

Dr RAFAŁ KUBIAK

Katedra Prawa Karnego

Zakład Prawa Karnego Materialnego

Dopuszczalne ryzyko i jego umiejscowienie w strukturze przestępstwa

I

Uwagi wstępne

Współczesny gwałtowny rozwój techniki i narastająca szybkość wykonywania codziennych czynności niosą z sobą liczne zagrożenia dla dóbr chronionych prawem. Powstaje więc dylemat: jak pogodzić zapewnienie bezpieczeństwa dla życia i zdrowia człowieka, czy innych dóbr posiadających wartość społeczną i będących przedmiotem ochrony prawnokarnej, z koniecznością prowadzenia ryzykownych działań, np. doświadczeń medycznych czy technicznych, warunkujących postęp cywilizacyjny¹. Sposobem rozstrzygnięcia tej kolizji może być konstrukcja tzw. dopuszczalnego ryzyka, którego koncepcja była rozważana w doktrynie od końca XIX w.

Dyskusję na temat dopuszczalnego ryzyka na gruncie prawa karnego zapoczątkował Ludwig von Bar, który w 1871 r., prowadząc rozważania dotyczące problemu przyczynowości (*Kausalproblem*), odróżniał „warunek” od „przyczyny” tworzącej związek przyczynowy między działaniem a skutkiem. Zachowanie człowieka może być przyczyną pojawienia się określonego zjawiska, jednakże skutki tego zachowania nie muszą pokrywać się z przewidywanymi. W życiu bowiem występuje pewien margines ryzyka. Przewidywalność następstw nie stanowi – zdaniem tego autora – kryterium

¹ T. Cyprian, *Postęp techniczny a prawo karne*, Warszawa 1966, s. 27.

ograniczenia prawnokarnej odpowiedzialności, gdyż niejednokrotnie istnieje możliwość przewidzenia pewnych następstw (choćby w ujęciu statystycznym); mimo to zachowanie mogące je przynieść nie zostaje zabronione². Egzemplifikując tę tezę, L. von Bar wskazywał na dokonywanie operacji chirurgicznych, których szkodliwe następstwa są w dużej mierze przewidywalne, a jednak ich sprawca nie ponosi odpowiedzialności karnej, gdyż ich dokonanie jest zgodne z zasadami życia (*Regel des Lebens*)³. W takich okolicznościach zachodzi co prawda związek między działaniem a skutkiem, nie ma on jednak znaczenia prawnego, gdyż relewantność prawnokarne zachowania występuje wyłącznie w przypadku zdarzeń typowych, zaś zdarzenia nietypowe są irrelevantne. Ryzyko zostaje zakazane, jeśli jest niezgodne z regułami życia. Natomiast gdy ich brak, legalizacja ryzykownych przedsięwzięć może nastąpić wyłącznie przez wskazanie korzyści, jakie płyną z tych działań. Ustalenie profitów społecznych wymaga przeprowadzenia stosownej oceny, co nie następuje jednak na etapie analizy związku przyczynowego⁴.

II

Dopuszczalne ryzyko a вина

Konstrukcję dopuszczalnego ryzyka łączono następnie z tzw. regułami ostrożności, których przestrzeganie legalizowało podjęcie czynności ryzykownych. Początkowo zasady ostrożności uznawano za element strukturalny winy nieumyślnej. Przyjmowano, iż podjęcie niebezpiecznego działania, ale zgodnego z wymaganym obowiązkiem ostrożności, skutkuje brakiem odpowiedzialności karnej, ze względu na wykluczenie winy⁵. Zmodyfikowaniu ulegały bowiem założenia psychologicznej teorii winy, rozpowszechnionej w końcu XIX w. Początkowo zakładała ona, że zawinione jest zachowanie polegające na nieprzewidzeniu (pomimo istnienia takiej możliwości) negatywnych skutków niebezpiecznego działania i niepowstrzymaniu się od niego. Ewolucja tej koncepcji polegała na wprowadzeniu kryterium umożliwiającego wartościowanie przewidywalności prawnokarnych skutków zachowania sprawcy, co następowało przez przyzmat reguł ostrożności, do przestrzegania których sprawca był zobowiązany⁶.

² L. v. Bar, *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte*, Leipzig 1871, s. 11 i n.; podaje za: J. Rehberg, *Zur Lehre vom „Erlaubte Risiko“*, Zürich 1962, s. 21–22.

³ L. v. Bar, *Die Lehre...*, s. 21–22.

⁴ J. Radzicki, *Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym*, Warszawa 1967, s. 25–26.

⁵ W. Mąciór, *Problem przestępstw nieumyślnych na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, Kraków 1968, s. 54.

⁶ K. Buchała, *Bezprawność przestępstw nieumyślnych oraz wyłączające ją dozwolone ryzyko*, Warszawa 1971, s. 145–147.

Pogląd o dopuszczalnym ryzyku jako okoliczności uchylającej winę nieumyślną zaprezentował R. von Hippel⁷. Twierdził on, iż wina sprawy istnieje tylko wówczas, gdy można mu postawić zarzut, że zachował się wbrew obowiązкови. Zarzut ten polegał na tym, że sprawca przewidywał lub mógł przewidzieć ujemne skutki swego działania i, wbrew powinności jego zaniechania, zachowanie to zrealizował, urzeczywistniając istotę czynu. Ocena winy nieumyślnej dokonywana jest przez pryzmat podwójnej miary, obejmującej elementy obiektywne i subiektywne. Zdaniem tego autora, liczne są przypadki ryzykownych działań, które mogą urzeczywistnić ujemne następstwa, ale jeśli ich sprawca obiektywnie nie narusza reguł postępowania, to nie można mu w konkretnym przypadku postawić zarzutu winy. Przestrzegając bowiem reguł ostrożności, nie narusza powinności przewidzenia zagrożenia i jego uniknięcia⁸. Uzasadnieniem dopuszczalności ryzykownych działań jest stwierdzenie, iż pewne sfery ludzkiego życia, nawet przy dołożeniu maksymalnej ostrożności, nie zostaną pozbawione elementu niebezpieczeństwa, a są one z kolei niezbędne dla realizacji potrzeb społecznych⁹. W przypadku natomiast, gdy sprawca przekroczy żądane zasady ostrożności, będzie mógł uniknąć odpowiedzialności na drugim etapie wartościowania jego winy, a mianowicie w wyniku oceny, czy miał on możliwość uniknięcia negatywnych skutków. Kryteriami oceny winny tu być osobnicze zdolności i cechy sprawcy¹⁰.

Znaczenia dopuszczalnego ryzyka dla konstrukcji winy nieumyślnej doszukiwali się również R. von Frank¹¹ i E. Mezger¹². Autorzy ci podzielali pogląd, iż elementem konstrukcyjnym nieumyślności jest zaniedbanie obowiązku staranności, wskazanego bądź przez wyraźny przepis ustawy, bądź przez zwyczaje przyjęte w obrocie. Ryzykowne działania są dopuszczalne tylko wówczas, gdy są one uzasadnione społecznymi korzyściami takich czynności. Jeśli natomiast podczas ich wykonywania zostanie naruszony wymagany obowiązek staranności, zachowanie takie staje się nielegalne, a wyłączenie winy może nastąpić w wyniku dokonania oceny jej subiektywnego elementu.

Poglądy o dopuszczalnym ryzyku jako okoliczności uchylającej zawinienie reprezentowane były również w literaturze szwajcarskiej. Przedstawicielami tego nurtu byli m. in. A. Thormann i Ph. von Overback, którzy dla oceny nieumyślności postulowali wykorzystanie kryteriów obiektywnego i subiek-

⁷ R. v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin 1932, s. 143–144.

⁸ *Ibidem*, s. 144.

⁹ *Loc. cit.*

¹⁰ J. Radzicki, *Ryzyko...*, s. 27.

¹¹ R. v. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (Kommentar)*. Die Strafgesetzbuchgebung der Jahre 1931 bis 1935, Tübingen 1936, s. 194.

¹² E. Mezger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, München–Berlin 1957, s. 186–187.

tywnego¹³. Analizując ustawowy zapis określający nieumyślność, zawarty w art. 18 szwajcarskiego k.k.¹⁴, stwierdzili, iż konstrukcja dopuszczalnego ryzyka mieści się w sformułowaniu „według okoliczności”, które wytyczają zakres powinnego obowiązku staranności. Miara ostrożności pozostaje więc w stosunku wprost proporcjonalnym do wielkości zagrożenia, które niesie z sobą zachowanie sprawcy. Oceny wielkości dozwolonego ryzyka dokonuje w konkretnym przypadku sąd, lecz szczególne przepisy dotyczące określonej sfery działalności mogą stanowić punkt odniesienia dla rozumowania sędziego. Za przykłady okoliczności niosących nieuniknione, ale usprawiedliwione ryzyko, autorzy ci podawali operacje chirurgiczne i ćwiczenia fizyczne¹⁵. Podobnego zdania był również P. Logoz, który w formule „według okoliczności” upatrywał zakresu wymaganego obowiązku staranności, przy czym do jego oceny i wartościowania zakresu dozwolonego ryzyka sugerował wykorzystać także zawodowe reguły sztuki (*beruflichen Kunstregel*)¹⁶.

Zaprezentowane poglądy ogniskowały się więc na dopuszczalnym ryzyku jako okoliczności uchylającej winę nieumyślną, jednakże były one skierowane wyłącznie na jedną z jej postaci – niedbalstwo. W przypadku bowiem lekkomyślności, u podłoża której leżała świadomość możliwości ujemnych skutków i bezpodstawne przypuszczenie ich uniknięcia, teza o braku możliwości przewidzenia i nieprzewidzeniu następstw okazała się sprzeczna z założeniami koncepcji lekkomyślności. Skoro istotą lekkomyślności jest przewidywanie następstw, to sprawca nie może uwolnić się od odpowiedzialności, twierdząc, iż działał w granicach dozwolonego ryzyka, gdyż go nie przewidywał i nie mógł przewidzieć. Rozstrzygnięcie tej sprzeczności stało się możliwe dopiero na gruncie normatywnej teorii winy, która wprowadziła elementy ocenne, dotyczące możliwości zachowania się zgodnie z prawem. W przypadku lekkomyślności, przyjęta w polskim kodeksie karnym z 1932r. formuła „bezpodstawnie przypuszczał, że skutku uniknie” wymagała wartościowania. Zapis ten umożliwiał usunięcie odpowiedzialności, jeśli sprawca podejmował się co prawda ryzykownych działań, ale mógł mieć uzasadnione przypuszczenie, że negatywne skutki nie nastąpią¹⁷.

