



ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO ZBIÓR URZĘDOWY

Seria A

Warszawa, dnia 20 marca 2020 r.

Pozycja 9

POSTANOWIENIE z dnia 28 stycznia 2020 r. Sygn. akt K 22/16

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Julia Przyłębska – przewodniczący
Zbigniew Jędrzejewski
Leon Kieres
Mariusz Muszyński
Krystyna Pawłowicz
Stanisław Piotrowicz
Justyn Piskorski
Piotr Pszczółkowski
Jakub Stelina
Wojciech Sych
Michał Warciński – sprawozdawca
Rafał Wojciechowski
Jarosław Wyrembak
Andrzej Zielonacki,

po rozpoznaniu, na posiedzeniu niejawnym w dniu 28 stycznia 2020 r., wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności:

art. 108 § 2 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94, ze zm.), w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym (Dz. U. Nr 95, poz. 475), w zakresie, w jakim:

- a) nie określał i nie przewidywał rozpoczęcia i zakończenia biegu terminu przedawnienia umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej 3 lat, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji,
- b) stanowił, że bieg terminu przedawnienia umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej lat 5, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – zakończył swój bieg w dniu 1 stycznia 1995 r., tj. jeszcze przed uchwaleniem i wejściem w życie zaskarżonego przepisu

- „z art. 2, z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz z art. 1 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz. U. Nr 84 poz. 426, zm. (...))”,
- c) nie określał i nie przewidywał rozpoczęcia i zakończenia biegu terminu przedawnienia umyślnych przestępstw obejmujących swoimi znamionami zadawanie jakiegokolwiek osobie ostrego bólu lub cierpienia, fizycznego bądź psychicznego, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie była ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej 3 lat, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji,
- d) stanowił, że bieg terminu przedawnienia umyślnych przestępstw obejmujących swoimi znamionami zadawanie jakiegokolwiek osobie ostrego bólu lub cierpienia, fizycznego bądź psychicznego, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie była ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej lat 5, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – zakończył swój bieg w dniu 1 stycznia 1995 r., tj. jeszcze przed uchwaleniem i wejściem w życie zaskarżonego przepisu
- z art. 40 Konstytucji RP, z art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167), z art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284), z art. 1, art. 2, art. 4, art. 13 Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania (Dz. U. z 1989 r. Nr 63, poz. 378) oraz z „art. 87 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej (...) o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym”,

p o s t a n o w i a:

na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393) umorzyć postępowanie.

Orzeczenie zapadło większością głosów.

UZASADNIENIE

I

1. W piśmie z 20 kwietnia 2016 r. Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: Rzecznik lub wnioskodawca) wniósł o stwierdzenie niezgodności art. 108 § 2 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94, ze zm.; dalej: k.k. z 1969 r.), w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym (Dz. U. Nr 95, poz. 475; dalej: ustawa nowelizująca z 1995 r.), która weszła w życie 20 listopada 1995 r., w zakresie, w jakim:

- a) nie określał i nie przewidywał rozpoczęcia i zakończenia biegu terminu przedawnienia umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej 3 lat, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji,
- b) stanowił, że bieg terminu przedawnienia umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej lat 5, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – zakończył swój bieg w dniu 1 stycznia 1995 r., tj. jeszcze przed uchwaleniem i wejściem w życie zaskarżonego przepisu
– z art. 2, art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz z art. 1 „przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym” (Dz. U. Nr 84, poz. 426; dalej: Ustawa Konstytucyjna z 1992 r.),
- c) nie określał i nie przewidywał rozpoczęcia i zakończenia biegu terminu przedawnienia umyślnych przestępstw obejmujących swoimi znamionami zadawanie jakiegokolwiek osobie ostrego bólu lub cierpienia, fizycznego bądź psychicznego, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie była ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej 3 lat, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji,
- d) stanowił, że bieg terminu przedawnienia umyślnych przestępstw obejmujących swoimi znamionami zadawanie jakiegokolwiek osobie ostrego bólu lub cierpienia, fizycznego bądź psychicznego, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie była ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej lat 5, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – zakończył swój bieg w dniu 1 stycznia 1995 r., tj. jeszcze przed uchwaleniem i wejściem w życie zaskarżonego przepisu
– z art. 40 Konstytucji RP, z art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167; dalej: MPPOiP), z art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284; dalej: EKPC), z art. 1, art. 2, art. 4, art. 13 Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania

(Dz. U. z 1989 r. Nr 63, poz. 378; dalej: Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur) oraz z art. 87 „przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy” na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z 1992 r.

1.1. Uzasadniając wniosek, Rzecznik wyjaśnił, że stosowanie zaskarżonego przepisu uniemożliwia pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osób, które dopuściły się niektórych zbrodni komunistycznych, w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz. U. z 2016 r. poz. 152; dalej: ustawa o IPN). Przedmiotem zaskarżenia jest art. 108 § 2 k.k. z 1969 r., w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą z 1995 r., zgodnie z którym:

„Bieg terminu przedawnienia umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji, rozpoczyna się od dnia 1 stycznia 1990 r. Przepis art. 2 § 1 nie ma w takich wypadkach zastosowania”.

Zdaniem Rzecznika, za niekonstytucyjne należy uznać to, że ustawodawca w zaskarżonym przepisie pominął umyślne przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożone karą pozbawienia wolności poniżej 3 lat, popełnione przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji. Występki mieszczące się w tej kategorii uległy zatem przedawnieniu na zasadach kodeksowych, w okresie, w którym pociągnięcie ich sprawców do odpowiedzialności było niemożliwe ze względów politycznych. Ponadto treść zaskarżonego przepisu, w odniesieniu do wskazanych w nim przestępstw, zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej 5 lat, wywoływała taki skutek, że w dniu jego wejścia w życie (20 listopada 1995 r.) przestępstwa mieszczące się w tej kategorii uległy już przedawnieniu. Wynikało to z brzmienia obowiązującego wówczas art. 105 § 1 pkt 3 k.k. z 1969 r., zgodnie z którym karalność przestępstwa ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynęło lat 5 – gdy chodzi o występki zagrożone karą pozbawienia wolności poniżej 5 lat.

Wnioskodawca podkreślił, że w latach 1944-1989, funkcjonariusze publiczni dopuszczali się czynów noszących znamiona czynów zabronionych, stypizowanych w obowiązującym prawie karnym. Działania te były podejmowane przeciwko obywatelom sprzeciwiającym się działaniu reżimu komunistycznego. Czynności podejmowane przez funkcjonariuszy państwa pozostawały bezkarne. Pociągnięcie do odpowiedzialności sprawców przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości było niemożliwe, gdyż aparat państwa był bezpośrednio zainteresowany ochroną swoich funkcjonariuszy.

Rzecznik zauważył, że do ustawy o IPN została wprowadzona definicja zbrodni komunistycznej (art. 2), która jest znacznie szersza od definicji z art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. Zgodnie z art. 4 ust. 1a ustawy o IPN „[b]ieg terminu przedawnienia zbrodni komunistycznych, w rozumieniu art. 2, niebędących zbrodniami wojennymi lub zbrodniami przeciwko ludzkości, rozpoczyna się od dnia 1 sierpnia 1990 r. Karalność tych zbrodni ustaje po 40 latach, gdy czyn stanowi zbrodnię zabójstwa, oraz po 30 latach, gdy czyn stanowi inną zbrodnię komunistyczną. Przepisu art. 4 § 1 Kodeksu karnego nie stosuje się”. Niemniej wnioskodawca zauważył, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, obowiązujący przepis ustawy o IPN, nie znajduje zastosowania do czynów, których karalność uległa przedawnieniu, zanim przepisy ustawy o IPN weszły w życie. Innymi słowy, w tym zakresie, nie jest możliwe „odżycie” biegu przedawnienia. Skutkuje to niemożnością pociągnięcia do odpowiedzialności karnej funkcjonariuszy publicznych, którzy popełnili czyny objęte zakresem wniosku w latach 1944-1989. Zdaniem wnioskodawcy, do tzw. zbrodni komunistycznych nie może mieć zastosowania zasada *lex retro non agit*.

1.2. Jako wzorce kontroli do pierwszej części wniosku, Rzecznik wskazał art. 2 oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a także art. 1 „przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy” na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z 1992 r. W pierwszej kolejności wnioskodawca odniósł się do zasady demokratycznego państwa prawnego określonej w art. 2 Konstytucji RP. Zasada ta była wyrażona także w przepisach konstytucyjnych obowiązujących w momencie uchwalenia oraz wejścia w życie ustawy nowelizującej z 1995 r. Zgodnie z art. 77 obowiązującej wówczas Ustawy Konstytucyjnej z 1992 r., pozostały w mocy m.in. przepisy rozdziału 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 lipca 1952 r. (Dz. U. z 1976 r. Nr 7, poz. 36, ze zm.), w tym art. 1, zgodnie z którym „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Według Rzecznika, kwestionowany przepis, we wskazanym wyżej zakresie, stwarzał „pozór istnienia prawa pokrzywdzonych do dochodzenia ich interesów” (wniosek, s. 16), co zdaniem Rzecznika, stanowi naruszenie zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Ponadto, w ocenie Rzecznika, bezpieczeństwo prawne jednostki jest ściśle związane z jej godnością.

W dalszej kolejności Rzecznik wskazał jako wzorzec kontroli, wywiedzioną również z zasady demokratycznego państwa prawnego, zasadę poprawnej legislacji, z której wynika wymóg stanowienia przez ustawodawcę przepisów precyzyjnych, jasnych oraz poprawnych pod względem językowym. Wnioskodawca zauważył, że ustawą nowelizującą z 1995 r. przywrócono karalność czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, a poniżej 5 lat pozbawienia wolności (np. znęcanie się), popełnionych w okresie PRL, a jednocześnie stwierdzono, że uległy one już przedawnieniu. Natomiast czyny zagrożone karą poniżej 3 lat pozbawienia wolności (np. pobicie – art. 158 § 1 k.k. z 1969 r.) zostały „dowane i pущzone w niepamięć” (wniosek, s. 18). Zdaniem wnioskodawcy, zakwestionowana regulacja nie znajduje uzasadnienia prawnego ani aksjologicznego. Rzecznik przypomniał, że instytucja przedawnienia jest elementem polityki karnej. W ocenie wnioskodawcy, nieściganie przestępstw popełnionych w poprzedniej formacji ustrojowej stanowi naruszenie zasady demokratycznego państwa prawnego.

Jako wzorzec kontroli wnioskodawca wskazał także art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Zdaniem Rzecznika, zaskarżony przepis narusza prawo pokrzywdzonych (ofiar zbrodni komunistycznych) do sądu, co stanowi naruszenie tzw. sprawiedliwości proceduralnej.

1.3. Wzorcem kontroli do drugiej części wniosku, dotyczącej umyślnych przestępstw obejmujących swoimi znamionami zadawanie jakiegokolwiek osobie ostrego bólu lub cierpienia, fizycznego bądź psychicznego, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie była ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, Rzecznik uczynił art. 40 Konstytucji RP, art. 7 MPPOiP, art. 3 EKPC, art. 1, art. 2, art. 4 oraz art. 13 Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz art. 87 „przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy” na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z 1992 r. Wskazane wzorce dotyczą zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania. Wnioskodawca przypomniał, że zakaz ten stanowi normę bezwzględnie wiążącą prawa międzynarodowego i obowiązywał przez cały okres od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. Zakaz ten był także elementem licznych umów międzynarodowych, ratyfikowanych przez Polską Rzeczpospolitą Ludową, obowiązujących w momencie uchwalenia i wejścia w życie ustawy nowelizującej z 1995 r.

Zdaniem wnioskodawcy, sposób, w jaki ustawodawca ukształtował zakwestionowaną regulację o przedawnieniu, narusza wymienione wzorce, gdyż uniemożliwia pociągnięcie do

odpowiedzialności karnej funkcjonariuszy publicznych, którzy popełnili przestępstwa, wypełniające jednocześnie znamiona wymienionych czynów.

