

Kompetencje derogacyjne TK oraz ich prawnokarne konsekwencje (refleksje na marginesie wyroku w sprawie K 1/20)

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r.¹, stwierdzający niezgodność z Konstytucją art. 4a ust. 2 ustawy z 7.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (dalej: u.p.r.) – obok kontrowersji aksjologicznych – stworzył, chyba nieoczekiwanie dla samych wnioskodawców, interesujący kontekst, w jakim dałoby się sformułować garść ogólniejszych refleksji na temat skutków tego rodzaju orzeczeń w obszarze prawa karnego². Przedmiotem analiz stały się bowiem konsekwencje orzeczeń derogacyjnych Trybunału Konstytucyjnego, które wprost nie odnoszą się do regulacji ze sfery prawa karnego materialnego³, lecz – eliminując z obowiązującego systemu przepisy innych działów prawa – mają w istocie bezpośrednie znaczenie dla wyznaczania płaszczyzny bezprawności i karalności. Uwzględniając kompetencję Trybunału do wydawania tego rodzaju orzeczeń, nie możemy jednak tracić z pola widzenia, że mogą one niekiedy obejmować – tak jak w analizowanym przypadku – regulacje stanowiące przedmiot wyraźnego lub milczącego odesłania normatywnego zawartego w przepisach typizujących, służącego do kon-

¹ K 1/20, OTK ZU 2021, poz. 4.

² O rodzajach wyroków TK zob. szerzej M. Florczak-Wątor, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006, s. 89 i n.; M. Herman, *Wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego z perspektywy teoretycznoprawnej*, Warszawa 2015, s. 9 i n.; P. Tuleja, *Wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, Poznań 2016, s. 7 i n.

³ Nie dotyczą bowiem przepisów typizujących lub przepisów modyfikujących albo uadekwatniających przepisy typizujące – zob. m.in. A. Barczak-Oplustil, *Obowiązywanie zasady nullum crimen sine lege. Wybrane problemy*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2013, nr 3, s. 15 i n.

kretyzacji sfery bezprawności lub/i sfery karalności, przesądzając tym samym o zakresie odpowiedzialności karnej⁴. Oczywiście staje się zatem pytanie o normatywne znaczenie wyroku derogacyjnego, przede wszystkim zaś o to, czy wynikające z niego *prima facie* poszerzenie zakresu prawnokarnej odpowiedzialności⁵, będące następstwem modyfikacji leżących u jej podstaw zakazów, nakazów lub zezwoleń, nadaje się do pogodzenia z zakotwiczonymi w Konstytucji oraz prawie karnym materialnymi zasadami tworzenia regulacji o charakterze represyjnym. Jako szczególnie istotna jawi się relacja między zasadą *nullum crimen, nulla poena sine lege* wyrażoną w art. 42 ust. 1 Konstytucji a kompetencjami sądu konstytucyjnego i normatywnym statusem wydawanych przez ten sąd orzeczeń w kontekście możliwości zaliczenia ich do kategorii zdarzeń stanowiących źródła prawa w porządku prawnym Rzeczypospolitej Polskiej⁶.

Pytając o skutki prawne wyroku derogacyjnego sądu konstytucyjnego w sferze karalności, w szczególności zaś o możliwość wprowadzenia lub poszerzenia jej zakresu w porównaniu ze stanem istniejącym przed wydaniem takiego orzeczenia, koncentrujemy się przede wszystkim na zagadnieniu karnistycznym, choć – co w tej sytuacji oczywiście – ujmowanym w perspektywie konstytucyjnej⁷. Tak zakreślony problem można powiązać na płaszczyźnie prawa karnego materialnego z trzema grupami zagadnień szczegółowych: problematyką źródeł prawa; zagadnieniem czasowego zakresu obowiązywania i zastosowania ustawy karnej; wreszcie konstrukcyjną charakterystyką norm sprzężonych, w szczególności zagadnieniem temporalnych, logicznych i merytorycznych relacji między normą sankcjonowaną a normą sankcjonującą.

Teoretycznoprawna analiza źródeł prawa karnego – zwłaszcza gdy spoglądamy na nie z perspektywy norm sprzężonych – musi rodzić pytanie, czy gotowi bylibyśmy zaakceptować fakt, że w ich katalogu mieszczą się również wyroki derogacyjne TK, które prowadzą do rekonstrukcji normy sankcjonowanej o poszerzonym (w porównaniu ze stanem

⁴ Zob. m.in. R. Dębski, *Pozastawowe znamiona czynu zabronionego*, Łódź 1995, s. 108 i n.

⁵ Konsekwencją orzeczenia derogacyjnego może być zniesienie bezprawności, jej wężenie lub poszerzenie. Ten ostatni przypadek wiąże się z uchyleniem przepisów statujących dozwolenia na podjęcie zachowań generalnie zakazanych lub przepisów kompetencyjnych (np. art. 168b k.p.k.). Wyrok TK dotyczył przepisu określającego zakres dozwolonej terminacji ciąży, co sprawia, że uznanie go za niezgodny z Konstytucją skutkuje poszerzeniem zakresu zakazu dokonywania tego rodzaju działań.

⁶ Zob. W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 166 i n.

⁷ Co do konstytucyjnych aspektów prawa karnego zob. m.in. A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 2, *Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 219 i n.; P. Cychosz, *Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2017, *passim*.

obowiązującym przed derogacją) zakresie jej normowania, a w konsekwencji powodują, że – w pewnym sensie pośrednio – rozleglejszy staje się zakres zastosowania normy sankcjonującej. Oznaczałoby to wszak, że za sprawą rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego prawokarnie sankcjonowane okazałyby się zachowania uprzednio pozostające poza zakresem karalności, a więc nieobjęte zakresem zastosowania normy sankcjonującej dekodowanej ze źródeł obowiązujących przed wydaniem wyroku derogującego⁸. Zgoda na poszerzanie zakresu karalności w związku z wyrokiem derogacyjnym sądu konstytucyjnego musiała by opierać się na założeniu, że sąd ten dysponuje kompetencją normodawczą lub że kompetencji takiej wprawdzie nie posiada, lecz z jakichś względów jego orzeczenia traktowane są na równi z aktami konwencjonalnymi będącymi aktami stanowienia prawa przez odpowiedni organ w ramach kompetencji normodawczej.

Zgodnie z dość powszechnie przyjmowanym w piśmiennictwie karnistycznym poglądem „norma prawa obowiązuje wówczas, gdy została ustanowiona przez podmiot wyposażony w odpowiednią kompetencję normodawczą”⁹. W odniesieniu do źródeł prawa karnego kluczowe znaczenie ma przeto zasada wyłączności ustawy, rozumiana powszechnie jako „zakaz wprowadzania do systemu norm prawokarnych w inny sposób niż w drodze aktów prawodawczych”, mających status ustawy¹⁰. W piśmiennictwie podkreśla się, że „w zakresie norm kompetencyjnych umożliwiających organowi państwowemu wkraczanie w sferę praw i wolności jednostki w postaci stosowania sankcji karnej zasadę wyłączności ustawowej należy rozumieć wąsko jako bezwzględny zakaz stanowienia lub rozszerzania tej kompetencji w innych aktach niż formalnie rozumiane akty ustawowe parlamentu”¹¹, a „zasada ustawowej wyłączności wyklucza możliwość ustanowienia nowej normy sankcjonującej w drodze aktu normatywnego o randze niższej niż ustawa, jak również możliwość wyprowadzania takich norm z prawa zwyczajowego, precedensu sądowego, orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego czy Sądu Najwyższego”¹². W perspektywie analizy normatywnej zasada wyłączności ustawy w sferze prawa karnego łączona jest z płaszczyzną normy sankcjonującej, wyznaczającej zakres karalności, przy czym takie powiązanie zasady wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji jest niezależne od sposobu rekonstrukcji, charakterystyki, statusu i relacji treściowej oraz funkcjonalnej między normą sankcjonowaną a normą sankcjonują-

⁸ Stanowisko takie prezentuje W. Wróbel, *Zmiana...*, s. 167 i n.

⁹ A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 120.

¹⁰ A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie...*, s. 99.

¹¹ A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie...*, s. 99; T. Sroka, [w:] *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1028 i n.