¹³ A. Thormann, Ph. v. Overbeck, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch (Kommentar)*, Zürich 1940, akapit 36 i n., podają za: J. Rehberg, *Zur Lehre...*, s. 38.

¹⁴ „Nieumyślnie popełnia zbrodnię lub występki ten, kto na skutek zawinionej nieostrożności nie zdaje sobie sprawy ze swego czynu lub nie liczy się z jego konsekwencjami. Nieostrożność jest zawiniona, gdy sprawca nie zachowuje ostrożności, do której jest obowiązany w zależności od okoliczności i sytuacji osobistej”; art. 18 szwajcarskiego kodeksu karnego z 1937 r., *Szwajcarski kodeks karny*, Warszawa 1960, s. 12.

¹⁵ A. Thormann, Ph. v. Overbeck, *Das Schweizerische...*, s. 38.

¹⁶ P. Logoz, *Commentaire du Cide Penal Suisse*, Paris 1939, podają za: J. Rehberg, *Zur Lehre...*, s. 38.

¹⁷ K. Buchała, *Bezprawność...*, s. 150.

Dla kwestii winy istotne nadto było ustalenie, czy sprawca znajdował się w typowej (normalnej) sytuacji motywacyjnej i mimo to zachował się niezgodnie z prawem, czy też sytuacja „zmuszała go” do niedochowania wierności prawu¹⁸. Przy ocenie zawinienia należy zatem brać pod uwagę naciski motywacyjne na wolę sprawcy działającego zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. O ile jednak przy przestępstwach umyślnych katalog okoliczności rzutujących na proces decyzyjny winien być wskazany w ustawie, o tyle przy przestępstwach nieumyślnych zakres oceny może być bardzo szeroki¹⁹. Możliwość zastosowania kryterium wymagalności zgodnego z prawem zachowania się przy przestępstwach nieumyślnych dostrzega W. Mąciór²⁰. Zauważa on, że nieumyślność nie jest prostym złożeniem dwóch czynników: świadomości lub możliwości świadomości negatywnych konsekwencji zachowania i następstw nieostroznego czynu. Dla ustalenia nieumyślności niezbędne jest również stwierdzenie możliwości zachowania się zgodnego z prawem. Zdarza się bowiem niejednokrotnie, iż sprawca podejmuje ryzykowną czynność, przewidując możliwość nastąpienia ujemnego skutku, mimo to jednak nie poniesie odpowiedzialności karnej, gdyż znalazł się w konkretnych okolicznościach w anormalnej sytuacji motywacyjnej²¹.

Normatywna teoria winy mogłaby również posłużyć do ustalenia nieodpowiedzialności sprawcy, który podejmuje ryzykowne działania, urzeczywistniające prawnokarne skutki, nad którymi jednak nie może zapanować ze względu na biologiczne „nienadążanie człowieka za maszyną” czy brak możliwości kontrolowania pewnych procesów fizykochemicznych, np. ze względu na ich gwałtowność przebiegu²². Niemożność niepowstrzymania niebezpieczeństwa i naruszenia dóbr prawnych spowoduje wyłączenie winy ze względu na atypową sytuację, w której znalazł się sprawca.

Poszukiwania koneksji dopuszczalnego ryzyka i winy zostały skrytykowane w literaturze przedmiotu zarówno ze względów teoretycznych, jak i praktycznych. Stanowisko opozycyjne wobec łączenia winy i dopuszczalnego ryzyka zajął m. in. A. Gubiński, który zauważył, iż w praktyce wymiaru sprawiedliwości podstawą uwolnienia sprawcy naruszenia dóbr prawnych w wyniku nieudanej próby nowatorskiej jest formuła nieumyślności²³. Analizując jej konstrukcję, autor ten dochodzi do wniosku, iż sprawcy

¹⁸ Por. przykładowo: W. Wolter, *Nauka o przestępstwie, Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 116–117; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 293–294; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 233–234.

¹⁹ Por. K. Buchała, *Bezprawność...*, s. 151.

²⁰ Por. W. Mąciór, *Problem...*, s. 77–78.

²¹ *Loc. cit.*

²² Por. T. Cyprian, *Postęp techniczny a prawo karne*, Warszawa 1966, s. 35 i n.

²³ Por. A. Gubiński, *Ryzyko nowatorstwa, Państwo i Prawo* 1960 r., nr 1, s. 46.

można przypisać niedbalstwo tylko wyjątkowo, a mianowicie: gdy podejmujący się ryzykownych działań nie przewiduje potencjalnych negatywnych skutków. Wówczas jego zachowanie należy weryfikować przez pryzmat powinności i możliwości przewidzenia. W praktyce jednak najczęściej osoba realizująca niebezpieczne czynności zdaje sobie sprawę z możliwych naruszeń dóbr prawnych, a więc ciężar zagadnienia przesuwają się na drugą z postaci nieumyślności – lekkomyślność. Sprawca uniknie odpowiedzialności, jeśli zostanie ustalone, iż jego przypuszczenie uniknięcia negatywnych skutków było uzasadnione – podstawne. Ocena podstawności jest jednak dokonywana *ex post*, tzn. gdy prawnokarny skutek już nastąpił, co może ją zakłócić i wpłynąć na jej rzetelność²⁴. Może zatem spowodować wydanie orzeczeń niesprawiedliwych, a judykaturze utrudnić ustalenie prawdy materialnej. Ponadto ocena ryzykownych działań na płaszczyźnie podmiotowej sugeruje tezę, iż są one bezprawne i cechują się społeczną szkodliwością, co pozostaje w sprzeczności z rzeczywistością. Nie można bowiem traktować podejmowania wysiłków w celu osiągnięcia ważnych społecznie korzyści (np. postępu nauki i techniki, polepszenia warunków bytu człowieka) za społecznie ujemne²⁵.

Przeciw rozstrzygnięciu problemu dozwolonego ryzyka na płaszczyźnie podmiotowej wypowiadał się również H. Popławski²⁶, który podobnie do A. Gubińskiego przytaczał argumenty. Stwierdzał, iż przy ocenie winy należy brać pod uwagę wiele dodatkowych okoliczności, wpływających na możliwość przewidzenia konsekwencji zachowania. W praktyce proces decyzyjny oparty jest na pewnym niekompletnym zbiorze danych, a co za tym idzie – decydent nigdy nie jest w stanie uwzględnić wszystkich czynników i nimi pokierować²⁷. Biorąc to wszystko pod uwagę, ocena ryzyka przez pryzmat winy wydaje się niesłuszna i niebezpieczna dla sprawiedliwościowej i gwarancyjnej funkcji prawa karnego.

Na konsekwencję tę zwracał uwagę także J. Radzicki, który zauważył, że przyjęcie szkodliwości społecznej ryzykownych działań może stanowić hamulec dla inicjatywy twórczej. Podkreślał ponadto, iż ustalenie dopuszczalności czynności ryzykownych winno nastąpić w sposób ponadindywidualny, a nie indywidualnie na płaszczyźnie podmiotowej²⁸. Istotne jest bowiem wytyczenie ogólnych reguł dozwoloności zachowania, a dopiero wówczas, gdy zostaną one pogwałcone, należy badać przypadek indywidualnie i weryfikować zachowanie sprawcy przez pryzmat zawinienia²⁹.

²⁴ *Loc. cit.*

²⁵ *Ibidem*, s. 47.

²⁶ H. Popławski, *W kwestii rozwiązania zagadnienia ryzyka w płaszczyźnie winy*, Nowe Prawo 1969 r., nr 5, s. 716–717.

²⁷ *Ibidem*, s. 717.

²⁸ Por. J. Radzicki, *Ryzyko...*, s. 29.

²⁹ *Loc. cit.*

Koncepcji dopuszczalnego ryzyka jako elementu wartościowania przy zawinieniu sprzeciwia się również W. Mąciór, który usunięcie z istoty czynu kwestii umyślności i nieumyślności uznaje za niewłaściwe. Ponadto – podobnie jak wcześniej wspomniani autorzy – dostrzega sprzeczność w uznaniu działań ryzykownych za szkodliwe społecznie. Podkreśla, że w takim ujęciu, zarówno wszystkie przedsięwzięcia życia codziennego, jak i niosące z sobą zagrożenia działania doświadczalne musiałyby być uznane za bezprawne, a takie stanowisko nie odpowiada poczuciu prawnemu i społecznemu³⁰.

III

Kontratypowy charakter dopuszczalnego ryzyka

Krytyka koncepcji przyznających dopuszczalnemu ryzyku funkcję w zakresie winy uzasadniła poszukiwanie innych rozwiązań; jednym z nich było uznanie ryzyka za okoliczność kontratypową. Rozważania dotyczące ryzyka jako okoliczności uchylającej bezprawność czynu były możliwe dzięki zmianie poglądów na strukturę przestępstwa, spowodowanej założeniami finalnej teorii czynu. Zwolennicy tej koncepcji przyjmowali bowiem, iż nieumyślność oraz umyślność charakteryzują czyn, nie stanowią zaś elementu konstrukcyjnego winy³¹. Stąd też obowiązek ostrożności, immanentnie związany z nieumyślnością, łączy się z bezprawnością, a nie z zawinieniem. Działanie w granicach dopuszczalnego ryzyka, polegające na przestrzeganiu zasad ostrożności, jest antytezą nieumyślności, a zatem powoduje jej brak i w konsekwencji wyklucza bezprawność czynu³².

Ponadto, uzasadniając tę tezę, można wskazać na kolizję społecznie ważnych interesów, z których jeden polega na ochronie istotnych w ujęciu społecznym dóbr prawnych, drugi zaś utożsamiany jest z szeroko rozumianą koniecznością realizacji potrzeb życia społecznego (np. prowadzenie prac badawczych, czy choćby wykonywanie czynności codziennych cechujących się niebezpieczeństwem)³³. Sprzeczność ta może zostać rozstrzygnięta dzięki bilansowi korzyści i strat, które potencjalnie powstaną z ryzykownych czynności. Określenie stopnia opłacalności społecznej oraz jej ukierunkowanie na któryś ze stojących w kolizji interesów wytyczy zakres dozwolenia ryzyka³⁴.

