

Katarzyna Kos¹

O pojęciu wtórnej niekonstytucyjności prawa²

Słowa kluczowe: wtórna niekonstytucyjność, Trybunał Konstytucyjny, stosowanie Konstytucji, wykonywanie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, prawo przedkonstytucyjne

Keywords: secondary unconstitutionality, Constitutional Tribunal, applying the Constitution, enforcement of judgments of the Constitutional Tribunal, pre-constitutional law

Streszczenie

Pojęcie wtórnej niekonstytucyjności prawa pojawiało się na przestrzeni lat w orzecznictwie polskich sądów, Trybunału Konstytucyjnego, a także w literaturze prawniczej. Konteksty, w jakich używano tego sformułowania różniły się jednak od siebie. Zaraz po wejściu w życie Konstytucji z 1997 za jego pomocą opisywano wpływ nowej ustawy zasadniczej na tzw. prawo przedkonstytucyjne. Obecnie tendencja rozumienia pojęcia wtórnej niekonstytucyjności jest inna. Z jednej strony określa się nim stan prawny ukształtowany w wyniku wadliwej, powtarzającej niekonstytucyjne regulacje, działalności ustawodawcy. Z drugiej strony pojęcie wtórnej niekonstytucyjności jest stosowane w sytuacji, gdy w wyniku wejścia w życie wyroku TK powstał stan normatywny, który również jest niezgodny z ustawą zasadniczą. Celem niniejszego artykułu jest zaproponowanie kompleksowej definicji pojęcia „wtórna niekonstytucyjność prawa”.

¹ Autorka jest doktorantką w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. E-mail: kos.kasia@wp.pl.

² Artykuł powstał na podstawie fragmentów pracy magisterskiej „Wtórna niekonstytucyjność prawa w Polsce”, która otrzymała I miejsce w VI edycji konkursu „Przeglądu Prawa Konstytucyjnego” na najlepszą pracę magisterską z zakresu prawa konstytucyjnego i systemów politycznych w roku akademickim 2015/2016, której promotorem była Pani dr hab. Monika Florczak-Wątor z Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

Ponadto zostanie przedstawiony zarys jego znaczenia dla praktyki stanowienia i stosowania prawa w Polsce.

Summary

About the Concept of the Secondary Unconstitutionality of Law

The concept of the secondary unconstitutionality of law has been appearing over the years in the adjudication of the Polish courts, adjudication of the Constitutional Tribunal and in legal literature. During this time there have been diversified contexts, in which this notion has been used. Shortly after the Constitution from 1997 entered into force, 'secondary unconstitutionality' was used to describe an influence of the new constitution on a so-called pre-constitutional law. Nowadays the tendency of understanding this concept is different. On the one hand, it specifies the law, which is a result of a faulty, repeating unconstitutional regulations, activity of the legislator. On the other hand, this notion is used in the situation, when as the consequence of the entry into force a judgment of the Constitutional Tribunal the new law is also unconstitutional. The aim of this article is to propose a comprehensive definition of the concept of the secondary unconstitutionality. Moreover, it will be presented a draft of the sense of this notion for the practice of establishing and applying the law in Poland.



I. Wstęp

W języku potocznym słowo „wtórny” ma kilka znaczeń. Definiuje się je jako: (1) „postały w wyniku zmian, przekształceń czegoś, jako skutek, następstwo czegoś, powstały w późniejszym okresie; pochodny” (2) „powstający, pojawiający się, otrzymywany itp. po raz drugi (wtóry), ponowny” (3) „mniej ważny, mniej wartościowy, uboczny, drugorzędny” (4) „naśladujący, powtarzający coś odtwórczo, pozbawiony oryginalności”³. Choć lingwistyczna analiza tego pojęcia zdaje się w kontekście zagadnienia wtórnej niekonstytucyjności prawa zbędna, warto zauważyć, że podane definicje nie są względem siebie synonimiczne. Jest to jeden z powodów, dla których również

³ *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. T-Ż, red. S. Dubisz, Warszawa 2008, s. 544.

w polskiej doktrynie prawa zachodzą różnice w rozumieniu pojęcia wtórnej niekonstytucyjności.

Sformułowanie „wtórna niekonstytucyjność” nie występuje w żadnym akcie prawnym, pojawia się natomiast w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, innych organów władzy sądowniczej, a także w doktrynie prawa. Rzadko jednak pojęcie to jest definiowane, niejednokrotnie jedynie z kontekstu całej wypowiedzi można odtworzyć sposób rozumienia wtórnej niekonstytucyjności przez jej autora.

