II. POLEMIKI

MACIEJ TARNAWSKI

W ZWIĄZKU Z ARTYKUŁEM KRYSTYNY DASZKIEWICZ W SPRAWIE NADZWYCZAJNEGO ZŁAGODZENIA A NADZWYCZAJNEGO OBOSTRZENIA KARY

Po przeczytaniu artykułu K. Daszkiewicz można by mniemać, że Autorka występuje z rzetelną krytyką poglądów, które Jej zdaniem są niezasadne. Chodzi mianowicie o polemikę z artykułami, jakie zostały opublikowane na łamach Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego [1]. Czy jednak rzeczywiście taki cel przyświecał Autorce? Bezsporne jest, że ,,Dyskusja rzeczowa jest to zbiorowe, uporządkowane i wzajemne wypowiadanie swych myśli w tym celu, żeby wspólnie znaleźć dobrą odpowiedź na jakieś pytanie" [2]. Natomiast w artykule K. Daszkiewicz trudno doszukać się realizacji tej podstawowej idei, która powinna być przestrzegana w dyskusjach naukowych.

K. Daszkiewicz rozważa moje skromne publikacje na temat problemów winy niepoczytalnego i o poczytalności zmniejszonej odurzonych alkoholem lub innymi środkami odurzającymi oraz nadzwyczajnego wymiaru kary, w kontekście — jak pisze — bogatego materiału ilustracyjnego dla zagadnień od dawna nurtujących środowisko naukowe, a obecnie szczególnie aktualnych i żywo dyskutowanych na poznańskim Wydziale Prawa i Administracji. Chodzi Autorce o wartość opracowań naukowych, kwestie warsztatu naukowego, stosunek do krytyki naukowej itp. Kwestii tych oczywiście podejmować nie będę, bo wykraczają one poza meritum sporu. Mam ponadto wątpliwości, czy Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny jest tym forum, gdzie powinny być one dyskutowane. Wiązanie dwóch artykułów z problemami o tak generalnej doniosłości jest chyba nieporozumieniem.

K. Daszkiewicz sugeruje, że moja propozycja ograniczenia przyjmowania niedbalstwa u pewnej kategorii sprawców z poczytalnością zmniejszoną jest z gruntu błędna. Pisze wręcz, że stwarzam coś w rodzaju „immunitetu dla debilów", sprawców przestępstw, kierujących zakładami pracy i wyrządzających w tych zakładach szkody.

[1] M. Tarnawski, *Problem winy niepoczytalnego i o poczytalności zmniejszonej, odurzonych alkoholem lub innymi środkami odurzającymi,* Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1975, z. 2 oraz *Nadzwyczajne złagodzenie a nadzwyczajne obostrzenie kary,* Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1976, z. 2.

[2] Z. Ziembiński, *Logika praktyczna,* wyd. 6, Warszawa 1971, s. 281.

Nazwa „immunitet dla debila" jest nazwą być może i efektowną, ale jakie to ma znaczenie dla dyskusji naukowej. W tekście moim nie ma ani słowa o debilach. Aby nie było wątpliwości, cytuję; „Można zatem przyjąć, że jeśli zakłócenie psychiczne u osoby o poczytalności zmniejszonej jest następstwem głębokiego i trwałego schorzenia psychicznego (powodującego zmiany dementywne), to wtedy z reguły należy wyłączyć przyjęcie niedbalstwa i sprawcę uwolnić od zarzutu popełnienia przestępstwa". Nie wiadomo na jakiej podstawie Daszkiewicz utożsamia głębokie i trwałe schorzenie psychiczne z debilizmem, tym bardziej że „dawny" debilizm według aktualnej klasyfikacji lekarskiej zatwierdzonej przez Światową Organizację Zdrowia, to lekki stopień upośledzenia umysłowego [3]. Czy żadnego znaczenia dla Autorki nie ma użycie przeze mnie wyrażenia „z reguły"? Propozycja moja zmierzała wyraźnie do przeciwdziałania wypracowywaniu domniemania istnienia możności przewidzenia popełnienia czynu zabronionego. Przyjęcie takiego domniemania jest niebezpieczne, bowiem znacznie poszerzy odpowiedzialność karną. Tym bardziej niebezpieczne, gdy chodzi o osoby upośledzone psychicznie.

Daszkiewicz pisze dalej: „Niski poziom umysłowy sprawcy przestępstwa może oczywiście stanowić okoliczność łagodzącą, którą sąd weźmie pod uwagę wymierzając karę. Jednak nawet w tych sytuacjach, w których ów niski poziom umysłowy decyduje o poczytalności zmniejszonej sprawcy, sąd nie może z tego powodu odstąpić od wymierzenia kary [podkr. M. T.]". Autorka pisze o rzeczach oczywistych, o tym przecież stanowi art. 25 § 2 k.k. Jednak Autorka nie dostrzega, że ja pisałem o „wyłączeniu przyjęcia niedbalstwa" oraz o „uwolnieniu od zarzutu popełnienia przestępstwa". Nie mam wątpliwości, że inną kwestią jest wyłączenie kwalifikacji czynu (i łącznie z tym wyłączenie zarzutu), od kwestii odstąpienia od wymierzenia kary.

