

## POSTANOWIENIE

Dnia 13 grudnia 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

Prezes SN Wiesław Kozielowicz (przewodniczący)

SSN Tomasz Demendecki (sprawozdawca)

SSN Paweł Wojciechowski

Protokolant starszy inspektor sądowy Anna Rusak

na posiedzeniu w Izbie Odpowiedzialności Zawodowej w dniu 13 grudnia 2022 r., z udziałem adwokata M. M. - obrońcy E. M. - sędziego Sądu Najwyższego w stanie spoczynku, SSN Andrzeja Tomczyka - Rzecznika Dyscyplinarnego Sądu Najwyższego oraz Ł. K. - prokuratora Instytutu Pamięci Narodowej Oddziałowej Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu w Ł., w kwestii zażalenia obrońcy na uchwałę Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2022 r., sygn. akt I DI 14/22, w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej

### **postanowił:**

I. wznowić postępowanie;

II. odroczyć rozpoznanie sprawy;

III. na podstawie art. 82 § 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym przedstawić do rozstrzygnięcia składowi 7 sędziów Izby Odpowiedzialności Zawodowej Sądu Najwyższego następujące zagadnienia prawne:

1. czy art. 107 § 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. - Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2020 r., poz. 365 ze zm.) - dalej powoływana jako u.s.p., w brzmieniu nadanym art. 4 pkt 4 lit. b ustawy z dnia 9 czerwca 2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2022 r., poz. 1259), a także art. 72 § 6 pkt 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o

Sądzie Najwyższym (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1904 z późn. zm.) oraz art. 37 § 4 pkt 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o ustroju sądów wojskowych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2250), wyłączające odpowiedzialność dyscyplinarną w przypadku błędu w zakresie wykładni i stosowania przepisów prawa krajowego lub prawa Unii Europejskiej lub w zakresie ustalenia stanu faktycznego lub oceny dowodów, wpływa na ocenę bezprawności zachowania sędziego (przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków) związanego z orzeczeniem przez niego wydanym ocenianego z punktu widzenia art. 165 lub art. 246 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. - Kodeks karny (Dz. U. z dnia 14 maja 1969 r., Nr 13, poz. 94 ze zm.) - dalej powoływana jako k.k. z 1969 r., albo art. 231 k.k.?

2. w przypadku odpowiedzi negatywnej na zagadnienie sformułowane w pkt. 1: czy znamiona zbrodni przeciwko ludzkości w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r., poz. 177) obejmują tylko i wyłącznie wielokrotne zachowanie sędziego, stanowiące zbrodnię komunistyczną określoną w art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r., poz. 177), polegające na bezprawnym działaniu sędziego w postaci wydawania (głosowania za wydaniem) orzeczeń stanowiących zbrodnię sądową podczas orzekania w trybie doraźnym na podstawie dekretu z dnia 12 grudnia 1981 r. o postępowaniach szczególnych w sprawach o przestępstwa i wykroczenia w czasie obowiązywania stanu wojennego (Dz.U.1981, Nr 29, poz. 156), czy też jednokrotne takie zachowanie?;

3. czy wobec treści art. 95 § 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 13, poz. 96 z późn. zm.) - stanowiącego odpowiednik obecnie obowiązującego art. 108 § 1 k.p.k. -statuującego bezwzględną zasadę tajemnicy narady, fundamentalny

brak aprobaty przegłosowanego sędziego co do istoty rozstrzygnięcia, w sytuacji nieskorzystania przez niego z prawa do złożenia zdania odrębnego, umożliwia zwolnienie sędziego od tajemnicy narady sędziowskiej i przebiegu głosowania w postępowaniu o wyrażenie zgody na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej za czyn określony w art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu

### UZASADNIENIE

Wnioskiem z dnia 29 marca 2022 r. prokurator Instytutu Pamięci Narodowej Oddziałowej Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu w Ł. (dalej prokurator IPN), sygn. akt [...], wystąpił do Sądu Najwyższego Izby Dyscyplinarnej o podjęcie uchwały zezwalającej na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sędziego Sądu Najwyższego w stanie spoczynku E. M., za przestępstwa z art. 165 § 2 k.k. z 1969 r. w zw. z art. 2 ust. 1 i art. 3 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r., poz. 177).

Uchwałą Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2022 r., sygn. akt I DI 14/22, zezwolono na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sędziego Sądu Najwyższego w stanie spoczynku E. M., za czyny polegające na tym, że:

I. w dniu 27 stycznia 1982 r. w Ł., jako sędzia Sądu [...] Okręgu Wojskowego w [...] orzekający na sesji wyjazdowej w Ł., będąc tym samym funkcjonariuszem państwa komunistycznego, działając wspólnie i w porozumieniu z innymi sędziami tego Sądu - członkami składu orzekającego, rozpoznając na rozprawie sprawę prowadzoną pod sygnaturą akt So. W [...] przeciwko oskarżonemu Z.R. przekroczył swoje uprawnienia w ten sposób, że wydał wyrok skazujący oskarżonego za czyn z art. 46 ust. 1 dekretu z dnia 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności z zaliczeniem tymczasowego aresztowania od dnia 31 grudnia 1981 r., którą skazany odbył w okresie do dnia 1 lipca 1983 r., w sytuacji gdy materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie dawał podstaw do przyjęcia, że oskarżony swoim zachowaniem wypełnił znamiona przypisanego mu czynu, a

orzekając w sposób dowolny, sprzeczny z dowodami zgromadzonymi w toku postępowania, stosując przy tym wykładnię rozszerzającą zakres penalizowanych zachowań uznał, iż Z. R., jako członek związku zawodowego NSZZ „Solidarność” w dniu 14 grudnia 1981 roku w Ł. w Przedsiębiorstwie podjął działalność związkową przejawiającą się w tym, że zawiązał wraz z innymi osobami komitet strajkowy i działając w takim charakterze prowadził sondaż wśród części załogi przedsiębiorstwa w przedmiocie podjęcia akcji strajkowej, od której to działalności następnie dobrowolnie odstąpił apelując jednocześnie do załogi o przystąpienie do pracy”, podczas gdy zachowanie Z. R. stanowiło wyłącznie wyraz jego prawa do wolności myśli, sumienia i wyznania, obejmujące prawo uzewnętrzniania, w tym publicznego, poglądów i przekonań oraz prawo do tworzenia związków zawodowych i przystępowania do nich, zagwarantowanego przez Konstytucję PRL i akty prawa międzynarodowego a nadto pomijając fakt, iż w dniu 14 grudnia 1981 r., dekret z dnia 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym nie był jeszcze opublikowany, co nastąpiło dopiero w dniu 17 grudnia 1981 roku, przez co Z. R. nie mógł zapoznać się z jego treścią a tym samym nie mógł ponosić winy za swój czyn, co E. M. powinien był uwzględnić przy wyrokowaniu, stosując w ten sposób wobec pokrzywdzonego represje z powodu prezentowanych i wyrażanych przezeń przekonań i poglądów społeczno-politycznych, a tym samym naruszył jego prawa do wyrażania takich przekonań i opinii, które to represje stanowiły poważne prześladowanie z powodu przynależności pokrzywdzonego do określonej grupy politycznej, czym dopuścił się zbrodni komunistycznej, stanowiącej jednocześnie zbrodnię przeciwko ludzkości, polegającej na pozbawieniu pokrzywdzonego wolności na okres trwający dłużej niż 14 dni, działając w ten sposób na szkodę interesu publicznego oraz interesu prywatnego pokrzywdzonego, tj. o przestępstwo z art. 165 § 2 k.k. z 1969 r. w zw. z art. 2 ust. 1 i art. 3 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r., poz. 177);

