

Preprint nr 2/2018 | Data publikacji: 1 II 2018 r. | Materiał autorski przed opracowaniem redakcyjnym i korektą (preprint) może różnić się od wersji docelowej (drukarskiej) | Copyright © 2018 by Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja | Sposób cytowania preprintu: [Autor, *Tytuł opracowania*, CPKiNP preprint nr 2/2018, www.czpk.pl/preprinty]

Dominik Zajac

Zgoda dzierżyciela dobra prawnego na zachowanie ryzykowne
jako okoliczność wpływająca na zakres odpowiedzialności karnej

1. Wprowadzenie

Zachowania, stypizowane w polskim prawie karnym jako czyny zabronione, mają bardzo często postać interakcji zachodzących między dwoma podmiotami. Pierwszym jest sprawca, który swoim czynem atakuje określone dobra prawne, drugim zaś pokrzywdzony, będący – w dużym uproszczeniu – dzierżycielem¹ nośników owych dóbr. W sytuacji modelowej sprawca, realizując znamiona typu, godzi w interesy pokrzywdzonego, które zostały objęte ochroną prawa przez wprowadzenie norm prawa karnego. W praktyce może jednak zdarzyć się tak, że *prima facie* pokrzywdzony zamanifestuje zgodę na naruszenie

¹ W pracy posłużono się pojęciem „dzierżyciela dobra prawnego” (dzierżyciela) na określenie osoby, której dobra prawne zostały naruszone czynem sprawcy. Wprowadzenie powyższego terminu podyktowane jest koniecznością oderwania się od nieadekwatnych pojęć: pokrzywdzonego oraz dysponenta. Nie ulega wątpliwości, że osoba wyrażająca zgodę nie jest pokrzywdzonym w rozumieniu procesowym, bowiem wyrażenie skutecznej zgody wykluczało będzie w istocie możliwość przyjęcia pokrzywdzenia – na okoliczność powyższą zwracają uwagę właściwie wszyscy autorzy, zajmujący się tematyką zgody. Por. m.in. J. Długosz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu dogmatyki konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego* [w:] *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 1; J. Lachowski, *Inne kontratyby* [w:] *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L. Paprzycki, Warszawa 2013, s. 425. Co więcej, często nie będzie ona dysponentem dobra w klasycznym rozumieniu – nie będzie mogła nim swobodnie dysponować. W proponowanym ujęciu dzierżyciel dobra to osoba, w którego faktycznym władaniu dobro pozostaje, dysponent to osoba, posiadająca uprawnienie do dowolnego rozporządzania dobrem prawnym, pokrzywdzony to osoba, którego dobro prawne zostało naruszone wskutek przestępnego czynu sprawcy.

przynależnych mu dóbr – zezwalając na ich naruszenie bądź unicestwienie. Powstaje pytanie, w jaki sposób powyższa okoliczność rzutować może na zakres odpowiedzialności karnej samego sprawcy².

Zaprezentowane niżej rozważania stanowią analizę zgody dzierżyciela dobra prawnego na naruszenie przestępstwem przynależnego mu dobra prawnego, ze szczególnym uwzględnieniem zgody na podejmowanie zachowań ryzykownych, mogących potencjalnie prowadzić do powstania karnoprawnie istotnych następstw. Zgoda dzierżyciela została poddana analizie w dwóch perspektywach: jako negatywna przesłanka odpowiedzialności karnej, wyłączająca przypisanie sprawstwa oraz jako okoliczność rzutująca na stopień społecznej szkodliwości czynu, a co za tym idzie – na wymiar kary. Wywód, prowadzony z perspektywy norm prawa karnego materialnego, stanowi próbę udzielenia odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób zgoda pokrzywdzonego wpływa na kształt odpowiedzialności karnej sprawcy w przypadku podejmowania zachowań ryzykownych.

2. Ogólne warunki uznania zgody dzierżyciela dobra za okoliczność prawnokarnie istotną

Zarówno w poglądach przedstawicieli doktryny³, jak i w orzecznictwie⁴ poparcie znajduje teza, wedle której w pewnych okolicznościach zgoda dzierżyciela dobra na podjęcie określonego zachowania wpływa na przestępczość samego zachowania oraz wymiar kary. By owa zgoda mogła odgrywać jakąkolwiek rolę w procesie orzekania musi zostać wyrażona w sposób dobrowolny i świadomy⁵ oraz mieć charakter uprzedni wobec samego zachowania⁶. Należy przy tym podkreślić, że nie istnieją żadne ogólne przesłanki prawnej relewantności

2 Racje, przemawiające za uwzględnieniem zgody pokrzywdzonego w procesie stosowania represji karnej były przedmiotem analiz w nauce prawa karnego, zaś prawną istotność zgody pokrzywdzonego wywodzono przede wszystkim z prawa do samostanowienia. Por. J. Długosz, *Zgoda dysponenta...*, s. 1 – 11 (tam stosowna nota bibliograficzna); J. Piskorski, *Volenti non fit iniuria – niedoceniania czy przeceniania zasada prawa karnego?* [w:] *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 13. Kwestia powyższa pozostaje poza zakresem rozważań zawartych w niniejszym opracowaniu.

3 A. Piaczyńska, *Jednolitość i dualizm zgody pokrzywdzonego w prawie karnym* [w:] *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 57; P. Daniluk, *Warunki determinujące skuteczność zgody uprawnionego w prawie karnym*, "Palestra" 2005, z. 1-2, s. 34;

4 Na szczególne uwzględnienie zasługują: wyrok SN z dn. 22 X 1931 r., II K 583/31; wyrok SN z dn. 11 III 2003 r., III KKN 17/01; wyrok SA w Katowicach z dn. 28 II 2002 r., II AKa 542/01; postanowienie SN z dn. 10 XI 2004 r., II KK 322/04; wyrok SA w Katowicach z dn. 20 VI 2002 r., II AKa 185/02; wyrok SA w Katowicach z dn. 12 VII 2012 r., II AKa 541/11; wyrok SA w Warszawie z dn. 10 IX 2015 r., II AKa 137/15; wyrok SA w Gdańsku z dn. 23 X 2014 r., II AKa 251/14.

5 E. Hryniewicz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym na gruncie prawa karnego* [w:] *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 43; A. Piaczyńska, *Jednolitość...*, s. 58.

6 E. Hryniewicz, *Zgoda...*, s. 43; A. Piaczyńska, *Jednolitość...*, s. 63;

zgody, które odwoływałyby się bezpośrednio do właściwości podmiotu ją wyrażającego⁷. Jakkolwiek oczywistym jest, że osoba chora psychicznie bądź pięcioletnie dziecko nie jest zdolne do wyrażenia doniosłej zgody na narażenia, to jednak spowodowane jest to brakiem zdolności do należytego rozpoznania okoliczności (świadomość zgody) oraz determinowanie określonych ocen bądź decyzji czynnikami patologicznymi, np. urojeniem (brak dobrowolności)⁸. Ustawodawca nie wprowadził także żadnych wymogów co do formy takowej zgody⁹.

Dalsze rozważania stanowią analizę dwóch cech zgody: dobrowolności oraz świadomości¹⁰. Nie zaprezentowano zatem kompleksowej analizy wszelkich okoliczności, mogących mieć wpływ na ocenę zgody dzierżyciela dobra¹¹, ale ograniczono się jedynie do tych, z którymi wiążą się najpoważniejsze wątpliwości interpretacyjne. Zagadnienie jest na tyle obszerne, że wymaga szeroko zakrojonej i pogłębionej refleksji, wykraczającej poza ramy niniejszego opracowania.

Wskazane cechy stanowią w istocie lustrzane odbicie dwóch aspektów stanu psychicznego sprawcy, rozpatrywanych przy okazji weryfikacji strony podmiotowej jego czynu (świadomość lub jej brak)¹² oraz stopnia zawinienia (dobrowolność – wolna wola lub jej brak)¹³. Tak, jak sprawca może być świadomy bądź nie możliwości realizacji znamion typu czynu (płaszczyzna intelektualna strony podmiotowej) oraz musi działać w warunkach choćby minimalnej swobody decyzyjnej (zawinienie), tak podmiot wyrażający zgodę działa w określonym stanie świadomości oraz swobody decydowania o swoim postępowaniu. W klasycznym ujęciu nie jest możliwe wyrażenie zgody w sposób nieświadomy oraz w

7 Odmienne: P. Daniluk, *Warunki...*, s. 36; A. Szwarc, *Zgoda pokrzywdzonego jako podstawa wyłączenia odpowiedzialności karnej za wypadki sportowe*, Poznań 1975, s. 112;

8 P. Daniluk, *Warunki...*, s. 37.

9 P. Daniluk, *Warunki...*, s. 34; A. Piaczyńska, *Jednolitość...*, s. 58 – 59. Autorka wskazuje, że dla oceny prawnej istotności zgody pomocne mogą okazać się cywilistyczne kryteria stosowane przy okazji weryfikacji oświadczeń woli. Wydaje się, że intuicje te są częściowo zasadne, jednak wady oświadczeń woli należy traktować raczej jako przyczyny wyłączenia dobrowolności oraz świadomości, niż samoistne podstawy jej kwestionowania. Do podobnym wniosków dochodzi sama Autorka. Por. P. Daniluk, *Warunki...*, s. 37 – 38.

10 Szeroką analizę przesłanek karnoprawnej doniosłości zgody zaprezentował P. Daniluk, tam też stosowna nota bibliograficzna: P. Daniluk, *Warunki...*, s. 36 E. Hryniewicz, *Zgoda...*, s. 43, 53 - 54. Autorka wskazuje, że w przypadku zgody wyłączającej bezprawność czynu konieczne jest wprowadzenie dodatkowych kryteriów weryfikacji jej istotności. Stanowisko powyższe jest w istocie zbieżne z tym, które przyjęto na gruncie niniejszego opracowania – jakkolwiek wskazano wyżej warunki bazowe, dla przyjęcia skutecznej zgody w niektórych przypadkach konieczne będzie wykazanie także innych okoliczności.

11 W istocie pogłębiona analiza tego zagadnienia nie została dotychczas zaprezentowana w literaturze – zwięzłe podsumowanie dotychczasowego dorobku polskiej doktryny w tym zakresie zaprezentował J. Lachowski – J. Lachowski, *Inne...*, s. 428 – 432.

12 Por. m.in. J. Lachowski, *Strona podmiotowa czynu zabronionego* [w:] *System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 527.

13 Za podstawę rozważań przyjęto czystą normatywną teorię winy - por. m.in. J. Lachowski, J. Lachowski, *Wina w prawie karnym* [w:] *System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 631.

warunkach wyłączających wolną wolę – zagadnienie to będzie przedmiotem rozważań w dalszej części pracy.

Przyjęcie powyższej perspektywy pozwala na zaadaptowanie instrumentarium dogmatycznego, wypracowanego na potrzeby oceny świadomości oraz dobrowolności działań sprawcy, dla weryfikacji prawnej istotności zgody. Przemawiają za tym dwie okoliczności. Po pierwsze, to co rozumiemy pod pojęciem „świadomości” i „dobrowolności” nie stanowią konstruktów normatywnych, ale realne cechy sytuacji społecznych. Normatywny charakter mają jedynie kryteria uznania, czy w danej sytuacji natężenie owych cech jest na tyle wysokie, by miały one znaczenie z perspektywy prawa karnego. W obu przypadkach (dziejyciela i sprawcy) istota owych cech pozostaje taka sama. Dobrowolność warunkująca zgodę jest tą samą dobrowolnością, która kształtuje winę rozumiana zgodnie z założeniami czystej koncepcji normatywnej. Po drugie, skoro istota owych cech jest taka sama, to nie sposób wskazać argumenty, które pozwalałyby na odmienny sposób ich oceny. Powinny być one mierzone z wykorzystaniem takich samych kryteriów.