Autorka kwestionuje propozycję de lege lata, by sprawcę niepoczytalnego, o jakim mowa w art. 25 § 3 k.k. pociągać do odpowiedzialności karnej za przestępstwo nieumyślne. Uważam, że jeśli brak odpowiednika w postaci przestępstwa nieumyślnego do przestępstwa umyślnego, należy wyłączyć odpowiedzialność karną. Przepis art. 25 § 3 k.k. jest przepisem, który słusznie realizuje zasady ochrony społecznej przed czynami osób odurzonych alkoholem lub innymi środkami odurzającymi. Przepis ten jest jednak wadliwie skonstruowany, co podkreślałem w artykule na łamach RPEiS w 1975 r.

Przede wszystkim z faktu, że sprawca, o jakim mowa w art. 25 § 3 k.k., nie korzysta z przywileju „niepopełnienia przestępstwa", nie wynika, że sprawca ten jest poczytalny. Wręcz przeciwnie, przepis ten mówi

[3] Por. np. M. Clarke, A. D. B. Clarke, *Upośledzenie umysłowe* (tłum. z ang.), Warszawa 1969, s. 19.

o stanie odurzenia powodującym wyłączenie poczytalności (niepoczytalność). Zatem sprawca, który wprawił się w stan odurzenia powodujący niepoczytalność, którą przewidywał albo mógł przewidzieć, nie przestaje być osobą niepoczytalną. Jedynie w drodze fikcji, z uwagi na treść art. 25 § 3 k.k., jest traktowany w zakresie odpowiedzialności karnej sensu stricto jak sprawca poczytalny. Jeśli jest niepoczytalny, to nie ma praktycznych możliwości ustalenia, czy działał on umyślnie czy nieumyślnie [4].

K. Daszkiewicz oburza, że moje propozycje prowadzą do zniesienia odpowiedzialności karnej odurzonego — niepoczytalnego sprawcy np. szpiegostwa czy biorącego łapówkę. Zgadzam się, że z punktu widzenia socjotechnicznego jest to dyskusyjne. Jednak niemniej dyskusyjne będzie przyjęcie kwalifikacji z art. 148 § 1 k.k., a nie z art. 152 k.k., wobec sprawcy niepoczytalnego, o jakim mowa w art. 25 § 3 k.k., tylko dlatego, że niepoczytalność nie powoduje przesunięcia czynu do kategorii przestępstw nieumyślnych, a do tego w konsekwencji prowadzą poglądy K. Daszkiewicz. Twierdzę, że wadliwy przepis nie może uzasadniać interpretacji na niekorzyść sprawcy. Dostrzegając konieczność jednoznacznego uregulowania tego zagadnienia, de lege ferenda, sformułowałem w cytowanym artykule postulat wyraźnego określenia w ustawie, jak odpowiadać karnie ma sprawca niepoczytalny, odurzony środkami odurzającymi. Ten problem został jednak przez Daszkiewiczową pominięty.

Wśród zarzutów, jakie pojawiły się w opracowaniu K. Daszkiewicz jest i zarzut zastępowania prostych nazw słownymi dziwolągami. Autorka pisze: „Art. 120 § 1 k.k. określa czyn zabroniony jako działanie **lub** zaniechanie o znamionach określonych w ustawie karnej, chociażby nie stanowiło ono przestępstwa ze względu na brak winy [...] Problem ma istotne znaczenie, stanowi także przedmiot pytania egzaminacyjnego — pisze dalej Daszkiewiczową — natomiast w ujęciu M. Tarnawskiego czyn zabroniony jest to »substrat materialny o charakterze normatywnym«. Spróbujmy zastąpić pytanie egzaminacyjne dotyczące «czynu zabronionego» pytaniem na czym polega «substrat materialny o charakterze normatywnym»" — konkluduje K. Daszkiewicz.

W artykule napisałem: „W rozumieniu kodeksu karnego sprawcą jest tylko taki podmiot, który swoim zachowaniem realizuje taki substrat materialny o charakterze normatywnym, który nazywa się czynem zabronionym". Czy w zdaniu tym zanegowano treść art. 120 § 1 k.k.? Odpo-

[4] Wydaje się, że skoro niepoczytalność jest okolicznością wyłączającą winę, zaś elementami składowymi winy są umyślność i nieumyślność, to wyłączona jest możliwość ustalenia umyślności i nieumyślności. Próbę znalezienia patologicznego odpowiednika umyślności i nieumyślności podjął jednak R. Alexander, *Das verbrecherische Verhalten des Geisteskranken,* Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft, z. 9, Mannheim-Berlin-Leipzig 1926, s. 64 i 65. Por. także W. Wolter, *w: Psychiatria w procesie karnym,* praca zbiorowa, Warszawa 1968, s. 32.