II. w dniu 27 stycznia 1982 r. w Ł., jako sędzia Sądu [...] Okręgu Wojskowego w [...] orzekający na sesji wyjazdowej w Ł., będąc tym samym funkcjonariuszem państwa komunistycznego, działając wspólnie

i w porozumieniu z innymi sędziami tego Sądu - członkami składu orzekającego, rozpoznając na rozprawie sprawę prowadzoną pod sygnaturą akt So. W [...] przeciwko oskarżonemu H.D. przekroczył swoje uprawnienia w ten sposób, że wydał wyrok skazujący oskarżonego za czyn z art. 46 ust. 1 dekretu z dnia 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym na karę 1 roku pozbawienia wolności z zaliczeniem tymczasowego aresztowania od dnia 19 grudnia 1981 r., którą skazany odbył w okresie do dnia 19 grudnia 1982 r., w sytuacji gdy materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie dawał podstaw do przyjęcia, że oskarżony swoim zachowaniem wypełnił znamiona przypisanego mu czynu, a orzekając w sposób dowolny, sprzeczny z dowodami zgromadzonymi w toku postępowania, stosując przy tym wykładnię rozszerzającą zakres penalizowanych zachowań uznał, iż H. D., jako członek związku zawodowego NSZZ „Solidarność” w dniu 14 grudnia 1981 roku w Ł. w Przedsiębiorstwie podjął działalność związkową przejawiającą się w tym, że zawiązał wraz z innymi osobami komitet strajkowy i działając w takim charakterze prowadził sondaż wśród części załogi przedsiębiorstwa w przedmiocie podjęcia akcji strajkowej, od której to działalności następnie dobrowolnie odstąpił apelując jednocześnie do załogi o przystąpienie do pracy”, podczas gdy zachowanie H. D. stanowiło wyłącznie wyraz jego prawa do wolności myśli, sumienia i wyznania, obejmujące prawo uzewnętrzniania, w tym publicznego, poglądów i przekonań oraz prawo do tworzenia związków zawodowych i przystępowania do nich, zagwarantowanego przez Konstytucję PRL i akty prawa międzynarodowego a nadto pomijając fakt, iż w dniu 14 grudnia 1981 r., dekret z dnia 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym nie był jeszcze opublikowany, co nastąpiło dopiero w dniu 17 grudnia 1981 roku, przez co H.D. nie mógł zapoznać się z jego treścią a tym samym nie mógł ponosić winy za swój czyn, co E. M. powinien był uwzględnić przy wyrokowaniu, stosując w ten sposób wobec pokrzywdzonego represje z powodu prezentowanych i wyrażanych przezeń przekonań i poglądów społeczno-politycznych, a tym samym naruszył jego prawa do wyrażania takich przekonań i opinii, które to represje stanowiły poważne prześladowanie z powodu przynależności pokrzywdzonego do określonej grupy politycznej, czym dopuścił się zbrodni komunistycznej, stanowiącej jednocześnie zbrodnię przeciwko ludzkości, polegającej na pozbawieniu pokrzywdzonego

wolności na okres trwający dłużej niż 14 dni, działając w ten sposób na szkodę interesu publicznego oraz interesu prywatnego pokrzywdzonego, tj. o przestępstwo z art. 165 § 2 k.k. z 1969 r. w zw. z art. 2 ust. 1 i art. 3 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r., poz. 177);

III. w dniu 27 stycznia 1982 r. w Ł., jako sędzia Sądu [...] Okręgu Wojskowego w [...] orzekający na sesji wyjazdowej w Ł., będąc tym samym funkcjonariuszem państwa komunistycznego, działając wspólnie i w porozumieniu z innymi sędziami tego Sądu - członkami składu orzekającego, rozpoznając na rozprawie sprawę prowadzoną pod sygnaturą akt So. W [...] przeciwko oskarżonemu J. F. przekroczył swoje uprawnienia w ten sposób, że wydał wyrok skazujący oskarżonego za czyn z art. 46 ust. 1 dekretu z dnia 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym na karę 1 roku pozbawienia wolności z zaliczeniem tymczasowego aresztowania od dnia 19 grudnia 1981 r., którą skazany odbył w okresie do dnia 29 września 1982 r., w sytuacji gdy materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie dawał podstaw do przyjęcia, że oskarżony swoim zachowaniem wypełnił znamiona przypisanego mu czynu, a orzekając w sposób dowolny, sprzeczny z dowodami zgromadzonymi w toku postępowania, stosując przy tym wykładnię rozszerzającą zakres penalizowanych zachowań uznał, iż J. F. „jako członek, związku zawodowego NSZZ „Solidarność” w dniu 14 grudnia 1981 roku w Ł. w Przedsiębiorstwie podjął działalność związkową przejawiającą się w tym, że zawiązał wraz z innymi osobami komitet strajkowy i działając w takim charakterze prowadził sondaż wśród części załogi przedsiębiorstwa w przedmiocie podjęcia akcji strajkowej, od której to działalności następnie dobrowolnie odstąpił apelując jednocześnie do załogi o przystąpienie do pracy”, podczas gdy zachowanie J. F. stanowiło wyłącznie wyraz jego prawa do wolności myśli, sumienia i wyznania, obejmujące prawo uzewnętrzniania, w tym publicznego, poglądów i przekonań oraz prawo do tworzenia związków zawodowych i przystępowania do nich, zagwarantowanego przez Konstytucję PRL i akty prawa międzynarodowego a nadto pomijając fakt, iż w dniu 14 grudnia 1981 r., dekret z dnia 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym nie był jeszcze opublikowany, co

nastąpiło dopiero w dniu 17 grudnia 1981 roku, przez co J. F. nie mógł zapoznać się z jego treścią a tym samym nie mógł ponosić winy za swój czyn, co E. M. powinien był uwzględnić przy wyrokowaniu, stosując w ten sposób wobec pokrzywdzonego represje z powodu prezentowanych i wyrażanych przezeń przekonań i poglądów społeczno-politycznych, a tym samym naruszył jego prawa do wyrażania takich przekonań i opinii, które to represje stanowiły poważne prześladowanie z powodu przynależności pokrzywdzonego do określonej grupy politycznej, czym dopuścił się zbrodni komunistycznej, stanowiącej jednocześnie zbrodnię przeciwko ludzkości, polegającej na pozbawieniu pokrzywdzonego wolności na okres trwający dłużej niż 14 dni, działając w ten sposób na szkodę interesu publicznego oraz interesu prywatnego pokrzywdzonego, tj. o przestępstwo z art. 165 § 2 k.k. z 1969 r. w zw. z art. 2 ust. 1 i art. 3 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r., poz. 177);

IV. w dniu 27 stycznia 1982 r. w Ł., jako sędzia Sądu [...] Okręgu Wojskowego w [...] orzekający na sesji wyjazdowej w Ł., będąc tym samym funkcjonariuszem państwa komunistycznego, działając wspólnie i w porozumieniu z innymi sędziami tego Sądu - członkami składu orzekającego, rozpoznając na rozprawie sprawę prowadzoną pod sygnaturą akt So. W [...] przeciwko oskarżonemu L. J. przekroczył swoje uprawnienia w ten sposób, że wydał wyrok skazujący oskarżonego za czyn z art. 46 ust. 1 dekretu z dnia 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym na karę 1 roku pozbawienia wolności z zaliczeniem tymczasowego aresztowania od dnia 19 grudnia 1981 r., którą skazany odbył w okresie do dnia 29 września 1982 r., w sytuacji gdy materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie dawał podstaw do przyjęcia, że oskarżony swoim zachowaniem wypełnił znamiona przypisanego mu czynu, a orzekając w sposób dowolny, sprzeczny z dowodami zgromadzonymi w toku postępowania, stosując przy tym wykładnię rozszerzającą zakres penalizowanych zachowań uznał, iż L.J jako członek związku zawodowego NSZZ „Solidarność” w dniu 14 grudnia 1981 roku w Ł. w Przedsiębiorstwie podjął działalność związkową przejawiającą się w tym, że zawiązał wraz z innymi osobami komitet

strajkowy i działając w takim charakterze prowadził sondaż wśród części załogi przedsiębiorstwa w przedmiocie podjęcia akcji strajkowej, od której to działalności następnie dobrowolnie odstąpił apelując jednocześnie do załogi o przystąpienie do pracy", podczas gdy zachowanie L. J. stanowiło wyłącznie wyraz jego prawa do wolności myśli, sumienia i wyznania, obejmujące prawo uzewnętrzniania, w tym publicznego, poglądów i przekonań oraz prawo do tworzenia związków zawodowych

i przystępowania do nich, zagwarantowanego przez Konstytucję PRL i akty prawa międzynarodowego a nadto pomijając fakt, iż w dniu 14 grudnia 1981 r., dekret z dnia 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym nie był jeszcze opublikowany, co nastąpiło dopiero w dniu 17 grudnia 1981 roku, przez co L. J. nie mógł zapoznać się z jego treścią a tym samym nie mógł ponosić winy za swój czyn, co E. M. powinien był uwzględnić przy wyrokowaniu, stosując w ten sposób wobec pokrzywdzonego represje z powodu prezentowanych i wyrażanych przezeń przekonań i poglądów społeczno-politycznych, a tym samym naruszył jego prawa do wyrażania takich przekonań i opinii, które to represje stanowiły poważne prześladowanie z powodu przynależności pokrzywdzonego do określonej grupy politycznej, czym dopuścił się zbrodni komunistycznej, stanowiącej jednocześnie zbrodnię przeciwko ludzkości, polegającej na pozbawieniu pokrzywdzonego wolności na okres trwający dłużej niż 14 dni, działając w ten sposób na szkodę interesu publicznego oraz interesu prywatnego pokrzywdzonego, tj. o przestępstwo z art. 165 § 2 k.k. z 1969 r. w zw. z art. 2 ust. 1 i art. 3 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r., poz. 177).

