

POSTANOWIENIE

Dnia 28 września 2007 r.

Sąd Najwyższy - Sąd Dyscyplinarny w składzie:

SSN Edward Matwijów (przewodniczący, sprawozdawca)
SSN Teresa Bielska-Sobkowicz
SSN Marian Kocon

Protokolant Michał Wierzbowski

przy udziale Rzecznika Dyscyplinarnego Sądu Najwyższego SSN w stanie spoczynku Andrzeja Konopki
w sprawie Zdzisława B.
sędziego Sądu Najwyższego w stanie spoczynku
po rozpoznaniu na posiedzeniu
w dniu 28 września 2007 r.,
zażalenia, wniesionego przez prokuratora Oddziałowej Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu IPN w Katowicach
na zarządzenie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 26 lipca 2007 r.,
sygn. SND 1/07

p o s t a n o w i ł:

- 1. rozpoznanie zażalenia odroczyć;**
- 2. na podstawie art. 441 par. 2 k.p.k. w zw. z art. 8 par. 1 ustawy o Sądzie Najwyższym przekazać powiększonemu składowi Sądu Najwyższego zagadnienie prawne wymagające zasadniczej interpretacji ustawy, a sprowadzającej się do tezy:**

"Czy oczywistym jest, że na gruncie postanowień Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz. U. z 1976 r., Nr 7, poz. 36 ze zm.), zawartych w szczególności w art. 8 ust. 2 i 3, art. 30 ust. 1 pkt 3 i 8 oraz art. 62, przy jednoczesnym braku regulacji niektórych podstawowych zasad prawnych, sąd rozpoznający sprawę o przestępstwo określone w dekrete z dnia 12

grudnia 1981 r. o stanie wojennym (Dz. U. Nr 29, poz. 154 ze zm.) był zwolniony z obowiązku respektowania

1) daty wskazanej w organie promulgacyjnym (14 grudnia 1981 r.) jako dnia "prawnego ogłoszenia" tego dekretu w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 30 grudnia 1950 r. o wydawaniu Dziennika Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej i Dziennika Urzędowego Rzeczypospolitej Polskiej "Monitor Polski" (Dz. U. Nr. 58, poz. 524 ze zm.),

*2) normy art. 61 wymienionego dekretu w części nadającej mu moc wsteczną "od dnia uchwalenia"
a jeżeli tak, to na jakiej podstawie prawnej i w jakich okolicznościach?"*

UZASADNIENIE

Prokurator Instytutu Pamięci Narodowej – Oddziałowej Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu w Katowicach wnioskiem z dnia 13 lipca 2007r., sygn. S 70/05/Zk wystąpił o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sędziego Sądu Najwyższego w stanie spoczynku Zdzisława B. „wobec istnienia uzasadnionego podejrzenia”, że tenże

„I. W okresie od 5.02.1982r. do 5.06.1982r. w Warszawie, jako funkcjonariusz państwa komunistycznego, będąc sędzią Izby Karnej Sądu Najwyższego w Warszawie, działając wspólnie i w porozumieniu z Wacławem Ż. i Feliksem K., ówczesnymi sędziami Sądu Najwyższego w Warszawie, w toku prowadzonego w Sądzie Wojewódzkim w Katowicach pod sygnaturą akt IV K 19/82 postępowania karnego, dopuścił się zbrodni komunistycznej, polegającej na niedopełnieniu obowiązku i bezprawnym pozbawieniu wolności Eugeniusza R., poprzez wydanie w dniu 5 lutego 1982r. postanowienia, sygn. V KZ 25/82, o nieuwzględnieniu zażalenia obrońcy w/w, na postanowienie Sądu Wojewódzkiego w Katowicach z dnia 13 stycznia 1981r. (powinno być 1982), o utrzymaniu w mocy tymczasowego aresztowania wobec w/w, pomimo tego, że czyn który zarzucano Eugeniuszowi R., a określony w art. 46 ust. 1 i 2 dekretu z dnia 12 grudnia 1981r. o stanie wojennym (Dz. U. nr 29, poz. 154), który stanowił podstawę jego stosowania, nie był przez prawo zabroniony, przez co pozbawił bezprawnie wolności Eugeniusza R. do dnia 5 czerwca 1982r., to jest do dnia wyznaczenia składu orzekającego do rozpatrzenia sprawy w/w, które to zachowanie nosiło cechy represji politycznej stosowanej wobec Eugeniusza R. za jego przynależność do NSZZ „Solidarność” i było działaniem na jego szkodę, tj.o przestępstwo z art. 231 § 1 k.k. i art. 189 § 2 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 18 grudnia 1998r. o Instytucie Pamięci Narodowej –

Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz. U. z 1998r. Nr 155, poz. 1016 z późn. zm).

II. W okresie od 5.02.1982r. 24.05.1982r. w Warszawie, jako funkcjonariusz państwa komunistycznego, będąc sędzią Izby Karnej Sądu Najwyższego w Warszawie, działając wspólnie i w porozumieniu z Wacławem Ż. i Feliksem K., ówczesnymi sędziami Sądu Najwyższego w Warszawie, w toku prowadzonego w Sądzie Wojewódzkim w Katowicach pod sygnaturą akt IV K 19/82 postępowania karnego, dopuścił się zbrodni komunistycznej, polegającej na niedopełnieniu obowiązku i bezprawnym pozbawieniu wolności Henryka B., poprzez wydanie w dniu 5 lutego 1982r. postanowienia sygn. V KZ 25/82, o nieuwzględnieniu zażalenia obrońcy w/w, na postanowienie Sądu Wojewódzkiego w Katowicach z dnia 13 stycznia 1981r. (powinno być 1982), o utrzymaniu w mocy tymczasowego aresztowania wobec w/w, pomimo tego, że czyn który zarzucano Henrykowi B., a określony w art. 46 ust. 1 i 2 dekretu z dnia 12 grudnia 1981r. o stanie wojennym (Dz. U. nr 29 poz. 154), który stanowił podstawę jego stosowania, nie był przez prawo zabroniony, przez co pozbawił bezprawnie wolności Henryka B. do dnia 24 maja 1982r. , to jest do dnia rozpoznania przez Sąd Wojewódzki w Katowicach wniosku obrońcy w/w o uchylenie stosowanego wobec niego tymczasowego aresztowania, które to zachowanie nosiło cechy represji politycznej stosowanej wobec Henryka B. za jego przynależność do NSZZ „Solidarność” i było działaniem na jego szkodę, tj. o przestępstwo z art. 231 § 1 k.k. i art. 189 § 2 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 18 grudnia 1998r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz. U. z 1998r. Nr 155, poz. 1016 z późn. zm)”.