wiedź negatywna jest jednoznaczna. To nie ja napisałem, że czyn zabroniony jest to... Przypisywanie mi definicji czynu w wersji podanej przez Daszkiewiczową jest zupełnie dowolne. Po prostu w wywodach moich nie ma ani słowa wskazującego na definiowanie czynu zabronionego. Czy gdy W. Wolter pisze, że czyn zabroniony, to pewna zaszłość obiektywna [5], podaje definicję czynu zabronionego? Przykład z pytaniem egzaminacyjnym wyraźnie wskazuje na nieodróżnianie rozważań doktrynalnych od pytań egzaminacyjnych. To, że rozważania doktrynalne, sformułowania eksplikacyjne nie muszą wcale być przedmiotem egzaminu, nie powinno budzić wątpliwości.

Rozważając znaczenie nazwy ,,przestępstwo", W. Wolter wskazuje, że nazwa ta może występować w dwojakim znaczeniu: „. . . w języku prawnym, którym posługuje się ustawa karna, i w języku prawniczym, używanym przez praktykę i teorię prawa; to znaczenie nie musi się pokrywać z obiegowym znaczeniem tego słowa, czyli znaczeniem nieprawnym" [6]. Wywód Woltera jest w pełni godny aprobaty także w kontekście analizy nazwy „czyn zabroniony".

Następny zarzut Daszkiewieżowej odnosi się do następującego zdania z mojego artykułu: ,,Skoro winą jest ujemnie oceniony stosunek psychiczny sprawcy do czynu zabronionego, to wina może zachodzić tylko w czasie realizacji tegoż czynu zabronionego [podkr. M.T.]". Autorka w tej kwestii pisze: „Art. 7 § 1 k.k. wprowadza dwie formy winy umyślnej, a mianowicie zamiar bezpośredni i zamiar ewentualny. Do wiadomości z zakresu podstawowego kursu prawa karnego należy teza, że na drodze przestępstwa *(iter delicti)* zamiar popełnienia przestępstwa poprzedza etap realizacji [podkr. K.D.] przestępstwa. Nie ma co do tego wątpliwości ani w prawie karnym, ani w psychologii". Ten mentorski ton kierowany był już wobec innych autorów [7].

Przejdźmy jednak do meritum. Daszkiewiczową, odwołując się do art. 7 § 1 k.k., utożsamia zamiar bezpośredni i zamiar ewentualny z winą umyślną. Mam w tym zakresie całkowicie odmienne zdanie. Już w *Uzasadnieniu projektu k.k.* (wersja z 1968 r.) stwierdzono jednoznacznie, wskazując na zmiany, jakie zaszły pomiędzy k.k. z 1932 r. a projektem k.k., że: „polegają one na podkreśleniu zamiaru jako istotnego elementu [podkr. M.T.] winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego albo ewentualnego)". I dalej (s. 96): „Ze względów redakcyjnych pozostawiono w *Projekcie* terminy «przestępstwo umyślne», «przestępstwo nieumyślne»,

[5] W. Wolter, w: K. Buchała, W. Wolter, *Wykład prawa karnego.* Cz. I z. 1, Kraków 1970, s. 115.

[6] W. Wolter, *Nauka o przestępstwie,* Warszawa 1973, s. 10.

[7] Na przykład A. Gubińskiego odsyłała do elementarnych wiadomości z zakresu psychologii, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1965, z. 3, s. 42, zaś G. Rejman do podręczników prawa karnego i własnych wykładów, Państwo i Prawo 1969, nr 12, s. 1052.

«sprawca działa nieumyślnie» itp. Jednocześnie jednak wprowadzono pojęcie «winy» w art. 6, dając w ten sposób podstawę do wykładni, że umyślność i nieumyślność decydują o rodzaju winy, będąc jej istotnymi składnikami [podkr. M.T.]".

Jeśli umyślność jest składnikiem [elementem] winy umyślnej, to wiadomo, że do samej umyślności winy umyślnej ograniczyć nie można. W. Wolter słusznie pisze: „Przepis art. 7 daje nam definicję «umyślności» i «nieumyślności», w ramach winy jako istotnych jej składników". Z pełną precyzją autor ten zamiar bezpośredni i ewentualny uważa za formy umyślności, ale nie winy, co czyni K. Daszkiewicz [8]. Gdyby artykuł mój został właściwie zrozumiany, nie budziłoby żadnych wątpliwości, że opowiadam się za kompleksową teorią normatywną. Szerzej o tych kwestiach piszę zresztą w innych publikacjach [9]. Daszkiewiczowa ma prawo istotę winy umyślnej sprowadzać do umyślności, ale czynienie tego na gruncie k.k. z 1969 r. (art. 7 § 1) jest co najmniej dyskusyjne. Natomiast odmawianie prawa do przyjęcia kompleksowej teorii winy trafia nie tyle we mnie, co w W. Woltera, którego przecież punkt widzenia przyjmuję. Na marginesie odnotować należy, że finaliści idą jeszcze dalej, traktując zamiar nie jako element winy, ale jako element istoty czynu (Tatbestand)[10].