Zażalenie na powyższą uchwałę wniósł adw. M. M. - obrońca sędziego objętego wnioskiem, który zaskarżył powyższą w całości, podnosząc zarzut:

I. naruszenia przepisów art. 117 § 2 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. i art. 42 ust. 2 oraz 78 Konstytucji RP poprzez ich niezastosowanie ze skutkiem pozbawienia obwinionego prawa do obrony wobec bezzasadnego oddalenia wniosków obwinionego i jego obrońcy z dnia 24 czerwca 2022 r. o odroczenie terminu posiedzenia wyznaczonego na dzień 27 czerwca 2022 r.;



II. naruszenia przepisów art. 80 § 2c u.s.p. w zw. z art. 10 § 1 ustawy o SN poprzez błędne ustalenie dostatecznie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przez sędziego E.M. przestępstwa polegającego na pozbawieniu wolności Z.R. H.D., J. de F. oraz L.J. wskutek wydania wyroku w sprawie o sygn. akt So. W [...].

Formułując powyższe zarzuty autor zażalenia wniósł o uchylenie zaskarżonej uchwały w całości.

W uzasadnieniu wywiedzionego zażalenia skarżący zarzucił sądowi meriti, iż naruszył prawo obwinionego do obrony, nie umożliwiając mu wzięcia osobistego udziału w rozprawie. Za bezzasadne uznał przy tym zarzuty naruszenia przez sędziego objętego wnioskiem norm prawa międzynarodowego, wskazując, iż w czasie czynu nie było podstaw do ich bezpośredniego stosowania. W dalszej kolejności zwrócił uwagę o nienależytym uzasadnieniu tezy o zasadniczej nielegalności stanu wojennego z 1981 roku i jego praw, podkreślając, że sankcje karne za działalność związkową to powszechny i nie budzący moralnego sprzeciwu element każdego ustawodawstwa regulującego stan nadzwyczajny w postaci stanu wojennego. Skarżący wskazał nadto, iż zasady *nullum crimen sine lege* oraz *lex retro non agit* zostały przywołane przez sąd a quo w sposób niekonsekwentny, a przedstawione w uzasadnieniu rozumowanie wskazujące na brak społecznego niebezpieczeństwa czynu osób skazanych w 1982 roku jest „błędne i na poziomie kontryfaktycznych przesłanek, wadliwego wnioskowania i wniosków prowadzących do kryminalizacji określonych przekonań filozoficznoprawnych sędziów stosujących prawo”. W zażaleniu zwrócono również uwagę na szereg okoliczności, które nie zostały rozważone przez sąd I instancji, wskazujących na to, iż orzeczenia z 1982 roku nie można nazwać represyjnym. Jednocześnie podkreślono, że *votum separatum* nigdy nie stanowiło jedyne sposobu wyrażenia niezgody sędziego na rozstrzygnięcie zapadające w składzie kolegiальnym. Skarżący podniósł też, że sąd a quo nie orzekał w warunkach bezstronności, na co wskazuje zawarte w uzasadnieniu sformułowanie „zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, przedłożony przez prokuratora, w sposób więcej niż dostateczny (...) uprawdopodobnił podejrzenie popełnienia (...) czynu”, a użyte wyrażenie „więcej niż dostateczny” nie jest przesłanką ustawową - zarówno art. 313 k.p.k., jak i art. 80 §

2c u.s.p., co wskazuje, że u podstaw orzekania leżało przekonanie o winie obwinionego.

### **Sąd Najwyższy zważył, co następuje:**

Poprzedzając zasadniczą w niniejszej sprawie argumentację, mającą na celu zobrazowanie powstałych na tle rozpoznawanej sprawy poważnych wątpliwości co do wykładni przepisów prawa, warunkujących wydanie w niej prawidłowego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż legitymacja prawna Sądu Najwyższego do wystąpienia z zagadnieniem prawnym wynika z treści przepisu art. 82 ustawy z 8 grudnia 2017 roku o Sądzie Najwyższym (ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1904 z późn. zm. - dalej ustawa o SN).

Normatywne brzmienie § 1 powyższej normy wskazuje, iż sięgnięcie po formułę przedstawienia zagadnienia prawnego składowi siedmioosobowemu Sądowi Najwyższemu uzasadnione jest jedynie w sytuacji, gdy w będącej przedmiotem rozważań sprawie, tj. dotyczącej rozpoznania kasacji lub innego środka odwoławczego, wystąpią „poważne wątpliwości co do wykładni prawa będących podstawą wydanego rozstrzygnięcia” (zob. postanowienie Sądu Najwyższego (7) z dnia 27 stycznia 2009 r., I KZP 24/08, OSNKW 2009, nr 3, poz. 20.). Określona w uprzednio wspomnianej regulacji instytucja odnosi się do tzw. pytań konkretnych, a więc zagadnień pojawiających się przy rozpoznawaniu określonej sprawy. Uzasadnione przy tym jawi się odwołanie do - wprawdzie dotyczącej innego układu procesowego, lecz strukturalnie podobnej - instytucji pytania prawnego określonego w art. 441 k.p.k., zgodnie z którym jeżeli przy rozpoznawaniu środka odwoławczego wyłoni się zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy, sąd odwoławczy może odroczyć rozpoznanie sprawy i przekazać zagadnienie do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu. W tym kontekście orzecznictwo wskazuje natomiast, iż „Sąd Najwyższy dokonuje (...) wykładni określonego przepisu (lub przepisów) tylko w związku z konkretną sprawą, rozpoznawaną przez sąd odwoławczy, w której usunięcie wątpliwości co do kwestii prawnych pozwoli na prawidłowe jej rozstrzygnięcie” (zob. D. Świecki, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Legalis 2020).

Zważając zatem na funkcjonalną i systemową wykładnię przepisu art. 82 § 1 ustawy o SN, zasadne jest przyjęcie, iż norma niebędąca bezpośrednią podstawą rozstrzygnięcia, ale znajdująca zastosowanie w toku postępowania, również może stanowić przedmiot skierowania zagadnienia prawnego do składu powiększonego. Przyjęcie odmiennego założenia stanowiłoby bowiem zasadnicze ograniczenie uchwałodawczej roli Sądu Najwyższego. W judykaturze podkreśla się bowiem, że „nie ma podstaw do zanegowania możliwości, a zarazem konieczności rozstrzygnięcia wątpliwości co do wykładni prawa w trybie art. 82 u.s.n. (ustawy o SN - uwaga Sądu Najwyższego), także wówczas gdy dotyczą one regulacji innych niż będących podstawą wydanego rozstrzygnięcia” (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 4 lipca 2019 roku, I NSNk 1/18).

W niniejszej sprawie Sąd Najwyższy postanowił odroczyć wydanie orzeczenia w związku z powziętymi poważnymi wątpliwościami co do wykładni przepisów będących podstawą wydanego rozstrzygnięcia (rozumianych w uprzednio wspomnianym ujęciu doktrynalnym), tj. art. 107 § 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. - Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2020 r., poz. 365 ze zm.; dalej powoływana jako u.s.p.), art. 72 § 6 pkt 1 ustawy o SN (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1904 z późn. zm.) oraz art. 37 § 4 pkt 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o ustroju sądów wojskowych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2250; dalej powoływana jako u.s.w.) w kontekście art. 165 lub art. 246 k.k. z 1969 r. albo art. 231 k.k., a także art. 2 ust. 1 i art. 3 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 177 z późn. zm.; dalej powoływana jako ustawa o IPN), jak również art. 95 § 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 13, poz. 96 z późn. zm.; dalej powoływana jako k.p.k. z 1969 r.), stanowiącego odpowiednik obecnie obowiązującego art. 108 § 1 k.p.k.

Przechodząc do analizy treści przepisów istotnym jest zasygnalizowanie, że za pomocne w celu zdekodowania prawidłowego zastosowania norm uznać należy w pierwszej kolejności wykładnię językową, a gdy ta okaże się niewystarczająca - wykładnię systemową bądź celowościową.

Pierwszą wątpliwość, jaką w toku postępowania powziął Sąd Najwyższy, dotyczy wpływu przepisów wprowadzonych na podstawie art. 4 pkt 4 lit. b, art. 5 pkt

3 i art. 2 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 9 czerwca 2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (dalej powoływana jako: ustawa o zmianie ustawy o SN lub ustawa nowelizująca), tj. art. 103 § 3 pkt 1 u.s.p., art. 72 § 6 pkt 1 ustawy o SN oraz art. 37 § u.s.w. na ocenę zachowania sędziego, będącego przedmiotem oceny w toku postępowania immunitetowego.