„Podejrzenie” popełnienia przez sędziego Sądu Najwyższego Zdzisława B. wymienionych przestępstw i w konsekwencji wskazanych zbrodni komunistycznych prokurator IPN uznał za „uzasadnione” tym, że (by zwięźle ująć

istotę argumentacji przedstawionej w szerokim opisie przebiegu postępowania) - czynny zarzucone Eugeniuszowi R. i Henrykowi B., a zakwalifikowane jako przestępstwa określone w art. 46 ust. 1 i 2 dekretu o stanie wojennym, w związku z którymi stosowano wobec tych oskarżonych tymczasowe aresztowanie, nie były czynami zabronionymi, ponieważ

a) w dniach 13 i 14 grudnia 1981r., kiedy zostały popełnione, dekret nie był jeszcze prawnie ogłoszony, albowiem „jak to obecnie jest już faktem powszechnie wiadomym, co wynika z informacji Biura Prawnego Urzędu Rady Ministrów”, druk Dziennika Ustaw Nr 29 opatrzonego datą 14 grudnia 1981r., w którym umieszczono ów akt prawny, rozpoczęto dopiero w dniu 17 grudnia 1981r., natomiast

b) klauzula zawarta w art. 61 dekretu w części nadającej mu moc wsteczną „od dnia uchwalenia” pozostawała w sprzeczności z treścią art. 1 Kodeksu karnego z 1969r., zaś w świetle norm art. 15 w związku z art. 4 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, który Polska ratyfikowała w 1977r., była niedopuszczalna nawet w stanie wojennym, a normy te należało stosować „bez żadnego zabiegu recepcyjnego” (jak orzekł Sąd Najwyższy w składzie 7 sędziów w wyroku z dnia 17 października 1991r. II KRN 274/91);

- z tych powodów Eugeniusz R. i Henryk B. zostali w końcu, po wznowieniu postępowania karnego i uchyleniu prawomocnego orzeczenia sądu o zastosowaniu art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 21 lipca 1983r. o amnestii (Dz. U. Nr 39. poz. 154), wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 1 kwietnia 1993r. uniewinnieni,

- to zaś wskazuje, iż sędzia, o którego chodzi, „utrzymując wobec Henryka B. i Eugeniusza R. stosowanie tymczasowego aresztowania w oparciu o czyny, które w chwili popełnienia nie były przez prawo zabronione nie dopełnił ciężących na nim

obowiązków i bezprawnie pozbawił ich wolności, które to zachowanie nosiło jednocześnie cechy represji politycznej, czym wyczerpał znamiona zbrodni komunistycznej”.

Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, działając jako Prezes Sądu Dyscyplinarnego w sprawach dyscyplinarnych sędziów Sądu Najwyższego, na podstawie art. 80 § 2b zd. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. Nr 98, poz. 1070 ze zm.) w związku z art. 8 § 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.) zarządzeniem z dnia 26 lipca 2007r. sygn. SND 1/07 odmówił przyjęcia wniosku jako „oczywiście bezzasadnego”, gdyż

- czyny, o popełnienie których wnioskodawca podejrzewa sędziego Zdzisława B., skoro kwalifikowane są jako zbrodnie komunistyczne, nie mogą być w ogóle rozpatrywane pod kątem stosowania do nich art. 231 § 1 k.k., albowiem w dacie ich popełnienia obowiązywał art. 246 k.k. z 1969r., a ten w § 4, zawierającym tzw. klauzulę subsydiarności, wykluczył możliwość zakwalifikowania czynu jako przestępstwa służbowego, jeżeli wyczerpywał on znamiona przestępstwa pozasłużbowego, na co zwrócono już uwagę zarówno w piśmiennictwie (G. Rejman: Zbrodnie komunistyczne w koncepcji polskiego prawa karnego – W.P.P. 2006, nr 1, s. 10), jak i w judykaturze (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2007r. IV KK 93/07 – niepublikowany);

- za wyjściową podstawę prawną do rozważań w przedmiocie ewentualnej odpowiedzialności karnej sędziego Zdzisława B. mógłby więc służyć tylko art. 189 § 2 k.k., ale w realiach sprawy też nie może, ponieważ wnioskodawca w swoich wywodach pominął zupełnie kwestię zawinienia każdego z czynów mających polegać na bezprawnym pozbawieniu wolności, a tym samym „nie spełnił wymogów uprawdopodobnienia winy” tegoż sędziego, a w szczególności w zakresie w jakim tymczasowe aresztowanie zastosowano za działania oskarżonych

Eugeniusza R. i Henryka B. w dniu 13 grudnia 1981r. – woli popełnienia czynów zabronionych, natomiast za działania tychże w dniu 14 grudnia 1981r. – nawet wiedzy, że dekret penalizujący takie działania ogłoszony został faktycznie dopiero po dniu 16 grudnia 1981r.

Na ów brak „uprawdopodobnienia winy” sędziego Zdzisława B. wskazują odpowiednio następujące fragmenty uzasadnienia zarządzenia:

„W uzasadnieniu wniosku powołano się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1991r., II KRN 274/91 (OSNKW 1992, z. 3-4, poz. 19), w którym sformułowano tezę, że zakaz określony w art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (dotyczący zasady *lex retro non agit*) należy do tej kategorii norm prawa międzynarodowego, które w krajowym porządku prawnym państw-sygnatariuszy Paktu nadają się do bezpośredniego stosowania. W sprawie zasady *lex retro non agit* wypowiedział się również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 września 1991r., II KRN 154/91 (OSNKW 1992, z. 1-2, poz. 3): „Obecnie, gdy art. 1 Konstytucji określa Rzeczpospolitą Polską jako państwo prawne, obowiązywanie zasady *lex retro non agit* nie może budzić najmniejszych wątpliwości” (oba orzeczenia dotyczyły spraw osób skazanych za przestępstwa określone w dekreście o stanie wojennym).

Prokurator IPN zdaje się jednak nie dostrzegać, że o ile uprawniona formalnie i zasadna merytorycznie dyskwalifikacja prawna normy stanowiącej o retroaktywności dekretu sama przez się wystarczałaby do uwolnienia oskarżonego (skazanego) od odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstwa określonego w rozdziale VI dekretu (w tym zwłaszcza w art. 46), o tyle, nie może stanowić automatycznie przesłanki czegoś przeciwnego, mianowicie poniesienia przez funkcjonariusza publicznego odpowiedzialności karnej za stosowanie przepisów dekretu wyłącznie z powodu respektowania normy o retroakcji. Odwołanie się w celu wydania decyzji przez Sąd Dyscyplinarny na niekorzyść

(uchwała o zezwoleniu na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej miałyby przecież taki charakter) do orzecznictwa Sądu Najwyższego z 1991r., zapadłego na gruncie zasad prawnoustrojowych państwa, które w czasie działania funkcjonariusza nie istniały, nie może być aprobowane (zob. H. Kmiecik: W kwestii odpowiedzialności karnej za respektowanie klauzuli o retroakcji dekretu z dnia 12 grudnia 1981r. o stanie wojennym (art. 61) przy stosowaniu jego przepisów, WPP 2006, nr 1, s.29 i n.)

W orzecznictwie dyscyplinarnym dotyczącym tego zagadnienia nie budzi wątpliwości bezzasadność wniosków o uchylenie immunitetu sędziowskiego bądź prokuratorskiego.

I tak, w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 1 lipca 2002r., SND 1/02, stwierdzono: „Całkowicie nietrafna jest teza o odpowiedzialności za naruszenie zasady *lex retro non agit* w wyniku respektowania przez skład orzekający normy sformułowanej w art. 61 dekretu z dnia 12 grudnia 1981r. o stanie wojennym (...) jak słusznie zauważył prof. Andrzej Wąsek w głosie do wyroku składu siedmiu sędziów SN z dnia 20 września 1991r.: wynikające z art. 61 dekretu o stanie wojennym jego retroaktywne działanie wprawdzie było sprzeczne z unormowaniem zawartym w art. 1 k.k., ale dekret ten mógł być (pozornie) uważany za *lex posterior* w stosunku do k.k., a art. 121 k.k. dawał podstawę do stosowania retroaktywnych postanowień dekretu (art. 61), stanowiących wyłom w zasadzie *nullum crimen sine lege anteriori* (...). W ówczesnym stanie prawnym sądy nie miały warunków do uznania, że ów art. 61 jest sprzeczny z Konstytucją PRL (PiP 1993, nr 10, s. 115). Natomiast prof. Arnold Gubiński w drugiej głosie do tego wyroku stwierdził: obecnie łatwo jest wskazywać na ogólnikowość i pokrętność klauzuli z art. 61 dekretu, ale wówczas trudno było ją zakwestionować (PiP 1993, nr 10, s. 120)”. W uchwale Sądu Najwyższego w dnia 11 października 2002r., SNO 29/02 (Orzecznictwo Sądu Najwyższego-Sądu Dyscyplinarnego

2002, z. I-II, poz. 36), utrzymującej w mocy uchwałę z dnia 1 lipca 2002r., SND 1/02, nie tylko zaaprobowano przedstawione stanowisko, ale wskazano kolejne argumenty, świadczące o braku bezprawności w zachowaniu sędziego, którego sprawa dotyczyła.