¹² A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie...*, s. 99.

ca¹³. Nie ma także znaczenia, czy pierwszą z tych norm uznamy za właściwą normę prawa karnego¹⁴. Gdybyśmy jednak normie sankcjonowanej przypisali rodowód ogólnosystemowy, to mogłaby się pojawić sugestia, że zasada *nullum crimen, nulla poena sine lege* odnosi się wyłącznie do źródeł stanowiących podstawę rekonstrukcji normy sankcjonującej, zasadniczo zaś nie ma znaczenia dla źródeł stanowiących podstawę rekonstrukcji norm sankcjonowanych. Przy takim założeniu spór o znaczenie wyroku derogacyjnego odnosiłby się więc wyłącznie lub – co najmniej – przede wszystkim do płaszczyzny karalności¹⁵.

Jako niekontrowersyjny przyjmujemy pogląd, że podstawą rekonstruowania treści oraz wyznaczania początkowego momentu obowiązywania i stosowania normy sankcjonującej może być jedynie właściwie uchwalona i promulgowana ustawa. Wynika to wprost z regulacji zawartej w art. 42 ust. 1 Konstytucji oraz z pozostałych przepisów konstytucyjnych odnoszących się do ustawy jako źródła prawa stanowionego przez kompetentne podmioty w ramach przewidzianej procedury jego uchwalenia i promulgacji¹⁶. Wydawać by się mogło, że prowadzi to do dość oczywistego wniosku, że w obszarze prawa karnego – ze względu na konstytucyjne wymogi oraz funkcję gwarancyjną – źródłem normy sankcjonującej, wprowadzającej lub modyfikującej karalność określonej kategorii zachowań, wyznaczającym także moment jej wejścia w życie może być jedynie ustawa. Nie przewiduje się w tym zakresie – a stanowisko doktryny jest tutaj jednoznaczne – żadnych wyjątków, także gdy chodzi o wyznaczenie początkowego momentu obowiązywania normy prawa karnego w systemie prawa¹⁷.

Nieco szerszy katalog źródeł wskazuje się natomiast w odniesieniu do końcowego momentu obowiązywania normy prawa karnego – wymienia się zasadniczo pięć następujących kategorii zdarzeń konwencjonalnych: wpływ czasu, na jaki wprowadzono do systemu określoną normę,

¹³ Zob. m.in. A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, Krakowskie Studia Prawnicze 1990, rok XXIII, s. 63 i n.; P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2012, nr 1, s. 5 i n.; W. Wróbel, *Zmiana...*, s. 23 i n.; Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007, s. 23 i n.

¹⁴ Zob. w szczególności A. Zoll, *O normie...*, s. 63 i n.; Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 27 i n.

¹⁵ Twierdzenie powyższe odnosi się także do stanowiska uznającego, że „centralnym elementem hipotezy normy sankcjonującej (...) jest stwierdzenie przekroczenia normy sankcjonowanej”, tę ostatnią zaś jako normę zawierającą w swoim zakresie zastosowania i normowania wszystkie elementy składające się na znamiona typu czynu zabronionego. Zob. szerzej Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 55 i n.

¹⁶ Zob. szerzej M. Wiącek, [w:] *Konstytucja RP*, t. II, *Komentarz. Art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 64 i n.; T. Sroka, [w:] *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz...*, s. 1028 i n.

¹⁷ Co do sposobów rozumienia pojęcia „obowiązywania” zob. szerzej A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 227 i n.

określając z góry w ustawie ją wprowadzającej końcowy moment jej obowiązywania (tzw. ustawy czasowe); uchylenie (derogację) przez podmiot, który ją ustanowił lub przez sąd konstytucyjny w wyroku stwierdzającym jej sprzeczność z ustawą zasadniczą; uchwalenie przez uprawniony podmiot nowej normy, pozostającej w kolizji z normą będącą już częścią obowiązującego systemu w wyniku zastosowania reguły *lex posterior derogat legi priori*; wpływ odpowiednio długiego czasu, liczonego od ustanowienia normy, w którym konsekwentnie (w sposób świadomy) nie była ona stosowana (*desuetudo*); derogację w wyniku zmiany akceptowanych w danym systemie prawnym reguł obowiązywania norm (reguły walidacyjne) lub reguł wykładni.

Wskazując wyrok derogacyjny sądu konstytucyjnego wśród źródeł, na których podstawie norma prawa karnego traci moc obowiązującą, trzeba jednak od razu wyraźnie zaznaczyć, że o ile kompetencja taka w przypadku uchylenia lub ograniczenia zakresu karalności w kontekście zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege* nie wywołuje żadnych wątpliwości, o tyle stałaby się ona zaprzeczeniem tej zasady, gdyby obejmowała również orzeczenia derogacyjne, które – ze względu na ich przedmiot – miałyby stanowić źródło lub podstawę poszerzenia zakresu karalności. Jeśli zatem w obowiązującym systemie prawa brak jest normy sankcjonującej, to ewentualne wprowadzenie jej do systemu wiąże się z koniecznością dokonania stosownej czynności konwencjonalnej przez podmiot posiadający kompetencję prawotwórczą. Nie sposób bowiem uznać – szanując zasadę *nullum crimen, nulla poena sine lege* – że doszło do ustanowienia karalności, a tym samym do wprowadzenia do systemu normy sankcjonującej na podstawie orzeczenia sądu konstytucyjnego, w szczególności orzeczenia derogacyjnego. Uprawnienie sądu konstytucyjnego do modyfikacji zakresu karalności należy zatem rozumieć wąsko, przy czym nie wydaje się możliwe, aby tego rodzaju organ – zważywszy także na jego pozycję ustrojową w naszym systemie – mógł ustanowić karalność, przejmując w ten sposób kompetencję ustawodawcy.

Kontestując możliwość uznania orzeczenia derogacyjnego sądu konstytucyjnego za akt stanowienia prawa równorzędny ustawie, dostrzegamy oczywiście podejmowane w piśmiennictwie próby pogodzenia prawotwórczego charakteru wyroków Trybunału Konstytucyjnego z zasadą wyłączności ustawowej¹⁸. Problem ten powiązany jest z zagadnieniem czasowego obowiązywania ustawy, bowiem – co oczywiste – do momentu wydania orzeczenia derogacyjnego w systemie brak jest ustawowej podstawy odpowiedzialności karnej za określoną kategorię zachowań¹⁹. W odniesieniu do wyroków derogacyjnych przyjmu-

¹⁸ W. Wróbel, *Zmiana...*, s. 167.

¹⁹ Brak podstaw karalności może wynikać z braku normy zakazującej lub nakazującej podejmowanie określonych zachowań, braku normy przewidującej karalność przekroczenia istniejących w systemie norm zakazujących lub nakazujących, istnienia w syste-

je się niekiedy, że „akt uchylenia fragmentu tekstu prawnego posiada podwójne znaczenie normatywne. Jest równocześnie aktem derogacji i aktem stanowienia określonych norm. Ów podwójny aspekt ujawnia się zwłaszcza w odpowiedzi na pytanie, od kiedy obowiązuje w systemie prawnym norma sankcjonująca o szerszym zakresie zastosowania. Datą tą będzie data ogłoszenia orzeczenia TK lub też inna data wskazana przez Trybunał Konstytucyjny na mocy art. 190 ust. 3 Konstytucji RP”²⁰. W piśmiennictwie dostrzega się wątpliwości związane z uznaniem podwójnego skutku uchylenia przez sąd konstytucyjny określonego tekstu prawnego w kontekście zasady ustawowej wyłączności. Wskazuje się, że „odpowiedzi należy chyba szukać w szczególnych funkcjach Trybunału Konstytucyjnego, przyjmując, że art. 190 ma charakter *lex specialis* w stosunku do art. 42 ust. 1 Konstytucji RP. Stwierdzając niekonstytucyjność określonej regulacji prawnej, Trybunał Konstytucyjny może aktem derogacji określonej jednostki tekstu prawnego ustanowić nową normę sankcjonującą, rozszerzając dotychczasowy zakres karalności. Jest to bowiem sytuacja pewnej konieczności normatywnej, w której prymat należy przyznać potrzebie usunięcia z systemu prawnego regulacji naruszającej zasady konstytucyjne”²¹. Znamienne jest, że ostatecznym – choć niezbyt przekonującym – uzasadnieniem twierdzenia, iż wyrok derogacyjny sądu konstytucyjnego może być uznany za źródło (ustanowienie) nowej normy prawnokarnej, jest nie tyle i nie tylko wskazanie na treściowe, funkcjonalne i celowościowe relacje między art. 42 ust. 1 Konstytucji a art. 190 Konstytucji, ile odwołanie się do bliżej nieskonkretyzowanego stanu „konieczności normatywnej”, w ramach której zwolennicy tego poglądu przyznają prymat potrzebie usunięcia z systemu regulacji naruszającej zasady konstytucyjne”²².

mie regulacji wyłączającej odpowiedzialność karną (tj. wyłączającej bezprawność, karalność lub winę).