Mocą ustawy nowelizującej z dniem 15 lipca 2022 r. doszło bowiem do zmiany powyższych przepisów w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów poprzez wprowadzenie instytucji kontratypu dyscyplinarnego. Dodane regulacje, tożsame w swej zasadniczej treści, ograniczyły materialny zakres odpowiedzialności sędziów sądów powszechnych, sędziów Sądu Najwyższego oraz sędziów sądów wojskowych za przewinienie dyscyplinarne, poprzez wyraźne wskazanie, jakie okoliczności związane z orzekaniem nie stanowią przewinienia dyscyplinarnego. Za wyłączające bezprawność dyscyplinarną ustawodawca przyjął m.in. okoliczność wydania z udziałem danego sędziego orzeczenia sądowego obarczonego błędem w zakresie wykładni i stosowania przepisów prawa krajowego lub prawa Unii Europejskiej lub w zakresie ustalenia stanu faktycznego lub oceny dowodów (art. 103 § 3 pkt 1 u.s.p., art. 72 § 6 pkt 1 ustawy o SN oraz art. 37 § u.s.w.).

Zgodnie natomiast z art. 4 § 1 k.k. - mającym zastosowanie w niniejszym postępowaniu na gruncie art. 128 u.s.p. - jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy (odpowiednio: obwinionego - w postępowaniu dyscyplinarnym bądź objętego wnioskiem sędziego - w postępowaniu immunitetowym). Z powyższej regulacji wynikała zatem konieczność porównania sytuacji prawnej sędziego objętego wnioskiem oraz rozważenie, która z ustaw jest dla niego względniejsza. W rezultacie spełnienia powyższego obowiązku rodzi się natomiast pytanie, czy w obowiązującym stanie prawnym wspomniana nowelizacja znosi bezprawność zachowania sędziego analizowanego na gruncie postępowania w przedmiocie wyrażenia zgody na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej. Ocena prawna zachowań sędziego, dokonana na podstawie - obowiązującej w dacie orzekania - znowelizowanej ustawy u.s.p. (a tym samym również

u.s.w./ustawy o SN), jako (ewentualnie) oczywiście względniejszej, może bowiem prowadzić do wniosku, iż czyn, za którego popełnienie wnioskodawca domaga się uchylenia sędziowskiego immunitetu formalnego, w aktualnym stanie prawnym nie zawiera elementu stanowiącego o jego przestępności.

Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisów art. 103 § 3 pkt 1 u.s.p., a także art. 72 § 6 pkt 1 ustawy o SN oraz art. 37 § 4 pkt 1 u.s.w. poza sferą jakichkolwiek wątpliwości pozostaje, iż celem ustawy nowelizującej było zniesienie zagrożenia odpowiedzialnością dyscyplinarną sędziów za czyny ściśle związane z sprawowaniem pełnionego urzędu, który ze swej istoty polega przecież na wykładni i stosowaniu prawa, w toku którego pełnienia mogą zdarzyć się zarówno błędne decyzje w zakresie oceny dowodów, czy też podczas ustalaniu stanu faktycznego, jak również nieprawidłowości w wykładni przepisów. Wobec sposobu zredagowania przepisów ustanawiających instytucję kontratypu dyscyplinarnego, tj. posłużenia się przez ustawodawcę sformułowaniem „nie stanowi przewinienia dyscyplinarnego” oraz ich usytuowania w rozdziałach dotyczących odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów (Rozdział 3 ustawy u.s.p.; Rozdział 5 ustawy u.s.w. oraz Rozdział 7 ustawy o SN), jako niepewna jawi się jednak intencja ustawodawcy w zakresie postępowań delibacyjnych, tj. oceny bezprawności zachowania sędziego, polegającego na przekroczeniu uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, związanego z orzeczeniem przez niego wydanym, ocenianego z punktu widzenia art. 165 lub art. 246 k.k. z 1969 r. albo art. 231 k.k.

Poczyniona w pierwszej kolejności wykładnia językowa art. 103 § 3 pkt 1 u.s.p., art. 72 § 6 pkt 1 ustawy o SN oraz art. 37 § 4 pkt 1 u.s.w. prowadzi do wniosku, że powyższe nie znajdują zastosowania w postępowaniu w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej, a tym samym znowelizowane przepisy nie wpływają na ocenę bezprawności zachowania sędziego poprzez jej zniesienie na gruncie postępowania immunitetowego.

Zważając na specyfikę postępowania delibacyjnego, stanowiącego szczególnie rodzaj postępowania jurysdykcyjnego i ugruntowany w orzecznictwie pogląd o jego odrębności - mimo podobieństwa z postępowaniem dyscyplinarnym ze względu na podmiot, prowadzący organ oraz podobieństwo celów - jak również wykładnię językową uprzednio powołanych przepisów, jako dopuszczalne jawi się

przyjęcie, iż instytucja kontratypu nie znajduje zastosowania na gruncie postępowania w przedmiocie wyrażenia zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sędziego sądu powszechnego, sędziego Sądu Najwyższego bądź sędziego sądu wojskowego. W judykaturze dominuje twierdzenie, iż postępowanie immunitetowe nie jest ani postępowaniem dyscyplinarnym ani postępowaniem karnym, lecz postępowaniem incydentalnym, którego celem jest rozważenie, czy powołany we wniosku o zezwolenie na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej za konkretne wskazane przestępstwo zgromadzony dotąd w sprawie materiał dowodowy, dostatecznie uzasadnia podejrzenie popełnienia przez niego tego przestępstwa (zob. uchwała Sądu Najwyższego z 27 maja 2009 r, I KZP 5/09, Lex nr 493998; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 roku, sygn. SNO 68/09, Lex 1288971). Niedyscyplinarny charakter postępowań delibacyjnych podkreślono również w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt SNO 15/11 (Lex nr 1288797).

Opierając się na poglądzie wyrażonym w powyższych judykatach należałoby zatem przyjąć, że wprowadzony mocą ustawy nowelizującej kontratyp odnosi się wyłącznie do przepisów o odpowiedzialności dyscyplinarnej, a nie do kwestii związanych z rozpoznawaniem wniosków o zezwolenie na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej, uregulowanych w treści art. 80 u.s.p., którego, co istotne, treść nie uległa nowelizacji i brzmienie powyższego pozostało niezmienione. Trafna wydaje się nadto uwaga, iż zmiany polegające na wprowadzeniu przesłanki niekaralności za przestępstwo winny zostać ujęte w części ogólnej Kodeksu karnego z uwagi na potrzebę zachowania spójności systemu prawa.

Na rozszerzający sposób interpretacji uprzednio wspomnianych przepisów wydają się nadto nie pozwalać reguły techniki legislacyjnej i wynikająca z powyższych regulacji konieczność zachowania jedności znaczeniowej zwrotu „postępowanie dyscyplinarne” w ramach poszczególnych aktów prawnych, jak również miejsce w ich systematyce wewnętrznej.

Nadmienić również należy, iż jakichkolwiek wskazówek w przedmiotowej kwestii nie dostarcza również analiza procesu legislacyjnego obowiązującej ustawy o Sądzie Najwyższym. Lektura treści uzasadnień poprawek do projektu wskazuje,

iż początkowo kontratyp dyscyplinarny wprowadzany był jako uzupełnienie przepisów regulujących odpowiedzialność dyscyplinarną w kontekście rażącej i oczywistej obrazy prawa, jednakże nie daje żadnych wytycznych zarówno co do interpretacji omawianych regulacji, jak i zakresu ich stosowania. W toku tego procesu zauważono natomiast powstałą niedookreśloność i zwracano uwagę na konieczność zawężającej interpretacji instytucji kontratypu, wyrażając negatywną opinię co do proponowanych w projekcie okoliczności związanych z orzekaniem, które nie stanowią deliktu dyscyplinarnego, jako naruszające fundamentalną zasadę równości określoną w art. 32 Konstytucji RP, „rozumianą jako równość wobec prawa i równość w prawie, jak i zakazu dyskryminacji” (zob. opinia Instytutu Legislacji i Prac Parlamentarnych Naczelnej Rady Adwokackiej do projektu ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych ustaw (druk sejmowy nr 2011). Sygnalizowano również konieczność zawężenia granic wyłączenia odpowiedzialności dyscyplinarnej (zob. uwagi Sądu Najwyższego do przedstawionego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projektu ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych ustaw z dnia 21 marca 2022, BSA IV.021.3.2022), jak również oceniano proponowane wyłączenie odpowiedzialności dyscyplinarnej jako zagrażające „prawidłowemu funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości” (zob. opinia Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 14 kwietnia 2022 r. w przedmiocie prezydenckiego projektu ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych ustaw (druk sejmowy nr 2011). Wprawdzie w uzasadnieniu *Poselskiego projektu ustawy o ochronie niezawisłości sędziowskiej i szczególnych zasadach odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej sędziów (druk nr 2013)* powoływano się w zakresie kontratypu na „wprowadzone z zasady niezawisłości sędziowskiej zastrzeżenie, że sędzia nie odpowiada karne ani dyscyplinarnie za treść wydawanych przez siebie orzeczeń”, jednakże ostatecznie brzmienie ustawy nowelizującej wskazuje, iż ustawodawca finalnie tejże kwestii w odniesieniu do postępowania w przedmiocie wyrażenia zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej nie podjął. Niekonsekwencja co do zakresu obowiązywania kontratypu dyscyplinarnego widoczna była już natomiast w samej treści uprzednio wspomnianego projektu, w którym wskazywano, iż „projektowana ustawa ma charakter *lex specialis* w stosunku do ogólnych zasad

odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów zawartych w ustawach ustrojowych sądownictwa, określających w szczególności zasady proceduralne i tryb tych postępowań” (podkreślenie Sądu Najwyższego).

