

## O NOWELIZACJI, DO KTÓREJ NIE DOSZŁO, CZYLI BLASKI I CIENIE OBIEKTYWNEGO PRZYPISANIA SKUTKU

W zamysłach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego miało nastąpić ustawowe określenie obiektywnego przypisania skutku. Projekt<sup>1</sup> obejmował w tym zakresie:

1) dodanie do kodeksu karnego art. 1 § 1a o treści: „Czyn zabroniony pod groźbą kary nie może być przypisany, jeżeli w danych okolicznościach wyczerpanie znamion tego czynu nie było obiektywnie możliwe do przewidzenia”;

2) nadanie art. 2 k.k. brzmienia:

„§ 1. Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe podlega ten tylko, kto powoduje skutek w wyniku niezachowania reguły postępowania z dobrem prawnym wiążącej w danych okolicznościach.

§ 2. Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim nadto ciążył prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi.

§ 3. Skutku nie przypisuje się osobie niezachowującej reguły postępowania z dobrem prawnym, jeżeli późniejsze naruszenie tej samej lub innej reguły postępowania przez inną osobę w sposób istotny wpłynęło na zmianę okoliczności wystąpienia tego skutku”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Zob. projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (z dnia 4 kwietnia 2013 r.), <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/download,2278,0.html> (dostęp: 12.10.2016) oraz projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (z dnia 5 listopada 2013 r.), <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/download,2556,0.html> (dostęp: 12.10.2016).

<sup>2</sup> W wersji z dnia 5 listopada 2013 r. § 3 zawierał drobną, lecz znaczącą zmianę: „Skutku nie przypisuje się osobie niezachowującej reguły postępowania z dobrem prawnym w **szczególności**, jeżeli późniejsze naruszenie tej samej lub innej reguły postępowania przez inną osobę w sposób istotny wpłynęło na zmianę okoliczności wystąpienia tego skutku”, co miało nadać tej przesłance charakter „wymienionej przykładowo” i nie zamykać drogi do przyjęcia innych przesłanek negatywnych wyłączających możliwość przypisania skutku, jak np. samonarażenie się ofiary; zob. uzasadnienie, <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-ko->

Rozwiązania te ostatecznie nie trafiły do noweli lutowej<sup>3</sup> i sędzę, że dobrze się stało, gdyż łączono z nimi nadzieje wygórowane i przedwczesne. Choć w doktrynie zainteresowanie obiektywnym przypisaniem jest w ostatnich latach bardzo żywe<sup>4</sup>, wciąż jest to idea *in statu nascendi*<sup>5</sup>. Sądy odwołują się do niej od kilkunastu lat<sup>6</sup>, jednak orzecznictwo może stanowić, w najlepszym razie, zbiór fragmentarycznych szkiców do przyszłego rozwiązania ustawowego.

Aby rzecz dojrzała do takiego rozwiązania, w doktrynie musiałoby najpierw dojść do pewnych elementarnych uzgodnień<sup>7</sup>, które nie sprowadzają się do spisania listy możliwych warunków obiektywnego przypisania (nie jest przy tym oczywiste, że jest ona już kompletna)<sup>8</sup>. Wymagają analizy logiczne i funkcjonalne związki między tymi warunkami: czy są komplementarne czy się niepotrzebnie

---

dyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/download,2556,1.html (dostęp: 12.10.2016). Niezależnie od intencji przepis w wariancie listopadowym był ujęty fatalnie. Przecinek stojący po słowach „w szczególności” był niespójny z uzasadnieniem i dawał wyrażenie niezrozumiałe – „osoba niezachowująca reguły postępowania z dobrem prawnym w szczególności”. Gdyby przecinek stanął przed tymi słowami, byłoby to podanie egzemplifikacji oraz reguły ogólnej wprost negującej sens § 1 [!].

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396).

<sup>4</sup> Szczególnie przysłużył się tej dyskusji tzw. przypadek płonącego anioła (postanowienie SN z dnia 15 lutego 2012 r., II KK 193/11, OSNKW 2012, nr 9, poz. 89).

<sup>5</sup> Obecna sytuacja nieco przypomina tę z przestępstwem ciągłym pół wieku temu: doktryna była wprawdzie zgodna co do potrzeby takiej instytucji, ale była to zgodność złudna, bo co do konkretnych rozwiązań proponowano istotnie różniące się kombinacje przesłanek, a przesłanki pozornie te same bywały inaczej rozumiane przez poszczególnych autorów (zob. A. Kaftal, *Przestępstwo ciągle w polskim prawie karnym*, Warszawa 1985, zwł. s. 79–144). Nie mogąc usunąć tych rozbieżności, porzeczono na przedwczesnym, blankietowym rozwiązaniu z art. 58 k.k. z 1969 r.

<sup>6</sup> W duchu obiektywnego przypisania był utrzymany wyrok SN z dnia 4 listopada 1998 r., V KKN 303/97, OSNKW 1998, nr 11–12, poz. 50, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 5, poz. 2, dodatek „Orzecznictwo”, który jeszcze na gruncie art. 145 k.k. z 1969 r. kazał ustalać, czy istnieje „związek przyczynowy [!] pomiędzy [...] naruszeniem przepisów a zaistniałą kolizją drogową”, względnie „powiązanie wypadku drogowego, z poprzedzającym go naruszeniem przepisów o ruchu drogowym”. *Explicite* SN posłużył się pojęciem obiektywnego przypisania w wyrokach z dnia 8 marca 2000 r., III KKN 231/98, OSP 2001, nr 10, poz. 146, z glosą J. Majewskiego, i z dnia 1 grudnia 2000 r., IV KKN 509/98, OSNKW 2001, nr 5–6, poz. 45. Pełnego przeglądu orzeczeń dokonała D. Czerwińska, *Nauka o obiektywnym przypisaniu skutku w orzecznictwie Sądu Najwyższego i Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 2.

<sup>7</sup> Można twierdzić, że spór o kryteria obiektywnego przypisania od 15 lat nie dotyczy już tego, **czy** w ustawie karnej uregulować tę materię, lecz **jak** (zob. M. Małecki, *Spór o przypisanie skutku*, notatka, blog internetowy „Dogmaty karnisty”, 23 marca 2013 r.). Jednak póki nie ma ostatecznie dobrej propozycji „jak”, kwestia regulacji pozostaje bezprzedmiotowa.

<sup>8</sup> S. Tarapata i D. Zając podejrzewają, że problematyka obiektywnego przypisania to obszar wymagający dalszej eksploracji, który może skrywać przesłanki przypisywalności dotąd nieznanne, tj. nieformułowane wyraźnie ani w doktrynie, ani w orzecznictwie. Tychże, *Znaczne zwiększenie uprzedniego zagrożenia dla dobra prawnego spowodowanego przez sprawcę jako negatywna przesłanka obiektywnego przypisania skutku*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014, z. 3, s. 61.

dublują lub kolidują ze sobą. Potrzebne są uzgodnienia co do sensu używanych pojęć szczegółowych, takich jak np. ryzyko i jego „istotne zwiększenie”; być może należałoby wręcz stworzyć „operacyjny” schemat kwantyfikowania ryzyka. Projektując ewentualne rozwiązania ustawowe, trzeba by poszczególnym warunkom obiektywnego przypisania nadać albo charakter obligatoryjnych przesłanek, albo tylko dyrektyw. W każdym przypadku trzeba przemyśleć zakres ich stosowności, co pozwoli na podstawowe rozstrzygnięcie: czy ma powstać uniwersalne, „monistyczne” rozwiązanie (jak chciał projekt) czy też potrzebne są odrębne kryteria przypisania dla poszczególnych kategorii przestępstw, zwłaszcza dla przestępstw umyślnych i nieumyślnych. A może przypisanie czynów zamierzonych powinno opierać się na czystym związku przyczynowym, bez dodatkowych ograniczeń<sup>9</sup>? Ponadto w przypadku dokonanych materialnych przestępstw z zaniechania normatywne przypisanie zastępuje warunek przyczynienia, gdy dla przestępstw z działania warunek ten jest jedynie uzupełnieniem.

Jak napisała A. Barczak-Oplustil, nie powinno budzić wątpliwości, że dyskusja nad przesłankami obiektywnego przypisania skutku dopiero się zaczyna, „diabeł bowiem tkwi w szczegółach”<sup>10</sup>. Poniższy artykuł będzie poświęcony właśnie kilku z tych „diabelskich” szczegółów, przy czym odniosę się tylko do tzw. pozytywnych kryteriów przypisania skutku<sup>11</sup>.

Niektóre przepisy części szczególnej prawa karnego są ujęte w słowa odsyłające do kauzalności; ich wspólnym mianownikiem jest: „kto wywołuje zdarzenie Z podlega karze”<sup>12</sup>. Oczywiście jest, że przepisy te mają odniesienie tylko do takich stanów faktycznych, w których Z wynikało przyczynowo z czyjegoś zachowania. Dokonanie przestępstwa kwalifikowanego z takiego przepisu wymaga zaistnienia (i dowiedzenia) związku przyczynowego.

Z tego powodu tradycyjne podręczniki prawa karnego zawierają rozdział zatytułowany „przyczynowość”, „teorie związku przyczynowego” lub podob-

<sup>9</sup> M. Małecki wyraża wręcz podejrzenie, że przy czynie zabronionym popełnionym umyślnie, a zwłaszcza *cum dolo directo*, mogą „załamać się wszystkie kryteria” obiektywnego przypisania skutku (tenże, *Z problematyki obiektywnego przypisania skutku (przypadek płonącego anioła)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, z. 2, s. 61–62). Znacznie wcześniej (1995 r.) R. Dębski uznał tę kwestię za nieaktualną, gdyż „obiektywne przypisanie stanowi problem wszędzie tam, gdzie wchodzi w rachubę odpowiedzialność za spowodowanie skutku” (tenże, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995, s. 170). W każdym jednak razie przesłanki takiego przypisania nie muszą być identyczne dla wszystkich rodzajów przestępstw materialnych.

<sup>10</sup> A. Barczak-Oplustil, Glosa do postanowienia SN z dnia 15 lutego 2012 r., II KK 193/11, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, z. 4, s. 157.

<sup>11</sup> O negatywnych przesłankach zob. np. M. Bielski, *Obiektywne przypisanie skutku przestępnego w przypadku kolizji odpowiedzialności za skutek*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 10, s. 79–88; obszerniej T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 528–554.

<sup>12</sup> Ustawa używa tu różnych czasowników i zwrotów, zob. zwł. R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym (na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.)*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z nauk politycznych” 1989, z. 37.

nie, gdzie wymienia się – niestety zwykle bez ich wyraźnego rozgraniczenia – właściwe teorie związku przyczynowego, próbujące, bardziej lub mniej udanie, uchwycić przyrodnicze („ontologiczne”) pojęcie przyczynowości, oraz ściśle prawnicze teorie różnicowania przyczyn i skutków dla celów przypisania odpowiedzialności za dokonane przestępstwa typu materialnego. Te pierwsze miałyby pomagać w ustaleniu, czy w ogóle między dwoma zdarzeniami *X* i *Y* zachodził związek przyczynowy. Drugie zaś odpowiadać na pytanie, czy przyczynienie (o ile w ogóle zaistniało) stanowi dostateczny powód, by moralnie i prawnie obciążyć kogoś skutkiem. Koncepcja obiektywnego przypisania skutku należy właśnie do tej ostatniej kategorii.

Intuicje leżące u podstaw wszystkich teorii różnicujących należałoby ująć tak: sprawstwo<sup>13</sup> nie jest pojęciem przyrodniczym, lecz ukutym dla formułowania ocen moralnych lub prawnych. Aby stać się sprawcą pewnego zdarzenia (odpowiadającego ustawowemu znamieniu skutku), nie wystarczy je przyczynowo wywołać: nie ma wprawdzie sprawstwa bez przyczynienia, jednak przyczynienie nie jest jeszcze automatycznie sprawstwem. Stwierdzenie mówiące o tym, że coś jest przyczyną zdarzenia, konstatuje tylko nagi fakt, relację przyrodniczą; „być sprawcą” wymaga spełnienia dodatkowych warunków pozwalających obciążyć określoną osobę odpowiedzialnością, a używając handlowej metafory – zaksięgować zdarzenie na jej konto. W ten sposób unika się mechanicznego efektu odpowiedzialności obiektywnej lub też następującej w myśl reguły *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*<sup>14</sup>.

Punktem wyjścia dla przypisania skutku pozostaje wszakże przyczynienie<sup>15</sup>. Proponowane w doktrynie sposoby rozwiązywania problemu przyczynowości („teorie”) da się sprowadzić do trzech. Pierwszym jest teoria ekwiwalencyjna,

<sup>13</sup> Mam na myśli sprawstwo w przedustawowym (metaetycznym) sensie: „bycia moralnym wytwórcą określonego zdarzenia”, nie zaś odniesienie do form zjawiskowych z art. 18 § 1 k.k.

