijania pojęcia nieumyślności¹⁶⁰⁷.

W nowszym natomiast orzecznictwie zaznacza się, że celowe nieuświadamianie sobie związanego z danym czynem ryzyka nie może mieć żadnego wpływu na ocenę odpowiedzialności karnej sprawcy¹⁶⁰⁸.

Krystalizujące się w świetle powyższych rozważań pojęcie nieumyślności pozwala na powtórzenie kluczowego dla niniejszej pracy pytania, a mianowicie: jak odzwierciedla się na płaszczyźnie odpowiedzialności karnej sytuacja, kiedy zachowanie sprawcy odpowiada znamionom czynu zabronionego, lecz zarazem przedsięwzięte zostało z zachowaniem norm ostrożności?

¹⁶⁰² „(1) A person who without lawful excuse destroys or damages any property belonging to another intending to destroy or damage any such property or being reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged shall be guilty of an offence. (3) An offence committed under this section by destroying or damaging property by fire shall be charged as arson.”

¹⁶⁰³ W tym miejscu pojawia się znowu analogiczne sformułowanie: „(...) it never crossed their minds for a moment that there was this risk of the fire actually spreading to the building itself” (zob. pkt 6 uzasadnienia wyroku).

¹⁶⁰⁴ Zgodnie z fragmentem orzeczenia: „It is neither moral nor just” zob. pkt 33 uzasadnienia wyroku Regina v. G.

¹⁶⁰⁵ Zob. pkt 41 uzasadnienia wyroku Regina v. G, a dokładniej postanowienie zawartego w ustępie 18c Criminal Code Bill, zgodnie z którym „recklessness” definiuje się jako: „a circumstance when he is aware of a risk that it exists or that will exist”, zob. s.n., „A Criminal Code for England and Wales Volume 1: Report and Draft of the Criminal Code”, London 1989, s. 51.

¹⁶⁰⁶ Zob. pkt 53 orzeczenia Regina v. G (chodzi tutaj o wypowiedź Lorda Steyn), aczkolwiek to odwołanie ma charakter typowy dla rozstrzyganej kwestii. Na marginesie wskazać należy na bardzo interesujący przegląd koncepcji *recklessness*, jaki zawarto w cytowanym orzeczeniu Regina v. G. (por pkt. uzasadnienia wyroku 14).

¹⁶⁰⁷ Chodzi tutaj w pierwszej kolejności o pracę H.L.A. Harta, „Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility” w: H.L.A. Hart, „Punishment and responsibility: Essays in the Philosophy of Law”, Oxford 1961.

¹⁶⁰⁸ Chodzi tutaj tzw. „closing mind to the obvious”. Zob. również wyrok w sprawie Booth vs. CPS [2006] EWHC 192, gdzie operuje się stwierdzeniem: „obviously foreseeable consequence” (zob. pkt 7 uzasadnienia wyroku). Dodatkowo zaznacza się, że owa możliwość przewidywania stworzenia niedozwolonego ryzyka i w konsekwencji popełnienia czynu zabronionego musi być oceniana poprzez odwołanie się do obiektywnego, rozsądnego człowieka w danej roli społecznej (co wyraźnie zostało podkreślone w sprawie R vs. Colahan [2001] Crim LR 845, dotyczącej popełnienia przez D., cierpiącego na schizofrenię, przestępstwa tzw. harassment – zob. kryminalizowanego na podstawie Protection from Harassment Act 1997, subsekcja 2, zgodnie z którym: „(1) A person who pursues a course of conduct in breach of section 1 is guilty of an offence. (2) A person guilty of an offence under this section is liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months, or a fine not exceeding level 5 on the standard scale, or both”). Jedynym odstępstwem są stany faktyczne z udziałem dzieci, czego wyrazem jest orzeczenie R (RSPA) vs. C [2006] EWHC 1069.

Powyżej dokonany przegląd podstawowych dla zrozumienia nieumyślności na gruncie *common law* uzmysławia, że zagadnienie to jest traktowane tutaj przede wszystkim w kategoriach strony podmiotowej czynu zabronionego (*mens rea*), a więc bez bezpośredniego wartościowania norm ostrożności, których naruszenie służyć może co najwyżej jako podstawa do wnioskowania o stanie psychicznym sprawcy¹⁶⁰⁹. Wychodząc poza określony obszar rozważań, zauważyć należy, że sprawa kształtuje się nieco inaczej na gruncie doktryny amerykańskiej, gdzie część autorów zdaje się pojmować nieumyślność jako pojęcie złożone, u którego podstaw leży naruszenie obowiązku zachowania właściwej ostrożności¹⁶¹⁰.

Nieco bardziej złożona jest kwestia *negligence*. Stąd też odpowiedź na powyższe pytanie poprzedzona musi być analizą mającego podstawowe znaczenie dla prawa brytyjskiego sporu nad traktowaniem *negligence* bądź jako cechy nastawienia podmiotowego (wewnętrznego) sprawcy bądź jako właściwości jego zachowania¹⁶¹¹, który to swoje korzenie ma jeszcze w wieku XIX. Zgodnie z reprezentatywnym w tej mierze poglądem rzecznika tej ostatniej koncepcji – H. Edgertontona – ocena nieumyślności nie uwzględnia nie tylko jednostkowych treści psychicznych w chwili popełnienia czynu, ale także nawyków czy przyzwyczajęń sprawcy¹⁶¹², co w przekonaniu części doktryny uprawnia porównanie odpowiedzialności karnej za te czyny do tzw. *strict liability*¹⁶¹³. Konsekwencją takiego podejścia jest poszukiwanie aksjologicznego uzasadnienia karalności czynów nieumyślnych poprzez podkreślenie znaczenia ich kryminalizacji

¹⁶⁰⁹ Co zresztą nie jest żadną specyfiką prawa brytyjskiego. Faktem jest, że o tzw. stronie podmiotowej (elementach subiektywnych) czynu zabronionego wnioskuje się ze strony przedmiotowej.

¹⁶¹⁰ Ilustracją takiego sposobu myślenia jest stwierdzenie J. Millera, „*A Handbook of Criminal Law*”, St Paul 1934, s. 65: „*In certain crimes the criminal act or omission consists in mere neglect to observe proper caution in the performance of an otherwise lawful act*”. Zob. J. Miller, Zdaniem tego autora przesłankami przyjęcia nieumyślności są: 1) a duty of care 2) knowledge of such a duty 3) ability to perform such a duty 4) failure to perform such duty oraz 5) cause of the injury. Charakterystyczne jest, że wskazuje on tutaj, opierając się na bogatym dorobku orzecznictwa, na heterogeniczne źródła tych obowiązków – zob. J. Miller, op.cit., s. 66.

¹⁶¹¹ G. Erenius, „*Criminal Negligence and Individuality*” Stockholm 1976, s. 125, który stawia tę kwestię w formie pytania: „*Is negligence a state of mind of conduct?*”

¹⁶¹² H. Edgerton, „*Negligence, Inadvertence, and Indifference: The Relation of Mental State to Negligence*” Harvard Law Review 1926, vol. 39, s. 849 i n. Znakomitym wyrazem tej teorii jest stwierdzenie (s. 854): „*(...) no particular mental shortcomings proves negligence or is necessary to negligence, and no particular mental attainment precludes negligence.*”, a także dalej: „*The individual's actual mental characteristics and qualities, capacities and habits, reactions and processes are not, then, among the <<circumstances>> which the law considers (...).*”

¹⁶¹³ R.A. Wassersstrom, „*Strict Liability in the Criminal Law*”, Stanford Law Review 1960, vol. 12, s. 745, gdzie wskazuje on, że w przeciwieństwie do czynów umyślnych, żadne z nich nie wymagają określonego „*state of mind*”. Wspomnieć należy, że zgodnie z autonomiczną teorią wypracowaną przez H.A. L. Harta, op.cit., s. 147, istotą przestępstw nieumyślnych jest zaniechanie przedsięwzięcia „*the most elementary of the precautions that the law requires him to take in order to avoid harm to others*” – omawiając w tym kontekście kasus robotnika budowlanego, który w ferworze pracy zrzuca cegły nie patrząc czy na znajdującym się poniżej chodniku nie ma przechodniów. Ostatecznie zdaniem tego oxfordzkiego filozofa i karnisty u podłoża odpowiedzialności karnej ze czyny nieumyślne leży „*(...) failure to exercise control*” (zob. Idem, op. cit., s. 153). Wskazać krótko należy, iż ujęcie H.L. Harta spotkało się z szeregiem zarzutów ze strony współczesnych badaczy, których wyrazem jest choćby V. V. Ramraj, „*A theory of criminal negligence*”, Toronto 1998, s. 83, stwierdzający: „*(...) the choice-based account of responsibility does not explain whether, or on what basis, we are responsible for having chosen as we have*”. Zwrócić w tym kontekście należy zwłaszcza uwagę na fakt, że dyskurs na temat nieumyślności odbywa się w zasadniczej części bez odwołania się do pojęcia norm ostrożności.

ze względów prewencji generalnej. Oznacza to dążenie do podniesienia standardu ostrożności¹⁶¹⁴. Wskazuje się też na wolicjonalne elementy występujące przy czynach nieumyślnych¹⁶¹⁵. Dla innych autorów¹⁶¹⁶ istota nieumyślności może zostać utożsamiona z brakiem zwrócenia dostatecznej uwagi czy też przewidywaniem możliwości wypełnienia znamion czynu zabronionego¹⁶¹⁷. Pewną próbą kompromisu zdaje się być stanowisko akcentujące nie tyle nastawienie psychiczne sprawcy, co raczej fakt, czy był on na gruncie swoich uwarunkowań psychicznych i fizycznych zdolny do przewidzenia popełnienia czynu zabronionego¹⁶¹⁸. Zarazem podkreśla się, iż u podstaw karania za czyny nieumyślne leży naruszenie zasad postępowania w danej społeczności – i w konsekwencji funkcją odpowiedzialności nie jest tylko wychowanie uczestników życia społecznego do podejmowania zachowań jedynie z należyтым natężeniem uwagi¹⁶¹⁹.

Ten przegląd poglądów uzmysławia, że również – przynajmniej w świetle poglądów części doktryny tj. tej, która opowiada się za obiektywizującym ujmowaniem *negligence* – w doktrynie anglosaskiej swoją prawną–karną pewną doniosłość znajdują normy ostrożności.

2) Określanie norm ostrożności za pomocą wzorca tzw. „*reasonable man*”

Zanim jednak prowadzone będą dalsze rozważania wskazać należy, że doniosłość norm ostrożności ujawnia się wszak w prawie systemu *common law* z innej nieco perspektywy. Chodzi tutaj o ich pośrednią doniosłość, uwidaczniającą się przez niezwykle doniosłe w tym modelu odpowiedzialności karnej osobowe wzorce normatywne.

Pojęcie „*rozsądnego człowieka*” w różnych wcieleniach („*reasonable man figure*”) pojawia się w wielu miejscach, które zbiegają się z intuicyjnym sytuowaniem norm ostrożności na gruncie prawa polskiego – a więc w znacznie szerszym kontekście niż wyłącznie w odniesieniu do nieumyślności¹⁶²⁰. Zarazem też doniosłość tej instytucji wykracza też znacznie poza tzw.

¹⁶¹⁴ A więc zgodnie ze stwierdzeniem H.M. Hart Jr., „*The aims of the Criminal Law*”, Law and Contemporary Problems, 23 (1958), s. 417: „(...) to teach people generally to be more careful”, przy czym autora tego nie można zaliczyć do zwolenników utożsamiania odpowiedzialności karnej za „*negligence*” oraz „*strict liability*”.

¹⁶¹⁵ Czego egzemplifikacją ma być w szczególności umyślne naruszenie reguł komunikacji drogowej – zob. G. Williams, „*Criminal Law. The General Part*”, London 1961, s. 122–123.

¹⁶¹⁶ J. W. C. Turner, „*The mental element in Crimes at Common Law*” w: „*The modern approach to Criminal Law*”, London 1948, s. 195, gdzie określił on *negligence* jako: „*inadvertentnce*”.

¹⁶¹⁷ G. Erenius, „*Criminal...*”, s. 123.

¹⁶¹⁸ H.L.A. Hart, op.cit., s. 154. W tym momencie pośrednio uwidacznia się także zespolenie elementów etycznych z pojęciem nieumyślności – które to wartości są pozornie całkowicie rozdzielone jako należące do dwóch sfer normatywnych, a w rzeczywistości wykluczać mają pociąganie do odpowiedzialności sprawcy, który nie mógł zdobyć koniecznej wiedzy o możliwych skutkach swojego czynu.

¹⁶¹⁹ G. Erenius, op.cit., s. 180, który stwierdza: „*The purpose to impose criminal responsibility for negligence is to uphold the standards of action accepted in the community*”. Na marginesie jedynie zauważyć należy, że odrębną zupełnie kwestią jest pytanie, czy normy ostrożności mogą czerpać uzasadnienie swojego obowiązywania z akceptacji w danej wspólnocie.

¹⁶²⁰ Czego najlepszym przykładem jest kształt i liczba tych odwołań zamieszczonych w Model Penal Code oraz w

obiektywne (normatywne) przypisanie skutku – instytucji poniekąd znanej w prawie *common law* w bardzo swoistej postaci¹⁶²¹.

W praktyce ocena nieumyślnego czynu sprawcy dokonuje się za pośrednictwem jego przyrównania do pewnych wariacji tzw. rozsądnego człowieka. Aby maksymalnie uzdatnić to pojęcie dla kształtowania odpowiedzialności karnej podejmowane są próby jego daleko idącej konkretyzacji, co prowadzi do rezultatów niecodziennych. Ilustracją takiego postępowania może być określenia wzorca ostrożności pokroju: „*the man that takes the magazines at home, and in the evening pushes the lawn mower in his shirt sleeves*”¹⁶²². W istocie zwraca się uwagę, iż odwołanie się do tak niedookreślonego konceptu pełni funkcję introspektywną – stanowiąc swoistą projekcję poglądów sędziego¹⁶²³. Z tych między innymi względów postępowanie to spotyka się z gwałtowną krytyką licznych przedstawicieli nauki prawa karnego – zwłaszcza tych, którzy zachowują pewien dystans wobec głównego nurtu rozwoju *common law*, podkreślającego jego doniosłość choćby dla wykonywania zawodów prawniczych¹⁶²⁴. Wydaje się, że w pewien sposób jurysprudencja brytyjska posługuje się nimi – poprzez uszczegółowienie tych wzorcowych postaci¹⁶²⁵ – jako swoistą personifikacją obowiązujących norm ostrożności, co jednak jest zabiegiem co najmniej swoistym¹⁶²⁶. Pewne trudności z tym związane wyrażają się przede wszystkim w tym, że tzw. „*rozsądny człowiek*” przywoływany jest do oceny odpowiedzialności karnej, podczas gdy z samej istoty wzorca rozsądnego człowieka wynika to, że nie popełnia on przestępstw¹⁶²⁷. Dalej, dla

orzecznictwie w zakresie spraw o nieumyślne spowodowanie śmierci (zob. Model Penal Code (1980); §§ 210.3, 210.4 prowokacja, zob. *Maier v. People*, 10 Mich. 212, 81 Am. Dec. 781, 786 (1862) obrona konieczna zob. *State v. Cook*, 515 S.E.2d 127, 136 (W. Va. 1999); stan wyższej konieczności zob., *Nelson v. State*, 597 P.2d 977, 980 (Alaska 1979). Inne przypadki obejmują problematykę błędu: zob. *People v. Stitely*, 108 P.3d 182, 208 (Cal. 2005). Co do szerszego omówienia tych wyjątków zob. np. M. Vitiello, „*Defining the reasonable person in the criminal law: fighting the lernaean hydra*”, *Lewis & Clark Law Review* 2010, vol. 14:4, s. 1436.

¹⁶²¹ System *common law* posługuje się teorią *proximate* bądź też *legal causation*, zob. A. Ashworth, „*The United Kingdom*”, w: „*The Handbook of Comparative Criminal Law*”, red. K. Heller, M. Dubber, Stanford 2011, s. 506, o czym będzie mowa poniżej.

¹⁶²² G. Erenius, op.cit., s. 156 czy też fragment orzeczenia w sprawie *Stanbie v. Troman*, [1948] 2 K. B. 48: „*I have to envisage the standard of care of that inscrutable person, the ordinarily prudent man, the reasonably prudent man, the man in the street (...) as the Clapham omnibus does not run to Birmingham*”. Już krótkie spojrzenie na te opisy ukazuje, że pełnią one co najwyżej funkcje ewokatywną i nie wprowadzają jakiegось treściowego doprecyzowania tej postaci.

¹⁶²³ G. Erenius, op.cit., s. 156.

¹⁶²⁴ Zob. G. Erenius, op.cit., s. 158, który cytuje wypowiedź sędziego J. Holmsa stwierdzającego, że ułatwia to występowanie profesjonalnym pełnomocnikom w sądach wobec ciągłych zmian prawa (sic!).

¹⁶²⁵ W tym też kontekście podkreślone zostało, że „*rozsądny człowiek*” tworzony dla oceny czynu sprawcy musi uwzględniać jego niepełnosprawność fizyczną, ale już nie zaburzenia psychiczne. Zob. G. Erenius, op.cit., s. 193–194.

¹⁶²⁶ Powstaje pytanie o różnicę pomiędzy oceną czynu nieumyślnego jako przekroczenia normy ostrożności oraz oceną przez przyrównanie do wzorca – np. rozsądnego człowieka. *Prima facie* różnica taka jest wyłącznie pozorna: przekroczenie normy ostrożności ujawnia podobną rozbieżność jak niezgodność z wyobrażoną idealnie figurą, co może stanowić przesłankę dalszego wartościowania czynu sprawcy na płaszczyźnie prawa karnego. Posługiwanie się normą postępowania ma jednak wiele kluczowych zalet – jak chociażby taką, że to, jaka norma obowiązuje w danej sytuacji można ustalić, korzystając z niezwykle bogatego instrumentarium prawa, natomiast to, jak postąpiłby rozsądny kierowca jest tworzeniem pewnego domniemania, abstrahującego od faktu, że ludzie nie zawsze są w swoich działaniach racjonalni, i co więcej domniemania trudno obalalnego w postępowaniu sądowym.

¹⁶²⁷ Zwraca na to uwagę V. Nourse, „*After the Reasonable Man: Getting Over the Subjectivity Objectivity Question*”,

współczesnej doktryny prawa karnego pojęcie rozsądnego człowieka jest wyrazem anachronicznego sporu pomiędzy subiektywizmem i obiektywizmem w prawie karnym¹⁶²⁸. Wreszcie, trafny jest zarzut, że odwołanie się do wzorca rozsądnego człowieka w pewnych przypadkach wymaga dyferencjacji¹⁶²⁹, co jest inherentnie związane z faktem, że różnorodność współczesnego świata wymaga ciągłych modyfikacji nie-normatywnej zawartości tej wzorcowej postaci, tak chociażby by była ona „gender-inclusive” (neutralna płciowo), a jako przykład powołuje się w tym kontekście wzorzec „rozsądnej kobiety”¹⁶³⁰. Pytanie, które pojawia się tutaj brzmi: czy w tym przypadku mamy do czynienia z jego subiektywizacją – pojmowaną m.in. jako uwzględnienie komponentów psychicznych sprawcy czy też z jego konkretyzacją? Rozpatrując stosunek logiczny zachodzący między tymi pojęciami – wypada przyjąć, że jest stosunkiem zawierania się, co uzasadnione jest faktem, iż praktycznie każda konkretyzacja jest pośrednim przejawem pewnej subiektywizacji. Inną wątpliwością jest wszak możliwość posłużenia się w pełni obiektywnym wzorcem normatywnym w praktyce sądowego stosowania prawa¹⁶³¹. W konsekwencji – problematyczna jest możliwość wytyczenia pewnej normy ostrożności o walorze intersubiektywnym – takim, który może operatywnie warunkować zakres kryminalizacji w danym typie sytuacji. Toteż ograniczenie jest kolejnym argumentem przeciwko posługiwaniu się

New Criminal Law Review 2008, nr. 1, s. 40, pisząc: „If one judges criminal defendants and defences and even offenses by the standards of most people, they will always come up short because crime is an anomalous affair”.

¹⁶²⁸ W tym kierunku wypowiada się zwłaszcza V. Nourse, „After...”, s. 50, stwierdzając: „As far as I can tell, it simply invites students and scholars to talk about themselves”.

¹⁶²⁹ Nie tylko ze względu na symptomatyczne stwierdzenie V. Nourse, op.cit., s. 49: „To the extent the <<reasonable woman>> standard fought that tendency, it must be considered a victory.”, ale przede wszystkim ze względu na omawiane w tym kontekście stany faktyczne przestępstw znęcania się, rozstrzygane w orzecznictwie brytyjskim oraz amerykańskim (zob. np. Commonwealth v. Watson, [1981] 431 A.2d 949, 951).

¹⁶³⁰ M. Moran, „Rethinking the reasonable person. An Egalitarian Reconstruction of the Objective Standard”, Oxford 2003, s. 292.

¹⁶³¹ Taka wątpliwość jest czytelna chociażby w kontekście powoływania się na wzorzec rozsądnego człowieka w kontekście obrony koniecznej, czego wyrazem są szeroko omawiane w literaturze amerykańskiej sprawy: People v. Goetz, [1986] 497 N.E. 2d 41,43, (N.Y.) czy State v. Norman, [1989], 378 S.E. 2d 8,9 (N.C.). W tym pierwszym przypadku oceniana była odpowiedzialność karna B. Goetza, stróża nocnego, który podróżował metrem, kiedy do wagonu wsiadło czterech Afro- Amerykanów i poprosili (org. ang. „asked him”) go o \$ 5. Bernard zastrzelił wszystkich czterech, do ostatniego strzelając do dwukrotnie (pierwszy strzał chybił). Przeprowadzone postępowanie dowodowe ujawniło, że Afroamerykanie mieli w kieszeniach śrubokręty, ale w momencie interwencji Bernarda nie grozili ani słownie ani użyciem przemocy. Zgodnie z interpretacją Sądu Apelacyjnego w Nowym Yorku sformułowanie: „reasonably believes” oznacza wszak uwzględnienie nie tylko osobistych warunków fizycznych broniącego się, ale także wiedzy o napastniku i porównywalnych uprzednich zamachów (zob. People v. Goetz, s. 11 uzasadnienia wyroku). W tej drugiej sprawie – Judy Norman była ofiarą wieloletniego znęcania się ze strony męża, który m.in. odnosił się do niej słowami „psie”, stosował wobec niej przemoc fizyczną i zmuszał ją do spania na betonie, gasił na niej papierosy oraz kazał jej jeść jedzenie dla psa z miski dla psa. Próby ucieczki nie skutkowały, gdyż Judy była odnajdywana przez męża, który ją następnie za karę bił. Pewnego dnia po kolejnych aktach przemocy, gdy mimo zawiadomienia Policja nie interweniowała, Judy zabiła swojego męża podczas snu. W rozstrzygnięciu Sąd Najwyższy Karoliny Północnej uznał Judy winną, a odnosząc się do wymagania „reasonableness of the belief to use the deadly force” (zob. State v. Norman, 366 S.E. 2d s. 588) stwierdził, iż brak bezpośredniego niebezpieczeństwa śmierci albo poważnego uszczerbku na zdrowiu wyklucza takie ujęcie, odrzucając tym samym *implicite* uwzględnienie syndromu ofiary znęcania się („battered women syndrome” jak to uczynił orzekający w sprawie wcześniej Sąd Apelacyjny w tej samej sprawie (zob. [N.C. Ct. App. 1988]) 366 S.E. 2d s. 586, 591). Zestawienie tych orzeczeń ujawnia nie tylko pewną niejednorodność, ale także pytanie, czy można usiłować tworzyć wzorzec w pełni obiektywny – a więc chociażby taki, który abstrahuje od płci ofiary. W języku angielskim jest to szczególnie wyraźne wobec dwuznaczności słowa „man”.

obiektywnym wzorcem normatywnym. Ostatecznie więc zgodzić się należy z konkluzją, że zamiast posługiwanie się tą „*frumpy figure*”¹⁶³², celowe jest skoncentrowanie się tylko na jego elemencie normatywnym, jaki reprezentują normy ostrożności. Nie zmienia to faktu, że obecna praktyka systemu *common law* jest od tego bardzo daleka.

3) Normy ostrożności a koncepcja związku przyczynowego w prawie karnym brytyjskiego *common law*

Rozważyć należy, czy normy ostrożności nie są sprzężone z instytucją *proximate causation*. W samej bowiem anglo-amerykańskiej literaturze wprost podkreśla się, że ta instytucja może być wykorzystywana do wyłączenia odpowiedzialności karnej za ostrożne zachowanie, stanowiąca formalnie przekroczenie normy sankcjonowanej¹⁶³³. Zagadnienie tzw. *proximate causation* jest w literaturze przedmiotu niewątpliwie bardzo złożone, i były podejmowane próby zastąpienia go innymi instytucjami, w tym testem urzeczywistnienia szkody w obrębie spowodowanego ryzyka (HWR test)¹⁶³⁴.

Zagadnienie tzw. *proximate causation* standardowo objaśniane jest za pomocą zawężenia filozoficznie pojmowanej przyczynowości w postaci teorii ekwiwalencji, tj. *but-for-test*. Następuje ono z wykorzystaniem kilku ogólnych zasad, wyprowadzonych z orzeczeń sądowych¹⁶³⁵. Lista ta, co do której składu brak jest zgodności, obejmuje m.in. takie warunki jak: wymaganie bardziej niż nieznacznego przyczynienia się sprawcy¹⁶³⁶, pominięcie nieznacznego przyczynienia się ofiary¹⁶³⁷, pominięcie nieostrożnego zachowania się poszkodowanego względem siebie samego¹⁶³⁸ czy pominięcie wpływu sił naturalnych, wpływających na przebieg związku przyczynowego¹⁶³⁹. W całym tym katalogu nie sposób wszak doszukać się przesłanki wymagającej nieostrożnego działania sprawcy. Również bardziej szczegółowa analiza

¹⁶³² M. Moran, op.cit., s. 316.

¹⁶³³ See G.P. Fletcher, „*Rethinking Criminal Law*”, Oxford 2000, s. 363, gdzie autor stwierdza, iż: „*In Anglo-American law, the additional requirement is typically called the rule of <<proximate cause>>. In German law, these cases of remote effects are resolved under the doctrine of “soziale Adäquanz”, which imposes limits on the norms of the criminal law*”. W świetle powyżej przeprowadzonej analizy prawa i doktryny niemieckiej zaznaczyć należy, że tylko w przypadku, gdy uznaje się, że normy ostrożności wyznaczają granice „społecznej adekwatności” zachowania, pogląd ten jawi się jako trafny.

¹⁶³⁴ M. Moore, „*Causation and Responsibility*”, Oxford, 2009, s. 157–177. Propozycja ta została wszak w najmłodszej literaturze skrytykowana jako niezdolna do właściwego objaśnienia tych wypadków, gdzie występują okoliczności, które zakłócają przebieg związku przyczynowego. Stąd też podkreśla się, że winny być ona „*root and branch*” porzucona, zob. M. Moore, op. cit., s. 225.

¹⁶³⁵ Zob. np. M. Allen, „*Textbook on Criminal Law*”, Oxford 2013, s. 36–53 czy R. Card, „*Criminal Law*”, Oxford 2012, s. 51–68. W tym zakresie przypomina ona w dużym stopniu koncepcje „*Objektive Zurechnung*” tak jak została ona rozwinięta w nauce niemieckiej.

¹⁶³⁶ Smith [1959] 2 QB 35, Hennigan [1971] 3 All ER 133.

¹⁶³⁷ Longbottom [1849] 13 JP 270.

¹⁶³⁸ Wall [1802] 28 State Tr 51.

¹⁶³⁹ Hart [1986] 2 NZLR 408, NZCA.

problematyki obiektywnego przypisania, która przeprowadzona została w literaturze ostatnio przez M. Moora, ukazuje 7 różnych sposobów pojmowania tej instytucji, począwszy od li tylko arbitralnych zasad o charakterze wręcz czysto kryminalno–politycznym¹⁶⁴⁰, do tych, które posiłkowały się istniejącymi teoriami kauzalnymi¹⁶⁴¹. Nawet jednak najszerzej chyba obecnie akceptowana na gruncie brytyjskiego *common law* teoria przyczynowości, jaką jawi się ta rozwinięta przez H. Harta i T. Honoré¹⁶⁴², zdaje się nie odnosić się bezpośrednio do nieostrożnego zachowania się sprawcy. Twierdzenie takie jest dodatkowo potwierdzone lekturą doniosłej tychże autorów pracy o przypisywalności i znajdującego się tam wyszczególnienia czynników, które wpływają na przerwanie łańcucha przyczynowego¹⁶⁴³. Również inne teorie przyczynowości, a zwłaszcza tzw. *foreseeability and risk theory*, podstawą odpowiedzialności nie czynią brak ostrożności¹⁶⁴⁴. Również bardziej współczesne poglądy co do przyczynowości nie różnią się w tym względzie¹⁶⁴⁵. Prowadzi to do wniosku, że prawo karne systemu brytyjskiego *common law* nie traktuje kwestii ostrożności w ramach figury tzw. *proximate causation* czy innych normatywnych teorii ukierunkowanych na ograniczenie związku przyczynowego.

4) Normy ostrożności jako składni tzw. *due diligence defence*?

Poszukiwanie odpowiedzi na pytanie o rolę norm ostrożności w *common law* nie może pominąć specyfiki systemu prawa brytyjskiego, gdzie wyróżnia się szczególną kategorię przestępstw w postaci tzw. *strict liability crimes*. Dla ich istnienia nie jest konieczne ustalenie negatywnego stosunku psychicznego sprawcy do zarzucanego mu czynu¹⁶⁴⁶. Jediną możliwością obrony sprawcy w przypadku takich przestępstw (i to w pewnych sytuacjach!) jest wykazanie

¹⁶⁴⁰ Które oparte są na pewnych ogólnych zasadach wyłączających przebieg kauzalny. Jednym z najbardziej spektakularnych przykładów w tym zakresie jest zasada, że w przypadku nieumyślnego spowodowania śmierci skutek musi wystąpić w przeciągu 1 roku i jednego dnia od czynu sprawcy (zob. J. Dressler, „*Understanding Criminal Law*”, New York, 1995, s. 466–467), co dla każdego prawnika wykształconego w systemie *continental law* jawi się jako anachroniczna ciekawostka z wysokim potencjałem rozstrzygnięć jaskrawie niesprawiedliwych. Innym, cytowanym przez M. Moore, op.cit., s. 96–106, jest tzw. „*first-house rule*” tak jak została ona rozwinięta przy odpowiedzialności deliktowej, z którą prawo karne w systemie *common law* dzieli teorie kauzalne (co do przykładu aplikacji tej zasady zob. *Ryan v. New York Central* [1866] RR 35 NY 210, 91 Am Dec 49).

¹⁶⁴¹ Pierwszym z nich jest odrzucany przez większość współczesnej doktryny tzw. „*remoteness test*” (por. J. Beale, „*The proximate consequences of an act*”, *Harvard Law Review*, vol. 33 n. 5 (1920) s. 633–658, innym tzw. „*direct cause test*”, w postaci, w jakiej został rozwinięty przez H. Hart’a and T. Honoré.

¹⁶⁴² Została ona formalnie recypowana w orzecznictwie w wyroku *Pagett* [1983] 76 Cr App R 279, CA.

¹⁶⁴³ H.A.L. Hart, T. Honoré, „*Causation in the law*”, Oxford, 1985, s. 325–362.

¹⁶⁴⁴ H.A.L. Hart, T. Honoré, op.cit., 254–291.

¹⁶⁴⁵ H.A.L. Hart, T. Honoré, op.cit., 152–154.

¹⁶⁴⁶ Co więcej, w doktrynie (zob. np. D. Ormerod, op.cit., s. 181 wskazuje się na wzrastającą doniosłość takiej kategorii przestępstw na skutek bieżącej legislacji, czego przykładem może być postanowienie *Bribery Act 2010*, Section 7 zgodnie z którym: „(1) *A relevant commercial organisation (“C”) is guilty of an offence under this section if a person (“A”) associated with C bribes another person intending — (a) to obtain or retain business for C, or (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C. (2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.*”

należytej ostrożności (tzw. *due diligence defence*). Tutaj bowiem doniosłość norm ostrożności powinna być stosunkowo czytelna. W tym kontekście zaznaczyć należy, że pojęciowo możliwa i stosowana jest *due diligence defence* również dla wyłączania odpowiedzialności karnej za czyny nieumyślne.

Kilka słów poświęcić należy jednak samemu modelowi *strict liability crimes*¹⁶⁴⁷. Jednym z pierwszych orzeczeń statuujących ten model odpowiedzialności karnej jest sprawa Woodrow¹⁶⁴⁸. Rozstrzygana była tutaj odpowiedzialność oskarżonego za posiadanie skażonego tytoniu, przy czym obwiniony nie miał świadomości, że posiadany przez niego towar jest skażony. Co więcej, jak wykazało postępowanie dowodowe, nawet przy dołożeniu ponadprzeciętnej ostrożności przy zakupie i badaniu towaru nie byłby w stanie tej właściwości odkryć. Zgodnie z ostatecznym orzeczeniem było to bez znaczenia, gdyż nawet gdyby do wykrycia braku tego towaru wymagalna była analiza chemiczna – nie mogłoby to go uwolnić od odpowiedzialności karnej¹⁶⁴⁹. Istotne jest jednak stwierdzenie, że ten model odpowiedzialności karnej nie oznacza całkowitej rezygnacji ze strony podmiotowej, ale wyłącza badanie stosunku emocjonalno–wolicjonalnego sprawcy wobec określonego znamienia czynu zabronionego.

Dobłą ilustracją tego przypadku jest kolejne, wywodzące się jeszcze z XIX wieku orzeczenie w sprawie Prince¹⁶⁵⁰. Dotyczyło ono przestępstwa zabrania wbrew dziecka poniżej 16 lat wbrew woli ojca¹⁶⁵¹. Oskarżony podczas procesu wyjaśnił, że był przeświadczony o odpowiednim wieku dziecka – czemu skład orzekający nie dał wiary. Skuteczne natomiast było powołanie się na usprawiedliwione przekonanie, że wyrażona została zgoda ojca na zabranie dziecka¹⁶⁵².

Zupełnie identyczny tok myślenia odnaleźć można w późniejszym o prawie 70 lat orzeczeniu w sprawie Hobbs vs. Winchester Corporation¹⁶⁵³, gdzie stwierdzono odpowiedzialność

¹⁶⁴⁷ Uzasadnianie jest to zwłaszcza tym, że na gruncie nauki polskiej nie były one przedmiotem szerszego zainteresowania, a do nielicznych wyjątków w tej mierze należy opracowanie Z. Jędrzejewskiego, „*Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*”, Warszawa 2009, s. 39.

¹⁶⁴⁸ 15 M&W 404 [1846]. Podstawą odpowiedzialności karnej była w tym przypadku regulacja ówczesnego Adulteration Act 1842.

¹⁶⁴⁹ Sugerowana w tekście tego rozstrzygnięcia możliwość uwolnienia się od odpowiedzialności poprzez ubezpieczenie się od nabywcy nie jest rozwiązaniem zdolnym usunąć wszelkie konsekwencje wyroku w prawie brytyjskim tezy, że odpowiedzialność karna ma charakter personalny (zob. np. orzeczenie *Askey v. Golden Wine Co Ltd* [1948] 2 All ER 35, 38: „*punishment inflicted by criminal court is personal*”). Co warto podkreślić, orzeczenie to stanowiło odejście od wcześniejszej linii orzeczniczej, akcentującej wymóg *mens rea* w zakresie określonego w tym akcie przestępstwa, zob. *Rex v. Dixon* [1814] 3 M. & S. 11 (K.B.).

¹⁶⁵⁰ [1875] LR 2 CCR 154.

¹⁶⁵¹ Na podstawie Section 55 of the Offences Against the Person Act 1861, zgodnie z którym: „*Whosoever shall unlawfully take or cause to be taken any unmarried Girl, being under the Age of Sixteen Years, out of the Possession and against the Will of her Father or Mother, or of any other Person having the lawful Care or Charge of her, shall be guilty of a Misdemeanor; and being convicted thereof shall be liable, at the Discretion of the Court, to be imprisoned for any Term not exceeding Two Years, with or without Hard Labour.*”

¹⁶⁵² Podobny, wywodzący się również z XIX wieku, przykład dotyczy sprawy *Parker v. Alder* [1899] 1 QB 20, gdzie „*strict liability*” dotyczyła faktu zanieczyszczenia mleka.

¹⁶⁵³ 2 KB 471 CA [1910]. Wcześniej taki schemat rozumowania został zaakceptowany np. w wyroku *Cundy vs Le*

karną rzeźnika za sprzedanie złej jakości mięsa, mimo, że nie mógł, nawet przy zastosowaniu najwyższej ostrożności, tego defektu wykryć¹⁶⁵⁴. Koncepcja ta nie ma jednak znaczenia wyłącznie historycznego – znajduje żywy oddźwięk nie tylko bowiem wśród bardziej współczesnych rozstrzygnięć¹⁶⁵⁵, a na skutek zmian ustawodawczych zyskuje także współcześnie na znaczeniu, czego wymownym dowodem może być niedawne uchwalenie Bribery Act (2010)¹⁶⁵⁶.

Ilustracją funkcjonowania wyłączenia odpowiedzialności karnej w oparciu o *due diligence defence* jest głośne orzeczenie w sprawie Rotherham Metropolitan Borough Council vs. Raysun (UK) Ltd.¹⁶⁵⁷. W przedmiotowej sprawie wskazana spółka, zajmująca się importem woskowych kredek dla dzieci z Dalekiego Wschodu, wprowadziła je na rynek brytyjski z niebezpieczną dla zdrowia zawartością rozpuszczalnego ołowiu z oznaczeniem na opakowaniu, że kredki te nie są trujące. W rzeczywistości 1200 kredek na milionową partię towaru zawierało niebezpieczną substancję, co wyczerpywało znamiona dwóch przestępstw określonych w Trade Descriptions Act 1968 oraz Consumer Safety (Amendment) Act 1986¹⁶⁵⁸. W obu przypadkach istniała możliwość uniknięcia odpowiedzialności przez powołanie się na *due diligence defence*¹⁶⁵⁹. W trakcie procesu zgłoszone zostało zrealizowanie ich przesłanek poprzez wskazanie na istniejącą w spółce procedurę: wytwarzane w fabryce na Dalekim Wschodzie kredki były sprawdzane przez zlokalizowanych w Hongkongu agentów, którzy informowali fabrykanta o wymaganiach prawnych w stosunku do produktu oraz pobierali z fabryki próbki kredek badane następnie przez analityka rządowego w Hongkongu. Ten – w przypadku negatywnych wyników testu kredek – miał informować o tym spółkę, co w okresie działalności spółki nie miało miejsca. Druga kontrola polegała na wyborze jednej paczki kredek ze sprowadzonego raz do roku kontyngentu przez

Choq [1884]13 QDB 207.

¹⁶⁵⁴ Zgodnie z wymownym fragmentem uzasadnienia (zob. 2 KB 483 CA): „*It is not a sufficient defence for anyone who chooses to embark on such activity to say <<I could not have discovered the disease unless I had an analyst on my premises>>*”.

¹⁶⁵⁵ Wskazać można tutaj chociażby na wyrok Gammon Hongkong Ltd v. A – G of Hongkong [1985] AC 1 PC, czy też pochodzącą z tego samego okresu sprawę Phamraceutical Society of Great Britain v. Storkweil Ltd [1986] 2 All ER 635, gdzie ustalono odpowiedzialność karną farmaceuty – na podstawie Medicines Act 1968 – za wydanie lekarstw na podstawie recepty, która okazała się sfalszowana, czego aptekarz, nie działając wszak nieostrożnie, nie mógł wykryć.

¹⁶⁵⁶ Zob. przypis nr 1646.

¹⁶⁵⁷ [1988] BTLC 292, 153 JP 37, 8 Tr L6.

¹⁶⁵⁸ Czynu określone odpowiednio w Section 23 oraz Section 12 (1) wskazanych aktów normatywnych, zgodnie z którymi odpowiednio: „*Section 23: Offences due to fault of other person.*

Where the commission by any person of an offence under this Act is due to the act or default of some other person that other person shall be guilty of the offence, and a person may be charged with and convicted of the offence by virtue of this section whether or not proceedings are taken against the first-mentioned person.”

“*Section 12 (1):*

(1)Where safety regulations prohibit a person from supplying or offering or agreeing to supply any goods or from exposing or possessing any goods for supply, that person shall be guilty of an offence if he contravenes the prohibition.”

¹⁶⁵⁹ Która w przypadku Trade Descriptions Act 1968 uwarunkowana był tym (zob. section 24), że sprawca „*took all reasonable precautions and exercised all due diligence to avoid the commission of such an offence by himself or any other person under his control*”, oraz bardzo podobnie na gruncie Consumer Safety (Amendment) Act 1986, section 12 (2): „*took all reasonable steps and exercised all due diligence to avoid committing the offence*”.

rzeczoznawcę w Manchesterze, który w okresie lat 1982–1985 stwierdzał zgodność ich zawartości z wymogami prawnymi¹⁶⁶⁰. W uzasadnieniu ostatecznego orzeczenia potwierdzając odpowiedzialność karną oskarżonej wywiedziono, że przyjęty system działania nie może być uznany za wystarczający, gdyż z jednej strony nie gwarantował, że analizy w Hongkongu istotnie miały miejsce, a nadto ograniczał się do wyboru zbyt wąskiej próbki towaru¹⁶⁶¹. W istocie lektura uzasadnienia tego orzeczenia uzmysławia, że sprowadza się ono polemiki z zastosowaną przez sprawców procedurą kontroli jakości jako niedostateczną. Jedynie marginalnie wskazuje się naruszoną normę ostrożności: nieupewnienie się, że jakość przywożonych kredek do Anglii jest porównywalna¹⁶⁶². Charakterystyczne dla brytyjskiego systemu *common law* staje się więc to, że istotne znacznie dla precyzowania regulacji ostrożności zyskuje orzecznictwo¹⁶⁶³.

Szczególnie ciekawa w tym względzie jest linia orzecznicza odnosząca się do możliwości uniknięcia odpowiedzialności karnej poprzez właściwy proces certyfikacji. Podstawowe orzeczenie w tej materii zapadło w sprawie *Balding v. Lew-Ways Ltd*¹⁶⁶⁴. Powodem wszczęcia procesu były obrażenia na twarzy doznane przez trójkę dzieci w wieku do 4 lat podczas jazdy trycyklem, które raniły się o wystające z obręczy zamontowanego wokół tylnej osi zapięcia koszyka w kształcie litery U, które służyło do zamocowania tego koszyka do rurki podtrzymującej siedzenie. W trakcie postępowania spółka przedstawiła trzy certyfikaty wystawione przez tzw. testing house potwierdzające zgodność tych zabawek z brytyjskimi standardami bezpieczeństwa dla zabawek dziecięcych¹⁶⁶⁵. Badania przeprowadzane były periodicznie co 2 lata. Wobec uniewinnia oskarżonych przez Sąd I Instancji wniesiona została apelacja, w której wywiedziono, że zgodność z wspomnianymi standardami nie oznacza spójności z postanowieniami Toys (Safety) Regulations 1989. Do zdania tego zasadniczo przychylił się Sąd Odwoławczy stwierdzając, iż dla wyłączenia odpowiedzialności karnej jedyne znaczenie mieć może zaświadczenie o zgodności produktu z przepisami prawa¹⁶⁶⁶. Innymi słowy: ostrożność musi być właściwie ukierunkowana i w pierwszej kolejności konieczne jest zadośćuczynienie normom prawnym¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶⁰ Chodziło tutaj przede wszystkim o postanowienia Pencils and Graphic Instruments (Safety) Regulations 1974 [SI 1974/226].

¹⁶⁶¹ Jak wywiódł Wolf LJ w Queen's Bench Division (1988] BTLC 292, 153 JP 37, 8 Tr L6 [1989] CCLR 1) działania [zarządu] spółki „does not indicate the taking of the standard of care required by the relevant statutes”.

¹⁶⁶² W takim bowiem przypadku kontrola przez rzeczoznawcę jednej partii kredek byłaby wystarczająca do upewnienia się co do ich bezpieczeństwa.

¹⁶⁶³ Dobitym wyrazem takiego podejścia jest orzeczenie *Amos v. Melcon (Frozen Foods) Limited* (1985) 149 JP 712, gdzie podkreślono, iż to, co rozumieć należy jako wymaganą ostrożność zależy od okoliczności danego przypadku – w szczególności nie wyklucza przyjęcie należytej ostrożności fakt, że *Court of Appeal* dostrzeże inne, możliwe środki ostrożności.

¹⁶⁶⁴ 159 JP. 541 [1995].

¹⁶⁶⁵ Chodziło tutaj o tzw. *British Standard for the safety of toys* (BS 7114).

¹⁶⁶⁶ Zgodnie z fragmentem przedmiotowego orzeczenia: „(...) the statutory defence of all due diligence refers to diligence to avoid committing the offence ... the relevant certificates, unlike an earlier one, did not refer to the Safety Regulations and there was no evidence that the analyst had been asked to certify that this toy met the terms of the statutory Regulations”.

¹⁶⁶⁷ Co ciekawe, w przedmiotowej sprawie nie doszło do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprzedawców

Jeszcze zdecydowanie wcześniej zasygnalizowano w orzecznictwie, że poleganie na zapewnieniach innych jest niewystarczające, czego przykładem jest rozstrzygnięcie w sprawie *Taylor v. Lawrence Fraser*¹⁶⁶⁸. Przedmiotem procesu w tym przypadku było importowanie zabawek zawierających niedopuszczalną zawartość ołowiu, które jednak były kupowane we Francji pod warunkiem, że są zgodne z przepisami bezpieczeństwa obowiązującymi na Wyspach Brytyjskich. Sama spółka nie przeprowadzała badań próbek towaru. W uzasadnieniu końcowego wyroku skazującego sformułowano istotną wytyczną w zakresie odpowiedzialności karnej za wprowadzanie do obrotu niebezpiecznych przedmiotów – co do zasady wtedy, gdy będzie można przeprowadzić samodzielną weryfikację, odpadnie możliwość wyłączenia odpowiedzialności przez powołanie się na stanowisko innego podmiotu¹⁶⁶⁹, nawet w przypadku, gdy czyni to przedstawiciel organu państwowego¹⁶⁷⁰.

Pewnym wyłomem w tej linii orzeczniczej jest rozstrzygnięcie w sprawie *Hurley v. Martinez & Co Ltd*¹⁶⁷¹, gdzie roztrząsano odpowiedzialność karną osób wprowadzających do obrotu wino sprowadzone z kontynentalnej Europy, błędnie oznaczone jako zawierające 8% (zamiast 7%) alkoholu. W tym stanie faktycznym brak było samodzielnych aktów staranności (ostrożności) ze strony importera. Mimo to, przedmiotowa sprawa przesądzona została na korzyść oskarżonego faktem, że produkcja wina w obrębie UE jest procesem podlegającym szczegółowej regulacji administracyjnej i naruszenie tych postanowień prowadzić może do dotkliwych sankcji¹⁶⁷². W konsekwencji: importer mógł polegać w tym wypadku na zapewnieniach producenta.

Zarazem na gruncie doktryny prawa karnego brytyjskiego *common law* praktycznym i niezwykle doniosłym problemem jest rozróżnienie kategorii przestępstw opartych na modelu *strict*

zabawek, gdyż oparli się oni na wystwionej im przez Lew Ways gwarancji, iż zabawka była „*in every respect with the provisions of all existing and future legislation of either United Kingdom or European Community origin and all regulations ... made thereunder*”. Niemniej nie sposób nie spostrzec, że wyrok ten ma charakter formalny, gdyż odnośnie postanowienie cytowanego aktu o bezpieczeństwie zabawek (Section 39) stanowiło jedynie ogólnie, iż wszelkie ostre zakończenia, krawędzie etc.: „*(...) are reduced as far as possible*”, co ma charakter jedynie pewnego relatywnego nakazu optymalizacyjnego.

¹⁶⁶⁸ [1977] 121 Sol Jo 157; [1978] CLR 43.

¹⁶⁶⁹ Zgodnie z wypowiedzią ówczesnego Lorda Widgery CJ: „*I should think there are very few cases of this kind where reliance on certificates by itself is to be treated as sufficient when there is a possibility of professional sampling*”. Niezwykle problematyczne jest pytanie, na ile można pokusić się o uogólnienie tej koncepcji na inne obszary prawa karnego?

¹⁶⁷⁰ W przedmiotowej sprawie bowiem naprzeciwko siedziby firmy znajdował się Trading Standards Department, który od czasu do czasu pobierał próbki wyrobów. Taki tok rozumowania został potwierdzony orzeczeniami: *Hicks v. Sullam Limited* [1983] 147 JP 493 czy *Garrett v. Boots the Chemists Limited* [1979] 88 ITSA MR 238. Nie jest to pierwszy przypadek drakańskiego orzecznictwa na gruncie brytyjskiego *common law*, a to, że w tym przypadku działa ono na korzyść konsumenta nie może zmienić jego negatywanej oceny.

¹⁶⁷¹ [1990] 154 JP 821.

¹⁶⁷² Zwracał na to uwagę w treści uzasadnienia w sprawie *Hurley v. Martinez & Co Ltd* Mustill LJ, stwierdzając (zob. 154 JP 824): „*(...) the production and sampling of the wine was subject to a tight regime enforceable under European community law (...) Any blameworthy act or omission which might take place in the country of origin would expose the producers at least to the risk of sanctions in that country*”.

liability. Jest to zadanie sądownictwa¹⁶⁷³. Istnieje domniemanie wymagalności strony podmiotowej¹⁶⁷⁴, ale w pewnych obszarach prawa karnego – jak chociażby przy penalizacji zachowań polegających na sprzedawaniu wadliwych produktów – typowe jest właśnie rozwiązanie przeciwne¹⁶⁷⁵. W przypadku tej ostatniej kategorii przestępstw możliwe jest więc uniknięcie odpowiedzialności karnej tylko przez wykazanie, że sprawca zachował należyłą ostrożność. Pamiętać trzeba jednak koniecznie o tym, iż jest to możliwe – przynajmniej na gruncie prawa angielskiego – tylko w sytuacjach, gdy ewentualność taka została wprost przewidziana we właściwym akcie prawnym¹⁶⁷⁶. Rozwiązanie, zgodnie z którym uniknięcie odpowiedzialności karnej poprzez wykazanie tzw. *due diligence* także w przypadkach, gdzie brak jest jednoznacznego wskazania na taką *justification cause* w akcie prawnym przyjęte zostało z kolei w orzecznictwie australijskim oraz w Kanadzie¹⁶⁷⁷. Odrzucenie takiego rozwiązania w Wielkiej Brytanii tłumaczone jest przede wszystkim niechęcią do przenoszenia ciężaru dowodu na oskarżonego, co jednak jest argumentem nie do końca konsekwentnym¹⁶⁷⁸. Współcześni komentatorzy prawa karnego systemu brytyjskiego *common law* wyraźnie zwracają uwagę, że tylko w przypadku umożliwienia uniknięcia odpowiedzialności karnej przez powołanie się na *due diligence defence* zachowana zostaje równowaga pomiędzy autonomią jednostki oraz państwowym prawem karania. W przeciwnym bowiem wypadku jednostka nie może w żadnym zakresie kontrolować swoich czynów¹⁶⁷⁹. Stąd też postuluje się właśnie przejęcie rozwiązania wypracowanego przez orzecznictwo Kanady oraz Australii¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁷³ Tradycyjnym wyrazem tego poglądu jest pogląd J. Millera, op.cit., s. 157: „*In such cases the court must construe the statute, and, by consideration of its scope (...) decide whether his ignorance or mistaken belief, in good faith and upon reasonable grounds, should excuse him*”.

¹⁶⁷⁴ *Presumption of mens rea* (domniemanie strony podmiotowej) jest zasadą w systemie prawa karnego całego systemu *common law*, ale zasadą dopuszczającą wyjątki – czego wyrazem na gruncie prawa amerykańskiego jest orzeczenie *People v. D'Antonio* 150 App. Div. 109, 134

¹⁶⁷⁵ Zaakcentować należy, że taki schemat myślenia ma długą tradycję w systemie *common law* i zdecydowanie przekracza tylko obszar prawa brytyjskiego – zob. orzeczenia amerykańskie w sprawach sprzedawania napojów alkoholowych nieletnim i alkoholikom: *State vs. Hartfiel* 24 Wis. 60 [1869] czy *Behler v. State* [1887], 112 Ind. 140, 13 N.E. 272.

¹⁶⁷⁶ Czego ilustracją może być postanowienie cytowanych section 7 (2) *Bribery Act* (2010) czy chociażby section 24 w *Trade Descriptions Act* (zob. odpowiednio przypisy powyżej nr 1646 oraz nr 1658).

¹⁶⁷⁷ Co do tego pierwszego zob. *Maher vs Musson* 52 CRL 100 [1934], co do Kanady: *City of Sault St Marie* 1978 (40) CCC 2nd 353.

¹⁶⁷⁸ Wskazuje się bowiem, że obecne rozwiązanie prowadzi w rezultacie do bardziej restrykcyjnych skutków dla oskarżonego. Zob. wypowiedź Lorda Cooke of Thorndon, „*One Golden Threads*” w: „*Turning Points of Common Law*”, Hamlyn Lectures 1997, s. 47.

¹⁶⁷⁹ Egzemplifikacją tego stanowiska jest wypowiedź A. Brunera, „*Punishment and Freedom. A Liberal Theory of Penal Justice*”, Oxford 2009, s. 267, który stwierdza, że w takim przypadku dochodzi do: „*(...) applying a penal sanction whose incidence was beyond the individual's power to avoid*”. Argument jednak taki nie wyklucza sytuacji, gdy wobec wyraźnego brzmienia aktu normatywnego i tak nie będzie podstaw do przyjęcia *due diligence defence*, co powoduje, że wobec tej instytucji pojawiają się poważne wątpliwości.

¹⁶⁸⁰ A. Bruner, op.cit., s. 181 podkreśla, że: „*(...) accordingly, the courts should interpret statutory offences (as they do in Australia in Canada) as affording a defence of reasonable mistake or due diligence (...)*”. Postulat taki wpisuje się również w konkluzję zawartą w studium, s.n., „*Law Commission (Consultation Paper 195) Criminal Liability in Regulatory Contexts*” (2010) par. 6.9.2, s. 130: gdzie podkreśla się, iż: „*we believe that, subject to some possible exceptions, the courts should be given the power to apply a defence of due diligence in all the circumstances to*

Przypomnieć należy, że w przypadku *due diligence defence* brak odpowiedzialności karnej opiera się na wskazaniu zrealizowania wymaganej w danej sytuacji ostrożności, co wyrażać się może chociażby w przekazaniu określonego zakresu obowiązków innej, kompetentnej osobie¹⁶⁸¹, bądź też w tym, iż w danym przypadku należycie przeprowadzone zostały szkolenia pracowników i ustanowiono właściwy regulamin postępowania z klientami¹⁶⁸². Już tak pobieżna analiza koncepcji *due diligence defence* uzmysławia, że teza o zachodzącym tutaj bliskim pokrewieństwie do figury normy ostrożności byłaby nie do końca trafiona.

Nie wnikając w tym miejscu w aksjologiczną poprawność utrzymywania tej szczególnej dla prawa *common law* kategorii przestępstw oraz trudności wynikających z ustalenia, kiedy w istocie zachodzi przypadek takiego czynu, powiedzieć można¹⁶⁸³, iż jej formalna zgodność z domniemaniem niewinności wyrażonym w art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka została potwierdzona¹⁶⁸⁴.

Warto jeszcze, wychodząc poza zakres prowadzonych tutaj rozważań, zwrócić uwagę na fakt, że typowym przykładem odpowiedzialności opartej na modelu *strict liability* jest zwalczanie dopingu w sporcie, co wykracza nawet poza ramy brytyjskiego *common law* i znajduje odzwierciedlenie w ujęciu dopingu opracowanemu przez OMADC¹⁶⁸⁵. Podkreślić należy však, że chociażby na gruncie niemieckiego prawa spotkał się on z kategorycznym odrzuceniem¹⁶⁸⁶. Istotne tutaj jest to, że koncepcja ta pojmowana jest przede wszystkim na płaszczyźnie procesowej, jako przeniesienie ciężaru dowodu na sportowca¹⁶⁸⁷, przy czym dla wyłączenia odpowiedzialności karnej wystarczające jest wykazanie braku winy po jego stronie. Uzmysławia to, że ta koncepcja tej odpowiedzialności nie występuje tutaj w klasycznej formie *strict liability*, znanej systemowi *common law*¹⁶⁸⁸.

statutory offences that would otherwise involve strict liability with no adequate defence. This approach has the advantage of leaving the strict basis of liability in the relevant provision intact".

¹⁶⁸¹ R v. (Keam) v. DEFRA [2005] EWHC 1582.

¹⁶⁸² A więc chociażby w postaci tzw. „no sales policy”. Zob. orzeczenie Crydon vs. Pinch and Pound (UK) Ltd [2010] EWCA Crim 3238.

¹⁶⁸³ W obrębie doktryny brytyjskiej poważne wątpliwości wobec tej kategorii przestępstw wysłowił A. Ashworth, „Four threats to the presumption of innocence”, International Journal of Evidence and Proof 2006, z. 1, s. 252, pisząc: „(...) is wrong to convict people of serious crimes without a proof of culpability”.

¹⁶⁸⁴ Wyrazem tego jest orzeczenie Salibaku przeciwko Francji [1998] 13 EHRR, 379.

¹⁶⁸⁵ Olympic Movement Anti-Doping Code, Chapter II, art. 2: „1. the use of an expedient (substance or method) which is potentially harmful to the athletes' health and capable of enhancing their performance. 2. the presence in the athlete's body of a substance or evidence of the use of a method where such substance or method appears on the list annexed to the present Code”. Zob. również J. Soek, „Strict Liability Principle and the Human Rights of Athletes in Doping Cases, Hague 2006, s. 55.

¹⁶⁸⁶ Zob. orzeczenie OLG Frankfurt, NJW-RR 2000, 1117, gdzie odrzucając tę koncepcję, wywodzi się, że „Der Grundsatz der <<strict liability>>, der den IAAF-Regeln zugrunde liegt, und worunter im staatlichen Recht verstanden wird, dass weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit erforderlich ist, um eine Haftung zu begründen, ist im Übrigen auch international sehr umstritten.”.

¹⁶⁸⁷ Pogląd ten w szczególności podziela J. Soek, op.cit., s. 161, gdzie pisze on: „In the CAS System, the burden of proof was placed upon the athlete as soon as the sports organisation had fulfilled its duty of proving the objective elements of the material rule”.

¹⁶⁸⁸ Wskazać należy, że właściwą przyczyną takiego stanu rzeczy była struktura odpowiedzialności karnej przyjęta w

Nawet krótka charakterystyka *strict liability crimes* byłaby jednak niekompletna, gdyby nie wspomnieć o przypadkach, gdzie brak jest zupełnie możliwości uwolnienia się od odpowiedzialności karnej poprzez wykazanie należytej ostrożności. Warto to zilustrować głośnym kazusem zaczerpniętym z orzecznictwa amerykańskiego w sprawie Rodriguez v. New Jersey¹⁶⁸⁹. Stan faktyczny przedstawiał się w tej sprawie następująco. Podczas transakcji w mieszkaniu oskarżonego – który trudnił się sprzedażą kokainy – z dwoma kontrahentami: Hendrick’sem oraz Bennet’em wkroczyła Policja. Aby ukryć dowody, ci ostatni połknęli foliowe torebki kokainy. Henricks w ciągu kilku minut umarł w konwulsjach. Zapytany przez obecnych medyków Bennet czy zażywał jakiekolwiek narkotyki, tenże zaprzeczył – po to jedynie, aby w 30 minut później podzielić los swojego kolegi. Rodriguez został pociągnięty do odpowiedzialności karnej na podstawie Comprehensive Drug Reform Act 1986, zawierającą regulację odpowiedzialności *strict liability* handlarza narkotyków za śmierć wynikającą z zażywania nielegalnych substancji¹⁶⁹⁰. Na tej też podstawie Rodriguez skazany został na karę 18 lat pozbawienia wolności za spowodowanie śmierci – mimo iż, co nie może ulegać wątpliwości, trudno przypisać mu jakąkolwiek zdolność przewidzenia zaistniałego skutku¹⁶⁹¹. Innym dobrym przykładem może być orzeczenie w sprawie New Jersey v. Ogar¹⁶⁹², gdzie przyjęta została odpowiedzialność sprzedawcy narkotyków za czyn stypizowany jako handel narkotykami w pobliżu szkoły, gdyż więzienie znajdowało się (przypadkiem) mniej niż 1000 stóp od takiej placówki – mimo że oczywiste było, że zakazane substancje nie były przeznaczone dla uczniów. W znakomitym eseju poświęconym temu modelowi odpowiedzialności karnej, D. Husak wskazuje, że jako sprawiedliwe rozwiązanie może być utrzymanie karalności w modelu *strict liability* tylko wybranych, najbardziej niebezpiecznych czynów bądź całkowite ich zlikwidowanie¹⁶⁹³. Dla prowadzonych w tej pracy rozważań istotne jest wszak to, że odpowiedzialność ta nie dotyczy wyłącznie sytuacji, w których *prima facie* daje się pomyśleć jakąkolwiek normę ostrożności, która byłaby naruszona¹⁶⁹⁴.

krajach systemu kontynentalnego, chociażby Szwajcarii (zob. orzeczenie BGE 119 II, 271).

¹⁶⁸⁹ [1994] 645 A2d 1165.

¹⁶⁹⁰ Zgodnie ze stosownym fragmentem tej regulacji (2C: 35–9. lit. a): „Any person who manufactures, distributes or dispenses methamphetamine, lysergic acid diethylamide, phencyclidine or any other controlled dangerous substance classified in Schedules I or II, or any controlled substance analog thereof, in violation of subsection a. of N.J.S. 2C:35–5, is strictly liable for a death which results from the injection, inhalation or ingestion of that substance, and is guilty of a crime of the first degree.”

¹⁶⁹¹ Nie był on bowiem już bezpośrednio obecny przy scenie pytań zadawanych kupcom kokainy przez medyków.

¹⁶⁹² [1989] 551 A2d 1037.

¹⁶⁹³ D. Husak, „Strict Liability, Justice and Proportionality” w: „The Philosophy of Criminal Law” Oxford 2010, s. 173.

¹⁶⁹⁴ Jest to szczególnie widoczne w ostatnim z powyżej cytowanych orzeczeń, penalizującym na zasadzie *strict liability* sprzedawanie narkotyków w określonych rejonach: jak ostrożnie sprzedawać kokainę w więzieniu położonym mniej niż 1000 stóp od szkoły?

5) Normy ostrożności a inne okoliczności wyłączające przestępnosć czynu systemu *common law*

Namacalne konsekwencje braku bezpośredniego odwołania do norm ostrożności w prawie karnym brytyjskiego systemu *common law* ujawnia badanie innych niż *due diligence defence* okoliczności wyłączających przestępnosć czynu. Zgodnie z wciąż aktualnym opracowaniem monograficznym autorstwa J.C. Smith¹⁶⁹⁵, jedną z okoliczności wyłączających przestępnosć czynu jest tzw. „*reasonable excuse*”.¹⁶⁹⁶ Rdzeniem tej instytucji jest to, że w pewnych okolicznościach jest „*reasonable*” wziąć udział w niebezpiecznych czynnościach, a to, czy tak jest, zależy to do wartości społecznej zachowania oraz bilansu zysk i strat, jakie mogą wynikać z danego czynu¹⁶⁹⁷. Ma to w pierwszej kolejności, zdaniem tego autora, zastosowanie w przypadku aktywności sportowej oraz działań leczniczych. Warunkiem wyłączenia odpowiedzialności karnej w tym przypadku jest wszak to, że sprawca działa w celu ochrony zdrowia i życia¹⁶⁹⁸. Zarazem odrzuca on konkurencyjny pogląd A.T.H. Smitha, który uważał, że taki element nastawienia psychicznego nie był niezbędny¹⁶⁹⁹. Główny argument, który podnosi się w tym sporze, to to, że w przypadku, gdyby sprawca chciał spowodować uszczerbek dla dobra prawnego¹⁷⁰⁰, nie byłoby możliwości, aby skazać sprawcę¹⁷⁰¹. W konsekwencji, pisze dalej A.T.H. Smith, skazanie sprawcy za morderstwo w sytuacji, gdy niemożliwe jest skazanie sprawcy za nieumyślne spowodowanie śmierci, nie może spotkać się z aprobatą.

To tradycyjne dla prawa karnego systemu *common law* podejście¹⁷⁰², niejako poprzez milczącą akceptację, zdaje się być przyjęte również we współczesnej literaturze¹⁷⁰³, mimo że

¹⁶⁹⁵ J.C. Smith, „*Justification and excuse in the criminal law*”, London 1989.

¹⁶⁹⁶ J.C. Smith, op.cit., s. 53–57. Warto w tym miejscu dla porządku dodać, że J.C. Smith, op.cit., s. 42, jako „*excuse*” rozumie sytuację, gdy „*the person who acts without mens rea (because he believes in circumstances which, if true, excuse the use of force)*”.

¹⁶⁹⁷ J.C. Smith, op.cit., 53, stwierdza dosłownie: „*(...) depends on whether the social value of the activity outweighs the risk of causing the harm in question*”.

¹⁶⁹⁸ J.C. Smith, op.cit., 56.

¹⁶⁹⁹ A.T.H. Smith, „*On Actus Reus and Mens Rea*” w: „*Reshaping Criminal Law*” P. Glazebrook (red), London 1978, s. 101 stwierdzał iż takie zachowanie: „*(...) is not, in short unlawful, and he [the boxer] is justified in doing what he does, however dubious his motives and intentions may be*”. Do podobnych konkluzji prowadzą rozważania H. Robinsona, „*A theory of Justification: Social Harm as a Prerequisite for Criminal Liability*” U.C.L.A. Law Review 1975, z. 23, s. 288–292.

¹⁷⁰⁰ J.C. Smith, op.cit., s. 54 podaje tutaj wymowny przykład: „*a boxer so hates his opponent that he hopes he will kill him*”.

¹⁷⁰¹ J.C. Smith, op.cit., 55, stwierdzając, iż: „*He killed him all right; and since he wanted to kill him he intended to do so (...). That is murder*”.

¹⁷⁰² Zostało to we właściwy sposób podsumowane przez A.T.H. Smith, op.cit., s. 101–102, który określił je jako: „*surely defective*” gdyż: „*it places too great an emphasis on the guilt element in the criminal liability, and insufficient on the element of justification*” co ignoruje fakt, iż „*a consummated crime should be based on some outward mischief*”. Argument, iż w przypadku ostrożnego zachowania sprawcy oparcie karalności na negatywnej ocenie jego nastawienia psychicznego, co narusza akceptowaną także na gruncie prawa brytyjskiego zasadę *cognitionis nemo patitur* jawi się jako prawidłowy.

¹⁷⁰³ Zdecydowana większość współczesnych autorów po prostu nie zajmuje się kwestią tzw. „*reasonableness defence*”. Tak chociażby H. Robinson, op.cit., s. 213–214, który nie uwzględnił jej w opracowanych przez siebie

pewne nieznaczące kroki w celu odrzucenia wymagania *mens rea* dla stosowania okoliczności wyłączających przestępczość czynu zostały już poczynione¹⁷⁰⁴.

6) Normy ostrożności w kontekście naruszeń sportowych w systemie brytyjskiego prawa *common law*

Mając tak naszkicowany obraz zasadniczej roli i funkcji norm ostrożności w prawie karnym systemu *common law*, ze szczególnym uwzględnieniem Wielkiej Brytanii, postaram się na zakończenie wzbogacić prowadzone tutaj rozważania krótkim spojrzeniem na szczegółową gałąź prawa karnego, jaką jest prawo karne sportowe. Stanowiąc to ma nie tylko uzupełnienie rozważań zawartych w rozdziale II pracy, ale także ukazać, jak ten system prawny, obywający się w znacznej mierze bez figury norm ostrożności, radzi sobie z rozwiązywaniem problemów szczegółowych regulowanych w poszczególnych dziedzinach prawa karnego.

Spojrzenie na swoistą część szczególną prawa karnego, jaką jest odpowiedzialność za naruszania sportowe, prowadzi do konkluzji, że doktryna brytyjskiego prawa karnego wypracowała tutaj swoiste rozwiązania¹⁷⁰⁵. W orzecznictwie brytyjskim podkreśla się, że zachowanie zgodnie z regułą sportową samo przez się nie może legalizować takich czynów, które są prawnokarnie relewantne¹⁷⁰⁶. Zarazem w rozstrzygnięciu *R v. Bradshaw* wskazana została koncepcja, jaką jest możliwość wywnioskowania braku odpowiedzialności karnej zawodnika działającego zgodnie z regułami gry ze względu na brak wypełnienia znamion strony podmiotowej¹⁷⁰⁷. Jako inną podstawę wyłączenia odpowiedzialności karnej upatruje się w takich przypadkach zgodę pokrzywdzonego, przy czym szczególne spory wywołuje zakres dopuszczalnej zgody uczestnika gry sportowej¹⁷⁰⁸.

Istotna dla zrozumienia podejścia brytyjskiej nauki prawa karnego w tym zakresie jest koncepcja tzw. *legitimate sport*. Jej jądrem jest stwierdzenie, że zachowania, które formalnie

listach okoliczności wyłączających bezprawność, podobnie D. Omerold, „*Smith and Hogan Criminal Law*”, Oxford 2009, s. 428–516; co do amerykańskiej doktryny, która zasadniczo nie odnosi się do tej okoliczności zob. np. H. Kyron, „*Continuity of Justification Defences*” *Illinois Law Review* 2009, z. 3, s. 627–696. Podkreślić jednak należy, że niektórzy wszak współcześni autorzy odwołują się do tzw. *reasonable defence*. Należy do nich w szczególności A. Ashworth, zob., „*Criminal Liability in a Medical Context: the treatment of Good Intentions*”, w: „*Harm and Culpability*”, A.P. Simester, A.T.H. Smith (red), Oxford, 1996, s. 188.

¹⁷⁰⁴ Zob. R.A. Duff, „*Rethinking Justifications*”, *Tulsa Law Review* 2004, z. 4 s. 845, gdzie podkreśla on, że osoba, która chcąc wyrządzić szkodę nieświadomie uratowała czyjeś życie, czyniąc „*the right thing*”, nie powinna być poddawana represji karnej.

¹⁷⁰⁵ Wskazać należy, iż podstawą odpowiedzialności karnej będą najczęściej przestępstwa stypizowane w *Offences Against the Person Act* (1861).

¹⁷⁰⁶ *R v. Bradshaw* [1878] 14 Cox CC 83. Zgodnie ze zawartym tam stwierdzeniem: „*no rules or practice of any game whatever that can make lawful which is unlawful by the law of the land*”.

¹⁷⁰⁷ *R v. Bradshaw* [1878] 14 Cox CC 85.

¹⁷⁰⁸ *R v. Brown* [1993] 2 AR II 75 oraz B. Livings, „*Legitimate Sport or Criminal Assault?*”, *Journal of Criminal Law* 2006, z. 6, s. 496 i n. W szczególności E. Gryson, „*Sports and Law*”, London 1999, stanął na stanowisku, iż zgoda uczestnika rywalizacji sportowej rozciąga się wyłącznie na zachowania wytyczone przez reguły gry.

stanowią naruszanie zasad rywalizacji sportowej, jak chociażby brutalny faul skutkujący wykluczeniem zawodnika z zawodów, nie jest sam przez siebie przekroczeniem progu odpowiedzialności karnej¹⁷⁰⁹. Takie pragmatyczne spojrzenie na przebieg rywalizacji sportowej nie objaśnia do końca znaczenia relacji reguł sportowych i instytucji tzw. *legitimate sport*¹⁷¹⁰. To właśnie to ostatnie pojęcie używane jest w orzecznictwie jako wyznacznik czynów dozwolonych i zabronionych popełnianych w obrębie walki sportowej¹⁷¹¹. Zarazem orzeczenie to odczytywane jest przez niektórych przedstawicieli doktryny jako nadające regułom sportowym znaczenie składnika prawa stanowionego¹⁷¹². Inni z kolei traktują normy ostrożności w sporcie i stopień ich sformalizowania jako przesłankę przyjęcia niebezprawnego *legitimate sport*, opierając się chociażby na takim kryterium, jak obecność sędziego podczas zawodów¹⁷¹³. Wspomnieć należy jeszcze, iż w tym zakresie w doktrynie brytyjskiej wyklarował się pogląd, że ze względu na subsydiarność odpowiedzialności karnej rozstrzyganie o znacznej części naruszeń sportowych zostało delegowane na ręce właściwych organów sportowych, co może być rozwiązaniem trafnym¹⁷¹⁴. Ostatecznie jednak jako zasadniczą przyczynę braku odpowiedzialności karnej wskazuje się zgodę sportowców, i tylko jej treść jest rozpatrywana przez pryzmat reguł sportowych.

7) Konkluzje

Konkludując tą część rozważań, zastrzec wypada, że błędne byłyby próby przekładania charakterystycznego dla *common law* spojrzenia na strukturę przestępstwa przez pojęcia znane w kontynentalnej myśli prawniczej. Dotyczy to w szczególności takich pojęć jak typ i kontratyp, aczkolwiek występuje tutaj pewien analogiczny rozkład akcentów przy ocenie czynu człowieka jako przestępstwa.

¹⁷⁰⁹ Takie myślenie zostało wysłowione już w podstawowym w tym zakresie orzeczeniu R v. Moore 14 TLR 229 [1898] i znalazło swoje odzwierciedlenie w czytelnej wypowiedzi w bardziej współczesnej sprawie Barness 2 All ER 113, 121 [2005], gdzie Lord Wolf CJ pisze: „(...) even if a tackle results in a player being sent off, it may still not reach the necessary threshold to constitute criminal responsibility.”.

¹⁷¹⁰ Relacja ta nie jest prosta, co uzmysłowić może stwierdzenie B. Livingisa, op.cit., s. 498: „(...) rules are admissible in favour of the defence but are inadmissible in favour of the prosecution, such a distinction is expected where the rules are persuasive, but not determinative.”.

¹⁷¹¹ Czego wyrazem może być orzeczenie w sprawie Barness 2 All ER 113 [2005], gdzie potwierdza się znaczenie tej instytucji jako „not in itself unhelpful.”.

¹⁷¹² Czego wyrazem jest stwierdzenie B. Livingisa, op.cit., s. 500: „if sport sanctions certain behaviour, then these may become part of the fabric of the law”. Konsekwencją takiego stwierdzenia byłoby to, że w przypadku, gdy prawo karne odwołuje się pomocniczo do pewnych reguł postępowania w zakresie walki sportowej, to zarazem pełni wobec nich funkcję transformacyjną i czyni je składnikiem porządku prawnego.

¹⁷¹³ Do tego nawiązuje chociażby zawarte w uzasadnieniu wyroku w sprawie Brown [1993] All ER II 85: „(...) there was of course no referee present”.

¹⁷¹⁴ B. Livingis, op.cit., s. 505: „(...) criminal law delegates a degree of its function to the sporting authorities when considering violence in sport” oraz jego konkluzję tegóż, op.cit., s. 508: „it may be misguided to delegate to them functions which they are not suited”.

Prawo systemu *common law* dostrzega rolę norm ostrożności. Zachowanie zgodne z nimi wyklucza w większości przypadków widmo surowej odpowiedzialności opartej o model *strict liability*. W tym też zakresie pełnią one samoistną rolę, wykraczając daleko poza funkcję wskaźnikową. W pozostałych wariantach stanowią one składnik instytucji służących wyłączeniu odpowiedzialności karnej – co dotyczy przykładowo omówionej koncepcji *legitimate sport*. Sama nieumyślność zdaje się być pojmowana przez znaczną część współczesnej doktryny brytyjskiego *common law* nie tylko jako *state of mind*, ale jako *state of conduct*. Z całą stanowczością stwierdzić jednak można, że nie jest ona składnikiem tak heterogenicznych instytucji jak tzw. obiektywne przypisanie skutku – również bowiem w jej swoistym odpowiedniku, jakim jest *proximate causation* nie występuje ono jako warunek negatywny odpowiedzialności karnej sprawcy czynu. Inna sfera doniosłości normy ostrożności w tym systemie prawnym jest nieco zakamuflowana i występuje pod postacią *reasonable man*, wszechobecnej figury prawa *common law*, która personifikuje kategorie zachowań aprobowanych w danej grupie społecznej. Podstawowa różnica wyraża się więc w tym, że nie funkcjonuje ona tylko jako norma postępowania, lecz także jako wzorzec (miernik) jego oceny¹⁷¹⁵. Takie rozwiązanie z punktu widzenia teorii prawa karnego jest nieprzekonywujące.

To fragmentaryczne studium ukazujące zaledwie rys ujęcia norm ostrożności w prawie karnym brytyjskiego *common law* nie aspiruje do wyczerpania nawet części tego tematu. Spostrzec však należy, iż normy ostrożności nie są tutaj traktowane jako wyodrębniony element przestępstwa. Niemniej jednak ich przestrzeganie rzutuje na odpowiedzialność karną, co uwidacznia się ze szczególną intensywnością przy tak zwanej kategorii przestępstw *strict liability*. I tutaj właśnie ujawnia się wyraźnie nie tylko jej nieodzowność, ale także jej potencjał jako kościec samoistnej okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną.

IV. Hiszpania

1) Normy ostrożności w doktrynie hiszpańskiego prawa karnego

Dla dopełnienia obrazu analizy porównawczo–prawnej norm ostrożności w innych porządkach prawnych skierować należy wzrok ku półwyspowi Iberyjskiemu. Wybór Hiszpanii, jak już to podkreślano we wstępie pracy, jest nieprzypadkowy: sytuacja nauki prawa karnego jest tam bowiem bardzo analogiczna do polskiej, co wyraża się nie tylko w obowiązywaniu

¹⁷¹⁵ Jest ona więc chyba tylko normą w sensie słownikowym, tj. jako wyznacznik zachowania normalnego, przyjętego, dyrektywą postępowania jednostki w ujęciu prakseologicznym czy proskryptywnym.

stosunkowo niedawno uchwalonego k.k. pochodzącego z lat 90–tych¹⁷¹⁶, ale także przemożnym wpływem nauki niemieckiej¹⁷¹⁷.

Znaczenie norm ostrożności na gruncie prawa karnego hiszpańskiego ujawnia się w pierwszej kolejności w kontekście nieumyślności. Katalizatorem takiej sytuacji jest fakt, że *imprudencia* (nieumyślność) nie została przez ustawodawcę hiszpańskiego w nowym CP bliżej określona¹⁷¹⁸. Powszechnie jednak przyjmuje się, że naruszenie obowiązku ostrożności jest warunkiem przyjęcia nieumyślności po stronie sprawcy, co zaznaczało się już w poprzednim stanie prawnym¹⁷¹⁹.

Egzemplifikacją takiego stanu rzeczy jest cytowane powyżej opracowanie J.M. Zugadía Espinar. Według tego autora obowiązek ostrożności (*deber de cuidado*) – kluczowe pojęcie dla karnistyki hiszpańskiej w kontekście nieumyślności – posiada dwa składniki: element obiektywny, charakteryzujący stronę przedmiotową czynu, który koresponduje z typem czynu zabronionego oraz element indywidualny (subiektywny), który koresponduje z winą¹⁷²⁰. Naruszenie owego obowiązku ostrożności pojmuje on – powołując się na G. Stratenwertha – nie jako zachowanie odbiegające od tego, jakiego można by oczekiwać od przeciętnie uważnego uczestnika życia społecznego, lecz jako niewykorzystanie wszystkich zdolności i wiedzy przez podmiot¹⁷²¹. Pogląd

¹⁷¹⁶ Przypomnieć wypada, że obecnie obowiązującym Kodeksem Karnym w Hiszpanii jest Ley Organica 10/1995 z 23.11.1995 r. – Código Penal (określany w niniejszej pracy skrótem CP), który wszedł w życie z dniem 24 maja 1996 r.

¹⁷¹⁷ Osobnym zupełnie pytaniem jest to, w jakim stopniu znaczenie nauki niemieckiej jest konsekwencją jej wyższego stopnia rozwoju i większej precyzji pojęć, a w jakim stopniu jest to wynik innych czynników – w szczególności tzw. eksportu kulturowego. O tym, jaki charakter ma ten wpływ dobitnie świadczy nie tylko częstotliwość odwołań do dorobku nauki niemieckiej (zob. chociażby pierwsze z poniżej omawianych opracowanie, niemające charakteru komparatystycznego, autorstwa J.M. Z. Espinar, „*La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culpos*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, (1984), t. 34, s. 321–332, gdzie większość cytowanej literatury wywodzi się z nauki niemieckiej – ale także tłumaczenie na hiszpański opracowań niemieckich, chociażby podręczników do prawa karnego (np. G. Stratenwerth, „*Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*”, Madrid 1982 – będącej tłumaczeniem podręcznika tego samego autora „*Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*” – czy H.H. Jescheck, „*Tratado de Derecho Penal*”, Barcelona 1981 – będącej tłumaczeniem podręcznika tego samego autora: „*Lehrbuch des Strafrechts*”).

¹⁷¹⁸ Określenia nieumyślności nie zawiera bowiem część ogólna CP, jedynie zgodnie z ujęciem art. 5 CP „*No hay pena sin dolo o imprudencia*”. Z części szczególnej (zob. art. 142.1 CP zgodnie z którym: „*El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años*”) wywieść można jednak dyferencjację pomiędzy *imprudencia grave* oraz *imprudencia leve*, a z innego jeszcze punktu widzenia wyszczególnić można *imprudencia profesional* (zob. art. 142.3 CP stanowiący, iż „*Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años*”).

¹⁷¹⁹ Zauważyć należy, że regulacja kwestii nieumyślności w CP z 1944 r. była szczególna: zgodnie z ówczesnym brzmieniem art. 565, 586 bis oraz 600 ustanowiony był system *numerus apertus*, stanowiący iż odpowiednikiem każdego czynu umyślnego był czyn nieumyślny, co spotykało się z wielostronną i poważną krytyką doktryny hiszpańskiej – zob. np. S. Mir Puig, „*Derecho Penal. Parte General*”, Barcelona 2011, s. 292.

¹⁷²⁰ J.M. Z. Espinar, op.cit., s. 323, gdzie zaznacza on, iż „*(...) el deber de cuidado tenga dos vertientes que deban ser referidas necesariamente a dos elementos distintos del delito culpos* (...)” oraz jeszcze bardziej wyraźnie dalej (zob. Idem, op.cit., s. 327): „*(...) sin infracción del deber de cuidado – lo que supone, en primer lugar, falta de diligencia objetivamente debida y, en segundo término, falta de la diligencia subjetivamente posible – no puede existir el delito culpos*”. Według tego autora, op.cit., s. 327, przypis 16, brak jest również jednolitości poglądów nauki hiszpańskiej co do umiejscowienia naruszenia obowiązku ostrożności w strukturze przestępstwa.

¹⁷²¹ Dla uzasadnienia swojego stanowiska J.M. Z. Espinar, op.cit., s. 329 wskazuje chociażby na fakt, że koncept tzw. „*człowieka rozsądnego*” jest wysoce wątpliwą abstrakcją.

taki nie był w ówczesnej doktrynie hiszpańskiej odosobniony¹⁷²². Dla J.M. Zugadía Espinar jest to wyrazem subiektywizacji obowiązku ostrożności¹⁷²³.

Nie był to jednak głos samotny – już bowiem wcześniej wykrystalizowały się poglądy przypisujące naruszeniu normy ostrożności centralne miejsce w strukturze czynów nieumyślnych¹⁷²⁴. Zasadniczym czynnikiem, który zdeterminował taki stan rzeczy jest recepcja rozwiązań niemieckich. Ilustracją tego fenomenu jest opracowanie A.T. Lopeza¹⁷²⁵.

Już na samym początku swoich rozważań autor ten akcentuje, że naruszenie obowiązku ostrożności jest przesłanką odpowiedzialności karnej za przestępstwa nieumyślne – akceptowaną zarówno w literaturze jak i w orzecznictwie¹⁷²⁶. Element ten wywodzi się – zdaniem Lopeza – z opracowań F. Engischa i v. Hippla, którzy to mieli wyodrębnić obiektywny składnik winy¹⁷²⁷. Dla tego autora, jego prawidłowe wpisanie w strukturę przestępstwa posiada podstawowe znaczenie dla współczesnej karnistyki. Jednak analiza dalszego rozwoju doktryny niemieckiej prowadzi go do konkluzji, że fundamentalny dla niej zwrot dokonał się za sprawą finalistów¹⁷²⁸. Z większym sceptycyzmem podchodzi on z kolei do koncepcji nadającej normom ostrożności znaczenie okoliczności kontratypowej¹⁷²⁹. Przypuszczać należy, że trudności w tym zakresie wynikają w części przynajmniej z faktu, że w nauce hiszpańskiej nie uznaje się zasadniczo kontratypów nieskonkretyzowanych w CP. Próba wpisania norm ostrożności w jedną z uznanych kodeksowo okoliczności usprawiedliwiających – jak przypadek czy działanie w ramach praw i obowiązków – zasługuje na tak małe uznanie, jak formułowanie (w pewnych przypadkach dopuszczalnej) analogii do istniejących *causas de justificación*¹⁷³⁰. Stąd też, zdaniem autora, figurę naruszenia

¹⁷²² W podobnym duchu wypowiadał się chociażby S.M. Puig, „*Adiciones de Derecho Español*” w: H.H. Jescheck „*Tratado...*”, s. 791, pisząc: „*El poder de cumplimiento es el limite maximo del deber normativo, porque la prohibición preventiva de la norma no puede intentar motivar a realizar conductas imposibles*”.

¹⁷²³ J.M. Z. Espinar, op.cit., s. 332.

¹⁷²⁴ Czego przykładem może być stwierdzenie C. Roda, „*El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*”, Barcelona 1962, s. 75–76: „*la imprudencia (...) está integrada por la inobservancia de una norma de cuidado, de la que se deriva un resultado no querido*”.

¹⁷²⁵ A.T. Lopez, „*El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*”, Anuario de Derecho Penal, 1974, t. XXVII, s. 25–59.

¹⁷²⁶ A.T. Lopez, op.cit., s. 25, gdzie pisze on: „*El pensamiento de que la infracción de un deber objetivo de cuidado es parte integrante de los elementos constitutivos del delito culposo en el Código Penal ha pasado a ser una declaración esencial en la literatura y la jurisprudencia penal recientes*”.

¹⁷²⁷ A.T. Lopez, op.cit., s. 25–28. Spotkał się on z pewną akceptacją na gruncie dawniejszej karnistyki hiszpańskiej, czego wyrazem jest cytowany przez A.T. Lopeza, zob. op.cit., s. 31, R. Muñoz, „*Tratado de Derecho penal*”, Madrid 1935, s. 163.

¹⁷²⁸ W świetle powyższych ustaleń własnych trudno nie zgodzić się autorem, kiedy charakteryzując poglądy finalistów stwierdza on, iż „*WELZEL estima que el cuidado necesario en el tráfico es un concepto objetivo y normativo*.” zob. A.T. Lopez, op.cit., s. 29. Wskazać w tym miejscu należy, że szereg autorów hiszpańskich opowiedziało się za szkołą finalną – zob. np. J. M. Cerezo, „*La polémica entorno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal española*”, Nuevo Pensamiento Penal 1975, n. 2, s. 235.

¹⁷²⁹ A.T. Lopez, op.cit., s. 32–33.

¹⁷³⁰ W odniesieniu do tego pierwszego poglądu, reprezentowanego chociażby przez V. E. Gimbernat Ordeig, „*Delitos cualificados por el resultado y causalidad*”, Madrid 1966, s. 87, zauważa się, że jest to okoliczność wyłączająca jedynie winę, w odniesieniu do tego drugiego poglądu stwierdza się, że nie obejmuje on rezultatów „*objetivamente no censurables*”, takich jak śmierć drugiego człowieka (zob. A.T. Lopez, op.cit., s. 41), wreszcie analogia *in bonam partem* jest wykluczona z tego względu, że żadne sprecyzowane w CP kontratypy nie charakteryzują się

norm ostrożności, nieodzowną dla nowoczesnej dogmatyki prawa karnego, sytuować należy na płaszczyźnie winy jako czynnik ją limitujący¹⁷³¹. Temu naruszeniu winno komplementarnie odpowiadać właściwe nastawienie psychiczne sprawcy¹⁷³². Twierdzi się, że w ten sposób uda się uniknąć błędów związanych z ustalaniem odpowiedzialności karnej przez odwołanie się do abstrakcyjnej, przeciętnej ostrożności¹⁷³³.

Współcześnie kontynuowane są pogłębione rozważania na temat norm ostrożności, zwłaszcza w kontekście przyjętej stosunkowo szeroko instytucji tzw. obiektywnego przypisania skutku, czego wyrazem jest opracowanie B. Romero Flores¹⁷³⁴. Pojmuje ona normę ostrożności jako element obiektywny¹⁷³⁵, stanowiący jedną z przesłanek przyjęcia czynu przestępnego. Autorka dostrzega zarazem zróżnicowanie, jakie występuje pomiędzy pojęciem obowiązku ostrożności a pojęciem normy ostrożności – przy czym w odniesieniu do tego pierwszego przypadku aktualność zachowuje w opinii autorki określenie sformułowane przez C. Bidasolo jeszcze w latach 80-tych XX wieku w odrębnej monografii poświęconej temu zagadnieniu¹⁷³⁶. Jednym z podstawowych wyznaczników normy ostrożności jest zasada ograniczonego zaufania¹⁷³⁷, która została stosunkowo szybko wyklarowana w hiszpańskim w orzecznictwie z zakresu ruchu drogowego¹⁷³⁸. Według B.R. Flores służy ona jako istotny czynnik rozgraniczenia pomiędzy obowiązkiem ostrożności i w konsekwencji dopuszczalnym ryzykiem a zachowaniem niedozwolonym¹⁷³⁹. Z kolei niesformalizowane dyrektywy postępowania wobec dobra prawnego określane są mianem ogólnych norm ostrożności¹⁷⁴⁰. Naruszenie generalnego obowiązku

wystarczającym podobieństwem do norm ostrożności (zob. Ibidem, op.cit., s. 42–43).

¹⁷³¹ A T. Lopez, op.cit., s. 54 gdzie stwierdza on wprost, iż „*Dado el carácter individualizador del juicio de culpabilidad, la preferencia la merece ab initio la comprensión del cumplimiento del deber objetivo de cuidado como límite de la culpabilidad penal*”. Na marginesie zauważyć należy, że A T. Lopez, op.cit., s. 57, nie w pełni usuwa wątpliwości związane z pytaniem o traktowanie szczególnych umiejętności sprawcy czynu, pisząc, że jest to: „*(...) un caso irregular en la teoría del delito culposo, que no debe justificar la transformación de su estructura general*”.

¹⁷³² A T. Lopez, op.cit., s. 57 stwierdza bowiem, że trzeba ustalić czy „*(...) las defectuosas propiedades del comportamiento externo están correspondidas por la defectuosa actitud interna del sujeto*”.

¹⁷³³ Wyrazem krytycznego nastawienia karnistyki hiszpańskiej do tego konceptu jest także wypowiedź V. J. Amen Oneca, „*Derecho penal. parte general*”, Madrid 1949, s. 219, który stwierdza, że niewyobrażalne jest porównanie „*(...) un hombre de carne y hueso con un fantasma*”.

¹⁷³⁴ B. Romero Flores, „*La imputación objetiva en los delitos imprudentes*”, *Annales de Derecho* – 2001, z. 19, s. 259–278.

¹⁷³⁵ B. Romero Flores, op.cit., s. 261 stwierdza wymownie: „*Hay que partir de que la norma de cuidado, la diligencia debida, es objetiva*”.

¹⁷³⁶ Na którego powołuje się B. Romero Flores, op.cit., s. 264. Zgodnie więc z ujęciem C. Bidasolo, „*El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*”, Barcelona 1989, s. 102 obowiązek ostrożności „*(...) determina una de las formas posibles en que se debe realizar la conducta para que ésta sea correcta*”.

¹⁷³⁷ Pogląd taki wyrażony był już w opracowaniu dotyczącym obiektywnego przypisania autorstwa M. Escamilla, „*La imputación objetiva*”, Madrid 1992, s. 137.

¹⁷³⁸ Egzemplifikacją może być rozstrzygnięcie STS w sprawie R. Ar. n° 335, gdzie wywieziono, iż: „*(...) cada conductor de vehículo o usuario (...) puede tener la confianza de que los otros coparticipes han de circular guardando también las disposiciones reglamentarias (...) pues a ello le autoriza el conocido y aplicado principio de la confianza en un comportamiento adecuado, que como regla general deriva de la experiencia práctica conocida*”.

¹⁷³⁹ Powołuje się ona w tym zakresie na M. Escamilla, op.cit., s. 137.

¹⁷⁴⁰ B. Romero Flores, op.cit., s. 264 wymownie stwierdza, iż: „*(...) la norma de cuidado es la norma penal contenida en los tipos penales*”, po czym chwilę później dodaje „*(...) las reglas generales de cuidado están basadas en la*

ostrożności (*deber de cuidado*) jest przesłanką dla dalszej analizy, czy czynem sprawcy spowodowane zostało zwiększenie niebezpieczeństwa prowadzące do odpowiedzialności karnej¹⁷⁴¹.

Brakiem pewnej klarowności charakteryzują się rozważania nauki hiszpańskiej nad pokrewnym zagadnieniem, jakim jest naruszenie celu ochronnego normy – istotnej przecież dla klasycznej koncepcji tzw. obiektywnego przypisania skutku. Nawet bowiem jeżeli *prima facie* mówi się w tym kontekście o normie prawnokarnej, to jednak pewne właściwości tej ostatniej, a w szczególności jej charakter generalny prowadzą do tego, iż subsydiarnie wprowadza się pewną normę postępowania, równoznaczną w gruncie rzeczy z normą ostrożności¹⁷⁴².

Komentując te poglądy, spostrzec należy, że niezbyt klarowne jest rozróżnienie pomiędzy występującymi pojęciami normy i reguły ostrożności.

Zgodnie z kolei z równoległym chronologicznie opracowaniem E.G. Hava¹⁷⁴³ wymagane dla ustalenia nieumyślności przekroczenie normy ostrożności nie oznacza jej kreowania w procesie sądowego stosowania prawa, lecz jedynie jej odtworzenie¹⁷⁴⁴. W tym też wyraża się ich niebagatelna rola polegająca na realizowaniu zasady pewności prawa w odniesieniu do typów nieumyślnych¹⁷⁴⁵. Określenie normy ostrożności musi się jednak odbywać z uwzględnieniem okoliczności danej sytuacji¹⁷⁴⁶. Szczegółowa analiza poglądów prezentowanych w doktrynie niemieckiej prowadzi autorkę do konkluzji, iż uwzględnienie właściwości osobistych sprawcy czynu przy wskazywaniu treści normy ostrożności nie oznacza zarazem jej subiektywizacji; taka konkretyzacja bowiem zachowuje identyczny standard ostrożności dla osób znajdujących się w danej sytuacji. Zmiana jest li tylko treściowa: tak więc chociażby nakazanie przedsięwzięcia pewnych środków ostrożności przez doświadczonego chirurga jest równoważne z zakazaniem w ogóle podejmowania operacji początkującemu specjalście. Wreszcie tak określona norma ostrożności znajduje zastosowanie – w analogicznych okolicznościach – dla wszystkich sprawców o podobnych kwalifikacjach¹⁷⁴⁷.

Mając świadomość rysującego się sporu pomiędzy zwolennikami postrzegania normy ostrożności z perspektywy subiektywnej i obiektywnej, zaznaczyć należy, iż pojmowanie

experiencia peligrosa para bienes jurídico-penales (...)”.

¹⁷⁴¹ W tym kierunku wypowiada się zwłaszcza B. Romero Flores, op.cit., s. 267 jak i cytowani przez nią autorzy hiszpańscy jak chociażby J.M.P. Castañón, „*El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen juridicopenal de las actividades peligrosas)*”, Madrid 1995, s. 82.

¹⁷⁴² Czego wymownym przykładem jest stwierdzenie, cytowanego przez B. Romero Flores, op. cit., s. 269, C Bidasolo, iż tak sformułowana norma postępowania (której cel ochronny się bada): „(...) *que no es otra cosa que el deber objetivo de cuidado que determina cuál ha de ser; en el caso concreto, la conducta concreta*”.

¹⁷⁴³ E.G. Hava, „*La imprudencia inconsciente*”, Granada 2002, s. 125 i n.

¹⁷⁴⁴ E.G. Hava, op.cit., s. 143, gdzie cytuje ona analogiczny pogląd D. Feijoo Sáncheza, „*Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*”, Zaragoza 1999, s. 196.

¹⁷⁴⁵ E.G. Hava, op.cit., s. 146.

¹⁷⁴⁶ E.G. Hava, op.cit., s. 149 podkreśla, że w tym zakresie stanowisko jej zgodne jest z poglądem większości doktryny.

¹⁷⁴⁷ E.G. Hava, op.cit., s. 159–161.

obowiązku ostrożności w dominującej części doktryny hiszpańskiej jest właśnie obiektywne¹⁷⁴⁸. Znaczącym wyjątkiem pod tym względem na gruncie współczesnej karnistyki jest S. Mir Puig. Zdaniem tego autora standard ostrożności wymagany od sprawcy czynu uwzględniać musi jego właściwości osobiste¹⁷⁴⁹.

Również w najnowszych opracowaniach monograficznych korzysta się w obszernym zakresie z dorobku nauki niemieckiej¹⁷⁵⁰. Dla P. del Valle analiza filozoficznych podstaw odpowiedzialności karnej za czyny nieumyślne jest źródłem spostrzeżenia, że podstawą karania za tę kategorię przestępstw jest brak pewnej, zobiektywizowanej wiedzy sprawcy¹⁷⁵¹. Akcentując podstawowe znaczenie naruszenia obowiązku ostrożności dla odpowiedzialności za czyny nieumyślne stwierdza się, iż jej dookreślenie jest obowiązkiem sędziego orzekającego w danej sprawie¹⁷⁵². Takie spostrzeżenie nie prowadzi autora wszak do pytania o zgodność z Konstytucją Hiszpańską tego stanu faktycznego w świetle zasady *nullum crimen sine lege*¹⁷⁵³. Jasne jest jedynie to, że ocena ostrożności sprawcy ta winna być dokonywana z perspektywy *ex ante*¹⁷⁵⁴.

Zaznaczyć należy, że takie stanowiska w zakresie norm ostrożności nie są jedynymi na gruncie nauki hiszpańskiej, czego znakomitym wyrazem są rozważania z szczegółowych gałęzi prawa karnego, jak chociażby prawa karnego medycznego, o czym poniżej.

Zgodnie z reprezentatywnym poglądem największego chyba autorytetu w zakresie prawa medycznego na gruncie karnistyki hiszpańskiej – R. Casabony¹⁷⁵⁵, obowiązek ostrożności, którego pewnej subiektywizacji autor – jak się wydaje – nie wyklucza, ma podstawowe znaczenie dla odpowiedzialności karnej za tzw. „*błędę medyczne*”¹⁷⁵⁶. Spostrzega on jednak, że wypełnieniem treści obowiązku ostrożności są konkretne zasady techniczne bądź zasady postępowania, czyli tzw.

¹⁷⁴⁸ Co do przeglądu stanowisk zob. J. Murillo, „*Teoría del delito imprudente: doctrina general y regulación legal*”, Madrid 1991, s. 194–199.

¹⁷⁴⁹ M. Puig, „*Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*”, Barcelona 1995, s. 78. Zob. Również omówienie tych poglądów zawarte w pracy: J. Murillo, op.cit., s. 195–196, który w poczet zwolenników subiektywizacji wzorca zalicza również J.M. Zugadía Espinar.

¹⁷⁵⁰ Czego przykładem może być chociażby P. del Valle, „*La imprudencia en el Derecho Penal*”, Barcelona 2012, s. 75–103.

¹⁷⁵¹ P. del Valle, op.cit., s. 41–72. Dla dalszego objaśnienia filozoficznych podstaw tej instytucji odwołuje się on do tzw. modelu woli rozwiniętego przez czerpiących z dorobku heglizmu karnistów niemieckich.

¹⁷⁵² P. del Valle, op.cit., s. 78, gdzie cytuje on Cerezo Mir.

¹⁷⁵³ Sytuację taką przyjąć należy z dużym zdziwieniem, gdyż oczekiwać można, że w takim porządku prawnym jak Hiszpania oczekiwać by można właśnie, że się ono tutaj pojawi.

¹⁷⁵⁴ Co jest poniekąd dominującym absolutnie stanowiskiem doktryny hiszpańskiej, co omawia m.in. C Bidasolo, op.cit., s. 328, 508.

¹⁷⁵⁵ C. M. Romeo Casabona, „*Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*” *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2007, n.13, s. 211–251, zwłaszcza s. 224–238.

¹⁷⁵⁶ Chodzi tutaj o przypadek kwalifikacji niższych od wymaganych. Zob. M. Romeo Casabona, op.cit., s. 226. W tym duchu wypowiedział się również TS w sprawie STS 1312/1982, s. 3 uzasadnienia (przywołanym przez M. R. Casabone), stwierdzając iż: „*Una infracción grave en que incurre un médico recién salido de la facultad o un médico rural puede no tener trascendencia penal, y sí en cambio una leve infracción de un cirujano famoso rodeado de ayudantes y medios técnicos abundan*.”. Orzeczenie to dostępne jest na stronie internetowej <http://www.poderjudicial.es> odczyt dnia 31.12.2013 stanowiącym oficjalną bazę orzecznictwa hiszpańskiego

*lex artis*¹⁷⁵⁷. Niemniej jednak samo naruszenie owej *lex artis* stanowić może jedynie wskaźnik niezachowania należytej ostrożności¹⁷⁵⁸. Możliwa jest wszak sytuacja, gdzie obowiązek ostrożności nakazuje postąpienie niezgodnie z określonym aktem normatywnym czy innym sformalizowanym zbiorem zasad. Wszak ze względu na kolizję obowiązków występuje w tym przypadku podstawa do wyłączenia odpowiedzialności karnej¹⁷⁵⁹. Jako istotny czynnik wyznaczający treść normy ostrożności uznaje R. Casabona wreszcie swobodę wyboru metody terapeutycznej¹⁷⁶⁰. Czynnik ten akcentowany jest – w bardziej stonowany sposób – także przez innych autorów zajmujących się tą kwestią¹⁷⁶¹.

Pewne dalsze szczegółowe rozważania karnistów dotyczące odpowiedzialności karnej za naruszenia praw pracowników dostarczają przykładów na postrzeganie norm ostrożności także w odniesieniu do typów czynów umyślnych. Wyrazem tego jest stanowisko O. Moralesa¹⁷⁶², który stwierdza, że wspólna dla art. 316 oraz 317 CP¹⁷⁶³ norma zakazująca stwarzania zagrożenia dla życia i zdrowia pracowników (w istocie blankietowa) swoją konkretyzację znajduje w właściwych przepisach z zakresu prawa pracy¹⁷⁶⁴.

Omówić choćby wzmiankowo wypada szczególnie obfity dorobek nauki hiszpańskiej z zakresu prawa karnego sportowego¹⁷⁶⁵. Ciekawy jest w tej mierze pogląd R. de V. Martineza¹⁷⁶⁶. Zdaniem tego autora, w przypadku spowodowania karnoprawnie relewantnego rezultatu bez naruszenia reguł gry, widmo odpowiedzialności karnej wykluczone jest już z tego względu, że czyn ten nie wypełnia znamion typu¹⁷⁶⁷. Sytuacja komplikuje się w przypadku, gdy mamy do

¹⁷⁵⁷ Zarazem M. Romeo Casabona, op.cit., s. 226 krytycznie ustosunkowuje się do rozwiniętego w orzecznictwie pojęcia „*lex artis ad hoc*”, które oznaczać ma zasady wiedzy medycznej odnoszone do konkretnego przypadku, w tym z uwzględnieniem cech i kompetencji lekarza dokonującego operacji.

¹⁷⁵⁸ Dla uargumentowania swojego stanowiska autor podaje, op.cit., s. 229, w szczególności fakt, że norma *lex artis* przewidziana jest dla przypadków typowych (akademickich) oraz że normy techniczne nie mogą być identyczne z normami prawnymi, gdyż mają odmienne cele.

¹⁷⁵⁹ M. Romeo Casabona, op.cit., s. 232.

¹⁷⁶⁰ Czyli tzw. *la libertad de método o de tratamiento*”, zob. M. Romeo Casabona, op.cit., s. 251, co zapobiegać ma m.in. przekształceniu medycyny w jej wersję zachowawczą.

¹⁷⁶¹ Bardziej sceptycznie, ale ostatecznie obrońcą *libertad de tratamiento* w wąskim zakresie okazuje się J.M.S. Sanchez, „*Medicinas alternativas e imprudencia medica*”, Barcelona 1999, s. 48–50.

¹⁷⁶² O. Morales, „*Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral*” w: „*La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*” red. A. D. Bonete, A. Alfonso Hellado, Albacete 2011, s. 169–184.

¹⁷⁶³ Zgodnie z art. 316 CP: „*Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*”, natomiast zgodnie z klauzulą zawartą w art. 317 CP: „*Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado*”.

¹⁷⁶⁴ O. Morales, op.cit., s. 3 stwierdza, iż „(...) en ambos casos es la normativa extrapenal la que dibuja los niveles de riesgo permitido que podrán excederse imprudente o dolosamente, pero tales niveles, en todo caso, son idénticos en ambas estructuras”. Natomiast konkretyzacją owej normy blankietowej są postanowienia wspomnianej Ley 31/1995, de prevención de Riesgos Laborales.

¹⁷⁶⁵ Jest to z pewnością pokłosie znaczenia, które dla społeczeństwa i gospodarki odgrywają pewne sporty, zwłaszcza piłka nożna.

¹⁷⁶⁶ Autora szeroko cytowanej monografii R. de V. Martinez, „*Derecho Penal del Deporte*”, Madrid 2010.

¹⁷⁶⁷ Bądź też jako działanie w ramach uprawnień i obowiązków nie jest bezprawny. Zob. R. de V. Martinez, op.cit., s.

czynienia z karnoprawnie relewantnym skutkiem spowodowanym w wyniku naruszenia reguł sportowych: w sytuacji nieznacznego naruszenia reguły sportowej recenzowana przez R. de V. Martinezę większość doktryny hiszpańskiej opowiada się za bezkarnością takiego czynu¹⁷⁶⁸. Do ciekawych konkluzji prowadzi autora również analiza orzecznictwa z zakresu prawa karnego sportowego: brak naruszenia reguł sportowych mimo wypełnienia znamion typu czynu zabronionego naturalnie nie prowadzi do odpowiedzialności karnej, aczkolwiek znamienne jest, że kluczowym punktem uzasadnień jest badanie nie samej zgodności z regulaminem, lecz związku czynu sprawcy z grą¹⁷⁶⁹. Również przypadki naruszeń sportowych wynikających z przekroczenia zasad gry nie skutkują w orzecznictwie odpowiedzialnością karną tak długo, jak długo są wynikiem lekkiej nieumyślności¹⁷⁷⁰.

Ten krótki przegląd stanowisk byłby rażąco niepełny, gdyby nie uwzględnić pewnego wkładu własnego doktryny hiszpańskiej, jaki wyraża się w konkretyzacji – zaczerpniętego z nauki niemieckiej pojęcia zewnętrznego obowiązku ostrożności. Wyrazem tego jest omówienie zawarte w podręczniku prawa karnego autorstwa Santiago Mir Puig¹⁷⁷¹. Wyróżnia się poszczególne aspekty tego obowiązku, jakimi są: obowiązek omijania czynów niebezpiecznych, obowiązek przygotowania się i wcześniejszej informacji. Tę klasyfikację ilustruje on przykładami, a więc odpowiednio: zakazem skręcania przy zbyt dużych szybkościach, niedostosowanych do charakterystyki technicznej pojazdu czy nakazem zapoznania się z historią choroby pacjenta przed zabiegiem operacyjnym. Wreszcie podaje on trzecią konkretyzację obowiązku ostrożności, jakim jest nakaz rozważanego zachowania się w sytuacjach niebezpiecznych¹⁷⁷². Ta ciekawa analiza¹⁷⁷³ odwołuje się ostatecznie jednak do figury ostrożnego człowieka na miejscu sprawcy¹⁷⁷⁴, co czyni ją poważnie ułomną.

Ten krótki przegląd poglądów uzmysławia brak zgodności nauki hiszpańskiej co do instytucji norm ostrożności tak na płaszczyźnie dogmatycznej, jak i pojęciowej. Podjąć więc należy pewną próbę uporządkowania pojęć z wykorzystaniem orzecznictwa hiszpańskiego Sądu Najwyższego – Tribunal Supremo.

149.

¹⁷⁶⁸ Chociaż jak zauważa tenże autor jest to „(...) terreno más pantanoso” pisząc, op.cit., s. 152, dalej: „aunque, en cualquier caso, la mayoría de la doctrina apuesta por la impunidad”. Wy tłumaczeniem przywoływanym w tym kontekście jest przeważający interes społeczny.

¹⁷⁶⁹ Czego ilustracją może być cytowane przez R. de V. Martinezę, op.cit., s. 162 orzeczenie AP Soria z 15 czerwca 2008 r., gdzie zauważa się że „(...) El desgraciado lanzo se produjo en la disputa del balón” (cyt. za idem, loc.cit.).

¹⁷⁷⁰ Zob. stwierdzenie R. de V. Martinez, op.cit., s. 167: „(...) Incluso se ha apreciado falta de lesiones por imprudencia leve en el ámbito deportivo (...)”.

¹⁷⁷¹ S. Mir Puig, „Derecho Penal. Parte General”, Barcelona 2011, s. 298.

¹⁷⁷² S. Mir Puig, op.cit., s. 298–299.

¹⁷⁷³ Stanowiąca zupełnie inną klasyfikację niż ta zaproponowana przez A. Zolla, „Brak...”, s. 247–248.

¹⁷⁷⁴ A więc zgodnie ze stwierdzeniem S. Mir Puig, op.cit., s. 299: „deberá elegirse como baremo la imagen ideal del hombre diligente en la misma posición del autor”. Autor nie czyni wyjątku nawet na rzecz osoby, która dysponuje jedynie niższymi od normalnego człowieka w pozycji sprawcy zdolnościami, stwierdzając, op.cit., s. 302, że w takiej sytuacji czynu nie można mu jedynie przypisać.

2) Pojęcie norm ostrożności w orzecznictwie Sądu Najwyższego Hiszpanii

Z dużą częstotliwością odwołanie do pojęcia obowiązku i norm ostrożności występuje w orzecznictwie hiszpańskiego Tribunal Supremo. Już we wczesnych rozstrzygnięciach wydanych pod rządami obecnie obowiązującego CP zaakcentowano, że normy ostrożności nie są wyłącznie wysłowione w aktach prawnych, ale stanowią wyraz zasad rządzących aktywnością społeczną w obrębie pewnej grupy społecznej¹⁷⁷⁵. Charakterystyczne jest jednak to, że występuje tutaj odniesienie do obowiązku ostrożności, którego naruszeniem jest przekroczenie normy nakazującej postępowanie w dany sposób¹⁷⁷⁶. W kontekście tego ostatniego orzeczenia (tj. STS 535/99) sformułować można w szczególności dwie krótkie uwagi. Po pierwsze, zdaje się ono ujmować normę ostrożności jako normę nakazującą podjęcie pewnego zachowania, a nie – jak chociażby postulował to na gruncie nauki niemieckiej C Jakobs¹⁷⁷⁷ – jako pewien zakaz. Dalej: obowiązek ostrożności jest pojmowany nie jako pewne nastawienie psychiczne – a więc chociażby obowiązek należytego wyłączenia uwagi – lecz charakterystyka przedmiotowa czynu sprawcy. Również lektura fragmentu innego, pochodzącego także z roku 1999 orzeczenia uzmysławia, że pojmowanie konkretyzacji obowiązku ostrożności przez pryzmat sformalizowanych norm ostrożności na gruncie nauki hiszpańskiej nie jest dogmatem: w treści uzasadnienia tego orzeczenia stanowi się o „*serii norm wywiedzionych z doświadczenia i współżycia społecznego*”¹⁷⁷⁸.