Problem zaistniałej relacji pomiędzy zniesieniem bezprawności w postępowaniu dyscyplinarnym a odpowiedzialnością karną za wydane orzeczenie dostrzeżono natomiast w opinii Biura Studiów i Analiz SN, gdzie w pełni słusznie zwrócono uwagę na brak ingerencji w materialnoprawny charakter czynów mogących stanowić podstawę do poniesienia odpowiedzialności karnej oraz konieczność uwzględnienia szerszego kontekstu normatywnego m.in. treści art. 80 u.s.p. Trafnie zauważono, że zaistniałe nieścisłości skutkują sytuacją, w której „czyn polegający na wydaniu orzeczenia, noszący znamiona przestępstwa, pozostawałby tym samym przestępstwem, tyle że jego popełnienie nie mogłoby zostać stwierdzone w ramach odpowiedniej procedury” (zob. uwagi Sądu Najwyższego do przedstawionego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projektu ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych ustaw z dnia 21 marca 2022, BSA IV.021.4.2022). Szczególnie zwrócić należy w tym kontekście uwagę, iż w niniejszej sprawie sędziemu zarzucany jest czyn zbrodni przeciwko ludzkości.

Jednocześnie zaakcentować należy, iż przyjęcie kontratypu na gruncie postępowania delibacyjnego prowadziło do dekryminalizacji i depenalizacji czynów sędziów z art. 231 k.k. jako grupy zawodowej, przy równoczesnym pozostawieniu odpowiedzialności innych funkcjonariuszy publicznych (na którą to kwestię wskazywano również w opinii Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 14 kwietnia 2022 r. w przedmiocie poselskiego projektu ustawy o ochronie niezawisłości sędziowskiej i szczególnych zasadach odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej sędziów (druk sejmowy nr 2013).

Mając na uwadze, iż w ostatecznym brzmieniu ustawy nowelizującej powyższych kwestii w żaden sposób nie sprecyzowano, przedstawione wątpliwości pozostają zatem nadal aktualne.

Rozważenia wymaga nadto skutek wprowadzenia przesłanki niekaralności w postaci wyłączenia odpowiedzialności karnej za orzeczenie przy jednoczesnym pozostawieniu odpowiedzialności za inne czynności procesowe, jak również



zgodność przyjęcia instytucji kontratypu na gruncie postępowania karnego z zasadami konstytucyjnymi, gdyż wprowadzone ustawą nowelizującą przepisy, nie spełniają wymogów wynikających ze standardu określoności przepisów prawa, a ich treści nie pozwalają ustalić powszechnie przyjmowanych metod wykładni tekstu prawnego.

Zaakcentowania wymaga następnie krótki okres obowiązywania nowopowstałej instytucji kontratypu dyscyplinarnego i wynikający z powyższego brak uregulowania przedstawianej kwestii zarówno w orzecznictwie, jak i literaturze prawniczej, przy czym należy mieć w polu widzenia, że – jak już wspomniano uprzednio - dotychczasowa praktyka orzecznicza Sądu Najwyższego w zakresie akcentowania odrębności obu postępowań była co do zasady zgodna i jednolita. Jednocześnie, z uwagi na specyfikę postępowania immunitetowego, niepewnie rysuje się odwoływanie w tym zakresie do instytucji historycznie starszej, tj. kontratypu określonego w k.k.

Możliwość bezpośredniego rozumienia powyższych norm prawnych i założenia zaistnienia sytuacji izomorfii, umożliwiającą ich odczytywanie jedynie za pomocą reguł językowych, tj. wyrażającej się w wiążącym obowiązku stosowania wspomnianych regulacji jedynie w sędziowskich sprawach dyscyplinarnych, podaje jednak w semantyczną wątpliwość ich wykładnia funkcjonalna. Jednocześnie zauważyć należy, iż zastosowanie rozszerzającej wykładni będących przedmiotem analizy przepisów nie podlega przy tym ograniczeniom, gdyż nie prowadzi do rozszerzenia odpowiedzialności objętego wnioskiem sędziego, a zatem wydaje się być w tej sytuacji czynnością dopuszczalną.

Oczywistość podobieństwa postępowań dyscyplinarnych i delibacyjnych podkreślono natomiast w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2009 r., sygn. I KZP 5/09, LEX nr 493998, w której to wskazano na uzupełniającą się powyższych relację. W uzasadnieniu powyższej uchwały podkreślono bowiem, iż „postępowanie zmierzające do uchylenia immunitetu sędziemu ma charakter postępowania represyjnego. Zatem, poszukując w systemie prawa obowiązującego, przy zastosowaniu analogii, przepisów mogących regulować postępowanie o charakterze represyjnym, jako oczywistość jawi się potrzeba ich poszukiwania w sferze przepisów regulujących postępowania o takim samym charakterze,

a zatem przepisów regulujących postępowanie dyscyplinarne i w dalszej konieczności postępowanie karne”.

Rozważając możliwość zastosowania analizowanych przepisów w postępowaniu delibacyjnym należy mieć w polu widzenia, iż wprowadzie w postępowaniu immunitetowym bezdyskusyjnie nie przesądza się kwestii sprawstwa bądź winy, gdyż do powyższych rozważenia właściwy jest sąd karny, jednakże sąd dyscyplinarny jest nie tyle uprawniony, lecz obowiązany do weryfikacji, czy zachowanie sędziego, będące przyczyną wystąpienia z wnioskiem o uchylenie immunitetu, stanowi w istocie przestępstwo. Koniecznym jest zatem poddanie ocenie, czy inkryminowane działanie sędziego legitymuje się cechą bezprawności, stanowiącą element konstytuujący przestępność czynu. Wydaje się w konsekwencji, że wyłączenie odpowiedzialności dyscyplinarnej w przypadku błędu w zakresie wykładni i stosowania przepisów prawa krajowego lub prawa Unii Europejskiej lub w zakresie ustalenia stanu faktycznego lub oceny dowodów, wpływać może tym samym na ocenę bezprawności zachowania sędziego związanego z orzeczeniem przez niego wydanym, ocenianego z punktu widzenia art. 165 lub art. 246 k.k. z 1969 r. bądź art. 231 k.k.

Powołany art. 165 k.k. z 1969 r. statuował odpowiedzialność karną za pozbawienie człowieka wolności, a przepis art. 246 § 1 k.k. z 1969 r. odpowiedzialność karną funkcjonariusza publicznego, który przekroczył swe uprawnienia lub nie dopełnił obowiązku, działając na szkodę dobra społecznego lub jednostki. Zgodnie natomiast z treścią art. 231 k.k., stanowiącego aktualny odpowiednik uprzednio wspomnianej normy, funkcjonariusz publiczny, który, przekraczając swoje uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków, działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

W niniejszej sprawie czynność sprawcza polega na przekroczeniu uprawnień przez sędziego jako funkcjonariusza publicznego poprzez wydanie orzeczenia, tj. na wydaniu wyroku skazującego oskarżonego na podstawie dekretu z dnia 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym na karę pozbawienia wolności w sytuacji, gdy materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie dawał podstaw do przyjęcia, że oskarżony swoim zachowaniem wypełnił znamiona przypisanego mu czynu, a orzekając w sposób dowolny, sprzeczny z dowodami zgromadzonymi w toku

postępowania, stosując przy tym wykładnię rozszerzającą zakres penalizowanych zachowań.

Powstaje zatem sytuacja, w której ta sama okoliczność, tj. wydanie orzeczenia sądowego obarczonego błędem w zakresie wykładni i stosowania przepisów prawa oraz w zakresie oceny dowodów, w postępowaniu dyscyplinarnym stanowi czyn o uchylonej bezprawności, natomiast w postępowaniu delibacyjnym jawi się jako czyn przestępny. Wskutek przyjęcia tezy o zniesieniu bezprawności takiego zachowania jedynie w postępowaniu dyscyplinarnym wysuwa się sprzeczny wniosek, iż czyn sędziego, polegający na przekroczeniu uprawnień bądź niedopełnieniu obowiązku poprzez wydanie określonej treści orzeczenia, jako bezprawny i wypełniający znamiona przestępstwa, nie wypełnia jednocześnie znamion przewinienia dyscyplinarnego i w tej sferze wspomniana bezprawność jest uchylona. Trudno bowiem przyjąć, iż czynienie wbrew przepisom ustawy karnej nie stanowi jednoczesnego działania naruszającego norm wiążących osób pełniących urząd sędziego, a zatem grupy od której wymaga się przecież podwyższonych standardów zachowania. Oczywiście wydaje się natomiast konkluzja, że w przypadku uznania zachowania sędziego za noszące znamiona czynu zabronionego określonego przez odpowiedni przepis ustawy karnej, powyższe stanowi również delikt dyscyplinarny.