Niejako na marginesie rozważań należy wskazać, że wyrażenie zgody na podjęcie pewnych zachowań łączyć się często będzie z przyczynieniem się dziejyciela dobra do realizacji znamion przestępstwa, którego stał się ofiarą. Jakkolwiek obie formy zachowania pozostają ze sobą w związku, to jednak zachodzi między nimi fundamentalna różnica. Analizowana wyżej zgoda to jedynie akt wolicjonalny, pewien rodzaj oświadczenia, który może, choć nie musi modyfikować treść normy postępowania z określonym dobrem prawnym (o czym niżej). Samo wyrażenie zgody nie stanowi jednak jeszcze o przyczynieniu się dziejyciela dobra. Mianem tym określa się takie zachowanie ofiary (jej działanie bądź zaniechanie), które zwiększa prawdopodobieństwo realizacji znamion przestępstwa. Tam, gdzie zgoda będzie łączyć się z elementem przyczynienia się do popełnienia przestępstwa, tam wzmocnieniu ulegnie argument za wyłączeniem bądź ograniczeniem skali karnoprawnej reakcji. Zagadnienie przyczynienia się dziejyciela dobra pozostaje poza zakresem rozważań zaprezentowanych w niniejszym opracowaniu.

2.1. Dobrowolność zgody

W największym uproszczeniu dobrowolność określić można jako możliwość nieskrępowanego wyboru sposobu postępowania. Mając na względzie, że w swoich wyborach jednostka zawsze pozostaje w pewien sposób zdeterminowana, należy uznać, że kryterium dobrowolności spełnia taka decyzja, które nie cechuje się anormalnym poziomem

determinacji zewnętrznej¹⁴. Nie jest możliwe abstrakcyjne ustalenie stopnia swobody decyzyjnej, pozwalającej na uznanie decyzji za dobrowolną – to zagadnienie ma charakter pytania filozoficznego i jako takie nie może zostać rozstrzygnięte na gruncie niniejszego opracowania. Także tutaj, podobnie jak ma to miejsce w przypadku winy, analizę normatywnej treści pojęcia "dobrowolności zgody" prowadzi należy w sposób negatywny, wskazując na okoliczności umożliwiające jej wykluczenie, a nie potwierdzenie. Za punkt wyjścia obrać należy zatem domniemanie dobrowolności, które może być obalone. Inaczej jednak, niż ma to miejsce w przypadku domniemania winy, domniemanie dobrowolności zgody działać będzie na korzyść oskarżonego. Jeśli w toku procesu zostanie wykazane, że ofiara czynu wyraziła zgodę na narażenie bądź naruszenie dobra prawnego, to po stronie oskarżyciela ciążył będzie obowiązek wywiedzenia, że zgoda taka miała charakter niedobrowolny.

Przechodząc do analizy okoliczności wyłączających dobrowolność samej zgody należy wskazać przede wszystkim na przymus fizyczny i psychiczny oraz adekwatny poziom rozwoju umysłowego osoby wyrażającej zgodę, zaznaczając, że ta ostatnia okoliczność rzutować będzie zarówno na dobrowolność zgody, jak i na jej świadomość. Widoczne jest tutaj istotne podobieństwo do katalogu okoliczności wyłączających bądź ograniczających winę sprawcy. Zgoda dzierżyciela na naruszenie przynależnych mu dóbr prawnych stanowi bowiem w istocie w pewnym sensie odpowiednik winy sprawcy. Jeśli postrzegać przestępstwo jako sytuację ataku na abstrakcyjne dobro prawne, oderwane od jego nośnika, to zgoda ofiary na unicestwienie dobra stanowiłaby zachowanie podobnie karygodne i zawinione, jak atak sprawcy.

Z oczywistych względów zgoda wyrażona pod wpływem przymusu – fizycznego bądź psychicznego – nie spełni kryterium dobrowolności. Wszelkie przypadki fizycznego ograniczenia możliwości ruchu, szantażu, gróźb wykluczą możliwość uznania wyrażonej zgody za dobrowolną, jeśli stały się przyczyną jej udzielenia¹⁵. Zgoda udzielona w takich okolicznościach nie wpłynie na zakres odpowiedzialności karnej sprawcy. Należy przy tym podkreślić, że granica między zgodą wyrażoną w sposób dobrowolny, a zgodą wymuszoną będzie niekiedy subtelna. Szczególnie jaskrawo jest to widoczne w przypadku przestępstw przeciwko prawom osób zatrudnionych (np. art. 218 § 1a k.k.¹⁶), gdzie zgoda na naruszenie

14 Por. m.in. J. Lachowski, *Wina...*, s. 632.

15 A. Piaczyńska, *Jednolitość...*, s. 62

16 Art. 218 § 1a k.k. w brzmieniu: "Kto, wykonując czynności w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, złośliwie lub uporczywie narusza prawa pracownika wynikające ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do

praw pracowniczych może być uzyskana choćby przez zastosowanie groźby nieprzedłużenia umowy o pracę, zawartej na czas określony. To, czy w realiach danej sprawy zgoda została wyrażona pod wpływem przymusu, podlega ocenie sądu – na takich samych zasadach, jak wszystkie inne okoliczności sprawy.

Warunkiem dobrowolności zgody jest także adekwatny poziom rozwoju umysłowego sprawcy. Osoba, która nie jest w stanie pokierować swoim postępowaniem ze względu na chorobę psychiczną, upośledzenie czy wiek nie będzie zdolna do wyrażenia dobrowolnej zgody, podobnie, jak nie byłaby zdolna do popełnienia czynu w sposób zawiniony. Kluczową różnicą jest brak obowiązywania sztywnego progu 17 lat po stronie pokrzywdzonego, warunkującego uznanie zgody za relewantną. Jakkolwiek przekroczenie przez pokrzywdzonego siedemnastego roku życia wzmacniać będzie domniemanie dobrowolności zgody, to wyrażenie zgody przez osobę nieletnią nie będzie automatycznie wyłączało jej prawnej relewantności¹⁷. Na gruncie prawa karnego brak bowiem sztywnych kryteriów normatywnych w tym zakresie, zaś te dotyczące zawinienia sprawcy nie mogą być stosowane *per analogiam*, jako działające na jego niekorzyść. Jedynie w niektórych przypadkach (np. przestępstw seksualnych) ustawodawca wprost wskazał na 15 lat, jako granicę wieku, w który możliwe jest wyrażenie zgody na współżycie¹⁸. Takiej granicy nie przewiduje prawo w przypadku np. zgody na zniszczenie rzeczy czy zniewagę.

Wydaje się, że w pewnym zakresie powołać można się na regulacje, jakie w tym zakresie obowiązują na gruncie innych gałęzi prawa. Istota analizowanego zagadnienia sprowadza się przecież do odpowiedzi na pytanie o możliwość decydowania o sposobie korzystania z pewnych wartości społecznych (życia, zdrowia, mienia etc). Zagadnienie to nie jest swoiste dla prawa karnego, ale znajduje odzwierciedlenie w przepisach kodeksu cywilnego¹⁹ czy ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta²⁰. Oba akty precyzują

lat 2."

17 A. Piaczyńska, *Jednolitość...*, s. 58;

18 A. Piaczyńska, *Jednolitość...*, s. 63;

19 Ustawa z dn. 23 VI 1964 r. - Kodeks cywilny, Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93. Art. 11 tegoż aktu stanowi, że: "Pełną zdolność do czynności prawnych nabywa się z chwilą uzyskania pełnoletności.". Zgodnie z art. 12 tejże ustawy: "Nie mają zdolności do czynności prawnych osoby, które nie ukończyły lat trzynastu, oraz osoby ubezwłasnowolnione całkowicie"; zaś wedle art. 15 kodeksu cywilnego: "Ograniczoną zdolność do czynności prawnych mają małoletni, którzy ukończyli lat trzynaście, oraz osoby ubezwłasnowolnione częściowo."

20 Ustawa z dn. 6 XI 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Dz.U. 2009 nr 52 poz. 417. Art. 17 tegoż aktu stanowi: "1. Pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, ma prawo do wyrażenia zgody na przeprowadzenie badania lub udzielenie innych świadczeń zdrowotnych. 2. Przedstawiciel ustawowy pacjenta małoletniego, całkowicie ubezwłasnowolnionego lub niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody, ma prawo do wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 1. W przypadku braku przedstawiciela ustawowego prawo to, w odniesieniu do badania, może wykonać opiekun faktyczny. 3. Pacjent małoletni, który ukończył 16 lat, osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz

granice wieku, której przekroczenie umożliwia podejmowanie prawnie istotnych decyzji w zakresie dysponowania dobrami prawnymi, w określonych sytuacjach społecznych (stosunki cywilnoprawne oraz procedury medyczne). Z powyższych względów nie mogą być one stosowane wprost. W praktyce zdolność do wyrażenia zgody powinna być każdorazowo oceniana w sposób indywidualny²¹, zaś zarysowane wyżej kryteria winny być traktowane jedynie pomocniczo, jako statuujące pewnego rodzaju obalalne domniemanie prawne.

W razie wątpliwości, sąd winien zasięgnąć opinii biegłych. Jeśli na tej podstawie stwierdzi, że pokrzywdzony posiadał adekwatny stopień rozwoju umysłowego dla przyjęcia dobrowolności decyzji, wyrażona zgoda będzie miała charakter dobrowolny. Zagadnienie ulega dalszej komplikacji, jeśli wziąć pod uwagę, że osoby niepełnoletnie pozostają pod władzą rodzicielską. Rodzice są zobowiązani do ochrony dóbr prawnych, przynależnych ich dzieciom – dla oceny prawnej istotności zgody konieczne będzie uwzględnienie także ich postawy (np. tego, czy zezwolili dziecku na uprawianie sportu ekstremalnego)²².

W podobny sposób należy rozważać dobrowolność zgody wyrażonej przez osobę chorą psychicznie bądź upośledzoną.

W tym kontekście powstaje pytanie o możliwość stopniowania dobrowolności. Możliwe są tutaj dwa rozwiązania. Po pierwsze, cechą dobrowolności zgody opisywać można zero-jedynkowo, wskazując, że zgoda X została wyrażona w sposób dobrowolny bądź niedobrowolny. W tym ujęciu sąd, oceniając daną sytuację społeczną musi odpowiedzieć na pytanie, czy przy uwzględnieniu wszelkich okoliczności sprawy oraz cech dzierżyciela dobra, wyrażona przez niego zgoda miała charakter dobrowolny. Przyjęcie takiej perspektywy pozwala na wyeliminowanie problemu miarkowania natężenia dobrowolności. Po drugie, możliwe wydaje się także opisanie dobrowolności jako cechy stopniowalnej, na wzór stopnia zawinienia. W tym ujęciu dobrowolność może zostać albo zupełnie wyłączona, powodując brak prawnej relewantności zgody, albo limitowana w taki sposób, że zgoda wywrze wpływ na zakres odpowiedzialności karnej sprawcy w ograniczonym zakresie, zmniejszając stopień społecznej szkodliwości, o czym niżej.

dysponujący dostatecznym rozeznaniem, ma prawo do wyrażenia sprzeciwu co do udzielenia świadczenia zdrowotnego, pomimo zgody przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego. W takim przypadku wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego. 4. Zgoda oraz sprzeciw, o których mowa w ust. 1-3, mogą być wyrażone ustnie albo przez takie zachowanie się osób wymienionych w tych przepisach, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się czynnościom proponowanym przez osobę wykonującą zawód medyczny albo brak takiej woli."

21 Odmienne, ale bez szerszej argumentacji w tym zakresie - J. Długosz, *Zgoda dysponenta...*, s. 3 – Autorka wskazuje, że prawnie istotną zgodę mogą wydać jedynie osoby pełnoletnie.