Pod tym względem podobne jest rozstrzygnięcie z dnia 28 lutego 1998 w sprawie STS 1353/1998, które dotyczyło odpowiedzialności za błędy przy przebudowie hotelu, skutkujące jego zawaleniem się pociągającym za sobą śmierć 6 pracowników budowy. We wniesionej kasacji podniesiono m.in., iż brak jest możliwości przypisania odpowiedzialności karnej¹⁷⁷⁹ Prezesowi Zarządu przedsiębiorstwa będącego właścicielem przebudowywanego hotelu. Rozważając tę

¹⁷⁷⁵ W tym duchu wypowiedział się TS w orzeczeniu STS 25/1999, stwierdzając „(...) *el respeto y observancia del deber de cuidado que el ordenamiento legal y las reglas que impone la convivencia de las personas que forman el grupo humano exigen cuando se desarrolla un actividad peligrosa susceptible de ocasionar daños a los demás.*”

¹⁷⁷⁶ Zgodnie bowiem z rozstrzygnięciem STS 535/99: „(...) *transgresión de una norma socio-cultural que está demandando la actuación de una forma determinada, que integra el elemento normativo externo*”.

¹⁷⁷⁷ Co do omówienia tego poglądu zob. O. Triffterer, „*Merkmale der Fahrlässigkeit und ihre Bedeutung im Verbrechenssystem*”, w: „*Księga pamiątkowa ku czci Igora Andrejewa*”, red. L. Gardocki, Warszawa 1988, s. 187.

¹⁷⁷⁸ Zob. wyrok w sprawie o sygn. STS 1384/99: „(...) *es necesario volcar todos esos elementos sobre un factor normativo o externo que viene representado por la infracción del deber objetivo de cuidado que concreta en una serie de normas derivadas de la experiencia y de la convivencia que deben ser observadas en el desarrollo de las actividades que cada uno de los sujetos desarrolla en la vida social.*” Orzeczenie to powołuje także B. Flores, op.cit., s. 275.

¹⁷⁷⁹ Której podstawą jest art. 565 CP z 1944 r., w brzmieniu nadanym mu nowelizacją z 1973, stanowiący, iż: „*El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que si mediare dolo constituiría delito, será castigado con pena de prisión menor*”.

kwestię, analizuje się normę ostrożności nakładającą obowiązek ostrożności obejmujący dwa aspekty: normę, która nakłada obowiązek przewidzenia niebezpieczeństwa oraz obowiązek zachowania się z należytą ostrożnością wobec przewidzianego uprzednio niebezpieczeństwa¹⁷⁸⁰.

Również w najnowszym orzecznictwie Tribunal Supremo odwołania do obowiązku ostrożności są liczne. Przykładem w tej mierze być może orzeczenie w sprawie STS 5768/2013 z dnia 27 listopada 2013 r. Zapadło ono na gruncie stanu faktycznego, w którym późniejsi oskarżeni, Eutimo i Arcadio brali udział w planowanej interwencji policyjnej, w trakcie której zatrzymane zostało Porsche Cayenne z dwoma podejrzanymi. Zatrzymany samochód podejrzanych został otoczony przez uzbrojonych w broń krótką funkcjonariuszy, którzy nakazali podejrzanym opuścić pojazd. Po zignorowaniu tego polecenia, wybito szyby w aucie, co spowodowało, że podejrzani ruszyli, przemieszczając się autem o kilka (2 do 3) metrów do przodu. W tym momencie Arcadio, chcąc chronić swoich kolegów funkcjonariuszy na barykadzie na drodze, wrzucił do pojazdu granat STUNT¹⁷⁸¹ mając świadomość, że czas detonacji wynosi 2 sekundy oraz, że spadnie bezpośrednio na ciało poszkodowanego Juana P., który w wyniku interwencji odniósł obrażenia skutkujące koniecznością poddania się leczeniu medycznemu. Odrzucając kasację, TS wywodzi, iż w przedmiotowym stanie faktycznym zarówno obiektywne niezachowanie obowiązku ostrożności, jak i zaniechanie subiektywne (brak właściwej uwagi) obowiązku ostrożności występują w stopniu dostatecznie poważnym, żeby uzasadnić kwalifikację prawną z art. 152.1 CP a nie 617 CP¹⁷⁸² – jak postulowała obrona.

Podobnej sytuacji dotyczy orzeczenie w sprawie STS 5439/2013 z dnia 6 listopada 2013 r. W przedmiotowej sprawie rozstrzygana była skarga kasacyjna w przedmiocie odpowiedzialności funkcjonariuszy Cuerpo Nacional de Policía, którzy interweniowali wobec Diego i Hermenegildo. Ten drugi z nich, prowadząc samochód marki Opel Corsa nie podporządkował się zatrzymaniu przez funkcjonariuszy i po próbie przejechania interweniującego Policjanta próbował uciec. Pierwszy z funkcjonariuszy¹⁷⁸³ oddając dwa strzały ze służbowej broni Heckler and Koch spowodował obrażenia oskarżonego Hermenegildo skutkujące jego 87 dniowym leczeniem w szpitalu. Wykluczając odpowiedzialność za czyn popełniony z zamiarem ewentualnym TS

¹⁷⁸⁰ Zob. s. 9 uzasadnienia wyroku, stwierdzającego: „*La parte objetiva del tipo supone la infracción de la norma de cuidado (desvalor de la acción) y la resultancia de la parte objetiva de un hecho previsto en un tipo doloso (desvalor del resultado)*”. W treści samego uzasadnienia podkreśla się, że takie ujęcie nieumyślności korzysta z dorobku doktryny prawa karnego (o czym dobitnie świadczyć może stwierdzenie: „*(...) ha de partir de la estructura señalada por la más autorizada doctrina científica española (...)*”).

¹⁷⁸¹ Jak ustalano w trakcie procesu, kierował się on dążeniem do ochrony swoich towarzyszy na blokadzie drogowej.

¹⁷⁸² Zgodnie z art. 152 1 CP: „*EL que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado (...)*”, natomiast w myśl art. 617 CP: „*El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado (...)*”. Dla dodatkowego uzasadnienia tej sytuacji wskazuje się na skutek czynu sprawcy oraz niebezpieczeństwo jego czynu: zob. s. 6 uzasadnienia orzeczenia sprawie o sygn. STS 5768/2013. Dla przedmiotowych rozważań mniejsze znaczenie ma rozważana przez TS odpowiedzialność Eutimio, który dowodził całą akcją i zezwolił na użycie granatów STUNT.

¹⁷⁸³ Oznaczony w treści orzeczenia dla jego animizacji NUM001.

podkreśla, że brak ostrożności, rozumiany w orzecznictwie jest w dwóch aspektach¹⁷⁸⁴: wewnętrznej, tj. jako naruszenie normy ostrożności kreującej obowiązek przewidywania niebezpieczeństwa oraz zewnętrznej – jako zewnętrzne zachowanie się zgodnie z normami ostrożności¹⁷⁸⁵. Już takie rozumowanie ujawnia nie tylko istotny kontrast wobec poprzednio analizowanego wyroku, ale zdradza wieloznaczność w pojmowaniu normy ostrożności. Identycznie sformułowanej przesłanki odpowiedzialności karnej za czyn nieumyślny doszukać się można w rozstrzygnięciu (sygn. ATS 10266/2013) z dnia 24 października 2013 r.¹⁷⁸⁶. Taki stan rzeczy nie jest jednak żadnym przełomem w orzecznictwie hiszpańskim – już bowiem w pierwszych wyrokach wydanych na gruncie nowego CP z 1995 r. akcentowało się znaczenie normy ostrożności analogiczne z przyjętym w poprzednim stanie prawnym.

To że wejście w życie nowego CP nie zmieniło zasadniczo tego stanu rzeczy potwierdza wreszcie analiza orzeczenia z dnia 22 grudnia 2001 w sprawie STS 10259/2001. Jest ono niezwykle ciekawe chociażby z tego względu, iż zawiera obszerną analizę porównawczą nowego i poprzedniego stanu prawnego. Jej podstawą faktyczną stanowiła śmierć Victora Manuela, który natłuszczał – na polecenie Jose Cabrosa, zarządcy fabryki oliwy położonej obok Atarfe – zęby będącego w ruchu cylindra pieca suszącego. Czynność tę V. Manuel wykonywał ręcznie, bez zabezpieczania, w ten sposób, że smarowidło dzięki ruchowi cylindra miało się równomiernie po nim rozprowadzić. Na skutek zakleszczenia ręki został on do maszyny wciągnięty i zmiażdżony. Działanie takie stanowiło naruszenie wymaganej prawnie ostrożności – wynikającej nie tylko z ogólnego doświadczenia, ale także nakazanej przez regulację prawną¹⁷⁸⁷. Nawiązując do przyjętego w CP z 1995 rozróżnienia pomiędzy *imprudencia leve* oraz *grave*¹⁷⁸⁸, wskazuje się, że u podstaw obu tych form nieumyślności leży naruszenie obiektywnego obowiązku ostrożności, swoistego „nerwu nieumyślności”¹⁷⁸⁹. Obowiązek ostrożności, jak zauważa TS, nie wyczerpuje się w zachowaniu ostrożności przeciętnego człowieka, lecz także w zachowaniu reguł zawartych

¹⁷⁸⁴ W tym zakresie Sąd Najwyższy odwołuje się do wyroków w sprawach STS 282/2010, STS 181/2009 oraz STS 1089/2009.

¹⁷⁸⁵ Zob. s. 6 uzasadnienia w sprawie STS 5439/2013: „(...) la infracción de una norma de cuidado cuyo aspecto interno es el deber de advertir el peligro y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido”.

¹⁷⁸⁶ Zob. s. 3 rzeczonego uzasadnienia, gdzie stwierdza się, iż jedną z przesłanek nieumyślności jest: „La infracción de una norma de cuidado, cuyo aspecto interno es el deber de advertir la presencia del peligro, y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido”.

¹⁷⁸⁷ Chodzi tutaj o powołane w treści uzasadnienia art. 42–45 de la Ley 31/1995 de prevención de Riesgos Laborales, które szczegółowo opisują owe „Responsabilidades y sanciones”, jakie grożą pracodawcy w przypadku naruszeń zasad BHP w miejscu pracy. Por również s. 4 uzasadnienia w sprawie STS 10259/2001.

¹⁷⁸⁸ Co w przypadku nieumyślnego spowodowania śmierci oznacza inną kwalifikację czynu – odpowiednio z art. 621.2 CP zgodnie z którym „2. Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.” (tj. w przypadku *imprudencia leve*) bądź 142.1 CP, zgodnie z którym: „1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.” (tj. w przypadku „*imprudencia grave*”). W zależności od powagi naruszenia tej normy ostrożności, uzasadnione jest przyjęcie jednej z tych form.

¹⁷⁸⁹ W oryginale „*nervio de la imprudencia*” zob. s. 5 uzasadnienia wyroku w sprawie STS 10259/2001.

tak w odpowiednich aktach normatywnych, jak i wypracowanych w życiu społecznym. Przekroczenie tych norm prawnych czy też norm „społeczno-kulturalnych” leży u podłoża bezprawności czynów nieumyślnych¹⁷⁹⁰. Niemniej takie rozważania nie odbiegają od dotychczasowego schematu egzekucji obowiązku ostrożności¹⁷⁹¹.

Komentując stan orzecznictwa hiszpańskiego, zwrócić należy raz jeszcze uwagę na fakt, że pojmowanie normy ostrożności jest dwuznaczne: rozciąga się ono zarówno na nastawienie psychiczne sprawcy wyrażające się w obowiązku spostrzeżenia pewnego niebezpieczeństwa jak i na samą dyrektywę określonego zachowania się¹⁷⁹². Analiza kilku wybranych orzeczeń TS ukazuje zarazem, że trudno tutaj mówić o jakiś spójnych kierunkach jego ewolucji.

3) Konkluzje

Ze względu na poglądowy charakter powyższej analizy, z dużą ostrożnością podchodzić należy do formułowania kategoriowych konkluzji. Niemniej jednak analizując kierunki rozważań nauki hiszpańskiej zaryzykować można spostrzeżenie, że zbliżają się one do stanowisk znanych już z doktryny niemieckiej, nie oddając jednak całego jej bogactwa. Cechą charakterystyczną karnistyki hiszpańskiej jest to, że wykazuje ona pewną stałość poglądów wyznaczoną przez recepcję konceptów znanych z nauki niemieckiej jeszcze pod rządami poprzedniego CP z 1944 r. w brzmieniu nadanym nowelizacją z 1973 r. Nie brak jednak akcentów autonomicznych. Jednym z nich jest posługiwanie się obowiązkiem ostrożności (*deber de cuidado*), który, rozpatrywany w płaszczyźnie obiektywnej i subiektywnej, stanowi podstawę przyjęcia nieumyślności. Zarazem nie oznacza to automatycznie wartościowania norm ostrożności, które uwzględniane w rozważaniach doktryny, nie zawsze są przedmiotem rozważań w orzeczeniach sądowych. Niemniej jednak figura

¹⁷⁹⁰ Warto tutaj dla pełnego obrazu przytoczyć szerszy *passus* uzasadnienia w tej sprawie (zob. s. 4): „(...) *factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, definido el mismo no sólo atendiendo a la respuesta exigible a un hombre consciente, de prudencia e inteligencia media, sino, también, a un conjunto de reglas extraídas de la estimable cantera de la común y diaria experiencia, muchas de ellas cristalizadas y consolidadas a través de normas reglamentarias o de otra índole, aceptadas e impuestas en la vida social y en cuyo escrupuloso atendimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro acentuadas por sobrevenencia de circunstancias excepcionales; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes, al erigirse aquéllos en reglas rectoras de un sector actuacional; el reproche de culpabilidad pasa por la constatación de que el autor, con su comportamiento peligroso, ha infringido el deber de cuidado requerido, en general, en el tráfico en aras de la evitación del resultado dañoso, mostrándose igualmente inobservante de aquellas previsiones que eran exigibles en atención a sus personales aptitudes*”.

¹⁷⁹¹ O czym świadczy w przekonaniu autora najtrafniej dyferencjacja występująca w innym fragmencie tego wyroku (zob. s. 3 uzasadnienia w sprawie STS 1353/1998) pomiędzy „*un deber de saber*” oraz „*un deber de evitar*”.

¹⁷⁹² W takim rozumieniu posługuje się nim TS w uzasadnieniu rozstrzygnięcia z dnia 26 września 2004 STS 5959/2004, s. 12, gdzie stwierdza się, iż norma ostrożności może mieć heterogeniczną proveniencję: „*La norma de cuidado, al igual que el riesgo permitido, puede estar establecida en la ley, en un reglamento, en disposiciones particulares y, desde luego, basada en la experiencia*” a samo zachowanie obowiązku ostrożności musi być oceniane z perspektywy *ex ante*.

norm ostrożności jest widoczna w orzecznictwie hiszpańskiego TS w większym stopniu niż w orzecznictwie SN w Polsce.

Zaprezentowany powyżej krótki przegląd poglądów karnistyki hiszpańskiej unaocznia, że nie może ulegać wątpliwości, że doniosłość norm ostrożności dla dogmatyki przestępstwa nieumyślnego – dalekiej skądinąd od pogłębionych rozważań nad istotą normy prawnokarnej – jest wręcz podstawowa.

V. Podsumowanie

Kończąc ten krótki z konieczności przegląd postrzegania norm ostrożności w trzech porządkach prawnych stwierdzić należy, iż rysuje on obraz heterogeniczny. O ile zarówno w kontynentalnych systemach prawnych (Niemcy, Hiszpania) jak i w systemie brytyjskiego *common law* istniejące w życiu społecznym, empirycznie postrzegalne normy ostrożności są wartościowane przez porządek prawny, to brak jest jednolitego poglądu co do ich funkcji i znaczenia. Co więcej, analiza doktryny niemieckiej uwidacznia swoistą ich peregrynację po strukturze przestępstwa; bez trudu odszukać można również konkurujące ze sobą poglądy sytuujące je bądź to na płaszczyźnie winy, bądź na płaszczyźnie znamion typu czy bezprawności czynu zabronionego. Analogicznie jest w pozostającej pod jej wpływem karnistyce hiszpańskiej. Ewolucję tę trudno uznać za zakończoną, wręcz przeciwnie: w najnowszym czasie odchodzi się do rozpowszechnionej w latach 80-tych XX wieku propozycji wartościowania ich jako podstawy tzw. obiektywnego przypisania skutku. Pojawiają się nowe wątpliwości, w tym dotyczące konstytucyjności praktyki sądowniczej w zakresie stosowania prawa w przypadku przestępstw nieumyślnych, gdzie relewancja norm ostrożności jest najbardziej widoczna. Wszystko to powoduje, że tym bardziej aktualizuje się potrzeba pochylenia się nad tym zagadnieniem po to, aby wiążąc intuicje dogmatyczne ze sprawnością teoretyczną, bardziej zdecydowanie określić ich rolę dla struktury przestępstwa, czy też mówiąc szerzej, prawa karnego, do czego, jak mam nadzieję, przyczynią się chociaż w skromnym stopniu rozważania zamieszczone w pozostałych dwóch rozdziałach niniejszej pracy.

Rozdział VI

Teoretyczno–prawna analiza norm ostrożności

I. Uwagi wstępne

Przypomnieć należy, że brzmienie k.k. z 1997 r., a zwłaszcza art. 9 § 2 k.k. uzmysławia, iż ustawodawca odwołuje się do wprost do pojęcia nieostrożności¹⁷⁹³. Również lektura szeregu przepisów części wojskowej tego aktu umożliwia wykrycie operowania tym pojęciem; w art. 354 § 1 k.k. mówi się o nieostrożnym obchodzeniu się z bronią wojskową; jest tam też mowa o nieostrożnym używaniu broni wojskowej, amunicji materiału wybuchowego czy innego środka walki. Z kolei mający dużą doniosłość praktyczną art. 177 § 1 k.k. stanowi o nieumyślnym naruszeniu „(...) zasady bezpieczeństwa w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym”. Wreszcie art. 359 k.k. traktuje o sytuacji, gdy żołnierz „nie dopełniając obowiązku lub przekraczając uprawnienia” dopuszcza do nieumyślnej utraty broni, amunicji materiału wybuchowego lub innego środka walki¹⁷⁹⁴. Te ostatnie przykłady można by mnożyć.

W żadnym z tych przepisów nie ma mowy wprost o będących przedmiotem niniejszej pracy normach ostrożności. Zarazem bez trudu spotkać się można z odwołaniem się do „reguł ostrożności” w prawie każdym aktualnym podręczniku polskiego prawa karnego¹⁷⁹⁵. Wśród innych karnistów występują nadto inne, podobne pojęcia (takie jak: reguły postępowania z dobrem prawnym czy chociażby zwyczajnie reguły postępowania), które – jak sygnalizowano już wielokrotnie w niniejszej pracy – mają dość nieprecyzyjnie określone znaczenia. Wyraziłem już pogląd, że brak jest dostatecznych merytorycznych podstaw do ich wyszczególnienia¹⁷⁹⁶: sprzeciwia się temu nie tylko stosowana w dogmatyce prawa karnego z powodzeniem zasada brzytwy Ockhama, zakazująca mnożenia bytów ponad konieczność¹⁷⁹⁷, ale i fakt, że określenia takie sugerują odmienne desygnaty, która to sugestia okazuje się błędna przy bardziej

¹⁷⁹³ Dla przypomnienia przepis ten ma następujące brzmienie: „§ 2. Czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć.”

¹⁷⁹⁴ Nieco analogicznym sformułowaniem posługuje się art. 220 § 2 w zw. z art. 220 § 1 k.k.

¹⁷⁹⁵ Egzemplifikacją takich rozważań jest chociażby fragment podręcznika Ł. Pohla, „Prawo karne. Wykład...”, s. 152–153. Podobnie A. Zoll, W. Wróbel, „Polskie prawo karne. Część Ogólna”, Kraków 2013, s. 219, gdzie stwierdzono: „Chodzi w tym wypadku, podobnie jak przy czynach zabronionych charakteryzujących się umyślnością, o naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym.”

¹⁷⁹⁶ Dla przypomnienia, do podobnych konkluzji dochodzi autorka jedyne do tej pory opracowania dotyczące norm ostrożności, A. Barczak–Oplustil, „Reguły...”, s. 13 (Cz. I, Rozdział I, pkt. 2.1), gdzie stwierdzono: „W tym miejscu jeszcze raz należy podkreślić, iż społeczeństwo wykształciło tylko jedne reguły normujące sposób postępowania z określonymi dobrami prawnymi, czy służące ochronie tych dóbr. Trudno zatem znaleźć uzasadnienie dla odmiennego traktowania reguł postępowania i norm ostrożności”.

¹⁷⁹⁷ Co do tej zasady zob. np. J. Majewski, „Prawnokarne ...”, s. 81–82.

szczegółowej analizie. Niemniej jednak pogląd taki nie zaprzecza temu, że na gruncie dogmatyki prawa karnego znaczenie zyskuje figura reguł czy norm ostrożności, lecz wręcz przeciwnie – go umacnia. Odrzucając koncepcje niestosowania samoistnie norm ostrożności na gruncie odpowiedzialności karnej¹⁷⁹⁸, zaznaczyć należy, iż ich desygnaty dają się wskazać w obserwacji realiów społecznych¹⁷⁹⁹. Stąd też w poniższych rozważaniach nie jest tak, że wertowana będzie spuścizna polskiej teorii prawa i logiki norm w celu wpisania w kategorie dotychczas opisanych typów wyrażen bytu, który *de lege lata* istnieje tylko w akademickich rozważaniach doktryny¹⁸⁰⁰.

Jak wynika to jednak z wcześniejszych rozważań, kategoria norm ostrożności, kierując się przynajmniej pewnym oglądem intuicyjnym, nie jest jednolita. Poniżej przedstawiona zostanie pewna wstępna próba ich klasyfikacji.

Zanim to zostanie uczynione, poczynić należy kilka uwag wprowadzających. Zasadniczy zręb dalszych rozważań ukierunkowany zostanie na próbę odpowiedzi na pytanie, czym jest norma ostrożności z punktu widzenia teorii prawa. Ucieczka od tego pytania – biorąc pod uwagę fakt doniosłości tej figury dla odpowiedzialności karnej, doniosłości, która wykracza – zgodnie z cytowanymi już najnowszymi poglądami¹⁸⁰¹ – poza problematykę odpowiedzialności karnej za czyny nieumyślne, jest niemożliwa. Zarazem w przedmiotowym fragmencie pracy zupełnie bez znaczenia będą roztrząsane w innym miejscu spory o dogmatyczne znaczenie tej figury, które najogólniej określić można jako pytanie o umiejscowienie norm ostrożności w strukturze przestępstwa¹⁸⁰². Niezależnie bowiem od tego, czy ma być to raczej wstępny warunek normowania czy chociażby nawet podstawa tzw. obiektywnego przypisania skutku, teoretycznoprawny charakter normy ostrożności pozostanie kwestią autonomiczną, kwestią nad którą pochylić się wypada z zachowaniem właściwych standardów naukowych¹⁸⁰³.

Ogólną podstawą poniższych rozważań będą osiągnięcia tzw. poznańskiej szkoły teorii prawa, której korzenie sięgają wywodzących się z lat 20 tych XX wieku prac pierwszego z jej

¹⁷⁹⁸ Autorstwa wielokrotnie już powoływanego w niniejszej pracy J. Majewskiego, loc. cit., a podtrzymywaną obecnie w szczególności przez T. Kaczmarka.

¹⁷⁹⁹ Zob. badania przeprowadzone w tym zakresie na gruncie nauki ergonomii przez U. Torell, S. Bremberg, „*Unintentional Injuries: Attribution, Perceived Preventability and Social Norms*”, *Journal of Safety Research* 1995, vol. 26, nr. 2, s. 63–73, gdzie autorzy przeprowadzili badania wśród 114 należących do trzech różnych grup społecznych respondentów co do ich ocen wskazanych wypadków, które doprowadziły do lekkich uszczerbków na zdrowiu osób w nich uczestniczących. Ocena 79 respondentów wskazywała wprost na nieostrożność zachowania sprawców, które określano, m.in. jako „*careless*”, „*stupid*”, „*slipshod*”, „*inattentive*”, „*clumsy*”, (zob. eadem, op.cit., s. 66).

¹⁸⁰⁰ Zarazem powyższą wypowiedź rozumieć należy socjologicznie i nie jako wyraz aspiracji do zajęcia stanowiska w sprawie ontologicznej formy istnienia norm. Por. w tej ostatniej sprawie. J. Lande, „*Nauka o normie prawnej*”, *Annales UMCS*, Lublin 1956, t. III, s. 4 i n.

¹⁸⁰¹ Ł. Pohl, „*Niezachowanie...*”, s. 84, tak samo A. Zoll, W. Wróbel, loc. cit.

¹⁸⁰² Zob. Rozdział VII niniejszej pracy.

¹⁸⁰³ Wskazać należy, że poważne rozważania na temat norm związane są z bujnym rozwojem logiki, która w połowie XX wieku zaczyna interesować się rachunkiem norm. Wiele z ogłoszonych prac poświęconych problematyce normy słuszenie uległo szybkiemu zapomnieniu, stąd też w poniższych rozważaniach wypadnie przypomnieć treść przynajmniej niektórych z nich.

protagonistów – Cz. Znamierowskiego¹⁸⁰⁴. Niemniej jednak w należyтым stopniu wykorzystany zostanie dorobek innych myślicieli z różnych ośrodków naukowych w Polsce¹⁸⁰⁵. Naturalnie, w szerszym zakresie rozważane będą te typy wypowiedzi, do których normy ostrożności wykazują szczególne powinowactwo; natomiast inne – te które już w szkicowej charakterystyce okażą się zupełnie odmienne, nie będą przedmiotem głębszych analiz.

Przystępując do poniższych dociekań wysunąć można bardzo ostrożną hipotezę, iż norma ostrożności wpisuje się w dotychczasowe kategorie wypowiedzi, w znacznej części już opisane w teorii prawa, i nie stanowi żadnego, nienazwanego typu wyrażenia czy całkowicie nowego, samoistnego bytu. Do takiej hipotezy uprawnia przegląd bogactwa literatury teoretyczno–prawnej, w której szereg kategorii normatywnych jawi się już *prima facie* jako podobnych w strukturze do normy ostrożności. Skonkretyzowanie bądź sfalsyfikowanie¹⁸⁰⁶ tej hipotezy to podstawowe zadanie poniższych roztrząsań.

Wskazać należy, iż możliwości zaszeregowania normy ostrożności są bardzo duże: *prima facie* może ona być w szczególności: normą prawną bądź wypowiedzią normo–kształtną o postaci normy postępowania, rozkazem, dyrektywą techniczną, dyrektywą celowościową, optatywem, definicją, performatywem, deklaratywem, czy chociażby regułą sensu czynności konwencjonalnej. Mnogość poszczególnych typów wypowiedzi na gruncie teorii prawa niekoniecznie zresztą o niej pozytywnie świadczy.

Na szczęście już na pierwszy rzut oka wykluczone jest, iżby norma ostrożności była normą kompetencyjną. Rozważanie tej możliwości można więc sobie zaoszczędzić. Dla przypomnienia bowiem norma kompetencyjna – zgodnie z jej ujęciem autorstwa Cz. Znamierowskiego – to nic innego jak to, że „*P ma w sytuacji s powinność lub uprawnienie, by powziąć decyzję co do obowiązywania normy N*”¹⁸⁰⁷. Już taka definicja, od której nie odbiegają zasadniczo bardziej współczesne ujęcia normy kompetencyjnej¹⁸⁰⁸, wskazuje na jej szczególną rolę w systemie prawnym: wyznacza ona formalne ramy stanowienia prawa, wskazując podmioty uprawnione do stanowienia norm i to norm, które zgodnie z ich pozytywistycznym ujęciem są coraz bardziej

¹⁸⁰⁴ Szczególną uwagę zwracać będzie autor do swoistej wskazówki autorstwa Cz. Znamierowskiego, który przestrzegał przed zachwaszczaniem dyskursu nieprecyzyjnymi pojęciami i ekshibicjonizmem erudycyjnym. Niemniej odmiennie niż w pracach tego teoretyka prawa, rozdział ten opatrzony jest licznymi przypisami.

¹⁸⁰⁵ Wykraczających w niektórych miejscach poza ścisły dorobek teorii prawa, zwłaszcza teorii prawa karnego, co zdaje się o tyle uzasadnione, że „(...) logika i jurisprudencja mogą sobie dostarczać podniet twórczych”, zob. T. Kotarbiński, „Kurs logiki dla prawników” Warszawa 1963, cyt. za J. Jadacki, „Byt i powinność. Wkład XX–wiecznych myślicieli polskich do teorii imperatywów i norm”, Warszawa 2012, s. 138.

¹⁸⁰⁶ Mimo wysłowionych zarzutów przeciwko hipostatycznemu modelowi nauki chociażby przez L. Nowaka, wydaje się, że falsyfikacja jest istotnym narzędziem badacza prawoznawstwa, nawet jeżeli następuje to w tak skromnym zakresie jak w niniejszej pracy.

¹⁸⁰⁷ Cz. Znamierowski, „Oceny i normy”, Warszawa 1957, s. 507.

¹⁸⁰⁸ Tak np. S. Wronkowska, „Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa”, Poznań, 2005, s. 19–20 określa je jako „normy, które udzielają jakiemuś podmiotowi kompetencji (upoważnienia) do dokonania określonych czynności konwencjonalnych, z takim skutkiem, że przez jej dokonanie powstaną albo zaktualizują się obowiązki innych podmiotów”.

szczegółowe¹⁸⁰⁹, aż do normy indywidualnej i konkretnej, kształtującej w sposób maksymalnie dookreślony w pewnym zakresie pozycję danego podmiotu. Można co prawda przez chwilę rozważać kazus, w którym podmiot X winien ustanowić – np. zgodnie z zasadami dobrego zarządzania – pewne reguły postępowania dla podległej mu służbowo grupy osób P, tak aby zminimalizować ryzyko wystąpienia niebezpieczeństwa Y. Prawidłowa wszak analiza tej sytuacji wymaga wyodrębnienia aktualizujących się w istocie w przedstawionej sytuacji odmiennych norm: pierwszej, która wskazuje podmiotowi X, że winien on, dla zachowania należytej ostrożności w danej sytuacji, postąpić w określony sposób: odmiennie jednak niż zazwyczaj nie chodzi tu o dokonanie pewnej czynności psychofizycznej, tylko czynności konwencjonalnej, a więc takiej, które „(...) sztucznie, mocą stanowienia” zostały wyposażone w „znacznie swoiste”, inne od tego wyznaczanego przez „codzienną rzeczywistość”¹⁸¹⁰, od samej normy kompetencyjnej, która daje mu możliwość takiego działania¹⁸¹¹. Różnica ta jest więc bardziej pozorna niż rzeczywista: norma ostrożności nie wyposaża tutaj podmiotu X w daną kompetencje normodawczą, co najwyżej ostrożnie byłoby, żeby on z takiej kompetencji istotnie uczynił użytek.

Przed przejściem do dalszych rozważań podać należy – zgodnie z zapowiedzią – kilka przykładów norm ostrożności, tak aby odpowiedzieć na pytanie, czy mogą one być poddane jakiegokolwiek wstępnej próbie klasyfikacji. Punktem wyjścia mogą tutaj być wskazówki dogmatyki prawa karnego, która podkreśla fakt, że normy ostrożności wyrażają chociażby „okólniki, regulaminy”¹⁸¹², a zarazem wskazuje się, że stanowią je także „zasady wiedzy medycznej” czy inne zasady naukowe¹⁸¹³, wreszcie doniosły praktycznie ma być korpus norm ostrożności wyrażonych u.p.r.d.¹⁸¹⁴. Oprócz nich występują także odrębne normy ostrożności, ujmowane chociażby jako zasady zdrowego rozsądku i inne, dalsze.

Ich kazuistycznymi przykładami mogą być chociażby następujące stwierdzenia:

¹⁸⁰⁹ Zgodnie z najbardziej chyba jednoznacznym przedstawieniem normy kompetencyjnej autorstwa H. Kelsena, „Czysta teoria prawa”, Warszawa 1934, s. 41: „Gdyby się następnie zapytać o przyczynę mocy obowiązującej ustawy karnej, to dochodzimy do ustroju państwa, do jego konstytucji, według i na zasadzie postanowień której ustawa karna przez czynniki powołane konstytucją, w sposób jej postanowieniami przepisany została wydana”.

¹⁸¹⁰ Cz. Znamierowski, op.cit., s. 506–507.

¹⁸¹¹ Dla porządku dodam, że opieram się tutaj na postrzeganiu normy kompetencyjnej, jakiej wyrazem jest przytoczona powyżej definicja S. Wronkowskiej (przypis powyżej nr 1808).

¹⁸¹² W. Wróbel, „Zagadnienie...”, s. 172.

¹⁸¹³ II K 675/60 OSNPG 1961, z. 1, s. 1.

¹⁸¹⁴ Podając przykłady tych norm z orzecznictwa sądowego wskazać można na niedawny wyrok IV KK 44/11, który opiera się na tezie, iż „Nie sposób przyjąć, że jeśli pojazd jadący z przeciwka na wprost porusza się z niedozwoloną prędkością, to kierowca pojazdu jadącego w przeciwnym kierunku tą drogą i mający wykonać manewr skrętu w lewo nie musi ustąpić mu pierwszeństwa tylko z tego powodu, iż kierowca pojazdu mającego pierwszeństwo przejazdu (art. 25 ust. 1 i 3 p.r.d.) narusza w ten sposób zasady ruchu drogowego”. Co ciekawe, we wcześniejszym orzecznictwie (zob. np. I K 1042/56, OSNCK 1957/3/29) nie zawsze występowało odwołanie do regulacji prawa o ruchu drogowym, lecz formułowano ogólne zasady, iż: „Każdy pojazd mechaniczny powinien być na drogach publicznych prowadzony z zachowaniem wszelkich środków ostrożności”, mimo, że obowiązywała w tym czasie już regulacja ustawy z dnia 7 października 1921 r. o przepisach porządkowych na drogach publicznych (Dz. U. 1921 nr 89 poz. 657.)

P1 *Zabronione są jakiekolwiek ataki na głowę, twarz i szyję przeciwnika przy zastosowaniu otwartej ręki (...) przytrzymywanie przeciwnika za Dogi (...)*¹⁸¹⁵

P2 *U dzieci osłabionych lub niedożywionych [w przypadku objawów ostrej biegunki infekcyjnej] zaleca się dawkę [DPN] 10ml/kg masy ciała ze względu na ograniczoną zdolność do zwiększenia rzutu serca*¹⁸¹⁶

P3 *Uziemienia należy wykonać tak, aby miejsce pracy znajdowało się w strefie ograniczonej uziemieniem*¹⁸¹⁷

P4 *W godzinach szczytu na ulicy Starołęckiej w Poznaniu należy poruszać się z prędkością nie wyższą niż 60 km/h.*

Aby nie mnożyć niepotrzebnie kazuistyki, na tej podstawie zaproponować można wstępną próbę klasyfikacji norm ostrożności na te, których brzmienie jest kształtowane lub współkształtowane przez akty normatywne, inne, które są tylko pochodną aktualnego stanu wiedzy i wreszcie takie, które wywodzą się z zasobów empirycznie zgromadzonego ludzkiego doświadczenia.

Przystępując do właściwych dociekań niniejszego rozdziału, rozważyć należy w pierwszej kolejności najprostszą chyba opcję, zgodnie z którą wszystkie normy ostrożności są normami prawnymi. Zgodnie z powyższą klasyfikacją jawi się to jako najbardziej prawdopodobne w odniesieniu do tych reguł, które są wyrażone w aktach normatywnych wydanych przez właściwe organy państwa – to bowiem kryterium formalne jest nie tylko pierwszym krokiem w procesie wyszukiwania norm prawnych, a więc takich, które posiadają uzasadnienie tetyczne¹⁸¹⁸, ale także znajduje oddźwięk w literaturze przedmiotu aż do dnia dzisiejszego¹⁸¹⁹.

Bardziej problematyczne jawi się to już w odniesieniu do tych norm ostrożności, które sformułowane są chociażby w różnego rodzaju instrukcjach – jak na przykład w ulotkach dołączanych do opakowania leków¹⁸²⁰, a więc będących dwoma ostatnimi typami z powyższej propozycji klasyfikacji. I tu jednak sam jednak fakt, że nakaz przestrzegania normy ostrożności

¹⁸¹⁵ Kumite Kyokushin. Dogi jest określeniem stroju karateki w czasie walki (*kumite*).

¹⁸¹⁶ M. Mielewczyk-Malecka, „*Diagnostyka i leczenie biegunek ostrych u dzieci w warunkach szpitala powiatowego w latach 2006–2010*”, niepubl. rozprawa doktorska, Poznań 2012, s. 17–18 (tekst uzupełniony przez autora).

¹⁸¹⁷ Zob. § 27 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 marca 2013 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych (Dz.U.2013.492).

¹⁸¹⁸ A więc zgodnie z tradycyjnym ujęciem Cz. Znamierowskiego, *Podstawowe pojęcia teorii prawa* Poznań 1924, s. 18, taką w której „(...) wyraźnie wymieniona jest jej podstawa obowiązywania”.

¹⁸¹⁹ Tak więc chociażby zgodnie z ujęciem S. Wronkowskiej, op.cit., s. 18: „*normą prawną nazywa się taką normę postępowania, która została ustanowiona lub uznana przez upoważniony organ państwa*”, co oznacza, że jest ona szczególnym podtypem normy tetycznej, definiowanej jako taka, którą: „(...) ustanowił albo uznał i tego postanowienia nie odwołał ktoś, komu należy dawać szczególnie posłuch ze względu na jego szczególną pozycję społeczną”, (zob. eadem, op.cit., s. 16).

¹⁸²⁰ Które, *nota bene*, nie wymykają się całkowicie regulacjom prawnym, o czym świadczy lektura art. 2 pkt 41 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U.2008.45.271 j.t.); zgodnie bowiem z tym przepisem: „*ulotką – jest informacja przeznaczona dla użytkownika, zatwierdzona w procesie dopuszczenia do obrotu, sporządzona w formie odrębnego druku i dołączona do produktu leczniczego.*”

nie wynika z normy wyrażonej w akcie normatywnym nie może mieć rozstrzygającego znaczenia. Wpływa na to szereg względów, z których w tym miejscu skupić się wypadnie na dwóch: po pierwsze nie wyklucza to, że normy te mogą wynikać instrumentalnie z innych norm, po drugie pamiętać należy o tych ujęciach normy prawnej, które upatrują jej istoty w przeżyciach psychicznych¹⁸²¹.

Zwrócić należy uwagę na pierwszą z możliwości. Kierując się tutaj współczesnym ujęciem wynikania normy z normy, odróżnić należy sytuacje kreowane przez dyrektywę instrumentalnego nakazu oraz instrumentalnego zakazu¹⁸²². Nie może wszak ulegać wątpliwości, że norma ostrożności występować mogłaby teoretycznie w obu tych postaciach. Stąd wyszczególnić i rozważyć trzeba przesłanki, które zdają się za i przeciwko możliwości przemawiać pojmowania normy ostrożności jako tzw. normą konsekwencją przemawiać.

To, iż zakazane/nakazane jest danemu podmiotowi – adresatowi norm „wszystko, co” może prowadzić do przekroczenia normy pierwotnej, wskazuje na zbieżność z zaobserwowaną już w innych miejscach pracy właściwością norm ostrożności, a mianowicie ich zmienność w zależności od charakterystyki danej sytuacji. Problematiczne jest wszak pojmowanie tych dyrektyw instrumentalnych, które mają być pewnymi relacjami prakseologicznymi bądź też przyczynowymi¹⁸²³.

Zważyć należy, że przy takim ujęciu, odniesienie się do norm ostrożności jako samoistnej przesłanki odpowiedzialności karnej staje się wątpliwe. Nie dałoby się przekroczyć normy sankcjonowanej w sposób nie nieostrożny, chyba, że w danej sferze życia brak by było zupełnie norm ostrożności¹⁸²⁴ – ale wtedy i tak ta figura byłaby równie mało użyteczna.

Ujęcie normy ostrożności jako normy – konsekwencji wobec normy przesłanki, jaką być ma w tym przypadku norma sankcjonowana jest problematyczne także z innych powodów. Zilustrować to można na przykładzie regulacji art. 155 k.k., mającego charakter przepisu centralnego dla zrębowo w nim wysłowionej normy sankcjonowanej zakazującej nieumyślnego powodowania śmierci człowieka¹⁸²⁵. Związana z tą normą prawną norma ostrożności zakazywałaby czynić wszystkiego, co jest warunkiem dostatecznym do zrealizowania się nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka. Tak więc odnosząc to do znanego z

¹⁸²¹ Dla przypomnienia autorem takiego podejścia do normy prawnej był L. Petrażycki, o czym poniżej.

¹⁸²² Tak chociażby W. Wronkowska, op.cit., s. 94. Zgodnie z definicją przedstawioną przez poznańską autorkę „Dyrektywa instrumentalnego nakazu głosi, że skoro obowiązuje norma ustanowiona w formie przepisów prawnych i nakazująca adresatowi A zrealizować określony stan rzeczy C (norma–przesłanka) to należy przyjąć, że obowiązuje również norma, która adresatowi A nakazuje czynić wszystko, co jest warunkiem koniecznym dla zrealizowania tego stanu rzeczy C (norma–konsekwencja), chyba, że prawodawca ustanowiłby normę o innej treści”.

¹⁸²³ Intuicję taką umacniają w szczególności przykłady podawane przez W. Wronkowską, op.cit., s. 95.

¹⁸²⁴ Co, jak zostanie wykazane poniżej w Rozdziale VII, jest co prawda poglądem podtrzymywanym przez pewnych autorów, nie zasługuje wszak w żadnym stopniu na aprobatę.

¹⁸²⁵ Błędne jest bowiem utożsamienie przepisu prawnego z normą prawną; przypomnieć należy, że na tej dyferencjacji oparta jest niniejsza praca, zob. Z. Ziemiński, „Przepis prawny a norma prawna”, RPEiS 1960, nr 1, s. 105 i n.

podręczników akademickich kazusu polowania¹⁸²⁶, gdzie sprawca oddaje strzał – niezgodnie z regulacjami prawa łowieckiego i w warunkach braku dostatecznej widoczności¹⁸²⁷ – sprawca nie naruszałby jeszcze wtedy żadnej normy ostrożności, bowiem nie jest to dostatecznym warunkiem spowodowania stanu rzeczy, jakim jest śmierć człowieka. Trywialnym jest, że dla zaistnienia takiego skutku wymagane jest ziszczenie się szeregu innych przesłanek.

Sytuacja ta zmieni się, gdy podmiot odda strzał do będącego w niedostatecznie widocznych krzakach człowieka, ale wtedy widać jak na dłoni, że przekroczenie normy ostrożności jest zarazem przekroczeniem normy sankcjonowanej. Wobec tego koncepcja ta jawi się jako nie operatywna i nie ma potrzeby przytaczania dalszych argumentów przeciwko takiej konstrukcji¹⁸²⁸. Podobny rezultat osiągnie się na gruncie odpowiedzialności wykroczeniowej¹⁸²⁹.

Odnosząc się do drugiej zasygnalizowanej możliwości, wskazać należy, iż według omówionego ujęcia warunkiem uznania danej wypowiedzi za normę prawną jest fakt, żeby była ona pewną normą¹⁸³⁰, która zgodnie z procedurą stała się częścią systemu prawnego¹⁸³¹. Nie jest to jednak postawa jedyna. Zgodnie bowiem z zapoczątkowaną przez L. Petrażyckiego konkurencyjną koncepcją normy prawnej, jej istoty poszukiwać należy na gruncie przeżyć psychicznych podmiotu. Poznanie normy prawnej odbywać się może zdaniem tego autora jedynie, gdy zastosowana zostanie „metoda introspekcyjna”, której wyrazem jest „samoobserwacja zwykła i eksperymentalna”¹⁸³². Stąd też próżna jest nauka prawa – i w szczególności prowadzona tutaj

¹⁸²⁶ Przywoływany chociażby w podręczniku autorstwa L. Gardockiego, „Prawo karne”, Warszawa 2008, s. 138.

¹⁸²⁷ Zob. § 13 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 23 marca 2005 r. w sprawie szczegółowych warunków wykonywania polowania i znakowania tusz (Dz.U.2013.889 z późn. zm.), zgodnie z którym: „1. Celowanie do zwierzyny i oddanie strzału jest dopuszczalne dopiero po osobistym dokładnym rozpoznaniu zwierzyny oraz w warunkach gwarantujących skuteczność strzału i możliwość podniesienia strzelonej zwierzyny oraz bezpieczeństwo otoczenia.

2. Myśliwy może oddać strzał do zwierzyny znajdującej się od niego w odległości nie większej niż:

1) 40 m – w razie strzału śrutem lub kulą z broni o lufach gładkich;

2) 100 m – w razie strzału kulą z broni o lufach gwintowanych, przy wykorzystaniu otwartych przyrządów celowniczych;

3) 200 m – w razie strzału kulą z broni o lufach gwintowanych, przy wykorzystaniu optycznych przyrządów celowniczych.”.

¹⁸²⁸ Innym pytaniem jest natomiast użyteczność dyrektyw instrumentalnego nakazu i zakazu na gruncie prawa karnego – wydaje się, że wobec precyzyjnego opisanie zakresu normowania sankcjonowanej jest to zagadnienie w pewnym stopniu problematyczne. Chodzi bowiem w istocie o precyzyjne wytyczenie tego pola, co jest możliwe bez wprowadzania kolejnych norm (tak S. Wronkowska, op.cit., s. 95 bez zajęcia stanowiska w sprawie, czy są to normy prawne) czy też stosowniejsze jest zastosowanie modyfikatora jednej normy prawnej, jaką przedstawia norma sankcjonowana.

¹⁸²⁹ Ujawnia to chociażby rozważanie podobnego kazusu z wykroczeniem stypizowanym z art. 117 § 1 k.w., który stanowi: „Kto, mając obowiązek utrzymania czystości i porządku w obrębie nieruchomości, nie wykonuje swoich obowiązków lub nie stosuje się do wskazań i nakazów wydanych przez właściwe organy w celu zabezpieczenia należytego stanu sanitarnego i zwalczania chorób zakaźnych”. Posługując się przykładem, tutaj również samo zaniechanie uprzątnięcia śmieci z nieruchomości wypełniać będzie znamiona wykroczenia, natomiast nie będzie nim czyn polegający chociażby na tworzeniu kompostu na ogrodzie.

¹⁸³⁰ Ale niekoniecznie już normą postępowania, zob. Ł. Pohl, „Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania”, RPEiS 2006 nr 1 (poniżej przypis nr 1849).

¹⁸³¹ A więc taką wypowiedzią, która określonym podmiotom jako jej adresatom nakazuje albo zakazuje, aby w określonych okolicznościach postąpiły albo postępowały w określony sposób.

¹⁸³² L. Petrażycki, „Wstęp do nauki prawa i moralności. Podstawy psychologii emocjonalnej”, Warszawa 1959, s. 64.

analiza, która upatrywałaby norm ostrożności w „świecie zewnętrznym względem podmiotu”¹⁸³³. Tylko bowiem analiza psychiki podmiotu może dać odpowiedź na pytanie, czy traktuje on ją jako normę imperatywno–atrybutywną¹⁸³⁴.

Pierwszy problem pojawiający się w tym kontekście to możliwość wyodrębnienia w regule ostrożności owych dwóch składników, jakimi są pewne prawa jednej osoby sprzężonej z obowiązkiem drugiej osoby. Gdy analizuje się dowolną z przykładowo podanych powyżej reguł, jak chociażby nakaz stosowania odpowiedniej dawki lekarstwa (zob. P2), to widać, że występują tutaj dwa podmioty – a więc przykładowo pielęgniarka w szpitalu oraz leczony pacjent. Niemniej problematyczne jawi się przeżywanie przez nich sytuacji dawkowania leku jako prawnej. O ile bowiem założyć można by jeszcze, że u pacjentów występują swoiste przeżycia psychiczne – jako coś „(...) *należnego, nadanego autorytatywnie przydzielonego im (attributum)*”¹⁸³⁵ w odniesieniu uprawnienia do uzyskania prawidłowego leczenia, to już trudno by racjonalnie przyjąć, że treścią ich wyobrażenia jest to, że pielęgniarka stosować się ma do ogólnych czy też standardowych wytycznych stosowania tego leku. Jest nim raczej to, że stosowanie substancji aktywnych zawartych w danym specyfiku winno być adekwatne do zdiagnozowanych objawów przypadłości chorobowej. A jest to niebagatelna różnica¹⁸³⁶. Przypuszczać należy, że również po stronie pielęgniarki poczucie wiążącego ją imperatywu nie wykracza poza obowiązek leczenia zgodnie z aktualnym stanem zdrowia pacjenta i wiedzą medyczną. Ten obowiązek z kolei jako zbyt ogólny nie jest już normą ostrożności, a bardziej konkretne wskazanie wiedzy naukowej nie znajduje odzwierciedlenia w przeżyciach pacjenta. Wątpić należy również czy konkretny sposób podania leku jest przeżywany psychicznie jako norma imperatywno–atrybutywna, inaczej bowiem każda działalność architektów, lekarzy, sportowców czy chociażby innych fachowców byłaby krępowana normami prawnymi. Trudno racjonalnie sądzić, że treść przeżycia psychicznego walczących na ringu zapaśników co do stosowania regulaminu walki ma charakter imperatywno–atrybutywny: granicą przeżycia psychicznego jest co najwyżej świadomość obowiązywania imperatywu zadawania ciosów zgodnie z zasadami gry i będące jej konwersem roszczenie do zadośćuczynienia dyscyplinarnego w przypadku jego naruszenia. Gdyby zapytać piłkarzy, czy

¹⁸³³ L. Petrażycki, op.cit., s. 51.

¹⁸³⁴ Zdaniem bowiem L. Petrażyckiego taka postać właśnie normy, w przeciwieństwie do norm imperatywnych, w której to postaci występują normy moralne, jest charakterystyczna dla norm prawnych (zob. L. Petrażycki, „O normach moralnych i prawnych i sposobach ich wyrażania”, w: idem, „O nauce, prawie i moralności” Warszawa 1985, s. 249–253, cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 84–85).

¹⁸³⁵ Zob. L. Petrażyckiego, „O normach...”, loc. cit., cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 84.

¹⁸³⁶ Mam zarazem świadomość, że wnioskowanie takie jest pochodną intuicyjnego oglądu, słuszne jest bowiem twierdzenie, że do głowy sprawcy „wejść się nie da”, mimo to w nauce prawa karnego powszechne jest postulowanie i opisywanie potencjalnych procesów psychicznych zachodzących w głowie sprawcy (zob. G. Rejman, „Kształtowanie się form winy w prawie polskim”, Warszawa 1980, s. 248–250). Niemniej można mieć nadzieję, że pogłębiając badania w tej mierze przeprowadzone zostaną bardziej szczegółowe wywiady środowiskowe, choćby przez badaczy kontynuujących spuściznę L. Petrażyckiego.

popelniony w trakcie gry *foul* jest ich zdaniem sprzeczny z prawem, to odpowiedzieliby, że jest to nieuchronną i akceptowaną częścią rywalizacji sportowej. Jako przeżycie o charakterze prawnym określić można roszczenia do niepowodowania umyślnych uszczerbków przy przekroczeniu zasad gry, co istotnie pokrywa się brzmieniem wysłowionych w przepisach aktów ustawodawczych norm prawnych. Stąd też nawet kierując się założeniami petrażycjańskiego ujęcia normy prawnej jako skomplikowanego, dostępnego wyłącznie człowiekowi przeżycia procesu psychicznego „*typu prawnego*”¹⁸³⁷ uznać należy, że to przeżycie psychiczne nie obejmuje normy ostrożności. Nawet więc w ujęciu tej teorii norma ostrożności nie będzie normą prawną¹⁸³⁸. Dalsze wywody wykazujące niemożność zastosowania myśli wybitnego petersburskiego filozofa do norm ostrożności nie są konieczne.

Z analizy powyższej wyłania się obraz norm ostrożności jako wyrażen nieposiadających przymiotu norm prawnych. Jedynym wyjątkiem mogłaby być sytuacja ujęcia ich przez ustawodawcę w formę przepisów prawnych, co dotyczyć może zwłaszcza przepisów u.p.r.d. Postawić więc należy następujące pytanie: czy wymagana ostrożność, o której stanowi art. 9 § 2 k.k. w sferze komunikacji drogowej spełnia się w przestrzeganiu norm wynikających z u.p.r.d.? W polskiej doktrynie nie brakuje głosów, które kwestionują automatyzm takiego wnioskowania¹⁸³⁹. Również lektura regulacji u.p.r.d. ujawnia jego szczególny charakter: nierzadko nie wskazują one w sposób wyczerpujący jak zachować się ma dany uczestnik ruchu, lecz jedynie obligują go do szczególnej ostrożności i pewnych czynności psychofizycznych przy dokonywaniu manewrów pojazdem mechanicznym¹⁸⁴⁰. Tytułem przykładu: w przypadku manewru wymijania ustawodawca nie precyzuje, jaki odstęp zachować w sytuacji „*gdy wymijanie następuje na wąskiej drodze*” znajdującej się zarazem na „*niebezpiecznym spadku*”¹⁸⁴¹. W tej sytuacji zarazem, zdaniem R.A. Stefańskiego, pierwszeństwa „*należy udzielić pojazdowi mniej zwrotnemu*”, a „*Nie wynika to z przepisów, lecz z zasad przyjętych w praktyce*”¹⁸⁴². Tak więc okazuje się, że nawet przy przyjęciu słusznej dyferencjacji pomiędzy samym przepisem ustawowym a derywowaną z niego normą prawną, ich odtwarzanie jest istotnie kłopotliwe.

¹⁸³⁷ L. Petrażycki, op.cit., s. 61.

¹⁸³⁸ Wskazać należy na wysłowioną wielokrotnie krytykę koncepcji L. Petrażyckiego, chociażby autorstwa Cz. Znamierowskiego, zob. S. Czepita, „*Koncepcje teoretycznoprawne Czesława Znamierowskiego*”, Poznań 1988, s. 159–165.

¹⁸³⁹ Wskazać należy w tym kontekście na K. Buchałę, „*Niektóre problemy wykładni znamion przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji*”, Prokur. i Prawo 1998 z. 11–12, s. 12.

¹⁸⁴⁰ Przykładem może posłużyć w tej mierze ustawowy opis cofania pojazdem wytyczany w art. 23 ust. 1 pkt 3) u.p.r.d.: „*(...) przy cofaniu ustąpić pierwszeństwa innemu pojazdowi lub uczestnikowi ruchu i zachować szczególną ostrożność, a w szczególności:*

a) *sprawdzić, czy wykonywany manewr nie spowoduje zagrożenia bezpieczeństwa ruchu lub jego utrudnienia,*
b) *upewnić się, czy za pojazdem nie znajduje się przeszkoda; w razie trudności w osobistym upewnieniu się kierujący jest obowiązany zapewnić sobie pomoc innej osoby.*

2. *Zabrania się cofania pojazdem w tunelu, na moście, wiadukcie, autostradzie lub drodze ekspresowej.*”

¹⁸⁴¹ R. A. Stefański, „*Komentarz do art. 23 u.p.r.d.*” w: „*Prawo o ruchu drogowym. Komentarz*”, nb. 6, LEX 2008.

¹⁸⁴² Ibidem.

Takie konkluzje zbieżne są z intuicją, która podpowiada, że nie można wyczerpująco sformalizować danej dziedziny życia przez ustanowienie zamkniętego katalogu norm tetycznych. Jednak zanim intuicja taka zostanie finalnie zaaprobowana, rozważyć należy inną jeszcze możliwość: po pierwsze, analogicznie jak powyżej przyjąć można, że zachodzi tutaj sytuacja poza–logicznego wynikania normy z normy oparta na związkach przyczynowych¹⁸⁴³, przy czym normą pierwotną wobec normy–konsekwencji nie będzie już koniecznie norma sankcjonowana prawa karnego. Aprobując ujęcie dyrektywy instrumentalnego zakazu w postaci nadanej jej przez Z. Ziemińskiego i Z. Ziembę jako sytuacji, gdy „*nie można zrealizować stanu rzeczy R, nie czyniąc C, inaczej mówiąc ze zdania x zrealizuje swoim działaniem stan rzeczy R wynika pozalogicznie zdanie x czyni C*”¹⁸⁴⁴, przyjąć należy, iż pewnego A, zobowiązanego do zachowania bezpiecznego odstępu przy wyprzedzaniu, obowiązuje dyrektywa nakazująca mu nie wyprzedzać pojazdu w odległości mniejszej niż suma wartości prędkości obu pojazdów wyrażonej w centymetrach. Ta norma prawna formalizuje czy też próbuje formalizować nakazania wiedzy technicznej. Jednak norma ta nie zawsze jest tożsama w danej sytuacji z normą ostrożności. Nierzadko bowiem to, jakie manewry uczestnicy ruchu drogowego winni wykonywać, aby zachować się zgodnie z normami postępowania zakodowanymi we wzmiankowanej ustawie, powoduje wyznaczenie ich jako czynów swoiście zbyt ostrożnych. Przyjąć należy, że nie zawsze dojdzie do konwergencji treściowej pomiędzy normą ostrożności a normą prawną jak w omówionym powyżej przypadku¹⁸⁴⁵. Zakres zachowań dopuszczalnych przez normę prawną przebiegać będzie niejednokrotnie wedle następującego schematu:

Czyny dopuszczalne prawem

Czyny ostrożne

Czyny niebezpieczne

Czyny naruszające dobro
prawnie chronione

Spoleczna szkodliwość czynu

¹⁸⁴³ Takie ujęcie, jak zauważono powyżej reprezentował w polskiej teorii prawa w szczególności Z. Ziemiński w: Z. Ziemiński, Z. Ziemia, „O wynikaniu norm prawnych”, SF 1964, z. 4. s. 117.

¹⁸⁴⁴ Ibidem.

¹⁸⁴⁵ Szczególnie duża rozbieżność ujawnia się w zakresie prędkości dopuszczalnej administracyjnie. Jasne jest bowiem, że sportowy samochód poruszający się na pustej autostradzie może rozwinąć prędkość bezpieczną znacznie przekraczającą obowiązujące ograniczenie administracyjne. Konkluzja taka jako sformułowana bardzo oględnie wynika z teoretyczno–prawnego charakteru tego rozdziału, jednak przeprowadzenie stosownych, bardziej dokładnych badań prowadzić może do wysłowienia wniosku, że konwergencja taka będzie miała miejsce jedynie wyjątkowo.

Zakładając więc wstępnie, nie jest całkowicie wykluczone, że w pewnych sytuacjach norma ostrożności może mieć identyczną treść jak norma prawna, ustosunkować się wypada krótko do kilku wybranych, ale kluczowych kwestii związanych z tą problematyką.

Podstawowym zagadnieniem jest wartość logiczna normy prawnej. Wśród autorów zajmujących się tą kwestią zdania były podzielone¹⁸⁴⁶, aczkolwiek wyraźnie dominuje stanowisko tych, którzy jej takiej wartości odmawiają¹⁸⁴⁷. Rozbieżność taka zdaje się być związana przede wszystkim z istotą pojmowania samej normy prawnej, która jest wyraźnie inna u przedstawicieli obu obozów. W niniejszej pracy przyjmuję – w ślad za S. Czepitą – że norma prawna jest określeniem dla „*pozbawionych wartości logicznej wypowiedzi bezpośrednio nakazujących lub zakazujących komuś w określonych okolicznościach w pewien sposób postępować*”¹⁸⁴⁸.

Kolejnym zagadnieniem budzącym nieporozumienia w tym kontekście jest ujęcie normy prawnej jako normy postępowania, adresowanej do osób mogących poprzez swoją wolę kierować swoim postępowaniem¹⁸⁴⁹. Pytanie to sformułować można w sposób bardziej bezpośredni: czy osoby nieporozumienia mogą przekroczyć normy ostrożności? Wydaje się, że nie ma pod tym względem ograniczeń: z łatwością podać można bowiem kazus kierowcy, który prowadzi samochód w stanie napadu hysterii i narusza pod wpływem tego zaburzenia prędkość bezpieczną w danych warunkach drogowych. Fakt, iżby nawet nie można mu przypisać winy na gruncie k.k.¹⁸⁵⁰ nie oznacza, że nie może on być adresatem normy ostrożności.

Po trzecie, nie sposób również uciec od pytania o strukturę normy ostrożności jako normy prawnej. Wykazuje ona – zwłaszcza w porównaniu z normą sankcjonowaną prawa karnego¹⁸⁵¹ – tę znamionną różnicę, iż nie obejmuje ona stosunku psychicznego sprawcy do popełnionego czynu¹⁸⁵². Twierdzenie takie nie jest zresztą wynikiem czystej spekulacji czy oglądu intuicyjnego, o czym przekonuje, jak sądzę, następujące jej zestawienie z normą sankcjonowaną prawa karnego,

¹⁸⁴⁶ Autorem, który wyraźnie opowiadał się za traktowaniem normy prawnej jako zdania w sensie logicznym był Cz. Znamierowski, zob. S. Czepita, op.cit., s. 40–41, co związane było z włączeniem w strukturę normy także tego „(...) na jakiej podstawie dana osoba w określonych okolicznościach powinna się tak a tak zachować”.

¹⁸⁴⁷ Do przeciwników ujmowania normy prawnej jako zdania w sensie logicznym zaliczyć należy przede wszystkim: T. Kotarbińskiego oraz J. Landego, zob. S. Czepita, op.cit., s. 45.

¹⁸⁴⁸ Analogicznie Z. Ziemiński, „Logika...”, s. 107.

¹⁸⁴⁹ Na stanowisku, iż taki kształt mieć mogą normy prawne stał zwłaszcza Z. Ziemiński, „Logika...”, loc. cit., co spotkało się z kontrą – w zakresie normy sankcjonowanej wyrażonej na gruncie prawa karnego przez Ł. Pohla: „Norma sankcjonowana ...”, RPEiS 2006 nr 1, s. 63; autor ten słusznie zauważa, że „(...) czyn niedowolny może przekroczyć normę sankcjonowaną wyznaczaną ustawowymi znamionami typu czynu zabronionego”.

¹⁸⁵⁰ Pamiętać jednak należy o regulacji z art. 31 k.k., który to przepis stanowi w § 1: „Nie popełnia przestępstwa, kto, z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych, nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem”. Zresztą i na gruncie odpowiedzialności karnej brak możliwości przypisania winy nie oznacza braku możliwości stosowania środków zabezpieczających (stanowiący przykład swoistych środków represyjnych), co jest głównym argumentem przeciwko wąskiemu pojmowaniu normy, tak jak widział to Z. Ziemiński (zob. Ł. Pohl, „Norma...”, s. 62).

¹⁸⁵¹ Odwołanie się do tej normy jest o tyle uzasadnione, że reguła ostrożności z tą też normą najbliższą jest związana, a według pewnych poglądów stanowi jej modyfikator.

¹⁸⁵² Za takim ujęciem normy słusznie opowiedział się Ł. Pohl, „Struktura...”, s. 126.

która według najnowszych poglądów obejmuje pojęcie „*umyślności, nieumyślności oraz innych znamion subiektywnych charakteryzujących bliżej intelektualno-psychiczne nastawienie podmiotu*”¹⁸⁵³. Wpisanie tych elementów w treść zakresu zastosowania normy sankcjonowanej, inaczej niż postuluje to ujęcie A. Zolla¹⁸⁵⁴, uzasadnione jest tym, że ocena czynu ludzkiego na płaszczyźnie prawa karnego uwzględniać musi jej aksjologiczne podłoże i w szczególności zgodnie przyjmowaną w etyce doniosłość „*czynników podmiotowych w ustalaniu oceny moralnej czynu ludzkiego*”¹⁸⁵⁵. Taka koncepcja zasługuje na pełną aprobatę, niemniej jednak została ona opracowana dla analizy normy sankcjonowanej w prawie karnym. W porównaniu z nią norma ostrożności wykazuje istotne, niedające się zbagatelizować różnice. Zastosowanie w tym przypadku schematu proponowanego przez Ł. Pohla jako rozwinięcie koncepcji Z. Ziemińskiego tj. „*Zakazuje się podmiotowi X w sytuacji S umyślnie/nieumyślnie wykonać (zaniechać wykonania) czyn C (czynu C)*”¹⁸⁵⁶, słusznie postulowane z odniesieniem do normy sankcjonowanej¹⁸⁵⁷, nie jest konieczne dla normy ostrożności. Nawet nie–nieumyślne jej naruszenie nie odbiera bowiem danemu czynowi charakteru czynu nieostrożnego, a wobec faktu, że nie wiąże się z tym *per se* przyjęcie choćby bezprawia czy typowości czynu i nie prowadzi wprost do możliwości odpowiedzialności karnej, korekta taka jest w tym szczególnym przypadku możliwa, ale nie absolutnie konieczna. Również przypisanie czyjemuś zachowaniu predykatu bycia czynem nieostrożnym w przypadku, gdy nie można mu nawet przypisać nieumyślności nie wiąże się ze stygmatyzacją tej osoby – sprawcy czynu odznaczającego się nieostrożnością.

Co więcej, kierując się pewnym oglądem intuicyjnym stwierdzić należy, że nie obejmuje ona w swojej strukturze znamienia skutku, ograniczając się do wskazania sposobu pewnego zachowania się w danej sytuacji. Może ona mieć natomiast postać zarówno nakazującą jak i zakazującą – co nie przesądza w tym miejscu słuszności poglądu, iż konwersja jednej jej formy na drugie nie jest możliwa¹⁸⁵⁸. Ostateczne zweryfikowanie tych poglądów na normę ostrożności jako

¹⁸⁵³ Ł. Pohl, „Struktura...”, s. 110.

¹⁸⁵⁴ Według charakterystyki tego poglądu autorstwa Ł. Pohla, którą warto przytoczyć w tym miejscu „(...) *opiera się (...) na uprzednim przyjęciu przez autora określonych założeń*” a więc, iż „*o negatywnej ocenie będącej wynikiem aksjologicznego aspektu normy można mówić już wówczas, gdy zakazane przez ową normę zachowanie wypełni znamiona przedmiotowe*”, zob. Ł. Pohl, „Struktura...”, s. 114.

¹⁸⁵⁵ Ł. Pohl, „Struktura...”, s. 115.

¹⁸⁵⁶ Ł. Pohl, „Struktura...”, s. 126.

¹⁸⁵⁷ Można powiedzieć, że w tym zakresie Ł. Pohl dokonał oryginalnego w polskiej karnistyce uzgodnienia ocen aksjologicznych z propozycjami teoretyczno-prawnymi.

¹⁸⁵⁸ Odmienne W. Patryas, „*Zaniechanie. Próba analizy metodologicznej*”, Poznań 1993, s. 63, który stoi na stanowisku, iż „(...) *przekładanie norm sankcjonowanych norm nakazujących wykonać określone czyny na sankcjonowane normy zakazujące zaniechać tych czynów jest więc operacją jałową*”. Nieskuteczny jest zdaniem tego autora także proces „*zastępowania normy nakazującej odpowiednim zestawem norm zakazujących*”. Jeden przynajmniej z argumentów przytaczanych przez autora w tym kontekście jest warty zastanowienia, a mianowicie fakt, iż o obowiązywaniu norm „*decydowałyby okoliczności oraz właściwości adresatów*”. Na tym etapie analizy podkreślić należy, że w odniesieniu do znacznej części norm ostrożności, tak właśnie zdaje się je pojmować przynajmniej część doktryny. Również argument, że podmiot w danej sytuacji – ze względu na podwójne przekroczenie norm sankcjonujących musiałby być podwójnie ukarany nie musi chyba być traktowany jako absolutnie

na normę prawną przeprowadzone zostanie poniżej, co przybliży zarazem do odpowiedzi na pytanie o czynniki determinujące jej treść i podstawę obowiązywania¹⁸⁵⁹. Niemniej jednak już te rozważania uwiadcniają, że w najlepszym przypadku niektóre z powyżej podanych przykładów norm ostrożności formalizowane są przez normy prawne.

Zagadnieniem natomiast zupełnie innym jest pytanie o ich charakter. Gdyby bowiem wykazać, że norma ostrożności jest normą zbliżoną do normy postępowania, to ich formalizacja przez nadanie im postaci tetycznej byłaby czynnością stosunkowo łatwą. Już jednak obserwacja, że w większości przypadków normy ostrożności nie mają postaci norm prawnych, skłaniać musi do poglądu, że sprawa nie przedstawia się tak prosto. Stąd też wypadnie zbadać poszczególne kategorie wypowiedzi wyróżniane w teorii prawa.

II. Normy ostrożności a poszczególne typy wypowiedzi wyróżniane w teorii prawa

1) Norma ostrożności jako rozkaz?

Rozpoczynając poszukiwania teoretycznoprawnego zaszeregowania normy ostrożności, rozważyć należy czy nie przybiera ona postaci rozkazu. W tym celu przypomnieć należy charakterystykę rozkazu, który w okresie dominacji teorii imperatywizmu pojmowany był nawet jako istota normy prawnej¹⁸⁶⁰. Koncepcja ta, szczególnie popularna w okresie przedwojennym, opierała się na założeniu, iż „*powinność jest wytworzona przez rozkaz*”¹⁸⁶¹, która jest „*abstrakcją konkretnego zdarzenia jakim jest ustanowienie normy*”¹⁸⁶². W rozkazie wyodrębnić można dwa elementy, jakimi są pierwiastek utylitarny wyrażający się w dążeniu do wywarcia kierunkowego wpływu na adresata rozkazu oraz pierwiastek normatywny, na który składa się operator deontyczny wyrażający powinność określonego zachowania się. Rozkaz taki ma zarazem

dyskredytujący krytykowany przez poznańskiego logika pogląd. Ilustruje to sam podany w tym miejscu przez W. Patryasa przykład podmiotu, który „*siedział na brzegu i krępował sobie nogi sznurem*” w sytuacji gdy w wodzie tonął inny człowiek. Zdaniem logika z Poznania, przy akceptacji przekładalności norm nakazujących na zakazujące prowadzi to do tego, że wykonał on dwa czyny, za które musi być podwójnie ukarany. Abstrahując od faktu, czy siedzenie jest czynem (można się wszak z tym ewentualnie zgodzić na gruncie przyjmowanego przez W. Patryasa skutkowego ujęcia czynu), wskazać można na występowanie szczególnych regulacji (niezależnie od ich oceny na gruncie samej dogmatyki prawa karnego, które za wielość czynów proponują karać jednokrotnie – zob. art. 12 k.k.).¹⁸⁵⁹ Zob. P. Wolnik, „*Nieświadomość norm ostrożności jako błąd przy przestępstwach nieumyślnych*”, CzPKNiP 2004, z. 2, s. 113, który w tym samym miejscu niejasno stwierdza, że reguła ta wyznaczona jest „*(...) za pomocą dyrektyw określonego stanu faktycznego*”. Ten sam autor postrzega także ich znaczenie dla obiektywnego przypisania, zob. Idem, op.cit., s. 118.

¹⁸⁶⁰ Krytycznie o teorii imperatywizmu H. Elzenberg, „*Powinność i rozkaz*” w: Przegląd Filozoficzny 1938, z. 1, s. 85–91, cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 124.

¹⁸⁶¹ H. Elzenberg, loc. cit., cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 128.

¹⁸⁶² S. Chyliński, „*Pojęcie rozkazu w świetle ogólnej teorii norm*” w: „*Prace z dziedziny teorii prawa*”, W. L. Jaworski (red.), Kraków 1925, cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 100.

charakter heteronomiczny, gdyż skierowany jest do innej osoby, co uzasadnione jest nierównorzędną pozycją podmiotu, oznaczaną również jako stosunek władzy¹⁸⁶³. Jest on wskazaniem jednostronnym, gdzie „*strona bierna nie przyjmuje w wydaniu rozkazu żadnego udziału*”¹⁸⁶⁴, do którego skuteczności koniecznością jest podanie go wszak do wiadomości adresata, w wyniku czego ustanowiony zostaje dopiero obowiązek konkretnego zachowania się. Stanowienie rozkazów nie wymaga jednak wydawania zwerbalizowanych czy pozawerbalnych znaków przez rozkazodawcę, lecz możliwe jest także za pomocą stanowienia wytworów fizycznych¹⁸⁶⁵.

Już tak pobieżna charakterystyka rozkazu, abstrahująca od szczegółowych kwestii spornych w okresie popularności tej koncepcji¹⁸⁶⁶, ujawnia pewne zasadnicze różnice pomiędzy normą ostrożności a rozkazem. W szczególności nie zawsze jest ona, mówiąc ogólnie, wydana przez podmiot dysponujący władzą nad adresatem, nieustanowiony zostaje obowiązek konkretnego zachowania się, ale wytyczna zdecydowanie słabsza, równoważna z pewnym zaleceniem. Faktu tego nie może przekreślić to, że treść normy ostrożności w pewnych sytuacjach współkształtowana zostaje przez wytwór fizyczny¹⁸⁶⁷.

2) Norma ostrożności jako definicja?

Stąd też norma ostrożności przybierać musi postać innego wyrażenia. Rozważyć należy czy spełnia ona wymogi do bycia definicją. Odpowiedź na to pytanie jest niezwykle złożona wobec faktu, że pojęcie definicji nie jest jednolite, a samych definicji wyróżnianych we współczesnej nauce jest kilkanaście rodzajów¹⁸⁶⁸. Norma ostrożności byłaby, zgodnie ze wstępną hipotezą, definicją pojęcia ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, o której mowa w art. 9 § 2 k.k. Wstępnie zauważyć należy, że spełniony jest warunek szczególnego charakteru tego pojęcia jako wyrażnie wyróżnionego w prawie¹⁸⁶⁹. Przykładem definicyjnego znaczenia normy

¹⁸⁶³ W tym kontekście Cz. Znamierowski, „*Oceny...*”, s. 445 mówił o sytuacji przymusowej adresata rozkazu, pisząc: „*(...) nie będzie rozkazu, jeżeli nie będzie sytuacji przymusowej*”.

¹⁸⁶⁴ S. Chyliński cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 102.

¹⁸⁶⁵ Cz. Znamierowski, „*Podstawowe pojęcia...*”, s. 48.

¹⁸⁶⁶ A więc w szczególności od tego, czy można wyobrazić sobie rozkaz jako niezabezpieczony sankcją, tak jak to postulował w trakcie dyskusji nad wystąpieniem H. Elzenberga, „*Powinność i rozkaz*” M. Fritzband, zob. Przegląd Filozoficzny 1936, z. 1, s. 486.

¹⁸⁶⁷ Czego przykładem może być sytuacja, gdy odpowiedni kształt drogi współkształtuje – wraz z innymi czynnikami, takimi jak stan techniczny pojazdu, natężenie ruchu oraz warunki atmosferyczne – prędkość bezpieczną w danej sytuacji. W wielu przypadkach, jak zostało to już wcześniej powiedziane, sytuacja sprowadza się do wytyczania treści normy ostrożności przez różnego rodzaju znaki.

¹⁸⁶⁸ Zgodnie ze stwierdzeniem W. Patryasa zagadnienie to jest jednym z „*bardzo popularnych, często dyskutowanych zagadnień z szeroko pojętej logiki*” i związane jest z bujnym rozwojem tej ostatniej, zob. W. Patryas, „*Definiowanie pojęć prawnych*”, Poznań 1997, s. 5.

¹⁸⁶⁹ W. Patryas, „*Definiowanie...*”, s. 12. Spełniony jest bowiem przynajmniej warunek trzeci podany przez autora, jakim jest wielokrotne występowanie tego pojęcia w „*(...) aktach prawodawczych wysokiej rangi, zwłaszcza ustawach*”, (chodzi tu nie tylko bowiem o k.k. ale o takie akty jak k.k.s. czy k.w., nie mówiąc już o wielokrotnym

ostrożności mogłoby być następujące jednostkowe stwierdzenie:

(D1) $\wedge$ (osoba x zachowuje ostrożność wymaganą w danych warunkach $\equiv$ osoba x prowadzi
 $\times$ samochód z prędkością bezpieczną).

Czy też dostosowując tę definicję do podanych na wstępie niniejszego rozdziału przykładów:

(D1') $\wedge$ (osoba x zachowuje ostrożność wymaganą w danych warunkach $\equiv$ osoba x prowadzi
 $\times$ samochód na ulicy S z prędkością nie wyższą niż 60 km/h).

Już na wstępie zauważyć należy, iż powstaje pytanie, czy definicja taka ma postać definicji predykatu. Przypomnieć należy, że predykatem n -argumentowym nazywamy „*take wyrażenie, które z n -tką terminów jednostkowych daje zdanie*”¹⁸⁷⁰. Postać powyżej przytoczonej definicji może nie być dostatecznie czytelna do udzielenia odpowiedzi na to pytanie, stąd też powyższy model można przeformułować następująco:

(D2) $\wedge$ (osoba x zachowuje ostrożność w warunkach W $\equiv$ osoba x prowadzi samochód z
 $\times$ prędkością bezpieczną).

Definicję taką uznać należy za definicję predykatu dwuargumentowego. Spełnia ona zarazem sformułowane w literaturze warunki poprawności definicji, którymi są: 1) występowanie w definiensie danej zmiennej tylko raz, 2) występowanie każdej zmiennej wolnej w definiensie również jako zmienna wolna w definiendum oraz to, że 3) definiowany predykat nie występuje w definiensie danej definicji¹⁸⁷¹. Warunki te są przez definicję D1, D1' oraz D2 spełnione. Spostrzec należy jednak, że rozważana tutaj definicja charakteryzuje się pewnym uproszczeniem. W istocie bowiem definiens przybiera formułę o bardziej skomplikowanej logicznej strukturze, co wynika w prosty sposób z faktu, że prowadzenie pojazdu z prędkością bezpieczną nie wyczerpuje zachowań niezbędnych do zachowania bezpieczeństwa przez kierowcę. Stąd też urealnić należałoby powyższą definicję poprzez jej rozbudowanie o dalsze warunki połączone ze sobą spójnikiem koniunkcji¹⁸⁷². Nie zmienia to faktu, że wskutek pominięcia warunku wymagalności, o którym stanowi obecne brzemienie k.k., nie jest ona adekwatna, stąd też należy ją zmodyfikować do następującej postaci:

odwoływaniu się do tego pojęcia w ustawach określających przesłanki odpowiedzialności dyscyplinarnej).

¹⁸⁷⁰ W. Patryas, „*Elementy...*”, s. 51, którego przykładem jest takie wyrażenie jak: „*jest studentem*”.

¹⁸⁷¹ Takie ujęcie warunków poprawności definicji podaje za W. Patryasem, „*Definiowanie...*”, s. 27–28.

¹⁸⁷² Jak przykładowo: „*osoba x porusza się sprawnym technicznie pojazdem i jest w stanie zdającym do kierowania pojazdem i porusza się po właściwym pasie jezdni*” etc.

(D3) $\wedge$ (osoba x zachowuje ostrożność wymaganą w warunkach W $\equiv$ osoba x prowadzi
x samochód z prędkością bezpieczną).

Przyjęciu w tak sformułowanej definicji, że mamy tutaj do czynienia z predykatem dwuargumentowym nie stoi na przeszkodzie fakt, że w definiendum występuje sformułowanie stwierdzające „wymagalność” ostrożności, którego status logiczny określić należy jako funktor jednoargumentowy, dający z jednym terminem jednostkowym termin jednostkowy¹⁸⁷³.

Nie odrzucając na razie koncepcji normy ostrożności jako definicji predykatu dwuargumentowego, spojrzeć należy na inną możliwość materializującą się w tym kontekście, jaką jest definicja przez abstrakcję. Warunkiem jej zastosowania jest jednak to, aby związana była ona z pewną relacją równościową¹⁸⁷⁴. O ile jednak nie ma przeszkód, aby analizować stopień ostrożności czy nieostrożności czynu, to badanie takie nie ma większego znaczenia dla oceny prawnej czynu w świetle odpowiedzialności karnej: czyn jest bowiem albo ostrożny albo nieostrożny¹⁸⁷⁵. Również posłużenie się normą ostrożności do zdefiniowania ogólnego pojęcia ostrożności nie wykazuje użyteczności praktycznej¹⁸⁷⁶. Podobnie ocenić należy poniższą próbę¹⁸⁷⁷:

(D4) $\wedge$ (osoba x przekracza obowiązującą go prędkość bezpieczną $\rightarrow$ osoba x popełnia
x czyn nieostrożny).

Definiuje się w nim częściowo¹⁸⁷⁸ predykat „popełnić czyn nieostrożny”. Jak wiadomo, popełnienie takiego czynu stanowi przesłankę odpowiedzialności karnej. Podana powyżej definicja ma charakter jednostronny i podaje wyłącznie warunek wystarczający (nadal w odniesieniu do konkretnego przykładu), aby popełnić czyn nieostrożny. Nie jest to warunek

¹⁸⁷³ Zgodnie z ujęciem W. Patryasa, „Elementy...”, s. 46.

¹⁸⁷⁴ W. Patryas, „Elementy...”, s. 168. Przypomnieć należy, że zgodnie z ujęciem poznańskiego teoretyka prawa relacja taka spełniać musi koniunkcję trzech warunków, a więc być: „jednocześnie zwrotna, symetryczna i przechodnia”.

¹⁸⁷⁵ W przeciwieństwie chociażby bowiem do nadającego się do zdefiniowania przez utworzenie klas abstrakcji pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu, W. Patryas, „Definiowanie...” s. 55, gdzie tworzenie systematyzacji klas abstrakcji w zbiorze czynów ma podstawowe znaczenie (zwłaszcza w świetle brzmienia art. 1 § 2 k.k., zgodnie z którym dla przypomnienia: „Nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma”) natomiast w odniesieniu do nieostrożności czynu dopatrywać się można pewnej relewancji dla wymiaru kary w świetle brzmienia art. 115 § 2 w zw. z art. 53 § 2 k.k., co było już przedmiotem naszych wcześniejszych rozważań.

¹⁸⁷⁶ Definicje takie okazują się być przydatne do określania takich pojęć prawnych jak własność czy najem, zob. W. Patryas, „Definiowanie...”, s. 70.

¹⁸⁷⁷ Ze względu na charakterystykę pomija się w poniższych rozważaniach takie definicje, jak definicję terminów funkcyjnych oraz stałych indywidualnych, gdyż wymagana ostrożność nie jest żadnym z nich. Szczерzej zob. W. Patryas, „Definiowanie...”, s. 40–53.

¹⁸⁷⁸ O definiowaniu częściowym zob. W. Patryas, „Definiowanie...”, s. 81.

jedyny, bowiem choćby osoba x w danych okolicznościach prowadzić będzie samochód wykraczając poza swój pas jezdni, to również popełni czyn nieostrożny.

Powyższe rozważania ujawniły wstępnie, że przypisać można normie ostrożności funkcję definicji¹⁸⁷⁹ predykatu pojęcia ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, podobnie jak poprzednik implikacji definicji cząstkowej, co nie odpowiada na pytanie o jej strukturę i charakter¹⁸⁸⁰. Niemniej jednak wszystkie powyższe próby definicji obarczone są fundamentalnym, dyskwalifikującym je błędem: są mianowicie definicjami *ad hoc*. Można bowiem przeformułować regułę ostrożności jako swoistą definicję pojęcia należytej ostrożności, niemniej nie będzie ona spełniała warunku ogólności, nie będzie przez to miała żadnego praktycznego znaczenia wykraczającego poza daną sytuację.

3) Norma ostrożności jako preformatyw?

Zbadać należy więc czy norma ostrożności nie przybiera postaci performatywu¹⁸⁸¹. Istotą wypowiedzi performatywnej jest wprowadzenie przez nią (mówiąc precyzyjniej, przez związany z nią kompleks norm¹⁸⁸²) pewnej zmiany w rzeczywistości. Podstawowe znaczenie ma więc odgraniczenie performatywów od imperatywów. Zgodnie z miarodajnym ujęciem E. Grodzińskiego, performatywy ze swojej istoty są źródłem obowiązków zabezpieczonych pewnymi sankcjami¹⁸⁸³, obowiązków, które powstają w wyniku aktów werbalnych (aktów mówienia). Ważną cechą performatywów jest to, że dla ich bytu wymagany jest odbiorca, a podstawą funkcjonowania performatywów jako czynności konstytutywnych (a więc takich, które zwiększają bądź zmniejszają obowiązki adresatów¹⁸⁸⁴) są normy prawne¹⁸⁸⁵. Fakt, że w zasadniczej mierze normy ostrożności nie powstają w wyniku aktów mowy nie może wykluczyć rzadkich sytuacji, kiedy tak w istocie będzie¹⁸⁸⁶. W każdym razie powoduje to, że w większości

¹⁸⁷⁹ Słowa tego używam tutaj w znaczeniu prawnym, a nie logicznym. Ściślej należałoby powiedzieć, że norma ostrożności tworzy definiens definiowanego w definiendum pojęcia.

¹⁸⁸⁰ Trudno bowiem uznać za odpowiedź na pytanie o strukturę normy ostrożności, że może ona stanowić definiens pojęcia ostrożności wymaganej w danych warunkach. Dodać można za to, że definicja taka zdaje się spełniać dodatkowy wymóg poprawności, jakim jest unikanie błędnego koła pośredniego (zob. W. Patryas, „Definiowanie...”, s. 122), nie spełnia natomiast jako definicja nierównościowa wymogu przekładalności (zob. Idem, op.cit., s. 124), jest ona za to definicją nominalną (zob. Idem, op.cit., s. 107).

¹⁸⁸¹ Znaczenie tych wypowiedzi swoją karierę w prawoznawstwie zawdzięcza pracy J. L. Austina, której polskie tłumaczenie jest wydane w postaci: „Mówienie i poznawanie. Rozprawy i wykłady filozoficzne”, Warszawa 1993.

¹⁸⁸² Zob. W. Patryas, „Performatywy konstytutywne”, w: „W poszukiwaniu dobra wspólnego”, Księga pamiątkowa ku czci M. Zielińskiego, Szczecin 2010, s. 516.

¹⁸⁸³ E. Grodziński, „Wypowiedzi performatywne o doniosłości prawnej lub quasi-prawnej” w: „Zagadnienia socjo- i psycholingwistyki” A. Schaff (red.), Wrocław 1980, cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 271.

¹⁸⁸⁴ W. Patryas, „Performatywy...”, s. 520.

¹⁸⁸⁵ W. Patryas, „Performatywy...”, s. 515.

¹⁸⁸⁶ Nie są tutaj dobrymi przykładami znaki drogowe, gdyż mimo, że przekazują one pewną normę, nie może ulegać wątpliwości, że przekaz ten jest jako już wskazano pozawerbalny (w tej mierze por. również F. Studnicki, „Znaki drogowe”, Studia Cywilistyczne, t. XI, 1968). Może natomiast chodzić o prace w zespole, np. przeprowadzającym

przypadków przyjęciu (konstytutywnego) performatywu stoi tutaj na przeszkodzie fakt ewentualnego braku aktu mowy¹⁸⁸⁷. Jeszcze bardziej problematyczne jest to, że istnienie normy ostrożności nie rodzi automatycznie obowiązku jej przestrzegania. Brak tego obowiązku wyraża się w tym, że jedynie nieliczne naruszenia norm ostrożności spotykają się z reakcją prawną czy też – aczkolwiek już nieco częściej – wykroczeniową¹⁸⁸⁸. Stąd performatywami w dalszych rozważaniach zajmować się nie będę.

4) Norma ostrożności jako deklaratyw?

W tym miejscu zasadne jest rozważenie czy norma ostrożności nie jest deklaratywem. Ta kategoria wypowiedzi była w nauce polskiej przedmiotem szczególnych zainteresowań S. Rudzińskiego¹⁸⁸⁹. Autor ten nie podaje jednoznacznego określenia deklaratywu, wskazując jedynie na jego cechy, a w szczególności to, że nierzadko posiada on identyczną z normą prawną szatę słowną¹⁸⁹⁰.

Podstawowa różnica tej wypowiedzi w stosunku do normy polega na tym, że deklaratyw to „*Sąd o obowiązku, a więc sąd o normie*”¹⁸⁹¹. Precyzując, dodać należy, iż chodzi tutaj o pewien szczególny typ sądu o normie, jakim jest sąd o jej obowiązywaniu¹⁸⁹². Pozostaje on w szczególnej relacji nie–równoważności logicznej z samą normą – z normy nie wynika wszak wcale sąd o tym, że norma ta obowiązuje¹⁸⁹³. Zasadniczym ograniczeniem deklaratywu jest jednak to, że „*stwierdzanie pojedynczych, oderwanych, a więc absolutnych, obowiązków jest niemożliwe na drodze teoretycznej*”¹⁸⁹⁴.

Nie trzeba chyba zbyt rozbudowanych wywodów, aby udowodnić, że norma ostrożności deklaratywem nie jest, raczej wystrzegać się należy błędu pomieszania tych dwóch kategorii. Większość spotykanych w praktyce życia społecznego wypowiedzi o normach ostrożności ma właśnie taki deklaracyjny charakter, czego znakomitym przykładem może być znane każdemu z

badania geologiczne, gdzie przekazywane na bieżąco polecenia szefa zespołu mogą kształtować wymagania co do ostrożności poszczególnych osób.

¹⁸⁸⁷ Musi on być dodatkowo związany ze szczególnym kontekstem jej wypowiedzenia, zob. K. Olivercrona, „*Performatywy w prawie*” w: „*Współczesna teoria i filozofia prawa na Zachodzie Europy*”, red. T. Gizbert-Studnicki, K. Pleszka, R. Sarkowicz, J. Stelmach, Kraków 1985, s. 187–188.

¹⁸⁸⁸ Performatywami są więc pewne przypadki norm prawnych i rozkazów, zob. L. Nowak, „*Performatywy a język prawny i etyczny*” *Etyka* 1968, nr III, s. 147–158, cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 209–211.

¹⁸⁸⁹ S. Rudziński, „*Z logiki norm*”, Kraków 1947. Zaryzykować można również przypuszczenie, iż według J. Jadackiego, op.cit., s. 147–156, jest to ważny wkład tego autora do ogólnej teorii prawa.

¹⁸⁹⁰ S. Rudziński, cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 148.

¹⁸⁹¹ S. Rudziński, cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 149.

¹⁸⁹² S. Rudziński, cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 151, gdzie podaje on wymowny przykład zwrotu: „*Obowiązkiem obywateli państwa jest bronić kraju przed najazdem*”.

¹⁸⁹³ S. Rudziński, cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 155.

¹⁸⁹⁴ S. Rudziński, cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 154.

szkolnych lekcji wychowania fizycznego pouczenie o tym, jak skakać przez kozła¹⁸⁹⁵.

5) Norma ostrożności jako ewaluatyw?

Na rozważaniu tego, czy norma ostrożności może być ewaluacją (ewaluatywem) stoi na przeszkodzie to, że termin ten ma na tyle niejasne znaczenie, iż trudno właściwie określić jego sens¹⁸⁹⁶, a w szczególności jego ewentualne różnice w stosunku do ocen. Wydaje się, że ten anglicyzm jest tak dla polskiej teorii prawa jak i logiki deontycznej zbędny.

6) Norma ostrożności jako zasada prawa?

Bardziej złożona jest odpowiedź na pytanie, czy norma ostrożności wpisuje się w postać zasady prawa¹⁸⁹⁷. Ujmowanie tej wypowiedzi w teorii prawa jest bardzo rozbieżne¹⁸⁹⁸, stąd też w niniejszej pracy posłużę się najnowszą z kompleksowych propozycji pojmowania zasad prawa jaka sformułowana została w nauce polskiej przez M. Kordelę¹⁸⁹⁹. Zgodnie z ujęciem tej poznańskiej autorki rozumieć je należy jako „*normy prawne, które nakazują (zakazują) realizowanie pewnej wartości*”¹⁹⁰⁰. Ich podstawowa cecha charakterystyczna wyraża się więc w tym, że w przeciwieństwie do reguł zwykłych, możliwa jest częściowa realizacja określonej zasady¹⁹⁰¹. Można by więc – kierując się pewną hipotezą – nakreślić zasadę ostrożnego zachowania, która stanowi nakaz realizacji pewnej wartości, jaką jest ostrożne postępowanie w życiu społecznym.

Przeciwko temu jednak materializuje się szereg wątpliwości: po pierwsze, przedstawicielka poznańskiej szkoły teorii prawa warunkuje uznanie danej zasady od tego, czy

¹⁸⁹⁵ W tym kontekście podkreślić należy, że postać deklaratywu winny mieć wypowiedzi o regułach ostrożności w procesie sądowego stosowania prawa, w przypadku gdyby było inaczej, a więc, gdyby przyjąć performatywny charakter wypowiedzi o regule ostrożności przy podawaniu ustnych motywów wyroku (zob. art. 418 § 3 k.p.k.) czy następnie w uzasadnieniu wyroku sądowego, byłoby to w przekonaniu piszącego te słowa niezgodne z zasadą *nullum crimen sine lege certa*.

¹⁸⁹⁶ Zob. w szczególności wypowiedzi zebrane przez J. Jadackiego, op.cit., s. 132–136, 137–138, 142–147.

¹⁸⁹⁷ Do konieczności chociażby powierzchownego rozważania takiej możliwości skłania chociażby ujęcie warstwy deskryptywnej przepisu art. 177 § 1 k.k., zgodnie z którym dla przypomnienia: „*Kto, naruszając, chociażby nieumyślnie, zasady bezpieczeństwa w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, powoduje nieumyślnie wypadek, w którym inna osoba odniosła obrażenia ciała określone w art. 157 § 1, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3*”.

¹⁸⁹⁸ Wskazać w tym miejscu chociażby na dyskusję, która miała miejsce w Komitecie Nauk Prawnych PAN w początkach lat 70–tych XX wieku, zob. S. Wronkowska, „*Sposoby pojmowania zasad prawa*” PiP 1972, z. 10, s. 166–169 czy też pracę J. Wróblewskiego, „*Sądowe stosowanie prawa*”, Warszawa 1988.

¹⁸⁹⁹ M. Kordela, op.cit.

¹⁹⁰⁰ M. Kordela, op.cit., s. 102. W tym miejscu nie wnikam w to, czy w systemie prawnym aktualnie występują takie zasady, które zakazują realizacji pewnych wartości, podobnie jak jako drugorzędną pominę kwestię, czy zasada *nullum crimen sine lege* ma postać jednej z dwóch „(...) kardynalnych zasad postępowania karnego” (sic!), M. Kordela, op.cit., s. 151, czy też raczej przynależy ona raczej do obszaru unormowania prawa karnego materialnego, współcześnie o randzie konstytucyjnej.

¹⁹⁰¹ M. Kordela, op.cit., s. 277.

panuje *communis opinio doctorum*, że stanowi ona taką zasadę¹⁹⁰². Zaznaczyć należy nadto, że profesor z Poznania pojmuje tę wypowiedź jako część systemu prawnego¹⁹⁰³.

Akceptując to szczególne postrzeganie zasady, jako dyskusyjna jawi się wszak doręczność doszukiwania się ich w obowiązującym porządku prawnym, której konkretyzacjami mogłyby być poszczególne normy ostrożności¹⁹⁰⁴. Można by wszak rozważać, czy w pewnych szczegółowych gałęziach prawa nie ma zaczątków tak formułowanych zasad¹⁹⁰⁵ czy też doszukiwać się emanacji tej zasady wśród obecnie uznanych zasad konstytucyjnych¹⁹⁰⁶. Na obronę tej koncepcji podać można by również, że nie musiałyby to automatycznie oznaczać formalizacji norm ostrożności, gdyż ich przekład na pojedynczą „*normę–regulę*” nie nadaje tej automatycznie charakteru normy prawnej, lecz jedynie precedensu, stanowiącego punkt odniesienia dla dalszego stosowania danej reguły¹⁹⁰⁷.

Wygoda takiego kierunku rozważań związana jest z łatwym uzasadnieniem faktu obowiązywania normy ostrożności. Nie może to jednak przesłaniać innych, decydujących mankamentów. W tym miejscu uwagę zwrócę na dwa z nich: po pierwsze, ujęcie normy ostrożności jako normy–konkretyzacji zasady prawa oznaczałoby w konsekwencji nakaz optymalnego zrealizowania danej wartości, a więc: „*w sposób maksymalny ze względu na istniejące możliwości faktyczne i prawne*”¹⁹⁰⁸. W konsekwencji, oznaczałoby to, że albo niewiele osób realizowałoby tą zasadę zgodnie z jej treścią, albo też rodziłoby się ryzyko pełnej subiektywizacji norm ostrożności w zależności od zdolności poszczególnych podmiotów¹⁹⁰⁹. Po

¹⁹⁰² M. Kordela, op.cit., s. 121, już w tym miejscu problematyczne jest pojmowanie tego warunku, skoro M. Kordela dla przykładowego wyliczenia zasad prawa odwołuje się do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (zob. eadem, op.cit., s. 126–127), które to nie spotyka się w całej rozciągłości z aprobatą przedstawicieli nauki. *Opinio communis doctorum*, pojmowane jako „*zgodne opinie wybitnych prawników*” (zob. S. Wronkowska, „*Podstawowe...*”, s. 25) to nie tylko kryterium bardzo płynne, ale i trudne do zrealizowania w praktyce, żeby nie powiedzieć bardziej stanowczo: nieoperatywne.

¹⁹⁰³ M. Kordela, op.cit., s. 114.

¹⁹⁰⁴ Co wpisuje się w schemat („*subsumcja aksjologiczna*”) rozwinięty przez M. Kordełę, op.cit., s. 288, zgodnie z którym stosowanie zasady polega na stosowaniu „*sformułowanej na jej podstawie reguły*”.

¹⁹⁰⁵ Chodzi tutaj przykładowo o tzw. ogólny obowiązek ostrożności wyrażony w § 1 Straßenverkehrs–Ordnung vom 6. März 2013 (BGBl. I S. 367): „(1) Die Teilnahme am Straßenverkehr erfordert ständige Vorsicht und gegenseitige Rücksicht. (2) Wer am Verkehr teilnimmt hat sich so zu verhalten, dass kein anderer geschädigt, gefährdet oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt wird”. (Analogiczne sformułowania wyczytać można w u.p.r.d., zob. chociażby art. 3 ust. 1 u.p.r.d.: „*Uczestnik ruchu i inna osoba znajdująca się na drodze są obowiązani zachować ostrożność albo gdy ustawa tego wymaga – szczególną ostrożność, unikać wszelkiego działania, które mogłoby spowodować zagrożenie bezpieczeństwa lub porządku ruchu drogowego, ruch ten utrudnić albo w związku z ruchem zakłócić spójność lub porządek publiczny oraz narazić kogokolwiek na szkodę. Przez działanie rozumie się również zaniechanie*”. Przypomnieć należy, że ów ogólny obowiązek ostrożności stał się podstawą oceny zachowań w innych sferach życia, takich jak sport narciarski (zob. rozważania we rozdziale II).

¹⁹⁰⁶ Wskazać tutaj można chociażby na zasadę przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka (art. 30 Konstytucji RP stanowi bowiem: „*Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych.*”) czy też zasadę poszanowania praw i wolności innych (art. 31 ust. 1 Konstytucji RP stanowi bowiem: „*1. Wolność człowieka podlega ochronie prawnej.*”).

¹⁹⁰⁷ M. Kordela, op.cit. s. 289–292

¹⁹⁰⁸ M. Kordela, op.cit., s. 290.

¹⁹⁰⁹ Zauważyć należy, że ta ostatnia konstatacja nie ulegnie zmianie nawet w sytuacji, gdyby regule tej nadać postać

drugie, próba sformułowania normy ostrożności jako pewnej zasady prawa oznaczałaby w konsekwencji, że staje się ona częścią uznanego w systemie prawa zbioru zasad, a w przypadku ewentualnego konfliktu między nimi aktualizowałaby procedurę ze „sfery aksjologii”¹⁹¹⁰ prowadzącą do wyboru wartości głównej. Nierzadko stałoby to na przeszkodzie zagwarantowaniu odpowiedniego standardu ostrożności, który od takiego aksjologicznego wyważania winien być wolny¹⁹¹¹.

7) Norma ostrożności jako dyrektywa?

W toku dalszych wywodów pochylić się należy na ujęciem norm ostrożności jako pewnych dyrektyw, względnie opartych na nich norm.

W pierwszej kolejności rozważyć należy ujęcie normy ostrożności jako dyrektywy technicznej, względnie opartej na niej normie technicznej. Dla prawidłowej odpowiedzi na pytanie, czy jest ona właśnie takim typem wypowiedzi konieczne jest, jak to wielokrotnie uczyniono już powyżej, objaśnienie tego pojęcia, co natrafia na trudności związane z brakiem aktualnych opracowań monograficznych traktujących o tym zagadnieniu¹⁹¹². Zgodnie z wywodzącą się natomiast z roku 1968 pracą A. Michalskiej, norma techniczna jest niczym innym jak sformalizowaną dyrektywą techniczną na skutek nadania jej mocy prawnej¹⁹¹³. Leżąca u podstaw takiej normy dyrektywa techniczna jest rodzajem dyrektywy celowościowej, a więc takiej wypowiedzi, „(...) która wskazuje pewne sposoby zachowania się jako środki prowadzące do osiągnięcia wskazanego w tej wypowiedzi celu”¹⁹¹⁴, której cechą szczególną jest to, że zostały one sformułowane w oparciu o obserwacje praw występujących w świecie „nauk przyrodniczych”¹⁹¹⁵. Wspomniana norma techniczna ma charakter normy społecznej, a to przez to, że jest ukierunkowana na regulowanie stosunków związanych z korzystaniem z dóbr społecznych¹⁹¹⁶. Takie określenie wyraźnie zbliża normę techniczną do norm prakseologicznych, wskazujących, jak – z punktu widzenia określanego systemu hierarchii celów – wybrać należy pewien optymalny

nakazu realizacji wartości, jaką jest należyta czy dostateczna ostrożność.

¹⁹¹⁰ M. Kordela, loc. cit.

¹⁹¹¹ Również pewne niebezpieczeństwo dostrzec należy w postrzeganiu swoistego zamkniętego obiegu stosowania prawa, jaki ewentualnie zachodzić miałby między regułą ostrożności a zasadą ostrożności, polegający na tym, że: „(...) norma konkretna zaczyna pełnić funkcję wzorca dla przyszłych reguł konsekwencji stosowania danej zasady” (zob. M. Kordela, op.cit. s. 292). Nie negując tej konkluzji *in genere*, stwierdzić należy, że w odniesieniu do norm ostrożności prowadziłyby to do ich nadmiernej petryfikacji.

¹⁹¹² Do dzisiaj pewną aktualność zachowała praca wywodząca się z poznańskiego ośrodka teorii prawa autorstwa A. Michalskiej, „Prawo a normy techniczne w państwie socjalistycznym”, Poznań 1968.

¹⁹¹³ A. Michalska wskazuje w tym kontekście, że tworzona w oparciu o takie dyrektywy norma postępowania ma na celu nakazanie „(...) skutków określonych w dyrektywie technicznej”, zob. A. Michalska, op.cit., s. 22.

¹⁹¹⁴ A. Michalska, op.cit., s. 12.

¹⁹¹⁵ A. Michalska, op.cit., s. 17. Spojrzenie takie kontrastuje je z dyrektywami socjotechnicznymi, które wywodzą się z obserwacji „(...) prawidłowości zachodzących w życiu społecznym”, zob. eadem, loc. cit.

¹⁹¹⁶ A. Michalska, op.cit., s. 34.

sposób działania¹⁹¹⁷. Pochodną takiego ujmowania norm technicznych jest stanowczy sprzeciw autorki wobec nadawania im charakteru norm prawnych¹⁹¹⁸: pozbawienie znaczenia wskazujących na dyrektywy techniczne przepisów charakteru klauzul odesłania poza-systemowego (klauzul generalnych) prowadziłoby do braku elastyczności w procesie stosowania prawa. Ta z kolei jest konieczna nie tylko wobec szybko rozwijającego się świata techniki, lecz przez to, że jej brak mógłby za sobą pociągać szereg negatywnych społecznie skutków, chociażby w postaci zastosowania maksymy *ignorantia iuris nocet*¹⁹¹⁹.

Przyjmując takie ujęcie normy technicznej za reprezentatywne¹⁹²⁰, zestawić je należy z normą ostrożności. Podstawowe pytanie, które tutaj należy zadać, dotyczy związku norm ostrożności z obserwacjami prawa przyrody. Tego charakteru znakomitej większości norm ostrożności, zwłaszcza przy swobodnym pojmowaniu tej przesłanki, odmówić nie można. Zarówno bowiem reguły sportowe, jak i chociażby wskazania ostrożności w komunikacji drogowej, opierają się na pewnych zależnościach empirycznych. W tym miejscu podkreślić jedynie należy, że z pewnością nie dotyczy to kategorii wszystkich norm ostrożności, bowiem w wielu przypadkach są one jednak zrelatywizowane do obszaru zachowań społecznych. Trudniejsze jest z kolei udzielenie odpowiedzi na pytanie czy spełniają one warunek bycia odmianą dyrektywy celowościowej. Taka konkluzja nie byłaby do końca uzasadniona, gdyż w znacznej liczbie przypadków normę ostrożności nie można wpisać w klasyczny dla dyrektyw celowościowych schemat: „*jeśli chcesz osiągnąć skutek S powinienes [wykonaj] czynność C*”¹⁹²¹. Abstrahując tutaj od wątpliwości, czy można mówić o zachowaniu minimalnej ostrożności jako o skutku czynu – wydaje się, że jest to raczej jego właściwość – a więc nawet gdyby przyjąć, że jako skutek rozumiemy tutaj pojęcie zachowania należytej ostrożności, to rzadko wystarcza zrealizowanie jednej tylko czynności (zaniechania) dla osiągnięcia ostrożności. Stąd dyrektywa celowościowa jedynie wspólnie z innymi dyrektywami mogłaby prowadzić do zachowania wymaganej ostrożności przez jej adresata.

Można jednak urealnić powyższy schemat poprzez rozbudowanie jego następnika: „*jeśli*

¹⁹¹⁷ Bardzo dobitne jest w tym kontekście stwierdzenie A. Michalskiej, op.cit., s. 36, która stwierdza: „*Skutkiem nieprzestrzegania normy technicznej (...) jest niekorzystny rezultat praktycznej działalności*”.

¹⁹¹⁸ Co do bardziej rozbudowanych konkluzji zob. A. Michalska, op.cit., s. 157.

¹⁹¹⁹ A. Michalska, op.cit., s. 134, która to zasada, jak podkreśla autorka, nie stosuje się do dyrektyw technicznych o tyle, że nie są one przecież normami prawnymi.

¹⁹²⁰ Kontrastuje ono z opartymi o inne założenia wywodami autorstwa F. Gojnego, „*Norma prawna a norma techniczna*”, SP 1966, z. 13, s. 111–136, zdaniem którego normy techniczne posiadają wartość logiczną i nie mogą być „*normami, gdyż nie ma w nich wzorca postępowania*”, zob. op.cit. s. 114. Zestawić takie ujęcie należy natomiast z poglądem Z. Ziemińskiego, „*Logiczne podstawy prawoznawstwa*”, s. 76, cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 204–205, który odrzucał ich status jako zdania anankastycznego.

¹⁹²¹ Schemat taki podaję za A. Michalską, op.cit., s. 12. Zdaje się on być w każdym razie zbliżony z ujęciem, które wyłania się ze stwierdzeń J. Landego, „*O ocenach. Uwagi dyskusyjne*”, Kwartalnik Filozoficzny t. XVII, z. 3–4, s. 241–315, cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 162 i n.

*chcesz osiągnąć skutek S, powinienesz wykonać czynność C₁, C₂ (...) C_n*¹⁹²². Jednak i takie ujęcie dyrektywy celowościowej nie oddaje wpisanego w normy ostrożności, acz w słabszej postaci, nakazu bądź zakazu określonego działania¹⁹²³. Zresztą norm, które spełniają ten warunek jest w danej sytuacji wiele, a nie jedna czy kilka współokreślających sytuację podmiotu. Stąd też, jeżeli już, to lepiej byłoby mówić o inaczej pojętym skutku, jakim jest zachowanie minimalnej ostrożności¹⁹²⁴.

Niemniej kontrowersyjne jest, jak już zasygnalizowano wstępnie powyżej, spełnianie warunku oparcia się na prawidłowościach praw przyrodniczych¹⁹²⁵. Norma ostrożności powstaje najczęściej na styku człowieka z pewnym zewnętrznym zjawiskiem o charakterze przyrodniczym. Tak więc przykładowo norma ostrożności, która zakazuje dokonywania wślizgów z wyprostowaną nogą podczas gry w piłkę nożną może być ujęta jako daleka konsekwencja znanych praw fizycznych i biologicznych, stwierdzających, iż punktowe uderzenie w kończyny dolne człowieka z określoną siłą skutkuje naruszeniem ciągłości tkanek kostnych¹⁹²⁶. Jednak gdybyśmy opierali normy ostrożności o wskazania wiedzy pozytywnej – a dokładniej praw przyrodniczych, to pojawia się pytanie, czy byłaby to reguła zakazująca dokonywać wślizgów z wyprostowaną nogą, czy może taka, która nakazywałaby dokonywania wślizgów z wyprostowaną nogą jedynie w określonych sytuacjach i z określonym impetem? To samo w sobie zależy jeszcze od tego, jak wąsko pojmuje się normę ostrożności. Nie zawsze jednak ten warunek będzie spełniony.

Bardziej kłopotliwe jest natomiast jest pojęcie skutku, co zresztą rysuje się z niniejszych rozważań. Przyjąć bowiem należy, że sytuacja minimalnej ostrożności jest sytuacją normalną, stąd też osiągnięcie minimalnej ostrożności nie spełnia kryterium zmiany w świecie zewnętrznym, jaka jest wpisana w to pojęcie¹⁹²⁷. Rozwiązaniem tego dylematu mogłoby być przyjęcie jako skutku zachowania minimalnej ostrożności w określonej sytuacji, np. podczas jazdy panczenisty. Jednak przy takim ujęciu norma ta rozbudowuje się niewspółmiernie, bowiem obejmować musi opis

¹⁹²² A więc chociażby odnosząc tak rozbudowane ujęcie dyrektywy celowościowej do sytuacji kierowcy pojazdu mechanicznego w pewnej możliwej sytuacji drogowej: powinienesz nie przekraczać prędkości 65 km/h i poruszać się z wyższą prędkością niż 30 km/h, jechać w obrębie prawego pasa jezdni, mieć włączone światła mijania, mieć zapięte pasy bezpieczeństwa etc.

¹⁹²³ Zob. przykłady podane powyżej.

¹⁹²⁴ Istotnym problemem, który pojawia się w tym kontekście to pytanie, jak rozumieć skutek w prawie karnym. Dotychczasowe przyczynkowe wypowiedzi doktryny (zob. np. E. Hryniewicz, „Skutek w prawie karnym”, Prokur. i Prawo 2013, z. 7–8, s. 108–125) dalekie są wyczerpania całości zagadnienia. Można powiedzieć, że temat ten czeka wciąż na swojego autora.

¹⁹²⁵ Dla przypomnienia bowiem zgodnie z stwierdzeniem A. Michalskiej, op.cit., s. 21: „Dyrektyw technicznych nie można jednak utożsamiać z prawami nauki, one jedynie są konsekwencją tych praw”.

¹⁹²⁶ Już w tym miejscu zaznaczyć należy, że nie zawsze tak jest: są pewne reguły ostrożności, chociażby w sferze komunikacji drogowej, które nie powstają wyłącznie z obserwacji praw przyrodniczych, ale przynajmniej w części z obserwacji praw społecznych, związanych z nawykami poszczególnych grup kierowców, które są tworzywem do formułowania pewnych nakazów czy zakazów postępowania.

¹⁹²⁷ W tej mierze trudno zresztą mówić o jakichś zmianach leksykalnych, zob. M. Arcta, „Słownik Ilustrowany Języka Polskiego”, Warszawa 1929, s. 804, skutek objaśnia się tamże jako: „to, co wynika z jakiegoś przyczyny, rezultat, następstwo, owoc; spełnienie ś., ziszczenie ś., wykonanie, urzeczywistnienie; wynik działania lekarstwa”.

czynności wchodzących w skład jazdy na torze dla panczenistów (a więc wstępnych warunków ostrożności), zbliżając się właściwie do instrukcji prawidłowego wykonywania danego sportu czy jakiegokolwiek innej czynności. Przeczy to pewnym cechom norm ostrożności¹⁹²⁸.

