

Jacek Giezek

Zgodne z prawem zachowanie alternatywne jako kryterium przypisania skutku

Kwartalnik Prawa Publicznego 4/4, 49-72

2004

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Jacek Giezek *

ZGODNE Z PRAWEM ZACHOWANIE ALTERNATYWNE JAKO KRYTERIUM PRZYPISANIA SKUTKU

1. KONSTRUKCJA ZGODNEGO Z PRAWEM ZACHOWANIA ALTERNATYWNEGO

We współczesnej niemieckiej dogmatyce prawa karnego, poświęconej rozważaniom na temat kryteriów prawnokarnego przypisania skutku, stałe miejsce zajmuje konstrukcja tzw. zgodnego z prawem zachowania alternatywnego (*rechtmäßiges Alternativverhalten*)¹. Jej funkcja oraz znaczenie coraz wyraźniej dostrzegane jest również w nauce polskiej, a także – choć w sposób nie zawsze w pełni uświadomiony i zasługujący na aprobatę – w praktyce wymiaru sprawiedliwości². Rozpoczynając od analizy językowej samego zwrotu, z łatwością zauważymy, że wyodrębnić w nim można trzy współtworzące go elementy, a mianowicie:

- zachowanie (działanie lub zaniechanie),
- zgodność z prawem owego zachowania,
- jego alternatywność.

* Dr hab. Jacek Giezek – profesor Uniwersytetu Wrocławskiego, Katedra Prawa Karnego Materialnego

¹ Por. np. M. Gotzler, *Rechtmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, München 1977; U. Ebert, K. Kühl, *Kausalität und objektive Zurechnung*, „Jura” 1979, nr 11, s. 572 i n.; I. Puppe, *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, ZStW 1987, t. 99, s. 595 i n., V. Erb, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Berlin 1991.

² Świadczy o tym zwłaszcza najnowsze orzecznictwo Sądu Najwyższego. Por. np. wyrok SN z 8.3.2000 r. (III KKN 231/98), OSNKW 2000, poz. 45.

Nie wymaga bardziej pogłębionego komentarza stwierdzenie, że zachowanie – ze względu na prawnokarną konotację oraz kontekst, w jakim się ono pojawia – stanowi czyn, który polegać może zarówno na działaniu, jak i na zaniechaniu. Oczywiście staje się więc spostrzeżenie, że włączając obie postacie czynu do analizowanej formuły otrzymamy odpowiednio „zgodne z prawem *działanie* alternatywne” oraz „zgodne z prawem *zaniechanie* alternatywne”. Jeśli zatem sprawca w konkretnej sytuacji działał niezgodnie z prawem, to alternatywą dla takiego działania mogłoby być zaniechanie lub jakieś inne, nie naruszające porządku prawnego działanie. Jeśli natomiast zaniechał, to alternatywę dostrzegać będziemy jedynie w zaniechanym działaniu.

W dalszej kolejności pojawia się pytanie, co oznacza w omawianym kontekście stwierdzenie, że zachowanie jest zgodne z prawem (*rechtmäßig*). Banalnie brzmieć będzie poprawne *prima facie* stwierdzenie, że nie może ono naruszać żadnej z norm obowiązującego porządku prawnego. Przy bardziej pogłębionej analizie dostrzec wszak można, że owa zgodność z prawem musi być interpretowana w sposób szczególny jako zgodność z wypracowanymi w życiu społecznym regułami postępowania (wymaganiami ostrożności) lub – jeszcze szerzej – jako jego odpowiedniość (zgodność ze społecznymi oczekiwaniami), która w tym przypadku mogłaby oznaczać, że granice dającego się zaakceptować ryzyka naruszenia lub narażenia na niebezpieczeństwo dobra prawem chronionego nie zostały przekroczone. Szeroko rozumiana nieodpowiedniość zachowania nie musi wcale iść w parze z naruszeniem normy sankcjonowanej. Jest ona raczej oceną wynikającą z braku społecznej akceptacji dla określonego rodzaju zachowań, stwarzających ryzyko dla dóbr prawem chronionych.

Najważniejszym elementem omawianej formuły zdaje się być alternatywność zachowania. Wynika z niej bowiem szereg bardzo istotnych konsekwencji. Pierwsza z nich – najbardziej oczywista – sprowadza się do stwierdzenia, że oprócz zachowania alternatywnego istnieć musi jeszcze jakieś inne, z nim porównywane. W przeciwnym razie sprawca nie miałby wszak żadnego wyboru. Po drugie zaś porównywane zachowanie musi odróżniać się od zachowania zgodnego z prawem, jeśli ma ono stanowić dla niego jakąkolwiek alternatywę. Na przyjętym tutaj poziomie uogólnienia w rachubę wchodzi zaś tylko jedna różnica. Jest nią mianowicie zgodność/niezgodność z prawem podejmowanego zachowania. Mówiąc inaczej, alternatywa (która w kategoriach logicznych jawi się jako rozłączna) odnosi się do następującej pary zachowań: zachowanie zgodne z prawem (regułami postępowania, dopuszczalnie ryzykowne czyli odpowiednie) – zachowanie niezgodne z prawem (regułami postępowania, niedopuszczalnie ryzykowane czyli nieodpowiednie).

Jeśli przy ocenie dokonanego przez sprawcę czynu chcemy odwołać się do wskazanej alternatywy, to – ze względu na jej rozłączność – z łatwością zauważymy, że tylko jeden z jej elementów będzie mógł zostać uznany za prawdziwy, tzn. posłużyć do oceny zachowania sprawcy. Wszak nie może być ono zarazem zgodne i niezgodne z prawem (o ile tylko – co zakładamy – system prawa nie jest wewnątrznie sprzeczny). Jeśli zatem realnie przedsięwzięte zachowanie ocenimy jako niezgodne z prawem, to jego alternatywa w postaci zachowania z prawem zgodnego pozostanie tylko niezrealizowaną możliwością, która hipotetycznie mogłaby wystąpić. O dwóch pozostających w alternatywie zachowaniach dałoby się zatem powiedzieć, że jedno z nich jest realne, drugie zaś potencjalne, gdyż przy rozłączności alternatywy, w jakiej one pozostają, inaczej po prostu być nie może. Pojawia się pytanie, która z obu cech (tzn. realność lub potencjalność) charakteryzuje rozważane tutaj zgodne z prawem zachowanie alternatywne. Otóż jeśli zachowanie to byłoby realne, tzn. gdyby w rzeczywistości podmiot zachował się zgodnie z prawem (odpowiednio), to przecież nie rozważalibyśmy możliwości prawnokarnego przypisania skutku, nawet jeśli by on w sensie czysto kauzalnym z takiego zachowania wyniknął. Musi być ono zatem zachowaniem potencjalnym, które przeciwstawiamy rzeczywiście zrealizowanemu zachowaniu niezgodnemu z prawem (nieodpowiedniemu). W charakterze ogólniejszej refleksji należy również zauważyć, że wskazana tutaj alternatywa zawsze towarzyszyć musi zachowaniu sprzecznemu z prawem. Gdyby jej bowiem nie było, to podmiot nie mógłby się zachować inaczej, jak tylko w sposób naruszający prawo, czyli sprzecznie z jakąś obowiązującą normą. Oznaczałoby to dalej, że norma zabraniająca zachowania nie mającego alternatywy, w istocie zawierałaby nakaz czynienia rzeczy niemożliwej. Dochodzimy przeto do wniosku, że dla każdego zachowania odpowiadającego znamionom typu czynu zabronionego, istnieje zachowanie alternatywne, które znamion tych nie realizuje (alternatywa istnieć więc musi zarówno dla umyślnego, jak i nieumyślnego typu czynu zabronionego).

Przyjrzyjmy się zatem nieco bliżej owej niezrealizowanej, zgodnej z prawem alternatywie. Jej postać zależeć będzie od sposobu wykonania zachowania niezgodnego z prawem oraz od tkwiących w nim przyczyn jego nieodpowiedniości.

Jeśli zachowanie niezgodne z prawem przybierze postać aktywną, czyli wystąpi jako działanie, to stanowiące dlań alternatywę zachowanie z prawem zgodne polegać będzie albo na **zmodyfikowanej aktywności**, tzn. innym wykonaniu tego działania albo na **pasywności** wyrażającej się w całkowitym powstrzymaniu się od jego wykonania, czyli na zaniechaniu. Inne wykonanie przedsiębranego działania wcho-

dzić będzie w rachubę jedynie wówczas, gdy cechą decydującą o jego nieodpowiedniości będzie można wyeliminować lub zmodyfikować w sposób czyniący podejmowane zachowanie zgodnym z prawem. Zaniechanie wykonywanego działania stanie się natomiast konieczne wówczas, gdy owo działanie – niejako z natury rzeczy – okaże się nieodpowiednie. Żadna jego modyfikacja nie będzie przecież zgodną z prawem alternatywą, która pozwoliłaby jednak działanie kontynuować.