<sup>14</sup> W dalszej przeszłości sądy poprzestawały na czystej przyczynowości i odrzucały możliwość stosowania teorii różnicujących (przyczynienia adekwatnego) jako „nie do przyjęcia, szczególnie w sprawach karnych o zawinione spowodowanie wypadku drogowego”, gdyż „odrzućcie [czystego] związku przyczynowego [...] prowadziłyby do bezkarności kierowcy w wielu sprawach, w których według obecnej praktyki ponosi on słusznie odpowiedzialność karną”; ciekawe, że w tym samym orzeczeniu sąd wspomina o „miarkowaniu odpowiedzialności ze względu na zawinione działanie albo zaniechanie innych jeszcze osób, nie wyłączając pokrzywdzonych na skutek wypadku”. Zob. postanowienie SN z dnia 2 października 1967 r., RNw 47/67, OSNKW 1968, nr 1, poz. 5.

<sup>15</sup> Przyczynienie samo w sobie jest czymś faktualnym, ale założenie, że warunkiem obciążenia odpowiedzialnością za zdarzenie *Z* jest wywołanie go jako skutku (a nie wystarczy np. związek przestrzenny, sama tylko obecność w pobliżu miejsca, gdzie *Z* się wydarzyło, jak w prawie wczesnego średniowiecza), stanowi już normatywną konwencję, a nie fakt, i jest pewną elementarną koncepcją przypisania. J. Giezek (*Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, tytuł cz. I, s. 64, 174–175 oraz uwagi co do alternatywnego kryterium prawdopodobieństwa na s. 181–186) określa przyczynowość mianem „pierwszego stopnia prawnokarnego przypisania”.

zgodnie z którą przyczynę należy utożsamiać z warunkiem koniecznym, a związek przyczynowy między dwoma dowolnymi zdarzeniami  $X$  i  $Y$  ustalać poprzez „test warunku koniecznego”, co polega na stawianiu hipotez odnoszących się do rzeczywistości alternatywnej według takiego oto schematu: (1) wiemy, że zdarzenie  $Y$  nastąpiło po  $X$ , ale nie wiemy, czy wskutek  $X$ ; (2) zadajemy sobie pytanie („eksperyment myślowy”): czy bez  $X$  zdarzyłoby się  $Y$ ?; (3) jeśli odpowiedź jest przecząca, tym samym dowiedliśmy związku przyczynowego między  $X$  a  $Y$ , w przeciwnym razie stwierdziliśmy jego brak.

Koncepcji tej zarzucono wiele wad pomniejszych, które pominię, oraz jedną zupełnie podstawową: rzekomy test *conditio sine qua non* niczego nie testuje i jest w istocie ukrytą tautologią<sup>16</sup>: pozwala odpowiedzieć tylko na takie pytanie, na które odpowiedź była znana z góry<sup>17</sup>. Przypuśćmy np. że o pewnym stanie faktycznym wiemy tylko dwie rzeczy: (1) w czasie  $t_1$  Jan rzucił w Stanisława kamieniem; (2) w czasie  $t_2$  (np. po upływie pięciu godzin) Stanisław zmarł. Co by jednak było, gdyby Jan nie rzucił kamieniem? Otóż jeśli nie wiadomo, z jakiej przyczyny Stanisław zmarł, to na tak postawione pytanie w ogóle nie można udzielić odpowiedzi i test *conditio sine qua non* też nam w tym nie pomoże<sup>18</sup>. Dyskwalifikuje to teorię ekwiwalencyjną, przynajmniej jako teorię przyczynowości, jednak z jakichś powodów organy procesowe nadal werbalnie się do niej odwołują.

Inny sposób stwierdzania relacji przyczynowej postuluje teoria warunku właściwego<sup>19</sup>: według niej konkretny stan faktyczny  $X$ , w którym kolejno wystąpiły zdarzenia  $A$  i  $B$ , miałyby być zestawiany z ogólną wiedzą naukową o prawidłowościach przyrodniczych. Jeśli więc znane jest prawo przyrody, w myśl którego klasa zdarzeń typu  $A$  kauzalnie warunkuje (pociąga za sobą) klasę zdarzeń typu  $B$ , oraz sądzimy, że to prawo stosuje się do owego konkretnego stanu faktycznego  $X$  (prawa i teorie naukowe mają swoje granice stosowalności), to związek przyczynowy między konkretnym  $A$  i  $B$  można uznać za ustalony (jest to postę-

<sup>16</sup> Teoria ekwiwalencyjna jest nie tyle (jak to się niekiedy ujmuje) oparta na błędnym kole w dowodzeniu, ile informacyjnie pusta, gdyż na jej podstawie „dowiadujemy się” tego, co już wiedzieliśmy i ani krzty więcej. Nie można nawet powiedzieć, że potwierdza wynik badania empirycznego.

<sup>17</sup> Zob. J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku...*, s. 16 i n. (zwł. s. 33–34); ta dobrze uargumentowana krytyka powoli i z oporami utorowała sobie drogę w doktrynie i orzecznictwie.

<sup>18</sup> Odpowiedź staje się możliwa, jeśli **ponadto** wiemy np. że: (3a) Stanisław zmarł wskutek ucisku na mózg, wywieranego przez narastający krwiak wewnątrzczaszkowy, będący powikłaniem doznanego przed kilkoma godzinami urazu głowy albo też: (3b) Stanisław zmarł wskutek wybuchu kuchenki gazowej w mieszkaniu sąsiada piętro niżej, a rzucony kamień w ogóle go nie trafił. Jeśli zachodzi przypadek (3a), to rzut kamieniem w  $t_1$  był warunkiem koniecznym zgonu Stanisława w  $t_2$ , jeśli zaś zachodzi (3b), to nim nie był, ale powyższe wnioski są tylko **innym sformulowaniem przesłanek**, które znaliśmy wcześniej (tautologią). W każdym też przypadku to nie teoria ekwiwalencyjna wskazała nam przyczynę, lecz jakaś forma badania zdarzeń.

<sup>19</sup> Bardziej zrozumiała, lecz kłopotliwie długa jest nazwa „teoria warunku odpowiadającego prawidłowości potwierdzonej empirycznie”.

powanie analogiczne do subsumcji stanu faktycznego pod przepis ustawy)<sup>20</sup>. Zarzucono jednak, że teoria ta postuluje wyciąganie wniosków z generalizacji i na tym poprzestaje, nie każąc badać, czy *in concreto* „wyjściowe” zdarzenie *A* faktycznie przyczyniło się do późniejszego zdarzenia *B*<sup>21</sup>.

Jest wreszcie trzecia koncepcja, nazwana teorią faktycznego oddziaływania<sup>22</sup> (sam określiłbym ją raczej podejściem detektywistycznym, gdyż w istocie nie jest teorią, a rezygnacją z teorii przyczynowości): na „zagadkę przyczynową” udziela się odpowiedzi podobnie, jak na zagadkę historyczną lub kryminalną, tj. poprzez badanie empiryczne dąży się do zrekonstruowania kompletnego łańcucha kauzalnego na podstawie obserwacji zachodzących zdarzeń (zmian), ich bieżących symptomów lub analizy śladów, które te zdarzenia pozostawiły w otaczającym świecie. Zarówno szczegółowe badanie tych źródeł, jak i ich interpretacja odbywają się wprawdzie z zastosowaniem uznanych praw i teorii przyrodniczych (a także wiarygodnych metod badawczych), lecz nie poprzez proste podciąganie pojedynczego faktu (stanu faktycznego) pod regułę ogólną (prawo przyrody)<sup>23</sup>.

Niezależnie od wyznawanej „teorii przyczynowości” każdy sposób ustalania związków przyczynowych odwołuje się w pewien sposób do potwierdzonych naukowo prawidłowości przyrodniczych („praw nauki”). Ale podstawą stwierdzenia związku przyczynowego mogą być tylko te prawidłowości, co do których dowiedziono istnienia przebiegów przyczynowo-skutkowych, a nie samej tylko korelacji między zdarzeniami. Korelacja nie jest dowodem przyczynowości (wnioskowanie wbrew tej zasadzie stanowi popularny błąd poznawczy), niemniej jednak może stwarzać podejrzenie przyczynowości, a w efekcie prowadzić do powstawania reguł ostrożności o charakterze prowizorycznym (o czym dalej).

Przyczynienie możemy nazwać wstępnym, „zerowym” warunkiem obciążenia człowieka dokonaniem przestępstwa typu materialnego. Dopiero gdy jest on spełniony, można przejść do badania właściwych kryteriów przypisania mających różnicować przypadki przyczynienia na „zasługujące na potępienie” i te pozostałe. W roli kryteriów przypisania rozważano dotąd co najmniej pięć warunków<sup>24</sup>: (I) celu normy, (II) tożsamości mechanizmu kauzalnego, (III) pod-

<sup>20</sup> M. Bielski, *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, t. II, Warszawa 2012, s. 512.

<sup>21</sup> T. Sroka, *Odpowiedzialność karna...*, s. 216–217.

<sup>22</sup> T. Sroka, *Odpowiedzialność karna...*, s. 217.

<sup>23</sup> W moim przekonaniu „teoria” ta określa jedyny poprawny sposób ustalania związków przyczynowych, ale niekiedy ze względów praktycznych uzupełnia się ją wnioskowaniem na zasadach warunku właściwego. Ostateczne określenie stosunku między koncepcjami „warunku właściwego” i „faktycznego oddziaływania” moim zdaniem jeszcze nie nastąpiło.

<sup>24</sup> Ideę obiektywnego przypisania omawiają zwł. J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku...*, s. 49 i n.; R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona...*, s. 162–183, M. Bielski, *Kryteria obiektywnego przypisania skutku...*, [w:] *Państwo prawa...*, s. 503–528.

niesionego ryzyka (probabilistyczny), (IV) testu alternatywnego (negatywnego) i (V) obiektywnej przewidywalności.

Przyjmijmy, że przedmiotem rozważań jest dowolny stan faktyczny dający się ująć w schemat: ktoś wykonał czyn (działanie) *C*, po czym nastąpiło zdarzenie *Z* stanowiące uszczerbek dla dobra prawnego *D*. Równocześnie zaś ustawa karna zawiera przepis, który brzmi: „kto powoduje *Z* podlega karze”.

**Warunek (I):** „wyjściowy” czyn *C* ma być sprzeczny z pewną prawnie wiążącą<sup>25</sup> normą postępowania *N* i to nie z jakąkolwiek normą (co byłoby tylko powieleniem przesłanki zawartej w ogólnej definicji przestępstwa)<sup>26</sup>, lecz chroniącą **to właśnie dobro prawne *D*, które doznało uszczerbku** wskutek czynu *C*<sup>27</sup>.

Ograniczenie takie jest, ogólnie rzecz ujmując, rozsądne. Ogrom czynów (podejrzewam, że w skali świata setki milionów co dnia) jest sprzecznych z jakąś normą prawną *sensu largo* (tj. jeśli nie z normą ustawową, to z taką, do której odsyła ustawa). Zarazem druga, podobnie obszerna kategoria czynów skutkuje jakąś szkodą (lub tylko zagrożeniem) dla dóbr prawnych. Przestępstwem materialnym może być tylko czyn należący do części wspólnej tych zbiorów. Należą do niej jednak również takie czyny, które choć są bezprawne i wyrządzają szkodę, to związek bezprawności ze szkodą ma charakter losowy. Jeśli uznajemy ograniczenie z warunku (I), to gdyby np. ktoś, spacerując w lesie, potknął się o worek śmieci i złamał nogę, powinniśmy wykluczyć możliwość skazania „śmieciarza”, który porzucił worek, za przestępstwo z art. 157 § 3 k.k. (czy w ogóle za jakiegokolwiek materialne przestępstwo przeciwko zdrowiu), gdyż wprawdzie zaszedł tu zarówno czyn bezprawny (została naruszona norma zakazująca dowolnego pozbywania się odpadów), jak i zdarzenie w postaci uszczerbku zdrowotnego, a oba fakty są powiązane przyczynowo, to jednak owa naruszona na początku norma była pomyślana dla zapobiegania szkodom środowiskowym, nie zaś urazom cielesnym. Podobnie wyłudzenie pożyczki lub kredytu przy wykorzystaniu skradzionego dowodu tożsamości nie narusza norm chroniących zdrowie i życie, choć może doprowadzić „pozornego dłużnika” do rozstroju nerwowego lub samobójstwa.

Warunek, o którym mowa, każe ustalić cel złamanej normy, ściślej jej „przedmiot ochrony”, dobro prawne, które za nią stoi jako uzasadnienie. Taki cel nie jest wyrażany w tekście normatywnym<sup>28</sup>. Można wprawdzie domniemywać, że ustanawiając zakaz popełniania czynów *C*, zwłaszcza poparty zagrożeniem karą,

<sup>25</sup> Norma prawnie wiążąca nie musi być normą *stricte* prawną. Natomiast umieszczone w projekcie zmian kodeksu karnego zastrzeżenie, że przypisanie skutku może nastąpić tylko ze względu na normę „wiązącą w danych okolicznościach”, wydaje się zbędne, bo oczywiste. Każda norma ma właściwy sobie zakres zastosowania, poza którym nie wiąże.

<sup>26</sup> Sprzeczność z normą pozostaje elementem centralnym całej idei obiektywnego przypisania, bo pozostałe warunki odwołują się do niego i nie mają bez niego racji bytu.

<sup>27</sup> M. Bielski, *Obiektywne przypisanie skutku przestępnego...*, s. 78.