²⁰ W. Wróbel, *Zmiana...*, s. 168.

²¹ W. Wróbel, *Zmiana...*, s. 169.

²² W innym nieco ujęciu wskazuje się, że jakkolwiek „generalnie zasada ustawowej wyłączności wyklucza możliwość ustanowienia nowej normy sankcjonującej w drodze aktu normatywnego o randze niższej niż ustawa, jak również możliwość wyprowadzania takich norm z prawa zwyczajowego, precedensu sądowego, orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego czy Sądu Najwyższego”, to zarazem podkreśla się, że powyższe „nie oznacza jednak, że inne niż ustawa akty normatywne czy fakty prawotwórcze nie mają znaczenia dla treści prawa karnego – chodzi w szczególności o akty derogacji czy też akty, do których odsyłają przepisy prawa karnego”. W szczególności „źródłem prawa karnego może być wyrok Trybunału Konstytucyjnego stwierdzający, że określona wykładnia przepisu jest niezgodna z Konstytucją. Taki wyrok, który co prawda nie uchyla formalnie określonego przepisu prawa, deroguje jednak daną normę będącą rezultatem wykładni określonych przepisów, uznaną przez Trybunał Konstytucyjny za sprzeczną z Konstytucją RP. Norma ta może być również normą prawa karnego”. Zob. A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie...*, s. 99 i n.

Prezentowane wyżej ujęcie, traktujące wyrok sądu konstytucyjnego jako źródło prawa karnego, postrzegamy jako co najmniej niekładowe i wymagające doprecyzowania. Wskazując na specyficzną formę zwłaszcza tych rozstrzygnięć, które dotyczą zagadnień wykładniczych, do źródeł prawa karnego można by zaliczyć orzeczenia, które „nie uchylają formalnie przepisu”, powodują natomiast derogację określonej normy, będącej wynikiem uznanej za sprzeczną z Konstytucją wykładni określonych przepisów. W tym ujęciu źródłem prawa karnego stają się wyroki zakresowe lub interpretacyjne sądu konstytucyjnego²³, nie mieszczą się w nim natomiast wyroki derogacyjne *sensu stricto*. Warto podkreślić, że „znaczenie dla treści przepisów prawa karnego” orzeczenia sądu konstytucyjnego dotyczy wyłącznie wypadków, gdy wyrok zakresowy lub interpretacyjny odnosi się do normy prawa karnego, nie zaś jakiegokolwiek innej normy.

Zastanawiające są przy tym różnice w narracji, jakie w odniesieniu do analizowanej kwestii można zauważyć w literaturze karnistycznej. Z jednej bowiem strony poszukuje się podstaw do uznania, że rozstrzygnięcie derogacyjne może stanowić źródło zmiany normatywnej, skutkującej usunięciem określonej normy lub norm prawa karnego. Innymi słowy, rozstrzygnięcie derogacyjne postrzega się jako wyznaczające moment utraty mocy obowiązującej, prowadzącej do eliminacji z obowiązującego systemu określonej normy lub norm prawa karnego. Akcentuje się zatem znaczenie wyroku zakresowego lub interpretacyjnego w procesie rekonstrukcji norm, skądinąd niezbyt konsekwentnie określanego jako źródło prawa karnego²⁴. Nawet jednak to określenie nie odnosi się do zasady wyłączności ustawowej, powszechnie wszak eksponowanej w rozważaniach dotyczących źródeł obowiązywania norm prawa karnego, wśród których nie wymienia się wyroku derogacyjnego sądu konstytucyjnego. Z drugiej strony podnoszony jest także argument, że wyroki derogacyjne wywołują podwójny skutek: są równocześnie aktem derogacji i aktem stanowienia określonych norm. Miałoby to oznaczać, że ustanowienie nowej normy poszerzającej karalność (choć nie bardzo wiadomo, dlaczego mówi się tutaj wyłącznie o poszerzeniu, nie zaś o ustanowieniu karalności) jest uzasadnione poprzez odwołanie do zasady specjalności rozstrzygającej relacje wewnątrz przepisów Konstytucji oraz – o czym już wspomnieliśmy – koniecznością normatywną.

Pierwsze z przedstawionych wyżej stanowisk w zasadzie wyklucza możliwość uznania wyroku derogacyjnego za źródło, z którego rekonstruowana jest norma sankcjonująca, jeśli miałoby to prowadzić do poszerzenia zakresu karalności. Możliwe jest natomiast uznanie wyroku derogacyjnego za źródło, z którego rekonstruowana jest norma sankcjo-

²³ Zob. szerzej P. Tuleja, *Wyroki...*, s. 64 i n.

²⁴ A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie...*, s. 101.

nowana, co wynika – jak należy przypuszczać – ze zróżnicowania konsekwencji tego typu orzeczeń na płaszczyźnie bezprawności i karalności²⁵. Stanowisko drugie zakłada zaś swoisty automatyzm orzeczenia derogacyjnego, które – będąc aktem derogacji – jest jednocześnie aktem wprowadzenia nowych norm: sankcjonowanej i sankcjonującej, co mogłoby oznaczać tożsamość czy też jednorodność konsekwencji takiego orzeczenia na płaszczyźnie bezprawności i karalności²⁶. Nawet syntetyczne odniesienie się do obu stanowisk wymaga rozważenia zagadnień związanych z konstytucyjnymi regulacjami dotyczącymi prawa karnego, normatywnymi warunkami ustanowienia nowej normy prawnokarnej, funkcjami i konsekwencjami kryminalizacji będącej nie zawsze oczekiwanym efektem ustanowienia – w wyniku wydania wyroku derogacyjnego – nowej normy prawa karnego, wreszcie z możliwością uznania, że usunięcie z systemu stanu niekonstytucyjności w celu – jak można domniemywać – zagwarantowania właściwej ochrony praw i wolności konstytucyjnych staje się aksjologicznym uzasadnieniem odstąpienia od zasady stanowienia podstaw karalności wyłącznie przez ustawę.

Rozważania dotyczące zarysowanych kwestii wypada rozpocząć od zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege*, sformułowanej w art. 42 ust. 1 Konstytucji i powtórzonej w kodeksie karnym. Przepis ten stanowi, że podstawą odpowiedzialności karnej może być jedynie odpowiednio określony wzorzec normatywny wyrażony w ustawie, będący zachowaniem się człowieka, które w chwili jego popełnienia stanowiło „czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”. Wyprowadza się z niego zasadę dostatecznej ustawowej określoności typu czynu zabronionego, zgodnie z którą – dla zachowania konstytucyjnych wymogów – niezbędne jest określenie w ustawie minimalnych przesłanek odpowiedzialności karnej, obejmujących w szczególności charakterystykę przedmiotową zachowania karalnego (zawartą w tzw. znamieniu czynnościowym), charakterystykę ewentualnych konsekwencji zachowania, jeśli ich wystąpienie ma decydować o odpowiedzialności (odnosi się to do przestępstw znamiennych skutkiem), określenie podmiotu odpowiedzialności karnej oraz określenie wymogów na płaszczyźnie strony podmiotowej (w szczególności przesądzenie, czy karalne są tylko umyślne, czy też nieumyślne zachowania). W pozostałym zakresie powszechnie przyjmuje się, że możliwe jest uadekwatnienie, konkretyzacja lub modyfikacja zakresu odpowie-

²⁵ Kwestia możliwości uznania wyroku derogacyjnego za źródło normy sankcjonowanej będzie się przedstawiać inaczej w razie przyjęcia koncepcji prezentowanej przez Ł. Pohla (*Struktura...*, s. 62 i n.).