Jeśli natomiast zachowanie niezgodne z prawem przybierze postać pasywną, tzn. polegać będzie na zaniechaniu, to zgodne z prawem zachowanie alternatywne musi być wówczas działaniem, i to nie jakimkolwiek, lecz jedynie tym, jakiego od sprawcy oczekiwano. Dla naruszającego prawo zaniechania nigdy legalną alternatywą nie będzie więc inne zaniechanie, co właściwie wynika już z samej istoty tej postaci czynu. Rzecz bowiem w tym, że alternatywnego (tzn. potencjalnego) zaniechania nie da się nawet sensownie wyodrębnić. Przede wszystkim należy zauważyć, że o ile istotę działania dałoby się ograniczyć do płaszczyzny wyłącznie ontologicznej, istnieje ono bowiem obiektywnie, tzn. niezależnie od spostrzegającego je podmiotu, a co więcej – postrzegalne jest również czysto sensorycznie, bez potrzeby włączania w ten proces jakichkolwiek struktur poznawczych, o tyle wyodrębnienie zaniechania możliwe jest dopiero po uwzględnieniu płaszczyzny normatywnej (ocennej). Spostrzeżenie zaniechania jest wszak odzwierciedleniem naszych oczekiwań oraz powinności ciężącej na sprawcy. Do płaszczyzny ontologicznej zaniechania sprowadzić więc nie sposób, wówczas bowiem nie dałoby się go bliżej zidentyfikować ani przypisać konkretnemu sprawcy. Zaniechanie nie jest zatem wszelką beczynnością, lecz raczej określonego rodzaju beczynnością, polegającą na braku aktywności w oczekiwanym przez prawo kierunku. Tego braku nie usunie zaś żadna inna pasywność, co zresztą łatwo zauważyć, jeśli uświadomimy sobie fakt, że sprawca zaniechał nie tylko tego, co było jego obowiązkiem, lecz wszystkiego, co – nie będąc realizowanym akurat w tym czasie działaniem – tworzyło niezwykle rozległą sferę tzw. dopełniającej rzeczywistości. Jeśli wszak lekarz zaniechał wykonania ratującego życie pacjenta zabiegu operacyjnego, bo w trakcie pełnionego dyżuru np. spał, to dla takiego jego zachowania nie ma dającej się zaakceptować alternatywy w postaci jakiegoś innego zaniechania. Alternatywą taką jest bowiem jedynie działanie i to nie jakiegokolwiek, lecz ściśle określone, a mianowicie wykonanie koniecznego zabiegu operacyjnego.

Wyżej wspomniano już o tym, że podstawową cechą, ze względu na którą możliwe staje się wyodrębnienie dwóch alternatywnych zachowań sprawcy (jednego realnego, drugiego zaś potencjalnego) jest taki składający się na opis owych zachowań stan rzeczy, który decyduje

o ich odpowiedności lub nieodpowiedności. Już na wstępie trzeba zauważyć, że nieodpowiedność (sprzeczność z prawem) zachowania wynika niekiedy z samej jego istoty i – jako taka – jest z nim **immanentnie** związana, całkiem niezależnie od zdeterminowanych modalnymi cechami postaci, w jakich konkretnie może się ona przejawiać. Przykłady tego rodzaju zachowań występują zwłaszcza w tych wszystkich sytuacjach, w których nie ma miejsca na jakiegokolwiek, chociażby najmniejsze ryzyko negatywnego skutku (np. strzał do człowieka z broni palnej, pozostawienie w rękach dziecka niebezpiecznego narzędzia, spacer po zamkniętej dla pieszych autostradzie, wyrzucanie przedmiotów przez okno mieszkania usytuowanego na wysokim piętrze, itp.)³. Ogólnie rzecz ujmując, do grupy tej zaliczyć więc należy zachowania, co do których społeczeństwo nie ma żadnego interesu w tym, aby nawet przy najdalej idącym zmniejszeniu związanego z nimi niebezpieczeństwa zezwolić na ich podejmowanie⁴. Mówiąc inaczej – chodzi o zachowania, które muszą być po prostu zaniechane, nie da się bowiem zrealizować ich tak, aby związane z nimi ryzyko stało się w jakichkolwiek warunkach możliwe do zaakceptowania⁵.

³ Mówiąc o immanentnej nieodpowiedności tego rodzaju zachowań sięgamy w istocie do pewnej konwencji terminologicznej, z której kontrowersyjności trzeba zdawać sobie sprawę.

⁴ Zasadniczą myśl, jaka towarzyszy proponowanemu w tym miejscu podziałowi zachowań na immanentnie oraz modalnie nieodpowiednie, odnaleźć można w pracy E. Schmidhäusera, *Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung* [w:] *Festschrift für Schaffstein*, Göttingen 1975, s. 129 i n. Zdaniem tego autora w życiu społecznym pojawiają się m.in. takie niebezpieczne (czyli nieodpowiednie) zachowania, które w żadnej postaci nie są dozwolone. Jeśli zatem pojęcie przestrzegania ostrożności (czy też jej naruszenia) miałoby cokolwiek wnieść do prawnokarnego wartościowania, to pytanie o ostrożność tylko tam powinno zachować swój sens, gdzie chodzi o czynność, która bez przestrzegania jej reguł nie mogłaby zostać podjęta, gdyż wówczas byłaby zbyt niebezpieczna, a którą można by podjąć – mimo że w dalszym ciągu utrzymywałby się pewien trwale związany z nią potencjał niebezpieczeństwa – dopiero przy dochowaniu wymaganej ostrożności. Nie dotyczy to jednak wszystkich niebezpiecznych czynności, bowiem społeczeństwo tylko w odniesieniu do niektórych zachowań ma ogólnie biorąc interes w tym, aby przy odpowiednim zmniejszeniu związanego z nimi niebezpieczeństwa zezwolić na ich podejmowanie. Ilustrując tego rodzaju zachowania E. Schmidhäuser powołuje się na znany w literaturze przykład studenta, niepostrzeżenie oraz dla żartu odsuwającego krzesło koledze siadającemu po zabranii głosu w prowadzonej na wykładzie dyskusji, który – upadając na podłogę – doznał poważnego uszczerbku na zdrowiu. Takie właśnie zachowanie dałoby się chyba określić jako immanentnie nieodpowiednie.

⁵ Jeżeli z ostatniego piętra wysokiego budynku właściciel mieszkania wyrzuca przez okno starą lodówkę (gdyż znoszenie jej po schodach byłoby zbyt uciążliwe), a lodówka ta spada na głowę przebiegającego chodnikiem chłopca, powodując skutek śmiertelny, to nie będziemy wszak analizować, czy to samo stałoby się także wówczas, gdyby

Nieodpowiedniość zachowania ma charakter immanentny w podanym wyżej znaczeniu także wówczas, gdy zachowanie to polega na zaniechaniu działania, do którego sprawca był zobowiązany. Łatwo bowiem zauważyć, że o nieodpowiedniości zaniechania nie decyduje żadna z modalnych jego cech, lecz sam fakt, że w ten sposób nie został wykonany obowiązek określonego działania, które miało zapobiec negatywnemu skutkowi. Zaniechanie jest przeto samo w sobie niewłaściwe, oprócz bowiem oczekiwanego od sprawcy działania nie ma żadnej alternatywy w postaci zachowania będącego jakimś innym działaniem lub zaniechaniem. Mówiąc inaczej – jeśli sprawca nie wykonał ciążącego na nim obowiązku określonego działania, to w istocie obojętne jest w jaki sposób zaniechał lub działał, jego zachowanie nie stałoby się bowiem odpowiednie niezależnie od tego, co uczyniłby w konkretnej sytuacji.

Niekiedy jednak nieodpowiedniość jako ocena zachowania wynika dopiero z jakiejś **modalnej jego cechy**, czyli takiej, którą – nie rezygnując z wykonania danego zachowania – dałoby się wyeliminować. Przykład stanowić może podanie pacjentowi lekarstwa, które ze względu na rodzaj choroby było co prawda właściwe, lecz zastosowane zostało w zbyt dużej dawce, powodującej poważny uszczerbek na zdrowiu, albo też jazda samochodem po otwartej dla ruchu drodze publicznej, lecz ze zbyt dużą prędkością.

Poszukując na płaszczyźnie ustawowej uzasadnienia dla wprowadzonego tutaj podziału warto odnotować, że o tym, czy nieodpowiedniość wiąże się z istotą podejmowanego zachowania, czy też stanowi pochodną jakiejś charakteryzującej to zachowanie cechy, często decyduje jego ustawowa typizacja. Z jednej bowiem strony ustawodawca opisywać może zabronione zachowanie w taki sposób, że jego pejoratywną ocenę (nieodpowiedniość) odczytamy już z samego znamienia czasownikowego (opisu podejmowanej przez sprawcę czynności). Jest oczywiste, że takie np. znamiona jak „grozi”, „znieważa”, „po-

przedsięwzięte zostały chociażby najdalej posunięte środki ostrożności. Żadne środki ostrożności nie zostaną bowiem uznane za wystarczające, jeśli przy takim zachowaniu, którego aprobatą nie leży przecież w interesie społecznym, dojdzie do negatywnego skutku. Nie będzie więc miało sensu analizowanie zgodnego z prawem zachowania alternatywnego innego niż zaniechanie tego, co sprawca uczynił. Nie uwzględnimy wszak próby wykazania, że chłopiec zostałby uderzony przez spadającą lodówkę z dużym prawdopodobieństwem także wówczas, gdyby teren był z najwyższą nawet starannością zabezpieczony (np. przez osoby pilnujące chodnika w czasie wyrzucania lodówki przez okno). Nie interesują nas bowiem żadne środki ostrożności, jeśli nie dostrzegamy społecznego sensu w tym, aby zezwolić na podejmowanie ryzykownego zachowania.

mawia”, „znęca się” – same w sobie zawierają ujemną ocenę czynności przez nie opisywanych. Z drugiej jednak strony w sferze zainteresowań prawa karnego pozostaje wiele tego rodzaju zachowań, których typizacja dokonana została przez ustawodawcę za pomocą określeń – rzecz by można – aksjologicznie indyferentnych, w każdym zaś razie takich, które mogłyby zostać użyte także przy opisie zachowania wywołującego skutki pożądanego i z tego względu wartościowanego dodatnio. Do najlepiej ilustrujących omawiane zagadnienie przykładów należą takie chociażby znamiona jak: „powoduje”, „działa”, czy „doprowadza”. W przypadku, gdy znamionom takim nie towarzyszy bliższa charakterystyka zachowania sprawcy, wydobywająca w dostatecznym stopniu jego pejoratywne zabarwienie (np. „doprowadza przemocą lub groźbą bezprawną”), konieczne staje się stypizowanie negatywnego skutku, który sprawca tak ogólnie opisanym zachowaniem wywołuje (np. „powoduje śmierć człowieka”)⁶.