<sup>28</sup> Wyjątkiem jest kodeks karny, gdzie tytuł rozdziału określa przynajmniej rodzajowy przedmiot ochrony.

ustawodawca pragnie zredukować liczbę czynów owego rodzaju<sup>29</sup>. Jest to jednak cel normy wyłącznie w sensie zwykłym, gdy dla prawnika stanowi on pojęcie techniczne. Prawnik nie może wnioskować, że celem normy *N*, zakazującej czynów *C*, jest eliminowanie czynów *C* (lub że przedmiotem ochrony jest „stan rzeczy, w którym czyny *C* nie są popełniane”, względnie „porządek publiczny w zakresie niepopelniania *C*”), gdyż wówczas pojęcia celu normy i dobra prawnego utracą jakikolwiek sens teoretyczny i praktyczny. Wskazanie celu normy i dobra podlegającego ochronie nie może polegać na powtórzeniu (lub tautologicznym przekształceniu) treści tej normy. Z owej treści wynika tylko, że pewien rodzaj działań (albo zaniechań) jest przez ustawodawcę niepożądany, ale dla czego jest niepożądany, musimy dopiero odgadnąć<sup>30</sup> „przez odwołanie się do celu całego aktu normatywnego (*ratio iuris*), sformułowanego w preambule danego tekstu, społecznie akceptowanych wartości, ustawy zasadniczej czy też wspólnych elementów doktryn moralnych”<sup>31</sup>, niekiedy także do innych źródeł, takich jak historia procesu legislacyjnego.

Dopóki mamy do czynienia z normami *stricte* prawnymi, dopóty ustalanie ich celu, nawet jeśli jest kłopotliwe, stanowi dla prawnika zwykłą czynność zawodową. Jednak do systemu prawnego należą także normy innego rodzaju, do których on odsyła czy też je „inkorporuje”<sup>32</sup>. W pierwszej kolejności należy tu wymienić reguły ostrożności (dla cywilisty: staranności), tj. pewnego rodzaju dyrektywy techniczne (dyrektywy działania praktycznego). Zwykle nie są one stanowione prawem, a ich treści trzeba szukać w podręcznikach inżynierii lub medycyny, artykułach naukowych, rekomendacjach medycznych, uzgodnieniach normalizacyjnych o zastosowaniu fakultatywnym i podobnych źródłach.

Dyrektywy działania praktycznego są niewątpliwie normami i da się je postrzegać jako szczególny rodzaj norm sankcjonowanych. W doktrynie prawa karnego odnosi się do nich nazwę „reguły postępowania z dobrem prawnym”, ale jest to chyba określenie nieadekwatne. Reguły postępowania w technice typowo nie są ani formułowane, ani stosowane jako „reguły postępowania z dobrem”,

<sup>29</sup> Podobny wniosek, choć niejako odwrócony, dotyczyłby nakazów. Rozumowanie to jest zresztą zawodne, bo rzeczywistość zna przypadki tworzenia prawa karnego z innych motywów, zob. uwagi L. Gardockiego, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, 52–89.

<sup>30</sup> W procesie wykładni nie tyle domyślamy się celu normy prawnej, co go raczej zwyczajnie wymyślamy i „wkładamy” w ustawę (ostatecznie przypisujemy go idealnemu „ustawodawcy racjonalnemu”, a przy tym zakładamy, że ów cel może się zmieniać w czasie wraz z dynamiczną interpretacją).

<sup>31</sup> A. Rybak-Starczak, Glosa do postanowienia SN z dnia 28 września 2006 r., I KZP 19/06, „Palestra” 2007, nr 11–12, s. 30; podobnie P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2011, s. 236.

<sup>32</sup> Trybunał Konstytucyjny określił tym mianem ustawowe odesłanie do zasad etyki zawodowej („normy etyczne mogą być przez akt prawny inkorporowane do systemu obowiązującego prawa”); zob. postanowienie TK z dnia 7 października 1992 r., U. 1/92, OTK 1992, nr 2, poz. 38.

lecz raczej jako dyrektywy rozwiązywania pewnego typu problemów, czy też manipulowania „materią techniczną” właściwą pewnej dziedzinie<sup>33</sup>.

Prawnik ma skłonność postrzegać otaczającą rzeczywistość przez znajomy sobie schemat ochrony dóbr i w każdej normie (również pozaprawnej) odruchowo doszukuje się funkcji ochronnej. Tymczasem dyrektywy techniczne do tego schematu nie pasują: są one amoralnymi regułami prakseologicznymi, wskazującymi sposoby działania skuteczne, tj. odpowiednie dla osiągnięcia określonych celów praktycznych. Przynajmniej dla większości dyrektyw technicznych celu normy nie da się pojmować w kategoriach ochrony dobra prawnego<sup>34</sup>, lecz jest nim przekształcenie rzeczywistości w pożądanym kierunku. Są to reguły tworzenia, budowania, a nie ochrony. Z perspektywy tych reguł bezpieczeństwo nawet jeśli bywa kwestią ważną, to uboczną i wtórną w stosunku do skuteczności. Jeśli zaś mówić o ich celu ochronnym, mają one zapobiegać pewnym rodzajom niebezpiecznych scenariuszy, które jednak nie są ujmowane przez pojęcie dobra prawnego ani nie dają się jednoznacznie powiązać z konkretnym dobrem prawnym.

Tak więc od wszelkich budowli, niezależnie od ich przeznaczenia, oczekuje się w pierwszej kolejności, by stały stabilnie na podłożu (w granicach pewnych obciążeń z góry założonych przez projektanta), bo bez spełnienia tego warunku nie będą one w stanie pełnić żadnych funkcji użytkowych<sup>35</sup>. Mosty np. należy budować w taki sposób, by dawały określony poziom bezpieczeństwa użytkownikom, ale nie po to się je buduje. Zasadniczą funkcją mostu jest trwałe skomunikowanie dwóch brzegów rzeki lub zbiornika wodnego, a reguły odnoszące się do projektowania i budowania mostów to właśnie mają zapewnić.

<sup>33</sup> Należy zastrzec pewien wyjątek: choć lekarz też jest technikiem (zob. M. Filar, *Leczenie. Sztuka czy rzemiosło*, [w:] *Problemy nauk penalnych: prace ofiarowane pani profesor Oktawii Górniok*, red. L. Tyszkiewicz, Katowice 1996); większość zasad praktykowania medycyny da się określić mianem reguł postępowania z dobrami prawnymi. Po pierwsze, czynności zawodowe lekarza polegają wprost na oddziaływaniu na ciało i cielesne funkcje człowieka, zazwyczaj w intencji przywrócenia zdrowia lub jego zachowania w możliwie niepogorszonym stanie; po drugie, wskutek nich pacjent może doznać fizycznego uszczerbku, czy to będącego integralnym elementem leczenia (resp. innego świadczenia zdrowotnego), czy to powikłaniem przypadkowym, czy wreszcie powikłaniem zawinionym. „Materią techniczną” stanowi tu więc samo życie i zdrowie ludzkie, w stosunku do których lekarz jest związany zasadami nieszkodzenia i dobroczynności.

<sup>34</sup> Oczywiście istnieją dyrektywy techniczne nakierowane wprost na ochronę dóbr prawnych użytkownika dzieła technicznego (np. przez uwzględnianie ergonomii w projektowaniu) lub innych podmiotów w otoczeniu. Powszechnie zrozumiałym przykładem jest maksyma „przy rozcieńczaniu wlewaj stężony kwas siarkowy do wody, a nie wodę do kwasu”; jej stosowanie nie wpływa na skuteczność (roztwór wyjdzie taki sam niezależnie od sposobu mieszania), a tylko na bezpieczeństwo.

<sup>35</sup> W tym celu należy przestrzegać rozbudowanego zespołu norm powiązanych z prawami fizyki (zwłaszcza statyki), choć te same w sobie nie są normami postępowania. W szczegółach oznacza to, że trzeba obliczyć rozkład sił wewnętrznych w konstrukcji, ich wpływ na ewentualne jej deformacje, ustalić, czy obciążenia poszczególnych elementów nie przekroczą wartości krytycznych itd. Odwołuję się tu do przykładu inżynierii budowlanej, ale podobne uwagi odnoszą się do innych działów techniki.

Choć reguły techniczne nie powstają w celu ochrony dóbr prawnych przed uszczerbkiem, ich złamanie może nim skutkować, a wówczas szkody może doznać dobro prawne praktycznie każdego rodzaju: osobiste czy majątkowe, jednostkowe czy wspólnotowe. Gdy zerwie się niepoprawnie zaprojektowane przęsło mostu, użytkownicy (lub inne osoby w zasięgu awarii) mogą zginąć, doznać różnych urazów fizycznych lub psychicznych, utracić pojazdy, bagaż, zniszczyć sobie odzież w błotnistej rzece itd. Samo uszkodzenie mostu już stanowi szkodę majątkową, a dalej za tym mogą pójść szkody wynikłe ze śmierci ofiar, rozpacz sierot, utrata dobrego imienia przez inwestora (choćby nawet nie zawinił w wyborze projektanta), szkody środowiskowe, koszty dochodzeń w sprawie i nie trzeba szczególnie wybujałej wyobraźni, aby tę listę dalej wydłużać.

Wyrażenie „katastrofa mostu” zrazu przywodzi na myśl dramatyczne obrazy ludzi spadających wraz z przęsłem w toń rzeki, jednak patrząc racjonalnie, najbardziej oczywistym skutkiem takiej katastrofy będzie to, że most zostanie wyłączony z eksploatacji i przestanie pełnić funkcję, dla której powstał. W następstwie może wystąpić m.in. lokalny paraliż komunikacyjny, potrzeba wytyczenia objazdów, zgony osób, do których pogotowie ratunkowe nie dojechało na czas<sup>36</sup>, upadek lokalnego przemysłu i handlu, na koniec koszty wykonania nowej przeprawy. Nie sposób powiedzieć, że są to efekty nadzwyczajne lub wykraczające poza granice przewidywalności. Wręcz przeciwnie, w katastrofie mostu to śmierć lub uraz cielesny człowieka wydają się skutkiem raczej atypowym (w każdym razie akcydentalnym), natomiast most nieuchronnie staje się bezużyteczny wraz z wszelkimi dalszymi tego konsekwencjami. Co więcej, właśnie te ostatnie skutki są najściślej powiązane z celem reguł obowiązujących w mostownictwie!

Czy zatem wszelkie dobra, które mogłyby doznać uszczerbku wskutek katastrofy mostu, przynajmniej w normalnym przebiegu wydarzeń, mamy uważać za cel technicznych reguł inżynierii (jako ich *sui generis* poboczny przedmiot ochrony)? Nie sądzę, by na tak postawione pytanie dało się odpowiedzieć twierdząco. Podobnego wnioskowania nie stosujemy wobec norm prawnych<sup>37</sup>, czemu więc mielibyśmy je odnosić do norm innego rodzaju?

Część reguł inżynierskich wydaje się zbyt uniwersalna, by wiązać je z konkretnym dobrem prawnym. Niektóre zasady obliczeń wytrzymałościowych pozostają stale te same, niezależnie od tego, co i gdzie się projektuje (budynek mieszkalny, halę fabryczną, most, zaporę wodną, komin, silos zbożowy, kratownicę dźwigu,

<sup>36</sup> Jest dla mnie zagadką, dlaczego system prawny obciąży inżyniera odpowiedzialnością za śmierć tych, którzy spadli z walącego się mostu, ale raczej nie za śmierć tych, którzy nie doczekali się na lekarza. Przekonującej odpowiedzi nie daje żadna z przesłanek obiektywnego przypisania.

<sup>37</sup> Zob. A. Rybak-Starczak, Glosa do postanowienia SN z dnia 28 września 2006 r., I KZP 19/06..., przypis 4, s. 301. Dla poszczególnych przepisów części szczególnej można wskazać dobra prawne w ogóle niestanowiące przedmiotu ochrony (głównego ani pobocznego), choć *in concreto* mogące doznać uszczerbku w wyniku przestępstwa (np. dobre imię ofiary zgwałcenia).

maszynę czy środek transportu itd.)<sup>38</sup>. Wyobraźmy sobie energetyczną linię przesyłową, podpartą przez identyczne słupy trakcyjne wykonane według jednego projektu, przy użyciu tych samych rysunków i wzorów, i skrywające identyczną wadę projektową (bo np. zastosowano niewłaściwy model matematyczny kratownicy). Jeden taki słup stoi na pustyni, drugi wśród zabudowy mieszkalnej. W razie załamania się pierwszego, skutki niemal na pewno sprowadzą się do zakłócenia w przesyłaniu energii i potrzeby naprawy linii przesyłowej, upadek drugiego może doprowadzić do śmierci lub obrażeń ludzi. Ale przecież w obu wypadkach awaria jest wynikiem pogwałcenia jednej i tej samej normy inżynierskiej. Czy mamy przyjąć, że ta norma chroni życie i zdrowie ludzkie zawsze i wszędzie, czy tylko na terenie gdzie przebywa dużo ludzi? Jak ocenić przypadek, gdy pod szczątkami „pustynnego” słupa zginie jakiś pechowy wędrowiec?