²⁶ Powyższe stanowisko prezentowane jest na tle ujęcia, według którego właściwą normą prawa karnego, określającą przesłanki karalności (odpowiedzialności karnej) jest norma sankcjonująca. Także tutaj ujawniać się będą pewne odmienności w razie przyjęcia koncepcji norm sprzężonych prezentowanej przez Ł. Pohla.

działności za pomocą odpowiednich regulacji zawartych w innych niż ustawa aktach normatywnych, w szczególności zaś aktach podustawowych, wydanych na podstawie właściwie skonstruowanego upoważnienia. W powyższym kontekście zdaje się nie budzić wątpliwości, że ustanowienie karalności wymaga określonych czynności konwencjonalnych, tj. uchwalenia oraz promulgacji we właściwym trybie regulacji o randze ustawowej. Poza konstytucyjnie określonym wyjątkiem, wyrażonym w art. 42 ust. 1 *in fine*, nie ma możliwości ustanowienia karalności zachowania – wcześniej pozostającego poza zakresem norm prawa represyjnego – bez odpowiednich aktów prawodawczych kształtujących lub modyfikujących treść regulacji ustawowej.

Nieco inaczej przedstawia się kwestia uchylenia karalności lub ograniczenia jej zakresu, w tym bowiem obszarze przyjmuje się – co dostrzec można, analizując powołane wyżej stanowiska – iż dochodzić do tego może nie tylko za pomocą zmiany ustawowej, ale także w wyniku np. orzeczeń derogacyjnych, działających jednak w tym przypadku jednokierunkowo, tj. zawężających sferę karalności. Znacznie bardziej restrykcyjne ujęcie podstaw wprowadzania karalności, w konfrontacji – chciałoby się powiedzieć – z dość „liberalnymi” zasadami jej uchylenia lub zawężenia, zdaje się wynikać z konstytucyjnej funkcji zasady wyłączności ustawy w sferze prawa karnego. Pełni ona wszak funkcję gwarancyjną, wymaga, by oparta na publicznym *ius puniendi* ingerencja w sferę praw i wolności jednostki – co stanowi istotę prawa karnego – wynikała jednoznacznie z regulacji ustawowej. Tylko bowiem w ten sposób w systemie realizującym ideę rządów prawa, opartym na koncepcji podziału władzy, możliwe jest oddziaływanie władzy publicznej w relacjach wertykalnych i ograniczanie lub pozbawianie jednostki przysługujących jej praw podmiotowych w wyniku wydania przez sąd orzeczenia przypisującego odpowiedzialność karną²⁷. Stanowienie prawa karnego jako podstawy represjonowania wymaga zatem odpowiedniej aktywności prawodawcy zarówno przy opisie zachowania rodzącego odpowiedzialność karną, jak i przy określaniu związanych z nią konsekwencji. Stąd też w perspektywie konstytucyjnego standardu stanowienia prawa karnego z treści art. 42 ust. 1 Konstytucji wyprowadzana jest zasada *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Oba elementy zakotwiczone w tej zasadzie mają znaczenie dla ustalenia, jakiego rodzaju źródło może stanowić podstawę wprowadzenia karalności. Dodać należy, że pojęcie „wprowadzenie karalności” należy rozumieć jako odnoszące się do różnicy między zakresem karalności wynikającym z określonego stanu regulacji w momencie czasowym poprzedzającym ingerencję w system prawny a zakresem karalności wynikającym ze stanu regulacji po owej

²⁷ Poza zakresem prowadzonych rozważań pozostaje zagadnienie horyzontalnych konsekwencji wprowadzenia karalności określonych zachowań. Zob. w tym zakresie m.in. M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014, *passim*.

ingerencji. Mówiąc o wprowadzeniu karalności, mamy bowiem na myśli każdą zmianę, w wyniku której zakres karalności będzie w jakimkolwiek obszarze szerszy niż wyznaczany przez system prawny, który obowiązywał wcześniej. Wprowadzenie karalności oznacza więc zarówno jej ustanowienie w systemie, który wcześniej takiej nie przewidywał, jak i poszerzenie zakresu karalności już – co do zasady – w systemie występującej. W obu przypadkach podstawą odpowiedzialności jest – co oczywiste – ustanowienie norm prawnych nieistniejących wcześniej.

Pamiętając, że podstawą odpowiedzialności karnej mogą być jedynie zachowania stanowiące czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, warto nieco dokładniej przyjrzeć się pojęciu ustawy na gruncie regulacji konstytucyjnych. W świetle art. 42 ust. 1 Konstytucji pojęcie „ustawa” należy interpretować jako termin konstytucyjno-prawny, którego znaczenie trzeba określać z zachowaniem zasady autonomiczności pojęć konstytucyjnych²⁸. Pozostawiając poza zakresem prowadzonych rozważań kwestie związane z podstawami karalności w świetle prawa międzynarodowego oraz wyjątkowo złożoną problematykę rozumienia pojęcia „ustawa” we współczesnym prawie karnym, w szczególności z uwagi na multicytryczność systemów prawnych, analizie poddać należy znaczenie tego pojęcia w świetle regulacji konstytucyjnych. Jakkolwiek Konstytucja nie definiuje pojęcia „ustawa”, to jednak zawiera kilka znaczących postanowień odnoszących się do tej kwestii. Po pierwsze – wskazuje ustawę jako podstawowe źródło prawa na terytorium RP (art. 87–89). Po wtóre – przewiduje proces stanowienia ustawy jako źródła prawa (art. 118–122). Powyższe regulacje pozwalają na twierdzenie, że ustawa to szczególnie akt normatywny, ustanowiony przez parlament oraz podpisany przez Prezydenta i promulgowany we właściwy sposób. Zestawiając ze sobą treść art. 42 ust. 1 oraz art. 87–89 i art. 118–122 Konstytucji, można stwierdzić, że sformułowanie: „czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”, odnosi się do ustawy w rozumieniu konstytucyjnym i nie obejmuje żadnych innych aktów stanowienia prawa, chociażby w perspektywie innych części systemu prawnego uznawane były za równoważne z ustawą. Pozwala to konstatować, że wprowadzenie karalności wymaga odpowiedniej aktywności ustawodawcy, spełniającej wszystkie wymogi czynności konwencjonalnej będącej podstawą stanowienia prawa w formie ustawy. Wszelkie inne działania w zakresie systemu prawnego, wpływające na jego źródła, nie mogą – zgodnie z treścią norm konstytucyjnych – stanowić podstawy wprowadzenia karalności (w sensie jej pierwotnego ustanowienia lub poszerzenia), choć mogą wpływać na jej zakres, jednak jedynie w kierunku ograniczającym sferę odpowiedzialności karnej.

²⁸ Zob. szerzej M. Safjan, [w:] *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz...*, s. 97 i n.

Taki sposób rozumienia pojęcia „ustawa” na gruncie Konstytucji prowadzi do wniosku, że Trybunał Konstytucyjny nie może „zastępować parlamentu w dokonywaniu ocen, ustalaniu hierarchii celów i wyborze środków służących ich realizacji. Zasada podziału władzy zakazuje Trybunałowi wkraczania w rolę ustawodawcy, takiej aktywności nie dałoby się bowiem pogodzić z zasadą *nullum crimen sine lege*. Zasada ta oznacza zaś, że tylko demokratycznie legitymowany ustawodawca jest powołany do określania przestępstw i kar, a nie mogą tego czynić władze pozostałe. Trybunał Konstytucyjny nie jest i nie może być «ustawodawcą pozytywnym», co – innymi słowy – oznacza, że może on usuwać z systemu prawa normy karne, jeśli wymaga tego Konstytucja, ale nie może wprowadzać do tego systemu norm nowych, których nie wykreował sam ustawodawca. Jedną z podstawowych zasad demokratycznego państwa prawnego jest bowiem absolutna wyłączność ustawodawcy do określania przestępstw i kar”²⁹. Ponadto „art. 42 ust. 1 Konstytucji zakazuje (w uproszczeniu) każdemu, kto nie jest ustawodawcą, określania, które zachowania zabronione są pod groźbą kary oraz wskazania kary, jaka za ich popełnienie grozi”³⁰.

Określenie skutków orzeczenia derogacyjnego Trybunału Konstytucyjnego wymaga zatem rozróżnienia przepisu i normy prawnej oraz uwzględnienia różnicy między zniesieniem normy zawężającej zakres bezprawności zachowania a wprowadzeniem jego karalności. Samo uczynienie bezprawnymi niektórych zachowań nie wystarcza bowiem do ich uznania za karalne. Objęcie danego zachowania sankcją karną (wprowadzenie normy karnej do systemu prawa) wymaga wyrażenia wprost takiej woli przez parlament w formie ustawy będącej podstawą rekonstrukcji zmodyfikowanej co do zakresu i zawartości treściowej normy sankcjonującej. „Przyjęcie skutku orzeczenia TK w postaci rozszerzenia zakresu czynów podlegających penalizacji wkracza także w inną prerogatywę parlamentu – określenia ustawowego zagrożenia karą. Nie może tu być żadnego automatyzmu, gdyby bowiem parlament zdecydował się na penalizację określonych zachowań, dysponowałby możliwością adekwatnego określenia granic ustawowego zagrożenia karą. Trybunał nie ma tu żadnych kompetencji”³¹.