Pojawia się pytanie, jaki walor miałyby mieć wprowadzony tutaj podział zachowań na immanentnie oraz modalnie nieodpowiednie. Wyprzedzając nieco tok dalszych rozważań już w tym miejscu należy zauważyć, że podział ten nie tylko wzbogaca ogólną charakterystykę wchodzących w rachubę zachowań alternatywnych, lecz pozwala także na wskazanie tych przypadków, w których – konfrontując zachowanie rzeczywiste ze stanowiącym jego alternatywę zachowaniem potencjalnym – nie powinniśmy zadowalać się zwiększeniem ryzyka negatywnego skutku jako podstawą jego prawnokarnego przypisania, gdyż mamy wszelkie podstawy ku temu, aby oprzeć się na kauzalności. Najwyraźniej zdaje się być to widoczne właśnie przy zachowaniach immanentnie nieodpowiednich, których wyodrębnienie ułatwia prawnokarne przypisanie skutków, jakie z nich wynikają, gdyż odpada potrzeba ustalania stopnia prawdopodobieństwa, z jakim skutki te wystąpić mogłyby także wówczas, gdyby zastąpić je zgodnymi z prawem (czyli zmodyfikowanymi) działaniami alternatywnymi. W tego rodzaju przypadkach alternatywy takiej bowiem po prostu brak, a możliwa do za-

⁶ Na marginesie warto także odnotować, że ustawodawca używa niekiedy tego rodzaju znamion czasownikowych, które z natury rzeczy zawierają w sobie opis skutku, stanowiącego w istocie jedyną charakterystykę zachowania sprawcy (np. „zabija”, „niszczy”, „uszkadza”). Znamiona takie w oczywisty sposób determinują materialny typ przestępstwa, z którym wiązać się musi naruszenie dobra prawem chronionego, nie zaś tylko samo jego narażenie na niebezpieczeństwo. Z kolei przy przestępstwach formalnych ujemna ocena zachowania artykułowana jest niekiedy za pomocą znamion czasownikowych o wyraźnie pejoratywnym zabarwieniu (np. „znęca się”), czasem jednak wynika dopiero z charakteryzujących te znamiona klauzul normatywnych (np. „bez wymaganego zezwolenia posiada”, „wbrew obowiązkowi nie utrzymuje”, itp.).

akceptowania staje się jedynie pewność, że negatywny skutek nie pojawiłby się w ogóle, jeśliby immanentnie nieodpowiednie działanie zostało zaniechane. Sprawcy takiego działania przypisać trzeba zatem całe zło, jakie kauzalnie było z nim powiązane⁷.

2. KAUZALNOŚĆ (NIE)ZGODNEGO Z PRAWEM ZACHOWANIA ALTERNATYWNEGO

Wprowadzając do rozważań o kryteriach obiektywnego przypisania skutku konstrukcję „zgodnego z prawem zachowania alternatywnego” nie czynimy tego jedynie po to, aby „uatrakcyjnić” dogmatyczną analizę owych kryteriów, lecz aby wypracować instrument, dzięki któremu przypisanie moglibyśmy uznać za dobrze uzasadnione. Z tego zaś punktu widzenia alternatywne zachowanie interesować nas będzie przede wszystkim (a być może nawet wyłącznie) jako ogniwo hipotetycznych powiązań kauzalnych⁸. Jeśli bowiem dostrzegamy, że sprawca – w sensie czysto kauzalnym – przyczynił się do powstania skutku swym nieodpowiednim zachowaniem, to nie sposób oprzeć się pokusie postawienia pytania, co stałoby się wówczas, gdyby zachował się tak, jak należało, czyli zgodnie z oczekiwaniami. Analiza ma w tym przy-

⁷ Inna sprawa, że swoisty problem stanowić może przyczynienie się pokrzywdzonego do rozmiaru skutku, jaki z zachowania takiego wyniknął. Nie ma ono jednak wpływu na ocenę samego zachowania jako nieodpowiedniego.

⁸ Rodzi się pytanie, czy w istocie związek, o który nam tutaj chodzi, ma – jak to się często przyjmuje – charakter związku przyczynowego. Jeśli miałyby tak być, to nieodpowiedniość (nieostrożność) zachowania sprawcy, będąca wszak przede wszystkim jego normatywną oceną, musiałaby odgrywać rolę przyczyny, której – co na wiele sposobów można by wykazać – teoretycznie pełnić ona jednak nie może. Wątpliwości tego rodzaju zdają się uzasadniać formułowaną w literaturze niemieckiej tezę, że w przypadku odwoływania się do hipotetycznej przyczynowości zgodnego z prawem zachowania alternatywnego, która w tradycyjnie zorientowanej dogmatyce prawa karnego stanowić ma dowód na istnienie związku między nieodpowiedniością zachowania sprawcy a prawnokarnie relewantnym skutkiem, w gruncie rzeczy nie chodzi wcale o problematykę kauzalną. Por. M. Gotzler, op.cit., s. 23 i n.; A. Kaufmann, *Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie* [w:] *Festschrift für H. H. Jescheck*, Berlin 1985, s. 278. Więż przyczynowa została bowiem już wyjaśniona, do czego posłużył odpowiedni model wyjaśniania kauzalnego. Na kolejnym zaś etapie – jeśli już wiemy, że zachowanie sprawcy ujmowane całościowo (oraz czysto ontologicznie) stanowiło przyczynę skutku – trzeba odpowiedzieć na pytanie mające wyraźne zabarwienie normatywne, jakie znaczenie dla jego wystąpienia miała niewłaściwość podjętego zachowania. Szerzej na ten temat J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 172 i n.

padku charakter prognozy, nie zaś diagnozy. Nie odpowiadamy bowiem wówczas na pytanie „dlaczego tak się stało, jak się stało”, lecz na pytanie – „co stałoby się, gdyby...”. Warto dodać, że z punktu widzenia logiki nie zachodzi żadna różnica między kauzalnym wyjaśnieniem a strukturą przepowiadania (prognozowania). Jeśli bowiem zdarzenie określonego typu (np. spowodowanie śmierci człowieka strzałem z broni palnej) już wystąpiło, to za pomocą zdań oznajmujących, zawierających opis konkretnych faktów i okoliczności oraz ogólnych praw może ono zostać wyjaśnione, jeśli zaś jeszcze nie wystąpiło, to na podstawie tych samych zdań może ono zostać przewidziane.

Podejmując skomplikowaną problematykę kauzalności zgodnego z prawem zachowania alternatywnego zacząć należy od rozstrzygnięcia kwestii, czy hipotetyczny przebieg przyczynowy, dzięki któremu wykazać także możemy istnienie określonej relacji między nieodpowiednością zachowania a jego negatywnym rezultatem, musi mieć w ogóle jakiegokolwiek znaczenie dla odpowiedzialności karnej sprawcy. Otóż odmawiając jakiegokolwiek znaczenia przyczynowości hipotetycznej (lub nazbyt je deprecjonując) doprowadzilibyśmy do sytuacji, w której sprawcy przypisywane byłyby wszystkie negatywne następstwa zachowania, niezależnie w gruncie rzeczy od tego, czy i w jakim stopniu stanowiły one rezultat jego nieodpowiedności (nadmiernej ryzykowności). Oznaczałoby to powrót do znanej od dawna w prawie karnym zasady *versari in re illicita*, którą już przed laty K. Binding określił jako godną pożałowania i należąca do najgorszych zasad prawnych, jakie kiedykolwiek powstały⁹.

Godząc się na uzależnienie odpowiedzialności karnej od stwierdzenia zależności przyczynowej między cechą zachowania sprawcy, decydującą o jego nieodpowiedności a naruszeniem dobra chronionego prawem, odpowiedzieć musimy jednak na kolejne nasuwające się pytanie, a mianowicie – jaki wpływ na przypisanie owego naruszenia powinien mieć fakt, że z większym lub mniejszym prawdopodobieństwem doszłoby do niego także wówczas, gdyby sprawca zachował się zgodnie z obowiązującymi w danej dziedzinie ludzkiej aktywności regułami postępowania, a więc dokładnie tak jak należało. Mówiąc inaczej, chodzi w tym miejscu o niezmiernie istotny we współczesnej dogmatyce prawa karnego problem występowania lub braku hipotetycznego (potencjalnego) związku przyczynowego między zgodnym z prawem oraz

⁹ K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV/1, Leipzig 1919, s. 116, 174. Pełne brzmienie tej zasady jest następujące: „*versanti in re illicita importantur omnia quae sequuntur*” (kto czyni bezprawie, temu przypisane zostanie wszystko, co z niego wyniknie).

regułami postępowania zachowaniem alternatywnym a negatywnym skutkiem oraz o znaczenie dokonanych w tym zakresie ustaleń dla odpowiedzialności karnej sprawcy¹⁰.