22 Por. P. Daniluk, *Zgoda następcza na naruszenie dóbr prawnych w prawie karnym*, "Prokuratura i Prawo" 2005, nr 5.

Wydaje się, że drugie z zaproponowanych rozwiązań lepiej wyjaśnia istotę dobrowolności, która przecież ma charakter stopniowalny – decyzja może zostać podjęta w sytuacji absolutnej wolności, ale także pod wpływem emocji, nastroju, perswazji czy w końcu – przymusu fizycznego. Powstaje jednak pytanie, w jaki sposób ów ustalony stopień dobrowolności zgody wpływać będzie na zakres odpowiedzialności karnej sprawcy. Wyróżnić należy trzy sytuacje. Po pierwsze może zdarzyć się tak, że w danej sytuacji wystąpi brak dobrowolności i w konsekwencji zgoda nie będzie miała prawnej doniosłości. Po drugie może zdarzyć się tak, że zgoda zostanie wyrażona dobrowolnie (w naturalnych, akceptowalnych społecznie warunkach motywacyjnych). Tutaj, przy zachowaniu pozostałych przesłanek, zgoda uzyska walor prawnej istotności. Po trzecie, do pomyślenia jest i taka sytuacja, w której dobrowolność zostanie ograniczona w sposób istotny, ale jeszcze nie wyłączona. Okoliczność taka stanowić odzwierciedlenie sytuacji ograniczonej poczytalności sprawcy z art. 31 k.k. Wydaje się, że taka ograniczona dobrowolność nie wyeliminuje zupełnie prawnej istotności zgody, ale jedynie ograniczy jej prawną skuteczność do pewnej klasy dóbr prawnych oraz rodzajów ataku, podobnie jak ma to miejsce na gruncie prawa cywilnego. W tej perspektywie osoba trzynastoletnia będzie mogła wyrazić świadomą zgodę np. na zniszczenie jej długopisu, ale już nie na narażenie jej zdrowia na niebezpieczeństwo.

2.2. Świadomość zgody

W tradycyjnym ujęciu prawnie relewantna zgoda musi być wyrażona w sposób świadomy. Jak wskazano wyżej, na poziomie konstrukcyjnym świadomość dzierżyciela dobra może być postrzegana jako lustrzane odbicie świadomości sprawcy, stanowiącej element strony podmiotowej jego zachowania. Także w tym przypadku świadomość winna być pojmowana jako zaktualizowany stan wiedzy dzierżyciela, określany na moment wyrażania zgody. Posługując się przykładem: dzierżyciela dobra w chwili podejmowania decyzji musi zadawać sobie sprawę, że spożycie podanego mu środka spowoduje silne zatrucie organizmu.

Zgoda wyrażona jest świadomie, gdy osoba ją wyrażająca zdaje sobie sprawę ze wszelkich okoliczności istotnych, które należy wziąć pod uwagę przy jej wyrażaniu. W przypadku zgody pokrzywdzonego znaczenie kluczowe znaczenie mają tutaj znamiona przedmiotowe typu czynu, w szczególności zaś te z nich, które decydują o pokrzywdzeniu (np. świadomość możliwości wystąpienia określonego uszczerbku na zdrowiu w wyniku zachowania sprawcy, na które pokrzywdzony się zgodził). Brak uświadomienia sobie możliwości ich wystąpienia *prima facie* nie pozwoli uznać zgody pokrzywdzonego za

okoliczność rzutu na zakres odpowiedzialności karnej sprawcy.

Zarysowane wyżej kryteria mają charakter bazowy i mogą być modyfikowane. W praktyce zaistnieją bowiem takie sytuacje społeczne, w których warunki prawnej istotności zgody zostały opracowane w sposób precyzyjny. Wskazać należy tu przede wszystkim o kryteriach prawnie relewantnej zgody na zabieg medyczny. Zgodnie z treścią art. 16 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta: „Pacjent ma prawo do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub odmowy takiej zgody, po uzyskaniu informacji w zakresie określonym w art. 9.”. Ustawodawca uznał zatem, że dzierżyciel dobra prawnego winien mieć potencjalną możliwość uzyskania wiedzy (świadomości) na temat ryzyka, jakie wiąże się z podjęciem określonych działań przez osoby trzecie. Nie wprowadził jednocześnie wymogu uzyskania takiej wiedzy. Należy jednak zwrócić uwagę, że nawet w wypadku odmowy zapoznania się ze stosowanymi informacjami pacjent będzie miał pewne wyobrażenie na temat ryzyka, wiążącego się z zabiegiem medycznym. Decydując się na operację serca osoba zdolna do wyrażenia zgody będzie na ogół posiadać pewne wyobrażenie na temat wiążącego się z tym niebezpieczeństwa, nawet jeśli nie będzie potrafiła precyzyjnie go oszacować.

Zarysowane wyżej podejście wymaga pewnej korekty, wyklucza bowiem możliwość uwzględnienia zgody dzierżyciela w przypadku przestępstw popełnianych w warunkach nieumyślności, występującej po obu stronach (sprawcy i dzierżyciela dobra)²³. Możliwa jest przecież sytuacja, w której zarówno dzierżyciel, jak i sprawca porozumieją się co do podejmowania pewnych, obiektywnie ryzykowanych zachowań, nie zdając sobie sprawy, że mogą one skutkować śmiercią dzierżyciela dobra, bądź licząc, że śmierć taka nie nastąpi. Jeśli w takich okolicznościach, w wyniku czynu sprawcy wystąpi prawnie istotny skutek, to zasadnym wydaje się uwzględnienie owej zgody na podjęcie zachowania ryzykownego, jako okoliczności rzutu na zakres odpowiedzialności karnej²⁴, nawet, jeśli sam skutek nie został objęty świadomością dzierżyciela.

Na tym tle wyłania się bardziej ogólny problem, dotyczący znaczenia relacji świadomości sprawcy oraz pokrzywdzonego. Głównym argumentem, przemawiającym za uwzględnieniem zgody w procesie wyrokowania, jest konieczność stawiania takiego samego

23 W literaturze przyjmuje się, że zgoda, jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną może wystąpić jedynie w przypadku przestępstw umyślnych – por. J. Długosz, *Zgoda dysponenta...*, s. 6. Teza taka nie wydaje się jednak trafna, ze względów zaprezentowanych w toku wywodu.

24 Por. J. Piskorski, *Volenti...*, s. 20;

wymogu ochrony dóbr prawnych ich dzierżycielowi, jak i osobom trzecim²⁵. Skoro dzierżyciel rezygnuje z tej ochrony w danych okolicznościach, cechując się określonym stanem świadomości, to jeśli sprawca działa z takim samym rozeznaniem sytuacji i w granicach zgody podejmowanie określonego zachowania, wydaje się, że powinien on niejako "korzystać" z przyzwolenia dzierżyciela, choćby wydanego w ramach deficytu wiedzy²⁶. Skoro bowiem i dzierżyciel i sprawca wspólnie decydują się na uczestniczenie w ryzykownym przedsięwzięciu w sposób „lekkomyślny” i nieodpowiedzialny, to nie można za karnoprawne jego konsekwencje jednego z nich winić, drugiego zaś ekskulpować. Z drugiej strony nie do zaakceptowania byłaby sytuacja, w której sprawca niejako wyzyskiwałby deficyt wiedzy dzierżyciela dobra po to, by przykładowo sprzedać mu niebezpieczną usługę czy środek spożywczy.

Z powyższych względów w przypadku przestępstw nieumyślnych wymóg świadomości zgody winien zostać przekształcony w wymóg symetryczności świadomości, występującej po stronie sprawcy i dzierżyciela. Wyróżnić można tu następujące sytuacje:

- 1) dzierżyciela dobra i sprawca mają świadomość konieczności realizacji znamion;
- 2) dzierżyciela dobra i sprawca mają świadomość możliwości realizacji znamion;
- 3) dzierżyciela dobra i sprawca mają nie mają nawet świadomości możliwości realizacji znamion;
- 4) dzierżyciela dobra cechuje się wyższym stopniem świadomości możliwości/konieczności realizacji znamion, niż sprawca;
- 5) sprawca ma świadomość konieczności realizacji znamion, zaś dzierżyciela dobra ma świadomość możliwości ich wystąpienia;
- 6) sprawca ma świadomość konieczności realizacji znamion, zaś dzierżyciela dobra nie ma nawet świadomości możliwości ich wystąpienia;
- 7) sprawca ma świadomość możliwości realizacji znamion, zaś dzierżyciela dobra nie ma nawet świadomości możliwości ich wystąpienia.

W tych przypadkach, gdzie sprawca oraz pokrzywdzony będą realizować swoje zachowania z podobnym stopniem świadomości co do możliwości bądź konieczności realizacji znamion, a także tam, gdzie stopień świadomości dzierżyciela dobra (jego rozeznania na temat możliwych, prawnokarnie istotnych następstw) przewyższać będzie

25 M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, niepublikowane rozprawa doktorska, Kraków 2009, s. 296; T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 530 – 531; J. Giezek, § 7. *Teorie związku przyczynowego oraz koncepcje obiektywnego przypisania skutku*, w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Tom 3*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 483.

26 M. Bielski, *Obiektywna...*, s. 296.

stopień świadomości sprawcy, tam spełniony zostanie wymóg zgody wyrażonej świadomie. Tak będzie w przypadku sytuacjach oznaczonych numerami 1, 2, 3 oraz 4. Zachowanie sprawcy może przyjąć tutaj dwie formy. Po pierwsze, może sprowadzać się do świadomego naruszenia reguł ostrożności, popełnionego za zgodą dzierżyciela, pokrzywdzonego w wyniku ich naruszenia. Po drugie może stanowić zachowanie obiektywnie niebezpieczne, które jednak subiektywnie – zarówno dla sprawcy jak i dzierżyciela – jawi się jako zupełnie bezpieczne. W obu przypadkach bezmyślność działań podejmowanych kolektywnie nie może obciążać wyłącznie jednego ich uczestnika²⁷.

Odmienne ocenić należy sytuacje oznaczone numerami 5, 6 oraz 7. Tutaj po stronie dzierżyciela dobra występuje deficyt świadomości. Sprawca wie więcej, lepiej rozpoznaje sytuację, w której się znajdują. Trafniej łączy zachowanie z ryzykiem realizacji znamion – a więc możliwością pokrzywdzenia. Podejmując zachowanie ryzykowne za zgodą dzierżyciela niejako wyzyskuje jego nieświadomość. Brak świadomości sprawcy w zakresie "deficytu świadomości" dzierżyciela może w ograniczonym zakresie rzutować na stopień zawinienia czynu, ale nie może przesądzać prawnej istotności samej zgody. Rozważana okoliczność jest bowiem powiązana z osobą dzierżyciela, a nie sprawcy.

