

Pięć minut antyfilozofii antyprawa

Uchwała SN z dnia 20 grudnia 2007 r., I KZP 37/07

Ze względu na niezamieszczenie w Konstytucji PRL z 1952 r. zakazu tworzenia przepisów karnych z mocą wsteczną (zasady *lex retro non agit*) oraz braku mechanizmu prawnego umożliwiającego uruchamianie kontroli zgodności przepisów rangi ustawowej z Konstytucją lub z prawem międzynarodowym, a także ze względu na brak regulacji określającej miejsce umów międzynarodowych w krajowym porządku prawnym, sądy orzekające w sprawach karnych o przestępstwa z dekretu Rady Państwa z dnia 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym (Dz. U. Nr 29, poz. 154) nie były zwolnione z obowiązku stosowania retroaktywnych przepisów karnych rangi ustawowej.

Jerzy Zajadło

Glosa

Glosowana uchwała zapadła w trybie rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego powstałego w postępowaniu w toku instancji (art. 441 § 2 k.p.k.). Z takim problemem zwrócił się do powiększonego składu Sądu Najwyższego, Sąd Najwyższy – Sąd Dyscyplinarny w związku ze sprawą Zdzisława B., w stosunku do którego Prokurator Instytutu Pamięci Narodowej – Oddziałowej Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu w Katowicach wystąpił z wnioskiem o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej. Zdzisław B. jest obecnie sędzią Sądu Najwyższego w stanie spoczynku i w 1982 r. orzekał w sprawach karnych o przestępstwa z dekretu Rady Państwa z dnia 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym. Ponieważ składy sędziowskie, w których zasiadał w tym czasie Zdzisław B. rozstrzygały także w sprawach tymczasowego aresztowania sprawców czynów popełnionych w okresie od 12 (13?) do 16 (17? 18?) grudnia 1981 r., siłą rzeczy powrócił, już wcześniej szeroko dyskutowany w orzecznictwie i doktrynie¹, problem legalności tego orzecznictwa. Ergo, powstał również problem oceny, czy przypadkiem orzekanie bez podstawy prawnej nie oznaczało popełnienia przestępstwa nadużycia władzy przez sędziów, w tym także sędziego Sądu Najwyższego w stanie spoczynku Zdzisława B. (przede wszystkim art. 231 § k.k.).

Nie wchodząc w szczegóły tej skomplikowanej debaty, przypomnijmy jedynie kilka podstawowych faktów:

- w nocy z 12 na 13 grudnia 1981 r. Rada Państwa na podstawie art. 33 ust. 2 Konstytucji PRL wprowadziła stan wojenny na terytorium PRL;
- dekret o stanie wojennym z dnia 12 grudnia 1981 r. został opublikowany w Dzienniku Ustaw Nr 29 pod pozycją 154, przy czym organ publikacyjny był datowany na dzień 14 grudnia 1981 r.;

¹ Z bogatej literatury por. np. J. Oniszczuk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2004 oraz W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2003 – w tym cytowane w obu pozycjach orzecznictwo i piśmiennictwo.

- dzisiaj już wiemy, że druk przedmiotowego Dziennika Ustaw rozpoczęto dopiero w dniu 17 grudnia 1981 r. i ukończono w dniu 18 grudnia 1981 r., a więc można przyjąć, że treść norm prawnych mogła dotrzeć do adresatów dopiero 19 grudnia 1981 r.;

- przepis art. 61 dekretu o stanie wojennym stanowił: „Dekret wchodzi w życie z dniem ogłoszenia z mocą od dnia uchwalenia”;

- 03 marca 1977 r. PRL ratyfikowała Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. nr 38 poz. 167 – załącznik), którego art. 15 ust. 1 stanowi: „Nikt nie może być skazany za czyn lub zaniechanie, które w myśl prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowiły przestępstwa w chwili ich popełnienia. Nie może być również zastosowana kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w chwili popełnienia przestępstwa. Jeżeli po popełnieniu przestępstwa ustanowiona zostanie przez ustawę kara łagodniejsza za takie przestępstwo, przestępca będzie miał prawo z tego korzystać” (cytuję wg. oficjalnego, chociaż niezbyt precyzyjnego tłumaczenia opublikowanego w: Dz. U. z 1977 r. nr 38, poz. 167 – załącznik).