W literaturze zbieżność poglądów panuje w zasadzie co do tego, że – z jednej strony – sprawca nie może ponosić odpowiedzialności karnej, jeśli skutek z całą pewnością wystąpiłby także przy odpowiednim, tzn. zgodnym z naszymi oczekiwaniami zachowaniu alternatywnym, a jednocześnie – z drugiej strony – sprawca powinien być pociągnięty do odpowiedzialności karnej, jeśli w przypadku zachowania w pełni mieszczącego się w granicach dozwolonego ryzyka skutku dałoby się z całą pewnością uniknąć¹¹. Rozbieżność stanowisk dotyczy natomiast tych przypadków, w których pewności takiej nie mamy, a więc mówić możemy jedynie o większym lub mniejszym prawdopodobieństwie wystąpienia (albo uniknięcia) negatywnego skutku. Z tego punktu widzenia wyodrębnić zatem możemy trzy następujące sytuacje:

Po pierwsze – nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że skutek należy sprawcy przypisać, jeśli z prawdopodobieństwem sięgającym granic pewności nie zostałby on wywołany w przypadku zgodnego z prawem zachowania alternatywnego, czyli takiego, które nie stwarzałoby zbyt dużego ryzyka jego wystąpienia. Przykładowo zatem nie zawahamy się przypisać jadącemu z nadmierną prędkością kierowcy śmierci dziecka przebiegającego przez jezdnię, jeśli w przypadku prędkości dozwolonej owego skutku z całą pewnością udałoby się uniknąć.

Po drugie – jest również oczywiste i bezdyskusyjne, że skutku nie sposób sprawcy przypisać, jeśli z prawdopodobieństwem sięgającym granic pewności wystąpiłby on także w przypadku zgodnego z prawem zachowania alternatywnego, mieszczącego się w granicach akceptowanego ryzyka. Nie przypiszemy więc kierowcy jadącemu z nadmierną prędkością śmierci dziecka pod kołami samochodu, jeśli także prędkość dozwolona ponad wszelką wątpliwość nie zapobiegłaby wypadkowi.

Po trzecie wreszcie – pozostaje rozległy obszar, na którym zmieścić można – między pewnością, że skutek nastąpi albo nie nastąpi – całe spektrum wchodzących w rachubę wariantów. Nieuchronnie nasuwa się zatem pytanie, w jakim stopniu odpowiedzialność kierowcy,

¹⁰ Problematyce tej szczególnie dużo miejsca poświęcono w dogmatyce niemieckiej. Wśród najważniejszych prac na ten temat wymienić należałoby m.in.: K. Ulsenheimer, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn 1965; E. Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Frankfurt am Main 1972; I. Puppe, op.cit., s. 595 i n.; V. Erb, op.cit.

¹¹ Zob. np. J. Krümpelmann, *Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten*, GA 1984, s. 495 oraz podaną tam literaturę.

który – jadąc z nadmierną prędkością – spowodował wypadek drogowy, zależeć będzie od wykazania, że wypadek ten wydarzyłby się z mniejszym lub większym prawdopodobieństwem również wówczas, gdyby kierowca prowadził swój pojazd z prędkością dozwoloną¹².

Przedstawione wyżej sytuacje zdają się wyraźnie wskazywać na to, że – odwołując się do formuły (nie)zgodnego z prawem zachowania alternatywnego jako kryterium przypisania skutku – eksponujemy przede wszystkim relację, w jakiej ów skutek pozostaje do cechy zachowania sprawcy, która zachowanie to czyni nieodpowiednim. Okazuje się bowiem, że wskazana relacja – wbrew utrwalonemu jeszcze do niedawna pogładowi – nie zawsze może, a tym samym również chyba i nie zawsze musi opierać się na więzi przyczynowej. Zarówno ze względów kryminalnopolitycznych, jak i czysto teoretycznych nie możemy niestety w każdej sytuacji oczekiwać absolutnie pewnego ustalenia, że nieostrożność lub – mówiąc ogólniej – nieodpowiedniość zachowania sprawcy stanowiła warunek ustawowo stypizowanego skutku. W wielu przypadkach, a zwłaszcza wówczas, gdy zabrakło obiektywnych praw przyczynowych, które pozwalałyby na wyjaśnienie wartości kauzalnej nie tylko samego zachowania ujmowanego całościowo, ale także wszystkich konkretyzujących je cech, zajęcie stanowiska w sposób bezkompromisowy domagającego się takiego wyjaśnienia jako jednego z warunków przypisania nieuchronnie musiałoby prowadzić do wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawcy, i to całkiem niezależnie od najbardziej nawet jaskrawego naruszenia obowiązujących w danej dziedzinie ludzkiej aktywności reguł postępowania.

Przeciwko takiemu postrzeganiu relacji między cechą zachowania sprawcy decydującą o jego nieodpowiedniości a negatywnym skutkiem od dłuższego już czasu występują zwolennicy rozwijanej w niemieckiej dogmatyce prawa karnego nauki o zwiększeniu ryzyka (*Risikoerhöhungslehre*), której popularność także w Polsce zdaje się od pewnego czasu wzrastać. Według jednej z podstawowych jej tez odpowiedzialność kar-

¹² Warto zauważyć, że w orzecznictwie niemieckim właśnie wypadek drogowy stanowił inspirację dla pogłębionych analiz, rozwijających naukę o obiektywnym przypisaniu. Chodzi mianowicie o tzw. *Radfahrerfall*, w którym stan faktyczny był następujący: Kierowca samochodu ciężarowego z przyczepą, wyprzedzając pijanego rowerzystę, nie zachował dostatecznie dużego bocznego odstępu, jaki wymagany jest w prawie o ruchu drogowym. W trakcie tego manewru rowerzysta stracił równowagę i – przewracając się – został śmiertelnie potrącony tylnymi kołami przyczepy. Uwzględniając fakt, że nietrzeźwy rowerzysta był całkowicie niezdolny do jazdy, Sąd Federalny (BGH) przyjął, iż jest wysoce prawdopodobne, że identyczny przebieg zdarzeń, zakończony skutkiem śmiertelnym miałby miejsce także wtedy, gdyby prawidłowy odstęp został przez kierowcę zachowany.

na sprawcy uzależniona jest przede wszystkim od tego, czy swym nieodpowiednim zachowaniem zwiększył on ryzyko wystąpienia negatywnego skutku ponad społecznie dopuszczalną miarę. Nie może on zaś powoływać się na to, że ten sam skutek wystąpiłby prawdopodobnie również przy zachowaniu odpowiednim, tzn. zgodnym z obowiązującymi regulacjami. Tam bowiem, gdzie sprawca przekroczył granice dopuszczalnego ryzyka, nie ma miejsca na nie dające się zweryfikować przypuszczenia lub wątpliwości, które mogłyby działać na jego korzyść. Zachowanie natomiast generalnie nieodpowiednie, które jednak *in concreto* nie zawiera w sobie ryzyka większego niż zgodne z prawem zachowanie alternatywne, pozostaje prawnokarnie irrelewantne i – jako takie – nie może uzasadniać odpowiedzialności karnej¹³. W pewnym sensie traci więc znaczenie badanie przyczynowości alternatywnej. Nie to jest bowiem najistotniejsze, że sprawca – zachowując się nieodpowiednio – wywołał skutek, którego z prawdopodobieństwem sięgającym granic pewności dałoby się uniknąć, gdyby obowiązujące reguły postępowania nie zostały naruszone, lecz że zwiększył ryzyko jego wystąpienia.

Zwolennikom *Risikoerhöhungslehre* trudno zrozumieć, dlaczego warunkiem uznania, że zachowanie sprawcy jest zabronione, miałyby się stać dopiero stwierdzenie, iż zgodny z prawem (alternatywny) sposób zachowania z całkowitą niemal pewnością nie doprowadziłby do negatywnego skutku. Przyjęcie takiego warunku powoduje wszak bardzo daleko idące ograniczenie prawnokarnej ochrony dobra, które zachowaniem sprawcy zostało co najmniej narażone na niebezpieczeństwo. Swoistą niedorzeczność takiego ograniczenia widać najwyraźniej przy przestępstwach z zaniechania. Trudną do przyjęcia konsekwencją ciągle jeszcze dominującego w nauce poglądu zdaje się być stwierdzenie, że określone działanie może ze względu na potrzebę ratowania dobra prawnego zostać nakazane pod tym tylko warunkiem, że skutek w postaci uratowania owego dobra przewidywany byłby jako pewny, gdy tymczasem nakaz taki nie wchodziłby w ogóle w rachubę, jeśli objęte nim zachowanie mogłoby szansę ratunku jedynie zwiększyć¹⁴. Absurdalność takiego poglądu najwyraźniej dostrzegana jest w medycynie. Większości akcji ratunkowych (dotyczących ofiar różnego rodzaju wypadków) lekarze mogliby wszak zaniechać, powołując się na to, że nawet w przypadku ich podjęcia negatywnemu skutkowi w postaci np. śmierci lub poważnego uszczerbku na zdrowiu i tak nie udałoby się

¹³ Por. zwłaszcza C. Roxin, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht* [w:] *Festschrift für R. Honig*, Göttingen 1970, s. 138.

¹⁴ Por. G. Stratenwerth, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung* [w:] *Festschrift für W. Gallas*, Berlin–New York 1973, s. 239.

zapobiec z całkowitą pewnością lub chociażby z prawdopodobieństwem sięgającym jej granic. Akcje ratunkowe mają bowiem to do siebie, że potencjalnie mogą się zakończyć albo sukcesem, albo niepowodzeniem¹⁵. Mimo to jednak są one przecież podejmowane.