Zauważenia wymaga przy tym niejasna relacja pomiędzy istniejącym art. 107 § 1 pkt 1 u.s.p. (jak również odpowiednikami w u.s.w. i ustawie o SN), a wprowadzonym § 3, gdyż ustawodawca, mimo doniosłych skutków wprowadzonego kontratypu, w żaden sposób nie sprecyzował pojęcia błędu, skutkującego zniesieniem bezprawności czynu w kontekście oczywistej i rażącej obrazy prawa. W piśmiennictwie przyjmuje się, iż za oczywiste i rażące naruszenie przepisów prawa uznać należy uchybienia sędziego związane z jego działalnością orzeczniczą, które musi wypełniać oba z przedmiotowych znamion deliktu dyscyplinarnego. Oczywiście naruszenie prawa przyjmuje się w sytuacji, gdy „**popelniony błąd** jest łatwy do stwierdzenia, gdy bez głębszej analizy można zastosować właściwy przepis, a rozumienie przepisu prawa nie powinno budzić wątpliwości u przeciętnej osoby o kwalifikacjach prawniczych. **Błąd** taki musi być widoczny na pierwszy rzut oka. Jest to sytuacja, w której dochodzi do szczególnej

ignorancji prawa lub niestaranności w procesie orzekania” (zob. B. Chojnacka-Kucharska, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów i asesorów sądowych*, LEX/el. 2018). O tym, czy obraza przepisów jest rażąca decydują natomiast „oceniane na tle konkretnych okoliczności, negatywne skutki naruszenia prawa w sferze interesów uczestników postępowania lub wymiaru sprawiedliwości” (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2017 r., SNO 22/17, LEX nr 2306386; jak również wyrok Sądu Najwyższego z 1.12.2014 r., SNO 61/14, LEX nr 1583237 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z 9.10.2013 r., SDI 35/13, LEX nr 1388603).

Wobec treści znowelizowanych przepisów, wysuwa się zatem niepewność co do możliwości uznania zachowania sędziego czy to za oczywiste i rażące naruszenie prawa, pośrednio świadczącego o przekroczeniu uprawnień, czy też rezultat błędu orzeczniczego, które pozwalałoby na przyjęcie instytucji kontratypu na gruncie postępowania delibacyjnego. Wskutek niejasności interpretacyjnych wynikających z zawartego w analizowanych normach zwrotu „orzeczenie obarczone błędem” przekroczenie uprawnień bądź niedochowanie obowiązków przez sędziego teoretycznie można bowiem uznać za stanowiące powyższego następstwo.

W kontekście czynu będącego przedmiotem oceny w niniejszym postępowaniu, stanowiącego zbrodnię przeciwko ludzkości, przyjęcie takiej możliwości jawi się jednak jako niedopuszczalne. Wskazówkę interpretacyjną może dostarczać w tym zakresie uzasadnienie treści projektu ustawy o ochronie niezawisłości sędziowskiej i szczególnych zasadach odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej sędziów (druk 2013). W świetle powyższego założeń wskazywano, iż „sędzia nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani odpowiedzialności dyscyplinarnej za czyn polegający na wydaniu określonej treści orzeczenia, chyba że do wydania orzeczenia doszło na skutek poważnych i całkowicie niewybaczalnych zachowań ze strony sędziego, polegających w szczególności na celowym wynikającym ze złej wiary lub z wyjątkowo poważnych i rażących zaniedbań i pogwałceniu przepisów prawa krajowego i prawa Unii Europejskiej, których przestrzeganie mają zapewnić, na arbitralnym szafowaniu wyroków lub na odmowie wymiaru sprawiedliwości” (projektowany art. 2). Jak wskazano natomiast w Opinii Biura Analiz Sejmowych - *Ocena skutków*

*prawnych regulacji poselskiego projektu ustawy o ochronie niezawisłości sędziowskiej i szczególnych zasadach odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej sędziów* (druk 2013) - proponowany przepis stanowił powtórzenie pkt 137 wyroku TSUE C-791/19.

Ostateczna konstrukcja analizowanych przepisów kwestii odpowiedzialności karnej w żaden sposób jednak nie porusza.

Z powyższych zatem względów, podniesione uprzednio wątpliwości interpretacyjne winny stać się przedmiotem rozważań powiększonego składu Sądu Najwyższego.

W przypadku odpowiedzi negatywnej na zagadnienie sformułowane w punkcie pierwszym, w przekonaniu Sądu Najwyższego na tle rozpoznawanej sprawy wyłania się następnie kolejna, wymagająca rozważenia przez powiększony skład Sądu Najwyższego, poważna wątpliwość, tj. odnosząca się do realizacji znamion zbrodni przeciwko ludzkości w rozumieniu art. 3 ustawy o IPN. Niejasna jawi się bowiem kwestia, czy wspomniane realizuje tylko i wyłącznie wielokrotne zachowanie sędziego, stanowiące zbrodnię komunistyczną określoną w art. 2 ust. 1 ustawy o IPN, polegające na bezprawnym działaniu sędziego w postaci wydawania (głosowania za wydaniem) orzeczeń stanowiących zbrodnię sądową podczas orzekania w trybie doraźnym na podstawie dekretu z dnia 12 grudnia 1981 r. o postępowaniach szczególnych w sprawach o przestępstwa i wykroczenia w czasie obowiązywania stanu wojennego (Dz.U.1981, Nr 29, poz. 156; dalej powoływany jako dekret z 12 grudnia 1981 r. ), czy też jednokrotne takie zachowanie.

Mając na uwadze, iż wspomniany przepis art. 3 ustawy o IPN stanowi jedynie częściową definicję zbrodni przeciwko ludzkości, określając jej znamiona, koniecznym jest odwołanie się do regulacji prawa międzynarodowego obowiązujących w dacie popełnienia czynu, tj. Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 9 grudnia 1948 r. (Dz. U. z 1952 r. Nr 2, poz. 9 z późn. zm.), Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167), Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej

w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.), Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka w brzmieniu przyjętym przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 10 grudnia 1948 roku, Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, stanowiącej integralną część Porozumienia zawartego w Londynie w dniu 8 sierpnia 1945 r., do którego Polska przystąpiła (Dz. U. z 1947 r. Nr 63, poz. 367) oraz Konwencji z dnia 26 listopada 1968 r. o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciw ludzkości, ratyfikowanej przez Polskę (Dz. U. z 1970 r. Nr 26, poz. 208 - załącznik), w wymiarze wynikającym z kontekstu tych przepisów. Tylko bowiem poczyniona w ten sposób analiza pozwala na uchwycenie wszystkich znamion zbrodni przeciwko ludzkości.

Zważając na zawarte w powyższych regulacjach definicje zbrodni przeciwko ludzkości, jak również zbieżne poglądy orzecznictwa sformułowane w oparciu o przepisy prawa krajowego i międzynarodowego (zob. wyrok Sądu Najwyższego: z 2 lutego 2016 roku, V KK 402/14, Lex 1999823; uchwały Sądu Najwyższego: z 13 maja 1992 roku, I KZP 39/91, Lex 20513; z 14 października 2015 roku, I KZP 7/15, Lex 1808193 oraz postanowienia Sądu Najwyższego: z 4 grudnia 2001 roku, II KKN 175/99, Lex 53192; z 28 listopada 2012 roku, V KK 168/12, Lex 1235905; z 30 stycznia 2013 roku, IV KO 79/12, Lex 1277778; z 23 maja 2014 roku, III KK 32/14, Lex 1467125; z 6 listopada 2018 roku, III KK 468/17, Lex 2574443) wskazać należy, iż za zbrodnie przeciwko ludzkości (obok zbrodni ludobójstwa) mogą być uznane również czyny wyczerpujące znamiona zbrodni lub umyślnych występków, które stanowią element szerszego zachowania (poważnych prześladowań), wpisującego się w zorganizowane działanie organów lub funkcjonariuszy państwa bądź innej organizacji, skierowanego przeciwko określonej grupie (społeczności) ludzkiej (narodowej, etnicznej, religijnej, rasowej, politycznej), jeżeli te poważne prześladowania były dokonywane przez funkcjonariuszy publicznych lub przez nich inspirowane albo tolerowane.