W głosowanej uchwale Sąd Najwyższy powinien więc odnieść się do kilku fundamentalnych problemów prawnych: po pierwsze, ustalenia rzeczywistego momentu obowiązywania dekretu o stanie wojennym w sytuacji różnych dat wydania (12 grudnia), publikacji (14 grudnia) i faktycznej dostępności (18 (19?) grudnia) tego aktu prawnego; po drugie, problemu naruszenia zasady *lex retro non agit*, a ściślej rzecz biorąc zady *lex severior retro non agit* i w konsekwencji także zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori* w kontekście brzmienia cytowanego przepisu art. 61 dekretu o stanie wojennym; po trzecie, kwestii charakteru obowiązywania w polskim porządku prawnym cytowanego art. 15 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Od sposobu rozstrzygnięcia tych zagadnień prawnych zależy bowiem także, zdaniem Sądu Najwyższego, kwestia odpowiedzialności karnej sędziów za wyrokowanie na podstawie dekretu o stanie wojennym w sprawie czynów popełnionych w okresie od 12 (13?) do 16 (17?, 18?) grudnia 1981 r.

I Sąd najwyższy się odniósł, tyle tylko, że sposób tego odniesienia musi budzić najwyższe zdumienie wśród specjalistów z zakresu prawa karnego, ale jeszcze większe wśród teoretyków i filozofów prawa, a tą ostatnią dziedziną zajmuje się autor niniejszej glosy. Kiedy po raz pierwszy przeczytałem informację na temat głosowanej uchwały, to nie zrobiło to na mnie większego wrażenia. Ot, sucha notka prasowa pod tytułem „IPN nie będzie mógł ścigać sędziów stanu wojennego”.² Problem zaczął się dopiero wówczas, gdy wglębiłem się w uzasadnienie decyzji Sądu Najwyższego i to decyzji o szczególnym znaczeniu, ponieważ wpisanej do księgi zasad prawnych. Moje wątpliwości wzbudziły nie tylko poszczególne punkty przeprowadzonego wywodu prawnego, czyli to, co jest w uzasadnieniu głosowanej uchwały; daleko bardziej bulwersujące wydaje mi się to, czego tam *anno Domini* 2007 nie ma. A z filozoficznoprawnego punktu widzenia nie ma tam w gruncie rzeczy nic, może poza pseudopozytywizmem próbującym po prawie dwudziestu latach transformacji ustrojowej udowodnić na siłę, że czarne jest białe, a białe jest czarne. Rzecz jest o tyle zaskakująca, że po 1989 r. w Polsce to właśnie niektóre środowiska

² Rzeczpospolita z 21 grudnia 2007 r., s. C1.

sędziowskie jako jedne z pierwszych najsilniej odczuwały potrzebę dyskusji na temat istoty prawa i granic jego obowiązywania, *ergo* – roli filozofii prawa w procesie tworzenia i stosowania prawa.³

Mimo że głosowana uchwała zapadła w stosunkowo mało istotnym postępowaniu incydentalnym, to z uwagi na treść swojej sentencji i argumentów podniesionych w uzasadnieniu może mieć kapitalne znaczenie dla dalszego wykorzystywania instrumentarium prawa karnego w procesie rozliczania zbrodniczej przeszłości. Na świecie nie ma w tym zakresie jakiegoś uniwersalnego modelu. Kilka lat temu w Instytucie Maxa Plancka we Freiburgu zakończono kompleksowe badania prowadzone w ramach programu „Reakcja prawa karnego na systemowe bezprawie” (*Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*). Otóż okazuje się, że można wyróżnić cztery możliwe typy prawa karnego zorientowanego na sprawców jako reakcji na systemowe bezprawie - przyjęta typologia opiera się na określeniu dwóch rozwiązań skrajnych i znajdujących się pomiędzy tymi biegunami rozwiązań pośrednich. Przede wszystkim więc stosunek prawa karnego do przeszłości polegać może na rezygnacji ze ścigania, którą można by określić mianem strategii „grubej kreski”. Okazuje się, że na takie rozwiązanie zdecydowały się bardzo różne – z punktu widzenia ich historycznych doświadczeń - państwa: z jednej strony np. Hiszpania czy Chile, z drugiej zaś np. Rosja czy Białoruś. Na przeciwległych biegunie znajduje się model wszechstronnego ścigania prawnokarnego za zbrodnie poprzedniego systemu i tutaj autorzy projektu wymieniają właściwie tylko jeden przykład – Niemcy po 1990 r. Rozwiązania pośrednie polegają z kolei albo na warunkowej rezygnacji ze ścigania prawnokarnego (np. Republika Południowej Afryki), albo ograniczonym ściganiu (z jednej strony np. Bułgaria, Polska czy Węgry, z drugiej zaś np. Argentyna, Grecja czy Portugalia).⁴