Jako prawnicy umiemy ustalać cel normy prawnej i dysponujemy wypracowanymi ku temu metodami, natomiast otwarte pozostaje pytanie, jak miałyby być ustalany prawny cel normy prakseologicznej (którego ona w założeniach w ogóle nie ma), inaczej niż w drodze rozstrzygnięć arbitralnych. Bez odpowiedzi na to pytanie przesłanka (I) nie ma jak być stosowana, w każdym razie w odniesieniu do tych reguł ostrożnego postępowania, które wynikają z odesłania do „podręcznikowych” norm postępowania praktycznego. Jak się zaś zdaje, są one w życiu częstsze od norm wynikających wprost z przepisu ustawy.

Jeszcze bardziej problematyczne mogłoby się okazać pytanie o cel norm moralnych, do których system prawny też niekiedy odsyła<sup>39</sup>. Niektóre z nich są ujmowane jako normy czysto deontologiczne (lub tabuistyczne), tj. takie, które pewne klasy czynów potępiają jako „złe wewnętrznie”, „złe same przez się i w sobie”, „złe ze swej istoty”, czy po prostu „nie wolno, bo nie”, nie zaś ze względu na ich niepożądane następstwa. Tym samym są one w ogóle pozbawione celu. Taki charakter wydaje się mieć np. zakaz kłamstwa u Kanta<sup>40</sup>, gdyż filozof wywodzi, że prawdomówność stanowi obowiązek bezwarunkowy „we wszelkich stosunkach między ludźmi”<sup>41</sup>; „być prawdomównym (szczerym) we wszystkim, co wypowiadamy, jest [...] świętym i bezwarunkowym nakazem rozumu”, niezależnie co z tej prawdomówności mogłoby dalej wynikać<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Np. dla inżyniera każdy poziomy element jakiegokolwiek konstrukcji, przenoszący siły, jest belką, a belki różnią się między sobą tylko tym, czy są tzw. statycznie wyznaczalne czy nie (dla każdej z grup stosuje się inne modele obliczeniowe).

<sup>39</sup> Mam nadzieję, że stanowi to tylko problem akademicki; nie potrafię wyobrazić sobie sytuacji, która musiałaby być oceniana przez pryzmat moralnej normy sankcjonowanej sprzężonej z normą sankcjonującą ukrytą w definicji materialnego typu przestępstwa. Teoretycznie takie przypadki „mają prawo” istnieć.

<sup>40</sup> I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Kęty 2001, s. 19–20; tenże, *O domniemanym prawie do kłamstwa z pobudek miłości ludzkiej*, „Filo-Sofija” 2002, nr 1(2), s. 165–169.

<sup>41</sup> I. Kant, *O domniemanym prawie do kłamstwa...*, s. 168.

<sup>42</sup> *Ibidem*, s. 167. Jest to „nakaz, którego nie można ograniczać żadnymi konwenansami”, przy czym przez konwenans filozof rozumie także skrupuły konsekwencjalistyczne: np. jeśli zabójca

**Warunek (II): mechanizm kauzalny wyrządzenia szkody**, któremu w założeniu naruszona norma *N* miała zapobiegać, i ten który realnie doprowadził do powstania szkody w ocenianym stanie faktycznym, muszą być tożsame. Jest to kryterium odrębne od (I), choć z nim powiązane. Jego zwolennikiem jest M. Małecki, według którego przypisanie skutku powinno być ograniczone do przypadków, kiedy czyn naruszył „regułę postępowania chroniącą przed danym sposobem nastąpienia skutku”<sup>43</sup>. W mniej dobitnej formie pojawiło się ono wcześniej u A. Zolla<sup>44</sup>, wspomniano o nim w rządowym uzasadnieniu projektu kodeksu karnego<sup>45</sup>, a Sąd Najwyższy zastosował je do uniewinnienia w pewnej sprawie „drogowej”<sup>46</sup>.

poszukuje ofiary ukrywającej się w moim domu, nie wolno go okłamać, działając bowiem zgodnie z normą prawdomówności, można wyrządzić krzywdę (*nocet*), ale nie popełni się nieprawości (*laedit*). Dalej autor spieszy zresztą z wyjaśnieniem, że rzetelne i szczere pokierowanie krokami zabójcy ma charakter przypadkowego skrzywdzenia ofiary; „jest zaledwie pewnym przypadkiem (*casus*), nie zaś wolnym czynem (w sensie prawnym)”; „właściwie to nie on sam [sc. człowiek prawdomówny] wyrządza krzywdę temu, kto jej doznaje, ale powoduje ją przypadek” (s. 168). Wprawdzie Kant próbuje wyjść z uzasadnieniem poza treść samej normy i przekonuje, że „kłamstwo zawsze wyrządza krzywdę, nawet jeśli nie komuś w szczególności, to jednak zawsze ludzkości w ogóle”, bo gdy ktoś kłamie w jakiegokolwiek sprawie i w jakichkolwiek okolicznościach, tym samym sprawia, że w stopniu, jaki odeń zależy, „wszelkie możliwe twierdzenia (deklaracje) stają się niewiarygodne, a zatem i wszelkie prawa zagwarantowane umowami stają się niczym i tracą moc, a to z kolei oznacza nieprawość wobec człowieczeństwa w ogóle” (s. 166). Nie sposób jednak wskazać, co tu miałyby stanowić cel normy i przedmiot ochrony w ujęciu karnistycznym: „ludzkość”, „człowieczeństwo”, nieokreślony porządek społeczny („ogólny przedmiot ochrony”), zaufanie do bliźnich czy prawa wynikające z zobowiązań kontraktowych.

<sup>43</sup> M. Małecki, *Z problematyki...* Postuluje on przepis o kształcie: „Odpowiada za spowodowanie skutku stanowiącego znamię czynu zabronionego tylko ten, kto naruszył regułę postępowania z dobrem prawnym, wiążącą w danych okolicznościach i chroniącą przed danym sposobem nastąpienia skutku”; tenże, *Spór o przypisanie skutku*, notatka, blog internetowy „Dogmaty karnisty”, 29 listopada 2015 r., <http://dogmatykarnisty.blogspot.com/2013/03/spor-o-przypisanie-skutku.html> (dostęp: 12.10.2016).

<sup>44</sup> „Dla przypisania skutku konieczne jest ustalenie, że nieostrożne zachowanie [...] naruszyło tę regułę postępowania, która zabezpieczała dobro prawne właśnie przed takim skutkiem, jaki faktycznie wystąpił. Chodzić tu będzie nie tylko o sam rodzaj zniszczenia dobra prawnego, ale i o sytuację, w której do zniszczenia tego dobra doszło” (A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 50).

<sup>45</sup> „Nowy kodeks dla przyjęcia nieumyślności wymaga, aby czyn był popełniony na skutek niezachowania ostrożności. Nie każde bowiem naruszenie reguły ostrożności pozwala na przypisanie sprawcy tego naruszenia popełnienia czynu zabronionego, a w szczególności spowodowanie określonego w ustawie skutku. Podstawą przypisania skutku będzie naruszenie tej reguły postępowania, która miała chronić przed wystąpieniem skutku właśnie na tej drodze, na której on w rzeczywistości wystąpił”; zob. *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, red. I. Friedrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak, Warszawa 1997, s. 121.

<sup>46</sup> Cytowany poprzednio wyrok SN z dnia 8 marca 2000 r., III KKN 231/98; sąd powołał uzasadnienie projektu i dodał, że „spowodowanie skutku może być tylko wtedy obiektywnie przypisane sprawcy [...], gdy urzeczywistnia się w nim niebezpieczeństwo, któremu zapobiec miałyby przestrzeganie naruszonego obowiązku ostrożności”. Co interesujące, sąd wyrokował jeszcze

Stosunkowo łatwo wskazać lub wymyślić takie przykładowe sytuacje, gdzie kryterium tożsamości mechanizmu wydaje się działać prawidłowo (tzn. prowadzić do wyników uzasadnionych słuszościowo). Oto zaprojektowano typ samolotu wyposażony w kwadratowe iluminatory, wbrew regułom inżynierii, gdyż grozi to pęknięciem kadłuba z powodu tzw. koncentracji naprężeń<sup>47</sup>. Jeden z seryjnych egzemplarzy rozbija się przypadkowo w wyniku wessania ptaka w turbinę silnika. Zgodnie z warunkiem tożsamości mechanizmu przypisanie spowodowania katastrofy projektantowi nie byłoby możliwe. Wystąpił tu związek przyczynowy (samo istnienie urządzenia technicznego jest, przynajmniej w sensie społecznym, wynikiem tego, że je zaprojektowano), naruszono chroniącą życie dyrektywę techniczną, zwiększając przez to ryzyko rozpadu samolotu w locie, a wszystko było możliwe do przewidzenia. Projektanta może „uratować” przed odpowiedzialnością albo przesłanka tożsamości mechanizmu (II), albo test alternatywy (IV).

Przesłanka (II) często daje wynik zbieżny z (IV), co może nasuwać pytanie, czy jest ona w ogóle potrzebna. Jednak choć w części wypadków słuszościowo wątpliwych sam test alternatywy wystarcza do wykluczenia odpowiedzialności za przestępstwo skutkowe, są możliwe i takie stany faktyczne, gdy odpowiedzialność zawiśnie tylko na tożsamości mechanizmu<sup>48</sup>.

Omawiany warunek stanowi ciekawy, najbardziej egzotyczny i „nieprawidłowy” składnik koncepcji obiektywnego przypisania. Pomyślany jest raczej w duchu „inżyniersko-lekarskim”. W naukach technicznych zapobieganie zdarzeniom niepożądanym wymaga właśnie zidentyfikowania ich źródła i mechanizmu powstawania, co z kolei pozwala odpowiednio zmienić sposób wykonywania danej praktyki, zastąpić ją nową, bezpieczniejszą lub (jeśli na mechanizm kauzalny nie mamy wpływu) zrezygnować z niej całkowicie jako nadmiernie ryzykownej. Jednocześnie w działalności praktycznej na porządku dziennym są sytuacje, gdy pewna czynność była wykonana wadliwie (z naruszeniem reguły technicznej), a nadto wyrządziła szkodę, ale szkoda wynikła z zupełnie innej sekwencji przy-

---

z zastosowaniem art. 145 § 2 k.k. z 1969 r., choć ustawa ta nie zawierała *explicite* kluczowego warunku nieostrożności.

<sup>47</sup> Przykład jest fikcyjny, choć odlegle nawiązuje do dziejów samolotu *de Havilland Comet*. Odrzućmy wcześniejsze wątpliwości i przyjmijmy, że naruszona reguła projektowa miała za cel zarówno ochronę bezpieczeństwa powszechnego, jak i życia i zdrowia użytkowników dzieła technicznego.

<sup>48</sup> Przykład: przy projektowaniu mostu dla okolicy często nawiedzanej przez silne wiatry przyjęto niedostateczną wartość parcia wiatru na przeszło. Most, niejako „skazany” na zerwanie podczas najbliższego huraganu, doznał awarii wskutek zupełnie innego zdarzenia, nietypowego, którego projektant nie miał obowiązku uwzględniać („tysiącletniej” fali powodziowej, nadzwyczajnego nacisku lodu, wstrząsu tektonicznego, osunięcia zbocza, aktu sabotażu itp.). Jednocześnie z obliczeń wynika, że prawidłowo zaprojektowany most miałby zapas wytrzymałości pozwalający przetrwać i to zdarzenie.

czynowej, niż ta zakładana przez ową regułę. Szkodę taką można traktować jako losowy „wypadek przy pracy” niewymagający reakcji prawnokarnej.

Przesłanka (II) wydaje się dobrze dopasowana do problematyki przestępstw nieumyślnych, natomiast nie wiadomo, jak ani dlaczego miałyby być stosowana wobec (materialnych) przestępstw umyślnych. W przeciwieństwie do reguł prakseologicznych „zwykła” ustawowa ochrona dobra prawnego nie jest zorientowana na żaden konkretny rodzaj mechanizmu kauzalnego. Umyślnym zamachem na życie będzie więc zarówno zamierzone otrucie (bez względu na rodzaj trucizny, drogę jej podania i szlak metaboliczny), jak i przebicie dużego naczynia krwionośnego (czymkolwiek: nożem, pociskiem z broni palnej czy strzałą z łuku), uciśnięcie (bez znaczenia, w jakiej cieczy) itd. Gdy np. w zamiarze zabójstwa zrzuci się człowieka z wysokości na beton, szczegółowych scenariuszy przyczynowych prowadzących do zgonu może być wiele, ale to, który z nich się konkretnie zrealizował (wstrząs pourazowy po złamaniu kości udowej, krwotok śródczaszkowy z wkliniowaniem mózgu po urazie głowy czy jeszcze inny), nie ma i nie powinno mieć znaczenia dla oceny prawnej czynu jako zabójstwa w formie dokonanej.