Nie wydaje się również, aby trafne było stanowisko uznające wyrok derogacyjny za akt równorzędny ustawie lub traktujące takie orzeczenie jako swoiste źródło norm prawno-karnych w kontekście art. 190

²⁹ Zdanie odrębne sędziego TK Lecha Garlickiego do wyroku TK z 28.05.1997 r., K 26/96.

³⁰ A. Barczak-Oplustil, *Obowiązywanie...*, s. 15 i n.

³¹ M. Krzemiński, *Czy następstwem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego może być rozszerzenie penalizacji aborcji*, konstytucyjny.pl (<http://konstytucyjny.pl/marcin-krzemiński-czy-następstwem-orzeczenia...bunału-konstytucyjnego-może-być-rozszerzenie-penalizacji-aborcji/>; dostęp: 28.06.2021 r.).

ust. 1 Konstytucji. Obowiązujące regulacje prawne wykluczają bowiem możliwość uznania wyroku TK za akt równorzędny ustawie. Fakt, że zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 Konstytucji „orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne”, bynajmniej nie oznacza, że – jak to się stało w Niemczech – zostały zrównane z ustawą. Nie sposób również twierdzić, że „art. 190 ma charakter *lex specialis* w stosunku do art. 42 ust. 1 Konstytucji RP”³². W literaturze trafnie podnosi się, że stanowisko, jakoby „art. 190 Konstytucji był normą szczególną do art. 42 ust. 1 Konstytucji, nie wytrzymuje krytyki w świetle zasady podziału władzy i dyrektywy zacieśniającej wykładni wyjątków. Z treści art. 190 Konstytucji nie wynika bowiem żadna pozytywna kompetencja prawotwórcza Trybunału”³³.

Wątpliwe jest również twierdzenie, że przyjęcie prawotwórczych konsekwencji orzeczenia derogacyjnego Trybunału Konstytucyjnego wynika z istoty aktu derogacji, prowadzącego do uchylecia normy sprzecznej z Konstytucją oraz wprowadzenia normy nowej o zmodyfikowanej treści. W istocie derogacja wynikająca z orzeczenia TK skutkuje nie tyle wprowadzeniem nowej normy, ile modyfikacją zawartości treściowej lub zakresu takiej normy, która w systemie już występuje, albo jej usunięciem z systemu w całości. W żadnym z układów wyrok Trybunału nie ma charakteru wprowadzającego do systemu nowej normy o zmodyfikowanej treści, choć może modyfikować zakres lub treść normy już w systemie istniejącej. Trudno zgodzić się ze stwierdzeniem, że będący podstawą orzeczenia derogacyjnego wymóg zapewnienia zgodności z Konstytucją regulacji ustawowych może stanowić uzasadnienie dla poszerzenia zakresu karalności, usprawiedliwionego sytuacją konieczności normatywnej, w której prymat należy przyznać potrzebie usunięcia z systemu prawnego regulacji naruszającej zasady konstytucyjne³⁴. Usunięcie z systemu prawnego regulacji naruszającej zasady konstytucyjne oznacza jedynie modyfikację zakresu bezprawności, co nie wymaga koniecznie jednoczesnej, automatycznej modyfikacji zakresu karalności. Będące konsekwencją orzeczenia derogacyjnego poszerzenie zakresu bezprawności stanowi natomiast – właśnie jako sytuacja konieczności normatywnej – przypadek karnoprawnych *leges imperfectae*. Uporządkowanie systemu prawnego w zakresie karalności będzie zaś wymagać – z uwagi na konstytucyjne standardy gwarancyjne – stosownej ingerencji ustawodawcy.

Konkludując tę część rozważań, gotowi jesteśmy przyjąć, że w przypadku derogacji norm wyznaczających sferę bezprawności rekonstruowaną z innych niż prawnokarne przepisów dochodzi do zmiany za-

³² W. Wróbel, *Zmiana...*, s. 166–169.

³³ M. Krzemiński, *Czy następstwem...*, pkt 4.

³⁴ W. Wróbel, *Zmiana...*, s. 169.

kresu zachowań zakazanych, nakazanych lub dozwolonych. Modyfikacja taka stanowi konieczną – a zarazem naturalną i typową – konsekwencję orzeczenia derogacyjnego, jeśli nie sprowadza się ono do usunięcia w całości z systemu norm zakazujących lub nakazujących. Uzasadnione wydaje się zatem uznanie wyroku derogującego za źródło, które wpływa na proces rekonstrukcji norm (potencjalnie) sankcjonowanych. Nie oznacza to jednak automatycznej akceptacji twierdzenia, że wyrok derogacyjny jest jednocześnie źródłem rekonstrukcji normy sankcjonującej wyznaczającej szerszy zakres jej zastosowania w porównaniu do zakresu zastosowania normy sankcjonującej dekodowanej na podstawie źródeł obowiązujących przed wydaniem wyroku derogującego.

Próbując na kanwie przedstawionych analiz odnieść się do swoich ścieżek prawnokarnych – w społecznym odbiorze postrzeganych przecież jako podstawowe – konsekwencji wyroku TK z 22.10.2020 r., tj. odpowiedzieć na pytanie, czy – wraz z modyfikacją zakresu bezprawności – automatycznie zmienia się także zakres karalności, należałoby rozważyć dwie podstawowe kwestie, a mianowicie: po pierwsze – czy w kontekście tego wyroku konieczna staje się ingerencja ustawodawcy na płaszczyźnie norm prawa karnego (w szczególności zaś normy sankcjonującej); po drugie – jak ingerencja taka potencjalnie miałyby wyglądać.

Odpowiedź na pytanie pierwsze warto poprzedzić syntetyczną analizą wybranych aspektów systemu norm sprzężonych, stanowiącego wszak teoretycznoprawny fundament rozważań karnistycznych odnoszących się do istoty przestępstwa³⁵. Pominąwszy wypowiedzi na temat rodowodu i struktury norm sprzężonych, warto na wstępie odnotować, że ich teoretycznoprawna analiza ma zazwyczaj charakter statyczny, odbywa się bowiem przy milcząco przyjmowanym założeniu, że w danym – interesującym badacza – momencie normy te obowiązują, a więc są istniejącym, czyli już ukształtowanym elementem zastanego porządku prawnego. Tymczasem tworzenie norm sprzężonych jest – z natury rzeczy – mającym swoją chronologię dynamicznym procesem stanowienia prawa. Najpierw musi przecież powstać norma zakazująca lub nakazująca podejmowanie określonego zachowania, zwana powszechnie normą sankcjonowaną, aby sensownie dało się rozważyć wprowadzenie normy nakładającej prawnokarne konsekwencje w razie naruszenia zakazu (nakazu), czyli tzw. normy sankcjonującej³⁶. Jest tak zwłaszcza wówczas,

³⁵ Analizując zagadnienie koncepcji norm sprzężonych, trzeba mieć na uwadze różnice stanowisk przedstawicieli teorii prawa karnego, dotyczące w szczególności charakterystyki źródeł, z których rekonstruowana jest norma sankcjonowana, jej zawartości treściowej oraz relacji – treściowych i funkcjonalnych – między normami sankcjonowaną i sankcjonującą. Zob. w szczególności A. Zoll, *O normie...*, s. 69 i n.; P. Kardas, *O relacjach...*, s. 6 i n.; Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 34 i n.