W prawie rzymskim *dolus* był w jednym ze znaczeń utożsamiany z winą umyślną, ale od czasów rzymskich w prawie wiele się zmieniło, a w prawie karnym w szczególności od czasu ukazania się klasycznej już dziś pracy R. Franka na temat pojęcia winy[11].

K. Daszkiewicz uważa, że zamiar popełnienia przestępstwa poprzedza etap realizacji przestępstwa. Przede wszystkim w artykule swoim mówię o realizacji czynu zabronionego, a przecież to nie to samo [12]. Jeśli zamiar poprzedza etap realizacji przestępstwa, to uzyskujemy twór dość dziwny o charakterze dwufazowym (dwuetapowym). Pierwsza faza (etap),

[8] W. Wolter, w: *Kodeks karny z komentarzem,* Warszawa 1973, s. 45 - 46; tenże, *Nauka o przestępstwie* ..., s. 120. Por. także J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz,* Warszawa 1971, s. 27.

[9] Por. *Zmniejszona poczytalność sprawcy przestępstwa,* Warszawa 1976, s. 37, czy glosa do wyroku SN z 11 IV 1974, III KR 9/74, OSPiKA 1975/1, s. 28.

[10] Wyraża to jedno klasyczne już dziś zdanie: „Der Vorsatz gehört zum Tatbestand". Por. także wnikliwe wywody W. Mąciora, *O finalizmie w prawie karnym,* Państwo i Prawo 1971, nr 6.

[11] R. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffes,* Giessen 1907. Odnośnie do prawa rzymskiego por. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie,* Warszawa 1973, s. 329, także szczegółowe wywody S. Wróblewskiego, *Zarys wykładu prawa rzymskiego,* Kraków 1916, s. 446 i nast. Ten ostatni autor wskazuje na fluktuację poglądów odnośnie rozumienia „dolus".

[12] W. Wolter, *Nauka* ..., s. 286 słusznie wskazuje, że poprawnie należy mówić — w kontekście wadliwego art. 14 k.k. — o celu popełnienia czynu zabronionego, a nie o celu popełnienia przestępstwa. Analogicznie odnosi się to do zamiaru popełnienia czynu zabronionego (a nie przestępstwa).

to zamiar, a druga to realizacja przestępstwa. Omawiamy cały czas przestępstwo umyślne. Zapytuję, czy realizacja przestępstwa jest bez zamiaru, skoro zamiar ma ją tylko poprzedzać? Przecież przestępstwo umyślne, bez zamiaru popełnienia czynu zabronionego, to *contradictio in terminis.* Dla zwolenników kompleksowej teorii winy zamiar poprzedza realizację czynu zabronionego, (co nie oznacza, że nie będzie istniał w chwili realizacji istoty czynu), ale jak długo nie będzie realizowany przez popełnienie czynu bezprawnego kryminalnie, tak długo prawo karne nie wkracza.

Daszkiewicz kwestionuje tę tezę, powołując się m.in. na profilaktyczne oddziaływanie (tylko jakie — prawno-karne?) i na Senekę. To, że zamiar popełnienia czynu zabronionego stanowi ustawowe znamię przestępstwa umyślnego, to nie budzi wątpliwości. Ale co z tego wynika dla zasady *cogitationis poenam nemo patitur?* Oddziaływanie profilaktyczne wobec osób mających zamiar popełnienia czynu zabronionego? O co chodzi, o wkroczenie w czyjeś myśli i penalizowanie myśli, które uznaje się za naganne? Przytaczanie Seneki w kontekście mojego stanowiska jest całkowicie chybione. Przecież jego rozważania, rozwinięte następnie przez Grotiusa, dotyczyły celu kary, naganności z powodu popełnienia przestępstwa[13]. Przytaczając słynne słowa Ulpianusa nie mówiłem ani słowa o karze, co więcej mówiłem o przyszłym przestępcy, o osobie, która ma tylko zamiar popełnienia czynu zabronionego.