Identyczne stanowisko zajął również Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 13 stycznia 2003r. (Orzecznictwo j.w. 2003, z. I, poz. 17), a także Sąd Dyscyplinarny dla Prokuratorów Instytutu Pamięci Narodowej w orzeczeniu z dnia 14 października 2002r., SD.I. 1/2002, w którym stwierdzono: „Bezpodstawna jest teza o odpowiedzialności prokuratora za naruszenie swoim działaniem zasady *lex retro non agit* w wyniku zastosowania normy sformułowanej w art. 61 dekretu o stanie wojennym (...) zgodnie z przyjętymi wtedy regułami wykładni sądy, ani tym bardziej prokuratorzy nie byli władni zakwestionować mocy obowiązującej prawa stanowionego. Brak jest zatem również podstaw do uznania, że prokurator stosując przepisy dekretu o stanie wojennym do czynów popełnionych w dniu 13 grudnia 1981r. świadomie chciał przekroczyć swoje uprawnienia, albo co najmniej przewidywał taką możliwość i na nią się godził.”

„(...)gdyby wyeliminowano w sprawie Eugeniusza R. i Henryka B. z opisu przypisanego im czynu dzień 13 grudnia 1981r., to i tak pozostałby dzień 14 grudnia 1981r., czyli dzień nominalnego ogłoszenia dekretu o stanie wojennym, a zatem sędziowie mieli prawnoformalne podstawy do traktowania akcji strajkowej jako czynu zabronionego, chyba że posiadali w chwili orzekania wiedzę o „antydatowaniu” Dziennika Ustaw Nr 29 z dnia 14 grudnia 1981r. (podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w powołanej uchwale z dnia 11 października 2002r.).

Prokurator IPN nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, chociażby poszlakowego, aby sędziowie orzekający w przedmiocie tymczasowego

aresztowania (a sędzia, którego wniosek dotyczy w szczególności) taką wiedzę posiadali. I nic dziwnego, jak bowiem stwierdził Sąd Dyscyplinarny w uchwale z dnia 22 lutego 2000r., SD 46/99 (niepubl.): „Zważyć należy, że Dziennik Ustaw Nr 29, publikujący dekret o stanie wojennym nosił datę 14 grudnia 1981r., a okoliczności związane z jego rzeczywistą publikacją nie mogły, ze względów oczywistych, być wówczas przedmiotem ustaleń. Stało się to dopiero w postępowaniu nadzwyczajnoprocesowym przed Sądem Najwyższym w 1991r. (dodać należy, czego prokurator IPN nie uczynił, że pismo Biura Prawnego Urzędu Rady Ministrów, stanowiące podstawę wspomnianych ustaleń, sporządzone zostało dnia 9 kwietnia 1991r., Nr Pr. 147-67/91). Identyczne stanowisko zajął Sąd Najwyższy-Sąd Dyscyplinarny w powołanej już uchwale z dnia 1 lipca 2002r. wskazując w ślad za cyt. wypowiedzią Sądu Dyscyplinarnego, że: „antydatowanie Dziennika (...) nie mogło więc być znane sędziemu w trakcie orzekania w lutym 1982r. i nie może być przedmiotem zarzutu stawianego mu przez wnioskodawcę”.

W sprawie o uchylenie immunitetu prokuratorowi Sąd Dyscyplinarny dla Prokuratorów Instytutu Pamięci Narodowej, w powołanym orzeczeniu uznał, że: „fakt antydatowania Dziennika Ustaw nie był wówczas znany (...) zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, iż prokurator (...) nie miał świadomości, że stosuje przepisy dekretu o stanie wojennym odnośnie zdarzeń z dni 13-15 grudnia 1981r., które jeszcze w inkryminowanym czasie nie były przestępstwem, gdyż dekret jeszcze nie obowiązywał, a tym samym jego działanie pozbawione było cechy bezprawności (...) fakt antydatowania (...) został ujawniony dopiero w kwietniu 1991r. i brak jakichkolwiek dowodów, że był on znany prokuratorowi w grudniu 1981r.”.

Znamienne jest również stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy - Sąd Dyscyplinarny w powołanej uchwale z dnia 13 stycznia 2003r.: „Razi natomiast dowolnością wyrażona w zażaleniu sugestia, iż osoby objęte wnioskiem mogły

mieć w chwili prowadzenia postępowania świadomość antydatowania Dziennika Ustaw zawierającego treść dekretu o stanie wojennym, mimo iż „co prawda” (żalący się tego nie ukrywa) fakt ten stał się powszechnie znany w 1991r. Żalący się nie twierdzi przecież, że osoby te pozostawały w kontakcie z kimkolwiek z wąskiego grona osób wtajemniczonych w kulisy wprowadzenia stanu wojennego lub dokonujących druku Dziennika Ustaw i miały z tego powodu wiedzę pozwalającą odrzucić domniemanie zgodności czasu publikacji aktu prawnego z datą wskazaną w Dzienniku Ustaw zawierającym ten akt. Za oczywiste należy nadto uznać, że ukrywanie rzeczywistych okoliczności, a zwłaszcza czasu wydania Dziennika Ustaw leżało w interesie wprowadzających stan wojenny”.

Na wymienione zarządzenie prokurator IPN złożył zażalenie, w którym wniósł o „uchylenie zaskarżonego zarządzenia i przekazanie sprawy Rzecznikowi Dyscyplinarnemu celem jej przekazania do rozpoznania Sądowi Dyscyplinarnemu przy Sądzie Najwyższym jako sądowi I instancji”.

Zarządzeniu temu (w zażaleniu mówi się błędnie o „orzeczeniu”) prokurator IPN zarzucił:

„I. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, a to art. 80 § 2b ustawy z dnia 27 lipca 2001r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2001r. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.) w związku a art. 339 § 3 pkt 2 k.p.k. polegającą na przyjęciu oczywistej bezzasadności skierowania wniosku o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej Zdzisława B. – sędziego Sądu Najwyższego w stanie spoczynku na podstawie dokonanej oceny wiarygodności dowodów przedstawionych przez prokuratora na poparcie wniosku, podczas gdy ugruntowana linia orzecznictwa wyraźnie wskazuje, iż ocena wiarygodności dowodów przedstawionych na poparcie zarzutów nie może być

dokonana w ramach wstępnej kontroli oskarżenia a jedynie po przeprowadzeniu pełnego postępowania;

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść, a polegający na bezpodstawnym przyjęciu, iż Zdzisław B. – sędzia Sądu Najwyższego w toku rozprawy V KZ 25/82 nie dopuścił świadomie się naruszenia zasady *lex retro non agit* pomimo, iż czyny będące przedmiotem tego postępowania, a których mieli dopuścić się oskarżeni Henryk B. i Eugeniusz R. miały miejsce w dniach 13 i 14 grudnia 1981r. podczas gdy Dziennik Ustaw zawierający będący podstawą ich skazania dekret o stanie wojennym nosił datę 14 grudnia 1981r., zaś opublikowany został po dniu 16 grudnia 1981r. przez co czyny stanowiące przestępstwa w świetle treści art. 46 ust. 1 i 2 tegoż dekretu popełnione w dniu 13 grudnia 1981r. w żaden sposób nie mogły być uznawane za zakazane przez prawo.”