³⁶ Norma sankcjonowana, określająca płaszczyznę bezprawności, stanowi bowiem podstawowy warunek określenia karalności, jej logiczne *prius*. Zob. szerzej Z. Jędrzejew-

gdy uznamy, że rodowód norm sankcjonowanych jest ogólnosystemowy, a więc gdy zgodzimy się ze stwierdzeniem, że norma sankcjonująca stanowi właściwą, by nie powiedzieć, że wśród tzw. norm zrębowych – jedyną normę prawa karnego³⁷. Jest bowiem pomyślana jako następcza reakcja ustawodawcy tworzącego przepisy karne, będąca w istocie swoistym „uzupełnieniem” („dopełnieniem”) wynikającego z normy sankcjonowanej zakazu lub nakazu określonego rodzaju zachowań naruszających lub narażających na niebezpieczeństwo dobra przedstawiające wartość społeczną, przy czym w systemie powinna istnieć już norma, której przestrzeganie miałyby zostać „wzmocnione” za pomocą sankcji karnej. Jeśli tak, to – nawet jeśli nie czasowo, ale co najmniej pojęciowo – najpierw musi pojawić się norma sankcjonowana, a dopiero potem ustawodawca decyduje o sprzężeniu z nią odpowiednio skonstruowanej normy sankcjonującej. Jest wykluczone, aby kiedykolwiek mogło być odwrotnie. Za taką kolejnością (chronologią) powstawania norm sprzężonych przemawia chyba również argument, który ująć można by następująco: otóż jeśli tworzący normy sankcjonujące ustawodawca, uznawany wszak – przynajmniej modelowo – za ustawodawcę doskonale (idealnie) racjonalnego³⁸, ma w pełni świadomie określić zakres zastosowania takiej normy, czyli ma zdawać sobie sprawę, jakiego rodzaju zachowania będą zwalczane za pomocą sankcji karnej, to treść zakazu (nakazu) lub – mówiąc inaczej – zakres normowania normy sankcjonowanej musi być mu znany w chwili tworzenia normy sankcjonującej oraz w chwili określania zakresu jej zastosowania. W przeciwnym razie – tzn. w przypadku, gdyby kolejność miała zostać odwrócona – doprowadzilibyśmy do sytuacji, w której ustawodawca nie wiedziałby, co sankcjonuje. Widać to jeszcze wyraźniej wówczas, gdy norma sankcjonująca jest sprzężona z normą sankcjonowaną, która w przepisie karnym wyrażona jest za pomocą dyspozycji blankietowej. Trudno bowiem wyobrazić sobie, aby ustawodawca nakładał sankcję karną oraz określał jej wysokość w odniesieniu do zachowania opisanego za pomocą formuły blankietowej (np. wbrew przepisom ustawy), gdyby normy kryjącej się za taką formułą nie dało się zidentyfikować (np. dlatego, że norma taka jeszcze by nie istniała).

Na marginesie pojawia się pytanie, kiedy (czyli w którym momencie) norma, z której wynika zakaz lub nakaz określonego zachowania, staje się normą sankcjonowaną. Otóż przy założeniu, że proces powstawania norm sprzężonych ma charakter dynamiczny, a więc że norma sankcjonująca ustanawiana jest jako swoista prawnokarna kon-

ski, *Bezprawność*, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 304 i n. oraz cyt. tam lit.

³⁷ Tak w szczególności A. Zoll, *O normie...*, s. 69 i n.

³⁸ Nie należy oczywiście zapominać, że twierdzenie o racjonalności ustawodawcy bywa niekiedy – nawet na poziomie teoretycznym – kwestionowane, co z punktu widzenia prowadzonych tutaj analiz nie ma jednak znaczenia.

sekwencja zakazu lub nakazu, w procesie tym wyodrębnić można by co najmniej trzy – mniej lub bardziej rozciągnięte w czasie – etapy. Etap pierwszy to ustanowienie zakazu lub nakazu określonego zachowania, który – jak wiadomo – może mieć charakter ogólnosystemowy, a w każdym razie może wynikać z przepisów usytuowanych poza kodeksem karnym. Etap drugi – zwłaszcza jeśli norma zakazująca lub nakazująca nie ma prawnokarnego rodowodu (a niektórzy twierdzą, że tak jest zawsze³⁹) – wymaga decyzji ustawodawcy dotyczącej wymuszenia posłuchu dla takiej normy za pomocą sankcji karnej, wyrażającej się w ustanowieniu odpowiedniej normy sankcjonującej. Dopiero w momencie podjęcia takiej decyzji – i to jest etap trzeci – norma zakazująca lub nakazująca staje się normą sankcjonowaną. Trudno wszak mówić, że norma zakazująca lub nakazująca byłaby normą sankcjonowaną, jeśli do systemu nie wprowadzono by jeszcze normy o ewidentnie prawnokarnym charakterze, która sankcjonuje naruszenie zakazu lub nakazu. Sprzężenie obu rodzajów norm polega przecież właśnie na tym, że wprowadzenie normy sankcjonującej naruszenie normy nakazującej lub zakazującej czyni z niej normę sankcjonowaną. Łatwo zauważyć, że przykładowo normy „nie zabijaj” – mającej bez wątpienia rodowód ogólnosystemowy – nie nazwalibyśmy normą sankcjonowaną, gdyby nie wynikająca z przepisu kodeksu karnego norma sankcjonująca. Brak tej ostatniej – który oczywiście we współcześnie obowiązujących systemach prawnych trudno sobie wyobrazić – powodowałby wszak, że naruszenie mającego rodowód ogólnosystemowy zakazu zabijania byłoby zachowaniem bezprawnym, ale nie sankcjonowanym.

Gdyby prezentowany tutaj sposób rozumowania zaakceptować, to w istocie nietrafne okazałoby się twierdzenie, że orzeczenie TK doprowadziło do zmodyfikowania (poszerzenia) zakresu normowania normy określonej jako sankcjonowana, musiałyby to bowiem oznaczać, że – tym samym – Trybunał przesądził również o poszerzeniu zakresu zastosowania normy sankcjonującej, co wymagałoby przecież zmiany normatywnej kryminalizującej w przepisie kodeksu karnego, która – ze względu na zasadę *nullum crimen, nulla poena sine lege* – bez stosownej ingerencji ustawodawcy z przedstawionych wyżej powodów jest wykluczona. Norma, z której – mocą orzeczenia Trybunału, derogującego uadekwatniające zezwolenie – miałby wynikać zakaz przerwania ciąży ze względu na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, stałaby się – mówiąc inaczej – jakąś swoistą normą sankcjonowaną mimo braku przewidzianej za jej naruszenie sankcji⁴⁰. Normy zakazują-

³⁹ Zob. A. Zoll, *O normie...*, s. 69 i n.

⁴⁰ Normę taką, wpływającą na zakres bezprawności, można by natomiast postrzegać jako potencjalnie sankcjonowaną. Stanie się ona bowiem sankcjonowana dopiero wówczas, gdy ustawodawca uzna, że konieczne jest jej sprzężenie z normą sankcjonującą.

cej przerwanie ciąży w przytoczonych tutaj okolicznościach z oczywistych powodów nie można przecież postrzegać jako sankcjonowanej, skoro ustawodawca nie wypowiedział się jeszcze w kwestii ustanowienia normy sankcjonującej, z której mogłyby dopiero wynikać prawnokarne konsekwencje jej naruszenia.

Jeszcze wyraźniej widać to w sytuacji dokonywania zmiany normatywnej obejmującej normę sankcjonowaną, której rodowód jest ogólnosystemowy, a więc gdy wynika ona z przepisu umieszczonego poza kodeksem karnym. Z taką sytuacją mamy do czynienia właśnie na kanwie ustawy o dopuszczalności przerywania ciąży. Ustawa – a ściślej jej art. 4a – określiła warunki dopuszczalności przerywania ciąży przed wejściem w życie obowiązującego kodeksu karnego. Oznacza to, że ustawodawca najpierw warunki te określił, a dopiero później ustanowił normę sankcjonującą, która miałaby znaleźć zastosowanie, gdyby do przerwania ciąży doszło z naruszeniem któregośkolwiek z tych warunków. Pojawia się w tym kontekście zasadnicze pytanie, czy w sytuacji, gdy którykolwiek z warunków dopuszczalności przerywania ciąży miałby – mocą orzeczenia TK – przestać obowiązywać, „dopasowana” do wcześniej obowiązujących warunków dopuszczalności przerywania ciąży norma sankcjonująca mogłaby bez jakiegokolwiek ingerencji ustawodawcy w obecnym kształcie nadal obowiązywać. Nie da się przecież wykluczyć, że racjonalny ustawodawca – dostrzegając zmianę, jaka nastąpiła w obrębie normy (potencjalnie) sankcjonowanej – uzna za nieodzowną modyfikację normy sankcjonującej. Można by to wyrazić również w taki sposób – norma sankcjonująca przestała korespondować z normą sankcjonowaną⁴¹.