Różnice w stopniu świadomości wynikać mogą z różnych okoliczności: niższego poziomu wiedzy, dotyczącego okoliczności istotnych (np. składu określonego środka chemicznego czy ilości kul w magazynku rewolweru, którym osoba gra w rosyjską ruletkę) bądź mniejszej rozpoznawalności związków przyczynowych (np. sposób wpływania danego środka chemicznego na organizm ludzki). W obu przypadkach idzie w istocie o uświadomienie sobie stopnia prawdopodobieństwa wystąpienia stosunku pokrzywdzenia (realizacji znamion). W zależności od stopnia dysproporcji występującego między poziomem świadomości sprawcy i dzierżyciela dobra różny będzie jego wpływ na ocenę prawnokarną czynu. Wysoki poziom świadomości sprawcy przy jednoczesnym niskim poziomie świadomości dzierżyciela bądź jej braku wykluczy możliwość powołania się na zgodę jako okoliczność istotną dla prawnokarnej oceny czynu. Niższa dysproporcja stopnia świadomości rzutować może na ocenę społecznej szkodliwości przypisanego czynu. Tam, gdzie dysproporcja będzie miała charakter marginalny, nie ograniczy prawnokarnej istotności zgody. Nie jest możliwe sprecyzowanie dokładnych kryteriów, pozwalających na miarkowanie owej świadomości – pod uwagę należy wziąć wszelkie te okoliczności, które bierze się pod uwagę przy ocenie strony podmiotowej w przypadku sprawcy. Należy przy tym

27 Podobnie: J. Długosz, *Zgoda dysponenta...*, s. 5;

zaznaczyć, że sama świadomość nie ma bowiem charakteru stopniowalnego na wzór temperatury. Wyższy stopień świadomości oznacza po prostu, że sprawca posiada zaktualizowaną wiedzę dotyczącą większej ilości okoliczności, zarówno faktów, jak i możliwych przebiegów przyczynowo skutkowych,

3. Przedmiot i charakter ataku sprawcy jako okoliczności rzutu na prawnokarną istotność zgody

Zgoda dzierżyciela dobra na realizację znamion typu czynu zabronionego to w istocie zgoda na podjęcie zachowania, które doprowadzić może bądź musi do naruszenia określonych dóbr prawnych, przynależnych dzierżycielowi (jego mienia, zdrowia, życia, nietykalności cielesnej etc.)²⁸. Nie wszystkie jednak spośród opisanych wyżej dóbr prawnych pozostają w wyłącznej dyspozycji dzierżyciela²⁹. W zależności od systemu wartości, jaki legł u podstaw danego systemu prawnego, zakres możliwej ingerencji w zasadnicze dobra prawne, zmierzającej do ich unicestwienia, będzie odpowiednio wąski bądź szeroki. Dobrym przykładem jest tutaj zróżnicowanie rozwiązań obowiązujących w zakresie eutanazji³⁰, stanowiącej klasyczny przypadek zabójstwa za zgodą dzierżyciela dobra. Wskazać należy przy tym na dwa aspekty problemu. Po pierwsze wydaje się, że można wyróżnić dwie kategorie dóbr prawnych – pozostających oraz niepozostających w swobodnej dyspozycji dzierżyciela (przedmiot ataku)³¹. Po drugie – dla istotności zgody niebagatelne znaczenie ma także sposób działania bądź zaniechania sprawcy, na który wyrażono zgodę; nawet w przypadku dóbr tej drugiej kategorii może wystąpić prawnokarnie istotna zgoda na ich narażenie. W tym miejscu analizie poddane zostaną oba zagadnienia.

Dalszy wywód bazował będzie na czterech stanach faktycznych. W pierwszym sprawca niszczy samochód, należący do ofiary, uzyskując wcześniej jej zgodę na unicestwienie pojazdu (A). W drugim sprawca dostarcza ofierze rewolwer, proponując jej grę

28 P. Daniluk, *Warunki...*, s. 42 – 43.

29 J. Długosz, *Zgoda dysponenta...*, s. 3

30 Ł. Pohl, *O usytuowaniu zgody dysponenta dobrem prawnym na jego naruszenie w strukturze przestępstwa i jego konsekwencjach na gruncie problematyki błędu w polskim prawie karnym (elementarna próba uporządkowania zagadnienia)* [w:] *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 73;

31 Podział powyższy jest w istocie zbliżony do podziału znanego w literaturze niemieckiej, zakładającego rozróżnienie na *Einverständnis* (dotyczy istoty czynu – znamion) oraz *Einwilligung* (dotyczy wyłączenia bezprawności) w ramach trójelementowej struktury przestępstwa – por. Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym a struktura przestępstwa*, "Prokuratura i Prawo" 2008, nr 5, s. 37 i nast.; E. Hryniewicz, *Zgoda...*, s. 34. Należy zwrócić uwagę, że Autorska za podstawę rozważać przyjmuje strukturę przestępstwa znaną doktrynie niemieckiej, w której karalność wyprzedza bezprawność – por. m.in. E. Hryniewicz, *Zgoda...*, s. 40; A. Piaczyńska, *Jednolitość...*, s. 57;

w rosyjską ruletkę, w której także uczestniczy; gracz kręci sześciokomorowym bębenkiem, w którym znajduje się jedna kula, przykładając lufę do skroni i oddaje potencjalnie samobójczy strzał; w czasie gry dzierżyciela ginie (B). W trzecim sprawca uczestniczy w bójce kibiców, której zasady, dopuszczające używanie niebezpiecznych narzędzi, takich jak noże czy maczety, były znane uczestnikom; w trakcie bójki sprawca zadaje innemu jej uczestnikowi śmiertelny cios (C). W czwartym sprawca sprzedaje ofierze nowy narkotyk, ostrzegając, że działanie specyfiku ani jego skutki uboczne nie są do końca znane; w efekcie zażycia narkotyku ofiara ponosi śmierć (D). W każdym przypadku spełnione zostały zarysowane wyżej ogólne warunki prawnie relewantnej zgody.

3.1. Dobra dyspozytywne oraz niedyspozytywne

W pierwszej kolejności analizie poddać wypada podział na dobra o charakterze dyspozytywnym oraz niedyspozytywnym³². Wyżej zasygnalizowano, że istnieją takie kategorie dóbr prawnych, które pozostają poza wyłączną dyspozycją podmiotów, którym przynależą oraz takie, które pozostają w ich zupełnej dyspozycji. Odnosząc powyższą tezę do zarysowanych wyżej przykładów oraz osadzając ją w polskich realiach kulturowych trzeba dojść do wniosku, że jedynie w pierwszym przypadku zgoda dotyczy dobra o charakterze dyspozytywnym. Nie ulega wątpliwości, że właściciel posiada uprawnienie do zniszczenia rzeczy i że to uprawnienie może scedować na inną osobę³³. Jego wola tworzy w tym przypadku reguły postępowania z dobrem prawnym³⁴. Dyspozytywny charakter dobra prawnego z oczywistych względów pociąga za sobą dyspozytywność reguł postępowania z tymże dobrem. Jeśli zatem dzierżyciel zaleci unicestwienie rzeczy, to zachowanie polegające na jej zniszczeniu nie będzie mogło zostać uznane realizujące znamiona przestępstwa – pozostanie bowiem zachowaniem legalnym. Istota dyspozytywności sprowadza się bowiem do możliwości dowolnego modyfikowania treści reguł postępowania z dobrem prawnym,

32 Podział ten w istocie koresponduje z podziałem na dobra względne i bezwzględne, z tym jednak zastrzeżeniem, że nawet dobra o charakterze bezwzględnym są w pewnym zakresie dyspozytywne (ich niewyłączny dysponent może doprowadzić niekiedy do ich legalnego narażenia) – por. S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 119 – 120; J. Długosz, *Zgoda dysponenta...*, s. 3.

33 A. Spotowski określa powyższy rodzaj zgody terminem „zezwolenia uprawnionego” - A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, "Państwo i Prawo" 1972, z. 6, s. 82.

34 Por. J. Giezek, *Zezwolenie na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typy czy okoliczność kontratypowa* [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 151.

stanowiących wzorzec oceny zachowania pod kątem jego bezprawności³⁵. Dobrami o charakterze dyspozytywnym będą także m.in. nietykalność cielesna czy dobre imię, ale także w pewnym zakresie zdrowie (aż do zgody na powstawanie lekkiego uszczerbku). Jeśli dzierżyciel zgodzi się na wzięcie udziału w tzw. walce na dissy³⁶, to wszelkie obelgi, jakie padną wobec niego podczas starcia, nie będą realizowały znamion typu.

Nieco bardziej złożona rysuje się kwestia dóbr o charakterze niedyspozytywnym. Zostały one objęte silną ochroną ze strony państwa, zaś ich naruszenie bądź unicestwienie spotkać się winno z określoną karą. Na gruncie prawa polskiego nie jest możliwe legalna eutanazja bądź pomoc do samobójstwa³⁷, penalizacją objęte zostały także wszelkie przypadki ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Ustawodawca wprost wskazał, że takie zachowania są zakazane – w tym zakresie istnieją odpowiednie reguły postępowania. Z drugiej strony rzeczona dobra prawne nie zostały wyjęte ze społecznego obrotu i nieustająco narażane są na unicestwienie w procesie ich zwyczajnego "użytkowania". Przykładowo: jazda samochodem z prędkością 100 km/h niesie ze sobą ryzyko śmierci, które jednak wliczone jest w zyski płynące z szybkiego transportu. Tak długo, jak zachowanie osoby pozostanie w granicach reguł postępowania, tak długo jego czyn nie będzie stanowił przestępstwa. Jeśli kierowca samochodu, jadąc z dozwoloną prędkością i przestrzegając zasad bezpieczeństwa w ruchu lądowym, potrąci pieszego na autostradzie, a więc w miejscu, gdzie ruch pieszych jest wzbroniony, to nie zostanie mu przypisana odpowiedzialność karna za spowodowanie śmierci.

Odnosząc powyższe do zagadnienia zgody na naruszanie dóbr o charakterze niedyspozytywnym należy zadać pytanie, jak dalece wola dzierżyciela może modyfikować

35 Zwolennicy pojmowania zgody pokrzywdzonego w kategoriach kontratypu pozaustawowego powiedzą, że w tym przypadku nie zachodzi sytuacja kontratypowa, ale ma miejsce pierwotna legalność czynu – por. J. Lachowski, *Inne...*, s. 426; E. Hryniewicz, *Zgoda...*, s. 35 – 36; J. Giezek, *Zezwolenie...*, s. 133 i nast.; J. Warylewski, *Zasada ustawowej określoności przesłanek a kontratypy pozaustawowe* [w:] *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. IV Bielańskie Forum Karnistyczne*, red. J. Majewski, Warszawa 2008, s. 26. Na gruncie niniejszego opracowania zgoda analizowana jest z perspektywy możliwości modyfikacji reguł postępowania z dobrem prawnym, a więc – w uproszczeniu – na etapie poprzedzającym weryfikację czynu jako zachowania kontratypowego. Podobnie - Ł. Pohl, *O usytuowaniu...*, s. 78 – należy przy tym wskazać, że Autor nie traktuje zgody jako metody modyfikacji treści normy postępowania, ale jako czynnik zewnętrzny, blokujący jej dyspozycję. Na temat problemu relacji kryteriów ustalania bezprawności czynu oraz kontratypów – por. W. Wróbel, *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym*, "Przegląd Prawa Karnego" 1993, nr 8, s. 8.

36 Pojedynki twórców hip-hopowych, w trakcie których dochodzi do wzajemnego znieważania, przybierającego formę improwizowanych utworów muzycznych.

37 Ł. Pohl, *Kierowanie wykonaniem samobójstwa oraz polecenie jego wykonania w polskim prawie karnym (analiza de lege lata i postulaty de lege ferenda)* [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Niwakowski, J. Piórkowska-Fliieger, Lublin 2011, s. 525 i nast.; J. Długosz, *Zgoda dysponenta...*, s. 9;

treść reguł postępowania z dobrem prawnym tego typu. Jest oczywistym, że na gruncie polskiego prawa karnego, zakotwiczonego w określonej aksjologii, nie jest możliwe wyrażenie prawnie istotnej zgody na ich unicestwienie. Aktualne pozostaje jednak pytanie o zakres prawnie relewantnej zgody na narażenie³⁸.