Nadto – tyle, że poza formalnymi zarzutami, bo w końcowej części uzasadnienia zażalenia – prokurator IPN zakwestionował stanowisko zarządzenia wykluczające możliwość oceny opisanych czynów sędziego Zdzisława B. w aspekcie art. 231 § 1 k.k., uznając je na wstępnym etapie postępowania za bezprzedmiotowe, a w ogóle za nietrafne.

W związku z powyższym nasuwają się następujące uwagi oraz wnioski.

1. Zarzuty zażalenia formalnie wytoczone przeciwko zaskarżonemu zarządzeniu są wyraźnie chybione, o czym łatwo można przekonać się po skonfrontowaniu ich treści z treścią uzasadnienia zarządzenia, a po części nawet z treścią uzasadnienia samego zażalenia.

Istota pierwszego zarzutu, sugerująca obrazę przepisów postępowania, sprowadza się wszak do twierdzenia, że „oczywistą bezzasadność” wniosku o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sędziego Zdzisława B. w zarządzeniu przyjęto „na podstawie dokonanej oceny wiarygodności dowodów

przedstawionych przez prokuratora na poparcie wniosku”, podczas gdy „w ramach wstępnej kontroli oskarżenia” ocena wiarygodności dowodów nie jest dopuszczalna. Tymczasem treść uzasadnienia zaskarżonego zarządzenia jednoznacznie i całkowicie temu twierdzeniu przeczy. Nigdzie nie wynika z niej bowiem, by Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, występujący tu w roli prezesa właściwego sądu dyscyplinarnego, dokonał oceny wiarygodności jakiegokolwiek dowodu, nie mówiąc już o tym, by któremukolwiek wiarygodności odmówił. W uzasadnieniu zażalenia prokurator IPN nie wskazał zresztą jakie konkretnie dowody i czego dotyczące miał na uwadze stawiając ów zarzut, a co więcej, przyznał nawet, że na pewną istotną okoliczność (wiedzy sędziego Zdzisława B. o antydatowaniu Dziennika Ustaw Nr 29 z 1981r.) nie przedstawił w ogóle żadnego dowodu, gdyż okoliczność tę uznał za „fakt notoryjny”, który według art. 168 k.p.k. nie wymaga dowodu.

Istotę drugiego zarzutu stanowi natomiast „błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia (powinno być „zarządzenia”), mający wpływ na jego treść, a polegający na bezpodstawnym przyjęciu, iż Zdzisław B. – sędzia Sądu Najwyższego w toku rozprawy V KZ 25/82 (powinno być „posiedzenia”) „nie dopuścił się świadomie naruszenia zasady *lex retro non agit*”. Takiego ustalenia nie ma jednak ani w treści zaskarżonego zarządzenia, ani w treści jego uzasadnienia. Uzasadnienie zaskarżonego zarządzenia wskazuje jedynie na to, że prokurator IPN, wnosząc o zezwolenie na pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sędziego Zdzisława B. za popełnienie przestępstw zakwalifikowanych jako zbrodnie komunistyczne, nie spełnił wymogów „uprawdopodobnienia winy” tegoż sędziego, przy czym stanowisko to szczegółowo uargumentowuje.

Wskazanie, że prokurator IPN nie uprawdopodobnił winy sędziego Zdzisława B. nie jest zaś tym samym co suponowane ustalenie, iż tenże nie dopuścił się świadomie naruszenia wymienionej zasady prawa. Wskazanie takie nie wyłącza

przecież w ogóle możliwości rozważań w przedmiocie odpowiedzialności karnej, jeżeli nastąpi uprawdopodobnienie winy podejrzewanej osoby, natomiast suponowane ustalenie oznaczające wprost brak winy, ową możliwość zdecydowanie by wyłączało (art. 1 § 3 k.k.).

2. Na dyskwalifikacji samych zarzutów formalnych zażalenia nie da się jednak poprzestać, a to ze względu na istotne kwestie poruszone w jego uzasadnieniu. I tak:

a) Najpierw o kwestii mającej ogólniejsze znaczenie procesowe.

W uzasadnieniu zażalenia prokurator IPN podniósł, że: „Jakkolwiek brak jest jednoznacznej definicji oczywistej bezzasadności wniosku o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej, to nie budzi wątpliwości, iż należy w tym zakresie w drodze analogii posiłkować się orzecznictwem definiującym pojęcie oczywistego braku faktycznych podstaw oskarżenia, które wyrażono w art. 339 § 3 pkt 2 k.p.k. z uwagi na podobieństwo w sformułowaniu obu regulacji”. Zapatrywanie to nie sposób uznać za możliwe do przyjęcia.

Jeżeli dopatrywać się jakiegoś podobieństwa w regulacji zawartej w art. 80 § 2b zdanie 1 u.s.p., na podstawie której prezes sądu dyscyplinarnego sam stwierdza „oczywistą bezzasadność” wniosku o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sędziego i w konsekwencji odmawia (czynność obligatoryjna!) przyjęcia takiego wniosku, nie dopuszczając do rozpoznania sprawy przez podległy mu sąd oraz regulacji zamieszczonej w art. 339 § 3 pkt 2 k.p.k., na podstawie której prezes sądu karnego, uznając, że zachodzi potrzeba umorzenia postępowania z powodu „oczywistego braku faktycznych podstaw oskarżenia”, kieruje sprawę na posiedzenie, pozostawiając temu sądowi jej rozstrzygnięcie w tym przedmiocie, to podobieństwo obu regulacji można dostrzec jedynie w tym, iż jedna i druga uprawnia do podjęcia decyzji we wstępnej fazie każdego z tych różnych postępowań sądowych. I nic ponadto.

Nie ma tu podobieństwa „w sformułowaniu obu regulacji”, a jest tylko podobne w istocie dookreślenie różnej rzeczywistości normatywnej, skoro w pierwszym przepisie mowa o „oczywiście bezzasadnym wniosku”, opierającym się na podejrzeniu popełnienia przestępstwa, a drugi dotyczy „oczywistego braku faktycznych podstaw oskarżenia”. Podobieństwo leży zatem tylko w charakterze „bezzasadności” (wniosku) i „braku” (faktycznych podstaw oskarżenia), co oznacza, że zarówno ta bezzasadność, jak i ten brak, tak samo muszą „rzucić się w oczy” (od razu bez głębszych badań), odpowiednio – wykluczając wydanie zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej, bądź nakazując umorzenie postępowania karnego.

Jeżeli chodzi zaś o samo pojęcie „oczywistej bezzasadności” wniosku o zezwolenie na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej, którym posługuje się art. 80 § 2b u.s.p., to niewątpliwie można by je utożsamiać z pojęciem „oczywistej bezzasadności” kasacji, którego używa art. 535 § 2 k.p.k., z tym zastrzeżeniem, że oczywista bezzasadność kasacji – ze względu na jej podstawy określone w art. 523 § 1 k.p.k. – może wyrażać się w zasadzie (pomijając wyjątki wynikające z art. 439 § 1 k.p.k.) tylko w niewykazaniu rażącego naruszenia prawa, podczas gdy oczywista bezzasadność wniosku o zezwolenie na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej – co wynika z jego istoty – może polegać na braku wystarczających podstaw zarówno faktycznych, jak i prawnych.