Z tych względów w niniejszym artykule zostanie podjęta próba uchwycenia pewnej zmiany podejścia do zagadnienia wtórnej niekonstytucyjności prawa. Przy czym należałoby w tym kontekście unikać posługiwania się słowem „ewolucja”. Wskazanie na chronologiczne przekształcanie się jednej koncepcji rozumienia analizowanego pojęcia w drugą byłoby zbyt pochopne. Występują jednak pewne, dające się opisać w określonym przedziale czasowym, tendencje w definiowaniu wtórnej niekonstytucyjności. Rozważania te mogą stanowić przyczynek do dalszych analiz. Po pierwsze, pojawia się pytanie, czy wtórna niekonstytucyjność, oprócz wskazywania na wadliwość normy prawnej, wpływa na relacje między organami państwa. Po drugie, czy wtórna niekonstytucyjność może stanowić podstawę do przypisania organom stosującym prawo, ustawodawcy, czy wreszcie samemu Trybunałowi Konstytucyjnemu, na zasadzie wyjątku, nowych, aczkolwiek w znacznej mierze pochodnych względem dotychczasowych, kompetencji. Wreszcie, czy odpowiedź na powyższe pytania odnaleźć można w Konstytucji⁴, czy w kontekście problematyki dotyczącej zjawiska wtórnej niekonstytucyjności należy zgłosić pewne postulaty *de lege ferenda*, których wcielenie w życie nada temu zagadnieniu szczególną rangę, likwidującą jednocześnie kilka węzłowych problemów w relacjach pomiędzy władzami.

II. Początkowe rozumienie pojęcia wtórnej niekonstytucyjności

Początkowo wtórna niekonstytucyjność była definiowana jako niekonstytucyjność normy prawnej, która wystąpiła z chwilą wejścia w życie nowej

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 43, ze zm.); dalej jako: Konstytucja z 1997 r. lub Konstytucja.

ustawy zasadniczej, a pierwotnie zgodną z obowiązującą w chwili jej wejścia w życie konstytucją⁵. Pojęcie to wykształciło się w opozycji do sformułowania „pierwotna niekonstytucyjność”, które dotyczy niekonstytucyjności powstałej w chwili wejścia w życie aktu prawnego niezgodnego z już obowiązującą Konstytucją⁶. Tak rozumiane zagadnienie wtórnej niekonstytucyjności uzyskuje swoją doniosłość właściwie jedynie w momencie większych przemian ustrojowych. Stąd źródła rozważań nad tą problematyką należałoby poszukiwać jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. W polskich realiach to Trybunał Konstytucyjny jako pierwszy zderzył się z koniecznością przesądzenia o regułach intertemporalnych przy kontroli konstytucyjności przedkonstytucyjnego ustawodawstwa. Dopiero później, w okresie bardziej zaawansowanych prac nad Konstytucją z 1997 r., zagadnienie to stało się przedmiotem zainteresowania doktryny.

Po raz pierwszy problem wtórnej niekonstytucyjności został podniesiony w orzeczeniu o sygn. P 1/94⁷, w którym Trybunał Konstytucyjny oceniał konstytucyjność zawieszenia bieżącej waloryzacji wynagrodzeń sędziów. Jednym z podstawowych w kontekście tej sprawy było pytanie, czy zastąpienie art. 24 i 27 Konstytucji PRL⁸ przez art. 20–22 Małej Konstytucji⁹ i tym samym wprowadzenie z dniem wejścia w życie Małej Konstytucji pełniejszej „odręb-

⁵ Zob. np. S. Wronkowska, *Zamknięty system źródeł prawa w praktyce oraz dostosowanie prawa*, [w:] *Konferencja naukowa: Konstytucja RP w praktyce*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 1999, s. 66., A. Łabno-Jabłońska, „*Stare prawo*” i nowa konstytucja (niekonstytucyjność wtórna), [w:] *Konstytucja. Trybunał Konstytucyjny*, red. C. Banasiński, J. Oniszczyk, Warszawa 1998, s. 3 oraz A. Zieliński, *Wokół reformy polskiego sądownictwa*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 2, s. 10. Należy przy tym zauważyć, że proponowano nadać temu zjawisku inną nazwę. J.A. Porowski określił je jako „niekonstytucyjność zaszła”, zob. J.A. Porowski, *Skutki orzeczeń o niekonstytucyjności ustaw aktów prawnych*, [w:] *Prawo i kontrola jego zgodności z Konstytucją*, red. E. Zwierzchowski, Warszawa 1997, s. 187.

⁶ A. Łabno-Jabłońska, „*Stare prawo*”..., s. 2.