W tym kontekście rozsądna, a nawet w pewnych sytuacjach wręcz nieodzowna wydaje się akceptacja wynikającej z nauki o zwiększeniu ryzyka tezy, że przypisanie skutku możliwe jest także wtedy, gdy sprawca jedynie zwiększa prawdopodobieństwo jego wystąpienia, a więc bez potrzeby badania potencjalnej przyczynowości zgodnego z prawem zachowania alternatywnego. Przy takim założeniu rodzi się wszak od razu potrzeba możliwie precyzyjnego wyznaczenia zakresu przypadków, w których rezygnację z ustalania wartości kauzalnej owego alternatywnego zachowania – w pewnym sensie na zasadzie „mniejszego zła” – skłonni bylibyśmy zaakceptować. Z perspektywy wprowadzonego wyżej podziału zachowań na immanentnie oraz modalnie nieodpowiednie teoretycznie uprawnione zdaje się być spostrzeżenie, że interesująca nas relacja między nieodpowiedniością (nadmierną ryzykownością) zachowania sprawcy a negatywnym skutkiem może okazać się w pewnych sytuacjach – ujmując rzecz z pewnym uproszczeniem – relacją „mocniejszą”, opartą na dającej się wyjaśnić przyczynowości, bądź też relacją „słabszą”, opartą jedynie na prawdopodobieństwie.

Nasuwa się w tym miejscu spostrzeżenie, że w przypadku, gdy nieodpowiedniość (nadmierna ryzykowność) wiąże się immanentnie z samym zachowaniem (nie zaś dopiero z jakąś modalną jego cechą), to relacja między ową nieodpowiedniością a negatywnym skutkiem oprzeć się powinna na więzi przyczynowej, jaka – niezależnie od okoliczności konkretnego przypadku – łączy określony rodzaj zachowania oraz jego skutek (np. strzał do człowieka z broni palnej, wyrzucanie przedmiotów przez okno mieszkania usytuowanego na wysokim piętrze)¹⁶. Cał-

¹⁵ Problem ten już przed laty dostrzegł w literaturze polskiej A. Zoll, zwracając uwagę na to, że bardzo trudno jest czasem ustalić, czy występuje powiązanie przyczynowe między zachowaniem lekarza a powstałym skutkiem, a tym samym – odpowiedzieć na pytanie, czy gdyby lekarz zachował się inaczej, niż się zachował, to prawnie relewantny skutek nie nastąpiłby. Jednoznaczna odpowiedź na tak postawione pytanie w sprawach lekarskich jest często niemożliwa. Zob. A. Zoll, *Odpowiedzialność lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 78.

¹⁶ Dla uniknięcia ewentualnych nieporozumień trzeba jednak od razu zaznaczyć, że relacja oparta na więzi przyczynowej nie jawi się już jako tak oczywista, gdy zachowanie, z którym nieodpowiedniość jest immanentnie powiązana, okazuje się być zaniechaniem gwaranta zobowiązanego do podjęcia określonej aktywności, będącej wszak jedyną zgodną z prawem alternatywą. Zwykle bowiem trudno jest ustalić całkowicie pewne powiązanie przyczynowe między potencjalnym wykonaniem oczekiwanego działania a niewystąpieniem skutku, który faktycznie wystąpił.

kowiec odpada nie tylko potrzeba, ale także teoretyczna możliwość analizowania przyczynowości zgodnego z prawem zachowania alternatywnego (ściślej zaś – alternatywnego działania), gdyż w takim przypadku alternatywa taka po prostu nie istnieje. Skoro bowiem nieodpowiedniość jest z zachowaniem immanentnie związana, to nie do pomyślenia jest jakakolwiek jego postać, którą moglibyśmy przyjąć jako podstawę rozważań hipotetycznych¹⁷. Jeśli wszak przyczynę skutku stanowi zachowanie, które samo w sobie jest zbyt ryzykowne (tzn. nawet w najbardziej sprzyjających warunkach nie da się go zrealizować tak, aby stało się ono dostatecznie bezpieczne), to dla wyeliminowania owej ryzykowności nie wystarczy jedynie modyfikacja wiążącego się z nią zachowania, lecz konieczne jest jego całkowite zaniechanie. Trudno przecież wyobrazić sobie, aby np. pozostawienie w rękach dziecka niebezpiecznego narzędzia, które doprowadziło do negatywnego skutku, w jakichkolwiek okolicznościach można było ocenić jako dopuszczalne

¹⁷ Powstać może pytanie, czy trafne byłoby stwierdzenie, że z zachowaniem immanentnie związanym z nieodpowiedniością (nadmierną ryzykownością) mamy zawsze do czynienia wówczas, gdy sprawca popełnia przestępstwo umyślne. Odpowiedź twierdząca musiałaby oznaczać, że skomplikowana problematyka przyczynowości zgodnego z prawem zachowania alternatywnego oraz zawarta w nauce o zwiększeniu ryzyka propozycja jej rozwiązania ogranicza się tylko do przestępstw nieumyślnych. Wydaje się, że tak jednak nie jest. Strona podmiotowa, wyrażająca się w zamiarze popełnienia czynu zabronionego, nie ma bowiem jakiegoś bezpośredniego, nierozzerwalnego związku z obiektywną nieodpowiedniością zachowania. Fakt, że sprawca chce lub nawet pragnie tego, aby do negatywnego skutku doszło, nie oznacza przecież, że tym samym zachowuje się w sposób – obiektywnie rzecz biorąc – nieodpowiedni (sprzeczny z regułami postępowania). Z drugiej zaś strony nieodpowiedniość zachowania sprawcy popełniającego przestępstwo umyślne niekiedy wynika dopiero z pewnej modalnej jego cechy. Jeśli przykładowo ustalono, że w trakcie bardzo ryzykownej, lecz koniecznej operacji chirurgicznej, która zakończyła się śmiercią pacjenta, lekarz zachował się wbrew obowiązującym w medycynie zasadom, to o ocenie jego zachowania jako nieodpowiedniego – nawet gdybyśmy stwierdzili, że naruszył on zasady świadomie, z jakichś powodów chciał bowiem pacjenta zabić – nie decyduje sam fakt wykonania operacji (skoro ze względów medycznych była ona nieodzowna), lecz dopiero sposób jej przeprowadzenia. Mimo umyślności nadmierna ryzykowność nie jest więc w tym przypadku immanentnie związana z samym zachowaniem, lecz wynika jedynie z charakteryzującej je cechy lub zespołu cech. Aktualizuje się tym samym potrzeba ustalenia relacji, jaka zachodzi między nieodpowiednim sposobem przeprowadzenia operacji a negatywnym skutkiem w postaci śmierci pacjenta, i to oczywiście całkiem niezależnie od tego, jaki był rzeczywisty zamiar sprawcy. Brak jakiejkolwiek relacji, wyrażającej się chociażby w niedopuszczalnym zwiększeniu ryzyka skutku śmiertelnego, wykluczyłby natomiast możliwość jego przypisania. Rozważyć należałoby jedynie ewentualną odpowiedzialność lekarza, który chciał spowodować śmierć operowanego pacjenta, za usiłowanie zabójstwa. Oznacza to, że także w ramach przestępstw umyślnych powstaje wymagający rozwiązania problem przyczynowości zgodnego z prawem zachowania alternatywnego.

ryzykowne. Wykluczona jest tym samym również jakaś odpowiednia i dostatecznie ostrożna postać tego zachowania, która w konfrontacji z zachowaniem rzeczywistym mogłaby odegrać rolę alternatywy, potencjalnie zapobiegającej niepomysłnemu przebiegowi zdarzeń. Nie trzeba zatem badać, czy tkwiąca w zachowaniu nieodpowiedniość (nadmierna ryzykowność) przyczyniła się do skutku, czy też tylko zwiększyła prawdopodobieństwo jego wystąpienia, bez niej bowiem nie do pomyślenia byłoby w ogóle samo zachowanie.

Sytuacja staje się natomiast bardziej złożona, gdy nieodpowiedniość nie jest immanentnie związana z określonym typem zachowania, lecz wynika dopiero z jakiejś modalnej jego cechy. Owa modalność oznacza, że jest ona stanem rzeczy, dającym się potencjalnie zastąpić innym stanem rzeczy, co z punktu widzenia modelu kauzalnego wyjaśniania odgrywać może różną rolę. Jeśli wszak stwierdzimy, że cecha zachowania, ze względu na którą oceniamy je jako nadmiernie ryzykowne, stanowi warunek funkcjonowania prawidłowości pozwalającej na przyczynowe wyjaśnienie negatywnego skutku, to możemy tym samym przyjąć – godząc się na kryjące się w takim sformułowaniu uproszczenie – że między tą cechą a skutkiem zachodzi nie budzące wątpliwości powiązanie przyczynowe. Badana cecha staje się bowiem nieodzownym elementem kauzalnego wyjaśnienia zaistniałych zdarzeń. Bez niej prawidłowość nie mogłaby się w ogóle zaktualizować, pozbawione zaś takiej cechy zachowanie przestałoby pretendować do roli przyczyny.