Dalsze zarzuty K. Daszkiewicz koncentrują się wokół rzekomo pozornej krytyki przeze mnie uprawianej. Autorka uważa, że krytyka poglądu Lernella jest nieuzasadniona. Aby nie było nieporozumień, zacytujmy jeszcze raz przedmiotowy passus z *Wykładu* Lernella (s. 95): „Przez wymiar kary rozumiemy wyznaczenie rodzaju kary (zasadniczej i dodatkowej), która ma być stosowana oraz — gdy chodzi o kary wymierne, ilościowo zróżnicowane (kwantyfikowane) — także rozmiaru tej kary. Gdy ten wymiar kary ustala ustawa karna w sankcji, mówimy o ustawowym wymiarze kary, gdy czyni to sąd w wyroku skazującym — będzie to sądowy wymiar kary [podkr. L.L.]". K. Daszkiewicz kwestionuje, że wcale dla Lernella tzw. sądowy wymiar kary nie jest szczególną postacią wymiaru kary. Zwróćmy jeszcze raz uwagę, że autor ten mówiąc o wymiarze kary bez dalszych wyjaśnień, iż chodzi mu o „wymiar ustawowy" czy „sądowy" wskazuje, że ma na uwadze karę, która ma być stosowana. Natomiast tzw. ustawowy wymiar, to ustalony przez ustawę, zaś tzw. sądowy „gdy czyni to sąd w wyroku [podkr. M.T.]". Jeśli, zdaniem Daszkiewiczowej, nie ma wadliwości w propozycji Lernella, to jak wytłumaczyć, że „kara, która ma być stosowana", ma być tą karą, która jest ustalana przez sąd. K. Daszkiewicz nie do-

[13] Por. Seneca, *Diologues,* t. 1. *De iura,* ustęp XIX, Paris 1942, s. 25. Por. także H. Grotius, *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju* (tłum. z łac), Warszawa 1957, s. 51.

strzegą, że tzw. ustawowy wymiar kary jako zjawisko w pełni statyczne jest kategorialnie odmienne od tzw. sądowego wymiaru kary jako zjawiska zdynamizowanego.

Autorka aprobuje pogląd Lernella, że sankcja określa tzw. ustawowy wymiar kary. Ja zaś — rzekomo błędnie — zagrożenie ustawowe (dla Daszkiewieżowej to tzw. ustawowy wymiar kary) pojmuję w ten sposób,., że określa je konkretny przepis części szczególnej. Czy mówiąc, że zagrożenie ustawowe określają nie tylko przepisy części szczególnej, ale i części ogólnej, Daszkiewiczowa tzw. sankcję pojmuje też jako określoną przez przepis części ogólnej i szczególnej? Na przykład, jeśli mamy do czynienia z przestępstwem z art. 199 § 1 k.k., to nie ulega wątpliwości, że kara za to przestępstwo jest przewidziana od 6 miesięcy pozbawienia do lat 5 i taka jest tzw. sankcja i tylko na podstawie tego przepisu sąd wymierzy karę (pomijam atypowe sytuacje, np. z art. 60, 58 ltd.). Czy natomiast np. w przypadku przestępstwa z art. 210 § 1 sąd może wymierzyć karę 10 lat pozbawienia wolności? Oczywiście, mówi o tym art. 32 § 1 k.k.: „Kara pozbawienia wolności trwa najmniej 3 miesiące najwyżej 15 lat". Przepis ten jedynie wskazuje, że nie można wymierzyć kary pozbawienia wolności niższej niż 3 miesiące i dłuższej niż 15 lat (możliwość orzeczenia kary 25 lat jest innym zagadnieniem). Nie jest to przecież bezpośrednio problem zagrożenia ustawowego za o k r e ś l o n e przestępstwo. Konsekwentnie rozumując za Daszkiewiczowa, sąd orzekając sprawcy rozboju z art. 210 § 1 k.k. karę 10 lat pozbawienia wolności musiałby powołać w tej materii nie tylko art. 210 § 1, ale także art. 32 § 1, a może i art. 7 § 1 w zw. z art. 6 k.k. Czy propozycja K. Daszkiewiczowej to nie przysłowiowa przesadna „Haarspalterei" — drobiazgowość, która stałaby się zmorą dla praktyki wymiaru sprawiedliwości.

K. Daszkiewicz uważa, że mój odmienny pogląd w stosunku do stanowiska K. Buchały jest nieuzasadniony. Twierdzi, że Buchała ma rację mówiąc: „możliwy jest wniosek, iż mimo np. zmniejszonej poczytalności sprawcy, n a l e ż y karę nadzwyczajnie zaostrzyć z powodu np. ciągłości przestępstwa lub recydywy, lub odwrotnie, n a l e ż y [podkr. M.T.] ją mimo recydywy nadzwyczajnie złagodzić"(K. Buchała, W. Wolter, *Wykład prawa karnego,* cz. I, zeszyt 2, Kraków 1972, s. 172). Autorka podkreśla, że sąd może karę złagodzić sprawcy o poczytalności zmniejszonej i może obostrzyć sprawcy przestępstwa ciągłego. Chyba pomiędzy „należy" a „może" czy też „nie musi" istnieje zasadnicza różnica.