1.4. Rzecznik, powołując się na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, podniósł również kwestię umorzenia postępowania ze względu na utratę mocy obowiązującej zaskarżonego aktu. Art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. obowiązywał do 31 sierpnia 1998 r. W ocenie wnioskodawcy, nie zachodzi jednak przesłanka umorzenia postępowania, gdyż przepis ten nadal wywołuje skutki prawne. Zdaniem Rzecznika, przepis będący przedmiotem oceny zawiera treści normatywne odnoszące się do sfery chronionych konstytucyjnie wolności i praw; nie istnieje inny instrument prawny, który mógłby spowodować zmianę sytuacji prawnej ukształtowanej definitywnie, zanim zakwestionowany przepis utracił moc obowiązującą; stwierdzenie niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu stanowić może skuteczny środek przywrócenia ochrony praw naruszonych zastosowaniem kwestionowanej regulacji prawnej (zob. wniosek, s. 13).

2. W piśmie z 24 listopada 2017 r. Prokurator Generalny (dalej: Prokurator) zajął stanowisko w sprawie. Zadaniem Prokuratora, postępowanie podlega umorzeniu, na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072; dalej: otpTK) ze względu na utratę mocy obowiązującej zakwestionowanego przepisu.

W ocenie Prokuratora, wnioskodawca opiera swoje zarzuty na twierdzeniu, że pomimo utraty mocy obowiązującej przez zaskarżony art. 108 § 2 k.k. z 1969 r., stwierdzenie jego niekonstytucyjności jest konieczne ze względu na ochronę konstytucyjnych praw i wolności. Prokurator dokonał więc formalnoprawnej analizy wniosku, badając, czy dopuszczalne jest orzekanie przez Trybunał o konstytucyjności przepisu, który utracił moc obowiązującą.

2.1. Prokurator podkreślił, że Trybunał Konstytucyjny ma co do zasady kompetencję do orzekania wyłącznie o obowiązujących przepisach, a kontrola norm nieobowiązujących była, i jest obecnie, dopuszczalna jedynie na zasadzie wyjątku. Zdaniem Prokuratora, w niniejszej sprawie konieczne jest odniesienie się do wykształconego w orzecznictwie Trybunału oraz literaturze przedmiotu pojęcia utraty mocy obowiązującej przez akt normatywny lub normę, jak również przedstawienie ewolucji przepisów normujących to zagadnienie.

Prokurator przypomniał, że art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK z 1997 r.) w brzmieniu pierwotnym, nakazywał umorzenie postępowania, jeżeli zakwestionowany akt normatywny utracił moc obowiązującą. Przepis ten był początkowo interpretowany ściśle. Trybunał przyjmował, że akt normatywny traci moc obowiązującą na skutek uchylecia go albo upływu czasu, na jaki został wydany. W późniejszych orzeczeniach, przytoczonych przez Prokuratora, Trybunał, ze względu na ochronę konstytucyjnych wolności i praw rozszerzał pojęcie obowiązywania aktu prawnego, tak że obejmował nim również sytuacje, w których możliwe było zastosowanie formalnie uchylonego aktu normatywnego do stanu faktycznego z przeszłości, teraźniejszości czy przyszłości. Taka linia orzecznicza Trybunału prowadziła do utożsamiania pojęcia obowiązywania aktu normatywnego z pojęciem stosowania aktu.

2.2. Istotny wpływ na dalszą interpretację pojęcia obowiązywania aktu prawnego miała nowelizacja ustawy o TK z 1997 r. dokonana w 2000 r. – ustawą z dnia 9 czerwca 2000 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym oraz ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 53, poz. 638), która weszła w życie 8 października 2000 r. W art. 39 ustawy o TK z 1997 r. dodano ust. 3

w brzmieniu: „Przepisu ust. 1 pkt 3 nie stosuje się, jeżeli wydanie orzeczenia o akcie normatywnym, który utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia, jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw”. W świetle tego przepisu nieuzasadnione stało się podtrzymywanie dotychczasowej koncepcji utożsamiania pojęcia obowiązywania aktu normatywnego z pojęciem jego stosowania.

Należało zatem przyjąć, że o obowiązywaniu prawa nie decyduje fakt jego stosowania – dokonywanie kwalifikacji prawnych określonych zdarzeń z przeszłości w oparciu o normy prawne (akty normatywne) obowiązujące w czasie wystąpienia tych zdarzeń – ale wyłącznie jego formalna lub materialna derogacja. Natomiast przedmiotem kontroli konstytucyjnej dokonywanej przez Trybunał można uczynić nieobowiązujące w powyższym rozumieniu akty prawne, tylko o ile jest to konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw. Prokurator zwrócił uwagę, że w orzecznictwie ostatnich lat Trybunał rozróżniał sytuacje obowiązywania aktu normatywnego i stosowania aktu normatywnego, wskazując, że jeżeli akt normatywny utracił moc obowiązującą, jego kontrola dopuszczalna jest jedynie w celu ochrony konstytucyjnych wolności i praw.

Powołując się na orzecznictwo Trybunału oraz poglądy doktryny, Prokurator doszedł do wniosku, że zaskarżony art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. utracił moc obowiązującą, w rozumieniu obowiązującego obecnie art. 59 ust. 1 pkt 4 otpTK, który w tej części odpowiada treści art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r. Prokurator podzielił jednocześnie twierdzenie wnioskodawcy, że pomimo utraty mocy obowiązującej, zaskarżony przepis jest nadal stosowany jako podstawa umorzenia postępowania o zbrodnie komunistyczne wyczerpujące kryteria wskazane w tym przepisie, a także w postępowaniach kasacyjnych wnoszonych na korzyść funkcjonariuszy państwa komunistycznego, skazywanych za popełnienie zbrodni komunistycznych.

2.3. W ocenie Prokuratora, w momencie wniesienia wniosku (21 kwietnia 2016 r.) obowiązywała ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. z 2016 r. poz. 293; dalej ustawa o TK z 2015 r.). Zgodnie z jej art. 77 ust. 4 dopuszczalne było orzekanie przez Trybunał o akcie normatywnym, który utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia, jeżeli wydanie orzeczenia w sprawie było konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw. Rozwiązania tego nie powtórzył art. 59 ust. 3 otpTK, zgodnie z którym Trybunał nie umarza postępowania z powodu utraty mocy obowiązującej przez akt normatywny w zakwestionowanym zakresie, jeżeli wydanie orzeczenia w postępowaniu zainicjowanym skargą konstytucyjną jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw. Przepis ten ogranicza zatem zakres wyjątku od zasady orzekania jedynie o obowiązujących aktach normatywnych do sytuacji, gdy wydanie orzeczenia będzie konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw, wyłącznie w postępowaniu zainicjowanym skargą konstytucyjną.

Prokurator zaznaczył, że zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz. U. poz. 2074) do postępowania w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich, złożonego pod rządami ustawy o TK z 2015 r., należy stosować przepisy otpTK. Z tego względu postępowanie z wniosku Rzecznika podlega umorzeniu.

2.4. Na marginesie, Prokurator zauważył, że art. 59 ust. 3 otpTK w zakresie, w jakim pomija postępowanie zainicjowane w inny sposób niż skargą konstytucyjną, został zaskarżony przez Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał Konstytucyjny, wyrokiem z 24 października 2017 r., sygn. K 1/17, umorzył postępowanie w zakresie kontroli art. 59 ust. 3 otpTK.

3. W piśmie z 12 grudnia 2019 r. Marszałek Sejmu przedstawił stanowisko Sejmu w sprawie, wnosząc o umorzenie postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 4 otpTK ze względu na utratę mocy obowiązującej zakwestionowanego przepisu.

3.1. Analizę formalnoprawną wniosku Rzecznika Marszałek Sejmu rozpoczął od zbadania, czy postawione zarzuty zostały prawidłowo sformułowane i uzasadnione. W ocenie Sejmu wniosek Rzecznika jest rzetelnie uzasadniony. Kwestionowany przepis i wzorce kontroli zostały powołane prawidłowo. Problem konstytucyjny został jasno wyartykułowany. Przywołane zostały adekwatne argumenty na poparcie zarzutu niezgodności z Konstytucją.

Następnie Marszałek Sejmu zbadał, czy w sprawie występuje podlegające kognicji Trybunału pominięcie ustawodawcze. W ocenie Marszałka Sejmu argumentacja Rzecznika przemawia raczej za istnieniem zaniechania ustawodawcy. Miałoby ono polegać na zamierzonym niewydaniu aktu ustawodawczego o określonej treści. Sposób sformułowania zaskarżonego art. 108 § 2 k.k. z 1969 r., świadczy o tym, że ówczesny ustawodawca musiał być świadomy tego, że dokonuje wyłączenia możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności sprawców niektórych przestępstw dokonanych przez funkcjonariuszy państwa, a jednocześnie w pozostałych przypadkach czyni tę możliwość jedynie pozorną. Kończąc powyższy wywód, Marszałek Sejmu nie wniósł jednak o umorzenie postępowania ze względu na występowanie w nim zaniechania ustawodawcy, które nie podlega merytorycznej kontroli Trybunału.

3.2. Zdaniem Marszałka Sejmu, biorąc pod uwagę, że przedmiotem kontroli wnioskodawca uczynił art. 108 § 2 k.k. z 1969 r., który został uchylony 1 września 1998 r., na podstawie art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny z 1997 r. (Dz. U. Nr 88, poz. 554; dalej: przepisy wprowadzające k.k. z 1997 r.), a jednocześnie w art. 9 § 1 przepisów wprowadzających k.k. z 1997 r. ustawodawca powtórzył rozwiązania uchylonego art. 108 § 2 k.k. z 1969 r., należy zbadać, czy w sprawie nie zachodzi przesłanka umorzenia postępowania przewidziana w art. 59 ust. 1 pkt 4 otpTK. Zaskarżony art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. utracił bowiem moc obowiązującą w rozumieniu art. 59 ust. 1 pkt 4 otpTK.

Marszałek Sejmu zaznaczył, że w dniu wniesienia wniosku (21 kwietnia 2016 r.) kontrola art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. byłaby dopuszczalna zgodnie z art. 77 ust. 4 ustawy o TK z 2015 r., jak też jego poprzednika – art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r. Zgodnie z tymi przepisami umorzenie postępowania z uwagi na utratę mocy obowiązującej zaskarżonej regulacji nie było możliwe, jeżeli wydanie orzeczenia w sprawie wynikało z konieczności ochrony konstytucyjnych wolności i praw. Marszałek Sejmu przypomniał orzecznictwo Trybunału, z którego wynikają kryteria oceny, czy wydanie orzeczenia jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw w postępowaniu zainicjowanym skargą konstytucyjną. Zdaniem Marszałka Sejmu jest to dopuszczalne w przypadku łącznego spełnienia trzech przesłanek:

„– po pierwsze, przepis będący przedmiotem oceny zawiera treści normatywne odnoszące się do sfery praw i wolności konstytucyjnie chronionych;

– po drugie, nie istnieje żaden alternatywny instrument prawny (poza ewentualnym uznaniem przepisu za niekonstytucyjny), który mógłby spowodować zmianę sytuacji prawnej ukształtowanej definitywnie, zanim ów przepis utracił moc obowiązującą;

– po trzecie, stwierdzenie niekonstytucyjności kwestionowanego przepisu będzie skutecznym środkiem przywrócenia ochrony naruszonych praw lub wolności naruszonych obowiązywaniem kwestionowanej regulacji prawnej” (s. 19 stanowiska).

Zdaniem Marszałka, obowiązujący art. 59 ust. 3 otpTK ogranicza możliwość merytorycznej kontroli aktów i przepisów, które utraciły moc obowiązującą, jedynie do postępowań zainicjowanych skargą konstytucyjną. Kwestionowany przez Rzecznika przepis przestał obo-

wiązywać. Z tego względu niniejsze postępowanie należy umorzyć na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 4 otpTK.