3.2. Społeczna akceptowalność poziomu zagrożenia dla dobra prawnego jako warunek prawnej istotności zgody na narażenie dobra o charakterze niedyspozytywnym

Zgoda pokrzywdzonego nie musi odnosić się do realizacji wszelkich znamion przestępstwa, ale do samego zachowania sprawcy (skutek może mieć charakter niezależny od zgody i stanowić jedynie następstwo zachowania, na które zgodę wyrażono). W tej perspektywie, pokrzywdzony, wyrażając zgodę na określony sposób działania bądź zaniechania, przyjmuje na siebie ryzyko³⁹ wystąpienia ich następstw w stopniu równym do sprawcy (przy założeniu, że wystąpiły ogólne warunki prawnej istotności zgody, o których wyżej)⁴⁰. Oczywiście, mogą także wystąpić sytuacje, w której zgoda dotyczyć będzie spowodowania konkretnego, *prima facie* prawnokarnie istotnego skutku (np. narażenia na konkretne niebezpieczeństwo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu). W obu przypadkach dochodzi do wyrażenia woli wystąpienia sytuacji niestandardowo ryzykownej - istnieje określony poziom ryzyka, akceptowalnego społecznie, który zostaje podniesiony wskutek zgody osoby narażanej na niebezpieczeństwo. W ten sposób akceptowalnym staje się takie ryzyko, które bez zgody zostałoby uznane za nieakceptowalne.

Z powyższego wynika, że prawna istotność zgody na podjęcie określonego

38 Od zgody na narażenie odróżnić należy zagadnienie dozwolonego ryzyka – por. m.in. M. Bojarski, *Dozwolone ryzyko gospodarcze w polskim prawie karnym*, Wrocław 1977; M. Bojarski, *Jeszcze raz w sprawie dozwolonego ryzyka [w:] Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tadeusza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 75 i nast. O ile bowiem w przypadku dozwolonego ryzyka modyfikacja reguł postępowania wynika z samej istoty sytuacji społecznej oraz oczekiwanego zysku, to w przypadku zgody na narażenie jej jedynym źródłem jest wolność jednostki. W pewnym sensie ze zgodą łączyć będzie się problematyka dozwolonego ryzyka sportowego, gdzie warunkiem uznania jego prawnej doniosłości będzie wyrażenie zgody na uczestniczenie w sportowej rozgrywce – por. P. Kardas, *P. Kardas, Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności*, "Przebieg Sądowy" 2009, nr 1, s. 7 i nast.; A. Szwarc, *Zgoda...*, s. 29 i nast.

39 Doktryna prawa karnego wprowadziła rozróżnienie na ryzyko zwykłe oraz ryzyko eksperymentu. Niniejsze odpracowanie odnosi się wyłącznie do granic ryzyka zwykłego, którego usprawiedliwienie nie odwołuje się do możliwości osiągnięcia w przyszłości rezultatów korzystnych społecznie – por. Kubiak, *Ryzyko zwykłe a kontratyp eksperymentu*, "Przebieg Sądowy" 2007, nr 3, s. 116 – 117;

40 Na odmiennym stanowisku stoi A. Szwarc, wedle którego zgoda na podjęcie ryzyka nie łączy się ze zgodą na skutek, a co za tym idzie – nie można jej traktować jako zgody na realizację znamion - A. Szwarc, *Znaczenie zgody pokrzywdzonego w odpowiedzialności karnej za wypadki sportowe [w:] Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 114. Jak się zdaje podejście takie wymaga modyfikacji – w przypadku przestępstw nieumyślnych istotą zgody będzie właśnie zgoda na ryzyko.

zachowania sprawczego uzależnić zależy od dwóch okoliczności: 1) charakteru dóbr prawnych, które zachowanie atakuje i które są znamieniem zarzucanego typu oraz 2) stopnia prawdopodobieństwa wystąpienia karnie relewantnych następstw działania lub zaniechania⁴¹.

Pierwsza okoliczność była już przedmiotem analizy w toku rozważań – w tym miejscu należy jedynie zwrócić uwagę, że nawet w przypadku dóbr pozostających poza wyłączną dyspozycją dzierżyciela istnieje możliwość pewnej modyfikacji reguł postępowania, oraz, że w praktyce dochodzić może do godzenia jednym czynem w szereg dóbr prawnych. O ile w przypadku nieumyślnego spowodowania śmierci dobrem chronionym będzie wyłącznie życie, to już w przypadku bójkі będzie to także porządek publiczny. Rozważając prawną istotność zgody należy rozważyć jej doniosłość z perspektywy każdego z wyróżnionych dóbr.

Nieco bardziej problematyczna jawi się druga ze wskazanych okoliczności. Dla ustalenia prawnej istotności zgody należy ustalić stopień ryzyka wystąpienia prawnokarnie relewantnych następstw oraz porównać go z najwyższym poziomem ryzyka wystąpienia określonego następstwa, który będzie jeszcze akceptowalny społecznie⁴². Jeśli okaże się on wyższy, ryzyko będzie miało charakter nieakceptowalny, a co za tym idzie – konieczne będzie dalsza weryfikacja zachowania pod kątem jego przestępczości. Oczywiście powyższa okoliczność nie ma znaczenia w przypadku dóbr prawnych o całkowicie dyspozytywnym charakterze, nabiera go jednak w pozostałych przypadkach, np. zarysowanych wyżej sytuacjach, oznaczonych literami B, C, D.

Na tym tle rysują się dwie kwestie, wymagające rozstrzygnięcia. Po pierwsze, należy ustalić poziom społecznie akceptowalnego ryzyka. Po drugie, należy oszacować poziom ryzyka wykreowanego przez rozważane zachowanie sprawcze (tutaj nie jest możliwe wskazanie jakiegokolwiek uniwersalnej metody ważenia owego ryzyka – będzie ona zależna od sytuacji; niżej zaprezentowano przykładowe sposoby jego szacowania).

Stopień społecznie akceptowalnego ryzyka naruszenia dobra prawnego ma charakter obiektywny w tym sensie, że jest rozpoznawalny na moment podejmowania zachowania. Wyznacza on granicę między narażeniem legalnym i nielegalnym⁴³. Zwrócić należy przy tym uwagę na dwie okoliczności.

Po pierwsze, nie istnieje jeden powszechny standard bezpieczeństwa – inny poziom ryzyka naruszenia dóbr uznany zostanie za akceptowalny w przypadku walk bokserskich,

41 Na temat statystycznego szacowania ryzyka - M. Bojarski, *Jeszcze raz...*, s. 80.

42 W doktrynie jest on określany za H. Welzlem mianem "społecznej adekwatności" (Sozialadaquantz) – por. Kubiak, *Ryzyko...*, s. 121; M. Bielski, *Naruszenie reguł ostrożności czy nadmierna ryzykowność zachowania jako właściwe kryterium prawnokarnego przypisania skutku*, "Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2004, s. 32 – 33;

43 M. Bielski, *Naruszenie...*, z. 1, s. 41.

inny zaś w przypadku prowadzenia przedszkola⁴⁴. Źródłem owych dysproporcji jest możliwość wyrażenia zgody na naruszenie dóbr – bokser, wchodząc na ring, automatycznie godzi na przyjęcie ciosów od przeciwnika. Dzieci uczęszczające do przedszkola nie są zdolne do wyrażenia zgody na narażenie, zaś obowiązujący standard kulturowy nakazuje zapewnić im maksymalne bezpieczeństwo.

Po drugie – istnieje pewien poziom zagrożenia który nie będzie mógł zostać zalegalizowany zgodą indywidualną dzierżyciela. W nauce zaprezentowano szereg koncepcji, w jaki sposób ustalić rzeczony próg niebezpieczeństwa nieakceptowalnego⁴⁵. Dość powszechnie wskazuje się, że adekwatnym wyznacznikiem⁴⁶ jest tutaj społeczna opłacalność zachowania niebezpiecznego. Nie jest to, jak się zdaje, kryterium odpowiednie – uprawianie sportów ekstremalnych czy organizowanie wypraw wysokogórskich nie cechuje się społeczną opłacalnością, a jednak jest akceptowalne.

Na potrzeby ustalenia prawnej doniosłości zgody na narażenie dobra prawnego warto zaproponować nieco odmienne kryterium społecznej akceptowalności zachowania niebezpiecznego. Zdaje się, że zdekodowanie owego standardu będzie możliwe przez odwołanie się stopnia ryzyka, jakie łączy się z podejmowaniem bardzo ryzykownych, choć nieopłacalnych społecznie zachowań, które jednak nie są bezprawne (przykładowo: sporty ekstremalne, współżycie seksualne z osobą zarażoną HIV⁴⁷, spożywanie znacznych ilości alkoholu). W ten sposób zachowana zostanie spójność aksjologiczna systemu prawnego w zakresie, w którym umożliwi on penalizację zachowań ryzykownych. Nie jest bowiem sprawiedliwe, żeby pewne bardzo ryzykowne zachowania, były uznawane z jakichś względów za dopuszczalne w razie wrażenia na nie zgody, podczas gdy inne, cechujące się niższym stopniem niebezpieczeństwa, stanowiły przedmiot reakcji prawnokarnej.

Żeby dopuścić zarysowany wyżej wzorzec ryzykownego zachowania jako kryterium dopuszczalnego ryzyka należy w pierwszej kolejności rozstrzygnąć kwestię zasadniczą, a sprowadzającą się do różnicy między samo-narażeniem się pokrzywdzonego a wyrażeniem zgody na spowodowanie takiego samego narażenia przez osobę trzecią. Wskazane wyżej przykłady zachowań ryzykownych dotyczą bowiem zachowania pokrzywdzonego, a nie sprawcy. Zwrócić należy przy tym uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, w tym miejscu dyskutowany jest poziom dopuszczalnego ryzyka dla dobra prawnego jako pewnej wartości

44 M. Bielski, *Naruszenie...*, z. 1, s. 38.

45 Por. m.in. M. Bielski, *Naruszenie...*, z. 1, s. ; J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 145;

46 M. Bielski, *Naruszenie...*, z. 1, s. 34 – 35.

47 Jeśli osoba zdrowa wyraża świadomie zgodę na odbycie stosunku seksualnego z osobą zakażoną HIV, to nie dochodzi w tym wypadku do popełnienia czynu nielegalnego – por. m.in. K. Banasik, *Przestępstwo narażenia na zarażenie wirusem HIV (art. 161 § 1 k.k.)*, "Prokuratura i Prawo" 2009, nr 6, s. 59 – 60.

obiektywnej. Gdyby było inaczej (tj. dobro prawne pojmowane byłoby jako przynależne nośnikowi) to każde dobro prawne miałyby charakter dyspozytywny. Nie istnieją żadne podstawy, które pozwalałyby na różnicowanie stopnia dopuszczalnego ryzyka ze względu na osobę realizującą dane zachowanie. Skoro zatem osoba X może w sposób legalny narażać swoje życie i zdrowie, to przy zaistnieniu tych samych przesłanek (wola osoby X) do takiego samego legalnego narażenia może doprowadzić osoba Y. Po drugie, uprawnienia jednostki mogą być co do zasady cedowane. Osoba X może przenieść uprawnienie na narażenie dobra na osobę trzecią, a owo przeniesienie uprawnienia określa się właśnie mianem zgody. Ustawodawca może oczywiście ograniczyć możliwości przenoszenia praw, nie istnieje jednak ogólna klauzula zakazująca stosowania takiego rozwiązania.

Tam, gdzie dzierżyciel dobra wyrazi zgodę na podjęcie przez sprawcę zachowania ryzykownego, mogącego skutkować narażeniem bądź naruszeniem jego dóbr, jednakże mieszczącego się w granicach owego najwyższego, akceptowalnego kulturowo ryzyka, tam dojdzie do skutecznej modyfikacji treści reguły postępowania z dobrem prawnym. Argumentem leżącym u podstaw karania jest bowiem naruszenie dobra prawnego bądź narażenie go na pewien nieakceptowalny poziom niebezpieczeństwa, nie zaś sposób, w jaki do tego narażenia dochodzi. To właśnie ochrona dóbr stanowi istotę prawa karnego, a nie subiektywne wyobrażenie o negatywnych następstwach danego zachowania. Ewentualna korzyść, jaka wiąże się z podjęciem ryzyka, ma charakter wtórny względem samego działania ryzykownego i może stanowić dodatkową okoliczność usprawiedliwiającą podjęcie zachowania nadmierne ryzykownego⁴⁸.