Odwołam się do ładnego, choć akademickiego, przykładu, który pojawił się w pewnej dyskusji (co prawda, posłużono się nim w kontekście warunku obiektywnej przewidywalności, nie zaś tożsamości mechanizmu szkody)<sup>49</sup>: ktoś pozostawia w Tatrach człowieka przywiązanego do drzewa, po czym ten w różnych wariantach wydarzeń umiera: (a) z powodu odwodnienia, (b) rozszarpany przez miejscowego niedźwiedzia, (c) rozszarpany przez tygrysa, który uciekł z krakowskiego zoo. Otóż sądzę, że jeśli śmierć była objęta zamiarem, sam mechanizm zgonu jest obojętny. Warunek (II) z umyślnością w parze nie chodzi i powinien być odnoszony tylko do przypisania skutku niezamierzonego.

Podejrzewam, że warunek tożsamości mechanizmu przyczynowego może sprawiać kłopoty interpretacyjne, gdyż „dany sposób nastąpienia skutku” (względnie „drogę, na której skutek wystąpił”) można pojmować szerzej lub wężej, dochodząc do sprzecznych wyników. Rozpatrzmy taki, zresztą niejednoznaczny w ocenie, stan faktyczny: ktoś częstuje bliźniego tzw. narkotykami miękkimi, „rekreacyjnymi” w dawce *prima facie* „jednorazowo bezpiecznej”; poczęstowany umiera wskutek nietypowej reakcji fizjologicznej lub interakcji z przyjmowanym lekiem. Narusza to prawną normę postępowania, której celem jest ochrona zdrowia i życia ludzi. Można twierdzić, że sprawcę obciąża skutek określony w art. 155 k.k., gdyż zakładany przez prawo mechanizm szkodliwości narkotyków dla zdrowia polega na ich toksyczności. Można jednak – chyba równie rozsądnie – twierdzić, że było to tylko przestępne udzielenie narkotyku (art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii<sup>50</sup>),

<sup>49</sup> Przykład pochodzi od anonimowego komentatora pod notatką M. Małeckiego, *Nieprzewidywalność*, blog internetowy „Dogmaty karnisty”, 20 listopada 2012 r., <http://dogmatykarnisty.blogspot.com/2012/11/nieprzewidywalnosc.html> (dostęp: 12.10.2016).

<sup>50</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 224, z późn. zm.

gdyż ów zakładany mechanizm nie polega na tzw. toksyczności ostrej, lecz na wywoływaniu uzależnienia. Przy tej drugiej interpretacji śmierć nazwalibyśmy zdarzeniem przypadkowym, identycznie jak wtedy, gdy ktoś straciłby życie potknąwszy się o worek heroiny.

**Warunek (III)** miałby polegać na istotnym zwiększeniu ryzyka przez zachowanie niezgodne z regułą (normą *N*). Jeśli w wyniku czynu *C* poziom ryzyka nie wzrósł, czy też wzrósł nieznacznie, skutek przypisany być nie może. Warunek ten nie znalazł się w projekcie zmian w kodeksie karnym, natomiast coraz częściej odwołuje się doń judykatura<sup>51</sup>.

Jego podstawową funkcją jest wyłączenie możliwości obciążenia człowieka skutkiem, który wprawdzie wywołał, lecz działając poniżej pewnej granicy ryzykowności, a ściślej, przyrostu ryzykowności. Funkcję dodatkową widzi Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 9 maja 2013 r., V KK 342/12<sup>52</sup>: jeśli z powodu czynu *C* ryzyko przewyższyło poziom „bardzo znaczny” (a do tego czyn naruszał normę *N* „w sposób rażący”), to do takiego przypadku nie stosuje się kryteriów przypisania negatywnego (drugiego stopnia), a włączenie się innej osoby w bieg zdarzeń nie tylko nie uchyla odpowiedzialności, lecz nawet nie redukuje stopnia zawinienia.

Do pojęcia zwiększonego ryzyka odwołuje się też pogląd, zgodnie z którym można kogoś obciążyć skutkiem tylko wtedy, gdy swoim zachowaniem stworzył dla określonego dobra prawnego „niebezpieczeństwo w stopniu społecznie nieakceptowanym”, które następnie urzeczywistniło się w owym skutku<sup>53</sup>. Nie jest to jednak kryterium odrębne od „istotnego zwiększenia ryzyka”, lecz raczej podręcznikowe objaśnienie głównej idei przypisania. W uzasadnieniu w „sprawie płonącego anioła” Sąd Najwyższy dostrzega, że w życiu społecznym akceptuje się używanie otwartego ognia w trakcie różnych zgromadzeń czy uroczystości, jeżeli posługują się nim osoby odpowiednio dojrzałe, lecz „owa akceptacja wynika z faktu oszacowania niewielkiego ryzyka spowodowania zapłonu”.

<sup>51</sup> W orzeczeniu w „sprawie płonącego anioła” Sąd Najwyższy ujmuje to jako przyczynienie się, które „w sposób istotny” (lub też „znaczący”) zwiększa ryzyko skutku objętego znamionami; postanowienie SN z dnia 15 lutego 2012 r., II KK 193/11, OSNKW 2012, nr 9, poz. 89. W ocenie D. Czerwińskiej (*Nauka o obiektywnym przypisaniu skutku...*, s. 157) „nauka o ryzyku” zdobyła w najnowszym orzecznictwie SN dominujące znaczenie.

<sup>52</sup> LEX nr 1388235, z głosem S. Tarapaty („Prokuratura i Prawo” 2014, nr 11–12, s. 171–172), i z głosem A. Marcinkowskiej („Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, 10.09.2015, pozycja w wydaniu internetowym: 6/2015): „Jeżeli oceniane działanie sprawcy [...] łączyło się ze 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 [...], nie zwolni z odpowiedzialności za skutek osoby, która ten przebieg uruchomiła, ani też nie zmniejszy jej winy”.

<sup>53</sup> W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 196.

A więc to niska ryzykowność czynu jest istotną przesłanką rozumowania sądu, zaś akceptowalność jedynie akcydenssem, prawnie nieistotną konsekwencją<sup>54</sup>.

Dla porządku należy zaznaczyć, że choć w obu wypadkach mówi się o zwiększeniu ryzyka, zwiększenie „istotne” i zwiększenie „społecznie nieakceptowalne” są to pojęciowo z gruntu różne okoliczności. Pierwsza stanowi warunek w zasadzie opisowy<sup>55</sup>, oparty na obiektywnych faktach, którego spełnienie można ustalać przy pomocy ekspertów z właściwej dziedziny nauki lub techniki. Druga zasadza się na chwiejnych ocenach społecznych, a traktowana na serio wymagałaby prowadzenia dowodu z ankiet socjologicznych.

Ryzyko jest pojęciem źle określonym, ale nie wchodząc w jego analizę, przyjmijmy za J. Giezekiem, że nazywa się tak każdy przypadek, gdy zachowaniu towarzyszy jakiekolwiek prawdopodobieństwo negatywnych następstw, przy czym kategorię ryzyka należy rozciągać także na przestępstwa umyślne<sup>56</sup>. Ryzyko można stopniować, pojmując je jako coś na kształt iloczynu dwu czynników: rodzaju i rozmiaru szkody grożącej ze zdarzenia  $X$  przemnożonego przez prawdopodobieństwo, że  $X$  się w ogóle zdarzy. „Czynnik” rozmiaru szkody w kontekście typów skutkowych może być wartością stałą<sup>57</sup>, wówczas pytanie o ryzyko staje się po prostu pytaniem o matematyczne prawdopodobieństwo zdarzenia objętego znamieniem skutku.

Warunek zwiększenia ryzyka musi zakładać porównanie, jakie było prawdopodobieństwo ( $P_1$ ) wystąpienia skutku objętego znamionami w rzeczywistym biegu zdarzeń (popołniono czyn  $C$  sprzeczny z  $N$ ), jakie zaś byłoby jego prawdopodobieństwem ( $P_2$ ) w przebiegu zdarzeń, w którym nie popołniono takiego czynu. Wbrew pozorom nie badamy tu jednostkowego, alternatywnego przebiegu zdarzeń (temu służy „test negatywny”), lecz przeprowadzamy rozumowanie generalno-abstrakcyjne przy użyciu pojęć rachunku prawdopodobieństwa. Ocenie podlega wprawdzie konkretny czyn  $C$  wraz ze swym konkretnym skutkiem  $Z$ , ale są one traktowane jako próbka z obszerniejszej przestrzeni zdarzeń<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> O stworzeniu „niebezpieczeństwa w stopniu nieakceptowalnym” wspomina także Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 29 października 2014 r., II AKa 219/14, [http://orzeczenia.lublin.sa.gov.pl/content/\\$N/1530000000001006\\_II\\_AKa\\_000219\\_2014\\_Uz\\_2014-10-29\\_001](http://orzeczenia.lublin.sa.gov.pl/content/$N/1530000000001006_II_AKa_000219_2014_Uz_2014-10-29_001) (dostęp: 12.10.2016), jednak jako właściwe kryterium przypisania wymienia znaczące zwiększenie ryzyka.

<sup>55</sup> W zasadzie, gdyż wskazanie punktu, od którego zaczyna się „istotność”, jest podszyte aksjologicznie.

<sup>56</sup> J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku...*, s. 128–130.

<sup>57</sup> Oceniając np. stan faktyczny podlegający kwalifikacji prawnej z art. 155 k.k., nie zastanawiamy się, na ile czyn  $C$  podniósł ryzyko wszelkich możliwych do wyobrażenia złych następstw, lecz na ile podniósł ryzyko śmierci człowieka.

<sup>58</sup> Pytając o zwiększenie ryzyka zdarzenia  $Z$  przez czyn  $C$ , *implicitie* zadajemy pytanie generalizujące: czy w zbiorze wielu podobnych czynów  $C$  sprzecznych z normą  $N$  skutki  $Z$  byłyby systematycznie częstsze w porównaniu ze zbiorem czynów  $C'$  niesprzecznych z  $N$ , a popołnionych w identycznych okolicznościach. Jest to rozumowanie analogiczne do tego, jakie prowadzi się m.in. w branży ubezpieczeniowej. Przy np. ubezpieczeniu na życie oczekiwana długość przeży-

Dyrektywa ta nie jest jednoznaczna i powinna być inaczej rozumiana dla poszczególnych klas przestępstw. Dla przestępstw umyślnych z działania – jeśli w ogóle ograniczenie (III) ma być wobec nich stosowane – pytanie odnosi się do ryzyka sytuacji, w której czynu *C* w ogóle nie było. Dla przestępstw nieumyślnych z działania alternatywną „skalę porównawczą” stanowi sytuacja, w której zamiast nieostrożnego czynu *C* został popełniony czyn *C'*, mieszczący się w granicach ostrożności wymaganej w danych okolicznościach<sup>59</sup>. Wreszcie dla przestępstw z zaniechania, niezależnie od ich strony podmiotowej („formy winy”), rzecz musi polegać na porównaniu ryzyka zaniechania (prawdopodobieństwa, że skutek stanowiący znamię pojawi się w wyniku pozostawienia spraw własnemu biegowi) z ryzykiem bezskutecznego działania (prawdopodobieństwem, że skutek ów pojawiłby się nawet pomimo spełnienia działania obowiązkowego) oraz z ryzykiem szkody wynikającym z interwencji gwaranta (jest to szczególnie istotny problem w medycynie).

Rachunek ryzyka powinien uwzględniać jego bilans, a nie tylko przyrost, gdyż zdarza się, że czyn zwiększający prawdopodobieństwo pewnych skutków niepożądanych zarazem zmniejsza prawdopodobieństwo innych; np. stosowanie aspiryny zmniejsza ryzyko chorób przebiegających w mechanizmie zatorowym, lecz zwiększa równocześnie ryzyko powikłań krwotocznych (o czym poniżej).

Wydaje się też, że w ramach przesłanki (III) należy brać pod uwagę wyłącznie ryzyko indywidualne, a nie populacyjne<sup>60</sup>, co wymaga wyjaśnienia, bo może być źródłem nieporozumień (także na poziomie procesowym przy prowadzeniu dowodu z biegłych). Oto np. ekspert autorytatywnie stwierdza, że regularne używanie kwasu acetylosalicylowego (aspiryny) istotnie podwyższa ryzyko powikłań krwotocznych, co jest prawdą, jeśli mówimy o ryzyku populacyjnym. Jako że lek ten m.in. zmniejsza krzepliwość krwi, wśród osób stale go przyjmujących wystąpi niewielka, lecz wyraźna nadreprezentacja wynikających z tego chorób, jak np. krwotok śródmózgowy, potocznie zwany wylewem krwi do mózgu. Normalnie zdarza się on ok. 16 razy na 10 000 osób<sup>61</sup>, natomiast w grupie osób sys-

---

cia konkretnego ubezpieczonego określana jest przez odniesienie do **populacji osób podobnych**. „Wyjściowe” ryzyko zgonu oblicza się według grupy wiekowej, a „wzrost” owego ryzyka może wynikać z przynależności do populacji szczególnych (np. nałogowych palaczy ze znaczną nadwagą). W prawie karnym poprawne i jednoznaczne schematy określania ryzyka „wyjściowego” ( $P_1$ ) i „końcowego” ( $P_2$ ) wymagają dopiero opracowania.

<sup>59</sup> Być może ten wariant rozumowania powinien być stosowany także do przypadków zamiaru ewentualnego, którego struktura jest podobna do lekkomyślności („nieumyślności świadomej”).