³⁰ Por. W. Mąciór, *Problem...*, s. 54.

³¹ *Loc. cit.*

³² *Loc. cit.*

³³ A. Gaberle, *Dopuszczalne ryzyko jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu*, Nowe Prawo 1965 r., nr 12, s. 1400.

³⁴ *Loc. cit.*

W nauce niemieckiej zwolennikiem kontratypowego ujęcia ryzyka był A. Dohna, który rozpatrywał je jako milczące ustawowe dozwoleństwo realizowania czynności niebezpiecznych, jeśli przedstawiają one dużą wartość społeczną³⁵. Zdaniem tego autora, działanie nie jest bezprawne, jeśli stanowi uznany przez prawo środek do osiągnięcia legalnego celu³⁶.

Na kontratypowy charakter ryzyka wskazywał także K. Binding. Uzasadniał on dozwoleństwo ryzykownych czynności: z jednej strony – koniecznością ich wykonywania ze względu na przeważający interes społeczny, z drugiej zaś – zachowaniem odpowiednich proporcji między stopniem ryzyka i wartością zagrożonych dóbr³⁷. Miarę umiarkowanego ryzyka (*maßvollen Risikos*) winno wyznaczać obowiązujące prawo oraz, w konkretnym przypadku, sąd orzekający. Przy czym sędzia powinien ocenić niezbędność ryzyka, biorąc pod uwagę bilans wynikający z zagrożenia dóbr prawnych i potencjalnych korzyści wypływających z ryzykownych działań (zarówno dla sprawcy, jak i porządku prawnego oraz państwa)³⁸.

Za dopuszczalnym ryzykiem jako okolicznością uchylającą bezprawność opowiadał się również K. Engisch³⁹. Wskazywał on na dwa rodzaje staranności: wewnętrzną, związaną z brakiem możliwości rozpoznania okoliczności czynu, oraz zewnętrzną, która zachodzi, gdy co prawda sprawca rozpoznawał lub mógł rozpoznać możliwość realizacji istoty czynu, ale obiektywnie zachowywał się ostrożnie (np. w przypadku zgodnego z przepisami prowadzenia samochodu)⁴⁰. Nieprzestrzeganie obowiązku staranności, a więc podjęcie niebezpiecznych czynności, w zasadzie skutkuje bezprawnością zachowania, jednakże prawo może dopuszczać legalizację takiego postępowania. Uzasadnieniem jest tu szczególne upoważnienie, występujące obok uznanych okoliczności uchylających bezprawie. Dozwoleństwo to jest uwarunkowane z jednej strony – słusznym celem działania, np. podjętym dla ratowania życia czy zdrowia, poszerzania wiedzy itp., z drugiej – porównaniem zakresu i prawdopodobieństwa realizacji celu z potencjalnymi naruszeniami dóbr prawnych. Upoważnienie łączy się jednak z dodatkowym obowiązkiem zastosowania wszelkich dostępnych środków w celu minimalizacji grożącego dobrom prawnym niebezpieczeństwa. Nieprzestrzeganie zaś tego zakazu autor ten kwalifikuje jako „niewłaściwe przestępstwa z zaniechania”⁴¹.

³⁵ Por. A. Dohna, *Zum neusten Stand der Schuldlehre*, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, t. 32, s. 327.

³⁶ *Loc. cit.*

³⁷ Por. K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung, Die Fahrlässigkeit*, Leipzig 1919, podaje za: J. Rehberg, *Zur Lehre...*, s. 24.

³⁸ *Loc. cit.*

³⁹ K. Engisch, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, Karlsruhe 1960, s. 417, podaje za J. Rehberg, *Zur Lehre...*, s. 25.

⁴⁰ *Loc. cit.*

⁴¹ *Loc. cit.*

Dopuszczalne ryzyko jako okoliczność uchylająca bezprawność rozpatrywali także A. Schönke i H. von Schröder, którzy stwierdzili, iż konstrukcja ta ma zastosowanie zarówno w przestępstwach umyślnych, jak i nieumyślnych⁴². Autorzy ci uznali legalność działań niebezpiecznych: zakładów, ruchu drogowego i wykonywania niebezpiecznych zawodów (np. pielęgniarstwo, służby ochrony pogranicza, policja), pod warunkiem, że nie zostały przekroczone ramy dozwolenia wytyczone wymaganym poziomem uwagi i staranności. Innymi słowy, ryzyko zostaje dopuszczane, jeśli niebezpieczne przedsięwzięcie zostało zrealizowane w taki sposób, jak powinno być podjęte. Ocena zakresu ryzyka winna być dokonana z uwzględnieniem przydatności przedsięwzięcia w ujęciu społecznym, stąd też legalne jest przeprowadzenie operacji chirurgicznych zagrażających życiu, jeśli są one niezbędne⁴³.

Ustalenie obiektywnych ram ryzyka nie stanowi ostatecznie o uchyleniu odpowiedzialności sprawcy, gdyż istotne jest również zbadanie subiektywnej strony obowiązku staranności. Stąd – zdaniem tych autorów – na działanie w ramach dopuszczalnego ryzyka nie może się powołać osoba, która rozpoznaje szczególne niebezpieczeństwo w danej sytuacji, pomimo że pozostałe osoby tego nie dostrzegają⁴⁴.

W literaturze szwajcarskiej w podobnym duchu wypowiadał się P. Noll, który dopuszczalne ryzyko traktował jako pozaustawowy kontratyp, występujący przy przestępstwach przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu⁴⁵. Legalność podjęcia takich działań, jak np. wykonywanie niebezpiecznych czynności dla osiągnięcia istotnych korzyści gospodarczych, uzależnił od ustalenia, że służą one interesowi publicznemu oraz że zastosowano wszelkie środki w celu uchylenia szkody zawartej w opisie czynu zabronionego⁴⁶.

Za kontratypowym charakterem dopuszczalnego ryzyka opowiadał się również V. Schwander, który uznawał tę okoliczność za prawnie relewantną – zarówno przy przestępstwach umyślnych, jak i nieumyślnych⁴⁷. Zauważył on, iż większość przedstawicieli nauki prawa bezprawność łączy ze skutkiem, który jest przedmiotem nakazu lub zakazu. Jest to jednak rozumowanie niewłaściwe, gdyż to nie skutek może być bezprawny (lub niebezpieczny), lecz zachowanie człowieka, które do owego skutku doprowadza („nie jest

⁴² A. Schönke, H. v. Schröder, *Strafgesetzbuch (Kommentar)*, München – Berlin 1959, s. 284.

⁴³ *Loc. cit.*

⁴⁴ *Ibidem*, s. 355.

⁴⁵ P. Noll, *Übersetzliche Rechtfertigungsgründe, insbesondere die Einwilligung des Verletzten*, Basel 1955, s. 14 i 51, podaje za: J. Rehberg, *Zur Lehre...*, s. 40.

⁴⁶ *Loc. cit.*

⁴⁷ V. Schwander, *Gefährliche Tat und Rechtswidrigkeit. Ein Beitrag zur Revision des Begriffes von der Rechtswidrigkeit*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1948, 63 Jahrgang, H. 3, s. 282.

zabroniona śmierć, lecz zabójstwo”). Prawnie relewantne staje się zatem niebezpieczeństwo stworzone przez potencjalnego sprawcę, grożące dobrom prawnym, które może spowodować ich naruszenie, i tym samym posłużyć za podstawę oceny bezprawności sprawcy. Nie można jednak ogólnie ustalić, kiedy zagrożenie jest bezprawne, lecz należy stan ten oceniać przez pryzmat konkretnych okoliczności. Zakazane jest zatem takie niebezpieczeństwo, które *in concreto* w niedopuszczalny sposób grozi chronionym prawnie dobrom, bez względu na to, czy doprowadzi do ich naruszenia, czy też nie. Istotą bezprawności niebezpieczeństwa jest więc to, iż zostało ono spowodowane w niedozwolony sposób. Rozumując *a contrario*, należy zalegalizować takie zagrożenia, które są dozwolone. Jeśli w toku takich czynności powstanie wyczerpujący istotę czynu skutek, to nie rodzi on odpowiedzialności karnej, gdyż stworzenie samego niebezpieczeństwa, a zatem całe zachowanie sprawcy było niebezprawne, lecz miał miejsce przypadek, nieszczęśliwy traf (*der Zufall*). Oddzielenie dozwolonego i niedozwolonego niebezpieczeństwa stwarza ustawodawcy i sędziemu wiele trudności. Jako wskazówki mogą być tu jednak pomocne następujące przesłanki: wartość przeciwstawionych sobie dóbr prawnych, wielkość potencjalnej szkody, stopień niebezpieczeństwa, możliwość osiągnięcia podobnych rezultatów bez konieczności narażania dóbr, możliwość odwrócenia szkody, szczególne osobiste stosunki sprawcy (np. obowiązki żołnierzy, policjantów, rodziców)⁴⁸.

Zwolennikiem kontratypowego charakteru dopuszczalnego ryzyka był również E. R. Frey⁴⁹, natomiast w literaturze austriackiej ten nurt rozważań reprezentował F. Exner⁵⁰.

Za wyłączeniem bezprawności w wyniku zastosowania konstrukcji dopuszczalnego ryzyka opowiadał się również H. Welzel, który zagadnienie to łączył z teorią tzw. społecznej adekwatności (*Sozialen Adaquanz*)⁵¹. To zaś pozwalało na rezygnację z koncepcji kontratypu na rzecz tezy o legalności pierwotnej działań „dopuszczalnie ryzykownych”. Zdaniem H. Welzla, jeśli czynność jest niebezpieczna, ale mieści się w przyjętym wzorcu, to jest społecznie akceptowalna – adekwatna, i stąd bierze się brak jej bezprawności, a sprawca porusza się w sferze dopuszczalnego ryzyka. Zakres dozwolenia jest tym szerszy, im cenniejszy w sensie społecznym cel może zostać osiągnięty dzięki niebezpiecznym działaniom. Społecznie adekwatne są więc przykładowo takie sfery działalności, jak funkcjonowanie kopalń, fabryk,

⁴⁸ *Ibidem*, s. 284–286.