Jeśli dzierżyciel wyrazi zgodę na podjęcie zachowania niemieszczącego się w granicach standardu, to okoliczność taka nie wpłynie na modyfikacje treści normy, spowoduje jednak obniżenie poziomu społecznej szkodliwości czynu (zagadnienie to będzie jeszcze przedmiotem rozważań).

Żeby skonkretyzować zarysowaną wyżej metodę warto posłużyć się przykładem

48 Por. rozważania M. Bojarskiego dotyczące kontratypu dozwolonego ryzyka z art. 27 k.k., gdzie odwołuje się do podziału na ryzyko oraz niebezpieczeństwo, wskazując, że ryzyko wiąże się zawsze z pojęciem interesu społecznego - M. Bojarski, *Jeszcze raz...*, s. 83; M. Bojarski, *Dozwolone...*, s. 7 – 9, 20; Odnosząc się do powyższego podziału należy wskazać, że na gruncie niniejszego opracowania dyskutowany jest dopuszczalny stopień niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. Biorąc pod uwagę bardziej ogólny cel prowadzonych tu rozważań – a więc poszukiwanie kryteriów przypisania odpowiedzialności karnej, należy przyjąć bowiem o wiele bardziej indywidualistyczną perspektywę, zadając w istocie pytanie: jak dalece jednostka może poświęcić przynależne jej dobro prawne bez korzyści dla interesu ogółu? Z podobnych względów nie można zgodzić się z tezą, że dla oceny prawnej skuteczności zgody istotne znaczenie będą miały dobre obyczaje – por. P. Daniluk, *Kryteria określające zakres dóbr prawnych będących przedmiotem dyspozycji w warunkach kontratypu zgody uprawnionego*, "Przeгляд Sądowy" 2007, nr 4, s. 95 – 96;

sportu ekstremalnego. Jeśli dana osoba decyduje się uprawiać skoki spadochronowe typu BASE, w tym szczególnie niebezpieczny *wingsuiting*⁴⁹, to musi liczyć się z wysokim poziomem ryzyka, jaki na siebie przyjmuje (oszacowano, że statystyczny skok niesie ze sobą ryzyko śmierci na poziomie ok. 0,04%, zaś ciężkiego uszczerbku na poziomie od 0,2% do 0,4% - co daje cztery ofiary śmiertelne na każde 10 tys. skoków oraz 2 ciężko ranne na każdy tysiąc)⁵⁰. Jednocześnie należy podkreślić, że w tym wypadku wysoki stopień ryzyka nie jest rekompensowany istotną korzyścią społeczną – zachowanie polegające na uprawianiu tego sportu nie jest społecznie opłacalne, a więc nie należy rozważać go w kategoriach kontratypu⁵¹. Ryzykowna dyscyplina nie została jednak zakazana, nikt także nie podejmuje kroków w kierunku penalizacji zachowań polegających na dostarczaniu sprzętu czy promowaniu samego sportu⁵². Gdyby jednak wyeliminować element zgody, to sytuacja, w której zachowanie osoby trzeciej przyczyniłoby się wykreowania śmierci ofiary z prawdopodobieństwem 4 do 10 000, zostałyby uznana za nadmiernie ryzykowną. Nikomu nie przyszłoby do głowy stworzyć regułę ruchu drogowego, której przestrzeganie prowadzić będzie do takiej ilości wypadków śmiertelnych. Oczywiście, wprowadzenie takiej reguły doprowadziłoby do o wiele drastyczniejszych skutków ze względu na efekt skali – liczba bezwzględna ofiar wypadków drogowych byłaby o wiele wyższa niż liczba ofiar sportów ekstremalnych. Nie powinno to mieć jednak znaczenia dla oceny akceptowalności samego ryzyka w sytuacji, gdy dotyczy ono jedynie dóbr dzierżyciela – jest ono bowiem analizowane w odniesieniu do dobra prawnego, a nie „standardowego” poziomu akceptowalnego ryzyka, który przecież ulega modyfikacji.

Zarysowany wyżej przykład *wingsuitingu* stanowi dobry punkt odniesienia dla analizy przypadków B, C, D. Ekstremalny sport jest bowiem przykładem zachowania, cechującego się niezwykle wysokim stopniem ryzyka naruszenia dóbr prawnych. Takie same cechy nosić będą opisane wyżej zachowania. Powstaje pytanie, gdzie przebiega granica między zagrożeniem akceptowalnym a nieakceptowalnym społecznie.

49 Jedną z najbardziej niebezpiecznych dyscyplin sportowych, polegająca na oddawaniu skoków spadochronowych w wykorzystaniu różnic w wysokości terenu. Na akceptowalność ryzyka w przypadku sportów ekstremalnych uwagę zwracał m.in. J. Piskorski – J. Piskorski, *Volenti...*, s. 13; R. Kubiak, *Legalność pierwotna ryzyka sportowego*, "Prokuratura i Prawo" 2006, nr 12, s. 13.

50 O. Mei-Dan, E. Monasterio, M. Carmont, A. Westman, *Fatalities in Wingsuit BASE Jumping*, „Wilderness & Environmental Medicine” 2013, vol. 24, s. 321. Badania statystyczne dotyczyły okresu ponad 30. lat – od 1981 do 2013.

51 Przeciwno takiemu ujęciu przemawia także szereg innych argumentów – por. m.in. R. Kubiak, *Ryzyko...*, s. 119.

52 Problematyka ryzyka w sporcie analizowana była wielokrotnie z perspektywy kontratypów ustawowych; wydaje się jednak, że podejściem o wiele bardziej uniwersalnym jest analizowanie zasad sportowych jako dyrektywy modyfikujących reguły postępowania z dobrem prawnym – por. m. in. A. Szwarz, *Znaczenie...*, s. 106 - 107.

Proponowanie komuś gry w rosyjską ruletkę i dostarczenie mu odpowiednich akcesoriów w postaci rewolweru i kuli wiąże się z pomocnictwem do narażenia na bezpośrednie ryzyko utraty życia z prawdopodobieństwem ok. 1 do 6 (jedna kula na sześć możliwych pozycji). Ryzyko jest w tym wypadku o wiele wyższe niż w przy uprawianiu najniebezpieczniejszych nawet sportów ekstremalnych. Akceptowanie tak wysokiego ryzyka implikuje w istocie zgodę na pomocnictwo do popełnienia samobójstwa. Jakkolwiek śmierć gracza nie jest celem zabawy (jest nim przeżycie ekstremalnych wrażeń na moment przed oddaniem strzału), to jednak podejmując tego typu aktywności dzierżyciel godzi się na popełnienie samobójstwa. To właśnie godzenie się na ową ewentualność jest źródłem pożądanych emocji. Gracz obejmuje zatem zamiarem ewentualnym okoliczność, że nabój znajdzie się w położeniu gwarantującym wystrzał. Biorąc pod uwagę, że w polskim prawie zarówno pomocnictwo jak i podżeganie do samobójstwa są zabronione, trzeba będzie powiedzieć, że tak długo, jak poziom ryzyka określonego zachowania implikował będzie co najmniej zgodę na wystąpienie śmiertelnego skutku, będącą elementem zamiaru ewentualnego samobójstwa (godzenie się), zgoda taka nie zmodyfikuje reguł postępowania z dobrem prawnym (będzie wpływała jednak na stopień społecznej szkodliwości czynu, o czym niżej).

Inaczej kształtowała będzie się sytuacja C, w której dochodzi do starcia kibiców. Tam zarówno sprawca, jak i ofiara przyjmują role atakujących i atakowanych, wyrażając zgodę na następstwa niebezpiecznych zachowań innych uczestników. Jednocześnie, biorąc pod uwagę liczbę starć kibiców oraz liczbę ich ofiar śmiertelnych trzeba wskazać, że statystycznie są to przedsięwzięcia mniej ryzykowne niż gra w rosyjską ruletkę – nie jest tak, że średnio jeden na sześciu uczestników bójki ponosi śmierć. Nieco bardziej skomplikowane wydaje się dokonanie porównania z analizowanym wyżej sportem ekstremalnym. Należałoby bowiem zapytać czy uczestnictwo w bójce z niebezpiecznym narzędziem wiąże się z prawdopodobieństwem spowodowania śmierci równym lub wyższym od 0,4%. Do tej pory nie przedstawiono podobnych szacunków. W tym celu trzeba by ustalić ogólną liczbę bójek, do których dochodzi z wykorzystaniem niebezpiecznego narzędzia oraz zestawzić ją z liczbą bójek, w której dochodzi do uszczerbku na zdrowiu bądź śmierci jej uczestnika. Gdyby w toku takich badań dokonano ustalenia, że w istocie, prawdopodobieństwo uszczerbku w bójce jest relatywnie niskie, to i tak nie przesądzałoby to o możliwości dokonania takiej modyfikacji reguł postępowania z dobrem prawnym w taki sposób, by np. posługiwanie się w walce maczetami było legalną rozrywką. Przyjęcie odmiennego rozwiązania spowodowałoby w istocie legalizację pojedynków, a to zjawisko zostało wyeliminowane z życia społecznego

nie tyle ze względu na dobro osób pojedynkujących się, co na potrzebę zapewnienia porządku publicznego⁵³. Każdy pojedynek niesie ze sobą groźbę eskalacji konfliktu społecznego, który przestaje być wyłącznym problemem pojedynkujących się stron. Co więcej, w bardzo wielu przypadkach uliczne starcia grup pseudokibiców kreowały będą także zagrożenie dla osób postronnych. Tam, gdzie zachowanie sprawcy godziło będzie w szereg dóbr prawnych, w tym także dóbr o charakterze kolektywnym, w praktyce jego legalizacja przez zgodę dzierżyciela dobra będzie bardzo utrudniona⁵⁴. Podobnie jednak, jak miało to miejsce w sytuacji B, także tutaj zgoda dzierżyciela dobra wpłynie na stopień społecznej szkodliwości.