II

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Zakwestionowany art. 108 § 2 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94, ze zm.; dalej: k.k. z 1969 r.) został dodany ustawą z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym (Dz. U. Nr 95, poz. 475; dalej: ustawa nowelizująca z 1995 r.), która weszła w życie 20 listopada 1995 r. Z treści zakwestionowanego przepisu można zbudować trzy normy prawne (przy założeniu, że pozostawienie poza zakresem regulacji niniejszego przepisu określonych stanów faktycznych stanowi odrębną normę prawną). Wniosek inicjujący niniejsze postępowanie ma charakter zakresowy i odnosi się tylko do dwóch norm prawnych, wyinterpretowanych z art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. Podstawową treścią zakwestionowanego przepisu jest wyznaczenie początku biegu terminu przedawnienia umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji. W tej kategorii mogą znajdować się także, po spełnieniu pozostałych przesłanek, czyny wskazane w pkt 2 *petitum* wniosku (zadawanie jakiegokolwiek osobie ostrego bólu lub cierpienia, fizycznego bądź psychicznego, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie była ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji). Z treści niniejszego przepisu można wyinterpretować następujące normy prawne:

1) przestępstwa stypizowane w k.k. z 1969 r., wypełniające powyższe znamiona i zagrożone karą pozbawienia wolności poniżej 3 lat nie są objęte zakresem stosowania niniejszej regulacji. W związku z tym bieg przedawnienia tych przestępstw należy liczyć na podstawie przepisów k.k. z 1969 r. Biorąc pod uwagę, że chodzi o czyny popełnione w latach 1944-1989, a zakwestionowany przepis został wprowadzony do k.k. z 1969 r. w 1995 r., należy przyjąć, iż karalność tych przestępstw uległa przedawnieniu przed wejściem w życie niniejszej regulacji (w związku z obowiązującym ówczesnie art. 105 § 1 pkt 3 w związku z pkt 2 k.k. z 1969 r., zgodnie z którym karalność przestępstwa ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynęło lat 5, gdy chodzi o występki zagrożony karą pozbawienia wolności poniżej lat 5);

2) przestępstwa stypizowane w k.k. z 1969 r., wypełniające powyższe znamiona, zagrożone karą pozbawienia wolności powyżej lat 3 i poniżej lat 5, uległy przedawnieniu na podstawie niniejszego przepisu, zanim wszedł on w życie. Bieg przedawnienia tych przestępstw powinien być liczony, zgodnie z zakwestionowaną regulacją, od 1 stycznia 1990 r., a ponieważ w tej kategorii przestępstw, przedawnienie wynosiło lat 5 (art. 105 § 1 pkt 3 k.k. z 1969 r.), to w dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej z 1995 r. (20 listopada 1995 r.) przestępstwa te nie były już karalne;

3) przestępstwa stypizowane w k.k. z 1969 r., wypełniające powyższe znamiona, zagrożone karą pozbawienia wolności powyżej lat 5, których początek biegu przedawnienia został, na mocy zakwestionowanego przepisu, wyznaczony na dzień 1 stycznia 1990 r. i wynosił 10 lub 30 lat. Wniosek o zbadanie konstytucyjności art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. nie obejmuje tej części zakwestionowanego przepisu.

Kodeks karny z 1969 r. obowiązywał do 31 sierpnia 1998 r. Został uchylony (łącznie z zakwestionowanym przepisem) na mocy art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554, ze zm.; dalej: przepisy wprowadzające k.k.), która weszła w życie 1 września 1998 r.

2. Dnia 3 stycznia 2017 r. weszła w życie ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: otpTK). Zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz. U. poz. 2074, ze zm.) do postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie otpTK stosuje się przepisy tej ustawy. Pozostają w mocy czynności procesowe dokonane we wszczętych i niezakończonych postępowaniach.

Zgodnie z art. 59 ust. 1 pkt 4 otpTK Trybunał na posiedzeniu niejawnym wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania, jeżeli akt normatywny w zakwestionowanym zakresie utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał. Trybunał nie umarza postępowania z przyczyny, o której mowa w art. 59 ust. 1 pkt 4 otpTK, jeżeli wydanie orzeczenia w postępowaniu zainicjowanym skargą konstytucyjną jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw (art. 59 ust. 3 otpTK).

3. Wykładnia art. 59 ust. 1 pkt 4 oraz ust. 3 otpTK nie jest wolna od kontrowersji i wymaga głębszej analizy, poprzedzonej omówieniem ewolucji kompetencji Trybunału w zakresie kontroli przepisów derogowanych. Obecnie obowiązujące przepisy nawiązują bowiem do poprzednich rozwiązań prawnych oraz wypracowanych na ich tle interpretacji.

Problem kompetencji Trybunału w zakresie kontroli przepisów derogowanych pojawił się już w pierwszych latach funkcjonowania Trybunału. Art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. z 1991 r. Nr 109, poz. 470; dalej: ustawa o TK z 1985 r.) stanowił, że „[u]trata mocy obowiązującej aktu normatywnego przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny powoduje umorzenie postępowania w sprawie takiego aktu”. Pierwotnie na podstawie tego przepisu Trybunał uznawał, że jego kognicja obejmuje wyłącznie przepisy formalnie obowiązujące, a więc takie, które nie zostały uchylone albo których termin obowiązywania, określony w akcie normatywnym, nie nadszedł przed dniem wydania przez Trybunał orzeczenia merytorycznego. W przeciwnym wypadku Trybunał postępowanie umarzał (por. postanowienia TK z: 21 września 1987 r., sygn. P 3/87, OTK w 1987 r., poz. 5; 30 sierpnia 1988 r., sygn. Uw 6/88, OTK w 1988 r., poz. 15).

W późniejszym orzecznictwie, na tle art. 4 ust. 2 ustawy o TK z 1985 r. Trybunał stwierdzał, że uchylenie przepisu nie zawsze prowadzi do utraty jego mocy obowiązującej. O utracie mocy obowiązującej przepisu można było twierdzić dopiero wtedy, gdy nie mógł być on w ogóle stosowany. Uchylony (formalnie) przepis należało uznawać za obowiązujący, jeżeli nadal możliwe było jego zastosowanie do jakichkolwiek sytuacji z przeszłości, teraźniejszości lub przyszłości (por. uchwała TK z 14 września 1994 r., sygn. W 5/94, OTK w 1994 r., cz. II, poz. 44). W ten sposób w orzecznictwie Trybunału wykształciło się pojęcie uchylenia przepisu (derogacja formalna) oraz utraty mocy obowiązującej (derogacja materialna) i odpowiednio – formalnego oraz materialnego obowiązywania przepisu. Przepis uchylony (formalnie), nadal w znaczeniu materialnym mógł obowiązywać, jeżeli mimo formalnego uchylenia podlegał stosowaniu do jakichkolwiek sytuacji z przeszłości, teraźniejszości lub przyszłości. Koncepcję tę można określić koncepcją obowiązywania przepisu w rozumieniu szerokim.

Ustawą z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK z 1997 r.) wprowadzono art. 39 ust. 1 pkt 3, zgodnie

z którym „Trybunał umarza na posiedzeniu niejawnym postępowanie: (...) jeżeli akt normatywny w zakwestionowanym zakresie utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał”. Na tle tego przepisu Trybunał podtrzymał swoje stanowisko o szerokim rozumieniu pojęcia obowiązywania przepisu (por. wyrok TK z 5 stycznia 1998 r., sygn. P 2/97, OTK ZU nr 1/1998, poz. 1; postanowienia TK z: 18 listopada 1998 r., sygn. SK 1/98, OTK ZU nr 7/1998, poz. 120; 21 marca 2000 r., sygn. K 4/99, OTK ZU nr 2/2000, poz. 65).

Ustawą z dnia 9 czerwca 2000 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym oraz ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 53, poz. 638) dodano do ustawy o TK z 1997 r. art. 39 ust. 3, zgodnie z którym art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK z 1997 r. nie stosuje się, jeżeli wydanie orzeczenia o akcie normatywnym, który utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia, jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw. Po wejściu w życie tego przepisu powstało interpretacyjne zagadnienie relacji między art. 39 ust. 1 pkt 3 oraz nowym art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r.

Początkowo Trybunał kontynuował ówczesną linię orzecznictwa na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK z 1997 r. i przyjmował dotychczasowe, szerokie rozumienie obowiązywania przepisu. Przepis uchylony formalnie tracił moc obowiązującą dopiero wtedy, gdy nie mógł być stosowany do jakichkolwiek sytuacji z przeszłości, teraźniejszości lub przyszłości (por. postanowienie TK z 23 października 2001 r., sygn. K 4/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 223; wyroki TK z: 21 maja 2001 r., sygn. SK 15/00, OTK ZU nr 4/2001, poz. 85; 11 grudnia 2001 r., sygn. SK 16/00, OTK ZU nr 8/2001, poz. 257; 22 października 2002 r., sygn. SK 39/01, OTK ZU nr 5/A/2002, poz. 66; 2 lipca 2003 r., sygn. P 27/02, OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 59). Wejście w życie art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r. nie zmieniło wypracowanej wykładni art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK z 1997 r. Trybunał traktował ten przepis jako szczególny wyjątek od ostatniego z powołanych przepisów; miał zatem obejmować przepisy nieobowiązujące na tle art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK z 1997 r.

W literaturze zasadnie zwracano uwagę, że taka interpretacja art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK z 1997 r., pomijająca art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r., czyniła ten ostatni przepisem pozbawionym normatywnego sensu. Art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK z 1997 r. obejmował bowiem przepisy formalnie obowiązujące oraz formalnie uchylone, ale podlegające zastosowaniu do jakichkolwiek sytuacji z przeszłości, teraźniejszości lub przyszłości. Należało zatem ustalić znaczenie pojęcia utraty mocy obowiązującej zawartego w art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r., zmieniając zakres zastosowania art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK z 1997 r. Trudność tę dostrzegał Trybunał, dlatego w jego orzecznictwie zaczęto wypracowywać węższą koncepcję pojęcia obowiązywania prawa, tak aby art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r. miał normatywne znaczenie.

Punktem wyjścia węższej koncepcji były dwie konstatacje. Po pierwsze, przepis obowiązujący to taki, z którego wynikają wiążące normy (nakazy, zakazy, przyzwolenia). Po drugie, przepis formalnie uchylony może być dalej stosowany. Trybunał jednak odrzucił stanowisko, że przepis formalnie uchylony, ale stosowany do „jakichkolwiek sytuacji z przeszłości, teraźniejszości lub przyszłości” jest przepisem obowiązującym. Przepis formalnie uchylony, ale nadal stosowany prospektywnie, jest przepisem obowiązującym, a więc takim, który nie utracił mocy obowiązującej, i do którego nie ma zastosowania art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r. (por. wyroki TK z: 18 lipca 2012 r., sygn. K 14/12, OTK ZU nr 7/A/2012, poz. 82; 13 marca 2013 r., sygn. K 25/10, OTK ZU nr 3/A/2013, poz. 27; 24 kwietnia 2007 r., sygn. SK 49/05, OTK ZU nr 4/A/2007, poz. 39; 16 marca 2011 r., sygn. K 35/08, OTK ZU nr 2/A/2011, poz. 10; 8 czerwca 2011 r., sygn. K 3/09, OTK ZU nr 5/A/2011, poz. 39; postanowienia TK z: 6 listopada 2012 r., sygn. K 5/12, OTK ZU nr 10/A/2012, poz. 125; 13 marca 2013 r., sygn. SK 38/12, OTK ZU nr 3/A/2013, poz. 33; 6 listopada 2007 r., sygn. P 32/07, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 131). Dalsze prospektywne stosowanie uchylonego formalnie

przepisu może wynikać z przepisów intertemporalnych, podtrzymujących moc obowiązującą uchylonego przepisu w oznaczonym zakresie (por. wyrok o sygn. K 35/08). Przepis uchylony, ale stosowany prospektywnie, choćby w niewielkim zakresie, nadal jest źródłem wiążących norm.

Z kolei przepis formalnie uchylony, mający tylko zastosowanie retrospektywne, a więc zastosowanie w zakresie oceny zdarzeń zaszłych przed jego uchyceniem, nie jest źródłem norm. Należy uznać go za przepis, który utracił moc obowiązującą. W uzasadnieniu wyroku o sygn. K 35/08, stwierdzono: „Trybunał uważa, że trzeba rozróżnić sytuacje, w których badany akt normatywny, mimo formalnej derogacji, wyznacza adresatom nakazy albo zakazy określonego zachowania (normuje przyszłe zachowania), i sytuacje, w których obowiązujące normy prawne nakazują kwalifikować zachowania lub zdarzenia z przeszłości według derogowanego aktu prawnego. W pierwszym wypadku akt normatywny obowiązuje i podlega kontroli Trybunału Konstytucyjnego. W drugim wypadku akt normatywny utracił moc obowiązującą, a jego kontrola jest dopuszczalna wyłącznie w zakresie określonym w art. 39 ust. 3 ustawy o TK”. Na tle prezentowanego stanowiska Trybunał przyjmował, że art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r. dotyczył przepisów uchylonych formalnie, ale stosowanych do oceny zdarzeń przeszłych, które wystąpiły w czasie obowiązywania tych przepisów.