⁴⁹ *Loc. cit.*

⁵⁰ F. Exner, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig – Wien 1910, podaje za: J. Rehberg, *Zur Lehre...*, s. 34–35.

⁵¹ H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin 1956, (wyd. 5), s. 104–105.

czy też ruch drogowy i lotniczy, uprawianie sportu, a także zabiegi operacyjne⁵². Dopuszczalne ryzyko nie jest zatem samodzielnym kontratypem, lecz stanowi wypadek społecznie adekwatnego niebezpieczeństwa. Zachowanie podjęte w granicach obiektywnie nakazanej staranności, czyli dopuszczalnego ryzyka, skutkuje brakiem realizacji istoty czynu, i stąd jest uważane za legalne. Jeśli jednak nastąpi naruszenie obowiązku staranności, polegające na niekoniecznym podwyższeniu stopnia ryzyka (np. przez zlekceważenie przepisów bezpieczeństwa lub wykonanie czynności niezgodnie z fachowymi zasadami sztuki), to zachowanie takie należy ocenić jako społecznie nieadekwatne, a co za tym idzie – może nastąpić realizacja istoty czynu⁵³.

W późniejszych wypowiedziach H. Welzel dostrzegał samodzielną rolę umiarkowanego ryzyka (*massvolles Risiko*), jako konstrukcji występującej obok społecznej adekwatności. Zakres dozwolenia ryzyka zostaje wyznaczony na podstawie obrazu przewodniego (*Leitbild*) oraz wzorca rozsądnego, roztropnego człowieka. Fachowe reguły sztuki, policyjne przepisy bezpieczeństwa oraz zasady wynikające z doświadczenia mogą stanowić jedynie pewną wskazówkę dla dokonywanej oceny⁵⁴.

R. Maurach – podobnie jak H. Welzel – łączył dopuszczalne ryzyko z przestrzeganiem obowiązku staranności⁵⁵. Jego zdaniem, sprawcy można przypisać nieumyślność tylko wówczas, gdy nie weźmie on pod uwagę wymaganych w danych okolicznościach reguł bezpieczeństwa, i gdy się uwzględni personalne możliwości sprawcy rozpoznania żądanej miary ostrożności. Jeśli osoba podejmująca ryzykowne działanie dochowa w ogólnej mierze staranności, to należy uznać, iż działa w granicach dopuszczalnego ryzyka. Zakres wymagań stawianych sprawcy jest oparty na porównaniu jego postawy ze zindywidualizowanym wzorcem, uwzględniającym możliwości przewidzenia i pokierowania swoim postępowaniem modelowej osoby, która znalazła się w analogicznych okolicznościach.

R. Maurach podkreśla, iż prawo karne nie może zawierać ogólnego zakazu stwarzania niebezpieczeństwa, gdyż sparaliżowałby on istotne z punktu widzenia życia społecznego dziedziny, np. takie jak: ruch kolejowy, lotniczy czy drogowy, budownictwo, fabryki itp. Zadaniem normy prawnokarnej jest więc ochrona świata przed niebezpieczeństwami, stąd też osoba stwarzająca niebezpieczeństwo winna uczynić wszystko, by je zminimalizować. Zakres dozwolonego ryzyka może zostać zwiększony w zależności od istotności osiąganych korzyści (w wymiarze społecznym), których zdobycie uwarunkowane jest podjęciem niebezpiecznych czynności. Naruszenie zakazu stwarzania niebezpieczeństwa nie jest czynnikiem decydującym o odpowiedzialności

⁵² *Ibidem*, s. 107.

⁵³ *Ibidem*, s. 108.

⁵⁴ J. Rehberg, *Zur Lehre...*, s. 28.

⁵⁵ R. Maurach, *Deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe 1958, (wyd. 2), s. 421.

karnej, lecz jedynie swoistą poszlaką (*Indiz*). Ostateczne rozstrzygnięcie winno być oparte na ustaleniu konkretnego zakresu obowiązku, określonego każdorazowo okolicznościami danej sytuacji⁵⁶.

R. Maurach przeciwstawia się natomiast kontratypowemu charakterowi dopuszczalnego ryzyka, które byłoby prawnie relewantne tylko wówczas, gdyby społeczna wartość ryzykownego przedsięwzięcia była wyższa niż potencjalna wartość dóbr prawnych naruszonych w wyniku jego przeprowadzenia⁵⁷. Wówczas, nawet jeśli naruszone zostały wymagane reguły ostrożności, ryzykowne działanie pozostawałoby legalne. Ustalenie zatem wystąpienia okoliczności wyłączającej bezprawność nie wymagałoby oceny przestrzegania obowiązku staranności. Konieczność taka pojawiałaby się dopiero wtedy, gdy w drodze kontratypu odpowiedzialność nie zostałaby uchylona. Wówczas należałoby sprawdzić, czy sprawca, którego zachowanie wyczerpuje istotę czynu i który powoduje skutek nie usprawiedliwiony kontratypowo, nie przekroczył małego lub dopuszczalnego ryzyka⁵⁸.

Przeciwnikiem kontratypu dopuszczalnego ryzyka był w zasadzie również T. Lenckner. Snując rozważania o obowiązku ostrożności, autor ten zauważył, iż ocena realizacji tego obowiązku oparta jest na weryfikacji, czy sprawca, urzeczywistniający istotę czynu, mógł przewidzieć i uniknąć prawnie ujemnego skutku. Odpowiedź pozytywna na to pytanie nie przesądza jednak jeszcze o odpowiedzialności karnej, gdyż wymagane reguły bezpieczeństwa ustalane są m. in. za pośrednictwem konstrukcji dozwolonego ryzyka. Pełni ono rolę środka pomocniczego, który konkretyzuje w danych okolicznościach zakres powinnej staranności. Mimo więc skwantyfikowanej przewidywalności naruszenia dobra prawnego, sprawca tego skutku nie może ponieść odpowiedzialności, jeśli działał w granicach obowiązku ostrożności wyznaczonego sferą dozwolonego ryzyka. Jego zachowanie pozostaje legalne pierwotnie, jest bowiem społecznie adekwatne. Brak odpowiedzialności sprawcy nie wymaga zatem poszukiwania uzasadnienia na innych szczeblach struktury przestępstwa. Dozwolenie ryzykownych czynności wynika z konieczności przedsięwzięcia niebezpiecznych działań, niezbędnych dla zaspokajania potrzeb społecznych i postępu cywilizacyjnego. Wartości te wymagają ofiar; zapewnienie zaś pełnego bezpieczeństwa nie jest albo to w ogóle możliwe, albo też wymaga nadmiernych nakładów, które w ogólnym rozrachunku mogłyby przynieść szkodę społeczeństwu. Problematyczne jest natomiast wyznaczenie granic dozwolenia ryzykownym czynnościom. Określenie jego bowiem następuje

⁵⁶ *Loc. cit.*

⁵⁷ *Ibidem*, s. 435.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 435-436.

poprzez przeciwstawienie sobie różnych czynników, a zwłaszcza bezpieczeństwa i kosztu jego osiągnięcia – z jednej strony, oraz niezbędności i opłacalności ryzyka – z drugiej. Dla ustalenia sfery dopuszczalnego działania istotne znaczenie mają również rodzaj, bliskość i stopień niebezpieczeństwa grożącego dobrom prawnym.

Wyjątkowo T. Lenckner opowiada się za kontratypowym charakterem dopuszczalnego ryzyka, wskazując iż może ono wyłączać bezprawność zachowania naruszającego wymagany w obrocie obowiązek ostrożności, jeśli zajdą szczególne okoliczności. Tezy tej jednak bliżej nie wyjaśnił⁵⁹.

Zwolennikiem traktowania dozwolonego ryzyka jako okoliczności powodującej brak odpowiedzialności w wyniku niewypełnienia znamion czynu zabronionego był U. Kindhäuser. Wskazywał on, iż każdy ma obowiązek uniknięcia ryzyka urzeczywistnienia istoty czynu. Powinność tę można zrealizować, zachowując minimum bezpieczeństwa dla dóbr prawnych, które zostaje wskazane wyznaczonymi społecznie standardami. Wówczas nie istnieje prawno-relevantny stan niebezpieczeństwa, nie ma więc potrzeby wykorzystywania okoliczności kontratypowych lub dozwolonego ryzyka w celu uzasadnienia braku odpowiedzialności⁶⁰. Rozwój cywilizacyjny oraz wymogi codziennego życia powodują jednak, iż w wielu sytuacjach zachowanie minimalnego poziomu bezpieczeństwa nie jest możliwe, np. w przypadku ruchu drogowego. Legalność takich czynności może wynikać z zastosowania odpowiednich konstrukcji kontratypowych (np. stanu wyższej konieczności) lub dozwolonego ryzyka. Nie jest ono jednak okolicznością uchylającą bezprawność. Kontratyp występuje bowiem bądź wtedy, gdy ma miejsce zbieg zakazu i dozwoleń, spełnienie warunków którego uchyla zakaz, bądź wówczas, gdy zajdzie kolizja obowiązków, z których tylko jeden może być zrealizowany. W przypadku zaś dopuszczalnego ryzyka brak jest takiego zbiegu. Nie powoduje ono więc zniwelowania zakazu, lecz wskazuje jedynie na swoistą niezdolność do uniknięcia urzeczywistnienia istoty czynu. Zdolność ta zaś warunkuje realizację znamion czynu zabronionego i w efekcie – odpowiedzialność karną. Wykazanie niezdolności usuwa zatem możliwość wypełnienia istoty czynu i powoduje legalność ryzykownych działań.

Dopuszczalne ryzyko odróżnia się od konstrukcji kontratypowych (a zwłaszcza stanu wyższej konieczności) również tym, iż w jego przypadku brak jest kolizji indywidualnych interesów i konkretnego zagrożenia dóbr. Oparte jest ono bowiem jedynie na prawdopodobieństwie powstania negatywnych skutków i odnosi się do zachowań tworzących abstrakcyjny stan

⁵⁹ T. Lenckner, *Technische Normen und Fahrlässigkeit*, [w:] *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt am Main 1969, s. 498–501.