Z punktu widzenia głosowanej uchwały szczególnie interesującego materiału do oceny dostarcza orzecznictwo sądów niemieckich z lat 90 XX w. i z pierwszej dekady obecnego stulecia. W naszym kraju znane są przede wszystkim wyroki w sprawach tzw. strzelców przy Murze Berlińskim (tzw. *Mauerschützen*) – jest to wprawdzie problem specyficznie niemiecki, ale pewne aspekty tego orzecznictwa mogą mieć zastosowanie także do oceny polskiego systemu prawa, ponieważ sprawa w ostatecznej instancji znalazła swój finał w 2001 r. przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka⁵. Jednym z podstawowych zagadnień, którymi zajął się Trybunał była również kwestia wyznaczenia standardów oceny retroaktywnego prawa karnego. Trzeba jednak podkreślić, że w przyjętym w Niemczech modelu przed sądami postawiono również sędziów i prokuratorów byłej NRD oskarżonych o tzw. naganianie prawa (*Rechtsbeugung* - § 339 niemieckiego kodeksu karnego). W polskim kodeksie karnym nie ma wprawdzie analogicznego przestępstwa, ale jest cytowany już wyżej przepis art. 231 k.k. (dawniej art. 246 k.k. z 1969 r.), który w pewnych

³ Por. B. Czech (red.), *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa. Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej w dniach 11 i 12 czerwca 1991 roku w Katowicach*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości – Ośrodek Terenowy przy Sądzie Wojewódzkim w Katowicach, Katowice 1992 – o ile mi wiadomo, ukazał się tylko tom I materiałów i niektóre z referatów wygłoszonych w trakcie konferencji nigdy nie zostały później opublikowane.

⁴ A.Eser, J.Arnold (red.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, t. 5, *Polen.Ungarn*, s. 14-19.

⁵ Szerzej na ten temat zob. J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur. Procesy strzelców przy Murze Berlińskim*, Wydawnictwo Arche, Gdańsk 2003 i zamieszczone tam tłumaczenia orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

okolicznościach może pełnić bardzo podobną rolę, ponieważ przestępstwo „naginania prawa” polega także na stosowaniu przepisów retroaktywnych prowadzących do naruszenia zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori*. Moim zamiarem nie jest oczywiście bezrefleksyjne przenoszenie niemieckich doświadczeń na grunt polski. Z drugiej jednak strony pewne elementy tego orzecznictwa mają wymiar uniwersalny. Niemieckie sądy, podobnie w gruncie jak *mutatis mutandis* polskie organy wymiaru sprawiedliwości w sprawach zbrodni komunistycznych, w sprawach strzelców przy Murze Berlińskim stanęły bowiem przed takim oto wyborem:

1. Uznanie, że inkryminowane czyny należy oceniać na podstawie literalnego brzmienia przepisów prawa i faktycznej praktyki organów wymiaru sprawiedliwości byłej NRD oraz w świetle ówczesnie obowiązującej koncepcji państwa i prawa (tzw. praworządności socjalistycznej) – wówczas nie tylko szeregowi żołnierze służby granicznej, ale także (a może przede wszystkim) członkowie najwyższych władz partyjnych i państwowych nigdy nie byliby pociągnięci do odpowiedzialności karnej; w świetle tego szczególnego pozytywizmu reżim graniczny NRD był legitymizowany *de iure* i *de facto*, a w konsekwencji należało albo w ogóle odstąpić od ścigania, albo uniewinnić ewentualnych oskarżonych.
2. Uznanie, że wprowadzie prawo i polityka ówczesnej władzy legitymizowały określony reżim graniczny, ale legitymizacja ta była sprzeczna z:
 - a) uniwersalnymi, ogólnoludzkimi i powszechnie przyjętymi normami moralnymi, podważającymi lub kwestionującymi jej prawny charakter – w konsekwencji przepisy prawa wyłączające bezprawność określonych czynów powinny być pozbawione *ex ante* lub *ex post* mocy obowiązującej (tzw. formuła Radbrucha),
 - b) standardami określonymi w normach międzynarodowej ochrony praw człowieka, zwłaszcza Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. (mimo jej formalnie niezobowiązującego charakteru) i Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r. (mimo braku aktu formalnej implementacji do porządku prawnego NRD) – w konsekwencji przepisy prawa NRD wyłączające bezprawność czynów albo pozbawione były mocy obowiązującej z uwagi na sprzeczność z prawem międzynarodowym, albo przynajmniej należało je interpretować w duchu wykładni przyjaznej prawom człowieka, co umożliwiałoby odpowiedzialność na zasadach ogólnych kodeksu karnego NRD lub RFN,
3. Uznanie, że obowiązujące w NRD przepisy konstytucji, kodeksu karnego, ustaw regulujących reżim graniczny i policyjny, a nawet pozaustawowe regulacje faktycznych organów władzy (uchwały, instrukcje, rozkazy, decyzje itp.), należy „brać za słowo”, interpretować literalnie i wręcz nie w duchu tzw. praworządności socjalistycznej, lecz w duchu uniwersalnie pojętego demokratycznego państwa prawa.

Kiedy na początku lat 90. XX w. doszło w Niemczech do procesów *Mauerschützen*, to w literaturze, zwłaszcza karnistycznej, przeważało stanowisko opisanej w pkt. 1; natomiast orzecznictwo wahało się pomiędzy stanowiskiem opisanym w pkt. 2a wspartym argumentacją opisaną w pkt. 2b, a interpretacją w duchu *Rechtsstaat*

scharakteryzowana w pkt. 3. W miarę upływu czasu, zarówno w literaturze jak i orzecznictwie, zaczęła dominować tzw. formuła Radbrucha (pkt 2a) skonkretyzowana w normach międzynarodowej ochrony praw człowieka (pkt 2b). Najwięcej głosów krytycznych kierowano pod adresem tych koncepcji, które próbowały dokonywać reinterpretacji reżimu granicznego NRD w duchu demokratycznego państwa prawa (pkt 3), mimo że to właśnie na takim stanowisku stanął Europejski Trybunał Praw Człowieka.

Czy głosowaną uchwałę Sądu Najwyższego można poddać ocenie z punktu widzenia tych trzech możliwych stanowisk? W moim przekonaniu zdecydowanie tak - nawet jeśli nie w świetle szczegółowej dogmatyki prawa karnego, to przynajmniej z perspektywy ogólnej teorii i filozofii prawa. Gdyby uzasadnienie proponowane przez Sąd Najwyższy mieściło się w opisanym wyżej swoistym pozytywizmie, a właściwie swoistym realizmie prawnym i ograniczyło się do próby oceny dekretu o stanie wojennym z pozycji rzeczywistości prawnej oraz pozaprawnej PRL (pkt 1), wówczas byłbym w stanie go przynajmniej zrozumieć. Tak jednak, niestety, nie jest - w głosowanej uchwale mamy do czynienia z wywodem, który wykracza poza ten standard, ponieważ w gruncie rzeczy jest łąčeniem argumentów, których połączyć się nie da. Sąd Najwyższy próbuje bowiem bronić rzeczywistość prawną i pozaprawną PRL (pkt 1) korzystając całkiem serio z argumentów, które powinny mieć zastosowanie jedynie do demokratycznego państwa prawa (pkt 3). Pomijając w tym miejscu problem kontrowersyjnej formuły Radbrucha, trzeba podkreślić, że Sąd Najwyższy odrzucił również możliwość zastosowania opisywanej wyżej wykładni przyjaznej prawom człowieka (pkt 2), chociaż nie do końca jest dla mnie jasne dlaczego. W rezultacie powstaje prawna i prawnicza hybryda, ponieważ okazuje, że z dekretem o stanie wojennym było wszystko w porządku nie tylko na gruncie porządku prawnego PRL, lecz także w świetle współczesnych standardów. Autorzy orzeczenia bronią wprowadzie przed takim zarzutem pisząc wyraźnie w uzasadnieniu, że PRL nie była oczywiście demokratycznym państwem prawnym w rozumieniu art. 2 Konstytucji RP z 1997 r., ale w gruncie rzeczy robią tylko po to tylko, by uzasadnić brak wyraźnego zakazu przyjmowania ustawodawstwa karnego z mocą wsteczną, także z punktu widzenia z punktu widzenia art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. W rzeczywistości traktują więc porządek prawny i pozaprawny PRL z całą powagą pozytywizmu prawniczego jako ideologii demokratycznego państwa prawa, skoro mamy do czynienia z takim oto ciągiem myślowym przesłanek i wynikających z nich wniosków:

1. Konstytucja PRL z 1952 r. nie zawierała *explicite* zakazu tworzenia przepisów karnych z mocą wsteczną,
2. Konstytucja PRL z 1952 r. nie przewidywała mechanizmu prawnego umożliwiającego uruchamianie kontroli zgodności przepisów rangi ustawowej z Konstytucją lub prawem międzynarodowym,
3. Konstytucja PRL z 1952 r. nie określała miejsca umów międzynarodowych w krajowym porządku prawnym i w związku z tym retroaktywne ustawodawstwo karne nie naruszało tego porządku mimo odmiennej regulacji wynikającej z artykułu 15 Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych,

4. Konstytucja PRL z 1952 r. przewidywała, że: ściśle przestrzeganie prawa jest podstawowym obowiązkiem każdego organu państwa i każdego obywatela; wszystkie organy władzy i administracji publicznej działają na podstawie przepisów prawa; sędziowie są niezawisli i podlegają tylko ustawom,
5. Ustawa z 30 grudnia 1950 r. o wydawaniu Dziennika Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej i Dziennika Urzędowego Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” przewidywała, że dzień oznaczy w dzienniku jako dzień jego wydania jest jednocześnie dniem ogłoszenia aktów prawnych zawartych w tym dzienniku.
6. Retroaktywne przepisy o stanie wojennym wydała Rada Państwa, a więc organ konstytucyjnie zobowiązany do czuwania nad zgodnością ustaw z Konstytucją,
7. Wnioski: „ani art. 3 ustawy o wydawaniu Dziennika Ustaw ani art. 61 dekretu o stanie wojennym nie były niezgodne z Konstytucją PRL, a wobec tego Konstytucja ta nie mogła stanowić podstawy prawnej zwolnienia sądów z obowiązku stosowania przepisów rangi ustawowej, nawet, jeżeli naruszało to zasadę *lex retro non agit*”; „brak takiej regulacji, przy jednoczesnym braku dostosowania do wymogów wynikających z zasady *lex retro non agit*, a nawet tworzenie przepisów karnych z mocą wsteczną, oznaczało pośrednio, że ustawodawca (...) uznaje, że retroaktywne przepisy karne nie naruszają porządku prawnego obowiązującego w PRL”; „z uwagi na brak mechanizmu prawnego umożliwiającego uruchamianie kontroli zgodności przepisów rangi ustawowej z Konstytucją PRL lub z prawem międzynarodowym sądy orzekające w sprawach o przestępstwa z dekretu o stanie wojennym nie były zwolnione z obowiązku stosowania przepisów (w tym przepisów retroaktywnych) rangi ustawowej”, itd., itp.

Wszystko to może prowadzić to do dwóch paradoksalnych konkluzji. Z jednej bowiem strony ten karkołomny proces myślowy byłby w gruncie rzeczy całkowicie niepotrzebny, gdyby tylko twórcy stanu wojennego okazali się wystarczająco zapobiegliwi i wydrukowali stosowny organ publikacyjny w miarę wcześniej, np. w już nocy z 12 na 13 grudnia 1981. Z drugiej strony z kolei, na gruncie argumentów zawartych w głosowanej uchwale, sędziowie PRL byłiby zobowiązaniu do stosowania dekretu o stanie wojennym w równym stopniu nawet wówczas, gdyby opublikowano stosowny Dziennik Ustaw znacznie później, np. dopiero w czerwcu 1982 r., skoro przepisy art. 25 i art. 31 Konstytucji PRL nakładały wprawdzie na Przewodniczącego Rady Państwa obowiązek zarządzenia publikacji ustaw i dekretów, ale nie precyzowały żadnego terminu. Stąd w jednym orzeczeń z okresu stanu wojennego możemy przeczytać, że: „Nie można powoływać się na nieświadomość bezprawności czynu, jeżeli określone w ustawie (dekrecie) zakazy, nakazy lub ograniczenia przed ogłoszeniem aktu prawnego w „Dzienniku Ustaw” podane zostały do wiadomości publicznej przez środki masowego przekazu i jeżeli co do istnienia takich zakazów, nakazów lub ograniczeń - za pośrednictwem tych środków - sprawca czynu miał świadomość lub też świadomość taką mógł mieć (art. 24 § 2 k.k.)” (wyrok SN z 01.03.1982 r., V KRN 50/82 – OSNKW 1982/6/39).