Trybunał zarazem wskazał, że należy szeroko rozumieć pojęcie stosowania przepisu: „Należy przy tym pamiętać, że stosowanie określonego przepisu nie jest tożsame z każdą sytuacją, w której sąd lub inny organ stosujący prawo w wyroku lub innym rozstrzygnięciu dotyczącym indywidualnej sprawy powołuje się na uchylone przepisy. Przepisy takie mogą jednak stanowić kryterium ocen prawnych i faktycznych. Bywa bowiem tak, że obowiązujące normy nakazują kwalifikowanie pewnego zdarzenia czy czynu według przepisów, które już nie obowiązują”. (wyrok o sygn. K 35/08).

Odmienną wykładnię art. 39 ust. 1 pkt 3 oraz ust. 3 ustawy o TK z 1997 r., którą można nazwać ściśle formalną, zaprezentował w swoim zdaniu odrębnym sędzia TK A. Wróbel: „Przyjmuję, że hipotezą przepisu art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK [z 1997 r.] jest objęta, pomijając tzw. trudne przypadki, sytuacja kwalifikowana przez ten przepis jako «utrata mocy obowiązującej» przepisu, przy czym nie ma racjonalnych podstaw do przyjmowania, aby określeniu «utrata mocy obowiązującej» użytemu w art. 39 ust. 1 pkt 3 nadawać różne znaczenia, zwłaszcza gdy, jak w niniejszej sprawie, przepisy (...) formalnie utraciły moc obowiązującą. Trybunał Konstytucyjny w bogatym orzecznictwie konstruował inne niż formalne kryteria utraty mocy obowiązującej przepisów poddanych jego kontroli, rozróżniał między dalszym obowiązywaniem i stosowaniem formalnie uchylonych przepisów prawa, oceniał obowiązywanie derogowanego aktu przez pryzmat skutków prawnych przepisów derogowanych itd. W moim przekonaniu przyjmowanie innych niż formalne kryteriów utraty mocy obowiązującej przepisu dla potrzeb wykładni i stosowania art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK [z 1997 r.] jest po pierwsze – nieracjonalne, bo uwzględniając te różnorodne kryteria obowiązywania lub nieobowiązywania przepisów prawnych, niekiedy trudno jest ostatecznie przesądzić, czy dany akt normatywny, który formalnie został uchylony, nadal obowiązuje, a jeśli nadal obowiązuje, to wedle jakich zasad i kryteriów; po drugie – nie zamyka ani nie ogranicza, ze względu na treść art. 39 ust. 3 ustawy o TK [z 1997 r.], kontroli konstytucyjności aktu, który utracił moc obowiązującą, jako formalnie derogowany z systemu prawnego (...). Przepis art. 39 ust. 3 ustawy o TK [z 1997 r.] jest bowiem pragmatycznie jasny i wymaga jedynie dokonania przez Trybunał starannej oceny, czy kontrola przepisu nieobowiązującego w rozumieniu art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK [z 1997 r.] jest konieczna dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw” (por. zdanie odrębne sędziego A. Wróbla od wyroku o sygn. K 25/10).

Koncepcja obowiązywania przepisu na tle art. 39 ust. 1 pkt 3 oraz ust. 3 ustawy o TK z 1997 r., która stała się dominującą w orzecznictwie Trybunału, sprowadzała się właściwie do formalnego obowiązywania przepisu, niemniej rozumianego szerzej niż w powyższej wy-

powiedzi. Uchylenie przepisu, a zarazem podtrzymywanie jego mocy wiążącej przez przepis intertemporalny (derogacja częściowa) nie różni się co do istoty od wprowadzenia przepisu ograniczającego zakres podmiotowy, przedmiotowy lub czasowy przepisu, który miałby ulec derogacji ustawowej. Różnica sprowadza się do zastosowanej techniki legislacyjnej, istota – moc obowiązująca przepisu – w jednym i drugim przypadku jest tożsama. W tym kontekście przez pojęcie stosowania przepisu uchylonego należy rozumieć stosowanie norm z niego wynikających. Przepis taki bowiem obowiązuje, nie tylko materialnie, ale i formalnie, tyle że w zmienionym, węższym zakresie. W systemie prawa pozytywnego o zamkniętym katalogu jego źródeł (art. 87 Konstytucji) normy prawne muszą mieć podstawę w akcie normatywnym, który formalnie obowiązuje (nie utracił mocy obowiązującej). Postać podstawy formalnej normy prawnej – znajdującej się w akcie normatywnym jednostki redakcyjnej – jest drugorzędna i zależy od przyjętej techniki legislacyjnej.

Na tle orzecznictwa Trybunału można przyjąć, że przepisy obowiązujące to przepisy, które są źródłem norm, i tylko takie były objęte generalną kognicją Trybunału. W drodze wyjątku Trybunał mógł badać na podstawie art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r. przepisy, które utraciły moc obowiązującą, ale których kontrola była konieczna dla ochrony praw lub wolności konstytucyjnych. W ostatnim przypadku w rachubę wchodziły więc przepisy uchylone, których moc obowiązująca nie była podtrzymywana przez przepisy intertemporalne, z których nie wynikały normy, ale które jednak były stosowane do oceny zdarzeń przeszłych (retrospektywnie) „[m]imo, że chodzi o przepisy nieobowiązujące nie jest wykluczona (z mocy art. 39 ust. 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym) kontrola ich konstytucyjności. Kontrola tej podlegają bowiem także przepisy już nie obowiązujące, lecz «stosowalne», tj. takie, które mimo nieobowiązywania są stosowane w praktyce jeśli jest to konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw” (zdanie odrębne sędzi E. Łętowskiej od wyroku TK z 29 października 2002 r., sygn. P 19/01, OTK ZU nr 5/A/2002, poz. 67).

W orzecznictwie Trybunału można jednak odnotować koncepcję, zgodnie z którą art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r. dotyczył przepisów nieobowiązujących i niepodlegających stosowaniu. W wyroku TK z 4 października 2000 r. (sygn. P 8/00, OTK ZU nr 6/2000, poz. 189) stwierdzono, że „[w] myśl nowego ust. 3 art. 39 ustawy o TK «przepisu ust. 1 pkt 3 nie stosuje się, jeżeli wydanie orzeczenia o akcie normatywnym, który utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia, jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw». Przepis ten bowiem należy rozumieć jako odnoszący się do sytuacji, w których skutkiem formalnego uchylenia kwestionowanego aktu normatywnego jest utrata mocy obowiązującej równoznaczna z niemożnością jego dalszego stosowania”. Pogląd ten nie został szerzej uzasadniony i nie zyskał przewagi w orzecznictwie Trybunału. Za dominujące, jak już wspomniano, należy uznać stanowisko, że kontroli Trybunału podlega przepis, który utracił moc obowiązującą (nie wynikają z niego normy), jednakże podlega zastosowaniu (retrospektywnemu).

4. Odpowiednikami art. 39 ust. 1 pkt 3 i art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r. są obecnie obowiązujące art. 59 ust. 1 pkt 4 i art. 59 ust. 3 otpTK (por. także wcześniej obowiązujące art. 104 ust. 1 pkt 4 oraz ust. 3 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym, Dz. U. z 2016 r. poz. 293; art. 40 ust. 1 pkt 3 oraz ust. 3 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym, Dz. U. poz. 1157, ze zm.). Zgodnie z art. 59 ust. 1 pkt 4 otpTK Trybunał na posiedzeniu niejawnym wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania, jeżeli akt normatywny w zakwestionowanym zakresie utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał. Według art. 59 ust. 3 otpTK Trybunał nie umarza jednak postępowania z tej przyczyny, jeżeli wydanie orzeczenia w postępowaniu zainicjowanym skargą konstytucyjną jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw. Różnica między art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r. oraz art. 59 ust. 3 otpTK sprowadza się do tego, że ten

ostatni przepis ogranicza kognicję Trybunału w zakresie kontroli przepisów, które utraciły moc obowiązującą do postępowań wszczętych skargą konstytucyjną.

Rozwiązanie to nie należy do nowych w polskim prawie. Warto zauważyć, że zmiany ustawowe rozszerzające kognicję Trybunału na badanie przepisów, które utraciły moc obowiązującą, zostały w zasadzie zainspirowane przez wniesienie przez Rzecznika Praw Obywatelskich sprawy o sygn. K 24/99. Rzecznik zarzucił w niej, że art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK z 1997 r. wyłącza możliwość badania przepisów, które utraciły moc obowiązującą, ale tylko w przypadkach wszczęcia postępowania skargą konstytucyjną. Ostatecznie postępowanie w sprawie o sygn. K 24/99 zostało umorzone, ze względu na cofnięcie wniosku z uwagi na wprowadzenie do ustawy o TK z 1997 r. art. 39 ust. 3 (postanowienie TK z 13 września 2000 r., OTK ZU nr 6/2000, poz. 192).

W początkowym okresie obowiązywania art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r., wbrew jego językowej wykładni, a zgodnie z intencją prawodawcy, uznawano jego stosowanie tylko do postępowań wszczynanych skargą konstytucyjną. W jednym z orzeczeń Trybunał stwierdził, że „[u]trata mocy obowiązującej przez zaskarżony przepis (...) stanowi zgodnie z art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy (...) o Trybunale Konstytucyjnym (...) przesłankę umorzenia postępowania. Trybunał Konstytucyjny wskazuje jednocześnie, że art. 39 ust. 3 ustawy o TK umożliwiającą w takiej sytuacji orzekanie o akcie normatywnym znajduje zastosowanie jedynie w postępowaniu wszczętym na podstawie skargi konstytucyjnej, za czym przemawia *ratio legis* powołanego przepisu (por.: *materiały z prac parlamentarnych nad ustawą o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym oraz ustawy o zmianie ustawy – Prawo u ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw*; Dz. U. z 2000 r. Nr 53, poz. 638, w szczególności *biuletyny z posiedzeń Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka 19 stycznia i 17 marca 2000 r. oraz stenogram z posiedzenia plenarnego 1 marca 2000 r.*)” (postanowienie TK o sygn. K 4/01). Stanowisko to jednak uległo zmianie. Na podstawie art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r. dopuszczono badanie przepisów nieobowiązujących także w postępowaniu wszczętym pytaniem prawnym (por. wyrok TK z 13 listopada 2007 r., sygn. P 42/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 123), aby następnie rozszerzyć kognicję Trybunału o postępowania wszczęte wnioskiem (por. wyrok TK z 11 grudnia 2008 r., sygn. K 12/08, OTK ZU nr 10/A/2008, poz. 176; postanowienie z 1 marca 2010 r., sygn. SK 22/09, OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 28; wyrok o sygn. K 35/08).

Obecny stan prawny zdaje się nawiązywać do pierwotnej idei wprowadzenia art. 39 ust. 3 ustawy o TK z 1997 r. Stan ten nie pozostawia jednak takiej swobody interpretacyjnej jak powołany przepis. Art. 59 ust. 3 otpTK dopuszcza badanie przepisu, który utracił moc obowiązującą, ale tylko gdy jest to konieczne do ochrony praw i wolności konstytucyjnych oraz gdy postępowanie jest wszczęte wyłącznie skargą konstytucyjną.

5. Wymagania, aby kontrola przez Trybunał przepisów, które utraciły moc obowiązującą, była wszczynana tylko z konieczności ochrony praw i wolności konstytucyjnych oraz wyłącznie skargą konstytucyjną, przemawiają za tym, że Trybunał może takie przepisy oceniać tylko, gdy podlegają one stosowaniu, nawet retrospektywnemu.

Po pierwsze, nie można badać, nawet w trybie kontroli abstrakcyjnej (wszczynanej wnioskiem), z punktu widzenia ochrony praw i wolności konstytucyjnych, przepisu pozbawionego mocy prawnej, który nie jest zarazem stosowany przez organy władzy (sądy, organy administracji). W rachubę musi wchodzić, choćby retrospektywnie i w najszerszym tego słowa znaczeniu, nawet potencjalne, stosowanie uchylonego przepisu. Przepis uchylony, nieobowiązujący także „materialnie”, a więc niestosowany, nie może naruszać wolności lub praw konstytucyjnych.