Nie wyklucza to sytuacji, kiedy norma ostrożności zbieżna będzie z treścią następnika dyrektywy celowościowej, wskazującej np. jak optymalnie dokonać naprawy niebezpiecznego urządzenia. Jest to jednak tylko identyczność treściowa, a nie tożsamość strukturalna¹⁹²⁹.

Przyjmując, że norma ostrożności nie jest dyrektywą techniczną, automatycznie wykluczone jest, aby normy ostrożności miały charakter norm technicznych¹⁹³⁰. Z tych samych powodów nie może być ona normą technologiczną¹⁹³¹.

Powyższe rozważania skłaniają do pytania, czy normy ostrożności nie można mimo wszystko wpisać w postać innej jeszcze dyrektywy. Problematiczny pod tym względem jest sam katalog dyrektyw, niemniej w literaturze przedmiotu – w nawiązaniu do typologii G.H. von Wrighta¹⁹³² – wyróżnia się wszak jeszcze reguły sensu czynności konwencjonalnych, które to nakazują zachowywać dokonane w określony sposób czynności psychofizyczne niczym dokonanie pewnej czynności konwencjonalnej. Oczywiście jest, że traktowanie normy ostrożności jako swoistego „*nakazu rozumienia*”¹⁹³³ nie wchodzi w grę, co wynika po prostu z faktu, że nie konstruują one (nie są definicjami nominalnymi) żadnych czynności kulturowych.

W ten sposób wykluczać należy przynależności normy ostrożności do tych dwóch kategorii wypowiedzi dyrektywalnych.

8) Norma ostrożności jako optatyw?

Rozważyć więc należy w dalszej kolejności przyjęcie, jakoby norma ostrożności była optatywem. Objasniając to pojęcie w świetle dorobku teorii prawa¹⁹³⁴ wskazać należy, że – w największej ogólności – wypowiedzi optatywne charakteryzowane są jako akty „*życzenia, żeby*

¹⁹²⁸ Wskazać tutaj należy zwłaszcza na Z. Ziemińskiego, „*Logiczne podstawy...*”, s. 75–76, który stwierdzał, że normy prawne jako *ius cogens* wiązać musza niezależnie od poglądów adresatów tych norm (zob. J. Jadacki, op.cit., s. 205). Zastrzeżenie podobne można odnieść do norm ostrożności. Gdy bowiem podmiot znajduje się w określonej sytuacji, to istnienie (obowiązywanie) norm ostrożności nie jest zależne od jego woli.

¹⁹²⁹ Na możliwość takiej sytuacji zwraca zwłaszcza uwagę J. Lande, „*O ocenach...*”, cyt. za J. Jadacki, s. 161 pisząc: „*Przepisy kucharskie, przepisy techniki fotograficznej oraz wszelkiej techniki inżynierskiej, strategia i taktyka wojskowa, medycyna i higiena, podręczniki wszelkiej techniki sportowej (...) zawierają obfity materiał reguł teologicznych*”.

¹⁹³⁰ Dla przypomnienia bowiem związek między tymi dwoma pojęciami kształtuje się tak, iż „*norma techniczna ustanowiona w oparciu o dyrektywę techniczną nakazuje adresatowi jakieś postępowanie w procesie oddziaływania na przedmioty przyrody*” zob. A. Michalska, op.cit., s. 31.

¹⁹³¹ A. Michalska, op.cit., s. 36, która to definiuje normę technologiczną w następujący sposób: „*norm[a] techniczn[a], która wskazuje nie tylko jakie działanie w procesie produkcji należy wykonać, ale wskazuje również, w jaki sposób to działanie ma być wykonane*”.

¹⁹³² Z. Ziemiński, „*Ujęcia modelowe*” w: Z. Ziemiński, M. Zieliński, op.cit., s. 20.

¹⁹³³ Z. Ziemiński, „*Ujęcia...*” w: Z. Ziemiński, M. Zieliński, op.cit., s. 46.

¹⁹³⁴ Wskazać należy tutaj na opracowanie Opałka, „*Z teorii dyrektyw i norm*”, Warszawa 1974, s. 92 i nast.

(ut) aby coś się stało (zaszło).”¹⁹³⁵. Charakterystyczną cechą optatywu jest to, że nie posiada on adresata, a tematem optatywu nie musi być ludzki czyn¹⁹³⁶. Występująca jako zapis optatywu u K. Opalka formuła *Utinam* – przejęta od R. Carnapa – nie oznacza nic innego, jak tylko transkrypcję pragnienia pewnego zdarzenia, z którą to niezwiązana jest żadna sankcja. Co więcej, spełnienie optatywu – który ze swojej istoty odnosi się do przyszłości – zachodzi od niego samego niezależnie¹⁹³⁷. Jako wyrażenie, optatyw nie posiada wartości logicznej – cechuje go jedynie stosunek pragmatycznego spełniania lub niespełniania, wspólnie jednak z dyrektywami „*jest pierwotny w stosunku do świata ocen*”¹⁹³⁸.

Należy mieć nadzieję, że takie szkicowe przedstawienie kategorii optatywu umożliwi podjęcie próby wstępnego dopasowania normy ostrożności do tej, obecnej w polskim dyskursie normatywnym, kategorii. Zauważyć należy, że czynnikiem, który najbardziej zbliża regułę ostrożności do tego konstruktu jest formuła celowo–prospektywnego „*opowiedzenia się za tym, aby coś nastąpiło*”¹⁹³⁹, szczególnie w tej postaci, która zapisywana jest jako *Utinam*, wyrażającego optatyw dla jakiegoś zdarzenia dla określonej osoby. Rozwinięcie tej formuły w oparciu o schemat zaproponowany przez K. Opalka może w jednostkowym przypadku wyglądać chociażby tak:

(1) *Oby (Utinam) kierowca (z) nie przekroczył prędkości bezpiecznej.*

Brak operatora deontycznego kategoriycznego nakazu/zakazu, typowego dla dyrektywy w postaci normy postępowania, istotnie zbliża normę ostrożności do optatywu¹⁹⁴⁰. Podobieństwo to wyraża się nadto jeszcze w braku bezpośredniej sankcji za pragmatyczne niespełnienie¹⁹⁴¹, co pokrywa się zasadniczo ze zrębem norm ostrożności, które nie zostały sformalizowane przez nadanie im postaci norm tetycznych¹⁹⁴². Nie przesądza to jeszcze słuszności takiego utożsamienia. Na przeszkodzie stoi w szczególności fakt braku adresata optatywu: norma ostrożności zawsze jest skierowana do pewnej osoby. Przeciwno niemu przemawia również to, że leżące u samych podstaw optatywu życzenie nie jest identyczne ze zwrotem wchodzącym w strukturę normy ostrożności, który brzmi raczej: *zaleca się, wskazuje się, pożądanym jest, aby*.

Dla pełności analizy optatywu zweryfikować należy jego odrębną pod–postać, jaką jest *quasi*–optatyw. Charakterystyka tego pojęcia jest utrudniona zwłaszcza przez fakt bardzo ograniczonych wypowiedzi polskiej nauki w tym zakresie. Pod pojęciem tym rozumie się

¹⁹³⁵ K. Opalek, op.cit., s. 105.

¹⁹³⁶ K. Opalek, op.cit., s. 107.

¹⁹³⁷ K. Opalek, op.cit., s. 120. W innym miejscu autor słusznie zaznacza, że trudno byłoby mówić o retrospektywnych optatywach.

¹⁹³⁸ K. Opalek, op.cit., s. 129.

¹⁹³⁹ K. Opalek, op.cit., s. 103.

¹⁹⁴⁰ Przyjęcie takiego braku sugerują również podane powyżej przykłady P1–P4.

¹⁹⁴¹ „(P–S)” w zapisie K. Opalka, op.cit., s. 120.

¹⁹⁴² Co dotyczy, jak wstępnie wcześniej ustalono, pokazanej liczby wypowiedzi.

sformułowania, które „*nie są właściwymi dyrektywami i optatywami*”¹⁹⁴³ i w swojej istocie zbliżają się do ocen. Przykładem takiego wyrażania podawanym przez K. Opaleka jest:
„(23d) *Jest niezgodne z oby Marcin nie pił za dużo, że Marcin pije za dużo*”¹⁹⁴⁴.

Już jednak takie zdawkowe uwagi wystarczają, aby ukazać, że bardziej nadaje się ono do opisanego przekroczenia normy ostrożności niż objaśnienia samej jej istoty. Widać to zwłaszcza na przytaczanym powyżej przykładzie, który wskazuje na to, że norma ostrożności nie zawiera drugiego członu *quasi*-opatatywu, opisującego relacje jego spełniania, co ogranicza ją w doniosłej funkcji sugestywnej.

9) Norma ostrożności jako ocena?

Powyższe poszukiwania – na razie nieuwieńczone sukcesem – dopingują do dalszego, wyczerpanego wysiłku w studiach nad odpowiednim zaszeregowaniem normy ostrożności. Rozważyć należy więc, czy nie są one oceną. Odpowiedź na to pytanie następcza – jak często bywa w teorii prawa – trudności z tego względu, że pojmowanie oceny jest bardzo niejednolite.

Dla Cz. Znamierowskiego ocena była przeżyciem pewnej wartości z perspektywy indywidualnej, co szczególnie uwypuklał autor w odniesieniu do kategorii ocen egzystencjalnych¹⁹⁴⁵, która prowadzi do wytworzenia się pewnej hierarchii dóbr¹⁹⁴⁶. Z kolei Z. Ziemiński akcentuje różnicę pomiędzy samą oceną, rozumianą jako „*przeżycie przez kogoś aprobaty lub dezaprobaty czegoś w określonej chwili*”¹⁹⁴⁷, które odnoszone mogą być do różnych stanów rzeczy, i wypowiedzią oceniającą, które „*(...) wyrażają aktualne przeżycie oceny*”. Autor ten podkreśla relatywność ocen, będących wyrazem czyjegoś emocjonalnego stosunku do czegoś¹⁹⁴⁸. Jako nieprawidłowe uznaje on traktowanie jako ocen szacunku pewnych wartości¹⁹⁴⁹. Nieco inne ujęcie ocen w polskiej nauce przedstawił K. Opalek, wyróżniając różne ich kategorie: oceny zawierające „wartości pozytywne” i „wartości negatywne”¹⁹⁵⁰ czy też poszczególne rodzaje ocen ze względu na temat ocen, którym może być pewne zdarzenie, zachowanie się lub rzecz¹⁹⁵¹. Zaraz podkreśla on, iż o ile tematem ocen jest zdarzenie, to ono zawsze ma charakter

¹⁹⁴³ K. Opalek, op.cit., s. 117.

¹⁹⁴⁴ K. Opalek, op.cit., s. 116.

¹⁹⁴⁵ Cz. Znamierowski, „*Oceny...*”, s. 193, która to ocena, jak należy przypomnieć, jest wyrazem aprobaty bądź dezaprobaty wobec faktu, że coś istnieje i która to nadbudowana jest nad oceną jakości. Zob. Idem, op.cit., s. 228, 243.

¹⁹⁴⁶ Cz. Znamierowski, „*Oceny...*”, s. 218.

¹⁹⁴⁷ Z. Ziemiński, „*Logika...*”, s. 102.

¹⁹⁴⁸ Z. Ziemiński, „*Logika...*”, s. 103.

¹⁹⁴⁹ Z. Ziemiński, „*Logika...*”, s. 105.

¹⁹⁵⁰ K. Opalek, op.cit., s. 90.

¹⁹⁵¹ K. Opalek, op.cit., s. 94.

subiektywny¹⁹⁵². Ten sam autor zauważa, że część z nich reprezentuje oceny przedmiotów zachodzących w rzeczywistości, które mają wartość logiczną, a część inne oceny wyrażone „w sposób celowo–prospektywny”¹⁹⁵³. Wyróżnia on wreszcie kategorię *quasi*–ocen o formule *W ut p*, które to zgodnie z poglądem krakowskiego teoretyka są – w znacznej części przypadków – przykładami ukrytych dyrektyw czy optatywów¹⁹⁵⁴. Wyodrębnia on wreszcie pewną szczególną kategorię ocen, mającą postać *S jest W*, jednak w tym przypadku swoją analizę zawęża autor do zagadnienia ich stosunku do tzw. *ideal rules*, na których są oparte¹⁹⁵⁵, stwierdzając słusznie, że nie ma potrzeby ograniczania ich do pożądaných cech osób, ale można odnieść także do cech rzeczy.

Ta powyższa krótka charakterystyka ujawnia, że oceny stanowią kategorię niejednorodną. Stąd też nie sposób do nich odnieść w zbiorczy sposób normy ostrożności. Ujęcie normy ostrożności jako czyjejś aprobaty wobec danego zachowania, chociażby ze względu na stan rzeczy, jakim jest ostrożne obchodzenie się z dobrami prawnymi (a więc oceny instrumentalnej) nie oddaje ich istoty. Samo bowiem stwierdzenie typu: „dobrze, żeby kierowca *x* zachował prędkość bezpieczną” jest deskrypcją pewnego stanu rzeczy. Nie jest to zbieżne z strukturą normy ostrożności, której inherentnym elementem jest chęć pewnego regulowania postępowania określonej osoby w pewnej sytuacji życiowej, a więc pewien element proskryptywny.

Zdecydowanie trudniejsze jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy norma ostrożności nie posiada struktury *quasi*–oceny. Rozważmy w szczególności przykład, którym posługuje się K. Opalek:

„(24b) Radzę Ci (jest wskazane), żebyś nie zaniedbywał funkcji sekretarza w moim biurze”¹⁹⁵⁶.

Wypowiedź taka wykazuje pewne powinowactwo wobec normy ostrożności, chociażby o treści: *Na odcinku drogi X, wskazane jest, żebyś poruszał się z prędkością nie wyższą niż 60 km/h* stanowiącą przykład możliwej normy ostrożności dla danego kierowcy sterującego określonym pojazdem mechanicznym. Podobieństwo to wynika z faktu, że mamy do czynienia w obu przypadkach ze „słabszymi typami dyrektyw”¹⁹⁵⁷. Konstatując to zasadnicze podobieństwo, pamiętać należy, że chodzi tutaj w istocie nie o ocenę, tylko o ukrytą dyrektywę. Jedyna różnica wyraża się w tym, że podstawowy typ normy ostrożności nie jest sformułowaniem autorstwa konkretnego podmiotu, lecz zwrotem bezosobowym, którego pogłębioną charakterystyką, szczególnie przez pryzmat podstawy obowiązywania, przyjdzie nam jeszcze się w tym rozdziale zająć.

¹⁹⁵² K. Opalek, op.cit., s. 99. W tym samym miejscu uznaje on, że oceny „(...) zachowań i wydarzeń mogą mieć postać *W że p*, ale także *W (ut p)*”.

¹⁹⁵³ K. Opalek, op.cit., s. 100. Ten sam autor afirmuje dyferencjacje ocen ze względu ich instrumentalny/kategoryczny charakter.

¹⁹⁵⁴ K. Opalek, op.cit., s. 111.

¹⁹⁵⁵ K. Opalek, op.cit., s. 130.

¹⁹⁵⁶ K. Opalek, op.cit., s. 112.

¹⁹⁵⁷ Ibidem.

10) Norma ostrożności jako wzór zachowania się?

W tym miejscu postawić należy jeszcze pytanie, czy norma ostrożności nie może uchodzić za pewien wzór zachowania się. Pojęcie to ma co najmniej dwie konotacje – po pierwsze socjologiczną, po drugie – teoretycznoprawną¹⁹⁵⁸. Zajmę się obecnie tym drugim znaczeniem, które wystąpiło z dyskursie krakowskich teoretyków prawa. Zgodnie z ujęciem F. Studnickiego¹⁹⁵⁹, ma ono trzy podstawowe znaczenia¹⁹⁶⁰. O wzorze postępowania można mówić więc tylko wtedy, gdy przez pryzmat ocen wyznaczających wzór zachowania się w sensie etycznym występuje zarazem sprzężony z nim nakaz ich respektowania¹⁹⁶¹. Tak pojęty wzór postępowania w połączeniu z funktorem normotwórczym tworzy normę prawną.

Już z tej lapidarnej charakterystyki wyłaniają się dwa spostrzeżenia: po pierwsze pytanie, czy zachowanie ostrożne wykazuje zbieżność z ocenami etycznymi, po drugie, czy taka struktura normy zasługuje na aprobatę. Na te pytania udzielić wypada przeciwstawnych odpowiedzi, z których tylko pierwsza będzie afirmująca¹⁹⁶², co rozstrzyga zarazem kwestie normy ostrożności jako wzoru zachowania się.

III. Struktura normy ostrożności

Tak zarysowane rozważania sprawiają, że nieuchronne staje się postawienie pytania o strukturę normy ostrożności, która, dla przypomnienia, wstępnie została sklasyfikowana jako posiadająca charakter pewnej słabszej dyrektywy w postaci tzw. *quasi*-oceny. O tym, że pytanie to jest bardzo złożone, świadczyć może przede wszystkim to, że może ono być rozumiane różnie,

¹⁹⁵⁸ W tym pierwszym znaczeniu również dopatrzeć się można szeregu sensów: po pierwsze jest to normalne zachowanie się w określonej grupie podmiotów, po drugie pewien ideał do naśladowania. Zob. Z. Ziemiński, „Elementy socjologii”, s. 28 [bez daty i miejsca wydania].

¹⁹⁵⁹ F. Studnicki, „Wzór zachowania się, wzór postępowania i norma”, Zeszyty Naukowe UJ. Prace Prawnicze 1961, z. 8, s. 5–29.

¹⁹⁶⁰ A więc tę część zachowań, które mieszczą się w obrębie zaakceptowanej części krzywej statystycznej, (zob. F. Studnicki, op.cit., s. 12), dalej jako wyznaczonej przez oczekiwania członków populacji, uznających je za normalne (zob. Idem, op.cit., s. 13), i wreszcie w preferowanym przez autora ujęciu jako dyrektywy odwołującej się do ocen w danej społeczności (zob. Idem, op.cit., s. 18), co zbliża się z kolei do pojęcia modelu zaczerpniętego z socjologii.

¹⁹⁶¹ F. Studnicki, op.cit., s. 26.

¹⁹⁶² Ubiegając dalsze rozważania już w tym miejscu zaznaczyć należy, że twierdzenie F. Studnickiego wydaje się być przynajmniej w tym miejscu zbyt symplicystycznie, kiedy stwierdza, iż „(...) każdy zwrot prawny jest zwrotem, który daje się przekształcić w zwrot składający się przynajmniej z funkтора normotwórczego o postaci powinien lub <<ma prawo>> i wzoru postępowania”, który to ostatni „ma tylko znacznie w wersji etycznej” (zob. F. Studnicki, op.cit., s. 28–29). W schemacie tym nie mieszczą się choćby znane już w momencie pisania tych słów przez owego autora normy kompetencyjne, które rozwijane były chociażby przez krytyka tzw. teorii woli państwa, zob. H. Kelsen, „Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego”, Wilno 1935, s. 264. Stąd też jako zupełnie już nieprzekonywujące jawi się ujęcie S. Kaźmierczyka, „Dynamiczne ujęcie normy prawnej”, Wrocław 1978, s. 83, gdzie stwierdza on, iż „(...) norma prawna jest wzorem zachowania się, bo jest normą prawną.”

kształtując w ten sposób odpowiednio uzyskiwane odpowiedzi¹⁹⁶³. Analogiczne pytanie o strukturę norm prawnych nie doprowadziło do dnia dzisiejszego do konsensu nawet w kwestiach o znaczeniu podstawowym¹⁹⁶⁴. Nie aspirując w tym miejscu do rozwiązania tego zamętu, postaram się jedynie naświetlić pewne aspekty, wiążące się z normą ostrożności. Zarazem również kierując się nowszymi wypowiedziami w tej dziedzinie – z pogranicza dogmatyki i teorii prawa – nie będę podejmował prób wypracowania jakiegoś formalnego, matematycznego kształtu normy ostrożności jako postaci normatywnej, próby te bowiem – aczkolwiek ważne – nie doprowadziły do wypracowania jakiegokolwiek trwałego, bezspornego rezultatu¹⁹⁶⁵.

Wymaga to na początek ustosunkować się do pewnych, jak się okaże, nietrafnych poglądów. Pierwsze z nich dotyczy tzw. dynamicznego ujęcia normy prawnej¹⁹⁶⁶. Oznacza ono taki typ norm, iż „(...) *nie wskazują one czynności, jakie mają się składać na to zachowanie*”¹⁹⁶⁷, co oznacza w konsekwencji, że w przypadku normy o charakterze normy konkretnej, jej adresat jest zobowiązany dynamicznie wtedy, gdy „(...) *może konstruować sposób wykonania nakazowego celu*”¹⁹⁶⁸. Dynamika ta na gruncie prawa karnego pojmowana jest jako wymóg określenia czynów zabronionych „*rodzajowo, tak, aby czyny posiadające określone cechy zawsze uważane były za przestępstwo*”¹⁹⁶⁹. Koncepcja taka, w zamierzeniu może nowatorska i czerpiąca z perspektywy socjologicznej, niczego nie wyjaśnia. Nie chodzi tutaj o to tylko, że trudno wyobrazić sobie normę prawa karnego, statuującą typ przestępny czy chociażby wykroczenie, która nie byłaby określona rodzajowo¹⁹⁷⁰. Nieprzydatność takiej klasyfikacji odnosi się wszak tym bardziej do norm ostrożności, które wyłącznie sprowadzają się do kształtowania sposobu wykonania pewnych czynów; byłoby zbyt daleko idącym twierdzenie, że „(...) *adresat takiej normy nie ma swobody wyboru zachowania się*”¹⁹⁷¹ innego niż alternatywa: zachować się nieostrożnie lub powielić tzw. normę statyczną¹⁹⁷². Nie można tutaj przecież zapominać o pewnej

¹⁹⁶³ Wskazać tutaj należy bowiem dwa przynajmniej znaczenia: pytanie o elementy składowe normy, którymi mogą być chociażby: operator deontyczny, adresat, zakres zastosowania normy oraz jej zakres normowania (taki układ dla normy sankcjonowanej wskazuje chociażby Ł. Pohl, „*Prawo karne. Wykład...*”, s. 62), bądź też pytanie o jej strukturę głęboką w rozumieniu teorii gramatyk transformacyjno-generatywnych (zob. W. Patryas, „*Rozważania o normach prawnych*”, Poznań 2001, s. 11).

¹⁹⁶⁴ Brak jest chociażby zgody co do tego, czy norma jest wyrażeniem językowym. Sprzeciwia się temu zwłaszcza J. Woleński, „*Z zagadnień analitycznej filozofii języka*”, Kraków 1980, s. 90, cyt. za W. Patryas, „*Rozważania...*”, s. 12.

¹⁹⁶⁵ Prób tych było już w polskiej nauce szereg; zob. np. S. Grzybowski, „*Wypowiedź normatywna oraz jej struktura formalna*”, Kraków 1961, s. 80, gdzie nadaje on „*każdej wypowiedzi normatywnej*” schemat „ $(p < q) \circ (a q' < r) \infty$ ”. Na marginesie zauważyć należy, że trudno – ze względów oczywistych – mówić w przypadku normy ostrożności o jej elementach ukrytych, tak jak to czyni autor w odniesieniu do norm prawa cywilnego, wskazując m.in. na domniemania czy fikcje, zob. Idem, op.cit., s. 66–79.

¹⁹⁶⁶ Chodzi tutaj o stanowisko zaprezentowane przez S. Kaźmierczyka, op.cit.

¹⁹⁶⁷ S. Kaźmierczyk, op.cit., s. 5.

¹⁹⁶⁸ S. Kaźmierczyk, op.cit., s. 99.

¹⁹⁶⁹ S. Kaźmierczyk, op.cit., s. 38.

¹⁹⁷⁰ Przykładów w tej mierze nie podaje także autor.

¹⁹⁷¹ S. Kaźmierczyk, op.cit., s. 124.

¹⁹⁷² Nie ma w tym miejscu już na polemizowanie z innymi, w oczywisty sposób chybionymi poglądami autora, który kwestionował chociażby pojęcie czynności konwencjonalnej, por. S. Kaźmierczyk, op.cit., s. 6–26.

przysługującej adresatom swobodzie postępowania, którą określić można jak swoboda wyboru metody postępowania¹⁹⁷³.

Po drugie, ustosunkować się należy do poglądów uznających strukturę normy prawnej za pewną konwencję. Egzemplifikacją takiego podejścia jest stwierdzenie J. Śmiałowskiego, a mianowicie: „(...) można przyjąć, że cała struktura normy prawnej ma w dużej mierze charakter konwencyonalny”¹⁹⁷⁴, co ma przede wszystkim takie znaczenie, iż uzależnione jest od „przyjęcia pewnego sposobu interpretowania przepisów prawnych”¹⁹⁷⁵. Pogląd taki wyrażony został na kanwie analizy struktury normy prawnej, w którym autor ten opowiada się za badaniem jej w oderwaniu od poszczególnych kategorii gramatycznych¹⁹⁷⁶.

Nie zasługuje on na aprobatę z szeregu względów, nie tylko z tego względu przecież, że afirmując na gruncie prawa karnego rozbieżność na normy sankcjonowaną i sankcjonującą trudno jest twierdzić, że to, co się uznaje za zakres normowania czy zakres zastosowania jest sprawą pewnej konwencji, ale także chociażby z tego powodu, że norma postępowania jest pewnym obiektywnie istniejącym fenomenem, którego elementy składowe można różnie nazywać i klasyfikować, ale nie zmienia to jej właściwej struktury¹⁹⁷⁷.

Niniejsza charakterystyka nie może pomijać odpowiedzi na pytanie, co jest źródłem kształtowania się treści dyspozytywnej normy ostrożności. W rozważaniach dogmatyków przyjmuje się, że są to „wskazania wiedzy ludzkiej” mające zastosowanie w danej sytuacji. Niezmiernie skomplikowanym zagadnieniem jest tutaj zwłaszcza to, czy sytuacja podmiotu może wpływać na jej treść.

Ubiegając dalsze wywody, wskazać należy, że problematykę struktury normy ostrożności powiązać wypadnie z zagadnieniem z pozoru całkowicie odmiennym, a jednak – jak się okaże – z kwestią normy ostrożności ściśle powiązanym, a mianowicie kolizją norm ostrożności.

Wydawać by się mogło, że to pytanie nie powinno nastroczać problemów w świetle wyczerpującego, teoretycznoprawnego opracowania J. Majewskiego¹⁹⁷⁸, który stanął na stanowisku, iż sytuację tak zwanej kolizji norm rozstrzygać należy w zależności od tego, czy

¹⁹⁷³ Pojęcie to występuje zwłaszcza na gruncie nauki niemieckiej, choćby w zakresie prawa karnego medycznego, jako „*Freiheit der Methodenwahl*”, zob. np. K. Ulsenheimer, „*Zur zivil und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der neueren Judikatur und ihrer Folgen für eine defensive Medizin*“, *Medizin und Recht* 1992, s. 128. Chodzi tutaj o swobodę w ściśle określonych granicach, obejmującą zachowania jeśli nie o identycznym, to o bardzo zbliżonym natężeniu cechy ostrożności.

¹⁹⁷⁴ J. Śmiałowski w: J. Śmiałowski, W. Lang, A. Delorme, „*Z zagadnień nauki o normie prawnej*”, Warszawa 1961, s. 128.

¹⁹⁷⁵ Ibidem.

¹⁹⁷⁶ J. Śmiałowski, op.cit., s. 116.

¹⁹⁷⁷ Błąd J. Śmiałowskiego przyrównać można do stwierdzenia osoby, która widząc dwie rozbieżne opinie architektów o sposobie konstrukcji pewnej budowli, stwierdziłaby, że to, jaką ta budowla ma w istocie strukturę jest w istocie sprawą konwencji. O tym, że tak nie jest nie trzeba chyba nikogo specjalnie przekonywać, raczej, sprawą konwencji może być co najwyżej nazewnictwo, które sprawia, że ewentualny spór miałby postać logomachii; częściej jednak któryś z ekspertów badających ten fenomen się myli.

¹⁹⁷⁸ J. Majewski, „*Tak zwana...*”.

mamy do czynienia ze „zwyczajną” sytuacją kolizji obowiązków wynikających z norm nakazujących albo zakazujących, bądź też z jej szczególnym podtypem, gdy niemożność ich zrealizowania jest wynikiem zawinionego działania sprawcy¹⁹⁷⁹. W tym ostatnim przypadku autor postuluje traktować je tak „(...) jak przypadki, w których wypełnienie wszystkich zbiegających się norm jest możliwe”¹⁹⁸⁰. Natomiast w tej pierwszej sytuacji, aktualizuje się konieczność zastosowania właściwych środków egzekucji, które prowadzą autora do sformułowania reguły kolizyjnej o postaci: „norma mocniejsza ma pierwszeństwo przed normą słabszą”¹⁹⁸¹. Zahacza to o aksjologię, która w sytuacji pewnej szczególnej kolizji obowiązków, a więc takich, które kwalifikuje się jako „równie mocne”, uzupełnić należy przez pewną regułę dodatkową, wskazującą, iż zastosowanie znajduje „(...) alternatywa obu *prima facie* niezgodnych między sobą norm”¹⁹⁸².

Jednak prostemu przełożeniu rozważań J. Majewskiego na sytuację kolizji norm ostrożności stoi na przeszkodzie to, że tylko zupełnie wyjątkowo występuje ona między obowiązkami. Obowiązek jest bowiem pojmowany na gruncie teorii prawa jako „(...) *jeden i tylko jeden sposób postępowania w określonej sytuacji*” wynikający z norm prawnych¹⁹⁸³. Normy ostrożności mają však, jak to zostało ustalone powyżej, charakter *quasi*-oceny, czyli pewnej słabej dyrektywy. W tym też wyraża się zasadnicza różnica wobec leżącej u podstaw rozważań tego karnisty normy postępowania, której definicję podziela on z poznańską szkołą teorii prawa¹⁹⁸⁴. Jawi się to o tyle problematyczne, że podstawę rekonstrukcji szczególnych reguł kolizyjnych w myśl nakazów wykładni operatywnej prawa stanowi założenie o racjonalności prawodawcy, którą to pojmuje autor w ślad za Ziemińskim jako wykluczającą sytuację „(...) *by prawodawca ustanawiał i uznawał za nadal obowiązujące normy między sobą sprzeczne lub normy przeciwne*”¹⁹⁸⁵. Trudno mówić o leżącej u podstaw kolizji norm ostrożności zasadzie racjonalności prawodawcy, które – nawet przy przyjęciu dominującego w doktrynie stanowiska – w zasadniczej przynajmniej części przypadków nie posiadają statusu normy prawnej. Proste więc przełożenie rozważań J. Majewskiego odnoszących się do norm prawnych na grunt norm ostrożności nie wydaje się więc być możliwe.

¹⁹⁷⁹ J. Majewski, „*Tak zwana...*”, s. 171–193.

¹⁹⁸⁰ J. Majewski, „*Tak zwana...*”, s. 175.

¹⁹⁸¹ Która to, jak należy zaznaczyć jest nie tylko oryginalnym rozwiązaniem autora odbiegającym od tych proponowanych dotychczas w teorii prawa, która, jak trafnie zauważa autor, nie wypracowała „(...) *jakieś powszechnie akceptowanej konwencji terminologicznej*”, zob. J. Majewski, „*Tak zwana...*”, s. 94, ale i satysfakcjonujących rozwiązań tego problemu.

¹⁹⁸² J. Majewski, „*Tak zwana...*”, s. 133.

¹⁹⁸³ Zob. Z. Ziemiński, „*Uprawnienie a obowiązki. Przyczynek do analizy stosunku prawnego*”, Poznań 1962, s. 14. Zarazem ten sam autor, polemizując z ujęciem zaprezentowanym przez L. Petrażyckiego (w objaśnieniu przez J. Landego), który stanął na stanowisku, iż obowiązku określonej osoby nie zawsze odpowiada „*czyjaś możliwość prawna podjęcia pewnej czynności prawnej*” (zob. Z. Ziemiński, op.cit., s. 27).

¹⁹⁸⁴ Zob. J. Majewski, „*Tak zwana...*”, s. 93–94.

¹⁹⁸⁵ Zob. Z. Ziemiński, „*Logika...*”, s. 241.

Aby sprawdzić możliwość zastosowania schematu rozwiniętego przez tego autora, posłużyć się należy wypróbowaną już przez J. Majewskiego metodą kazusu. Oto występuje więc taka sytuacja: narciarz ćwiczący na olimpijskim stoku slalom gigant spostrzega sypki śnieg na trasie zjazdu i stojącą poza wytyczonym obszarem dla publiczności grupę gapiów. Winien on więc jechać agresywniej, szybciej krawędziując nartę, żeby uniknąć utraty równowagi i upadku na trasie, co może stworzyć zagrożenie dla kolejnych, zjeżdżających po nim narciarzy, przy czym jednocześnie jazda taka stwarza ryzyko wypadnięcia poza wyrysowany obszar zjazdu, co może stworzyć zagrożenie dla nieuważnych gapiów zerkających na treningi przed zawodami.

Kolejny przykład: jadący na torze w wyścigu drużynowym panczenista wyczuwa defekt w krzywiźnie swojego panczenu, co stwarza zagrożenie w przy jeździe na zakręcie toru: przy prędkości ponad 50 km/h, może to stworzyć niebezpieczeństwo zarazem dla kolegi z drużyny i dla reprezentanta drużyny przeciwnej; natychmiastowe zatrzymanie jest niemożliwe i prowadziłoby do upadku z ryzykiem poważnych obrażeń dla jadącego.

Nietrudno zauważyć, że w takich sytuacjach mielibyśmy do czynienia *prima facie* z kolizjami obowiązków, przy czym w pierwszym wypadku są one różnej wagi, w drugim natomiast takiej samej¹⁹⁸⁶. Zastosowanie reguł kolizyjnych wypracowanych przez J. Majewskiego prowadzi do zadawalających rezultatów, bardziej jednak problematyczne jest ugruntowanie tego wyniku z uwagi na brak wymogów co do formalnej zgodności norm w zwykłym systemie norm¹⁹⁸⁷. Jak widać, wymaga to więc szczególnego uzasadnienia.

Pytanie to postawić należy dla pełnej przejrzystości inaczej, a mianowicie o podstawę obowiązywania norm ostrożności. Przypomnieć należy, że w teorii prawa wskazuje się tutaj na dwa podstawowe typy uzasadnień norm: tetyczne i aksjologiczne.

W pierwszej kolejności sprawdzić należy, czy potwierdzone jest podejrzenie, że czym innym jest norma, a czym innym jest dyrektywa, co mogłoby wykluczać proste przeniesienie powyższych rozważań. To ostatnie pojęcie obejmuje w swym zakresie różnorodne wypowiedzi pełniące funkcję sugestywną, która ujmowana jest w ten sposób, iż „*ma ona oddziaływać na określony podmiot czy podmioty, by podjęły one takie czy inne postępowanie*”¹⁹⁸⁸. Pytanie więc, czy sformułowana powyżej diagnoza, iż norma ostrożności kryje w sobie element pewnej

¹⁹⁸⁶ O ile bowiem zasadnie przyjąć można, że nakaz niestwarzania swoim nieostrożnym zachowaniem zagrożenia dla publiczności jest nadrzędny wobec możliwości stworzenia niebezpieczeństwa dla innych zawodników, którzy jako profesjonaliści mają możliwość łatwiejszego uniknięcia zagrożenia, chociażby przez wyprowadzenie nart z pozycji równoległej szerokiej w ślad hamujący, zob. A. Lesiewski, J. Lesiewski, „*Narty. Poradnik Fan*” 2007, s.l., s. 103–104, to w sytuacji zagrożenia dla zdrowia innego zawodnika prawnokarnie bez znaczenia (również na płaszczyźnie wymiaru kary) jest fakt przynależenia do tej samej czy też przeciwnej drużyny: wszyscy sportowcy korzystają z tej samej intensywności ochrony.

¹⁹⁸⁷ Która dotyczy koherentnego i złożonego systemu prawnego, wobec którego „*Spójność formalna jest wręcz postrzegana jako podstawowy wymóg*”, zob. J. Majewski, „*Tak zwana...*”, s. 103.

¹⁹⁸⁸ Z. Ziemiński, „*Ujęcia...*”, w: Z. Ziemiński, M. Zieliński, op.cit., s. 16.

„słabszej dyrektywy” wystarcza, aby zakwalifikować ją jako normę czy też nie. Zasadnie wskazywano w doktrynie, że niejednokrotnie będzie to „sprawą zawiłą i sporną”¹⁹⁸⁹. Szczególnie ważne jest odróżnienie kategorii norm postępowania od wypowiedzi li tylko do nich podobnych¹⁹⁹⁰. Ze względu na brak literatury teoretycznoprawnej w tym zakresie, analizę przeprowadzić wypadnie niejako negatywnie, od strony normy i to dla celów poznawczych przez pryzmat normy postępowania, pamiętając jednak o istotnym zastrzeżeniu uczynionym przez Ł. Pohla, które odnosi się również do normy ostrożności, a mianowicie, że ściśle rzecz biorąc, nie jest ona normą postępowania¹⁹⁹¹.

Aby zweryfikować, czy norma ostrożności ma postać normy, zwrócić należy na jej podstawowe składniki. Umożliwi to także udzielenie zapowiadanej odpowiedzi na pytanie o to, jaką strukturę ma norma ostrożności. W literaturze przedmiotu przyjmuje się przynajmniej trzy takie elementy składowe, jakimi są: podanie adresata normy, jego postępowania i okoliczności zastosowania normy¹⁹⁹². To, że norma ostrożności posiada pewnego adresata jest tak samo oczywiste jak to, że adresat ten wykazuje pewne cechy szczególne, spośród których wyróżnia się ta, że nie będzie to nigdy podmiot zbiorowy (osoba prawna)¹⁹⁹³. Nie jest to tylko pochodną związku norm ostrożności *de lege lata* ze sformułowaniem art. 9 § 2 k.k., ale przede wszystkim faktu, że ostrożność jest właściwością czynu ludzkiego¹⁹⁹⁴. W tym jednak nie wyczerpuje się przedmiotowa kwestia, niejasne jest bowiem, czy ów adresat jest wskazany nazwą indywidualną co do określenia adresata. Sprawa jasna jest dla tych przedstawicieli doktryny, którzy uwzględniają w treści normy ostrożności cechy indywidualne podmiotu, wyklucza to bowiem automatycznie wskazanie podmiotu za pomocą pewnych cech¹⁹⁹⁵. Również jednak dla pozostałych przedstawicieli doktryny przyjęcie indywidualnego charakteru normy jest możliwe, co wynika w prostej mierze z faktu, że norma ostrożności krystalizuje się w danej sytuacji i dotyczy określonego podmiotu. Nie wyklucza to faktu, że będzie ona miała identyczne brzmienie dla różnych osób. Takie ujęcie jest wyrazem koniecznej preferencji na rzecz wąskiego

¹⁹⁸⁹ Z. Ziemiński, „Ujęcia...”, w: Z. Ziemiński, M. Zieliński, op.cit., s. 21.

¹⁹⁹⁰ Chodzi tutaj w szczególności o „różnego rodzaju wypowiedzi, które wykazują cechy wypowiedzi dyrektywalnych, zawierają element dyrektywalny, ale nie mają tak wyraźnego charakteru jak normy postępowania: mianowicie różnego rodzaju rady zalecenia wskazówki, itp. Mogą one mieć charakter pośredni pomiędzy normami a dyrektywami celowościowymi”. Zob. Z. Ziemiński, M. Zieliński, loc.cit.

¹⁹⁹¹ Zob. powyżej przypis nr 1849.

¹⁹⁹² Z. Ziemiński, M. Zieliński, Ibidem: „(...) określenie adresata normy, postępowania, które ma on realizować, oraz okoliczności, w których ma on dane postępowanie powinno być przez adresata normy podjęte”. Czasami jako samodzielny człon wymienia się także operator deontyczny.

¹⁹⁹³ Co do osób prawnych jako adresatów norm zob. J. Lande, „Nauka...”, s. 28 i n.

¹⁹⁹⁴ Konkluzji ten nie zmienia fakt, że w języku ogólnym często mówi się o ostrożnym czy agresywnym zachowaniu jakiegoś podmiotu, np. spółki, ale wypowiedź taka ma wyraźnie przenośny charakter. Ostatecznie bowiem owo „ostrożne” lub „nieostrożne” działanie podmiotów zbiorowych daje się sprowadzić do działania podmiotów wchodzących w skład ich organów, na czym zresztą opiera się też koncepcja quasi-karnej odpowiedzialności podmiotów zbiorowych.

¹⁹⁹⁵ A tak właśnie czynią normy generalne, zob. Z. Ziemiński, „Ujęcia...”, w: Z. Ziemiński, M. Zieliński, op.cit., s. 25.

pojmowania normy ostrożności jako tej, która w istocie przesądza o charakterze czynu w danej sytuacji; tylko bowiem w ten sposób można rozsądnie mówić o relewancji norm ostrożności. Posługując się przykładem: norma ostrożności ma postać: „kierowca X winien w ruchu drogowym zachowywać na danym odcinku prędkość bezpieczną – 62 km/h”, podawanie bowiem norm postępowania o bardziej ogólnej postaci pokoju: „każdy kierowca winien poruszać się w ruchu drogowym z prędkością bezpieczną” nie wykazuje użyteczności praktycznej. Równie dobrze można by poprzestać na ogólnej normie, iż każdy uczestnik życia społecznego winien zachowywać się ostrożnie. Takie deklaratywne stwierdzenie nie wykazuje pożyteczności w procesie sądowego stosowania prawa, a wątpliwości konstytucyjne co do takiego ujęcia są oczywiste.

Drugim elementem składowym normy postępowania jest zakres jej normowania, który pojmowany jest jako nakaz postąpienia „(...) w określony przez normę sposób”¹⁹⁹⁶. W tym miejscu powszechnie przeprowadza się rozróżnienie pomiędzy normami konkretnymi, odnoszącymi się do jednostkowego zachowania się, oraz normami abstrakcyjnymi, które nakładają na ich adresata obowiązek aby „(...) wielokrotnie dokonywać tak określonych czynów”¹⁹⁹⁷. I tutaj również powielić należy argumentację, która odwołuje się do perspektywy sytuacyjnej, to bowiem w niej aktualizuje się zalecenie pewnego nakazu bądź zakazu określonego działania/zaniechania dla indywidualnie określonego podmiotu. Jeżeli więc dla jadącego z Poznania do Trzcianki na wysokości Obornik podmiotu X zaktualizuje się wskazanie poruszania się z prędkością nie większą niż 44 km/h i nie wolniej niż 30 km/h, to nie oznacza to jeszcze, że przejeżdżając tą samą trasą w tym samym kierunku, ale kilka godzin później jadąc 40 km/h zadośćuczyni on wiążącej go ostrożności. Oczywiście jest bowiem, że w sytuacji drogowej dojść może do zmiany, stąd niepoprawne byłoby ujęcie normy ostrożności jako nakazu dla podmiotu X poruszania się samochodem ilekroć znajdzie się on na trasie w Poznania do Trzcianki na wysokości Obornik z prędkością w przedziale 30–44 km/h. Jak widać z powyższego, ze względu na niepowtarzalność sytuacji, ujmowanie norm ostrożności w sposób abstrakcyjny jest pozbawione operatywności, czego unika ujęcie upatrujące wyczerpanie normy ostrożności w zrealizowaniu konkretnego czynu.

W tym kontekście materializuje się wszak kwestia bardziej złożona: czy element dyrektywalny w postaci wskazania (zalecenia) pewnego zachowania jest wystarczający, aby wypełnić zakres normowania normy ostrożności. Odwołując się do literalnego ujęcia modelowego normy wypadłoby powiedzieć, że nie¹⁹⁹⁸. Ta konkluzja nie uwzględniałaby więc specyfiki słabszej

¹⁹⁹⁶ Z. Ziemiński, „Ujęcia...”, w: Z. Ziemiński, M. Zieliński, op.cit., s. 28.

¹⁹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁹⁸ W zakresie normy postępowania zob. Z. Ziemiński, „Ujęcia...”, w: Z. Ziemiński, M. Zieliński, op.cit., s. 28–31.

dyrektywy, którą są nie tylko normy ostrożności; stąd krystalizuje się argument o potrzebie przebudowania tego modelowego ujęcia. Ten argument sam w sobie nie może być jednak wystarczający ze względu na fakt, że prowadziłby on do znacznego rozmycia pojęcia normy postępowania, która mogłaby obejmować nie tylko bezwzględnie wysłowione nakazy/zakazy, ale całe spektrum rad czy zaleceń. Stąd też uzupełnić go należy poprzez wskazanie, że istota zakresu normowania wyraża się nie tyle w operatorze deontycznym, co raczej w tym, że adresat zostaje postawiony przed perspektywą sugestii spowodowania określonego stanu rzeczy¹⁹⁹⁹, niezależnie od tego, czy jest to mu nakazane czy zalecone. W zależności od tego ostatniego czynnika warto odróżnić normy postępowania *sensu stricto* od innych, omawianych tutaj słabszych norm – norm *sensu largo*.

Wreszcie omówić należy trzeci element składowy normy ostrożności, jakim winien być jej zakres zastosowania. I z tym punktem związane są niebagatelne trudności, być może największe. Występuje tutaj ryzyko polegające na pomieszaniu bycia w „*okolicznościach przez normy przewidzianych*”²⁰⁰⁰ od okoliczności, które konstytuują treść normy ostrożności. Rodzą się tutaj przynajmniej dwie możliwości, z których pierwsza wyraża się w przyjęciu, że norma ostrożności nie wyznacza obowiązków potencjalnych, lecz tylko aktualne, w czym upodabnia się chociażby do rozkazu²⁰⁰¹, oraz druga opcja, zgodnie z którą okoliczności te są określone w sposób indywidualny. To, że to drugie rozwiązanie jest bardziej poprawne nie może ulegać wątpliwości²⁰⁰².

Podsumowując powyższe rozważania i stając na stanowisku, że norma ostrożności jest *normą sensu largo* o charakterze normy indywidualnej i konkretnej, trzeba ustosunkować się do poczynionych na wstępie niniejszego rozdziału rozważań²⁰⁰³, czy normy ostrożności mogłyby mieć charakter norm prawnych, które to – jak wiadomo – co do zasady formułowane są w postaci norm podwójnie ogólnych, tj. jako norma generalna i abstrakcyjna. Pogląd taki, jak już wielokrotnie zaznaczano, jest też udziałem pokażnej części polskiej nauki prawa karnego. O ile prawny charakter norm ostrożności wynikać miałby nawet z faktu, że jako normy prawne kwalifikowane są także te normy, które wynikają instrumentalnie z innych norm, to jednak nawet takie normy wypada uznać za generalne i abstrakcyjne. Rozwiązaniem tego dylematu jest rozróżnienie pomiędzy standardem ostrożności, który to ustalany być winien z odniesieniem do norm prawnych – a więc w przykładowo ustawy u.p.r.d., a daną normą ostrożności. Nie wyklucza

¹⁹⁹⁹ Z. Ziemiński, „Ujęcia...”, w: Z. Ziemiński, M. Zieliński, op.cit., s. 31.

²⁰⁰⁰ Z. Ziemiński, „Ujęcia...”, w: Z. Ziemiński, M. Zieliński, op.cit., s. 25.

²⁰⁰¹ Z. Ziemiński, „Ujęcia...”, w: Z. Ziemiński, M. Zieliński, op.cit., s. 24.

²⁰⁰² Aby to zobrazować posłużyć się należy pewnym przykładem: obserwator ruchu drogowego patrzy na zbliżającego się do 14 kilometra drogi pomiędzy Poznaniem a Obornikami kierowcę pojazdu. Przewiduje, że winien on – ze względu na warunki drogowe – zmniejszyć przed ostatecznym dojechaniem do tego miejsca prędkość. W momencie tym najpóźniej można sformułować regułę ostrożności z precyzyjnie określonym zakresem jej zastosowania.

²⁰⁰³ Zob. powyżej s. 331 i n.

to, że będzie on w danej sytuacji identyczny, chociaż częściej raczej występować będą pewne odchylenia.

Tak więc rozważania te doprowadziły do definitywnego odrzucenia sformułowanej wcześniej supozycji, iżby normy ostrożności mogły w pewnych przypadkach mieć postać norm prawnych.

Powyższa część rozważań prowadzi do dwóch ważnych konkluzji – norma ostrożności jest normą postępowania²⁰⁰⁴, będąc zarazem normą indywidualną i konkretną. Nie jest ona częścią właściwego pojętego systemu prawa, nie posiada też uzasadnienia tetycznego²⁰⁰⁵.

Stąd też zbadać należy, czy nie posiada ona uzasadnienia aksjologicznego. Rozważanie takiej możliwości jawić się musi przynajmniej *prima facie* jako absurdalne, gdyż do klasycznych przykładów norm uzasadnionych aksjologicznie należą normy moralne czy etyczne, a powinowactwo normy ostrożności z nimi jest odległe²⁰⁰⁶. Jednak rozważenie tej drugiej możliwości jest konieczne nie tylko, aby rozstrzygnąć stanowiące wstęp do niniejszych rozważań pytanie o kolizję sprzecznych obowiązków (wskazań), lecz także, aby przesądzić pytanie o uzasadnienie obowiązywania danej normy²⁰⁰⁷. Pod tym ostatnim pojęciem pojmuje się uzasadnienie obowiązywania normy ze względu na pewien system ocen: bądź to adresata normy (uzasadnienie autonomiczne) bądź to takich przyjmowanych przez inne podmioty (uzasadnienie heteronomiczne)²⁰⁰⁸. Uzasadnienie aksjologiczne opiera się na „(...) istotnym milczącym założeniu, że należy czynić to, co dobre, a unikać zła”²⁰⁰⁹. Rozważając więc uzasadnienie aksjologiczne normy ostrożności, wskazać należy, że ze względu na typ ocen, które jej uzasadnia, występuje ono w różnych odmianach. W pierwszej kolejności chodzi tutaj o normy etyczne i moralne. Jednak nie jest to katalog zamknięty. Stąd też w pełni uprawnione jest zwrócenie uwagi na pewien szczególny typ ocen, jaki podbudowuje normy ostrożności, jakim jest przeświadczenie towarzyszące większości naszego społeczeństwa, że dobrze jest zachowywać się zgodnie z wskazaniami ludzkiej wiedzy, aby uniknąć stwarzania niebezpieczeństwa dla siebie czy innych osób. Nie jest to jakaś powszechna apologia scjentyzmu, lecz raczej stwierdzenie, że normy

²⁰⁰⁴ Jest to zarazem zbieżne z konkluzjami takich autorów jak T. Gizbert-Studnicki, „O sposobach formułowania dyrektyw”, *Studia Semiotyczne*, t. XIII, s. 91–109, cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 293, który stosunkowo szeroko określa pole dyskursu dyrektywnego, stwierdzając, iż w jego skład wchodzi „norma, zasada, reguła, rozkaz, zachęta, życzenie, sugestia, propozycja, prośba, błaganie, rada, ostrzeżenie, zalecenie, wskazówka, pouczenie, napomnienie”.

²⁰⁰⁵ Nie wnikając w tym miejscu w różne rozumienia tego pojęcia na potrzeby niniejszej pracy przyjmuje się, że o uzasadnieniu tetycznym mówić można wtedy, gdy „(...) adresat normy jest w mocy normodawcy, który może spowodować dla niego istotne zło czy odmówić dobra” zob. M. Zieliński, Z. Ziemiński, „Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie”, Warszawa 1988, s. 154.

²⁰⁰⁶ M. Byczyk, M. Kowalewska, „Reguły Ostrożności a odpowiedzialność w służbach mundurowych” w: III Seminarium z cyklu „Odpowiedzialność Dyscyplinarna w służbach mundurowych”, red. P. Jóźwiak, Piła 2013, s. 25.

²⁰⁰⁷ W literaturze wskazuje się zasadnie, że obowiązywanie normy może być postrzegane nie tylko w sensie ontologicznym, ale przez pryzmat społecznej efektywności norm, zob. Z. Ziemiński, M. Zieliński, „Uzasadnienie twierdzeń i ocen w prawoznawstwie”, Warszawa 1988, s. 142.

²⁰⁰⁸ Z. Ziemiński, M. Zieliński, „Uzasadnienie...”, s. 150–151.

²⁰⁰⁹ Z. Ziemiński, M. Zieliński, „Uzasadnienie...”, s. 150.

ostrożności w swojej istocie są pewną transpozycją dorobku aktualnej wiedzy ludzkiej, a że ta – ze swej istoty nie jest absolutna i nieomylna, stąd też normy ostrożności nie są wskazaniem bezwzględnych nakazów, których przekroczenie równoznaczne miałoby być z przekroczeniem normy sankcjonowanej prawa karnego, co pociąga za sobą możliwość wymierzenia dolegliwości przewidzianej w normie sankcjonującej, możliwość uzależnioną naturalnie od wystąpienia prawnokarnie skutku i szeregu innych warunków.

W tym też kontekście pojawia się pytanie o to, czy nie rodzi to niebezpieczeństwa pewnego chaosu, związanego z tym, że brak jest wśród ekspertów jednolitości zapatrywań co do optymalnego sposobu postępowania; przy bliższym spojrzeniu, problem ten jawi się jako sztuczny²⁰¹⁰.

Stwierdzone uzasadnienie aksjologiczne normy ostrożności prowadzi do jeszcze jednego ważnego problemu, jakim jest sprzężenie z regułą ostrożności innych norm. *Prima facie* wydawać by się mogło, że norma ostrożności jest typowym przykładem *lex imperfecta*, gdyż za jej naruszenie nie grozi wprost żadna sankcja. Konkluzji tej nie przesądza również fakt, że zachowania nieostrożne mogą być sankcjonowane jako wykroczenia, sankcja ta nie jest bowiem automatycznie związana z naruszeniem tylko określonej normy ostrożności. Tylko w przypadku pewnych przewinień dyscyplinarnych można sobie wyobrazić mechaniczne sankcjonowanie pewnych typów czynów nieostrożnych, jednak odpowiedzialność dyscyplinarna ma charakter o tyle wyjątkowy, że dotyczy tylko wąskiej kategorii osób²⁰¹¹. Niemniej również twierdzenie, że czyny nieostrożne są w większości przypadków prawnie indyferentne, byłoby nieintuicyjne²⁰¹². Wynika to przede wszystkim z tego, że niewiele jest takich czynów nieostrożnych, które nie są zarazem automatycznie przekroczeniem normy sankcjonowanej, co wynika choćby z faktu, że rozszerza się zakres tzw. czynów karanych na przedpolu, tj. przestępstw z abstrakcyjnego narażenia dobra na niebezpieczeństwo. Jednak dostrzeganie tutaj sankcji byłoby pewnym niebezpiecznym skrótem myślowym, jest ona bowiem związana nie tyle z naruszeniem normy ostrożności, co uwarunkowana jest spełnieniem dalszych przesłanek odpowiedzialności karnej. Można postrzegać co prawda przekroczenie normy sankcjonowanej i wiążącą się z tym groźbę owej odpowiedzialności karnej za swoistą sankcję, (wtedy sama ta sankcja byłaby pewną meta-normą wobec normy ostrożności). Przy takim założeniu naświetlałoby to konwencjonalny charakter związków jakie występują między normą sankcjonowaną i sankcjonującą, które to

²⁰¹⁰ W szczególności bowiem, jeżeli w świetle ludzkiej wiedzy można w sytuacji A równie poprawnie postępując wykonać B i C, to albo różnice między nimi są na tyle niewielkie, że oba zachowania realizują treść wskazania reguły ostrożności. W tym wypadku nierzadko będziemy mieli do czynienia z fenomenem opisanym jako „*Freiheit der Methodenwahl*”, zob. powyżej przypis nr 1973.

²⁰¹¹ Szerzej o odpowiedzialności dyscyplinarnej na gruncie prawa karnego zob. pracę doktorską P. Józwiaka, „*Odpowiedzialność dyscyplinarna w sporcie*”, niepubl. dysertacja doktorska, Poznań 2013.

²⁰¹² Nie rozstrzygam w tym miejscu kwestii społecznej bezkarności czynów nieostrożnych, do czego wymagane są z pewnością odrębne szczegółowe badania z zakresu kryminologii.

sprężenie nie wykluczałoby występowania relacji sankcjonowania w odniesieniu do innych jeszcze norm. W takim przypadku norma sankcjonowana staje się normą sankcjonującą. Mankamentem wydaje się być pewna sztuczność tej konstrukcji, ale po głębszym zastanowieniu wykluczyć należy inne nasuwające się tutaj alternatywy, jak chociażby sankcjonowanie przez właściwe normy prawa cywilnego czy publicznego. W porównaniu do nich omówiony konstrukt jest praktycznie najbliższy realiom życia społecznego. Związek ten też implikuje, że pewną granicą norm ostrożności jest opis typu czynu zabronionego²⁰¹³.

Pozostaje więc do rozstrzygnięcia jeszcze jedna kwestia, jaką są kolizje norm uzasadnionych aksjologicznie, których częstotliwość uzależniona być ma od spójności ocen leżących u ich podstaw²⁰¹⁴. Wiadomo bowiem nie od dzisiaj, że u metodologicznych postaw prawnictwa kryją się określone założenia modelujące²⁰¹⁵. Wyrazić tutaj należy stanowisko, że nie należy tego rozumieć w ten sposób, iżby samo oparcie się na jednolitym systemie ocen wskazane powyżej niebezpieczeństwo kolizji w postaci nakładania na adresata norm przeciwnych obowiązków miało automatycznie wykluczać²⁰¹⁶. Różnica polega na tym, że zamiast założenia o racjonalności prawodawcy, nawet występującego w realistycznej formie na skutek uchylecia założeń idealizacyjnych, czy też analogicznej figury wiarygodnego informatora²⁰¹⁷, trzeba przyjąć

²⁰¹³ Nawet bowiem w sytuacji, gdy ze względu na doświadczenie kierowcy jazda ze stężeniem alkoholu przekraczającym 0,5 promili we krwi nie będzie stwarzać żadnego zagrożenia, to będzie ona przestępstwem na mocy wyraźnej decyzji ustawodawcy (zob. art. 178a k.k., zgodnie z którym: „§ 1. Kto, znajdując się w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, prowadzi pojazd mechaniczny w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”) Natomiast wobec braku analogicznej sztywnej ingerencji ustawodawcy w zakresie przekroczenia dopuszczalnej prędkości (zob. w tej mierze odmienne, stanowcze ujęcie Kodeksu Karnego Hiszpańskiego: artykułu 379 ust.1 CP penalizuje czyn każdego kto „(...) conducir un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora”) sprawca może odpowiadać, choćby na podstawie art. 174 § 2 k.k. (zgodnie z którym: „Kto spowoduje bezpośrednio niebezpieczeństwo katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym (...) § 2. Jeżeli sprawca działa nieumyślnie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”) czy też art. 160 § 1 k.k., (zgodnie z którym: „§ 1. Kto naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu”), do czego priorytetowe znaczenie mają właśnie normy ostrożności wiążącej w danej sytuacji.

²⁰¹⁴ Z. Ziemiński, M. Zieliński, „Uzasadnienie...”, s. 153.

²⁰¹⁵ Tak przykładowo L. Nowak, „Interpretacja prawnicza. Studium z zakresu metodologii prawnictwa”, Warszawa 1973, s. 53–54, wskazuje na przynajmniej 7 z nich, które cechować muszą prawodawcę wewnętrznym doskonałym, a więc:

„P1: wiedza W_L prawodawcy L jest niesprzeczna;

P2: Wiedza W_L prawodawcy L jest systemem, to znaczy należą do niej jej własne konsekwencje logiczne;

P3: Wiedza W_L obejmuje wszystkie reguły języka, w jakim formuluje przepisy prawa prawodawca L ;

P4: wiedza W_L jest najlepiej uzasadnioną wiedzą z punktu widzenia aktualnego stanu nauki;

P5: preferencje prawodawcy L są asymetryczne, to znaczy: jeśli L preferuje jeden stan rzeczy przed drugim, to nie preferuje drugiego przed pierwszym;

P6: preferencje prawodawcy są przechodnie, to znaczy: jeśli L preferuje jeden stan rzeczy przed drugim, a drugi przed trzecim, to L preferuje pierwszy stan rzeczy przed trzecim;

P7: oceny prawodawcy L wyznaczające jego preferencje są pełnym systemem słusznych moralnie ocen.” Zdaniem poznańskiego filozofa jest to o tyle fundamentalne, „(...) gdyż tych założeń prawnik nigdy nie uchyla, bowiem jego rola społeczna opiera się na tym dogmacie, iż prawodawca realny jest prawodawcą wewnętrznym doskonałym”, zob. L. Nowak, „Interpretacja...”, s. 150.

²⁰¹⁶ Wyrazić należy w tym miejscu pewne przypuszczenie, a mianowicie to, że u podstaw uzasadnienia norm ostrożności stoi wiedza ludzka, a nie założenia o wewnętrznym doskonałym prawodawcy.

²⁰¹⁷ Zob. L. Nowak, „Interpretacja...”, s. 47–48.

inne, zbliżone może bardziej do założenia o postaci assentora realnego²⁰¹⁸. Co więcej, ponieważ dotyczące go założenia w istocie naśladują twierdzenia bazowe wywodzone z innych nauk, to tym bardziej analogiczne założenia odnosić się muszą do systemów wiedzy naukowej i empirycznej. Kwestię tę pozostawiam jednak do rozstrzygnięcia kompetentnym filozofom i logikom, ograniczając się do wyrażenia supozycji, że skoro podstawą rozstrzygania konfliktu norm jest założenie o racjonalności ustawodawcy, w praktyce bardzo kontrowersyjne, to tym łatwiej przyjąć bardziej prawdopodobne założenie o racjonalności twórców wiedzy (przykładowo badaczy etc.), którzy nie chcą wymagać czynów logicznie niewykonalnych i nierealizowalnych.

Stąd też schemat opracowany przez J. Majewskiego może mieć i tutaj zastosowanie.

IV. Standard ostrożności

Wreszcie jednym z ostatnich problemów zarysowujących się w tym kontekście jest pytanie o tzw. subiektywizację normy ostrożności. Nie brak jest współcześnie autorów, którzy treść normy ostrożności uzależniają od kompetencji poszczególnych podmiotów²⁰¹⁹, a więc w szczególności od ich predyspozycji fizycznych i psychicznych, chociaż reprezentowane są również pewne propozycje kompromisowe i radykalnie subiektywizujące. Tendencje te znalazły również odzwierciedlenie w orzecznictwie sądowym²⁰²⁰.

Zajęcie stanowiska w tej spornej kwestii bazować musi na ustaleniach poczynionych powyżej co do teoretycznoprawnej charakterystyki normy ostrożności. Subiektywny charakter normy ostrożności zdaje się dopuszczać przede wszystkim jej indywidualno–konkretny charakter, który wskazywać może na jednostkowe obowiązki poszczególnych osób. Jednak posługując się rozumowaniem *ad absurdum*, nawet adherenci tego stanowiska nie mogą twierdzić, że reguła ta w pełni uzależniona jest od subiektywnych zdolności podmiotu, gdyż inaczej o postępowaniu z dobrami prawnie chronionymi decydowałyby nie tyle wskazania weryfikowalnej ludzkiej wiedzy, co jej zasób u poszczególnych uczestników, a nawet sprowokowany jej deficyt²⁰²¹. Co więcej, skonstatowany powyżej charakter normy ostrożności jako pewnej słabszej dyrektywy, której postawą obowiązywania jest uzasadnienie aksjologiczne, mające swoje źródło w afirmacji

²⁰¹⁸ Co do tego pojęcia zob. W. Patryas, „Uznawanie zdań”, Poznań 1987, s. 205.

²⁰¹⁹ Chodzi tutaj przede wszystkim o późnych przedstawicieli szkoły finalistycznej, a zwłaszcza B. Schünemana, zob. rozważania zawarte w poprzednim rozdziale.

²⁰²⁰ Zob. np. cytowane powyżej orzeczenie Tribunal Supremo w sprawie z dnia 17 lipca 1982 r. w sprawie STS 1312/1982, s. 3 uzasadnienia rzeczonego wyroku, gdzie ostatecznie Sąd opowiada się za ujęciem radykalnie subiektywizującym.

²⁰²¹ Już chociażby ze względu na konstytucyjną zasadę równości wobec prawa nie sposób przyjąć, że o ile empirycznie czy socjologicznie mniej się wymaga od lekarza wiejskiego świeżo po ukończeniu studiów niż od doświadczonego specjalisty w renomowanym szpitalu, to owe „mniej” nie może stanowić prostego przyzwolenia dla zabiegów nieostrożnych.

ludzkiej wiedzy, prowadzi do odrzucenia jej subiektywnego charakteru. Tak więc kierowca danego pojazdu mechanicznego zobowiązany jest w sytuacji X poruszać się z prędkością bezpieczną równą Y, a jej ustalenie jest pochodną takich czynników, jak sytuacja na drodze czy stan pojazdu mechanicznego, nie ma natomiast znaczenia doświadczenie kierowcy. Zarazem jednak słabość takiego rozumowania uwidacznia się w tym, że ewentualne niewielkie doświadczenie owego kierowcy, które w świetle wiedzy ludzkiej prowadzić musi do wzmożonej ostrożności, byłoby zupełnie bez znaczenia. Kolejnym argumentem przeciwko takiemu rozstrzygnięciu jest to, że właściwości podmiotu są również przedmiotem wiedzy ludzkiej, zwłaszcza pewnych działów psychologii i socjologii. Obie więc skrajne pozycje wydają się nieprzekonujące.

Rozwiązaniem tego dylematu zdaje się być przyjęcie, że ma ona co do zasady charakter subiektywny, jednak w przypadku, kiedy miałaby ona mieć kształt nakazujący podmiotowi podjęcie jakichkolwiek działań w danej sytuacji, niemożliwych ze względu na rażący i zawiniony brak wiedzy czy zawinioną niezdolność psycho-fizyczną danego podmiotu, to zastosowanie musi mieć zasada, że norma nie jest mniej restrykcyjna od generalnego standardu ostrożności wymaganego w danej sytuacji²⁰²². Innymi słowy, czynników tych nie uwzględnia się przy przekroczeniu normy ostrożności. W tym też znaczeniu – tj. pewnej dolnej granicy, wyczerpuje się w przekonaniu autora pojmowanie „*standardu ostrożności*” jako problemu granic subiektywizacji normy ostrożności.

Z wielu innych wątków, które wiążą się z tą problematyką omówić należy jeszcze jedną kwestię, jaką jest problem ich werbalizacji²⁰²³. Już na wstępie tych rozważań zaznaczyć należy, że problematyka ta wiąże się zasadniczo z brakiem werbalizacji normy ostrożności, w szczególności w formie implikatury konwersatoryjnej²⁰²⁴, gdyż formułowanie normy ostrożności nie odbywa się w ten sposób. Stąd też proste przeniesienie wnikliwych uwag M. Zielińskiego o metodach

²⁰²² Oznacza to tylko połowiczną akceptację wyrażanych w tym zakresie stanowisk i w szczególności powściągliwość wobec poglądu M. Rodzyńkiewicza, „*Określenie umyślności i nieumyślności w projekcie k.k.*”, PS 1995, z. 5, s. 55 – abstrahując już bowiem od odrzuconej figury „*sumiennego, rozważnego obywatela*”, w przeciwieństwie do krakowskiego autora w niniejszej pracy nie jest reprezentowany pogląd, że wobec „*szczególnej kategorii podmiotów*” trzeba „*<poprzeczkę wymagań stawiać (...)* wyżej” (tenże, loc. cit.). Zasadą winno być to, że reguły ostrożności są indywidualizowane wobec wszystkich podmiotów, a nie zaostrzane wobec osób dysponujących „*przewagą informacyjną*” (tenże, loc. cit.). Zresztą jest o tyle problematyczne, że nie do końca wiadomo, o jakich podmiotach M. Rodzyńkiewicz mówi: czy są to właśnie „*wybitni fachowcy*” czy też ci, którzy znajdują się w asymetrycznej sytuacji informacyjnej, co dotyczy praktycznie każdego z nas wobec określonej innej osoby (zob. J. Habermas, „*Typy działania komunikacyjnego*” w: „*Współczesne teorie socjologiczne*”, t. II, red. A. Jasińska-Kania, L.M. Nijakowski, J. Szacki, M. Ziolkowski, Warszawa 2006, s. 989).

²⁰²³ Nie chodzi tutaj natomiast o kwestie formułowania na podstawie norm ostrożności zdań deontycznych, bowiem faktem chyba niekwestionowanym obecnie jest to, że taka możliwość powszechnie występuje (zob. stwierdzenie J. Woleńskiego, „*Obowiązywanie i prawdziwość*”, *Studia Filozoficzne* 1983, nr 10, s. 24: „*(...) każde rozumowanie istotne dla tzw. dyskursu normatywnego daje się zrekonstruować w języku deontycznym*”).

²⁰²⁴ T. Gibert-Studnicki, „*O sposobach formułowania dyrektyw*”, *Studia Semiotyczne*, t. XIII, cyt. za J. Jadacki, op.cit., s. 307.

werbalizowania dyrektyw nie jest w każdym przypadku możliwe²⁰²⁵. Powyżej przeprowadzone rozważania wykluczają, iżby była ona wysławiana w sposób czysto paralingwalny²⁰²⁶. W związku z tym norma ostrożności przyjmie najczęściej postać „*formy modalnej*”, gdzie termin „*musi*” pojmowany będzie psychologicznie, jak uzmysłowienie sobie pewnej oceny²⁰²⁷. Trudno jednak przyjąć, żeby miało to jakieś kategoryczne implikacje poza tą, jaką jest konieczność „(...) *uświadomienia sobie walorów sytuacji socjolingwistycznej*”²⁰²⁸, po to, aby dokonać ich właściwego przekładu. Podkreślić należy raz jeszcze, że odbywa się to na płaszczyźnie werbalizacji norm.

Zaznaczyć należy jeszcze, że norma ostrożności jako dyrektywa postępowania wynikająca z ludzkiej wiedzy zasadniczo nie podlega wykładni. Stąd też zestaw opracowanych reguł, zasad i wskazówek wykładni derywacyjnej nie będzie miał do nich bezpośredniego zastosowania.

V. Konkluzje

Podsumowując rozważania niniejszego rozdziału przypomnieć należy, iż wyniku zestawienia normy ostrożności z obecnymi w dyskursie teoretycznoprawnym typami wypowiedzi ustało się ustalić, że norma ostrożności posiada strukturę normy, nie będąc w ścisłym tego słowa znaczeniu normą postępowania. Istotną różnicą w stosunku do typowej normy (czy też normy postępowania) jest kształt operatora deontycznego, który w tym przypadku nie przybiera kategorycznej postaci jak w wypadku np. norm prawnych. O obowiązywaniu normy ostrożności przesądza nie jej uzasadnienie tetyczne, ale aksjologiczne. Ich wspólną podstawą, inaczej niż wydawać by się mogło sądząc po klasyfikacji na początku rozdziału jest zasób intersubiektywnej ludzkiej wiedzy. Kolizje norm ostrożności rozpatrywać należy podobnie jak kolizję obowiązków. Klasyfikacja ta okazuje się więc bezprzedmiotowa. Niesie to pewne konsekwencje tych obserwacji dla dogmatyki prawa karnego, którym poświęcone zostaną rozważania w dalszych rozdziałach pracy²⁰²⁹.

²⁰²⁵ Z. Ziemiński, M. Zieliński, „Dyrektywy...”, s. 80–90.

²⁰²⁶ Z. Ziemiński, M. Zieliński, „Dyrektywy...”, s. 79.

²⁰²⁷ Z. Ziemiński, M. Zieliński, „Dyrektywy...”, s. 85.

²⁰²⁸ Z. Ziemiński, M. Zieliński, „Dyrektywy...”, s. 90.

²⁰²⁹ Oznacza to zarazem ich całkowicie inne ujęcie niż to proponowane przez A. Zolla i W. Wróbla, którym oddać należy głos w szerszym wymiarze: „*Bez względu na pochodzenie norm ostrożności (akty prawne, zasady sztuki w danej dziedzinie wiedzy, ogólne warunki postępowania z dobrem oparte na doświadczeniu) mają one charakter obiektywne i są niezależne od właściwości indywidualnego podmiotu. Reguły zostają ujęte abstrakcyjnie i generalnie. Mają więc zastosowanie do wszystkich wypadków charakteryzujących się podobnym układem cech istotnych z punktu widzenia dobra, którego ochronie dana reguła ma służyć*” (por. A. Zoll, W. Wróbel, „Polskie Prawo...”, Kraków 2013, s. 219.) Jest to jednak wynikiem autonomicznej próby refleksji teoretyczno-prawnej, stąd też w ocenie autora nie ma potrzeby uzgadniania jej rezultatów, tym bardziej, że wskazani autorzy nie formułują bardziej rozbudowanej argumentacji na uzasadnienie swoich tez, a w pełni przyświeca mi wskazówka jednego z największych moich prawniczych autorytetów, prof. U. Müßig, że każda próba naukowego kompromisu po pewnym czasie spada z większą siłą ponownie na tego, który się niego zgodził.

Przypomnieć należy, że normy ostrożności mają charakter subiektywny w takim zakresie, w jakim ich treść uwzględnia wiedzę i zdolności danego podmiotu. Cechą charakterystyczną norm ostrożności jest ich konkretność i indywidualny charakter²⁰³⁰.

Ze względu na brak głębszych rozważań na temat teoretycznoprawnego statusu norm ostrożności powyższe wywody stanowić mają pewną tylko prolegomenę do przedmiotowej tematyki²⁰³¹. Mieć można jedynie nadzieję, że myśli te, operujące na swoistym przedpolu norm prawnych, w sferze, która wykracza poza badania „(...) *prawa w punkcie, gdzie wylania się ono z instytucjonalnych procesów, które go powołały*”²⁰³² pomoże tej skromnej i pełnej niedoskonałości pracy uniknąć przynajmniej typowego dla części refleksji prawnej pomijania zagadnienia właściwej interpretacji problemów prawnych, szczególnie tych, których doniosłość nie jest wprost oczywista²⁰³³.

²⁰³⁰ Wspomnieć tutaj należy o uwadze, którą przekazał mi prof. Ł. Pohl, iż indywidualno i konkretny charakter normy ostrożności, który jest produktem refleksji teoretyczno-prawnej, nie wyklucza rozważenia, czy nadając tej figurze status samodzielnego, odrębnego elementu w strukturze przestępstwa, przy charakterystyce tej instytucji z punktu widzenia modelu struktury przestępstwa nie jest zasadnym patrzeć na nią jako normę generalną i abstrakcyjną.

²⁰³¹ W szczególności nie poruszam tutaj złożonego zagadnienia struktury głębokiej reguły ostrożności, co do którego to zagadnienia obszernie wypowiadał się W. Patryas, „*Rozważania...*”, s. 9–59, co spowodowane jest przede wszystkim faktem, że nie wypracowano do tej pory modelu dokonywania wszystkich transformacji norm przekształcających jej strukturę powierzchniową w strukturę głęboką, a nadto z faktu, że jest to zagadnienie przekraczające ramy niniejszego opracowania.

²⁰³² L. L. Fuller, „*Anatomia prawa*”, Lublin 1993, s. 167.

²⁰³³ L. L. Fuller, op.cit., s. 169.

Rozdział VII

Normy ostrożności w strukturze przestępstwa

I. Uwagi wstępne

Przymierzając się do problematyki odpowiedzi na pytanie o umiejscowienie norm ostrożności w strukturze przestępstwa, na samym początku prowadzonych tutaj rozważań zwrócić należy uwagę na samo zagadnienie struktury przestępstwa. Rozważania w tym zakresie w polskiej karnistyce są dość ograniczone i wykazują szereg charakterystycznych cech²⁰³⁴. Dla porządku wywodów, w pierwszej kolejności wypadnie przedstawić zwięźle rozpowszechnione modele struktury przestępstwa, poprzedzając to kilkoma wstępnymi pytaniami. Chodzi tu zasadniczo o relację zachodzącą pomiędzy elementami normy sankcjonowanej i sankcjonującej a wyszczególnionymi w nauce o przestępstwie samodzielnymi elementami struktury przestępstwa. Spory co do samodzielności określonych elementów²⁰³⁵ przedkładają się na umiejscowienie ich w strukturze prawnokarnych norm sprzężonych, co rodzi szereg implikacji filozoficznych, dotyczących w szczególności konwencjonalnej bądź obiektywnej treści i struktury normy prawnokarnej²⁰³⁶. Ujmując rzecz obrazowo: przekonanie, że konieczne byłoby wprowadzenie nowego szczebla w strukturze przestępstwa odbiłoby się niebawem echem wśród niektórych autorów, którzy domagaliby się z pewnością wpisania go w określonym miejscu normy sankcjonowanej bądź sankcjonującej²⁰³⁷. Dostrzegając oczywistą szkodliwość i metodologiczną niedojrzałość tego proceduru, warto już w tym miejscu zastrzec, że rzetelną i naukowo poprawną podstawą poszukiwania struktury przestępstwa muszą być przepisy prawa pozytywnego, z których – chociażby z zastosowaniem właściwych narzędzi interpretacyjnych w postaci polskiej zintegrowanej koncepcji wykładni²⁰³⁸ – odtwarzać można właściwe pojęcia nauki o

²⁰³⁴ Jak chociażby tą, że autorzy rozpraw doktorskich najczęściej akceptują założenia w zakresie struktury przestępstwa przyjmowane przez ich opiekunów naukowych, co oczywiście nie jest złe *per se*, chociażby dlatego, że rozwija poglądy danej szkoły.

²⁰³⁵ Co w polskiej nauce dotyczy w szczególności wciąż aktualnej debaty na temat tzw. teorii negatywnych znamion przestępstwa, która neguje konieczność wyodrębniania jako odrębnego elementu w strukturze przestępstwa bezprawności (por. w tej mierze np. J. Giezek, „<<Zezwolenie>> na naruszenie dobra prawnego jako negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypową?” w: „Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca”, red. Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 131–154.

²⁰³⁶ Zagadnienia te nie są przedmiotem szerszych rozważań w polskiej karnistyce, ale ostatnio ukazała się wartościowa praca P. Kardasa, „O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi”, CzPKiNP 2012, nr 4, s. 5–63.

²⁰³⁷ Warto w tym miejscu zaznaczyć, że lokalizacja szeregu uznanych elementów strukturalnych nie została formalnie rozstrzygnięta, co dotyczy np. społecznej szkodliwości czynu.

²⁰³⁸ Co do kształtowania się koncepcji polskiej zintegrowanej koncepcji wykładni, która genetycznie wywodzi się z rozwiniętej przez Z. Ziemińskiego wykładni derywacyjnej i jej uniwersalnego zastosowania w różnych dziedzinach prawa zob. M. Zieliński, Z. Radwański, „Wykładnia prawa cywilnego” w: „Studia Prawa Prywatnego” 2006, z. 1, s. 1.

przestępstwie²⁰³⁹ i tylko w tym zakresie nauka ma swoiste „pole manewru”. Zrąb struktury przestępstwa określa ustawodawca, jedynie jej poszczególne pojęcia podlegać mogą modelowaniu²⁰⁴⁰. Stąd też określenie prawidłowości bądź nie określonych teorii struktury przestępstwa nie jest sprawą konwencji, ale podlega falsyfikacji w drodze rzetelnej naukowej analizy²⁰⁴¹ i w tym zakresie weryfikuje ona słuszność zapatrywań interpretatorów.

II. Koncepcje struktury przestępstwa

Do tej pory sformułowanych zostało kilka koncepcji struktury przestępstwa. Jedna z najbardziej spektakularnych z nich wywodzi się z tzw. szkoły kilońskiej (*Kielner Schule*), której przedstawiciele opowiadali się za jednolitym pojmowaniem przestępstwa²⁰⁴². Inne, bardziej rozpowszechnione koncepcje, które znalazły odzwierciedlenie w polskiej myśli prawniczej to koncepcje trójelementowe²⁰⁴³. Prócz tych autorów, którzy zgłosili postulaty rozkładu przestępstwa na cztery czynniki, dominować obecnie zdają się Ci karniści, którzy przestępstwo rozkładają na przynajmniej 5 składników²⁰⁴⁴, a coraz powszechniej spotkać się można z poglądem, że treść przestępstwa objaśniać należy dzieląc je na 6 elementów²⁰⁴⁵.

²⁰³⁹ Stąd też już w tym miejscu zdecydowanie odmówić należy charakteru samodzielnej propozycji w zakresie struktury przestępstwa, którą konsekwentnie w nauce polskiej rozwija jest J. Giezek, i która jak się wydaje złożona jest z trzech elementów: czynu, obiektywnego i subiektywnego przypisania. Model taki może być co najwyżej punktem odniesienia dla rozważań doktryny w przyszłości, zob. J. Giezek, „Świadomość sprawcy czynu zabronionego”, Warszawa 2013.

²⁰⁴⁰ Co do tego zagadnienia, zob. M. Rodzynekiewicz, „Modelowanie pojęć prawnych”, Kraków 1998.

²⁰⁴¹ Innym, niezwykle złożonym zagadnieniem jest pytanie o tzw. relatywność nauki o przestępstwie, zob. W. Mąciór, „Relatywność nauki o przestępstwie”, PiP 1994, z. 3, s. 28–39. W tym miejscu należy jedynie nadmienić, że wątpliwości co do ontologicznych presupozycji (aksjomatów) przyjmowanych jako podstawy odpowiedzialności karnej nie są temu tylko autorowi właściwe: tak więc chociażby pytanie o wolność ludzkiej woli dotyka nie tylko kwestii winy, ale także swobody kontraktowania czy podmiotowości procesowej. W istocie problem ten rozciąga się na cały porządek prawny.

²⁰⁴² Zob. Z. Jędrzejewski, „Pojęcie przestępstwa w doktrynie prawa karnego Niemiec hitlerowskich w ujęciu tzw. szkoły kilońskiej. Część I”, Ius Novum 2011, t. 2, s. 7–21, idem, „Pojęcie przestępstwa w doktrynie prawa karnego Niemiec hitlerowskich w ujęciu tzw. szkoły kilońskiej. Część 2”, Ius Novum 2011, t. 3., s. 11–27 oraz krótkie omówienie poglądów tej szkoły poniżej.

²⁰⁴³ W pewnym zakresie nazywane również niesłusznie koncepcjami dwuelementowymi, co odnosi się w szczególności do teorii negatywnych znamion przestępstwa. Nietrudno jednak zauważyć, że obejmuje ona w istocie trzy elementy, jakimi są czyn, ustawowa określoność czynu wraz z bezprawnością oraz wina, chyba, że próbuje się wyciągać przed nawias, jako przedmiot wartościowania czyn, co jednak nie wydaje się być słuszne. Co do tych zagadnień zob. uwagi poniżej.

²⁰⁴⁴ Co powstało przez wzbogacenie przyjmowanej wcześniej czteroelementowej struktury o usamodzielniony warunek czynu, zob. A. Zoll, „Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa” w: „Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym”, red. T. Kaczmarek, Karpacz 1990, s. 108.

²⁰⁴⁵ Ł. Pohl, „Prawo karne. Wykład części ogólnej”, Warszawa 2012, s. 105–106. Komentując tę rozbieżność, Z. Jędrzejewski, „Bezprawność”, w: „System Prawa Karnego. Tom III. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności”, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 106) zwraca się uwagę na fakt, że „W tej mierze niemal każda próba wyrażenia swojego poglądu prowadzi do przedstawienia nowej autorskiej koncepcji struktury przestępstwa. Oznacza to, że w literaturze można wskazać na co najmniej kilkanaście różnych koncepcji. Ostatecznie należy uznać, co zresztą jest bezpośrednio związane z niejednolitym definiowaniem pojęcia przestępstwa, że w doktrynie polskiego prawa karnego materialnego nie można wyróżnić jednego dominującego ujęcia struktury przestępstwa”. Autor ten taką sytuację tłumaczy niejednoznacznością aktualnego stanu prawnego.

Dla porządku niniejszych rozważań przedstawić wypadnie szkicowo wybrane koncepcje struktury wewnętrznej przestępstwa, celem wyboru jednej z nich i uczynienia podstawą dalszych rozważań.

W pierwszej kolejności krótko scharakteryzować należy tzw. jednopiętrową (jednolitą) strukturę przestępstwa, gdzie postulowano stopienie wszystkich składników w jedną całość. U podłoża takiej propozycji leżała krytyka abstrakcyjnego myślenia, która spowodowała w nauce niemieckiej ściśle wyodrębnienie poszczególnych elementów przestępstwa, przez co zatraciła się jego „istota”²⁰⁴⁶. Stąd też wskazywano na potrzebę odnowienia prawa karnego poprzez jego powiązanie z duchem wspólnoty²⁰⁴⁷. U podstaw przestępstwa pojawia się zupełnie nowa kategoria, jaką jest naruszenie obowiązków (niem. *Pflichtenverletzung*), która stosowana ma być w pierwszej kolejności do zastąpienia kategorii naruszenia dobra prawnego²⁰⁴⁸. Owo naruszenie obowiązków oceniane jest przez pryzmat pozycji sprawcy we wspólnocie i dzięki temu nabiera elastyczności. Inna próba tłumaczenia istoty przestępstwa pochodziła od przynależącego do tej samej szkoły G. Dahma, który określił je jako „zdradę”²⁰⁴⁹, dzięki czemu można oddać jego żywy sens znaczeniowy (niem. *lebendiger Sinnzusammenhang*)²⁰⁵⁰. W swoich rozważaniach zwolennicy tych poglądów nie tylko jednak kierowali się tzw. „ogłędem całościowym” (niem. *ganzheitliche Betrachtung*), ale także krytyką poszczególnych argumentów uzasadniających odróżnianie od siebie poszczególnych pięter struktury przestępstwa²⁰⁵¹. Oczywiście jest, że we współczesnej rzeczywistości prawnej nie tylko poglądy całej szkoły kilońskiej, ale także jej ujęcie struktury przestępstwa nie zasługują na aprobatę. Co więcej, nie mogłoby być one nawet implementowane w demokratycznym państwie prawnym, będąc tylko przerażającą ciekawostką historyczno–prawną okresu totalitarnego prawa karnego III Rzeszy.

Natomiast w karnistyce, nie tylko polskiej, nadal dyskutuje się tzw. dwuelementową strukturę przestępstwa związaną z tzw. teorią negatywnych znamion²⁰⁵². Dokładna analiza wypowiedzi zwolenników tej koncepcji uwidacznia, że w istocie chodzi tutaj o strukturę trójelementową, gdyż mimo zespolenia płaszczyzny bezprawności i znamion, współcześni przedstawiciele tych poglądów nie negują, iż odrębny status posiadają czyn oraz wina²⁰⁵³.

²⁰⁴⁶ G. Dahm, „*Verbrechen und Tatbestand*”, Berlin 1935, s. 6.

²⁰⁴⁷ G. Dahm, F. Schaffstein, „*Liberale oder autoritäres Strafrecht*“, Berlin 1933 s. 24 i n.

²⁰⁴⁸ Zob. np. F. Schaffstein, „*Verbrechen als Pflichtverletzung*“, Berlin 1935, s. 132.

²⁰⁴⁹ G. Dahm, „*Verrat und Verbrechen*“, ZStW, 95, s. 283 i n.

²⁰⁵⁰ Nie ma tutaj miejsca na bardziej szczegółową charakterystykę koncepcji szkoły kilońskiej, odesłać więc należy do cytowanych powyżej publikacji.

²⁰⁵¹ Które to, jak trafnie zauważa Z. Jędrzejewski, w pewnym zakresie zostały przyjęte we współczesnej nauce prawa karnego w Niemczech (dotyczy to np. warunku, iżby środki zabezpieczające stosować tylko wobec sprawcy, który działał nie tylko w warunkach wyłączających bezprawności, ale i w warunkach wyłączających winę, zob. Z. Jędrzejewski, „*Pojęcie... Część II*”, s. 24.

²⁰⁵² Do ostatnich wypowiedzi w tej materii należą artykuły: J. Giezek, „<<Zezwolenie...>>” s. 131–154, T. Kaczmarka, „*O tzw. okolicznościach...*”, PiP 2008, z. 10, s. 21–33; idem, „*O kontratypach raz jeszcze*”, PiP 2009, z. 7, s. 91–99.

²⁰⁵³ O dwuszczeblowej strukturze przestępstwa mówi w tym kontekście np. R. Dębski, „*Typ czynu zabronionego*” w:

Niedawne argumenty w tej materii zdają się mieć taki wydźwięk, iż niektórzy z autorów wątpić zaczynają w możliwość rozstrzygnięcia zasadności koncepcji tzw. negatywnych znamion przestępstwa na płaszczyźnie norm prawno–karnych²⁰⁵⁴. Stąd, w przekonaniu o przekonywającej krytyce teorii tzw. negatywnych znamion²⁰⁵⁵, odnieść się wypadnie pokrótce do schematu i argumentacji, którą zaproponował J. Giezek. Autor ten w swoim opracowaniu z 2009 r. w pierwszej kolejności podjął próbę zakwestionowania tezy, że kontratyp bez typu nie ma sensu, m.in. za pośrednictwem wykazania, że można przyjąć „wystąpienie stanu wyższej konieczności” nawet bez stosowania „skomplikowanych, czasochłonnych, a przy tym kosztownych zazwyczaj środków dowodowych”²⁰⁵⁶, prowadzących do ustalenia, że zostały wypełnione znamiona typu czynu zabronionego. Argument ten, jak łatwo zauważyć dotyczy nie rozważań teoretycznoprawnych, lecz realiów procesowych, a dokładniej specyfiki (polskiego) sądowego stosowania prawa, gdzie nie baczycy się w postępowaniu dowodowym czy przy sporządzaniu uzasadnień wyroków sądowych na kolejność ułożenia piętér w strukturze przestępstwa. Zresztą paradoksalnie wbrew stanowisku autora nie bez znaczenia jest udowodnienie, że sprawca swoim działaniem wypełnił znamiona typu. Wrocławski autor zdaje się nie uwzględniać także, że celami postępowania karnego są (i były w chwili pisania tych słów przez J. Giezka), aby ustalona została prawda co do okoliczności będących przedmiotem sporu²⁰⁵⁷, co więcej w praktyce sądowej stany faktyczne są dużo bardziej niejasne i wymagają nierzadko szczegółowego ustalenia, m. in. po to, aby stwierdzić, jakie dobra ulegają prawne porównaniu w stanie wyższej konieczności. Nadto, zauważyć należy, że ustawodawca różnicuje sytuacje, gdy sprawcy nie można przypisać wypełnienia znamion typu, i gdy ustawa stanowi, że nie popełnia on przestępstwa, a kwestia taktyki obrończej nie może tego faktu przekreślić²⁰⁵⁸.

Nie zasługuję także na aprobatę argumentacja, którą J. Giezek przytacza dla obalenia schematu, którym posłużył się A. Zoll. Autor ten pisze bowiem, że skoro typ posiada schemat A i –B, to można schemat kontratypu, opierając się na schemacie kodowania, który przyjmuje A. Zoll, rozbudować do następującej postaci: „(A i –B) i [(A i –B) i B]”, co więcej: „Tę swoistą zabawę zastępowania schematu całymi schematami można kontynuować *ad absurdum*”²⁰⁵⁹. Autor ten nie

„System Prawa Karnego. T. III. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności”, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 405.

²⁰⁵⁴ W tym kierunku wypowiada się np. R. Dębski, „Typ...”, s. 411.

²⁰⁵⁵ Zob. W szczególności Ł. Pohl, „Struktura...”, s. 178–201.

²⁰⁵⁶ J. Giezek, „<<Zezwolenie...>>”, s. 148–149.

²⁰⁵⁷ Art. 2 § 2 k.p.k. „Podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne.” Warto zauważyć, że w obecnym jeszcze modelu postępowania karnego (stan październik 2014) sąd działa w zakresie postępowania dowodowego zasadniczo z urzędu. Trudno zarazem zaprzeczyć, że prawda obejmuje też stwierdzenie, że wypełnione zostały znamiona typu czynu zabronionego.

²⁰⁵⁸ Ostatecznie prowadzi to (jedynie) do identycznego typu rozstrzygnięć: wyroków uniewinniających, zob. art. 414 § 1 k.p.k., stanowiącego iż „(...) w razie stwierdzenia okoliczności wymienionych w art. 17 § 1 pkt 1 i 2 sąd wydaje wyrok uniewinniający, chyba że sprawca w chwili czynu był niepo czytalny”.

²⁰⁵⁹ J. Giezek, „<<Zezwolenie...>>”, s. 145.

zauważa faktu, że przesłanką jego podstawienia jest z gruntu fałszywe założenie, że zastępuje się „schemat określający znamiona typu (A) całym schematem typu (A i –B)”, gdyż A w schemacie zaproponowanym przez A. Zolla, to nie są znamiona typu, tylko wyodrębnione znamiona pozytywne w typie. Natomiast podawany przez autora schemat bardziej rozbudowany w postaci A1, A2, A3 i –Z, gdzie zmiennej –Z nadaje się postać zaprzeczonego zezwolenia, błędnie przyjmuje, że równoznaczne jest zdekompilowanie znamion typu (brak A2 czyli –A2) z sytuacją, gdy zachodzi Z²⁰⁶⁰.

Wydaje się więc, że próba traktowania kontratypów nie na płaszczyźnie „struktury nomy sankcjonującej”, lecz sankcjonowanej²⁰⁶¹ nie jest pomysłem – w świetle przedstawionej powyżej argumentacji – w pełni trafionym. Stąd też w poniższych rozważaniach trójelementową strukturą przestępstwa nie będę się posługiwał.

Rozważyć należy więc tzw. czwór–elementową strukturę przestępstwa. W tym kontekście czasami ujmuje się tzw. kwadrygę znamion jako propozycję spojrzenia na wewnętrzną strukturę przestępstwa, co nie wydaje się być koncepcją zasadną²⁰⁶². Jako odrębną strukturę czteroelementową uznać wypadnie propozycję M. Cieślaka, który wyodrębniał 1) czyn 2) kryminalnie bezprawny (a więc o znamionach typu określonych w ustawie i nie kontratypowy), 3) społecznie niebezpieczny („obiektywnie antyspołeczny”), 4) nieznikomy²⁰⁶³. W takiej propozycji, która przejęta została z pewnymi wszak modyfikacjami przez jego uczniów, w tym J. Warylewskiego²⁰⁶⁴, uwidacznia się zespolenie pary zwyczajowo niełączonych elementów struktury przestępstwa, tj. winy i społecznej szkodliwości. Propozycja ta nie spotkała się z szerszą akceptacją, a zwłaszcza taką, która wychodziłaby poza ramy ośrodka gdańskiego. Podstawowym wobec niej zarzutem jest, prócz połączenia w ramach pojęcia „kryminalnej bezprawności” dwóch

²⁰⁶⁰ Można by tak uczynić tylko w sytuacji, gdyby –Z=A4, co nie zostało przez autora uzasadnione, gdyż jak się wydaje dotyczy jedynie wybranych typów przestępstw (zob. np. art. 192 k.k., zgodnie z którym: „§ 1. Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.”). Warto więc w tym miejscu zauważyć, że autor dokonuje wyszczególnienia znamion pozytywnych, natomiast nie rozbija na poszczególne elementy znamion kontratypów, co być może wynika z faktu, że koncentruje się na zezwoleniu (zgódzie) jako przykładzie znamienia negatywnego. To jednak nie jest ostatecznie żadnym usprawiedliwieniem, gdyż na tej podstawie dokonuje on przecież daleko idących uogólnień. Zauważyć jednak należy, że np. obrona konieczna ma (w uproszczeniu) postać znamion –Z1 i –Z2 i –Z3. Zrealizowanie Z1 przy jednoczesnym –Z2 i –Z3 nie oznacza realizacji kontratypu – czyn jest nadal zabroniony. Tymczasem w sytuacji odwrotnej, nie zrealizowanie jednego z A1, A2, A3 oznacza brak realizacji typu. Próba więc podważania schematu A. Zolla dla typu (A i –B) poprzez nadanie mu postaci A i B (czego podłożem jest zresztą próba usamodzielnienia kontratypu) nie przekonuje. Wbrew więc temu, co sądzi R. Dębski błędność koncepcji tzw. teorii negatywnych znamion można rozstrzygnąć na płaszczyźnie normologicznej. Fakt, że wciąż pojawiają się nowe głosy w dyskusji wokół tego tematu nie powinien prowadzić do rezygnacji i wycofania.

²⁰⁶¹ J. Giezek, „<Zezwolenie...”, s. 153.

²⁰⁶² Takie postrzeganie postrzegania struktury przestępstwa prezentuje A. Mucha, „Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym. Analiza teoretyczna i dogmatyczna”, Warszawa 2013, s. 120–121.

²⁰⁶³ M. Cieślak, „Polskie Prawo karne. Zarys systemowego ujęcia”, Warszawa 1995, s. 135–136.

²⁰⁶⁴ J. Warylewski, „Prawo karne. Część ogólna”, Warszawa 2004, s. 157, który jednak odrębne znaczenie nadaje winie.

elementów w myśl tzw. negatywnej teorii znamion, dość ekscentryczna chyba jednak synteza winy i społecznego niebezpieczeństwa²⁰⁶⁵. Na gruncie obecnie obowiązującego k.k. połączenie tych dwóch elementów wydaje się sztuczne, tym bardziej, że wina nie tylko jest elementem czysto podmiotowej zarzucalności, w przeciwieństwie do przedmiotowo–podmiotowej społecznej szkodliwości czynu i jest czytelnie wyróżniana przez ustawodawcę²⁰⁶⁶, a nadto jeszcze trudno jest uzależniać postawienie zarzutu sprawcy od np. kierującej nim motywacji, chyba, że kwestionuje się tzw. czystą normatywną teorię winy.

Warto wspomnieć wreszcie o czteroelementowej strukturze przestępstwa, która reprezentowana była jeszcze okresie II RP, kiedy np. E. Krzymuski jako przestępstwo określał czyn, który był bezprawny, karygodny i zawiniony²⁰⁶⁷. Właściwie gdyby nie „*innowacje*” związane z wywodzącym się z rewolucyjnego prawa rosyjskiego pojęciem społecznego niebezpieczeństwa²⁰⁶⁸, to tak ogólnemu ujęciu nie można by nic zarzucić aż po dzień dzisiejszy.

W tym też kontekście wykrystalizowała się tzw. pięcioelementowa struktura przestępstwa, a do jej istotnych popularyzatorów należy niewątpliwie A. Zoll²⁰⁶⁹. Według tego znakomitego karnisty koniecznymi elementami struktury przestępstwa są: czyn bezprawny, karalny, karygodny i zawiniony. Obecnie wydaje się, że takie stanowisko jest dominujące w nauce polskiej. Na rzecz takiego właśnie patrzenia na przestępstwo przemawia zwłaszcza to, że jest ono chyba bardziej niż wcześniej omówione propozycje koherentne z regulacjami obecnie obowiązującego k.k. Nie oznacza to jednak, że jest ono *in abstracto* nienaganne: w szczególności wątpliwość mieć można, czy przy materialnym wartościowaniu bezprawności klauzula społecznej szkodliwości jest nieodzowna, co okazuje się problemem, który przewyciężyć wypadnie przez przyjęcie formalnego ujęcia bezprawności. Innym natomiast pytaniem jest zupełność tej propozycji, co z kolei skłania do przejścia do omówienia struktur 6 elementowych.

W tym miejscu pochylić się więc należy nad propozycjami wyodrębniania w strukturze dodatkowego, szóstego elementu. Propozycje takie, zmierzające w innym kierunku sformułowali niezależnie od siebie L. Tyszkiewicz i Ł. Pohl. Według tego pierwszego, za odrębny od karalności element rzeczowej struktury uchodzić muszą ustawowe znamiona²⁰⁷⁰. Pogląd ten wprowadza

²⁰⁶⁵ Zarazem M. Cieślak, op.cit., s. 136, stał na stanowisku, że cechy winy czy bezprawności obiektywnie nie istnieją, są tylko czyny bezprawne lub czyny zawinione.

²⁰⁶⁶ Zob. art. 1 § 2 i § 3 k.k., zgodnie z którymi dla przypomnienia: „§ 2. Nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma. § 3. Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu.”

²⁰⁶⁷ Węzłowe przedstawienie za J. Warylewskim, „Prawo karne. Część ogólna”, Warszawa 2004, s. 156.

²⁰⁶⁸ Zob. rozważania poniżej.

²⁰⁶⁹ Według A. Muchy u źródeł pięcioelementowej struktury przestępstwa leży uznanie przez A. Zolla w ślad za P. Kardasem czynu jako przedmiotu wartościowania a nie warunku przednormatywnego, co miało zdaniem tego autora nastąpić po publikacji pracy tegoż „Przestępstwo ciągle w prawie karnym materialnym”, Kraków 1999, s. 81, aczkolwiek już wcześniej z analogicznymi postulatami wystąpił M. Rodzyńkiewicz, „Modelowanie...”, s. 12 i n.

²⁰⁷⁰ Karalność definiowana jest tutaj jako reakcja karna stosowana wobec osoby nadającej się do „stosowania wobec niej reakcji społecznej w postaci kary”, zob. W. Świda, „Prawo Karne”, Warszawa 1978, s. 184. Wyłączenia karalności

wobec prawnokarnego wartościowania element nadmiarowy, polegający na rozróżnieniu pomiędzy ustawowymi znamionami i elementem karalności. Mimo przeciwnych zastrzeżeń²⁰⁷¹ uznać należy, że czyn wypełniający ustawowe znamiona jest karalny.

Na odrębne omówienie i aprobatę zasługuję pogląd Ł. Pohla, który w opracowanym przez siebie podręczniku prawa karnego²⁰⁷² jako odrębny element struktury przestępstwa wprowadza zachowanie się człowieka jako przedmiot prawnokarnego wartościowania. Jeżeli dobrze odczytuje ten pogląd, to zasadza się on na słusznej konstatacji, że przyjmując na użytek karnistyki modelowane pojęcie czynu, nie sposób pominąć podstawy tego modelowania, jaką jest zachowanie się człowieka – bądź to w postaci działania bądź zaniechania²⁰⁷³. Podejście takie siłą logicznej konieczności jest trafne i konweniuje z ujęciami innych znakomitych, współczesnych karnistów²⁰⁷⁴. Staje się ono również podstawą rozważań snutych poniżej.

Na koniec poruszyć należy jedną jeszcze kwestię związaną z przeciwstawieniem wieloaspektowej struktury przestępstwa jej wielopiętrowemu pojmowaniu. Zasadnicza różnica sprowadza się do tego, że w przypadku tej ostatniej ściśle przepisana jest kolejność badania poszczególnych przesłanek, tj. pięter w strukturze przestępstwa. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia nie może być wyrazem preferencji autora, lecz wynikiem argumentów natury metodologicznej. O ile bowiem struktura wieloaspektowa realistyczniej odzwierciedla proces sądowego stosowania prawa²⁰⁷⁵, to trudno jednak przyjąć, że sens jest wyważać społeczną szkodliwość czynu w przypadku, kiedy nie mamy do czynienia z ludzkim zachowaniem, czy też winę sprawcy czynu niebezprawnego. Wydaje się, że pewna warstwowość kształtuje się niejako siłą logicznej konieczności, ale nie jest to warstwowość absolutna²⁰⁷⁶.

III. Poszczególne piętra w strukturze przestępstwa a normy ostrożności

Poczyniwszy te wstępne ustalenia, przejść można do kolejnych zagadnień. Poniższe rozważania umożliwić mają udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy normy ostrożności identyfikować można tylko z jedynym aspektem czy też piętrem struktury przestępstwa oraz czy

dotyczą w tym przypadku zwłaszcza nieletnich.

²⁰⁷¹ W ślad za L. Tyszkiewiczem taką strukturę przestępstwa przyjmuje także np. W. Świda, „Prawo...”, s. 105.

²⁰⁷² Ł. Pohl, „Prawo karne. Wykład...”, s. 105.

²⁰⁷³ Ł. Pohl, „Prawo karne. Wykład...”, s. 109.

²⁰⁷⁴ Wspomnieć w tym miejscu trzeba także o pracy P. Kardasa, „Zbieg przepisów ustawy”, Warszawa 2011, s. 32, gdzie autor również podziela ten punkt widzenia, stwierdzając dobitnie: „Jakkolwiek między poszczególnymi ustawowymi sformułowaniami można dostrzec pewne różnice stylistyczne oraz merytoryczne, to jednak istota regulacji odnoszącej się do podstawy odpowiedzialności karnej pozostaje niezmienna. Jest nią takie zachowanie się człowieka, które uznać można za czyn”.

²⁰⁷⁵ L. Tyszkiewicz, „O definicji przestępstwa, jej strukturze i elementach”, PNUŚ– Problemy prawa karnego 1995, nr 21, s. 41.

²⁰⁷⁶ Co przypomina pod tym względem kolejność następujących po sobie faz wykładni; tak więc po ustaleniu czynu bezprawnego wydaje się, że badać można bądź to społeczną szkodliwość, potem winę, bądź to w odwrotnej kolejności (co zresztą jest chyba jedynym wyjątkiem w strukturze przestępstwa).

uda się potwierdzić bądź odrzucić przyjmowaną przez zasadniczą większość polskiej karnistyki ogólną tezę, że znaczenie norm ostrożności wyraża się zawężeniu odpowiedzialności karnej²⁰⁷⁷. Innym, wykraczającym poza obręb niniejszego opracowania jest pytanie o samą filozoficzną podstawę istnienia norm ostrożności²⁰⁷⁸.

Dla odpowiedzi na powyżej sformułowane pytanie o optymalną lokalizację norm ostrożności nie sposób pominąć krótkiej charakterystyki poszczególnych pięter struktury przestępstwa. Trudno bowiem dokonać arbitralnej kwalifikacji wpisania norm ostrożności w

²⁰⁷⁷ W tym kontekście niebagatelna liczba autorów (tak np. A. Zoll, „*Okoliczności...*”, s. 97) odwołuje się do sławnego sformułowania H. Welzla, iż „*dobra prawne nie są muzealnymi eksponatami*”, wobec czego konieczne jest – dla normalnego funkcjonowania społeczeństwa – tolerowanie ich naruszenia w pewnym zakresie. W tym miejscu spostrzec należy, że stwierdzenie takie jest w gruncie rzeczy bardzo niejasne. Otóż to, że dobra prawne nie są w istocie muzealnym eksponatami w sensie dosłownym, tj. są innym bytem od tego, co można zobaczyć na ekspozycji w muzeum wie każdy poprawnie przygotowany do egzaminu z prawa karnego student II roku studiów prawniczych. Wyrażenie to można oczywiście rozumieć metaforycznie, w tym sensie, że dobra prawne nie posiadają cech muzealnych eksponatów. Tutaj można pokusić się o zgłoszenie wątpliwości czy dobra prawne nie posiadają żadnych właściwości muzealnych eksponatów? Jedne i drugie są pewną wartością podlegającą ochronie. Różnica wyraża się naturalnie w tym, że kategoria muzealnych eksponatów posiada wyraźne materialne desygnaty w przeciwieństwie do np. własności, konkretyzowanej przez określenie stosunku (podmiotu, przedmiotu), które w stosunku do niej pozostają. Wydaje się jednak, że jeżeli H. Welzel i w ślad za nim inni wybitni karniści powtarzając to stwierdzenie, to wykorzystując jedną różnicę zachodzącą między A i B wnioskuje o tym, że A nie posiada innych cech B. Otóż poprawniej byłoby powiedzieć, że dobra prawne nie posiadają wszystkich cech muzealnych eksponatów. Rozwijając tę myśl wypadnie poprawniej zestawić kategorię muzealnych eksponatów i kategorię samochodów, które jako przedmiot własności podlegają prawnokarnej ochronie. Różnica miałaby polegać w przeznaczeniu tych dóbr: podczas gdy muzealny eksponat jest składowany przede wszystkim w celach ochronnych dla potomności, tak dobro prawne reprezentowane w powyższym przykładzie przez samochód ma służyć społeczeństwu w bieżących realiach życia społecznego. Nie jest to jednak dystynkcja prosta, gdyż pomijając nawet takie istotne przeciwieństwa dla prawa karnego przypadki, kiedy samochód jest jednocześnie muzealnym eksponatem. Błędność takiego rozumowania widać chociażby w tym, że skoro A nie jest B, to przecież korzystając z najprostszych zasad logiki powiedzieć można, że B to nie jest A. Czy więc muzealny eksponat nie jest dobrem prawnym? Nie jeżeli rozumie się dobro prawne jako nazwę pewnej kategorii, ale w tym kontekście porównanie to nie ma sensu od samego początku. Równie dobrze można wtedy twierdzić że np. dobra prawne to nie hipopotamy, co przy takiej konwencji znaczeniowej jest zdaniem prawdziwym, ale czy w związku z tym powiemy, że nie podlegają one – w przeciwieństwie do hipopotamów – w Polsce ochronie? Traktując natomiast dobro prawne jako nazwę pewnej konkretnej wartości np. życia, zdrowia, wolności czy poszczególnego składnika majątku (tj. określone 100 000 zł jako owo dobro prawne), to trudno byłoby powiedzieć, że muzealny eksponat nie jest dobrem prawnym; trzeba by wręcz odwrotnie stwierdzić, że muzealny eksponat jest *par excellence* przykładem dobra prawnego. Powtarzana jak mantra teza jest więc rezultatem pewnej bezrefleksyjności, co rzutować musi na pewien dystans wobec autorów, którzy takie odwołanie kładą u podstaw swoich dywagacji.

W rozważaniach tych nie neguje się oczywistych różnic tych dwóch desygnatów tych nazw jednostkowych: muzealny eksponat jest nazwą pewnej kategorii obiektów ściśle oznaczonych, skatalogowanych, natomiast pojęcie dobra prawnego jest zdecydowanie bardziej ulotne (zob. H.J. Hirsch, „*W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego*”, RPEiS 2002, z. 1, s. 20, który mówi w tym kontekście o „*kryzysie pojęcia dobra prawnego*”). To tylko obrazuje jak nieuprawnione i pochopne jest ich zestawienie.

²⁰⁷⁸ W szczególności, pytanie, które pojawia się w tym kontekście brzmi: czy reguły obchodzenia się z dobrem prawnym są wyrazem pewnego przeświadczenia, iż skoro powszechnie akceptuje się określony sposób postępowania z dobrem prawnym, to nie może on stanowić podstawy odpowiedzialności karnej, czy też jest tak dlatego, że w świetle obecnie dostępnej wiedzy taki sposób postępowania jest optymalny? Nierzadko brak jest świadomości rozróżnienia tych dwóch płaszczyzn, co obrazuje m.in. wywód A. Zolla: „*Konieczne jest uwzględnienie społecznej tolerancji dla pewnych zachowań zagrażających dobrom społecznym (...) Przedmiotem ujemnego sądu wartościującego zawartego w normie sankcjonowanej jest czyn zagrażający lub naruszający dobro prawne, niezgody z wykształconymi przez wiedzę i doświadczenie regułami postępowania z tym dobrem*”, zob. Idem, „*Karalność i karygodność...*”, s. 105–106. Wydaje się, jak to zarysowano już w innym miejscu pracy, że chodzi tutaj jedynie o wiedzę ludzką (a nie np. o doświadczenie rozumiane jako świadomość zachowywania się w określony sposób przez większą część społeczeństwa). Sprawca nie może się bowiem bronić tym, że on złożył niestaranie przygotowany raport księgowy za dany rok tym, że takie niechlujstwo w kręgach księgowych jest powszechnie przyjęte. Inaczej normy ostrożności służyłyby legitymowaniu zachowań przestępczych.

pewne piętro struktury przestępstwa, jeżeli nie wskaże się kluczowych argumentów za takim rozstrzygnięciem przemawiających, a związanych z podobieństwem czy zgodnością danego ujęcia z określonym piętrzem rzeczowej struktury, co poprzedzone być musi pochyleniem się na formułowanymi w tym kontekście argumentami. Dla porządku rozważań wypada zacząć od piętra ostatniego – winy, schodząc na coraz niższe szczeble struktury przestępstwa.