Moje odmienne stanowisko w stosunku do Buchały bierze się stąd, iż w świetle zasad i generalnych dyrektyw sądowego wymiaru kary nie można w wyżej przytoczonym przypadku stosować nadzwyczajnego złagodzenia i jednocześnie tzw. nadzwyczajnego obostrzenia kary. Zasady i dyrektywy wymiaru kary są rzeczywiście bardzo istotne dla wymiaru kary, ale stając przed problemem kolizji tzw. nadzwyczajnego obostrzenia kary i nadzwyczajnego złagodzenia kary musimy jako punkt wyjścia

brać konkretne przepisy k.k. To, że w konkretnym przypadku zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary recydywiście, sprawcy występku (gdy nie wchodzi w grę art. 61 k.k.) byłoby celowe, słuszne, to inny problem. Zdaniem Daszkiewiczowej, możliwości stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary np. recydywiście, sprawcy o poczytalności zmniejszonej nie neguje Buchała i pogląd tego autora podziela. Możliwość taka istnieje, ale tylko poprzez art. 61 k.k. (czy w przypadku art. 60 § 3 k.k.). Omawiam te kwestie szeroko w artykule, podzielając pogląd Woltera. Co zrobić jednak w pozostałych przypadkach? Jak możliwe jest wymierzenie kary jednocześnie powyżej i poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia? Możliwości takiej nie dopuszcza także K. Daszkiewicz, pisząc: „Nie można przecież równocześnie wymierzyć kary pozbawienia wolności poniżej i powyżej dolnej granicy zagrożenia [14].

Nie wiem, jak rozumieć następujące zdanie z artykułu K. Daszkiewicz: „Trudno byłoby je zresztą stawiać właśnie temu autorowi [chodzi o zarzuty wobec Buchały — dop. M.T.] z uwagi na to, że od wielu lat problemy wymiaru kary stanowią przedmiot jego szczególnych zainteresowań". Czy dlatego, że K. Daszkiewicz od lat zajmuje się nadzwyczajnym złagodzeniem kary, nie można mieć od tej Autorki odmiennego zdania?

Rzekomo pozorna jest krytyka poglądu I. Andrejewa, który stwierdził, że „stan niepoczytalności wywołanej użyciem alkoholu lub innego narkotyku nie wyłącza odpowiedzialności karnej (zasada ochrony), pod warunkiem jednak, że: a) sprawca s a m [podkr. — M.T.] «wprawił» się w taki stan «odurzenia»" *(Polskie prawo karne w zarysie,* Warszawa 1973, s. 204).

Dyskusyjność poglądu Andrejewa bierze się z użycia słowa „sam". K. Daszkiewicz odwołuje się do elementarnych wiadomości z zakresu prawa karnego — jak to określa — i stwierdza, że sprawcą „jest zarówno ten, kto wykonuje czyn, ten kto działa wspólnie z inną osobą oraz ten, kto kieruje wykonaniem czynu przez inną osobę". Zacytujmy jednak art. 16 k.k., bo o ten przepis chodzi. „Odpowiada za sprawstwo nie tylko ten, kto wykonuje przestępstwo s a m [podkr. M.T.] albo wspólnie z inną osobą, ale także ten, kto kieruje wykonaniem przez inną osobę czynu zabronionego". *Communis opinio* przyjmuje, że przepis ten wyróżnia trzy tzw. odmiany sprawcze czynu: 1) sprawstwo pojedyncze, 2) współsprawstwo, 3) sprawstwo kierownicze. Czy pominięcie przez K. Daszkiewicz w cytowanym wyżej fragmencie słowa „sam" jest przypadkowe? Jeśli mówimy, że sprawca sam wykonuje przestępstwo, to nie ma żadnych wątpliwości, że jest to sprawstwo pojedyncze [15].

[14] K. Daszkiewicz, *Nadzwyczajne złagodzenie kary w polskim kodeksie karnym,* Warszawa 1976, s. 172.

[15] Por. przekonujące wywody W. Maciora, *Postacie zjawiskowe przestępstwa w ujęciu kodeksu karnego PRL z 1969* r., Państwo i Prawo 1971, nr 11, s. 751 i nast., gdzie m. in. przeprowadzono polemikę z błędnym poglądem J. Szwachy.

Kwestionując sformułowanie Andrejewa: „sprawca sam wprawił się" chciałem przecież wskazać, że ograniczanie stosowania art. 25 § 3 k.k. do sprawstwa pojedynczego jest nieuzasadnione, tym bardziej że np. art. 30 ustawy z 8 stycznia 1951 r. o środkach farmaceutycznych i odurzających oraz artykułach sanitarnych, wymaga dla odpowiedzialności karnej użycia środka odurzającego w towarzystwie innej osoby.

Odnośnie do rzekomo błędnej krytyki stanowiska W. Świdy, pozwalam sobie jedynie wskazać, że dla tego autora „Ustawowe nadzwyczajne zaostrzenie kary zachodzi wtedy, gdy ustawa w części ogólnej wprowadza w odniesieniu do pewnych wypadków surowsze zagrożenie [podkr. M.T.] od tego, które przewiduje za dane przestępstwo sankcja określona w przepisie części szczególnej" *(Prawo karne. Część ogólna,* Warszawa 1970, s. 319).