Po drugie, zgodnie z art. 79 ust. 1 Konstytucji, każdy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, ma prawo, na zasadach określonych w ustawie, wnieść skargę

do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji. Zasady te rozwija art. 53 ust. 1 pkt 1 otpTK, zgodnie z którym skarga konstytucyjna zawiera określenie kwestionowanego przepisu ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawach albo obowiązkach skarżącego określonych w Konstytucji i w stosunku do którego skarżący domaga się stwierdzenia niezgodności z Konstytucją. Przepisy te stanowią, że Trybunał w postępowaniu wszczętym skargą konstytucyjną może oceniać tylko te przepisy, które były podstawą rozstrzygnięcia w indywidualnej sprawie skarżącego; przepisy, które zostały zastosowane przynajmniej jednostkowo.

Biorąc pod uwagę treść powołanych przepisów oraz art. 59 ust. 3 otpTK należy przyjąć, że kontroli Trybunału podlegają także przepisy pozbawione całkowicie mocy obowiązania, z których nie wynikają normy, ale które jednak nadal podlegały retrospektywnemu stosowaniu co najmniej w indywidualnej sprawie, w której zapadło rozstrzygnięcie, będące podstawą skargi konstytucyjnej.

Trybunał jednak zaznacza, że przedstawione stanowisko nie wyczerpuje zagadnienia mocy obowiązującej przepisów oraz kognicji Trybunału w zakresie kontroli przepisów pozbawionych mocy obowiązującej. Wieloaspektowość materii wymaga powściągliwości w stanowczym formułowaniu zasad bez wyjątków. Każdy przypadek powinien być rozpatrywany z uwzględnieniem okoliczności faktycznych, po przeprowadzeniu szczegółowej analizy stanu prawnego, biorąc pod uwagę zasady i wartości konstytucyjne.

6. Przedmiot zaskarżenia – art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. – został dodany do kodeksu karnego ustawą nowelizującą z 1995 r., która weszła w życie 20 listopada 1995 r. Przepis ten został uchylony zgodnie z art. 2 pkt 1 przepisów wprowadzających k.k. z dniem 1 września 1998 r. (art. 18 tej ustawy).

Moc obowiązująca tego przepisu nie została podtrzymana w jakimkolwiek zakresie przez przepis intertemporalny. Przeciwnie, w jego miejsce wprowadzono art. 9 § 1 przepisów wprowadzających k.k. Zgodnie z tym przepisem „bieg terminu przedawnienia umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji, rozpoczyna się od dnia 1 stycznia 1990 r. Przepis art. 4 § 1 Kodeksu karnego nie ma w takich wypadkach zastosowania”. Artykuł 9 § 1 przepisów wprowadzających k.k. wyłącza zatem zastosowanie art. 4 § 1 k.k., w myśl którego, „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 sprawy”. Gdyby nawet art. 4 § 1 k.k. miał zastosowanie w rozpatrywanym zakresie, to należy zauważyć, że treść art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. oraz art. 9 § 1 przepisów wprowadzających k.k. jest normatywnie tożsama. Ustawa obowiązująca poprzednio (art. 108 § 2 k.k. z 1969 r.) nie mogłaby być uważana za względniejszą (art. 4 § 1 k.k.).

7. Art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. w chwili orzekania przez Trybunał pozbawiony jest mocy obowiązującej w rozumieniu art. 59 ust. 1 pkt 4 otpTK. Nie jest źródłem norm, nie działa retrospektywnie. Może być jednak stosowany do oceny zdarzeń przeszłych, które zaszły w chwili jego obowiązywania. Podlega zatem hipotezie normy wynikającej z art. 59 ust. 3 otpTK, która pozwala na kontrolę przepisów, które utraciły moc obowiązującą, ale których ocena jest konieczna dla ochrony praw lub wolności konstytucyjnych. Postępowanie w takiej sprawie można jednak wszcząć tylko skargą konstytucyjną.

8. Art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. został zaskarżony we wniosku RPO, dlatego Trybunał nie może go badać, na podstawie art. 59 ust. 3 otpTK. Postępowanie w tej sprawie należało zatem umorzyć na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 4 otpTK.

Mając powyższe na uwadze, Trybunał Konstytucyjny postanowił jak w sentencji.

Zdanie odrębne

sędziego TK Piotra Pszczółkowskiego
do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 28 stycznia 2020 r., sygn. akt K 22/16

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: u.o.t.p.TK) zgłaszam zdanie odrębne do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 28 stycznia 2020 r. w sprawie o sygn. K 22/16, w którym Trybunał – działając na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 4 u.o.t.p.TK – umorzył postępowanie z powodu utraty mocy obowiązującej art. 108 § 2 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94, ze zm.; dalej: d.k.k. lub kodeks karny z 1969 r.).

Uważam, że Trybunał nie dokonał prawidłowej oceny przesłanek i podstaw prawnych umorzenia postępowania w niniejszej sprawie. W szczególności, wbrew powinności wynikającej z art. 69 ust. 1 u.o.t.p.TK, Trybunał nie zbadał wszystkich istotnych okoliczności w celu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy, w tym nie podjął analizy zakresu czasowego zaskarżonego przepisu.

W postanowieniu, do którego zgłaszam zdanie odrębne, Trybunał Konstytucyjny uznał, że zaskarżony we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich art. 108 § 2 d.k.k., jest pozbawiony mocy obowiązującej w rozumieniu art. 59 ust. 1 pkt 4 u.o.t.p.TK., gdyż został formalnie uchylony, a jego moc obowiązująca „nie została podtrzymana w jakimkolwiek zakresie przez przepis intertemporalny”. Trybunał, oceniając swoją kompetencję do merytorycznej kontroli konstytucyjności zakwestionowanego w sprawie przepisu, odstąpił od przyjmowanego dotychczas w orzecznictwie sposobu rozumienia przesłanki „utraty mocy obowiązującej” przez zakwestionowany akt normatywny (przepis) jako podstawy umorzenia postępowania sądowokonstytucyjnego. W moim przekonaniu, zmiany stanowiska Trybunału w tak istotnej kwestii – rozstrzygającej w istocie o granicach realizowanej przez niego funkcji ochrony Konstytucji oraz podstawowych wolności i praw – nie mogła uzasadniać sama zmiana normatywna wynikająca z zawężenia w art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK w stosunku do poprzedniego stanu prawnego dopuszczalności kontroli aktów normatywnych (przepisów), które utraciły moc obowiązującą, wyłącznie do postępowań wszczętych skargami konstytucyjnymi. Ta zmiana normatywna nie dotyczyła bowiem samego rozumienia pojęć „mocy obowiązującej” oraz „utraty mocy obowiązującej”, które w orzecznictwie trybunalskim miało już utrwalony charakter.

Moje zdanie odrębne uzasadniam następująco:

1. We wniosku z 20 kwietnia 2016 r. Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej też: wnioskodawca) zakwestionował – w określonym zakresie – art. 108 § 2 d.k.k. Wyjaśnił, że „otrzymuje wnioski od osób pokrzywdzonych dotyczące umarzania śledztw o zbrodnie komuni-

styczne ze względu na przedawnienie. Część zbrodni komunistycznych nie może zostać zbadaana przez organy wymiaru sprawiedliwości, ponieważ ustawodawca nie przewidział choćby minimalnego okresu pozwalającego na ich analizę” (wniosek z 20 kwietnia 2016 r., s. 4). W piśmie procesowym z 24 listopada 2017 r. Prokurator Generalny podzielił stanowisko wnioskodawcy, że art. 108 § 2 d.k.k. jest nadal stosowany – „zarówno przy umarzaniu postępowań o zbrodnie komunistyczne wyczerpujące kryteria wskazane w tym przepisie, jak również w postępowaniach kasacyjnych wnoszonych na korzyść funkcjonariuszy państwa komunistycznego, skazywanych za popełnienie zbrodni komunistycznych” (tamże, s. 16, por. wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie o sygn. K 15/17). Jednocześnie jednak Prokurator Generalny stwierdził, że art. 108 § 2 d.k.k. utracił moc obowiązującą, wobec czego postępowanie przed Trybunałem powinno zostać umorzone.

2. Trybunał, rozpoznając sprawę o sygn. K 22/16, nie rozważył wszystkich istotnych okoliczności mających znaczenie dla wszechstronnego rozpatrzenia tej sprawy. Z tego powodu wniosek Trybunału, jakoby występowała konieczność umorzenia postępowania z uwagi na utratę mocy obowiązującej przepisu zakwestionowanego przez Rzecznika Praw Obywatelskich, jest – w moim przekonaniu – przedwczesny, nieoparty w istocie konieczną analizą zakresu czasowego art. 108 § 2 d.k.k. Bez zbadania przez Trybunał – zgodnie z dyspozycją art. 69 ust. 1 u.o.t.p.TK – wszystkich istotnych okoliczności sprawy nie można było wykluczyć dopuszczalności merytorycznego rozpatrzenia zarzutów wnioskodawcy. Trybunał powinien był przede wszystkim rozważyć, czy – a jeśli tak, to które – kryteria (wyznaczniki) mocy obowiązującej kwestionowany przepis (odtworzona z niego norma prawna) spełnia. Badanie, czy dany akt normatywny utracił moc obowiązującą, musi być dokonywane *a casu ad casum*, z uwzględnieniem charakteru przepisu (w szczególności jego materialnego, procesowego lub przejściowego czy intertemporalnego charakteru) oraz specyfiki dziedziny prawa, do której dana regulacja należy. Tego rodzaju rozważań w uzasadnieniu postanowienia wydanego w niniejszej sprawie zabrakło. Przyjęcie przez Trybunał art. 59 ust. 1 pkt 4 u.o.t.p.TK jako podstawy prawnej umorzenia postępowania w sprawie o sygn. K 22/16 było zatem w istocie arbitralne.

2.1. Trybunał Konstytucyjny nie podjął próby rekonstrukcji przedmiotu kontroli i w zasadzie nie dokonał jego wykładni, a przy tym nie zbadał, czy zaskarżony przepis – formalnie derogowany – jest nadal stosowany.

Przede wszystkim Trybunał powinien był rozważyć, kto jest adresatem normy wysłownionej w zaskarżonym przepisie, a nadto uwzględnić, że przepis ten dotyczy przedawnienia karalności, i jako taki wiąże się ze sporną kwestią jego materialnego bądź procesowego charakteru. Jest to okoliczność niezwykle istotna dla przeprowadzenia oceny zakresu temporalnego i stosowalności takiej regulacji. Przepisy o przedawnieniu karalności nakładają obowiązek określonego działania na sąd, który podejmuje na ich podstawie indywidualne akty stosowania prawa. Stwierdzenie bowiem, że doszło do przedawnienia karalności, rodzi po stronie sądu obowiązek umorzenia postępowania karnego (zob. art. 17 § 1 pkt 6 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 2020 r. poz. 30; dalej: k.p.k.). Rozstrzygając zatem, czy art. 108 § 2 d.k.k. jest przepisem stosowalnym, Trybunał tę perspektywę powinien wziąć pod uwagę, czego nie uczynił (a w każdym razie dowód na to nie został ujawniony w treści uzasadnienia postanowienia z 28 stycznia 2020 r., sygn. K 22/16). W szczególności Trybunał powinien był dokonać analizy orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, która potwierdzałaby albo falsyfikowałaby pogląd o stosowaniu art. 108 § 2 d.k.k.

Potwierdzenie tezy, że zaskarżony przepis nadal jest stosowany przez sądy jako podstawa prawna umorzenia postępowań karnych w sprawach dotyczących osób oskarżonych

o popełnienie czynów objętych zakresem zaskarżenia, wykluczałoby, moim zdaniem, możliwość przyjęcia, że przepis ten utracił moc obowiązującą, a tym samym dopuszczalność umorzenia postępowania przed Trybunałem na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 4 u.o.t.p.TK.

2.2. Podstawową okolicznością, która przesądziła o decyzji Trybunału o umorzeniu postępowania w sprawie o sygn. K 22/16, było formalne uchylenie całego kodeksu karnego z 1969 r. – w tym art. 108 § 2 – na mocy art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554, ze zm.; dalej: p.w.k.k.). Tymczasem rozwiązanie, w brzmieniu w istocie tożsamym do tego zawartego w art. 108 § 2 d.k.k., zostało ujęte w art. 9 § 1 p.w.k.k. Trybunał nie dokonał jednak pogłębionej analizy wszystkich wynikających z tego „powtórzenia” konsekwencji.