⁶⁰ U. Kindhäuser, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltwidrigkeit. Zur Struktur schtrafrechtlicher Fahrlässigkeitschaffung*, *Goltdammers's Archiv für Strafrecht* 1994, H. 5, s. 215.

zagrożenia. W sytuacji zaś, gdy stan ten ulegnie konkretyzacji, jego sprawca może ponieść odpowiedzialność karną. Ponadto konstrukcja dozwolonego ryzyka związana jest ze sferą społecznie pożądaną aktywności, np. ruchem drogowym. Brak jest tu zatem rozważenia wartości dwóch konkretnych dóbr stojących w kolizji, lecz zostają sobie przeciwstawione: zaspokojenie istotnych potrzeb społecznych oraz abstrakcyjne niebezpieczeństwo grożące potencjalnym dobrom prawnym. Zachowanie podjęte w takich okolicznościach nie wyczerpuje istoty czynu, stąd też nie wymaga dla swej legalności innych podstaw usprawiedliwienia⁶¹.

Szeroko zagadnieniem legalnego ryzyka zajmował się J. Rehberg⁶². Analizując uwarunkowania dozwoloności ryzyka, autor ten zauważył, iż opiera się ono na dopuszczalności określonego zachowania. Jednakże istnienie samego pozwolenia nie jest wystarczające dla oceny właściwości postępowania; lecz przeciwnie, dozwolenie takie wskazuje jedynie, iż pod pewnymi warunkami istnieje zakaz podejmowania czynności ryzykownych. Przestrzeganie przepisów bezpieczeństwa stanowi dla oceny realizacji obowiązku staranności swoisty prejudykat. Wskazują one bowiem sędziemu linię orzekania z uwzględnieniem minimalnie założonej staranności. Podmiot, który w normalnych okolicznościach zasady te naruszy, czyni zasadniczo wbrew obowiązкови i może ponieść odpowiedzialność karną⁶³.

Podsumowując osiągnięcia nauki o dopuszczalnym ryzyku, autor ten zauważa, że konstrukcja ta nie ma zastosowania do przestępstw umyślnych. Odegrała natomiast istotną rolę w przypadku pojęcia nieumyślności, które musiało zostać zmodyfikowane w aspekcie technicyzacji życia społecznego. Dotychczas bowiem nieumyślność uzasadniano nieprzewidzeniem, wbrew obowiązкови, przewidywalnych ujemnych skutków. Zawinienie było więc stosunkiem psychicznym sprawcy. Nauka o dozwolonym ryzyku zwróciła natomiast uwagę na to, iż w toku dokonywania oceny zachowania sprawcy należy uwzględnić również zewnętrzny kształt postępowania wiodącego do powstania szkody. W efekcie umożliwiło to przeniesienie ciężaru rozważań: z oceny wartości kształtu woli na jej urzeczywistnienie⁶⁴. Zdaniem J. Rehberga, następstwem takiego przeorientowania spojrzenia na nieumyślność są poniższe tezy:

1. Podstawą oceny zachowania sprawcy nie jest jego stosunek psychiczny do konkretnego skutku, lecz samo niebezpieczne działanie. Nauka o dopuszczalnym ryzyku zrywa z dotychczasowym zapatrywaniem na winę jako stosunek psychiczny, i akcentuje, że nie wadliwy kształt woli sprawcy, lecz faktycznie spowodowane przez niego niebezpieczeństwo lub naruszenie,

⁶¹ *Ibidem*, s. 216–219.

⁶² J. Rehberg, *Zur Lehre...*, s. 224.

⁶³ *Loc. cit.*

⁶⁴ *Ibidem*, s. 240.

a zatem urzeczywistnienie woli może być oceniane jako prawnie relewantne. Przez sam prawdziwy czy wadliwy kształt woli nie zostało bowiem jeszcze ochronione (lub naruszone) żadne dobro prawne. Oczywiście jest zatem, iż obowiązek staranności, uwzględniany przy przestępstwach nieumyślnych, obejmuje urzeczywistnienie woli, a nie jej kształt⁶⁵.

2. Istotą naruszenia obowiązku ostrożności jest stworzenie możliwego do uniknięcia ryzyka, nie zaś przewidywalność nastąpienia skutku. Do tychczas przedstawiciele doktryny prawa karnego relatywizowali zarzut nieumyślności od przewidzenia lub nieprzewidywania, wbrew obowiązkowi, mogących nastąpić ujemnych skutków. Rozumowanie takie nie gwarantuje jednak pełnej ochrony dóbr prawnych. Poza tym występują liczne sfery aktywności, w których niebezpieczeństwo jest przewidywalne, lecz nieuniknione, np. przeprowadzenie niebezpiecznej operacji z zachowaniem reguł sztuki lekarskiej. Oceniając taki zabieg jedynie przez pryzmat przewidywalności ujemnych skutków, należałoby stwierdzić naganność postępowania. Zasadniczy błąd takiego stanowiska polega na tym, iż nie uwzględnia ono celu, dla którego niebezpieczeństwo zostało podjęte. Zachowanie należy ocenić jako sprzeczne z regułami ostrożności tylko wówczas, gdy albo służy ono nieistotnemu celowi, albo też cel ten posiada wartość społeczną, ale stopień niebezpieczeństwa jest niewspółmierny do tej wartości⁶⁶.

3. Miarą zarzucalności czynu nie jest stopień przewidywalności nastąpienia skutku, lecz zakres przekroczenia nieuniknionego potencjału niebezpieczeństwa. Przekroczenie obowiązku ostrożności nie jest oceniane przez pryzmat przewidzenia ujemnego następstwa, lecz na podstawie stwierdzenia możliwości uniknięcia niekoniecznego ryzyka. Przewidywalność zaś pełni jedynie funkcję legitymującą. Ujemność treści niedbałego zachowania zasadza się zatem na rozmiarze przekroczenia koniecznego potencjału niebezpieczeństwa. Odpowiedzialność sprawcy będzie więc uzależniona od tego, czy mógł stworzyć większe lub mniejsze ryzyko⁶⁷.

Zaprezentowane przez J. Rehberga stanowisko kontestowało niedostosowanie subiektywizującej odpowiedzialność psychologicznej teorii winy do wzmożonego zagrożenia dóbr prawnych, spowodowanego rozwojem cywilizacyjnym. Stąd też autor starał się zobiektywizować kryteria oceny nieumyślności, a zwłaszcza niedbalstwa, relatywizując je nie do stosunku psychicznego sprawcy do czynu, lecz opierając na wielkości zagrożenia, możliwości jego uniknięcia i zakresie przekroczenia nieuniknionego potencjału niebezpieczeństwa.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 241.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 242–243.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 244.

IV

Dualistyczny charakter dopuszczalnego ryzyka

W nowszej literaturze niemieckiej, za podwójną funkcją dopuszczalnego ryzyka opowiada się G. Jakobs⁶⁸. Zauważa on, że ryzyko może zarówno stanowić okoliczność odnoszącą się do istoty czynu, jak i uzasadniać wyłączenie bezprawności. Funkcja ryzyka jest zależna od kontekstu sytuacyjnego, w jakim jest rozpatrywane⁶⁹. Dozwoloność ryzyka opiera się bądź to na rozważaniu salda korzyści i strat, bądź też na swoistej historycznej legitymacji niebezpiecznych działań. W pierwszym przypadku należy uwzględnić nie tylko wysokość ryzyka, ale także ustalić zakres prawnie uznanych zysków, jakie mogą powstać dzięki ryzykownym czynnościom. Mało miarodajne są tu jednak techniczne standardy, gdyż określają one li tylko zwykły lub optymalny sposób postępowania. W wielu przypadkach dokonanie odpowiedniego zbilansowania zysków i strat może okazać się niemożliwe, gdyż brak jest odpowiednich, wystarczająco konkretnych modeli. Wzorce te zaś są niezbędne do ustalenia, czy według zasad sztuki i przyjętych wskaźników zachowanie jest prawidłowe, czy też ulega odchyleniu od przyjętych założeń. W tych wypadkach ryzyko zostaje dozwolone dzięki tzw. historycznej legitymacji. Pewne bowiem niebezpieczne zachowania są od długiego czasu społecznie tolerowane, stąd też, niejako przez przyzwyczajenie, oceniane są pozytywnie, a zatem są społecznie adekwatne⁷⁰.

Jako dodatkową przesłankę G. Jakobs wymienia brak konkretyzacji potencjalnej ofiary niebezpiecznych działań. Paradoksalne jest zdaniem tego autora, że pomimo posiadanych statystyk o liczbie wypadków drogowych w trakcie weekendów, prawo dozwala na ruch drogowy. Jest to wynikiem anonimowości ofiar ustalonej *ex ante*. Zupełnie inaczej przedstawia się sytuacja, gdy niebezpieczeństwo może grozić zindywidualizowanej osobie, wówczas dyskusyjna jest legalność stanu wyższej konieczności, a tym bardziej dopuszczenie ryzyka⁷¹.

Odnosząc się do wskaźników ograniczeń dozwoloności ryzyka, G. Jakobs stwierdza, iż są one zawarte w przepisach regulujących określone sfery życia (np. w przypadku ruchu drogowego – w kodeksie drogowym)⁷². Ponadto zakres ten jest wytyczony fachowymi regułami sztuki, normami technicznymi i innymi regulacjami. Przekroczenie zakazów wskazanych w tej ostatniej

⁶⁸ G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin – New York 1991, s. 200–201.

⁶⁹ *Loc. cit.*

⁷⁰ *Ibidem*, s. 201.

⁷¹ *Loc. cit.*

⁷² *Ibidem*, s. 204.

grupie nie powoduje bezwzględnie negatywnej oceny zachowania sprawcy, lecz jest jedynie swoistą poszlaką niedozwolności zachowania⁷³.

G. Jakobs wskazuje na dopuszczalność tzw. ryzyka podstawowego (*Grundrisiko*)⁷⁴, które ma miejsce, gdy działanie przebiega w idealnych warunkach (np. jazda samochodem w dobrych warunkach drogowych). Opowiada się jednak również za dopuszczalnością ryzyka podwyższonego (*erhöhtes Einzelrisiko*)⁷⁵, które występuje, gdy zachowanie jest realizowane nie w idealnych warunkach, ale zostaje uznane za użyteczne (np. jazda ostrożna samochodem we mgle, podczas gołoledzi czy w trakcie opadów deszczu)⁷⁶.