Tyle tylko, że na tego typu wywody, jakie zawiera głosowana uchwała, w ponad dwadzieścia pięć lat po ogłoszeniu stanu wojennego szkoda po prostu czasu. Gdyby głosowana uchwała Sądu Najwyższego zapadła w latach 80. XX w., to byłbym w

stanie zrozumieć jej retorykę i byłbym nawet skłonny uznać jej pozytywistyczny charakter. Ale w roku 2007 w warunkach demokratycznego państwa prawa Sąd Najwyższy prowadząc tego typu wywód musi mieć świadomość, że jest to niezgodne nawet z kanonami współczesnego pozytywizmu prawniczego. Wbrew wszelkim pozorom, o istocie problemu nie decyduje kwestia zapisów ustawowych. W polskim porządku prawnym obowiązywanie zakazu retroaktywnego prawa karnego stało się możliwe nie tylko dlatego, że 29 grudnia 1989 r. wprowadzono do Konstytucji RP z 1952 r. zasadę demokratycznego państwa prawnego, z której następnie Trybunał Konstytucyjny w drodze orzecznictwa wywiódł zasadę *lex retro non agit*. Przede wszystkim dlatego, że zmiana ustroju politycznego towarzyszyła zmiana kultury prawnej w zakresie pojmowania istoty prawa i granic jego obowiązywania, *ergo* - zmieniła się filozofia prawa. Paradoksalnie na takim stanowisku stał wówczas przecież również przewodniczący i sprawozdawca składu orzekającego, który wydał głosowaną uchwałę - Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, Lech Gardocki. W 1991 r. w glosie do wyroku SN z dnia 28 września 1990 r., V KRN 109/90, pisał: „Dziś bowiem można, opierając się na już istniejącym orzecznictwie TK, stwierdzić, że stanowisko sądów PRL w kwestii retroaktywnego stosowania dekretu o stanie wojennym było nie tylko błędną interpretacją k.k., ale też naruszeniem Konstytucji. Nie ma zaś żadnych przeszkód, by sądy stosowały Konstytucję jako samoistną podstawę kontroli aktów indywidualnych, także orzeczeń sądowych” (PiP 1991/3/113). Na takim stanowisku stał również w tym czasie Sąd Najwyższy, skoro w wyroku z 24 października 1991 r. (II KRN 273/91 - LEX nr 22068) czytamy: „Dekret o stanie wojennym mógł wejść i wszedł w życie po ukończeniu druku całości numeru i rozkolportowaniu go, a więc najwcześniej 19 grudnia 1981 r., i od tej daty należało liczyć przestępność czynów nim wprowadzonych. Od tego bowiem dnia ów dekret stał się dostępny i wtedy też powstała powinność zapoznania się z jego treścią, wyłączająca nieświadomość bezprawności tych czynów”. Jeśli zestawimy te opinie z argumentacją głosowanej uchwały, to nie ulega wątpliwości, że mamy do czynienia z gigantycznym regresem filozoficznoprawnym.