Oponenty stanowiska, że Trybunał Konstytucyjny dokonał ingerencji w zakres normowania normy sankcjonowanej, chcieliby zapewne wyeksponować fakt, że wyrok z 22.10.2020 r. odnosi się do przepisu wskazującego trzy przypadki dopuszczalności przerywania ciąży, eliminując jeden z nich. Mogłoby to *prima facie* oznaczać, że – zgodnie z przysługującą Trybunałowi kompetencją derogacyjną – doszło jedynie do usunięcia przepisu niezgodnego z Konstytucją, co przecież nie oznacza, że wykreowana została norma zakazująca, podlegająca prawnokarnemu sankcjonowaniu. Nie wnikając w kwestię zgodności z Konstytucją dopuszczalności przerywania ciąży w przypadku, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, można by się zgodzić ze stwierdzeniem, że orzeczenie Trybunału nie oznacza automatycznej ingerencji w system norm sprzężonych, nawet jeśli wpływa modyfikująco na treść zakazu

⁴¹ Gdyby natomiast uznać, że norma sankcjonująca nadal obowiązuje w jej dotychczasowym kształcie, to doszlibyśmy do wniosku, że o zakresie jej zastosowania nie zdecydował ustawodawca, lecz Trybunał Konstytucyjny.

wynikającego z ustawy określającej przesłanki dopuszczalności przerywania ciąży. Jeśli Trybunał Konstytucyjny – w ramach przysługujących mu uprawnień derogacyjnych – wyeliminował z porządku prawnego przepis, z którego dekodujemy zezwolenie uadekwatniające zakres normowania normy sankcjonowanej (lub – przyjmując konstrukcję mniej redukcjonistyczną – normę zezwalającą), to nieodzowna staje się interwencja ustawodawcy w odniesieniu do normy sankcjonującej. Może pojawić się nawet pytanie, czy norma sankcjonująca, która była przecież „dopasowywana” do inaczej ujętej normy sankcjonowanej, nadal obowiązuje. Reakcją ustawodawcy na dokonaną – mocą orzeczenia TK – modyfikację normy sankcjonowanej mogłoby być przecież ustanowienie zupełnie nowej normy sankcjonującej, która wynikałaby np. z przepisu o dyspozycji niemającej charakteru blankietowego.

Warto podkreślić, że mało klarowny jest także sposób dokonywanej przez TK ingerencji w treść normy sankcjonowanej, skoro z wyroku nie wynika wprost żaden adresowany do obywateli zakaz (nakaz), a jedynie wyeliminowane zostało zezwolenie. Niełatwo jest odpowiedzieć na pytanie dotyczące charakteru normatywnego zezwolenia na naruszenie dobra prawem chronionego⁴². Dyskusyjna jest w szczególności kwestia redukowalności zezwolenia do pojęcia obowiązku lub pojęć względem niego pochodnych (nakazu lub zakazu). Dokonując takiej redukcji, sprawiamy wszak, że wyodrębnianie tzw. normy zezwalającej staje się właściwie zbędne. Koncepcje redukcjonistyczne opierają się bowiem na założeniu, że norma prawna jest normą postępowania, która wyraża – bezpośrednio i jednoznacznie – skierowany do podmiotu (jej adresata) nakaz albo zakaz określonego zachowania w razie zaistnienia wskazanych w normie okoliczności⁴³. Pojęciem podstawowym staje się więc pojęcie obowiązku, które obejmuje swoim zakresem znaczeniowym pojęcie nakazu i zakazu. Przy takim ujęciu odpada potrzeba konstruowania tzw. norm zezwalających, gdyż dozwoleństwo jest pojmowane jako modalność normatywna pochodna i – w pewnym sensie – wtórna w stosunku do nakazu lub zakazu⁴⁴. Dodać jednocześnie należy, że w teorii prawa najczęściej akceptuje się szerokie znaczenie terminu „dozwoleństwo”, identyfikując je z sytuacją braku zakazu określonego zachowania. Przyjmując więc założenie, że wszelkie treści normatywne dałoby się wyrazić za pomocą kategorii nakazu lub zakazu, dojść można by tym samym do wniosku, że zabieg polegający na wyodrębnieniu osobnej kategorii norm, które wyrażałyby jedynie „dozwolenia” („uprawnienia”), pozbawiony jest teoretycznych podstaw. Nie ma natomiast przeszkód, aby wyróż-

⁴² Inna sprawa, że na tak formułowane pytanie odpowiedzieć powinien teoretyk prawa.

⁴³ Zob. np. S. Wronkowska, *Sytuacje wyznaczone przez normy prawne*, [w:] S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 100 i n.; M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, s. 16 i n.

⁴⁴ K. Opałek, *Z teorii dyrektyw i norm*, Warszawa 1974, s. 158.

nić tzw. przepisy zezwalające albo uprawniające, które jako językowo-redakcyjne formy wysłowienia norm prawnych, mogą pośrednio – rzecz można by, że uadekwatniając – wyrażać określone elementy powinności normatywnej⁴⁵.

Trafne wydaje się zatem spostrzeżenie, że z punktu widzenia analizy prawnokarnych konsekwencji wyroku Trybunału Konstytucyjnego w gruncie rzeczy niezbyt istotna jest odpowiedź na pytanie, czy norma (lub może raczej wiązka norm) wynikająca z art. 4a u.p.r. ma charakter normy zezwalającej, czy może raczej stanowi ona „jedynie” uadekwatnienie normy zakazującej, stając się elementem wkomponowanym w jej strukturę. Ważne jest bowiem tylko to, że norma zakazująca – konstruowana ostatecznie z uwzględnieniem zezwolenia (choć niezależnie od tego, jaki charakter normatywny chcielibyśmy mu nadać) – przeradza się w normę potencjalnie sankcjonowaną, którą ustawodawca miałby sprzęgać z normą sankcjonującą, wyrażoną w art. 152 k.k.

Przeprowadzona analiza wydaje się prowadzić do wniosku, że należałoby się spodziewać, a nawet oczekiwać wypowiedzi ustawodawcy, z której wynikałoby, że Trybunał Konstytucyjny wpłynął swoim orzeczeniem na zakres normowania normy, która w takim właśnie lub zbliżonym kształcie będzie podlegać sankcjonowaniu, a w konsekwencji trzeba odpowiednio zsynchronizować sprzężoną z nią normę sankcjonującą. Jednak reakcja ustawodawcy na zmianę (poszerzenie) zakresu normowania potencjalnej normy sankcjonowanej mogłaby okazać się zróżnicowana. Zatem można – po pierwsze – uznać, że identycznemu (odpowiedniemu) – korespondującemu z treścią zmodyfikowanego przepisu art. 4a u.p.r. – poszerzeniu ulegnie zakres zastosowania normy sankcjonującej. Pojawia się oczywiście pytanie, w jaki sposób ustawodawca miałby to wyrazić, skoro dyspozycja wynikająca z przepisu kodeksu karnego ma charakter blankietowy, zawiera bowiem odesłanie do przepisu ustawy, w którego treść ingerował Trybunał Konstytucyjny. Mogłoby się wydawać, że w takim przypadku w obrębie przepisu wyrażającego normę sankcjonującą nie trzeba dokonywać żadnej zmiany normatywnej, bo – w pewnym przynajmniej sensie – dokonuje się ona niejako automatycznie. Czy konieczna byłaby zatem jakaś forma potwierdzenia, że norma sankcjonująca będzie korespondować ze zmodyfikowaną normą sankcjonowaną, a jeśli tak, to w jakim momencie norma sankcjonująca o poszerzonym zakresie zastosowania miała by wchodzić w życie? Gdyby miało to następować wraz z wystąpieniem skutku derogującego, wywołanego orzeczeniem TK, to właściwie należałoby przyjąć, że to Trybunał lub – alternatywnie – podmiot decydujący o publikacji orzeczenia decyduje o momencie wejścia w życie inaczej

⁴⁵ Zob. szerzej K. Świrydowicz, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *O nieporozumieniach dotyczących tzw. „norm zezwalających”*, PiP 1975, nr 7, s. 59 i n.

ukształtowanej (poszerzającej zakres kryminalizacji) normy sankcjonującej. Powstać może uzasadniona wątpliwość, czy w tej sytuacji milczenie ustawodawcy – gdyby je nawet interpretować jako formę akceptacji dla inaczej ukształtowanych norm sprzężonych – uznać można by za wystarczające.