Sąd Najwyższy, orzekając jako Sąd Dyscyplinarny, podkreślił już wszak, że skoro – w myśl art. 80 § 2c u.s.p. zezwolenie na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej można wydać jedynie wtedy, gdy „zachodzi dostatecznie uzasadnione podejrzenie popełnienia przez niego przestępstwa”, to znaczy, że nie wystarcza tu każde, w ogóle uzasadnione, podejrzenie popełnienia przestępstwa, bowiem dostatecznie uzasadnione podejrzenie „wymaga (...) prawdopodobieństwa

wyższego stopnia niż zwykle”, a to ze względu na cel chronionego konstytucyjnie immunitetu sędziowskiego, jakim jest ochrona zaufania publicznego do wymiaru sprawiedliwości oraz konieczność zapobiegania faktom pochopnego podważania tego zaufania (zob. uchwałę z dnia 16 grudnia 2005r. SNO 44/05 – Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach dyscyplinarnych z 2005r., poz. 24, s. 108), co z kolei zobowiązuje do „rzeczywistej kontroli prawnych i faktycznych podstaw (...) wniosku” (zob. uchwałę z dnia 17 października 2006r. SNO 58/06 - Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach dyscyplinarnych z 2006r., poz. 16, s. 78), a zatem i kwalifikacji prawnej czynu. W związku z tym rozumie się samo przez się, że wstępna kontrola wniosku o zezwolenie na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej pod względem jego zasadności, dokonywana przez prezesa sądu dyscyplinarnego w ramach uprawnień wynikających z art. 80 § 2b u.s.p., także musi występować w zakresie obu wymienionych podstaw (prawnej i faktycznej), z tym tylko, iż jej głębokość - w odróżnieniu od kontroli dokonywanej przez sąd dyscyplinarny - jest ograniczona. Negatywną decyzję odnośnie wniosku prezes sądu dyscyplinarnego podjąć może bowiem jedynie w razie stwierdzenia jego „oczywistej” bezzasadności, natomiast sądowi do podjęcia negatywnej decyzji wystarcza tutaj ustalenie samej bezzasadności.

b) Pierwsza z kwestii szczegółowych poruszonych w uzasadnieniu zażalenia związana jest z wytknięciem w uzasadnieniu zaskarżonego zarządzenia, że prokurator IPN nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, chociażby poszlakowego, aby sędziowie orzekający w przedmiocie tymczasowego aresztowania Eugeniusza R. i Henryka B., (a sędzia Zdzisław B. w szczególności) posiadali wiedzę o antydatowaniu Dziennika Ustaw Nr 29 z dnia 14 grudnia 1981r. i tym samym nie mieli formalnoprawnych podstaw do traktowania akcji strajkowej z tego dnia jako czynu zabronionego.

Prokurator IPN uważa, że to wytknięcie „uznać należy za bezprzedmiotowe,

albowiem jak wynika z szeregu wyroków uniewinniających wydanych w latach 80-tych, a wymienionych w opracowaniu Marii Stanowskiej i Adama Strzembosza „Sędziowie warszawscy w czasie próby 1981 – 1988” (Instytut Pamięci Narodowej - Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu - Warszawa 2005, s. 101, 239 - 245), stosunkowo często jako podstawę uniewinnienia powoływano fakt, iż zarzucane czyny w chwili ich popełnienia były niekaralne w związku z późniejszym opublikowaniem Dziennika Ustaw zawierającego dekret o stanie wojennym. W świetle powyższego uznać należy, że sędziowie i prokuratorzy, w tym także sędzia Zdzisław B., mogli posiadać wiedzę pozwalającą odrzucić domniemanie zgodności czasu publikacji aktu prawnego z datą wskazaną w Dzienniku Ustaw zawierającym ten akt, przez co okoliczność tą uznać należy za fakt notoryjny, który na mocy art. 168 k.p.k. nie wymaga dowodu”.

Łatwo jednak zauważyć, że stanowisko prokuratora IPN, które zajął obecnie w uzasadnieniu zażalenia różni się znacząco od jego stanowiska w tym przedmiocie zajętego w uzasadnieniu wniosku o zezwolenie na pociągnięcie sędziego Zdzisława B. do odpowiedzialności karnej. Wtedy antydatowanie Dziennika Ustaw, o które chodzi, traktował on jako „fakt powszechnie wiadomy” na podstawie „informacji Biura Prawnego Urzędu Rady Ministrów”, nie podając wszakże, iż informacja ta wynikała z pisma sporządzonego dopiero w dniu 9 kwietnia 1991r. Nr Pr. 147/67/91 dla celów postępowania nadzwyczajnorewizyjnego przed Sądem Najwyższym, a zatem ów fakt na tej podstawie nie mógł być powszechnie znany w czasie orzekania (5 lutego 1982r.) przez Sąd Najwyższy w przedmiocie tymczasowego aresztowania oskarżonych Eugeniusza R. i Henryka B., co jak najbardziej trafnie wykazane zostało w uzasadnieniu zaskarżanego zarządzenia. Teraz - jak świadczy o tym przytoczony wyżej fragment uzasadnienia zażalenia - prokurator IPN, najwidoczniej dostrzegając, że uprzednio chybił w argumentacji, antydatowanie

wymienionego Dziennika Ustaw uznaje już tylko za fakt, który sądowi mógł być znany z urzędu, czyli z racji jego działalności orzeczniczej. Tym razem wygląda to jednak wyłącznie na dość naciąganą hipotezę, która z tego powodu nie wytrzymuje krytyki.

Po pierwsze – opiera się ona wszak na całkowicie ogólnikowym założeniu, albowiem w powołanym opracowaniu autorstwa M. Stanowskiej i A. Strzembosza nie wskazano, by którykolwiek z wymienionych w nim na powołanych stronach wyroków uniewinniających z lat 80 – tych zapadł ze względu na antydatowanie Dziennika Ustaw Nr 29 z 1981r., nie mówiąc już o tym, by zapadł w Sądzie Najwyższym przed dniem orzekania z udziałem sędziego Zdzisława B. w przedmiocie tymczasowego aresztowania oskarżonych Eugeniusza R. i Henryka B. (5 lutego 1982r.). Po drugie zaś – wniosek z niej wynikający podważa samo ustalenie dokonane przez prokuratora IPN, że do uchylenia prawomocnego orzeczenia sądu o zastosowaniu wobec oskarżonych Eugeniusza R. i Henryka B. amnestii z 1983r. i ich uniewinnienia doszło wskutek wznowienia postępowania karnego w 1993r., bo to oznacza, że fakt antydatowania Dziennika Ustaw zawierającego dekret o stanie wojennym z całą pewnością nie był znany przedtem sądowi stosującemu amnestię (art. 474 § 1 pkt 2 lit. a k.p.k. z 1969r.), a jeżeli tak, to zapewne nie był znany także sądom wcześniej orzekającym w tej sprawie, w tym Sądowi Najwyższemu, w składzie którego znajdował się sędzia Zdzisław B., gdyż wtedy materiał dowodowy sprawy był niewątpliwie jeszcze skromniejszy.

Powyższe stwierdzenia – wbrew pozorom – nie wyczerpują jednak całości problemu, jaki na tym tle się wyłania. Zachodzi bowiem poważna wątpliwość, czy gdyby uznać posiadanie wiedzy o antydatowaniu Dziennika Ustaw zawierającego dekret o stanie wojennym (abstrahując od tego na jakiej podstawie, byle oczywiście wiarygodnej), to taka wiedza istotnie, jak uważa prokurator IPN, pozwalałoby

sądowi (sędziemu) w ówczesnych uwarunkowaniach prawnych odrzuć domniemanie zgodności nominalnego czasu publikacji tego aktu prawnego (14 grudnia 1981r.) z rzeczywistym czasem dokonania tej czynności (17 grudnia 1981r.) i w konsekwencji nie dopuścić do przyjęcia, iż czyny określone m. in. w art. 46 dekretu, a popełnione w dniach 14, 15 i 16 grudnia 1981r. były w tym czasie czynami zabronionymi? Inaczej mówiąc, czy sąd (sędzia) w takiej sytuacji, w konkretnym wypadku byłby zwolniony z obowiązku respektowania normy art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 30 grudnia 1950r. o wydawaniu Dziennika Ustaw (...) (Dz. U. Nr 58, poz. 524 ze zm.), w myśl której oznaczony na numerze dziennika dzień jego wydania był „dniem prawnego ogłoszenia aktów zamieszczonych w numerze” i w związku z tym, czy miał prawną możliwość oraz prawną powinność przyjąć odmiennie ze skutkiem wynikającym z art. 1 k.k. z 1969r.? Ale przecież – o czym trzeba pamiętać – tylko pod warunkiem jednoczesnego odrzucenia klauzuli o retroakcji dekretu o stanie wojennym (art. 61), co jest już odrębną kwestią, o której w dalszej kolejności.