1) Wina jako odrębny element struktury przestępstwa a normy ostrożności

Polska literatura dotycząca problematyki pojmowania winy stanowiącej obecnie konstytucyjną²⁰⁷⁹ przesłankę odpowiedzialności w prawie karnym jest dostatecznie obfita²⁰⁸⁰. W tym też miejscu ograniczę się do zaznaczenia, że na potrzeby niniejszej pracy przyjęta została tzw. czysta normatywna koncepcja winy, pojmowana zgodnie w doktrynie jako „zarzut popełnienia bezprawnego czynu zabronionego”²⁰⁸¹. Zarazem więc w niniejszej publikacji odrzuca się jej relacyjne ujmowanie, gdyż wina na gruncie prawa karnego nie jest jedynie przesłanką odpowiedzialności karnej, lecz także czynnikiem limitującym wymierzenie kary²⁰⁸². Trudno uznać, że chodzi tutaj na patrzeć na winę „z innej perspektywy”²⁰⁸³, gdyż równie dobrze można by twierdzić, że społeczna szkodliwość, traktowana jako przesłanka czynu zabronionego, ma także charakter relacyjny, gdyż w perspektywie odpowiedzialności karnej czyn posiada lub nie tę cechę, tak więc owa społeczna szkodliwość zachodzi lub nie. Przechodzi ona również do

²⁰⁷⁹ Zob. np. Wyrok TK z dnia 8 stycznia 2008 r. w sprawie o sygn. P 35/06.

²⁰⁸⁰ Wymienić tutaj należy przede wszystkim prace K. Buchały „Wina – wina nieumyślna”, Kraków 1977, J. Majewski, P. Kardas, „O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym”, PiP 1993, z. 10, s. 75–76, G. Rejman, „Teorie i formy winy w prawie karnym”, Warszawa 1980, M. Rodzyński, „Pojęcie winy w prawie karnym. Próba analizy krytycznej na tle ujęcia relacyjnego”, RPEiS 1992, z. 3, s. 20; idem, „Kilka uwag o relacyjnym ujęciu winy w prawie karnym”, RPEiS 2001, z. 4, s. 76 i n., A. Wąsek, „Ewolucja prawnokarne pojęcia winy w powojennej Polsce”, PPK 1990, z. 4 s. 5 i n., ostatnio także A. Barczak–Oplustil, „Sporne zagadnienia istoty winy w prawie karnym. Zarys problemu”, CzPKiNP 2005, z. 2, s. 79–80 i s. 89 i n. i wiele innych.

²⁰⁸¹ Zob. L. Pohl, „Prawo karne. Wykład...”, s. 296.

²⁰⁸² Zarazem w tym miejscu wypada nie zgodzić się z twierdzeniem wyrażonym przez A. Piaczyńską, „Kryteria stopniowania winy”, Prokur. i Prawo 2010, z. 7–8, s. 65, iżby było tak, że „W konkretnym przypadku ocena stopnia winy wymagać może zastosowania nadzwyczajnej modyfikacji kary”. Opinia ta, wyprowadzona jako wniosek z przyjęcia faktu, że okoliczności wprowadzające nadzwyczajne złagodzenie kary prowadzą też, pod warunkiem, że odnoszą się do okoliczności, która „miała miejsce w czasie czynu i odnosiła się do oceny postawy sprawcy, jego stosunku do czynu zabronionego”, do umniejszenia winy sprawcy, jest niesłuszna. Wykracza ona nie tylko poza literalne brzmienie art. 60 § 1. k.k., i prowadzi do identycznej relatywizacji prawa, którą zwalcza sama autorka, zob. eadem, op.cit., s. 55, zresztą nie do końca trafnie, skoro twierdzi, że w doktrynie nie sformułowano żadnych okoliczności pozaustawowych wyłączających winę, a przecież wskazuje się w literaturze w tym kontekście jednoznacznie na „szczególną sytuację motywacyjną” – zob. D. Świącicki, „Wina w prawie karnym materialnym i procesowym”, Prokur. i Prawo 2009, z. 10–11, s. 8 i cyt. tamże literatura. Odrzucić w tym miejscu należy również pogląd W. Patryasa, „W sprawie definicji winy – replika”, RPEiS 1992, z. 2 s. 25, który stwierdza, że trudno mówić o stopniowaniu winy w ujęciu koncepcji normatywnej, gdyż: „jakże bowiem poprawnie mówić (...) o większej lub mniejszej zarzucalności czynu?” Otóż może zaiste zarzucalności stopniować nie można, nie zmienia to faktu, że zarzut, który robimy sprawcy z powodu winy jest większy lub mniejszy.

²⁰⁸³ Tak chociażby relacyjne ujęcie winy tłumaczy próbuje M. Bielski, „Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym”, niepubl. rozprawa doktorska, Kraków 2009, s. 144.

porządku dziennego nad podstawową dyrektywą interpretacyjną, która każe nadawać to samo znaczenie tym samym wyrażeniom w obrębie ustawy²⁰⁸⁴. Podobnie odrzuca się kompleksową teorię normatywną, która opiera się na „zarzucalnej umyślności” oraz „zarzucalnej nieumyślności”, w przypadku których zarzucalność uwarunkowana jest przez bądź to niepożądaną treść woli sprawcy bądź to obiektywnie błędnym wyborem decyzji działania²⁰⁸⁵. Naturalnie odrzuca się, mającą już chyba wyłącznie historyczno–prawne znaczenie, tzw. psychologiczną teorię winy²⁰⁸⁶.

Krąg zwolenników wiązania norm ostrożności z problematyką winy jest trudny do określenia, gdyż wielu autorów zdaje się obecnie stać na stanowisku, że czyn zgodny z normami ostrożności jest zarazem i niezawiniony. Natomiast poglądy przedstawicieli nauki prawa karnego, którzy brak naruszenia norm ostrożności wiążą już tylko i wyłącznie z brakiem winy, nie są już chyba aktualnie reprezentowane²⁰⁸⁷ i obrazują stopniowe przenikanie myśli, że człowieka nie można pociągać do odpowiedzialności karnej, jeżeli jego zachowanie było należycie ostrożne. Stąd też argumenty zwolenników takiego stanowiska mają w większości charakter ogólny i odnoszą się do podkreślania samej relewancji nieostrożności jako przesłanki odpowiedzialności karnej, argumentacji, której przyjęcie było na gruncie dogmatyki prawa karnego początkiem peregrynacji norm ostrożności na coraz to niższe piętra wewnętrznej struktury przestępstwa²⁰⁸⁸.

Prima facie nowocześniejszą i bardziej świadomą próbę obrony powiązania norm ostrożności jako elementu strukturalnie powiązanego z winą podjął się S. Pławski²⁰⁸⁹. Próba ta sformułowana została w kontekście sporu psychologicznej i normatywnej teorii winy w celu

²⁰⁸⁴ Zob. M. Zieliński, „Wykładnia...”, s. 259, co zresztą wpisuje się paremię *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*. Stąd też bardzo problematyczne są interpretacje posługiwania się winą w ewidentnie różnych znaczeniach w k.p.k., zob. uwagi w tym zakresie D. Świąckiego, op.cit., s. 9. Na stanowisku dwuznaczności pojęcia winy stoją również J. Majewski, P. Kardas, op.cit., s. 78.

²⁰⁸⁵ Co do podstawowej charakterystyki tej teorii zob. Ł. Pohl, „Prawo karne. Wykład...”, s. 296.

²⁰⁸⁶ Przeciwno nazywaniu tej teorii krytycznie wypowiedziała się zwłaszcza B. Bogomiska–Król, „Formy winy w prawie karnym”, Warszawa 1991, s. 248, pisząc: „Mimo przypisywania tej teorii winy miana teorii „psychologicznej”, zwolennicy jej operowali w istocie rozmaitymi jurydycznymi pojęciami, nie poszukując żadnych ściślejszych związków z psychologią”. Co do krytyki tego ujęcia winy zob. J. Lachowski, „Wina w prawie karnym” w: „System Prawa Karnego. Tom III. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności”, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 624–629.

²⁰⁸⁷ Tak jak się wydaje także A. Bachrach, „Ryzyko i nieostrożność w komunikacji drogowej a oceny prawno–karne”, Wrocław –Warszawa–Kraków 1965, s. 53, M. Bogomiska–Król, „Psychologiczne przesłanki odpowiedzialności karnej”, Zeszyty Naukowe IBS 1979, z. 12, s. 116, T. Cyprian, „Wypadki drogowe w świetle prawa karnego” Warszawa 1963, s. 49, J. Grzywo–Dąbrowski, „Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności zawodowych”, Warszawa 1958, s. 10 J. Ruff, op.cit., s. 10, J. Makarewicz, „Błąd co do przestępności działania”, RPEiS 1936, z. 1., s. 43; tezy takie pojawiały się także w orzecznictwie dotyczącym spraw lekarskich, zob. OSP 145/1928, s. 141, Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Toruniu, cyt. za J. Sawicki, „O odpowiedzialności...”, s. 1001, a także w późniejszych wyrokach, zob. np. K 1068/48, Lex Polonica nr 384942, I K 437/52, OSNCK 1953, z. 2 poz. 28, Lex Omega nr 117216, III K 174/57 Lex Polonica nr 2438873, IV K 28/58, PiP 1960, z. 1, s. 200–203. Trudniejsze do określenia jest stanowisko, J. Sawickiego, J. Kochanowskiego, „Zmęczenie a odpowiedzialność karna w komunikacji drogowej”, Palestra 1966, nr. 12, s. 88, ale na potrzeby niniejszego opracowania nie będą zaliczani w poczet zwolenników sytuowania norm ostrożności na płaszczyźnie winy.

²⁰⁸⁸ Wyeksponować należy raz jeszcze tezę, że wielu współczesnych autorów zgodziło by się ze stwierdzeniem, że zachowanie zgodne z normami ostrożności wyłącza również i winę, tzn. w każdym przypadku wyłącza jej przypisanie, nawet jeżeli uważają oni za dogmatycznie poprawne jej wyłączenie na poziomie bezprawności czy znamion czynu zabronionego.

²⁰⁸⁹ S. Pławski, „Przyczynek do problematyki przestępstw nieumyślnych”, NP 1959, z. 12.

obrony tej pierwszej i opiera się na swoistym postrzeganiu sensu nieostrożności, tj. w kontekście tzw. procesów psychicznych, co zostało już w pracy kilkakrotnie omówione. Zdaniem tego bowiem autora ostrożność jest obowiązkiem wyłączenia należytej uwagi: „*Ta ostrożność jest stosunkiem psychicznym, gdyż dotyczy myślenia i przeżyć psychicznych sprawy*” i w konsekwencji: „*Ostrożność polegająca na możliwości przewidywania takich lub innych następstw swego zachowania się jest tym swoistym stosunkiem psychicznym do czynu, uzasadniającym subiektywną odpowiedzialność sprawcy przestępstw popełnionych z niedbalstwa*”²⁰⁹⁰. Uwidacznia to zupełnie inne niż współcześnie postrzeganie pojęcia nieostrożności²⁰⁹¹, autor jednak nie jest do końca konsekwentny w stosowaniu zaproponowanej przez siebie terminologii²⁰⁹². Ostatecznie ocena stanowiska autora jest więc istotnie utrudniona, niemniej w tym zakresie, w jakim odwołuje się on do ostrożności jako pewnego stanu aktywności umysłowej człowieka, nadaje mu on bardziej archaiczne znacznie niż czyni się to obecnie. Stąd też próba ta w istocie wiąże się z innym sensem tego pojęcia²⁰⁹³.

Normy ostrożności z problematyką winy łączono także w ten sposób, że wskazywano, iż dotyczą one pewnej podgrupy przestępstw z winy nieumyślnej – a mianowicie takich, gdzie sprawca „*niewłaściwie obchodził się z urządzeniami*” lub „*z niewłaściwym zachowaniem się w określonych przez kogo innego warunkach (np. nieostrożne obchodzenie się ogniem w sąsiedztwie materiałów łatwopalnych)*”²⁰⁹⁴. Podgrupa ta nie wyczerpuje kategorii wszystkich przestępstw nieumyślnych, prócz których są także czyny opierające się na działaniach sprawców, którzy „*zbyt mało się wysilili*”, aby prawidłowo wykonać swe dzieło²⁰⁹⁵. Problemem natury zasadniczej jest

²⁰⁹⁰ S. Pławski, op.cit., s. 1410–1411.

²⁰⁹¹ Reprezentatywny dla typowych poglądów większości współczesnej karnistyki może być np. sformułowanie R. Zawłockiego, „*Nieumyślność jako podstawa odpowiedzialności karnej – w poszukiwaniu kompromisu*” MP 2008, z. 11, s. 570, który stwierdza, że „*nieostrożność sprowadza się do faktu naruszenia określonej reguły i jest zawsze kategorią obiektywną*”.

²⁰⁹² Tak więc chwilę dalej stwierdza: „*Każdy dorosły normalny człowiek wie, że nie można używać alkoholu wtedy, gdy się prowadzi pojazd mechaniczny. Zaniechanie tego obowiązku ostrożności i lekceważenie przepisów dotyczących zapewnienia bezpieczeństwa na drogach publicznych wpływa właśnie z braku dyscypliny społecznej*”, zob. S. Pławski, op.cit., s. 1412. Trudno przyjąć, że do konsumpcji alkoholu dochodzi przez niewyłączenie uwagi kierowcy (choć takie akademickie przykłady dają się wykoncypować, co jednak siłą rzeczy wiąże się z problematyką błędu co do faktu). Problematyczne jest również traktowanie przez autora, zob. op.cit., s. 1411, projektu kodeksu karnego RFN (nadmienić w tym miejscu należy, że autor nie precyzuje, o jaki projekt tutaj chodzi, lecz prawdopodobnie chodzi o *Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches* z roku 1958) jako odnoszącego się do „*winy nieumyślnej*”, skoro w Niemczech psychologiczna teoria winy została zarzucona jeszcze przed wojną. Może to być w najlepszym razie uważane za pewien niejasny skrót myślowy.

²⁰⁹³ Na marginesie stwierdzić wypadnie, że nawet przy założeniach autora jest to próba nieudana: trudno bowiem nie zauważyć, że o ile aksjologiczną podstawą karalności za „*niedbalstwo*” jest właśnie możliwość przewidzenia, która wystąpiłaby gdyby sprawca był bardziej uważny („*ostrożny*” u S. Pławskiego, który stosuje w tym zakresie terminologię odrzucaną już stanowczo przez J. Makarewicza, „*Prawo karne. Wykład porównawczy*...”, s. 144), to brak tutaj jakiegokolwiek pozytywnego stosunku psychicznego po stronie sprawcy. Na koniec dodać wypadnie, że taki sens nieostrożności – w zgodzie z iście feuerbachowskim pojmowaniem winy jako „*Verletzung der Aufmerksamkeitspflicht*” nadawał później jeszcze w literaturze np. także A. Bachrach, „*Przestępstwa i wykroczenia drogowe w prawie polskim*”, Warszawa 1980, s. 11, pisząc, że jest to „*stopień skupienia uwagi i rozważi w podejmowaniu decyzji*”.

²⁰⁹⁴ G. Rejman, „*Teorie i formy*...”, s. 228.

²⁰⁹⁵ Ibidem.

jednak to, że rzeczniczka tej argumentacji, G. Rejman, mimo odwołania się do norm ostrożności, nie podaje szerszego uzasadnienia na wiązanie ich z problematyką winy²⁰⁹⁶.

Upредить należy ewentualne próby pojmowania winy poprzez wpisanie normy ostrożności w nią jako jednego z kryteriów postawienia sprawcy zarzutu, który obejmuje według współczesnego ujęcia trzy aspekty, z których to warunek „*możliwości wymagania od sprawcy zgodnego z prawem wymagania*” jest najistotniejszy w tym kontekście²⁰⁹⁷. Można by pokusić się o próbę ustalenia możliwości zgodnego z prawem zachowania się przez wskazanie, że sprawca mógł przestrzegać norm ostrożności. Jednak taka próba jest skazana na niepowodzenie przede wszystkim przez to, że abstrahuje ona od kluczowego dla normatywnego ujęcia winy warunku wymagalności²⁰⁹⁸. Odrzucenie doniosłości norm ostrożności dla winy nie oznacza wszak, że element subiektywny w ich przekroczeniu nie może mieć żadnego znaczenia dla oceny winy²⁰⁹⁹.

2) Społeczna szkodliwość jako odrębny element struktury przestępstwa a normy ostrożności

Refleksja nad społeczną szkodliwością czynu zabronionego ma w Polsce stosunkowo krótką tradycję i do dogmatyki przestępstwa weszła pod wpływem nauki radzieckiej²¹⁰⁰, aczkolwiek współcześnie próbuje się wskazywać się na bardzo bogate historyczne tło tego pojęcia²¹⁰¹. Charakterystyka tej złożonej instytucji nie jest zamierzeniem niniejszego opracowania, odesłać należy więc do bardziej pogłębionych opracowań²¹⁰², z wyjątkiem jednej kwestii o charakterze węzłowym, jaką jest stosunek społecznej szkodliwości czynu do bezprawności.

Kwestia ta była przedmiotem szerszych rozważań doktryny polskiej. Według części nauki bezprawność jest uwarunkowana stwierdzeniem społecznej szkodliwości czynu, co oddaje sformułowanie W. Woltera, że każdy czyn społecznie szkodliwy jest zarazem bezprawny, czyli

²⁰⁹⁶ Ograniczając się właściwie do stwierdzenia, że „*normy ostrożności w praktyce ludzkiej powstawały tam, gdzie najczęściej występowały lub mogły występować ludzkie konflikty*”, G. Rejman, loc.cit.

²⁰⁹⁷ Pozostałe dwa to: świadomość oraz poczytalność i dojrzałość sprawcy.

²⁰⁹⁸ Sam bowiem fakt, że sprawca mógł postąpić inaczej nie przesądza przecież, czy można było tego od niego w danej sytuacji wymagać, zwłaszcza gdy np. znajdował się w szczególnej sytuacji motywacyjnej.

²⁰⁹⁹ Zwraca na to uwagę T. Przesławski, „*Funkcja czynnika psychicznego w konstrukcji czynu zabronionego i formach winy*” SP 2008, t. XLVIII, s. 226, pisząc: „*Czynnik psychiczny charakteryzujący zachowanie nieostrożne nie przesądza o wystąpieniu czynnika psychicznego w winie (...) ale już brak świadomości o naruszeniu zasad ostrożności wyłącza takie przewidywanie*”.

²¹⁰⁰ Chodzi tutaj o nowelizację k.p.k. ustawą z dnia 27.4.1949 r. o zmianie przepisów postępowania karnego (Dz.U. Nr 33, poz. 243) zob. w tej sprawie również S. Śliwiński, „*Przegląd Orzecznictwa SN*”, PiP 1958, z. 3, s. 460.

²¹⁰¹ T. Kaczmarek, „*Materiałna treść przestępstwa jako problem kodyfikacyjny*”, w: T. Kaczmarek, „*Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okazji 40-lecia twórczości naukowej*” Warszawa 2006, s. 182.

²¹⁰² Takich jak przykładowo prace W. Woltera, „*W sprawie społecznego niebezpieczeństwa czynu i bezprawności*”, NP 1956, z. 2, s. 76, n., T. Kaczmarka, „*Społeczne niebezpieczeństwo czynu i jego bezprawność jako dwie cechy przestępstwa*”, Wrocław 1966, czy A. Krukowskiego, „*Społeczna...*”, Warszawa 1974.

mówiąc innymi słowy, są to zbiory tożsame²¹⁰³. Pogląd ten ostro zwalczany jest przez wskazanie, że nie jest celowe obejmowanie wszystkich czynów społecznie szkodliwych zakazem karnym, ze szczególnym wskazaniem na przypadki niesłuszności penalizacji samobójstwa czy nadużywania alkoholu oraz poprzez podanie licznych przykładów niecelowości objęcia zakazem karnym pewnych innych jeszcze zachowań²¹⁰⁴. Już same podawane w tym kontekście przez T. Kaczmarka przykłady „nierozważnej kryminalizacji [jaką – przypis M.B.] było ustalenie dekretem z 29.10.1952 r. o odpowiedzialności karnej producentów rolnych za nabycie lub przerób surowców i półfabrykatów włókienniczych wbrew przepisom o gospodarowaniu (Dz.U. Nr 44, poz. 301)” prowadzą do wątpliwości, czy takie działanie było w ogóle w jakimkolwiek stopniu społecznie szkodliwe. Jednakże próba podważenia związku społecznej szkodliwości z materialnym pojęciem bezprawia razi swoim symplicystycznym charakterem. Trudno bowiem z faktu tego związku zarazem wywodzić postulaty adresowane do ustawodawcy, aby objął on formalnym zakazem wszystkie takie czyny. Decydować o tym musi spełnienie stosownych przesłanek kryminalizacji²¹⁰⁵. Pojęcia te przy bliższej analizie okazują się praktyczne tożsame i wypełniają one niewątpliwie identyczną funkcję. Podkreśla to fakt, że operowanie bezprawnością w sensie materialnym, jak to już zostało wykazane powyżej, nie jest celowe, a dla polskiego prawa karnego użyteczność wykazuje bezprawność rozumiana formalnie²¹⁰⁶.

Praktycznie nikt we współczesnej doktrynie prawa karnego nie wiąże zachowania norm ostrożności z brakiem czy znikomą społeczną szkodliwością czynu. Stanowisko takie może być o tyle frapujące, że już w warstwie deskryptywnej art. 115 § 2 k.k., wskazującym na okoliczności uwzględnianie przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu, mowa jest *in fine* o rodzaju naruszonych „reguł ostrożności” i stopniu ich naruszenia. O normach ostrożności wspomina się więc tutaj niejako wprost. Milczenie doktryny w tym zakresie uznać należy jednak za słuszne, bowiem zasadniczo sam fakt, że czyn jest zgody z normami ostrożności tylko w zupełnie wyjątkowych przypadkach mógłby decydować o braku większej niż znikoma społecznej szkodliwości. Konstatacja taka opiera się na założeniu, że współcześnie autorzy zajmujący się tą problematyką zasadniczo nie kwestionują równorzędności wyszczególnionych w nim przesłanek. Linia sporu dotyczy raczej tego, czy umieszczony w tym przepisie przedmiotowo–podmiotowy

²¹⁰³ W. Wolter, „W sprawie...”, s. 76.

²¹⁰⁴ T. Kaczmarek, „Dobro prawne i społeczna szkodliwość czynu” w: „System Prawa Karnego. Tom III. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności”, red. R. Dębski, Warszawa 2013 „System...”, s. 287.

²¹⁰⁵ Takie założenie wysnuwa niezasadnie chyba T. Kaczmarek, „Dobro...” s. 285, co problematyczne jest w świetle pochodzącej od Huma zasady rozdzielenia bytu i powinności (która to zasada jest znana w filozofii jako tzw. widły Huma).

²¹⁰⁶ Zgodzić się należy z cytowaną przez T. Kaczmarka wypowiedzią M. Cieślaka, „Faktory przestępczości czynu w związku z projektem k.k., WPP 1963, nr 3, s. 297, iż „(...) aby samo pojęcie bezprawności jako formalnego zakazu karnego, a więc jako odwrotna strona społecznego niebezpieczeństwa czynu, miało swój metodologiczny i praktyczny sens należy przyjąć założenie, że bezprawność w tym rozumieniu określana jest wyłącznie elementami tekstowymi ustaw karnych z wykluczeniem przesłanek natury społecznej”.

catalog okoliczności (faktorów) decydujących o społecznej szkodliwości czynu jest zamknięty czy otwarty²¹⁰⁷. Stąd też tylko w przypadku, gdyby ocena pozostałych faktorów doprowadzić mogła do wątpliwości, czy czyn jest społecznie szkodliwy w stopniu znikomym, rola zachowania bądź przekroczenia norm ostrożności mogłaby być rozstrzygająca dla kwestii odpowiedzialności karnej. Stwierdzenie takie umacnia ocena innych elementów składających się na pojęcie społecznej szkodliwości czynu, a więc chociażby postaci zamiaru. Ważne jest w tym kontekście dostrzeżenie dwóch rzeczy: o ile sam zamiar jest nieodłącznym składnikiem normy sankcjonowanej, to w art. 115 § 2 k.k. mowa jest o postaci zamiaru. Czyni to wiarygodną sugestię, że ocena społecznej szkodliwości nie dotyczy samego naruszenia norm ostrożności, lecz kontekstu tego naruszenia²¹⁰⁸. Powoduje to, że brzemienne tego przepisu, a w konsekwencji wyrażonej w nim normy staje się potwierdzeniem trafnej intuicji, afirmowanej już przez art. 9 § 2 k.k., że w każdej sferze życiowej występują normy ostrożności.

Pogląd ten nie uległby zmianie także w sytuacji, gdyby analizować pojęcie społecznej szkodliwości in abstracto. Trudno bowiem zaprzeczyć, jakoby dla oceny tej sytuacji pierwszorzędного znaczenia nie miało naruszenie dobra prawnego, jego rodzaj i stopień wyrządzonej przez to szkody. Marginalizuje to rolę oceny okoliczności zachowania zgodnego z normami ostrożności. Powoduje to w konsekwencji, że słusznie w polskiej dogmatyce pomija się próby sytuowania na tym piętrze przekroczenia norm ostrożności. Tutaj bowiem, jak to już zauważono powyżej, ocenie podlega kontekst naruszenia norm ostrożności, co jak zauważono w rozdziale IV niniejszej pracy jest pytaniem o zupełnie innym wymiarze, analizowanym jako jeden z czynników rzutujących na wymiar kary.

3) Bezprawność jako odrębny element struktury przestępstwa a normy ostrożności

We współczesnej nauce prawa karnego obecne są różne płaszczyzny pojmowania bezprawności: materialna i formalna, obiektywna i subiektywna²¹⁰⁹. Różnie sytuowana jest, jak zostało to zaznaczone już wyżej, bezprawność w strukturze przestępstwa.

²¹⁰⁷ Dominuje wszak pogląd przypisujący temu katalogowi charakter zamknięty, aczkolwiek są karniści, którzy takie rozumowanie kwestionują, wskazując m.in. iż katalog ten jest zamknięty tylko w aspekcie przedmiotowo-podmiotowym (tak w szczególności T. Kaczmarek w referacie podczas X Bielańskiego Kolokwium pt. „*Problem indywidualizacji wymiaru kary sprawiedliwej i celowej*”, zapis wystąpienia dostępny pod adresem <http://www.czipk.pl>, odczyt w dniu 10 października 2014 r.).

²¹⁰⁸ I tutaj naturalnie materializuje się pytanie o kryteria oceny owego kontekstu. Oczekiwać należy, że w tym zakresie wykrystalizują się pewne kryteria w orzecznictwie, wolne od takich wątpliwości, jakie towarzyszą ocenom sformułowanym obecnie w judykaturze na gruncie wykładni okoliczności wyszczególnionych w art. 115 § 2 k.k. w płaszczyźnie wymiaru kary (por. Rozdział IV niniejszej pracy).

²¹⁰⁹ Co do aspektów pojmowania bezprawności w wewnętrznej strukturze przestępstwa z uwzględnieniem dorobku doktryny niemieckiej zob. w szczególności opracowanie Z. Jędrzejewskiego, „*Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*”, Warszawa 2009.

Zagadnienie różnych sposobów pojmowania bezprawności w nauce prawa karnego jest przedmiotem poświęconych tej kwestii opracowań. Stąd też w niniejszej sprawie ograniczyć się wypadnie do zajęcia własnego stanowiska w spornych kwestiach.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że w niniejszej pracy afirmowane jest pluralistyczne ujęcie bezprawności, przeciwko ujęciu monistycznemu²¹¹⁰, które w nowszej literaturze aprobowane jest ze wskazaniem na brak możliwości formalnej niespójności między normami sankcjonowanymi w obrębie całego porządku prawnego²¹¹¹. Jego metodologiczną podstawą zdaje się być w szczególności fakt uznawania prawa karnego za dyscyplinę niebędącą źródłem norm sankcjonowanych. Taka argumentacja nie jest przekonująca z tego względu, że następuje w niej niesłuszne utożsamienie normy sankcjonowanej z pojęciem bezprawności²¹¹², a przecież jasne jest, że w prawie karnym nierzadko dochodzi do nie-bezprawnego przekroczenia norm sankcjonowanych²¹¹³. Stanowisku takiemu zarzucić można nadto, że ogranicza się ono do wyłącznie obiektywnie pojmowanej bezprawności, podczas gdy takie podejście wyklucza możliwość wyjaśnienia istoty szeregu instytucji prawa karnego²¹¹⁴. Ze sformułowaniem pluralistycznym koherentne jest też brzmienie na poziomie deskryptywnym szeregu postanowień k.k., gdzie o działaniu w zakresie kontratypu stwierdza się, że czyn taki nie stanowi przestępstwa, co nie wyklucza ewentualnego dochodzenia odpowiedzialności cywilnej w przypadku, gdy ujęte tam okoliczności usprawiedliwiające mają węższy zakres. Takie pojmowanie bezprawia jest również koherentne z postrzeganiem prawa karnego jako *ultima ratio*²¹¹⁵.

W przedmiotowej pracy odrzucane jest również czysto materialne (wartościujące) ujęcie

²¹¹⁰ Monistyczne pojmowanie bezprawności wiąże się przede wszystkim z krakowską szkołą prawa karnego: zob. S. Glaser, A. Mogilnicki, „Kodeks karny. Komentarz”, Kraków 1934, s. 1–2, A. Zoll, „Okoliczności...”, s. 73; idem, „O wartościowaniu...”, s. 113; idem, „O normie...”, s. 73; idem, „Karalność i karygodność...”, s. 101, Z. Cwiakalski, „Błąd co do prawa”, Kraków 1991, s. 37, W. Wróbel, „Znamiona...”, s. 57 i n., A. Liszewska, „Odpowiedzialność...”, s. 64–65, A. Barczak–Oplustil, „Reguły...”, s. 109 i n. (Cz. II. Rozdział III pkt. 5.2.1). W ostatnim czasie za monistycznym ujęciem bezprawności opowiedział się również A. Mucha, „Bezprawność...”, s. 145, zgadzając się w swojej pracy zasadniczo z twierdzeniami A. Zolla, że: „pluralistyczne ujęcie bezprawności jest wyrazem przechodzenia do porządku dziennego nad różnicami w funkcjach przypisywanym poszczególnym gałęziom prawa”.

²¹¹¹ W tym kierunku argumentuje chociażby M. Bielski, „Obiektywna...”, s. 102.

²¹¹² Egzemplifikacją stanowiska monistycznego być może chociażby pogląd M. Bielskiego, loc.cit., który komentując pluralistyczne ujęcie bezprawności zauważa, iż: „U podstaw tego poglądu tkwi bowiem, przynajmniej milczące założenie, że możliwa jest niezgodność pomiędzy normami sankcjonowanymi wynikającymi z poszczególnych dziedzin prawa.”

²¹¹³ Co do tego stanowiska zob. Ł. Pohl, „Struktura...”, s. 178–201, zwłaszcza s. 200–201.

²¹¹⁴ A także, że optując za subiektywno–obiektywnym pojmowaniem bezprawności staje się całkowicie nieprzydatne dla prawa cywilnego. Zob. Z. Jędrzejewski, „Bezprawność...”, s. 133, 150, 180, 186 i n.

²¹¹⁵ Wszak podać można bezprawne zachowania na gruncie prawa administracyjnego czy cywilnego, które bezprawiem karnym jednak nie będą. Nie jest poprawne przenoszenie tej oceny na zdecydowanie wyższy element w strukturze przestępstwa, jakim jest karalność (por. np. A. Zoll, „Karalność...”, s. 102–103). Nie przekonuje wysunięty ostatnio przez A. Muchę argument, że monistycznie pojmowana bezprawność jest koniecznym warunkiem uzupełnienia normy sankcjonowanej o elementy, chociażby w postaci modyfikatorów, wyrażone w innych gałęziach prawa. Z argumentem tym nie sposób się zgodzić, gdyż fakt, że uadekwatniona norma sankcjonowana jest nieprzekroczona, a więc dany czyn nie jest bezprawnym zachowaniem z punktu widzenia prawa karnego (jest „pierwotnie legalny”), nie wyłącza uznania, że będzie on takim z perspektywy prawa cywilnego, co może mieć szczególne znaczenie np. w przypadku przestępstwa zniewagi oraz naruszenia dóbr osobistych.

bezprawności²¹¹⁶. Już w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że w doktrynie brak jest jednolitości co do pojmowania tej przesłanki: dla części autorów stanowi on ocenę ujemnej treści danego zachowania²¹¹⁷.

Takie jednak ujęcie zasadniczo zbliża się do materialnego ujęcia samego przestępstwa²¹¹⁸, które to wiązane jest w obecnym stanie polskiej nauki z płaszczyzną społecznej szkodliwości (niebezpieczeństwa) czynu. Już samo dwukrotne wprowadzenie odwołania do wartościowania aksjologicznego podczas oceny przestępności czynu, zbliżającego się do pojęcia klauzul generalnych znanych w innych dyscyplinach prawa, budzić musi pewne wątpliwości: łatwo to zauważyć, gdy uzmysłowimy sobie, że sens materialnie wyróżnianej bezprawności rysuje się jasno tylko wtedy, gdy czyn jest społecznie szkodliwy w stopniu większym niż znikomy. Bliższa analiza powoływanych argumentów dla uzasadnienia takiego spojrzenia uwidacznia jego zbędność. Tak więc przykładowo dla M. Bielskiego²¹¹⁹ „*formalnie bezprawne jest zachowanie chirurga*”, który narusza tkanki ludzkiego organizmu i które może zostać wyłączone spoza zakresu normowania normy sankcjonowanej przez pryzmat jej celu²¹²⁰. Pomijając już przytaczane zastrzeżenia co do spekulacji na temat celów normy sankcjonowanej²¹²¹, stwierdzić należy, że nie trzeba tutaj odwoływać się do materialnie pojmowanej bezprawności. Pewniejszym już nawet rozwiązaniem jest afirmowana przez większość doktryny koncepcja zgody jako okoliczności wyłączającej przestępność czynu²¹²².

Z pozostających dwóch alternatyw: ujęcia materialno-formalnego i formalnego opowiedzieć się należy za tym drugim. Preferencja taka jest wynikiem uznania, że próba łączenia w pojęciu bezprawności dwóch warunków: materialnego i formalnego jest wymuszonym

²¹¹⁶ Za wartościującym ujęciem bezprawności opowiadała się w szczególności już doktryna przedwojenna, zob. np. W. Makowski, „*Prawo karne. Część ogólna*”, Warszawa–Lublin–Łódź–Poznań–Kraków 1920, s. 163–166. Pamiętać jednak należy inny kontekst, w którym te poglądy były wysławiane, a w szczególności brak pojęcia „*społecznej szkodliwości (niebezpieczeństwa) czynu*”.

²¹¹⁷ Por. A. Zoll, „*O normie...*”, s. 78.

²¹¹⁸ E. Plebanek, „*Materialne określenie przestępstwa*”, Warszawa 2009, s. 45 i n.

²¹¹⁹ Który deklaruje się zarazem jako zwolennik bezprawności materialno-formalnej.

²¹²⁰ Cytując fragment szerszej wypowiedzi M. Bielskiego, „*Obiektywna...*”, s. 104: „*Formalnie bezprawne jest zachowanie chirurga, dokonującego w czasie operacji ingerencji w ciało pacjenta. Z punktu widzenia generalnie – abstrakcyjnie zbudowanej normy postępowania jego zachowanie należałoby uznać za sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym, w którym funkcjonują normy zakazujące podejmowania jakichkolwiek czynności zmierzających do wywołania u innej osoby lekkich, średnich lub ciężkich obrażeń ciała, albo też śmierci innego człowieka. Dopiero uwzględnienie celu ustanowienia normy sankcjonowanej, który w tym wypadku sprowadza się do ochrony życia i zdrowia ludzkiego, pozwala pozostawić poza zakresem zainteresowania prawa w ogólności*”. Nawet biorąc pod uwagę ciekawą koncepcję Z. Tobora, op.cit., nie jest słuszne utożsamianie intencji i celu, tak jak to czyni M. Bielski i co będzie jeszcze przedmiotem rozważań.

²¹²¹ Zob. rozważania poniżej.

²¹²² Zgodzić by się wtedy należało z A. Wąskiem, że w takiej sytuacji bezpieczniej jest nie wychodzić z domu, gdyż można by się obawiać napadu w celu przeszczepu na ulicy, a działanie służby zdrowia mogłoby zostać w szerszym wymiarze oparte na zasadzie przymusu, zob. A. Wąsek „*Prawnokarna problematyka samobójstwa*”, Warszawa 1982, s. 149), stwierdzić należy, że zauważone przez autora niebezpieczeństwo „*relatywizacji systemu prawa karnego*”, jest w tym przypadku o tyle poważne, że nie są opracowane w tym zakresie w nauce polskiej – w przeciwieństwie do oceny społecznej szkodliwości czynu – żadne kryteria formułowania adekwatnych ocen przy ocenie tzw. materialnie postrzeganej bezprawności.

kompromisem, który kumuluje wady obu ujęć. Trudno nie zauważyć, że nie da się spełnienia tych warunków rozpatrywać łącznie: o ile bezprawność ujmowana relacyjnie jest niestopniowalna, to bezprawność ujęta materialnie – tak²¹²³. Konieczność sformułowania dwóch ocen w oparciu o zupełnie odmienne kryteria byłaby ewenementem w wieloszczeblowej strukturze przestępstwa, której przecież jedna z funkcji wyraża się w przyporządkowaniu poszczególnych typów ocen do określonego, jednego piętra. Zważyć należy na to, że wykluczenie możliwości uruchomienia normy sankcjonującej następuje również w postaci jednoznacznej: albo relacja bezprawnego przekroczenia normy sankcjonowanej zachodzi, albo też – nie. Materialne ujęcie bezprawności mogłoby więc służyć co najwyżej jako czynnik wpływający posiłkowo na ocenę „rzeczywistego zakresu zastosowania” normy sankcjonującej²¹²⁴, ale wobec braku kryteriów dla jej sformułowania i wobec występowania klauzuli społecznej szkodliwości czynu jest ono zupełnie zbyteczne i w dalszych rozważaniach nie będzie stosowane²¹²⁵.

Nie oznacza to wszak odrzucenia doniosłości bezprawności materialnej, która ma znaczenie w procesie formułowania jej ustawowej konkretyzacji, jakimi są kontratypy, o których w pełni słusznie twierdzi się, że opierają się na wartościowaniu dóbr²¹²⁶.

Na potrzeby dalszych rozważań przyjęte zostało subiektywne ujęcie bezprawności. Różni się ono od ujęcia obiektywnego przede wszystkim tym, że dla wyznaczenia zakresu czynów bezprawnych uwzględnia ono elementy podmiotowe. Konieczność ich uwzględnienia w procesie badania bezprawności została już w nauce uzasadniona niezwykle bogatą argumentacją²¹²⁷, stąd

²¹²³ Ilustracją takiej perspektywy jest stwierdzenie A. Zolla, przytaczane przez E. Plebanek, „Materialne...”, s. 207: „(...) jeśli polski ustawodawca wprowadził do ustawy materialny element definicji przestępstwa, to logiczną konsekwencją takiego rozwiązania jest potrzeba podwójnego warunkowania bezprawności. Od strony merytorycznej, poprzez społeczną szkodliwość konkretnego czynu, i od strony formalnej, poprzez ustawową określoność czynu.” Gwoli ścisłości wskazać należy, że sama E. Plebanek, „Materialne...”, s. 293, protestuje przeciwko dopuszczalności stopniowania karygodności, pojmowanej jako „(...) wystąpienie na tyle wysokiego stopnia społecznej szkodliwości danej kategorii zachowań, bądź odpowiednio konkretnego czynu, że uzasadnia to zastosowanie prawa karnego”.

²¹²⁴ Takim sformułowaniem posługuje się zwolennik formalno-materialnego ujęcia bezprawności jakim jest M. Bielski, „Obiektywna...”, s. 105. Takie podejście bliskie jest utożsamieniu bezprawności z przekroczeniem normy sankcjonowanej.

²¹²⁵ Zważyć należy na problematyczność odwołania się do takiego kryterium w świetle regulacji k.k. Formalne pojęcie bezprawności odrzucane jest m.in. z powołaniem się argumenty natury konstytucyjnej, czego ilustracją jest wypowiedź E. Plebanek, „Materialne...”, s. 292, w kontekście omawiania pojęcia społecznej szkodliwości czynu, która stwierdza: „W państwie prawa nie ma, zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, miejsca dla czynów „formalnie” bezprawnych – zakazanych ale pozbawionych jakiegokolwiek ujemnej treści. Takich czynów ustawodawcy zakazywać nie wolno”. Problem polega wszak na określeniu ujemnej treści określonych przestępstw: w wielu bowiem przypadkach kryminalizacja jest rzeczą bardzo kontrowersyjną, w szczególności w zakresie w jakim chroni się pewne społeczne tabu. Zgodzić się więc można z autorką tylko w odniesieniu do skrajnych przypadków, jak chociażby penalizacja tzw. Rassenschande (co do tego zagadnienia zob. W. Kulesza, „Karanie za zbrodnie <<zhąbnienia rasy>> (<<Rassenschande>>) i odpowiedzialność karna sędziów za zbrodnicze skazania” w: „Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych” Księga jubileuszowa Profesora M. Filara”, Toruń 2012, s. 347–371).

²¹²⁶ A. Zoll, „Okoliczności...”, s. 104.

²¹²⁷ Podstawowe znaczenie mają w tym zakresie prace autorów skupionych wokół ośrodka poznańskiego i warszawskiego – zob. W. Patryas, „Interpretacja karnistyczna. Studium metodologiczne.”, Poznań 1988, s. 33, Ł. Pohl, „Struktura...”, s. 112–116, R. Zawłocki, „Pojęcie i funkcje...”, s. 318–319, Z. Jędrzejewski, „Bezprawie usiłowania nieudolnego”, Warszawa 2000, s. 170, M. Królikowski, „Kontekstowa teoria (dogmatyki) prawa karnego”, SI 2006, nr XLVI, s. 192–193.

też w tym miejscu ograniczę się wskazania na nietrafność pewnych aktualnych argumentów podnoszonych przez autorów stojących na stanowisku obiektywnie pojmowanej bezprawności w nowszej literaturze przedmiotu. W tym kontekście podnosi się w szczególności, że „*W zależności od nastawienia psychicznego sprawcy do zachowania, raz przedmiotowo takie samo konkretno – indywidualne zachowanie adresata byłoby traktowane jako bezprawne, innym razem zgodne z prawem*”²¹²⁸, czego naganną konsekwencją miałyby być niewiedza co do zakresu zakazu prawnokarnego. Niebezpieczeństwo takie nie istnieje, gdyż ustawodawca wyraźnie określa, jaki typ nastawienia psychicznego jest warunkiem minimalnym dla odpowiedzialności karnej – a musi nim być przynajmniej stan psychiczny wskazany w ustawie²¹²⁹. Pod tym względem adresaci norm prawnych mają zupełną pewność. Dalsza analiza tego argumentu przez pryzmat penalizacji usiłowania nieudolnego ujawnia jego krótkowzroczność: trudno bowiem zaprzeczyć, że w takim przypadku istota bezprawności zachowania wiązana jest z nastawieniem sprawcy i wykracza poza dookreślenie znamion przedmiotowych²¹³⁰. Dalsza grupa argumentów odnosi się do koncepcji błędu co do prawa: trudno przyjąć, że sprawca może pozostawać w błędzie co do składników podmiotowych. Zarzut ten odeprzeć można na wiele sposobów, nie tylko z odwołaniem się do konkluzji nowszej literatury przedmiotu odnoszącej się szeroko do dorobku psychologii i innych nauk pomocniczych²¹³¹. Argument co do błędu znaczenie ma wszak tylko w przypadku odpowiadającego istocie błędu mylnemu wyobrażeniu o zgodności z prawem podejmowanego zachowania. Przybierać on może przykładowo postać niewiedzy, że nieostrożne zachowania prowadzące do uszkodzenia roślin na terenie objętym ochroną w sytuacji, gdy sprawca możliwość spowodowania takich zniszczeń powodujących istotną szkodę, przewidywał albo mógł przewidzieć (art. 181 § 2 w zw. § 4 k.k.), są czynem zabronionym pod groźbą kary. Wydaje się, że sytuacja taka w praktyce występować może stosunkowo często, zwłaszcza w odniesieniu do zakresu karalności czynów nieumyślnych, która pomiędzy poszczególnymi krajami jest ukształtowana bardzo odmiennie. Nie dochodzi tutaj do zdublowania elementów podmiotowych, tak jak miałyby to miejsce np. w przypadku nieświadomości własnej nieświadomości czy urojenia sobie urojenia określonych faktów (co zresztą jest sytuacją do pomyślenia). Nie chodzi tutaj również o nieświadomość własnego chcenia czy przewidywania, tylko o nieświadomość sytuacji,

²¹²⁸ M. Bielski, „*Obiektywna...*”, s. 108.

²¹²⁹ Nigdy nie będzie tutaj więc wystarczające nastawienie psychiczne określane w doktrynie niemieckiej jako niekaralna lekka nieumyślność; co do tego pojęcia i związanego z nim postulatu dekryminalizacji nieumyślności por. w szczególności G.A. Aygörmöz, „*Fahrlässigkeit und Schuld bei erfolgsqualifizierten Delikten*”, Augsburg 2012 i rozważania zawarte powyżej w rozdziale V pracy.

²¹³⁰ Zresztą pytanie, w czym wyraża się pojęcie dookreślenia pozostaje niejasne, zob. A. Barczak–Oplustil, „*W związku z pełnieniem funkcji publicznej jako znamię modalne typu czynu zabronionego opisanego w art. 228 k.k.* – wybrane problemy”, CzPKiNP 2009, z. 3, s. 75–96.

²¹³¹ J. Giezek, „*Świadomość...*”, s. 17–128.

że zachowanie z takim nastawieniem wolicjonalno–emocjonalnym jest sprzeczne z prawem. Tak więc zarzut ten jest nieprzekonywający.

Wreszcie zgłaszane są w tym zakresie wątpliwości co do zgodności takiego podejścia z monistycznym pojmowaniem bezprawności, co jednak powinno skłaniać raczej do większej ostrożności w aprobowaniu samej tej ostatniej koncepcji niż dyskwalifikować subiektywne postrzeganie bezprawności²¹³².

Dalej, na potrzeby niniejszej pracy stosowane będzie skutkowe pojmowanie bezprawności²¹³³. I w tym miejscu ograniczę się do wskazania na nietrafność krytyki takiego spojrzenia²¹³⁴. Jednym z najpoważniejszych argumentów formułowanych w tym kontekście jest to, że *„Naruszenie normy sankcjonowanej zachodzi już w momencie, gdy adresat normy zakazującej powodowania skutku przestępnego lub nakazującej zapobieganie skutkowi przestępnemu dopuścił się zachowania, które w świetle dostępnej wiedzy kauzalnej na temat przebiegów przyczynowych potencjalnie prowadzi do skutku przestępnego”*²¹³⁵, a wystąpienie skutku odnieść należy do normy sankcjonującej. Podejście takie budzi także szereg zastrzeżeń metodologicznych – zwłaszcza w ustach M. Bielskiego, zadeklarowanego adherenta teorii tzw. obiektywnego przypisania skutku, która wychodzi z założenia, że wiedza kauzalna jest niewystarczająca, aby zdeterminować zakres normowania normy sankcjonowanej i potrzebne są dodatkowe modyfikatory w postaci owych kryteriów tzw. obiektywnego przypisania skutku²¹³⁶. Po drugie, prowadzi ona do rozszerzenia zakresu bezprawności na płaszczyźnie usiłowania. Skoro bowiem podłożenie przez sprawcę bomby w metrze z detonatorem nastawionym na następny dzień jest już naruszeniem normy sankcjonowanej zrębowo wyrażonej w art. 148 § 3 alt. 1 k.k., gdyż w świetle dostępnej wiedzy kauzalnej „potencjalnie” prowadzi do skutku przestępnego, to nie sposób nie zadać pytania, jak wyznaczyć granicę karalnego usiłowania?

Za niezrozumiały uznać należy też argument, że w przypadku takiego pojmowania bezprawności norma sankcjonująca nie byłaby w stanie należycie zrealizować swojej funkcji motywacyjnej²¹³⁷, gdyż nie stanowi ona czytelnego przekazu dla adresatów norm, z jakimi

²¹³² Zwracał na to uwagę wielokrotnie w ramach swojej twórczości Z. Jędrzejewski, który już w 1993 r. – zob. *„Uwagi o pojęciu przestępstwa”*, PiP 1993, z. 10, s. 96 – pisał tak: *„Różnice strukturalne między bezprawiem karnym i np. cywilnym skłaniają do wniosku, który podważa tzw. jednolite pojęcie bezprawności.”*

²¹³³ Oznacza to odmienne jej ujęcie od zwolenników tzw. *Handlungsunwert*, których podejście egzemplifikuje wypowiedź W. Woltera, *„Związek przyczynowy w prawie karnym”*, Lwów 1927: *„(...) działanie jest bezprawne jeszcze bez skutku”*.

²¹³⁴ Do zwolenników uniezależniania bezprawności od skutku zaliczyć można w szczególności: R. Dębskiego, *„Pozaustawowe...”*, s. 180 i n., s. 206–207 oraz s. 226 i n. J. Gieźka, *„Przyczynowość...”*, s. 68 i n., P. Kardasa, *„Przypisanie skutku przy przestępnym współdziałaniu”*, Przegląd Prawa Publicznego 2004, nr 4, s. 84, J. Majewskiego, *„Prawnokarne...”* s. 89–91; idem, *„Tak zwana...”*, s. 269; W. Wróbla, *„Znamiona...”*, s. 93 i n.; idem, *„Relacyjne...”*, s. 10.

²¹³⁵ M. Bielski, *„Obiektywna...”*, s. 112.

²¹³⁶ Zob. rozważania poniżej.

²¹³⁷ Poprzez wykluczenie funkcji organizatorskiej, P. Kardas, *„Przestępstwo ciągle...”*, s. 87 oraz A. Mucha, *„Bezprawność...”*, s. 136.

zachowaniami prawo nie wiąże ujemnej oceny²¹³⁸. Rozumowanie takie w istocie bliskie jest przeformułowaniu bezprawności przestępstw skutkowych w przestępstwa z narażenia na niebezpieczeństwo, zbudowanych wedle następującego schematu: zabrania się spowodowania niebezpieczeństwa, które potencjalnie – w świetle dostępnej wiedzy kauzalnej – może prowadzić do spowodowania śmierci. Na marginesie zauważyć należy, że przy takim też ujęciu bezprawność jest identyczna np. dla typów ujętych w art. 148 k.k. oraz typu z art. 155 k.k. Pamiętając o funkcji norm ostrożności, nie sposób nie zauważyć pełnej zdatności normy sankcjonowanej do kierowania zachowaniami jej adresatów przez zakaz choćby nieumyślnego i nieostrożnego powodowania skutku stypizowanego w ustawie karnej i stanowiącego znamię czynu zabronionego. Wystarczy bowiem spojrzeć na motywowanie ludzi do osiągania określonych czynów, które wyznaczane są przy określeniu skutku, co jest sytuacją występującą stosunkowo często chociażby na gruncie prawa prywatnego²¹³⁹ czy też publicznego²¹⁴⁰.

W istocie pogląd ten zawęża też bezprawność bardziej niż zakaz spowodowania niebezpieczeństwa, które w zależności od przyjętej teorii kauzalnej – względnie rzadko prowadzić musi do powstania skutku. Co więcej, taki sposób odczytywania bezprawności jest wątpliwy w świetle poglądu na sens wchodzących w skład warstwy deskryptywnej opisu czynu zabronionego czasowników wyznaczających przyczynowość²¹⁴¹, podczas gdy podstaw deskryptywnych do wpisywania skutku w „zakres normowania normy sankcjonującej” w tekście ustawy wyraźnie brakuje.

Niezależnie od niezaprzeczalnych różnic występujących pomiędzy poszczególnymi autorami, wiązanie norm ostrożności z płaszczyzną bezprawności cechuje właśnie wielu z nich²¹⁴², często

²¹³⁸ Tak więc M. Bielski, „Obiektywna...” s. 113 przykładowo zauważa w tym kontekście, że bezprawność nie może być „uzależniona od wystąpienia zdarzenia przyszłego i niepewnego”.

²¹³⁹ Przykładem może być przyrzeczenie publiczne, zob. art. 919–921 kc.

²¹⁴⁰ Nierzadko wiąże się to z pokaznym ryzykiem dla podmiotów wchodzących w tę relację, jak chociażby w przypadku zobowiązania wynikającego z realizacji przetargu publicznego na opracowanie i implementowanie nowej, niesprawdzonej technologii. I tutaj nie wystarczy dla wypełnienia ciężącego na podmiocie obowiązku spowodowanie sytuacji, gdy osiągnięcie wymaganego skutku byłoby w świetle obiektywnych praw kauzalnych bliskie i przewidywalne.

²¹⁴¹ Co do charakterystyki zagadnienia zob. R. Sarkowicz, „Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym”, Kraków 1989, s. 49–57.

²¹⁴² Do zwolenników rozpatrywania norm ostrożności jako problematyki należącej do bezprawności w wewnętrznej strukturze przestępstwa zaliczyć należy w literaturze polskiej w szczególności: M. Bojarskiego, „Jeszcze raz w sprawie istoty dozwolonego ryzyka” w: „Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Księga Jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka”, Kraków 2006, s. 77, T. Bojarskiego, „Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej”, Warszawa 2006, s. 161, K. Buchałę, „Z rozważań nad winą nieumyślną – niedbalstwo”, PiP 1975, z. 2, s. 51; idem „Bezprawność zorientowana na zachowanie się sprawcy czy też jego następstwa”, w: „Księga pamiątkowa ku czci prof. Witolda Świdy”, Wrocław 1969, s. 31; idem „Przestrzeganie zasad ostrożności – problem bezprawności czy winy”, PiP 1963, z. 7 s. 91; idem, „Bezprawność...”, s. 123, T. Cypriana, „Postęp...”, s. 45, Z. Ćwiąkalski, „Błąd...”, s. 50, A. Fronczaka, „Powinność w strukturze przestępstwa nieumyślnego” RPEiS 2013 z. 3 s. 106, Z. Jędrzejewskiego, „Wina i bezprawność w prawie cywilnym i karnym”, Ius Novum 2008, z. 4, s. 29; idem, „Uwagi...”, s. 96, L. Gardockiego, „Prawo...”, s. 51 i n., A. Gubińskiego, „Zasady prawa karnego”, Warszawa 1986, s. 97, A. Gaberle, „Dopuszczalne ryzyko”, NP 1965, z. 12, s. 84–85; idem, „Jeszcze w sprawie karnoprawnego uregulowania ryzyka”, Palestra 1968, nr 3, s. 77, J. Gieźka, „Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzeczywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego”, PiP 1992, z. 1, s. 74, R. Kubiaka, „Dopuszczalne ryzyko i

nawet określa się takie nastawienie jako dominujące²¹⁴³, co jest jednak pewną przesadą, zwłaszcza jeżeli chodzi o dorobek piśmiennictwa współczesnego.

Dla uzasadnienia takiego stanowiska pozwólę się szereg argumentów, które poddać można następującej klasyfikacji:

- 1) Odwołanie się do podobieństwa ontologicznego i metodologicznego nieostrożności z bezprawnością. U podstaw takiej argumentacji leży przeświadczenie, iż normy ostrożności, posiadając charakter dyrektywalny, zbliżają się do bezprawności ujmowanej relacyjnie. Odmianą tego poglądu jest zwracanie uwagi na charakter sprzeczności z obiektywnymi normami ostrożności w przeciwieństwie do charakteru subiektywnego winy²¹⁴⁴. Do owych różnic strukturalnych zalicza się też podkreślenie generalnego charakteru obowiązku ostrożności – w przeciwieństwie do personalnego zarzutu winy²¹⁴⁵.
- 2) Innym argumentem, który podnoszony był dla uzasadnienia usytuowania norm ostrożności na płaszczyźnie bezprawności jest to, że uzupełniają one mający charakter tzw. „typów otwartych” opis czynu nieumyślnego, a zgodność czynu ludzkiego z takim opisem determinuje zarazem bezprawność.
- 3) Jeszcze inni autorzy postrzegają normy ostrożności jako okoliczność kontratypową, wyłączającą bezprawność czynu. Przykładem takiego podejścia jest wypowiedź W. Mąciora: „*Wszak dopiero brak kontratypu, czyli właśnie brak ostrożności, tworzy z typem, a więc np. z nieumyślnym spowodowaniem śmierci człowieka, bezprawność zachowania się*”²¹⁴⁶. Zdaniem tego autora brak ostrożności jest tak koniecznym uzupełnieniem bezprawności, jak znamię negatywne w przypadku przestępstw umyślnych²¹⁴⁷.

jego umiejscowienie w strukturze przestępstwa”, Acta Universitatis Lodzensis 2004, Folia Iuridica 67, s. 45, J. Kochanowskiego, „Przestępstwa i wykroczenia drogowe” Warszawa 1991, s. 26, A. Marka, w: „Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki”, red. A. Marka, Warszawa 1986, s. 319; idem, „Prawo karne”, Warszawa 2005, s. 177, W. Mąciora, „Problem przestępstw nieumyślnych na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki”, Kraków 1968, s. 33, K. Miodulskiego w: J. Bafia, K. Miodulski, M. Siewierskiego, „Kodeks karny. Komentarz” Warszawa 1987, s. 107–108, F. Orłowicza, „Ryzyko gospodarcze a prawo karne”, NP 1968, nr 3, s. 364, G. Rejman „Problem ryzyka gospodarczego na tle konkretnego orzeczenia SN”, Palestra 1968, z. 2, s. 61, E. Plebanek, „Materialne...”, s. 293, J. Radzickiego, „Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym”, Warszawa 1967, s. 61, Z. Radzikowską, „Powinność i możliwość przestrzegania zasad ostrożności a przestępstwa z winy nieumyślnej”, WPP 1966, z. 4, s. 307, J. Sawickiego, „O odpowiedzialność...”, s. 1003, W. Woltera, „Nauka o przestępstwie”, Warszawa 1973, s. 146–147, J. Warylewskiego, „Prawo karne. Część ogólna”, Warszawa 2004, s. 257 i n, R. Zawłockiego, „Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze”, Warszawa 2004, s. 406 i n. Już to, z pewnością niewyczerpujące zestawienie uwidacznia, zbieżność poglądów w określonym okresie czasu, aczkolwiek zauważyć można pewnych autorów, którzy do dnia dzisiejszego bronią wspomnianego stanowiska.

²¹⁴³ Tak chociażby wypowiada się np. A. Mucha, „Podjęcie decyzji o zawarciu umowy opcji – rozważania w przedmiocie problematyki wyznaczania granic bezprawności”, Prokur. i Prawo 2013 z. 12, s. 165.

²¹⁴⁴ Takim przeciwstawieniem posługiwał się w swoim pracach zwłaszcza J. Sawicki, „O odpowiedzialność...”, s. 1003 oraz W. Mąciór, „Problem...”, s. 54.

²¹⁴⁵ W. Mąciór, „Problem...”, s. 33. Analogicznie K. Buchała, „Bezprawność...”, s. 242.

²¹⁴⁶ Ibidem.

²¹⁴⁷ Zob. W. Mąciór, „Problem...”, s. 54.

- 4) Uznaje się, że warunkiem bezprawności czynu jest naruszenie materialnie pojmowanej bezprawności, a jej przyjęcie jest wykluczone w sytuacji, gdy mamy do czynienia z zachowaniem w granicach społecznie akceptowanego ryzyka, wyznaczanego przez normy ostrożności, ryzyka stanowiącego „(...) *granice, poniżej której mamy do czynienia z działaniami legalnymi pierwotnie*”²¹⁴⁸. Odmianą tego poglądu jest wiązanie wyłączenia bezprawności z wyłączeniem społecznej szkodliwości czynu, co pociąga niejako automatycznie za sobą wyłączenie bezprawności²¹⁴⁹, jednak przez pryzmat tzw. legalizacji wtórnej za pomocą kontratypu²¹⁵⁰.
- 5) Wpisanie normy ostrożności w strukturę ustawowych znamion prowadziłoby do wyłączenia odpowiedzialności karnej w przypadku typów odnoszących się także do takich sfer ludzkiej aktywności, gdzie norm ostrożności brak²¹⁵¹.
- 6) Argumenty odnoszące się do funkcji norm ostrożności w strukturze przestępstwa i w procesie ustalania odpowiedzialności karnej, która jest podobna jest do bezprawności²¹⁵².
- 7) Stwierdza się także, iż wobec założenia o jedności porządku prawnego trudno jest uznać, że bezprawny może być czyn, który jest zgodny z obowiązkiem wynikającym z innej dziedziny prawa, a który stanowi zarazem wytyczną ostrożnego postępowania²¹⁵³.
- 8) Uznawanie czynów ostrożnych za niezawinione, ale jednak bezprawne jest niezgodne ze „*społecznym poczuciem*” czy „*poczuciem prawnym*”²¹⁵⁴.

Argumenty te wypadnie poddać pogłębionej analizie celem zweryfikowania ich słuszności; będą one omawiane począwszy od końca. Już w tym miejscu zaznaczyć należy jedynie, że charakter podnoszonych argumentów w dużym stopniu zależy od kontekstu: dotyczy to zwłaszcza podejścia autorów zwalczających sytuowanie norm ostrożności na płaszczyźnie winy²¹⁵⁵.

Odniesć się wypada do więc do ostatniej grupy argumentacji, przedstawionej w punkcie 8. Zauważyć trzeba, że argument ten jest wybitnie trudny do obalenia bez przeprowadzenia w

²¹⁴⁸ Por. np. E. Plebanek, „*Materialne...*”, s. 293.

²¹⁴⁹ Na takim stanowisku stoi chociażby K. Buchała, „*Z rozważań...*”, s. 51, pisząc: „*Czyn sprawcy nie naruszający obowiązku ostrożności (...) nie jest społecznie szkodliwy, zatem i bezprawny*.”, por. również idem „*Bezprawność...*”, s. 122. W tymże ostatnim opracowaniu zaznacza on odrębność bezprawności i społecznej szkodliwości czynu, K. Buchała, „*Bezprawność...*”, s. 48.

²¹⁵⁰ K. Buchała, „*Bezprawność...*”, s. 123.

²¹⁵¹ K. Buchała, „*Bezprawność...*”, s. 244.

²¹⁵² W tym kierunku zdaje się argumentować Z. Radzikowska, op.cit., s. 308, która pisze w następujący sposób: „*(...) nieostrożność jest warunkiem koniecznym, ale nie wystarczającym dla przestępstwa nieumyślnego, tak jak każde bezprawie jest warunkiem koniecznym, lecz niewystarczającym dla bytu przestępstwa*”. Zauważyć jednak należy, że taki pogląd wyrażony został w kontekście przestępstwa nieumyślnego.

²¹⁵³ W takim kierunku wypowiedzieli się cytowani afirmatywnie przez R. Dębskiego, „*Pozaustawowe...*”, s. 141, autorzy niemieccy, w tym U. Weber oraz G. Strathenwerth.

²¹⁵⁴ W. Mąciór, op.cit., s. 54. Ukazuje, to że znaczna część z tej argumentacji sformułowana została w okresie wyodrębniania się sytuowania norm ostrożności z problematyki winy.

²¹⁵⁵ W powyższej argumentacji dotyczy to w szczególności punktów 1 i 8.

pewnym przynajmniej zakresie badań socjologicznych. Niemniej również autorzy, którzy się nim posługują, nie odwołują się do nich, tak więc ograniczę się do wskazania pewnych nieuzasadnionych założeń w ich podejściu. Po pierwsze, wskazać należy, że ostrożność w społecznym odczuciu wiąże się z dopełnieniem określonych aktów staranności, typowych przy wykonywaniu określonych czynności i powszechnie w takiej sytuacji wykonywanych. Wyrazić można w tym miejscu przypuszczenie, że panuje rozpowszechnione poczucie, że osoba zachowująca się zgodnie z taką manierą postępowania jest „niewinna, bo tak się robi”, „bo tak wszyscy robią”, „bo zawsze się tak robiło”, „bo tak mnie uczyli”²¹⁵⁶. Nie wszyscy są natomiast przeświadczeni, że ich postępowanie jest legalne²¹⁵⁷, co tłumaczyć należy tym, że wobec dużej liczby regulacji prawnych i ich stosunkowo niskiej dostępności, panuje szeroka nieświadomość czy niewiedza co do treści obowiązującego prawa²¹⁵⁸ i zarazem względnie niskie rozpowszechnienie postaw legalistycznych w społeczeństwie polskim²¹⁵⁹. Nie będzie chyba nadużyciem stwierdzenie, że dla pokaźnej części społeczeństwa nie jest istotne nadanie ich zachowaniu predykatu bycia legalnym, lecz liczy się brak odpowiedzialności karnej. Obawiam się, że gdyby kierować się poczuciem społecznym, które niejednokrotnie za zachowania społecznie akceptowalne uznaje takie czyny, które są sprzeczne z prawem, to trudno by wykazać, jakie zachowania są ostrożne. Podkreślić należy raz jeszcze, że nierzadko za zachowania społecznie akceptowane i zarazem „ostrożne” uznaje się takie, które są jaskrawo sprzeczne z określonymi regulacjami prawnymi²¹⁶⁰. Natomiast argument odwołujący się do „poczucia prawnego” zdaje się być o tyle chybiony, że sami prawnicy, od których wymagać można dość subtelного poczucia prawnego, nie są zgodni co do tego, czy czyn nieostrożny nie jest bezprawny czy chociażby typowy (wypełniający ustawowe znamiona czynu). Trudno pod tym względem

²¹⁵⁶ Są to w istocie rzeczy argumenty korzystające chyba z *argumentum ad populum*. Co do tego i innych nielojalnych forteli erystycznych zob. Z. Ziemiński, „Logika...”, s. 214–215.

²¹⁵⁷ W tym zakresie opieram się na tzw. obserwacji uczestniczącej prowadzonej w trakcie codziennych czynności życia społecznego.

²¹⁵⁸ Ze względu na niewielką liczbę badań opinii społecznej wskazać należy w tym kontekście na badania TNS OBOP z roku 2009, zgodnie z np. którymi np. 82% respondentów nie wie, że w Polsce postępowanie jest dwuinstancyjne, a 29% Polaków nie wie, co to jest pozew (omówienie wyników zob. I. Walencik, „Polacy uważają, że nie potrzebują prawników”, Rzeczpospolita, PCD 19–02–2009). W literaturze stan ten ocenia się jako alarmująco niski stan świadomości Polaków (zob. K. Kwiecińska, „Mediacja w praktyce prokuratorskiej (studium przypadku)” Prokur. i Prawo 2013, z. 2, s. 129. Zarazem godny ubolewania jest fakt, że nie przeprowadza się częstszych sondaży w tej materii, bowiem cytowane badanie, przeprowadzone na zlecenie Krajowej Rady Radców Prawnych, ze względu na podmiot zlecający, powinno być traktowane z odpowiednim dystansem.

²¹⁵⁹ Zgodnie z badaniami cytowanymi przez J. Błachut, „Problemy związane z pomiarem przestępczości” Warszawa 2007, s. 129, z roku 1998 postawy rygorystyczne (47%) nieznacznie przeważały nad relatywistycznymi (42%) i odnotowany był wzrost postaw relatywistycznych (o 3% w porównaniu z 1995 r.) Aktualne określenie tych wartości jest utrudnione wobec braku – wedle wiedzy autora – dostępności do stosownych badań.

²¹⁶⁰ Przykładowo, zaryzykować można tezę, że w Polsce istnieje szerokie przyzwolenie społeczne na kradzieże własności intelektualnej i pod tym względem sytuacja jedynie nieznacznie poprawiła się w ciągu ostatnich lat (co do pogłębionej analizy problemu zob. K. Wigura, J. Kuisz, „Skąd bierze się kradzież lub akceptacja kradzieży własności intelektualnej?”, Etyka 2004, nr 37, s. 195–214).

wyciągać jakieś pewne wnioski. Zresztą, ze względu na jego ogólność, niełatwo oczekiwać, aby mógł on stanowić jakiś poważny argument w dyskusji prawniczej.

Przechodząc do kolejnego punktu, wskazać należy, że nieprzekonywające jest odwołanie się do argumentacji opartej na założeniu o jedności porządku prawnego. Po pierwsze zważyć należy na to, że system prawny często zawiera regulacje sprzeczne i wypracowana została złożona procedura usuwania tych rozbieżności zarówno na płaszczyźnie instytucjonalnej²¹⁶¹ jak i teoretycznoprawnej²¹⁶². Sensownie odnieść to sformułowanie można do struktury głębokiej, a więc do poziomu normatywnego. Sam ten argument odrzucić można by bez dalszej dyskusji z perspektywy przyjmowanego w niniejszej pracy założenia, że normy prawne nigdy ściśle nie wyrażają norm ostrożności, może między nimi zachodzić jedynie zbieżność treściowa. Jednak nawet odwołując się założeń metodologicznych zwolenników stanowiska przeciwnego, ujawnia się tutaj istotna nieprecyzyjność tej wypowiedzi, gdyż uzgadnianie treści norm powodować może zmianę zakresu normowania lub zastosowania normy sankcjonowanej, co nie jest równoznaczne z werdyktem o bezprawności²¹⁶³.

Nawet gdyby uznać wyszczególnioną tutaj w punkcie szóstym argumentację jako posiadającą samodzielny charakter, to stosunkowo prosto odrzucić jest twierdzenie o podobieństwie funkcjonalnym braku naruszenia norm ostrożności do bezprawności w perspektywie przesłanek odpowiedzialności karnej, gdyż zrealizowanie każdego, poszczególnego warunku tejże odpowiedzialności, niezależnie od tego, na którym piętrze jest on ulokowany, rozpatrywane samoistnie jest „warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym” do poniesienia odpowiedzialności karnej.

Większą uwagę poświęcić należy argumentacji zarysowanej w punkcie 5. Jej kośćcem jest twierdzenie, że normy ostrożności nie występują we wszystkich sferach życia, stąd też wpisanie ich w zakres normy sankcjonowanej musiałoby prowadzić do bezkarności pewnej części sprawców wobec niemożności wykazania tego znamienia. Niemożliwość taką zaprezentowana argumentacja wywodzi z faktu, że w wielu sferach życia stosownych norm (rzekomo) brak. Argumentacja ta opiera się więc na pewnej tezie, która nie została udowodniona empirycznie i wpisuje się szeroko acz dość bezrefleksyjnie powtarzany aksjomat, że w przypadku pewnych prostszych czynności trudno jest w istocie mówić o istnieniu jakichkolwiek norm²¹⁶⁴. Zgodzić się można co najwyżej z tezą, że nie we wszystkich sferach życia normy te są sformalizowane, ale nie oznacza to ich kompletnego braku²¹⁶⁵. Jedyna sytuacja, gdzie takie normy nie są znane i nie można

²¹⁶¹ Co dotyczy w szczególności działalności TK oraz sądów powszechnych.

²¹⁶² Co do analizy tego zagadnienia, zob. np. J. Majewski, „Tak zwana...”, s. 89 i n., por. także Z. Ziemiński, „O rodzajach niezgodności norm”, SF, 1969, nr. 1, s. 91.

²¹⁶³ Teza ta wiąże się z zarysowanym powyżej odrzuceniem tzw. koncepcji negatywnych znamion.

²¹⁶⁴ Zob. rozważania poniżej.

²¹⁶⁵ Autorzy akcentujący brak norm ostrożności formułą swoją tezę tak, iżby chodziło o zupełny brak norm w sensie

oczekiwać ich przestrzegania dotyczy obszarów nieznanych ludzkiej wiedzy, w przypadkach, gdzie legalność czynu związana jest ze spełnieniem przesłanek działalności eksperymentatorskiej jako odrębnego, ustawowego kontratypu²¹⁶⁶. Wykazywanie naruszenia norm ostrożności jest obecnie i tak niezbędnym elementem odpowiedzialności karnej w myśl ustawowego ujęcia nieumyślności w art. 9 § 2 k.k., a ściślej mówiąc z powszechnie przyjętego faktu tłumaczenia nieostrożności jako przekroczenia normy ostrożności. Gdyby więc rzekomy brak norm ostrożności miałby być faktem, to brakowałoby możliwości przypisania czynu nieumyślnego²¹⁶⁷. Tak więc i ten argument musi upaść.

Ciekawa jest inna jeszcze próba obrony umiejscowienia norm ostrożności na płaszczyźnie bezprawności za pomocą jej materialnego pojmowania, którą podejmują zwolennicy argumentacji z punktu 4. To, że zachowania społecznie adekwatne, zostawiając na uboczu ocenę tego niebezpiecznie nieprecyzyjnego dla karnistyki konceptu o tyle, o ile utożsamia się społeczną adekwatność z brakiem naruszenia normy ostrożności, są niebezpieczne, wiele przemawia, niekoniecznie determinuje to jednak ich powiązania z tym akurat piętnem wewnętrznej struktury przestępstwa; gdyż równie poprawnie można je wpisywać w płaszczyznę społecznej szkodliwości czynu. Nawet gdyby pokusić się o próbę oceny tego stanowiska przez pryzmat odrzucanego w niniejszej pracy wartościującego ujęcia bezprawności, to nie sposób nie dostrzec, że problematyczne jest automatyczne utożsamienie niebezpieczeństwa z tą właśnie płaszczyzną, skoro nierzadko stworzenie takiego stanu jest wpisane w znamię czynu zabronionego²¹⁶⁸. Utożsamienie bezprawności czynu ze spowodowaniem nadmiernego niebezpieczeństwa spowodowania bezpośredniego niebezpieczeństwa w sytuacji, kiedy w doktrynie prawa karnego słusznie zwraca się uwagę na problematyczność samego ontologicznego istnienia niebezpieczeństwa²¹⁶⁹, oznacza, że przyjęcie materialnie ujętej bezprawności mniej lub co najwyżej tyle samo wymaga co wypełnienie znamion typu²¹⁷⁰.

Do znanej natomiast (i omówionej skrótowo powyżej) w dogmatyce prawa karnego koncepcji tzw. negatywnych znamion nawiązuje argumentacja sklasyfikowana powyżej w punkcie 3. Sytuując brak ostrożności jako zaprzeczony kontratyp w płaszczyźnie znamion czynu

ich ontologicznego nieistnienia w danej dziedzinie życia.

²¹⁶⁶ Bardziej szczegółowo co do tego zagadnienie zob. Rozdział III.

²¹⁶⁷ Przypomnieć należy, że część doktryny konstatując brak właściwych norm ostrożności ucieka się w określonym zakresie do tzw. osobowego wzorca normatywnego dobrego obywatela, co w niniejszej pracy jest kategorycznie odrzucane.

²¹⁶⁸ Dotyczy to coraz liczniejszych przestępstw z abstrakcyjnego i konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, co do szczegółów zob. również E. Hryniewicz, *„Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych”* Warszawa 2012.

²¹⁶⁹ A. Spotowski, *„Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym”*, Warszawa 1990, s. 18–22.

²¹⁷⁰ Zarazem opierając się na akceptowanym w niniejszej pracy ujęciu nie sposób zgodzić się z twierdzeniem J. Giezka, *„Naruszenie obowiązku...”* s. 74, że w pewnych sytuacjach *„przestrzeganie normy ostrożności może być dostrzegane jako bardziej niebezpieczne (...) niż jej naruszenie”*. W takim ujęciu, wynikającym z błędnego pojmowania pewnych norm jako *„reguły ostrożności”* nie miały by one praktycznego sensu.

nieumyślnego normy ostrożności wiąże się tu z elementem bezprawności, który jednak zostaje utożsamiony z zespołem znamion, nie posiadając odrębnego, niezależnego statusu w strukturze przestępstwa. Dla pełniejszego jego zrozumienia przedstawić go można za pomocą schematu: $B = T + \text{nie-O}$, gdzie bezprawność (B) jest warunkowana wypełnieniem znamion typu (T) i brakiem ostrożności (nie-O). Wobec takiego postrzegania ujęcia bezprawności odnieść można w pełni aktualną krytykę sformułowaną przez A. Zolla, który stwierdził: „Skoro kontratyp dla swojego zaistnienia wymaga realizacji wszystkich znamion opisu ustawowego, to schemat dla kontratypu przedstawiałby się A i nie-B (czyli schemat opisu ustawowego) oraz $B - \text{znamiona okoliczności wyłączającej społeczną szkodliwość}$ ”²¹⁷¹. W niniejszym przypadku zaprezentowany przez A. Zolla schemat odnosić się będzie do czynu ostrożnego, tj. wykonanego zgodnie z obowiązującymi normami ostrożności. Do tego argumentu dodać należy wskazanie na dodatkową sprzeczność, która rysuje się w sytuacji, gdy stoi się na stanowisku, że naruszenie norm ostrożności w pewnych przypadkach jest wysłowne w warstwie deskryptywnej znamion typów w części szczególnej²¹⁷². W takiej sytuacji dochodzi do niebezpieczeństwa przyjęcia redundancji informacji normatywnej na płaszczyźnie samego typu czynu zabronionego: wypełnienie znamion typu wymagałoby bowiem naruszenia normy ostrożności, który też jest warunkiem bezprawności²¹⁷³. W konsekwencji ujęcie bezprawności przestępstwa nieumyślnego zależałoby od jego sformułowania deskryptywnego, a w przypadku przyjęcia, że okoliczność naruszenia wymaganej ostrożności uzupełnia przedmiotową charakterystykę każdego typu czynu nieumyślnego na podstawie modyfikatora zakodowanego w art. 9 § 2 k.k., taka nadmiarowość byłaby przypadkiem każdego typu czynu nieumyślnego w prawie karnym. Traktowanie ostrożności jako kontratypu jest problematyczne także z tego względu, że wymaga rozstrzygnięcia, czy sprawca musi działać z podmiotowym nastawieniem w celu zachowania ostrożności, co w przypadku pozytywnej odpowiedzi na to pytanie²¹⁷⁴ bardzo znacząco zawęży społeczną doniosłość zachowań ostrożnych. Warto w tym miejscu przypomnieć w pełni zasadny pogląd, że materialną podstawą kontratypów

²¹⁷¹ A. Zoll, „Stosunek kontratypów do ustawowej określoności czynu”, PiP 1975, z. 4, s. 89.

²¹⁷² Jak chociażby w przypadku art. 355 § 1 k.k., zgodnie z którym: „Żołnierz, który prowadząc uzbrojony pojazd mechaniczny, narusza chociażby nieumyślnie zasady bezpieczeństwa w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym i powoduje nieumyślnie wypadek, w którym inna osoba odniosła obrażenia ciała określone w art. 157 § 1 lub wyrządzona została znaczna szkoda w mieniu, podlega karze aresztu wojskowego albo pozbawienia wolności do lat 3.” Zauważyć należy, że już w k.k. z 1932 r., obowiązującym wciąż w chwili zaprezentowania swojego stanowiska przez W. Mąciora, szereg typów czynów zabronionych nawiązywał w swoich znamionach w warstwie deskryptywnej do naruszenia norm ostrożności, jak chociażby art. 217 § 1 lit. c) penalizujący spowodowanie powszechnego niebezpieczeństwa poprzez „inne działania wśród okoliczności szczególnie niebezpiecznych”.

²¹⁷³ Objasnić to można przez rozpisanie schematu dla bezprawności danego typu czynu zabronionego: $Cz = Z1 + Z2 + Z3 + Z4 + \text{nie-O}$, gdzie zarazem $Z2$ przybiera postać nie-O , a więc w konsekwencji $Cz = Z1 + \text{nie-O} (Z2) + Z3 + Z4 + \text{nie-O}$, gdzie Cz – bezprawny czyn zabroniony, $Z1, Z2, Z3, Z4$ – poszczególne znamiona, O – zachowanie ostrożne w danych warunkach. Podkreślić należy, że na takim właśnie narażającym się wyłuszczone zarzuty, stanowisku stoją zwolennicy poglądów streszczonych powyżej w punkcie 3

²¹⁷⁴ Pogląd przeciwny w odniesieniu do kontratypu trudno uznać za ugruntowany i jest on obarczony licznymi kontrowersjami, zob. Rozdział III oraz cytowaną i omawianą powyżej pracę J. Majewskiego, „Okoliczności...”, aczkolwiek, jak zauważono powyżej, wart on jest pewnej dyskusji.

jest odważanie wartości dóbr prawnych²¹⁷⁵. Dyskusyjne jest wskazanie, że w przypadku działań ostrożnych pojmowanych jako kontratyp bilans ten zawsze wypadnie pomyślnie, szczególnie w przypadkach, gdy działanie ostrożne mimo wszystko prowadzi do skutku śmiertelnego. I ten argument finalnie nie zasługuje więc na akceptację.

Do podobnych założeń teoretycznych nawiązuje argumentacja wskazująca na potrzebę uzupełnienia opisu czynu zabronionego, mającego postać tzw. typu otwartego, przez normy ostrożności. Ponieważ taki zabieg wiąże się przede wszystkim z problematyką typu czynu zabronionego, a jedynie na skutek przyjęcia teorii negatywnych znamion jest automatycznie kwalifikowany jako zagadnienie bezprawności, zostanie rozważony w kolejnym punkcie poniżej.

Wreszcie jednym z najpoważniejszych argumentów wiążących problematykę norm ostrożności z bezprawnością jest ich podobieństwo strukturalne. Liczni przedstawiciele doktryny stoją na stanowisku, iż normy ostrożności mają charakter dyrektywalny²¹⁷⁶, wobec czego pozornie intuicyjne jest związanie ich właśnie z ostateczną oceną przekroczenia normy prawnej. Argument przeciwko takiemu rozwiązaniu wysunął Ł. Pohl, który zupełnie trafnie spostrzegł, że „*normą nakazującą działanie ostrożne jest bowiem reguła ostrożności, a nie norma sankcjonowana*”²¹⁷⁷. Gdyby bowiem sam dyrektywalny charakter miał przesądzać o wiązaniu tej normy z płaszczyzną bezprawności, to konsekwentnie również inne normy, niemające ściśle charakteru prawnego, trzeba by uwzględniać na tej płaszczyźnie²¹⁷⁸. Stwierdzenie to wypada zaakcentować o tyle, o ile norma ostrożności jest uznawana za posiadającą podbudowę aksjologiczną, która to przesądza o jej obowiązywaniu.

Tak więc zasadnicze podnoszone w dyskursie argumenty na rzecz sytuowania normy ostrożności na płaszczyźnie bezprawności, zaprezentowane i omówione powyżej, nie zasługują na uznanie. Stąd też stoję na stanowisku, że nie przynależą one do tego piętra struktury wewnętrznej przestępstwa.

²¹⁷⁵ A. Zoll, „Okoliczność...”, s. 103, stwierdza nie bez racji: „*Zaatakowanie dobra może być tylko wtedy uzasadnione społecznie, gdy ten atak służy jednocześnie ochronie innego dobra, również mającego wartość społeczną. Tylko wtedy można bowiem mówić o korzystnym rachunku społecznym. Podstawą więc wszystkich kontratypów jest kolizja dóbr*”.

²¹⁷⁶ Tak chociażby już A. Bachrach, „*Przestępstwa i wykroczenia...*”, Warszawa 1980, s. 187, J. Giezek „*Przyczynowość...*”, s. 174 czy Ł. Pohl, „*Struktura...*”, s. 104. Twierdzenie o dyrektywalnym charakterze norm ostrożności jest w świetle przeprowadzonej powyżej analizy stanowiskiem w pełni zasadnym, aczkolwiek nie można zapominać, że normy ostrożności mają postać słabszych (niekategorycznych) dyrektyw.

²¹⁷⁷ Ł. Pohl, „*Struktura...*”, loc. cit. Autor ten kontynuuje, pisząc: „*(...) w której zakresie normowania usytuowania jest warunkująca jej przekroczenie figura naruszenia tego zakazu*”.

²¹⁷⁸ Szczególnie dotyczy to norm moralnych i etycznych, których uwzględnianie nie ma żadnej wyraźnej podstawy normatywnej w k.k., ale pewnie ich znacznie wynika z regulacji konstytucyjnych. Bezprawność jest bowiem nie tylko „*podobna*” do nieostrożności, ale także do nieetyczności (sprzeczności z określoną normą etyczną) czy niemoralności (sprzeczności z określoną normą moralną) etc.

4) Typowość jako odrębny element struktury przestępstwa a normy ostrożności

Zagadnienia związane z ustawowymi znamionami czynu zabronionego nie doczekały się nadmiernie licznych opracowań w polskiej karnistyce²¹⁷⁹. W tym miejscu ograniczę się do wskazania przyjmowanych przeze mnie założeń w pewnych spornych kwestiach, aby uniknąć zbędnych nieporozumień.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że pojęcie znamion przestępstwa jest traktowane wybitnie niejednolicie, co jest zresztą przypadłością nie tylko doktryny polskiej. Zgodnie z ujęciem A. Zolla, możliwe są co najmniej trzy sposoby rozumienia ustawowych znamion: po pierwsze zespół znamion czynu, który stanowi swoiste kryterium klasyfikacyjne pomiędzy zachowaniami prawno–karnie relewantnymi i nieposiadającymi tego przymiotu²¹⁸⁰, po drugie tzw. ustawowa określoność czynu, która obejmuje te elementy zachowania sprawcy, do których musi zrelatywizowany być zamiar sprawcy²¹⁸¹, po trzecie wreszcie chodzi tutaj o znamiona określone *expressis verbis* w ustawie karnej na poziomie deskryptywnym wraz ze znamionami winy, nie zaś uzyskane za pomocą wykładni, które związane są z przestrzeganiem zasady *nullum crimen sine lege*²¹⁸². Pewną nowszą propozycję spojrzenia na zespół znamion przestępstwa sformułował R. Dębski, który wyróżnia zespół znamion, ustawowy zespół znamion przestępstwa, istotę czynu oraz obraz czynu²¹⁸³. Szczegółowa analiza poglądów tego autora uprawnia do wyrażania tezy, że stanowi ona propozycję, która w pewnym zakresie okazuje się być podobna do poglądów A. Zolla²¹⁸⁴.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że autor niniejszej pracy nie stosuje tzw. czwórpodziału znamion²¹⁸⁵. Twórca niniejszej pracy bowiem uważa za niepozbawione pewnej

²¹⁷⁹ Do dnia dzisiejszego pewne znacznie przypisuje zwłaszcza pracy I. Andrejewy, „Ustawowe znamiona”, Warszawa 1973, przy lekturze której pamiętać należy, że dokonała ona transpozycji na grunt nauki polskiej wielu koncepcji nauki radzieckiej.

²¹⁸⁰ A. Zoll, „Okoliczności...”, s. 26.

²¹⁸¹ A. Zoll, „Okoliczności...”, s. 27.

²¹⁸² A. Zoll, „Okoliczności...”, s. 46. Zestaw ten autor przejmując z pracy T. Florek, „Typizacja czynu – pojęcie, zakres, funkcja”, ZNUJ 1977, z. 74, s. 30. Podkreślić należy, że taka klasyfikacja nawiązuje do rozważań doktryny niemieckiej.

²¹⁸³ Zob. R. Dębski, „Pozaustawowe...”, s. 99–104.

²¹⁸⁴ Co widać w szczególności na przykładzie znaczeń, które nadaje autor wyróżnionym przez siebie określeniom: „istota czynu” oprócz elementów zawartych w przepisie części szczególnej k.k. obejmuje również niewskazane wprost w dyspozycji przepisu karnego znamiona uzupełniające, z wyłączeniem jednak znamion umyślności czy nieumyślności działania czy innych modyfikujących „karalność” czynu. Jako „obraz czynu” traktuje on ten zespół znamion, które mogą być przedmiotem błędu co do znamion, co automatycznie wyklucza znamiona podmiotowe. Takie ujęcie zbliża się do pojęcia „ustawowej określoności czynu” u A. Zolla.

²¹⁸⁵ W doktrynie istnieją poważne wątpliwości co do zaszerzegowania tego ujęcia. Wskazuje się czasami, że tzw. czwórpodział znamion jest obrazem wewnętrznej struktury przestępstwa, obrazem, który znajdował odzwierciedlenie w poglądach szeregu autorów, zob. np. L. Lernell, „Wykład prawa...”, s. 55, A. Gubiński, „Zasady prawa karnego”, Warszawa 1974, s. 44 i gwoździ porządku przypomnieć należy, że cała koncepcja tzw. czwórpodziału znamion ma proveniencje nauki radzieckiej.

minimalnej słuszności twierdzenie, że posiadają one pewne walory dydaktyczne, lecz zarazem trafne jest też spostrzeżenie, że koncepcja ta „*wskutek niejasnych i niedookreślonych kryteriów skomplikować i utrudniać*” może problematykę analizy znamion²¹⁸⁶. Zasadny jest bowiem argument, że wytyczone przez nie kategorie znamion, wiążące się chociażby z umiejscowieniem w jednej płaszczyźnie problematyki winy oraz nieumyślności i umyślności (tzw. znamiona strony podmiotowej) prowadzić mogą do nieporozumień, zwłaszcza w sytuacji, kiedy stoi się na stanowisku klarownego rozdzielania tych dwóch elementów²¹⁸⁷. Co więcej, koncepcja ta apriorycznie opowiada się za wpisaniem przedmiotu ochrony do zespołu znamion, co nie jest bezproblematyczne i jak słusznie się wskazuje, brak jest jednolitości poglądów co do tego, czy koncepcja ta dokonuje klasyfikacji ogólnej znamienności przestępstwa w ogólności²¹⁸⁸ czy odnosi się do poszczególnego typu²¹⁸⁹.

Drugą niewątpliwie równie żywo dyskutowaną problematyką jest koncepcja tzw. pozaustawowych znamion przestępstwa²¹⁹⁰. Wskazuje się, że konstytucyjny wymóg *nullum crimen sine lege* nie należy rozumieć w ten sposób, jakoby ustawa karna zawierać musiała wszystkie znamiona przestępstwa, lecz jedynie jako zastrzeżenie wyłączności ustawy karnej²¹⁹¹. Obecnie pogląd taki jest zaakceptowany w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który stwierdza, że blankietowe odesłania w przepisach prawa karnego są dopuszczalne²¹⁹². Nie sposób oczekiwać, aby w zrozumiale i zwięźle ujętym Kodeksie karnym abstrahować od odesłań do regulacji wypełniających blankiet, nawet jeżeli konkretne wskazanie o jakie regulację chodzi może nastroczać poważnych trudności²¹⁹³. Poglądu tego nie można jednak rozpatrywać jako legitymizacji do wpisywania w treść ustawowej istoty czynu dodatkowych znamion, co stanowiłoby w istocie aprobatę założenia, że wszystkie typy przestępstwa mają charakter otwarty²¹⁹⁴.

²¹⁸⁶ R. Dębski, „*Typ czynu...*”, s. 417, por. także rozważania powyżej.

²¹⁸⁷ R. Dębski, „*Typ czynu...*”, s. 416–417.

²¹⁸⁸ Tak np. W. Wolter, „*Nauka...*”, s. 40.

²¹⁸⁹ Tak np. T. Bojarski, „*Polskie prawo karne. Zarys Części Ogólnej*”, Warszawa 2008, s. 112.

²¹⁹⁰ Pierwszym poważniejszym opracowaniem dotyczącym tej problematyki było studium L. Gardockiego, „*Pozaustawowe znamiona przestępstwa*”, SI 1988, nr XVI.

²¹⁹¹ Tak Ł. Pohl, „*Prawo karne. Wykład...*”, s. 34. Radykalniejszą odmianą tego poglądu jest twierdzenie, że wymóg ustawowej określoności nie odnosi się do normy sankcjonowanej, lecz tylko i sankcjonującej. W zależności od sposobu pojmowania normy sankcjonowanej można by przy takim rozumieniu uznać nawet za hipotetycznie zgodny z konstytucyjną zasadą określoności kodeks karny składający się z jednego zaledwie przepisu: „*Kto dopuszcza się zawnionego i bezprawnego czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości podlega karze od 1 miesiąca do dożywotniego pozbawienia wolności*”.

²¹⁹² Tak chociażby w omawianym już powyżej rozstrzygnięciu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28.07.2009 r., w sprawie o sygn. P 65/07.

²¹⁹³ Przykładem są tutaj regulacje prawa karnego skarbowego, które odwołują się m. in. do rozlicznych regulacji prawa celnego.

²¹⁹⁴ R. Dębski, „*Typ czynu...*”, s. 391–392, do przykładów takich niepisanych znamion decydujących o zespole „*cech typu bezprawia*” zalicza w szczególności „*określenie dobra chronionego prawem będącego przedmiotem zamachu*” oraz „*naruszenia przyjętych zasad ostrożności*”. Zob. rozważania poniżej.

Rozważyć należy więc, czy właściwym miejscem lokowania norm ostrożności nie jest zespół znamion czynu zabronionego, za którym to poglądem opowiadają się liczni współcześni karniści²¹⁹⁵. Dla uzasadnienia tego stanowiska powoływane są argumenty, które uporządkować można następująco:

- 1) Zachowania zgodne z normami ostrożności nie są objęte zakresem normy sankcjonowanej, gdyż nie może ona penalizować czynów społecznie akceptowanych (społecznie nieszkodliwych). Normy ostrożności precyzują zakres normy sankcjonowanej, niezależnie od tego, czy są wprost wysłowione w tekście ustawy, czy są „*znamieniem ukrytym*”²¹⁹⁶.
- 2) Normy ostrożności precyzują normę sankcjonowaną stanowiąc „*element dyrektywalny wykorzystywany w procesie egzekucji normy sankcjonowanej leżącej u podstaw określonego typu czynu zabronionego znamiennego skutkiem*”²¹⁹⁷. Odmianą tego poglądu jest twierdzenie, że normy ostrożności precyzują „*ogólnie wysłowione w przepisach prawa karnego zakazy/nakazy*”²¹⁹⁸.
- 3) Umieszczenie norm ostrożności na płaszczyźnie znamion czynu zabronionego wynika z faktu, że zachowania społecznie adekwatne nie naruszają w ogóle zakazu prawnokarnego. Prawo karne nie zakazuje bowiem powodowania w jakikolwiek sposób, także „*w drodze przypadku, w nieprzewidywalny sposób*”²¹⁹⁹ prawnokarnie relevantnych skutków, lecz tylko w drodze zachowań obiektywnie niebezpiecznych (nieostrożnych) i wynika to ze znaczenia czasowników opisujących sprawstwo w typie

²¹⁹⁵ Tak już chyba A. Bachrach, „*Ryzyko i nieostrożność w komunikacji drogowej a oceny prawnokarne*”, Wrocław–Warszawa–Kraków 1965, s. 77, R. Dębski, „*Pozaustawowe...*”, s. 210, P. Kardas, „*Dozwolone ryzyko – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności?*” PS 2009, z. 1, s. 21, K. Rozentel, op.cit., s. 64, R. Kubiak, „*Dopuszczalne ryzyko...*”, s. 62, J. Majewski, „*Prawnokarne...*”, s. 81, B. Michalski, „*Ustawowe regulacje klauzuli nieumyślności*”, PiP 1993, z. 9, s. 88, A. Mucha, „*Bezprawność...*”, s. 164–166, P. Wolnik, „*Nieświadomość...*”, s. 115, M. Rodzyńkiewicz, „*Modelowanie...*”, s. 56, W. Wróbel, „*Zagadnienie naruszenia reguł...*”, s. 179 (aczkolwiek autor ten w tym opracowaniu rozpatruje normy ostrożności także „*(...) na poziomie materialnie rozpatrywanej bezprawności*”, zob. s. 178), A. Zoll, „*Okoliczności...*”, s. 74; idem „*O normie prawnokarnej w perspektywie prawa karnego*” KSP 1990, s. 79–80 i wielokrotnie w kolejnych publikacjach. Zestawienie to uzmysławia, że takie postrzeganie norm ostrożności jest związane zasadniczo z tzw. krakowską szkołą prawa karnego.

²¹⁹⁶ Natomiast tylko w tym pierwszym wypadku wymagają dowodzenia w procesie sądowym, zob. A. Zoll, „*Okoliczności...*”, s. 96. Wg innych autorów (zob. B. Michalski, „*Ustawowe...*”, s. 87) funkcja „*dwukrotnego określenia nieumyślności*” wyraża się w tym, że przypadku nieświadomości norm ostrożności w wyniku ich nieznanomości powoduje to przesunięcie problematyki błędu co do prawa na płaszczyznę błędu co do faktu.

²¹⁹⁷ M. Dąbrowa–Kardas, „*Analiza dyrektywalna przepisów Części Ogólnej Kodeksu Karnego*”, Warszawa 2012, s. 211. Co ciekawe autorka ta, mimo przytaczanej krytyki Ł. Pohla nie powołuje szerszej argumentacji na uzasadnienie swojego stanowiska.

²¹⁹⁸ P. Kardas, „*Dozwolone...*”, s. 16.

²¹⁹⁹ R. Dębski, „*Pozaustawowe...*”, s. 284.

czynu zabronionego, takich jak „*sprowadzić*”²²⁰⁰, nakazując sędziemu ocenić wypełnienie tego znamienia²²⁰¹.

- 4) Wpisanie norm ostrożności w płaszczyznę znamion przestępstwa prowadzi do korzystnego dla oskarżonego rozkładu ciężaru dowodu w procesie sądowym, gdyż wtedy „*to oskarżonemu trzeba będzie udowodnić pogwałcenie tych reguł na zasadach ogólnych*”²²⁰².
- 5) W przypadku urojenia przestrzegania przez sprawcę norm ostrożności i popełnienia czynu z zamiarem ewentualnym możliwa jest odpowiedzialność za przestępstwo nieumyślne²²⁰³.
- 6) Wyłączenie bezprawności odnosi się do sytuacji wyjątkowych, a w większości przypadków taki czyn wiąże się z odpowiedzialnością karną, podczas gdy zgodne z normami ostrożności naruszenia pewnych dóbr prawnych są zdecydowanie dominujące w określonych sferach życia, np. w rywalizacji sportowej w „*grach kontaktowych*”²²⁰⁴.
- 7) Naruszenie norm ostrożności jest jednym z elementów normatywnych powiązania pomiędzy zachowaniem każdego podmiotu a skutkiem tego zachowania w ramach koncepcji tzw. obiektywnego przypisania skutku.

Już takie zestawienie argumentów unaocznia, że odnoszą się one w części do tych samych kwestii, które stanowiły oparcie dla rozważań zwolenników łączenia norm ostrożności z bezprawnością. Różnice dotyczą bądź to ich odwrócenia²²⁰⁵ bądź przyjęcia innych założeń teoretycznych.

Ustosunkować się wypada do każdego z nich, poczynając od stanowiska oznaczonego w punkcie 7. Argumentacja ta nawiązuje do niezwykle dyskusyjnej nauki o tzw. obiektywnym przypisaniu i zostanie omówiona *in extenso* poniżej w podrozdziale 8), poświęconym właśnie tej koncepcji.

Według argumentu na rzecz pierwotnej legalności czynów ostrożnych ujętego w punkcie 6 kontratyty winny dotyczyć sytuacji wyjątkowych w ujęciu ilościowym. Słabość tego argumentu dotyczy oparcia się na pewnej konwencji i dążeniu do uporządkowania pojęć

²²⁰⁰ Wiąże się to z założeniem, że wyrażenie przyczynowość w tekście prawnym należy rozumieć nie w sensie warunku ekwiwalencji, lecz jako znamię normatywne o swoistej treści (zob. w szczególności, R. Dębski, „*Pozastawowe...*”, s. 215) a u podstaw takiego rozumowania leży afirmacja tzw. koncepcji obiektywnego przypisania skutku.

²²⁰¹ R. Dębski, „*Pozastawowe...*”, s. 289.

²²⁰² K. Rozental, op.cit., s. 64.

²²⁰³ Co implicite jest traktowane jako rozwiązanie bardziej sprawiedliwe, zob. K. Rozental, op.cit., s. 64–65. Por. w tej sprawie również rozważania W. Woltera, „*Błąd co do kontratyty i co do bezprawności czynu*”, RPEiS 1976, z. 4, s. 108 i n.

²²⁰⁴ R. Kubiak, „*Legalność...*”, s. 24.

²²⁰⁵ Jak chociażby w przypadku punktu 4.

w oparciu o preferencje znaczeniowe podnoszących go autorów, co widać zupełnie wyraźnie, gdy zważy się, że doktryna w zupełnej większości przez wiele lat w Polsce przyjmowała wyłączenie odpowiedzialności karnej w zakresie działalności leczniczej czy gospodarczej poprzez wyłącznie bezprawności. Dążenie do tego, aby w przypadku stwierdzenia zgodności z typem w większości przypadków czyn był zarazem bezprawny opiera się na założeniu o wyjątkowości kontratypu, założeniu apriorycznym i dość arbitralnym. Jego relatywność uwidacznia skonfrontowanie go z innymi kontratypami: czy w przypadku stwierdzenia statystycznej dominacji niebezprawnego przekroczenia normy sankcjonowanej na skutek działania w granicach uprawnień i obowiązków służbowych miałoby to przesądzać, że są to czynności niewypełniające znamion czynu zabronionego?²²⁰⁶ Trudno jest uzależniać treść konstrukcji teoretycznoprawnych od istniejących prawidłowości statystycznych w społeczeństwie, gdyż prowadziłyby to podważenia nie tylko stabilności tej dziedziny nauki, ale i samej jej naukowości²²⁰⁷. Argument ten więc w najlepszym razie nie jest wystarczający, aby na tej płaszczyźnie inkardynować normy ostrożności.

Zgodnie z kolejnym argumentem postrzeganie normy ostrożności w zespole ustawowych znamion winno być uznane przez pryzmat sytuacji oskarżonego w procesie. Nietrudno zauważyć, że takie podejście jest do pewnego stopnia przeciwieństwem omówionego powyżej argumentu zwolenników wiązania z bezprawnością norm ostrożności²²⁰⁸. Kierując się interesem oskarżonego można by równie dobrze bronić teorii negatywnych znamion, która otwiera drogę do argumentacji przerzucającej ciężar dowodu braku kontratypu na oskarżyciela publicznego²²⁰⁹. Ocena metodologicznej jakości zabiegów konstruowania struktury wewnętrznej przestępstwa w zależności do pozycji procesowej podsądnego wypaść musi negatywnie, niezależnie od obiektywnej słuszności bądź też nie danej propozycji²²¹⁰.

²²⁰⁶ Podobnie jest w przypadku zgody, pod warunkiem przyjęcia określonego stanowiska w sprawie tzw. kontratypów pozaustawowych, a mianowicie takiego, które aprobuje ich przynajmniej częściową prawną–karną doniosłość.

²²⁰⁷ Czym innym jest natomiast uwzględnianie zmieniających się modeli zachowań, wobec których prawo karne swoją elastyczność może wyrazić na dwa sposoby: poprzez normy ostrożności i uwzględnienie ich dynamicznej treści, co należy do ich istotnych funkcji, oraz przez odpowiednie kształtowanie pola kryminalizacji, co wszak jest postulatem adresowanym do ustawodawcy.

²²⁰⁸ Zob. powyżej przypis nr 2056.

²²⁰⁹ Szczególne znaczenie ma to w świetle nowelizacji k.p.k. wchodzącej w życie z dniem 1 lipca 2015 r. (zob. Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 25 października 2013 r., zwana dalej „nowelizacją k.p.k.”), która przenosi poprzez inne ujęcie art. 167 ciężar dowodu z sądu na strony (Zgodnie bowiem z nowym brzemieniem tego przepisu, który wejdzie w życie 1 lipca 2015 r.: „§ 1. W postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, dowody przeprowadzane są przez strony po ich dopuszczeniu przez prezesa sądu, przewodniczącego lub sąd. W razie niestawiennictwa strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej. W wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu.” Zarazem uwidacznia relewantne dla praktyki aspekty omawianej w niniejszym rozdziale dyskusji, która nie jest tylko akademicka.

²²¹⁰ Innym, formalnym powodem odrzucenia takiej argumentacji może być wskazanie na zasadę prawdy materialnej

Stąd też argument ten rozważany musi być przez pryzmat ewentualnych wątpliwości co do rozkładu ciężaru dowodu oraz zasady domniemania niewinności. Zauważyć należy, że w obecnym stanie prawnym, wobec brzmienia art. 9 § 2 k.k., to na oskarżycielu publicznym zasadniczo spoczywać będzie ciężar udowodnienia naruszenia norm ostrożności²²¹¹, jedyne wątpliwości dotyczą działań umyślnych, co w praktyce dotyczy głównie czynów popełnionych z zamiarem ewentualnym, które w swoim ustawowym ujęciu nie posiadają w warstwie deskryptywnej znamienia naruszenia norm ostrożności. Trzeba spostrzec, że w tym kontekście nie istnieją wątpliwości *sensu stricto* co do rozkładu ciężaru dowodu, lecz co do pytania, czy naruszenie normy ostrożności jest znamieniem czynu, co wtórnie dopiero przekładać się ma na pytanie o ciężar dowodowy stron procesu karnego. Trudno to pytanie przesądzać również przez odwołanie się do procesowej zasady *in dubio pro reo*, skoro według dominującego – i jak należy dodać trafnego – stanowiska niedopuszczalne jest stosowanie tej zasady w zakresie wątpliwości o charakterze wykładni przepisów prawnych²²¹². Nawet gdyby przyjąć taką praktykę, to w tym miejscu skonstatować można, że nakładać może ona co najwyżej ciężar dowodzenia na oskarżyciela w procesie karnym, a w żaden sposób nie przesądza to merytorycznej istoty sporu dogmatycznego²²¹³. I ten więc wkład do polskiej karnistyki nie jest i nie może być decydujący dla rozstrzygnięcia przedmiotowego problemu.

Odnosząc się do argumentu określonego w punkcie nr 5, zauważyć należy, że kwestia rozpatrywania błędu co do norm ostrożności jest zagadnieniem wtórnym wobec rozpatrywania istoty norm ostrożności, chociaż można w tym kontekście podnosić pewne argumenty kryminalno–polityczne. Ich siła jest jednak wątpliwa: kwalifikowanie pewnych okoliczności jako związanych z winą bądź też bezprawnością lub stanowiących znamię czynu zabronionego nie może odbywać się w demokratycznym państwie prawnym przez pryzmat potrzeb pociągania sprawców do odpowiedzialności karnej. Odrębną kwestią jest tutaj to, czy uwagi te świadczą o błędnym uregulowaniu problematyki błędu przez ustawodawcę²²¹⁴.

w k.p.k., zob. cytowany już art. 2 § 2 k.p.k.

²²¹¹ Jeszcze bardziej czytelne będzie to w nowym stanie prawnym po wejściu w życie wzmiankowanej wielokrotnie nowelizacji k.p.k.

²²¹² Jako wyjątek należy traktować to orzecznictwo, które dopuszcza taką sytuację, zob. np. wyrok V KKN 251/01, OSN Prokur. i Pr. 2003, nr 11, poz. 5, gdzie SN zauważył, że naruszenie zasady *in dubio pro reo* jest możliwe tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy orzekający w sprawie sąd powziął wątpliwości co do treści ustaleń faktycznych lub wykładni prawa i wobec niemożności ich usunięcia rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego. Wątpliwość ta całkiem zdezaktywuje się z wraz z wejściem w życie nowelizacji k.p.k. z dniem 1 lipca 2015 r. wobec jednoznacznego przesądzenia tej kwestii w nowym brzmieniu art. 8 § 1 k.p.k.

²²¹³ Dla praktyki sądowniczej istotne są zresztą może bardziej rozstrzygnięcia SN w ramach kontroli nad jednolitością orzecznictwa sądów powszechnych. Jak wiadomo (a będzie to omówione jeszcze poniżej) w ostatnim czasie aprobują one dyskusyjną teorię tzw. obiektywnego przypisania skutku, która też ze swojej istoty nakłada obowiązki dowodowe na oskarżycieli.

²²¹⁴ Problematyka błędu co do norm ostrożności będzie szczegółowo rozważana poniżej.

Przykładem znakomitej, acz nietrafionej, prawniczej argumentacji jest próba wpisania warunku norm ostrożności w czasowniki wyrażające przychyłność na poziomie deskryptywnym przepisu kodującego normę sankcjonowaną. Pogląd taki, mimo pewnego powabu („prawo karne nie zakazuje wszelkiego powodowania skutku, tylko powodowanie nieostrożne”) razi swoją arbitralnością²²¹⁵. Supozycja o penalizacji czynów li tylko nieostrożnych jest *in abstracto* równie słuszna, co np. twierdzenie, że prawo karne zakazuje nie wszystkich czynów formalnie wypełniających znamiona czynu zabronionego, lecz tylko tych, które są zarazem niemoralne²²¹⁶. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby kierując się tą nieprzejrzystą supozycją nie postulować odczytania czasowników wyrażających przyczynowość tak, jako zawierających *implicite* warunek nieetyczności czy niemoralności²²¹⁷.

Autor niniejszej pracy stoi na stanowisku, że doniosłe znacznie dla dekodowania norm prawnych, w tym norm sankcjonowanych wyrażonych zrębowo w przepisach prawa karnego, ma przyjęcie określonej koncepcji wykładni. Stojąc zasadniczo na pozycji derywacyjnego jej ujęcia i w konsekwencji odróżnienia przepisów od norm, pamiętać trzeba o założeniu jej sensualistyczności. Klaryfikując w fazie percepcyjnej wykładni wyraz „powodować” czy inny mu podobny czasownik, będący zwrotem faktycznym wyrażającym przyczynowość w tekście prawnym, wobec braku jego definicji legalnej, odwołać się należy do ustalonego jego znaczenia w języku prawniczym²²¹⁸. Wymaga to sprawdzenia, czy w doktrynie co do tego znaczenia panuje pełna zgodność²²¹⁹, co w przedmiotowym przypadku nie ma miejsca²²²⁰. Wymaga to więc ustalenia znaczenia tego zwrotu w języku ogólnym, który prowadzi do konkluzji, że nie jest to zwrot wieloznaczny²²²¹. Analiza tych znaczeń prowadzi do wniosku, że w języku ogólnym wyraz ten w najszerszy sposób obejmuje powodowanie jako sprawstwo,

²²¹⁵ Przykładem takiej argumentacji może być opinia R. Dębskiego, „*Pozastawowe...*”, s. 214–215, który nawiązuje do opisanej poniżej teorii tzw. obiektywnego przypisania skutku.

²²¹⁶ Równie dobrze można by się posłużyć drastyczniejszym przykładem mówiąc o warunku penalizacji czynów, które zarazem naruszają ducha wspólnoty narodowej czy rasowej.

²²¹⁷ Również faktu tego nie przesądzają pogłębione analizy co do czasowników jako instrumentów służących do wyrażania przyczynowości na płaszczyźnie tekstu prawnego (zob. R. Sarkowicz, op.cit.) Nie wpisują one bowiem w owo wyrażanie przyczynowości takich warunków, które widzi tam współczesna doktryna prawa karnego. Co więcej, brak do tej pory bliźniaczego studium, które poświęcone byłoby zagadnieniu choćby wyrażania etyczności w tekście prawnym.

²²¹⁸ Zob. M. Zieliński, „*Wykładnia...*”, s. 335.

²²¹⁹ Ibidem.

²²²⁰ Spór co do odesłania do określonej teorii przyczynowości jest w prawie karnym daleki od zakończenia, zob. np. Ł. Pohl, „*Prawo karne. Wykład...*”, s. 139–141, por. również stanowisko A. Zolla i W. Wróbla, którzy w swoim opracowaniu podręcznikowym „*Polskie prawo...*”, s. 200 stwierdzają w kontekście omawiania różnych teorii przyczynowości, iż „*Ustalenie sprawstwa nie ogranicza się bowiem do płaszczyzny ontologicznej lub empirycznej, ale zawiera w sobie także element normatywny*”. (Ciekawe jest użycie tutaj pojęcia „*sprawstwo*”).

²²²¹ Co wymaga wykorzystania słowników języka polskiego: Według internetowego słownika języka polskiego PWN wyraz ten oznacza: „1. «być sprawcą, powodem czegoś» 2. «kierować kimś, wpływać na kogoś», (zob. <http://sjp.pwn.pl/szukaj/powodowac>), odczyt dnia 13.04.2014 r.

bez wskazywania, o jaki sposób powodowania czy sprawiania chodzi²²²². Przedstawiony tutaj schemat interpretacyjny ujawnia, że odczytywanie słowa „powoduje” w sensie „powoduje w sposób nieostrożny” jest na razie jedynie postulatem części doktryny, a nie koniecznością w procesie egzekucji. Przyłączenie się do tego poglądu nie jest o tyle konieczne, że uwzględniając obecny kształt k.k. prowadzi to w przypadku przestępstw nieumyślnych do stworzenia wyrażenia normo–kształtnego, które dwukrotnie zawiera warunek działania w sposób nieostrożny. Rodzi ono także szereg innych wątpliwości, które powodują, że postulat ten nie jest warty przyjęcia^{2223,2224}.