<sup>60</sup> Ryzyko populacyjne jest to jednostkowe ryzyko zdarzenia niepożądanego przemnożone przez liczebność narażonej populacji (w populacjach o dużej liczebności nieuchronnie muszą występować zdarzenia jednostkowo mało prawdopodobne).

<sup>61</sup> Jest to zachorowalność uśredniona, przypadająca na „statystycznego człowieka”, bez uwzględnienia różnic wieku i innych zmiennych.

tematycznie przyjmujących aspirynę wystąpi dodatkowo ok. 12 przypadków<sup>62</sup>. Ze względu na to w profilaktyce kardiologicznej stosuje się aspirynę tylko u pacjentów z już rozpoznaną chorobą wieńcową lub ponadprzeciętnie nią zagrożonych, u których „naturalne” ryzyko zawału serca góruje nad „sztucznym” ryzykiem powikłań po aspirynie. Jeśli lekarz zaleci profilaktycznie aspirynę pacjentowi należącemu do populacji „zwykłej”, będzie to postępowanie sprzeczne z prawie wiążącą regułą, gdyż nieuzasadnione wskazaniem aktualnego stanu wiedzy medycznej (art. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 464, z późn. zm.), zaś pacjenta narazi na podwyższone prawdopodobieństwo wylewu. Jednak w kategoriach indywidualnych ów przyrost ryzyka chyba trudno jest nazwać istotnym („statystyczny człowiek” długotrwale przyjmujący aspirynę ma 2,8 promila szansy na wylew, gdy bez aspiryny byłoby to 1,6 promila)<sup>63</sup>.

W „sprawie płonącego anioła” Sąd Najwyższy przywołał jeszcze jeden warunek przypisania skutku: „istotne naruszenie normy”, zaznaczając, że nie ma on charakteru samoistnego, lecz pomocniczy: „dla przyjęcia karygodnego charakteru przyczynienia się [...] konieczne jest ustalenie, że sprawca [...] zachowaniem swoim w sposób znaczący zwiększył ryzyko wystąpienia skutku [...], co najczęściej będzie można wnioskować z faktu istotnego naruszenia reguł ostrożnego postępowania z dobrem prawnym”, a w innym miejscu: „naruszenie zgeneralizowanych reguł ostrożności obowiązujących w danych warunkach jest tylko wskazówką pozwalającą na przyjęcie, że [...] działanie [...] powiązane było w konkretnej sytuacji faktycznej z istotnym zwiększeniem ryzyka wystąpienia skutku [...]”.

Istotne naruszenie normy Sąd Najwyższy traktuje więc tylko jako podstawę domniemania wzrostu ryzyka. Wnioskowanie takie jest w zasadzie poprawne. Zaznaczę jednak, że w przypadku reguł postępowania tworzonych ze względu na ryzyko populacyjne byłoby ono całkowicie zawodne.

Tak samo jest w przypadku wspomnianych wyżej prowizorycznych reguł postępowania, które powstały ze względu na podejrzewane, lecz niedowiedzione powiązanie przyczynowe. Przykład takiej reguły zawiera Charakterystyka Produktu Leczniczego (i zgodna z nią ulotka informacyjna)<sup>64</sup> dla jakiegokolwiek leku

<sup>62</sup> Taka skala wynika z obszernej metaanalizy J. He, P. K. Whelton, B. Vu, M. J. Klag, *Aspirin and risk of hemorrhagic stroke: A meta-analysis of randomized controlled trials*, „Journal of American Medical Association” 1998, nr 280(22).

<sup>63</sup> Sądzę, że zwiększenie ryzyka dla celów przypisywania odpowiedzialności należy obliczać jako różnicę między ryzykiem w następstwie czynu *C* a ryzykiem „wyjściowym”, które wystąpiłoby niezależnie od czynu *C* (różnicę taką nazywa się w epidemiologii, nomen omen, „ryzykiem przypisanym”: *attributable risk*), nie zaś jako ryzyko względne (*relative risk*), czyli stosunek arytmetyczny między nimi (wtedy musielibyśmy dojść do wniosku, że zalecający aspirynę lekarz zwiększył ryzyko wylewu wręcz drastycznie, bo o 75%).

<sup>64</sup> Zob. art. 11 ust. 1 oraz art. 2 pkt 41 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne, tekst jedn. Dz.U. z 2008 r., nr 45, poz. 271, z późn. zm.

zawierającego aspirynę; znajdziemy tam ostrzeżenie, aby nie stosować go u dzieci i młodzieży poniżej pewnego wieku granicznego ze względu na hipotetyczne (dotąd niedowodzone) ryzyko śmiertelności powikłania zwanego zespołem Reye'a<sup>65</sup>. Ponad wątpliwość jest to pewna reguła postępowania z dobrem prawnie chronionym, ale jej naruszenie nie pozwala na wniosek o podniesieniu ryzyka skutku (zgonu), skoro w obecnym stanie wiedzy przyrodniczej nawet nie da się stwierdzić związku przyczynowego między podaniem aspiryny a pojawieniem się zespołu Reye'a.

Logicznie rzecz ujmując, nie ma przeszkód, by stosować warunek (III) do przestępstw z działania w zamiarze bezpośrednim. Wymaga jednak rozstrzygnięcia, czy w ogóle chcemy go do nich stosować. Zamiar taki to po prostu decyzja woli, która niekiedy bywa podejmowana przy znikomym szansie sukcesu, czasem dlatego, że ludzie owe szanse przeceniają, a kiedy indziej – bo chcą i próbują doprowadzić do zdarzeń, o których wiedzą, że są obiektywnie bardzo mało prawdopodobne (np. grając w gry liczbowe). Wyobraźmy więc sobie strzał do człowieka oddany w szczerym zamiarze uśmiercenia go z tak wielkiej odległości, że wprawdzie pocisk zachowuje zdolność rażenia, ale po uwzględnieniu właściwości broni, wzroku i umiejętności strzelca, oświetlenia, wiatru itp. szanse trafienia ofiary są prawie żadne. Przyrost ryzyka nie był znaczny (od zera do „prawie zera”); może chodzić o prawdopodobieństwo tego rzędu, co szanse wywołania aspiryną wylewu krwi do mózgu. Konsekwentnie, nawet jeśli strzelec trafi i zabije, powinniśmy uznać, że nie mamy do czynienia z dokonaniem zabójstwa; wniosek taki byłby logiczny, ale odczuwa się do niego podskórną niechęć. Być może umyślne strzelanie do ludzi odbieramy jako „społecznie nieakceptowalne” i niedopuszczalne nawet wtedy, gdy jest znikomo ryzykowne<sup>66</sup>.

**Warunek (IV): test alternatywy.** Polega on na porównaniu tego, co się stało naprawdę (popołniono czyn  $C$  sprzeczny z normą  $N$  i skutkujący zdarzeniem  $Z$ ), z wyobrażonym przebiegiem alternatywnym (popołniono czyn  $C'$  nienaruszający normy  $N$ )<sup>67</sup>. Jeśli w owym przebiegu alternatywnym wystąpiłby taki sam skutek  $Z$  jak w rzeczywistości, przypisanie  $Z$  sprawcy czynu  $C$  nie będzie możliwe.

<sup>65</sup> Na przykład: „Istnieje **możliwość związku** [podkr. – P. K.] między stosowaniem kwasu acetylosalicylowego u dzieci z gorączką a wystąpieniem u nich zespołu Reye'a. Dlatego stosowanie produktu Grifexin u dzieci i młodzieży w wieku poniżej 16 lat jest przeciwwskazane” – Charakterystyka Produktu Leczniczego dla produktu leczniczego Grifexin, pkt 4.4, <http://pub.rejstrymedyczne.csioz.gov.pl>. Korelacja dodatnia między przyjmowaniem aspiryny a występowaniem owej choroby występuje zresztą w każdej grupie wiekowej, ale dla osób starszych jest mniej wyraźna.

<sup>66</sup> Z drugiej jednak strony warunek (III) odniesiony do przestępstw umyślnych mógłby pełnić istotną funkcję jako kryterium rozgraniczenia usiłowania zwykłego od usiłowania nieudolnego. Po stronie usiłowania nieudolnego znalazłyby się wtedy przypadki, gdy użyto środka, którego skuteczność jest (abstrakcyjnie obliczając) niezerowa, lecz subminimalna.

<sup>67</sup> Może to budzić zastrzeżenia filozoficzne jako oparcie odpowiedzialności na spekulacjach, a nie na dowodach.

Można by sądzić, że chodzi o ten sam jałowy „eksperyment myślowy”, który był podstawą teorii ekwiwalencyjnej. Nie jest tak, bo stosujemy go w całkiem innej roli, ustalając, czy zdarzenie *Z* obciąża sprawcę czynu *C*, zatem formułując oceny aksjologiczne, nie zaś stwierdzając powiązania przyrodnicze. Nie stawiamy pytania: czy Jan się przyczynił do zdarzenia *Z*, lecz raczej, czy zdarzenie *Z* było dla Jana możliwe do uniknięcia, gdyby postąpił zgodnie z wymaganiami. Jeśli z „eksperymentu myślowego” wyniknie, że zachowanie spójne z normą *N* i zachowanie z nią sprzeczne identycznie doprowadziłyby do *Z*, to powinniśmy uznać, że decyzje sprawcy czynu *C* nie miały na to zdarzenie wpływu, czy też ów wpływ istniał w wymiarze przyrodniczym, ale był „moralnie nieistotny” (oczywiście nie uchylił to wniosku, że czyn *C* sam w sobie był bezprawiem ze względu na sprzeczność z normą *N*).

Test alternatywy nie ma uniwersalnego zastosowania. Wydaje się niezbędny przy materialnych przestępstwach z zaniechania<sup>68</sup> (jako przebieg alternatywny dla zaniechania rozważamy takie działanie, które byłoby zgodne z treścią obowiązku). Za to przy umyślnych przestępstwach z działania nie ma on żadnego sensu<sup>69</sup>. Pozostaje pytanie, czy powinien być stosowany przy przestępstwach nieumyślnych z działania (jako przebieg alternatywny dla czynu nieostrożnego byłby rozważany jego ostrożny odpowiednik), czy może wystarczający jest tu warunek zwiększenia ryzyka (III). Nie zostało ono jak dotąd rozstrzygnięte. Niektórzy autorzy proponują badać wzrost ryzyka posiłkowo, gdy w „trudnych” stanach faktycznych (zwłaszcza w medycynie) test alternatywy nie daje wyniku<sup>70</sup>, inni chcą poprzestać na czystym kryterium ryzyka, a z testu alternatywy w ogóle zrezygnować<sup>71</sup>. Orzecznictwo niekiedy uznaje test alternatywy za przydatny w tej grupie przestępstw<sup>72</sup>. Osobiście

<sup>68</sup> Zob. np. T. Sroka, *Odpowiedzialność karna...*, s. 46–47. Bez uwzględnienia tego warunku materialne przestępstwa z zaniechania by nie istniały (nie w formie dokonania). Zaniechania są nieprzyczynowe, a warunek ten działa jako pewnego rodzaju proteza przyczynowości.

<sup>69</sup> „Test alternatywy” sprowadza się wtedy do tautologii, a jego wynik jest przesądzony przez samo istnienie związku przyczynowego.

<sup>70</sup> M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 113–114; A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 138.

<sup>71</sup> Jednocześnie myśl taką formułuje D. Czerwińska (*Nauka o obiektywnym przypisaniu skutku...*, s. 157): „Akceptując tezy nauki o zwiększeniu ryzyka, rezygnuje się z dokładnego ustalania wartości kauzalnej dozwolonego zachowania alternatywnego na rzecz oszacowania wyłącznie poziomu ryzyka ziszczenia się skutku dla zachowania realnie podjętego oraz zachowania alternatywnego”.

<sup>72</sup> W cytowanym już wyroku z dnia 8 marca 2000 r., III KKN 231/98, Sąd Najwyższy potraktował ów test jako warunek obiektywnego przypisania; uniewinnienie oparto m.in. na ustaleniu, że gdyby oskarżony należycie obserwował drogę (a nie obserwował) i jechał z prędkością wyliczoną przez biegłego jako bezpieczna (a jechał szybciej), to i wtedy doszłoby do śmiertelnego potrącenia (w każdym razie dowody nie pozwalały tego scenariusza definitywnie odrzucić). Wcześniej (cytowany wyrok z dnia 4 listopada 1998 r., V KKN 303/97) Sąd Najwyższy porównywał skutki prowadzenia pojazdu przeciążonego i pojazdu o prawidłowej masie, nazywając to jednak tradycyjnie „badaniem więzi przyczynowej” („między nadmierną masą pojazdu [...] a poślizgiem i zjechaniem na lewy pas”), gdy według dzisiejszych pojęć chodziło o przypisanie skutku.

sądę, że jest on potrzebny<sup>73</sup>, gdyż w jego braku należałoby obciążyć sprawcę skutkiem w oparciu o czyste zwiększenie ryzyka, a zatem nawet w tych przypadkach, gdy *in concreto* zachowania ostrożne i nieostrożne jednakowo musiały doprowadzić do nieszczęścia; taki rezultat wydaje mi się nie do przyjęcia.