Zgodnie z art. 108 § 2 d.k.k., bieg terminu przedawnienia umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji, miał się rozpoczynać od 1 stycznia 1990 r. Przepis ten wyłączał jednocześnie możliwość zastosowania w tych sprawach zasady *lex mitior* wyrażonej w art. 2 § 1 d.k.k. Stosownie zaś do art. 9 § 1 zdanie pierwsze p.w.k.k., bieg terminu przedawnienia umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji, rozpoczyna się od dnia 1 stycznia 1990 r. Ponadto art. 9 § 1 zdanie drugie p.w.k.k. również wyłączył stosowanie w takich wypadkach zasady *lex mitior*, o której mowa w art. 4 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1950, ze zm.; dalej: k.k.). W procesie wykładni analizowanej regulacji należało uwzględnić także treść art. 15 p.w.k.k., zgodnie z którym do czynów popełnionych przed wejściem w życie k.k. stosuje się przepisy tego kodeksu o przedawnieniu i zatarciu skazania, chyba że termin przedawnienia już upłynął. Także w tej płaszczyźnie należało zbadać praktykę stosowania prawa. Tytułem przykładu można przywołać postanowienie Sądu Najwyższego z 23 maja 2014 r. (sygn. akt III KK 32/14, www.sn.pl), w którym SN zastosował art. 108 § 2 (i art. 105 § 1 pkt 3) d.k.k., stwierdzając jednocześnie, że późniejsza zmiana przepisów nie mogła doprowadzić do „odżycia” terminu przedawnienia. Jeżeli bowiem analiza orzecznictwa sądowego potwierdziłaby tezę, że terminy przedawnień określone w dawnych przepisach nie mogą „odżyć” po wejściu w życie nowych przepisów, to znaczyłoby to, że w wypadkach objętych zakresem zaskarżenia w sprawie o sygn. K 22/16 sądy, umarzając postępowania sądowe na mocy art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. z uwagi na wystąpienie przedawnienia karalności, mają obowiązek jako podstawę takiego rozstrzygnięcia procesowego wskazać art. 108 § 2 d.k.k., a nie przepisy późniejsze (np. art. 9 § 1 zdanie pierwsze p.w.k.k.).

Należy dodać, że zarówno w orzecznictwie sądowym (zob. np. postanowienia SN z: 13 stycznia 2004 r., sygn. akt III KO 34/03, OSNwSK nr 1/2004, poz. 79; 19 października 2006 r., sygn. akt V KK 275/05, Lex nr 198073; 23 września 2009 r., sygn. akt I KZP 14/09, OSNwSK nr 1/2009, poz. 1880), jak i w literaturze przedmiotu (zob. A. Marek, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Komentarz do ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks karny*, wyd. 5, Lex 2010; W. Wróbel, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278-363*, red. A. Zoll, Warszawa 2016) formułowany jest pogląd, że art. 9 § 1 p.w.k.k. stanowi „powtórzenie” („odpowiednik”) art. 108 § 2 d.k.k. Art. 9 § 1 p.w.k.k. nie został formalnie uchylony.

O orzeczenie przez Trybunał niekonstytucyjności art. 9 § 1 p.w.k.k. wniósł Prokurator Generalny we wniosku z 23 listopada 2017 r., rozpoznawanym pod sygn. K 15/17. W niniejszej sprawie Trybunał powinien był dokładnie ustalić, jaka jest relacja zakresowa między ty-

mi przepisami, albowiem w razie stwierdzenia, że art. 9 § 1 p.w.k.k. rzeczywiście „powtórzył” art. 108 § 2 d.k.k., a więc że ich zakresy normowania pokrywają się, Trybunał miałby możliwość merytorycznego rozpoznania wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich, po uwzględnieniu obowiązującej w postępowaniu sądowokonstytucyjnym zasady *falsa demonstratio non nocet*. Jak bowiem bezspornie wynika z orzecznictwa konstytucyjnego, przedmiotem jego orzekania zawsze jest w istocie norma prawna wysłowiona w jednostkach redakcyjnych tekstu prawnego (zob. np. wyroki TK z: 20 grudnia 2007 r., sygn. P 39/06, OTK ZU nr 11/A/2007, poz. 161; 10 listopada 2009 r., sygn. P 88/08, OTK ZU nr 10/A/2009, poz. 146; 21 października 2008 r., sygn. SK 51/04, OTK ZU nr 8/A/2008, poz. 140). W niniejszej sprawie Trybunał, działając na podstawie art. 69 ust. 1 u.o.t.p.TK, miał w szczególności możliwość zwrócić się do wnioskodawcy i pozostałych uczestników postępowania (w tym Prokuratora Generalnego, będącego wnioskodawcą w sprawie o sygn. K 15/17) o ustosunkowanie się do problemu konsekwencji „powtórzenia” art. 108 § 2 d.k.k. w art. 9 § 1 p.w.k.k., jednakże z tej możliwości Trybunał również nie skorzystał.

3. Nie zgadzam się również z przyjętą w uzasadnieniu postanowienia z 28 stycznia 2020 r., sygn. K 22/16, próbą reinterpretacji orzecznictwa trybunalskiego dotyczącego rozumienia pojęć „mocy obowiązującej” oraz „utrąty mocy obowiązującej” aktu normatywnego (przepisu) zakwestionowanego w postępowaniu przed Trybunałem.

3.1. Trafne, choć nie nowe (zob. orzecznictwo TK przywołane w uzasadnieniu postanowienia, w szczególności wyrok z 16 marca 2011 r., sygn. K 35/08, OTK ZU nr 2/A/2011, poz. 11, a także uwaga P. Radziejwicz o dynamicznym i ewoluującym charakterze orzecznictwa TK – tenże, *Kontrola konstytucyjności „prawa nieobowiązującego”*, „Państwo i Prawo” nr 5/2014, s. 100) jest spostrzeżenie poczynione w uzasadnieniu postanowienia, do którego składam zdanie odrębne, że stanowisko Trybunału w sprawie rozumienia negatywnej przesłanki procesowej, jaką jest utrata mocy obowiązującej przez zakwestionowany akt normatywny (przepis) przed wydaniem przez Trybunał orzeczenia w sprawie, ewoluowało.

Moim zdaniem, analiza aktualnego brzmienia art. 59 ust. 1 pkt 4 i ust. 3 u.o.t.p.TK w świetle dotychczasowego orzecznictwa konstytucyjnego – abstrahując od zmiennego aparatu konceptualnego i pojęciowego używanego przez Trybunał – pozwala wyodrębnić cztery klasy sytuacji, w których mamy do czynienia z przepisem prawnym (normą prawną wyrażoną w jednostce tekstu normatywnego) objętym kognicją Trybunału:

1) sytuacje, w których zakwestionowany przepis nie uległ formalnie uchyleniu na skutek interwencji ustawodawcy i stanowi integralną część systemu prawnego (ta klasa sytuacji nie budzi wątpliwości);

2) sytuacje, w których zakwestionowany przepis został co prawda formalnie uchylony, lecz na podstawie miarodajnej normy międzyczasowej – albo wprost wysłowionej w treści przepisów międzyczasowych zawartych w nowej ustawie, albo wynikającej z ogólnych reguł systemu prawnego – w dalszym ciągu jest stosowany jako podstawa prawna decyzji lub orzeczeń organów władzy publicznej, kształtujących sytuację prawną określonego podmiotu (skutkujących np. nawiązaniem, zmianą treści lub wygaśnięciem określonego stosunku prawnego, powstaniem lub wygaśnięciem prawa podmiotowego lub obowiązku prawnego); w tej klasie sytuacji chodzi w szczególności o ocenę przez Trybunał poprawności rozwiązań legislacyjnych mających służyć wygaszeniu tzw. spraw w toku oraz ochronie praw nabytych lub ekspektatyw uprawnionych podmiotów;

3) sytuacje, w których zakwestionowany przepis został co prawda formalnie uchylony, lecz – w związku z obowiązującymi normami kompetencyjnymi i proceduralnymi – musi być uwzględniany („stosowany retrospektywnie” – według terminologii użytej w uzasadnieniu postanowienia, do którego składam zdanie odrębne) podczas wydawania przez organy władzy

publicznej decyzji lub orzeczeń, stwierdzających istnienie bądź nieistnienie określonej sytuacji prawnej (stosunku prawnego); w takich wypadkach przepis formalnie uchylony stanowi element „podstawy prawnej” (pojęcie to również rozumiane jest szeroko w orzecznictwie Trybunału, nie tylko w sprawach inicjowanych w trybie skargi konstytucyjnej, ale także m.in. w postępowaniach inicjowanych pytaniami prawnymi sądów) decyzji lub orzeczenia organu władzy publicznej wobec określonego podmiotu, z którym to orzeczeniem system prawny wiąże określone konsekwencje; nie chodzi tu o zakończenie „spraw w toku”, albowiem sprawy takie zostały już w przeszłości definitywnie zamknięte (doszło do ostatecznego ukształtowania sytuacji prawnej określonego podmiotu), lecz chodzi o ustalenie przez organy władzy publicznej skutków prawnych zdarzeń i stanów z przeszłości w celu wydania decyzji lub orzeczenia potwierdzającego lub negującego istnienie określonej sytuacji prawnej;

4) wreszcie sytuacje, w których przepis nie tylko został formalnie uchylony, ale także nie może już podlegać (i nie podlega) „retrospektywnemu stosowaniu” (nie może być „podstawą prawną”) żadnej decyzji ani żadnego orzeczenia organu władzy publicznej w jakiegokolwiek sprawie określonego podmiotu, albowiem nie obowiązują żadne normy kompetencyjne czy proceduralne, które nakazywałyby organowi uwzględnić treść takiego przepisu podczas wydawania decyzji lub orzeczenia, niemniej taki przepis został zaskarżony do Trybunału zgodnie z warunkami określonymi w art. 79 ust. 1 Konstytucji i przepisami regulującymi postępowanie przed Trybunałem.

Z punktu widzenia kognicji Trybunału Konstytucyjnego sytuacje należące do trzech pierwszych klas nie są objęte negatywną przesłanką procesową przewidzianą w art. 59 ust. 1 pkt 4 u.o.t.p.TK. Takie rozumienie pojęcia „obowiązywania” (na potrzeby postępowania sądowokonstytucyjnego) ma silne uzasadnienie systemowe, albowiem zapewnia możliwie szeroką ochronę przez Trybunał wartości konstytucyjnych, w szczególności wolności i praw podstawowych. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał zdawał się zresztą możliwie szeroko rozumieć to pojęcie. Skoro zatem przepis – niezależnie od formalnego rozstrzygnięcia ustawodawcy o jego uchyleniu – w dalszym ciągu stanowić może szeroko pojmowaną podstawę prawną decyzji lub orzeczeń wydawanych wobec określonych podmiotów prawa, z którymi to decyzjami lub orzeczeniami wiążą się w aktualnym stanie prawnym konkretne konsekwencje prawne (odpowiednio: zmiana treści sytuacji prawnej – w drugiej klasie sytuacji oraz ostateczne rozstrzygnięcie o istnieniu lub nieistnieniu sytuacji prawnej – w trzeciej klasie), to wyłączenie spod kognicji Trybunału tylko części przypadków (kwalifikowanych do trzeciej klasy) byłoby systemowo nieuzasadnione i w istocie arbitralne. Jednocześnie tak ujmowany zakres kontroli sprawowanej przez Trybunał (niezależnie od trybu wszczęcia postępowania sądowokonstytucyjnego) uzupełnia art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK, który stanowi w istocie gwarancję realizacji konstytucyjnego prawa do skargi konstytucyjnej, wynikającego z art. 79 ust. 1 Konstytucji. Specyfika skargi konstytucyjnej jako środka ochrony konstytucyjnych wolności i praw polega m.in. na tym, że środek ten ma charakter subsydiarny wobec innych środków ochrony i może być użyty dopiero *ex post*, gdy określony podmiot nie uzyskał ochrony w postępowaniach przed innymi organami władzy publicznej (sądami). Tak więc choćby ustawodawca formalnie uchylił przepis, będący podstawą wydania wobec takiego podmiotu ostatecznej decyzji lub ostatecznego orzeczenia, i choćby ten przepis nie był już w ogóle stosowany przez organy administracji lub sądy, to podmiot konstytucyjnych praw i wolności nadal ma prawo oczekiwać, że jego skarga konstytucyjna, którą wniósł do Trybunału zgodnie z wymaganiami wynikającymi z art. 79 ust. 1 Konstytucji i przepisów regulujących postępowanie sądowokonstytucyjne, zostanie rozpoznana przez Trybunał, mimo że zaskarżony przepis utracił przymiot „obowiązywania”. Skarga konstytucyjna stanowi bowiem środek *ultima ratio* ochrony konstytucyjnych wolności i praw, a orzekanie przez Trybunał na podstawie art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK o przepisie nieobowiązującym w rozumieniu art. 59 ust. 1 pkt 4 u.o.t.p.TK staje się dopuszczalne właśnie z uwagi na konieczność ochrony tych wolno-

ści i praw. Należy dodać, że art. 79 ust. 1 Konstytucji stanowi odrębną konstytucyjną podstawę kognicji Trybunału Konstytucyjnego (zob. art. 188 pkt 5 Konstytucji).