Miara dopuszczalności ryzyka nie da się – zdaniem G. Jakobsa – wyrazić liczbowo, za pomocą określonego ułamka, lecz jest ona zmienna i zależy od okoliczności towarzyszących niebezpiecznemu zachowaniu. Ocena winna uwzględniać kryteria zobiektywizowane, oparte na myślowo opracowanym modelu, np. wzorcu doświadczonego technika, fachowego chemika, skrupulatnego i świadomego odpowiedzialności kierowcy itp. Zasadniczo przy konstruowaniu wzorca postępowania nie należy uwzględniać specjalistycznej wiedzy posiadanej przez sprawcę, chyba że jest gwarantem zapanowania nad szczególnym niebezpieczeństwem (*Garant für die Beherrschung eines Sonderrisiko*)⁷⁷. Obowiązek taki może wynikać z pełnionej roli społecznej lub zostać instytucjonalnie na osobę nałożony⁷⁸.

V

Dopuszczalne ryzyko jako przypadek uznanych konstrukcji prawnokarnych

Kończąc przegląd stanowisk zaprezentowanych w literaturze niemieckojęzycznej, warto odnotować pogląd D. Kienapfela. Autor ten neguje potrzebę konstruowania generalnej klauzuli dozwolonego ryzyka, która – jego zdaniem – nie ma ani systemowej, ani poznawczo-teoretycznej, ani też praktycznej wartości. Ponadto dostrzega niebezpieczeństwo posługiwania się tym pojęciem grożące systemowi prawa karnego, który może ulec „rozsadzeniu”, a jego gwarancje – dewaluacji. Dozwolone ryzyko jest bowiem pojęciem zbiorczym, zawierającym wiele różnorodnych odcieni,

⁷³ *Ibidem*, s. 204–205.

⁷⁴ Tłumaczenie własne.

⁷⁵ Tłumaczenie własne.

⁷⁶ G. Jakobs, *Strafrecht...*, s. 205.

⁷⁷ Tłumaczenie własne.

⁷⁸ G. Jakobs, *Strafrecht...*, s. 206–208.

pewnym stenograficznym symbolem, nie posiadającym w sobie żadnego samodzielnego wydźwięku⁷⁹.

D. Kienapfel zauważa dalej, iż przypadki tzw. dozwolonego ryzyka można objaśnić za pomocą uznanych w nauce prawa karnego konstrukcji, do których należą: normatywne pojęcie czynu, odpowiednia interpretacja znamion czynu zabronionego, uznane kontratypy oraz pojęcie nieumyślności.

Uzasadniając zastosowanie pierwszej ze wskazanych kategorii, D. Kienapfel odwołuje się do społecznej teorii czynu, w myśl której czynem jest tylko takie zachowanie człowieka, które kierowane jest jego wolą i posiada społecznie znaczącą wartość. Rozumując *a contrario* należy przyjąć, że jeśli zachowanie nie posiada takiej wartości, to brak odpowiedzialności karnej uzasadniony zostanie brakiem czynu⁸⁰.

Analizując drugą z konstrukcji obejmującej dopuszczalne ryzyko – wykładnię istoty czynu – D. Kienapfel wskazuje przykładowo art. 266 StGB, dotyczący przestępstwa nadużycia zaufania⁸¹. Podmiot, który podejmuje śmiałe decyzje inwestycyjne lub dotyczące innych sfer życia społecznego, nie poniesie odpowiedzialności za wadliwość swych decyzji, gdyż zachowanie nie jest uznawane za realizujące istotę czynu. Tezę tę można uzasadniać wystąpieniem dopuszczalnego ryzyka, jednakże autor ten postuluje, aby brak realizacji istoty czynu traktować jako efekt przeprowadzenia właściwej teleologicznej wykładni znamion. Jej wynikiem jest ustalenie, iż ryzykownego prowadzenia interesów nie należy rozumieć jako nadużycie lub naruszenie zaufania⁸².

Przechodząc do uznanych kontratypów, D. Kienapfel wskazuje, iż w nauce prawa występują pewne okoliczności wyłączające bezprawność czynu (ustawowe lub uznawane przez doktrynę i orzecznictwo), które odpowiadają przypadkom dopuszczalnego ryzyka (np. zabiegi lekarskie, uprawianie sportu). Uwolnienie od odpowiedzialności następuje w tych przypadkach nie ze względu na wystąpienie dopuszczalnego ryzyka, lecz w wyniku zastosowania uznanych kontratypów⁸³.

Czwartą konstrukcją obejmującą dopuszczalne ryzyko jest według D. Kienapfela, pojęcie nieumyślności. Jest ono funkcjonalnie związane z obowiązkiem staranności, którego przestrzeganie (a zatem działanie w granicach rzekomego dopuszczalnego ryzyka) stanowi antytezę nieumyś-

⁷⁹ D. Kienapfel, *Das erlaubte Risiko im Strafrecht. Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff*, Frankfurt am Main 1966, s. 28–29.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 25–26.

⁸¹ D. Kienapfel analizował treść § 266, ustawy obowiązującej do 31.12.1974 r. W polskim prawie karnym odpowiednikiem cytowanej normy jest art. 296 k.k.

⁸² D. Kienapfel, *Das erlaubte...*, s. 26.

⁸³ *Ibidem*, s. 27.

lności. Obowiązek ostrożności nie może być jednak weryfikowany za pomocą ogólnej skali dozwolonego ryzyka, lecz musi zostać zrelatywizowany do konkretnego kontekstu sytuacyjnego. Dopuszczalne ryzyko jest więc na tej płaszczyźnie jedynie pewną skróconą formą dla określonych wyników, nie stanowi natomiast ani drogowskazu, ani tym bardziej metody oceny⁸⁴.

Podsumowując swe wywody, D. Kienapfel nie dostrzega potrzeby używania w dogmatyce ogólnej klauzuli dopuszczalnego ryzyka i postuluje jej usunięcie z podręczników prawa karnego⁸⁵.

VI

Dorobek polskiego piśmiennictwa w zakresie konstrukcji dopuszczalnego ryzyka

Burzliwa dyskusja dotycząca prawnokarnego charakteru dopuszczalnego ryzyka i umiejscowienia go w strukturze przestępstwa, prezentowana w literaturze niemieckojęzycznej, miała znacznie skromniejszy zakres na gruncie nauki polskiej.

Wystąpienia przedstawicieli doktryny ukierunkowane były zazwyczaj na wskazywanie przesłanek dozwoloności czynności ryzykownych, mniej miejsca zaś poświęcano teoretycznoprawnym rozważaniom nad charakterem ryzyka i jego pozycją w budowie przestępstwa. Zasadniczo poglądy te można podzielić na dwie grupy: stanowisko określające funkcję ryzyka jako okoliczności uchylającej społeczną szkodliwość czynu⁸⁶ oraz stanowisko traktujące ryzyko jako kontratyp.

Za pierwszym z podanych rozwiązań optowali J. Radzicki⁸⁷ i J. Sawicki⁸⁸, którzy rozpatrywali zagadnienie ryzyka w aspekcie czynności leczniczych. Uznali oni, iż zabiegi takie są z natury rzeczy czynami społecznie użytecznymi, gdyż służą przywróceniu lub poprawie zdrowia pacjenta, posiadają więc

⁸⁴ *Ibidem*, s. 28.

⁸⁵ *Loc. cit.*

⁸⁶ W przyjętej przed wejściem w życie kodeksu karnego z 1997 r. terminologii pod tym pojęciem rozumiano stronę przedmiotową czynu zabronionego, konglomerat okoliczności obiektywnych będących w stosunku podrzędności do pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu. Por. przykł.: W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, Państwo i Prawo 1963, nr 10, s. 506 i n.; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 179–180; J. Waszczyński, [w:] J. Waszczyński (red.), *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Łódź 1992, s. 92–93.

⁸⁷ J. Radzicki, *Ryzyko...*, s. 39–40.

⁸⁸ J. Sawicki, *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 126.

pozytywnie wartościowany cel ogólnospołeczny. Nie mogą być więc uznawane za przestępne, nawet jeśli w ich konsekwencji nastąpi naruszenie dóbr chronionych prawem. Celem bowiem ustawy karnej jest zwalczanie przestępczości, a nie penalizowanie czynności, które są użyteczne społecznie.

Na funkcję ryzyka jako okoliczności uchylającej społeczną szkodliwość czynu wydaje się wskazywać również wypowiedź B. Nietykszy. Autor ten dostrzega konieczność znalezienia „linii demarkacyjnej” odgraniczającej zakres przedmiotowy zawarty w normie prawnokarnej od dopuszczalnych działań gospodarczych, niosących z sobą zagrożenie dla dóbr prawnych. Granice te może wyznaczyć dopuszczalne ryzyko. Jego uzasadnieniem jest konieczność podejmowania twórczych działań warunkujących postęp i wzrost sił wytwórczych, co leży w interesie społecznym. Przesłanką dozwoloności jest między innymi społeczna celowość realizowanych prac nowatorskich, która musi być wykazana, by zachowanie ocenić jako społecznie pozytywne – użyteczne⁸⁹.

Poglądy wspomnianych autorów odpowiadały ówczesnemu rozumieniu elementu materialnego przestępstwa. Obecnie jednak ich argumentację można by wykorzystać do uzasadnienia innych konstrukcji prawnokarnych, umiejscowionych w zakresie istoty czynu (np. legalność pierwotna zabiegów leczniczych), czy kontrtypizacji (opłacalność społeczna czynności nowatorskich).

Większość autorów dopatrywała się w dopuszczalnym ryzyku okoliczności wyłączającej bezprawność czynu. Na takie umiejscowienie ryzyka w strukturze przestępstwa wyraźnie wskazywał A. Gubiński. Postulował on uznanie pozaustwowego kontratypu dopuszczalnego ryzyka, który wyrósł z potrzeb życia społecznego, wyprzedzającego rozwój przepisów prawnych⁹⁰. Zadaniem tej konstrukcji jest rozstrzygnięcie kolizji, sprzeczności występującej w życiu społecznym, polegającej z jednej strony – na chęci ochrony dóbr prawnych, z drugiej zaś – na konieczności pobudzenia inicjatywy twórczej, służącej postępowi i rozwojowi cywilizacyjnemu⁹¹.