Mając w polu widzenia tak zdefiniowane znamiona zbrodni przeciwko ludzkości wskazać zatem należy, iż zasadniczą dla przypisania za nią odpowiedzialności jest wykazanie (a w postępowaniu immunitetowym dostateczne

uprawdopodobnienie), iż sprawca w sposób świadomy i ze szczególną, polityczną motywacją, utożsamiając się z totalitarnym ustrojem i działając w jego strukturach, co najmniej aprobując taki sposób realizacji polityki władz państwa brał udział w poważnych prześladowaniach, działając z zamiarem stosowania represji lub naruszania praw człowieka z powodu przynależności osób prześladowanych do określonej grupy narodowościowej, politycznej, społecznej, rasowej lub religijnej. Powyższą zbrodnię może stanowić również jednostkowe działanie sprawcy, o ile jednak stanowiło element owego rozległego lub systematycznego, świadomego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej.

Wątpliwość wzbudza natomiast zasadność ustalania kwestii zarówno świadomego udziału we wspomnianych uprzednio prześladowaniach, jak również postaci zamiaru, kluczowych dla realizacji znamion analizowanego czynu, jedynie na podstawie wybiórczego materiału dowodowego, a nie szeroko rozumianym całokształcie okoliczności danej sprawy. Niezasadnym wydaje się bowiem ustalenie dokonywania albo inspirowania lub tolerowania „innych poważnych prześladowań z powodu przynależności osób prześladowanych do określonej grupy narodowościowej, politycznej, społecznej, rasowej lub religijnej”, będące elementem rozległego lub systematycznego, świadomego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej, jak również utożsamiania się z komunistycznym ustrojem politycznym, jedynie w oparciu o materiał dowodowy w postaci jednostkowego orzeczenia wydanego przez sędziego objętego wnioskiem o zezwolenie na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej lub na podstawie przedłożonych wraz z wnioskiem dotyczących go opinii służbowych, jak również samej treści wyroku rewizyjnego, czy też faktu orzekania przez sędziego w ramach struktury sądownictwa PRL. Wątpliwym jest również, czy na podstawie tak zgromadzonego i przedstawionego przez wnioskodawcę materiału dowodowego zasadnym jest czynienie ustaleń w zakresie świadomego działania sędziego polegającego na umyślnym stosowaniu w ramach aparatu władzy ustroju komunistycznego represji, stanowiących poważne prześladowania z przyczyn politycznych z powodu prezentowanych i wyrażanych przez pokrzywdzonego przekonań oraz poglądów społeczno-politycznych.

Mając na uwadze zindywidualizowany charakter odpowiedzialności karnej jako konieczne wydaje się również wskazanie okoliczności, które uzasadniałyby przyjęcie, że orzekanie danego sędziego wpisywało się w zaplanowany i metodyczny system represji państwowych.

Zważając na uprzednie uwagi dotyczące znamion zbrodni przeciw ludzkości i wynikającej z powyższych konieczności rozważenia, czy sędzia uczestniczył w systemowym represjonowaniu osób o odmiennych poglądach politycznych, w ramach aprobowanych przez siebie zbrodniczych działań państwa komunistycznego, zasadne wydaje się w konsekwencji rozważenie, czy dla przyjęcia realizacji znamion powyższego czynu wymagane jest przeprowadzenie analizy zestawienia wszystkich spraw z ocenianego czasokresu, w których m. in. na podstawie dekretu z dnia 12 grudnia 1981 r. wyrokował sędzia.

Przechodząc natomiast do uzasadnienia zagadnienia sformułowanego w punkcie 3, wskazać należy natomiast na szereg kwestii.

Zaznaczenia na wstępie wymaga, iż złożenie zdania odrębnego stanowi prawo, a nie obowiązek sędziego. Formułowanie bowiem przypuszczeń co do poglądu wyrażonego przez sędziego w toku narady jedynie na podstawie faktu niezłożenia przez niego *votum separatum*, jawi się jako skrajnie wadliwe i w sposób oczywisty sprzeczne z ustawowym nakazem orzekania w oparciu o większość głosów, obowiązkiem podpisania przez przegłosowanego sędziego wydanego orzeczenia, a także czyniące wbrew podstawowym zasadom orzekania (art. 111, 112 i 113 k.p.k. /art. 98, 99 i 100 k.p.k. z 1969 r.). Za nieprawidłową i błędną niewątpliwie uznaje się tym samym tezę o jednomyślności składu orzekającego wobec nieskorzystania z prawa do złożenia *votum separatum*, jako założenie, czyniące wbrew treści art. 108 k.p.k. i wynikającej z tego przepisu zasadzie tajności narady sędziowskiej, jak również w sposób oczywisty sprzeczne z przepisem art. 111 § 1 k.p.k. (będącym odpowiednikiem art. 98 § 1 k.p.k. z 1969 roku), który w sposób kategoriyczny wskazuje, iż orzeczenia zapadają większością głosów. Przegłosowany sędzia ma natomiast obowiązek wydany wyrok podpisać. *Votum separatum* stanowi uprawnienie, a nie obowiązek przegłosowanego sędziego, wobec czego konstruowanie ustaleń w zakresie sposobu głosowania w oparciu o stwierdzony jego brak, a następnie czynienie zarzutu z faktu nieskorzystania



z instytucji określonej w art. 114 k.p.k. (odpowiednio - art. 101 k.p.k. z 1969 roku) jawi się jako nieprzekonujące i nieznaidujące oparcia w przepisach prawa, a kwestia ta wydaje się w przestrzeni orzecznictwa bezdyskusyjna.

Wątpliwości co do bezwzględności tajemnicy narady sędziowskiej i niedopuszczalności z niej zwolnienia pojawiają się jednak w momencie, gdy sędzia, który nie złożył zdania odrębnego, zostaje oskarżony o popełnienie przestępstwa. Wówczas złożenie zdania odrębnego staje się znaczącą czynnością nie tylko w aspekcie moralnym, ale stanowi „realny interes w zaznaczeniu swego odrębnego zdania” (A. Mogilnicki, E.S. Rappaport, *Kodeks postępowania karnego. Cz. II. Motywy ustawodawcze*, Warszawa 1929, s. 450, jak również A. Bojańczyk, *Zdanie odrębne w postępowaniu karnym*, Forum Prawnicze 2012, Nr 3, s. 7-8).

W sytuacji fundamentalnej niezgody sędziego z treścią wydanego orzeczenia i faktu niezłożenia *votum separatum*, przyjęcie możliwości zwolnienia go z przedmiotowej tajności i ujawnienia okoliczności objętych tajemnicą narady wydaje się być natomiast dopuszczalne przez część judykatury w świetle szeroko rozumianego prymatu prawa do obrony. Wprawdzie i w tym zakresie (tj. zarówno co do samej możliwości, jak i sposobu zwolnienia) istnieją rozbieżności doktrynalne, jednakże zauważalny jest wśród jego zwolenników zgodny pogląd o możliwości zwolnienia oskarżonego sędziego od tajemnicy narady sędziowskiej i przebiegu głosowania.

W tym kontekście zasadne jest przywołanie obu stanowisk judykatury co do możliwości odstąpienia od zasady określonej w art. 108 k.p.k. w sytuacji, gdy sędzia staje się oskarżonym (które to uwagi pozostają aktualne również co do art. 95 § 1 k.p.k. z 1969 r.)

W kontekście sygnalizowanej wątpliwości część doktryny wskazuje, iż zasada tajności narady, tak dziś (art. 108 § 1 k.p.k.) jak i w dacie czynów wskazanych we wniosku o wyrażenie zgody na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej (art. 95 § 1 k.p.k. z 1969 roku) stanowi procesową gwarancję niezawisłości sędziowskiej. W judykaturze dominuje pogląd, iż zwolnienie od zachowania wspomnianej tajności jest niedopuszczalne, przy czym zasada ta ma charakter bezwzględny i nie przewiduje jakichkolwiek wyjątków, gdyż taka możliwość została wprost wyłączona przez samego ustawodawcę (zob. M.