3.2. W postanowieniu z 28 stycznia 2020 r., sygn. K 22/16, Trybunał dokonał nieuzasadnionego, moim zdaniem, ograniczenia zakresu przedmiotowego swojej kognicji, nadmierne rozszerzając treść przesłanki „utruty mocy obowiązującej” i kwalifikując przepis zakwestionowany w postępowaniu sądowokonstytucyjnym jako niemający mocy obowiązującej.

W pierwszej części uzasadnienia, Trybunał przywołał wprawdzie wcześniejsze orzecznictwo, przy czym opisując wypracowane w nim stanowisko dotyczące rozumienia pojęć „mocy obowiązującej” oraz „utruty mocy obowiązującej”, użył nowych kategorii pojęciowych, w szczególności „stosowania prospektywnego” i „stosowania retrospektywnego”. Uważam, że wprowadzenie tych dodatkowych pojęć w materii już tak szeroko wyjaśnianej w dotychczasowym orzecznictwie jest nie tylko niepotrzebnym wprowadzaniem dodatkowego chaosu, lecz – co ważniejsze – maskuje zmianę dotychczasowej linii orzeczniczej i reinterpretację rozumienia pojęć „mocy obowiązującej” oraz „utruty mocy obowiązującej” na potrzeby postępowania sądowokonstytucyjnego.

Moim zdaniem, z koncepcji zarysowanej w uzasadnieniu postanowienia, do którego składam zdanie odrębne, można wyprowadzić wniosek o szerszym niż dotychczas rozumieniu pojęcia „utruty mocy obowiązującej” jako przesłanki umorzenia postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym. W miejsce dotychczas wyodrębnianych trzech klas sytuacji przepisów posiadających „moc obowiązującą”, niepodlegających umorzeniu w oparciu o art. 59 ust. 1 pkt 4 u.o.t.p.TK, Trybunał określił dwie klasy sytuacji, trzecią zakwalifikował jako mieszczącą się w zakresie art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK, a czwartą (dotychczas zaliczaną do zakresu art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK, wcześniej – art. 39 ust. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym, Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: u.o.TK z 1997 r.) w swoich rozważaniach zupełnie pominął.

Rekapitulując dotychczasowe orzecznictwo – moim zdaniem zawężająco – Trybunał wyodrębnił mianowicie trzy następujące klasy sytuacji: pierwszą, w której przepis nie jest formalnie uchylony, drugą, w której przepis jest formalnie uchylony, ale jego moc jest „podtrzymywana przez przepisy intertemporalne” i jest stosowany „prospektywnie” (tę zakwalifikował jako niemieszczącą się w zakresie art. 59 ust. 1 pkt 4 u.o.t.p.TK), oraz trzecią – w której przepis jest formalnie uchylony, jego moc nie jest „podtrzymywana przez przepisy intertemporalne” oraz jest stosowany retrospektywnie (i który może być objęty kognicją Trybunału tylko przy spełnieniu warunków opisanych w art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK).

Trybunał w postanowieniu wydanym w niniejszej sprawie zrekonstruował zatem dotychczasową linię orzeczniczą, w tym stanowisko zajęte zwłaszcza w wyroku w sprawie o sygn. K 35/08, z nadmiernym formalizmem. Tymczasem nie można tracić z pola widzenia, że w późniejszym wyroku – również wydanym w pełnym składzie – z 4 listopada 2015 r., sygn. K 1/14 (OTK ZU nr 10/A/2015, poz. 163), Trybunał – odwołując się do wyroku o sygn. K 35/08 – podtrzymał wyraźnie stanowisko, zgodnie z którym „[w] sensie konstytucyjnym przepis traci moc obowiązującą wówczas, gdy nie może mieć już zastosowania do sytuacji z przeszłości, terażniejszości ani przyszłości oraz kiedy nie wywiera na przyszłość żadnych skutków dla adresatów. Obowiązuje więc, dopóki na jego podstawie są lub mogą być podejmowane indywidualne akty stosowania prawa” (por. wyrok pełnego składu z 30 października 2019 r., sygn. P 1/18, OTK ZU A/2019, poz. 61, w którym także stwierdzono: „Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Trybunału Konstytucyjnego o utracie mocy obowiązującej można mówić bowiem dopiero wtedy, gdy dany przepis nie może być w ogóle stosowany. Uchylony (formalnie) przepis lub przepis, którego brzmienie zmieniło się w wyniku działalności prawodawcy, należy uważać za obowiązujące, jeżeli nadal możliwe jest ich zastosowanie do jakichkolwiek sytuacji z przeszłości, terażniejszości lub przyszłości”).

Podsumowując, wyrażam przekonanie, że w świetle dotychczasowego orzecznictwa nadal zachowuje swą aktualność stanowisko, że „Trybunał jest kompetentny (...) do orzekania w sprawach dotyczących aktów normatywnych, wprowadzie formalnie derogowanych, ale mogących znaleźć zastosowanie do jakichkolwiek stanów faktycznych w przeszłości, teraźniejszości i przyszłości” (por. A. Grabowski, B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem. Uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 228, 229), a art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK (będący odpowiednikiem wcześniej obowiązującego art. 39 ust. 3 u.o.TK z 1997 r.) „otwiera możliwość orzekania przez Trybunał o konstytucyjności (legalności) takich aktów normatywnych, które utraciły już w pełni moc obowiązującą (uwzględniając także płaszczyznę ewentualnego ich zastosowania)” (por. A. Grabowski, B. Naleziński, *op. cit.*, s. 229).

Dokonane w 2016 r. przez ustawodawcę zawężenie zakresu stosowania art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK do postępowań wszczętych skargami konstytucyjnymi dotyczyło zatem, w moim przekonaniu, jedynie czwartej z wymienionych wcześniej (zob. pkt 3.1) klas sytuacji.

3.3. Nie zgadzam się z zawężającym kognicję Trybunału stanowiskiem wyrażonym w postanowieniu z dnia 28 stycznia 2020 r., sygn. K 22/16, opartym w zasadzie na wnioskowaniu *à rebours*, prowadzącym do rezultatów co najmniej osłabiających ochronną funkcję art. 79 ust. 1 Konstytucji, a nadto sprzecznych z systemowym odczytaniem nie tylko art. 79, lecz także art. 188 Konstytucji, który odrębnie – w punkcie 5 – wymienia „skargę konstytucyjną, o której mowa w art. 79 ust. 1” jako samodzielny przedmiot spraw należących do zakresu kognicji sądu konstytucyjnego. *Ratio* art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK (podobnie jak wcześniej obowiązującego art. 39 ust. 3 u.o.TK z 1997 r.) wiąże się silnie z gwarancjami wynikającymi wprost i bezpośrednio z art. 79 Konstytucji, lecz także z art. 190 ust. 4 Konstytucji, a zatem z zapewnieniem ochrony konstytucyjnych wolności i praw także wtedy, a może przede wszystkim wtedy, gdy nie istnieje alternatywny instrument prawny (poza ewentualnym uznaniem przepisu za niekonstytucyjny), który mógłby spowodować zmianę sytuacji prawnej ukształtowanej definitywnie, zanim przepis będący źródłem naruszenia utracił moc obowiązującą.

Analiza materiałów z procesu legislacyjnego dotyczącego u.o.t.p.TK nie dostarcza żadnych argumentów na potwierdzenie tezy o zamiarze ograniczenia zakresu kognicji TK w obszarze kontroli konstytucyjności aktów normatywnych „nieobowiązujących”. W uzasadnieniu projektu ustawy (druk sejmowy nr 963/VIII kadencja) stwierdzono: „Jednocześnie projektodawca ograniczył możliwość orzekania o przepisach, które utraciły moc obowiązującą. Zgodnie z art. 59 ust. 3 projektu będzie to możliwe tylko wtedy, gdy wydanie orzeczenia będzie konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw, w postępowaniu toczącym się w ramach skargi konstytucyjnej”, co dowodzi, że celem tej zmiany było ograniczenie zakresu art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK jedynie pod względem podmiotowym – do spraw wszczętych na podstawie skargi konstytucyjnej – a nie redefinicja pojęcia „mocy obowiązującej” czy „utrąty mocy obowiązującej”.

Intencją ustawodawcy było podkreślenie konieczności udzielania przez Trybunał Konstytucyjny ochrony prawnej osobie skarżącej do TK przepis, który nie tylko został formalnie uchylony, ale także nie może już podlegać (i w momencie orzekania nie podlega) „retrospektywnemu stosowaniu”, nie może już być „podstawą prawną” żadnej decyzji ani żadnego orzeczenia organu władzy publicznej w jakiegokolwiek sprawie określonego podmiotu, w braku norm kompetencyjnych czy proceduralnych, które nakazywałyby organowi uwzględnić treść takiego przepisu podczas wydawania decyzji lub orzeczenia, a przepis taki został przed zmianą stanu prawnego zaskarżony do Trybunału zgodnie z warunkami określonymi w art. 79 ust. 1 Konstytucji i przepisami regulującymi postępowanie przed Trybunałem. Innymi słowy art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK dotyczy mogących naruszać prawa i wolności konstytucyjne skarżą-

cego przepisów, które stanowiąc podstawę dla ostatecznego rozstrzygnięcia zapadłego w sprawie skarżącego, stały się następnie przepisami formalnie nieobowiązującymi i niestosowanymi. Sytuacja taka nastąpi kiedy przedmiot kontroli, już po wniesieniu skargi konstytucyjnej, zostanie uchylony lub zastąpiony przepisem niebudzącym wskazanych w skardze wątpliwości konstytucyjnych, a ustawodawca nie przewidzi działania nowych – zgodnych z porządkiem konstytucyjnym przepisów – wstecz, do spraw wszczętych i zakończonych pod rządami poprzedniej regulacji.