Takiej funkcji w dopuszczalnym ryzyku upatruje również A. Gaberle, który twierdzi, iż ma ono służyć wskazaniu optimum społecznych korzyści. Zdaniem tego autora, za kontratypowym charakterem ryzyka przemawia fakt, iż działanie podjęte w granicach dozwoleń wyznaczonego przepisami prawa – niełamanie zakazu wskazanego przez państwo – jest „pierwotnie legalne” i nie ma konieczności wykorzystywania kategorii ryzyka dla jego

⁸⁹ B. Nietyksza, *Eksperyment – ryzyko – odpowiedzialność karna*, Warszawa 1967, s. 213–216.

⁹⁰ A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961, s. 84–85.

⁹¹ A. Gubiński, *Ryzyko nowatorstwa...*, s. 50–51.

dopuszczenia. Konstrukcja dopuszczalnego ryzyka znajdzie natomiast zastosowanie dopiero wówczas, gdy określone postępowanie zostanie uznane za bezprawne, czyli sprzeczne z normą prawnokarną. Dopuszczalne ryzyko może wtedy, będąc kontratypem, uchylić bezprawność i spowodować „wtórną legalność” czynu⁹². Autor ten podkreśla dalej, iż istotą ryzyka (zwłaszcza nowatorskiego) jest przełamywanie ustalonych dotąd zakazów, przyjętych norm postępowania, co skutkuje *de facto* bezprawnością czynu, która może być wyłączona okolicznością kontratypową. Konstrukcja dopuszczalnego ryzyka nie zawiera bowiem elementów określających zgodność postępowania z zakazem, lecz wskazuje przesłanki dopuszczalnego jego przekroczenia. Dotyczy to jednak tylko szczególnych, odnoszących się do konkretnych czynności zakazów, przy szerszym bowiem rozumieniu tej przesłanki instytucja dozwolonego ryzyka straciłaby sens⁹³.

Poglądy o funkcji dopuszczalnego ryzyka w aspekcie bezprawności podzielał również W. Mąciór, który analizował to zagadnienie w ujęciu finalnej koncepcji czynu⁹⁴. Stąd też autor ten, po przeprowadzeniu krytyki stanowiska, według którego ryzyko uchyla winę (o czym była już mowa), optował za umiejscowieniem umyślności i nieumyślności w pojęciu czynu, i odnosił reguły staranności do istoty czynu. Zachowanie zaś sprzeczne z tymi zasadami warunkuje nieumyślne bezprawie, natomiast dopuszczalne ryzyko, będąc antytezą takiego naruszenia, wyklucza bezprawność czynu. Dopuszczalne ryzyko pełni zatem w przestępstwach nieumyślnych analogiczną rolę jak kontratypy przy przestępstwach umyślnych. Tylko bowiem (odpowiednio) naruszenie reguł ostrożności albo brak dopuszczalnego ryzyka, uchylającego takie naruszenie, jak również brak kontratypu (stanowiącego negatywne znamię czynu zabronionego) tworzy z typem bezprawność zachowania. Konsekwencją takiego rozumowania jest stwierdzenie, iż dopuszczalne ryzyko powoduje brak naruszenia reguł ostrożności, co skutkuje *de facto* legalnością pierwotną czynu i stąd – wykluczeniem bezprawności (gdyż akcja podjęta w ramach dopuszczalnego ryzyka pozbawiona jest cech społecznej szkodliwości)⁹⁵.

Pogląd ten podzielał H. Popławski⁹⁶, który ponadto zauważył, że zdecydowana większość codziennych czynności jest znamieną zagrożeniem dla

⁹² A. Gaberle, *Dopuszczalne...*, s. 1403–1404.

⁹³ A. Gaberle, *Jeszcze w sprawie karnoprawnego uregulowania ryzyka*, *Palestra* 1968, nr 3, s. 78–79.

⁹⁴ Zgodnie z finalną teorią czynu, człowiek może w pewnym stopniu przewidzieć konsekwencje swojego zachowania i dlatego może je ukierunkować na osiągnięcie założonych celów. Por. szerzej: W. Mąciór, *Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990, s. 26 i n.; tenże, *O finalizmie w prawie karnym*, *Państwo i Prawo* 1971, nr 6, s. 975–979.

⁹⁵ W. Mąciór, *Problem...*, s. 54–55.

⁹⁶ H. Popławski, *W kwestii...*, s. 710 i n.

dóbr prawnych, przy czym jego uwarunkowania zdeterminowane są specyfiką i właściwościami danej sfery życia⁹⁷.

Zwolennikiem kontratypowego charakteru dopuszczalnego (umiarkowanego ryzyka) był również K. Buchała, który analizował możliwość rozpatrywania tej okoliczności w ramach materialnego elementu przestępstwa. Zauważył on, że zanim został sformułowany kontratyp dopuszczalnego ryzyka, niebezpieczne działania były legalizowane znikomością społecznej szkodliwości czynu. W państwach zaś, które posługują się formalną definicją przestępstwa, wykorzystywano do tego celu teorię socjalnej adekwatności czy przypisywalności czynu. Autor ten rozpatrując strukturę materialnego elementu przestępstwa, stwierdził, iż może on służyć jako podstawa wartościowania ryzykownych działań, jeśli zostanie wzbogacony o dodatkowe elementy, takie jak ujemność wynikająca z niezachowania reguł ostrożności czy przekroczenia granic społecznie akceptowanego ryzyka ujemnego skutku. Wówczas jednak typy rodzajowe przestępstw nieumyślnych winny być wzbogacone o znamiona dodatkowe, opisujące socjalnie nieadekwatny (społecznie szkodliwy) sposób zachowania sprawcy. Rozwiązanie takie byłoby jednak dotknięte logicznym błędem, gdyż całokształt znamion wskazuje na zachowanie społecznie nie akceptowane. Stąd też ten sam element – społeczna szkodliwość – nie może być jednocześnie i znamieniem czynu zabronionego, i uzasadnieniem typu⁹⁸. Ponadto typizacyjna formuła zawierająca wysoce zgeneralizowane pojęcie społecznej szkodliwości godziłaby w gwarancyjną funkcję prawa karnego i nie byłaby pożądana ze względów kryminalno-politycznych. Za kontratypowym ujęciem dopuszczalnego ryzyka przemawia zatem możliwość odpowiedniego opisanie znamion okoliczności wyłączającej bezprawność, które odpowiednio skorygują zakres typu czynu zabronionego. Spowoduje to ukazanie typowych stanów, w których pomimo realizacji istoty czynu, brak jest społecznej szkodliwości, a tym samym – bezprawności czynu. Ponadto, w odpowiednio skonstruowanym kontratypie ustawodawca, rozpoznając potrzeby społeczne, może umieścić znamiona zaostrzające lub rozluźniające stosowanie typu, czym będzie kształtował pożądaną społecznie linię orzeczniczą. W katalogu znamion kontratypu może być nadto zawarty opis zachowania, które nie jest społecznie adekwatne z powodu braku reguł postępowania właściwego w danej sytuacji. Dotyczy to zwłaszcza czynności nowatorskich, których istota zasadza się właśnie na odkrywaniu odpowiednich reguł.

⁹⁷ H. Popławski, *Zagadnienie ryzyka z punktu widzenia odpowiedzialności karnej*, Palestra 1968, nr 2, s. 51 i 56. Warto nadmienić, iż autor ten formułował swe dezyderaty, gdy nie obowiązywał jeszcze kodeks karny z 1969 r., który wprowadzał kontratyp dopuszczalnego ryzyka w sferze gospodarczej, opisany w art. 217 § 3.

⁹⁸ K. Buchała, *Niektóre problemy zachowania w warunkach umiarkowanego ryzyka*, Stud. Prawnicze 1986, z. 1–2, s. 152–153.

Ujęcie w ustawie okoliczności wyłączającej bezprawność posiada również wartość informacyjną, zarówno dla organów stosujących prawo, jak i dla potencjalnych „sprawców”. Kontratyp wyznacza bowiem obszar legalnego działania, co może motywować do podejmowania ryzykownych, choć pożądaných działań, bez obawy o możliwość powstania odpowiedzialności karnej. Rozwiązanie dopuszczalności ryzyka na płaszczyźnie kontratypowej wydaje się – zdaniem K. Buchały – znacznie słuszniejsze, niż posługiwanie się formułą materialnego elementu przestępstwa. Nie oznacza to jednak, że społeczna szkodliwość czynu straci wszelkie znaczenie dla tej okoliczności. Może być ona bowiem wykorzystana jako podstawa interpretacji znamion kontratypu, w celu jego właściwego rozumienia dostosowanego do aktualnych potrzeb społecznych⁹⁹.

VII

Ustawowe ujęcie dopuszczalnego ryzyka w prawie polskim

Dyskusję na temat charakteru dopuszczalnego ryzyka zasadniczo rozstrzygnął ustawodawca, umieszczając stosowną regulację w art. 217 § 3 k.k. z 1969 r. Nim jednak zostały zakończone prace kodyfikacyjne, już twórcy projektów kodeksu karnego skłaniali się ku kontratypowemu ujęciu dopuszczalnego ryzyka. Tezę tę dobitnie potwierdza art. 23 zawarty w projekcie z 1963 r.¹⁰⁰, którego umiejscowienie wśród okoliczności wyłączających bezprawność sugeruje kontratypowy charakter tej konstrukcji.

Uchwalony w 1969 r. kodeks karny nie zawierał określenia dopuszczalnego ryzyka w części ogólnej, lecz łączył je z typem przestępstwa niegospodarności. W doktrynie prawa karnego nie budziło jednak wątpliwości stwierdzenie, iż norma opisana w art. 217 § 3 k.k. z 1969 r. zawiera kontratyp¹⁰¹. Sporny natomiast stał się zasięg, jakiego konstrukcja ta dotyczyła. Gramatyczna wykładnia przepisu sugerowała bowiem, iż odnosi się on wyłącznie do przestępstwa niegospodarności, uregulowanego w art. 217 § 1 i 2, a zatem nie dotyczy innych typów rodzajowych przestępstw. Ponadto z treści normy wyraźnie wynikało, że odnosi się ona tylko to ryzyka gospodarczego – zarówno w sferze decyzji związanych z normalnym funkcjonowaniem

⁹⁹ *Ibidem*, s. 155–158.