Jeden z twórców współczesnego, tzw. wyrafinowanego pozytywizmu prawniczego H. L. A. Hart pisał swego czasu oceniając orzecznictwo sądów amerykańskich, że oscyluje ono pomiędzy dwoma biegunami - Nocną Marą i Szlachetnym Snem⁶. Pod pojęciem Nocnej Mary rozumiał Hart sytuację, w której strony sporu oczekują od sądu zastosowania obowiązującego prawa, a tymczasem okazuje się to niemożliwe z uwagi na jego niejasność. W rezultacie sąd jest zmuszony do pewnego stopnia sam „tworzyć” prawo. Szlachetny Sen z kolei oznacza sytuację, w której prawo stanowione okazuje się tak precyzyjne i doskonałe, że sędzia ma gotowe rozwiązanie bez potrzeby przejmowania roli „prawodawcy”. Tak jednak dzieje się stosunkowo rzadko lub właściwie nigdy. Co to ma wspólnego z głosowanym orzeczeniem? Otóż nie mogę się oprzeć wrażeniu, że uzasadnienie Sądu Najwyższego jakby odwraca ten dwa bieguny: Nocna Mara staje się Szlachetnym Snem, a Szlachetny Sen - Nocna Mara. Uznając obowiązywanie dekretu o stanie wojennym w okresie od 13 do 17 (18?) grudnia 1981 sądy tylko pozornie stosowały prawo, w rzeczywistości - tworzyły je (Nocna Mara). Szlachetny Sen

⁶ H. L. A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2001, s. 121-142.

spełniłby się dopiero wówczas, gdyby w znanych okolicznościach organy wymiaru sprawiedliwości poddały w wątpliwość jego charakter prawny.

Stąd też bierze się tytuł mojej glosy, który jest parafrazą znanego wystąpienia Gustawa Radbrucha. We wrześniu 1945 r. Radbruch wygłosił pogadankę radiową, którą opublikował później na łamach Rhein-Neckar-Zeitung w formie eseju *Pięć minut filozofii prawa*. W ostatniej, piątej minucie pisał tak: „Istnieją takie zasady prawne, które silniejsze są od każdego przepisu prawnego i w konsekwencji ustawa, która jest z nimi sprzeczna, pozbawiona jest mocy obowiązującej. Zasady te określa się jako prawo natury lub prawo rozumu. Z pewnością niektóre z nich otoczone są wątpliwościami, ale z drugiej strony przez wieki wypracowano ich tak trwały stan i skodyfikowano w Deklaracjach Praw Człowieka i Obywatela w oparciu o tak powszechne porozumienie, że w odniesieniu do niektórych z nich tylko z trudem można zachować sceptycyzm”.⁷ Przekładając to na język bardziej prawniczy – w systemie prawa obowiązują nie tylko zasady wyrażone *explicite*, ale także te, które tkwią tam *implicite*. Jeśli prawnik traci z pola widzenia tę oczywistą prawdę, to prędzej czy później wpada w pułapkę antyfilozofii antyprawa.

Nie chcę szerzej rozwijać problemu motywów, które legły u podstaw sentencji glosowanej uchwały, a zwłaszcza argumentacji jej uzasadnienia. Jeśli była nim chęć ostatecznego zakończenia dyskusji o prawnym charakterze dekretu o stanie wojennym, a może to sugerować decyzja o wpisaniu do księgi zasad prawnych, to można powiedzieć tak: w sensie dogmatycznoprawnym jest to możliwe, natomiast w płaszczyźnie filozoficznoprawnej – wykluczone. Jeśli natomiast chodziło wyłącznie o problem odpowiedzialności karnej sędziów za stosowanie dekretu o stanie wojennym w okresie od 13 do 17 (18?) września 1981 r., to cały ten pseudopozytywistyczny wywód jest w gruncie rzeczy niepotrzebny. Dostrzega to również Sąd Najwyższy, kiedy pisze, że „odpowiedzialność karna sędziego w takiej sytuacji, tak jak odpowiedzialność karna każdej innej osoby, wymaga nie tylko spełnienia wypełnienia znamion czynu zabronionego pod groźbą kary i przesłanki bezprawności działania, ale musi opierać się na zasadzie winy”.

Wszystko wskazuje jednak na to, że decydujące znaczenie miał pierwszy z tych elementów, skoro ostatnie zdanie uzasadnienia glosowanej uchwały brzmi: „Na marginesie trzeba stwierdzić, że w uzasadnieniu niniejszej uchwały, w związku z jej treścią, zbędne okazało się zajmowanie problemem wiedzy sędziów orzekających w sprawach o przestępstwa z dekretu o stanie wojennym, na temat antydatowania Dziennika Ustaw, w którym ten dekret opublikowano”.

⁷ G. Radbruch, *Pięć minut filozofii prawa*, tłum. J. Zajadło, *Colloquia Communia* 1988-1989, 6(41)-1(42), s. 62