Z tych samych powodów na akceptację nie zasługuje pogląd przyznający normą ostrożności rolę modyfikatora treści normy sankcjonowanej. Poważne i w zasadzie rozstrzygające argumenty teoretycznoprawne przeciwko temu pogładowi zostały już w piśmiennictwie sformułowane przez Ł. Pohla²²²⁵. Stanowisko to poprzec wypada w całej pełni, jako, że rezultaty niezależnej analizy teoretyczno–prawnej statusu norm ostrożności w niniejszej pracy ujawniły, że nie posiadają one przymiotu norm prawnych. Jeszcze bardziej mylący jest pogląd o doprecyzowywaniu norm sankcjonowanych przez normy ostrożności²²²⁶, co sprawia wrażenie, jakoby chociażby sformułowanie „*kto zabija człowieka*” było określeniem nieprecyzyjnym²²²⁷ tak, iż wymaga uzupełnienia. Wydaje się, że takie ujęcie tego przepisu zawiera mało nieostrożności²²²⁸. Odwoływanie się do norm ostrożności nie wynika z językowych niedociągnięć przepisów prawa karnego, tylko z rozstrzygnięć innej natury, rozstrzygnięć, które wcale nie determinują, na jakiej podstawie dany podmiot nie poniesie odpowiedzialności karnej za działanie „*społecznie akceptowalne*”.

²²²² Na marginesie wskazywać to chyba może na pewną potrzebę wysubtelnienia reguł fazy percepcyjnej wykładni derywacyjnej, która zbyt wcześnie odwołuje się do ogólnych dyrektyw wykładni językowej w sytuacji braku jednoznaczności poglądów doktryny (co ma uwzględniać również stanowisko orzecznictwa), która to „pełna zgodność” jest osiągalna zupełnie wyjątkowo, co w przypadku jednoznaczności danego wyrażenia na gruncie języka ogólnego wyklucza skorzystanie z funkcjonalnych dyrektyw funkcjonalnych i uwzględnienia „*publikacji poszczególnych prawników zajmujących się tą problematyką w sposób uznany w środowisku*” (zob. M. Zieliński, „Wykładnia...”, s. 341).

²²²³ Zob. rozważania poniżej.

²²²⁴ Co ciekawe, również przy przyjęciu założeń Z. Tobora i tzw. intencjonalizmu umiarkowanego, trudno jest doszukać się tutaj jakieś dostatecznie czytelnie wyrażonej intencji prawodawcy, aby słowo „powodować” odczytywać w sposób „powodować w sposób nieostrożny”; trudno też przyjąć, że intencję taką wysnuć można z milczenia ustawodawcy, skoro w momencie tworzenia k.k. pogląd R. Dębskiego nie był na pewno ani dominujący w doktrynie, ani też zaakceptowany w orzecznictwie.

²²²⁵ Zob. rozważania powyżej.

²²²⁶ Autor tego sformułowania, P. Kardas, „Dozwolone...”, s. 16, pisze bowiem tak: „*reguły uprawiania poszczególnych dyscyplin (...) uzupełniają zatem (doprecyzowują) treść dekodowanych w rozdziale XIX zakazów/nakazów dotyczących skutków na zdrowiu lub życiu człowieka*”.

²²²⁷ Czym innym jest natomiast zinterpretowanie tego przepisu tak, aby odtworzyć z niego pełną normę postępowania, a następnie, już w fazie percepcyjnej ją właściwie pojąć, co wiąże się chociażby z kwestią rozumienia pojęcia człowieka na gruncie prawa karnego, (w tej sprawie zob. T. Sroka, op.cit., s. 49–50).

²²²⁸ Przypomnieć należy, że zgodnie z ujęciem M. Zielińskiego, „Wykładnia...”, s. 174 nieostrożnością nazwamy sytuację, gdy „*(...) mimo zapoznania się z cechami danych przedmiotów nie o każdym z nich potrafimy orzec czy jest on czy nie jest desygnatem określonej nazwy, zatem czy wchodzi w do jej aktualnego zakresu czy nie wchodzi*”.

Ostatni i najpoważniejszy chyba argument optujący za wprowadzeniem swobodnego „*znamienia ukrytego*”²²²⁹ do typu czynu zabronionego w postaci „*norm ostrożności*” odwołuje się do wartościowań o charakterze sprawiedliwościowym i kryminalno-politycznym. Zgodzić się trzeba ze stwierdzeniem, że prawo karne nie może karać co do zasady za zachowania, które w danym przypadku są optymalnym sposobem zachowania się z daną wartością społecznie chronioną. Stwierdzenie to nie ujawnia jednak nic na temat sytuowania warunku przekroczenia norm ostrożności. Aby właściwie zrozumieć ten pogląd, zaznaczyć należy, że powstał on na kanwie odrzucenia teorii negatywnych znamion przestępstwa i stąd też, usamodzielniając warunek bezprawnego czynu, niejako intuicyjnie przeniósł normy ostrożności na płaszczyznę normy sankcjonowanej, co wiąże się paradoksalnie z milczącą aprobatą części przynajmniej argumentów zgłaszanych wcześniej przez adherentów związku z wiązaniem norm ostrożności i bezprawności²²³⁰. Zabieg ten jest na pewno poprawniejszy niż synteza norm ostrożności z bezprawnością, wymaga jednak zweryfikowania co do swojej zasadności. Trudno apriorycznie stwierdzić, że działania społecznie akceptowalne nie wypełniają znamion czynu zabronionego, gdyż zawarte jest w nim „*znamie ukryte*” w postaci norm ostrożności. Takie spekulacje aktualizują pytanie o katalog innych znamion ukrytych w opisie typu czynu zabronionego i sposobów ich wykrywania²²³¹. Mimo pewnej rozbudowanej argumentacji aksjologicznej na rzecz takiego stanowiska, przełamuje ono wyraźne brzmienie przepisów części szczególnej k.k. w ich warstwie deskryptywnej, gdzie warunek przekroczenia norm ostrożności *explicite* wzmiankowany jest tylko w odniesieniu do niektórych typów czynów zabronionych²²³². Różnice tą próbuje się umniejszać²²³³ tłumacząc to, jak już było wyżej wskazane, względami natury procesowej. Szczegółowa analiza tego poglądu²²³⁴ uwidacznia, że ciężar dowodzenia

²²²⁹ W doktrynie mówi się w tym kontekście o mówią się także o tak zwanych „*znamionach domniemanych*” (zob. I. Andrejew, *„Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie”*, Warszawa 1988, s. 129), które wymagają wyraźnego udowodnienia w procesie karnym (zob. Idem, op.cit., s. 83). Co do omówienia tych koncepcji, zob. R. Dębski, *„Typ czynu...”*, s. 381.

²²³⁰ Co do dotyczy w szczególności stwierdzeń o dyrektywalnym, przedmiotowym (odnoszącym się do oceny zachowania sprawcy a nie sfery psychicznej) charakterze norm ostrożności.

²²³¹ Dlaczego nie miałyby się w typie czynu zabronionego znajdować „*znamie ukryte*” działania nieetycznego lub niemoralnego? Dlaczego stwierdzać przekroczenie normy sankcjonowanej w przypadku czynów moralnych? Można tutaj protestować, że istnieje rozbieżność między systemem prawnym i moralnym lub też, że katalog norm moralnych nie jest tak jednolity jak norm ostrożności. W obu przypadkach nie dotyczy to jednak pewnych norm moralnych o charakterze podstawowym. Ciekawe jest również, jak udało się dostrzec znamiona ukryte (sic!).

²²³² Pozostawiam tutaj poza nawiasem sformułowanie nieumyślności z art. 9 § 2 k.k.

²²³³ Warto w tym miejscu zacytować może A. Zolla, *„Okoliczności...”*, s. 96: „*Reguły te mogą być wyrażone wyraźnie w trzonie ustawowej określoności jako jej znamiona ustawowe albo mogą być elementami składowymi ustawowej określoności nie zawartymi w jej trzonie. Dla ich roli ograniczającej typ zachowania nie ma to żadnego znaczenia*”. Pod tym względem głos ten nie jest odosobniony, takie samo stanowisko zajął w rozmowie ze mną prof. J. Bung w październiku 2013 r.

²²³⁴ Oddając głos A. Zollowi, *„Okoliczności...”*, s. 96: „*Reguła wyrażona w trzonie ustawowej określoności wymaga zawsze dowodzenia wprost (a raczej naruszenie takiej reguły takiego dowodu wymaga). Gdy chodzi natomiast o reguły niezawarte w trzonie ustawowej określoności, to ich naruszenie musi być dowodzone w razie powstania wątpliwości i to w zasadzie przez wykazywanie, że odpowiednia reguła nie została naruszona* [podkreślenie – M. B.]”.

znamion ukrytych w procesie ma zasadniczo spoczywać ma obronie²²³⁵. Ukazuje to pewną charakterystyczną cechę rzeczonych „znamion ukrytych”, cechę, którą jak nietrudno zauważyć, dzielą one ze znamionami negatywnymi. Koncepcja „znamion ukrytych”, będąca produktem refleksji doktrynalnej²²³⁶, tworzy więc pewną możliwość uniknięcia odpowiedzialności karnej²²³⁷. Z powyższych jednak względów w tej postaci nie zasługuje ona na aprobatę.

a) Normy ostrożności a klasyfikacje przestępstw

Osobnym zagadnieniem dzielącym doktrynę jeszcze inaczej niż z perspektywy sytuowania norm ostrożności na określonej płaszczyźnie struktury przestępstwa jest pytanie o kategorie przestępstw, dla których ta figura jest relewantna. Spory te związane są pokłosem pojmowania naruszenia norm ostrożności jako elementu znamienia czynu zabronionego. Wprowadzić tutaj można pomocniczo pewną podstawową klasyfikację na poglądy które:

- 1) utrzymują doniosłość norm ostrożności dla wszystkich typów przestępstw²²³⁸,
- 2) ograniczają relewancję norm ostrożności do typów czynów nieumyślnych²²³⁹,
- 3) ograniczają relewancję norm ostrożności do typów czynów materialnych (skutkowych)²²⁴⁰.

Odnosząc się do literatury polskiej, zaryzykować można stwierdzenie, że ta podstawowa klasyfikacja jest wystarczająca. Nie sposób bowiem spotkać autorów, którzy optują wyłącznie za pojmowaniem norm ostrożności wyłącznie przez pryzmat nieumyślnych przestępstw skutkowych bądź w innych jeszcze krzyżujących się konfiguracjach.

Analizę prezentowanych w tym kontekście poglądów przeprowadzić wypadnie, jak już to było czynione powyżej, od końca. Jednym z podstawowych argumentów zgłaszanych w tym

²²³⁵ Szczególnie widoczne to będzie w perspektywie nowelizacji k.p.k.

²²³⁶ W tym kontekście A. Zoll wskazuje na doniosłość wpisania norm ostrożności w normę sankcjonowaną ze względu na „(...) szybki rozwój postępu technicznego i daleko posuniętą technizację życia codziennego”, zob. A. Zoll, loc. cit. Dalej autor nie podaje żadnych istotnych nowych argumentów na uzasadnienie swojego stanowiska poza odwołaniem się do literatury niemieckiej ze szkoły tzw. finalizmu i stwierdzeniem, że „zachowanie kontratypowe jest zawsze związane z pewną sytuacją wyjątkową”, zob. A. Zoll, „Okoliczności...”, s. 99. Być może istnieją dalsze, ukryte argumenty na rzecz przyjęcia takiego stanowiska, ale nie zostały one przez autora klarownie wyłuszczone.

²²³⁷ Co ciekawe, pogląd taki jest wysławiany w sytuacji, gdy ten sam wybitny polski karnista – A. Zoll – zdecydowanie sprzeciwia się konstruowaniu kontratypów pozaustawowych ze względu na możliwość naruszenia konstytucyjnej zasady podziału władz i zasady legalizmu. A przecież zarzut ten można by odnieść także do koncepcji tzw. znamion ukrytych (sic!) – można by, gdyby zarzut ten był uzasadniony, w nauce jednak wskazano na jego słabości (zob. Ł. Pohl, „Prawo karne. Wykład...”, s. 257). Można rozbudować je w ten sposób, że nieprawidłowo wskazują one jego adresata, gdyż tworzenie kontratypów pozaustawowych jest domeną refleksji naukowej, a sądy nie kreują *sensu stricto* nowych kontratypów, co ukazują przykłady omawiane przez J. Warylewskiego, „Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratypy pozaustawowe” w: „Okoliczności wyłączające Bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium karnistycznego” red. J. Majewski, Toruń 2008, s. 34–38.

²²³⁸ Tak chociażby Ł. Pohl, „Niezachowanie...”, s. 83–84.

²²³⁹ Tak chociażby zwolennicy przypisywania nienaruszenia norm ostrożności funkcji kontratypu, zob. np. K. Buchała, „Bezprawność...”, s. 284.

²²⁴⁰ Tak chociażby W. Wróbel, „Zagadnienie...”, s. 176.

kontekście jest to, że takie normy w przypadku przestępstw formalnych po prostu nie występują. Egzemplifikacją takiego spojrzenia jest wypowiedź W. Wróbla na kanwie art. 186 § 3 k.k.: „*Na czym ma polegać ostrożność w oddawaniu obiektu budowlanego do użytkowania?*” i dalej: „*czy możliwe jest oddanie obiektu budowlanego bez wymaganych urządzeń zabezpieczających środowisko, które to jednak nie jest zachowaniem bezprawnym z uwagi na to, że sprawca postąpił zgodnie z normami ostrożności? Na czym te reguły miałyby wówczas polegać?*”²²⁴¹. Otóż pogląd ten jest ciekawy także z tego względu, iż na gruncie obowiązującego stanu prawnego problematyczne musiałoby być przypisanie sprawcy nieumyślności. Nie jest to jednak pogląd przekonywający. Wydaje się – aczkolwiek jest to pewna spekulacja – że wynika ona z niezrozumienia zwrotu „*niemających wymaganych prawem urządzeń*”, który to zwrot występuje w art. 186 § 3 k.k. i to pozbawiając go deskryptywności tego przepisu. Zwrot ten interpretować należy jako nie tylko fizyczny brak np. piorunochronu²²⁴², ale brak posiadania sprawnych urządzeń²²⁴³. Określony w tym przepisie typ czynu zabronionego penalizuje więc takie zachowanie oddającego obiekt budowlany, który chociażby ogranicza się do sprawdzenia, czy urządzenia takie zostały poprawnie zainstalowane, bez ostrożnej i fachowej weryfikacji, czy funkcjonują one właściwie. Inna wykładnia tego zwrotu nie miałaby sensu, gdyż wystarczyłoby zainstalować jakiekolwiek, nawet zepsute czy uszkodzone urządzenia, aby uniknąć odpowiedzialności karnej za to przestępstwo. Również dalsze argumenty tego samego autora trafiają w próżnię, co uwidacznia twierdzenie o typach formalnych: „*Sam bowiem czyn uznaje ustawodawca za niepożądany bez względu na to w jakich warunkach zostanie on przedsięwzięty*”²²⁴⁴. Otóż pozwolę sobie wyrazić stanowisko przeciwne. Żeby to ukazać wystarczy spojrzeć na analogiczny przykład, którym posługuje się autor z Krakowa, jakim jest przestępstwo z art. 183 § 6 k.k., gdzie kwestionuje on możliwość legalizowania czynów sprzecznych z ustawą w zakresie składowania odpadów²²⁴⁵. Otóż nie trudno wyobrazić sobie ekspertyzę naukową, która stwierdza, że wskazane jest w danym przypadku postąpienie z odpadami w inny sposób niż nakazuje to ustawa²²⁴⁶. W przypadku zweryfikowania słuszności takiej ekspertyzy przez biegłego sądowego w toku ewentualnego procesu trudno twierdzić, że sprawca działał nieostrożnie. Inaczej musielibyśmy wymagać

²²⁴¹ W. Wróbel, „Zagadnienie...”, s. 176.

²²⁴² W. Wróbel, „Zagadnienie...”, s. 177.

²²⁴³ A więc np. piorunochron, który nie spełnia wymogów w zakresie ciągłości galwanicznej czy nie posiada technicznych ograniczników przepięć.

²²⁴⁴ W. Wróbel, „Zagadnienie...”, s. 177.

²²⁴⁵ Przykład ten zresztą jest kontrowersyjny, skoro większość doktryny opowiada się za materialnym charakterem tego przestępstwa, zob. np. M. Kulik, „Komentarz do art. 183 k.k.” w: „Kodeks karny. Komentarz” M. Mozgawa (red.), nb. 9, LEX 2013.

²²⁴⁶ A więc chociażby, gdy okaże się, że nowa technologia umożliwia unieszkodliwianie poprzez składowanie odpadów stałych w postaci nierozłożonej rudy (zob. §2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 21 października 2002 r. w sprawie odpadów pochodzących z procesów wytwarzania dwutlenku tytanu oraz z przetwarzania tych odpadów, które nie mogą być unieszkodliwiane przez ich składowanie, Dz.U.2002.180.1513) z minimalnym jedynie zagrożeniem dla istotnego obniżenia jakości powierzchni ziemi.

przestrzegania regulacji normatywnych o charakterze reglamentacyjno-administracyjnym, mimo, że aktualna wiedza dyktuje już inne rozwiązania²²⁴⁷. W istocie więc jest tak, że jeżeli czyn jest społecznie wartościowany dodatnio – przez to, że ustalono jego zgodność z normami ostrożności, to nie tylko formalny warunek niezachowania ostrożności z art. 9 § 2 k.k., ale także dorobek części polskiej doktryny ostatniego półwiecza ukazuje, że trudno tutaj mówić o odpowiedzialności karnej²²⁴⁸. Wywód ten jest skądinąd jeszcze jednym, niebagatelnym argumentem przeciwko utożsamianiu norm ostrożności z regulacjami prawnymi szczegółowych gałęzi prawa i nadawaniu znaczenia tak zrekonstruowanym normom ostrożności na płaszczyźnie ustawowych znamion.

Odnieść się należy do stanowiska, zgodnie z którym naruszenie norm ostrożności jest istotne tylko w przypadku przestępstw nieumyślnych. Wśród autorów prezentujących go ze szczególną jasnością wyróżnić należy zwolenników finalizmu oraz tych karnistów, którzy wiążą normy ostrożności z problematyką bezprawności²²⁴⁹. Ze względu na heterogeniczny skład grupy zwolenników tego poglądu, również podnoszone argumenty są różnorakie, niemniej miarodajną egzemplifikacją tego ostatniego poglądu jest stwierdzenie K. Buchały: „(...) sprawca musi się kierować intencją osiągnięcia celu społecznie pozytywnego, co automatycznie ogranicza zakres zastosowania tego kontratypu tylko do nieumyślnych typów przestępstw”²²⁵⁰. Odrzucając założenie o relewancji norm ostrożności dla okoliczności kontratypowych, pogląd taki upada. Inaczej do zagadnienia podchodzili finaliści, którzy, jak powszechnie wiadomo, traktowali bezprawność czynu nieumyślnego jako związek „z pewnym brakiem w celowym kierownictwie czynem”²²⁵¹, który to brak był podstawą negatywnego wartościowania takiego czynu, rzutując, jako „logicznie i merytorycznie konieczne dopełnienie ustawowej istoty czynu” na jego społeczną szkodliwość, a więc bezprawność. Zarazem, figura ta nie ma być konieczna dla uzasadniania bezprawia czynów umyślnych²²⁵². Ze stwierdzeniem tym, mimo braku akceptacji założeń finalizmu, można by się paradoksalnie nawet zgodzić²²⁵³. Rzecz w tym, że uzasadnienie bezprawia przestępstw umyślnych nie wymaga eksponowania norm ostrożności, przełamanie których ma drugoplanowe znaczenie dla

²²⁴⁷ W obu przypadkach zakładam, że sposoby składowania odpadów stwarzają zagrożenie istotnego obniżenia jakości.

²²⁴⁸ Inne, posilkowo powoływane argumenty przez W. Wróbla, „Zagadnienie...”, loc.cit., w szczególności to, że „zasady ostrożności ustalane są jedynie w konfrontacji z prawdopodobieństwem określonego zdarzenia”, nie kwestionują takiego rozstrzygnięcia. Zdarzeniem może być przecież samo wykonanie czynu nieostrożnego. Zresztą wiele innych wątpliwości przemawia przeciwko temu, iżby normy ostrożności tyczyły się tylko tej kategorii przestępstw, a jest nim chociażby spostrzegana przez samego W. Wróbla nieostrość tego podziału, czy też to, że nieostrość cechuje ludzki czyn, a nie jest właściwością skutku.

²²⁴⁹ Tak chociażby już W. Mąciór, „Problem...”, s. 29.

²²⁵⁰ K. Buchała, „Bezprawność...”, s. 248. Ten sam autor, op.cit., s. 254 rozwija swoją myśl przez pryzmat norm ostrożności jako składnika okoliczności kontratypowej pisząc: „(...) tam, gdzie sprawca chce skutku przestępnego lub godzi się na jego nastąpienie (...) dozwolone ryzyko jest teoretycznie niemożliwe”.

²²⁵¹ Warto zauważyć, że do poglądów tych w ostatnim czasie odniósł się także A. Fronczak, „Powinność w strukturze przestępstwa nieumyślnego” RPEiS 2013 z. 3 s. 105.

²²⁵² W. Mąciór, „Problem...”, s. 32–33.

²²⁵³ Można by – gdyby inaczej ukształtować katalog czynów społecznej szkodliwych w art. 115 § 2 k.k. rugując z niego odwołanie do norm ostrożności.

ujęcia tej kategorii typów. Konstatacja taka nie przesądza jednak nieistnienia warunku naruszenia norm ostrożności, który w pewnych przypadkach, a zwłaszcza działania z zamiarem ewentualnym może mieć szczególne znaczenie dla wyłączenia odpowiedzialności karnej²²⁵⁴. Jeszcze inna możliwość wiąże się z oparciem się wpisaniu warunku naruszenia norm ostrożności wyłącznie na art. 9 § 2 k.k. Pogląd taki został w doktrynie słusznie skrytykowany jako opierający się na deskryptywnym odczytywaniu na art. 9 § 1 k.k., podczas gdy dyrektywy wnioskowania inferencyjnego w postaci „*argumentacji a minorii ad maius*”, przy ich poprawnym zastosowaniu stwierdzają „*że niezachowanie wymaganej ostrożności jest warunkiem koniecznym także dla stwierdzenia, iż czyn zabroniony popełniony został umyślnie*”²²⁵⁵. Z tym poglądem wypada się zgodzić w pełni.

Powyższe rozważania niechybnie prowadzą do konstatacji, że warunek naruszenia norm ostrożności jest relewantny dla wszystkich typów przestępstw. Nie rozwiązuje to jeszcze kwestii ich ostatecznego ulokowania w strukturze przestępstwa, co dopinguje do przeprowadzenia dalszych dociekań.

5) Czyn jako odrębny element struktury przestępstwa a normy ostrożności

To, które zachowania dla potrzeb odpowiedzialności karnej określa się mianem czynu jest w nauce prawa karnego niezwykle sporne. Taki stan rzeczy ma szereg powodów, z których jednym z najważniejszych jest brak jednolitej koncepcji czynu²²⁵⁶. Na obecnym etapie rozwoju karnistyki dominującym poglądem jest pojmowanie czynu jako rezultatu zabiegu modelowania²²⁵⁷, a nie przyjęcia określonej ontologicznej istoty czynu w wyniku dociekań filozoficznych czy też pojęcia, które miałyby być wspólne dla pewnych przynajmniej gałęzi nauki. Oddając głos jednemu ze zwolenników tego podejścia, Ł. Pohlwi: „(...) *tylko takie zachowanie się, które jest czynem w prawie karnym (które spełnia warunki pozwalające uznać je za czyn w tym prawie), może być*

²²⁵⁴ Jeżeli sprawca (np. cierpiący na zaburzenia psychiczne w postaci nekrofilii) umyślnie znieważa zwłoki ludzkie (zob. art. 261 § k.k., zgodnie z którym: „*Kto znieważa pomnik lub inne miejsce publiczne urządzone w celu upamiętnienia zdarzenia historycznego lub uczczenia osoby*”), to stwierdziwszy ten fakt, orzec można, że naruszył on normy ostrożnego obchodzenia się ze zwłokami ludzkimi. Inaczej będzie w sytuacji, gdy sprawca dokonuje w sposób przepisany wykopów głębokościowych na terenie cmentarza, mając świadomość, że realizacja ich zgodnie z planem robót może uszkodzić szczątki ludzkie, i przewidując taką możliwość, godzi się na nią, gdyż na cmentarzach zwykło się kopać w taki właśnie jak mu wytyczono sposób. Przypomnieć należy w tym miejscu, że już w rozdziale II zauważono, że normy ostrożności występują także w przypadku czynów z zamiarem kierunkowym.

²²⁵⁵ Zob. Ł. Pohl, „*Niezachowanie ...*”, s.79.

²²⁵⁶ Aktualny przegląd koncepcji dotyczących teorii czynu sformułowanych na gruncie prawa karnego w ostatnich latach pochodzi od Ł. Pohla, zob. idem, „Czyn” w: „*System Prawa Karnego. Tom III. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*”, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 202–240.

²²⁵⁷ Podejście takie ilustruje wypowiedź M. Rodzyńkiewicza, „*Modelowanie...*”, s. 32: „*Aby orzec, czy dane konkretne zachowanie stanowiło czyn, odwołujemy się do uprzednio wytworzonego modelu (...) który (...) tworzy pewien wzór. Treść tego wzoru nie jest stała, lecz stanowi funkcję poglądów na temat tego, co może być przedmiotem prawnokarnego wartościowania*”.

bowiem normowane ową normą (...)»²²⁵⁸. Modelownie takie nie może jednak opierać się na kryteriach czysto postulatycznych²²⁵⁹. Przyjmując takie generalne założenie za słuszne, nie sposób nie zapytać o katalog przesłanek pozwalających uznać dane zachowanie za czyn. Nie sposób również nie wyrazić w tym miejscu poglądu, że ustawodawca nie ma nieograniczonej swobody w odwoływaniu się do aspektów socjotechnicznych przy kształtowaniu pojęcia czynu, gdyż pewne jego warunki wynikają chyba już z prawa naturalnego. W tym miejscu wyrazić można przypuszczenie, że jednym z takich warunków jest przesłanka, aby czyn był zachowaniem uzewnętrznionym. Mieć można uzasadnione wątpliwości, czy zgodne z prawem naturalnym jest karanie za czyny nieposiadające tej cechy, co w szczególności właściwe jest systemom totalitarnym, dążącym do wszechwładnej kontroli na człowiekiem²²⁶⁰. Inaczej otwierałoby się furtkę dla takich systemów władzy do wprowadzenia kary za stany umysłu²²⁶¹. Zresztą zagadnienie to ma swój filozoficzny wymiar, wymaga bowiem zajęcia stanowiska w sporze dotyczącym wolności ludzkich myśli – przyjmując ich zależność od ludzkiej woli argumentować można, że również one należą do kategorii ludzkich zachowań²²⁶². Zdaje się więc, że granica ścisłego rozbicia dwóch składników – zachowania i oceny takiego zachowania – przez pryzmat określonych kryteriów celem nadania mu statusu *czynu* na gruncie prawa karnego, przy bliższej analizie okazuje się chyba dość problematyczna. Zresztą na problematykę tą spojrzeć można również przez pryzmat odpowiedzialności „karnej” podmiotów niebędących osobą ludzką, a więc w szczególności historycznie znanej już odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych²²⁶³. Sądzę, że dla utrzymania związku prawa karnego z pewnymi kategoriami społecznymi istnieje potrzeba zredukowania elementów wartościujących w pojęciu zachowania, które rozumieć chyba

²²⁵⁸ Ł. Pohl, „Czyn” w: „System Prawa Karnego. T. III. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności”, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 206–207. Ten sam autor określa warunki decydujące o tym, że pewne zachowanie jest czynem „(...) wstępnymi warunkami normowania zachowania ludzkiego.”

²²⁵⁹ Zob. Ł. Pohl, „Czyn”, s. 216–221.

²²⁶⁰ O czym w pamiętny dla nas wszystkich sposób, odwołując się do opisaną przez Gobineau sztuki Ketmanu pisał C. Miłosz w powieści „Zniewolony umysł”, Paryż 1953.

²²⁶¹ Historyczne znane są przykłady opierania karania zachowań przede wszystkim na złej woli czy myślach – co dotyczy określonych typów przestępstw, a w szczególności przestępstw przeciwko majestatowi (*criminis lese maiestati*). Obecnie przyjmuje się natomiast, że zasadniczo w średniowiecznym prawie kanonicznym nie podlegało karze nieuzewnętrznione przestępstwo herezji (co do tego zagadnienia zob. H. Glockner, „*Cogitationis poenam nemo patitur*”, Frankfurt am Main 1989, s. 210). Aczkolwiek podkreślić należy, że poglądy w tej materii nie jawią się jako w pełni spójne i nie brakuje przypadków głoszących za karalnością samych myśli, zob. idem, op.cit., s. 57, gdzie omawia on postanowienia glosy ACTU C.1.12.6 M. (co do źródła glosy idem op.cit., s. 308) tak: „*Der bloße Gedanke solle – freilich unter den besonderen Umständen – bestraft werden (qui hoc moliri auf facere aut nuda saltim cogitatione atque tractatu ausi fuerint temptare)*”. Z pewnością bardziej współczesnych przykładów takiej penalizacji można by się doszukać w systemach totalitarnych XX wieku, a zagadnienie to w dobie rozwoju nowoczesnych technologii jest być może bardziej aktualne niż kiedykolwiek wcześniej.

²²⁶² Co do tej kwestii i charakterystyki myślenia zob. W. Patryas, „Uznawanie...”, s. 7–31. W szczególności przyjęcie, że złe myśli mogą być źródłem niezgodności z afirmowanym przez jednostkę systemem etycznym czy religijnym (czyli np. źródłem grzechu), aktualizuje pytanie, czy konstrukcyjnym elementem zachowania jest fakt jego uzewnętrznienia. Konsekwentniej byłoby ten warunek przesunąć do składnika czynu z zaznaczeniem, że jest to jego niepodlegająca socjotechnicznej modyfikacji część składowa.

²²⁶³ W historycznym ujęciu o odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych zob. w szczególności J. Makarewicz, „Prawo karne. Wykład porównawczy...”, s. 109–110.

należy w sposób taki, jak w języku ogólnym, tj. czysto deskryptywnie²²⁶⁴. Pod tym względem wydaje się, że czyn nie zawsze w pełni klarownie przeciwstawiany jest zachowaniu: skoro zachowanie jest obiektem ludzkiego wartościowania, to trudno stawiać wobec niego określone warunki, raczej określać należy jego istotę, pamiętając, że zachowanie *sensu largo* jest obiektem wartościowania²²⁶⁵.

Kryteria uznawania pewnych zachowań za czyny są różne w zależności od tego, jaką teorię preferujemy: dla kauzalnego ujęcia czynu będzie to przede wszystkim ujęcie czynu jako sprawczego działania ludzkiej woli²²⁶⁶, dla finalistów zachowanie celowe będące produktem ludzkiej woli ukształtowanej w warunkach świadomości²²⁶⁷, inni mówią w tym kontekście o zachowaniach społecznie ważnych²²⁶⁸, czy realizujących zamierzony przez podmiot skutek²²⁶⁹. W nauce zdecydowanie większy konsensus panuje co do czynników określających od strony negatywnej, jakie okoliczności czynem być nie mogą²²⁷⁰, które w pewien sposób zdradzają także pewne intuicję co do pojmowania samego czynu²²⁷¹.

W tym też kontekście zadać należy fundamentalne pytanie, czy w modelowane na potrzeby prawa karnego pojęcie czynu wpisać warunek przekroczenia normy ostrożności. Możliwość takiego ujęcia nie wyklucza przecież faktu, że nie jest to opcja rozważana w większości aktualnej doktryny prawa karnego – co wynika przede wszystkim z faktu, że polska karnistyka w zdecydowanej większości stoi na stanowisku, że przynajmniej część norm ostrożności jest

²²⁶⁴ Teoretycznie podmiotem zachowania może być więc nawet zwierzę. Nie może ono jednak, w świetle obecnych konstytucyjnych podstaw odpowiedzialności karnej, dopuścić się prawnokarnie relewantnego czynu.

²²⁶⁵ Ł. Pohl, „Czyn”, s. 209 ma więc w istocie rację, kiedy relacjonując poglądy współczesnych prawników stwierdza, że jedynym warunkiem jakie stawia się zachowaniu jest to, żeby nie było ono „nieuzywane”, zarazem trzeba to użyte przez autora słowo – „warunek” odczytywać w przynależnym mu sensie, nie jako kryterium oceny, ale kryterium klasyfikacji.

²²⁶⁶ Zob. Ł. Pohl, „Czyn”, s. 222. Autor ten zarazem stoi na stanowisku, że warunek dowolności nie jest dla pojęcia czynu konstytutywny, zauważając, że może on zostać zastąpiony przesłanką naruszenia norm ostrożności w danych warunkach. Jak się wydaje, sensem takiego stanowiska jest stwierdzenie, że kauzalna teoria czynu nie jest „filtrem” dostatecznie sprawnym z perspektywy obecnego stanu dogmatyki prawa karnego.

²²⁶⁷ Ł. Pohl, „Czyn”, s. 225.

²²⁶⁸ Ł. Pohl, „Czyn”, s. 231.

²²⁶⁹ Koncepcję tę rozwija w szczególności W. Patryas. W jej ramach szczególnie problematyczne jest określenie wytworu działania danego podmiotu: o ile bowiem zgodzić się można, że skok jest wytworem skakania, to większy problem jest z błędem jako wytworem błędzenia, czy czynem jako wytworem czynienia (czynności?), chociaż i to daje się chyba obronić. W istocie dla oceny tej koncepcji kluczowe będzie określenie rozumienia pojęcia stanu rzeczy, który dany podmiot wytwarza. W zależności od ujęcia stanu rzeczy, może ona nadawać predykat „bycia czynem” takim zjawiskom, które są lub nie w społecznym odbiorze czynami.

²²⁷⁰ Ich przykładowy katalog podaje Ł. Pohl, „Prawo karne. Wykład ...”, s. 113–114, wymieniając: przymus bezwzględny, odruch bezwarunkowy, stan wyłączonej świadomości, stan wyłączający fizjologiczną możliwość działania, oraz inne okoliczności wyłączające obiektywną możliwość wykonania działania jak np. brak odpowiedniego narzędzia.

²²⁷¹ Aczkolwiek dalsze rozbieżności pojawiają się w sytuacji, gdy analizuje się szczegółowe warunki stawiane w doktrynie odnośnie tej przesłanki, jakimi są przykładowo stan świadomości podmiotu, co do którego pojmowania sformułowane zostały daleko idące wątpliwości. Również problematyczny jest charakter powszechności tych czynników wobec brzmienia art. 31 § 3 k.k., zgodnie z którym: „Przepisów § 1 i 2 nie stosuje się, gdy sprawca wprowadził się w stan nietrzeźwości lub odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności, które przewidywał albo mógł przewidzieć”. Nie trudno tutaj dostrzec, że przyjmuje się w tym zakresie odpowiedzialność karną mimo braku świadomości działającego podmiotu.

odtworzana z przepisów prawa pozytywnego, a funkcja tych norm pojmowana jest jako uadekwatnienie normy sankcjonowanej²²⁷².

Niemniej jednak odpowiedź na to pytanie może być autonomiczna wobec przyjęcia, że normy ostrożności nie posiadają waloru norm prawnych, lecz stanowią jedynie pewną słabszą dyrektywę działania uzasadnioną aksjologicznie. Ujmując jednak nieostrożność zachowania się sprawcy zasadniczo relacyjnie, jako niezgodność z taką wytyczną ostrożności, można próbować tą cechą wpisać w pojęcie czynu²²⁷³. We wspomnianym kontekście pokusić się by można wręcz o sformułowanie samodzielnej koncepcji czynu jako czynu nieostrożnego. Różniłaby się od formułowanych do tej pory na gruncie karnistyki ujęć czynu i w szczególności ujęcia socjologicznego tym, że warunek społecznej doniosłości byłby konkretyzowany za pomocą dostatecznie precyzyjnego kryterium przekroczenia normy ostrożności.

Przeciwko temu przemawia jednak kilka niebagatelnych wątpliwości: po pierwsze, nie każdy czyn nieostrożny jest społecznie doniosły i odwrotnie: nieliczne czyny społecznie doniosłe są nieostrożne, co powoduje, że taki zabieg zbliżałby się do czysto postulatycznego kreowania pojęcia czynu, z całkowitym pominięciem elementów rekonstrukcyjnych²²⁷⁴. Nadto, nieostrożność nie ma wiele wspólnego z warunkami kwalifikowalności zachowań, warunkami, które z pominięciem wyjątkowo rozmytego ujęcia socjologicznego czynu odnoszą się do sfery przeżyć wolicjonalnych podmiotu i kontekstu sytuacyjnego jego działania, określając zasadniczo sytuację, które w sposób zgodny z ocenami sprawiedliwościowymi podmiotowi za jego czyn uznane być nie mogą²²⁷⁵. Można nawet zaryzykować tezę, że przeciwnie niż to suponuje M. Rodzyńkiewicz, nie są one wytworem nieskrępowanych kalkulacji socjotechnicznych czy kryminalno-politycznych, lecz pewnym echem prawa natury, co odnosi się w szczególności np. do przymusu działania czy czynu niewykonalnego²²⁷⁶. Do warunków tych w czytelny sposób nie przystaje nieostrożność. Jest ona elementem nieposiadającym tak absolutnego znaczenia dla wyłączania odpowiedzialności karnej²²⁷⁷. Z tych więc względów byłby to więc zabieg jałowy²²⁷⁸.

Opierając się więc na przeważającym we współczesnej nauce pojmowaniu czynu jako

²²⁷² Było to już wielokrotnie podkreślane w rozważaniach powyżej.

²²⁷³ Szczególnie podatne na takie zabiegi uzupełnienia jest socjologiczna koncepcja czynu, a to przez niewskazanie precyzyjnych kryteriów określania owej społecznej doniosłości.

²²⁷⁴ Co do bezzasadności takiego podejścia zob. Ł. Pohl, „Czyn”, s. 210.

²²⁷⁵ Chociaż nie można wykluczyć, używając sławnego przykładu Z. Ziemińskiego, że złośliwy tyran wymierzał będzie kary za zachowania niewykonalne.

²²⁷⁶ Trudno w tym kontekście nie pamiętać o prawnó-naturalnych konotacjach zasady wyrażanej przez paremię „*impossibilium nulla obligatio est*”.

²²⁷⁷ Wyraźnie jawi się po uzmysłowieniu sobie, że do pomyślenia jest odpowiedzialność karna za zachowania ostrożne, chociażby w postaci czynów zabronionych polegających na przekroczeniu prędkości o określonej wartości w sytuacji, gdy nie prowadzi to wzrostu niebezpieczeństwa dla innych uczestników drogowych.

²²⁷⁸ Konkluzja taka unaocznia zarazem nieprecyzyjność socjologicznego pojmowania czynu na gruncie prawa karnego.

pojęcia prawnego z pewnymi elementami ontologicznymi²²⁷⁹, pojęcia które w ostatnich wypowiedziach nauki w tym zakresie odróżniane jest od zaniechania²²⁸⁰, nie sposób racjonalnie twierdzić, że jednym z kryteriów określenia danego zachowania jako czynu jest fakt naruszenia przez niego normy ostrożności²²⁸¹.

6) Zachowanie się człowieka jako odrębny element struktury przestępstwa a normy ostrożności

Zachowanie się człowieka jako przedmiot prawnokarnego wartościowania wolne jest zasadniczo od jakichkolwiek warunków ograniczających²²⁸², stąd też wpisywanie tutaj warunku przekroczenia norm ostrożności nie jest w ogóle możliwe.

7) Normy ostrożności jako element relewantny dla różnych struktur przestępstwa

Wypadnie w tym miejscu ustosunkować się do stanowiska, które wartościuje normy ostrożności na kilku płaszczyznach struktury przestępstwa jednocześnie. Wyrazem takiego stanowiska w nauce polskiej jest pogląd G. Rejman, która pisze: „*należy stwierdzić, że bezprawność [chodzi tutaj o „nieostrożność”, co wynika z całokształtu i kontekstu wypowiedzi, jest to więc oczywista omyłka pisarska – przypis MB] spełnia funkcję związane zarówno z bezprawnością czynu, ustawowymi znamionami przestępstwa nieumyślnego jak i winą*”²²⁸³. Odczytując prawidłowo to stanowisko zauważyć należy, że autorka nie opowiada się w istocie za wyłączeniem odpowiedzialności przez wyłączenia różnych struktur przestępstwa, lecz uznaje za możliwe znaczenie przekroczenia norm ostrożności dla wielu piętér przestępstwa, co przynajmniej wobec obecnego brzemienia art. 115 § 2 k.k. jest patrzeniem tyle słusznym, co mającym zupełnie inny sens. Odnosi się ono do zagadnienia roli naruszenia norm ostrożności dla treści przestępstwa,

²²⁷⁹ Za takim ujęciem opowiada się w polskiej karnistyce zwłaszcza T. Kaczmarek, „*Metodologiczne aspekty sporów wokół pojęcia czynu w polskim prawie karnym*”, w: T. Kaczmarek, „*Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okazji 40-lecia twórczości naukowej*” Warszawa 2006, s. 43 oraz Ł. Pohl, „Czyn”, s. 218. Przeciwno takiemu ujęciu a za czysto postulatycznym ujęciem czynu we współczesnej karnistyce opowiedział się m.in. M. Bielski, „*Obiektywna...*”, s. 96 oraz J. Majewski, „*Prawnokarne...*”, s. 30, natomiast ujęcie czysto ontologiczne zdaje się we współczesnej literaturze podtrzymywać jedynie P. Konieczniak, „*Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*”, Kraków 2002, s. 95 i n. Za takim ujęciem przemawia to, że z jednej strony w demokratycznym państwie prawnym z pojęcia czynu nie można wyrugować pewnych determinujących je kryteriów, a z drugiej czysto rekonstrukcjonistyczne ujęcie, a zwłaszcza ujęcie ontologiczne, daje zbyt szeroki jak na potrzeby prawa karnego byt.

²²⁸⁰ Ł. Pohl, „Czyn”, s. 236–239.

²²⁸¹ Jak powiedziano już wyżej, autorowi nie jest znany przykład żadnego polskiego autora, który promowałby taką koncepcję, aczkolwiek można ją sobie są wyobrazić.

²²⁸² Co do tego warunku zob. Ł. Pohl, „*Prawo karne. Wykład...*”, s. 107 oraz rozważania poniżej dotyczące warunku uzewnętrznienia zachowania.

²²⁸³ Zob. G. Rejman, „*Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*”, Warszawa 1999, s. 463.

a nie do umiejscowienia tych norm na określonym piętrze struktury przestępstwa. Nie może ono osłabiać konieczności zbadania, z którym piętnem w strukturze przesłanka przekroczenia normy ostrożności w istocie najbliższej jest związana.

8) Normy ostrożności a problematyka tzw. obiektywnego przypisania skutku

Warto w tym miejscu wspomnieć na trójelementową strukturę przestępstwa, której zwolennikiem zdaje się być w polskiej literaturze J. Giezek, strukturę, która obejmuje czyn oraz obiektywne i subiektywne przypisanie. W takim ujęciu problematyka naruszenia norm ostrożności jest związana z płaszczyzną tzw. obiektywnego przypisania skutku. Jak zauważono już powyżej, także inni autorzy traktują naruszenie norm ostrożności jako powiązane z problematyką tzw. obiektywnego przypisania skutku.

Przypomnieć należy, że nauka o obiektywnym przypisaniu, której historyczne podstawy naszkicowane zostały w innym miejscu niniejszej pracy²²⁸⁴ przeniknęła również do nauki polskiego prawa karnego²²⁸⁵ i w pewnym zakresie została zaakceptowana w orzecznictwie SN²²⁸⁶. Stało się to nawet asumptem do sformułowania propozycji zmian k.k.²²⁸⁷, która została zdecydowanie sceptycznie przyjęta przez przedstawicieli doktryny²²⁸⁸. Również przedstawiciele nauki innych państw wielokrotnie akcentowali swój dystans wobec tej koncepcji²²⁸⁹. Aby

²²⁸⁴ Która przede wszystkim związana jest z twórczością C. Roxina, zob. Rozdział V, niniejszej pracy.

²²⁸⁵ Jednym z pierwszych autorów, który zwrócił uwagę na problematykę obiektywnego przypisania skutku w polskiej karnistyce był A. Zoll, „Odpowiedzialność karna lekarza...”, Warszawa 1988, s. 47–48, 53–54, 77, 82–86; oraz idem, „Brak wymaganych...”, s. 260, zob. także K. Buchała „Przypisanie skutku...”, s. 25–32, także obszerniejsze prace, traktujące to zagadnienie *in extenso*: J. Giezek, „Przyczynowość...” Wrocław 1994, M. Bielskiego, „Obiektywna...”, niepubl. rozprawa doktorska, Kraków 2009 oraz kilka wypowiedzi przyczynkarskich, zwłaszcza: T. Kaczmarek, „O metodologicznej użyteczności testu warunku *sine qua non* w objaśnianiu przyczynowości” w: „Prawo, Społeczeństwo, Jednostka. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu”, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003, s. 383–384; idem „Wybrane aspekty ontologicznych i normatywnych podstaw przypisania skutku” w: „Podstawy odpowiedzialności za przestępstwo skutkowe”, red. J. Majewski, Kwartalnik Prawa Publicznego 2004, nr 4, s. 8; idem, „Spór wokół przyczynowości zaniechania i przypisania jego skutku” w: „Aktualne problemy prawa karnego. Księga Pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70 urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca”, red. Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 208 i n., P. Kardas, „Naruszenie zasad bezpieczeństwa w ruchu lądowym jako jedna z przesłanek obiektywnego przypisania skutku przestępstwa określonego w art. 177 k.k., PnD 2002, nr 6, s. 19, P. Konopka, „<<Rażąco naruszenie zasad bezpieczeństwa>>, pojęciem pomocniczym w przypisywaniu skutku w przestępstwie spowodowania wypadku komunikacyjnego”, CzPKiNP 2010, z. 3, s. 7.

²²⁸⁶ Zob. wyrok III KKN 231/98, OSNKW 2000 z. 5–6, s. 45.

²²⁸⁷ Zob. Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 13 marca 2014 r. (dostępnym na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości, <http://bip.ms.gov.pl/pl/projekty-aktow-prawnych/prawo-karne/> – ostatni odczyt dnia 28.09.2014 r., zwanym dla przypomnienia Projektem zmian w k.k. z 13 marca 2014 r., w którym proponowano m. in. zmianę art. 1 k.k. przez dodanie w nim § 1a o brzmieniu: „Nie ma czynu zabronionego jeżeli w danych okolicznościach wyczerpanie znamion przedmiotowych nie było obiektywnie możliwe do przewidzenia” od którego (na szczęście) odstąpiono w projekcie z dnia 31 marca 2014 r.

²²⁸⁸ Wskazać należy na J. Giezka, T. Kaczmarka, „Przeciwko ustawowej regulacji kryteriów obiektywnego przypisania skutku”, PiP 2013, z. 5, s. 79–92 oraz Ł. Pohla, „W sprawie proponowanych zmian w części ogólnej kodeksu karnego (zagadnienia wybrane)”, PiP 2013, z. 8, s. 105–112.

²²⁸⁹ P. Sanchez-Ostiz, „Ist die objektive Zurechnung objektiv und zurechnend?” w: „Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag”, red. M. Heinrich, C. Jäger, H. Achenbach, Berlin–

ustosunkować się do tych propozycji, które rozpatrują znaczenie norm ostrożności przez pryzmat nauki o obiektywnym przypisaniu, w pierwszej kolejności zrekonstruować należy wysławiane w tym kontekście w polskiej dogmatyce poglądy – to ich bowiem kształt musi być rozstrzygający²²⁹⁰. Interesujące jest, że od czasu pierwszego autorytatywnego przybliżenia zasadniczych zrębów tej koncepcji polskiej nauce w referacie C. Roxina na konferencji w Karpaczu w 1990 r.²²⁹¹, ci nieliczni autorzy zajmujący się w polskiej nauce tzw. problematyką tzw. obiektywnego przypisania

Nowy York 2011, t. 1, s. 367, 374, który stoi na stanowisku – reprezentując zarazem szereg przedstawicieli nauki hiszpańskiej – iż: „*Die sog. objektive Zurechnung ist damit eher ein Produkt eines nichts Zurechnungs, sondern eines Bewertungsurteils, dessen Sinn die Überprüfung der Tatbestandsmäßigkeit ist*” i dalej, konkluzję autora, że „*Der in den heutigen Straftatrechtslehren ist weder objektiv noch eine Zurechnung im echten Sinn*”. Wśród innych autorów, korzystających z doświadczeń w zakresie nauki o obiektywnym przypisaniu z perspektyw prawa karnego poszczególnych państw, napotkać można takie stwierdzenie, iż: „*(...) die objektive Zurechnungslehre keine positiven Kriterien für die Erfolgszurechnung entwickelt hat. Alle ihren Zurechnungsausschließenden Gründe sind eher eine bloße neue Zuordnung der traditionellen Tatbestandsausschließenden, rechtfertigenden und schuldausschließenden Gründe*” (zob. Yü-hsiu Hsü, „*Die objektive Zurechnungslehre in Taiwan*” w: „*Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 Mai 2001*”, red. B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, H.-J. Rudolphi (red), München 2001, s. 249–250), a krytyka wielu czołowych niemieckich karnistów, tak chociażby H. J. Hirscha, który w odniesieniu do przestępstw umyślnych wskazywał, że nauka o obiektywnym przypisaniu jest „*nicht nur entbehrlich, sondern auch nicht sachgemäß*” (co do przedstawienia tejże krytyki, zob. H.-H. Jescheck, „*Zu Leben und Werk von. H.J. Hirsch*”, w: „*Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*”, Berlin–Nowy York 1999, s. 7), nie została do dnia dzisiejszego w pełni odparta (zob. np. J. Wessels, W. Beulke, „*Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*”, München, Heidelberg, Landsberg, Frechen, Hamburg 2011, s. 64), nie mówiąc już o licznych nowych pracach autorów, wyrażających wątpliwości wobec tej teorii (zob. np. V. Haas „*Kausalität und Rechtsverletzung: ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*”, Berlin 2002, czy też szereg głośniejszych wystąpień W. Frischa (zob. np. „*Fazinerendes, Berechtigtes, Problematisches von der Lehre des objektiven Zurechnung des Erfolges*” w: „*Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 Mai 2001*”, red. B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, H.-J. Rudolphi (red), München 2001, s. 213–238, gdzie autor, op.cit., s. 235–236, zwraca chociażby uwagę na szereg sposobów pojmowania samego pojęcia przypisywalności. Zgłaszane wątpliwości w nauce niemieckiej rodzą poważne wątpliwości co do zasadności jej dekretoowania w ustawie, tym bardziej, że wiele krajów, gdzie ten swoisty „*towar eksportowy*” niemieckiej karnistyki spotyka się, dzięki popularyzacji obeznanych i sympatyzujących z nią grupy naukowców, z recepcją doktryny i w konsekwencji orzecznictwa, dalekie są od transponowania tych kryteriów do ustawy – zob. w tej mierze chociażby K. Yamanaka „*Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft*”, Berlin–Boston 2012, s. 167–176.

²²⁸⁹ Wskazać należy na J. Giezka, T. Kaczmarka, „*Przeciwko...*”, s. 79–92 i Ł. Pohla „*W sprawie...*”, s. 105–112. Twierdzenia Komisji Kodyfikacyjnej w Uzasadnieniu (zob. s. 22) do Projektu zmian k.k. z dnia 13 marca 2014 r. o tym, że koncepcja sprowadzenia przez naruszenie reguły postępowania niedozwolonego niebezpieczeństwa dla dobra „*została już w polskiej literaturze dostatecznie opracowana*” (bez podania potwierdzającej to literatury) były nie przekonujące (żeby nie powiedzieć: nieprawdziwe). Dobitnie wskazują na to rozmiary refleksji nad samą problematyką obiektywnego przypisania w nauce polskiej: poszukujący na ten temat literatury czytelnik natknąć się może co najwyżej na kilka wycinkowych prac. Dla porównania, podczas gdy przeszukiwanie katalogu Bayerischer Staatsbibliothek (hasło „*Objektive Zurechnung*”) daje 321 wyników (data kwerendy 29.3.2014 r., analogiczne poszukiwania w katalogu Horizon UAM (hasło „*obiektywne przepisanie*”) daje 0 wyników (sic!), po pewnej zmianie zapytania daje się odszukać pracę T. Sroki „*Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie : problematyka obiektywnego przypisania skutku*”, Kraków 2013. Inne istniejące prace nie są dostępne szerszej publiczności, co dt. przede wszystkim rozprawy doktorskiej M. Bielskiego (Nota bene na pytanie zadane temu ostatniemu autorowi co do publikacji tej książki w dniu 3 kwietnia 2014 r., podczas jednej z Konferencji naukowych, M. Bielski stwierdził, że ciągle (tj. od 2009 r.) „*nie ma czasu jej opublikować*” (sic!). Smutny to zaiste los nauki i kraju, w którym naukowcy nie mają czasu publikować napisanych przez siebie książek! W tym zakresie można by akurat skorzystać ze wzorów niemieckich, gdzie warunkiem uzyskania stopnia naukowego doktora jest opublikowanie rozprawy w postaci książki (bądź e-booka). Pracując nad takimi zagadnieniami naukowcy wchodzący w skład Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego przynieśliby polskiej nauce prawa i kulturze prawnej w Polsce większą korzyść niż opracowywane przez nich w latach 2013–2014 r. projekty zmian k.k.

²²⁹⁰ To one przede wszystkim kształtują prowadzoną w Polsce debatę, niezależnie od tego, czy wiernie odzwierciedlają dominujący pogląd (tzw. herrschende Lehre) w nauce niemieckiej co do pojmowania tzw. obiektywnego przypisania skutku.

²²⁹¹ Ukazał się on drukiem, zob. C. Roxin, „*Problematyka obiektywnego przypisania*” w: „*Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*” tłum. J. Giezka, Karpacz 1990, s. 5–22.

skutku co najwyżej nieznacznie przesunęli w niej pewne akcenty²²⁹².

W swoim wystąpieniu C. Roxin prezentuje model prawa karnego, który nie jest „*oparty ani na kauzalności, ani na finalności, lecz na kryminalnopolitycznych rozstrzygnięciach ocennych*”²²⁹³. Model taki rozwija „*embrionalną*”²²⁹⁴ w stosunku do niej w zakresie prawnego postrzegania przyczynowości teorię adekwancji, poprzez wprowadzenie szeregu normatywnych kryteriów ocennych, które zdaniem tego autora umożliwiają radzenie sobie z nietypowymi przebiegami przyczynowymi. Wśród kryteriów tych wyodrębniane w szczególności są: „*zmniejszenie ryzyka*”, działanie w ramach tzw. dozwolonego ryzyka, „*ochronny cel zakazu jako kryterium urzeczywistnienia niedozwolonego niebezpieczeństwa*”, „*zasada autonomii ofiary*” oraz włączenie do cudzego zakresu odpowiedzialności, przy czym ten sam autor podkreśla, że nie jest to wyliczenie wyczerpujące²²⁹⁵.

Dla K. Buchały rozwój koncepcji tzw. obiektywnego przypisania może być powitany z uznaniem, co wynika zwłaszcza z niedostatków teorii związku przyczynowego funkcjonujących w klasycznej teorii prawa karnego²²⁹⁶. Konweniuje ona, jego zdaniem, z pewnymi kierunkami rozważań polskiej karnistyki²²⁹⁷. Rozważając znaczenie tzw. obiektywnego przypisania dla polskiej nauki prawa karnego stwierdza on, że przynależy ona do „*nauki o typie czynu zabronionego*”²²⁹⁸, a znacznie norm ostrożności upatruje krakowski profesor w tym, że zakazują one czynów niebezpiecznych, z których wyniknąć może prawnokarnie relewantny skutek. Samo to jednak wynikanie nie jest w wypowiedzi krakowskiego karnisty bliżej doprecyzowane, mowa tutaj tylko o tym, że między nim „*zachodzi związek przyczynowy*”²²⁹⁹.

Zupełnie inne podejście prezentuje J. Giezek, który podkreśla, że z naruszeniem normy ostrożności wiązać można co najwyżej „*znacznie czysto poszlakowe*”²³⁰⁰ wypełnienia znamion czynu zabronionego. Zdaniem tego wybitnego wrocławskiego karnisty normy ostrożności nie

²²⁹² I tu bowiem słuszne jest stwierdzenie J. Giezka i T. Kaczmarka, „*Przeciwko...*”, s. 87, że nie prowadzi się obecnie w polskiej nauce praktycznie żadnej dyskusji nad koncepcją obiektywnego przypisania. Konkluzji takiej nie może zasadniczo zmienić konferencja dotycząca problematyki tzw. obiektywnego przypisania skutku, która miała miejsce w dniach 28–29 maja 2014 r. we Wrocławiu.

²²⁹³ C. Roxin, „*Problematyka...*”, s. 6.

²²⁹⁴ C. Roxin, „*Problematyka...*”, s. 10.

²²⁹⁵ Zob. C. Roxin, „*Problematyka...*”, s. 21. Szczegółowe omówienie części zarysowanych tutaj kryteriów zostanie przedstawione poniżej.

²²⁹⁶ Aczkolwiek doprecyzować należy, że nie jest to akceptacja bezgraniczna, gdyż stwierdza on, że wyłączenie odpowiedzialności karnej na zasadzie autonomii ofiary oraz przejęcia odpowiedzialności przez inną osobę „*(...) dadzą się uzasadnić na gruncie karnistyki także od innej strony*”, (bez jednak wskazania o jaką „*stronę*” chodzi, por. K. Buchała, „*Przypisanie...*”, s. 31). Ze stwierdzeń autora daje się wywnioskować, że upatruje on w nauce o obiektywnym przypisaniu pewniejszy instrument korekcyjny niż usuwanie istniejących rzekomo niedoskonałości w oparciu o „*zasadę winy*”, por. idem, loc. cit.

²²⁹⁷ Zob. K. Buchała, „*Przypisanie...*”, s. 28. Autor ten wspomina o uczynieniu w „*tzw. państwach bloku wschodniego*” społecznego niebezpieczeństwa czynu swoistą podstawą przypisania sprawstwa.

²²⁹⁸ Zob. K. Buchała, „*Przypisanie...*”, s. 31 i wnosi nowe wątki do rozważań karnistycznych, zwłaszcza w zakresie celu ochronnego normy.

²²⁹⁹ K. Buchała, „*Przypisanie...*”, s. 30.

²³⁰⁰ J. Giezek, „*Przyczynowość...*”, s. 117.

mają bezpośrednio żadnego znaczenia dla obiektywnego przypisania skutku. Myśl swoją autor podpira tym, że normy ostrożności należą do kategorii wypowiedzi dyrektywnych, a nieostrożność ma postać pewnej relacji na płaszczyźnie językowej²³⁰¹. Można im co najwyżej przypisać funkcję poszlakową, wyrażającą się w tym, że „*nadmierne prawdopodobieństwo negatywnego skutku w konkretnym przypadku de facto zostało stworzone*”²³⁰², co związane jest z opowiedzeniem się przez autora za niezwykle kontrowersyjną koncepcją tzw. zwiększenia ryzyka²³⁰³.

W wielu aspektach twierdzenia tego autora są jednak nie do końca przekonujące, co dotyczy w szczególności tezy, że w odniesieniu do „*zwykłych czynności dnia codziennego jak np. jedzenie brak jest jakichkolwiek norm ostrożności*”²³⁰⁴. Jest to przykład pojawiającej się w nauce stosunkowo często tezy, że w pewnych obszarach życia brak jest norm ostrożności. Jednak już chwila refleksji nad przykładem, który podaje autor, powoduje, że trudno nie zauważyć, że istnieje cała procedura posługiwania się sztucami²³⁰⁵ czy wskazań spożywania gorących czy egzotycznych dań, nie mówiąc już o tym, że spacerowanie, na które również powołuje się autor tytułem przykładu na brak norm ostrożności nie odbywa się w próżni²³⁰⁶, lecz – najczęściej po ulicach czy parkowych alejach, gdzie zasady właściwego poruszania się wobec istnienia np. ruchu rowerowego mają niebagatelne znaczenie, nie mówiąc już o tym, że nierzadko spacerowicz wciela się w rolę pieszego, o którym stanowi wprost u.p.r.d.²³⁰⁷. Zauważyć należy, że przyczyną takiego stanu rzeczy może być w pierwszej kolejności fakt, że autor, w wyniku przeprowadzonej przez siebie analizy teoretycznej norm ostrożności w przekonaniu piszącego te słowa niewłaściwe przypisuje normom ostrożności charakter norm prakseologicznych²³⁰⁸. Dla porządku przypomnieć należy, że J. Giezek odrzuca sytuowanie norm ostrożności na płaszczyźnie bezprawności w

²³⁰¹ J. Giezek, „Przyczynowość ...”, s. 174; w tym samym miejscu autor stwierdza, iż „*Nie da się zatem skonstruować żadnego bezpośredniego powiązania kauzalnego między sprzecznością z regułami ostrożności a skutkiem*”.

²³⁰² J. Giezek, „Przyczynowość ...”, s. 220. Zwrócić w tym kontekście należy uwagę na pewną niefortunność wyrażenia o „*nadmiernym prawdopodobieństwie*”, o prawdopodobieństwie można bowiem stwierdzić, że jest wysokie albo niskie, ale chyba nie, że jest nadmierne.

²³⁰³ Dla uzasadnienia swoich rozważań odwołuje się ten autor m.in. do argumentów kryminalno-politycznych, por. J. Giezek, „Przyczynowość ...”, s. 186, gdzie zauważa on „*Rezultat z kryminalno politycznego punktu widzenia o wiele bardziej w tym zakresie zadawalający zdaje się przynosić (...) nauka o zwiększeniu ryzyka*”.

²³⁰⁴ J. Giezek, „Przyczynowość ...”, s. 121.

²³⁰⁵ Które to mogą być niebezpieczne, jak chociażby w przypadku szczypiec do jedzenia małż.

²³⁰⁶ Czy też mówiąc precyzyjniej najczęściej nie odbywa się w próżni, bo mimo rozpowszechniania się tzw. turystycznych lotów w kosmos zjawisko to (2014 r.) ciągle należy do wyjątku, a na gruncie polskim jest niespotykane. Nawet jednak w przypadku spacerów w próżni tym bardziej nie brak tam norm ostrożności.

²³⁰⁷ To samo dotyczy zresztą ostatniego przykładu powoływanego przez autora, tj. spania, które dla wielu osób ze względu na pewne przypadłości chorobowe wiąże się z ryzykiem uduszenia podczas snu, nie mówiąc już o spaniu w miejscach o specyficznej faunie i florze, gdzie w nocy uaktywniają się rozmaite insekty.

²³⁰⁸ J. Giezek, „Przyczynowość ...”, s. 104. Autor ten w tym miejscu z innego punktu widzenia, obejmującego „społeczną wartość celu” oznacza ich status jako podbudownej instrumentalnie reguły opartej na ocenie zasadniczej, zarazem jednak akcentuje, że „*reguła czysto prakseologiczna oraz podbudowa instrumentalna reguły opartej na ocenie zasadniczej oznaczają mnie więcej to samo*”. Abstrahując już od nietrafnego postrzegania norm ostrożności jako „*norm prakseologicznych*”, podkreślić należy, że nawet przy takim rozumieniu nie trudno doszukać się ich chociażby przy spożywaniu posiłków.

uznawanej przez niego dwu – a zgodnie z konwencją przyjmowaną w niniejszej pracy – w istocie trójelementową strukturą przestępstwa²³⁰⁹.

Jeszcze inaczej problematykę reguł ostrożności w swojej pracy doktorskiej o obiektywnym przypisaniu przedstawił M. Bielski. Autor ten, prezentujący odmienne od promowanego w niniejszej pracy ujęcia norm ostrożności jako dyrektyw celowościowych²³¹⁰, wpisuje normy ostrożności w płaszczyznę bezprawności, stwierdzając wymownie: „reguły postępowania wyznaczają granice bezprawności zachowania i nie stanowią odrębnego elementu struktury przestępstwa”²³¹¹, tylko po to, aby w innym miejscu stwierdzić, że normy ostrożności są uzupełnieniem normy sankcjonowanej²³¹² w ten sposób, że prowadzą do jej uadekwatnienia, stanowiąc wyznaczony adresatowi konkretno-indywidualny nakaz postępowania w danej sytuacji²³¹³. Stąd też M. Bielski dostrzega znacznie norm ostrożności dla problematyki „analizy strukturalnej”²³¹⁴. W toku swoich dalszych wywodów autor ten wskazuje na konieczność badania naruszenia celu ochronnego tak uadekwatnionej normy sankcjonowanej²³¹⁵.

To, że patrzeć na normy ostrożności z perspektywy koncepcji tzw. obiektywnego przypisania dalekie jest w polskiej nauce od jednolitości ujawnia zestawienie dwóch

²³⁰⁹ J. Giezek, „Przyczynowość ...”, s. 90. Oddając głos autorowi: „(...) oczywistej legalności zachowania lekarza, który działa zgodnie z obowiązującymi w medycynie regułami, nie trzeba uzasadniać wystąpieniem kontratypu ani twierdzić, że jego zachowanie z reguły bezprawne może być wyjątkowo traktowane jako legalne. Rację ma bowiem A. Zoll, pisząc, że takiej argumentacji prawniczej żaden lekarz nie potrafiłby zrozumieć”. To stwierdzanie o niezrozumiałości jest dość niezrozumiałe. Otóż spostrzec należy, że istotnie część lekarzy mniej obeznana z prawem takich subtelności nie zrozumie, zresztą analogiczne trudności percepcyjne może wywołać wśród prawników twierdzenie tychże o tym, że aktywność obronna leukocytów jest normalna i w każdej sekundzie w organizmie ludzkim w układzie immunologicznym toczy się zaiste krwiożercza walka z bakteriami, czy że normalnym stanem ludzkiego organizmu jest bytowanie w nim około 10 bilionów bakterii, grzybów i innych drobnoustrojów (głównie w jelicie grubym). Argument ten jest zupełnie nieprzydatny: to, że pewne fakty czy konstrukcje teoretyczne są od razu zrozumiałe czy też nie, ich przecież nie dyskwalifikuje. Nauka prawa troszczyć się musi o prawdziwość, logiczną poprawność i intersubiektywność jej twierdzeń, a nie o jej przystępność dla lekarzy (czy innych partykularnie wybranych grup społecznych). Co do dwu (trzy) elementowej struktury przestępstwa zob. J. Giezek, „Przyczynowość...”, s. 170 oraz w tym samym duchu J. Giezek, „Zezwolenie...”, s. 131–154.

²³¹⁰ Zob. M. Bielski, „Obiektywna...”, s. 184

²³¹¹ M. Bielski, „Obiektywna...” s. 184–185.

²³¹² Tak bowiem odczytywać należy chyba stwierdzenie autora: „(...) utożsamienie reguł postępowania z dyrektywami celowościowymi doprecyzowującymi treść normy sankcjonowanej przemawia za uznaniem reguł za mające źródło w systemie prawa”, zob. M. Bielski, „Obiektywna...”, s. 187–188. Takie zestawienie poglądów skłania więc do wniosku, że autor w tej pracy był zwolennikiem powiązania płaszczyzny normy sankcjonowanej i bezprawności (zob. także M. Bielski, „Obiektywna...”, s. 212, gdzie stwierdza on: „istotne jest więc wykazanie naruszenia przez jednostkę normy sankcjonowanej”, przy jednoczesnym przesunięciu problematyki kontratypów na płaszczyznę karalności (zob. M. Bielski, „Obiektywna...” s. 128). W nieco innym duchu wypowiada się T. Sroka, op.cit., s. 237, który stwierdza, że reguły ostrożności „doprecyzowują treść normy sankcjonowanej zakazującej powodowania skutku, lub nakazującej zapobiegnięcie skutkowi”.

²³¹³ M. Bielski, „Obiektywna...”, s. 194. Wiąże się to z kategorycznym odrzuceniem przez autora tezy o wskaźnikowości norm ostrożności, który to z krakowskim autorem w pełni podzielał.

²³¹⁴ M. Bielski, „Obiektywna...”, s. 196. Zauważyć należy, że w pracy M. Bielskiego do pełniejszego omówienia problematyki brakuje odwołania do szeregu kluczowych dla tej problematyki prac z literatury niemieckiej, w tym prac C. Roxina czy W. Frischa albo H.J. Hirscha. Ten mankament nie został uzupełniony w kolejnej wypowiedzi autora z roku 2012, por. M. Bielski, „Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej polskiej dogmatyki prawa karnego” w: „Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla”, Kraków 2012, s. 499 i n.

²³¹⁵ M. Bielski, „Obiektywna...”, s. 252–253.

podstawowych w tym zakresie monografii²³¹⁶. Podstawowe pytanie, które należy w tym kontekście zadać dotyczy samej konieczności posługiwania się w dogmatyce prawa karnego konstrukcją tzw. obiektywnego przypisania skutku²³¹⁷. Ostateczna odpowiedź na to pytanie nie jest w ramach niniejszej pracy możliwa, zresztą jej udzielenie może przyjść z innej strony – a mianowicie od ustawodawcy²³¹⁸. W tym miejscu wypadnie więc przytoczyć przynajmniej pewne argumenty, które dla tej problematyki w odczuciu autora niniejszej pracy są istotne. Ich punktem wyjścia musi być realistyczny obraz koncepcji tzw. obiektywnego przypisania skutku, która bazując na zaczerpniętym z ogólnej teorii prawa pojęciu przyczynowości²³¹⁹, wprowadza zasadniczo jedynie negatywne, a nie pozytywne przesłanki „przypisania” sprawcy prawnokarnie relewantnego skutku. Szczegółowa analiza tych z nich, które przejawiają się wśród zajmujących się tą problematyką autorów umożliwi z pewnością lepsze naświetlenie tej koncepcji.

Jedną z nich jest na nauka o celu ochronnym normy²³²⁰. Szczegółowe spojrzenie na tę przesłankę uwidacznia, że nie daje ona ostrych kryteriów wyznaczania odpowiedzialności karnej. Tezę tą ilustruje w najbardziej czytelny sposób analiza przykładów znanych z orzecznictwa niemieckiego, przedstawionych m.in. przez C. Roxina²³²¹. Jest nim chociażby często omawiane w tym kontekście orzeczenie RGSt 63, 392, w którym dwaj rowerzyści jechali w ciemnościach, jeden za drugim, nieoświetlonymi rowerami, przy czym ten jadący na przedzie zderza się z nieoświetlonym rowerzystą nadjeżdżającym z przeciwka. Wypadku można byłoby uniknąć gdyby drugi rowerzysta miał włączone światło. W tym stanie faktycznym monachijski profesor stoi na stanowisku, że „*obowiązujący go nakaz oświetlania nie powinien przecież zapobiegać zderzeniu się innych pojazdów*”²³²². Nie sposób nie zadać w tym miejscu pytania, skąd autor ten z taką

²³¹⁶ Konkluzji takiej nie zmienia, a wręcz ją wzmacnia analiza pracy T. Sroki, „Odpowiedzialność...”, s. 530 autor wśród przesłanek obiektywnego przypisania wyróżnia się „*przede wszystkim*” trzy, jakimi są: autonomiczne przejęcie przez pokrzywdzonego ryzyka, spowodowania przez pokrzywdzonego ryzyka skutku przestępnego przez potencjalnego sprawcę oraz włączenie do cudzego zakresu odpowiedzialności. Takie otwarte wyliczenie, wraz z odwołaniem się celów kryminalno-politycznych (por. idem, op. cit., s. 529), budzi musi wątpliwości dwojakie: po pierwsze co do samej koncepcji tzw. obiektywnego przypisania skutku, po drugie co do pracy autora, który pisząc o odpowiedzialności karnej za niewłaściwe leczenie przez przyzmat rzeczonej koncepcji nie podjął się próby stworzenia ich bardziej wyczerpującej charakterystyki.

²³¹⁷ Przypomnieć należy, że w nauce niemieckiej pogląd o pozytywnym charakterze nauki o obiektywnym przypisaniu jest większościowy, a zgłaszane są nawet postulaty oceny możliwości obiektywnego przypisania również np. w przypadku działania w ramach kontratypu (zob. bliżej L. Kuhlen, „*Objektive Zurechnung bei Rechtsfertigungsgründen*” w: „*Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 Mai 2001*”, red. B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Hafke, H.-J. Rudolphi (red.), München 2001, s. 331–348).

²³¹⁸ W przypadku gdyby ponownie podejmowane byłyby próby wprowadzenia do k.k. tzw. obiektywnego przypisania skutku.

²³¹⁹ Zob. J. Giezek, „Przyczynowość...”, s. 10. Autor ten krytykując teorię warunki sine qua non opowiada się, op.cit., s. 47–48, za wywodzącą się z nauki niemieckiej teorią warunku odpowiadającego empirycznie potwierdzonej prawidłowości, której istotą jest odwołanie się do określonych „*zgodnie z posiadaną przez nas wiedzą i doświadczeniem*” warunków prawa przyczynowego, którego „*wyjaśnienie kauzalne jest właśnie poszukiwane*”.

²³²⁰ Por. M. Bielski, „Obiektywna...”, s. 248 i n.

²³²¹ Cyt. i stan faktyczny za C. Roxin, „Problematyka...”, s. 14.

²³²² C. Roxin, loc. cit. Autor ten wyjaśnia zdawkowo, że „*celem nakazu oświetlania pojazdu jest uniknięcie własnych, nie zaś cudzych zderzeń*”.

pewnością odgaduje *ratio legis* określonych norm prawnych i na mocy jakiej zasady stosuje je w procesie operatywnego stosowania prawa? Na pewno w sukurs nie przychodzą mu tutaj zasady i reguły wypracowane w polskiej zintegrowanej koncepcji wykładni, która odrzuca spekulacje o intencjach ustawodawcy²³²³ i która polskiej karnistyce wyjednała już niejedną przysługę. Warto w tym miejscu wskazać, że – przenosząc ten kazus na grunt aktualnej nauki polskiej i przyjmując upraszczające założenie, że w tym przypadku norma ostrożności jest identyczna treściowo jak właściwe normy prawne z zakresu ruchu drogowego – zrąb nakazu oświetlania bicykla adresowanego do rowerzystów wyraża art. 66 ust. 5 u.p.r.d. oraz wydane na jego podstawie Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia²³²⁴, które w § 53 stanowi, iż *”1. Rower oraz wózek rowerowy powinny być wyposażone: 1) z przodu – co najmniej w jedno światło pozycyjne barwy białej lub żółtej selektywnej; 2) z tyłu – co najmniej w jedno światło odblaskowe barwy czerwonej o kształcie innym niż trójkąt oraz co najmniej w jedno światło pozycyjne barwy czerwonej;(...)”*. Co więcej, światła te spełniać muszą pewne dalsze warunki wyszczególnione w § 56 rzeczonego rozporządzenia, zgodnie z którym: *„56. 1. Światła pojazdu, o których mowa w § 53–55, powinny odpowiadać następującym warunkom: 1) światła pozycyjne oraz światła odblaskowe oświetlone światłem drogowym innego pojazdu powinny być widoczne w nocy przy dobrej przejrzystości powietrza z odległości co najmniej 150 m; w przypadku roweru i wózka rowerowego dopuszcza się migające światła pozycyjne; 2) powinny być umieszczone nie wyżej niż 900 mm i nie niżej niż 350 mm od powierzchni jezdni, a w przypadku roweru i wózka rowerowego nie wyżej niż 1500 mm i nie niżej niż 250 mm od powierzchni jezdni”*. Przypomnieć należy również art. 51 ust. 6 zd. 2 u. p.r.d., który zrębowo wysławia normę nakazującą kierującemu pojazdem rowerowym w czasie od zmierzchu do świtu lub w tunelu używać światel stanowiących obowiązkowe wyposażenie pojazdu²³²⁵. Zakładając tożsamość treściową tych norm ostrożności, prowadzić to musi do stwierdzenia przekroczenia w sposób jaskrawy normy postępowania przez jadącego rowerem i zarazem wypełnienia częściowego blankietu zawartego na poziomie normatywnym opis czynu przestępnego z art. 177 § 1 k.k.

W ogólnie dostępnych wypowiedziach komentarzowych co do u.p.r.d. brak jest jakichkolwiek spekulacji co do „*celu ochronnego*” norm nakazujących takie a nie inne oświetlenie pojazdu²³²⁶. Nietrudno zresztą zauważyć, że takie wypowiedzi byłyby swoistym kuriozum. Tym bardziej więc frapująca jest pewność wypowiedzi C. Roxina, który stwierdza „*U rowerzysty*

²³²³ Tak chociażby w trakcie wykładu M. Zielińskiego, „*Derywacyjna koncepcja wykładni*”, Poznań 22 marca 2014 r.

²³²⁴ Dz.U.2013.951 j.t.

²³²⁵ Przepis ten stanowi: „*Kierujący takim pojazdem w czasie od zmierzchu do świtu lub w tunelu jest obowiązany używać światel stanowiących obowiązkowe wyposażenie pojazdu*”.

²³²⁶ Zob. np. R.A. Stefański „*Prawo o...*”, LEX 2008 czy W. Kotowski „*Prawo o ruchu drogowym. Komentarz*”, Warszawa 2011.

jadącego z tyłu nie urzeczywistniło się więc niedozwolone ryzyko, któremu **ustawodawca przez swój nakaz chciał zapobiec** [podkreślenie – M.B.] i dlatego nie może on zostać ukarany (...)”²³²⁷. Nie sposób w tym miejscu nie zapytać: a skąd to wiadomo?²³²⁸ Gdyby bowiem nawet poszukiwać – w drodze niejasnej spekulacji jakiegoś „celu ochronnego normy”, to wyczerpuje się on raczej w zapewnieniu bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego²³²⁹.

Również na gruncie najnowszej monografii autorstwa M. Bielskiego, poświęconej tej problematyce, gdzie naukę o celu ochronnym normy odnosi się normy sankcjonowanej²³³⁰, wiąże się ów cel ochronny normy postępowania ze nastawieniem na ochronę dobra prawnego przed jego uszczerbkiem lub narażaniem²³³¹. Niestety i ta próba nie przynosi zadawalających rezultatów, co zresztą ujawniają przywoływane przez naukowca z Krakowa przykłady. Tak więc chociażby w kontekście przestępstwa stypizowanego w art. 177 § 1 k.k. stwierdza on: „Zasada bezpieczeństwa w ruchu drogowym zakazująca przekraczania wymaganej w danych okolicznościach prędkości ma zabezpieczać dobra prawne uczestników ruchu przed ich naruszeniem spowodowanym niemożliwością zatrzymania się przez kierowcę w określonej odległości przed przeszkodą”²³³². Enigmatyczne jest to, na jakiej podstawie i korzystając z jakich zasad wykładni (bądź też

²³²⁷ C. Roxin, „Problematyka...”, s. 14.

²³²⁸ Zaryzykować należy stwierdzenie, nawet abstrahując już od problematyczności sposobu wykorzystania materiałów z etapu postępowania ustawodawczego, zaryzykować można, nawet bez ich sprawdzania, że ustawodawca tworzący Straßenverkehrs-Ordnung vom 6. März 2013 (BGBl. I S. 367) nie zawarł obszerniejszych wypowiedzi w tym kierunku. Warto zauważyć, że na pewno nie stanowi o tym nic nasz ustawodawca, który co do potrzeby należytego uzasadniania aktów ustawowych, podchodzi, jak widać po lekturze uzasadnienia zmian w k.k. z dnia 13 marca 2014 r., bardzo swobodnie. Podkreślić należy, że równie niejasnymi stwierdzeniami posługują się niektórzy autorzy podręczników niemieckich, pytając przed jakim skutkiem norma chronić „chce” lub „powinna” – zob. przegląd literatury np. u I. Puppe „Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung – Teil 2”, ZJS 2008, z. 6, s. 602.

²³²⁹ Zresztą w tej mierze różnica zdań – wobec braku jakichkolwiek wskazówek ustawowych – może być jeszcze większa niż w odniesieniu do tak niejasnego w karnistyce pojęcia jak dobro prawne (co do tego pojęcia zob. np. D. Gruszecka, „Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym”, Wrocławskie Studia Erasmiańskie 2008, s. 135–155 i cyt. tam literatura). Może celem normy nakazującej oświetlenie roweru może być zapewnienie widoczności pojazdu, ochrona innych uczestników ruchu przed nadmiernym oświetlaniem roweru mogącym oślepić innych uczestników ruchu, zapewnienie bezpieczeństwa innym uczestnikom ruchu, zapewnienie bezpieczeństwa tylko sobie w podczas jazdy pojazdem? Widać jak na dłoni, że nawet gdyby zaakceptować wytwór jaki, jakim jest „cel ochronny normy”, to C. Roxin, drogą arbitralnej spekulacji wybiera jedną wersję jej określenia. Również odwołując się do wzmiankowanej już koncepcji umiarkowanego intencjonalizmu przedstawionej w polskiej nauce przez Z. Tobora, op.cit., trudno oczekiwać, aby ustawodawca czytelnie zostawił w tym kierunku rozpoznawalny ślad, inny i bardziej szczegółowy niż to, że chodzi w tym przypadku właśnie o zapewnienie bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego.

²³³⁰ Również sam autor jest świadomy słabości tego kryterium, skoro mówi on o: „(...) dowolności w odczytaniu celu ochronnego normy”, zob. M. Bielski, „Obiektywna...”, s. 251. Warto w tym miejscu zauważyć, że za uwzględnieniem koncepcji „celu ochronnego normy” zdaje się opowiadać również T. Sroka, op.cit., s. 249, który pisze tak: „Przesłanką przypisania skutku jest zatem wywołanie określonej zmiany w rzeczywistości lub zaniechanie zapobieżenia jej powstaniu z uwagi na naruszenie takiej reguły postępowania z dobrem prawnym, której cel ochronny obejmuje zapobieganie powstawaniu określonego skutku na określonej drodze”.

²³³¹ M. Bielski, „Obiektywna...”, s. 252.

²³³² M. Bielski, „Obiektywna...”, s. 251–252, przypis 799. Zresztą takie określenie jest w niejasne: gdyby kierowca musiał się nieustannie liczyć z koniecznością zatrzymania się w odległości X od jakiejkolwiek, nawet skrajnie nieoczekiwanej przeszkody (spadające nagle obiekty na tor jezdni) to nikt nie mógłby poruszać się pojazdami mechanicznymi. Oznacza ona także, po dokonaniu pewnych uproszczeń i aproksymacji, że im lepsze ma się hamulce refleks i drogę, to tym szybciej można jechać.

ewentualnie fenomenologicznie np. tzw. *Wesensschau*²³³³, o co wszak tego autora jednak nie podejrzewam) autor zbudował to określenie, które na pierwszy rzut oka jest poprawne. Jednak już po chwili refleksji jasne jest, że przynajmniej równie sensownie można by jednak podać takie oto jej określenie: „(...) spowodowanym utratą panowania nad pojazdem”²³³⁴. Nietrudno zauważyć, że przyjęcie jednego bądź drugiego określenia ma doniosłe reperkusję praktyczne i decydować może o odpowiedzialności karnej²³³⁵. Ilustruje to krótki akademicki kazus: doświadczony kierowca rajdowy jedzie sportowym autem z prędkością 220 km/h na pustej autostradzie, mając pełną kontrolę nad pojazdem. Pojawienie się spadającego nieoczekiwanie z wiaduktu kawałka znaku drogowego prowadzi do zderzenia z nim, co powoduje wstrząs kabiny pojazdu. Na skutek rzeczonego wstrząsu pasażer uderza się o element karoserii, przez co odgryza sobie kawałek języka. Sportowy samochód jednak nie traci przyczepności przez ten wstrząs.

Tutaj precyzyjne ustalenie celu ochronnego normy – zwłaszcza, gdyby ustalić hipotetyczny przebieg związku przyczynowego, gdzie jadąc z prędkością 80 km/h kierowca zdążyłby zatrzymać się przed spadającym fragmentem znaku – może determinować – według koncepcji tzw. obiektywnego przypisania – odpowiedzialność karną²³³⁶. A tutaj zarówno uwagi C. Roxina jak i M. Bielskiego żadnego ostrego kryterium nie dostarczają²³³⁷. Zresztą nawet gdyby jakieś kryteria

²³³³ Co do roli tzw. fenomenologicznej „*Wesensschau*” w karnistyce zob. np. Z. Jędrzejewski, „*Bezprawność jako element ...*”, s. 110. Z dzisiejszej perspektywy można, jak to było wskazywane poprzednio, nawiązywać oczywiście do intencji ustawodawcy, co i tak w tej kategorii spraw nie dostarcza żadnych pewnych kryteriów ocen.

²³³⁴ Co ciekawe, takie określenie nie jest wytworem jakieś w pełni dowolnej twórczości, ale odwołaniem się do brzmienia art. 19 ust. 1 u.p.r.d., zgodnie z który: „*Kierujący pojazdem jest obowiązany jechać z prędkością zapewniającą panowanie nad pojazdem, z uwzględnieniem warunków, w jakich ruch się odbywa, a w szczególności: rzeźby terenu, stanu i widoczności drogi, stanu i ładunku pojazdu, warunków atmosferycznych i natężenia ruchu.*”. Najbardziej konsekwentne jest może takie określenie, że norma posiada kilka celów ochronnych, a właściwie cały pas ochronny. Zresztą rodzi to inne, złożone pytania, a mianowicie dt. ewentualnej kolizji czy wykluczania się celów ochronnych normy.

²³³⁵ Należy w tym miejscu zaznaczyć, że również kierując się najnowszym propozycją w zakresie wykładni Z. Tobora op.cit., i afirmując próby odtworzenia owej intencji prawodawcy interpretator „(...) powinien opierać się na wszelkich pozostawionych przez ustawodawcę śladach.” (idem, op.cit., s. 225), co oznacza w szczególności wykorzystanie w trudnych sprawach materiałów ustawodawczych (idem, op.cit., s. 276), nie sposób chyba oczekiwać jakiś praktycznych wyników z szeregu powodów: po pierwsze w Polsce nie ma tradycji poważnego ich opracowania, co łatwo sobie uzmysłowić w sytuacji, gdy w świetle opracowywanych zmian w k.k. nie są dostępne Protokoły z posiedzeń Komisji (czyżby i dzisiaj, w dobie Internetu problemem w tej mierze były „(...) bardzo szczupłe środki finansowe”? jak to kiedyś pisał K. Buchała, „*Pracę nad nowym kodeksem karnym – próba podsumowania*”, PiP 1998, z. 9–10, s. 4, a normy ostrożności, które według dominującego stanowiska mają doprecyzować normę sankcjonowaną, nie są w ogóle wyrażone w jakiegokolwiek ustawie czy nawet tekście normatywnym, posiadającym uzasadnienie, który, jak to ujmuje się w niniejszej pracy, może co najwyżej wyrażać normę zbieżną treściowo z normą ostrożności.

²³³⁶ Gdyby przyjąć koncepcję M. Bielskiego, to ponieść on może on odpowiedzialność karną na podstawie przepisu typizującego to przestępstwo. Co ciekawe założyć można, że jest to przykład przypadku, w którym sprawca nie tylko jadąc 80 km/h ale także 210 km/h czy 230 km/h uniknąłby zderzenia. W istocie więc sprawca nie powoduje *sensu stricte* wypadku, ale jest jego współ-przyczyną. Na tej też podstawie poszukiwać można by wyłączenia jego odpowiedzialności karnej. Lektura u.p.r.d. i powyższe rozważania uwiadcniają, że tzw. prędkość bezpieczna nie ma chronić tylko przed „*niezatrzymaniami się*”, ale także przed uszczerbkami dóbr prawnych uczestników ruchu na skutek np. odpadania elementów karoserii podczas jazdy po wyboistej drodze (choćby z prędkością 30 km/h, która sama w sobie umożliwia zatrzymanie przed każdą dającą się normalnie przewidzieć przeszkodą), które, znalazłszy się na drodze, następnie mogą powodować poważne uszkodzenia innych pojazdów. Może więc cel ochronny to „*zabezpieczanie dobra prawne uczestników ruchu przed niekontrolowanymi zderzeniami*”? Nie wydają się to być w żadnym razie rozważania zbyt konkluzywne.

²³³⁷ Co więcej, stanowisko o doniosłość nauki o celu ochronnym normy podtrzymał M. Bielski w swoim artykule z

tutaj podać, to wątpić należy, czy byłyby one wystarczające, aby zapewnić jednolitość orzecznictwa.

Problem ten rozwikłać można dużo prościej: mianowicie przez odwołanie się do prawidłowej wykładni art. 2 k.k., który organiczna odpowiedzialność za zaniechanie do tych osób, na których ciąży prawny i szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi. W przedmiotowej sytuacji mieć można wątpliwości, czy na rowerzyście jadącym jako drugi w tej kolumnie ciążył prawny i szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi w postaci możliwego wypadku tego cyklisty, który jechał jako pierwszy²³³⁸. Rozważać można by inną odpowiedź, gdyby jadący z tyłu był np. instruktorem jazdy na rowerze, który przeprowadza trening jazdy nocą swojego podopiecznego. Te proste uwagi powyżej powodują, że zastanawiające są bardzo przychylne tej teorii wypowiedzi niektórych autorów, wywodzących się zwłaszcza ze środowiska krakowskich karnistów²³³⁹.

Odnieść się wypada do drugiego z kryteriów, reklamowanych w polskiej nauce jako istotne *novum* koncepcji tzw. obiektywnego przypisania skutku, a mianowicie związku ryzyka²³⁴⁰. Zgodnie z ujęciem C. Roxina, teoria tzw. obiektywnego przypisania skutku rozwija embrionalną teorię adekwancji, poprzez wprowadzenie dwóch dodatkowych wartościowań: zmniejszenia ryzyka oraz dozwolonego ryzyka²³⁴¹. Ilustracją jej walorów ma być kazus, w którym „*A przykładą rewolwer do B, aby strzelić w jego głowę. C w ostatniej sekundzie uderza w ramię A, przesuwając je na bok w taki sposób, że strzał nie trafia w głowę B, lecz w jego ramię.*”²³⁴². Po takim, niezwykle ogólnikowym przedstawieniu autor zadaje pytanie: „*Czy C w takim przypadku urzeczywistnia ustawową istotę przestępstwa uszkodzenia ciała?*”²³⁴³. Już tak postawione pytanie czyni oczywistym, że chodzi tutaj o pewien spór teoretyczno-prawny, u którego podstawy leży pytanie, na którym piętrze struktury wyłączy się odpowiedzialność karną. Sam bowiem autor spostrzega,

roku 2012, „*Kryteria...*”, s. 519 stwierdzając, że warunkiem przypisania skutku jest to, że „*Skutek przestępny, aby na płaszczyźnie normatywnej zostać przypisany sprawcy jako jego dzieło, musi zrealizować się w takim przebiegu przyczynowym, przed którego wystąpieniem miała chronić naruszona przez sprawcę reguła postępowania*”.

²³³⁸ Zasadnie bowiem wskazuje się, że znamię gwaranta współ-wyznacza zakres odpowiedzialności za przestępstwa z zaniechania (zob. J. Majewski, *Prawnokarne...*, s. 114, identycznie J. Giezek, „*Komentarz do art. 2 k.k.*” w: „*Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*”, Giezek J. (red.), nb. 7, LEX 2014, Szczególnie ważne jest w tym kontekście, aby pamiętać o uwzględnieniu szczególnych wzorców kulturowych, określających na kim spoczywa obowiązek gwaranta (zob. w tej mierze: J. Majewski, *Prawnokarne...*, s. 104–109).

²³³⁹ Przytoczyć w tym miejscu wypada raz jeszcze wymowne stwierdzenie K. Buchały, „*Przypisanie...*”, s. 31: „*Moim zdaniem wiele nowego wnosi twierdzenie, że warunkiem przypisania skutku jest istnienie pomiędzy czynem a skutkiem związku ryzyka, a także twierdzenie, że niedozwolone ryzyko musi być wynikiem zachowania naruszającego cel normy, która miała zapobiec temu zrealizowanemu niebezpieczeństwu*”. Podobnie aprobowując do nauki o celu ochronnym normy odnosi się M. Bielski, „*Obiektywna...*”, s. 251, który odwołując się do cytowanego tutaj przykładu dwóch rowerzystów, mimo pewnych rozbieżności wobec poglądu C. Roxina, zaznacza, że „*(...) przykład ten trafnie nawiązuje do celu ochronnego normy.*”

²³⁴⁰ Zob. przypis powyżej oraz M. Bielski, „*Obiektywna...*”, s. 232.

²³⁴¹ C. Roxin, „*Problematyka...*”, s. 10–13.

²³⁴² C. Roxin, „*Problematyka...*”, s. 10.

²³⁴³ Ibidem.

że C działa w stanie wyższej konieczności i już choćby z tego powodu nie poniesie odpowiedzialności karnej. Stąd też zarzut niemieckiego karnisty sprowadza się raczej do tego, że taka karnistyczna eksplikacja tego stanu faktycznego nie oddaje społecznego sensu tego zdarzenia, którym jest ratowanie życia²³⁴⁴.

Jednak gruntowne pochylenie się nad tym stanem faktycznym ujawnia niebezpieczeństwo, które sprowadza swoim sposobem rozumowania dla prawa karnego C. Roxin. Bowiem wychodzi on od zupełnie arbitralnego założenia, że C działa w celu ratowania życia, a przecież z podanego stanu faktycznego w ogóle to nie wynika. To możliwe jest do ustalenia dopiero po uwzględnieniu strony podmiotowej, a więc nastawienia wolicjonalnego sprawcy²³⁴⁵ i szerszego kontekstu sytuacyjnego jego działania. Nie zmieniając ani przecinka w przytoczonym przez niemieckiego naukowca kazusie wyobrazić sobie można, że C popycha B, po czym przypomina mu, że najpierw będą odstrzeliwać A poszczególne kończyny, potem dopiero wycelować wolno będzie w głowę i nacisnąć spust. To, jaki jest społeczny sens tego zachowania trzeba dokładnie ustalić w procesie sądowego stosowania prawa i jeżeli rzeczywiście C działał w celu ratowania życia, to nie ma się on czego bać – nie tylko nie zostanie on skazany, ale także czeka go laur bohatera walczącego z niebezpiecznym bandytą. Wyłączenie bezprawności w taki właśnie sposób ma głęboki sens praktyczny i procesowy²³⁴⁶. Natomiast gdyby przyjąć, że C jest motywowany działaniem w celu ratowania życia, to brak wypełnienia znamion typu – a więc brak naruszenia normy sankcjonowanej – wynika z tego, że do jej elementów wchodzi umyślność i nieumyślność²³⁴⁷. Nawet bowiem w myśl dominującego stanowiska, nieprzypisującego normom ostrożności znaczenia jako wstępny warunek normowania, nie można sprawcy przypisać w takim wypadku i tak nawet nieumyślności, skoro przecież nie naruszył on żadnej normy ostrożności w danej sytuacji²³⁴⁸.

Jeszcze gorzej wypada analiza drugiego z przywołanych w tym kontekście przykładów.

²³⁴⁴ Jak było to już przedstawione powyżej, argumenty odwołujące się do społecznej treści przestępstwa były już w niemieckiej karnistyce powoływane, zwłaszcza w przypadku tzw. szkoły kilońskiej.

²³⁴⁵ O doniosłości takiego procederu i jego fundamentalnym znaczeniu dla prawa karnego najwymowniej w literaturze polskiej w ostatnim czasie pisze J. Giezek, „Świadomość ...”, s. 11 i n.

²³⁴⁶ Zwrócić należy jeszcze dla porządku uwagę, że obecnie praktyczna różnica procesowa nie jest istotna i nie wybiega znacznie ponad wybór 1 lub 2 alternatywy z pkt 2) art. 17 § 1 k.p.k., co w obu przypadkach skutkuje umorzeniem postępowania karnego. Niemniej jednak jedynym punktem odniesienia nie powinny być oceny zawarte warstwie deskryptywnej k.p.k., gdyż jak wiadomo ustawy karne szybko i łatwo ulegają zmianie, a istotne jest wypracowanie spójnych podstaw teoretycznych.

²³⁴⁷ Pod tym względem w pełni zgodzić się należy z propagatorem tego stanowiska w nauce polskiej, Ł. Pohla, „Struktura...”, s. 126.

²³⁴⁸ Chociaż, przyjmując te same założenia faktyczne, sytuacja skomplikowałaby się, gdyby C był wytrawnym komandosem na służbie, wysłanym po to, aby uratować A z rąk terrorysty B i uczynił to tak nieumiejętnie, że C odniósł ranę postrzałową ramienia. Wtedy sens społeczny tego działania przeistacza się w nieudolne ratowanie życia przez powołaną do tego osobę. Jeszcze raz przyznać należy więc rację J. Giezkowi o znaczeniu elementów subiektywnych dla odpowiedzialności karnej i podkreślić, że ten kazus jest zbyt szczątkowy, aby wyciągać z niego daleko idące wnioski, a już tym bardziej, żeby stanowił on argument w jakiejś poważnej debacie nad problemami prawa karnego materialnego.

Tym razem chodzi o lekarza, który „(...) *nie mógł poprzez swoje starania uratować życia pacjenta, a tylko o kilka dni je wydłużyć, to na swój konkretny sposób spowodował on jego śmierć, także w sensie teorii adekwancji*”²³⁴⁹. Dopiero uwzględnienie faktu, że lekarz ten „*nie stworzył niebezpieczeństwa*”²³⁵⁰, umożliwia stwierdzenie, że „*mimo swego przyczynienia się lekarz nie wypełnił więc ustawowej istoty przestępstwa*”²³⁵¹. Do jakich konsekwencji zaadaptowanie takiego schematu rozumowania prowadzi, widać jak na dłoni. Zresztą nawet przystąpienie do poważnej krytyki jest utrudnione, ze względu na ogólność stanu faktycznego przytoczonego przez autora, w którym nie wiadomo czym jest spowodowany brak możliwości uratowania życia pacjenta: czy czynnikami obiektywnymi (nieznana przy obecnym stanie medycyny jednostka chorobowa, brak dostępnych lekarstw etc.) czy też nieudolnością lekarza bądź też wreszcie faktem, że w czasie dyżurów znajdował się np. w stanie nietrzeźwości. Dopiero ustalenie tego umożliwia przystąpienie do rozważania prawnokarnej oceny tych zachowań. Nawet jednak przyjmując najbardziej życzliwą interpretację tego kazusu, a więc obiektywną niemożność uratowania życia pacjenta, nie sposób nie zauważyć, że brak tutaj nie tylko wypełnienia ustawowej istoty czynu, ale już samego prawnokarnie relewantnego czynu. Warto bowiem przypomnieć, że na gruncie prawa karnego nie operujemy jakimś naturalistycznym pojęciem czynu, tylko pojęcie to modelujemy²³⁵². Warunkiem wykluczającym przyjęcie czynu jest znana już studentom I roku prawa zasada *imposibulum nullum obligatio est*²³⁵³. Twierdzenie więc, że „(...) *na swój konkretny sposób spowodował on* [tj. lekarz – przypis M. B.] *jego śmierć*”²³⁵⁴ jest na gruncie polskiej karnistyki, mówiąc eufemistycznie, nie do przyjęcia. Zarazem uzmysławia to, do jak sztucznych problemów prowadzi koncepcja tzw. tzw. obiektywnego przypisania skutku, problemów, które uniknąć można z łatwością przez prawidłowe stosowanie najpierwotniejszych pojęć karnistycznych.

Drugi aspekt afirmowanego przez K. Buchałę związku ryzyka jest opisywany przez C. Roxina jako problem dozwolonego ryzyka²³⁵⁵. Ten ostatni autor pisze tak: „*Jest wiele sposobów zachowania, które niosą ze sobą niebezpieczeństwo, lecz z uwagi na przewagę interesu publicznego są one – pod warunkiem przestrzegania przewidzianych reguł – generalnie dozwolone*”²³⁵⁶. O tym, że w polskiej nauce nie jest to istotne *novum*, nie trzeba nikogo

²³⁴⁹ C. Roxin, „Problematyka...”, s. 10.

²³⁵⁰ Ibidem.

²³⁵¹ Ibidem.

²³⁵² Zob. M. Rodzyński, „Modelowanie...”, s. 28 i n, co do przeglądu stanowisk, Ł. Pohl, „Czyn”, s. 202–240.

²³⁵³ Na gruncie karnistyki trafnie i lakonicznie oddaje to Ł. Pohl, „Struktura...” s. 80 pisząc „*Słowem zrealizować znamiona ustawowej określoności można wyłącznie wówczas, gdy ustali się uprzednio, że podmiot potrafił zakazane zachowanie wykonać*”. O warunku obiektywnej wykonalności czynu pisze ten autor w swoim podręczniku, Ł. Pohl, „Prawo karne. Wykład...”, s. 114.

²³⁵⁴ C. Roxin, „Problematyka...”, s. 10.

²³⁵⁵ C. Roxin, „Problematyka...”, s. 12.

²³⁵⁶ Ibidem.

przekonywać²³⁵⁷. Nie jest to zresztą kwestia stanowiąca domenę nauki o tzw. obiektywnym przypisaniu, lecz była w samej nauce niemieckiej zauważana już dużo wcześniej²³⁵⁸. W tym więc zakresie nauka o tzw. obiektywnym przypisaniu nic przełomowego nie wnosi.

W przybliżającej polskiej nauce prezentacji koncepcji tzw. obiektywnego przypisania autorstwa C. Roxina znaleźć można jeszcze czynniki, które oznaczają w pewnych wypadkach „*dalsze organicznie odpowiedzialności, a które można by określić jako <<przynależność skutku do prawnokarnego zakresu ochrony>>*”²³⁵⁹. W tym kontekście autor ten zwraca uwagę zwłaszcza na zasadę „*autonomii ofiary*” i „*włączenie do cudzego zakresu odpowiedzialności*”²³⁶⁰.

To pierwsze pojęcie oznacza niemożliwość przypisania skutku, która wynika choćby z nieumyślnego zachowania się osoby bezpośrednio odpowiedzialnej, czego przykładem może być pozostawienie osobie trzeciej heroiny, która po jej sobie wstrzyknięciu umiera. Analogiczne sytuacje skutkowały skazaniem – w realiach niemieckich – za nieumyślne spowodowanie śmierci. Zdaniem C. Roxina odstępianie od takiej linii orzeczniczej na gruncie nauki niemieckiej „(...) *zdaje się dowodzić, że nowoczesna teoria o przypisaniu stopniowo toruje sobie drogę także w niemieckim orzecznictwie*”²³⁶¹. Otóż nie trzeba być wybitnym karnistą, aby zauważyć, że taka teoria nie jest dla polskiego prawa karnego nieodzowna. Pomijając odpowiedzialność karną na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii²³⁶², wskazać należy, że problem ten rozwiązać można w sposób prostszy, a mianowicie choćby przykładowo przez prawidłową klaryfikację części wyrażania normokształtnego zakodowanego w art. 155 § 1 k.k. jakim jest słowo „*powoduje*”. Słowo to na gruncie powszechnego języka polskiego znaczy: «*być sprawcą, powodem czegoś*» lub też w drugim znaczeniu «*kierować kimś, wpływać na kogoś*»²³⁶³. Pod tym względem jego rdzeń semantyczny nie uległ zasadniczej zmianie w polskim języku ogólnym od dłuższego czasu²³⁶⁴. Wyraz ten wyraża więc pewną przyczynowość w tekście ustawy. Pytanie, jakie należy sobie zadać brzmi, czy chodzi tutaj o jakiejkolwiek przyczynienie się innej osoby, a więc np. matki osoby podającego heroinę? Tak ujmować to można kierując się tylko symplicystycznie postrzeganą teorią ekwiwalencji, która, jak to zostało już powiedziane wyżej,

²³⁵⁷ Wystarczy bowiem wskazać na prace szeregu różnych rodzimych autorów, którzy wskazują, że zachowanie norm ostrożności pełni w prawie karnym najogólniej taką funkcję, że wyklucza – niezależnie od konkretnie wskazywanej podstawy – odpowiedzialność karną. Co do tego zob. np. A. Gubiński, „*Wyłączenie...*”, s. 103 czy K. Buchała, „*Przestrzeganie zasad...*”, s. 84 i n. Jedynym do końca nierozstrzygniętym problemem jest pytanie o umiejscowienie norm (reguł) ostrożności w strukturze przestępstwa, na które pewną, oczywiście daleką od doskonałości, próbą odpowiedzi jest niniejszy trud poznawczy.

²³⁵⁸ Dla polskiej nauki wkład w popularyzację tych koncepcji wniosło opracowanie J. Giezka, „*Naruszenie...*”, s. 65 i n.

²³⁵⁹ C. Roxin, „*Problematyka...*”, s. 15.

²³⁶⁰ Pojęcia te okazały się tak trwałe, że do dzisiaj operuje nimi doktryna, por. T. Sroka, op.cit., s. 534 i n.

²³⁶¹ C. Roxin, op.cit., s. 17. Odwołuje się on tutaj od orzeczenia BGHSt 32, 262.

²³⁶² Wspomina o niej także C. Roxin, „*Problematyka...*”, s. 15.

²³⁶³ Słownik Języka Polskiego PWN, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/powodowa%C4%87>, odczyt dnia 30.03.2014 r.

²³⁶⁴ Według „*Słownika ilustrowanego języka polskiego*” autorstwa M. Arcty, Warszawa 1929, s. 610, powodować to nic innego jak: „*prowadzić, kierować, p. kogoś do czegoś = przywodzić, pobudzać, podniecać (...)*”.

śluszenie została na gruncie prawa karnego odrzucona jako samoistny miernik wyłączania odpowiedzialności karnej²³⁶⁵, co znajduje pełne wsparcie w sensualistycznym ukierunkowaniu polskiej zintegrowanej koncepcji wykładni²³⁶⁶. Już bowiem odwołanie się do teorii warunku odpowiadającego empirycznie potwierdzonej prawidłowości prowadzi do jasnej konkluzji, że do wystąpienia ogólnej prawidłowości, zgodnie z którą człowiek przedawkowujący heroinę umiera, warunkiem podstawowym jest zażycie nadmiernej dawki heroiny²³⁶⁷. W tym też kontekście prezentowanie teorii tzw. obiektywnego przypisania jako krytyki naukowej, która wprowadzić może nową jakość do orzecznictwa jest – przynajmniej w odniesieniu do prawa polskiego – nieadekwatne. Pobieżna już jego obserwacja unaocznia, że potrzeba taka nie istnieje²³⁶⁸.

Drugi niezwykle wymowny przykład, którym posłużył się C. Roxin dotyczy sprawy przedstawionej przez autora w następujący sposób: *„A uderzył przez nieuwagę samochodem w drzewo, w wyniku czego pasażer złamał sobie lewe udo. W szpitalu umarł on na zakażenie krwi, spowodowane nieostrożnością lekarzy”*²³⁶⁹. Komentując wyrok będący kanwą tego stanu faktycznego, autor zauważa: *„Również w tego przypadkach nasze sądy mają zwyczaj skazywać pierwszego sprawcę za nieumyślne zabójstwo”*²³⁷⁰. Dopiero przez przyjęcie koncepcji tzw. obiektywnego przypisania skutku można zdaniem autora zwalczyć tą linię orzecniczą. Twierdzenia te nie są aktualne na gruncie doktryny polskiej: jasne jest bowiem, że przy prawidłowej wykładni przepisów prawa karnego spowodowanie śmierci jest tutaj następstwem błędnej interwencji lekarskiej. Samo bowiem złamanie kości udowej prowadzić może co prawda do kalectwa, a tylko wyjątkowo do śmierci²³⁷¹. Tylko bezrefleksyjnie aplikując teorie warunku *sin qua non* twierdzić można, że sprawca wypadku odpowiada za śmierć pasażera²³⁷². Równie dobrze, idąc tym tropem rozumowania można by powiedzieć, że odpowiedzialności karnej podlega np. ten, kto posadził przy drodze drzewa. Aktualizuje to pytanie, czy niezbędne jest odwołanie się do jednego z normatywnych kryteriów w postaci włączenia do cudzego zakresu odpowiedzialności

²³⁶⁵ Zob. J. Giezek, „Przyczynowość...”, Wrocław 1994, s. 16 i n.

²³⁶⁶ M. Zieliński, „Wykładnia...”, s. 252. Przypomnieć należy, że w najprostszym rozumieniu jej sensualizm wyraża się w tym, że interpretacji podlega każdy ze zwrotów interpretowanego tekstu prawnego.

²³⁶⁷ Do tego samego rezultatu odnieść się można przyjmując określone rozumienie czasownika „powoduje” na gruncie prawa karnego, zob. R. Dębski, „Pozaustawowe...”, s. 215. Co do semantycznej analizy czasownika powoduje na gruncie prawa karnego zob. R. Sarkowicz, op.cit., s. 49–57.

²³⁶⁸ Za odwołaniem się do tej zasady jako negatywnej przesłanki przypisania skutku opowiada się zasadniczo M. Bielski, „Obiektywna...”, s. 293–295, a także T. Sroka, op.cit., s. 530–534.

²³⁶⁹ C. Roxin, „Problematyka...”, s. 18 na podstawie orzeczenia OLG Celle, NJW 1958, 271.

²³⁷⁰ Ibidem. Autor to tłumaczy w ten sposób, że należy się zawsze liczyć z lekkimi bądź średnimi błędami lekarskim, więc ich skutki stanowią jeszcze urzeczywistnienie skutku „wypadku”. Już w tym miejscu jako ciekawe jawi się uznanie w orzecznictwie spowodowania śmiertelnego zakażenia krwi przy złamaniu uda za średni bądź lekki błąd lekarski. Czym więc jest w Niemczech poważny błąd lekarski?

²³⁷¹ Odrzuca to również, ze względu na brak powiązania normatywnego, w ślad za A. Zollem, M. Bielski, „Problematyka...”, s. 298.

²³⁷² A więc kierując się nieograniczonym pojmowaniem związku przyczynowego jako wyrażającego się w „jednostronnym przekazie energii od jednego ciała do innego” (zob. na ten temat S. Kiczuk, „Związek przyczynowy a logika przyczynowości”, Lublin 1995, s. 161).

dla wykluczenia odpowiedzialności karnej sprawcy?²³⁷³ Warto zauważyć w tym kontekście, że w odniesieniu do tego czynu problematyczne jest już choćby przypisanie sprawcy nieumyślności – chyba, że przyjmie się, że jadąc nieuważnie kierowca musi przewidywać śmierć pasażera na skutek wypadku, który powoduje konieczność interwencji lekarskiej, która to zakończyć się może „średnim błędem medycznym” w postaci śmiertelnego zakażenia krwi.

Wychodząc wreszcie poza kryteria zarysowane przez C. Roxina, wskazać należy jeszcze krótko na popularną na gruncie nauki polskiej a zaczerpniętą również z nauki niemieckiej koncepcję zwiększenia ryzyka²³⁷⁴. Opiera się ona na założeniu, że w przypadku zachowania zgodnego z normą sankcjonowaną sprawca istotnie zredukowałby ryzyko. Spotkała się ona w Niemczech z druzgocącą krytyką szeregu przedstawicieli doktryny²³⁷⁵. Jako, że przedstawianie tego zagadnienia *in extenso* wykracza zasadniczo poza ramy tej pracy, wskazać wypadnie, iż w koncepcji tej niejasne jest chyba wszystko, poczynając od samego pojęcia ryzyka²³⁷⁶.

Rozważania powyższe uzupełnić należy o przegląd wybranego orzecznictwa SN, który jest o tyle pożądanym, że stanowi on istotne źródło informacji o stosowanych kryteriach tzw. obiektywnego przypisania skutku²³⁷⁷. Zarazem umożliwi to weryfikację, w jakim stopniu stosowanie tych kryteriów wpływa na wydawane orzeczenia.