Rzecz jednak w tym, że wśród dostrzeganych w otaczającym nas świecie prawidłowości, do których odwołujemy się przy wyjaśnianiu lub prognozowaniu przebiegu zdarzeń, wyróżnić możemy – w zależności od tego, z jakim prawdopodobieństwem mamy prawo zakładać, że zostały one zaktualizowane – dwa podstawowe ich rodzaje. Mogą one mieć bowiem charakter **bezwzględny (deterministyczny)** i wówczas potwierdzają się w każdej sytuacji, w której spełnione zostały przesłanki niezbędne dla ich wystąpienia („zawsze, gdy pojawi się x , to jego skutkiem będzie y ”), bądź też **probabilistyczny (statystyczny)**, co oznacza, że tylko w niektórych sytuacjach wiążących się z wystąpieniem stosownych warunków mogą one się zaktualizować („tylko czasem, gdy pojawi się x , to jego skutkiem będzie y ”). Formułując przykłady odpowiadające obu rodzajom prawidłowości moglibyśmy powiedzieć, że zawsze strzał z broni palnej trafiający żyjącego człowieka prosto w serce powoduje jego śmierć, natomiast tylko niekiedy jazda samochodem prowadzi do wypadku drogowego. Interesująca nas w tym miejscu różnica polega zaś m.in. na tym, że o ile dla potwierdzenia się prawidłowości o charakterze bezwzględny wystarcza jedynie wystąpienie wszystkich tych warunków, dla jakich została ona ustanowiona, to

w przypadku prawidłowości probabilistycznej – obok warunków, które zasadniczo stwarzają wyłącznie prawdopodobieństwo jej wystąpienia (bez nich byłaby ona bowiem całkowicie wykluczona) – istotną rolę odgrywają również okoliczności, których wartości kauzalnej nie potrafimy co prawda zweryfikować, lecz mamy podstawy do stwierdzenia, że w jakimś (mniejszym lub większym) stopniu zwiększają one istniejące już prawdopodobieństwo negatywnego skutku¹⁸. Jeśli jako przykład prawidłowości o charakterze probabilistycznym przyjąć wypowiedź, że jazda samochodem prowadzi niekiedy do wypadku drogowego, to sam fakt poruszania się pojazdu mechanicznego po drodze, na której dojść mogłoby do potencjalnej kolizji z innymi jej użytkownikami, stanowić będzie warunek konstytutywny, stwarzający prawdopodobieństwo (szansę) potwierdzenia się tej prawidłowości, natomiast do okoliczności, które wpłyną jedynie na rozmiar prawdopodobieństwa (istniejącego wszak niezależnie od ich wystąpienia), zaliczymy m.in. szybkość jazdy, stan techniczny samochodu, warunki atmosferyczne i drogowe itp.

Z punktu widzenia obiektywnego przypisania sprawa jest szczególnie skomplikowana, gdy cecha zachowania, która czyni je nadmiernie ryzykownym (modalnie nieodpowiednim), nie zmienia probabilistycznego charakteru prawidłowości, tzn. wówczas, gdy niezależnie od przekroczenia lub nieprzekroczenia granic dozwolonego ryzyka zaktualizowanie się prawidłowości mieści się jedynie w sferze prawdopodobieństwa. Bezsensowne staje się oczywiście pytanie, czy nadmierna ryzykowność zachowania sprawcy *de facto* stanowiła warunek wystąpienia skutku odpowiadającego takiej prawidłowości, gdyż tego właśnie nie wiemy oraz nie potrafimy ustalić (i to nie tylko *ex ante*, ale również i *ex post*). Przykład stanowić może chociażby przypadek nietrzeźwego rowerzysty, który ginie pod kołami samochodu ciężarowego, wyprzedzającego go bez zachowania należytego odstępu. Nietrzeźwość pokrzywdzonego powoduje bowiem, że prawdopodobieństwo wypadku (ale nie całkowita pewność) istnieje zarówno przy odstępnie prawidłowym, jak również przy takim, który okazał się zbyt mały. Staje się więc coraz bardziej oczywiste, że gdybyśmy zechcieli pozwolić sobie na to, aby – powołując się na brak absolutnie pewnego powiązania kauzalnego – uznawać za prawnokarnie irrelevantny każdy przypadek, w którym nadmierna ryzykowność zachowania sprawcy zwiększyła jedynie prawdopodobieństwo negatywnego skutku, to groziłby nam w wymiarze sprawiedliwości swoisty „paraliż”. Zarówno bowiem w naszym życiu codziennym, jak i w sytuacjach wyjątkowych, związanych ze szcze-

¹⁸ Szerzej na ten temat J. Giezek, *op.cit.*, s. 210 i n.

gólnie dużym stopniem zagrożenia dla dóbr prawem chronionych, bardzo często opieramy się na prawidłowościach o charakterze wyłącznie probabilistycznym, którego nie jest w stanie zmienić nawet najdalej posunięta nieostrożność. Wymóg, aby stan rzeczy decydujący o takiej nieostrożności (nieodpowiedniości) dostrzegać konsekwentnie jako nie budzącą wątpliwości przyczynę przypisywanego sprawcy skutku musiały więc doprowadzić bądź do wykluczenia odpowiedzialności w bardzo wielu sprawach, bądź do przyjęcia fikcji (w sposób oczywisty godzącej w istotę zaktualizowanej przez sprawcę prawidłowości), że między nieodpowiednością zachowania a jego negatywnym skutkiem istnieje związek przyczynowy, którego teoretycznie w żaden sposób nie da się jednak wykazać.

Reasumując rozważania dotyczące zakresu przypadków, w których z wyjaśniania kauzalności zgodnego z prawem zachowania alternatywnego należałoby zrezygnować (a tym samym przyjąć zasadniczą tezę *Risikoerhöhungslehre*), stwierdzić możemy, że tworzą go wszystkie te sytuacje, w których cecha zachowania sprawcy decydująca o jego nieodpowiedniości (nadmiernej ryzykowności) jest okolicznością zwiększającą jedynie prawdopodobieństwo zaktualizowania się prawidłowości o charakterze probabilistycznym, jeśli jednocześnie nie istnieje lub nie jest nam znana żadna prawidłowość deterministyczna, która w konkretnym układzie sytuacyjnym weszłaby w rachubę jako ewentualna podstawa przyczynowego wyjaśnienia negatywnego skutku. Potrzeba odwoływania się do prawdopodobieństwa czy zwiększonego ryzyka całkowicie odpada natomiast wówczas, gdy nieodpowiedniość jest immanentnie związana z typem zachowania. Skoro bowiem nawet najmniejsze ryzyko staje się niedopuszczalne, to dla przypisania skutku wystarczyć musi już sam fakt, że do jego wystąpienia sprawca obiektywnie przyczynił się zachowaniem, które wszak bez jakiegokolwiek ryzyka byłoby po prostu niewykonalne¹⁹.

¹⁹ Na marginesie należy zauważyć, że postulat, aby całkowicie pewne powiązanie przyczynowe zgodnego z prawem zachowania alternatywnego zastąpić prawdopodobieństwem, okazuje się być doniosły nie tylko na gruncie klasycznych przestępstw kryminalnych, ale także w obrębie przepisów, których przedmiotem ochrony jest np. obrót gospodarczy. Ilustrację takiej tezy stanowić może przykład członka zarządu podpisującego umowę, której realizacja przynosi spółce znaczną szkodę. Podpisanie ważnej oraz formalnie zgodnej z prawem, lecz gospodarczo nieuzasadnionej umowy zdaje się być zachowaniem modalnie, nie zaś immanentnie nieodpowiednim. Generalnie bowiem oczekuje się od osób zarządzających podmiotami gospodarczymi zawierania umów w imieniu tychże podmiotów. Przyjmijmy, że cechą takiej umowy, ze względu na którą jej zawarcie oceniamy jako zachowanie nieodpowiednie, jest cena, po jakiej ma być realizowana dostawa wytwarzanych przez spółkę produktów. Przyjmijmy także, że realizacja umowy w sensie czysto kauzalnym wywołała znaczną szkodę majątkową. Koszty pro-

Na zakończenie tej części rozważań pojawia się pytanie, czy i kiedy – poprzestając na stwierdzeniu, że cecha zachowania sprawcy decydująca o jego nieodpowiedniości zwiększyła jedynie prawdopodobieństwo negatywnego skutku – moglibyśmy popaść w konflikt z fundamentalną zasadą *in dubio pro reo*. Otóż konflikt taki – najogólniej rzecz ujmując – groziłby nam wówczas, gdybyśmy jako podstawę wyjaśnienia kauzalnego zaakceptowali jakąś dostatecznie potwierdzoną empirycznie prawidłowość, nie mając wszakże całkowitej pewności, że warunki jej zaktualizowania się zostały w konkretnym przypadku faktycznie zrealizowane. Przykład stanowią mogłaby sytuacja, w której jako warunek odpowiadający prawidłowości będącej podstawą kauzalnego wyjaśnienia śmierci pacjenta przyjęlibyśmy np. podanie zbyt dużej dawki lekarstwa, zakładając – wobec niemożności wykazania, czy nieodpowiednią dawkę faktycznie podano – że zdarzenie takie (tzn. podanie zbyt dużej dawki lekarstwa) było wysoce prawdopodobne. Wątpliwości nie mogą bowiem dotyczyć faktów, lecz co najwyżej występującego między nimi kauzalnego powiązania, i to tylko o tyle, o ile wyjaśniająca je prawidłowość ma charakter probabilistyczny, a więc z natury rzeczy nie może sprawdzać się we wszystkich spełniających warunki jej wystąpienia przypadkach. Oznacza to, że zwiększonym ryzykiem jako podstawą przypisania skutku i odpowiedzialności karnej nie zadowolamy się bynajmniej wówczas, gdy sąd nie dysponuje dowodami potwierdzającymi fakty stanowiące podstawę rozstrzygnięcia, lecz gdy nie znajduje prawidłowości, która fakty te (w tym również cechę zachowania decydującą o jego nieodpowiedniości) pozwalałaby ponad wszelką wątpliwość włączyć do kauzalnego łańcucha zdarzeń²⁰.