Wskazana wątpliwość formalnie bierze się stąd, że prokurator IPN, powołując w uzasadnieniu zażalenia podstawę faktyczną do odrzucenia domniemania, iż dekret o stanie wojennym ogłoszony został w dniu 14 grudnia 1981 r. (wiedzę o jego antydatowaniu), nie podał podstawy prawnej (przepisu prawa), która by do tego uprawniała, czy wręcz zobowiązywała. Jest to dość charakterystyczne ominięcie argumentu podniesionego w uzasadnieniu zaskarżonego zarządzenia, w którym odwołano się do uchwały Sądu Dyscyplinarnego z dnia 22 lutego 2000r. SD 46/99 stwierdzającej przecież, że: „Dziennik Ustaw Nr 29, publikujący dekret o stanie wojennym nosił datę 14 grudnia 1981r., a okoliczności związane z jego rzeczywistą publikacją nie mogły, ze względów oczywistych, być wówczas przedmiotem ustaleń”. Rozumie się samo przez się, że ustaleń odmiennych. Zaś jako „względy oczywiste” tutaj mogą być

brane pod uwagę chyba wyłącznie względy na stan obowiązującego wówczas prawa.

I rzeczywiście, merytorycznie biorąc, stan ówczesnego prawa zdaje się przemawiać za takim poglądem. Żaden przepis powołanej ustawy z dnia 30 grudnia 1950r. o wydawaniu Dziennika Ustaw (...) nie przewidywał bowiem w ogóle możliwości zakwestionowania daty wskazanej w dzienniku jako dzień „prawnego ogłoszenia” konkretnego aktu prawnego, a Konstytucja PRL w brzmieniu obowiązującym w okresie stanu wojennego (Dz. U. z 1976r. Nr 7, poz. 36 ze zm.) w art. 8 nakładała na sądy, jako organy państwa, obowiązek „ścisłego przestrzegania praw” PRL (ust.2) i „działania na podstawie przepisów prawa”(ust.3), który to obowiązek ciążył odpowiednio także na sędziach w zakresie orzekania, w którym według art. 62 „podlegali tylko ustawom”. Zarazem Konstytucja ta nie upoważniała ani sądów, ani sędziów do badania ważności ustanowionego prawa, zaś czuwanie nad jego zgodnością z nią samą powierzała w art.30 ust. 1 pkt 3 Radzie Państwa. Nie zaskakuje przeto okoliczność, że również w doktrynie dominowała wówczas koncepcja, wedle której data prawnego ogłoszenia aktu normatywnego w rozumieniu art. 3 wymienionej ustawy nie mogła być skutecznie podważana w toku postępowania w konkretnej sprawie (zob. S. Rozmaryn: Podpisanie i ogłoszenie ustawy w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej – Państwo i Prawo 1959, z. 1, s. 18).

Z drugiej strony wszakże nie sposób nie uwzględnić stanowiska, które poczynając od początku lat 90- tych, na ogół zgodnie i powszechnie prezentuje orzecznictwo i doktryna, w myśl którego norma art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 30 grudnia 1950r. o wydawaniu Dziennika Ustaw (..) nie zawierała bezwzględnie wiążącego wskazania, lecz stwarzała jedynie domniemanie, wiążące dopóty, dopóki nie zostanie dowiedzione, że fakt którego dotyczy, nie odpowiada

rzeczywistości. W orzecznictwie Sądu Najwyższego świadczą o tym zarówno wyroki w sprawach karnych, chociażby z dnia 20 września 1991r. II KRN 154/91 (OSNKW 1992, z. 1-2, poz. 3) oraz z dnia 17 marca 1992r. WO 19/92 (OSNKW 1992, z. 9-10, poz. 69), jak i uchwały w sprawach dyscyplinarnych, przykładem których jest m. in. powołana w uzasadnieniu zaskarżonego zarządzenia uchwała z dnia 13 stycznia 2003r. SNO 54/02, natomiast w doktrynie artykuł M. Stanowskiej pt. Dekrety „wojenne”- wbrew zasadom prawa („Rzeczpospolita” z 19 listopada 1991r.) czy opracowanie J. Kochanowskiego: Z zagadnień ogłoszenia ustawy („*Studia Iuridica*”, t. 19 z 1992r.). Co prawda można założyć, że stanowisko to ukształtowane zostało w jakimś stopniu dopiero pod wpływem wymagań stawianych przez standardy demokratycznego państwa prawnego, ale – jakby nie było – formuła przyjęta w art. 3 ust. 2 wymienionej ustawy, wskazując dzień „prawnego ogłoszenia” aktu normatywnego, a nie zwyczajnie dzień „ogłoszenia” takiego aktu, sama przez się mogła tu być argumentem sprzyjającym.

W każdym razie - jak widać – jest to zagadnienie, które wymaga autorytatywnego rozstrzygnięcia wyższego stopnia, co przemawia za tym by do czasu jego uzyskania powstrzymać się od definitywnego ustosunkowania się do wniesionego zażalenia.

c) Druga z kolei kwestia szczegółowa wiąże się – generalnie rzecz ujmując – ze stwierdzeniem zawartym w uzasadnieniu zaskarżonego zarządzenia, że sądy (sędziowie) w ówczesnych uwarunkowaniach prawnych nie byli władni zakwestionować normy art. 61 dekretu o stanie wojennym w części stanowiącej o jego retroakcji, a zatem fakt, że ją respektowali nie może być przedmiotem zarzutu. W uzasadnieniu zażalenia prokurator IPN nie zgodził się bowiem z tym stwierdzeniem, przy czym podjął starania by je podważyć i to wielotorowo.

Najpierw, powołując się na uchwały z dnia 1 lipca 2002r. SND 1/02

i z dnia 11 października 2002r. SNO 29/02, przywołane również w uzasadnieniu zaskarżonego zarządzenia, prokurator podniósł, że: „W uchwałach tych (*nota bene* podjętych już po wysłuchaniu na posiedzeniach osób, wobec których skierowano wnioski o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej) Sąd Najwyższy stwierdził m. in., iż sędziowie orzekający w w/w sprawie w chwili orzekania działali w usprawiedliwionym, błędnym przekonaniu, że treść art. 61 dekretu o stanie wojennym dawała podstawę do stosowania retroaktywnych postanowień tego dekretu, w związku z czym w ich zachowaniu w chwili orzekania brak jest bezprawności działania i w konsekwencji odmówił zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności tego sędziego. W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, iż Sąd Najwyższy uznał, że sędzia ten działał w błędzie co do okoliczności wyłączającej bezprawność jego czynu. Ta okoliczność ma istotne znaczenie dla niniejszego postępowania, albowiem o działaniu w błędzie można wnioskować jedynie z relacji osoby, która podejmowała działanie. Stąd tylko w drodze przesłuchania takiej osoby istnieje jedyna możliwość poznania wszystkich okoliczności podmiotowych, które towarzyszyły stronie przedmiotowej, a w szczególności poznanie okoliczności, czy dana osoba działała w błędzie i czy ten błąd był usprawiedliwiony”. I dalej: „Ponieważ jednak sędziego Zdzisława B. nie można przesłuchać na te okoliczności (...) bez zgody sądu dyscyplinarnego, to z tego względu koniecznością jest uzyskanie zgody sądu dyscyplinarnego na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej”.