Przyjmijmy jednak – po drugie – że ustawodawca chciałby, korzystając z przysługujących mu prerogatyw, na nowo „dopasować” normę sankcjonującą do inaczej ujętej normy sankcjonowanej. Mógłby to uczynić na kilka różnych sposobów, z których wypadałoby wymienić co najmniej trzy rozwiązania: a) sformułowanie nowej dyspozycji, która nie miałaby już charakteru blankietowego, lecz zawierała syntetyczną typizację zabronionego zachowania; b) wprowadzenie okoliczności mającej postać kontratypu lub okoliczności wyłączającej winę w sytuacji, gdy – wobec faktu, że badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazywały na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu – lekarz dokonał zabiegu przerwania ciąży; c) wprowadzenie klauzuli niepodlegania karze, czyli uznanie, że sprawca zachowania, które wcześniej objęte było zezwoleniem wyeliminowanym z porządku prawnego mocą orzeczenia TK, a – tym samym – obecnie bezprawnego, nie podlega jednak karze.

Pierwsza możliwość dopasowania normy sankcjonującej do inaczej ujętej normy sankcjonowanej polegałaby na tym, że gdyby dyspozycja sformułowana w art. 152 k.k. nie opierała się na odesłaniu do innego aktu prawnego, lecz zawierałaby pełny opis zachowania stanowiącego niedozwolone, a – tym samym – prawnokarnie sankcjonowane przerwanie ciąży, to teoretycznie nie dałoby się wykluczyć, że zakresowo różniłaby się ona od normy wynikającej z art. 4a u.p.r., przy czym różnica ta musiałaby oznaczać, że nie każde zachowanie, które – ze względu na treść art. 4a – stanowiłoby sprzeczne z prawem przerwanie ciąży, byłoby jednocześnie zachowaniem karalnym, czyli objętym wynikającą z art. 152 k.k. normą sankcjonującą. Rezygnując z blankietowości determinującej typizację przestępstwa przerwania ciąży za zgodą kobiety ciężarnej, można by ją ująć w taki sposób, aby dokonanie takiego zabiegu przez lekarza – w przypadku dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu – nie stanowiło realizacji jego znamion.

Jak wskazaliśmy, istnieje też drugie rozwiązanie – jeśliby ustawodawca chciał pozostać przy blankietowości dyspozycji wynikającej z art. 152 k.k., uznając tym samym, że lekarz dokonujący przerwania ciąży w przypadku dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu realizuje znamiona przestępstwa, to odpowiedzialność karną można by w takiej sytuacji wyłączyć na innych piętach dogmatycznej

struktury przestępstwa, w szczególności dzięki przyjęciu, że z uwagi na kolizję interesów dochodzi w niej do wyłączenia bezprawności, a więc że przerwanie ciąży musi być w tych warunkach objęte odpowiednio uregulowaną kontratyficyzacją.

Jest wreszcie trzecia możliwość, opierająca się na najmniej korzystnym dla przerywającego ciążę lekarza założeniu, że wykonując taki zabieg ze względu na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, popełnił jednak przestępstwo, lecz z różnych (w pewnym sensie usprawiedliwiających) powodów nie powinien podlegać karze. Warto dodać, że klauzula niepodlegania karze nie jest w kodeksie karnym – czego przykład stanowią może wywołane strachem lub wzburzeniem przekroczenie granic obrony koniecznej – rozwiązaniem zupełnie nieznanym, jakkolwiek niezbyt często stosowanym.

Łatwo zauważyć, że wyrok TK nie stoi na przeszkodzie w przyjęciu któregośkolwiek z trzech wskazanych wyżej rozwiązań. Nie ma też żadnych podstaw, by stwierdzić, że ustawodawca – dostrzegając prawnokarne konsekwencje wyroku TK – nie zamierzałby którejkolwiek z przedstawionych wyżej możliwości wykorzystać. Co więcej – suwerennej decyzji ustawodawcy w tym zakresie nie dałoby się zmienić za pomocą orzeczenia TK.

Zmierzając do syntetycznego podsumowania rozważań dotyczących wywołującego nie tylko społeczny rezonans, ale także liczne kontrowersje jurydyczne wyroku TK, chcemy jednak wyraźnie podkreślić, że bynajmniej nie kontestujemy przysługującego Trybunałowi uprawnienia do wydawania orzeczeń derogacyjnych, eliminujących z porządku prawnego przepisy ocenione jako sprzeczne z Konstytucją. Przyjmujemy zatem, że – niezależnie od wątpliwości co do merytorycznej trafności takiej oceny – Trybunał w sposób skuteczny i formalnie zgodny z posiadaną kompetencją ograniczył regulację zezwalającą na wykonywane przez lekarza przerwanie ciąży, uznając ją za niekonstytucyjną w zakresie obejmującym aborcję przeprowadzaną w przypadku, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazywałyby na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Ograniczenie zakresu zezwolenia, a tym samym poszerzenie katalogu zachowań bezprawnych nie może jednak z przedstawionych wyżej powodów oznaczać, że tego rodzaju zmiana objęła również normy sprzężone, a więc że poszerzył się zarówno zakres normowania normy sankcjonowanej, jak i zakres zastosowania normy sankcjonującej, jaka wynika z art. 152 k.k. O tego rodzaju zmianie, jeśli miałyby ona pozostać w zgodzie z zasadą *nullum crimen, nulla poena sine lege*, mógłby zdecydować tylko sam posiadający kompetencje ustawodawcze parlament. Wbrew wyrażanym niekiedy opiniom nie znajdujemy natomiast przestrzeni dla

tworzenia jakiegokolwiek wyjątku, który pozwalałby na obsadzenie TK w roli tzw. ustawodawcy „pozytywnego”, decydującego o zakresie zastosowania norm sankcjonujących. Byłoby to bowiem kreowanie przestępstwa bez ustawy.

Derogation Competences of the Constitutional Tribunal and Their Consequences for Criminal Law. Reflections on Judgment No. K 1/20 of the Polish Constitutional Tribunal

The article presents reflections on and an analysis of the effect of a derogation judgment in the context of penalization. The possibility of extending the scope of penalization as a consequence of a derogation judgment is analysed through the prism of the constitutional principle of exclusivity of statutes, the issue of sources of criminal law as well as the temporal aspect of the validity and application of a criminal statute. These reflections are supplemented with an analysis of: conjugated norms, norm-creating competences of the constitutional court, and models of interconnectedness of different constitutional provisions. Taking into account the constitutional principle of *nullum crimen sine lege*, as well as the principles of separation of powers and the exclusivity of statutes, the article questions the possibility of extending the scope of penalization as a consequence of a derogation judgment. Moreover, the article underlines the fact that in the domain of public *ius puniendi* the only authority capable of creating the legal basis for criminal liability is a duly enacted Act of the Polish Parliament (statute). Consequently, the article presents three models for the legislature to deal with a situation where a derogation judgment has the effect of altering the substance of the sanctioned norm. It also draws the reader's attention to the fact that without a proper reaction of the legislature, such change of the scope of the prohibiting or prescribing norm in criminal law should be treated as a *lex imperfecta* in the criminal law system.

Słowa kluczowe: aborcja, prawo karne, Trybunał Konstytucyjny, derogacja, normy sankcjonowane, penalizacja

Keywords: *abortion, criminal law, Constitutional Tribunal, derogation, sanctioned norms, penalization*

Bibliografia

- Barczak-Oplustil A., *Obowiązywanie zasady nullum crimen sine lege. Wybrane problemy*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2013
- Cychosz P., *Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2017
- Dębski R., *Pozaustawowe znamiona czynu zabronionego*, Łódź 1995
- Florczak-Wątor M., *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014
- Florczak-Wątor M., *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006
- Grabowski A., *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009
- Herman M., *Wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego z perspektywy teoretycznoprawnej*, Warszawa 2015
- Jędrzejewski Z., [w:] *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013
- Kardas P., *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2012, nr 1
- Opalek K., *Z teorii dyrektyw i norm*, Warszawa 1974
- Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007
- Sroka T., [w:] *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016
- Świrydowicz K., Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *O nieporozumieniach dotyczących tzw. „norm zezwalających”*, PiP 1975, nr 7
- Tuleja P., *Wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, Poznań 2016
- Wiącek M., [w:] *Konstytucja RP*, t. II, *Komentarz. Art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016
- Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997
- Wróbel W., *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003
- Zieliński M., *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972
- Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, *Krakowskie Studia Prawnicze* 1990, r. XXII
- Zoll A., [w:] *System Prawa Karnego*, t. 2, *Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011
- Zoll A., Wróbel W., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012