dukcji okazały się bowiem wyższe, niż osiągnięty ze sprzedaży przychód. Mógłby ktoś postawić pytanie, czy istnieje zatem – wobec takiej konstatacji – potrzeba analizowania zwiększonego zachowaniem sprawcy ryzyka. Wszak sprzedawał on produkty spółki po zbyt niskiej cenie i wynikła z tego szkoda. Rzecz jednak w tym, że gdy w sposób zgodny z oczekiwaniami zmodyfikujemy cechę zachowania sprawcy decydującą o jego nieodpowiedniości, tzn. hipotetycznie założymy, że w umowie pojawiła się cena produktów, która nie była zbyt niska (a w każdym razie nie niższa od kosztów uzyskania przychodów z tej umowy wynikających), to może się okazać, iż odpowiedzi na pytanie, czy wówczas szkoda nie zostałaby wyrządzona, nie da się niestety udzielić z całkowitą pewnością, gdyż przy tak ukształtowanym, zgodnym z prawem zachowaniu alternatywnym uniknięcie szkody jawi się co najwyżej jako prawdopodobne. Wystarczy bowiem założyć, że ze względu na złą koniunkturę nie udało się znaleźć na rynku odbiorców produktu, którzy zainteresowani byłiby ich zakupem po wyższej cenie. Gdyby zaś do zawarcia żadnej umowy nie doszło, to spółka musiałaby podjąć działania (np. zwolnić większość swych pracowników), które wiązałyby się z bardzo dolegliwymi konsekwencjami (porównywalnymi ze stratą, jaka wynikała z realizacji niekorzystnej umowy).

²⁰ Szerzej na ten temat J. Giezek, op.cit., s. 191 i n.

3. ZGODNE Z PRAWEM ZACHOWANIE ALTERNATYWNE A ZMNIEJSZENIE RYZYKA NEGATYWNEGO SKUTKU

Akceptując naukę o zwiększeniu ryzyka jako ewentualną podstawą przypisania negatywnego skutku zdawać musimy sobie również sprawę z konieczności dokonywania swoistego porównania rzeczywistego ryzyka (prawdopodobieństwa) jego wystąpienia z ryzykiem (prawdopodobieństwem) hipotetycznym. Rezultatem tego porównania ma być zaś odpowiedź na – jak się zdaje – najbardziej skomplikowane pytanie, czy w przypadku zgodnego z prawem zachowania alternatywnego hipotetyczne ryzyko negatywnego skutku byłoby mniejsze, większe lub też tak samo duże, jak ryzyko, które powstało rzeczywiście oraz jaką w tym zakresie różnicą moglibyśmy się zadowolić. Zwiększenie ryzyka staje się zatem problemem nie tylko jakościowym, ale także ilościowym. Problem ten – uwzględniając kontekst powyższych rozważań – wyrazić można by także w pytaniu, na ile znacząco prawdopodobieństwo uniknięcia negatywnego skutku przy zgodnym z prawem zachowaniu alternatywnym powinno zostać zredukowane, abyśmy na tej podstawie – rezygnując z ustalania hipotetycznych powiązań kauzalnych – skutek taki mogli sprawie przypisać.

Okazuje się, że minimalny stopień, o jaki wzrosnąć powinno spowodowane nieodpowiednim zachowaniem sprawy ryzyko, jest nader trudny do precyzyjnego zdefiniowania, o czym świadczą podejmowane w tym zakresie próby w niemieckiej dogmatyce prawa karnego²¹. Dla wyznaczenia owego wzrostu zwolennicy *Risikoerhöhungslehre* używają określeń bardzo różnych, których wspólną cechą jest jednak ich ewidentna nieostrość, a w rezultacie – ocenność. Mówi się bowiem o „wyraźnym”, „wymiernym”, „znacznym”, „istotnym”, „dającym się udowodnić” wzroście ryzyka. Nie bardzo jednak wiadomo, co właściwie każde z tych nieostrych pojęć – w przełożeniu na język praktyki wymiaru sprawiedliwości – miałyby oznaczać. Powszechnie zadowalającego rozwiązania, które dostatecznie precyzowałoby minimalny stopień wymaga-

²¹ Por. np. K. Lackner, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München 1991, § 15, uwaga 44; C. Roxin, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten* [w:] *Festschrift für W. Gallas*, Berlin–New York 1973, s. 433 oraz tego autora *Gedanken zur Problematik...*, s. 139; H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1988, s. 528; H. Walder, *Die Kausalität im Strafrecht*, SchZStr 1977, t. 93, s. 161.

nego wzrostu ryzyka, nie licząc sporadycznych na ten temat wypowiedzi, jak dotychczas nie zaproponowano. W praktyce zatem intuicja oraz zdrowy rozsądek powinny przede wszystkim podpowiadać, w jakim co najmniej stopniu sprawca powinien swym zachowaniem prawdopodobieństwo negatywnego skutku zwiększyć, aby stało się ono prawnokarnie relewantne²². Konstatacja taka nie zwalnia chyba jednak od poszukiwania możliwie jak najpewniejszych kryteriów porównywania rzeczywistego oraz hipotetycznego prawdopodobieństwa negatywnego skutku.

Poszukując użytecznego dla praktyki wymiaru sprawiedliwości sposobu, w jaki dałoby się określić relewantny wzrost prawdopodobieństwa negatywnego skutku można by przyjąć, że wzrost taki następuje wówczas, gdyby – rozważając hipotetyczny przebieg zdarzeń – przy zgodnym z prawem zachowaniu alternatywnym istnieje realna (adekwatna) szansa na to, że dobro prawne nie zostanie naruszone ani narażone na niebezpieczeństwo. Obiektywny obserwator nie może w razie stworzenia znacznego niebezpieczeństwa naruszenia dobra prawnego liczyć poważnie na jego ratunek, gdyż w takiej sytuacji – nawet gdyby tak się stało – byłoby to jedynie dziełem przypadku. Z drugiej jednocześnie strony adekwatna szansa ratunku upoważnia go do przyjęcia założenia, że nie zaktualizują się stwarzające ryzyko czynniki. Innymi słowy, jeśli zgodne z prawem zachowanie alternatywne zwiększyłoby hipotetycznie abstrakcyjną szansę ratunku do takiego stopnia, przy którym można by ją już określić jako poważną i adekwatną, to zachowanie rzeczywiste, szansę taką zaprzepaszczające, musiałyby tym samym wiązać się ze znacznym wzrostem ryzyka, stanowiącym podstawę przypisania skutku.

Trudno w tym kontekście nie zadać jednak od razu pytania, co właściwie stwierdzenie, że szansa taka jest realna, miałoby oznaczać. Krytycy wszelkich dotychczasowych poszukiwań kryteriów oceny wzrostu ryzyka mogliby wszak od razu powiedzieć, że realna szansa ratun-

²² Na marginesie warto odnotować problem, którego obszerniejsze omówienie przekracza niestety ramy tego opracowania, a który wyrazić dałoby się w pytaniu, czy wzrost ryzyka, mający z punktu widzenia odpowiedzialności karnej znaczenie podstawowe, musi być rzeczywisty (tzn. całkowicie pewny), czy też dostateczną podstawę przypisania stanowi może sama tylko możliwość lub prawdopodobieństwo takiego wzrostu. W tej niezwykle doniosłej kwestii nie ma niestety jednomyslności również wśród zwolenników *Risikoerhöhungslehre*. Przeważa jednak pogląd, że musimy mieć całkowitą pewność, że ryzyko zostało zachowaniem sprawcy faktycznie zwiększone, obiektywnie pogarszając sytuację zagrożonego dobra prawnego. Por. np. H. J. Rudolphi, *Systematischer Kommentar*, przed § 1, uwaga 69; G. Stratenwerth, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung* [w:] *Festschrift für H. H. Jescheck*, Berlin 1985, s. 235. Odmiennego zdania jest natomiast sam twórca tej teorii C. Roxin.

ku jest stwierdzeniem równie enigmatycznym, jak znaczny (istotny, poważny) wzrost ryzyka. Próbuując zatem ewentualną krytykę już w tym miejscu odeprzeć, trzeba przede wszystkim wyraźnie podkreślić, że na tej płaszczyźnie nie da się wypracować kryterium, które byłoby całkowicie „oczyszczone” z elementów ocennych. Nie ma chyba nawet zresztą takiej potrzeby, zwłaszcza że odwoływanie się do różnego rodzaju ocen i wartościowań jest w nauce prawa karnego czymś zupełnie oczywistym i powszechnie akceptowanym. Idzie natomiast o to, aby pojawiające się tutaj oceny zobiektywizować oraz – w celu uniknięcia nadmiernej dowolności – wyznaczyć pewne podstawy ich formułowania. Gdy mówimy zatem o realnej szansie uniknięcia naruszenia (narażenia) dobra prawem chronionego, to realność owej szansy rozumieć możemy na kilka następujących sposobów:

Po pierwsze – realność szansy stanowi oczywiście zaprzeczenie jej abstrakcyjności. Jeśli wszak szansa na to, że przy zgodnym z prawem zachowaniu alternatywnym negatywny skutek nie wystąpi, jawiłaby się jako czysto teoretyczna (abstrakcyjna), tzn. wynikałaby jedynie z ogólnego założenia, że niczego z całkowitą pewnością wykluczyć się nie da, to nie byłaby on realna.