Bezpodstawność inwokowania tzw. nauki o obiektywnym przypisaniu skutku widać już w pierwszych rozstrzygnięciach SN odwołujących się do tej koncepcji. W powoływanym już w niniejszej pracy wyroku IV KKN 509/98²³⁷⁸, stan faktyczny – dla przypomnienia – kształtował się następująco: oskarżony, będąc odpowiedzialny za wyrąb drzewa w lesie, polecił podległym mu pracownikom ściąć dwa drzewa i pozostawić je, po należyтым oznaczeniu obszaru wycinki, na przebiegającej przez las drodze, skutkiem czego na drzewa te najechał rowerem pokrzywdzony, odnosząc obrażenia w postaci powodującej rozstrój zdrowia na okres powyżej 7 dni. SN skorygował w swoim rozstrzygnięciu pogląd Sądu niższej instancji, iż w przedmiotowej sprawie „istniał bezpośredni związek przyczynowo – skutkowy”²³⁷⁹. W istocie SN rozwija tutaj

²³⁷³ Za takim kryterium negatywnym przypisania skutku wypowiada się zwłaszcza T. Sroka, op.cit., s. 534–555, z pewnymi jednak warunkami, zwłaszcza wtedy, gdy: „zachowania domniemanego sprawcy i osoby trzeciej następują w stosunku do siebie sekwencyjnie” oraz dalej ograniczając przypisanie do „tylko tej osoby, która zaniechawszy wykonania ciążących na niej obowiązków z perspektywy czasowej jako ostatnia” mogła zapobiec wystąpieniu skutku, czy wreszcie, gdy osoba trzecia przyjęła odpowiedzialność karną za inny skutek (zob. idem, op.cit., s. 544, 549–550).

²³⁷⁴ Jej omówienie np. M. Bielski, „Obiektywna...”, s. 238–248. Do jej zwolenników zalicza się np. J. Giezek, „Przyczynowość...”, s. 186 i n. i to również w zakresie przestępstw umyślnych (zob. idem, op.cit., s. 216–217).

²³⁷⁵ Przegląd głosów w doktrynie znaleźć można chociażby w pracy G. Duttge, op.cit., s. 15–25, zwłaszcza 24–25.

²³⁷⁶ W trafnej krytyce tego rozsadzającego tradycyjną dogmatykę kryterium podkreśla się m.in. to, że jest to „weit gefasste und begrifflich wenig präzise Formel” która w istocie stanowi próbę kryminalizacji nieumyślnego usiłowania, zob. G. Duttge, op.cit., s. 24–25 i cyt. tam literatura.

²³⁷⁷ Ze względu na ograniczenia miejscowe i tematyczne przegląd ten został zawężony do 5 judykatów SN wyszukanych za pomocą słów kluczy w zbiorze orzecznictwa dostępnym w programie LEX Omega. Dzięki temu można było poświęcić im obszerniejsze omówienie.

²³⁷⁸ OSNKW 2001, z. 5–6, poz. 45, Lex Omega nr 46111.

²³⁷⁹ Zob. s. 6 Uzasadnienia.

niepotrzebny dyskurs, stwierdzając niemożliwość przypisania skutku wobec braku możliwości stwierdzenia stworzenia lub znacznego „zwiększenia prawnie nieakceptowane niebezpieczeństwo (ryzyko) dla dobra prawnego”²³⁸⁰. Abstrahując już od ewentualnej preferencji wobec koncepcji braku przekroczenia normy sankcjonowanej, skoro zachowanie sprawcy było w pełni ostrożne, to wskazać należy, że już oparcie się o jakąkolwiek bardziej wysublimowaną teorię związku przyczynowego, jak chociażby promowaną przez J. Giezka wizję warunku odpowiadającego empirycznie potwierdzonej prawidłowości, redukuje konieczność rekursu do koncepcji promowanej przez C. Roxina – koncepcji, której tak istota jak i próba implementacji, jak to uwidoczni analiza dalszych rozstrzygnięć SN, jest bardzo problematyczna. Tak więc już w pierwszych chronologicznie na gruncie prawa polskiego orzeczeniach *de facto* nie istniała potrzeba wykorzystywania tej konstrukcji.

Dalsze uwagi musi budzić lektura bardziej współczesnego orzeczenia w sprawie o sygnaturze IV KK 187/11²³⁸¹, gdzie odwołano się do koncepcji nieakceptowalnego zwiększenia ryzyka przez oskarżonego, który nie zachował szczególnej ostrożności podczas zbliżania się do przejścia dla pieszych oraz zaniechał należytej obserwacji tego miejsca tudzież zachowania znajdujących się tam osób. W rezultacie doprowadził on do potrącenia przechodzącej na rzeczonym przejściu pokrzywdzonej małoletniej. Otóż SN, dochodząc do w pełni zgodnej z zasadami logiki konkluzji, że błędne było uniewinnienie sprawcy na tej tylko podstawie, że alternatywne zachowanie zgodne z prawem także spowodowałoby wypadek drogowy w postaci zderzenia z pokrzywdzoną, wskazał, że podstawą jego przypisania być musi ocena, czy „są podstawy do przypisania tego uszczerbku na skutek istotnego zwiększenia prawnie nieakceptowanego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego”²³⁸². W tym przypadku prawidłowa rekonstrukcja normy sankcjonowanej wyrażonej zwięźle w art. 177 § 1 i 2 k.k. wraz z wykładnią zawartego w tym przepisie słowa „powoduje”, prowadzi do konkluzji, że odpowiedzialność karną może ponieść osoba, która swoim nieostrożnym zachowaniem li tylko współ-powoduje, tj. spowoduje, wywołuje wypadek wspólnie z innymi osobami²³⁸³. W takim też wypadku aktualizuje się odpowiedzialność wszystkich uczestników²³⁸⁴. Niepotrzebne jest tutaj wprowadzenie

²³⁸⁰ Zob. s. 7 Uzasadnienia.

²³⁸¹ LEX nr 950442.

²³⁸² Taki sposób rozumowania jest szczególnie problematyczny w odniesieniu do sfery komunikacji drogowej, gdzie obok alternatywnego zgodnego z prawem zachowania w postaci poruszania się z niższą prędkością wskazać można na alternatywne, niezgodne z prawem zachowanie w postaci przemieszczania się np. z dwukrotnie wyższą prędkością, która umożliwiłaby uniknięcie potrącenia pieszej w rozważanym w niniejszej sprawie stanie faktycznym lub innym, podobnym stanie, a które sądy, jak wiadomo nie wykorzystują (zob. w tej mierze rozważania zawarte w rozdziale VIII niniejszej pracy).

²³⁸³ Identyfikacja R. A. Stefański, „Glosa do wyroku SN z dnia 3 listopada 2010 r., II KK 109/10”, *Palestra* 2011 nr. 3–4, s. 144–150.

²³⁸⁴ Zauważyć należy, że na podstawie art. 60 § 2 pkt. 3) k.k. uzasadnione byłoby wymierzenie wobec sprawcy będącego zarazem pokrzywdzonym kary nadzwyczajnie złagodzonej, gdyby tylko pokrzywdzona ze względu na swój wiek mogła ponosić odpowiedzialność karną. Przepis ten bowiem stanowi, iż: „jeżeli sprawca przestępstwa

dodatkowej kategorii ryzyka²³⁸⁵.

Tymczasem stosowanie koncepcji tzw. obiektywnego przypisania skutku jest coraz bardziej rygorystycznie wymuszane w orzecznictwie²³⁸⁶.

W rozstrzygnięciu SN w sprawie II KK 193/11²³⁸⁷ wskazano, że nie każde naruszenie reguły ostrożności może mieć znaczenie dla ustalenia odpowiedzialności karnej, ale takie, które prowadzi do znaczącego zwiększenia ryzyka. Domniemywać to można najczęściej w sytuacji istotnego naruszenia reguł prawnych²³⁸⁸. Orzeczenie to spotkało się z pozytywnym odbiorem w części doktryny, wskazującej m.in., że dookreśla ono nowatorskie przesłanki w obiektywnym przypisaniu skutku²³⁸⁹, porządkując zarazem tą koncepcję. Wyrażając myśl o wskaźnikowym znaczeniu naruszenia „reguł postępowania z dobrem prawnym”, SN odnosi się do faktu, że naruszenie reguł bezpieczeństwa w postaci „organizacji przedstawienia, w którym posługiwano się otwartym ogniem, nie przesądza jeszcze o tym, że charakter tego naruszenia w sposób istotny zwiększył ryzyko powstania skutku w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (lub bezpośredniego niebezpieczeństwa takiego uszczerbku) na drodze, na której skutek ten się zrealizował”²³⁹⁰. Teza ta razi ogólnością i brakiem precyzji: oczywiste jest, że z faktu, iż zastosowanie w trakcie inscenizacji płomieni dla kwalifikacji ryzyka *per se* nie może prowadzić do konkluzji o zwiększeniu niebezpieczeństwa. Zależy to bowiem od okoliczności faktycznych: czym innym jest wszak używanie zapalek do zapalenia świeczki na scenie, czym innym palenie zgromadzonych na scenie stosów łatwopalnych materiałów, np. książek w sytuacji inscenizacji w dziecięcym teatrzyku. Również mylące są sformułowania społecznej akceptowalności stosowania ognia w trakcie publicznych wydarzeń. Mimo niechęci do spekulacji na poziomie, który właściwy jest dla SN, suponować można, że są one bowiem tak długo akceptowane, dopóki przestrzega się zasad bezpieczeństwa, w tym przepisów przeciwpożarowych²³⁹¹.

nieumyślnego lub jego najbliższy poniósł poważny uszczerbek w związku z popełnionym przestępstwem”.

²³⁸⁵ Rozumowanie SN, który wprowadza przesłankę stworzenia czynem sprawcy (nieakceptowalnego) ryzyka, w którym urzeczywistnia się skutek, rozmywa zasady odpowiedzialności karnej. Dla odpowiedzialności karnej istotne jest stworzenie skutku wpisanego w treść normy sankcjonowanej (co do tego zagadnienia zob. Ł. Pohl, „Struktura...”, s. 89–95), a nie ryzyka. Koncepcję ustalania odpowiedzialności karnej za pomocą odwołania się do koncepcji *Risikoerhöhungslehre* podnosi także M. Bielski, „Kryteria...”, s. 518, stwierdzając, iż „Po pierwsze, zamazuje ona granicę między przestępstwami skutkowymi z naruszenia dobra prawnego i konkretnego narażenia dobra na niebezpieczeństwo. Po drugie, przemawia przeciwko niej treść art. 9 § 2 k.k. (...)”

²³⁸⁶ Tak chociażby w orzeczeniu IV KK 290/06, OSNwSK 2006 nr 1, poz. 1866.

²³⁸⁷ OSNKW 2012 z. 9, poz. 89, Biul. SN 2012 nr 9 poz. 11.

²³⁸⁸ Zob. s. 8 uzasadnienia orzeczenia. Co ciekawe, SN nie wskazuje, kiedy można mówić o istotnym naruszeniu norm ostrożności, a sformułowanie to ma charakter wybitnie ocenny. Stąd też w pełni podzielam krytykę tego rozstrzygnięcia wyrażoną w doktrynie, zob. A. Barczak–Oplustil, „Glosa do postanowienia SN z dnia 15 lutego 2012 r. II KK 193/11”, e-CZPKiNP 2012, z. 4, s. 149–157.

²³⁸⁹ W tym kierunku zwłaszcza S. Tarapata, „Głos w sprawie niebezprawnego naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym (o przypadku tzw. „płonącego anioła”)”, e-CZPKiNP 2013, z. 12, s. 3.

²³⁹⁰ Cytat z uzasadnienia podaje za LEX nr 1212351.

²³⁹¹ Zważyć należy, że w przedmiotowym wyroku podkreśla się, że stosowanie ognia w trakcie rzeczonych przedstawień jest dopuszczalne „(...) jeżeli posługują się nim osoby odpowiednio dojrzałe”, zob. s. 6 uzasadnienia, a dalej na dowód tej dojrzałości wskazuje się fakt, że taki osobami „są siedemnastoletni uczniowie”. Nie trudno chyba

W tym przypadku jako czynnik prowadzący do wyłączenia odpowiedzialności karnej nie wystarcza sam fakt niezgodnego postępowania aktorów z pierwotnym scenariuszem – nawet zakładając, że organizatorzy spektaklu nie mieli obiektywnych powodów do oczekiwania nieregularności w zachowaniu uczniów²³⁹². W chwili bowiem zapalenia zniczy, co niezgodnie z scenariuszem nastąpiło jeszcze w trakcie, gdy uczniowie siedzieli w rzędzie krzeseł, czuwający na przebiegiem przedstawienia winni powziąć natychmiastowe działania, aby temu zapobiec, nawet naruszając artystyczną kompozycję wystąpienia. Dla uzmysłowania sobie tego analogicznie wyobrazić sobie można kazus szkolnej wycieczki do strzelnicy, gdzie uczniowie poinstruowani jak należy obchodzić się z bronią rozpoczynają strzelanie niezgodnie z regulaminem, czym śmiertelnie ranią się nawzajem²³⁹³. Wyłączenie odpowiedzialności karnej opiekunów w tym przypadku jest problematyczne, a do tego zmierza omawiane w niniejszej sprawie rozstrzygnięcie.

W innym wyroku w sprawie V KK 342/12 SN odwołał się do innej jeszcze przesłanki tzw. obiektywnego przypisania skutku, jakim jest autonomiczne samo–narażenie się²³⁹⁴ pokrzywdzonego, który będąc ofiarą pobicia został przewieziony do szpitala, i po udzieleniu pomocy medycznej „nie wyraził zgody na hospitalizację”²³⁹⁵, a następnego dnia, na skutek pogarszającego się stanu zdrowia, mimo przewiezienia do szpitala, zmarł. Zgodnie z uzasadnieniem tego wyroku, ze względu na fakt, że działanie sprawców było spowodowaniem „bardzo znacznego ryzyka naruszenia dobra prawnego i stanowiło naruszenie w sposób rażący reguły postępowania z tym dobrem, to ewentualne późniejsze zaniechanie przez osobę będącą gwarantem nienastąpienia skutku działań, które miały przerwać uruchomiony przebieg przyczynowy i odwrócić zagrożenie dla dobra prawnego, nie zwolni z odpowiedzialności za skutek osoby, która ten przebieg uruchomiła, ani też nie zmniejszy jej winy”²³⁹⁶. W przedmiotowej sprawie nie podejmuje się szerzej wątku kryteriów stosowanych do uznania danego zachowania za istotnie czy drastycznie naruszające reguły postępowania, tak jak zostało to zasygnalizowane w omówionym orzeczeniu powyżej, aczkolwiek w tym przypadku rozstrzygnięcie to jest na pewno

przeoczyć, że całokształt stanu faktycznego sprawy ukazuje właśnie, że nie zawsze tak jest. Takie rozumowanie zapoznaje również fakt, że organizatorzy określonego widowiska są odpowiedzialni nie tylko za napisanie scenariusza, ale także za jego prawidłową realizację, zwłaszcza, gdy występujące osoby nie mają dostatecznego doświadczenia scenicznego, i można obawiać się nieregularności w ich zachowaniu chociażby ze względu na poddanie stresowi i tremie występu publicznego.

²³⁹² Co mogłoby mieć miejsce chociażby w przypadku uczniów szkoły specjalnej.

²³⁹³ W takim przypadku, odwołując się do sformułowania SN, powiedzieć by wypadało, że społecznie akceptowalne są wycieczki na strzelnice dojrzałych (gdyż 17–letnich) uczniów, stąd jakiegokolwiek ich zachowania po poinstruowaniu o sposobie strzelania nie mogą prowadzić do odpowiedzialności karnej nauczycieli, nawet mające charakter rażących ekscesów.

²³⁹⁴ Co ciekawe, wyraz ten, stosowany przez zwolenników teorii obiektywnego przypisania skutku jest ewidentnie nieudany spolszczeniem słowa niem.: „Selbstgefährdung”.

²³⁹⁵ Zob. s. 2 Uzasadnienia cyt. orzeczenia.

²³⁹⁶ Zob. s. 7–8 Uzasadnienia cyt. orzeczenia. Co warto podkreślić, w przedmiotowej sprawie w stanie faktycznym pojawiał się również problem ewentualnego błędu lekarza udzielającego pomocy medycznej, które SN uznał za w pełni irrelevantny.

zgodne z intuicjami społecznymi. Niemniej tutaj SN w istocie ignoruje pewne wskazywane w literaturze negatywne przesłanki przypisania skutku, będąc już w obrębie samej tej teorii niekonsekwentny²³⁹⁷. W przedmiotowej sprawie mimo ozdobników w postaci szerokiego odwołania się do literatury z zakresu tzw. obiektywnego przypisania skutku, teoria ta nie została w pełni konsekwentnie zastosowana. Sądzę, że dla pełności rozważań zabrakło odniesienia do konkludentnie wyrażonej zgody na ewentualne pogorszenie się stanu zdrowia przez samego pokrzywdzonego. W tym więc przypadku oskarżonym przypisuje się odległy skutek, który oni tylko zapoczątkowali²³⁹⁸.

Ta linia orzecznicza jest niestety kontynuowana w dalszych wyrokach SN, czego wyrazem jest rozstrzygnięcie w sprawie III KK 33/13²³⁹⁹, stanowiące być może jedno z najgorszych uzasadnień w historii demokratycznego polskiego sądownictwa kasacyjnego w sprawach karnych. Stan faktyczny w przedmiotowej sprawie wyglądał następująco: oskarżonemu zarzucono, że w dniu 30 czerwca 2011 r. uderzył pięścią w twarz pokrzywdzonego, w wyniku czego tenże przewrócił się i uderzył głową w asfaltowe podłoże, co skutkowało obrażeniami ciała w postaci złamania kości czaszki i kości potylicznej z krwiakiem podtwardówkowym nad prawą półkulą mózgu. Pokrzywdzony został tego samego dnia hospitalizowany, przeprowadzono zabieg operacyjny. W następnych dniach – tj. od 1 lipca do 20 sierpnia pokrzywdzony miał gorączkę, odsysano wydzielinę zalegającą w oskrzelach. 20 sierpnia pokrzywdzony umiera, a biegły sądowy stwierdza, że „bezpośrednią przyczyną śmierci pokrzywdzonego było zapalenie płuc”²⁴⁰⁰.

Lektura tego uzasadnienia jest czytelnym wyrazem tego, że SN zajmuje zdecydowane i jednoznaczne stanowisko w sferze sporów naukowych, przyjmując koncepcję, która na gruncie obecnego brzemienia k.k. jest tylko jedną z rozlicznych. Warto tutaj przytoczyć fragment tego rozstrzygnięcia: „Wspomnieć należy, że ekstensywna krytyka teorii ekwiwalencji (przydatności testu warunku sine qua non), na jaką powołuje się Sąd II instancji, w polskiej dogmatyce prawa karnego została przeprowadzona przez wielu autorów”²⁴⁰¹. I co z tego? Czy przesądza to o jej

²³⁹⁷ Chodzi tutaj oprócz wskazanego już samonarażenia się ofiary (zob. T. Sroka, op.cit., s. 530–531) także włączenie do cudzego zakresu odpowiedzialności, (zob. T. Sroka, op.cit., s. 534 i n.), zwłaszcza w sytuacji, kiedy ustalone zostało przez biegłych w sprawie, że „Brak [kontynuowania] leczenia [przez wypisanie się do domu pokrzywdzonego – przyp. M. B.] musiał jednak skutkować narastaniem zmian krwotocznych i obrzęku mózgu”, zob. s. 3 Uzasadnienia cyt. orzeczenia.

²³⁹⁸ Porównać to można do przypadku, gdyby zamiast bicia doszło do wstrzyknięcia nieznanego płynu pokrzywdzonemu, który w pogarszającym się stanie zdrowia i tak rezygnuje z hospitalizacji. W przekonaniu piszącego te słowa dla skazania – w myśl zasady *in dubio pro reo* – konieczne byłoby udowodnienie, że nawet przy nieprzerwanej i prawidłowo udzielonej pomocy medycznej działanie trucizny (czy skutki ciosów) niechybnie prowadziłyby do śmierci. Frapujący jest odwrócony ciężar dowodu w rzeczonym wyroku (zob. s. 8 Uzasadnienia cyt. orzeczenia): „(...) nawet gdyby udało się wykazać (co w sprawie nie było możliwe), że istniała medyczna możliwość zapobieżenia skutkowi śmiertelnemu (...)”.

²³⁹⁹ OSNKW 2013 z. 11, poz. 94, Lex Omega nr 1391441. Nie sposób nie dostrzec, że kolejne rozstrzygnięcia dotyczące obiektywnego przypisania skutku związane są z osobą SSN W. Wróbla.

²⁴⁰⁰ Zob. s. 2–3 Uzasadnienia cyt. orzeczenia.

²⁴⁰¹ Zob. s. 6–7 Uzasadnienia cyt. orzeczenia.

nietrafnosci? Oczywiście w niniejszym opracowaniu autor nie opowiada się za stosowaniem teorii ekwiwalencji na gruncie prawa karnego, niemniej jednak wytyki tego charakteru, iż „(...) *twierdzenie Sądu ad quem, (...) jest błędne i wynika z przyjęcia określonej koncepcji badania związku kauzalnego*”²⁴⁰² pomijają fakt, że SN też przyjmuje określoną koncepcję badania związku kauzalnego, bynajmniej nie bezsporną i z tej perspektywy formułuje jednostronną krytykę. Zarzut ten nie ma podstawy prawnej, a dbanie o jednolitość orzecznictwa sądów powszechnych dokonywane winno być w perspektywie niezależności sędziowskiej. Wymuszanie stosowania koncepcji tzw. obiektywnego przypisania skutku w sytuacji, gdy nie ma w doktrynie zgodności co konstytuujących je kryteriów jest groteskowe²⁴⁰³. Odnosząc się natomiast do samego stanu faktycznego i podjętego rozstrzygnięcia, czytelne jest, że SN w tym przypadku podejmuje się zasadniczo odmiennej oceny niż w omawianym poprzednio wyroku, wywodząc, iż dla oceny odpowiedzialności karnej trzeba wyjaśnić ciągłość udzielania świadczeń medycznych²⁴⁰⁴, co jest tym bardziej zastanawiające, iż w przedmiotowej sprawie miało miejsce zauważalne naruszenie norm ostrożności.

Analiza tych kilku wybranych judykatów wystarcza do wysnucia wniosku, że na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat SN nie wypracował jakiegokolwiek przekonującego katalogu przesłanek negatywnego przypisania skutku, a orzeczenia ewokujące tę figurę karnistyczną rażą brakiem precyzji uzasadnień, rodząc poważne obawy, czy nie chodzi tutaj o różnie pojmowaną realizację enigmatycznych celów kryminalno–politycznych²⁴⁰⁵. W przypadkach, gdy odpowiedzialność karna oskarżonych przy zastosowaniu dotychczasowych instytucji karnistycznych jest akurat uzasadniona, uniewinnia ona ich, a w sytuacjach odwrotnych skazuje²⁴⁰⁶; w podobnych sprawach wreszcie wydaje się wyroki o różnej treści. Wszystko to możliwe jest dzięki wybiórczemu żonglowaniu – ze zdolnością wprawnego kuglarza – kryteriami

²⁴⁰² Zob. s. 8–9 Uzasadnienia cyt. orzeczenia.

²⁴⁰³ Natomiast samo uzasadnienie SN sprawia wrażenie, jakby sprowadzało się ono do zarzutu tego, że SA nie śledzi najnowszej literatury karnistycznej, powołując się „na prace W. Woltera z 1973 r. i J. Śliwskiego z 1975r” (zob. s. 4 Uzasadnienia cyt. orzeczenia). Nie sposób nie dostrzec, że prace Woltera są kanonicznym składnikiem wiedzy karnistycznej dużo bardziej niż niedawne opracowania (jak rozumiem chodzi o prace opublikowane), a sędzia nie ma obowiązku dyskusowania najnowszych, w dodatku wątpliwych i akademickich poglądów, tylko obowiązek zgodnego z prawem i zasadami sprawiedliwości orzekania.

²⁴⁰⁴ Zob. s. 8 Uzasadnienia cyt. orzeczenia.

²⁴⁰⁵ W samej literaturze niemieckiej podkreśla się, że tzw. obiektywne przypisanie ukierunkowane jest na stworzenie kryteriów normatywnych do określania określonego stanu rzeczy jako „*dziela sprawcy*” („*Werk des Täters*”) i przy takim ujęciu było już obecne w samej teorii adekwancji (co do tego zob. np. K. Larenz, „*Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*“, Deichert 1927, s. 62, gdzie omawia on m. in wywodzący się z roku 1905 postulat G. Dohny zastąpienia kauzalności wartościowaniem normatywnym. Stąd też poprawniejsze jest promowane przez Ł. Pohla, „*Struktura...*”, s. 107 skutkowe ujęcie czynu. Znajduje to szczególne uzasadnienie w pożądanej, nie tylko przez prawo karne precyzji pojęć. Żaden z autorów zajmujący się problematyką tzw. obiektywnego przypisania nie poświęcił osobnego studium w celu skonkretyzowania owych racji kryminalno–politycznych, do których z niepokojącą częstotliwością odwołują się szermierze tzw. obiektywnego przypisania skutku.

²⁴⁰⁶ Ku temu wybitnie zdadne jest posługiwanie się „*różnymi i teleologicznie ujętymi regułami przypisania skutku*” (s. 6 uzasadnienia orzeczenia w sprawie IV KKN 509/98).

tw. przypisania skutku.

W powyższych rozważaniach celowo skoncentrowałem się na dorobku literatury polskiej²⁴⁰⁷, bowiem to ona stanowić powinna fundament w debacie nad obowiązującą w Polsce strukturą przestępstwa przynajmniej do czasu, kiedy zasady odpowiedzialności karnej nie zostaną ujednolicone np. w obrębie UE. Już on bowiem wystarcza, aby przedstawić pewne kluczowe mankamenty tej teorii. W tym też kontekście jako zupełnie nieuzasadnione jawią się propozycje zmian w część ogólnej k.k., postulowane w latach 2012–2014 przez Komisję Kodyfikacyjną²⁴⁰⁸. Słusznie więc Komisja Kodyfikacyjna od planowanych przez siebie zmian odstąpiła²⁴⁰⁹.

Tak więc próba postrzegania norm ostrożności przez pryzmat tzw. obiektywnego przypisania jest próbą chybioną. Stąd też stwierdzić można, że znaczenie norm ostrożności na pewno nie wyraża się na gruncie prawidłowo funkcjonującego prawa karnego w tym, że stanowić one mają podstawę tzw. obiektywnego przypisania skutku. Niepotrzebnie wykorzystuje się do niego normy ostrożności, które mogą spełnić swoją funkcję na innym odcinku nauki o przestępstwie. Koncepcja tzw. obiektywnego przypisania skutku wprowadza bowiem szereg zupełnie arbitralnych normatywów, które prowadzą do ograniczania, bądź – w przypadku ich nieprawidłowego stosowania do rozszerzania odpowiedzialności karnej, normatywów, które nie mają ścisłej podstawy ustawowej i są wręcz rażącą próbą symplifycznego przenoszenia nieprzejrzystych preferencji kryminalno–politycznych.

Wszystko to powoduje, że uzasadniony jest daleko idący dystans do tzw. „*Objektive Zurechnungslehre*”. Pozostaje jeszcze pytanie, dotyczące ograniczania zakresu przyczynowości na potrzeby prawa karnego. Czy pod tym względem celowe jest opowiedzenie się za powrotem do teorii ekwiwalencji? Przeciwno takiemu rozwiązaniu przywołać należy w pierwszej kolejności teorie lepiej służące celom wyłączenia odpowiedzialności karnej, a zwłaszcza warunkowi odpowiadającemu empirycznie potwierdzonej konieczności. Natomiast normatywy, którymi posługuje się tzw. „*Objektive Zurechnungslehre*” rozpatrywać należy z właściwym

²⁴⁰⁷ Ogniskując swoją uwagę wokół najpowszechniej wymienianych w tym kontekście kryteriów tzw. obiektywnego przypisania, a abstrahując od tych, które nie mają powszechnego znaczenia, jak chociażby wskazywana w literaturze, zob. T. Sroka, op.cit., s. 564: „możliwość uzyskania świadczeń uznanych za gwarantowane”.

²⁴⁰⁸ Przypomnieć należy, że zgodnie z Projektem zmian w k.k. z 13 marca 2014 r., rozważane było ujęcie art. 2 k.k. rozbudowanego o § 1 oraz § 3 o następującym brzmieniu: „(§1) Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe podlega ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi. (§3) Skutku nie przypisuje się osobie nie zachowującej reguły postępowania z dobrem prawnym, jeżeli późniejsze naruszenie tej samej lub innej reguły postępowania przez inną osobę, w szczególności następujące później w sposób istotny wpłynęło na zmianę okoliczności wystąpienia skutku”. Przeciwno takiemu sformułowaniu opowiedział się, co symptomatyczne, m.in. M. Bielski w trakcie dyskusji podczas III Ogólnopolskiego Zjazdu Młodych Karnistów w Poznaniu w dniu 3 kwietnia 2014 r.

²⁴⁰⁹ Co ciekawe postulat nie regulowania w k.k. podstaw obiektywnego przypisania skutku został zgłoszony również przez M. Bielskiego, „*Kryteria...*”, s. 524, który podniósł m.in. fakt niemożności prostego wyrażenia ich w tekście ustawowym, stwierdzając tak: (...) trudno nie zauważyć, że mocno już rozbudowane dogmatycznie i skomplikowane kryteria normatywne obiektywnego przypisania skutku nie dają się w prosty sposób wtłoczyć w jasno sformułowaną treść przepisu prawa pozytywnego”. Pogląd ten został powtórzony w wypowiedzi w trakcie dyskusji na III Ogólnopolskim Zjeździe Młodych Karnistów w Poznaniu w dniu 3 kwietnia 2014 r.

uwzględnieniem występujących między nimi różnic. Część bowiem z nich, jak ukazują powyższe przykłady jawi się jako całkowicie zbędna, inne natomiast wykorzystać można przy aktualizowaniu koncepcji sprawstwa, co znakomicie przewidział i zaproponował w trakcie międzynarodowej konferencji poświęconej problematyce tzw. obiektywnego przypisania skutku w dniach 28–29 maja 2014 r. we Wrocławiu²⁴¹⁰ w trakcie swojego referatu P. Kardas. Zgadzając się z tą propozycją, zastrzec należy, że jej szczegółowe rozwinięcie przekracza ramy niniejszej pracy.

9) Próba wyrażenia własnego stanowiska co do umiejscowienia przekroczenia norm ostrożności w strukturze przestępstwa

Przeprowadziwszy analizę i krytykę wysławianych w polskiej nauce poglądów na umiejscowienie norm ostrożności w strukturze przestępstwa, pokusić się można o wyrażenie własnego stanowiska w tym zakresie. Logicznym *prius* dla prowadzonych tutaj rozważań będzie próba odpowiedzi na pytanie, co determinuje fakt nadania określonemu elementowi rangi odrębnego elementu w strukturze przestępstwa. Brak jest tutaj jakiegokolwiek definicji, niemniej jednak obserwacja praktyki formułowania postulatów co do składników struktury wewnętrznej przestępstwa pozwala zasugerować, że podstawowe znaczenie mają tutaj dwa czynniki: po pierwsze pytanie o to, czy element ten posiada autonomiczną doniosłość dla procesu filtrowania czynów podlegających odpowiedzialności karnej oraz po drugie to, czy element ten został wysłowiony na poziomie regulacji ustawowej. Takie określenie będzie chyba wyrazem trafnej intuicji różnych autorów.

Ten krótki wstęp był konieczny, aby zweryfikować możliwość przychylenia się – w konkluzji niniejszych rozważań – do poglądu Ł. Pohla, który w normach ostrożności dostrzega samodzielny element w strukturze przestępstwa postulując stosowne przeformułowanie art. 115 § 1 k.k. poprzez nadanie mu kształtu: „Czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej popełnione na skutek niezachowania przez sprawcę wymaganej w danych okolicznościach ostrożności”²⁴¹¹. Do poglądu tego co do zasady przychyliłem się już we wcześniejszych wypowiedziach. W niniejszym miejscu tego opracowania podać należy jeszcze pewne rozwinięcie tych myśli, a także samej koncepcji wspomnianego autora.

Po pierwsze, zauważyć należy, że za poglądem tym przemawiają przytoczone powyżej argumenty, które wykluczają możliwość zharmonizowania przekroczenia norm ostrożności z

²⁴¹⁰ Tekst tego wystąpienia do momentu zamknięcia redakcji niniejszej pracy w dniu 31 października 2014 r. nie zdążył ukazać się drukiem.

²⁴¹¹ Ł. Pohl, „Niezachowanie...”, s. 84.

innymi elementami struktury przestępstwa. Po drugie, zgodny jest on z teoretyczną charakterystyką norm ostrożności, które, jak to zostało już wskazane, nie posiadają waloru norm prawnych. Po trzecie, rozwija to pewne wyrażone już propozycje prezentowane w literaturze prawa karnego²⁴¹². Po czwarte, zakładając pewną kolejność weryfikacji poszczególnych pięter w strukturze przestępstwa, przekroczenie normy ostrożności należałoby zweryfikować w pierwszej kolejności jako logiczne *prius* badania, czy wypełnione są znamiona przestępstwa, co w wielu sytuacjach zaoszczędzić może żmudnego procesu dowodowego. Po piąte, takie usytuowanie norm ostrożności umniejsza zarazem zarzut redundancji materiału normatywnego, zarzut, który podnosi się np. w kontekście ujęcia warstwy deskryptywnej art. 177 § 1 k.k. Usamodzielnienie bowiem norm ostrożności i ich postrzegania, w zgodzie z ich teoretyczno-prawną charakterystyką, zaznaczającą ich nie-tetyczny charakter, prowadzi do wniosku, że jej naruszenie jest czymś zupełnie innym niż naruszenie zasad bezpieczeństwa określonych w rzeczonym przepisie, który w ocenie autora niniejszego opracowania musi być odnoszony do sformalizowanych norm postępowania zakodowanych w u.p.r.d.²⁴¹³. Stąd też taka propozycja przyczynia się klarownego podkreślenia tej różnicy. Po szóste, takie usytuowanie norm ostrożności lepiej, jak się wydaje, czyni zadość konstytucyjnej zasadzie *nullum crimen sine lege*, gdyż usuwa z zespołu znamion typu czynu zabronionego jedno ze „znamion ukrytych” („*domniemanych*”) i nadaje mu jasny status w strukturze przestępstwa.

Wydaje się, że normy ostrożności jako odrębny element w strukturze przestępstwa ulokowane winny być pomiędzy czynem a jego ustawową określonością. Zarazem jednak bliżej przyjrzeć się należy zaproponowanemu na VIII Bielańskim Kolokwium Karnistycznym przeformułowaniu brzmienia art. 115 § 1 k.k. Proponowane brzmienie tego przepisu mogłoby, przy braku dostatecznie dokładnego uzasadnienia nowelizacji, sprawiać wrażenie, że ustawodawcy chodzi o sformalizowanie określonej przesłanki tzw. obiektywnego przypisania skutku (wbrew, jak się zdaje, intencją jego pomysłodawcy), czego w każdym wypadku należy starać się uniknąć ze względu na fundamentalne i druzgocące braki w zakresie tzw. „*Objektive Zurechnungslehre*”. Przepis taki, ze względu na wpisanie warunku skutku, jaki zachodzi pomiędzy

²⁴¹² Chodzi tu w szczególności o pojmowanie norm ostrożności przez H. Otto, op.cit., s. 199 oraz I. Puppe, „*Der Aufbau des Verbrechens*” w: „*Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*”, Köln–Berlin 2007, s. 389 i n. Zaznaczyć należy, że przed oddaniem niniejszej pracy do druku i recenzji, w dniu 27 stycznia 2015 r. autorowi udało się zapoznać się ze stanowiskiem Ł. Pohla (które ze względu na jego wagę zostało uwzględnione mimo wcześniejszego zamknięcia pracy), iż „*dogmatycznie ujmowana struktura przestępstwa jest w istocie strukturą siedmioelementową, na którą składają się następujące elementy: (...) 3) niezachowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach*” (zob. Ł. Pohl, „*Komentarz do art. 1 k.k.*” w: „*Kodeks Karny. Komentarz*”, red. R.A. Stefański, Warszawa 2015, s. 27). Konweniuje ono w pełni z kierunkiem rozważań autora niniejszej pracy.

²⁴¹³ Samo bowiem ujęcie tego przepisu służyć ma zawężeniu kryminalizacji i wątpliwe jest ostatecznie twierdzenie, że odpowiedzialność na tej podstawie odnieść mogą osoby, które zachowują się zgodnie z takimi regulacjami, o ile konieczność odstąpienia od pewnej normy nie wynika z zasad wyrażonych w tym samym akcie prawnym. Zarzut ten jest słuszny jedynie w odniesieniu do art. 354 § 1 k.k., którego sformułowanie rzeczywiście stwarza możliwości różnych kierunków interpretacji.

niezachowaniem się dostatecznie ostrożnym a wypełnieniem znamion czynu zabronionego, mógłby w istocie rodzić takie ryzyko²⁴¹⁴. Pewna subtelna wątpliwość związana z tym przepisem związana jest z faktem, że w porównaniu do obecnego brzemienia art. 9 § 2 k.k. zmienia się nieco kolejność słów, co prowokuje pytanie, czy może to implikować zmianę merytoryczną. Pamiętając o dyrektywalnym poziomie interpretacji należy odpowiedzieć się raczej przeciwko takiemu stanowisku.

Zarazem doceniając błyskotliwość propozycji Ł. Pohla, która stanowi jakby sublimację wielu głosów krytycznych wobec obecnego ujęcia nieumyślności, zauważyć należy, co jest wyrazem pewnego subiektywnego podejścia piszącego te słowa, że zamiana k.k. w tym zakresie nie jest chyba absolutnie nieodzowna. Chciałbym wyrazić tutaj pogląd, iż wysłowiona tutaj propozycja jest pewnym wnioskiem dogmatycznym, którego przyjęcie jest możliwe ze względu na obecne już w art. 9 § 2 k.k. sformułowanie. Sformułowanie, które jak trafnie zauważono, przy zastosowaniu prawidłowych instrumentów wykładni prowadzi do nadania mu znacznie szerszej doniosłości niż jako nieco niefortunny składnik obecnego ustawowego nieumyślności²⁴¹⁵. Chcąc ograniczyć sądownictwu niebezpieczeństwa doświadczenia kolejnej, ponad 65-tej zmiany k.k. a społeczeństwu wrażenia narastającego chaosu legislacyjnego w niniejszej pracy **nie** zgłasza się postulat nowelizacji k.k.²⁴¹⁶. Przedstawione powyżej postrzeganie norm ostrożności stanowi uzasadniony względami teoretycznymi model nowatorskiego traktowania norm ostrożności w procesie sądowego stosowania prawa jako pewnego i precyzyjnego wyznacznika granic czynów prawnokarnie irrelevantnych, będącego samodzielnym, dodatkowym elementem w strukturze przestępstwa.

Do wyklarowania pozostaje jeszcze jedna kwestia, związana z dokładnym usytuowaniem tego warunku. Rozróżnić tutaj należy dwie sytuacje. W przypadku czynów o charakterze kontratypowym precyzuje ona zakres zastosowania normy sankcjonującej. W przypadku czynów typowych trafne jest natomiast związanie tego warunku z normą sankcjonowaną, a dokładniej z jednym z wstępnych warunków normowania, przy czym opowiedzieć się należy tutaj za tym, że jest to ostatni z tych warunków. Przyjmując bowiem ich wewnętrzną hierarchiczną strukturę, dopowiedzieć należy jeszcze, że jest to ostatni z tych warunków.

²⁴¹⁴ W rozumieniu zwolenników tzw. obiektywnego przypisania skutku byłaby to jego zasadnicza zaleta, wynikająca z bardzo dobrego ujęcia tej regulacji.

²⁴¹⁵ Ł. Pohl, „*Niezachowanie...*”, s. 81–83.

²⁴¹⁶ Co nie oznacza odrzucenia przenikliwej propozycji Ł. Pohla. Wydaje się że winna ona być wykorzystana przy tworzeniu nowego (europejskiego?) kodeksu karnego i stanowić wtedy głos polskiej dogmatyki, głos który w imię pewności prawa sprzeciwić się musi amorficznej grozie tzw. obiektywnego przypisania.

IV. Problematyka błędu co do norm ostrożności

Zagadnienie błędu co do norm ostrożności nie było przedmiotem szerszych rozważań w dotychczasowej polskiej, a także, jak się wydaje, i w obcej karnistyce²⁴¹⁷. Według jednej z nielicznych, aktualnych wypowiedzi, traktować go należy analogicznie jak błąd co do prawa²⁴¹⁸. Zanim poczynione zostaną własne ustalenia w tym zakresie, naświetlić trzeba wszak kwestię istoty błędu.

W dotychczasowej karnistyce dość rozpowszechnioną jest koncepcja tzw. dwupostaciowości błędu, wskazująca, że może on występować zarówno jako urojenie określonego fragmentu rzeczywistości jak i jej nieświadomości. To klasyczne postrzeganie istoty błędu reprezentował w polskiej karnistyce zwłaszcza W. Wolter²⁴¹⁹. Z takim podejściem do zagadnienia błędu stanowczo polemizował J. Giezek, wskazując, że błąd w postaci nieświadomości nie ma samoistnego znaczenia dla odpowiedzialności karnej²⁴²⁰. Stanowisko tych autorów, którzy odrzucają ujęcie błędu jako nieświadomości w najpełniejszej formie w polskiej karnistyce przedstawił Ł. Pohl, który, opierając się na rozważaniach K. Twardowskiego, zauważa trafnie, iż *„(...) błąd jako rezultat czynności błędzenia nie może być utożsamiany z samą czynnością błędzenia, a więc z czynnością, której merytorycznym i w konsekwencji nomenklaturowym odpowiednikiem w języku dogmatyki prawa karnego jest właśnie interesująca nas nieświadomość”*²⁴²¹.

Zgadza się z tym określeniem istoty błędu, nadmienić należy jeszcze dla pewnego porządku wywodów, że określanie błędu jako urojenia jest według J. Giezka, niepoprawne, gdyż termin ten ma ścisłe znaczenie w psychologii²⁴²². Nie spotkało się to z aprobatą Z. Ćwiąkalskiego,

²⁴¹⁷ Przynajmniej w doktrynie niemieckiej, hiszpańskiej czy angielskiego *common law*.

²⁴¹⁸ Ł. Pohl, „Błąd...”, s. 51, proponując aby *„(...) nieświadomość niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach traktować na zasadach identycznych co nieświadomość bezprawności”*. Wcześniej takie stanowisko wyraził autor w referacie wygłoszonym na VIII Bielańskim Kolokwium Karnistycznym, zob. Ł. Pohl, „Niezachowanie...”, Toruń 2012, s. 84.

²⁴¹⁹ W. Wolter, „Studia z zakresu prawa karnego”, Kraków 1947, s. 47, gdzie autor pisze: *„Błąd może pojawiać się w dwóch postaciach: albo w wyobraźni sprawcy istnieje mniej niż w rzeczywistości, wtedy mówimy o błędzie jako o <<nieświadomości>> albo w wyobraźni sprawcy istnieje więcej niż w rzeczywistości, wtedy mówimy o błędzie w ściślejszym tego słowa znaczeniu, a raczej o <<urojeniu>>”*, zob. również idem, „Funkcja błędu w prawie karnym”, Warszawa 1965, s. 13–15.

²⁴²⁰ J. Giezek, „Funkcja błędu co do ustawowych znamion w nowym kodeksie karnym”, w: „Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka”, A. J. Szwarc (red.), Poznań 1999, s. 111, który podkreśla, że sam brak świadomości określonych faktów, występujący powszechnie wobec ograniczeń ludzkiego rozumu, jeżeli nie jest sprzężony z pewnym pozytywnym, niekoherentnym z rzeczywistością obiektywną wyobrażeniem nie może być traktowany jako *per se* jako błąd. Taka konkluzja jest trafna również w odniesieniu do innych postaci błędu, w tym chociażby błędu co do prawa. Sama bowiem nieświadomość prawnej oceny określonego czynu nie jest relewantna, jeżeli nie towarzyszy jej przeświadczenie, że dany czyn jest przez prawo wprost dozwolony czy też nakazany.

²⁴²¹ Ł. Pohl, „Błąd...”, s. 19–20. Autor ten, op.cit., s. 24, w konsekwencji opowiada się za nieświadomością jako warunkiem koniecznym urojenia.

²⁴²² Wobec czego wrocławski autor proponuje określenie mylnego wyobrażenia. Zob. J. Giezek, „Kilka uwag...”, s. 110 i n.

który wywodzi, iż „*znaczenie językowe tego słowa*” w języku potocznym jest zbieżne z tym stosowanym w nauce prawa karnego, co jest o tyle uzasadnione, iż „*nie chodzi przecież tylko o dywagacje naukowe, ale o praktyczne stosowanie prawa karnego do ogółu społeczeństwa*”²⁴²³. Konwencji terminologicznej zaproponowanej przez J. Giezka nie stosuje również Ł. Pohl, konstatując wieloznaczność polisemiczną tego terminu i opowiadając się za „*dopuszczalnością posługiwania się w języku prawniczym rzeczonym terminem w jego znaczeniu obiegowym*”²⁴²⁴. Chociaż spór ten ma wydźwięk czysto formalny, dotyczący pewnego uporządkowania pojęć, nie sposób nie dostrzec szeregu drobnych uchybień w rozumowaniu Z. Ćwiąkalskiego, które opiera się na błędnym przyjęciu, że siatka terminologii nauki prawa karnego kształtuje sytuacje obywateli, podczas gdy służy ona jedynie w fachowej dyskusji naukowej²⁴²⁵, nie mówiąc już o tym, iż prawo karne nie odwołuje się do języka potocznego, lecz raczej do języka ogólnego²⁴²⁶. Niemniej nie przesądza konieczności zarzucenia terminu „*urojenie*” to, że ma ono określone konotacje psychologiczne. Dane postrzeganie określonego terminu w innej dziedzinie nauki nie jest bowiem decydujące²⁴²⁷.

W zakresie samej istoty błędu zgodzić się należy z przekonywającymi rozważaniami Ł. Pohla, który trafnie wskazuje, że w przypadku błędu co do znamienia „*niweczy [on] bowiem możliwość wyodrębnienia aspektu intelektualnego w podmiotowej strukturze przestępstwa, co oznacza, że skutkuje on nie tylko – jak zwykło się twierdzić – brakiem umyślności, ale także brakiem świadomej nieumyślności*”²⁴²⁸. W pełni przekonywająca jest również konstatacja tego autora, iż podstawą rzeczonego błędu musi być ustalenie wiedzy sprawcy, a nie stanu jego świadomości²⁴²⁹. Tę ostatnią konstatację, jako spostrzeżenie natury ogólnej, przenieść można także na inne odmiany kodeksowe błędów, nawet w odniesieniu do błędu co do prawa. Również pochylając się nad zagadnieniem funkcji błędu co do znamienia, przytoczyć warto wypowiedź Ł. Pohla, który stwierdza, iż „*Błąd usprawiedliwiony ma bowiem wykluczać jego winę, zaś błąd nieusprawiedliwiony nie ma jej wykluczać. Z racji niewykluczenia winy w przypadku błędu*

²⁴²³ Z. Ćwiąkalski, „*Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (Zagadnienia teorii i praktyki)*”, Kraków 1991, s. 65.

²⁴²⁴ Ł. Pohl, „*Błąd...*”, s. 25–26.

²⁴²⁵ Nietrudno zauważyć, że termin „*urojenie*” nie pojawia się na płaszczyźnie deskryptywnej k.k.

²⁴²⁶ A. Choduń, „*Język prawny a język potoczny*”, w: „*Język – Prawo – Społeczeństwo*”, red. E. Malinowska, Opole 2004, s. 77–86.

²⁴²⁷ Równie dobrze można by wskazać, że urojenie jest określoną figurą w literaturze (por. np. rolę urojenia i obłędu w starogreckiej komedii np. Eurypidesa) i tak jest też postrzegana w literaturoznawstwie, co jednak nie może rzutować na rozważania prawne. Zresztą, dążenie do uspołnienienia konkluzji nauki co do błędu z ustaleniami psychologii zdaje się być zamierzeniem nierealnym, gdyż musiałoby się rozciągać na całą terminologię błędu, tymczasem jak celnie spostrzega Z. Ćwiąkalski, op.cit., s. 65, rozważania J. Giezka nie są wolne od niekonsekwencji.

²⁴²⁸ Ł. Pohl, „*Błąd...*”, s. 188.

²⁴²⁹ Autor ten bowiem stwierdza tak: „*(...) rysem charakterystycznym [rzeczywistych postaw intelektualnych człowieka wobec otaczającej go rzeczywistości obiektywnej – przypis M.B.] jest determinowana ograniczonymi zdolnościami poznawczymi każdego człowieka jego niestałość w apercypowaniu jej poszczególnych składników denotowanych przez relewantne na polu rozważanej problematyki aspektu intelektualnego strony podmiotowej czynu zabronionego przedmiotowe znamiona tego czynu*”, Ł. Pohl, „*Błąd...*”, s. 149.

nieusprawiedliwionego otwarta ma być więc droga do pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej z tytułu popełnienia przezeń w warunkach owego błędu przestępstwa nieumyślnego. Rozwiązania te uznać należy za trafne.”²⁴³⁰. Rozwiązanie to uzmysławia więc, że funkcja usprawiedliwionego błędu wyraża się w tym, że – podobnie jak inne odmiany błędu – oddziałuje on na możliwość przypisania winy sprawcy.

Omówione powyżej rozważania co do pojmowania błędu są o tyle kluczowe, że odnosząc się do sporu o trafne wartościowanie procesów psychicznych jednostki konstytuują one w istocie opis istoty błędu w jego perspektywie prawnokarnej. Wtórą natomiast kwestią, stanowiącą przedmiot poniższych rozważań, jest klasyfikacja stworzona w karnistyce w zakresie odmian błędu. Już na wstępie stwierdzić należy daleko idącą niejednorodność wyróżnianych na poziomie deskryptywnej ustaw karnych²⁴³¹ odmian błędu w poszczególnych państwach²⁴³²: o ile stosunkowo powszechnie przyjmuje się błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego²⁴³³, o tyle już wyodrębnienie błędu co do prawa było do niedawna powszechnie kwestionowane²⁴³⁴. W tym ostatnim przypadku wiązało się to przede wszystkim z mającym swoje konotacje historyczne oporem wobec przełamania zasady *ignorantia iuris nocet*, ale wynikło także z przyczyn teoretycznoprawnych²⁴³⁵. Z innych powodów piętrzą się wątpliwości wobec zasadności wyodrębniania błędu co do kontratypu, zwłaszcza jako odrębna regulacja ustawowa²⁴³⁶, a również w najnowszych opracowaniach poświęconych temu zagadnieniu formułowane są tezy o jego zbędności²⁴³⁷ – i to mimo, że obserwacja porównawczo–prawna raczej

²⁴³⁰ Ł. Pohl, „Błąd...”, s. 160–161.

²⁴³¹ Czy w orzecznictwie, jak ma to miejsce w przypadku systemu *common law*.

²⁴³² W tym miejscu wskazać należy, że problematyka błędu nie była przedmiotem obszerniejszych analiz porównawczych, a polska dogmatyka pozostaje w tym zakresie pod przemożnym i dość jednostronnym wpływem myśli niemieckiej.

²⁴³³ Zob. np. orzeczenie R v. Levett [1638], Cro. Car. 538 na gruncie prawa brytyjskiego, § 16 StGB na gruncie prawa niemieckiego, zgodnie z którym: „(1) Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt”, art. 14.1 CP. na gruncie prawa hiszpańskiego, zgodnie z którym: „El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”.

²⁴³⁴ Co do szerokiego przedstawienia ewolucji poglądów w tej zakresie zob. I. Andrejew, „Unormowanie błędu we współczesnym prawie karnym”, PiP 1979, z. 5, s. 42–47. Warto zwrócić uwagę, że szereg prominentnych autorów, jak chociażby G.P. Fletcher, „The theory of criminal negligence: a comparative analysis”, Pennsylvania Law Review 1971, s. 420 wyraźnie podkreślało zasadniczy brak relewancji błędu co do prawa na gruncie systemu *common law*, pisząc wprost: „(...) in many legal traditions, including the common law, mistakes of law do not excuse illegal conduct.”.

²⁴³⁵ Szczegółowo zob. I. Andrejew, „Unormowanie...”, s. 42–47. Na innym stanowisku stoi Z. Cwiakalski, op.cit., s. 211, który akcentuje, iż jest to instytucja znana już „od czasów rzymskich”. Przeciwno wyodrębnianiu błędu co do prawa odpowiadał się również zwłaszcza K. Binding, „Die Normen und Ihre Übertretung. Band I. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts I Band”, Lipsk 1890, s. 91, cyt. za: „Irrtum Und Schuldbegriff Im Strafrecht“, E. Kohlrausch, Berlin 1908, s. 20, pisząc: „(...) die absolut ungenaue Teilung des Irrtums in rechten und faktischen ist höchst ungenaue Zweiteilung der allein rechtlich bedeutsamen Handlungsirrtum veranlassenden Grundirrtümer“.

²⁴³⁶ Której brak jest na przykład w prawie niemieckim. Potrzeba operowania pojęciem błędu co do kontratypu jasna jest dla przeciwników tzw. teorii negatywnych znamion.

²⁴³⁷ O potrzebie usunięcia z k.k., zob. A. Piaczyńska, tezy pracy doktorskiej „Błąd co do kontratypu” zaprezentowane

ujawnia, że ten rodzaj błędu jest postrzegany coraz częściej samodzielnie²⁴³⁸. Natomiast stosunkowo powszechnie pomija się koncepcje odrębnego wartościowania błędu co do społecznej szkodliwości czynu, błędu, którego regulację w pewnym cząstkowym zakresie zawierał projekt k.k. z 1963 r.²⁴³⁹.

W tej dyskusji wyobrazić sobie można zasadniczo różne ścieżki argumentacyjne: po pierwsze można starać się wykazać, że określony typ błędu sprawcy czynu zabronionego można skutecznie rozstrzygnąć przez pryzmat innego, *explicite* już uregulowanego typu błędu, można też przyjąć, że dany rodzaj błędu z pośród szeregu możliwych²⁴⁴⁰ jest bez znaczenia dla odpowiedzialności karnej, można opowiadać się za stosowaniem jednej z ustawowych regulacji w drodze analogii, ostatecznie można też optować za tezą, iż błąd taki nie może być uwzględniany w procesie stosowania prawa.

Przed przystąpieniem do dalszych rozważań konieczne wydaje się pewne uporządkowanie pojęć i poczynienie szeregu uwag. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że błąd ze swojej istoty rozciągać się może na różne przedmiotowe składniki przestępstwa, takie jak chociażby dobro objęte ochroną czy też społeczna szkodliwość czynu. Pod tym względem trudno wyobrazić sobie jakiejkolwiek ograniczenia, z wyjątkiem może pytania o to, czy błędem może być objęta kwalifikacja określonego zachowania jako czynu. Tak jest w istocie²⁴⁴¹, aczkolwiek jest to rozstrzygnięcie czysto teoretyczne. Zupełnie odrębnym jest natomiast pytanie o doniosłość poszczególnych kategorii błędów: o ile więc nikt nie kwestionuje faktu, że błąd może być np. ukierunkowany na przedmiot ochrony, to jednak zgodzić się należy, że błąd taki pozostaje bez znaczenia dla odpowiedzialności karnej²⁴⁴². Pytanie o to, czy dany charakter błędu legitymuje się rzeczoną relewancją dla prawa karnego rozstrzygane jest w drodze analiz teoretycznych²⁴⁴³, czym innym jest natomiast, jak już zostało to zaanonsowane powyżej, zakwalifikowanie danej kategorii (czy też odmian) możliwych błędów do tych występujących na płaszczyźnie ustawowej²⁴⁴⁴.

Tak więc jasne być musi, że błąd co do norm ostrożności jest samoistną odmianą błędu,

podczas zebrania Zakładu Prawa Karnego WPiA UAM w dniu 19 listopada 2013 r.

²⁴³⁸ Symptomatyczne jest w tym miejscu spojrzenie nauki brytyjskiej, zob. W. Wilson, „*Criminal Law. Doctrine and Theory*”, Dorchester 2011, s. 217–221.

²⁴³⁹ Zgodnie z ujęciem art. 19 § 1 k.k.: „(...) nieświadomość bezprawności czynu nie wyłącza odpowiedzialności karnej, chyba, że sprawca nie mógł uświadomić sobie nawet tego, że czyn jego jest społecznie szkodliwy” cyt. za Z. Ćwiąkalski, op.cit., s. 15.

²⁴⁴⁰ Panuje szeroki konsensus co do faktu, że błąd odnosić się może tylko do okoliczności przedmiotowych czynu zabronionego, tj. sprawca nie może błędzić do swojej świadomości.

²⁴⁴¹ W szczególności sprawca może być przeświadczony o tym, że opracowany przez niego w myślach szczegółowy plan morderstwa jest czynem zakazanim (choćby jako karalne przygotowanie).

²⁴⁴² Co do tego zob. chociażby Ł. Pohl, „*Błąd...*” s. 47–48.

²⁴⁴³ Co do wzorowego przykładu zastosowania tej metodologii zob. Ł. Pohl, „*Błąd...*”, s. 45–103.

²⁴⁴⁴ Znakomitą ilustrującą tego fenomenu jest nauka niemiecka, gdzie subtelnie rozróżnia się pomiędzy takimi kategoriami błędów jak „*Erlabnisirrtum*” czy „*Erlaubnistatbestandsirrtum*”, które to w zależności od przyjmowanej teorii (por. np. tzw. „*strenge oder eingeschränkte Schuldtheorie*”) jest traktowany odpowiednio jako przypadek tzw. „*Verbotsirrtum*” lub też nie.

różniącą się od pozostałych nie istotą, lecz jego ukierunkowaniem. Postawić sobie więc należy pytanie, czy tego typu błąd ma charakter istotny dla odpowiedzialności karnej. Dla udzielenia odpowiedzi na tak postawione pytanie spojrzeć trzeba na wyniki dotychczasowej analizy, która ujawniła, że normy ostrożności spełniają istotną funkcję w strukturze przestępstwa, stanowią odrębny w niej element, którego funkcja, mówiąc ogólnie, wyraża się w tym, że podmiot zachowujący się w zgodzie z nimi nie może zostać nie tylko pociągnięty do odpowiedzialności karnej i można o nim stwierdzić, że nie przekracza on normy sankcjonowanej. Ilustrując to zagadnienie przykładem: sprawca, który jest przeświadczony, iż zgodnie z obowiązującym stanem współczesnej techniki instalacja piorunochronu na dachu pokrytym strzechą powinna się dokonać z wykorzystaniem zwodów wysokich, które to mylne wyobrażenie prowadzi w konsekwencji do pożaru i śmierci kilku osób, nie przekracza owej normy sankcjonowanej. Warunkiem jest wszak, że błąd jest usprawiedliwiony – a więc np. sprawca korzysta z oficjalnie dostarczonych materiałów podczas szkolenia dekarzy. Powstaje pytanie, czy można traktować go tak, jak jeden z istniejących i uregulowanych typów błędów²⁴⁴⁵.

W pierwszej kolejności rozważyć należy możliwość traktowania tej kategorii błędu jako błędu co do prawa. Pomysł taki nie jest o tyle zasadny, że, jak już zostało to zaakcentowane, został on zaproponowany w najbardziej aktualnych pracach poświęconych problematyce błędu w polskim prawie karnym²⁴⁴⁶. Kierując się tą sugestią należy kilka słów poświęcić tej instytucji i tej możliwości.

Błąd co do prawnej oceny danego czynu jest uwzględniany pod pewnymi warunkami w szeregu systemów prawnych. Wobec często akcentowanej „hipertrofii” szczegółowych regulacji prawnych²⁴⁴⁷, wkraczających na coraz to nowe obszary życia ludzkiego, niehumanitarnym było by ślepe stosowanie fikcji powszechnej znajomości prawa²⁴⁴⁸. Stąd też w szczególności w odniesieniu do kategorii przestępstw *mala prohibita* oraz tak nietypowej kategorii sprawców czynów zabronionych, jakimi są cudzoziemcy, pewna, ograniczona relewancja tego błędu nie jest kwestionowana²⁴⁴⁹. Obecna regulacja błędu co do prawa inspirowana jest w znacznym stopniu

²⁴⁴⁵ Zwrócić należy uwagę na fakt, że pytanie to nie powstaje z taką ostrością dla tych karnistów, którzy zachowanie zgodnie z normami ostrożności lokują w innych miejscach struktury przestępstwa, jak chociażby jako znamię czynu zabronionego czy też okoliczność kontratypowa.

²⁴⁴⁶ Czego wyrazem jest wielokrotnie w niniejszej pracy przywoływana propozycja Ł. Pohla, „*Niezachowanie...*”, s. 84, iżby: „nieświadomość niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach traktować na zasadach identycznych co nieświadomość bezprawności”. Już w tym miejscu poczynić należy istotne zastrzeżenie, zgodne, jak mam nadzieję z intencją autora, że chodzi tutaj o *error iuris*; nierzadko bowiem błąd co do prawa jest rozumiany niejednolicie, czego wyrazem jest chociażby stanowisko nauki niemieckiej rozróżniającej między „*direkter und indirekter Verbotsirrtum*”, przy czym w tym drugim przypadku chodzi o nic innego jak o tzw. „*Erlabnisirrtum*”. Co do przeglądu stanowisk w tym zakresie zob. np. T. Walter, „*Der Kern des Strafrechts*“, Tübingen 2006, s. 216–350.

²⁴⁴⁷ Na którą uwagę zwracał już S. Glaser, „*Ignorantia iuris w prawie karnym*”, Kraków 1931, s. 38.

²⁴⁴⁸ W literaturze polskiej postulat zastąpienia obalalnym domniemaniem zgłosiła A. Turska, „*O fikcji powszechnej znajomości prawa*”, PiP 1957, z. 9, s. 323.

²⁴⁴⁹ M. Plachta, „*Obowiązywanie zasady ignorantia iuris nocet w odniesieniu do cudzoziemców*”, RPEiS 1986, z. 2, s. 65–68.

koncepcją tzw. Schuldtheorie²⁴⁵⁰, która warunkuje wyłączenie winy sprawcy usprawiedliwieniem błędu co do prawnej oceny czynu. W literaturze stworzonych zostało kilka wstępnych katalogów czynników, które mogą mieć wpływ na przyjęcie rzeczzonego typu błędu, niemających naturalnie charakteru wyczerpującego²⁴⁵¹ a obserwacja praktyki sądowej dostarcza innych²⁴⁵². Co niezmiernie istotne, wyodrębniony został podział błędu co do prawa na pierwotny i wtórny, przy czym tylko ten pierwszy ma swoją bezpośrednią doniosłość na gruncie polskiego prawa karnego²⁴⁵³.

Przy takim ujęciu błędu co do bezprawności, nie sposób nie zapytać, czy sprawca, który mylnie wyobraża sobie, że zachowuje się zgodnie z normami ostrożności pozostaje w pierwotnym błędzie co do prawa. Wydaje się, że potwierdzenie takiej konstatacji musiałoby owocować w przyjęcie, że sprawca określonego czynu, np. lekarz dokonując operacji chirurgicznej ma przeświadczenie, że nie narusza żadnej normy prawnej. Przywołany tutaj celem przykładu lekarz nie myli się co do istnienia okoliczności wyłączającej bezprawność, niezależnie bowiem od faktu, że pewnie nie potrafi jej nazwać, wie, że przeprowadzając zabieg leczniczy po uzyskaniu wymaganej zgody pacjenta i zgodnie z regułami wiedzy medycznej, nie może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej²⁴⁵⁴. Nie błądzi również co do zakresu tej okoliczności wyłączającej odpowiedzialność. Innymi słowy, wykonując operację doskonale wie (choć może sobie tego, jak słusznie podkreśla to Ł. Pohl, nie uświadamiać), że jeżeli popełni omyłkę w swoich czynnościach leczniczych, to wkroczy na obszar, którym interesuje się prawo karne.

Jedną z przyczyn, która skłania do poszukiwania analogii pomiędzy błędem co do norm ostrożności a błędem co do prawa jest przeświadczenie o przynależności do tej samej kategorii normatywnej norm prawnych i norm ostrożności, tj. dyrektyw. Jest to założenie słuszne, acz nie można tracić z oczu fundamentalnej konstatacji, że normy ostrożności nie są – w ujęciu forsowanym w niniejszym opracowaniu – nigdy normami prawnymi, co więcej, nawet gdyby odwołać się do większościowego stanowiska w tej mierze polskiej doktryny, akceptującej w odniesieniu do pewnych przypadków taki ich charakter, to i tak jasne będzie, że stanowisko dominujące nie twierdzi, że normy ostrożności w każdym przypadku mają charakter norm prawnych. Nie mają one też, jak już wielokrotnie podkreślano – przeciwieństwie do norm prawnych – a zwłaszcza normy sankcjonowanej w prawie karnym, charakteru dyrektyw

²⁴⁵⁰ Co do omówienia błędu co do prawa zob. Ł. Pohl, „Błąd co do prawa” w: „System Prawa Karnego tom IV. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej”, red. L. Paprzycki, Warszawa 2013, s. 673–680.

²⁴⁵¹ Wymienia się tutaj przykładowo w kontekście cudzoziemców np. znajomość języka polskiego czy polonijny rodowód, zob. P. Palka, „Błąd co do prawnej oceny czynu (*error iuris*) – art. 30 k.k.” Prokur. i Prawo 2002, z. 9, s. 19.

²⁴⁵² W szczególności chodzi tutaj o to, że na rzeczony błąd można się powoływać do pierwszego procesu sądowego, po którym uznaje się, że dana osoba została dostatecznie ostrzeżona.

²⁴⁵³ Ł. Pohl, „Błąd co do prawa”, s. 676.

²⁴⁵⁴ Nierzadko również niejeden prawnik, biorąc pod uwagę wzmiankowany zamęt w doktrynie nie wiedziałby, czy jest to związane ze zgodą sprawcy czy np. ze społeczną adekwatnością tego zachowania.

kategorycznych. Stąd też rozważać można go co najwyżej jako pewien analogon błędu do prawa²⁴⁵⁵. Na pozór sformułowanie takiego analogonu jest w pełni poprawne²⁴⁵⁶: sprawca tak jak nie wie, że jego czyn jest bezprawny, tak też myli się co do tego, czy jego czyn jest nieostrożny. Powstaje zarazem pytanie, czy jest to w pełni koherentne ze stwierdzoną naturą i funkcją norm ostrożności. Biorąc pod uwagę fakt, że normy ostrożności charakteryzują się tą właściwością, że ich przekroczenie warunkuje odpowiedzialność karną, ale jej automatycznie nie potwierdza czy nie wskazuje, natomiast zachowanie zgodne z normą ostrożności zawsze taką odpowiedzialność wyłącza, czytelna jest różnica wobec błędu co normy prawnej, mającej charakter kategoryczny²⁴⁵⁷.

Wyobrazić sobie można w tym kontekście następujący kazus: dwóch inżynierów górnictwa spotyka się na zjeździe i ustalają oni, że od teraz będą stosować zupełnie inną metodę zabezpieczenia chodników w kopalni, metodę, dodać należy, całkiem sprzeczną z aktualnie obowiązującym stanem wiedzy. Zgodnie bowiem z ich subiektywną intuicją i wieloletnią obserwacją takie działanie będzie bardziej ostrożne i efektywne. Gdy pierwszy z nich rozpoczyna urzeczywistniać swój zamiar, szef jego dostrzega nieregularności, zawiadamia odpowiednie służby, co kończy się postawieniem sprawcy zarzutu przestępstwa z art. 162 § 1 k.k. Biegli sądowi stwierdzają, że działanie górnika niezgodne było z obowiązującą wiedzą, a sąd prawidłowo konstatuje, że nie działał on w ramach kontratypu tzw. eksperymentu technicznego, gdyż zasadność jego i sposób jego przeprowadzenia nie odpowiadały aktualnemu stanowi wiedzy.

Skazany inżynier nie błędził co do znamienia czynu, doskonale zdawał sobie sprawę również, że nie są spełnione przesłanki okoliczność kontratypowej, zwłaszcza eksperymentu nowatorskiego. Wiedział również, że jeżeli jego czyn opiera się na błędnym założeniu, że nowy sposób budowania chodników, to jego czyn będzie on bezprawny. Mylnie wyobrażał sobie jednak, że tak właśnie nie jest, gdyż on działa zgodnie z kanonami intuicyjnie przez niego odgadywanej, najnowszej wiedzy. Pierwotnym źródłem jego błędu co do prawa było więc to mylne wyobrażenie, że zachowuje się zgodnie z normami ostrożności²⁴⁵⁸. Skłania to do pewnej powściągliwości wobec przekonania, że mamy tutaj do czynienia z błędem co do prawa, gdyż ten, jak podkreśla się wielokrotnie w nauce musi mieć charakter pierwotny.

To że w przypadku błędu co do norm ostrożności nie można zastosować wprost żadnej z dwóch pozostałych regulacji kodeksowych w postaci błędu co do znamienia czy błędu co do kontratypu jest jasne²⁴⁵⁹. Pozostaje więc pytanie, czy możliwe jest zastosowanie któregoś z tych

²⁴⁵⁵ Tak słusznie Ł. Pohl, „*Niezachowanie...*”, s. 84.

²⁴⁵⁶ Można go przykładowo wysłowić przepisem o takim brzemieniu: „*Nie popełnia czynu zabronionego, kto dopuszcza się czynu nieostrożnego w usprawiedliwionej nieświadomości jego nieostrożności*”.

²⁴⁵⁷ Ujmując rzecz plastycznie można by powiedzieć, że jest to przykład membrany przenikliwej tylko w jednym kierunku.

²⁴⁵⁸ Oczywiście w tym przypadku skłonni bylibyśmy powiedzieć, że błąd ten miał charakter nieusprawiedliwiony.

²⁴⁵⁹ Przypomnijmy bowiem, że stanowczo odrzucić należy pogląd, jakoby normy ostrożności stanowiły znamię czynu zabronionego – podobnie zresztą, jak twierdzenie o ich rzekomo kontratypowym charakterze.

uregulowanych regulacji w drodze analogii, dopuszczalnej w nauce o tyle, że poprawia pozycję sprawcy²⁴⁶⁰. W pierwszej kolejności rozważyć należy możliwość analogonu co do okoliczności wyłączającej bezprawność. Istotą tej instytucji jest to, że sprawca pozostaje w błędzie co do znamienia określonego kontratypu²⁴⁶¹, co jak słusznie zauważa J. Majewski: „*przejawia się w dwu nieco różniących się od siebie formach. Mianowicie bywa albo tak, że sprawca mylnie przyjmuje, iż istnieje pewna okoliczność wyłączająca bezprawność, która faktycznie danemu systemowi prawnemu w ogóle nie jest znana, albo tak, że sprawca błędnie zakłada, iż ramy, granice pewnej istniejącej okoliczności wyłączającej bezprawność są szersze niż w rzeczywistości*”²⁴⁶². Przypomnijmy, że jak wskazuje się w literaturze, klarowne wyodrębnienie tego typu błędu jest integralnie sprzężone z faktem odrzucenia tzw. teorii negatywnych znamion²⁴⁶³. Wydaje się, że takie podejście mogłoby być szczególnie obiecujące wobec faktu, że skoro art. 29 k.k. obejmuje zarówno okoliczności wyłączające winę jak i bezprawność, to zachęca to by ewentualnie tę regulację stosować w analogiczny sposób do innych okoliczności wyłączających odpowiedzialność, które nie stanowią znamienia typu czynu zabronionego, w szczególności do innych wstępnych warunków normowania²⁴⁶⁴. Jeżeli bowiem sprawca błądzi co do faktu wykonalności danego czynu, sądząc chociażby błędnie (ale w sposób usprawiedliwiony, np. ze względu na informację od swojego lekarza), że nie jest w stanie przebiec dystansu 500 metrów i następnie przepłynąć 50 metrów poniżej czasu 500 sekund²⁴⁶⁵, aby uratować rzezonego topielca przed wystąpieniem śmierci mózgowej, wobec czego nie podejmuje się ratowania ofiary, która topi się w jeziorze na jego oczach, podczas gdy zarazem w trakcie przeprowadzonego następnie eksperymentu procesowego okazuje się, że istniały realne szanse na uratowanie takiej osoby, to w takim wypadku nieprecyzyjne byłoby odwołanie się do błędu co do znamienia „możliwości” zakodowanego w art. 162 § 1 k.k. jako podstawy przyjęcia właśnie błędu co do znamienia. Istota tego błędu dotyczy wstępnego warunku normowania, jakim jest *impossibilia nulla obligatio est*, a mówiąc precyzyjniej (czy wręcz symplicystycznie) sprawca błądzi wobec swojej możliwości wykonania tego czynu. Oczywiście nie może tej konstatacji zamazać sformułowanie deskryptywne wysłowione w art. 162 k.k., które formułując warunek możliwości odnosi go do braku

²⁴⁶⁰ Zresztą pogląd ten jest o tyle kontrowersyjny, o ile polepszenie pozycji sprawcy w większości przypadków (z wyjątkiem tzw. przestępstw bez ofiar) w sposób symetryczny pogarsza pozycję oskarżonego.

²⁴⁶¹ Ł. Pohl, „Błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność” w: „System Prawa Karnego tom IV. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej”, red. L. Paprzycki, Warszawa 2013, s. 667, 672, który w tym kontekście dokonuje wyliczenia przypadków błędu co do bezprawności oraz błędu co do prawa.

²⁴⁶² J. Majewski, „Błąd co do kontratypu jako podstawa do wyłączenia winy”, w: „Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego” (red. J. Majewski), Toruń 2010, s. 23–24.

²⁴⁶³ Ł. Pohl, „Błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność”, s. 665–666.

²⁴⁶⁴ Co do wstępnych warunków normowania na gruncie prawa karnego zob. Ł. Pohl, „Struktura...” s. 68–87, 99–101. Warto zauważyć jednak, że nauka o wstępnych warunkach normowania nie jest w polskiej nauce prawa karnego rozwinięta w sposób dostateczny.

²⁴⁶⁵ Tj. czasu śmierci mózgowej. Co faz tonięcia i wg. Ponsolda zob. http://www.kryminalistyka.fr.pl/forensic_przyczyny_utoniecie.php, odczyt dnia 01.06.2014 r.

„narażenia siebie lub innej osoby na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu”, wprowadzające zawężenie odpowiedzialności karnej, co oddawać można barwnym i obiegowym sformułowaniem, że prawo karne nie wymaga od nikogo bycia bohaterem. Zresztą doszukać się można pewnej analogii do art. 177 § 1 czy 354 k.k. gdzie też wspomina się o ostrożności w warstwie deskryptywnej, co nie przesądza przecież faktu, że sens tej figury nie wyczerpuje się byciu znamieniem czynu zabronionego.

Usprawiedliwiony błąd co do wstępnego warunku odpowiedzialności karnej rozstrzygać należy przez traktowanie tego błędu jako błędu co do warunków odpowiedzialności karnej, pewnego analogonu błędu co do okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną. To, że zarazem i wtórnie taki błąd jest (może być) błędem co do prawnej oceny danego zachowania nie zmienia faktu, że pierwotnie jest on ukierunkowany zupełnie inaczej. Taką konstatację odnieść można także do innych, raczej rzadkich typów błędów co do owych okoliczności warunkujących odpowiedzialność karną.

Wreszcie dla przypieczętowania takiego stanowiska, rozważyć należy krótko możliwość błędu co do norm ostrożności jako pewnego analogonu błędu co do znamienia, pamiętając przy tym, że istotą błędu co do znamienia jest brak równorzędności wśród znamion typu czynu zabronionego, spośród których niektóre uznane zostały, dodajmy przekonywająco, jako irrelewantne²⁴⁶⁶.

Za postrzeganiem błędu co do norm ostrożności jako analogonu – w jakiegokolwiek formie – błędu co do znamienia typu przemawia w szczególności postrzeganie błędu co do klauzuli normatywnej. Zgodnie z aktualnym, dominującym stanowiskiem w tej mierze, błąd co do takich okoliczności jest domeną błędu co do znamienia²⁴⁶⁷. Niemniej jednak znamię to w swoim najszerszym znaczeniu odnosi się do opisu zakazu czynu zabronionego, nie natomiast do stwierdzenia, co jest przedmiotem takiego zakazu, a jest nim zachowanie, które jest, między innymi, uzewnętrznione, dowolne, kierowane ludzką wolą, możliwe do wykonania i nieostrożne. Kluczowym jednak argumentem przeciwko takiemu spojrzeniu jest to, że gdyby postrzegać ten zbiór warunków jako analogony znamienia i w konsekwencji posługiwać się konstrukcją błędu co do znamienia, to pojawia się pytanie o sens regulacji zakodowanej w art. 28 § 2 k.k. Wobec jej istotnej niekompatybilności z rzeczonymi warunkami odpowiedzialności karnej, wyrazić można zdanie, że błąd co do znamienia nie jest tutaj właściwą podstawą tworzenia czy też wywodzenia jakichkolwiek analogonów²⁴⁶⁸.

²⁴⁶⁶ Jak chociażby nieograniczone znamiona modalne, zob. Ł. Pohl, „*Błąd co do okoliczności stanowiącej...*”, s. 79.

²⁴⁶⁷ W tej mierze zob. Ł. Pohl, „*Błąd co do okoliczności stanowiącej...*”, s. 80.

²⁴⁶⁸ Skonstatować należy, że słusznie wywodzi się w literaturze przedmiotu, iż błąd co do znamienia uprzywilejowanego odnosi się także do zaprzeczonego znamienia kwalifikującego. Wskazać w tym miejscu należy, że Ł. Pohl, „*Błąd co do okoliczności stanowiącej...*”, s. 51 wskazuje także na jeszcze jedną, fundamentalną, okoliczność przemawiającą przeciwko traktowaniu tego rodzaju błędu w kategoriach błędu co do znamienia, pisząc,

W tym też miejscu pochylić się należy krótko nad kwestią usprawiedliwienia błędu co do norm ostrożności. Pod pojęciem tym rozumie się w literaturze przedmiotu nie tyle jego nieuniknioność, co raczej (czy też zarazem) brak jego zarzucalność. W tym kontekście postuluje się rekurs do postaci wzorcowego, miarodajnego obywatela, chociażby w postaci „*dobrego kierowcy*”²⁴⁶⁹. I w tym miejscu wyrazić należy stanowczy sprzeciw wobec takiej wątpliwej praktyki odwoływania się do osobowych wzorców normatywnych²⁴⁷⁰. Zdecydowanie bardziej trafniejsze jest postawienie pytania, czy sprawca, z uwzględnieniem jego indywidualnych cech osobowych mógł się zachować inaczej. Jeżeli brak przeciwko temu jakichkolwiek wskazówek, a więc nie ma powodów do twierdzenia, że występowały po jego stronie zaburzenia psychiczne czy niedomagania fizyczne, to nie ma powodów do negowania winy. Zresztą zabieg taki jest dużo bardziej przejrzysty w świetle bardziej szczegółowej analizy kierunku rozumowania adherentów wzorcowych postaci. Modele te służą bowiem do wskazania pewnego wzorca postępowania, który byłby nienaganny w określonej sytuacji. Innymi słowy, w istocie dany wzorzec pojmować trzeba tak, iż kreuje on określone dyrektywy postępowania, którym wierny byłby ów domniemany modelowy „*dobry kierowca*” czy „*sumienny lekarz*”. Inwokowanie ich dla oceny usprawiedliwionego charakteru błędu co do norm ostrożności prowadzi więc do sytuacji, w której pytanie, czy sprawca pozostawał w wybaczalnym błędzie co do norm postępowania ocenić należy przez pryzmat pytania, czy zachowywał on normy postępowania hipotetycznej postaci wobec odczytywania norm ostrożności. Innymi słowy, próbuje się oceniać zachowanie niezgodne z normami ostrożności przez pryzmat zachowania norm ich odpoznavania przez podmiot; norm, co do których treści spekuluje się przy użyciu modelowych figur²⁴⁷¹. Tworzy to pewną strukturę normatywną, którą można rozbudowywać w nieskończoność. Jak bowiem ocenić sytuację, gdy sprawca pozostaje w błędzie co do norm odpoznavania norm ostrożności?²⁴⁷²

Trafniejszym mechanizmem jest więc ocena postawy sprawcy przez pryzmat winy, stwierdzając, że w przypadku udowodnienia, że po stronie sprawcy nie zachodziły żadne

iż powodowałoby to skutek w postaci „(...) <<usunięcia>> aspektu intelektualnego strony podmiotowej czynu zabronionego i to niezależnie od tego, czy uznano by ją jako usprawiedliwioną (niezawinioną) czy też nieusprawiedliwioną (zawinioną)”, podczas gdy, jak dodaje dalej autor, nieświadomość bezprawności pociąga za sobą jedynie wyłączenie winy.

²⁴⁶⁹ Por. np. K. Buchała, „*Wina–wina...*”, s. 107 czy R. Kubiak, „*Pojęcie usprawiedliwionego błędu w nowym kodeksie karnym*”, *Palestra* 1998, nr. 7–8, s. 36. Zarazem podaje się przykłady sytuacji, w których obywatel będzie znajdował się w niezawinionym błędzie, co związane jest przede wszystkim z zasięgnięciem opinii wiarygodnych informatorów czy też działaniem zgodnie z wytycznymi przełożonych lub instrukcji służbowej (zob. R. Kubiak, op.cit., s. 41). Już w tym ostatnim przypadku zgłosić można wątpliwość, czy takie sytuację mogą być oceniane jednolicie. Wskazać należy na podobieństwo takiej sytuacji do rozkazu: nie każde wykonywanie polecenia służbowego może automatycznie prowadzić do przyjęcia po stronie działającego „*dobrej wiary*”. (zob. R. Kubiak, op.cit., s. 43).

²⁴⁷⁰ Był on już wielokrotnie wyrażany na łamach niniejszej pracy, zob. powyżej Rozdział V.

²⁴⁷¹ Przypomnijmy, że takie postępowania jako służące jedynie maskowaniu pełnej dowolności sędziego było już wielokrotnie poddawana druzgocącej krytyce w systemie *common law*, zob. rozważania powyżej zawarte w Rozdziale V niniejszej pracy.

²⁴⁷² A więc chociażby pracownik techniczny fabryki jest przekonany, że dla zapoznania się z instrukcją bezpieczeństwa na taśmie produkcyjnej wystarczy przeczytać elementy wyłuszczone pogrubionym drukiem.

indywidualne okoliczności rzutujące na możliwość odpoznania się do norm ostrożności²⁴⁷³, należy uznać ją za udowodnioną.

Konkludując niniejsze rozważania, zauważyć należy, że błąd co do norm ostrożności, będąc odrębną odmianą błędu ze względu na jego ukierunkowanie, winien być traktowany jako błąd co wstępnego warunku wyłączającego odpowiedzialność karną, a więc analogicznie jak błąd z art. 29 k.k.²⁴⁷⁴.

²⁴⁷³ Którymi mogą być chociażby inne, nieznane sprawcy ze względu na nieznajomość języka i kręgu kulturowego normy zachowania się w trakcie spotkania towarzyskiego, których naruszenie pojmowane jest jako obraza czci osoby trzeciej. Może bardziej przejrzystym jest regulacja błędu w prawie niemieckim, zwłaszcza w zakresie błędu co do prawa (tzw. „*Verbotsirrtum*“, zob. §17 StGB, zgodnie z którym: „*Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.*“) gdzie wprost stanowi się o możliwości uniknięcia błędu przez sprawcę. Takie sformułowanie wyklucza zasadniczo spekulację wykorzystujące wzorcowe postacie (tzw. osobowe wzorce normatywne) w miejscu w miejscu sprawcy.

²⁴⁷⁴ W praktyce więc problem, jaką instytucję w przypadku sądowego stosowania prawa wybrać, jest w ten sposób rozstrzygnięty. Wydaje się, że mimo pozornej łatwości nie jest celowe odwoływanie się do art. 28 § 1 czy art. 30 k.k., przede wszystkim ze względu na to, że – jak to wykazano – tych instytucji nie można stosować wprost. Inaczej bowiem dojdzie się albo do niedopuszczalnej niejasności polegającej na uznaniu, że błąd co do znamienia może dotyczyć bliżej nie zbadanego katalogu „*znamion ukrytych*”, bądź też, w przypadku opowiedzenia się za wykorzystaniem figury błędu co do prawa, poprzez zamazanie różnicy pomiędzy pierwotnym i wtórnym błędem co do prawa, zaktualizować się musi pytanie o wyodrębnienie błędu co do znamienia. Świadomy jestem, że przesunięcie akcentu z art. 30 k.k. na art. 29 k.k. jest zabiegiem, który *de lege lata* nie wiąże się z poważnymi konsekwencjami ustawodawczymi, ale rozwiązanie takie ma charakter teoretyczny i odczytywać je należy przez pryzmat tego, że ustawy karne przychodzą i odchodzą, a rozwiązania teoretyczne pozostają.

Rozdział VIII

Normy ostrożności w świetle badań aktowych

I. Zakres badań aktowych

Celem poniższych badań akt sądowych jest odniesienie wybranych z poczynionych do tej pory teoretycznych i dogmatycznych spostrzeżeń do realiów praktyki sądowego stosowania prawa. W szczególności analizie poddane zostaną następujące kwestie:

- 1) sądowej praktyki ustalania, że czyn sprawcy charakteryzował się nieostrożnością. Chodzi tutaj w pierwszej kolejności o przeprowadzanie dowodów z opinii biegłych, które stały się podstawą ustalenia, że sprawca w danych okolicznościach dopuścił się czynu nieostrożnego i ich wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie o nieostrożności sprawcy,
- 2) sposobu wskazywania norm ostrożności w uzasadnieniach sądowych i znaczenia odwołań do wzorcowych postaci dla określania ostrożności wiążącej w danej sytuacji,
- 3) obecności kontratypów pozaustawowych o podobnym zakresie zastosowania i funkcji jak normy ostrożności (np. dopuszczalne ryzyko, społeczna adekwatność czynu etc.),
- 4) kryteriów rozróżniania pomiędzy celem ochronnym normy ostrożności a jej refleksem oraz stosowania kryteriów tzw. obiektywnego przypisania wykorzystujących figurę norm ostrożności jako podstawy przypisywalności,
- 5) stosowanego nazewnictwa do oznaczenia norm ostrożności, podstawy i źródła dyferencjacji pomiędzy poszczególnymi określeniami oraz ewentualnych różnic w zakresie pól semantycznych tych pojęć,
- 6) częstotliwości odwoływania się do reguł ostrożności w procesie sądowego stosowania prawa, zwłaszcza w uzasadnieniach sądowych, ale także w pismach procesowych stron (ze szczególnym uwzględnieniem apelacji).

W tym celu jako przedmiot prowadzonych badań sądowych określona została próba prawomocnie zakończonych spraw z lat 2008–2013 w zakresie przestępstw z art. 155, 156 § 2, 157 § 3, 177 § 1, 177 § 2, 181 § 4, 182 § 4, 183 § 6, 184 § 3, 186 § 3, 187 § 2, 220 § 2 k.k. z uwzględnieniem faktu, aby obejmowała łącznie przynajmniej 50 spraw. Do celów badania wybrane zostały trzy Sądy Rejonowe z obszaru Wielkopolski, reprezentujące tak pod względem struktury jak i ilości sędziów zupełnie odmienne kategorie – a mianowicie Sąd Rejonowy Poznań Stare Miasto w Poznaniu, Sąd Rejonowy w Pile oraz Sąd Rejonowy w Trzcieńcu. Taki wybór

Sądów okazał się celowy także z tego względu, iż z jednej strony zagwarantował on dostęp do niezbędnej liczby spraw²⁴⁷⁵, a z drugiej ukazał różnorodność praktyki wymiaru sprawiedliwości w różnych ośrodkach na terenie tego samego Okręgu. Poczynione obserwacje pozwalają wnioskować o istniejącej bardzo dużej rozbieżności na większym przecież i podległym różnym Sądom Okręgowym obszarze kraju. Zarazem, dążąc do maksymalizacji efektów poznawczych przy wyborze próby posłużono się następującym kluczem:

- w odniesieniu do przestępstw z art. 155, 156 § 2, 157 § 3 k.k. analizowane były wszystkie sprawy z przedmiotowego okresu w Sądach Rejonowych w Trzcieńcu i Pile, natomiast w Sądzie Rejonowym w Poznaniu – ze względu na ilość spraw – wybrane zostały tylko te, w których sporządzona została apelacja.
- w odniesieniu do przestępstw z art. 173 § 2, 174 § 2 k.k. analizowane były wszystkie sprawy z przedmiotowego okresu²⁴⁷⁶,
- w odniesieniu do przestępstwa z art. 177 § 1 k.k. analizowane były tylko orzeczenia, w których wniesiona została apelacja i które zarazem pochodziły z okresu roku 2008 oraz 2012²⁴⁷⁷.
- w odniesieniu do przestępstw z art. 177 § 2 k.k. analizowane były te orzeczenia z całego przedmiotowego okresu, w których wniesiona została apelacja,
- w odniesieniu do przestępstw z art. 181 § 4, 182 § 4, 183, § 6, 184 § 3, 186 § 3, 187 § 2 k.k., założona była analiza wszystkich spraw, jednak kwerenda przeprowadzona w wybranych do badań aktowych sądach ujawniła, że sprawy takie nie były w przedmiotowym okresie rozstrzygane w żadnym z wybranych sądów,
- w odniesieniu do przestępstwa z art. 220 § 2 k.k. analizowane były tylko orzeczenia z przedmiotowego okresu, w których wniesiona została apelacja. Warto nadmienić, że nie ujawniono żadnego rozstrzygnięcia sprawy, w której czyn ten nie pozostawał w zbiegu²⁴⁷⁸.

W tym miejscu chciałbym również wyrazić serdeczne podziękowanie Prezesom właściwych Sądów Rejonowych za umożliwienie przeprowadzenia badań przez wyrażenie stosownych zgód, sędziom właściwych wydziałów karnych za wartościowe rozmowy, a także pracownikom administracyjnym Sądów, którzy świadczyli mi cierpliwą pomoc w pozyskiwaniu

²⁴⁷⁵ Z wyjątkiem może przestępstw przeciwko środowisku, które nie były przedmiotem rozpoznania.

²⁴⁷⁶ Łącznie ujawniono, że obejmują one 2 sprawy rozstrzygnięte przez Sąd Rejonowy Poznań Stare Miasto w Poznaniu.

²⁴⁷⁷ Po przeprowadzeniu analizy na miejscu okazało się, że spraw w Poznaniu z roku 2008 jest w porównaniu do spraw z roku 2012 nieproporcjonalnie dużo (11 w porównaniu do 1) zdecydowano się rozszerzyć próbę przez włączenie do niej także spraw z roku 2011. Z identycznych powodów w Pile prócz roku 2008 (0 spraw) badano orzeczenia z roku 2009 (3 sprawy). Kierowano się tutaj chęcią umożliwienia wykazania ewentualnych zmian w orzecznictwie na przestrzeni czasu.

²⁴⁷⁸ Aczkolwiek w jednym przypadku (sprawa III K 242/09) zarzut czynu z art. 220 § 2 w zb. z art. 155 k.k. został w orzeczeniu Sądu II Instancji zmieniony w ten sposób, że jednemu z oskarżonych przypisano wyłącznie czyn z art. 220 § 2 k.k. Podkreślić należy na marginesie, że w Sądzie Rejonowym w Trzcieńcu w przedmiotowym okresie nie było żadnej sprawy o to przestępstwo, natomiast w Pile toczyło się jedno postępowanie w sprawie II K 339/08, w którym wyrok I Instancji nie został wszak nawet uzasadniony.

poszukiwanych akt²⁴⁷⁹.

Po pewnej refleksji jako najbardziej przystępną dla czytelnika wybrano ostatecznie metodę krótkiego tabelarycznego zestawienia wyników badań, bez streszczenia każdej z analizowanych spraw, które to występowało we wcześniejszej redakcji niniejszej pracy, zajmując dodatkowe 60 stron maszynopisu. Streszczenia każdej z analizowanych spraw, wraz ze szczegółowym omówieniem występujących w niej doniosłych dla badań wątków, stosowane sporadycznie we badaniach akt sądowych²⁴⁸⁰ nie wzbogaca bowiem znacząco rozważań teoretycznoprawnych, natomiast obciąża pracę nadmierną kazuistyką, niezwykle nużącą dla czytelnika. Samo bowiem tabelaryczne zestawienie wyników badań dla celów niniejszej pracy uznane zostało za wystarczające, umożliwia bowiem – wraz z ich omówieniem – w pełni zadawalający sposób przedstawić mankamenty i problemy współczesnej praktyki sądowej w zakresie norm ostrożności²⁴⁸¹.

Odnosząc się do uwag co do metodologii, zwrócić należy uwagę na fakt, że omawiane i przedstawiane statystycznie powołanie norm ostrożności w sporządzonym opracowaniu nie obejmuje cytowań z wcześniejszych czy innych dokumentów²⁴⁸². Natomiast w niezwykle problematycznej i niechlubnej kwestii sporządzania projektów uzasadnień przez personel nieposiadający statusu sędziego, w tym zwłaszcza asystentów sędziego, stwierdzić należy, że kształt i rozmiary tego zjawiska są trudne do określenia, a jego prawidłowej oceny poszukiwać należy na płaszczyźnie socjologicznej oraz nauk o zarządzaniu i transferze wiedzy. Niemniej nie może on automatycznie umniejszać wartości poznawczej przedmiotowej analizy, a to z dwóch ważnych względów: również na poziomie wyższych Sądów, w tym samego SN występuje według wiedzy autora podobne zjawisko, a nadto pod uzasadnieniem ostatecznie podpisuje się sędzia, i to on bierze za nie odpowiedzialność²⁴⁸³.

²⁴⁷⁹ We każdym Sądzie spotkałem się z przykładami wyrozumiałości i dobrej organizacji, mimo dużego obciążenia pracą, choć może nie zawsze ze strony wszystkich pracowników.

²⁴⁸⁰ Jest to chociażby sposób prezentowania wyników badań akt sądowych przyjmowanego w tzw. krakowskiej szkole prawa karnego, w tym chociażby przez A. Zolla, *„Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu”*, Warszawa 1988.

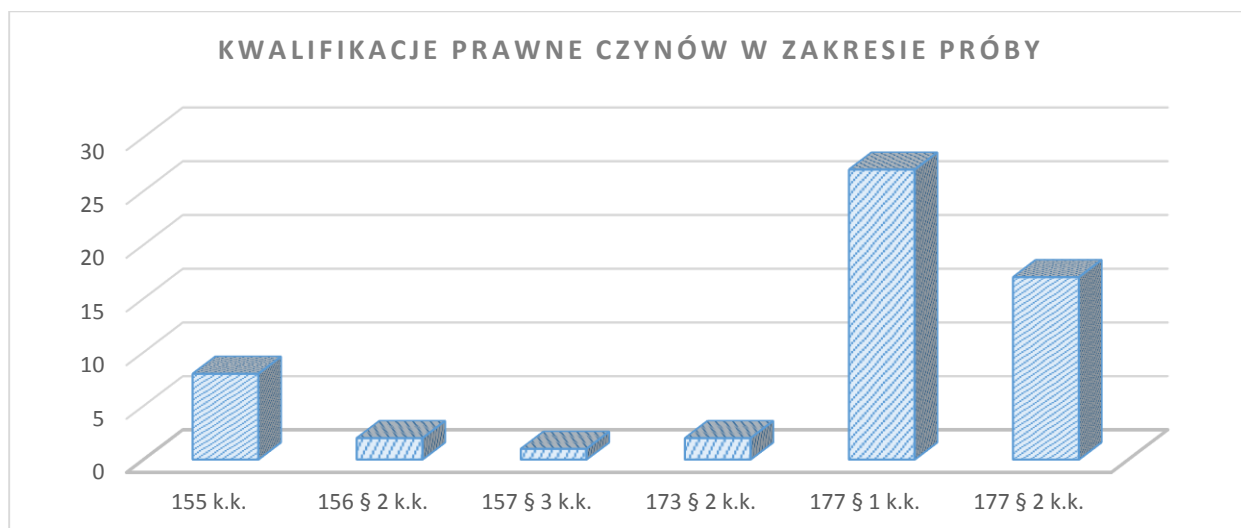
²⁴⁸¹ Z przykładem stosowania takiej metody spotykamy się w opracowaniu Z. Młynarczyk, *„Fałszywe zeznania w polskim prawie karnym”*, Warszawa 1971, s. 167–186.

²⁴⁸² Tak chociażby ignoruje się te wskazania na zasady bezpieczeństwa w apelacjach stron, jeżeli zamieszczone są one w powtórzeniu opisu aktu oskarżenia.

²⁴⁸³ Dodać należy wreszcie, że cytując fragmenty orzeczeń co do zasady zachowywano błędy w pisowni, jakie napotkać można w aktach sądowych, czyniąc jedynie wyjątek tam, gdzie całkowicie wykluczałoby to ich zrozumienie.

II. Podsumowanie wyników badań aktowych

Zbadany w przedmiotowej sprawie materiał empiryczny ze względu na nieco niespodziewaną charakterystykę przestępczości odznaczał się wyraźną przewagą czynów stanowiących wypadki przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, co przedstawia poniższy wykres:



Wykres nr 1. Kwalifikacje prawne czynów zabronionych w zakresie próby.

Ukazuje się więc zdecydowana dominacja przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, które stanowiły łącznie 45 spośród przebadanych 57 spraw. Ich rozkład tabelarycznie przedstawiony został poniżej.

Tabela nr 1. Kwalifikacje prawne czynów zabronionych w zakresie przebadanej próby						
155 k.k.	156 § 2 k.k.	157 § 3 k.k.	173 § 2 k.k.	177 § 1 k.k.	177 § 2 k.k.	Łącznie
8	2	1	2	27	17	57

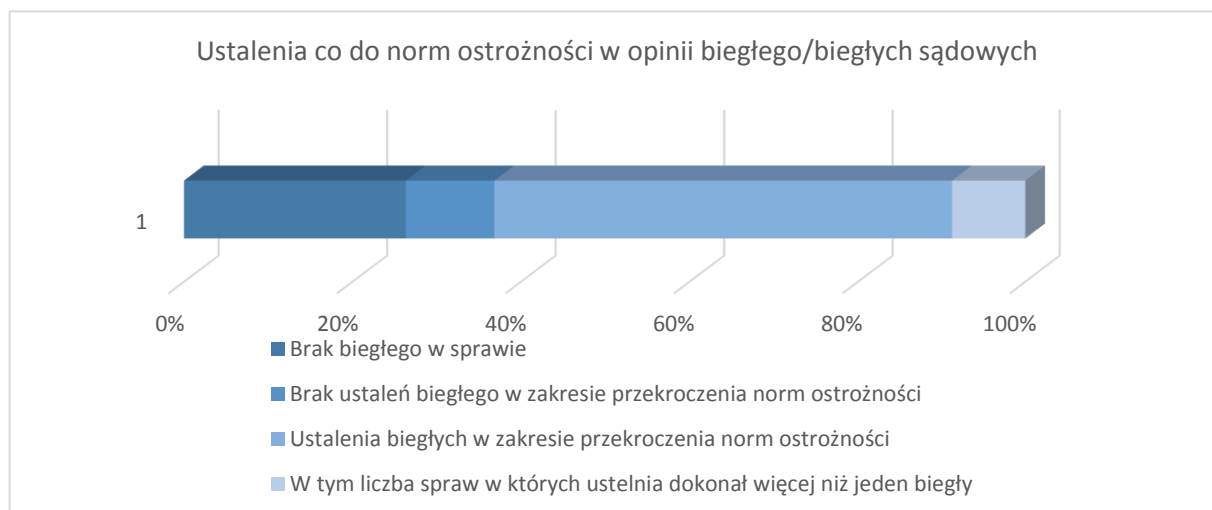
Odnosząc się do sześciu zarysowanych na wstępie zagadnień badawczych, zauważyć należy co następuje:

1) sądowa praktyka ustalania, że czyn sprawcy charakteryzował się nieostrożnością wykazuje wysoką częstotliwość posiłkowania się opiniami biegłych. Łącznie w 57 zbadanych sprawach w 45 przypadkach pojawia się dowód z opinii biegłego, a w skrajnym przypadku²⁴⁸⁴ w ramach jednego postępowania wystąpiło aż 5 opinii biegłych²⁴⁸⁵. Spostrzec należy, iż tylko sporadycznie w ostatecznym rozstrzygnięciu kończącym postępowanie w sprawie zapada wyrok inny, niż konkluzje, które można wysnuć z opinii biegłego. Te natomiast są często daleko idące, gdyż pewną

²⁴⁸⁴ Chodzi o sprawę II K 1009/02 z Sądu Rejonowego w Pile.

²⁴⁸⁵ Przypomnieć należy, że jako opinie biegłych traktowane nie były w niniejszych badaniach opinie medycyny sądowej odnoszące się do rodzaju poniesionych obrażeń przez poszkodowanego.

praktyką jest zadawanie im pytań typu: jakie przepisy naruszył oskarżony swoim postępowaniem? Dowodzi to przerzucania ciężaru znajomości i autonomicznego stosowania regulacji z szczegółowych gałęzi prawa np. z zakresu BHP na biegłych, a także braku pewnej faktycznego niezależności w ocenie ostrożności czynu sprawcy. Doniosłość opinii biegłych sądowych w zakresie ustalenia przekraczania lub zachowania normy ostrożności uwidacznia poniższy wykres oraz tabela:



Wykres nr 2. Ustalenia co do norm ostrożności w opinii biegłego/biegłych sądowych w zakresie próby.

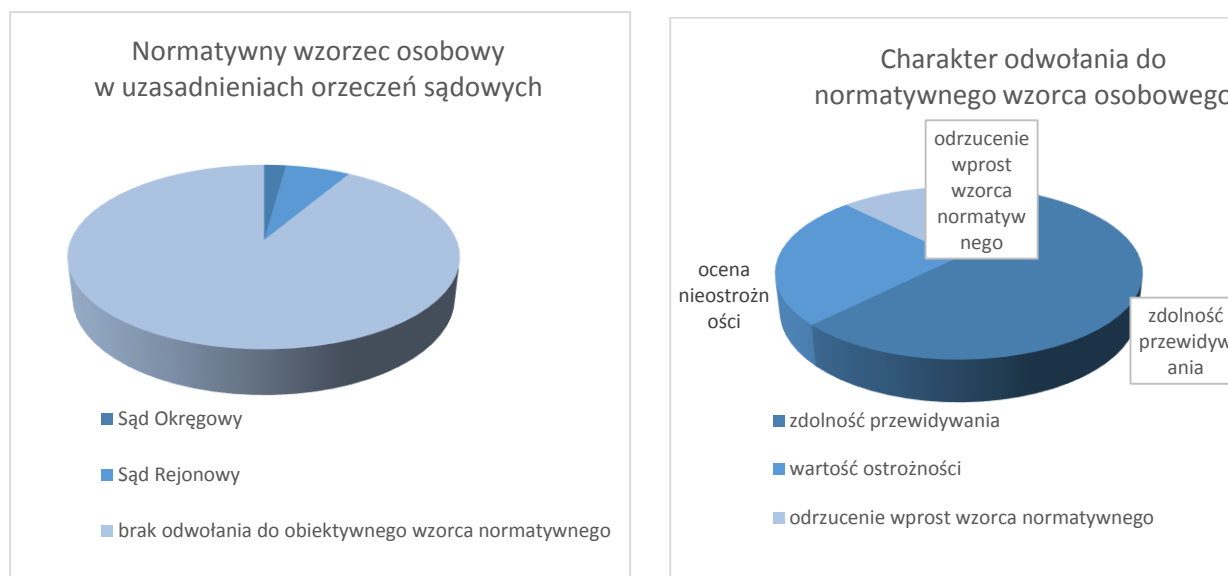
Tabela nr 2. Ustalenia co do norm ostrożności w opinii biegłego/biegłych sądowych			
Brak biegłego w sprawie	Brak ustaleń biegłego w zakresie przekroczenia norm ostrożności	Ustalenia biegłych w zakresie przekroczenia norm ostrożności	W tym liczba spraw w których ustaleń dokonał więcej niż jeden biegły
15	6	31	5

Tak pierwszorzędna rola biegłych, których opinię Sądy – zwłaszcza I Instancji – w zdecydowanej większości śledzą aż do granic przepisywania ich fragmentów w uzasadnieniu, prowokować musi do pewnych uwag. Zestawienie wszak chociażby kilku opinii biegłych wskazuje na bardzo daleko idące rozbieżności, jakie występują w stosowanej przez nich metodologii²⁴⁸⁶. Co więcej, bardzo często Sądy zamiast dokładnie wskazywać, jakie normy ostrożności przekroczył oskarżony, ograniczają się – nierzadko w ślad za stanowiskiem prokuratorów wyrażonym w akcie oskarżenia – do ogólnikowego opisywania, że oskarżony po prostu „nie zachował szczególnej ostrożności” czy też „prędkości bezpiecznej”. Praktykę tę ilustrują poniższe wykresy zamieszczone poniżej w punkcie 5.

2) Rola tzw. wzorcowych postaci (osobowych wzorców normatywnych) na obszarze polskiego prawa okazała się zdecydowanie mniej doniosła niż chociażby ta, jaką odgrywają one w

²⁴⁸⁶ Nie rozważając bliżej tego tematu wystarczy wskazać tytułem przykładu na przyjmowany „średniostatystyczny czas reakcji psychofizycznej kierującego”, który w sprawie II K 251/13 (Sąd Rejonowy w Trzciance) to 1,4 sekundy, natomiast w sprawie VIII K 1001/11 biegły stwierdza, że „czas reakcji przeciętnego kierowcy $tr = 0,8 s$ ”. (Sąd Rejonowy w Poznaniu).

systemie *common law*. Dzięki temu znacznie ograniczone są konstytucyjne wątpliwości związane z tą instytucją. Częstotliwość stosowania tej figury ilustrują poniższe wykresy:



Wykresy nr 3 i 4. Normatywny wzorzec osobowy w uzasadnieniach orzeczeń sądowych i charakter odwołania do normatywnego wzorca osobowego.

Na łącznie 8 przypadków odwołań do tej postaci, w tym 2 na poziomie Sądu Okręgowego, w 5 wypadkach miało to związek z oceną możliwości przewidywania, natomiast tylko w 2 dotyczyło tzw. standardu ostrożności. Dzięki temu poziom orzeczniczy w tym zakresie określić należy jako wysoki. Szczególnie godne uwagi jest orzeczenie Sądu Okręgowego, w którym wprost kwestionuje się odwołanie do osobowego wzorca normatywnego w wyroku Sądu I Instancji²⁴⁸⁷.

3) W przedmiotowej próbie nie zostały ani razu wykorzystane wprost tzw. kontratypy pozaustawowe. Okazuje się, że orzecznictwo 3 Sądów Rejonowych w Wielkopolsce w zasadniczym trzonie przestępstw nieumyślnych na przestrzeni 5 lat nie widziało konieczności korzystania z tych figur. Jedynie w jednym przypadku dość niejasne wywody Sądu Rejonowego umożliwiają – przy pewnej interpretacji – zaryzykowanie stwierdzenia, że Sąd postrzega normy ostrożności jako wyznacznik tzw. społecznej adekwatności zachowania²⁴⁸⁸. Nawet i to nie może podważyć konkluzji, że ich praktyczna doniosłość jest w gruncie rzeczy nawet nie tyle znikoma, co wprost żadna.

4) Faktem jest, że Sądy sporadycznie stosowały koncepcję tzw. obiektywnego przypisania skutku²⁴⁸⁹, a najczęściej powoływanym kryterium normatywnym było przekroczenie celu ochronnego normy²⁴⁹⁰. Pojawiało się ono wszak najczęściej w części deskryptywnej wyroku;

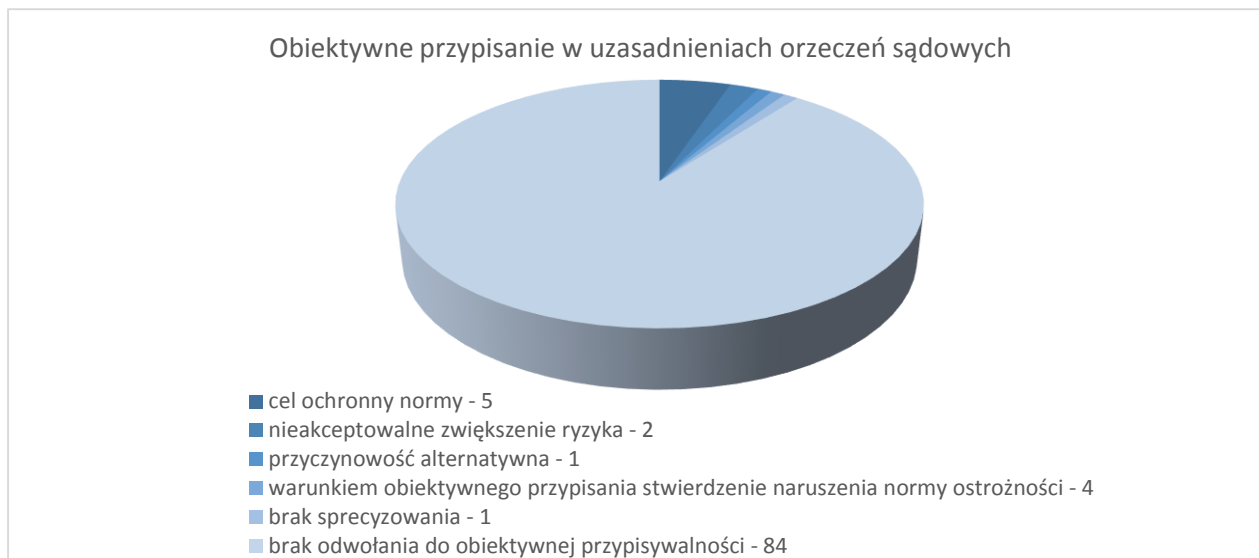
²⁴⁸⁷ Chodzi tutaj o wyrok Sądu Okręgowego w sprawie VIII 250/09.

²⁴⁸⁸ Chodzi tutaj o wyrok Sądu Rejonowego w sprawie VIII K 127/08.

²⁴⁸⁹ Spośród zbadanych spraw w przypadkach można doszukać się odwołań wprost, a w odwołań kontekstowych do afirmowanej w do orzecznictwie SN koncepcji „*Objektive Zurechnungslehre*”.

²⁴⁹⁰ Nie sposób nie dostrzec, że, jak się wydaje, jest to najbardziej problematyczne kryterium normatywnego zawężenia przypisywalności skutku.

natomiast w żadnym przypadku nie wyłączono z tego powodu przypisywalności czynu sprawcy, mimo, jak się wydaje, możliwości interpretowania przynajmniej jednego stanu faktycznego właśnie w tym kierunku²⁴⁹¹. Praktykę sądową w tym zakresie ilustruje poniższy wykres i tabela:



Wykres nr. 5 Obiektywne przypisanie w uzasadnieniach orzeczeń sądowych w zakresie próby.