Gdyby Daszkiewiczowa dostrzegła mój odmienny pogląd na sam wymiar kary, to znaczy, że tzw. zwyczajny wymiar kary jest niczym innym jak zagrożeniem ustawowym i że dyrektywa zawarta w art. 59 § 1 k.k. jest dyrektywą tzw. sądowego wymiaru kary, to nie wysuwałaby zarzutów wobec mojego stanowiska. Daszkiewiczowa aprobuje stanowisko Świdy — sprowadzające się de facto do opowiedzenia za tzw. zmodyfikowanymi zagrożeniami ustawowymi — sprzeczne z tym, co sama głosi w swej najnowszej monografii na temat nadzwyczajnego złagodzenia kary. W pracy tej na s. 18 i nast. oraz 200 - 201 przeprowadziła — skądinąd słusznie — krytykę poglądów Leski i Pleńskiej, którzy są zwolennikami tzw. zmodyfikowanych zagrożeń ustawowych.

Przejdźmy do zarzutów, które Autorka wysuwa w kontekście art. 181 § 2 k.k. i art. 182 § 2 k.k. Przepisy te przewidują możliwość odstąpienia od wymierzenia kary. Nie wskazują explicite, czy możliwe jest zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary. Sprawa ta rzeczywiście była sporna pod rządami k.k. z 1932 r. [16]

W artykule na temat nadzwyczajnego 'złagodzenia i nadzwyczajnego obostrzenia kary napisałem, cytując W. Woltera: „Ustawa [art. 181 § 2 i art. 182 § 2 — dop. M. T.] nie wspomina o możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary, gdyż wobec takiego ustawowego zagrożenia karą nadzwyczajne złagodzenie jest technicznie niewykonalne (art. 57 § 3)" [17]. Zatem zarzut o bezprzedmiotowość rozważań — na tle art. 181 i 182 k.k. dotyczy nie tylko mnie, ale także i W. Woltera. Autorka stawia mi zarzut, że nie rozważyłem możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie ustaw dodatkowych. Przecież swój wywód wyraźnie ograniczyłem polemizując z Jej stanowiskiem — do art. 181 § 2 i art. 182 §

[16] Por. np. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem,* wyd. 5 Lwów 1938, s. 541; W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego,* t. 1, Kraków 1933, s. 194, t. 2, Kraków 1934, s. 95; S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne,* Warszawa 1946, s. 474 i nast.

[17] W. Wolter, w: *Kodeks karny z komentarzem...,* s. 531.

2, w kontekście zakresu nadzwyczajnego złagodzenia kary. Polemizowałem jedynie, wykorzystując pogląd Woltera, z następującymi sformułowaniami, jakie znalazły się w artykule K. Daszkiewiczowej: „Możliwość stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary wymierzonej za te przestępstwa [z art. 181 i 182 — dop. M. T.] nie powinna budzić wątpliwości" [18]. Jest to więc stawianie zarzutów autorowi w przedmiocie, w którym się nie wypowiadał.

Szczególny sprzeciw nasuwa sugestia, jakobym zniekształcił pogląd Daszkiewiczowej wyrażony w 1970 r., odnośnie do zakresu nadzwyczajnego złagodzenia kary. Autorka pisze: „Teza, którą w najistotniejszy sposób zniekształcił M. Tarnawski brzmiała w ten sposób: «Chodzi zatem nie tylko o te możliwości łagodzenia kary, które kodeks wyraźnie [podkr. M.T.] nazywa ‚nadzwyczajnym złagodzeniem kary, ale także o te, których wprawdzie tak nie nazywa, ale również daje sędziemu możliwość zejścia poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego za dane przestępstwo albo wymierzenia kary łagodniejszej. Poza art. 57 k.k. następujące przepisy nowego k.k. stanowią, że sąd może wymierzyć karę poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia albo karę łagodniejszego rodzaju [...]» Wprowadzoną w mojej tezie możliwość wymierzenia kary «poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia albo łagodniejszego rodzaju» przekształcono w «możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary». Krytyka poglądu, którego dany autor nie wygłosił jest oczywiście tylko krytyką pozorną. Taka krytyka przypomina przysłowiowe kręcenie bicza z piasku. Konfrontacja tez decyduje o tym, że się ten piasek rozsypuje" — konkluduje Daszkiewiczowa.

Postawmy sobie pytania: 1) czy krytyka jest rzeczywiście pozorna, 2) jaki jest wynik tej konfrontacji.