Po drugie – realność szansy odczytywać można by jako jej statystyczną doniosłość. Rzecz jednak w tym, że statystycznie doniosła zdaje się być każda wielkość przekraczająca granice błędu statystycznego. Mogłoby to zatem prowadzić do wniosku, że przykładowo kilkuprocentowa szansa na uratowanie życia zostanie oceniona jako realna. Jej zaprzepaszczenie (tzn. zaniechanie wykonania aktualizującej ją czynności) stałoby się wówczas podstawą przypisania skutku, który z prawdopodobieństwem oddalonym od pewności jedynie o owe kilka procent i tak musiałby nastąpić. Łatwo byłoby się tutaj odwoływać do pewnego doświadczenia oraz danych statystycznych według zasady, że jeśli – choćby nawet sporadycznie – zdarzały się przypadki, w których skutku w analogicznych okolicznościach udało się uniknąć, to przemawiałoby to za realnością owej szansy. Zachowanie sprawcy spowodowało zatem statystycznie istotny wzrost prawdopodobieństwa negatywnego skutku.

Po trzecie – realność szansy mogłaby również oznaczać, że jej ziszczenie się jest w przybliżeniu równie prawdopodobne, jak niepomyślny przebieg wydarzeń. Oznaczałoby to – mówiąc nieco bardziej obrazowo oraz odwołując się do sformułowań stwarzających pozór matematycznej dokładności i precyzji – że sprawca, któremu zamierzamy przypisać negatywny skutek, w istocie zwiększył swym nieodpowiednim zachowaniem do około 50% prawdopodobieństwo jego wystąpienia.

Po czwarte wreszcie – realność szansy, przy najkorzystniejszym dla potencjalnego sprawcy oraz najbardziej ograniczającym znaczenie *Risikoerhöhungslehre* ujęciu, upatrywać można by dopiero w znacznym (a nawet zbliżającym się do pewności) prawdopodobieństwie uniknięcia negatywnego skutku przy zgodnym z prawem zachowaniu alternatywnym.

Nie mnożąc dalej sposobów interpretowania realności szansy uniknięcia naruszenia (narażenia) dobra prawnego w przypadku hipotetycznego wykonania zgodnego z prawem zachowania alternatywnego podkreślić należy, że wybór któregośkolwiek z nich jest w istocie przede wszystkim wyborem o charakterze kryminalnopolitycznym. Dokonując go, zdawać należy sobie zatem sprawę z wszelkich pojawiających się wówczas konsekwencji. Z jednej strony kusząca wydaje się perspektywa (zwłaszcza dla praktyki wymiaru sprawiedliwości) przypisywania negatywnego skutku, jeśli przy odpowiednim (zgodnym z prawem) zachowaniu alternatywnym istniała statystycznie doniosła (a zatem nawet tylko kilkuprocentowa) szansa jego uniknięcia. W istocie oznaczałoby to jednak, że przedmiotem prawnokarnego przypisania nie jest skutek, lecz podwyższone w dający się odnotować sposób ryzyko jego wystąpienia. Rzecz bowiem w tym, że im bardziej skłonni bylibyśmy obniżać występujący przy zgodnym z prawem zachowaniu alternatywnym stopień prawdopodobieństwa uniknięcia negatywnego skutku, będący podstawą jego prawnokarnego przypisania, tym aktualniejsza stawałaby się wyrażana w dogmatyce prawa karnego obawa, że przeobrażamy w ten sposób wszystkie przestępstwa skutkowe polegające na naruszeniu dobra prawnego w przestępstwa wiążące się jedynie z jego narażeniem na niebezpieczeństwo²³. Z drugiej zatem strony dostrzec możemy wiele argumentów przemawiających za tym, aby szansę uniknięcia negatywnego skutku w przypadku zgodnego z prawem zachowania alternatywnego uznać za podstawę jego prawnokarnego przypisania, gdy stopień prawdopodobieństwa ziszczenia się owej szansy okaże się w przybliżeniu równie wysoki, jak prawdopodobieństwo tego, że skutek jednak wystąpi. Mówiąc inaczej, przy takim ujęciu skłonni będziemy przypisać sprawcy naruszenie lub narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo, jeśli w razie podjęcia zgodnego z prawem zachowania alternatywnego pomyślny przebieg zdarzeń (tzn. uchronienie dobra prawnego przed naruszeniem lub narażeniem) postrzegany będzie jako prawdopodobny w stopniu zbliżonym do przebiegu niepomyślnego.

²³ W sposób zdecydowany obawę taką w literaturze niemieckiej wyrazili przed laty m.in.: A. Kaufmann, op.cit., s. 273; J. Krümpelmann, op.cit., s. 495 i n.

Trudno tutaj – rzecz oczywista – o jakąś matematyczną dokładność lub precyzję, zwłaszcza że przy ocenie stopnia prawdopodobieństwa uniknięcia negatywnego skutku, jakim gotowi byłibyśmy się zadowolić, nie bez znaczenia zdaje się być także rodzaj naruszanego lub narażanego dobra prawnego. Im cenniejsze ze społecznego punktu widzenia jest bowiem dobro prawne, które zostało naruszone lub narażone na niebezpieczeństwo, tym mniejsze prawdopodobieństwo uniknięcia negatywnego skutku przy zgodnym z prawem zachowaniu alternatywnym skłonni będziemy zaakceptować jak o podstawę jego prawnokarnego przypisania. Przykładowo zatem jeśli dobrem takim okaże się ludzkie życie, to nasze oczekiwanie, że nie zostałoby ono naruszone, jeśli sprawca zachowałby się tak, jak należało, będzie z pewnością mniejsze niż wówczas, gdy chronione dobro należeć będzie chociażby do sfery obrotu gospodarczego (np. interes wierzycieli). Oznacza to, że stopień, o jaki zmniejszyć miałyby się ryzyko negatywnego skutku przy zgodnym z prawem zachowaniu alternatywnym pozostawać powinien w stosunku odwrotnej proporcjonalności do rangi oraz ważności dobra prawnego, które zostało naruszone.

4. WNIOSKI KOŃCOWE

Przechodząc w tym miejscu do syntetycznych wniosków końcowych, można je ująć – przy zaakceptowaniu pewnych uproszczeń oraz skrótów pojęciowych – w czterech następujących punktach:

Po pierwsze – w pewnych sytuacjach, które zostały opisane wyżej, prawnokarnego przypisania nie da się oprzeć na kauzalności zgodnego z prawem zachowania alternatywnego, lecz musi nam wystarczyć prawdopodobieństwo tego, że gdyby sprawca zachował się odpowiednio, to negatywny skutek nie wystąpiłby.

Po drugie – kauzalność zgodnego z prawem zachowania alternatywnego, oznaczająca w istocie ustalenie hipotetycznego powiązania przyczynowego pomiędzy oczekiwanym od sprawcy potencjalnym zachowaniem a niewystąpieniem skutku w postaci naruszenia lub narażenia na niebezpieczeństwo dobra prawem chronionego staje się podstawą prawnokarnego przypisania owego skutku, gdy faktycznie podjęte przez sprawcę zachowanie niezgodne z prawem jest:

- działaniem, którego cecha decydująca o jego nieodpowiedności (niezgodności z prawem) jest z nim immanentnie powiązana;
- działaniem, którego modalna cecha decydująca o jego nieodpowiedności stanowi nieodzowny element prawidłowości o charak-

terze deterministycznym, będącej podstawą kauzalnego wyjaśnienia skutku;

- zaniechaniem działania, którego wykonanie stanowiłoby nieodzowny element prawidłowości o charakterze deterministycznym, będącej podstawą kauzalnego wyjaśnienia skutku.

Prawdopodobieństwo niewystąpienia negatywnego skutku przy zgodnym z prawem zachowaniu alternatywnym musi nam natomiast wystarczyć wówczas, gdy faktycznie podjęte przez sprawcę zachowanie jest:

- działaniem, którego modalna cecha decydująca o jego nieodpowiedniości stanowi element prawidłowości o charakterze probabilistycznym, będącej podstawą kauzalnego wyjaśnienia skutku;
- zaniechaniem działania, którego wykonanie stanowiłoby element prawidłowości o charakterze probabilistycznym, będącej podstawą kauzalnego wyjaśnienia skutku.

Po trzecie – ustalenie stopnia prawdopodobieństwa niewystąpienia negatywnego skutku w przypadku podjęcia zgodnego z prawem zachowania alternatywnego, jaki mógłby nas zadowolić, jest w istocie rezultatem wyboru o charakterze kryminalnopolitycznym, przy czym racjonalne i kryminalnopolitycznie uzasadnione wydaje się założenie, że uniknięcie negatywnego skutku przy zgodnym z prawem zachowaniu alternatywnym powinno być w przybliżeniu równie prawdopodobne jak jego wystąpienie.

Po czwarte – o modyfikowaniu przyjmowanego jako podstawa przypisania stopnia prawdopodobieństwa, z jakim negatywnego skutku udałoby się uniknąć, decydować powinna ranga oraz wartość dobra chronionego, które zostało naruszone. Słuszna zdaje się być więc zasada, wedle której naruszenie cenniejszego dobra mogłoby zostać przypisane przy mniejszym prawdopodobieństwie jego ochrony w przypadku zgodnego z prawem zachowania alternatywnego, podczas gdy przypisaniu naruszenia dóbr mniej cennych towarzyszyć powinno prawdopodobieństwo odpowiednio większe.