**Warunek (V): „obiektywna przewidywalność”.** Zgodnie z projektem (art. 1 § 1a) przypisanie czynu zabronionego nie byłoby możliwe, jeśli wyczerpanie znamion owego czynu „w danych okolicznościach nie było obiektywnie możliwe do przewidzenia”. Niedoszły przepis miał wywołać systemową rewolucję<sup>74</sup>, ograniczmy jednak rozważania tylko do wpływu przewidywalności na przypisanie skutku.

Warunek obiektywnej przewidywalności (czy raczej nieprzewidywalności, skoro przepis miał być ujęty negatywnie) brzmi cokolwiek zagadkowo. Skoro mowa o przewidywalności „obiektywnej”, to na pewno nie chodzi o możliwość będącą w dyspozycji samego sprawcy (subiektywną). Wyrażnie idzie o nieprzewidywalność „w danych okolicznościach” (zatem nie abstrakcyjną) i stwierdzaną *ex ante*. Jednak mówiąc, że coś jest „obiektywnie niemożliwe do przewidzenia”, musimy wskazać, dla kogo niemożliwe; kto jest owym obiektywnym miernikiem, który postawiony na miejscu sprawcy („w danych okolicznościach”) miałby się okazać bezradny w stawianiu prognoz. Do tego rozumowania trzeba więc podstawić jakąś osobę wzorcową.

Logika w pierwszej chwili podsuwa, że nieprzewidywalne obiektywnie jest tylko to, co „w danych okolicznościach” byłoby nieprzewidywalne dla nikogo, w tym dla hipotetycznej osoby dysponującej całą dostępną ludzkości wiedzą i najwyższymi mocami intelektu. Domysł wydaje się poprawny<sup>75</sup>, ale tak zinterpretowany przepis miałby bardzo niewielkie znaczenie praktyczne, a zakres jego zastosowania pokrywałby się z wcześniej omówionymi przesłankami przypisania skutku<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Warunki (III) i (IV) są logicznie niezależne i nie ma zasadniczych przeszkód, by stosować je równocześnie.

<sup>74</sup> Proponowana formuła przepisu art. 1 § 1a k.k. obejmowała nie tylko przypisanie skutku, lecz w ogóle czynu zabronionego, a przecież nieprzewidywalne mogą być fakty objęte jakimkolwiek znamieniem strony przedmiotowej. Co ważniejsze, nowela miała się również wiązać ze zmianami innych przepisów części ogólnej i radykalną przebudową pojęciowej struktury przestępstwa. Ciekawe może być pytanie: po co właściwie jest potrzebna ogólna kategoria „przypisania czynu zabronionego” (oraz czym ma być „czyn wprowadznie zabroniony, lecz nieprzypisywalny”, gdyż takie pojęcie wynikałoby z noweli), wykracza to jednak poza tematykę artykułu.

<sup>75</sup> W tym duchu rozumiał obiektywną przewidywalność A. Spotowski (*Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 315): „[...] gdy przy podejmowaniu zachowania konkretna zaszłość powodująca skutek dawała się przewidzieć jako następstwo możliwe, chociażby mało prawdopodobne”.

<sup>76</sup> Gdzie ogólnie nie ma możliwości przewidywania z powodu np. matematycznej nierozwiązywalności pewnego rodzaju problemów lub „chaotyczności” badanego systemu (niemożliwe jest np. prognozowanie pogody w bardzo długim horyzoncie czasowym), tam nie powstają reguły ostrożności.

Drugie podejrzenie jest takie, że należy zastosować model normatywny. Już na gruncie obecnego art. 9 § 2 k.k. pojawił się pogląd, że warunek „mógł przewidzieć/nie mógł przewidzieć możliwości popełnienia czynu zabronionego” powinien być traktowany obiektywizująco i odnoszony do „możliwości modelowego obywatela o właściwych do wykonywania danej czynności kwalifikacjach i sumiennie traktującego swoje obowiązki oraz dysponującego nadzwyczajnymi informacjami posiadanymi ewentualnie przez sprawcę”, a nie do realnego i konkretnego sprawcy czynu zabronionego<sup>77</sup>. Nawet jeśli to stanowisko całkowicie obiektywizujące sens art. 9 § 2 k.k. wynika z najpoważniejszych systemowych założeń teoretycznych (pełnej rozłączności między winą a stroną podmiotową)<sup>78</sup>, to jest ono zupełnie oderwane od językowego brzmienia przepisu, które zobiektywizowane nie jest („jeżeli sprawca [...] możliwość popełnienia tego czynu [...] mógł przewidzieć” w żaden sposób nie da się zinterpretować jako równoznaczne z „jeżeli modelowy obywatel mógłby możliwość popełnienia tego czynu przewidzieć”).

Zastrzeżenie to nie odnosi się do brzmienia projektowanego art. 1 § 1a („nie było obiektywnie możliwe”, a „sprawca nie mógł” stwarza zasadniczą różnicę), lecz można by podnieść wątpliwości innego rodzaju: normatywne wzorce osobowe „człowieka sumiennego” są konstruowane dla ustalania zakresu powinności, a nie możliwości. Model dobrego lekarza, dobrego inżyniera budowlanego i każdy inny tego rodzaju buduje się z ocen i oczekiwań społecznych co do tego, jakim realny lekarz (inżynier itd.) powinien być<sup>79</sup>. Natomiast to, czy coś jest możliwe, stanowi kwestię faktów, nie ocen, a model normatywny faktów ustalać nie może, w najlepszym razie może stwarzać ich domniemanie. Fakty można objąć tylko modelem empirycznym. W tym kierunku zmierza (i wydaje się bardziej prawidłowe) stanowisko M. Małeckiego, według którego obiektywna przewidywalność powinna być odniesiona do zdolności rozumowania „przeciętnego obywatela”, a obejmować przebiegi przyczynowe, które są „typowe, zwyczajne czy mało zaskakujące”. Chodzi więc o przewidywania racjonalne, prowadzone przez typową osobę w typowych warunkach, a bez uwzględnienia wyobraźni, która potrafi podsuwać również zdarzenia o zaniedbywalnie małym prawdopodobieństwie, takie jak upadek meteorytu na przedszkole<sup>80</sup>. W tym ujęciu warunek obiektywnej przewidywalności okazuje się pokrewny z kryterium adekwatności

<sup>77</sup> A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2004, s. 155 (teza 33); tak samo A. Marcinkowska, Glosa do postanowienia SN z dnia 9 maja 2013 r., V KK 342/12, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 6, s. 3.

<sup>78</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 366, przypis 1628.

<sup>79</sup> Model tego rodzaju odpowiada raczej warunkowi powinności przewidywania (art. 14 § 2 k.k. z 1932 r., art. 7 § 2 k.k. z 1969 r.).

<sup>80</sup> M. Małecki, *Z problematyki...*, s. 55.

(typowości) przebiegu przyczynowego<sup>81</sup> i prawdopodobnie daje zbieżne z nim wyniki.

Osobowy wzorzec obiektywnej przewidywalności (czy to normatywny czy empiryczny) będzie wywoływał paradoksy wówczas, gdy działający podmiot dzięki ponadprzeciętnej umiejętności kojarzenia faktów przewidzi (i obejmie zamiarem) zdarzenie, które w myśl modelu było obiektywnie nieprzewidywalne<sup>82</sup>. Wówczas warunek (V) w brzmieniu proponowanym przez projekt nieuchronnie prowadziłby do wyłączenia odpowiedzialności za przestępstwo.

Inna wątpliwość wynika z odniesienia „niemożliwości” do znamion czynu zabronionego („jeżeli [...] wyczerpanie znamion tego czynu nie było obiektywnie możliwe do przewidzenia”). Co bowiem rozumieć przez nieprzewidywalność, że znamię skutku zostanie wyczerpane? Z pewnością obejmuje to nieprzewidywalność co do okoliczności objętej znamieniem typu, *explicite* wypowiedzianym w ustawie (np. „w danych okolicznościach było obiektywnie nie do przewidzenia, że czyn *C* spowodzi katastrofę w ruchu”). Nasuwa się jednak pytanie, czy ponadto w kategoriach nieprzewidywalności skutku należy traktować te stany faktyczne, kiedy skutek był sam w sobie do przewidzenia, lecz nie do przewidzenia było spełnienie przesłanek jego obiektywnego przypisania. Inaczej mówiąc: czy same kryteria przypisania skutku są znamieniem czynu zabronionego (jako ukryty składnik znamienia skutku).

Jest to pytanie bardzo dziwne, które samo nie przysłoby do głowy, ale podsuwa je Sąd Najwyższy, wywodząc (ponownie w „sprawie płonącego anioła”): „nie ulega wątpliwości, że sama obiektywna przewidywalność wystąpienia skutku nie jest jeszcze wystarczająca [dla jego przypisania], bowiem w perspektywie przestępstw skutkowych chodzi o przewidywalność znacznego, a nie jakiegokolwiek stopnia prawdopodobieństwa wystąpienia skutku”.

Wynika z tego, że gdy np. (1) było do przewidzenia, że czyn *C* może spowodzić katastrofę w ruchu oraz (2) było do przewidzenia, że czyn *C* ze względu na naruszenie normy *N* zwiększy ryzyko takiej katastrofy, jednak (3) nie było do przewidzenia, że zwiększy owo ryzyko w stopniu znaczącym, ostatecznie przypisanie katastrofy jako skutku (zatem i skazanie za dokonanie z art. 173 k.k.) jest wykluczone.

Konsekwentnie powstaje wątpliwość, czy należy (i czy wolno) odnosić kategorie przewidywalny/nieprzewidywalny do kryteriów przypisania innych niż zwiększenie ryzyka<sup>83</sup>. Czy np. jakiegokolwiek znaczenie dla odpowiedzialności

<sup>81</sup> Zob. A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza...*, s. 49–50.

<sup>82</sup> Trzeba zakładać, że poza przypadkami zdarzeń „obiektywnie przewidywalnych, lecz nieprzewidywalnych subiektywnie dla Jana”, jest możliwe (nawet jeśli rzadkie) istnienie przypadków odwrotnych: zdarzeń „obiektywnie nieprzewidywalnych, lecz subiektywnie przewidywalnych dla Stanisława”.

<sup>83</sup> Półzartem zaznaczę, że jedyne, co tu jest pewne, to to, iż kryterium obiektywnej przewidywalności nie może być odnoszone samo do siebie.

ma przewidywalność w zakresie mechanizmu przyczynowego? Odpowiedź jest oczywista tylko dla przestępstw umyślnych: skoro sama tożsamość mechanizmu nie ma tu znaczenia, to i możliwość przewidywania mechanizmu (subiektywna czy obiektywna) nie ma nic do rzeczy. Powracając do wcześniejszego przykładu, gdy umyślnie porzuciłem człowieka przywiązanego do drzewa, wierząc, że ofiara „typowo” umrze w lesie z głodu lub odwodnienia, a ona „nietypowo” zmarła z wychłodzenia, choć był środek lata, zjadł ją zbiegły z zoo tygrys, a nawet grupa kanibali na wycieczce, stanowi to (z punktu widzenia przewidywalności subiektywnej) błąd co do przebiegu związku przyczynowego, ten zaś tradycyjnie uważa się za prawnie nieistotny. Czemu te same fakty miałyby nabrać znaczenia ze względu na swą nieprzewidywalność obiektywną?

Tytułem podsumowania: odwoływanie się do koncepcji obiektywnego przypisania jest w sądach praktyką stosowaną od względnie dawna i uznaną, choć z pewnością nie codzienną ani rutynową. Z czysto dogmatycznego punktu widzenia oparcie dla tej praktyki stanowi art. 9 § 2 k.k., jest to jednak podstawa fragmentaryczna. Z przepisu tego da się wywieść warunek (IV) (wyrażenie „popelnia go [czyn zabroniony] na skutek niezachowania ostrożności”) oraz – z najwyższym trudem – warunki (I) oraz (II) (jeśli przyjąć, że mieszczą się one w ogólnym pojęciu ostrożności). Warunek wzrostu ryzykowności nie ma, w moim przekonaniu, oparcia w obecnym stanie prawnym<sup>84</sup>, podobnie jak warunek obiektywnej przewidywalności (odczytywanie art. 9 § 2 *in fine* k.k. w duchu obiektywistycznym jest nadinterpretacją).

W porównaniu z obowiązującym stanem prawnym projektowany art. 2 § 1 k.k. sygnalizowałby, że dokonanie każdego (a nie tylko nieumyślnego) przestępstwa typu materialnego wymaga spełnienia pewnych szczególnych przesłanek normatywnych. Pozostałby w mocy warunek (IV) (dzięki zwrotowi „powoduje skutek w wyniku<sup>85</sup> niezachowania reguły”). Przepis usuwałby oswojone pojęcie ostrożności<sup>86</sup>, zastępując je „regułą postępowania z dobrem prawnym” i m.in. potęgując wątpliwości co do identyfikacji celu normy prakseologicznej, wspomniane przy omawianiu przesłanki (I)<sup>87</sup>. Znalezienie punktu zaczepienia dla przesłanek

<sup>84</sup> Podobne zastrzeżenie zgłasza M. Małecki (*Z problematyki obiektywnego przypisania...*, s. 50): „Można mieć wątpliwości, czy obowiązujący Kodeks karny uzasadnia kategorię tezę, że dopiero takie nastąpienie skutku (przy czynie nieumyślnym), które wiązało się ze znacznym zwiększeniem ryzyka dla dobra prawnego, jest sytuacją karygodną w aspekcie abstrakcyjnym”.