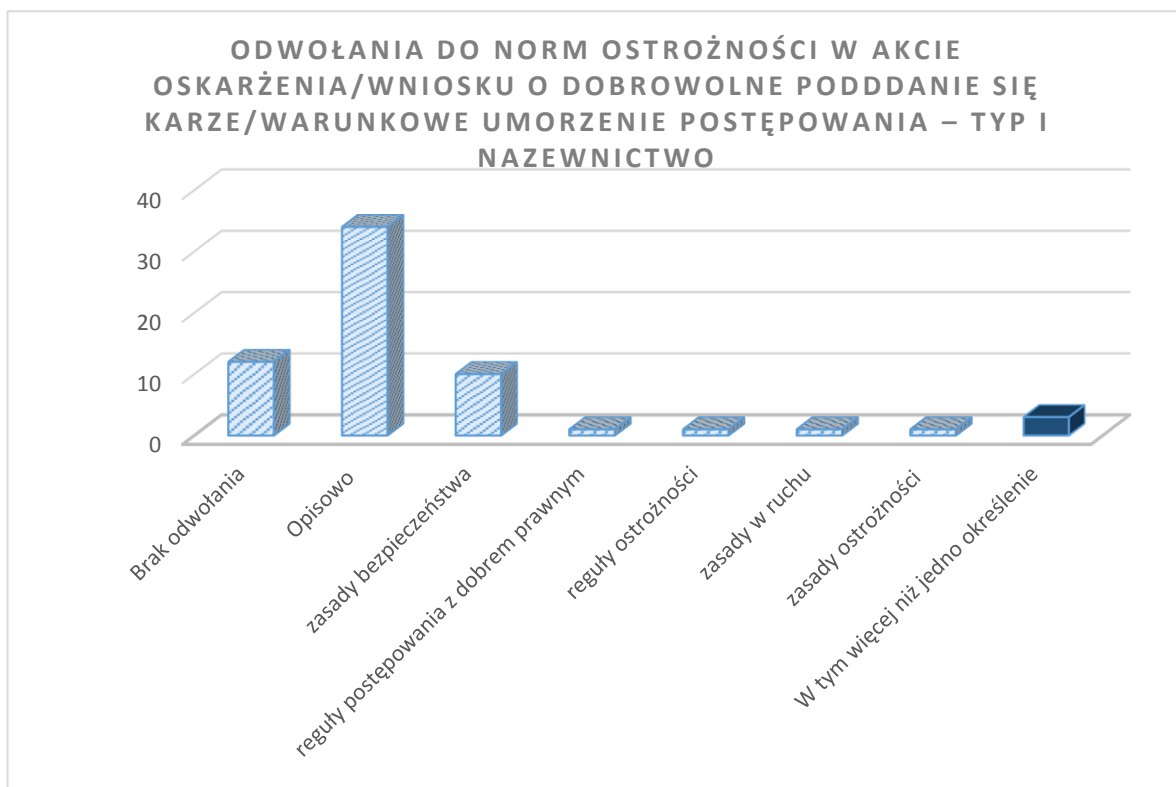
Tabela nr 3. Kwalifikacje prawne czynów w zakresie próby							
Obiektywne przypisanie w uzasadnieniu	Cel ochronny normy	Nieakceptowalne zwiększenie ryzyka	Przyczynowość alternatywna	Warunkiem obiektywnego przypisania	Brak sprecyzowania	Brak odwołania do obiektywnej	Łącznie sporządzonych uzasadnień
12	5	2	1	1	1	84	96

Analiza powyższych danych ujawnia ponad wszelką wątpliwość, że znajomość i stosowanie konstrukcji tzw. obiektywnego przypisania skutku jest na poziomie Sądu Rejonowych nikła. W 57 sprawach, w których sporządzono łącznie 96 uzasadnień, w tym jedno uzasadnienie SN, odwołania takie występują zaledwie w 12 przypadkach. Konstatacja ta ma niezwykle dalekosiężne skutki, obnaża bowiem fałszywość twierdzeń tych karnistów, którzy w toku prac nad rozważaną reformą części ogólnej k.k. w latach 2012–2014 podtrzymywali stanowisko, że zmiana taka byłaby co najwyżej potwierdzeniem tylko obecnego stanu faktycznego²⁴⁹².

5) Jeżeli chodzi o stosowane przez Sądy nazewnictwo, to przedstawić je można w formie następujących wykresów:

²⁴⁹¹ III K 699/11.

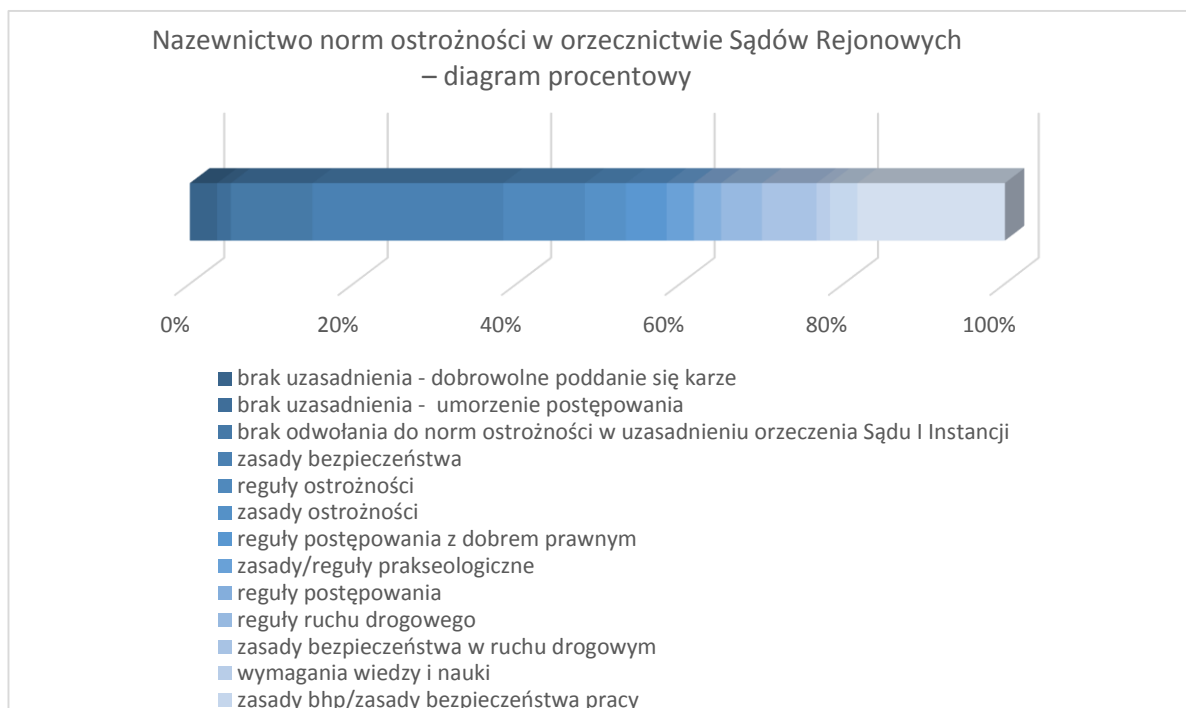
²⁴⁹² Co do szczegółowej analizy tych poglądów zob. Rozdział VII.



Wykres nr 6. Odwołania do norm ostrożności w akcie oskarżenia/wniosku o dobrowolne poddanie się karze/warunkowe umorzenie postępowania – typy i nazewnictwo.

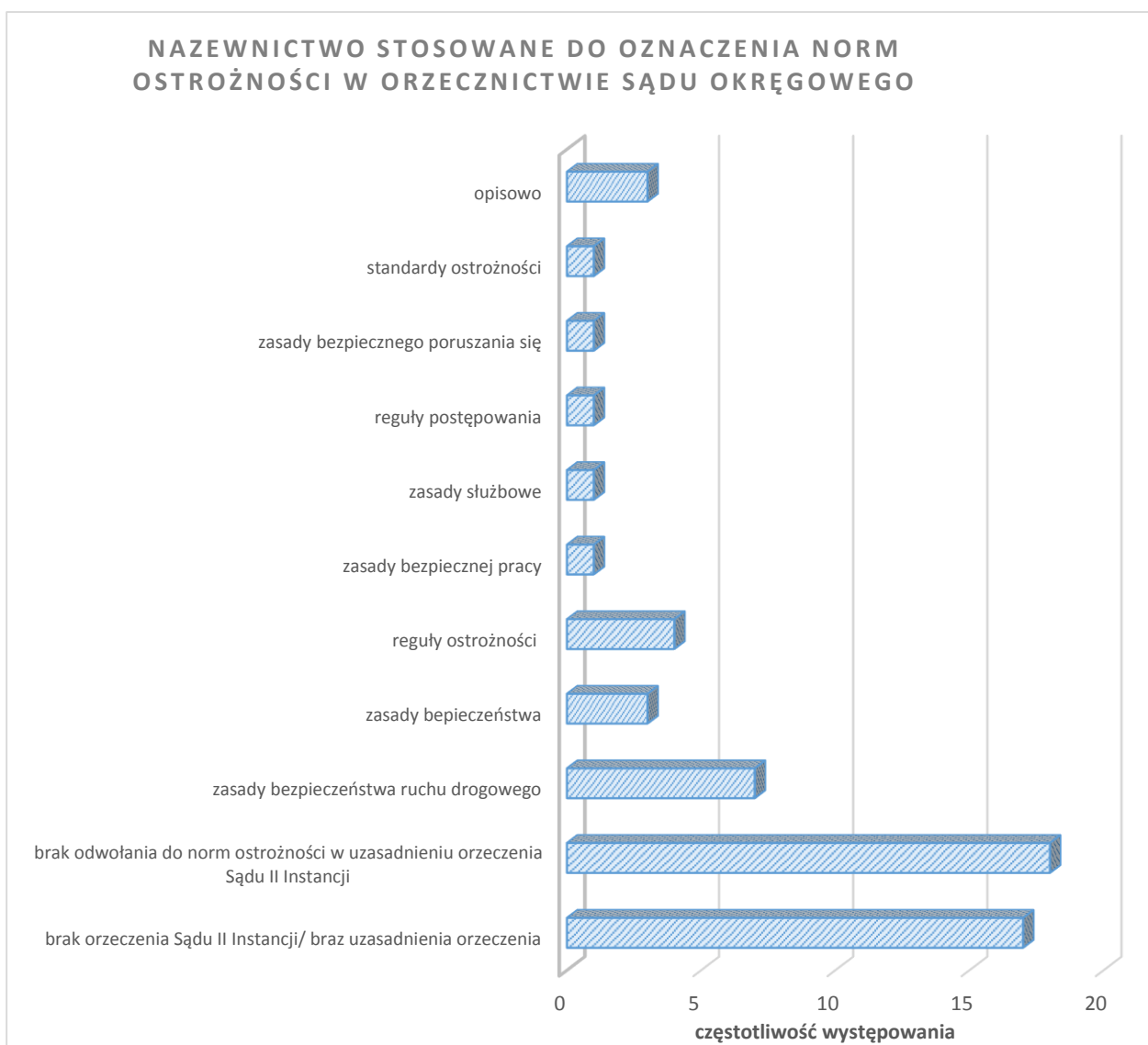


Wykres nr 7. Nazewnictwo stosowane do oznaczenia norm ostrożności w orzecznictwie Sądów Rejonowych

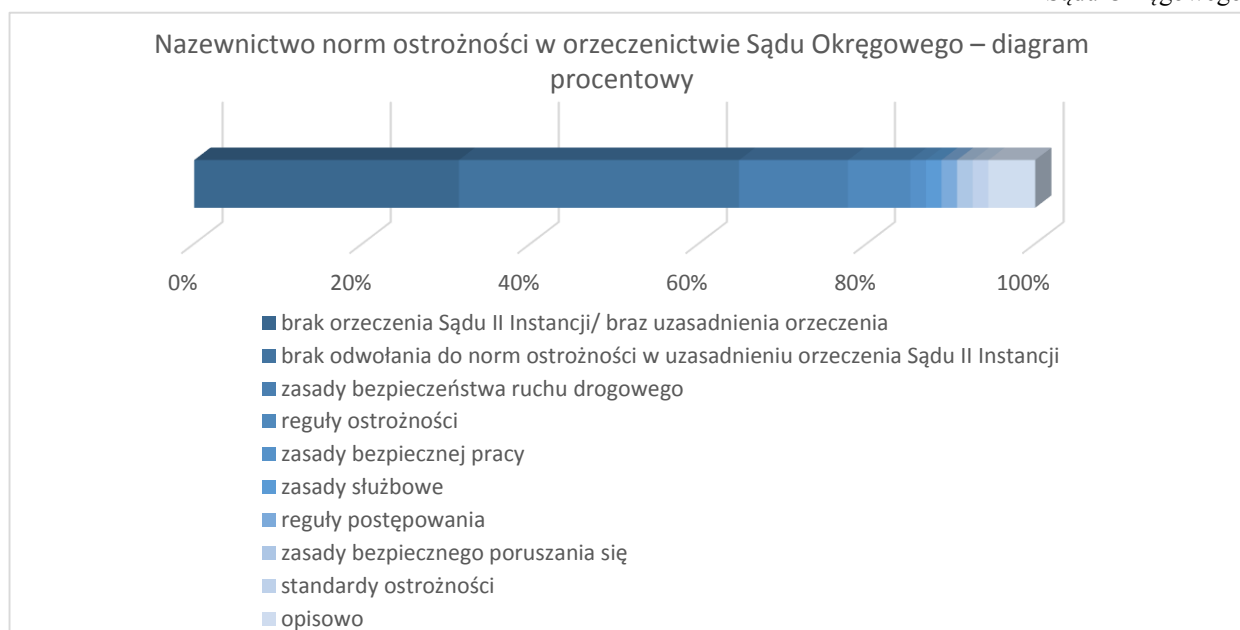


Wykres nr 8. Nazewnictwo stosowane do oznaczenia norm ostrożności w orzecznictwie Sądów Rejonowych –diagram procentowy.

Tabela nr 4. Odwołania do norm ostrożności uzasadnieniach orzeczeń Sądów I Instancji/ w akcie oskarżenia/wniosku o dobrowolne poddanie się karze/warunkowe umorzenie postępowania – typy i nazewnictwo													
Tabela nr 4a. Odwołania do norm ostrożności uzasadnieniach orzeczeń Sądów I Instancji– typy i nazewnictwo													
Brak uzasadnienia – dobrowolne	Brak uzasadnienia – umorzenie	Brak odwołania do norm ostrożności w	Zasady bezpieczeństwa	Reguły ostrożności	Zasady ostrożności	Reguły postępowania z	Zasady/reguły prakseologiczne	Reguły postępowania	Reguły ruchu drogowego	Zasady bezpieczeństwa w	Wymagania wiedzy i nauki	Zasady bhp/zasady bezpieczeństwa	Opisowo
2	1	6	15	6	3	3	2	2	3	4	1	2	11
Tabela nr 4b. Odwołania do norm ostrożności w akcie oskarżenia/wniosku o dobrowolne poddanie się karze/warunkowe umorzenie postępowania – typy i nazewnictwo													
Brak odwołania	Opisowo	Zasady bezpieczeństwa	Reguły postępowania z dobrem prawnym	Reguły ostrożności	Zasady w ruchu	Zasady ostrożności	W tym więcej niż jedno określenie						
12	34	10	1	1	1	1	3						



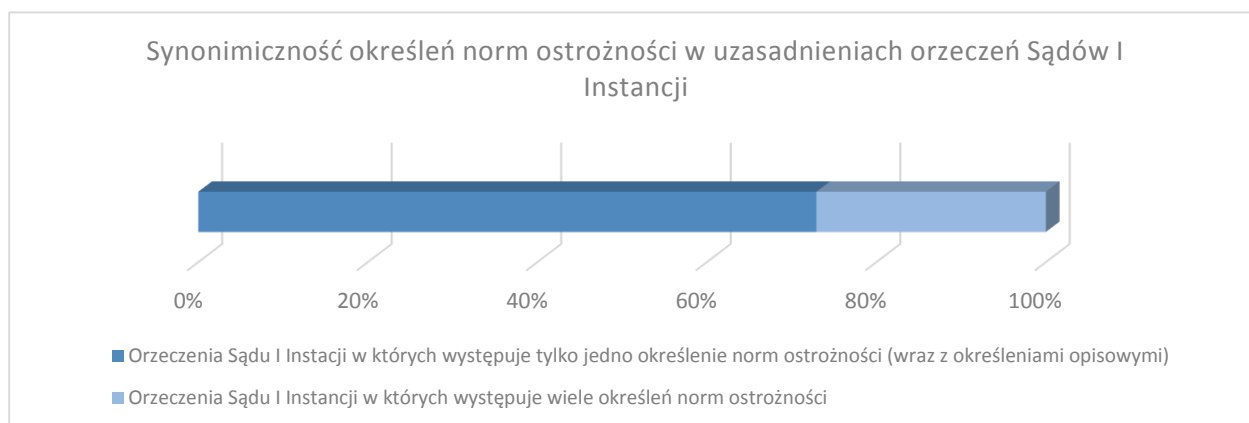
Wykres nr 9. Nazewnictwo stosowane do oznaczenia norm ostrożności w orzecznictwie apelacyjnym Sądu Okręgowego.



Wykres nr 10. Nazewnictwo stosowane do oznaczenia norm ostrożności w orzecznictwie apelacyjnym Sądu Okręgowego – diagram procentowy.

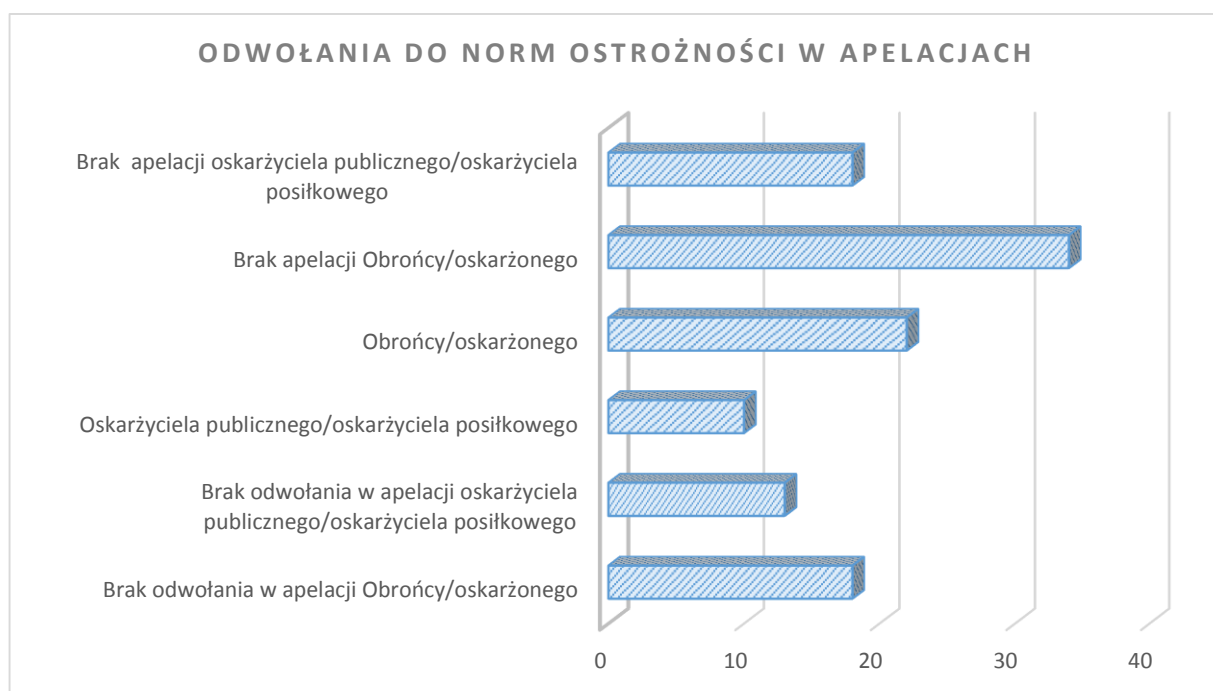
Tabela nr 5. Odwołania do norm ostrożności uzasadnieniach orzeczeń Sądu II Instancji – typy i nazewnictwo										
Brak orzeczenia Sądu II	Brak odwołania do norm	Zasady bezpieczeństwa ruchu	Zasady bezpieczeństwa	Reguły ostrożności	Zasady bezpiecznej pracy	Zasady służbowe	Reguły postępowania	Zasady bezpiecznego poruszania się	Standardy ostrożności	Opisowo
17	18	7	3	4	1	1	1	1	1	3

Pod tym względem stwierdzić należy, iż określenia te stosowane są praktycznie wymiennie, synonimicznie. Wielokrotnie w treści uzasadnienia oba określenia pojawiają się w następujących po sobie zdaniach. Postulując z jednej strony ujednolicenie tego nazewnictwa, z drugiej stwierdzić należy, że praktyka sądowego stosowania prawa potwierdza przypuszczenie, iż rzeczone normy ostrożności są instytucjom o charakterze jednolitym. Trudno tutaj formułować jakiegokolwiek próby tworzenia wskazówek, co do wskazania różnic w zakresach pól semantycznych poszczególnych nazw. Konkluzję taką potwierdza kolejny wykres dot. tzw. synonimiczności określeń wykorzystywanych do oznaczania norm ostrożności:



Wykres nr 11. Synonimiczność nazewnictwa stosowanego do oznaczenia norm ostrożności w orzecznictwie Sądów Rejonowych –diagram procentowy.

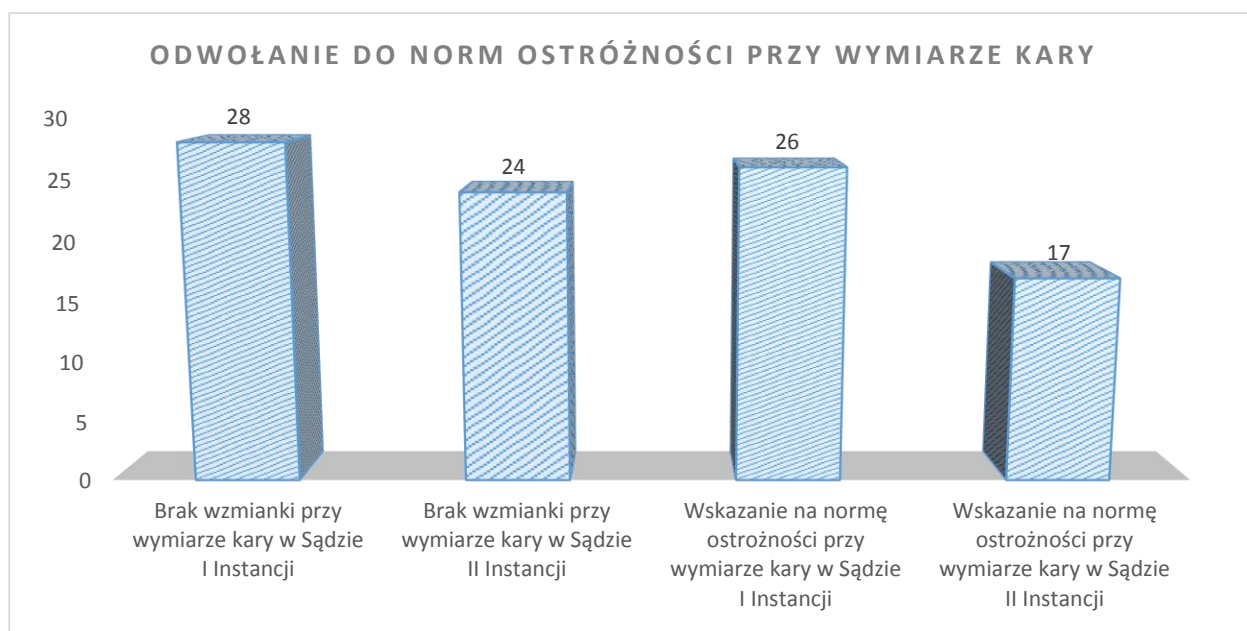
- 6) Spośród przebadanych orzeczeń, wzmiankowe odwołanie do norm ostrożności wystąpiło w 74 uzasadnieniach. Określić można to jako częstotliwość stosunkowo wysoką, acz nie sposób nie wykryć tutaj pewnych prawidłowości. W szczególności zdecydowanie najczęściej odwołania takie wystąpiły w kategorii spraw dotyczących wypadków komunikacyjnych, co jak się wydaje wiązać należy z umieszczeniem odwołania do tych reguł na poziomie deskryptywnym przepisów części szczególnej k.k. Natomiast w innych kategoriach spraw częstotliwość ta jest zdecydowanie niższa. Rozpowszechnienie odwołań do norm ostrożności w apelacjach oraz aktach oskarżenia obrazują poniższe zestawienia:



Wykres nr 12. Częstotliwość odwołań do norm ostrożności w apelacjach w zakresie próby.

Tabela nr 6. Odwołanie do norm ostrożności w apelacjach					
Brak odwołania w apelacji Obrońcy/oskarżonego	Brak odwołania w apelacji oskarżyciela publicznego/oskarżyciela posiłkowego	Oskarżyciela publicznego/oskarżyciela posiłkowego	Obrońcy /oskarżonego	Brak apelacji obrońcy/oskarżonego	Brak apelacji oskarżyciela publicznego/oskarżyciela posiłkowego
17	13	10	22	34	18

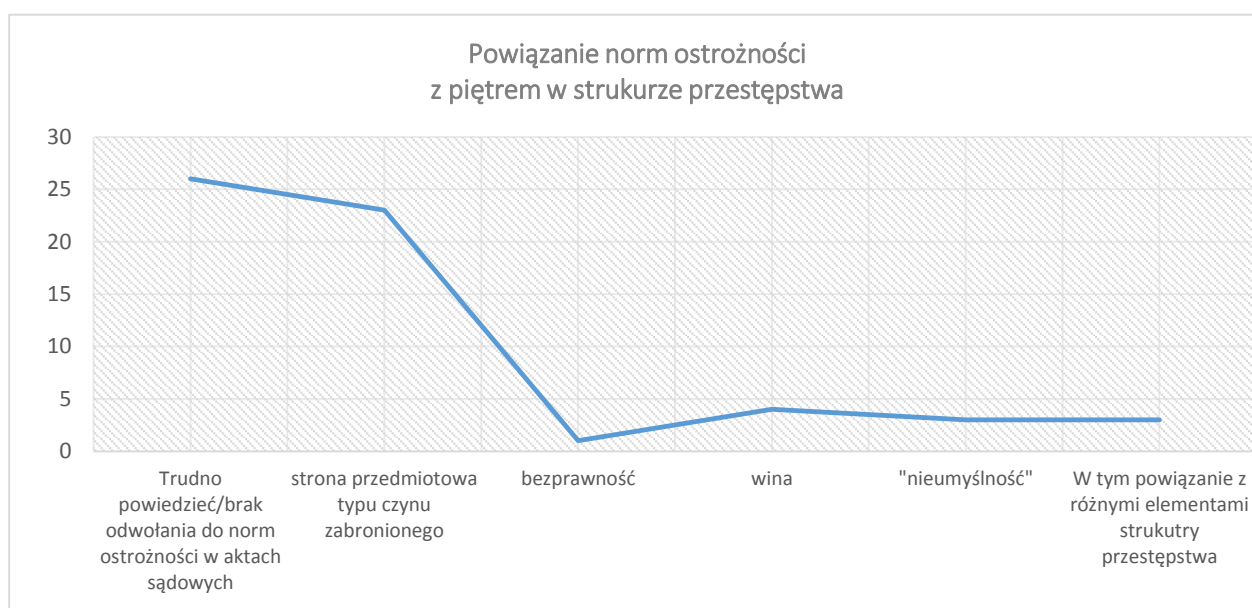
Nadmienić należy wreszcie, że bardzo niejednolicie kwestia norm ostrożności jest traktowana na płaszczyźnie wymiaru kary. Spośród przebadanych 96 uzasadnień, choćby wzmiankowo do norm ostrożności przy rozważaniach dotyczących wymierzanej oskarżonemu kary odwołuje się 43, co stanowi 45,7%. Stosunkowo częściej napotkać można rzeczzone odwołania w judykaturze Sądów Rejonowych (49% wypadków), w stosunku do częstotliwości na poziomie 42,5%, która towarzyszy orzecznictwu Sądu Okręgowego. Liczbowo wartości te przedstawia poniższy wykres:



Wykres nr. 13. Odwołanie do norm ostrożności przy wymiarze kary w uzasadnieniach orzeczeń sądowych w zakresie próby.

Niemniej taka obserwacja nie może przesłaniać faktu, że odwołania te najczęściej mają charakter, ogólnej, enigmatycznej wzmianki, która uniemożliwia jakiegokolwiek bliższe dociekanie, jaki rzeczywiście wpływ miało wyłuszczone naruszenie normy ostrożności na wymiar kary.

Ujawniający się obraz orzecznictwa daje podstawę do sformułowania pewnych ogólniejszych spostrzeżeń. Przede wszystkim, o ile pojęcie norm ostrożności odgrywa pewną rolę w orzecznictwie sądów powszechnych, to błędne byłoby twierdzenie, że są one postrzegane w sposób jednolity. Szczegółowa analiza orzeczeń sądowych ujawnia, że poglądy co do powiązania ich z określonym piętnem struktury przestępstwa są po pierwsze trudne do odtworzenia, a po drugie, wzajemnie sprzeczne. Konkluzję tę potwierdza poniższy wykres:



Wykres nr 14. Powiązanie norm ostrożności z piętnem w strukturze przestępstwa w aktach spraw sądowych w zakresie próby.

Zdecydowana dominacja wiązania norm ostrożności ze znamieniem typu czynu zabronionego wiąże się jednak nie tyle z afirmacją poglądów forsowanych przez tzw. szkołę krakowską prawa karnego, co raczej z prozaicznym faktem, że praktyka sądowego stosowania prawa najczęściej dostrzega normy ostrożności w kontekście ustawowego sformułowania przestępstw z art. 177 § 1 oraz § 2 k. k. Zorientowanie na tekst regulacji ustawowej, odczytywany na poziomie deskryptywnym, bez prawidłowego derywowania z niego norm prawnych, skutkuje stosunkowo powszechnym utożsamieniem regulacji zawartych w szczegółowych gałęziach prawa z normą ostrożności²⁴⁹³. Nierzadko sądowe stosowanie prawa sprowadza się tutaj do schematu, w którym biegły sądowy wskazuje na naruszenia określonych regulacji podstawowych, co następnie potwierdza Sąd I Instancji jako naruszenie norm ostrożności. Podobnie jest w zakresie spraw o wypadki drogowe, przy czym tutaj taki uproszczony model postępowania ukierunkowany jest na rozstrzygnięcie, czy raczej obliczenie, z jaką prędkością powinien był się poruszać oskarżony, aby mógł być uniknąć wypadku.

Wreszcie, przeprowadzone badania sądowe dały również podstawę do wysnucia obserwacji, iż – co prawda wyjątkowo – ale napotkać można przykłady takich orzeczeń, gdzie dochodzi do wykreowania normy ostrożności na niekorzyść oskarżonego. W przedmiotowej próbie miało to miejsce co najmniej w jednym przypadku²⁴⁹⁴. Uwidacznia to, że problem zgodności z normami Konstytucji praktyki sądowej stosowania prawa w zakresie norm ostrożności nie jest tylko zagadnieniem akademickim. Kieruje to do ostatecznego wniosku, że praktyka sądowa, potwierdzając najbardziej podstawowe tezy, jakie wynikają się z rozważań teoretycznych, zarazem w zakresie norm ostrożności ujawnia wiele mankamentów. Prowadzi to więc do pytania, czy z tak użytecznej figury przekroczenia norm ostrożności, której postulat wyeksponowania w k.k. było pochodną konstatacji poważnych uchybień w procesie sądowego stosowania prawa²⁴⁹⁵ uczyniono właściwy użytek²⁴⁹⁶.

²⁴⁹³ W badanym zakresie dotyczyło to wprost przynajmniej 11 rozstrzygnięć. Liczba ta jawi się musi jako stosunkowo duża, tym bardziej, że w pozostałym zakresie, w tym zwłaszcza w sprawach o wypadki drogowe, utożsamienie takie również najczęściej zachodzi, tylko bez wskazania *explicite* konkretnych regulacji naruszonych przez sprawcę.

²⁴⁹⁴ Chodzi tutaj o orzeczenie w sprawie VIII K 188/08 (K. 76). Naruszenie zasady „szczególnej ostrożności” wymaganej przez art. 26 u.p.r.d.) stwierdzono w tym judykacie w sytuacji, gdy sprawca oddalał się od przejścia dla pieszych, a nie jak literalnie stwierdza wymaga to ten przepis (i zawarta w nim norma) do niego „*zbliżając się*”. Również w świetle oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego (a zwłaszcza bezspornego spostrzeżenia, iż „*główną przyczyną* [zdarzenia – przypis M.B.] *było wkroczenie (prawdopodobnie wbiegnięcie pieszego bezpośrednio pod nadjeżdżający samochód*” i zasobów ludzkiej wiedzy trudno dla kierowcy oddalającego się od przejścia dla pieszych wyprowadzić obowiązek „szczególnej ostrożności”. Można się tutaj poważnie zastanawiać, a wręcz przychylić do tezy, iż sąd w istocie nie wskazał na istniejącą normę ostrożności, czy tylko ją – z naruszeniem konstytucyjnych granic swobody sędziowskiej i zasady *nullum crimen sine lege certa* – wykreował.

²⁴⁹⁵ Zob. B. Mąkosa–Stępkowska, „*Przestępstwa...*”, s. 455–462.

²⁴⁹⁶ Wydaje się, że skłaniając się do sceptycznego stanowiska w tej sprawie, nie sposób zarazem nie spostrzec, że uwypukla to jeszcze inny problem, jakim jest nieskuteczność prób wpływania na praktykę sądową li tylko za pomocą zmian prawa karnego materialnego. Rodzi to więc winno większą powściągliwość również w sferze prac nowelizacyjnych obecnego k.k., ukierunkowanych na zmianę (skądinąd trafnie skonstatowanej) nieprawidłowej struktury orzekanych kar w polskich sądach.

Jest więc niewątpliwe tak, że w obecnych polskich realiach wciąż teoria prawa może być tutaj głównym źródłem inspiracji dla praktyki.

Zakończenie

Konkludując powyższe rozważania stwierdzić należy, że przeprowadzona analiza problematyki norm ostrożności prowadzi do potwierdzenia wniosku, iż nie posiadają one li tylko „*dekoracyjnego*” znaczenia dla pojęcia przestępstwa i kształtowania zakresu odpowiedzialności prawnokarnej. Wręcz przeciwnie: ujawniają one swoje znaczenie dla szeregu podstawowych instytucji prawa karnego. Co więcej, potencjał norm ostrożności jest w dalszym ciągu nie w pełni niewykorzystywany. Potwierdzają to wnioski badawcze, które zostały wypracowane w toku powyższych rozważań. Przypomnijmy najważniejsze z nich:

1. Normy ostrożności w polskim prawie karnym pojawiają się jako przedmiot samodzielnej refleksji, po incydentalnym, pochodzącym z roku 1938 stanowisku J. Makarewicza w okresie po II wojnie światowej. Były one związane początkowo z problematyką winy sprawcy czynu zabronionego. Nie można doszukiwać się systematycznego spojrzenia na tę instytucję we wcześniejszych pracach polskich karnistów okresu XX-lecia międzywojennego, w szczególności przy analizie możliwości, względnie powinności przewidywania popełnienia czynu zabronionego „z winy niemyślnej”. Ich powiązanie z problematyką nieumyślności nastąpiło w rządowym projekcie zmian k.k. z 1981 r., a w rozważaniach doktryny dokonane zostało po raz pierwszy w sposób w pełni konsekwentny i wyczerpująco uzasadniony w pracy doktorskiej B. Mąkosy z roku 1989.
2. Brak jest jakichkolwiek podstaw do wyróżniania pomiędzy pojęciami takimi jak: reguły ostrożności, reguły obchodzenia się z dobrem prawnym, reguły postępowania, zasady bezpieczeństwa, reguły prakseologiczne etc., które to rozróżnienie nie posiada również jakiegokolwiek uzasadnienia teoretyczno-prawnego czy lingwistycznego. Wszystkie te deskryptywne określenia odnoszą się do jednej instytucji. Ze względów teoretycznoprawnych celowe jest stosowanie takiego określenia, które podkreśla ich dyrektywalny charakter.
3. Normy ostrożności są figurą, której doniosłość, wyeksponowana w pracach wczesnej szkoły finalistycznej, występuje również w systemach prawnych innych państw, w tym w szczególności prawa karnego niemieckiego, oraz ustawodawstw romańskich, w tym zwłaszcza Hiszpanii. Objawia tam jednak podobny jak w nauce polskiej brak klarowności tak pojęciowej, jak i teoretyczno-prawnej co do właściwego ich wartościowania na gruncie prawa

karnego. Pod tym względem wyróżnia się system brytyjskiego *common law*, gdzie – poza nielicznymi przypadkami związanymi m.in. z *due diligence defence* oraz odrębnym uregulowaniem tzw. prawa szkotów (*Scots Law*) – brak jest uznawania relewancji norm ostrożności.

4. Normy ostrożności pojmować należy jako odnoszące się do charakterystyki przedmiotowej czynu sprawcy (jego zewnętrznego zachowania się) a nie jego procesów psychicznych, takich jako obowiązek zwrócenia szczególnej uwagi czy nakaz koncentracji.
5. Normy ostrożności nie są nigdy normami prawnymi, ani nie przybierają też postaci zasad prawa. Mają postać słabszych dyrektyw, a ich struktura zbieżna jest ze strukturą tzw. *quasi*–ocen, które w teorii prawa zapisywane są w symbolicznej postaci *W ut p*. Ich podstawą obowiązywania nie jest uzasadnienie tetyczne, lecz aksjologiczne. Niemniej problematyka konfliktu norm ostrożności rozstrzygana winna być analogicznie jak w przypadku konfliktu norm prawnych.
6. Norma ostrożności jest normą postępowania o charakterze normy indywidualnej i konkretnej. Jej treść uwzględnia elementy subiektywne w postaci zdolności fizycznych i możliwości działania podmiotu ze względu na jego niezawiniony stan psychiczny oraz fizyczny. Treść normy ostrożności w sposób naturalny współkształtowana jest przez wytwory faktyczne, które stanowią paralingwalny znak wpływający na kształt dekodowanej dyrektywy w danej sytuacji.
7. Uniwersalny instrument, jaki dostarczają prawu karnemu normy ostrożności pozwala zastąpić bliżej niedookreślone, zaczerpnięte z innych nauk empirycznych pojęcia pokroju „*błędu medycznego*”, „*wypadku komunikacyjnego*” czy „*wypadku sportowego*”, których istota i przesłanki postrzegane są w polskiej doktrynie prawa karnego wyjątkowo niejednolicie. Analogicznie wykorzystać należy normy ostrożności do pozbawienia wszelkiej doniosłości tzw. kontratypów pozaustawowych, których przesłanki, tak jak ukazuje analiza koncepcji społecznej adekwatności czy dopuszczalnego ryzyka są wybitnie nieodkreślone i zarazem krańcowo przeciwne klarownej instytucji norm ostrożności. Nadto, ich stosowanie prowadzić może do pogorszenia sytuacji pokrzywdzonego.
8. Brak jest jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, iż normy ostrożności posiadają doniosłość jedynie na płaszczyźnie określonej kategorii typów

czynów przestępnych. Jest wprost przeciwnie – mają one pełne znaczenie w przypadku tak czynów umyślnych jak i nieumyślnych, typów znamiennych skutkiem jak i bezskutkowych. Co więcej, zakładając tożsamość strukturalną przestępstwa, wykroczenia i deliktu dyscyplinarnego, stwierdzić należy ich doniosłość dla wszystkich tych typów czynów relewantnych dla prawa karnego *sensu largo*.

9. Kreowanie norm ostrożności w procesie sądowego stosowania prawa z wykorzystaniem tzw. normatywnego wzorca osobowego („*reasonable man figure*”) jest sprzeczne z konstytucyjną zasadą *nullum crimen sine lex certa*. Wykorzystywanie tej figury w jakiegokolwiek postaci na gruncie prawa karnego jest niedopuszczalne, a normatywny komponent tego wzorca w pełni oddaje instytucja norm ostrożności.
10. Normy ostrożności sytuować należy jako wstępny warunek normowania normy sankcjonowanej. Lokowany on winien być w piętrowej strukturze przestępstwa zasadniczo (tj. w przypadku czynów typowych) pomiędzy czynem a znamieniem czynu zabronionego. Jest on wśród wstępnych warunków normowania elementem, który badać należy w ostatniej kolejności.
11. Konieczne jest podkreślenie, że normy ostrożności doniosłe są również przy tzw. kontratypach, będąc w tym przypadku wpisane w treść wstępnych warunków zastosowania normy sankcjonującej. Uniwersalnym składnikiem wszystkich okoliczności wyłączających bezprawność jest to, że obejmują one swoim zakresem jedynie te zachowania, które przy odpieraniu zagrożenia nie przekraczają dopuszczalnej miary ostrożności. Pod tym względem różnice w ich deskryptywnym ujęciu – a więc między np. tzw. eksperymentem a stanem wyższej konieczności są równie irrelewantne, jak odmienności w opisie ustawowych znamion poszczególnych typów czynów zabronionych.
12. Błąd co do norm ostrożności, stanowiący niewątpliwie z punktu widzenia teoretycznoprawnego odrębny typ błędu na gruncie prawa karnego, rozpatrywać należy jako przypadek analogiczny do błędu co do okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną.
13. Zaproponowana przez K. Buchałę koncepcja eksplikacji pojęcia ostrożności przez pryzmat trzech czynników, tj. właściwych kwalifikacji sprawcy, zastosowania właściwego narzędzia oraz wykonania czynności we właściwy sposób, rozwijana konsekwentnie przez tzw. krakowską szkołę prawa karnego, zwłaszcza przez A. Zolla oraz A. Barczak–Oplustil, nie zasługuje na akceptację.

W istocie dla treści normy ostrożności istotne znaczenie ma wyłącznie właściwy sposób przeprowadzenia danej czynności, a pozostałe dwa elementy, jeśli się w nim nie odzwierciedlają, pozostają bez samoistnej doniosłości dla prawa karnego.

14. Stosunek sprawcy wobec norm ostrożności ma znaczenie nie tylko przez pryzmat oceny społecznej szkodliwości czynu, ale z punktu widzenia wszystkich celów, jakie do zrealizowania ma przed sobą wymiar kary, w tym zwłaszcza celów w zakresie prewencji szczególnej oraz sprawiedliwej odpłaty za wyrządzoną szkodę. W zakresie wymiaru kary pomocna jest typologia norm ostrożności wyróżniająca wśród nich tzw. powszechne normy ostrożności, a więc te, które dotyczą wszystkich członków społeczeństwa, oraz szczególne normy ostrożności, które wiążą się z aktywnością profesjonalną.
15. Koncepcja tzw. obiektywnego przypisania skutku nie zasługuje na aprobatę. Analiza tej koncepcji przeprowadzona w kontekście zasadniczego dla niniejszej pracy pytania o sytuowanie norm ostrożności w strukturze przestępstwa uwidacznia, że wiele tzw. normatywnych kryteriów stosowanych w niej do korekty ogólnie filozoficznego pojęcia przyczynowości jawi się jako konstrukt całkowicie zbędny. Ich otwarty katalog i fundamentalne problemy z ich interpretacją prowadzą do konkluzji, że wprowadzają one niepotrzebny brak precyzji w dogmatyce prawa karnego. Brak precyzji, który trudno uzasadnić dyskusyjnymi wartościami kryminalno-politycznymi. Co więcej, nie ma konieczności ich stosowania wobec faktu, że można te same rezultaty osiągnąć bądź to przy wykorzystaniu podstawowych instytucji składających się na pojęcie struktury przestępstwa; a w pozostałym zakresie traktować je należy w płaszczyźnie problematyki dookreślenia prawnokarnego pojęcia sprawstwa.
16. Akceptacja w orzecznictwie polskiego SN tzw. koncepcji obiektywnego przypisania skutku nie znajduje nie tylko pełnego, ale również zauważalnego czy spójnego odzwierciedlenia w orzecznictwie sądów powszechnych.
17. Operowanie instytucją norm ostrożności w praktyce sądowej nie jest wolne od błędów, a podstawowe znaczenie w tym zakresie posiadają opinie biegłych sądowych.

Wreszcie podkreślić należy, że powyżej sformułowane wnioski nie doprowadziły autora do powzięcia przekonania, iż aby móc je zaaprobować w pełni, konieczna jest w minimalnym choćby zakresie nowelizacja obecnie obowiązującego k.k.. Podkreślić należy z całą stanowczością, że stanowiące niejednokrotnie przejaw populizmu penalnego zbyt częste

modyfikacje tego aktu normatywnego nie przyczyniają się do poprawnego rozwoju ani refleksji teoretycznej ani też jednolitości w sądowym procesie stosowania prawa. Autor dystansuje się zarazem od nazbyt chyba powszechnych w polskiej nauce prób proponowania nowego brzemienia przepisów prawnych, do których do prób czują się powołani coraz to liczniejsi karniści. Proponowane w niniejszej pracy modyfikacje sposobu postrzegania norm ostrożności możliwe są do przyjęcia także na gruncie obecnego brzmienia k.k., a w szczególności sformułowania zakodowanego w art. 9 § 2 k.k.

Przeprowadzone w niniejszej pracy rozważania umożliwiają również dokonanie zapowiedzianego we wstępie do niniejszej pracy ostatecznego wyklarowania pojęć. Ponieważ jednak zostało to już w zasadniczej mierze dokonane w toku wywodów zawartych w tekście głównym, w tym miejscu ograniczę się jedynie do najbardziej kluczowego dla niniejszej pracy pojęcia „*normy ostrożności*”. Pod tym pojęciem proponuję więc pojmować normę indywidualną i konkretną o uzasadnieniu aksjologicznym i strukturze quasi–oceny, która wskazuje podmiotowi jakie działania bądź zaniechania należy wykonać, aby zachować w danej sytuacji należyta ostrożność i nie przekroczyć tym samym normy prawno–karnej. Określenie takie jest swoistą syntezą pokaźnej części konkluzji badawczych zawartych w niniejszej pracy i ma w założeniu piszącego te słowa przyczynić się do uporządkowania niejasnych wciąż pojęć.

Powyższe wywody umożliwiają również ustosunkowanie się do postawionych na początku niniejszej pracy hipotez. I tak podkreślić należy, że zarówno rozważania zawarte w części merytorycznej pracy, jak i wysłowione powyżej najważniejsze konkluzje badawcze pracy prowadzą do konstatacji, że w pełni potwierdzone zostały hipotezy oznaczone numerami 1) –5), 7), 9–12).

Nieco bardziej problematyczne jest odniesienie się hipotez wyliczonych na początku niniejszej pracy w punktach 6) i 8) i im to właśnie w tym miejscu poświęcić należy jeszcze kilka słów. Pewne wyjaśnienia wypadnie również poczynić w odniesieniu do hipotezy numer 13.

Jeżeli chodzi o hipotezę wyrażoną w punkcie 6), a więc supozycję, że posługiwanie się tzw. osobowymi wzorcami normatywnymi jest sprzeczne z zasadą demokratycznego państwa prawnego, to zdaje się ona wymagać jedynie subtelnej korekty. O ile nie może ulegać wątpliwości fakt, że figury te są dla prawa karnego całkowicie zbędne, a w istocie rzeczy maskują jedynie okoliczność niekonstytucyjnej arbitralności orzeczeń sędziowskich, to bardziej szczegółowa analiza literatury przedmiotu, w tym zwłaszcza przegląd stanowisk wysławianych na gruncie karnistyki niemieckiej, ukierunkowały poniższe rozważania na stwierdzenie jej sprzeczności z konstytucyjną zasadą *nullum crimen sine lex certa*. Tak więc rysująca się tutaj rozbieżność dotyczy bądź to kwestii pierwotnej przyczyny niekonstytucyjności tej instytucji, bądź też rozstrzygnięcia, czy w istocie nie dochodzi tutaj do szczególnie nagannej sytuacji zbiegu przyczyn

niekonstytucyjności. Rozbieżność tę wypada w tym miejscu wyklarować. Dla ostatecznego przesądzenia tej wątpliwości konieczne jest krótkie spojrzenie uzupełniające na zasadę demokratycznego państwa prawnego. Jest to o tyle doniosłe, że w dotychczasowej linii orzecznictwa TK w sposób wyraźny rozdziela się wzorce kontroli zgodnością z Konstytucją RP, jakie zawarte są w jej art. 2 i art. 42²⁴⁹⁷.

Zgodnie z przyjmowanym ujęciem zasady demokratycznego państwa prawnego w polskiej nauce prawa konstytucyjnego obejmuje ono w szczególności: suwerenność narodu, wolność i równość wobec prawa, traktowanie Konstytucji jako wyznacznika zasadniczego porządku prawnego a prawa jako podstawy i granicy wszystkich działań państwa, trójpodział podział władz, ochronę sądową, odpowiedzialność organów państwa czy zasadę subsydiarności²⁴⁹⁸. Wskazuje się również na fakt, że jej inkorporowanie do porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej w 1989 r. stanowiło nawiązanie do pojęcia o bogatej już treści w systemach konstytucyjnych innych państw zachodnioeuropejskich²⁴⁹⁹. Jako taka, obejmująca szereg różnych aspektów zasada, była ona u progu lat 90-tych XX wieku podstawą wyprowadzenia w orzecznictwie TK zasady *nullum crimen sine lege*²⁵⁰⁰.

O ile zgodzić się należy ze stwierdzeniem, że zasada demokratycznego państwa prawnego ze względu na swoją rozpiętość, w przypadku braku szczególnej regulacji wyrażonej obecnie w rzeczonym art. 42 Konstytucji, byłaby źródłem także obowiązku precyzyjnego i wyłącznego kształtowania (nieretroaktywnych) norm prawno Karnych przez ustawodawcę, to wobec faktu samoistnego wyodrębnienia i tym samym podniesienia do rangi konstytucyjnej zasady regulacji zakodowanej w art. 42, to ona będzie pierwotnym źródłem normy konstytuującej owo uchybienie – i w konsekwencji – negatywne wartościowanie obecnej praktyki sądowej. Potwierdzeniem takiej konkluzji jest stwierdzenie zamieszczone w jednym z orzeczeń TK: *„Kluczowe znaczenie ma jednak art. 42 ust. 3 Konstytucji. Podejście takie przyjmowane było w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, wedle którego <<w przypadku zakwestionowania zgodności przepisu ze standardami demokratycznego państwa prawnego skonkretyzowanymi w szczegółowych przepisach Konstytucji, <<zasada demokratycznego państwa prawnego>> pełni przede wszystkim funkcję wskazówki dla interpretacji szczegółowych przepisów ustawy zasadniczej>> (por. wyroki TK z: 9 czerwca 1998 r., sygn. akt K. 28/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 50 i 7 października 2003 r., sygn. akt K 4/02, OTK ZU nr 8/A/2003, poz. 80”*²⁵⁰¹. W tym przypadku

²⁴⁹⁷ Zob. w tym kontekście w szczególności orzeczenie TK w sprawie SK 21/99, OTK ZU 2000/5 poz. 144 z dnia 10 lipca 2000 r.

²⁴⁹⁸ R. Banaszak, „Konstytucja RP. Komentarz”, Komentarz do art. 2, Legalis 2009, nb. 2.

²⁴⁹⁹ R. Banaszak, „Konstytucja RP. Komentarz”, Komentarz do art. 2, Legalis 2009, nb. 1.

²⁵⁰⁰ Orzeczenie TK S 6/91, OTK w 1991 r., poz. 34.

²⁵⁰¹ Wyrok TK w sprawie o sygn. akt K 1/04 (OTU ZU 2004/9A, poz. 93, Lex Polonica nr 369619). Potwierdzeniem tego kierunku interpretacyjnego jest także wcześniejsze rozstrzygnięcie w sprawie z dnia 25 listopada 1997 r. (sygn. akt K 26/97, OTK ZU z 1997 r. Nr 5–6, poz. 64), gdzie zauważono celnie: *„szereg zasad i reguł, które dotychczas*

dopowiedzieć jedynie wypada, że owa zasygnalizowana rola wskazówki interpretacyjnej nie wydaje się w omawianym przypadku posiadać doniosłego znaczenia.

Dla udzielenia ostatecznej odpowiedzi na to pytanie zweryfikować należy, czy posługiwanie się osobowym wzorcem normatywnym nie narusza innych zasad demokratycznego państwa prawnego. Opowiedzieć się należy w tym przypadku za konkluzją negatywną, co wynika przede wszystkim z faktu, że zasadniczy zrąb zasad, które wypełniają swoją treścią art. 2 Konstytucji RP – a które nie uległy konkretyzacji w innych regulacjach ustawy zasadniczej – posiada obecnie tak ogólną postać, że trudno je odnieść do szczególnej, sądowej sytuacji stosowania prawa z wykorzystaniem osobowych wzorców normatywnych²⁵⁰².

Inną natomiast kwestią jest ocena możliwości zakwestionowania takiej praktyki sądowego stosowania prawa wobec granic kontroli konstytucyjnej²⁵⁰³.

Odnosząc się do tezy pracy doktorskiej wysłowionej w punkcie 8, to podkreślić należy, że okazała się ona stosunkowo trudna do zweryfikowania, być może ze względu na brak jej dostatecznej precyzji. Z jednej strony bowiem w dostępnych w polskiej literaturze przedmiotu badaniach praktyki sądowej ustalenia co do czynników kształtujących elementy wpływające na wymiar kary podkreśla się, że w zakresie doniosłości norm ostrożności trudno jest o dokonanie rozstrzygających ustaleń. Wynika to z błędów i mankamentów, które pojawiają się w praktyce sądowej, a także – jak zostało to zaobserwowane również w toku samodzielnych badań – z lakoniczności uzasadnień w tym zakresie. Niewątpliwym jest również fakt, że ocena naruszenia norm ostrożności w orzecznictwie polskiego SN w swojej historycznej ewolucji związana była z ocenami sprawiedliwościowymi, a więc w szczególności właśnie z odważaniem „społecznego niebezpieczeństwa czynu”. W tym też kontekście wypracowane zostały oceny odwołujące się

funkcjonowały w polskim porządku konstytucyjnym tylko z racji ich >odnalezienia< w ogólnej klauzuli demokratycznego państwa prawnego, obecnie znalazły bezpośredni wyraz w szczegółowych postanowieniach nowej konstytucji.”

²⁵⁰² Konkluzję tę, ze względu na ograniczony miejscowo charakter tego uzupełniającego przeglądu zilustrować wypadnie przykładem zasady, które obecnie wywodzona jest bezpośrednio z art. 2 Konstytucji RP, jakim jest tzw. zasada sprawiedliwości społecznej, pojmowana jako „*tworzenie warunków zdrowego i stabilnego rozwoju gospodarczego, równowaga budżetowa, a także prawo obywateli i ich wybranych przedstawicieli do ustalania kierunków i priorytetów polityki społecznej oraz gospodarczej w drodze procedur demokratycznych*” (por. orzeczenie z 25 lutego 1997 r. sygn. akt K. 21/95, OTK ZU nr 1/1997, poz. 7, pkt 1 oraz wyrok z 24 marca 1998 r., sygn. akt K. 40/97, OTK ZU nr 2/1998, poz. 12, pkt 2)” (zob. orzeczenie TK w sprawie o sygn. akt P 7/08). Na marginesie jednak zaznaczyć należy, że brak nachodzenia się kolizji konstytucyjnej między zasadami wysłowionymi w art. 2 i art. 42 Konstytucji RP nie stoi na przeszkodzie wysłowieniu innej tezy, której sprawdzenie wykracza już poza ramy określonych tutaj rozważań, a mianowicie, iż prócz naruszenia zasady *nullum crimen sine lege* dochodzi w tym przypadku do naruszenia zasady legalizmu, wyrażonej obecnie w art. 7 Konstytucji (zob. orzeczenie TK w sprawie o sygn. akt K 35/08).

²⁵⁰³ Przypomnieć bowiem należy, że o ile podstawą kwestionowania konstytucyjności może być znaczenie „*ukształtowanej w praktyce treści tego prawa*” (zob. postanowienie TK w sprawie o sygn. akt K 33/09, s. 2 uzasadnienia wyroku), którą „*należy wówczas traktować jako odpowiadającą woli ustawodawcy*” (zob. uzasadnienie orzeczenia w sprawie o sygn. akt K 33/09, loc. cit.), to to, co jest problematyczne, to fakt, że orzeczenia posługujące się osobowym wzorcem normatywnym stanowią utrwaloną linię orzecniczą w odniesieniu do wszystkich praktycznie istotnych w praktyce typów czynów zabronionych, charakteryzujących się nieumyślnością.

stopnia naruszenia norm ostrożności oraz jej typu. Niemniej jednak szczegółowa analiza obecnego stanu prawnego, opierającego się na założeniu równorzędności wszystkich trzech dyrektyw wymiaru kary, ukazuje, że czynnik odsyłający do oceny „*sposobu zachowania się sprawcy*” zakodowany w art. 53 § 2 k.k. nie może abstrahować od stwierdzenia zgodności bądź nie zachowania z konkretną i indywidualną normą ostrożności. Wobec powyższych rozważań dodać należy wszak, że nie znajdują one prostego przełożenia na obecną praktykę sądowego stosowania prawa. Przeprowadzona bowiem analiza tej ostatniej na poziomie wybranych sądów powszechnych Wielkopolski uwidacznia, że sformułowane w niniejszej pracy spostrzeżenia traktować należy jako pewne możliwości teoretyczne, które są dalekie od wykorzystania. Na przebadanych 95 uzasadnień orzeczeń sądów powszechnych w 52 przypadkach objaśniając wymierzoną przez siebie karę Sąd nie odwołał się do instytucji normy ostrożności, co jawi się szczególnie symptomatyczne wobec faktu, iż wszystkie przebadane sprawy dotyczyły przestępstw nieumyślnych.

Odnosząc się jeszcze do hipotezy oznaczonej numer 13, a która, jak wypadnie przypomnieć, zakładała, że implementacja dyrektyw wykładni SN w zakresie norm ostrożności na poziomie Sądów powszechnych nie jest jednolita zaznaczyć należy, że o ile w zakresie przebadanej próby istotnie skonstatowano, iż taki brak spójności zachodzi, czego najprostszym chociażby wyrazem jest sytuowanie norm ostrożności na różnych piętrach struktury przestępstwa, większościowy brak implementacji czy nawet odniesień do koncepcji tzw. obiektywnego przypisania skutku, stawianie pytań biegłym sądowym o treść naruszonych przez sprawcę norm ostrożności, brak ich omówienia na etapie wymiaru kary w znacznej części orzeczeń²⁵⁰⁴, to podkreślić jednak należy, że jest to konkluzja, która wyciągnięta została na podstawie analizy 95 uzasadnień orzeczeń sądów powszechnych. Mimo tego, dokonując ekstrapolacji rzeczony hipotezy, zaryzykować można jej wysłowienie w formie ogólniejszej, tj. jako oddającej wiarygodny obraz stanu praktyki sądowej w całej Polsce. Stąd też w tym przypadku nie materializuje się potrzeba dokonywania jakiegokolwiek korekty. Jedynie zaznaczyć należy, że objęta przez autora metodologia badania tzw. próby kontrolnej, adekwatna jak należy mieć nadzieję dla potrzeb niniejszej rozprawy doktorskiej, nie wyklucza dalszych, bardziej drobiazgowych i szerzej zakrojonych badań empirycznych.

Kończąc wyrażam głęboką nadzieję, że rozważania zawarte w niniejszej pracy będą inspiracją do podejmowania dalszych badań nad analizowaną w niej wielce interesującą, acz poważnie złożoną, problematyką.

²⁵⁰⁴ Co do szczegółowych danych w tym zakresie i ich omówienia zob. Rozdział VIII.

Summary of the PhD thesis

The subject of this scientific dissertation is the question of the norms of cautiousness in the polish criminal law. The significance of the mentioned norms of cautiousness as a condition of criminal liability is nowadays generally not put under question. There is, however, no consent with which element of the internal structure of the crime the norms of cautiousness are to be combined, should they constitute a universal premise of the criminal responsibility for all classes of crimes or rather be such a premise pertaining only to some of them, or at which historical point have they become relevant for the polish science of criminal law. Also, there relationship with several other institutions of the material criminal law appears to be obscure. It is especially valid for the relationship with the, stemming from the German science of criminal law, institution of so-called objective imputation („Objektive Zurechungslehre”), which has been attempted – fortunately so–far unsuccessfully – to be introduced to the Polish Criminal Code (PPC) during the works on the reform of this Code in the years 2012–2014.

The scientific considerations of this thesis are contained within VIII chapters. The methodological basis for them has been – at least in many places – the assumptions of the so-called Poznań school of theory of law, which, avoiding „*erudite exhibitionism*” expects from the researcher not only to the use precise scientific terminology, but also to appraise the sociological context of the application of the law. It has to be noted that, contrary to one of its main assumptions, the author of this dissertation rejects the moderate positivism, favouring the natural law theory.

The subject of the first chapter is the characteristic of the historical evolution of the perception of the norms of cautiousness in the polish criminal law. The methodological foundation of this part of the research was the view of U. Müßig that historical legal studies cannot concentrate on the linguistic meaning of the legal text, but rather it should take into account the application contexts of the as appearing as similar or different terms.

The author’s research leads to the conclusion that the basis of the penal responsibility for the incautious acts can already be found in the medieval municipal law. Yet, at this stage of the development of criminal law, there was no systematic approach to the conditions of responsibility for such crimes. Similarly, during the XVIII century humanitarians’ attempts of the reform of the criminal law, the term „*incautiousness*” was employed, yet it had completely other significance than nowadays – i.e. signifying the crimes committed without intention (unintentional crimes). This terminology was challenged no sooner than by J. Makarewicz in the 1930–ties.

The analysis of the views of the most important polish lawyers of the XIX century leads to the conclusion that the foundation of the responsibility for unintentional crimes, was the omission to pay due heed. Yet this view is not developed in such a way as to express this condition

with reference to any normative figures. First sign of the formulation of the requirement of the breach of the „*order*” norm when considering unintentional crimes can be seen in the views of J. Makarewicz presented in 1938. The normative element in respect to not paying due heed was also highlighted by J. Makarewicz in the first edition of his handbook of criminal law written in 1946 and since then it has been increasingly gaining importance in the polish science of criminal law. Under the influence of the analysis of medical error in the criminal law conducted J. Sawicki and judgements of the Supreme Court in in the 1950ties, this element was combined in the internal structure of the crime with guilt. In the subsequent years it was to form an essential part of a number of conditions excluding criminal liability not specified in the criminal code, such as so-called „*permissible risk*”.

However, it was not until the years 1980–ties when A. Zoll presented in the polish science of criminal law the view that the norms of cautiousness should be treated as a part of *corpus delicti*, that is as part of the normative description of the crime, which is the view adhered to by the majority of the so-called Cracow school of Criminal Law until now. In the context of a (limited) debate within the polish science of criminal law in the recent years upon the so-called objective imputation, the view has been promoted that norms of cautiousness should be treated as the foundation of this institution.

Conducted analysis of the historical development of the views on the norms of cautiousness in the polish criminal law shows that this has been an institution which, if not in its roots, than surely during its XX century development was under the significant influence of the German science of criminal law.

Made within the chapter II considerations are devoted to the issue of the norms of cautiousness in three specific branches of criminal law, that is within sports criminal law, road traffic criminal law and medical criminal law. Such a choice is connected with the most prolific existing polish literature in respect to those three branches of criminal law, which at the same time is far from consequent approach to the norms of cautiousness, and their highest societal relevance in those fields. Even though the importance of the norms of cautiousness is stressed in the literature of all the mentioned three branches of criminal law, it has not been possible for the scholars to reach agreement upon the questions as fundamental as deciding whether the breach of the norms of cautiousness only indicates the incautiousness of the author, or it definitively corroborates. Furthermore, the analysis of the crucial institutions invoked in this context, such as „*medical error*” leads to conclusion that there is no consent as to their premises. In this respect, it seems appropriate to substitute them with the universal figure of the breach of norms of cautiousness, which at the same time has this merit that it eliminates the necessity of resorting to the so-called personal normative standards (i.e. reasonable man figure). Acceptability of application of the latter on the

field of criminal law appears to be very doubtful. Moreover, it eliminates the necessity of application of all the conditions of excluding criminal liability not formulated expressly in the Criminal Code (polish: „*kontratypy pozaustawowe*”), with the only possible exception for the consent of the victim.

III Chapter has been devoted to the question of relationship which exists between the conditions excluding unlawfulness and norms of cautiousness. The normative analysis of the three conditions excluding criminal responsibility specified in the general part of the PPC leads to the conclusion that in case of all of them there can be found the requirement of acting in coherence with the norms of cautiousness. Yet, as far as in the case of experiment the requirement of acting according to the norm of cautiousness is directly expressed on the descriptive level of the statute contained in art. 27 § 1 PPC („correct, in the light of actual state of knowledge, way of conducting experiment”), in the remaining two cases such a condition can only be found after interpreting the statutes, on the normative level. It does not change the fact that it leads to a more general conclusion being that the intrinsic condition of excluding criminal responsibility while repelling an unlawful attack or removing danger to the legal goods is acting according to the relevant norms of cautiousness. A consequence of such a conclusion has to be the view that the condition of the breach of norms of cautiousness is not connected only with one type of criminal norm, but rather it has to be combined with both, although on different levels, the sanctioned and sanctioning norm.

Chapter number IV is concentrated on the issues of the influence of the breach norm of cautiousness on the choice and application of the criminal penalty. Conducted in the polish science of criminal law, detailed empirical research of the judicial decisions, both those stemming from the period of II Polish Commonwealth (1918–1939) as well as more recent analyses by such authors as B. Janiszewski or T. Kaczmarek lead to the conclusion that it is difficult to precisely establish the meaning which the breach of norm of cautiousness in fact have when measuring the penalty. It is to be explained by the fact that norms of cautiousness either were not explicitly included in the earlier research or the penalty justification that can be found in the statement of reasons of the judgment are far from being transparent. In this context the significance of the breach of norm of cautiousness cannot be limited to that of establishing the social dangerousness of an act, even though only in the context of this institution it appears explicitly on the descriptive level in the article 115 § 1 of the PPC. It has to be acknowledged as right the view that the importance of the breach of norm of cautiousness has to be taken into account from all three essential purposes that the penal measurement has to realise, i.e. the individual and general prevention as well as the just retribution for the committed prohibited act. In this respect it appears justified to modify the classification elaborated in the polish science of criminal law by V. Konarska–Wrzostek by distinguishing, while evaluating this breach only between the common

norms of cautiousness, that is such that are binding for all members of the society, special norms of cautiousness that are binding for professionals and those, which are combined with the duty of tutor of the legal good (german: „*Garantenstellung*”). Depending on the type of the infringed norm of cautiousness, the measurement of the penalty should be varied, what also ought to find its clear expression in the statement of reasons of the sentence.

Chapter V is devoted to the question of the norms of cautiousness in the comparative perspective. For such an analysis there have been closed tree legal systems, i.e. German, that of British *common law* and Spanish. In case of Germany, due to the primary importance of the German legal research for the development of the entire science of continental law, and of criminal law in particular, the considerations have been made in the chronological order and they encompass the presentation of views of major authors occupied with this question as well as reference to the judiciary. Owing to this, it has been possible to establish that the principal importance for stressing the role of the breach of norms of cautiousness needs to be attributed to the so-called finalists’ school, and especially to the works of their main representatives in the persons of H. Welzel and W. Niese. Despite the rejection of these concepts by the subsequent main stream of the German science, this figure has come to be an indispensable part of the debate – both in the light of the normative criteria aimed at limiting the causal chain in the form of the so-called objective imputation of the result („*Objektive Zurechnungslehre*”) or as condition for accepting unintentionality in the agent’s act.

Similar thought patterns and trends can be found in remaining under its profound influence the Spanish science of criminal law, where the question of the norms of cautiousness is also not treated consistently. Nonetheless, here likewise the general significance of the „*normas de cuidado*” for shaping the scope of the criminal responsibility is clear, particularly in the field of the criminal sports law. Yet, this conclusion is not valid for the system of British *common law*. The meticulous search for their relevance in this legal system reveals only its partial significance for certain institutions of the substantial penal law, in particular for the so-called due diligence defences in strict liability crimes. It appears that their function is to a great extend fulfilled by, severely criticised in the recent literature, reasonable man figure.

It has to be stressed that the most insightful views concerning the question of the norms of cautiousness, being in many points inspiration for the considerations contained in this thesis, have been those of the German authors, and in particular A. Colombi Ciachii.

In the next VIth Chapter of the dissertation there has been conducted, having fundamental significance for this work, analysis of the norms of cautiousness from the perspective of the theory of law. It aimed at giving answer to the question which structure those norm possesses, and further, should they be treated, at least in certain cases, like legal norms? The conducted research has

enabled to state that norms of cautiousness have the character of a quasi-evaluation, which, according to the symbolical coding of the directive statements, based on the Carnap system, can be noted as *Wut p*. As a weak directive of character of an individual and concrete norm it never is a legal norm. The foundation of its existence and certain proscriptive force are the axiological reasons. The conflicts between the norms of cautiousness should nonetheless be solved using the same instruments as applied to the norms of cautiousness. The characteristic feature of the norm of cautiousness is it they – distinctively than the sanctioned norm of the criminal law – do not encompass in its structure the elements of the subjective attitude of the actor.

Chapter VII of the PhD thesis concentrates on the second fundamental for the chosen scope of research question, namely the location of the condition of the breach of the norm of cautiousness in the internal structure of the crime. The author, laying the view of the six-element structure of the crime as the basis of his considerations, presents i.a. the arguments of the supporters of the thesis that norms of cautiousness should be valued as combined with the level of unlawfulness or as an element of the description of each crime (*corpus delicti*). These are the two main views presented in nowadays in the Polish science of criminal law. Both of them appear as mistaken and can be easily refuted. After rejecting the possibility of locating this institution on the level of normative characteristics of a human act, as the proper solution appears its location between human act and element of the description of each crime. Conducted in this part of the dissertation analysis of the so-called objective imputation („Objektive Zurechnungslehre”), which in its essence is based on the absolutely obscure considerations of criminal policy, has clearly showed that this institution, though being another option for fitting norms of cautiousness into the structure of the crime, is to be rejected.

Last chapter of the dissertation has been devoted to relate the elaborated conclusions to the judicial practice of the Polish courts. For the analysis a group of 57 cases of unintentional crimes against life and health and against safety in the communication, specified in the articles 155, 156 § 2, 157 § 3, 177 § 1 and 177 § 2 of the PPC, decided in three various courts in the Wielkopolska region, encompassing 96 statements of reasons, has been selected. It enabled not only to avoid artificial air of theoretical considerations of the thesis without any reference to the practice of the law application, but also has provided the work with several valuable conclusions. It has turned out that also in the judicial decisions there is no coherent approach to the question of norm of cautiousness, which within the investigated sample, referred to them using at least 12 different names. Furthermore, even though the requirement of the breach of norms of cautiousness is currently explicitly expressed in the PPC at least in the context of unintentional crimes, in 22 statements of reasons there was no mention at all of this premise of criminal responsibility at all. From numerous other conclusions of this Chapter it has to be stressed that even though the concept

of the objective imputation has been accepted by the Polish Supreme Court, it does not find broader acknowledgment in the judicial decisions of the lower courts. Any reference (both affirmative and rejecting) to this concept could be found in only 12 out of 96 investigated statements of reasons.

Those considerations have enabled to confirm without any reservations 11 out of 13 formulated at the beginning of this dissertation hypotheses. The necessity of certain modification appeared only for the thesis number 6, 8. In the case of first of them, it was added that the primary reason for the constitutional breach of the practise of creating norm of cautiousness using the normative personal pattern („reasonable man figure”) is the infringement of the constitutional rule *nullum crimen sine lege certa*. As far as the hypothesis number 8 is concerned, even though it had been theoretically confirmed that the breach of the norm of cautiousness is relevant for different objectives of the penalty, yet it is not used as such in the courts’ practice. In 52 out of 96 investigated judgments there were no references of breach of norms of cautiousness in the context of the penalty’s application.

In the light of the above formulated conclusions it has to be stated that the figure of norms of cautiousness, contrary to the views expressed from time to time not only in the Polish science of criminal law, is not merely a decorative or totally superfluous element in the structure of the crime. Quite to the opposite: it has a potential which enables to replace several anachronistic and highly imprecise institutions of the substantial criminal law, which still function not only in the literature, but also in the judicial practise.

Zusammenfassung der Dissertation

Der Gegenstand dieser Dissertation ist die Problematik von den Sorgfaltsnormen im polnischen Strafrecht. Die Bedeutung dieser Sorgfaltsnormen als eine Voraussetzung der strafrechtlichen Verantwortung wird heutzutage nicht unter Frage gestellt. Es fehlt aber die Einigkeit darüber, mit welchem Element in der Struktur des Verbrechens diese Normen verbunden sind, in welchem Umfang sie eine universale Voraussetzung der strafrechtlichen Verantwortung für alle oder nur eher ausgewählte Straftaten sein sollten, oder sogar im welchen historischen Augenblick sie eigentlich zum Gegenstand der Debatte in der polnischen Strafrechtswissenschaft wurden. Problematisch ist auch das Verhältnis der Sorgfaltsnormen zu vielen anderen Institutionen des materiellen Strafrechts, insbesondere zu der aus der deutschen Wissenschaft stammenden Rechtsfigur der Objektiven Zurechnung, die man – zum Glück ohne jeglichen Erfolg während der Arbeiten der Kommission beim Justizministerium zur Reform des Strafrechts ins polnische StGB in den Jahren 2012–2014 einzuführen versuchte.

Die sachlichen Ausführungen dieser Arbeit sind in die VIII Kapitel unterteilt. Die methodologische Grundlage dieser Ausführungen waren – zumindest in vielen Plätzen – die Prinzipien der so–genannten Posener Schulde der Rechtstheorie, die auf den künstlich akademischen Exhibitionismus verzichtet und nicht nur auf die begriffliche Präzision abzielt, sondern ebenfalls das soziologische Kontext der Rechtsanwendung zu berücksichtigen versucht. Es sei jedoch anzumerken, dass der Verfasser dieser Arbeit im Gegensatz zu den Prinzipien der Posener Schule deren mäßigen Positivismus nicht teilt, sondern eine naturrechtliche Perspektive annimmt.

Der Gegenstand des ersten Kapitels ist die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Wahrnehmung des Sorgfaltsbegriffes im polnischen Strafrecht. Als die methodologische Grundlage dieser Untersuchung wurde die zutreffende Aufforderung von U. Müßig verwendet, sich nicht auf dem sprachlichen Wortlaut zu konzentrieren, sondern auf den jeweiligen Verwendungskontext der scheinbar als ähnlich oder verschieden lautenden Begriffe. Die Untersuchungen führten zum Ergebnis, dass wiewohl die Grundlagen der Strafbarkeit für die Taten, die sich durch Sorgfaltsverletzung auszeichneten, schon im Fall des mittelalterlichen Stadtstrafrechts gefunden werden können, denn fehlt es noch in diesem Entwicklungsstadium an einer systematischen Einstellung zu dieser heutzutage als Voraussetzung der strafrechtlichen Verantwortung angesehenen Rechtsfigur. Während der im XVIII Jahrhundert durchgeführten humanitären Strafrechtsreformen wurde zwar der Begriff der Sorgfaltsverletzung gekannt und verwendet, aber mit ihm verbandete man einen völlig anderer als Heutzutage Sinn und zwar als einer Bezeichnung für die gesamte Kategorie der fahrlässigen Straftaten. Dieser Begrifflichkeit

hat erst J. Makarewicz in den 1930er Jahren widersprochen.

Die Analyse der Ausführungen der leitenden polnischen Juristen des XIX Jahrhunderts führte zum Ergebnis, dass die Grundlage der Verantwortung für die fahrlässigen Taten die Unterlassung der Aufbringung der notwendigen Aufmerksamkeit war, was auch mit den vergleichbaren Ansichten von A. Feuerbach in Einklang gebracht werden könnte. Gleichzeitig wurde aber diese Ansicht, damit dieses Erfordernis mit Hilfe von irgendwelchen normativen Figuren klarer zum Ausdruck zu bringen, allerdings nicht weiter entwickelt. Die erste Erscheinung der Formulierung der Voraussetzung der Überschreitung der „*Ordnungsnorm*“ bei den fahrlässigen Delikten kann in den aus dem Jahr 1938 stammenden Ausführungen von J. Makarewicz gefunden werden. Das normative Element hinsichtlich der Aufbringung der Aufmerksamkeit ist auch in der ersten Ausgabe nach dem II Weltkrieg des Lehrbuchs zum Strafrecht von S. Śliwiński zu finden. Seit diesem Moment gewinnt es in den Untersuchungen der polnischen Strafrechtswissenschaft immer mehr an Bedeutung. Unter dem Einfluss von Analysen von J. Sawicki den in den 50er Jahren wurde es in der Struktur des Verbrechens mit der Schuld verbunden, damit später als Baustein zahlreicher außer gesetzlichen Rechtfertigungsgründe, wie beispielsweise des „*erlaubten Risikos*“ benutzt zu werden.

Erst in den 80er Jahren des XX Jahrhunderts die Werke von A. Zoll stellten die Idee dar, dass die Sorgfaltsnormen als Element des Tatbestand betrachtet werden sollten. Dies ist der Ansicht, dass die so–genannte Krakauer Strafrechtsschule in seiner Mehrheit bis zum heutigen Tag in der polnischen Strafrechtswissenschaft vertritt. In den letzten Jahren, im Zusammenhang mit der (eher begrenzten) polnischen Debatte über die Objektive Zurechnung des Erfolges wurde die Ansicht gefordert, die Sorgfaltsnormen die Grundlage dieser der deutschen Strafrechtswissenschaft entstammenden Rechtsfigur zu machen.

Die Darstellung von den geschichtlichen Entwicklung der Ansichten über die Sorgfaltsnormen im polnischen Strafrecht führen zum Ergebnis, dass es eine Institution ist, die vielleicht nicht in seinen Wurzeln, aber bestimmt während ihrer Entfaltung im Laufe des XX Jahrhunderts unter großem Einfluss von der Deutschen Strafrechtsdogmatik war.

Die im II Kapitel angestellten Untersuchungen waren den Sorgfaltsnormen in den Spezialbereichen des Strafrechts, und zwar der von dem Sportstrafrechts, dem Medizinstrafrecht und Straßenverkehrsstrafrecht gewidmet. Diese Auswahl hängt sowohl mit der Bedeutung der Sorgfaltsnormen für das gesellschaftliche Leben sowie mit dem relativ größten Umfang der existierenden Literatur in diesen Bereichen in der polnischen Strafrechtswissenschaft zusammen, die jedoch weit davon entfernt ist, eine kohärente Wertung dieser Figur zu machen. Der besonders exponierten Stellung der Sorgfaltsnormen in allen diesen Zweigen des Strafrechts zum Trotz, ist es hier nicht gelungen, einen Kompromiss in der Literatur über so grundlegenden Fragen zu

erreichen, wie beispielweise die Entscheidung, ob die Überschreitung der Sorgfaltsnorm nur eine Indiz-Wirkung für die Annahme der Straftat oder diese definitiv bestätigen haben sollte. Ferner, die Analyse der in diesem Zusammenhang ausgearbeiteten Fachbegriffe, wie z. B. der des „*medizinischen Kunstfehlers*“ führte zum Ergebnis, dass es keine Einigkeit darüber gibt, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um sie annehmen zu können. In diesem Zusammenhang erscheint es angebracht, sie mit einem universalen Begriff der Überschreitung der Sorgfaltsnorm zu ersetzen, was auch diesen Vorteil hat, dass es die Notwendigkeit der Anwendung von dem so genannten normativen persönlichen Maßstab weitgehend beseitigt. Es ist umso wichtiger, als die Zulassung seiner Anwendung im Strafrecht im Lichte der verfassungsrechtlichen Garantie des *nullum crimen sine lex certa* sehr bedenklich ist. Auf diese Weise beseitigt man die Notwendigkeit der Anwendung von außergesetzlichen Rechtfertigungsgründen, mit der einzigen möglichen Ausnahme der Einwilligung des Opfers.

Im dritten Kapitel wurde die Frage des Verhältnis, dass zwischen den Rechtfertigungsgründen und Sorgfaltsnormen besteht, in Erwägung gezogen. Die vertiefte normative Analyse der drei Gruppen der Rechtfertigungsgründen, die im III Kapitel des Allgemeinen Teils des polnischen Strafgesetzbuches beinhaltet sind, führte zum Ergebnis, dass im Falle aller von denen die Voraussetzung eines Verhaltens in Übereinstimmung mit den Sorgfaltsnormen gefunden werden kann. Wenn jedoch im Falle des so- genannten Experiments sie schon direkt auf dem deskriptiven Niveau des Gesetzestexte – als berechtigte im Lichte von aktuellen Stand der Wissenschaft „*Art und Weise der Durchführung des Experiments*“ (Vgl. 27 § 1 polnischen StGB) ausgedrückt ist – dann in den zwei übrigen Fällen kann es erst aus dem normativen Niveau der völlig ausgelegten Normen entnommen werden. Dies ändert nichts daran, dass es zu einem Fazit führt, dass die allgemeine Voraussetzung für den Ausschluss der Rechtswidrigkeit einer Handlung im Rahmen von einem Rechtfertigungsgrund die Einhaltung der in der bestimmten Situation anwendbaren Sorgfaltsnormen ist. Eine weitere Konsequenz davon heißt, dass die Vorsetzung der Überschreitung der Sorgfaltsnorm als sowohl mit der Sanktionsnorm, als auch mit der sanktionierenden Norm anzusehen ist.

Das IV Kapitel bezieht die Frage des Einflusses der Überschreitung der Sorgfaltsnorm auf Problematik der Strafzumessung. Die in der polnischen Strafrechtswissenschaft durchgeführten detaillierten empirischen Untersuchungen von Rechtsprechungspraxis, sowohl die noch aus der Zeit des zwischen Kriegezeit stammenden als auch die neueren Analysen solcher Autoren wie B. Janiszewski oder T. Kaczmarek zeigten, dass es schwer festzustellen ist, welche Bedeutung genau bei der Wahl und Auferlegung der adäquaten Strafe die Überschreitung der Sorgfaltsnorm spielt. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass diese Umstände der frühen Untersuchungen völlig entgangen sind, und in neueren Analysen es lediglich festgestellt worden ist, dass die

Rationalisierung der Strafe in Urteilsgründen in diesem Respekt unüberschaubar sind. Es sei zu betonen, dass die Wichtigkeit der Sorgfaltsnormenverletzung nicht nur auf Institution der im polnischen Recht bekannten sozialen Schädlichkeit der Tat begrenzt sein kann, obgleich es nur bei Bestimmung derer direkt auf dem deskriptiven Niveau des Artikel 115 § 2 polnischen StGB aufritt.

Es ist Auffassung auszudrücken, dass die Bedeutung der Sorgfaltsnormen bei allen drei wesentlichen Zielen, die die Strafe zu verwirklichen hat, d.h., sowohl bei der Spezialprävention, wie als auch der Generalprävention und dem gerechten Entgelt für die begangene Tat anzunehmen ist. In diesem Zusammenhang erscheint es behilflich, die Klassifikation, die V. Konarska-Wrzostek in der polnischen Strafrechtswissenschaft ausgebreitete, dadurch zu verfeinern, dass man zwischen der Überschreitung von allgemeinen, speziellen und solchen Sorgfaltsnormen, die mit der Stellung des Garanten verbunden sind, unterscheidet. Abhängig davon, welcher Typ der Sorgfaltsnorm überschritten wurde, ist – zusammen mit der Rücksichtnahme auf die anderen, relevanten Faktoren – die Strafzumessung zu gestalten, was auch ihren klaren Ausdruck in den Urteilsgründen finden sollte.

Das fünfte Kapitel ist der Problematik der Sorgfaltsnormen in der rechtsvergleichenden Perspektive gewidmet. Zu solcher Analyse wurden drei Rechtsordnungen gewählt, und zwar die deutsche, die englische und die spanische. Im Falle von Deutschland, wegen der hervorragenden Wichtigkeit der deutschen Strafrechtswissenschaft für die Entwicklung dieses ganzen Rechtszweigs, die Untersuchung wurde chronologisch durchgeführt, und erstreckte sich auf die Besprechung der Ansichten von allen wichtigeren Autoren in diesem Bereich seit dem Inkrafttreten des deutschen Strafgesetzbuches im Jahre 1872. Dank dieser Forschungsmethode war es möglich festzustellen, dass die primäre Bedeutung für die Hervorhebung der Voraussetzung der Überschreitung der Sorgfaltsnorm der finalistischen Schule zuzuschreiben ist, und insbesondere der Arbeiten von seinen Hauptvertretern: H. Welzel und W. Niese. Trotz der späteren Ablehnung dieser Schule durch die herrschende Lehre, diese Rechtsfigur wurde zum unabdingbaren Institution der deutschen Strafrechtswissenschaft, wie es ein Blick auf die normativen Kriterien der objektiven Zurechnungslehre oder auf die Voraussetzungen der Annahme der Fahrlässigkeit zeigt.

In dieselbe Richtung weist das spanische Strafrecht, das unter einem spürbaren Einfluss von der deutschen Rechtsdogmatik bleibt, wo aber auch die Frage der Sorgfaltsnormen nicht gleich behandelt wird. Jedoch ebenso hier ist die Bedeutung von Sorgfaltsnormen („*normas de cuidado*“) für die Gestaltung der Strafrechtlichen Verantwortung, insbesondere im Bereich vom Sportstrafrecht klar.

Diese Schlussfolgerung kann jedoch nicht ohne weiteres auf Grund des englischen *common law* übertragen werden. Die detaillierten Untersuchungen der Sorgfaltspflichtnormen zeigen lediglich ihre partielle Bedeutung für einige Institutionen des materiellen Strafrecht, insbesondere

für die so–genannte *due diligence defence* bei den *strict liability crimes*. Es scheint, dass ihre Funktion größtenteils durch die *reasonable man* Figuren erfüllt wird, die besagen sollte, wie der Täter sich hätte verhalten sollen – eine Institution, die zunehmend in dem jüngsten Schrifttum kritisiert wird.

Es sei zu betonen, dass die gründlichste Untersuchung der Problematik der Sorgfaltsnormen, die in einigen Punkten eine Inspiration für die in dieser Arbeit angestellten Erwägungen waren, wurden in den Aussagen der deutschen Wissenschaftler, insbesondere in der Monografie von A. Colombi Ciachii, gefunden.

Im sechsten Kapitel der Dissertation wurde eine rechtstheoretische Analyse der Sorgfaltsnormen durchgeführt, die eine fundamentale Bedeutung für die gesamte Arbeit hatte. Sie zielte darauf ab, die Frage zu beantworten, welche Struktur diese Norm hatte, und weiter, ob sie als eine echte Rechtsnorm wahrgenommen sein sollte? Die durchgeführten Untersuchungen ermöglichten es festzustellen, dass die Sorgfaltsnormen ein Charakter der quasi–Wertungen haben, die laut der symbolischen normativen Notierung des Carnap–Systems als *W ut p* bezeichnen werden können. Als eine schwache Direktive, die der Charakter von einer individuellen und konkreten Norm hat, ist sie nie eine Rechtsnorm im engeren Sinne, wiewohl sie denselben Inhalt wie geltenden Rechtsnormen, z. B. aus der Straßenverkehrsordnung haben mag. Die Begründung ihrer Geltung leitet sich nicht aus der thetischen, sondern aus der axiologischen Rechtfertigung her. Die Konkurrenz zwischen den Sorgfaltsnormen soll aber mit Anwendung von identischen Instrumenten wie denen, die für die Konkurrenz zwischen den Rechtsnormen gebraucht werden, gelöst. Ein charakteristisches Merkmal von den Sorgfaltsnormen ist es, dass – anders als die sanktionierende Norm des Strafrechts – in ihrer Struktur die subjektiven Tatbestände, die sich auf die Einstellung des Täters beziehen, nicht beinhaltet sind.

Das VII Kapitel der vorliegenden Dissertation konzentriert sich auf die zweite, fundamentale für die untersuchte Problematik Frage der Einordnung der Voraussetzung der Überschreitung der Sorgfaltsnorm in der internen Struktur des Verbrechens. Der Verfasser, der sich eine sechsteiligen Struktur des Verbrechens, die von Ł. Pohl dargestellt ist, seinen Ausführungen zugrunde liegt, stellt sowohl die Argumente der Anhänger der These, dass die Sorgfaltsnormen auf dem Niveau der Schuld, Rechtswidrigkeit und als auch denen, die sie als Tatbestandsmerkmale bewerten wollen, dar. Diese zwei letzten Ansichten sind die meist Verbreiteten Ansichten in der heutigen polnischen Strafrechtswissenschaft.

Beide erscheinen als völlig verkehrte und die Argumente sowohl der ersten als auch der zweiten Ansicht können leicht beanstandet werden. Daher, nach der Ablehnung der Möglichkeit der Verbindung von Sorgfaltsnormen mit der menschlichen Tat als das richtige Ergebnis erscheint ihre Platzierung als die Vorbedingung der Normierung der Sanktionsnorm, d.h. zwischen der Tat

und der Tatbestandsmassigkeit. Die durchgeführte Analyse führte auch zum Ergebnis, dass die sogenannte Objektive Zurechnungslehre keine Zustimmung finden kann, da sie in ihrem Kern auf absolut undurchsichtigen und als willkürlich erscheinenden kriminal-politischen Erwägungen beruht.

Das letzte Kapitel dieser Dissertation wurde der Konfrontierung von erzielten Ergebnisse mit der Praxis der Rechtsanwendung gewidmet. Für die Probe wurden 57 Entscheidungen von fahrlässigen Delikten gegen Leben und körperlichen Unversehrtheit sowie gegen Sicherheit in Straßenkommunikation auserwählt, die insgesamt 96 Rechtsgründe umfassten. Dadurch wurde ein künstlich akademisches Charakter der Erwägungen vorgebeugt, und im selben Augenblick brachte es viele wertvolle Bemerkungen ein. Es stellte sich heraus, dass es auch in der Rechtsprechung an einem kohärenten Einstellung zu der Problematik der Sorgfaltsnormen fehlt, die insgesamt in Form von zumindest 12 verschiedener Bezeichnungen erschienen, die letztendlich zur Benennung derselben Institution benutzt wurden. Ferner, obschon auf diese Sorgfaltsnormen laut einer einstimmigen Ansicht der polnischen Strafrechtswissenschaft der jetzige Begriff der Fahrlässigkeit Bezug nimmt, in 22 Gründen fehlte es an irgendeiner Referenz zu dieser Voraussetzung der strafrechtlichen Verantwortung. Aus allen anderen Ergebnissen dieser Analyse sei hier betont, dass das Konzept der Objektiven Zurechnungslehre, trotz der Tatsache, dass sie in der Rechtsprechung des höchsten polnischen Gerichts verwendet und sogar gefordert wird, in der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte keine Akzeptanz findet. Ein Bezug zu dieser Institution wurde allein in den 12 aus dem 96 untersuchten Gründen gemacht.

Diese Untersuchungen ermöglichten es, 11 aus 13 der am Anfang der Dissertation gestellten Thesen zu bestätigen. Einzige Notwendigkeit der Korrektur ergab sich im Hinblick auf These 6, wo es hinzugefügt wurde, dass der primäre Grund des Verfassungswidrigkeit der Praxis der Schöpfung der Sorgfaltsnormen der Verstoß gegen das *nullum crimen sine lege certa* (und nicht gegen das rechtstaatlichen Prinzip) ist und These 8, wo es zuzugeben sein musste, dass die Überschreitung der Sorgfaltsnormen zwar theoretisch für verschiedene Strafzwecken relevant ist, dennoch aber in der Praxis der Rechtsprechung nicht benutzt wird: in den 52 aus 96 untersuchten Rechtsgründen wurden keine Angaben zu den Sorgfaltsnormen bei Strafzumessung gemacht.

Im Hinblick auf die oben formulierten Schlussfolgerungen es sei anzumerken, dass die Rechtsfigur der Sorgfaltsnormen, entgegen der manchmal erhobenen Stimmen in der polnischen Strafrechtswissenschaft kein rein dekoratives oder völlig überflüssiges Element in der Struktur des Verbrechens dar stellt. Im Gegensatz: sie besitzt das Potenzial, zahlreiche höchst verschwommene Institutionen des Strafrechts, wie „soziale Adäquanz“, als ein unabhängiges Element in der Struktur des Verbrechens zu ersetzen, die immer noch sowohl in der Strafrechtswissenschaft, als auch in der Gerichtspraxis funktionieren.

Bibliografia

Wykaz cytowanej literatury

1. Ackerman S., „Strafrechtliche Aspekte des Pferdeleistungssports”, Berlin 2007
2. Akida M., „La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence”, Paryż 1994
3. Albalade D. Bel G., „Speed limit laws in America: Economics, politics and geography” w: „Research Institute of Applied Economics Working Paper 2010/02”, s.n.
4. Aller G., „Aspectos penales acerca del Consentimiento”, zapis wykładu w dniu 11 czerwca 2008, dostępny pod adresem: <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/consentimiento.pdf> (odczyt dnia 26.06.2013).
5. Amen Oneca, J V., „Derecho penal. parte general”, Madrid 1949
6. American J. S. King, Moulton, B., „Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making”, *Journal of Law & Medicine* 2006, nr 32
7. Anderson J., „Citius, Altius, Fortius? A Study of Criminal Violence in Sports”, *Marquette Sports Law Review* 2000, iss. 1
8. Andrejew I., „Reforma prawa karnego”, *PiP* 1981, z. 7
9. Andrejew I., Lernell L., Sawicki J., „Prawo karne Polski Ludowej”, Warszawa 1950
10. Andrejew I., „Unormowanie błędu we współczesnym prawie karnym”, *PiP* 1979, z. 5
11. Andrejew I., „O <<Społecznej szkodliwości>> w związku z dyrektywami co do wymiaru kary”, *NP*. 1957, z. 12
12. Andrejew I., „O pojęciu winy w polskim prawie karnym”, *PiP* 1982 z. 7
13. Andrejew I., „Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie”, Warszawa 1988
14. Andrejew I., „Ustawowe znamiona”, Warszawa 1973
15. Antón A. J. M., „El delito de lesiones en el deporte: evolución y diferencias entre la legislación alemana y la española. Propuesta de solución”, *Historia del Deporte* 2012, n. 4
16. Apresjan J., „Semantyka leksykalna : synonimiczne środki języka”, Warszawa 1991
17. Arcta M., „Słownik Ilustrowany Języka Polskiego”, Warszawa 1929
18. Ashworth A., „Four threats to the presumption of innocence”, *International Journal of Evidence and Proof* 2006, z. 1
19. Asworth A., „Principles of Criminal Law”, Oxford 2009
20. Auscaler G., „Stan wyższej konieczności w prawie karnym”, Warszawa 1953
21. Austin J. L., „Mówienie i poznawanie. Rozprawy i wykłady filozoficzne”, Warszawa 1993
22. Aygörmez G.A., „Fahrlässigkeit und Schuld bei erfolgsqualifizierten Delikten”, Augsburg 2012
23. Bacharach A., Ryzyko i nieostrożność w komunikacji a oceny prawnokarne, Wrocław–Warszawa–Kraków 1965
24. Bachrach A., „Przestępstwa i wykroczenia drogowe w prawie polskim”, Warszawa 1980
25. Bafia J., Miodulski K., Siewierski M., „Kodeks karny. Komentarz”, Warszawa 1987
26. Bajończyk A., „Odpowiedzialność karna organizatora zawodów sportowych”, *Rzeczpospolita* 2007, nr 21
27. Bałandynowicz A., „Podstawy aksjologiczne systemu sprawiedliwego”, *Prokur. i Prawo* 2000, z. 10
28. Bar v. L., „Gesetz und Schuld im Strafrecht. Band II. Die Schuld nach dem

- Strafgesetze", Berlin 1907
29. Barczak–Oplustil A., „Glosa do postanowienia SN z dnia 15 lutego 2012 r. II KK 193/11”, CzPKiNP 2012, z. 4
 30. Barczak–Oplustil A., „Reguły ostrożności jako znamię czynu zabronionego”, niepubl. praca doktorska, Kraków 2003
 31. Barczak–Oplustil A., „Sporne zagadnienia istoty winy w prawie karnym. Zarys problemu”, CzPKiNP 2005, z. 2
 32. Barczak–Oplustil A., „W związku z pełnieniem funkcji publicznej”, jako znamię modalne typu czynu zabronionego opisanego w art. 228 k.k. – wybrane problemy”, CzPKiNP 2009, z. 3
 33. Baron K., „Zgoda pacjenta”, Prokur. i Prawo 2010, z. 9
 34. Barthers R., „Imperium znaków”, Warszawa 1999
 35. Bartsch G., „Alkohol im Straßenverkehr”, Hamm 2009
 36. Baumgarten A., „Der Aufbau der Verbrechenslehre: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis”, Tübingen 1913
 37. Beccaria C., „O przestępstwach i karach”, Warszawa 1959
 38. Becker W., „Sportverletzung und Strafrecht”, DJZ 38, 1720
 39. Beling E., „Methodik der Gesetzgebung“, Berlin–Grünwald 1922
 40. Beling E., „Grenzen zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege”, Tübingen 1913
 41. Berezowski K., „Nieostrożność” w: „Encyklopedia Podręczna Prawa Karnego”, red. W. Makowski Warszawa 1931–1939
 42. Berger A., „Sędziowski wymiar kary”, GS 1936, z. 6
 43. Beyer, W. „Das italienische Strafrecht der Scholastik nach Albert Gandianus”, Berlin 1931
 44. Beschütz J., „Die Fahrlässigkeit innerhalb von der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre“, Breslau 1907
 45. Bidasolo C., „El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado“, Buenos Aires–Montevideo 2005
 46. Biegeleisen H., „Lecznictwo ludu polskiego”, Kraków 1929
 47. Bielski M., „Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej polskiej dogmatyki prawa karnego” w: „Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla”, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Kraków 2012
 48. Bielski M., „Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność”, CPKiNP 2010, z. 2
 49. Binding K., „Die Normen und Ihre Übertretung. Band II. Schuld, Vorsatz, Irrtum”, Lipsk 1916
 50. Binding K., „Die Normen und Ihre Übertretung”, t. IV „Fahrlässigkeit“, Lipsk 1919
 51. Binding K., „Das bedingte Verbrechen”, Gerichtssaal 1906, t. 68
 52. Bircher J., „Towards a dynamic definition of health and disease”, Medicine Health Care Philosophy 2005, iss. 8 (3)
 53. Biswas T. K., „Fallibility of God! Revisiting the criminal liability of the medical professionals for negligence in India”, Medicine and Law 2012, nr 3
 54. Błachut J., „Problemy związane z pomiarem przestępczości”, Warszawa 2007
 55. Błachut J., „Wybrane problemy stosowania instytucji obrony koniecznej w prawie karnym”, MP 2005, nr 4
 56. Błachut J., „Dokument jako przedmiot ochrony prawnokarnej”, Warszawa 2011
 57. Bogomiska–Król M., „Psychologiczne przesłanki odpowiedzialności karnej”, ZNIBS 1979, z. 12
 58. Bogomiska–Król B., „Formy winy w prawie karnym”, Warszawa 1991
 59. Bojarski M., „Jeszcze raz w sprawie istoty dozwolonego ryzyka” w: „Przestępstwo –

- kara – polityka kryminalna. Księga Jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka”, Kraków-Zakamycze 2006
60. Bojarski M., „W poszukiwaniu formuły wyłączającej odpowiedzialność za wypadki w sporcie”, *Palestra* 1971, z. 12
 61. Bojarski M., „Glosa do postanowienia V KK158/07”, *OSP* 2008 z. 11
 62. Bojarski T., „Komentarz do art. 25 k.k.” w: „Kodeks karny. Komentarz”, red. T. Bojarski nb. 4, *Lex Polonica* 2010
 63. Bojarski T., „Polskie prawo karne. Zarys Części Ogólnej”, Warszawa 2008
 64. Bojarski T., „Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej”, Warszawa 2006
 65. Bolechała F., „Stan psychiczny a odpowiedzialność karna – regulacje prawne i kryteria medyczne w Polsce oraz innych państwach”, *Arch. Med. Sąd. Krym.* 2009, t. LIX
 66. Bongiorno L., „Giustizia commune y giusticia sportiva”, *Rivista di diritto societario* 1964, nr 1
 67. Boratyńska M., „Błąd w sztuce medycznej jako podstawa odpowiedzialności”, *Poradnik Stomatologiczny* 2010, nr 4
 68. Borkowska-Bagieńska, E., <<Zbiór Praw Sądowych>> Andrzeja Zamoyskiego”, Poznań 1986
 69. Borys B., „Psychologia we współczesnej medycynie”, *Pol. Merk. Lek.*, 2008, XXV, Supplement 1
 70. Bosch S.M. Del „Las lesiones y el derecho penal”, *El País*, 24.03.2005
 71. Brown J., „General Principles of Criminal Law”, New York 1960
 72. Bruner A., „Punishment and Freedom. A Liberal Theory of Penal Justice”, Oxford 2009
 73. Brunner A., „Die Sportverletzung im schweizerischen Strafrecht”, Zürich 1949
 74. Buchała K., „Należyta ostrożność w ruchu pojazdów mechanicznych a granice zaufania do przestrzegania przepisów przez innych użytkowników dróg publicznych”, *NP* 1959, nr 1
 75. Buchała K., „Sądowy wymiar kary w nowym kodeksie karnym”, *Palestra* 1969, z. 7
 76. Buchała K., „Ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary w projekcie k.k.”, *PiP* 1969, z. 2
 77. Buchała K., „Pracę nad nowym kodeksem karnym – próba podsumowania”, *PiP* 1998, z. 9–10
 78. Buchała K. (red.) „Komentarz do Kodeksu Karnego”, Kraków 1994
 79. Buchała K., „Granice obrony koniecznej”, *Palestra* 1974, z. 5
 80. Buchała K., „Bezprawność przestępstw nieumyślnych oraz wyłączające je dozwolone ryzyko”, Warszawa 1971
 81. Buchała K., „Bezprawność zorientowana na zachowanie się sprawcy czy też jego następstwa” w: „Księga pamiątkowa ku czci Witolda Świdy”, Wrocław 1969
 82. Buchała K., „Dyrektywy sądowego wymiaru kary”, Warszawa 1964
 83. Buchała K., „Glosa do orzeczenie III KR 311/73”, *NP* 1974, z. 11
 84. Buchała K., „Nadmierna szybkość jako przyczyna wypadków drogowych”, *Palestra* 1961, nr 7
 85. Buchała K., „Polityka karna w latach 1970–1975 na tle ogólnych zasad wymiaru kary”, *ZNIBPS* 1978, z. 9
 86. Buchała K., „Przestępstwa i wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji drogowej. Komentarz”, Bydgoszcz 1997
 87. Buchała K., „Przestępstwo dopuszczenia do ruchu pojazdu zagrażającego jego bezpieczeństwu lub kierowcy nietrzeźwego albo znajdującego się pod wpływem środka odurzającego”, *CzPKiNP* 1998, z. 1–2
 88. Buchała K., „Przypisanie skutku stanowiącego znamię nieumyślnego deliktu w polskim prawie karnym” w: „Materiały polsko – niemieckiego sympozjum prawa

- karnego”, red. T. Kaczmarek, Karpacz 1990
89. Buchała K., „Wina – wina nieumyślna”, ZNUJ – Praca prawnicze 1977, nr 74
 90. Buchała K., „Wytyczne Wymiaru Sprawiedliwości i Praktyki Sądowej w Sprawach o Przestępstwa Drogowe”, NP 1975, z. 10–11
 91. Budyn–Kulik M., Mozgawa M., Kozłowska–Kalisz P., Kulik M., „Kodeks karny. Komentarz”, Warszawa 2013
 92. Budziński S., „Wykład porównawczy prawa karnego”, Kraków 1862
 93. Budziszewska B. K., Piusińska–Macocho R., Sulek, K. Stępień A., „Psychologiczne Problemy rodziny pacjentów z chorobami nowotworowymi w koncepcji systemowej”, Acta Hematologica Polonia 2005, nr 3
 94. Bugajski M., „Język w komunikowaniu”, Warszawa 2007
 95. Bumke E., „Die neuen Strafgesetzentwürfe”, DJZ 1921, 11
 96. Bung J., „Wissen und Wollen im Strafrecht: zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands”, Frankfurt am Main 2009
 97. Burgstaller M., „Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht”, Wien 1974
 98. Byczyk M., Kowalewska M., „Reguły ostrożności a odpowiedzialność w służbach mundurowych” w: III Seminarium z cyklu „Odpowiedzialność Dyscyplinarna w służbach mundurowych”, red. P. Józwiak, Piła 2013
 99. Campbell E. J., Scadding M. J. G., Roberts R. S. „The concept of disease”, British Medical Journal 1979, z. 2
 100. Casabona Romeo M.C. „Evolución del tratamiento jurídico–penal de la imprudencia del personal médico–sanitario”, Revista Jurídica de Castilla y León. 2007, nr 13
 101. Castañón P.M.J., „El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídicopenal de las actividades peligrosas)”, Madrid 1995
 102. Cerezo J.M., „La polémica entorno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal española”, Nuevo Pensamiento Penal 1975, n. 2
 103. Chertok L., „Między wiedza a niewiedza. Studium nad hipnozy”, Warszawa 1987
 104. Chlebowska A., „Zgoda sportowca a odpowiedzialność karna za praktyki dopingowe” w: „Zgoda pokrzywdzonego”, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012
 105. Choduń A., „Język prawny a język potoczny” w: „Język – Prawo– Społeczeństwo”, red. E. Malinowska, Opole 2004
 106. Chowańska J., „Wykorzystanie metody topografii powierzchni ciała oraz skoliometru do badań przesiewowych dzieci szkolnych w kierunku wykrywania skoliozy idiopatycznej”, Rozprawa doktorska Poznań 2011
 107. Chyliński S., „Pojęcie rozkazu w świetle ogólnej teorii norm w: „Prace z dziedziny teorii prawa” w: L. Jaworski (red.), Kraków 1925
 108. Ciacchi C.A., „Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit. Deutschland und Italien im Vergleich”, München 2005
 109. Cieślak M., „Faktory przestępczości czynu w związku z projektem k.k.”, WPP 1963, nr 3
 110. Cieślak M., „Pojęcie niebezpieczeństwa w prawie karnym”, ZNUJ Seria Prawo 1955
 111. Cieślak M., „Polskie Prawo karne. Zarys systemowego ujęcia”, Warszawa 1995
 112. Cieślak M., „Wytyczne Sądu Najwyższego w sprawie wymiaru kary a problem problem społecznego niebezpieczeństwa”, NP 1955, z. 7–8
 113. Cieślak W., „Rozporządzenie mieniem jako znamię wymuszenia rozbójniczego”, Palestra 1995, nr 11–12
 114. Conde F. M., „Putative self–defense: a borderline case between statement of reason and excuse”, New Criminal Law Review 2008, vol. 11, nr 4
 115. Cooke of Thorndon Lord „One Golden Threads” w: „Turning Points of Common Law”, Londyn 1997
 116. Corbacho J. M. R., „La incidencia del derecho penal en las lesiones deportivas”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2011, z. 13–10

117. Crespo B. B., „El Delito Tributario: Elementos Constitutivos y Circunstancias Modificadoras”, Quito 2005
118. Cypin S., „Stan wyższej konieczności w prawie karnem”, Warszawa 1932
119. Cyprian T., „Postęp techniczny a prawo karne”, Warszawa 1966
120. Cyprian T., Aslanowicz, P., „Karna i cywilna odpowiedzialność lekarza”, Kraków 1949
121. Cyprian T., „Problem kary za przestępstwa drogowe”, PiP 1962, z. 4
122. Czechowska A., „Wybrane zagadnienia chirurgicznej zmiany płci u osób dotkniętych transseksualizmem w Polsce”, PiM 2012, z. 14
123. Czepita S., „Koncepcje teoretycznoprawne Czesława Znamierowskiego”, Poznań 1988
124. Czepita S., Wronkowska, S., Zieliński, M., „Założenia szkoły poznańsko-szczecińskiej w teorii prawa”, PiP 2013, z. 2
125. Czochron J. K., „Dysertacja o prawie kryminalnym”, Kraków 1788 (reprint: Akademia Frycza Modrzewskiego, Kraków 2009)
126. Czupryniak R., „Berücksichtigung generalpräventiver Gründe bei der Strafzumessung in Deutschland und Polen”, Hamburg 2011
127. Ćwiakalski Z., „Błąd co do prawa”, Kraków 1991
128. Dahm G., „Verbrechen und Tatbestand”, Berlin 1935
129. Dahm G., „Verrat und Verbrechen“, ZStW 95, 283–310
130. Dahm G., Schaffstein F., „Liberales oder autoritäres Strafrecht“, Berlin 1933
131. Daniluk P., „Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca bezprawność karną czynu”, PiP 2008, z. 1
132. Daniluk P., „O pojęciach <<zabieg leczniczy>> i <<pacjent>> w rozumieniu art. 192 § 1 k.k”. PiM 2011, nr 4
133. Daniluk P., „Pozaustawowe nieterapeutyczne (nielecnicze) czynności lekarskie”, PiP 2006, nr 1
134. Daszkiewicz K., „Traktat o złej robocie”, Warszawa 1974
135. De Asua L.J., „Tratado de derecho Penal. Tom IV”, Buenos Aires 1952
136. Deboa D., „Błędy medyczne z zakresu chirurgii w materiale Zakładu Medycyny Sądowej PAM i Okręgowej Izby Lekarskiej w Szczecinie”, Arch. Med. Sąd. Krym. 2007, t. LVII
137. Dedes C., „Die Konkretisierung der Sorgfalt” w: „Festschrift für Paul Böckemann”, München 1979
138. Derlatka M., „Motywacja w sądowym wymiarze kary”, Prokur. i Prawo 2012, z. 6
139. Dębski R., „Pozaustawowe znamiona przestępstwa”, Łódź 1995
140. Dębski R., „Typ czynu zabronionego” w: „System Prawa Karnego. T. III. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności”, red. R. Dębski, Warszawa 2013
141. Dohna Graf zu, „Zum neuesten Stand der Schuldlehre”, ZstW 32, z. 1
142. Domagalski M., „Ryzyko wpisane jest w sport”, Rzeczpospolita 06.09.2009
143. Donatsch A., „Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt”, Zürich 1987
144. Duda J., „Karnoprawne aspekty zastępczej zgody na zabieg leczniczy”, PiM 2009, nr 1
145. Dukiet-Nagórska T., „Stan wyższej konieczności w działalności lekarskiej”, PiM 2005 z. 2
146. Dukiet-Nagórska T., „Prawnokarne konsekwencje niepodjęcia interwencji lekarskiej lub udzielenia świadczenia zdrowotnego w sposób niewłaściwy na skutek niedostatku środków finansowych w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej”, PiM 2000, z. 2.
147. Dukiet-Nagórska T., „Autonomia pacjenta a prawo karne”, Warszawa 2009
148. Duttge G., „Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten”, Tübingen 2001

149. Dziemian A., Łucka I., „Transseksualizm czy zinternalizowana homofobia – studium przypadku”, *Psychiatria Polska* 2008, t. XLII, n. 1
150. Dzienis P., „Zasady prawa medycznego”, *SP* 2001, z. 3–4
151. Eccard F., „Über den Begriff der Fahrlässigkeit nach dem Geltenden Deutschen Strafrechte”, *Strassbourg* 1889
152. Edgerton H., „Negligence, Inadvertentce, and Indifference: The Relation of Mental State to Negligence”, *Harvard Law Review* 1926, nr 39
153. Elzenberg H., „Powinność i rozkaz” w: *Przegląd Filozoficzny* 1938, z. 1
154. Emson H.E.E., „Health, disease and illness: matters for definition”, *Canadian Medical Assiaction Journal* 1987, vol. 136
155. Engisch K., „Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände”, 1931
156. Engisch K., „Irrtümer und Fehler des Chirurgen”, *Langenbecks Archiv für klinische Chirurgie*, 1952–1953, z. 273
157. Engisch K., „Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht“, Berlin 1930
158. Erenius G., „Criminal Negligence and Individuality”, *Stockholm* 1976
159. Escamilla M., „La imputación objetiva”, *Madrid* 1992
160. Eser A., „Deporte y justicia penal”, *Revista penal* 2000, nr 6
161. Eser A., „Lesiones deportivas y derecho penal”, *La Ley* 11, nr 2499 (1.6.1990)
162. Eser A., „<<Sozialadäqanz>>: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechstfigur” w: „Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 Mai 2001”, red. B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, H–J. Rudolphi, München 2001
163. Eser A., „Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesondere des Fussballspielers”, *JZ* 1978, 368
164. Espinar J.M. Z., „La infraccion del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposos”, *Anuario de Derecho Penal y Cienias Penales* 1984, t. 34
165. Esser R., „Strafrechtliche Risiken am Bau – Überlegung zur Baugefährdung”, *NstZ* 2011, 314–321
166. Estreicher S., „Historia Prawa Karnego i Procesu na Zachodzie Europy”, *Kraków* 1929
167. Exnera E., „Das Wesen der Fahrlässigkeit”, *Leipzig* 1910
168. Fabarius C. A., „Äußere und innere Sorgfalt”, *Köln* 1991
169. Fahl C., „Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe”, *Berlin* 1996
170. Fajkowska–Stanik M., „Operacyjna zmiana płci i inne rodzaje korekt stosowanych w przypadku transseksualizmu”, *Psychiatria Polska* 1999, z. 6
171. Feijoo D. S., „Homicidio y lesiones imprudentes:requisitos y límites materiales”, *Zaragosa* 1999
172. Filar M., „Lekarskie prawo karne”, *Kraków* 2000
173. Filar M., „Herosi zinstytucjonalizowanej agresji: problemy odpowiedzialności karnej zawodowych sportowców za wypadki sportowe”, *Przegląd Prawa Karnego* 1997, nr 16
174. Fischer S., „Strafgesetzbuch und Nebengesetze: Beckisches Kurzkomentar”, *München* 2012
175. Fiutak A., „Klasyfikacja błędów medycznych”, *Medycyna Rodzinna* 2010, z. 2
176. Fletcher G. P., „The theory of criminal negligence: a comparative analysis”, *Pennsylvania Law Review* 1971, vol. 119
177. Florek T., „Typizacja czynu – pojęcie, zakres, funkcja”, *ZNUJ* 1977, z.74
178. Friedrich J., „Bestrafung und die Motive der Bestrafung”, *Berlin–Leipzig* 1910
179. Frisch W., „Fazinierendes, Berechtigtes, Problematisches von der Lehre des objektiven