¹⁰⁰ Nie popełnia przestępstwa, kto podejmuje czyn w granicach ryzyka dopuszczalnego ze względu na potrzeby życia społecznego, w szczególności nauki i postępu technicznego. *Projekt kodeksu karnego*, Warszawa 1963, s. 6.

¹⁰¹ Por. przykładowo: M. Bojarski, *Dozwolone ryzyko gospodarcze w polskim prawie karnym*, Wrocław 1977, s. 48 i n. oraz literatura tam powołana; I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 684–685; W. Wolter, *Nauka...*, s. 191–193.

przedsiębiorstwa, jak i prac eksperymentalnych¹⁰². Poza zasięgiem regulacji pozostawały więc inne postaci dopuszczalnego ryzyka¹⁰³, które zgodnie z uzasadnieniem do projektu kodeksu karnego z 1968 r. winny być rozpatrywane przez pryzmat przepisów części ogólnej kodeksu karnego lub okoliczności pozakodeksowych uznanych przez orzecznictwo i doktrynę¹⁰⁴.

Przeciwko tak wąskiemu rozumieniu treści analizowanego przepisu wystąpił K. Buchała, według którego norma z art. 217 § 3 d.k.k. miała charakter ogólniejszy i nie wiązała się ściśle z typem przestępstwa niegospodarności. Mogła mieć bowiem zastosowanie również do innych czynów zabronionych, opisanych np. w art. 136 § 2¹⁰⁵ i 137 § 2¹⁰⁶, gdyż znajdujące się w nich znamiona mogą zostać zrealizowane choćby w wyniku prowadzenia prac eksperymentalnych (np. zawalenie się budowli, eksplozja materiałów wybuchowych itp.)¹⁰⁷. Dezyderat taki zgłaszał również M. Bojarski, choć poddawał w wątpliwość, czy w przypadkach wskazanych przez K. Buchałę (biorąc pod uwagę, iż działania sprawcy zostały podjęte dla osiągnięcia społecznie korzystnego celu) nie nastąpi uchylenie odpowiedzialności w wyniku subminimalnego stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu¹⁰⁸. Dla innych rodzajów ryzyk oraz w odniesieniu do innych typów rodzajowych przestępstw autor ten postulował stworzenie odrębnego kontratypu, którego znamiona winny być wzorowane na konstrukcji z art. 217 § 3¹⁰⁹.

Nie ulegało jednak wątpliwości, iż kontratypem zawartym w analizowanym przepisie nie zostało objęte tzw. ryzyko zwykle (dnia powszedniego), które – zdaniem W. Woltera i K. Buchały – należało rozpatrywać na gruncie pozaustawowych okoliczności wyłączających bezprawność czynu¹¹⁰. Autorzy ci do takich kontratypów odsyłają również w przypadku innych ryzyk, nie objętych dyspozycją art. 217 § 3, przykładowo w zakresie medycyny czy

¹⁰² Taki zasięg normy wynikał z zapisu: „...w celu przysporzenia gospodarce uspołecznionej korzyści, bądź też w celu przeprowadzenia prac naukowo-badawczych albo eksperymentów technicznych”.

¹⁰³ Por. W. Wolter, *Nauka...*, s. 194.

¹⁰⁴ *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego oraz przepisów wprowadzających kodeks karny*, Warszawa 1968, s. 151.

¹⁰⁵ Przestępstwo nieumyślnego spowodzenia niebezpieczeństwa powszechnego – obecnie art. 163 § 2 k.k.

¹⁰⁶ Przestępstwo nieumyślnego spowodzenia bezpośredniego niebezpieczeństwa zdarzenia powszechnie niebezpiecznego – obecnie art. 164 § 2 k.k.

¹⁰⁷ K. Buchała, *Bezprawność...*, s. 202–203.

¹⁰⁸ M. Bojarski, *Dozwolone...*, s. 57–58.

¹⁰⁹ M. Bojarski, *W sprawie warunków dozwoloności ryzyka w prawie karnym*, Przegl. Prawa i Administracji 1980, t. XIII, s. 60–61.

¹¹⁰ K. Buchała, W. Wolter, *Wykład...*, s. 188.

farmacji. Znamiona tych okoliczności wyłączających bezprawność winny być analogiczne do konstrukcji zawartej we wspomnianej normie, przy czym w przypadku zagrożenia życia i zdrowia człowieka niezbędna powinna być zgoda osoby, której dobra zostały objęte niebezpieczeństwem¹¹¹.

Sporny zakres ustawowego kontratypu dopuszczalnego ryzyka rozstrzygnęła nowelizacja kodeksu karnego z 1985 r.¹¹² Na jej mocy wprowadzono art. 23a, regulujący warunki dopuszczalności tzw. ryzyka nowatorskiego. Przez jego umiejscowienie w części ogólnej, pośród okoliczności uchylających bezprawność, ustawodawca wyraźnie wskazał na kontratypowy charakter tej konstrukcji.

Podobne rozstrzygnięcie znajduje się w obecnym kodeksie karnym, w którym kontratyp dozwolonego eksperymentu (ryzyka nowatorstwa) został opisany w art. 27, znajdującym się pośród kontratypów.

Zarówno jednak art. 23a k.k. z 1969 r., jak i obecny przepis nie odnoszą się do tzw. ryzyka zwykłego oraz jego szczególnego przypadku – ryzyka sportowego, stąd też kwestia struktury tej konstrukcji oraz jej znaczenie dla prawa karnego pozostają nadal otwarte.

Podsumowując, można stwierdzić, iż zarówno w doktrynie niemieckiej, jak polskiej istniały rozbieżności co do charakteru dopuszczalnego ryzyka oraz jego umiejscowienia w strukturze przestępstwa. Przedstawiciele nauki prawa karnego opowiadali się bądź to za kontratypowym charakterem tej konstrukcji, bądź też upatrywali jej znaczenia dla wyłączenia odpowiedzialności karnej na etapie oceny zawinienia sprawcy czynu zabronionego. Podnosiły się również głosy negujące w ogóle konieczność rozpatrywania dopuszczalnego ryzyka jako samodzielnej konstrukcji, gdyż sytuacje, do których potencjalnie się ona odnosiła, mogły być rozstrzygane na podstawie uznanych w prawie karnym instytucji (np. w wyniku zastosowania ustawowych lub pozaustawowych kontratypów). Zdaniem innych autorów, dozwolone ryzyko mogło pełnić również funkcję okoliczności powodującej legalność pierwotną czynu, który był społecznie adekwatny.

W większości wypowiedzi nie dostrzegano niehomogenicznego charakteru dopuszczalnego ryzyka, które jest kategorią zbiorczą, obejmująca zarówno ryzyko wiążące się z życiem codziennym, kwantyfikowalne i przewidywalne, jak i ryzyko ponadprzeciętne, związane z wkraczaniem na nieznany lub niedostatecznie poznany grunt (ryzyko nowatorstwa – eksperymentalne). Dyferencjacji takiej dokonał polski ustawodawca, wprowadzając do kodeksu karnego z 1969 r. kontratyp dozwolonego ryzyka nowatorskiego, który

¹¹¹ *Ibidem*, s. 191.

¹¹² Ustawa z 10.05.1985 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego i prawa o wykroczeniach (Dz.U. z 1985 r., nr 23, poz.100).

obecnie został ujęty w art. 27 k.k. – jako kontratyp dozwolonego eksperymentu. Prawodawca, umieszczając tę konstrukcję pośród innych okoliczności uchylających bezprawność, wyraźnie opowiedział się za kontratypowym charakterem dozwolonego eksperymentu. Natomiast ryzyko zwykłe (dnia powszedniego) nie zostało dotąd ustawowo uregulowane, stąd można prowadzić dyskurs prawniczy dotyczący jego usytuowania w strukturze przestępstwa. Wydaje się jednak, iż słuszne jest rozpatrywanie tej konstrukcji jako okoliczności powodującej legalność pierwotną czynu. Ryzyko zwykłe odnosi się bowiem do codziennych czynności (również niebezpiecznych, np. ruchu drogowego), dla których, ze względu na ich powtarzalność w zbliżonych warunkach, zostały ukształtowane odpowiednie reguły ostrożności. Przestrzeganie ich powoduje, iż czyn nie jest społecznie szkodliwy, a tym samym bezprawny. Stąd też dla uchylenia odpowiedzialności nie ma potrzeby uciekania się do kontratypu.

RAFAŁ KUBIAK

Admissible risk and its localisation in the structure of offence

(Summary)

The subject of consideration of the author is the analysis of the penal law construction of the admissible risk and its localisation in the structure of offence.

The compilation consists of two parts. The first part was devoted to the declarations of the representatives of the attainments and the Polish legislation in the domain of the construction.

The author starts his deduction from the presentation of the conception of L. von Bar, then analyses the concept of admissible risk in the aspect of guilt detracted psychologically and normatively. He also presents a critical opinion about Polish literature concerning these conceptions.

In the farther part of the consideration, he introduces his deduction showing the non-typical understanding of the discussed figure, considering in particularly the role of the rules of precaution as the antithesis of inadvertence and the balance of gains and losses resulting from risky activities. He also examines the conception of the initial legality of risky activities together with H. Welzel's theory of social adequacy.

In the consecutive fragment, the author shows the double function of admissible risk, as assigned to it in never German literature. He also presents voices that negate in general the necessity of separation of this legal figure.

Analysing the attainment of the Polish doctrine of the penal law, he perceives that the discussed construction was connected with risk as a circumstance that over rules overrules the social noxiousness of the deed or with risk as a contratype.

In the final part, the author points at the differentiation of the form of admissible risk, which was done by the Polish legislation: the legitimate experiment has a contratype character whereas ordinary risk (everyday) is so far beyond statutory control, hence legal discussion concerning its character and the position in the structure of offence.