Jak widać w wywodach tych przewijają się dwa wątki, pierwszy z zakresu prawa materialnego, zaś drugi – procesowego, przy czym ten drugi jest zwykłą pochodną pierwszego, co sprawia, że wykazanie bezpodstawności pierwszego eliminuje konieczność zajmowania się drugim.

Wobec powyższego należy przede wszystkim zwrócić uwagę na to, iż supozycja jakoby w powołanych uchwałach Sąd Najwyższy działający jako sąd

dyscyplinarny, odmówił wydania zezwolenia na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej z powodu przyjęcia, iż tenże działał w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności wyłączającej bezprawność jego czynu (art. 29 k.k.), nie odpowiada treści uzasadnień tych uchwał. W uzasadnieniu uchwały z dnia 1 lipca 2002r. SND 1/02 odmawiającej wydania zezwolenia powiedziano przecieź, że: „Brak jest (...) podstaw do przyjęcia bezprawności zachowania sędziego, który orzekając w sprawie (...) nie przekroczył granic przysługujących mu uprawnień ani nie zaniedbał nałożonych nań obowiązków, wynikających z ówczesnego prawa, zarówno procesowego, jak i materialnego (...). Brak cech bezprawności, co oczywiste, zwalnia od rozważań na temat przestępności jego zachowania”. Natomiast w uzasadnieniu uchwały z dnia 11 października 2002r. SNO 29/02, utrzymującej w mocy tę poprzednią, widnieje takie oto stwierdzenie: „Skoro zatem Sąd Najwyższy w zaskarżonej uchwale z dnia 1 lipca 2002r. (...) ustalił, że w zachowaniu sędziego, w toku orzekania w sprawie sygn. akt (...), nie można dopatrzeć się jakichkolwiek cech bezprawności, to tym samym automatycznie odpadała możliwość postawienia zarzutu popełnienia przestępstw wskazanych we wniosku, gdyż brak cech bezprawności czyni przecieź niemożliwym postawienia uzasadnionego zarzutu popełnienia przestępstwa, skoro jednym z konstytutywnych elementów struktury przestępstwa jest właśnie to, by czyn był bezprawny. Wbrew odmiennej argumentacji skarżącego takie ustalenie faktyczne Sądu Najwyższego orzekającego w pierwszej instancji, jest w pełni trafne”. Brak w ogóle cech bezprawności w danym czynie, a wyłączenie jej przez okoliczność szczególną (kontratyp), to jednak dwie różne przesłanki braku odpowiedzialności karnej, zaś jeżeli taka szczególna okoliczność wyłączająca istnieje jedynie w błędnym przekonaniu sprawcy, to mamy do czynienia z jeszcze inną trzecią taką przesłanką. O takiej przesłance w sprawie, w które zapadły uchwały nie było więc mowy. Ponieważ nie ma o niej również mowy w

uzasadnieniu zaskarżonego zarządzenia, przeto podnoszenie potrzeby uzyskania jakiejś wiedzy w tym zakresie od sędziego Zdzisława B. poprzez przesłuchanie go w charakterze podejrzanego mija się z celem. Nawiasem mówiąc, zezwolenie na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej wydaje się przecież dlatego, że na tym etapie postępowania już istnieje „dostatecznie uzasadnione podejrzenie popełnienia przez niego przestępstwa”, a nie w celu uzyskania dopiero takowego. Zresztą, co ważne, w zaskarżonym zarządzeniu wniosek o zezwolenie na pociągnięcie sędziego Zdzisława B. do odpowiedzialności karnej uznany został za „oczywiście bezzasadny”, nie w oparciu o brak uprawdopodobnienia bezprawności czynu, lecz – jak wyraźnie wynika z uzasadnienia zarządzenia – ze względu na brak uprawdopodobnienia winy wymienionego sędziego, a brak winy to przecież kolejna, odrębna przesłanka braku odpowiedzialności karnej. Pytanie, czy akurat w tym wypadku właściwa, pozostaje właśnie do autorytatywnego rozstrzygnięcia wyższego stopnia, podobnie jak kwestia omówiona wyżej pod lit. b).

W dalszej kolejności prokurator IPN wywiódł w uzasadnieniu zażalenia, co następuje: „Ponadto stwierdzić należy, że analiza treści orzeczeń, na które powołano się w zaskarżonym zarządzeniu wyraźnie wskazuje na całkowicie dowolne przyjęcie w ich treści tezy o tym, że retroaktywne działanie przepisu art. 61 dekretu o stanie wojennym było wprawdzie sprzeczne z unormowaniem zawartym w art. 1 k.k., ale dekret ten mógł być uważany za *lex posterior* w stosunku do kodeksu karnego. Przeciwno przyjęciu tej tezy przemawiają obowiązujące w 1981r. przepisy oraz aktualne w tym czasie orzecznictwo Sądu Najwyższego. W treści orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 1959r. o sygn. II CR 158/59 (publ. OSNCK 1960/4/101) wyraźnie wskazano, że „stosownie do art. 26 ust. 1 Konstytucji PRL z dnia 22 lipca 1952r. (Dz. U. Nr 35, poz. 232) (...) ogłoszenie dekretów w dzienniku ustaw potwierdza, że weszły one w życie.” Powołany już przepis art. 4 ustawy z 30 grudnia 1950r. o wydawaniu Dziennika

Ustaw PRL i Dziennika Urzędowego Monitor Polski (Dz. U. Nr 58. poz. 524) w brzmieniu obowiązującym w 1981r. stanowi, iż „akty prawne, ogłaszane w dzienniku, wchodzą w życie z dniem ich ogłoszenia, jeżeli same nie stanowią inaczej”. Z powyższego wynika, że w ówczesnym stanie prawnym nie mogło być jakiegokolwiek wątpliwości (zwłaszcza dla osób pełniących funkcje sędziego czy prokuratora, a więc zobligowanych do wiedzy w zakresie obowiązującego prawa), że jedyną prawnie dopuszczalną formą ogłoszenia aktu prawnego jest jego publikacja w Dzienniku Ustaw. Interpretacja językowa treści wskazanego wyżej przepisu art. 4 ustawy z 30 grudnia 1950r. o wydawaniu Dziennika Ustaw PRL i Dziennika Urzędowego Monitor Polski (Dz. U. Nr 58, poz. 524) nie daje jakiegokolwiek podstaw do wyprowadzania wniosku, iż przepis ten daje podstawę do uznania zgodności z obowiązującym ówczesnie prawem przepisu art. 61 dekretu o stanie wojennym stanowiącym o jego mocy obowiązującej od dnia jego uchwalenia skoro przepis art. 4 wprost mówi o mocy obowiązującej aktów prawnych ogłaszanych w dzienniku”.