- Zurechnung des Erfolges" w: „Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 Mai 2001", red. B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, H-J. Rudolphi, München 2001
180. Frisch W., „Tatbestandmäßigesverhalten und Zurechnung des Erfolges", Heidelberg 1988
 181. Fronczak A., „Powinność w strukturze przestępstwa nieumyślnego", RPEiS 2013, z. 3
 182. Fuerebach A., „Revision der Grundsätze und der Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts", Band II, Erfurt 1800
 183. Fuller L. L., „Anatomia prawa", Lublin 1993
 184. Gaberle A., „Wypadki drogowy. Aspekty kryminologiczne", Warszawa 1986
 185. Gaca S., Suchorzewski W., Tracz M., „Inżynieria ruchu drogowego. Teoria i praktyka", Warszawa 2008
 186. Gallinger H., „Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden Rechts", Breslau 1910
 187. Gałęcki H., Solarz A., „Stan bezpieczeństwa na drogach publicznych" w: „Wypadki drogowe", red. F. Koczanowski, W. Dżułyński, Warszawa 1963
 188. Gardocki L., „O zakresie reformy prawa karnego", PiP 1981, z. 8
 189. Gardocki L., „Pozaustawowe znamiona przestępstwa", SI 1988, t. XVI
 190. Gardocki L., „Prawo karne", Warszawa 2003
 191. Gardocki L., „Prawo karne", Warszawa 2008
 192. Gardocki L., „Sprowokowana obrona konieczna i zawiniony stan wyższej konieczności", St. Praw. 1988, nr 1–2
 193. Geilen G., „Zur Verantwortung des Gastwirts bei Trunkenheit am Steuer", JZ 1965, 469
 194. Gibert-Studnicki T., „O sposobach formułowania dyrektyw", Studia Semiotyczne 1983, z. XIII.
 195. Giezek J. (red.), „Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz", Komentarz do art. 2 nb. 7, 27 nb 1, LEX 2013
 196. Giezek J., „<<Zezwolenie>> na naruszenie dobra prawnego jako negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowa" w: „Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca", red. Ł. Pohl, Poznań 2009
 197. Giezek J., „Funkcja błędu co do ustawowych znamion w nowym kodeksie karnym" w: „Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka", red. A. J. Szwarc, Poznań 1999
 198. Giezek J., „Glosa do postanowienia SN z dnia 3 stycznia 2002 r. V KKN 635/97", PiP 2002, z. 11
 199. Giezek J., „Okoliczności wpływające na sądowy wymiar kary", Wrocław 1989
 200. Giezek J., „Świadomość sprawcy czynu zabronionego", Warszawa 2013
 201. Gimbernat Ordeig V. E., „Delitos ctialificados por el resultado y causalidad", Madrid 1966
 202. Giunta F., „I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare", Diritto penale e processo 1999, 1296
 203. Glaser S., „Ignorantia iuris w prawie karnym", Kraków 1931
 204. Glaser S., „Normatywna koncepcja winy", Warszawa 1934
 205. Glaser S., Mogilnicki A., „Prawo o Wykroczeniach. Komentarz", Kraków 1934
 206. Glaser S., Mogilnicki A., „Kodeks karny. Komentarz", Kraków 1934
 207. Glockner H., „Cognitionis poenam nemo patitur", Frakfurt am Main 1989
 208. Gniewek E. Machnikowski P. (red.) „Komentarz do Kodeksu Cywilnego", Warszawa 2013
 209. Godycki-Ćwirko M., Koziarska-Rościszewska M., Kosiek K., „Błędy medyczne –

- próba oceny semantyki i taksonomii oraz danych statystycznych”, *Orzecznictwo Lekarskie* 2009, nr 6:2
210. Gojny F., „Norma prawna a norma techniczna”, *SP* 1966, z. 13
 211. Golbs U., „Die rechtliche Wirkung von Behandlungsverweigerungen Einwilligungsunfähiger bei medizinischen Heileingriffen”, s.n. 2005
 212. Goldschmidt J., „Normativer Schuldbegriff” w: „Festschrift für Reinhard Frank. Band I“, red. A. Hegler, Tübingen 1930
 213. González Tascón M. M., „Pasado, presente y futuro de la pena de arresto de fin de semana”, *Oviedo* 2007
 214. Gössel K.H., „Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitslehre” w: „Festschrift für Karl Bengl“, red. A. Lang, München 1984
 215. Graf L., „Die Bestrafung der Fahrlässigkeit”, München 1931
 216. Grodziński E., „Wypowiedzi performatywne o doniosłości prawnej lub quasi–prawnej” w: „Zagadnienia socjo– i psycholingwistyki”, red. A. Schaff, Wrocław 1980
 217. Gromek Z., „Odpowiedzialność konstytucyjna w świetle zasady określoności przepisów represyjnych”, *Przegląd Sejmowy* 2010, nr 2
 218. Gropp W., „Strafrecht. Allgemeiner Teil”, Berlin 2001
 219. Grünwald G., „Die Aufklärungspflicht des Arztes”, *ZstW* 1961, nr 73
 220. Gruszecka D., „Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym”, *Wrocławskie Studia Erasmiańskie* 2008
 221. Gruszecka D., „Rozwój koncepcji karalności usiłowania nieudolnego”, *Studia Erasmiana Wratlaviensa. Acata Studium* 2010, z. 4
 222. Gryson E., „Sports and Law”, London 1999
 223. Grzybowski S., „Wypowiedź normatywna oraz jej struktura formalna”, Kraków 1961
 224. Gubiński A., „Wyłączenie bezprawności czynu”, Warszawa 1961
 225. Gubiński A., „Ryzyko sportowe”, *Nowe Prawo* 1959, z. 10
 226. Gubiński A., „Zasady prawa karnego”, Warszawa 1974
 227. Gutekunst W., „Studia nad sędziowskim wymiarem kary”, *NP* 1959, z.12
 228. Haag M., „Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Ärzten und Medizinischem Hilfspersonal”, Norderstedt 2009
 229. Haas V., „Kausalität und Rechtsverletzung: ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe“, Berlin 2002
 230. Habermas J., „Typy działania komunikacyjnego” w: „Współczesne teorie socjologiczne. t. II”, red. A. Jasińska–Kania, L.M. Nijakowski, J. Szacki, M. Ziółkowski, Warszawa 2006
 231. Haft F., „Strafrecht. Allgemeiner Teil”, München 1998
 232. Hähle L., „Die Strafrechtliche Relevanz von Sportverletzungen”, Frankfurt am Main 2008
 233. Haraś M., Rudaś M., „Psychochirurgia – od Monia do Neuromodulacji. Rozwój metody leczenia i procedury i problemy etyczne” w: „Bioteyka personalistyczna wobec wyzwań medycyny”, red. Z. Wanat, Toruń 2011
 234. Hart, H.M. „The aims of the Criminal Law”, *Law and Contemporary Problems* 1958, nr 23
 235. Hart H.L.A. „Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility”, w: H.L.A. Hart „Punishment and responsibility: Essays in the Philosophy of Law”, Oxford 1961
 236. Haupt K. S., „Die Körperverletzung des Gegners im Kampfsport und die strafrechtliche Einwilligungs– problematik”, Bremen 2006
 237. Hava E.G „La imprudencia inconsciente”, Granada 2002
 238. Heller K., Dubber, M. (red.) „The Handbook of Comparative Criminal Law”, Stanford

2011

239. Herzberg D. R., „Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und vorsätzlichen Straftat”, JZ 1987, 536–541
240. Herzog A., „Charakter prawny tablic rejestracyjnych w rozumieniu prawa karnego”, Prokur. i Prawo 2006, nr 4
241. Hesslow G., „Do we need a concept of disease?”, Theoretical Medicine 1993, nr 14
242. Higginson, J. Costantini, M., „Communication in End-of-Life Cancer Care: A Comparison of Team Assessments in Three European Countries”, Journal of Clinical Oncology, 2002 n. 17, 3674–3682
243. Hipokrates, „Tratado sobre la decencia>>”, w: „Tratados hipocráticos”. Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1990
244. Hippel R. v. „Vergleichende Darstellung des ausländischen und inländischen Rechts. Allgemeiner Teil. Band III”, Berlin 1908
245. Hippel v. R., „Deustches Strafrecht. Band I”, Berlin 1925
246. Hirsch H.J., „W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego”, RPEiS 2002, z. 1
247. Hirsch J. H., „Über Strafrechtliche fragen des Sportrechts”, Law & Justice Review, 2010, vol. 1
248. Hirsch v. A., Jareborg, N., „Strafmaß und Strafgerechtigkeit: die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität”, Bonn 1982
249. Hofmański P., Satko J., „Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej. Przegląd problematyki”, Kraków 2002
250. Hołyst J., Waszczyński, B., „Prawnokarne i kryminologiczne problemy zapobiegania przestępstwom nieumyślnym”, NP 1978, z. 9
251. Honig R., „Kausalität und objektive Zurechnung” w: „Festgabe für Reinhard von Frank. Band I”, red. A. Hegler, Tübingen 1930
252. Hryniewicz E., „Skutek w prawie karnym”, Prokur. i Prawo 2013, z. 7–8
253. Hryniewicz E., „Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych”, Warszawa 2012
254. Hryniewicz E., „Zgoda dysponenta dobra prawnego na gruncie prawa karnego” w: „Zgoda pokrzywdzonego”, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012
255. Hube R., „Ogólne zasady nauki prawa karnego”, Warszawa 1830
256. Huminiak T., „Glosa do postanowienia V KK 158/07”, PnD 2009 nr 1
257. Husak D., „Strict Liablity, Justice and Proportionality”, w: „The Philosophy of Criminal Law”, red. D. Housak, Oxford 2010
258. Imieliński K. Dulko, S., „Przekleństwo androgyne: transseksualizm: mity i rzeczywistość”, Warszawa 1988
259. Imieliński K., „Zarys seksuologii i seksiatrii”, Warszawa 1982
260. Izquierdo D. E. M., „El consentimiento y la relevancia penal de los resultados lesivos en los deportes de contacto eventualmente violentos: el caso del fútbol” w: I. Benítez Ortúzar (red), „Estudios sobre Derecho y deporte”, Madrid 2008
261. Jabłoński J., „Sędzia a oskarżony”, GS 1938, z. 1
262. Jadacki J., „Byt i powinność. Wkład XX-wiecznych myślicieli polskich do teorii imperatywów i norm”, Warszawa 2012
263. Jakobs G., „Risikokonkurrenz — Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht“ w: „Festschrift für Karl Lanckner”, red. W. Küper, I. Puppe, J. Tenckhoff, Berlin New York 1987
264. Jakobs G., „Strafrecht: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre – Lehrbuch. Allgemeiner Teil”, Monachium 1993
265. Janczewski A., „Odpowiedzialność karna za wypadki sportowe”, Warszawa 2003
266. Janiczek M., „Terapie naturalne medycyny niekonwencjonalnej”, Warszawa 2009

267. Janiszewski B., „Przestępstwo nieumyślne – uwagi wokół propozycji zmian kodeksu karnego”, NP 1983, z. 5
268. Janiszewski B., „Dyrektywy sądowego wymiaru kary – punkt widzenia nauki i praktyki” w: „O winie i zasadach karania w historycznym rozwoju prawa”, Szczecińskie Sympozjum Prawników 2003, s. 11
269. Janiszewski B., „Powrót do przestępstwa jako <<okoliczność obciążająca>>”, RPEiS 1993, z. 1
270. Janiszewski B., „Sprawcy przestępstw nieumyślnych”, Warszawa 1981
271. Jasiński J., „Obraz polityki karnej lat osiemdziesiątych i początku lat dziewięćdziesiątych (1980–1991)”, Kraków 1993
272. Jescheck H.-H., „Tratado de Derecho Penal”, Barcelona 1981
273. Jescheck H.-H., „Zu Leben und Werk von H.J. Hirsch“, w: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag”, Berlin–Nowy York 1999
274. Jescheck H.-H., Weigend T., „Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil”, Berlin 1996
275. Jędruch S., „Odpowiedzialność za szkody wyrządzone w związku z uprawianiem sportu”, Warszawa 1972
276. Jędrzejewski Z., „Bezprawie usiłowania nieudolnego”, Warszawa 2000
277. Jędrzejewski Z., „Bezprawność jako element przestępczości czynu. Studium na temat struktury przestępstwa”, Warszawa 2009
278. Jędrzejewski Z., „Bezprawność” w: „System Prawa Karnego. Tom III. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności”, red. R. Dębski, Warszawa 2013
279. Jędrzejewski Z., „Pojęcie przestępstwa w doktrynie prawa karnego Niemiec hitlerowskich w ujęciu tzw. szkoły kilońskiej. Część 1”, Ius Novum 2011, z. 2
280. Jędrzejewski Z., „Pojęcie przestępstwa w doktrynie prawa karnego Niemiec hitlerowskich w ujęciu tzw. szkoły kilońskiej. Część 2”, Ius Novum 2011, z. 3
281. Jędrzejewski Z., „Uwagi o pojęciu przestępstwa w projekcie k.k.”, PiP 1993, z. 10
282. John J., „A New, Evidence-based Estimate of Patient Harms Associated with Hospital Care”, Journal of Patient Safety 2013, iss. 3
283. Józwiak P., „Odpowiedzialność dyscyplinarna w sporcie”, niepubl. praca doktorska, Poznań 2013
284. Jurek T., Świątek B., Golema W., „Zdarzenie niepożądane a błąd medyczny”, Ergonomia IJE & HF 2009, n. 3–4
285. Kabata A., „Omówienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 października 1977 r. VI KRN 256/77”, Problemy Praworządności 1978, z. 8–9
286. Kaczmarek T., „Materialna treść przestępstwa jako problem kodyfikacyjny”, w: T. Kaczmarek „Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okazji 40-lecia twórczości naukowej” Warszawa 2006
287. Kaczmarek T., „Metodologiczne aspekty sporów wokół pojęcia czynu w polskim prawie karnym”, w: T. Kaczmarek „Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okazji 40-lecia twórczości naukowej”, Warszawa 2006
288. Kaczmarek T., „O metodologicznej użyteczności testu warunku sine qua non w objaśnianiu przyczynowości” w: „Prawo, Społeczeństwo, Jednostka. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu”, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003
289. Kaczmarek T., „O tzw. okolicznościach wyłączających bezprawność czynu”, PiP 2008 z. 10
290. Kaczmarek T., „O kontratypach raz jeszcze”, PiP 2009, z. 7
291. Kaczmarek T., „Ogólne dyrektywy wymiaru kary w teorii i praktyce sądowej”, Wrocław 1980
292. Kaczmarek T., „Społeczne niebezpieczeństwo czynu i jego bezprawność jako dwie cechy przestępstwa”, Wrocław 1966

293. Kaczmarek T., „Spory wokół charakteru odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw popełnionych w warunkach zawinionej niepoczytalności”, PiP 2004, z. 1
294. Kaczmarek T., „Spór wokół przyczynowości zaniechania i przypisania jego skutku” w: „Aktualne problemy prawa karnego. Księga Pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70 urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca”, red. Ł. Pohl, Poznań 2009
295. Kaczmarek T., Giezek J., „Przeciwko ustawowej regulacji kryteriów obiektywnego przypisania skutku”, PiP 2013 z. 5
296. Kaczmarek T., „Wybrane aspekty ontologicznych i normatywnych podstaw przypisania skutku” w: „Podstawy odpowiedzialności za przestępstwo skutkowe”, red. J. Majewski, KPP 2004, nr 4
297. Kaczor R., „Rola sądu i prokuratury przy wymiarze kary”, Prokur. i Prawo 2009, nr 11–12
298. Kaczor R., „Kontrowersje wokół modelu dyrektywy prewencji indywidualnej”, Prokur. i Prawo 2007, z. 11
299. Kaminiski R., „Der objektive Maßstab des Fahrlässigkeitsdelikts”, Berlin 1992
300. Kanturski J., „Leczenie off-label: eksperyment medyczny czy stan wyższej konieczności?”, Prokur. i Prawo 2012, z. 10
301. Kardas P., „O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi”, CzPKiNP 2012, z. 4
302. Kardas P., „Naruszenie zasad bezpieczeństwa w ruchu lądowym jako jedna z przesłanek obiektywnego przypisania skutku przestępstwa określonego w art. 177 k.k.”, Paragraf na Drodze 2002, nr 6
303. Kardas P., „Przestępstwo ciągle w prawie karnym materialnym”, Kraków 1999
304. Kardas P., „Przypisanie skutku przy przestępnym współdziałaniu”, Przegląd Prawa Publicznego 2004, nr 4
305. Kardas P., „Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności?”, PS 2009, z. 1
306. Kardas P., „Zbieg przepisów ustawy”, Warszawa 2012
307. Karniej P., „Determinanty strategii zarządzania szpitalem”, niepubl. praca doktorska, Kraków 2008
308. Kaufmann M., „Psychologie des Verbrechens”, Berlin 1912
309. Kaźmierczyk S., „Dynamiczne ujęcie normy prawnej”, Wrocław 1978
310. Kelsen H., „Czysta teoria prawa”, Warszawa 1934
311. Kelsen H., „Hauptprobleme der Staatslehre”, Tübingen 1911
312. Kelsen H., „Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego”, Wilno 1935
313. Kędziora R., „Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych”, Warszawa 2009
314. Kienapfel D., „Das erlaubte Risiko im Strafrecht”, Frankfurt am Main 1966
315. Kindhäuser U., „Zum sog. unerlaubten Risiko” w: „Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift Maiwald”, red. R. Bloy, Berlin 2010
316. Klimek J., „Kodeks a przestępstwa drogowe”, Warszawa 1986
317. Kliś M., „Źródła obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym”, CzPKiNP 1999 z. 2
318. Koch B., „Z problematyki przepisów blankietowych w prawie karnym”, Acta Universitatis Nicolai Copernici, Prawo XVI – Nauki Humanistyczno-Społeczne 1978, z. 89
319. Kochanowski J., „Zagadnienia przestępstw drogowych i przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji”, Warszawa 1990
320. Kochanowski J., „Dopuszczenie do ruchu lądowego niesprawnego pojazdu lub niebezpiecznego kierowcy”, Prob. Praw. 1989, nr 5
321. Kochanowski J., „Przestępstwa i wykroczenia drogowe”, Warszawa 1991
322. Kohlrausch E., „Irrtum Und Schuldbegriff im Strafrecht”, Berlin 1908

323. Kohlschütter H., „Die mathematische Modellierung der Strafzumessung”, Marburg 1998
324. Konarska-Wrzostek V., „Dyrektywy sądowego wymiaru kary”, Toruń 2002
325. Konieczniak P., „Eksperyment naukowy i techniczny a porządek prawny”, Warszawa 2013
326. Konieczniak P., „Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym”, Zakamycze 2002
327. Konopka P., „<<Rażące naruszenie zasad bezpieczeństwa>> pojęciem pomocniczym w przypisywaniu skutku w przestępstwie spowodowania wypadku komunikacyjnego”, CzPKiNP 2010, z. 1
328. Kordela M., „Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne”, Poznań 2012
329. Kotarbiński T., „Kurs logiki dla prawników”, Warszawa 1963
330. Kotlińska-Lemieszek A., Bączyk E., Deskur-Śmielecka E., Łuczak J., „Bóle u pacjenta z chorobą nowotworową – diagnoza kliniczna”, Nowiny Lekarskie 2011, z. 80
331. Kotlińska-Lemieszek A., „Bóle u pacjenta z chorobą nowotworową – diagnoza kliniczna jako warunek prawidłowego postępowania”, Nowiny Lekarskie 2011, z. 80, poz. 1
332. Kotowski W., „Podstawowe zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Rys historyczny”, Palestra 2008, nr 11–12
333. Kotowski W., „Prawo o ruchu drogowym. Komentarz”, Warszawa 2011
334. Kotowski W., „Szczególna ostrożność”, w praktyce wymiaru sprawiedliwości, Apelacja Gdańska 2004, nr 1–2
335. Kozak J., „Psychologiczne aspekty chorób nowotworowych” w: „Psychologia w medycynie”, red. Borys B., Majkiewicz M., Gdańsk 2006
336. Krajewski K., „Przestępczość w Polsce w latach dziewięćdziesiątych”, CzPKiNP 2003, nr 1
337. Krey A., Heinrich, M., „Strafrecht Besonderer Teil V“, Stuttgart 2008
338. Krizova E., „Un-conventional medicine from the aspect of the general practitioners”, Praktický lékař 2002, n. 7
339. Królikowski M., „Kontekstowa teoria (dogmatyki) prawa karnego”, SI 2006, nr XLVI
340. Krukowski A., „Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego”, Warszawa 1965
341. Krukowski A., „Społeczna treść przestępstwa”, Warszawa 1974
342. Krümpelmann J., „Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht” w: „Festschrift für Paul Bockemann”, red. A. Kaufmann, G. Bemann, D. Krauss, K. Volk, München 1979
343. Kruszewski J., Silny W., Mazurek H., Czarnecka-Operacz M., „Standardy w alergologii. Część I. Testy skórne”, Przegląd Alergologiczny 2004, z. I
344. Krzymuski E., „Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego”, Kraków 1911, t. I
345. Kubiak R., „Kontratyp dozwolonego eksperymentu w świetle teorii kolizji dóbr i opłacalności społecznej”, PiP 2005 z. 12
346. Kubiak R., „Legalność pierwotna ryzyka sportowego”, Prokur. i Prawo 2006, z. 12
347. Kubiak R., „Pojęcie usprawiedliwionego błędu w nowym kodeksie karnym”, Palestra 1998, nr 7–8
348. Kubiec Z., „Sędziowski wymiar kary”, NP 1959, z. 12
349. Kubink M., „Strafrechtliche Probleme des Rechtsschutzverzichts im sportlichen Grenzbereich soziale Adäquanz, erlaubtes Risiko, Einwilligung”, JA 2003, 257–261
350. Kudlich H., „Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung” w: „Festschrift für Harro Otto“, red. G. Dannecker, W. Langer, O. Ranft, R. Schmitz, J. Brammsen, München 2007

351. Kühl K., „Strafrecht. Allgemeiner Teil”, München 2012
352. Kuhlen L., „Objektive Zurechnung bei Rechtsfertigungsgründen” w: „Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 Mai 2001”, red. B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, H-J. Rudolphi, München 2001
353. Kulesza M.L., Śliwowski W., „Ustawowy a sędziowski wymiar kary”, Wilno 1936
354. Kulesza W., „Karanie za zbrodnie <<zhańbienia rasy>> (<<Rassenschande>>) i odpowiedzialność karna sędziów za zbrodnicze skazania” w: „Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora M. Filara”, red. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak, Toruń 2012
355. Kulesza W., „Zniesławienie i zniewaga (ochrona czci i godności człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe)”, Warszawa 1984
356. Kunze E., Tarnawski, M., „Glosa do wyroku SN z dnia 22 maja 1978 r. – V KRN 177/03”, NP 1974, z. 9
357. Kunze E., „Pojęcie pojazdu mechanicznego w polskim prawie karnym”, RPEiS 1978, nr 2
358. Kurkowski J. L., „Błędy i zaniedbania lekarskie”, Gazeta Lekarska, 1999, nr 1
359. Kurzepa B., „Wykroczenia z ustawy o kulturze fizycznej”, Jurysta 1996, nr 10–11
360. Kustra A., „Blankietowość norm prawno karnych jako problem konstytucyjny”, Forum Prawnicze 2012, z. 1
361. Kuźmicka-Sulikowska J., „Zasady odpowiedzialności deliktowej w świetle nowych tendencji w ustawodawstwie polskim”, Warszawa 2011
362. Kwiecińska K., „Mediacja w praktyce prokuratorskiej (studium przypadku)”, Prokuratura i Prawo 2013, z. 2
363. Labuda G., „Przyczynek do koncepcji niebezpieczeństwa w prawie karnym”, RPEiS 2004, z. 4
364. Lachowski J., „Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym”, Warszawa 2005
365. Lachowski J., „Wina w prawie karnym” w: „System Prawa Karnego. Tom III. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności”, red. R. Dębski, Warszawa 2013
366. Lande J., „Nauka o normie prawnej”, Annales UMCS, Lublin 1956, t. III
367. Lande J., „O ocenach. Uwagi dyskusyjne”, Kwartalnik Filozoficzny t. XVII, z. 3–4
368. Larenz K., „Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung“, Deichert 1927
369. Lelewel J., „Początkowe Polskie Prawodawstwo Cywilne i Kryminalne”, Warszawa 1828
370. Lenckner T., „Technische Normen und Fahrlässigkeit”, „Festschrift für Karl Englisch”, red. P. Bockelmann; A. Kaufmann; U. Klug, Frankfurt am Main 1969
371. Lernell L., „Podstawowe Zagadnienia Penologii”, Warszawa 1977
372. Lernell L., „Podstawy nauki polityki kryminalnej”, Warszawa 1967
373. Lernell L., „Wykład Prawa Karnego. Część Ogólna”, Warszawa 1961
374. Lewaszkiewicz-Petrykowska, B., „Uwagi o zawodowym obowiązku udzielania informacji”, Studia Iuridica 1994, z. XXI
375. Liszewska A., „Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej”, Kraków 1998
376. Liszewska A., „Prawnokarna ocena zabiegów transplantacji organów”, PiM 1999, z. 3
377. Liszewska A., „Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy”, Państwo i Prawo 1997, z. 1
378. Liszt v. F., „Über den Vorentwurf“ ZStW 30, 262–277
379. Franz v. Liszt „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts”, Berlin–Leipzig 1914
380. Liszt v. F., „Der Zweckgedanke im Strafrecht“ w: „Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge“ red. F. v. Liszt, Berlin 1905
381. Lityński A., „Od Rzeczypospolitej szlacheckiej do Rzeczypospolitej ludowej. Studia z dziejów prawa karnego”, Tychy 2005
382. Livings B., „Legitimate Sport or Criminal Assault?”, Journal of Criminal Law 2006, z.

383. Lopez A T., „El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos”, Anuario de Derecho Penal 1974, t. XXVII
384. Lucas H. „Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Recht”, Berlin 1883
385. Łagodziński S., „Oszustwo popełnione przez zaniechanie?”, Prokur. i Prawo 1999, nr 7–8
386. Łazowski J., „WHO a medycyna niekonwencjonalna”, Sztuka Leczenia, 2005, z. 11
387. Łuniewski W., „Stan wyższej konieczności a zasada proporcjonalności dóbr”, Palestra 2002, nr 3–4
388. Łuniewski W., „Zakres psychiatrii sądowej. Część ogólna”, Warszawa 1950
389. Łyczywek R., „Dopuszczalna szybkość pojazdu uprzywilejowanego”, Palestra 1962, nr 12
390. Macke J., Kuszewski K., Zieleniec, G., „Nurkowanie”, Warszawa 2003
391. Maisel W., „Poznańska księga prawa magdeburskiego i miśnieńskiego”, Wrocław 1964
392. Maisel W., „Poznańskie Prawo Karne do końca XVI wieku”, Poznań 1963
393. Maisel W., „Sądownictwo miasta Poznania do końca XVI wieku”, Poznań 1961
394. Majewska, K. Trzebiatowska, I. Majkowicz, M., „Poglądy na medycynę alternatywną wśród pacjentów w terminalnym okresie choroby nowotworowej”, Psychoonkologia 1999, z. 5
395. Majewski J. „Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne”, Warszawa 2013
396. Majewski J., „Błąd co do kontratypu jako podstawa do wyłączenia winy” w: „Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego”, (pod red. J. Majewskiego), Toruń 2010
397. Majewski J., „Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu (Zagadnienia węzłowe)”, Kraków 1997
398. Majewski J., „Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym”, Warszawa 2002
399. Majewski J., Kardas P. O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym”, PiP 1993, z. 10
400. Makarewicz J., „Błąd co do przestępności działania”, RPEiS 1936, z. 1
401. Makarewicz J., „Kodeks karny z komentarzem”, Lwów 1932
402. Makarewicz J., „Kodeks karny z komentarzem”, Lwów 1935
403. Makarewicz J., „Kodeks Karny z Komentarzem”, Lwów 1938
404. Makarewicz J., „Obrona konieczna przeciwko zaniechaniu”, GS 1936, z. 6
405. Makarewicz J., „Prawo Karne. Wykład Porównawczy z uwzględnieniem Prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej”, Lwów–Warszawa 1924
406. Makarewicz J., „Zbrodnia i kara”, Lwów 1922
407. Makowski W. „Kodeks karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. zaboru rosyjskiego: z dodaniem przepisów przechodnich i ustaw, zmieniających i uzupełniających postanowienia karne kodeksu; odpowiednich przepisów K.k. Niemieckiego i Ustawy Karnej Austriackiej, obowiązujących w pozostałych dzielnicach Rzplitej oraz Komentarza i orzeczeń Sądu Najwyższego. t. 1, Część ogólna”, Warszawa 1921
408. Makowski W., „Komentarz do Kodeksu Karnego z 1932 r.”, Warszawa 1933
409. Makowski W., „Prawo karne. Część ogólna”, Warszawa–Lublin–Łódź–Poznań–Kraków 1920
410. Makowski W., „Prawo Karne. Część Ogólna. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce”, Warszawa 1920
411. Malczewski J., „Problemy z prawną kwalifikacją lekarskiej pomocy do samobójstwa (art. 151 k.k.)”, Prokur. i Prawo, 2008, z. 11
412. Malicki A., „Ryzyko sportowe a przestępstwo w zawodach motocyklowych na torach

- żuźlowych” w: „Prawne Problemy sportu żuźlowego”, red. A.J. Szwarc, Poznań 2011
413. Mannheim H., „Der Maßstab der Fahrlässigkeit”, Breslau 1912
414. Marburger P., „Atomrechtliche Schadensvorsorge”, 1983
415. Marcinikiewicz P., „Motywacja sprawcy czynu zabronionego jako przesłanka odpowiedzialności karnej”, Prokur. i Prawo 2011, z. 5
416. Marek A., „Komentarz do art. 193 k.k.” w: „Kodeks karny. Komentarz”, LEX 2010
417. Marek A., „Komentarz do art. 26 k.k.” w: „Kodeks karny. Komentarz”, nb. 6, LEX 2010
418. Marek A., „Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki”, red. A. Marek, Warszawa 1986
419. Marek A., „Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego”, Warszawa 1979
420. Marek Z., Plac-Bobula, E., „Klasyfikacja błędu medycznego”, Arch Med. Sąd Krym., 1994 t. XIVL
421. Marek Z., „Błąd Medyczny”, Kraków 2007
422. Marek Z., „Błąd medyczny”, Kraków 1999
423. Marek Z., „Niepowodzenie lecznicze”, PiM. 2000, nr 8
424. Markowski M.P., „Wstęp” w: „Imperium znaków”, Warszawa 1999
425. Marszalska M.N., „Medycyna alternatywna – czy może uzupełnić tradycyjną medycynę?”, Przegląd Alergologiczny 2004, t. I
426. Martinez R. de V., „Derecho Penal del Deporte”, Madrid 2010
427. Maurach R., „Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil”, Karlsruhe 1965
428. Mąciór W., „Relatywność nauki o przestępstwie”, PiP 1994, z. 3
429. Mąciór W., „Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako priorytetowa dyrektywa sądowego wymiaru kary”, PiP 1973, z. 12
430. Mąkosa B., „Przestępstwa nieumyślne przeciwko życiu i zdrowiu i ich sprawcy”, niepubl. rozprawa doktorska, Warszawa 1989
431. Mąkosa B., „Ustawowy i sędziowski wymiar kary za przestępstwa nieumyślne”, PiP 1979, z. 4
432. Mechowski T., „Analiza i weryfikacja wymagań i procedur pomiarowych oceny właściwości przeciwpoślizgowych nawierzchni dróg publicznych i autostrad płatnych”, Warszawa 2005
433. Meier B.-D., „Licht ins Dunkel: Die richterliche Strafzumessung“, JuS 2005, 769–773
434. Michalski B., „Ustawowe regulacje klauzuli nieumyślności”, PiP 1993, z. 9
435. Michalska A., „Prawo a normy techniczne w państwie socjalistycznym”, Poznań 1968
436. Michałowska K., „Informowanie pacjenta w polskim prawie medycznym”, PiM 2003, z. 13
437. Mielewczyk-Malecka M., „Diagnostyka i leczenie biegunek ostrych u dzieci w warunkach szpitala powiatowego w latach 2006–2010”, niepubl. prac doktorska, Poznań 2012
438. Miemiec M., „Prawne pojęcie <<drogi dojazdowe do gruntów rolnych>>”, Nowe Zeszyty Samorządowe 2000, z. 6
439. Mikus R. A., „Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts”, Berlin 2002
440. Miller J., „A Handbook of Criminal Law”, St Paul 1934
441. Miłosz C., „Zniewolony Umysł”, Paryż 1953
442. Mirička A., „Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung“, Mohr 1907
443. Młynarczyk Z., „Fałszywe zeznania w polskim prawie karnym”, Warszawa 1971
444. Młynarski S., „Kierunki poprawy stanu bezpieczeństwa w ruchu drogowym w Polsce”, Słupsk 2012
445. Mogilnicki A., „Indywidualizacja kary”, GS 1900, z. 3

446. Mohrmann A., „Die neuen Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit”, Breslau 1929
447. Montenbrück A., „Strafrahmen und Strafzumessung”, Berlin 1983
448. Morales O., „Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral” w: „La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral”, red. A. D. Bonete, C L. A. Alfonso Hellado, Barcelona 2011
449. Mucha A., „Podjęcie decyzji o zawarciu umowy opcji – rozważania w przedmiocie problematyki wyznaczania granic bezprawności”, Prokur. i Prawo 2013, z. 12
450. Mucha A., „Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym”, Warszawa 2013
451. Mularski K., „Czynności podobne do czynności prawnych”, Poznań 2011
452. Murillo J., „Teoria del delito imprudente: doctrina general y regulación legal”, Madrid 1991
453. Müßig U., „Recht und Justizhoheit”, Berlin 2003
454. Najmabadi A., „Verdicts of Science, Rulings of Faith” w: „Transgender/Sexuality in Contemporary Iran”, Social Research 2011, nr 2
455. Najmiec A., „Kultura bezpieczeństwa i psychologiczne uwarunkowania sprawności kierowcy”, Bezpieczeństwo pracy 2008, z. 7–8
456. Nalewajko J.J., Kubiak, R., „Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność”, Palestra 2000, nr 9–10
457. Nauka G., „Zasady prawa a zasada ograniczonego zaufania w ruchu drogowym”, PnD 2008, nr 6
458. Nawrowski Z., „Prawo karne i proces karny Polski przedrozbiorowej”, Toruń 1994
459. Necki Z., „Komunikacja międzyludzka”, Kraków 1996
460. Nestorowicz M., „Glosa do orzeczenia I ACa 124/01”, PS 2002, nr 10
461. Netczuk R., „Prawno–historyczne uwarunkowania pojedynku w prawie polskim a ich wpływ na współczesne orzecznictwo sądowe”, Iustitia 2011 nr 4
462. Niedziela J., „Statyczne i dynamiczne badania widoczności pieszego w światłach mijania pojazdu” w: „VI Konferencja „Problemy wypadków drogowych”, s.n., Zakopane–Kraków 1998
463. Niese W., „Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit”, Tübingen 1951
464. Niklisch F., „Wechselwirkungen zwischen Technologie und Recht”, NJW 1982, 2633–2644
465. Nisenson J., Siewierski, M., „Kodeks Karny i Prawo o Wykroczeniach. Komentarz, Orzecznictwo, Przepisy Wprowadzające i Związkowe”, Łódź 1947
466. Nourse V., „After the Reasonable Man: Getting Over the Subjectivity Objectivity Question”, New Criminal Law Review 2008, nr 1
467. Nowak L., „Interpretacja prawnicza. Studium z zakresu metodologii prawoznawstwa”, Warszawa 1973
468. Nowak L., „Performatywy a język prawny i etyczny”, Etyka 1968, nr III
469. Nowak L., „O ukrytej jedności nauk społecznych i nauk przyrodniczych”, Nauka 1998, z. 1
470. Nowakowska M., „Społeczno–kulturowe uwarunkowania zmian w rozumieniu kategorii zdrowia i choroby”, Sztuka leczenia 2010, nr 1–2
471. Nowakowski F., „Probleme der Strafzumessung” w: „Strafrechtliche Probleme der Gegenwart”, red. R. Moos, Wien, 1974
472. Nuttal W.J., „Fusion as an Energy Source: Challenges and Opportunities”, IOP Report 2008, z. 9
473. Okoń T., Kowalczewski J., Marczak D., Milecki M., Wielkopolski A., „Opis przypadku. Złamanie zmęczeniowe bliższej części piszczeli związane ze zmianami zwyrodnieniowymi kolana u chorej na reumatoidalne zapalenie stawów”, Reumatologia 2010, nr 48

474. Olivercrona K., „Performatywy w prawie” w: „Współczesna teoria i filozofia prawa na Zachodzie Europy”, red. T. Gizbert-Studnicki, K. Pleszka, R. Sarkowicz, J. Stelmach, Kraków 1985
475. Opalek K., „Z teorii dyrektyw i norm”, Warszawa 1974
476. Orłowicz F., „Ryzyko gospodarcze a prawo karne”, NP 1968, z. 3
477. Ormerod D., „Criminal Law”, Oxford 2011
478. Otto H., „Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre”, Berlin 2004
479. Pajor T., „Odpowiedzialność cywilna organizatora imprezy sportowej”, PS 2002, nr 10
480. Palka P., „Błąd co do prawnej oceny czynu (error iuris) – art. 30 k.k.”, Prokur. i Prawo 2002, z. 9
481. Paprzycki L. K., „Wypadek <<drogowy>> kierowcy rajdowego”, PnD 2008 z. 9
482. Paprzycki L. K., „Nigdy dość ostrożności wobec dziecka na drodze”, PnD 2003, z. 5
483. Patryas W., „Definiowanie pojęć prawnych”, Poznań 1997
484. Patryjas W., „Zaniechanie. Próba analizy metodologicznej”, Poznań 1993
485. Patryjas W., „Definiowanie pojęć prawnych”, Poznań 1997
486. Patryjas W., „Elementy logiki dla prawników”, Poznań [bez daty wydania]
487. Patryjas W., „Rozważania o normach prawnych”, Poznań 2001
488. Patryjas W., „W sprawie definicji winy – replika”, RPEiS 1992, z. 2
489. Patryjas W., „Performatywy konstytucyjne” w: „W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora M. Zielińskiego”, red. A. Choduń S. Czepita, Szczecin 2010
490. Pawelec K. J., „Poszkodowany w wypadku drogowym”, Warszawa 2001
491. Pawelec K. J., „Wypadek drogowy”, Warszawa 2003
492. Pawelec K. J., „Prędkość bezpieczna – ograniczona zasada bezpieczeństwa”, MP 1998, nr 4
493. Pawlik R., „Odpowiedzialność osoby prowadzącej holowany pojazd mechaniczny”, Prokur. i Prawo 2004, nr 7–8
494. Peiper L., „Komentarz do k.k., prawa o wykroczeniach i przepisów wprowadzających”, Kraków 1933
495. Petrażycki L., „O normach moralnych i prawnych i sposobach ich wyrażania” w: L. Petrażycki „O nauce, prawie i moralności”, Warszawa 1985
496. Petrażycki L., „Wstęp do nauki prawa i moralności. Podstawy psychologii emocjonalnej”, Warszawa 1959
497. Pfister B., „Schutzzweck von Sportregeln” w: „Festschrift Für Wolfgang Gitter”, red. M. Heinze/J. Schmitt, Wiesbaden 1995
498. Piaczyńska A., „Kryteria stopniowania winy”, Prokur. i Prawo 2010, z. 7–8
499. Pichler J., „Skiunfälle und Haftung aus österreichischer Sicht” w: „Sport und Recht”, red. F.C. Schroeder, H. Kaufmann, Berlin 1972
500. Pieter J., „Kryteria ocen i recenzji prac naukowych”, Warszawa 1978
501. Pijanowski B., „Samochód – kierowca – droga”, Warszawa 1989
502. Plebanek E., „O obronie koniecznej i innych kontratypach w świetle zasady proporcjonalności”, CPKiNP 2006, z. 1
503. Płachta M., „Obowiązywanie zasady ignoratia iuris nocet w odniesieniu do cudzoziemców”, RPEiS 1986, z. 2
504. Pławski S., „Przyczynek do problematyki przestępstw nieumyślnych”, NP 1959, z. 12
505. Pohl Ł., „Niezachowanie wymaganej ostrożności – znamię czynu zabronionego czy odrębny element w strukturze przestępstwa?” w: „Nieumysłność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego”, red. J. Majewski, Warszawa 2007
506. Pohl Ł., „Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne”, Poznań 2007
507. Pohl Ł., „Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie

- będącej normą postępowania”, RPEiS 2006 z. 1
508. Pohl Ł., „Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)”, Poznań 2013
509. Pohl Ł., „Błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność” w: „System Prawa Karnego. Tom IV. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej”, red. L. Paprzycki, Warszawa 2013
510. Pohl Ł., „Błąd co do okoliczności wyłączającej winę” w: „System Prawa Karnego. Tom IV. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej”, red. L. Paprzycki, Warszawa 2013
511. Pohl Ł., „Błąd co do prawa” w: „System Prawa Karnego tom IV. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej”, red. L. Paprzycki, Warszawa 2013
512. Pohl Ł., „Czyn” w: „System Prawa Karnego. T III. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności”, red. R. Dębski, Warszawa 2013
513. Pohl Ł., „Prawo karne, Wykład Części Ogólnej”, Warszawa 2012
514. Pohl Ł., „W sprawie proponowanych zmian w części ogólnej k.k. (zagadnienia wybrane)”, PiP 2013, z. 8
515. Pohl, Ł. „Komentarz do art. 1 k.k.” w: „Kodeks Karny. Komentarz”, red. R.A. Stefański, Warszawa 2015
516. Pokorski J., „Błąd medyczny uwarunkowany czynnikami ergonomicznymi” w: „Błąd medyczny. Uwarunkowania ergonomiczne”, red. J. Pokorski, J. Pokorska, M. Złowodzki, Kraków 2010
517. Pomorski S. „American common law and the principle nullum crimen sine lege”, Mouton 1975
518. Popper K., „Logika odkrycia naukowego”, Warszawa 2002
519. Pracki H., „Wpływ znamion i okoliczności czynu na wymiar kary”, NP 1975 z. 10–11
520. Prieto J. V., „La intervención del derecho penal en la actividad deportiva”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2009, nr 11–14
521. Przesławski T., „Funkcja czynnika psychicznego w konstrukcji czynu zabronionego i formach winy”, SP 2008, t. XLVIII
522. Przybylska J., „Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencje medyczną i jej definicja”, MP 2003, nr 16
523. Puig M., „Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho”, Barcelona 1995
524. Puig Mir S. „Derecho Penal. Parte General”, Barcelona 2011
525. Puppe I. „Der Aufbau des Verbrechens” w: „Festschrift für Harro Otto“, red. G. Dannecker, W. Langer, O. Ranft, R. Schmitz, J. Brammsen, München 2007
526. Puppe I. „Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung – Teil 2“, ZJS 2008, nr 6
527. Pużyński S., „Choroba psychiczna – problemy z definicją oraz miejscem w diagnostyce i regulacjach prawnych”, Psychiatria Polska 2007, tom XLI, nr 3
528. Radecki W., „Podjęcie obrony w świetle prawa i moralności”, NP 1976 nr 7–8
529. Radecki W., „Stan wyższej konieczności na tle aktualnych potrzeb praktyki”, ZN ASW 1978, nr 2
530. Radke H., „Sport i prawo – jakie regulacje, jaki zakres?”, Sport Wyczynowy 2007, nr 7–9
531. Radko M., Łucka I., Pleskot–Kaczmarek J., „Transseksualizm – pytania i wątpliwości”, Psychiatria i Psychologia Kliniczna 2012, z. 12
532. Radzicki J., „Znachorstwo : w aspekcie medyczno-sądowym, prawnym i społecznym”, Warszawa 1960
533. Radzicki J., „Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym”, Warszawa 1967
534. Radzikowska Z., „Powinność i możliwość przestrzegania zasad ostrożności a

- przestępstwa z winy nieumyślnej”, WPP 1966, z. 4
535. Rafacz J., „Dawne Prawo Sądowe w Zarysie”, Warszawa 1936
536. Ramos Gordillo A.S., „Lucha contra el dopaje como objetivo de salud”, *Addiciones* 1999, nr 4
537. Ramraj V. V., „A theory of criminal negligence”, Toronto 1998
538. Raszeja S., „Zagadnienia prawno–medyczne ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności prawnej lekarza” w: Raszeja S., Nasilkowski, W., Markiewicz J., „Medycyna sądowa. Podręcznik dla studentów”, Warszawa 1993
539. Ravindra K. S., „Hart’s concept of law and justice”, *Banaras Law Journal* 2006, nr 35/36
540. Redelbach A., Wronkowska, S., Ziemiński, Z., „Zarys teorii państwa i prawa”, Warszawa 1994
541. Reich W., „Funkcja orgazmu”, Warszawa 1996
542. Rejman G., „Odpowiedzialność karna lekarza”, Warszawa 1991
543. Rejman G., „Odpowiedzialność karna personelu medycznego działającego w zespole”, *Palestra* 1983, nr 10
544. Rejman G., „Teorie i formy winy w prawie karnym”, Warszawa 1980
545. Rejmaniak R., „Problemy interpretacyjne wybranych pojęć zawartych w art. 192 k.k.”, *eCPKiNP* 2013, z. 2
546. Renzikowski J., „Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung”, Tübingen 1997
547. Rieger M., „Das Mitverschulden des Opfers und die Voraussetzungen für den Ausschluß einer Strafmilderung”, Hamburg 2006
548. Riemensschneider S., „Fahrunsicherheit oder Blutalkoholgehalt als Merkmal der Trunkenheitsdelikte – zugleich ein Beitrag zur Rechtsentwicklung”, Berlin 2000
549. Rissmiller DJ., „Evolution of the Antipsychiatry Movement Into Mental Health Consumerism”, *Psychiatric Services* 2006 Vol. 57 No. 6
550. Roda C., „El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito”, Barcelona 1962
551. Rodriguez–Morgullo A., Clemente I., „Dos aspectos de derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas”, *Actualidad Jurídica Uliria & Menedez*, 2004, z. 9
552. Rodzyńkiewicz M., „Kilka uwag o relacyjnym ujęciu winy w prawie karnym”, *RPEiS* 2001, z. 4
553. Rodzyńkiewicz M., „Określenie umyślności i nieumyślności w projekcie k.k.”, *PS* 1995, z. 5
554. Rodzyńkiewicz M., „Pojęcie winy w prawie karnym. Próba analizy krytycznej na tle ujęcia relacyjnego”, *RPEiS* 1992, z. 3
555. Roeder H., „Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos”, Berlin 1969
556. Roggo A., „Aufklärung des Patienten, Eine ärztliche Informationspflicht”, Bern 2002
557. Roggo A., Staffelbach D., „Offenbarung von Behandlungsfehlern/Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht – Plädoyer für konstruktive Kommunikation”, *Aktuelle Juristische Praxis* 2006, z. 4
558. Rolińska A., Furmaga O., Kwaśniewski W., Makara–Studzińska M., „Zaburzenia psychiczne w przebiegu choroby nowotworowej”, *Current Problems of Psychiatry* 2011, z. 12
559. Romero Flores B., „El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado”, Barcelona 1989
560. Romero Flores B., „La imputación objetiva en los delitos imprudentes”, *Annales de Derecho* 2001, z. 19
561. Rosenhan D. L., Seligman, M.E.P., „Psychopatologia”, Warszawa 1994
562. Rosinczuk–Tonderys J., Grabowski K., „Analiza losów pacjentów z objawami dysfagii przed zgłoszeniem się do leczenia specjalistycznego”, *Annales UMCS* 2005 Sectio D

Vol. IX, suppl. XVI, 7 sectio D

- 563. Rössner D., „Fahrlässiges Verhalten im Sport als Prüfstein der Fahrlässigkeitsdogmatik“, w: „Festschrift für Hans Joachim Hirsch“, Berlin 1999
- 564. Rovira A., „Autonomía Personal y Tratamiento Médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado“, Pamplona 2007
- 565. Roxin C., „Offene Tatbestände und Rechtspflichtsmerkmale“, Berlin 1958
- 566. Roxin C., „Problematyka obiektywnego przypisania” w: „Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym”, tłum. J. Giezek, red. T. Kaczmarek, Karpacz 1990.
- 567. Roxin C., „Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre“, Monachium 2006
- 568. Rozental K., „W sprawie karnoprawnego charakteru ryzyka zwykłego”, PiP 1991 z. 4
- 569. Rozmarynowicz A., „O odpowiedzialności w narciarstwie”, Warszawa 1979
- 570. Różańska-Kowal J., „Motywacja zachowań prospołecznych i antyspołecznych nieletnich”, Kraków 2009
- 571. Rudziński S., „Z logiki norm”, Kraków 1947
- 572. Ruff J., „Odpowiedzialność karna lekarza”, Warszawa 1929
- 573. Rüping G., „Grundriß der Strafrechtsgeschichte”, Monachium 1996
- 574. Rychter W., „Doświadczony kierowca radzi”, Warszawa 1971
- 575. s.n. Raport NIK „Przestrzeganie praw pacjenta w leczeniu psychiatrycznym”, znak: 19/2012/P/11/093/KZD
- 576. s.n., „Mitteilungen der IVK”, t. XIX, Berlin 1912
- 577. s.n., „Protokolle der Kommission für die Reform des Strafgesetzbuches (1911–1913)”, wyd. W. Schubert, Frankfurt am Main 1990
- 578. Safjan M., „Prawo a Medycyna: ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny”, Warszawa 1998
- 579. Sak J., „Zagadnienie stosowalności filozoficznego pojęcia choroby w medycynie”, Roczniki Pomorskiej Akademii Medycznej w Szczecinie 2009, z. 55
- 580. Saługa P., „Sposoby wyodrębniania definicji legalnych”, PiP 2008 z. 5
- 581. Sanchez S. M. J., „Medicinas alternativas e imprudencia medica”, Barcelona 1999
- 582. Sanchez-Ostiz P., „Ist die objektive Zurechnung objektiv und zurechnend?” w: „Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag“, red. M. Heinrich, C. Jäger, H. Achenbach, Berlin–Nowy York 2011, t. 1
- 583. Sandomierski, A., „Błąd sztuki lekarskiej w orzecznictwie Komisji Kontrolii Zawodowej”, NP 1979, z. 10
- 584. Sarkowicz R., „Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym”, ZNUJ, Kraków 1989
- 585. Sastre R. V., „Estudio jurídico-penal de las lesiones deportivas en el Derecho español”, Revista electrónica de Derecho, nr. 3
- 586. Sastre R.V., „La violencia en el deporte: Tratamiento en el Derecho penal español”, Letras jurídicas 2007, z. 5
- 587. Sauer D., „Die Fahrlässigkeitsdogmatik der Strafrechtslehre und der Strafrechtsprechung”, Hamburg 2003
- 588. Sawicki J., Kochanowski, J., „Zmęczenie a odpowiedzialność karna w komunikacji drogowej”, Palestra 1966, nr 12
- 589. Sawicki J., „Kolejna porażka prawników na ringu”, Kulisy 1966 nr 39
- 590. Sawicki J., „Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym, doktrynie i orzecznictwie”, Warszawa 1965
- 591. Schaffstein F., „Verbrechen als Pflichtverletzung“, Berlin 1935
- 592. Schild W., „Sportstrafrecht”, Baden–Baden 2002
- 593. Schlack A., „El consentimiento hipotético de la víctima en el derecho penal alemán”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2012, nr 2

594. Schmidhäuser E., „Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung” w: Festschrift für Friedrich Schaffstein“, G. Grünwald (red.), Göttingen 1975
595. Schröder F.-C., „Sport und Strafrecht”, w: „Sport Und Recht”, red. F.-C. Schröder, Berlin 1972
596. Schroeder F.-C., „Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung”, JZ 1989, 776
597. Schrömbgens, H. H. „Błędna diagnoza w praktyce ogólnolekarskiej”, Warszawa 1996
598. Schubert, W., „Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund”, Frankfurt am Main 1992
599. Schünemann B., „Die Regeln der Technik im Strafrecht” w: „Festschrift für Karl Lanckner”, red. W. Küper, Berlin 1987
600. Schünemann, B., „Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte”, JA 1975, 113–122
601. Schwartz. T., „Hypothetische Einwilligung im Strafrecht”, Frankfurt am Main 2009
602. Searl R., „Czym jest akt mowy?”, Pamiętnik Literacki 1980, z. 2
603. Sepiolo A., „Problemy przekazywania niepomyślnych informacji pacjentom z chorobą nowotworową w Polsce i na świecie”, Psychoonkologia 1998, nr 2
604. Server R. V. „Una aproximación a los riesgos del deporte”, Indret 2003, nr 116
605. Sienkiewicz Z., „Funkcja społecznego niebezpieczeństwa czynu”, Warszawa 1977
606. Skowron A. „Zasady bezpieczeństwa ruchu (art. 177 k.k.) a należyta ostrożność i zagrożenie bezpieczeństwa w ruchu jako znamiona wykroczenia z art. 86 § 1 k.w.”, PnD 2004, z. 5
607. Smoleński J., „Problematyka materialnej istoty przestępstwa w projekcie K.K.”, PiP 1963, z. 11
608. Sobota A., Karoń G., „Próba zdefiniowania pojazdu zakłóconego na wybranych odcinkach dróg wielopasowych w aspekcie płynności ruchu”, Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej 2010 Seria: Transport z. 66
609. Soek J., „Strict Liability Principle and the Human Rights of Athletes in Doping Cases”, Hague 2006
610. Sommer H., „Das bedingte Verbrechen”, Lipsk 1908
611. Sośniak M., „Z zagadnień odpowiedzialności odszkodowawczej związanej ze sportem”, RPEiS 1966, z. 1
612. Sośniak M., „Cywilna odpowiedzialność lekarza”, Warszawa 1968
613. Sośniak M., „Prawne naruszenie reguł sportowych”, RPEiS 1962, z. 2
614. Sośniak M., „Należyta staranność”, Katowice 1980
615. Sójka-Zielińska K., „Historia Prawa”, Warszawa 2005
616. Specht R., „Sicherheitsregeln im Tauchsport – ein Haftungsmaßstab?”, Divemaster 2000, nr 2
617. Spendel G., „Zur Lehre vom Strafmass”, Frankfurt am Main 1954
618. Spotowski A., „Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym”, Warszawa 1990
619. Spotowski S., „Stan wyższej konieczności a kontratyp dozwolonego ryzyka”, PiP 1990, z. 1
620. Sroka T., „Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie : problematyka obiektywnego przypisania skutku”, Kraków 2013
621. Stachura I., „Karcenie wychowawcze i ryzyko sportowe”, CzPKiNP 2007, nr 2
622. Standen J., „The manly sports: the problematic use of riminal law to regulate sports violence”, The journal of Criminal law & Criminology 2009, Nr. 3
623. Stangierska I., Horst-Sikorska, W., „Ogólne zasady komunikacji między pacjentem a lekarzem”, Forum Medycyny Rodzinnej 2007, nr 1
624. Stannard J., „Subjectivism, Objectivism and the Draft Criminal Code”, Law Quarterly Review 1985, vol. 101

625. Stefański R. A., „Przestępstwa drogowe w nowym Kodeksie Karnym”, Kraków 1999
626. Stefański R. A., „Glosa do postanowienia SN z dnia 7 stycznia 2008 r., sygn. akt V KK 158/07”, Prokur. i Prawo 2009, z. 6
627. Stefański R. A., „Glosa do wyroku SN z dnia 17 czerwca 1999 r., IV KKN 740/98”, PiP 2000, z. 2
628. Stefański R. A., „Glosa do wyroku SN z dnia 3 listopada 2010 r., II KK 109/10”, Palestra 2011, nr 3–4
629. Stefański R. A., „Prawo o ruchu drogowym. Komentarz”, Komentarz do art. 1 nb. 3, Publikacja LEX 2008
630. Stefański R. A., „Glosa do postanowienia SN z dnia 16 listopada 2007 r., sygn. akt III KK 233/07”, Prokuratura i Prawo 2008, nr 11
631. Stefański R. A., „Odpowiedzialność za udostępnienie do prowadzenia pojazdu osobie znajdującej się w stanie po użyciu alkoholu lub podobnie działającego środka”, Prokur. i Prawo 2007, z. 5
632. Stich R., Bauer K.H., „Stich, Fehler und Gefahren bei Chirurgischen Operationen. Band I”, Jena 1958
633. Stoosa C., „Operativer Eingriff und Korperverschüttung”, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1893, z. 6
634. Stratenwerth G., „Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible”, Madrid 1982
635. Stratenwerth G., „Tatschuld und Strafzumessung”, Tübingen 1971
636. Struensee E., „Der objektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, JZ 1987, 53–63
637. Struensee E., „Objektives Risiko und subjektiver Tatbestand”, JZ 1987, 536–541
638. Studnicki F., „Wzór zachowania się, wzór postępowania i norma”, ZNUJ – Prace Prawnicze 1961, z. 8
639. Studnicki F., „Znaki drogowe”, Studia Cywilistyczne 1968, t. XI
640. Suppa G., „Der vernünftige Mensch im Strafrecht. Eine metaphysische Würdigung ausgewählter juristischer und Nichtjuristischer Handlungslehren”, Basel 2003
641. Szafraniec M., „Przekroczenie granic obrony koniecznej w polskim prawie karnym”, Kraków 2004
642. Szerer M., „Uwagi do projektu k.k.”, PiP 1980, z. 5–6
643. Szpunar A., „O działaniu na własne ryzyko”, NP 1978, z. 6
644. Szpunar A., „Zachowanie się pokrzywdzonego jako podstawa do zmniejszenia odszkodowania”, NP 1957, z. 6
645. Szutz C., „Kampfsport und Strafrecht”, Hannover 2010
646. Szwarc J.A., „Karnoprawne funkcje reguł sportowych”, Poznań 1977
647. Szwarc J.A., „Sport a Prawo Karne”, Poznań 1971
648. Szwarc J.A., „Wypadki sportowe w świetle prawa karnego. Koncepcja wyłączenia tzw. obiektywnej istoty przestępstwa”, Poznań 1972
649. Szwarc J.A., „Zgoda pokrzywdzonego jako podstawa wyłączenia odpowiedzialności karnej za wypadki sportowe”, Poznań 1975
650. Śliwiński S., „Prawo karne materialne”, Warszawa 1946
651. Śliwiński S., „Przegląd Orzecznictwa SN”, PiP 1958, z. 3
652. Śliwowski J., „Kodeks karzący Królestwa Polskiego”, Warszawa 1958
653. Śmiałowski J., Lang, W., Delorme, A., „Z zagadnień nauki o normie prawnej”, Warszawa 1961
654. Świątek B., Morawski M., „Problematyka błędu medycznego w Polsce na przykładzie opinii Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej AM we Wrocławiu”, Arch. Med. Sąd. Krym. 1994, t. XLIV
655. Świda W., „Prawo karne. Część szczególna”, Warszawa–Wrocław 1961
656. Świda W., „Prawo Karne”, Warszawa 1978
657. Świda W., „Prawo Karne”, Wrocław 1960

658. Świącicki D., „Wina w prawie karnym materialnym i procesowym”, *Prokur. i Prawo* 2009, z. 10–11
659. Tabaczewski T., „Eksces intensywny obrony koniecznej w orzecznictwie”, *Prokur. i Prawo* 2010, z. 12
660. Tabaczewski T., „Obrona konieczna de lege ferenda w świetle sporu o samoistność tej instytucji”, *Cz.PKiNP* 2009, z. 3
661. Taner A., „Vergleich verschiedener Systeme zur Sichtverbesserung bei Nacht in Personenkraftwagen”, München 2007
662. Tarapata S., „Głos w sprawie niebezprawnego naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym (o przypadku tzw., „płonącego anioła”)", *e-CZPKiNP* 2013, z. 12
663. Terán M. H., „Accidentes Deportivos y Derecho Penal”, *Revista Juridica* 1991, nr 3
664. Tierney L., Henderson, M., „Wywiad lekarski oparty na zasadach EBM”, Warszawa 2007
665. Tobis A., „Główne przestępstwa przeciwko rodzinie”, Poznań 1980
666. Tobor Z., „W poszukiwaniu intencji prawodawcy”, Warszawa 2013
667. Todorov T., „Wstęp do Symboliki” w: „Symbole i symbol”, red. M. Głowiński, Warszawa 1991
668. Toepel F., „Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt”, Berlin 1992
669. Tokarczuk T., „Spory wokół teorii obiektywnego przypisania w świetle projektu nowelizacji k.k.”, *PiP* 2013, z. 10
670. Tomasz z Akwinu, „O braterskim upomnieniu” w: Andrzejuk, A., „Prawda o dobru. Problem filozoficznych podstaw etyki tomistycznej”, Warszawa 2000
671. Triffterer O., „Merkmale der Fahrlässigkeit und ihre Bedeutung im Verbrechenssystem” w: „Księga pamiątkowa ku czci Igora Andrejewa”, red. L. Gardocki, Warszawa 1988
672. Turner J.W.C., „The mental element in Crimes at Common Law” w: „The modern approach to Criminal Law”, London 1948
673. Turska A., „O fikcji powszechnej znajomości prawa”, *PiP* 1957, z. 9
674. Tymiński R., „Odpowiedzialność lekarza za udzielenie informacji nadmiernej”, *Prawo i Medycyna* 2012, z. 1
675. Tyszkiewicz L., „O definicji przestępstwa, jej strukturze i elementach”, *PNUS–Problemy prawa karnego* 1995, nr 21
676. Ulsenheimer K., „Zur zivil und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der neueren Judikatur und ihrer Folgen für eine defensive Medizin”, *Medizin und Recht* 1992, 128–133
677. Ulsenheimer K., „Arztstrafrecht in der Praxis”, Heilderberg 2008
678. Urban M., „Transseksualizm czy urojenia zmiany płci? Uniknąć błędnej diagnozy”, *Psychiatria Polska* 2009, tom XLIII, nr 6
679. Utrat–Milecki J., „Podstawy penologii. Teoria kary”, Warszawa 2007
680. Valle del P., „La Imprudencia en el Derecho Penal”, Barcelona 2012
681. Veit B., „Die Rezeption technischer Regeln im Strafrecht und Ordnungswidrigkeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungsrechtlichen Problematik”, Dusseldorf 1989
682. Villalba J. L., „Derecho Penal y Responsabilidad Médica”, Medellín–Bogota 2007
683. Vitiello M., „Defining the reasonable person in the criminal law: fighting the lernaean hydra”, *Lewis & Clark Law Review* 2010, vol. 14:4
684. Vollrath A., „Sportkampfverletzungen im Strafrecht”, Lipsk 1931
685. Wach A., „Odpowiedzialność osób naruszających reguły sportowe lub prawne w związku z UEFA Euro 2012”, Warszawa 2012
686. Wachbroit R., „Normality as Biological Concept”, *Philosophy of Science* 1994, nr 4

687. Wahlberg H. „Das Maß und der mittlere Mensch im Strafrecht”, Grünhuts Zeitschrift f. d. Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 1878, t. V, 530
688. Walden-Gałaszko de K., Majkowicz, M. (red), „Jakość życia w chorobie nowotworowej”, Gdańsk 1994
689. Walencik I. „Polacy uważają, że nie potrzebują prawników”, Rzeczpospolita, PCD 19.02.2009
690. Walter T., „Der Kern des Strafrechts”, Tübingen 2006
691. Warylewski J., „Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratypy pozaustawowe” w: „Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium karnistycznego”, red. J. Majewski, Toruń 2008
692. Warylewski J., „Kontratypy wiosenne”, Palestra 1999, nr 7–8
693. Warylewski J., „Prawo karne. Część ogólna”, Warszawa 2004
694. Warylewski J., „Zasady techniki prawodawczej. Komentarz do rozporządzenia”, Warszawa 2003
695. Wassersrtrom R.A., „Strict Liability in the Criminal Law”, Stanford Law Review 1960, nr 12
696. Wąsek A., „Ewolucja prawnokarne pojęcia winy w powojennej Polsce”, PPK 1990, z. 4
697. Wąsek A., „Komentarz do k.k. Tom II”, Gdańsk 1999
698. Wąsek A., „Problematyka kontratypów przy przestępstwach nieumyślnych”, Palestra 1988, nr 10
699. Wąsek A., „Sporne kwestie stanu wyższej konieczności w prawie karnym”, PPK 1992, nr 9
700. Wąsek A., „Zaniechanie i obrona konieczna w prawie karnym”, Annales UMCS 1972, vol. XIX Sectio G
701. Wąsik Z. w opracowaniu „Zadania Semiotyki w badaniach językoznawstwa” w: Język a komunikacja”, red. J. Szeja, Warszawa 2004
702. Weber v. H., „Zum Aufbau des Strafrechtssystems”, Jena 1934
703. Welzel H., „Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung”, Berlin 1967
704. Welzel H., „Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”, Berlin 1935
705. Welzel H., „Studien zum System des Strafrechts”, ZStW 1939, 491–556
706. Wessels J. Beulke W. „Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau”, München, Heidelberg, Landsberg, Frechen, Hamburg 2011
707. Wiergowski M. „Propozycja interpretacji wyników analitycznych uzyskanych w pobliżu prawnej granicy stężeń dla stanu po użyciu alkoholu lub stanu nietrzeźwości”, Arch. Med. Sąd. Krym. 2012, z. LXII
708. Wierucka-Młynarczyk B., Pawliszyn, E., Kubicka-Musiał, M., Hüpsch-Marzec H., Bulek-Juranek G., „Interakcje leków przyjmowanych z powodu chorób jamy ustnej z lekami przyjmowanymi przewlekle u pacjentów w wieku starszym”, Farmaceutyczny Przegląd Naukowy 2008, nr 4
709. Wigura K. Kuisz, J., „Skąd bierze się kradzież lub akceptacja kradzieży własności intelektualnej?”, Etyka 2004, nr 37
710. Wilk L., „Aksjologiczne problemy stanu wyższej konieczności”, PiP 2008, z. 11
711. Williams G., „Criminal Law. The General Part”, London 1961
712. Wilson W., „Criminal Law. Doctrine and Theory”, Dorchester 2011
713. Wojciechowski J., „Odpowiedzialność za katastrofy komunikacyjne”, Rzeczpospolita, PCD 1998/3/5
714. Wojciechowski J., „Szeroki zakres obrony koniecznej”, MP 1998, nr 6
715. Wolańskiego Ł., Stanisławka A., Kachaniuka H., „Znajomość pojęcia metod medycyny alternatywnej na przykładzie populacji korzystającej z usług jednego z gabinetów rezonansu”, Pol. Merk. Lek., 2007 t. XXIII,

716. Woleński J., „Filozofia szkoły lwowsko–warszawskiej”, Nauka 1998, nr 1
717. Woleński J., „Z zagadnień analitycznej filozofii języka”, Kraków 1980
718. Wolińska M., „Znachorstwo – studium prawno – kryminalistyczne”, niepublikowana praca doktorska, Białystok 2014
719. Wolnik P., „Nieświadomość norm ostrożności jako błąd przy przestępstwach nieumyślnych”, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2004, z. 2
720. Wolter W., „Błąd co do kontratypu i co do bezprawności czynu”, RPEiS 1976, z. 4
721. Wolter W., „Funkcja błędu w prawie karnym”, Warszawa 1965
722. Wolter W., „Nauka o przestępstwie”, Warszawa 1973
723. Wolter W., „O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu”, PiP 1963, z. 10
724. Wolter W., „Pozaustawowe okoliczności wpływające na wymiar kary”, PiP 1980, z. 6
725. Wolter W., „Progresja w sędziowskim wymiarze kary”. NP 1972, nr 7–8
726. Wolter W., „W sprawie społecznego niebezpieczeństwa czynu i bezprawności”, NP 1956, z. 2
727. Wolter W., „Zasady wymiaru kary w kodeksie karnym z 1969 r.”, PiP 1969, z. 10
728. Wössner, M., „Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA“, Berlin 2006
729. Woźniak–Holecka J., Zborowska, K., Holecki T., „Medycyna alternatywna jako uzupełniająca forma leczenia chorób nowotworowych w opinii pacjentów onkologicznych”, Psychoonkologia 2010, z. 1
730. Wronkowska S., „Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa”, Poznań 2005
731. Wronkowska S., „Sposoby pojmowania zasad prawa”, PiP 1972, z. 10
732. Wróbel W., „Zagadnienie naruszenia reguł wymaganej ostrożności” w: „Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne”, red. L. Gardocki, J. Godyń M., Hudzik., L. Paprzycki, Warszawa 2008
733. Wróbel W., „Koncepcja kontratypów jako sposobu uadekwatnienia treści normy sankcjonowanej i sankcjonującej w procesie wykładni prawa karnego” w: „Poszukiwaniu Dobra Wspólnego Księga Jubileuszowa prof. M. Zielińskiego”, red. A. Chołduń, S. Czepita, Szczecin 2008
734. Wróbel W., „Zagadnienie błędów w medycznych ze szczególnym uwzględnieniem „<<błędów niezawinionych>>”, w: „Błąd medyczny – uwarunkowania ergonomiczne”, red. Juliszewski T., Ogińska H., Złowodzki M., Kraków 2011
735. Wróbel W., „Zagadnienie naruszenia reguł wymaganej ostrożności”. W: „Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne”, red. L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik. L. Paprzycki, Warszawa 2008
736. Wróblewski J., „Sądowe stosowanie prawa”, Warszawa 1988
737. Wulff H.R., Rosenberg, S., „Filozofia medycyny. Wprowadzenie”, Warszawa 1993
738. Würdig E., „Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen“, Breslau 1902
739. Wybraniec–Lewicka B., Szpringer, M., Czerwiak, B., Michalska, M. Ciura, E., „Styl życia kobiet po mastektomii”, Studia Medyczne 2008, z. 10
740. Yamanaka K., „Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft”, Berlin–Boston 2012
741. Yates K., Le Couteur, A., „Diagnostyka autyzmu”, Medycyna praktyczna–Pediatría 2009, z. 3
742. Yllera A., „Introduccion a la semántica”, Madrid 1992
743. Yü–hsiu H. „Die objektive Zurechnungslehre in Taiwan” w: „Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15 Mai 2001”, red. B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke B. Haffke, H–J. Rudolphi (red), München 2001
744. Zakrzewski P., „Badania z zakresu kryminologicznej problematyki przestępstw drogowych”, Przegląd Penitencjarny i Kryminologiczny 1971, z. 4
745. Zalewski A Fiszer, J. Krysiak, J., „Dzieci a bezpieczeństwo ruchu drogowego”, BRD

- 2002, nr 3
746. Zasada S., „Szybkość bezpieczna.Safari”, Kraków 2004
747. Zawłocki R., „Nieumyślność jako podstawa odpowiedzialności karnej – w poszukiwaniu kompromisu”, MP 2008, z. 11
748. Zawłocki R., „Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze”, Warszawa 2004
749. Zduński I., „Przesłanki ryzyka nowatorstwa”, Prokur. i Praw 2010, z. 10
750. Ziegler W., „Fahrlässigkeit und Gefährdung“ Breslau 1935
751. Zielińska E., „Wzajemne relacje w zespołowym działaniu medycznym w aspekcie odpowiedzialności karnej i zawodowej”, PiM 2001 nr. 9 vol. 3
752. Zieliński A., „Zagadnienia bezpieczeństwa biernego samochodów osobowych w ujęciu historycznym”, Kielce 2003
753. Zieliński M., Radawański, Z., „Wykładowia prawa cywilnego” w: „Studia Prawa Prywatnego”, 2006, z. 1
754. Zieliński M., Ziemiński, Z., „Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie”, Warszawa 1988
755. Ziemiński Z., „Socjologia prawa jako nauka prawa”, Poznań 1975
756. Ziemiński Z., Tarnawski, M., „Prawny obowiązek należytej wiedzy”, Problemy 1974, nr 4
757. Ziemiński Z., „Logika praktyczna”, Poznań 1997
758. Ziemiński Z., „O pojmowaniu sprawiedliwości”, Lublin 1992
759. Ziemiński Z., „Przepis prawny a norma prawna”, RPEiS 1960, nr 1
760. Ziemiński Z., „Uprawnienie a obowiązek. Przyczynek do analizy stosunku prawnego”, Poznań 1962
761. Ziemiński Z., Zieliński, M., „Dyrektywy i sposób ich wypowiedania”, Warszawa 1992
762. Ziemiński Z., Zieliński, M., „Dyrektywy i sposób ich wypowiedania”, Warszawa 1992
763. Ziemiński Z., Ziemia, Z., „O wynikaniu norm prawnych”, SF 1964, z. 4
764. Ziemiński Z., „Elementy socjologii”, [bez daty i miejsca wydania].
765. Ziemiński Z., „Logiczne podstawy prawoznawstwa”, Warszawa 1966
766. Zipff F., „Die Strafmaßrevision“, Monachium 1969
767. Zipff H., „Einwilligung und Risikoübernahme im Sport”, Berlin 1970
768. Znamierowski Cz., „Oceny i normy”, Warszawa 1957
769. Znamierowski Cz., „Po zjeździe filozofów prawa” w: „Prace z dziedziny teorii prawa”, Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne 1925, t. XXIII
770. Znamierowski Cz., „Podstawowe pojęcia teorii prawa, cz. I Układ prawny i norma prawna”, Poznań 1934
771. Znamierowski Cz., „Podstawowe pojęcia teorii prawa”, Poznań 1924
772. Zoll A., „W sprawie kontratypów”, PIP 2009, z. 4
773. Zoll A., (red.), „Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k., nb. 1, LEX 2013
774. Zoll A., (red.), „Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k., Kraków 2006
775. Zoll A., (red.), „Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k., nb. 1, LEX 2013
776. Zoll A., (red.), „Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k., LEX 2013
777. Zoll A., „Czy jest uzasadnione wyróżnianie pierwotnej i wtórnej legalności?” w: „Poszukiwaniu Dobra Wspólnego. Księga Jubileuszowa prof. M. Zielińskiego”, red. A. Chołduń, S. Czepita, Szczecin 2008

778. Zoll A., „Granice legalności zabiegu medycznego”, PiM 1999, z. 1
779. Zoll A., „Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa” w: „Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym”, red. T. Kaczmarek, Karpacz 1990
780. Zoll A., „O błędach lekarskich i klauzuli sumienia”, Palestra 2014, z. 10
781. Zoll A., „Odpowiedzialność karna kierowcy za spowodowanie wypadku i nieudzielenie pomocy jego ofierze”, WPP 1969, nr 1
782. Zoll A., „Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu”, Warszawa 1988
783. Zoll A., „Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej k.k.”, PiP 2012, z. 11
784. Zoll A., „Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w praktyce lekarskiej”, PiM 2005, z. 2
785. Zoll A., „Stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu jako dyrektywa wymiaru kary”, NP. 1969, nr 6
786. Zoll A., „Stosunek kontratypów do ustawowej określoności czynu”, PiP 1975, z. 4
787. Zoll A., „W sprawie kontratypów”, PiP 2009, z. 4
788. Zoll A., „Założenia polityczno kryminalne k.k. w świetle wyzwań współczesności”, PiP 1998, z. 9–10
789. Zoll A., „Zasady wymiaru kary w projekcie zmiany k.k.”, PiP 2001, z. 1
790. Zoll A., Wróbel W., „Polskie Prawo Karne. Część Ogólna”, Kraków 2013
791. Zontek, A., „Granice Odpowiedzialności karnej lekarza za dokonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta”, CPKiNP 2008, z. 2
792. Żaba C., Żaba Z., Świdorski P., Klimberg A., Marcinkowski J. T., Przybylski Z., „Błędy diagnostyczne w urazach głowy”, Arch. Med. Sąd. Krym., 2007, t. LVII
793. Żmijewska–Tomczak M., „Czynniki wpływające na jakość życia chorych poddanych radioterapii z powodu raka głowy i szyi”, niepubl. rozprawa doktorska, Poznań 2011

Wykaz cytowanych orzeczeń

A. Orzeczenia Sądów Polskich

1) Trybunał Konstytucyjny, Sąd Najwyższy, Sądy Apelacyjne

1. orzeczenie SA w Gdańsku, II AKa 26/99, KZS 2000 nr 3
2. orzeczenie SA w Krakowie, II AKr 2/92, Lex Polonica nr 311248
3. orzeczenie SA w Poznaniu, II AKr 30/91, OSAiSN nr 4/1991, poz. 18
4. orzeczenie SA w Białymstoku, II AKa 174/99, Lex Polonica nr 345462
5. orzeczenie SA w Katowicach, II AKa 420/2004, Prokur. i Pr. 2006, nr 1, poz. 18
6. orzeczenie SA w Katowicach, II AKa 44/02, Wokanda 2003 nr 4, s. 42
7. orzeczenie SA w Krakowie, I ACa 124/01, PS 2002, Nr 10
8. orzeczenie SA w Krakowie, II AKa 346/2002, KZS 2003, nr 3, poz. 37, Lex Polonica nr 372097
9. orzeczenie SA w Lublinie, II AKa 56/08, Lex Polonica nr 2014583
10. orzeczenie SA w Lublinie, II AKa 51/05, KZS 2007 z. 7–8, poz. 79
11. orzeczenie SA w Lublinie, II AKa 99/09, OSA 2010, nr 7, poz. 32
12. orzeczenie SA w Lublinie, II AKa 56/08, Lex Polonica nr 2014583
13. orzeczenie SN, V KZP 2/74, KZS – dodatek 1996, z. 10 poz. 10, Lex Polonica nr 305190
14. orzeczenie SN, II K 2010/37, Zb. Orz. z 1938 r, poz. 204
15. orzeczenie SN, I CR 306/73, OSNCP 1974/2 poz. 34, Lex Polonica nr 301089
16. orzeczenie SN, K 206/47, Lex Polonica nr 411638
17. orzeczenie SN, K 999/52, Lex Polonica nr 404127
18. orzeczenie SN, I K 461/55, niepubl.
19. orzeczenie SN, I K 295/53, PiP 1954, z. 2
20. orzeczenie SN, I KR 346/72, Lex Polonica nr 302632
21. orzeczenie SN, I KR 73/84, OSNPG 1985, poz. 51.
22. orzeczenie SN, I KRN 79/75, LEX OMEGA, nr 376470
23. orzeczenie SN, I KZP 16/98, OSNKG 1998 z. 11–12, poz. 48
24. orzeczenie SN, I KZP 33/04, Lex Polonica nr 374330
25. orzeczenie SN, II CR 358/83, NP 1985, z. 1, Lex Polonica nr 309498
26. orzeczenie SN, II CSK 190/06, LEX nr 445255
27. orzeczenie SN, II K 574/59, niepubl.
28. orzeczenie SN, II KK 124/12, LEX nr 1277697
29. orzeczenie SN, II KK 179/2005, Lex Polonica nr 1807171
30. orzeczenie SN, II KK 42/2003, OSNWSK 2003 poz. 1305
31. orzeczenie SN, II KKN 310/96, Prokur. i Prawo 1998, z. 10
32. orzeczenie SN, II KR 109/72, Lex Polonica nr 302637
33. orzeczenie SN, II KR 134/86, MP 2003, z. 12, Lex Polonica nr 356853
34. orzeczenie SN, II KR 21/76, OSNKG 1976, nr 7–8, poz. 89
35. orzeczenie SN, II KR 219/83, OSNKG 1984, nr 5, poz. 54
36. orzeczenie SN, II KRN 4/96, Lex Polonica nr 354210
37. orzeczenie SN, II KRN 52/95, KZS 1995, z. 11 poz. 9, Lex Polonica nr 307298
38. orzeczenie SN, III CZP 54/09, Biul. SN 2009, z. 10 poz. 7–8, LEX nr 522973
39. orzeczenie SN, III K 1362/34, Zb. Orz. 1935/VII poz. 283
40. orzeczenie SN, III K 311/73, NP 1974, nr 11

41. orzeczenie SN, III K 540/34, Zb. Orz. 1934/XII poz. 311
42. orzeczenie SN, III K 83/62, Lex Polonica nr 358769
orzeczenie SN, III K 888/58, OSPiKA 1959 z. 11, poz. 299, Lex Polonica nr 2487584
- 43.
44. orzeczenie SN, III K O. 10/56, Lex Polonica nr 316531
45. orzeczenie SN, III KK 254/2006, Lex Polonica nr 1409342
46. orzeczenie SN, III KK 311/11, OSNKW 2012, nr 9
47. orzeczenie SN, III KKN 109/97, Lex Polonica nr 343716
48. orzeczenie SN, III KKN 207/01, Lex Polonica nr 369536
49. orzeczenie SN, III KR 20/79, Lex Polonica nr 321563
50. orzeczenie SN, III KRN 70/75, OSNPG 1976, z. 4, poz. 34
51. orzeczenie SN, III PR 130/75, LexPolonica nr 319237
52. orzeczenie SN, IV CSK 240/07, Biul. SN 2008, z. 4, Lex Polonica nr 1900385
53. orzeczenie SN, IV K 37/33, OSN(K) 1933, z. 6 poz. 113, LEX 75844
54. Orzeczenie SN, IV K. 37/33, Lex Polonica nr 416159
55. orzeczenie SN, IV KK 105/2009, Lex Polonica nr 2471309
56. orzeczenie SN, IV KK 309/08, Lex Polonica nr 2009903
57. orzeczenie SN, IV KK 38/08, Lex Polonica nr 1952396
58. orzeczenie SN, IV KKN 289/99 Lex Polonica nr 392720
59. orzeczenie SN, IV KKN 618/99, LEX nr 75460
60. orzeczenie SN, IV KKN 635/97, Lex Polonica nr 355139
61. orzeczenie SN, IV KR 118/69 Lex Polonica nr 372655
62. orzeczenie SN, IV KR 216/86 Lex Polonica nr 356820
63. orzeczenie SN, V KK 150/09, LEX nr 553756
64. orzeczenie SN, V KK 222/2003, Lex Polonica nr 383083
65. orzeczenie SN, V KK 324/02, LEX nr 80291
66. orzeczenie SN, V KK 375/04, OSNKW 2005, z. 3, poz. 31
67. orzeczenie SN, V KK 43/11, OSNKW 2011, nr 11, poz. 100
68. orzeczenie SN, V KKN 1176/97, niepubl.
69. orzeczenie SN, V KKN 266/00, LEX nr 52941
70. orzeczenie SN, V KKN 266/2000, Lex Polonica nr 392229
71. orzeczenie SN, V KKN 267/00, OSP 2001, z. 3, poz. 51
72. orzeczenie SN, V KKN 404/99, Lex Polonica nr 357343
73. orzeczenie SN, V KR 42/78, Lex Polonica nr 302645
74. orzeczenie SN, V KR 81/74, OSPiKA 1974, z. 12 poz. 264
75. orzeczenie SN, V KRN 135/85, Lex Polonica nr 308747
76. orzeczenie SN, V KRN 135/85, Lex Polonica nr 308747
77. orzeczenie SN, V KRN 168/80, Lex Polonica nr 356575
78. orzeczenie SN, V KRN 214/86, Lex Polonica nr 304847
79. orzeczenie SN, V KRN 215/72, Lex Polonica nr 302721
80. orzeczenie SN, V KRN 334/71, Lex Polonica nr 308850
81. orzeczenie SN, V KRN 33/74, Lex Polonica nr 302739
82. orzeczenie SN, V KRN 334/71, LexPolonica nr 308850
83. orzeczenie SN, V KRN 337/68, Lex Polonica nr 314625
84. orzeczenie SN, V KRN 355/82, Lex Polonica nr 308890
85. orzeczenie SN, V KRN 41/79, LexPolonica nr 308856
86. orzeczenie SN, V KRN 536/85, LexPolonica nr 308748
87. orzeczenie SN, V KRN 544/71, Lex Polonica nr 308885

88. orzeczenie SN, V KRN 93/79, Lex Polonica nr 308745
89. orzeczenie SN, V KZP 2/74, Lex Polonica nr 305190
90. orzeczenie SN, V KZP 33/89, OSNKW 1990, nr 7, poz. 23
91. orzeczenie SN, VI KRN 166/76, Lex Polonica nr 308882
92. orzeczenie SN, VI KRN 22/76, OSNKW 1976, z. 7–8, poz. 92, Lex Polonica nr 305205
93. orzeczenie SN, VI KRN 274/79, OSNPG 1980/1 poz. 7, Lex Polonica nr 308828
94. orzeczenie SN, VI KRN 34/74, OSNKW 1974/11 poz. 198
95. orzeczenie SN, Rw 1532/71, OSNKW 1972, z. 5, poz. 93
96. orzeczenie SN, Rw 524/74, OSNKW 1975/1 poz. 17, Lex Polonica nr 305200
97. orzeczenie SN, Rw 63/71, OSNKW 1971, z. 6, poz. 99, Lex Polonica nr 306431
98. orzeczenie SN, Rw 77/72, Lex Polonica nr 308815
99. orzeczenie SN, Rw 841/82, OSNKW 1983, z. 1, poz. 11
100. orzeczenie SN, Rw 902/73, OSNPG 1974, nr 2, poz. 24 s. 6, Lex Polonica nr 412691
101. orzeczenie SN, Rw 916/63, Lex Polonica nr 316880
102. orzeczenie SN, Rw 944/71, Lex Polonica nr 304836
103. orzeczenie SN, U 1/77, Lex Polonica nr 302720
104. orzeczenie SN, WA 21/2003, Lex Polonica nr 370578
105. orzeczenie SN, WA 9/99, Lex Polonica nr 308747
106. orzeczenie SN, WR 186/95, KZS 1996, z. 5–6, poz. 46, Lex Polonica nr 307492
107. orzeczenie SN, Z 85/84, Lex Polonica nr 306421
108. orzeczenie TK, K 01/04, OTU ZU 2004/9A, poz. 93, Lex Polonica nr 369619
109. orzeczenie TK, K 26/97, OTK ZU z 1997 r. Nr 5–6, poz. 64
110. orzeczenie TK, K 35/08 OTK–A 2011, nr 2, poz. 10
111. orzeczenie TK, P 7/08 OTK ZU 2009 / 4A / 46
112. orzeczenie TK, S 6/91, OTK w 1991 r., poz. 34
113. orzeczenie TK, P 2/03, OTK–A 2004, z. 5, poz. 39, LEX nr 112989
114. orzeczenie TK, P 33/05, OTK–A 2006/7/83, LEX nr 198679
115. orzeczenie TK, P 65/07, OTK–A 2009, z. 7, poz. 114, LEX nr 521804
116. orzeczenie TK, S 1/94, OTK 1994, z. I poz. 28, Lex Polonica nr 356619
117. orzeczenie TK, SK 22/02, Prokur. i Prawo – dodatek 2004, z. 2 poz. 43
118. orzeczenie TK, SK 52/08, OTK ZU 2010/5A poz. 50
119. orzeczenie TK, Ts 106/07, OTK ZU 2007/6B poz. 299, Lex Polonica nr 1911502
120. orzeczenie TK, U 6/92, OTK 1993/I poz. 8, Lex Polonica nr 312436
121. orzeczenie TK, U 7/93, OTK 1994/I poz. 5, Lex Polonica nr 312455
122. orzeczenie TK, W 3/94, OTK 1994/II poz. 40, Lex Polonica nr 325061

2) Wykaz wykorzystanych orzeczeń w zakresie próby w Rozdziale VIII

- Sąd Rejonowy Poznań–Stare Miasto w Poznaniu²⁵⁰⁵**
1. III K 242/09
 2. III K 331/09
 3. III K 205/10
 4. III K 834/09
 5. III K 433/08
 6. III K 214/12

²⁵⁰⁵ Wykaz uporządkowany według kolejności omówienia orzeczeń w rozdziale VIII.

7. VIII K 1798/08
8. VIII K 156/12
9. VIII K 1252/10
10. VIII K 75/08
11. VIII K 107/08
12. VIII K 127/08
13. VIII K 188/08
14. VIII K 263/08
15. VIII K 672/08
16. VIII K 883/08
17. VIII K 921/08 – VIII 250/09
18. VIII 1692/08
19. VIII 1879/08
20. VIII K 1996/08
21. VIII K 2340/08
22. VIII K 2385/08
23. VIII K 2393/09
24. VIII K 217/11
25. VIII K 266/11
26. III K 1018/11
27. III K 1001/11
28. VIII K 1224/11
29. III K 1858/08
30. III K 699/11

Sąd Rejonowy Trzcianka

31. II K 37/11
32. II K 1032/12
33. II K 769/12
34. II K 832/12
35. II K 514/10
36. II K 335/09
37. II K 374/09
38. II 414/09
39. II K 531/11
40. II K 886//11
41. II K 1102/12
42. II K 251/13

Sąd Rejonowy Pila

43. II K 847/10
44. II K 1009/02
45. II K 823/13
46. II K 100/09
47. II K 188/12
48. II K 1023/12
49. II K 1010/12
50. II K 757/12
51. II K 58/08
52. II K 219/08
53. II K 352/08
54. II K 966/09
55. II K 376/12
56. II K 67/13

- 57. II K 725/13
- 58. II K 1174/09
- 59. II K 350/09
- 60. II K 271/09

B. Orzeczenia Sądów Zagranicznych

1) Orzeczenia Sądów Niemieckich

1. AG Ettenheim, NJW–RR 92, 353
2. BayObLG, NJW 1961, 2072
3. BayObLG, VRS 58, 450
4. BayOLG, VRS 52,371
5. BayOLG, NJW 1973, 566
6. BayOLG, VRS 39, 22
7. BGH 4, 138, 144
8. BGH MDR 1951, 274
9. BGH NJW 1995, 583
10. BGH St 17, 299
11. BGH St 24, 31
12. BGH JR 2004 469
13. BGH JR 2004, 251
14. BGH JZ 2004, 800
15. BGH MDR 1976, 13
16. BGH NJW 1955, 1327
17. BGH NJW 2004, 1054.
18. BGH NStZ 2004, 442
19. BGH VRS 30, 192
20. BGHSt 13, 168
21. BGHSt 13, 83
22. BGHSt 15, 386,
23. BGHSt 4, 182, 185
24. BGHSt 4, 183, 185
25. BGHSt 4,20 (JZ 53, 407).
26. BGHSt 5, 271
27. BGHSt 7, 112
28. BGHZ 24, 21
29. BGHZ 24, 21
30. BGHZ 29, 33
31. BGHZ 34, 355
32. BGHZ 63, 140
33. BGSt 37, 89
34. BVerfG 2 BvR 1881/99
35. BVerfGE 28, 175,183
36. BverfGE 92, 1, 12
37. BverGE 49, 89, 140
38. BvR 1048/11,
39. LG Bochum, Az, 34 U 81/05
40. LG Darmstadt, 34 LS – 7 NS
41. LG Göttingen, NstZ 1985, 410
42. OLG Dresden, DAR 2006, 159
43. OLG Düsseldorf, NJW–RR 2000, 1115
44. OLG Dusseldorg, VersR 1993, 1295

45. OLG Frankfurt, NJW–RR 2000, 1117
46. OLG Hamm, NJW–RR 92, 856
47. OLG Karlsruhe, NVZ 1992, 330
48. OLG Karlsruhe, VersR 1984, 1174
49. OLG Koblenz U. 1086/03
50. OLG Koblenz VersR 1999, 1420
51. OLG Stuttgart, NJW 1997, 3103
52. RG St 30, 25
53. RG JW 1938, 1241
54. RG St 43, 287
55. RGSt 24, 417
56. RGSt 29, 218
57. RGSt 30, 25,
58. RGSt 30, 334
59. RGSt 39, 317
60. RGSt 57, 172
61. RGSt 58, 27
62. RGSt 59, 341
63. RGSt 61, 318
64. RGSt 7, 332
65. RGZ 20, 361

2) Orzeczenia Sądów *common law*

1. Amos v. Melcon (Frozen Foods) Limited [1985] 149 JP 712
2. Andrews v. D.P.P. [1937] AC 576 HL
3. Askey v. Golden Wine Co Ltd [1948] 2 All ER 35
4. Balding v. Lew–Ways Ltd [1995] 159 JP. 541
5. Barness [2005] 2 All ER 113, 121
6. Behler v. State [1887] 112 Ind. 140, 13 N.E. 272
7. Booth vs. CPS [2006] EWHC 192
8. Brown [1993] AR II 85
9. Canterbury v. Spence [DC, circ. 1972], 464 F. 2d 772, 784
10. City of Sault St Marie [1978] (40) CCC 2nd 353
11. Commonwealth v. Watson [1981] 431 A.2d 949, 951
12. Crydon vs. Pinch and Pound (UK) Ltd [2010] EWCA Crim 3238
13. Cundy vs Le Choq [1884] 13 QDB 207
14. Gammon Hongkong Ltd v. A–G of Hongkong [1985] AC 1 PC
15. Garrett v. Boots the Chemists Limited [1979] 88 ITSA MR 238
16. Hicks v. Sullam Limited [1983] 147 JP 493
17. Hobbs vs. Winchester Corporation [1910] 2 KB 471 CA
18. Lederer v. Hutchins, [1961] W.A.R.99, Western Australia
19. Maher v. People [1862] 10 Mich. 212, 81 Am. Dec. 781, 786
20. Maher vs Musson [1934] 52 CRL 100
21. Majewski [1977] A.C. 443
22. Metropolis v. Caldwell [1982] A.C. 341
23. Natanson v. Kline [Kan. 1960] 350 P. 2d 1093
24. Nelson v. State, [Alaska 1979] 597 P.2d 977, 980
25. New Jersey v. Ogar [1989] 551 A2d 1037

26. Parker v. Alder [1899] 1 QB 20
27. People v. D' Antonio [1968] 150 App. Div 109, 134
28. People v. Goetz, [N.Y. 1986] 497 N.E. 2d 41,43
29. People v. Schacker [Dist. Ct. 1998], 670 N.Y.S.2d 308
30. People v.Stitely [Cal. 2005] 108 P.3d 182, 208
31. Phamraceutical Sociaty of Great Britan v. Storkwein Ltd [1986] 2 All ER 635
32. Prince [1875] LR 2 CCR 154
33. R (RSPA) vs. C [2006] EWHC 1069
34. R v. (Keam) v. DEFRA [2005] EWHC 1582
35. R v. Moore [1898] 14 TLR 229
36. R v. Bradshaw [1878] 14 Cox CC 83
37. R vs Brown [1993] 2 AR II 75
38. R vs. Colahan [2001] Crim LR 845
39. R. v. Bateman [1925] 19 Cr. App. R. 8.
40. R. v. Belbeck [1968] 2 C.C.C. 331, (N.S.S.C. App. Div.)
41. R. v. Fortin [1957] 121 C.C.C. 345 (N.B.S.C. App. Div.)
42. Reg v. Venna [1976] 1 Q.B. 421 at 428
43. Regina v. G [2004] 1 AC 1034
44. Regina v. McCrea [1969] 70 W.W.R. 663
45. Regina v. Rogers [1968] 4 C.C.C. 278 (B.C.C.A.)
46. Regina v. Tutton and Tutton [1985], 18 C.C.C. (3d) 328
47. Rodriguez v. New Jersey [1994] 645 A2d 1165
48. Rotherham Metropolitan Borough Council vs. Raysun [1988] BTLC 292, 153 JP 37, 8 Tr L6
49. Scott v. Bradford 606 P. 2d 554 (Okl. 1979)
50. Stanbie v. Troman [1948] 2 K. B. 48
51. State v. Cook [W. Va. 1999] 515 S.E.2d 127, 136
52. State v. Floyd [Iowa Ct. App. 1990] 466 N.W.2d 919
53. State v. Forbes [Minn. Dist. Ct) 1975] No. 63280
54. State v. Norman [N.C. 1989] 378 S.E. 2d 8,9 3
55. State v. Norman [N.C. Ct. App. 1988] 66 S.E. 2d s. 586, 591
56. State v. Shelley, [Wash. Ct. App. 1997] 929 P.2d 489, 490
57. State v. Hartfiel [1869] 24 Wis. 60
58. Taylor v. Lawrence Fraser [1977] 121 Sol Jo 157; [1978] CLR 43
59. Woodrow [1846] 15 M&W 404

3) Orzeczenia Sądów Hiszpańskich

1. AP Soria, Sentencia de 16/06/2008
2. STS 10259/2001
3. STS 10259/2001
4. STS 1089/2009
5. STS 1312/1982
6. STS 1353/1998
7. STS 1384/99
8. STS 181/2009
9. STS 25/1999
10. STS 282/2010

11. STS 535/99
12. STS 5768/2013
13. STS 5959/2004
14. STS Sentencia de 24/01/1969, R. Ar. nº 335
15. Sentencia de Audiencia Provincial de la Rioja de 8 de Septiembre 2004
16. TC 136/1999
17. TC 203/2009
18. TC 31/2010

4) Inne Orzeczenia

1. BGE 109 IV 102 E. 2 („*Bodycheck*”)
2. BGE 119 II II, 271
3. BGE 92 IV 24
4. OG Zürich SB100379–O/U/kw
5. Okrajno sodišče Nova Goriva K 175/ 2002
6. Salibaku vs. France [1998] E.H.R.R. 379, 20
7. Vrhovno sodišče Republike Slovenije I Ips 216/2002

Wykaz cytowanych aktów prawnych²⁵⁰⁶

A. Polskie akty normatywne

1. Konstytucja RP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
2. ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. – o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (Dz.U.2011.277.1634)
3. ustawa o żegludze śródlądowej (Dz. U. z 2006 r. – Nr 123, poz. 857, z późn. zm.)
4. ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. – o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U.2005.169.1411 z późn. zm.)
5. ustawa z dnia 12 września 2002 r. – o normalizacji (Dz.U.2008.227.1505 z późn. zm.)
6. ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U.2012.1448 z późn. zm.)
7. ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U.2013.482 j.t.)
8. ustawa z dnia 20 marca 2009 r. – o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U.2013.611 j.t. 2013.06.05 zm. Dz.U.2013.628)
9. ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. – o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. 1991 nr 91 poz. 408 z późn. zm.)
10. ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z dnia 2 sierpnia 1997 r., Dz.U.1997.88.553 z późn. zm.)
11. ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z dnia 4 sierpnia 1997 r., Dz.U.2012.1529 z późn. zm.)
12. ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. – Nr 111, poz. 765 z późn. zm)
13. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 33, poz. 313)
14. ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. – Nr 133, poz. 848 z późn. zm)
15. ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach (Dz. U. 1989 nr 20 poz. 104 z późn. zm.)
16. ustawa z dnia Prawo lotnicze 3 lipca 2002 r. – (Dz.U.2006.100.696 z późn. zm.)
17. ustawa z dnia 23 stycznia 2004 r. – o systemie monitorowania i kontrolowania jakości paliw ciekłych i biopaliw ciekłych (Dz. U. 2004 r. – Nr 34 poz. 293, ze zm.)
18. ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. – o sporcie (Dz.U. 2010 nr 127 poz. 857)
19. ustawa z dnia 27 września 2013 r. – o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2013 poz. 1247)
20. ustawa z dnia 21 marca 1985 r. – o drogach publicznych (Dz.U.2007.19.115 z późn. zm.)
21. ustawa z dnia 7 października 1921 r. – o przepisach porządkowych na drogach publicznych (Dz. U. 1921 nr 89 poz. 657 z późn. zm.)
22. ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U.2008.164.1027 j.t)
23. ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U.2008.45.271 j.t.)
24. ustawa z dnia 27.4.1949 r. o zmianie przepisów postępowania karnego (Dz.U. Nr 33, poz. 243 z późn. zm.)
25. ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks Karny (Dz.U.1969.13.94 z późn. zm.)
26. ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U.1969.13.96 z późn. zm.)
27. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny

²⁵⁰⁶ Wykaz uporządkowany według kolejności powoływania aktów normatywnych w treści rozprawy doktorskiej.

(Dz.U.1932.60.571 z późn. zm.)

28. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie Zasad techniki prawodawczej (Dz.U. 2002 nr 100 poz. 908 z późn. zm.)
29. Rozporządzenia Ministrów infrastruktury oraz Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych (Dz.U.2002.170.1393 z późn. zm.)
30. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz.U.2013.951 j.t.)
31. Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny w publicznych i niepublicznych szkołach i placówkach (Dz. U. z 2003 r. Nr 6, poz. 69 z późn. zm.)
32. Rozporządzenie Ministrów Komunikacji, Spraw Wewnętrznych i Spraw Wojskowych z dnia 27 października 1937 r. wydane w porozumieniu z Ministrem Opieki Społecznej o ruchu pojazdów mechanicznych na drogach publicznych (Dz.U. 1937 nr 85 poz. 616 z późn. zm.)
33. Rozporządzeniu Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny w publicznych i niepublicznych szkołach i placówkach (Dz. U. z 2003 r. Nr 6, poz. 69 z późn. zm.)
34. Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U. 1999 nr 43 poz. 43)
35. Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 września 2009 r. w sprawie zakresu i sposobu przeprowadzania badań technicznych pojazdów oraz wzorów dokumentów stosowanych przy tych badaniach (Dz.U.2009.155.1232 z późn. zm.)
36. Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 marca 2013 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych (Dz.U.2013.492 z późn. zm.)
37. Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 23 marca 2005 r. w sprawie szczegółowych warunków wykonywania polowania i znakowania tusz (Dz.U.2005.61.548 z późn. zm.)
38. Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 21 października 2002 r. w sprawie odpadów pochodzących z procesów wytwarzania dwutlenku tytanu oraz z przetwarzania tych odpadów, które nie mogą być unieszkodliwiane przez ich składowanie, Dz.U.2002.180.1513 z późn. zm.).
39. Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 6 lutego 2003 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas wykonywania robót budowlanych (Dz.U. 2003 nr 47 poz. 401 z późn. zm.)
40. Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz.U. 2002 nr 139 poz. 1169 z późn. zm.)

B. Akty normatywne zagraniczne

1) Niemcy

1. Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG), verkündet am 25. Juni 1969 (BGBl. I S. 645)
2. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. Juni 2013 (BGBl. I S. 1497) geändert worden ist
3. Straßenverkehrs-Ordnung in der Fassung vom 6. März 2013 (BGBl. I S. 367)
4. Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG), verkündet am 4. Juli 1969 (BGBl. I S. 717)

5. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Mai 1871 (RGBl. S. 127)
6. Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die durch Artikel 3 des Gesetzes vom 23. April 2014 (BGBl. I S. 410) geändert worden ist
7. Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Februar 1877 (RGBl. S. 253)
8. Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität – (18. StrÄndG) Vom 28. März 1980 BGBl. I S. 1980)
9. Jagdgesetz BayRS Nr. 792–1 (Bayern)

2) Wielka Brytania

10. Adulteration Act 1842
11. Red Flag Acts, 1865
12. Protection from Harrasment Act (1997 CHAPTER 40)
13. Bribery Act (2010 CHAPTER 23)
14. Trade Descriptions Act (1968 CHAPTER 29)
15. Consumer Safety (Amendment) Act (1987 CHAPTER 43)
16. Offences Against the Person Act (1861 CHAPTER 100 24 and 25 Vict)
17. Criminal Damage Act (1971 CHAPTER 48)

3) Hiszpania

18. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
19. Ley 4/1997, de 25 de junio, de Caza de Galicia (Galicja)
20. Ley 31/1995, de prevención de Riesgos Laborales
21. Decreto de 23 de diciembre de 1944 promulgando el Código Penal Español de 1944
22. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre

4) Inne

23. Código Penal de Ecuador de 1938, texto oficial de 22.01.1971 (Registro Oficial Suplemento 147/71)
24. Código Organico Integral Penal z dnia 10.02.2014 r. (Registro Oficial N° 180 – Lunes 10 de febrero de 2014)
25. Código Penal do Brazil, Decreto–Lei n° 2.848 de 07.12.1940
26. Brottsbalken – 1962:700 (The Swedish Penal Code Ds 1999:36)
27. ÖStGB – Bundesgesetzes vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen
28. Vorlaberg Sportgesetz, LGBl. Nr 9/1968
29. Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (AS 54 757)
30. Massachusets General Laws 90, section 17A
31. Comprehensive Drug Reform Act (New Jersey Laws 1987, Chapter 106)

Wykaz innych wykorzystanych materiałów

A. Materiały ustawodawcze, projekty ustawowe

1. Komisja Kodyfikacyjna przy Ministrze Sprawiedliwości „Projekt Kodeksu Karnego PRL”, Warszawa 1963
2. „Obywatelski inicjatywy ustawodawcze solidarności 1980–1990”, oprac. K. Barczyk, S. Grodziski, S. Grzybowski, Warszawa 2001
3. Ministerstwo Sprawiedliwości, „Projekt Kodeksu Karnego z 1956 r.” Warszawa 1956,
4. Ministerstwo Sprawiedliwości, „Projekt zmian przepisów k.k.”, Warszawa 1981
5. „Kodeks Karny dla państw pruskich z 1851 r.”, red. A. Przeł, Warszawa 1862
6. Protokoły Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego II RP t. I., z. 3
7. Protokoły Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego II RP t. III, z. II. (1925)
8. Protokoły Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego II RP t. V, z. I. (1929–1930)
9. Protokoły Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego II RP t. V, z. I. (1929–1930)
10. Protokoły Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego II RP t. V, z. III (1930)
11. Protokoły Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego II RP t. V, z. III (1930)
12. Protokoły Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego II RP, t. I, z. 1, (1921)
13. „Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami”, red. I. Fredrich–Michalska, B. Stachurska–Marciniczka, Warszawa 1997
14. Uzasadnienie Projektu Kodeksu Karnego, PiP 1994, z. 3 (Wkładka)

B. Strony internetowe

1. G. Aller, „*Aspectos penales acerca del Consentimiento*”, zapis wykładu w dniu 11 czerwca 2008, dostępny pod adresem:
<http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/consentimiento.pdf> (odczyt dnia 26.06.2013 r.)
2. A. Chmielecki, „Wykłady z semiotyki”,
<http://www.logic.amu.edu.pl/images/0/09/Chmieleckisemiotyka.pdf> (odczyt dnia 12.06.2013 r.)
3. A. Donatsch, „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Sportveranstalters”, zapis wykładu z dnia 24 marca 1998 r. podczas „Jahrestagung der Schweizerischen Vereinigung für Sportrecht”, dostępny w Internecie pod adresem:
<http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/donatsch/ad/person/publikationen/sportveranstalter.pdf>
4. A. Wiśniewski, „Materiały do Wykładu. Wykład 3. Relację i funkcję”, dostępny pod adresem www.staff.amu.edu.pl (odczyt dnia 19.10.2013 r.)
5. Badania CBOS BS/133/2011, (dostępne pod adresem:
http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2011/K_133_11.PDF; odczyt dnia 26.06.2013 r.)
6. Badania empiryczne orzecznictwa: Uniwersytecie Monash, Victoria, Australia – „The relationship between crime and road safety”
<http://www.monash.edu.au/miri/research/reports/muarc284.pdf> (odczyt 2013.06.15 r.)
7. Eurostat – statystyki wypadków drogowych w Europie 2013 r.,
http://www.eurorap.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=84%3Astatystyki-wypadkow-drogowych-w-europie&catid=47%3Adla-kierowcow&Itemid=86, odczyt dnia 25 maja 2013 r
8. <http://www.bioosrodek.pl/>), (odczyt: 6 kwietnia 2014 r.)
9. http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/SB100379-O1.pdf, ostatni odczyt dnia 13.10.2014 r.

10. http://www.kryminalistyka.fr.pl/forensic_przyczyny_utoniecie.php, (odczyt dnia 01.06.2014 r.)
11. <http://www.mandagaz.pl/>, ostatni odczyt dnia 06.04.2013 r.)
12. informacja o wynikach kontroli NIK (Nr ewid. 40/2010/P/09/069/KNO, dostępna pod adresem:
<http://bip.mg.gov.pl/files/upload/9853/Wychowanie%20fizyczne%20i%20sport%20w%20szko%C5%82ach%20publicznych.pdf>, Odczyt dnia 26.06.2013 r.)
13. International FIS Competition Rules, <http://www.fis-ski.com/data/document/ICR04.pdf> (odczyt dnia 23.06.2013 r.)
14. Kieniewicz, P. „Bioetyczny Labirynt: transseksualizm”, artykuł dostępny w Internecie: http://pl.radiovaticana.va/news/2013/02/01/bioetyczny_labirynt:_transseksualizm/pol-661187 (odczyt 26.06.2013).
15. Kodeks Etyki Lekarskiej, http://www.oil.org.pl/xml/nil/wladze/str_zl/zjazd7/kel, (odczyt dnia 23.04.2013 r.)
16. Model Penal Code <http://www.law-lib.utoronto.ca/bclcrimweb/web1/mpc/mpc.html> (odczyt dnia 18.10.2014 r.)
17. Przepisy gry w Piłkę Nożną PZPN – <http://pzpn.pl/index.php/Federacja/Dokumenty/Przepisy-gry-w-pilke-nozna>, (odczyt dnia 19.01.2013 r.)
18. PZM, załącznik do Wyścigów Torowych <http://www.pzm.pl/pliki/zg/zuzel/2012/regulaminy/tra2006.pdf> (odczyt dnia 19.01.2013 r.)
19. Regulamin Sportowy PZ Judo – <http://pzjudo.pl/docs/reg/regulamin.pdf>, (odczyt dnia 06.02.2013 r.)
20. S. Müller, „*Rechtliche und tatsächliche Kriterien der Strafzumessung im deutsch-französischen Vergleich Ein Beitrag zur Sanktionsforschung im Rahmen des Laboratoire Européen Associé*” wyniki badań empirycznych dostępne pod adresem: <http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/fa-mueller.pdf>, (odczyt dnia 30.07.2013 r.)
21. T. Marušić, „Skiunfälle und strafrechtliche verantwortung in der Rebulik Slowenien“, Beitrag zum Forum in Bormio 1–3 Dezember 2006, s. 5, zapis referatu tego znakomitego słoweńskiego prawnika dostępny w Internecie pod adresem: http://www.bormioforumneve.eu/Marusic-%20Bormio_D.pdf, (odczyt w dniu 13.09.2014 r.)
22. T. Styczeń, „Powszechna Encyklopedii Filozofii”, s. 12, w wersji internetowej udostępnionej przez Polskie Towarzystwo Tomasza z Akwinu pod adresem www.ptta.pl odczyt dnia 19.10.13 r.)
23. Zasady gry w siatkówkę PZPS: <http://www.pzps.pl/Przepisy.html> (odczyt dnia 23.06.2013 r.)
24. Zasady nurkowania CMAS <http://www.cmas.org> (odczyt dnia 09.02.2013 r.).
25. Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, dostępne pod adresem <http://www.czpk.pl> (odczyt dnia 10.10.2014 r.)

C. Inne wykorzystane materiały i bazy danych

1. Baza orzecznictwa brytyjskiego: <http://www.bailii.org/uk>.
2. Baza orzecznictwa hiszpańskiego: <http://www.poderjudicial.es>
3. Baza orzecznictwa niemieckiego: www.beck-online.de
4. Słownik PWN, <http://sjp.pwn.pl/slownik/>
5. Jan Paweł II, Encyklika Redemptor hominis 15 II, http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_04031979_redemptor-hominis_pl.html
6. Katechizm Kościoła Katolickiego, źródło: <http://www.katechizm.opoka.org.pl/>