<sup>85</sup> Wyrażenie „w wyniku” jest językowo zdecydowanie bardziej odpowiednie niż „na skutek”, gdyż chodzi tu o pewien rodzaj wynikania, ale wynikania nieprzyczynowego.

<sup>86</sup> Konsekwencje takiej zmiany wydają się szerokie i również przekraczają ramy artykułu o obiektywnym przypisaniu.

<sup>87</sup> Warunek, by chodziło o „regułę postępowania wiążącą w danych okolicznościach”, byłby zbędny, gdyż oczywisty. Normy ściśle prawne i normy prakseologiczne wiążą tylko w zakresie wyznaczonym przez swoje hipotezy, a poza nim się nie aktualizują.

(I) i (II) stałoby się jeszcze trudniejsze<sup>88</sup>. Ustawa nadal pomijałaby milczeniem kryterium wzrostu ryzykowności, natomiast art. 1 § 1a odnosiłby warunek przewidywalności „obiektywnej” do wszystkich okoliczności objętych znamionami przedmiotowymi, w tym zatem i znamieniem skutku. Zmiany nie stwarzałyby więc stanu prawnego bardziej czytelnego niż obecny.

Pięć wyliczonych na wstępie przesłanek przypisania skutku wydaje się mieć charakter istotny w tym sensie, że każda wykazuje pewną przydatność w limitowaniu odpowiedzialności za skutek (przynajmniej w odniesieniu do przestępstw nieumyślnych), żadna nie daje się całkowicie zastąpić przez cztery pozostałe i żadna nie jest z pozostałymi sprzeczna. Z dalszych wspomnianych warunków jeden (istotne naruszenie normy) jest dyrektywą pomocniczą, drugi (adekwatność przebiegu przyczynowego) jest prawdopodobnie zbędny, pokrywając się z kryterium przewidywalności, a trzeci (ryzyko nieakceptowane społecznie) byłby niezgodny z przesłanką (III), a nie wydaje się dla niej pożądaną alternatywą.

Skoro przesłanki (I)–(V) nie kłócą się wzajemnie, a raczej uzupełniają, należy wstępnie potraktować je jako „elementy konstrukcyjne” budowanej teorii przypisania skutku. Możemy jednak wykorzystać je wszystkie albo tylko niektóre, a każda konfiguracja elementów składowych da nam w efekcie inny mechanizm przypisania, dający też inne wyniki w praktyce sądowej. I tak, dla przykładu, jaskrawe różnice powstaną w zależności od tego, czy warunek (III) będzie subsydiarny względem (IV), znajdzie się z nim w koniunkcji, czy też w ogóle go zastąpi<sup>89</sup>. Sądzę więc, że tematem dalszych badań powinno być porównywanie możliwych wariantów obiektywnego przypisania.

Obiektywne przypisanie należy do „teorii prawniczych”, te zaś są teoriami tylko w sensie humanistycznym, postulującymi pewną systematykę i terminologię<sup>90</sup>. W prawie karnym najczęściej odnoszą się one do logicznej struktury przestępstwa i mają służyć celom porządkującym, „aby proces myślowy w sądzie był uregulowany, by przebiegał etapami, by mieścił się w ustalonej i opracowanej siatce pojęć i był przez to możliwy do skontrolowania”<sup>91</sup>, pozwalają na stoso-

<sup>88</sup> Zwrot „powoduje skutek w wyniku niezachowania reguły postępowania z dobrem prawnym” nie jest równoznaczny z „narusza dobro prawne w wyniku niezachowania reguły postępowania z tym właśnie dobrem”, a tym bardziej „w wyniku niezachowania reguły chroniącej to właśnie dobro przed takim właśnie niebezpieczeństwem”.

<sup>89</sup> W moim przekonaniu szczególnie niepożądana byłaby zupełna rezygnacja z przesłanek (II) i (IV) przy pozostawieniu (III), gdyż wówczas odpowiedzialność za przestępstwa skutkowe oparłaby się na czystym wzroście ryzyka, przyjmując niekiedy charakter mocno przypadkowy, czego właśnie teoria obiektywnego przypisania miała uniknąć.

<sup>90</sup> „Dział nauki o literaturze, kulturze, sztuce itp. zajmujący się systematyzowaniem pojęć i twierdzeń leżących u podstaw tych dziedzin” – *Słownik Języka Polskiego* PWN, <http://sjp.pwn.pl/slowniki/teoria.html> (dostęp: 12.10.2016), znaczenie nr 2. O innym pojmowaniu teorii w naukach empirycznych zob. P. Konieczniak, *Eksperyment naukowy i techniczny a porządek prawny*, Warszawa 2013, zwł. s. 158–167 oraz cyt. tam literaturę.

<sup>91</sup> J. Kochanowski, *O zbędności teorii przyczynowości w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 11, s. 789–790.

wanie prawa karnego w sposób pewny i obliczalny, bez irracjonalności, dowolności i improwizacji; wreszcie sprzyjają ekonomii myślenia<sup>92</sup>. Teorie prawnicze, w przeciwieństwie do przyrodniczych nie podlegają metodycznemu testowaniu (próbom falsyfikacji)<sup>93</sup>. Teorii prawniczej nie da się zresztą, ściśle rzecz biorąc, sfalsyfikować (obalić), można jednak testować jej skuteczność w działaniu, odnosząc ją do możliwie zróżnicowanych stanów faktycznych rzeczywistych (w tym historycznych lub powstałych poza polską jurysdykcją), a nawet zmyślonych. Krytyka powinna koncentrować się na słabościach i „szukać dziury w całym”: nie wystarczy, że dana koncepcja odpowiedzialności w przypadkach *A*, *B*, *C*... zdaje się dawać rezultaty „prawidłowe”, „rozsądne” i „słuszne”, ważne, że w przypadku *D* sobie nie radzi<sup>94</sup>. Oznacza to, że wymaga ona rewizji albo też jej zasięg stosowania jest węższy, niż oczekiwaliśmy.

Z tej perspektywy koncepcja obiektywnego przypisania stanowi dziś coś na kształt prototypu urządzenia technicznego, który dopiero oczekuje na poddanie systematycznym testom.

## ON THE DRAFT AMENDMENT THAT DID NOT ENTER IN FORCE. THE LIGHT AND DARK SIDE OF THE IDEA OF „OBJECTIVE ATTRIBUTION OF A CRIMINAL EFFECT”

### Summary

The subject is the 2013 draft law, that was to amend the Polish Penal Code of 1997, but was finally abandoned. It concerned implementation of the „objective attribution of

<sup>92</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element...*, s. 25–26.

<sup>93</sup> O falsyfikacji w nauce zob. ogólnie P. Konieczniak, *Eksperyment...*, s. 171–173, 218–221. Z punktu widzenia filozofii nauki teorie prawnicze nie bardzo zasługują na miano naukowych. W ostatnich latach dostrzeżono jednak możliwość ich traktowania na podobieństwo teorii empirycznych i poddawania próbom falsyfikacji zgodnie z postulatami K. Poppera. Zob. Ł. Pohl, *Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 1, s. 55; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element...*, s. 22; a zwłaszcza J. Giezek, *Metoda prawa karnego. O budowaniu „karnistycznych” teorii naukowych oraz ich wpływie na odpowiedzialność karną*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie”, t. VIII, *Rozprawa o metodzie prawa i polityki*, Wrocław 2014.

<sup>94</sup> Do podobnej konkluzji dochodzą S. Tarapata i D. Zajac (*Znaczne zwiększenie uprzedniego zagrożenia...*, s. 61): w kwestii kryteriów obiektywnego przypisania należy nie tylko prowadzić krytykę wewnętrzną („prowadzić dalsze badania oraz toczyć debaty”), lecz przede wszystkim analizować „bogate spektrum sytuacji faktycznych, w którym **mogą się pojawić problemy** z odpowiedzialnością na pytanie, czy można obarczyć jednostkę odpowiedzialnością za wystąpienie prawnokarnie relewantnego następstwa”.

an effect” concept, an equivalent of German „objektive Zurechnung”. Numerous types of crimes (so-called „przestępstwa materialne”) are causally defined and their definitions fit only the cases where the cause-effect relationship (sc. between human behaviour and the effect specifically prescribed by law) is present. For the complete fulfilment of crime existence of the cause-effect relationship is a necessary condition, but from the point of view of equity it can be regarded an insufficient condition. Therefore the „objective attribution” idea proposes some additional limitations to criminal responsibility for an effect of a human behaviour.

The paper discusses five criteria (limiting conditions) proposed so far: (1) the behaviour must cause harm to some „legal value” through breaking a legal norm that’s purpose was protecting just the same value (norm purpose identity condition); (2) the harm must result from the same causal mechanism, for which the legal norm was intended (mechanism identity condition); (3) the behaviour must bring on a substantial increase of risk of such harm (increase of risk condition); (4) the harm would not happen if the behaviour did not break the norm (negative test condition); (5) the harm was predictable for a hypothetical „reliable person” being in identical conditions („objective predictability” condition). These conditions are logically independent, i.e. neither none is implied by any other nor none is excluded by any other. They can all potentially be „building blocks” for the legal future construction. Of the further three proposed conditions one is only subsidiary („substantial breach of the norm”), one is redundant and unnecessary („adequacy of causal course”) and one is practically undesired („socially accepted increase of risk”).

Polish Common Courts and the Supreme Court have appealed to the „objective attribution” concept in criminal cases for over 15 years, though infrequently. Such a practice has only partial and unclear legal basis (now it is Article 9 § 2 of the Penal Code). The would-be amendment to the Penal Code would not remove the previous doubts. What is more important, the proposed amendment was premature, as the set of conditions listed above allows to design many different versions of the „objective attribution”, and so far there is not a common acceptance for a particular one.

## BIBLIOGRAFIA

- Barczak-Oplustil A., Glosa do postanowienia SN z dnia 15 lutego 2012 r., II KK 193/11, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, z. 4
- 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, t. II, Warszawa 2012
- Bielski M., *Obiektywne przypisanie skutku przestępnego w przypadku kolizji odpowiedzialności za skutek*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 10
- Czerwińska D., *Nauka o obiektywnym przypisaniu skutku w orzecznictwie Sądu Najwyższego i Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 2
- Dębski R., *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995
- Filar M., *Leczenie. Sztuka czy rzemiosło*, [w:] *Problemy nauk penalnych: prace ofiarowane pani profesor Oktawii Górniok*, red. L. Tyszkiewicz, Katowice 1996
- Filar M., *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000

- Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990
- Giezek J., *Metoda prawa karnego. O budowaniu „karnistycznych” teorii naukowych oraz ich wpływie na odpowiedzialność karną*, „Wrocławskie Studia Erazmjańskie”, t. VIII, *Rozprawa o metodzie prawa i polityki*, Wrocław 2014
- Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994
- He J., Whelton P. K., Vu B., Klag M. J., *Aspirin and risk of hemorrhagic stroke: A meta-analysis of randomized controlled trials*, „Journal of American Medical Association” 1998, nr 280(22)
- Hofmański P., Zabłocki S., *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2011
- Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009
- Kaftal A., *Przestępstwo ciągle w polskim prawie karnym*, Warszawa 1985
- Kant I., *O domniemanym prawie do kłamstwa z pobudek miłości ludzkiej*, „Filo-Sofija” 2002, nr 1(2)
- Kant I., *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Kęty 2001
- Kochanowski J., *O zbędności teorii przyczynowości w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 11
- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2004
- Konieczniak P., *Eksperyment naukowy i techniczny a porządek prawny*, Warszawa 2013
- Liszewska A., *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998
- Małecki M., *Z problematyki obiektywnego przypisania skutku (przypadek płonącego anioła)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, z. 2
- Marcinkowska A., Glosa do postanowienia SN z dnia 9 maja 2013 r., V KK 342/12, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 6
- Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, red. I. Friedrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak, Warszawa 1997
- Pohl L., *Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 1
- Rybak-Starczak A., Glosa do postanowienia SN z dnia 28 września 2006 r., I KZP 19/06, „Palestra” 2007, nr 11–12
- Sarkowicz R., *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym (na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.)*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z nauk politycznych” 1989, z. 37
- Spotowski A., *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990
- Sroka T., *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013
- Tarapata S., Glosa do postanowienia SN z dnia 9 maja 2013 r., V KK 342/12, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 11–12, LEX nr 138823
- Tarapata S., Zajac D., *Znaczne zwiększenie uprzedniego zagrożenia dla dobra prawnego spowodowanego przez sprawcę jako negatywna przesłanka obiektywnego przypisania skutku*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014, z. 3
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010
- Zoll A., *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988

---

**KEYWORDS**

cause-effect relationship in criminal law, objective attribution of an effect, risk, caution, predictability

**SŁOWA KLUCZOWE**

przestępstwo materialne, związek przyczynowy, obiektywne przypisanie skutku, ryzyko, ostrożność, przewidywalność