Po lekturze tych wywodów, pierwsze co przychodzi na myśl, to uwaga, że zaskakuje określenie przez prokuratora IPN jako „całkowicie dowolne” przyjęcie, iż wynikające z art. 61 dekretu o stanie wojennym jego retroaktywne działanie było wprawdzie sprzeczne z unormowaniem zawartym w art. 1 k.k. z 1969r., ale dekret ten mógł być (pozornie) uważany za *lex posterior* w stosunku do tegoż kodeksu. Przecież uzasadniając to przyjęcie, w motywach wspomnianych uchwał odwołano się zarówno do art. 121 k.k. z 1969r., który stwarzał podstawę do stosowania retroaktywnych postanowień dekretu, stanowiących wyłom w zasadzie *nullum crimen sine lege anteriori*, a Konstytucja PRL nie stała temu na przeszkodzie, bo na temat tej kardynalnej zasady prawa karnego milczała, jak i do określonych wypowiedzi przedstawicieli nauki prawa karnego (A. Wąska i A. Gubińskiego), którzy ten kierunek wykładni aprobowali, zaś w uzasadnieniu zaskarżonego

zarządzenia nadto do orzeczenia Sądu Dyscyplinarnego dla Prokuratorów Instytutu Pamięci Narodowej z dnia 14 października 2002r. SD I 1/2002, w którym wyrażono identyczne zapatrywanie. Oczywiście, żalący się ma prawo nie podzielać tego zapatrywania, nie może mu jednak przypisywać cech, którymi ono się nie odznacza. W uzupełnieniu, nie od rzeczy będzie więc przypomnieć tu też wskazanie Trybunału Konstytucyjnego, zawarte w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie K. 2/94 (OTK 1994, z. 2, poz. 36), że: „W braku wyraźnie odmiennych stwierdzeń konstytucyjnych nie ma podstaw by uznać, że zasada *lex posterior derogat legi priori* nie może odnosić się do relacji pomiędzy (wcześniejszym) kodeksem a (późniejszą) ustawą”, na które zwrócił już uwagę autor powołanego w uzasadnieniu zaskarżonego zarządzenia artykułu „W kwestii odpowiedzialności karnej za respektowanie klauzuli o retroakcji dekretu z dnia 12 grudnia 1981r. o stanie wojennym (art. 61) przy stosowaniu jego przepisów” (s. 31, przypis 9).

Reszta wywodów zawarta w przytoczonym fragmencie uzasadnienia zażalenia, co prawda posługuje się pewnymi argumentami, zdaniem żalącego się przemawiającymi przeciwko powyższemu przyjęciu, ale zdanie to opiera się chyba na jakimś nieporozumieniu. Zmierzają one bowiem głównie do wykazania, że akty prawne (w tym dekrety) wydawane przez władze PRL wchodziły w życie z dniem ogłoszenia w stosownym dzienniku (zasada), jeżeli same nie stanowiły inaczej (wyjątek). Tego zaś nie ma potrzeby wykazywać, ponieważ to pozostaje poza wszelkim sporem. Dekret o stanie wojennym, według pierwszej części formuły przyjętej w jego art. 61 także wchodził w życie „z dniem ogłoszenia”, czyli nominalnie z dniem 14 grudnia 1981r. I gdyby owa formuła skończyła się na tej pierwszej części, nie ulega wątpliwości, że czyny penalizowane na podstawie przepisów tego dekretu, a popełnione przed dniem 14 grudnia 1981r., nie mogłyby być uznane za czyny zabronione. Rzecz w tym, że formuła przyjęta w art. 61 dekretu miała i drugą część: „z mocą od dnia uchwalenia”, tj. 12 grudnia 1981r. i

dopiero to uregulowanie oznaczało jego retroakcję, obejmującą czyny popełnione w dniu 13 grudnia 1981r. I tylko o nią idzie spór – była czy nie była dopuszczalna. W tej części swoich wywodów w zażaleniu, ściślej dopiero w ich zakończeniu, prokurator IPN dotyka więc istoty zagadnienia, twierdząc, że interpretacja językowa art. 4 ustawy z dnia 30 grudnia 1950r. o wydawaniu Dziennika Ustaw (...) nie upoważnia do uznania, że art. 61 dekretu o stanie wojennym pozostawał z nim w zgodności, skoro „art. 4 wprost mówi o mocy obowiązującej aktów prawnych ogłaszanych w dzienniku”, zaś art.61 dekretu „o jego mocy obowiązującej od dnia jego uchwalenia”. Ale i pod tym względem prokurator IPN myli się. Art. 4 powołanej ustawy określał jedynie dzień wejścia w życie aktu prawnego ogłaszanego w dzienniku, nie zaś wprost jego „moc obowiązującą”. Ze względu na zaistnienie w tymże przepisie wyjątku, dniem tym niekoniecznie musiał być dzień ogłoszenia, bo mógł być także np. dzień uchwalenia. Czy zatem, jeżeli dekret w art. 61 przyjął formułę pośrednią pomiędzy ustanowioną zasadą a dopuszczalnym wyjątkiem – „z dniem ogłoszenia”, ale „z mocą od dnia uchwalenia”- to była ona do pogodzenia z treścią art. 4 ustawy, czy nie była? A zresztą, czy musiała być, skoro i ustawa i dekret z mocą ustawy, były aktami równorzędnej rangi? Pewne jest tylko jedno, a mianowicie, że formuła, o której mowa, nie była zgodna z logiką, ze względu na wewnętrzną sprzeczność obu jej części, co niezmiernie utrudniało jej zrozumienie i komplikowało zastosowanie w praktyce, bo przecież zgodnie z regułami wykładni, żadnej jej części nie można było zignorować. Te ostatnie pytania także oczekują więc na autorytatywną odpowiedź wyższej rangi.

W tym kontekście zaskakuje pominięcie przez prokuratora IPN w uzasadnieniu zażalenia jednego z argumentów, podniesionych w uzasadnieniu wniosku o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej, mianowicie wskazanie na niezgodność normy o retroakcji dekretu o stanie wojennym

(art. 61) z postanowieniami Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 15 w zw. z art. 4), który Polska ratyfikowała w 1977r. Nie sposób zorientować się czy żalący się zrezygnował z tego argumentu, który uchodził przecież za najmocniejszy, czy najzwyczajniej teraz przeoczył go. Na wszelki wypadek trzeba więc przypomnieć poważne wątpliwości jakie ten argument rodził. Głównie chodzi o to, czy wobec braku w Konstytucji PRL określenia wśród źródeł prawa miejsca i rangi ratyfikowanej umowy międzynarodowej, a w związku z tym także braku wyjaśnienia, czy normy takiej umowy miały prymat przed normami ustawy i czy mogły być stosowane bezpośrednio, tj. „bez żadnego zabiegu recepcyjnego”, jak również z jednej strony - stanowiska judykatury, według którego jeżeli normy prawa międzynarodowego nie zostały w sposób przewidziany prawem wewnętrznym wprowadzone do tego prawa, to takim prawem nie stawały się, natomiast z drugiej – rozbieżności poglądów prezentowanych w tym przedmiocie w nauce prawa, sąd (sędzia) był zwolniony lub przynajmniej mógł uważać się za zwolnionego od obowiązku respektowania w orzekaniu normy art.61 dekretu o stanie wojennym w części stanowiącej o jego retroakcji? Nie bez znaczenia pozostaje jednak także wątpliwość co do mocy obowiązującej norm wymienionego Paktu w prawie wewnętrznym z innego powodu, mianowicie nienależytego jego ogłoszenia, skutkującego niedostępnością urzędowego tekstu. Wszystkie te wątpliwości wskazane zostały bądź w uzasadnieniu zaskarżonego zarządzenia, bądź w uzasadnieniach powołanych w nim orzeczeń sądowych, bądź w opracowaniach naukowych, do których te uzasadnienia odsyłały, wobec czego powinny być nie tylko zauważone, lecz również autorytatywnie rozstrzygnięte przed wydaniem orzeczenia kończącego niniejsze postępowanie odwoławcze.

3. Uwagi i wnioski zamieszczone powyżej pod lit. b) i c), uzasadniają przyjęcie, że w toku niniejszego postępowania odwoławczego pojawiły się ważne

dla treści kończącego je orzeczenia zagadnienia wymagające zasadniczej wykładni ustawy, co upoważnia do odroczenia rozpoznania sprawy i przedstawienia tychże zagadnień do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. w zw. z art. 8 § 1 ustawy o SN.

Zagadnienia te sprowadzają się do pytania sformułowanego w części dyspozytywnej postanowienia.