Kurowski [w:] Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany, red. D. Świecki, LEX/el. 2022, art. 108). Wskazuje się bowiem, że przepis art. 108 § 1 k.p.k. (odpowiednio: art. 95 § 1 k.p.k. z 1969 roku) statuuje bezwzględny zakaz dowodowy, uniemożliwiając tym samym odtworzenie zarówno przebiegu narady, jak i samego głosowania, udaremniając możliwość dokonania jakichkolwiek ustaleń w tym przedmiocie. Jednocześnie w judykaturze wskazuje się, iż „tajemnica przebiegu narady i głosowania nad orzeczeniem nie powinna być przedmiotem dociekań i ustaleń sądu dyscyplinarnego, zarówno w drodze postępowania dowodowego bezpośrednio ukierunkowanego na wyjaśnienie tych kwestii, jak i w drodze pośrednich wnioskowań” (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 22 stycznia 2014 r., SNO 40/13, LEX nr 1430401). Za jedyną natomiast instytucję pozwalającą na powzięcie informacji w zakresie sposobu głosowania nad rozstrzygnięciem przez członka kolegiального składu orzekającego jest jedynie *votum separatum* (art. 418 § 2 k.p.k.), ustawowo wyłączające tajemnicę ustanowioną przez uprzednio wspomniany przepis art. 108 k.p.k. Brak wyjątków od tajności narady wywodzi się przy tym z procesowej gwarancji niezawisłości sędziowskiej (zob. J. Grajewski i in., Prawo karne procesowe – część ogólna, Warszawa 2009, s. 74). W odniesieniu do odrzucenia możliwości uchylecia tajności w sytuacji, gdy to sędzia jest oskarżony, zwolennicy kategorycznej niedopuszczalności zwolnienia od omawianej zasady przyjmują, iż art. 108 k.p.k. stanowi *lex specialis* wobec art. 85 u.s.p. w zakresie, w jakim zwalnia on z obowiązku zachowania tajemnicy, a w konsekwencji nie można skutecznie zwolnić sędziego z zachowania tajemnicy dotyczącej przebiegu narady i głosowania (zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego* s, t. 1, 2007, s. 602). Uzasadniając przyjęcie tezy o niedopuszczalności zwolnienia z obowiązku zachowania omawianej tajemnicy wskazuje się równocześnie o braku możliwości zastosowania przepisu art. 180 § 1 k.p.k., umożliwiającego to zwolnienie od tajemnicy zawodowej i funkcjonalnej. Wskazuje się bowiem, że „przebieg narady i głosowania pozostaje w tajemnicy także po wyrokowaniu. Zwolnienie zaś z obowiązku zachowania omawianej tajemnicy jest niedopuszczalne. W tym wypadku nie stosuje się więc przepisu art. 180 § 1 k.p.k. umożliwiającego zwolnienie od tajemnicy zawodowej i funkcjonalnej. Jedynym sposobem poznania sposobu głosowania sędziów jest zgłoszenia przez

przegłosowanego sędziego zdania odrębnego (art. 114 § 1) i za jego zgodą podanie jego nazwiska do wiadomości (art. 418 § 2)” (zob. J. Skorupka [w:] Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1-166, red. R. A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2017, art. 108).

Jednocześnie część doktryny aprobuje możliwość zwolnienia z tajemnicy narady, akcentując zasadność powyższego stanowiska w sytuacji, gdy jej ujawnienie miałyby służyć realizacji przysługującego sędziemu prawa do obrony. W piśmiennictwie przyjmuje się przy tym dwie możliwości odejścia od zachowania tajności narady.

Pierwszą z nich jest niejako automatyczne zwolnienie sędziego z obowiązku jej zachowania (zob. Z. Sobolewski, *Zasada nemo se ipsum accusare tenetur*, Lublin 1979, s. 135–136, jak również pogląd wyrażony przez Z. Sobolewskiego i S. Waltosia). Osoba postawiona w stan oskarżenia zostaje bowiem przez ten fakt automatycznie zwolniona od obowiązku zachowania tajemnicy służbowej tylko w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do wyjaśnienia okoliczności danej sprawy (R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces Karny. Część Ogólna*, Zakamycze 2004, str.257). W tym zakresie wskazuje się również na treść art. 85 § 3 u.s.p. i wynikającą z powyższego możliwość ujawnienia tajemnicy zawodowej jako wyniku decyzji samego sędziego składającego zeznania jako świadek w postępowaniu sądowym, przy czym to jego obciąża ryzyko w zakresie prawidłowości dokonanej oceny. Zaznacza się, że „jeżeli sędzia oceni, że ujawnienie tajemnicy nie zagraża dobru państwa albo takiemu ważnemu interesowi prywatnemu, który nie jest sprzeczny z celami wymiaru sprawiedliwości, obowiązek zachowania tajemnicy ustaje i sędzia może złożyć zeznania jako świadek bez oczekiwania na zwolnienie od obowiązku zachowania tajemnicy przez Ministra Sprawiedliwości” (K. Gonera [w:] *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, red. A. Górski, Warszawa 2013, art. 85).

Drugą możliwością, za którą opowiada się część doktryny, jest uwolnienie się od tajemnicy narady poprzez odwołanie do stanu wyższej konieczności (zob. E. Skrętowicz, *Wyrok sądu karnego pierwszej instancji*, Lublin 1989, s. 33, a także Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Katowice 2001, s. 116-117, jak również pogląd A. Murzynowskiego i A. Kaftali).

W literaturze prawniczej wskazuje się również, iż „wydaje się jednak naturalne, że sędzia postawiony w stan oskarżenia musi mieć możliwość realnej obrony i w tym zakresie jest, przez postawienie mu zarzutu związanego z naradą i głosowaniem w określonej sprawie (...), zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy z jej przebiegu” (zob. M. Kurowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el. 2022, art. 108).

Argumentuje się jednocześnie, że „nie jest tu problematyczne przyjęcie, że ujawnienie tej tajemnicy może zostać uznane z mocy prawa za dopuszczalne (automatyczne zwolnienie) czy też za działanie stanu wyższej konieczności, gdyż oba układy procesowe będą uchylały ewentualną przestępczość czynu polegającego na ujawnieniu okoliczności objętych tajemnicą” (zob. zob. M. Kurowski, *op. cit.*). Zauważa się nadto, że „proces karny to prawnie uregulowana działalność określonych jego uczestników, tym samym gdy działalność ta nie jest uregulowana, dochodzi do przestępstwa w związku z jedną z tych faz lub podczas niej; tajemnica narady nie obejmuje tego aspektu co *de facto* powoduje, że nie jest to naruszenie tajemnicy, gdyż nie powstała ona w związku z jej wyłączeniem przez czyn karalny” (zob. T. Grzegorzczak [w:] *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1-467. Komentarz*, Warszawa 2014, LEX/el).

Rozbieżności pojawiają się również w kwestii wykorzystania dowodu w postaci wyjaśnień sędziego jako oskarżonego. W doktrynie podkreśla się zupełny charakter zakazu dowodowego, uniemożliwiającego przeprowadzenie dowodu na daną okoliczność w sposób prawnie dopuszczalny i brak możliwości orzekania na podstawie materiału niestanowiącego dowodu w sprawie (zob. T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 438). Jednocześnie prezentowane jest stanowisko, iż dopuszcza się przeprowadzenie „dowodu swobodnego na okoliczność przebiegu narady lub sposobu głosowania, jeżeli na podstawie treści orzeczenia, jego uzasadnienia lub treści uzasadnień zdań odrębnych powstaną wątpliwości, co do prawidłowości przebiegu narady i głosowania, np. sposobu postawienia pytania podczas głosowania, ustalenia „sztucznej” większości” (zob. S. Steinborn [w:] *Komentarz aktualizowany do art. 1-424 Kodeksu postępowania karnego*, red. L. K. Paprzycki, LEX/el. 2015, art. 108). Wskazuje się również, że dowód ten może być przeprowadzony w drodze

„zażądania urzędowego wyjaśnienia ewentualnych nieprawidłowości” (zob. J. Bratoszewski, *Zdanie odrębne w procesie karnym*, s. 40–41), przy czym dotyczyć może „okoliczności związanych z naradą i głosowaniem, ale innych niż ich przebieg” (zob. zob. S. Steinborn, *op. cit.*).

Mając na uwadze doktrynalną sporność powyższych kwestii jako konieczne jawi się zatem rozstrzygnięcie o dopuszczalności zwolnienia sędziego od tajemnicy narady sędziowskiej i przebiegu głosowania w sytuacji fundamentalnego braku aprobaty co do istoty wydanego przez niego rozstrzygnięcia w ramach realizacji jego prawa do obrony w postępowaniu w przedmiocie wyrażenia zgody na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej.

W ocenie Sądu Najwyższego występujące w niniejszej sprawie istotne wątpliwości co do wykładni przepisów prawa, sprowadzające się do pytań sformułowanych w sentencji niniejszego postanowienia, z uwagi na występujące w wykładni powołanych przepisów rozbieżności, dostatecznie sygnalizują wagę problemu i stopień skomplikowania przedstawionych zagadnień prawnych i uzasadniają tym samym wystąpienie przez skład trzyosobowy sędziów Sądu Najwyższego z powyższymi do składu 7 sędziów Sądu Najwyższego. Sąd Najwyższy winien bowiem w pierwszej kolejności rozstrzygnąć wskazaną problematykę, gdyż ma ona niewątpliwie wpływ na rozstrzygnięcie analizowanej sprawy. Wyjaśnienie tych kwestii niewątpliwie przyczyni się jednocześnie do wyeliminowania rozbieżności interpretacyjnych i wypracowania jednolitej wykładni przepisów, które stanowią przyczynę przedstawionych zagadnień.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Najwyższy postanowił jak na wstępie.