Po pierwsze, dlaczego cytując jedno zdanie (wyrwane z kontekstu) ze swego artykułu z 1970 r., K. Daszkiewicz pominęła dwa zdania je poprzedzające. Cytuję: „Analiza zakresu nadzwyczajnego złagodzenia kary w ujęciu k.k. z 1969 r. nie byłaby pełna, gdyby się ją ograniczyło tylko do nadzwyczajnego złagodzenia z nazwy [podkr. M.T.] przewidzianego art. 57 k.k. Nie wolno przecież zapomnieć o tym, że zgodnie z założeniami nowej kodyfikacji nadzwyczajne złagodzenie kary polega z istoty [podkr. M.T.] na wymierzeniu kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia albo kary łagodniejszego rodzaju" [19]. Stronę dalej K. Daszkiewicz pisze: „Zakres nadzwyczajnego złagodzenia kary rozszerzają [podkr. M.T.] te sytuacje, w których wyraźny przepis ustawy przewiduje tylko możliwość odstąpienia od

[18] K. Daszkiewicz, *Nadzwyczajne złagodzenie kary w kodeksie karnym z 19.* IV. *1969,* Państwo i Prawo 1970, nr 5, s. 737.

[19] K. Daszkiewicz, *Nadzwyczajne* ..., s. 736.

wymierzenia kary"[20]. Od strony negatywnej podchodzi natomiast do art. 125 k.k., stwierdzając, że „do przepisów rozszerzających zakres nadzwyczajnego złagodzenia kary nie należy natomiast [a więc przypadki złagodzenia kary na mocy art. 30 § 3, 54, 55, itd. — co zakwestionowałem w swoim artykule, wchodzą do zakresu nadzwyczajnego złagodzenia kary — dop. M.T.] art. 125 k.k."[21].

Dla każdego czytelnika chyba wyraźne jest, na czyją niekorzyść wychodzi konfrontacja cytatów — konfrontacja zaproponowana zresztą przez Daszkiewiczową. Mówienie w tym kontekście o kręceniu bicza z piasku jest co najmniej nie na miejscu. K. Daszkiewicz domaga się w polemice ze mną rozwiązania kwestii zakresu nadzwyczajnego złagodzenia kary. W artykule napisałem przecież wyraźnie: „Zakres nadzwyczajnego złagodzenia kary określony jest przez art. 57 k. k." Autorka wymaga ode mnie rozwiązania problemów, które wykraczały, z samych założeń, poza zakres mojego artykułu. Czy np, sąd może nadzwyczajnie złagodzić karę 25 lat pozbawienia wolności? Nie wiem na jakiej podstawie rodzi się u K. Daszkiewicz ta sugestia. Przecież miałem na uwadze jedynie polemikę z niezasadnym rozszerzaniem zakresu nadzwyczajnego złagodzenia kary poza art. 57 k.k.

Autorka nie dostrzega, że rozważając kolizję między nadzwyczajnym złagodzeniem kary a nadzwyczajnym obostrzeniem kary musiałem najpierw odpowiedzieć na pytanie, co to jest nadzwyczajne złagodzenie kary czy nadzwyczajne obostrzenie kary. Pisze w tej kwestii: „Autor [...] stale zapytuje «czy to jest, czy nie jest nadzwyczajne złagodzenie kary». Przecież nie o to chodzi — kontynuuje Daszkiewiczową — o tym, że nadzwyczajne złagodzenie kary jest instytucją przewidzianą w art. 57 k.k. musi także wiedzieć już student zdający egzamin z prawa karnego". Autorowi tych rozważań chodziło m.in. i o to, by student na egzaminie z prawa karnego błędnie nie wywodził, że zakres nadzwyczajnego złagodzenia kary należy rozumieć szerzej aniżeli określa to art. 57 k.k.

K. Daszkiewicz uważa, że moje propozycje prowadzą do „wyłamywania otwartych drzwi". Pisze w tej kwestii: „Autor raz wywodzi, że „zakres nadzwyczajnego złagodzenia kary określony jest tylko przez art. 57 k.k.", a w innym miejscu pisze: „Jeżeli teraz kara została wymierzona w granicach ustawowego zagrożenia, to będziemy mogli mówić o tzw. zwyczajnym wymiarze kary, jest wymierzona poza granicami ustawowego zagrożenia to zajdzie przypadek tzw. nadzwyczajnego wymiaru kary" (podkr. M.T.).

Szkoda, że podkreślenie przeze mnie, że chodzi o *tak zwany* zwyczajny wymiar kary i *tak zwany* nadzwyczajny wymiar kary nie zostało dostrze-

[20] Ibidem, s. 737.
[21] Ibidem, s. 738.

żonę przez K, Daszkiewicz. W artykule, mówiąc o zakresie nadzwyczajnego złagodzenia kary, wskazałem explicite, że polega ono na wymiarze kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia (I wariant nadzwyczajnego złagodzenia kary) albo kary łagodniejszego rodzaju (II wariant nadzwyczajnego złagodzenia kary) według zasad określonych w art. 57 § 3 k.k.