Z wywodów Trybunału oraz z ostatecznie postawionego wniosku, że art. 108 § 2 d.k.k. utracił „moc obowiązującą” w rozumieniu art. 59 ust. 1 pkt 4 u.o.t.p.TK wynika, że Trybunał zawęził granice swej kognicji, a tym samym ograniczył, z jednej strony dostęp do sądu konstytucyjnego organom i podmiotom mającym legitymację do inicjowania postępowań w trybie innym niż tryb przewidziany w art. 79 ust. 1 Konstytucji, z drugiej strony – w konsekwencji zajętego przez siebie stanowiska – także osobom uprawnionym na podstawie art. 79 ust. 1 Konstytucji do wystąpienia ze skargą konstytucyjną. Nie jest to, moim zdaniem, uzasadnione ani ze względów aksjologicznych, ani z uwagi na kształt przepisów o postępowaniu przed Trybunałem przyjętych w 2016 r., ani ze względów prakseologicznych. Przyjęte przez Trybunał w uzasadnieniu postanowienia z dnia 28 stycznia 2020 r., sygn. K 22/16, rozumienie pojęcia „mocy obowiązującej”, prowadzi do wyeliminowania przez Trybunał Konstytucyjny z jego kognicji na podstawie art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK zaskarżonych w trybie skargi konstytucyjnej przedmiotów kontroli opisanych w czwartej klasie sytuacji (zob. pkt 3.1). W uzasadnieniu postanowienia z 28 stycznia 2020 r., sygn. K 22/16, Trybunał dokonał bowiem zawężenia zakresu stosowania art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK ponad to, co wynika z brzmienia tego przepisu. Trybunał wskazał, że nie można badać, z punktu widzenia ochrony praw i wolności konstytucyjnych, przepisu pozbawionego mocy prawnej, który nie jest zarazem stosowany przez organy władzy, gdyż w „rachubę musi wchodzić, choćby retrospektywne i w najszerszym tego słowa znaczeniu, nawet potencjalne, stosowanie uchylonego przepisu”. Zdaniem Trybunału, przepis uchylony, nieobowiązujący także „materialnie”, a więc niestosowany, nie może naruszać wolności lub praw konstytucyjnych. Tymczasem przesłanką zastosowania art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK jest właśnie „konieczność ochrony konstytucyjnych wolności i praw” przed ich naruszeniem, które już nastąpiło – niezależnie od tego, czy akt normatywny (przepis) nadal podlega stosowaniu, czy nie. Warunkiem wystąpienia ze skargą konstytucyjną jest bowiem wystąpienie – w indywidualnej sprawie – „rzeczywistego” i „aktualnego” naruszenia konstytucyjnych wolności lub praw przysługujących skarżącemu. Skarga konstytucyjna ma na celu doprowadzić, na zasadach określonych w art. 190 ust. 4 Konstytucji, do wzruszenia skutków naruszenia wynikającego z zastosowania zaskarżonego aktu (przepisu). Warunkiem jej wniesienia nie jest to, czy akt normatywny (przepis), który był źródłem naruszenia konstytucyjnych wolności lub prawa w indywidualnej sprawie, nadal może być stosowany w innych sprawach.

Zaproponowane w uzasadnieniu postanowienia z 28 stycznia 2020 r., sygn. K 22/16, odstępianie od dotychczasowego szerokiego rozumienia „mocy obowiązującej” aktu normatywnego (przepisu) zakwestionowanego w postępowaniu konstytucyjnym nie jest uzasadnione w sytuacji, gdy polskie prawodawstwo cechuje duża labilność, a częste zmiany stanu prawnego dotyczą również niestety prawa karnego.

W moim przekonaniu, nadmierny formalizm podczas wykładni negatywnej przesłanki procesowej ujętej w art. 59 ust. 1 pkt 4, a także art. 59 ust. 3 u.o.t.p.TK, stanowi zagrożenie realizacji przez Trybunał funkcji właściwych każdemu sądowi konstytucyjnemu. W szczególności doprowadzi do istotnego osłabienia efektywności ochrony konstytucyjnych wolności i praw obywateli.

Zdanie odrębne

sędziego TK Jarosława Wyrembaka
do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 28 stycznia 2020 r., sygn. akt K 22/16

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, zgłaszam zdanie odrębne do wyżej powołanego postanowienia TK.

I. Zgodnie z przepisem art. 59 ust. 1 pkt. 4 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym z dnia 30 listopada 2016 roku, Trybunał na posiedzeniu niejawnym wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania, jeżeli akt normatywny w zakwestionowanym zakresie utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał.

Wskazując na powołaną regulację, Trybunał Konstytucyjny umorzył postępowanie, z uwagi na formalną derogację Kodeksu karnego z roku 1969 – w nim bowiem usytuowany był objęty wnioskiem przepis art. 108 § 2. Rozstrzygnięcie to uważam za całkowicie niezasadne, z powodu dalej wskazanych okoliczności.

II. Niekwestionowanym faktem jest, że normę rekonstruowaną na podstawie art. 108 § 2 Kodeksu karnego z 1969 roku, stanowiącą przedmiot wniosku, prawodawca zachował w systemie prawa – zmienił jedynie miejsce usytuowania przepisu, będącego podstawą jej rekonstrukcji. Aktualnie jest nim art. 9 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku – Przepisy wprowadzające Kodeks karny z 1997 roku. Trybunał Konstytucyjny, na gruncie kwestionowanego przeze mnie postanowienia, w istocie nie dokonał analizy konsekwencji wynikających z zachowania w systemie prawa ciągłości regulacyjnej w rozważanym zakresie. Tymczasem są one bardzo ważne – moim zdaniem, sprzeciwiają się możliwości uznania, że stanowiąca przedmiot skargi norma utraciła moc obowiązującą (i że w związku z tym nie może być już badana przez Trybunał Konstytucyjny). Podkreślić należy z całą mocą, że o ewentualnym naruszeniu konstytucyjnych praw i wolności ostatecznie nigdy nie przesądza numer jednostki redakcyjnej tekstu prawnego (czy tytuł aktu prawnego, w którym został on zamieszczony), a kształt rekonstruowanej na jego podstawie normy prawnej – ta zaś zasadniczo się nie zmienia w zależności od tego, w jakiej jednostce redakcyjnej jakiego aktu normatywnego prawodawca sytuuje przepisy ją wyrażające. Tym samym, o tym, czy konkretna norma zachowuje moc obowiązującą, czy też nie, należy zawsze rozstrzygać w perspektywie całego systemu prawa – a nie w perspektywie jednej tylko ustawy czy jednej tylko jednostki systematyki tekstu prawnego.

Trybunał nie odniósł się do konsekwencji zachowania w systemie prawa normy objętej wnioskiem Rzecznika, mimo że odnotował, iż „w (...) miejsce [art. 108 § 2 dawnego kodeksu karnego – dopow.: J.W.] wprowadzono art. 9 § 1 przepisów wprowadzających k.k.”, przy czym „treść art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. oraz art. 9 § 1 przepisów wprowadzających k.k. jest normatywnie tożsama”. Tymczasem kwestia ta miała w badanej sprawie znaczenie centralne i kluczowe – determinowała właściwy kierunek rozstrzygnięcia, domagając się wydania orzeczenia merytorycznego. Zupełnie niezrozumiała i zaskakująca jest konstatacja Trybunału – odnoszona do art. 108 § 2 dawnego Kodeksu karnego: „Moc obowiązująca tego przepisu nie została podtrzymana w jakimkolwiek zakresie przez przepis intertemporalny. Przeciwnie, w jego miejsce wprowadzono art. 9 § 1 przepisów wprowadzających k.k.”. Nie jest jasne, z jakiego powodu, zdaniem Trybunału, prawodawca miałby podtrzymywać moc obowiązującą art. 108 § 2 dawnego Kodeksu karnego w jakimś przepisie intertemporalnym, skoro normę

z niego wynikającą można w takim samym kształcie rekonstruować na podstawie art. 9 § 1 ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny z 1997 roku.

III. W moim przekonaniu, nie zachodziła żadna podstawa do umorzenia postępowania – sprawa powinna zostać rozpoznana merytorycznie. Z uwagi na okoliczności podniesione w punkcie poprzedzającym, wyrok powinien odnosić się do objętej wnioskiem Rzecznika normy, przy czym jako podstawę jej rekonstrukcji należało wskazać zarówno jednostkę redakcyjną tekstu prawnego objętego Kodeksem karnym z 1969 roku (art. 108 § 2), jak i jednostkę redakcyjną tekstu prawnego mieszczącego się w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny z 1997 roku (art. 9 § 1).

IV. W treści kwestionowanego przeze mnie postanowienia, Trybunał Konstytucyjny podniósł między innymi, że:

„Art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. w chwili orzekania przez Trybunał pozbawiony jest mocy obowiązującej w rozumieniu art. 59 ust. 1 pkt 4 otpTK. Nie jest źródłem norm, nie działa prospektywnie. Może być jednak stosowany do oceny zdarzeń przeszłych, które zaszły w chwili jego obowiązywania”.

Cytowany wywód narzuca konieczność konstatacji, że nie jest jasne, w jaki sposób Trybunał Konstytucyjny postrzega stosowanie powołanego artykułu dawnego Kodeksu karnego, skoro ten, zdaniem Trybunału, „nie jest źródłem norm”. Nie jest jasne, w jakich układach okoliczności faktycznych i prawnych – i w odniesieniu do jakich dokładnie „zdarzeń przeszłych” – zdaniem Trybunału, przepis ten może być aktualnie stosowany. Nie jest jasne wreszcie, jakie oparcie normatywne miałyby mieć aktualna praktyka jego stosowania – i jak miałyby być ona godzona z zasadą legalizmu, skoro według stanowiska Trybunału: powołany przepis może być stosowany, mimo że pozbawiony jest mocy obowiązującej.

V. Warto podkreślić, że formalna derogacja aktu normatywnego nie musi przesądzać o utracie mocy obowiązującej regulacji z niego wynikających – i to nie tylko z uwagi na szczególne okoliczności, jakie w badanym przypadku miały miejsce (zostały wskazane w punkcie II). W perspektywie systemowej mogą bowiem funkcjonować przepisy podtrzymujące przynajmniej zakresowe stosowanie objętego derogacją aktu normatywnego w określonych układach okoliczności faktycznych i prawnych. Mogą one przyjmować różną postać. Czasami są to klasyczne normy intertemporalne, a czasami funkcjonują w nieco innym kształcie – na przykład jako konstytuowana na gruncie prawa karnego reguła zakładająca stosowanie wobec sprawcy przestępstwa ustawy poprzednio obowiązującej, gdy jest ona dla niego względniejsza.

Przynajmniej w ostatnich latach, w zgodzie z normami samej Konstytucji – w sposób bardzo adekwatny zwłaszcza wobec założeń wynikających z zasady legalizmu – przyjmowano dość powszechnie i dość zgodnie, że legitymowana normatywnie praktyka przynajmniej zakresowego stosowania aktu normatywnego formalnie derogowanego oznacza, że zachowuje on moc obowiązującą (i że – jako taki – może być on badany przez Trybunał Konstytucyjny). Podkreślić jednak wypada, że pewien porządek logiczny nakazuje, by zawsze przyjmować, że to nie sama praktyka stosowania aktu normatywnego nadaje mu moc obowiązującą – byłoby to założenie mało rozsądne, zwłaszcza z punktu widzenia zasady legalizmu; odwrotnie: normatywne podtrzymanie w perspektywie systemowej przynajmniej zakresowego stosowania aktu normatywnego czyni to stosowanie w ogóle możliwym – i jednocześnie przesądza o tym, że ów akt, przynajmniej zakresowo, zachowuje walor mocy obowiązującej. Z tego powodu uważam, że używając w zakresie techniki prawodawczej określenia „stosuje się” – dla legitymizacji praktyki przynajmniej zakresowego stosowania aktu normatywnego formalnie

uchylonego (np. art. 4 Kodeksu karnego z 1997 roku), prawodawca w istocie podtrzymuje, przynajmniej zakresowo, jego moc obowiązującą.

Według mojego stanowiska, Konstytucja – a zwłaszcza z niej wynikająca zasada legalizmu – nie dopuszcza możliwości takiego rozumienia „mocy obowiązującej” aktu normatywnego, które przyjął Trybunał Konstytucyjny, a które oparte jest na założeniu, że w określonych układach okoliczności faktycznych i prawnych praktyka sądowa może stosować określony akt normatywny, mimo że on nie obowiązuje (z uwagi na fakt formalnej derogacji).

Warto podkreślić w kontekście poczynionych uwag, że sposób rozumienia „mocy obowiązującej” aktu normatywnego nie jest tylko sprawą wyboru określonej koncepcji teoretycznej czy doktrynalnej, a – napotyka na bardzo poważne uwarunkowania konstytucyjno-prawne. Bardzo wąskie rozumienie „mocy obowiązującej” aktu normatywnego, narzucane przez kwestionowane postanowienie, w moim przekonaniu, nie jest możliwe do pogodzenia między innymi z zasadą wykładni prokonstytucyjnej, która nie powinna być porzucana nigdy – zwłaszcza w praktyce orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego.

VI. Rzecznik Praw Obywatelskich w treści złożonego wniosku zdefiniował problem konstytucyjny wielkiej wagi prawnej i społecznej – zwłaszcza w perspektywie sprawiedliwościowej, uwarunkowanej ogromem krzywd ludzkich, wyrządzonych przez funkcjonariuszy państwa komunistycznego. Całkowicie niezasadne umorzenie postępowania przez Trybunał Konstytucyjny oddaliło szansę na rozwiązanie tegoż problemu na poziomie konstytucyjno-prawnym.

Z powodu wszystkich przedstawionych racji, zdecydowałem o zgłoszeniu zdania odrębnego do powołanego na wstępie postanowienia.