W ostatniej z zarysowanych sytuacji (D) sprawca oferuje dzierżycielowi sprzedaż narkotyku. Oczywiście poza zakresem rozważań pozostaje ten aspekt prawnokarnej reakcji, który dotyczy naruszenia przepisów reglamentacyjnych – tam nie wystąpi nawet element pokrzywdzenia. Dalsza analiza dotyczyć będzie wyłącznie przypisania odpowiedzialności za śmierć osoby spożywającej substancję. Istotne są przy tym dwie okoliczności. Po pierwsze, ani sprawca ani dzierżyciel nie godzili się na wystąpienie śmiertelnego skutku, choć zdawali sobie sprawę z nieprzewidywalności następstw zażycia specyfiku. Po drugie, zarówno sprawca jak i dzierżyciela liczyli na uzyskanie określonych korzyści z zaistniałej sytuacji społecznej. Sprzedawca liczył na zysk finansowy, zaś dzierżyciel na przeżycie określonych wrażeń psychodelicznych. W tej perspektywie sytuacja jest zbliżona do gry w rosyjską ruletkę, gdzie obie strony liczyły na korzyść w postaci skoku adrenaliny, godząc się jednocześnie na ryzyko. W przypadku narkotyku prawdopodobieństwo wystąpienia śmiertelnego skutku jest jednak nieporównywalnie niższe. W obrocie nieustająco pojawiają się nowe środki psychoaktywne, jednak nie odnotowuje się proporcjonalnego wzrostu przypadków śmierci w wyniku ich zażycia. Biorąc pod uwagę skalę obrotów specyfikami tego typu oraz ilość ofiar śmiertelnych trzeba dojść do wniosku, że prawdopodobieństwo śmierci w wyniku ich zażycia jest o wiele mniejsze, niż w przypadku uprawiania *wingsuitingu*⁵⁵. Nie oznacza to jednak automatycznego wyłączenia odpowiedzialności

53 E. Hryniewicz, *Zgoda...*, s. 37;

54 E. Hryniewicz, *Zgoda...*, s. 48 i nast.; P. Daniluk, *Kryteria...*, s. 91.

55 Biorąc pod uwagę skalę zjawiska obrotu środkami odurzającymi, która wprost implikuje skalę konsumpcji tego typu środków, oraz zestawiając ją z ilością ciężkich uszczerbków na zdrowiu oraz przypadków śmiertelnych zatruc środkami odurzającymi należy wskazać, że prawdopodobieństwo powstania ciężkiego uszczerbku bądź śmierci (nawet w przypadku samej kategorii dopalaczy) jest tu o wiele niższe, niż w przypadku wskazanych wyżej sportów ekstremalnych. Przykładowo W 2014 roku na terenie całej polski doszło do zgłoszenia 2513 przypadków zatruc, co do których zaistniało podejrzenie, że mają związek z zażyciem dopalaczy (dane: Raport Głównego Inspektora Sanitarnego w sprawie środków zastępczych - razem przeciw dopalaczom 2013 – 2014, <<http://www.wsse.katowice.pl/index.php?c=getfile&id=159>>.). Jednocześnie w tym samym roku zabezpieczono podczas działań inspekcji zabezpieczono łącznie 52 714 sztuk podejrzanych produktów, co w oczywisty sposób nie może odzwierciedlać pełnej liczby środków

sprzedającego, którego zachowanie obiektywnie przyczyniło się do powstania przebiegu przyczynowego, skutkującego śmiercią nabywcy – *prima facie* możliwa będzie tu odpowiedzialność z art. 155 k.k.⁵⁶ Mając jednak na względzie, że dzierżyciel wyraził zgodę na zachowanie ryzykowne, polegające na sprzedaniu mu środka o nie do końca rozpoznanym sposobie działania, należy uznać, że wyraził zgodę na wystąpienie określonego poziomu ryzyka dla jego życia i zdrowia. To, że owo ryzyko w istocie ziściło się w postaci śmiertelnego skutku, w równym stopniu obarcza sprzedawcę, co konsumenta. W tym wypadku sytuacja sprzedawcy jest zbliżona do przypadku organizatorów sportów ekstremalnych. Zgoda na wystąpienie określonego stopnia ryzyka zmodyfikuje treść reguł postępowania z dobrem prawnym, przy czym dotyczy to także sytuacji, w których owo ryzyko urzeczywistnia się w skutku. Możliwość wystąpienia skutku jest bowiem cechą samego ryzyka. Oczywiście powyższe rozumowanie w żaden sposób nie wpływa na odpowiedzialność karną za samo uczestniczenie w obrocie narkotykami. Czyn taki klasyfikowany jest jako przestępstwo bez ofiar, a co za tym idzie – nabywca nie jest traktowany jako pokrzywdzony i jego zgoda w żaden sposób nie wpływa na prawnokarną ocenę transakcji.

4. Zgoda jako okoliczność wyłączająca przypisanie sprawstwa oraz rzutu jąca wymiar kary

Zgoda dzierżyciela dobra, spełniająca zarysowane wyżej warunki prawnej istotności, rzutować będzie odpowiedzialność na karną sprawcy. Wpływ ten przybierać będzie dwojaką formę: wyłączenia możliwości przypisania sprawstwa oraz ograniczenia dolegliwości stosowanej karnoprawnej reakcji.

W pierwszej kolejności analizie poddać wypada te sytuacje, w których zgoda dzierżyciela dobra zupełnie wyłączy możliwość przypisania sprawstwa. Stanie się tak pod

sprzedanych na terenie całego kraju – należy raczej uznać, że w obrocie pojawiło się wielokrotnie więcej sztuk (dawk) tego typu substancji. Należy też wskazać, że liczba 2513 obejmuje wszelkie przypadki zatruc, które wiązały się z podjęciem interwencji medycznej – a więc także lekkie zatrucia, stanowiące rozstrój zdrowia na okres poniżej 7 dni. W raporcie wskazano, że: „W 2014 r. zgłoszonych zostało 7 przypadków zgonów mogących mieć związek z zatruciem środkiem zastępczym [...]. W żadnym z tych przypadków nie uzyskano oficjalnego potwierdzenia przyczyny zgonu.”. Należy zatem uznać, że nawet w przypadku tak nieprzewidywalnych substancji, jak dopalacze, ryzyko zgonu bądź powstania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu jest o wiele niższe, niż w przypadkach sportów ekstremalnych.

56 Na odmiennym stanowisku stoi A. Chlebowska, wedle której podstawą odpowiedzialności zarysowanym wypadku (dostarczanie niebezpiecznych środków) może być wyłącznie art. 18 § 2 oraz 3 k.k., co w istotny sposób zawęży zakres penalizowanych zachowań - por. A. Chlebowska, *Zgoda sportowca a odpowiedzialność karna za praktyki dopingowe* [w:] *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 120;

warunkiem, że zgoda na narażenie dotyczyć będzie wystąpienia podwyższonego, ale nadal akceptowalnego standardu narażenia dobra prawnego. W tym celu na potrzeby dalszych rozważań przyjęto perspektywę pięcioelementowej struktury przestępstwa⁵⁷, wedle której przestępstwo to: czyn, bezprawny, karalny, karygodny oraz zawiniony. W tym ujęciu zgoda wykluczy przypisanie sprawstwa przestępstwa przez wyłączenie bezprawności zachowania. Istotą bezprawności jest bowiem naruszenie normy postępowania z dobrem prawnym (reguły postępowania)⁵⁸. Owa reguła dekodowana jest przez uwzględnienie szeregu szczegółowych dyrektyw postępowania, nakazujących podejmowanie określonych zachowań bądź zakazujących ich podejmowania⁵⁹. Wyżej wykazano, że w pewnym zakresie reguły postępowania z pewnymi kategoriami dóbr mogą być modyfikowane przez ich dysponentów (np. przez wyrażenie zgody na zniszczenie rzeczy). W ten sposób dochodzi do zmiany treści wzorca, wedle którego ustalana jest bezprawność czynu. W tej perspektywie zgoda dzierżyciela dobra dookreśla treść normy postępowania w taki sposób, że określone zachowania, *prima facie* bezprawne, uznać należy zgodne z prawem.

Jedynie dla porządku wyjaśnić należy dlaczego w kontekście przypisania sprawstwa, zgody nie należy łączyć z płaszczyzną czynu, karalności, karygodności bądź zawinienia. O ile bowiem reguły postępowania z dobrem prawnym przynależnym ofierze pozostają w pewnym zakresie w jego dyspozycji, to już kryteria uznania zachowania za czyn, uznania go za karalny bądź karygodny mają postać zobiektywizowanych kryteriów, których treść nie może być modyfikowana wolą dzierżyciela. Nie sposób wyobrazić sobie, by dzierżyciel dobra zmodyfikował przesłanki uznania zachowania za czyn, np. przez oświadczenie, że wyraża zgodę by za czyn uznawać jedynie zachowania celowe. Z podobnych względów nie ma możliwości, by zgoda dzierżyciela dobra modyfikowała przesłanki karalności czynu. Warunki karalności danego zachowania nie określają bowiem sposobu postępowania z dobrem prawnym, ale jedynie przesłanki i kształt prawnokarnej reakcji, stosowanej przez sąd. Wyrażenie zgody nie prowadzi do ich modyfikacji, chyba, że w danym przypadku brak zgody stanowić będzie znamię typu, określone w przepisie typizującym⁶⁰. Sytuacje takie będą jednak miały miejsce zupełnie wyjątkowo, zaś wyłączenie karalności występować będzie w nich łącznie z wyłączeniem bezprawności. Przykładowo – warunkiem karalności przeprowadzenia zabiegu medycznego jest brak zgody pacjenta. Jeśli zgoda taka wystąpi,

57 P. Kardas, *O relacjach pomiędzy strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, "Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2012, z. 4, s. 20.

58 P. Kardas, *Dozwolone...*, s. 14 – 15;

59 P. Kardas, *Dozwolone...*, s. 16 – 17; M. Bielski, *Naruszenie...*, z. 1, s. 28 i nast.

60 J. Długosz, *Zgoda dysponenta...*, s. 2; A. Piaczyńska, *Jednolitość...*, s. 66.

dojdzie do wyłączenia karalności, a czyn pozostanie legalny. Nieco odmiennie ocenić należy instytucje ścigania na wniosek bądź z oskarżenia publicznego. Brak podjęcia stosownej inicjatywy przez osobę uprawnioną nie prowadzi tu do wyłączenia karalności zachowania, ale do braku aktualizacji normy sankcjonującej ze względów procesowych⁶¹.

Inaczej kształtować będzie się wpływ zgody dzierżyciela dobra na zakres odpowiedzialności karnej w tych wypadkach, w której poziom narażenia dobra prawnego przekroczy najwyższe akceptowalne ryzyko. Tutaj zgoda nie wykluczy przypisania sprawstwa i rzutować będzie wyłącznie na wymiar kary. Zgoda dzierżyciela dobra może wpłynąć na ocenę czynu z perspektywy trzech przesłanek wymiaru kary: stopnia społecznej szkodliwości⁶², stopnia zawinienia⁶³ oraz zachowania się dzierżyciela dobra⁶⁴. Wszystkie te czynniki warunkują rozmiar karnoprawnej represji: sąd, uwzględniając zgodę pokrzywdzonego w procesie ich miarkowania, winien w odpowiednim zakresie zredukować wymiar kary.

Na gruncie polskiego kodeksu karnego kryteria opisujące stopień społecznej szkodliwości zostały zawarte w art. 115 § 2 k.k. Ich treść nie ulega modyfikacji wskutek wyrażenia zgody przez dzierżyciela dobra – z tych samych względów, o których była mowa w przypadku kryteriów karalności. Jednocześnie, w istotny sposób zmienić może się ocena karygodności samego czynu w ramach ustalonych kryteriów. Zgodnie z treścią art. 115 § 2 k.k. na stopień społecznej szkodliwości wpływa m.in. waga naruszonych przez sprawcę obowiązków, motywacja oraz rodzaj naruszonych reguł ostrożności.⁶⁵ Nie ulega wątpliwości, że sprawca, podejmując się określonego działania przestępnego za zgodą dzierżyciela w mniejszym stopniu narusza ciężące na nim obowiązki. Jego zachowanie jest mniej naganne, niż zachowanie sprawcy naruszającego także wolę ofiary⁶⁶. Teoretycznie, jeśli w wyniku

61 Por. A. Wąsek, *Karnomaterialne aspekty instytucji przestępstwa ściganego na wniosek*, "Studia Prawnicze" 1986, z. 3-4, s. 435 i nast. Autor zwraca uwagę na wiodący, procesowy aspekt konstrukcji.

62 E. Hryniewicz, *Zgoda...*, s. 38;

63 E. Hryniewicz, *Zgoda...*, s. 39;

64 M. Klubińska, *Wpływ zgody pokrzywdzonego na złagodzenie odpowiedzialności karnej oskarżonego* [w:] *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 81 – 91.

65 Zgodnie z treścią art. 115 § 2 k.k.: "Przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia".

66 Odmienny pogląd wyraził SN w wyroku z dn. 11 III 2003 r., III KKN 17/01, gdzie wskazano: "Nie można w żadnym razie przyjąć, że na ocenę społecznej szkodliwości zarzuconego oskarżonemu czynu, decydujący wpływ miała zgoda pokrzywdzonego na bójkę, określaną w wyrokach "solówką", i wyrażając "chęć pojedynku na pięści", pokrzywdzony godził się na powstanie określonych skutków w postaci obrażeń ciała w postaci urazu głowy, złamania kości potylicznej i krwawienia podpajęczynówkowego pourazowego, w wyniku których pokrzywdzony przez około pół roku leczył się i później prawie rok musiał pobierać zabiegi rehabilitacyjne. Jest to zupełnie niezrozumiałe wprowadzenie przez Sąd, przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu, swego rodzaju kontratypu przestępstwa w postaci "instytucji pojedynku na pięści"."

takiego obniżenia stopnia społecznej szkodliwości osiągnie ona poziom sub-minimalny, to wyłączona zostanie przestępność czynu⁶⁷. Wydaje się jednak, że sytuacje takie należeć będą do rzadkości – dotyczyć będą przede wszystkim dóbr o charakterze dyspozytywnym, gdzie zgoda wykluczy przypisanie. O wiele częściej zmniejszenie stopnia społecznej szkodliwości wpływać będzie właśnie na wymiar kary, redukując jej surowość.

W podobny sposób kształtować będzie się wpływ zgody na stopień zawinienia sprawcy. Jakkolwiek zgoda dzierżyciela dobra nie będzie modyfikować treści kryteriów rzutujących na stopień winy w czasie czynu, to wpływać może na ocenę samego zachowania, prowadzoną z perspektywy tychże kryteriów. Wychodząc bowiem z założenia, że wina stanowi zarzut braku powinnego zachowania (sprawca nie zachował tak, jak powinien był się zachować, choć miał ku temu możliwości) trzeba będzie stwierdzić, że w pewnych okolicznościach zgoda dzierżyciela może mieć istotne znaczenie motywacyjne. Jeśli bowiem przejawia się ona w formie nakłaniania do podjęcia przez sprawcę zachowania, stanowiącego realizację znamion przestępstwa, to wydaje się, że okoliczność taka winna rzutować na wymiar kary właśnie przez modyfikację stopnia zawinienia. Wydaje się jednak, że zgoda dzierżyciela dobra nigdy zupełnie nie wykluczy winy – będzie mogła prowadzić jedynie do jej ograniczenia. Także w przypadku osoby nakłanianej istnieje bowiem pewien zakres swobody działania.

Należy także zwrócić uwagę, że w praktyce będzie mógł także wystąpić po stronie sprawcy błąd co do prawnej istotności zgody, jako okoliczności modyfikującej treść reguł postępowania z dobrem prawnym⁶⁸. Jeśli będzie miał on charakter usprawiedliwiony, będzie go można uznać za okoliczność wyłączającą winę sprawcy ze względu na usprawiedliwioną nieświadomość bezprawności, na podstawie art. 30 k.k.⁶⁹

Polski ustawodawca przesądził także *expressis verbis*, że na wymiar kary rzutuje sposób postępowania pokrzywdzonego. Mając na względzie, że w analizowanych przypadkach dzierżyciel dobra prawnego może być także pokrzywdzonym, należy stwierdzić, że niekiedy możliwe będzie powołanie się także i na tę szczególną przesłankę wymiaru kary. Kodeks nie precyzuje, jakie konkretnie zachowania winny być w tym zakresie brane pod

Powyższy pogląd zasadza się na błędnym utożsamianiu okoliczności rzutujących na stopień społecznej szkodliwości zachowania oraz kontratypów.

67 Zwracał już na to uwagę już W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 204 – 205.

68 E. Hryniewicz, *Zgoda...*, s. 39; Ł. Pohl, *O usytuowaniu...*, s. 79.

69 Art. 30 k.k. w brzmieniu: "Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego bezprawności; jeżeli błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary."

uwagę jako okoliczność wpływająca na wymiar kary⁷⁰. Wydaje się, że wyrażenie zgody na naruszenie dóbr pozostających w pewnej dyspozycji dzierżyciela dobra stanowi takie właśnie zachowanie, które winno wpływać redukująco na wymiar kary. Zgoda taka jest w swojej istocie zbliżona do prowokacji bądź pomocnictwa psychicznego do naruszenia dóbr prawnych.

Powstaje pytanie, czy w realiach konkretnej sprawy zgoda dzierżyciela dobra może być rozpatrywana niejako trzykrotnie, za każdym razem w kontekście innej okoliczności rzutu na wymiar kary. Wydaje się, że odpowiedź na tak postawione pytanie powinna być pozytywna. Zgoda stanowi bowiem obiektywną okoliczność, podobnie jak np. ugodzenie kogoś nożem. Może ona zostać poddana wartościowaniu w różnych perspektywach – przykładowo: wpływu na ilość naruszonych reguł ostrożności (społeczna szkodliwość), wpływu na procesy motywacyjne i dobrowolność podejmowania decyzji przez sprawcę (wina) oraz rezygnację z ochrony dóbr przynależnych ofierze (zachowanie się sprawcy). Nie dochodzi tu do wielokrotnego uwzględniania okoliczności łagodzących, ale do wieloaspektowej oceny fragmentu sytuacji społecznej.

4.1. Praktyczne zastosowanie metody określenia wpływu zgody na zakres odpowiedzialności karnej

Opisaną wyżej metodę uwzględniania zgody dzierżyciela dobra w procesie stosowania karnoprawnej reakcji można z powodzeniem zastosować do zarysowanych wyżej czterech stanów faktycznych, oznaczonych literami A, B, C oraz D.

W sytuacji A sprawca powoduje zniszczenie samochodu dzierżyciela dobra – zgoda doprowadzi tutaj do modyfikacji treści normy postępowania, zakazującej niszczenia cudzej własności; w konsekwencji zachowanie uznać należy za legalne.

W sytuacji B, w której sprawca umożliwia dzierżycielowi dobra grę w rosyjską ruletkę, zgoda dzierżyciela dobra nie zmodyfikuje treści reguł postępowania z dobrem prawnym. Zachowanie, na które zezwolono, cechuje się bowiem zbyt wysokim poziomem niebezpieczeństwa unicestwienia dobra prawnego, dalece wykraczającym poza najwyższy, społecznie akceptowalny poziom zagrożenia. Okolicznością potencjalnie rzutującą na zakres odpowiedzialności może być teoretycznie przyczynienie się dzierżyciela – mając jednak na względzie, że w opisywanej sytuacji sprawca poniesie odpowiedzialność nie za skutek

70 J. Lachowski, *Inne...*, s. 428; M. Klubińska, *Wpływ...*, s. 82 – należy jednak zaznaczyć, że Autorka analizuje zgodę jedynie w kontekście pojednania już po popełnieniu przestępstwa.

śmiertelny, ale za pomocnictwo do samobójstwa, owo przyczynienie się uznać należy za irrelewantne. Istota przestępstwa polega bowiem na tym, że do pozbawienia życia dochodzi wskutek decyzji i za sprawą działań ofiary.

Sytuacja C, w której sprawca uczestniczy w bójce pseudokibiców, w trakcie której zadaje śmiertelny cios, ma w istocie charakter złożony. Zakładając, że sprawcy zarzucono by czyn zakwalifikowany jako uczestnictwo w bójce z niebezpiecznym narzędziem oraz zabójstwo z zamiarem ewentualnym, to pod uwagę wziąć należy następujące okoliczności. Po pierwsze, zadawanie ciosów niebezpiecznym narzędziem sprowadza tak wysokie ryzyko unicestwienia dobra prawnego w postaci życia, że przewyższa ono standard najwyższego społecznie akceptowalnego zagrożenia. Po drugie, uczestniczenie w boju godzi także w dobro prawne w postaci porządku publicznego oraz dobra indywidualne innych uczestników bójk, a więc w wartości pozostające poza wyłączną dyspozycją dzierżyciela dobra. Mając na względzie obie powyższe okoliczności trzeba dojść do wniosku, że nie dojdzie tutaj do modyfikacji treści normy postępowania – zachowanie pozostanie bezprawne. Z drugiej strony zgoda dzierżyciela dobra wpływać będzie na stopień społecznej szkodliwości czynu. Za zachowanie bardziej karygodne uznać należałoby atak na osobę, która swoim zachowaniem nie zmanifestowała zgody na ewentualność otrzymania ciosu (np. została napadnięta bez przyczyny). Dodatkowym argumentem umniejszającym stopień społecznej szkodliwości będzie przyczynienie się dzierżyciela – kwestia ta pozostaje jednak poza zakresem szczegółowych rozważań.

W sytuacji D także dochodzi do podjęcia zachowania ryzykownego – podania narkotyku, którego zażycie kończy się śmiercią. Zakładając, że sprawcy postawiono by zarzut nieumyślnego spowodowania śmierci (art. 155 k.k.) zwrócić należy uwagę na dwie okoliczności. Po pierwsze – zażycie narkotyku o nieznanym składzie (w praktyce jego skład nigdy nie będzie w 100% znany) wiąże się z określonym stopniem ryzyka. Biorąc jednak pod uwagę liczbę przypadków poważnych uszkodzeń narządów bądź śmierci, do których dochodzi na tej drodze i zestawiając ją z ogólną liczną przypadków spożywania specyfików tego typu dochodzi się do wniosku, że zachowanie takie mieści się w granicach najwyższego akceptowalnego stopnia niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia (jest o wiele niższe od ryzyka wiążącego się choćby z uprawianiem *wingsuitingu*). Wątpliwości jakie powstają na tym tle, łączą się raczej z negatywną oceną społeczną samej przyczyny (obróć środkami odurzającymi), a nie ze stopniem ryzyka unicestwienia życia ludzkiego. Rzeczona ocena obrotu narkotykami nie pozostaje jednak w związku z samym spowodowaniem śmierci (art. 155 k.k.), ale łączy się z przepisami charakterze reglamentacyjnym, chroniącymi także inne

dobra prawne (np. zdrowie publiczne). Tak długo, jak analizowana będzie odpowiedzialność karna za naruszenie dóbr indywidualnych, tak długo argumenty dotyczące ocen przyczyny nie będą miały znaczenia. Z powyższych względów trzeba będzie uznać, że w zarysowanej wyżej sytuacji doszło do prawnie relewantnej modyfikacji normy postępowania z dobrem prawnym, a co za tym idzie – w aspekcie spowodowania skutku śmiertelnego zachowanie sprawcy nie było bezprawne. Odpowiedzialność karna sprawcy za spowodowanie śmierci winna zostać wyłączona.

5. Wnioski

Zaprezentowane wyżej argumentacja pozwala na postawienie następujących wniosków końcowych:

1. zgoda dzierżyciela dobra może rzutować na kształt odpowiedzialności karnej sprawcy, jednakże prawnokarne skutki owego wpływu są zróżnicowane;
2. zupełne wyłączenie odpowiedzialności karnej w przypadku zgody dzierżyciela dobra możliwe jest w tych sytuacjach, gdzie w wyniku wyrażenia zgody dochodzi do modyfikacji treści reguł postępowania z określonym dobrem prawnym;
3. tam, gdzie ze względu na charakter dobra oraz natężenie ryzyka jego unicestwienia modyfikacja nie będzie możliwa, zgoda dzierżyciela dobra stanowić będzie okoliczność wpływającą na wymiar kary.

**CZASOPISMO
PRAWA KARNEGO
i NAUK PENALNYCH**

Preprint nr 2/2018 | Data publikacji: 1 II 2018 r. | Materiał autorski przed opracowaniem redakcyjnym i korektą (preprint) może różnić się od wersji docelowej (drukarskiej) | Copyright © 2018 by Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja | Sposób cytowania preprintu: [Autor, *Tytuł opracowania*, CPKiNP preprint nr 2/2018, www.czpk.pl/preprinty]