⁷ Orzeczenie TK z 8 listopada 1994 r., sygn. akt P 1/94 (OTK ZU 1994, poz. 37).

⁸ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952 r. (Dz.U. 1976, Nr 7, poz. 36, ze zm.). W przedmiotowym orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny posługuje się tytułem: „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej”, który nadany został ustawie zasadniczej z 1952 r. tzw. nowelą grudniową z 29 grudnia 1989 r. Dla zwiększenia czytelności tekstu posłużono się w tym fragmencie tytułem pierwotnym.

⁹ Ustawa Konstytucyjna z 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 84, poz. 426).

ności systemowej” ustawy budżetowej, skutkuje koniecznością stwierdzenia niekonstytucyjności przepisów, które były zgodne z poprzednio obowiązującą ustawą zasadniczą. Sformułowano wtedy pogląd, że: „[...] ocena konstytucyjności zawsze dokonywana na gruncie obowiązujących w dacie orzekania przepisów konstytucyjnych, uwzględniać jednak powinna podstawy i kryteria konstytucyjności obowiązujące w chwili stanowienia kontrolowanych przepisów, chyba że ustrojodawca w zmienionych przepisach konstytucyjnych zajął odmienne stanowisko”. W tym przypadku Trybunał zatem stwierdził, że przedmiot kontroli w niniejszej sprawie należy *de facto* oceniać z perspektywy art. 24 i 27 Konstytucji PRL¹⁰. Zatem ostatecznie zagadnienie to nie było analizowane pod kątem ewentualnego problemu wtórnej niezgodności prawa z ustawą zasadniczą, ponieważ punktem odniesienia uczyniono regulacje konstytucyjne obowiązujące w chwili uchwalenia przepisów.

Problematyka tak rozumianej wtórnej niekonstytucyjności mogła wybrzmieć silniej w 1997 r. Nowa ustawa zasadnicza w zamyśle wprowadzała nową podstawę aksjologiczną dla całego systemu prawnego¹¹. Główną przyczyną, decydującą o tym, że przedmiotowe zagadnienie nie okazało się wówczas znaczące, było to, że wprowadzona nowelą grudniową z 1989 r. klauzula demokratycznego państwa prawnego¹² pozwoliła Trybunałowi Konstytucyjnemu na zbudowanie orzecznictwa, uwzględniającego wiele zasad opartych na aksjologii współczesnych państw zachodnioeuropejskich, która to aksjologia znalazła pełniejsze odzwierciedlenie właśnie w ustawie zasadniczej z 1997 r. Takie normy prawne, jak prawo do sądu, prawo do prywatności, czy prawo

¹⁰ Trybunał orzekł, że: „Art. 28 ustawy budżetowej na rok 1992 z 5 czerwca 1992 r. (Dz.U. Nr 50, poz. 229), ustanawiający okresowe zawieszenie przewidzianej w 2 art. 71 ustawy z 20 czerwca 1985 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (t. j. Dz.U. 1994, Nr 7, poz. 25) waloryzacji wynagrodzenia sędziów, ze względu na to, że został wprowadzony pod rządami art. 24 i 27 Konstytucji RP (art. 78 cyt. wyż. Ustawy Konstytucyjnej z 1992 r.), nie jest niezgodny z zasadą państwa prawnego, wyrażoną w art. 1 oraz zasadami praworządności i legalności, wyrażonymi w art. 3 przepisów konstytucyjnych, pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 cyt. wyż. Ustawy Konstytucyjnej”.

¹¹ Bardzo dobrze odzwierciedla to tekst Preambuły Konstytucji z 1997 r. Na temat jej znaczenia zob. np. J. Hołówska, „...ustanawiamy [...] prawa podstawowe dla państwa oparte na [...] współdziałaniu władz, dialogu społecznym...”, [w:] *Preambuła Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2009, s. 39–64.

¹² Art. 1 Konstytucji RP uzyskał brzmienie: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”.

do ochrony życia zostały wyinterpretowane z zasady demokratycznego państwa prawnego po jej wprowadzeniu do konstytucji w 1989 r. Mimo tego koniecznym zdawało się przesądzenie, jaki wpływ na ustawodawstwo przedkonstytucyjne ma wejście w życie nowej ustawy zasadniczej.

Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że przepisy Konstytucji z 1997 r. wprost nie regulowały kwestii obowiązywania aktów prawa powszechnie obowiązującego wydanych przed dniem jej wejścia w życie¹³. Powszechnie przyjęto jednak, że wejście w życie ustawy zasadniczej nie powoduje automatycznej derogacji prawa obowiązującego przed tym zdarzeniem¹⁴. Argumentowano, że w naszej kulturze prawnej: „[...] rozwiązaniem typowym jest «przejęcie» norm przedkonstytucyjnych przez nowego ustrojodawcę, a nie budowanie całego systemu prawnego na nowo, na podstawach wyznaczonych przez nową konstytucję”¹⁵.

Zasadniczo zakładano zatem ciągłość zgodności obowiązującego prawa z nową konstytucją, a wystąpienie wtórnej niekonstytucyjności postrzegano jako wyjątek. Dlatego też problematyczna pozostawała kwestia obowiązywania norm niezgodnych z Konstytucją. W piśmiennictwie twierdzono, że nowa ustawa zasadnicza, choć nie deroguje przedkonstytucyjnego ustawodawstwa, pozbawia mocy obowiązującej przepisy, co do których zabrakło w nowej ustawie zasadniczej kompetencyjnej podstawy ich obowiązywania

¹³ Wyrok TK z 5 marca 2000 r., sygn. akt Pp 1/99 (OTK ZU nr 2/2000, poz. 58). Sprawa dotyczyła zgodności z Konstytucją jednego z postanowień statutu Partii Chrześcijańska Demokracja III Rzeczypospolitej. Prokurator Generalny podniósł brak legitymacji wnioskodawcy tj. Sądu Okręgowego w Warszawie, twierdząc, że art. 21 ust. 1 ustawy z 27 czerwca 1997 r. o partiach politycznych (Dz.U. Nr 98, poz. 604) jest sprzeczny z art. 191 ust. 1 Konstytucji, a zatem uległ bezpośredniej derogacji, zgodnie z zasadą *lex posterior derogat legi priori*. Natomiast uchylene normy przedkonstytucyjnej oznacza, że przestaje ona obowiązywać *ex tunc*. Trybunał, odnosząc się do tego argumentu, podniósł jednak, że: „koncepcja tzw. wtórnej niekonstytucyjności przyjmuje, że dawne przepisy nie ulegają automatycznej derogacji, a jedynie – z momentem wejścia w życie konstytucji – stają się niekonstytucyjne. Dopiero więc urzędowe stwierdzenie tej niekonstytucyjności (co w odniesieniu do ustaw może dokonać tylko TK) spowoduje utratę mocy prawnej tego przepisu”.

¹⁴ W kwestii braku uregulowania kwestii obowiązywania ustawodawstwa przedkonstytucyjnego zob. także L. Garlicki, *Konstytucja a ustawy przedkonstytucyjne*, [w:] *Wejście w życie nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Witkowski, Toruń 1998, s. 43.

¹⁵ S. Wronkowska, *Zamknięty system źródeł prawa...*, s. 66. Zob. podobnie P. Sarnecki, *Wprowadzenie konstytucji w życie*, [w:] *Wejście w życie...*, s. 16–18.

oraz ich uzasadnienia aksjologicznego¹⁶. Wskazywano, że ocenę, które normy zostały przejęte do nowego porządku konstytucyjnego można pozostawić sądom konstytucyjnym (lub innym organom państwowym), albo doktrynie i praktyce prawniczej¹⁷. Sygnalizowano, że właśnie przyjęcie koncepcji „wtórnej niekonstytucyjności” daje sądom konstytucyjnym kompetencję autorytatywnego rozstrzygnięcia, które przepisy nie zostały przejęte w chwili wejścia w życie nowej konstytucji¹⁸. Oznaczało to, że orzeczenie Trybunału stwierdzające niezgodność normy przedkonstytucyjnej z normą nowej ustawy zasadniczej ma charakter konstytutywny¹⁹.

Również Trybunał Konstytucyjny wykorzystywał sformułowanie „wtórna niekonstytucyjność” w odniesieniu do zarysowanego wyżej problemu. Przykładem może być tutaj orzeczenie TK o sygn. K 36/97²⁰, w którym szerzej rozważano kwestię obowiązywania prawa po wejściu w życie ustawy zasadniczej. Sprawa dotyczyła orzekania o przepadku na rzecz Skarbu Państwa środków odurzających, substancji psychotropowych, preparatów oraz określonych w ustawie prekursorów przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego. Trybunał dostrzegł tu oczywistą niezgodność normy wynikającej z art. 22 ust. 4 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii²¹, która weszła w życie 29 lipca 1997 r. z art. 46 Konstytucji, statuujący, że przepadek może nastąpić tylko na mocy prawomocnego orzeczenia sądu. Podkreślenie „oczywistości” niekonstytucyjności przywołanego wyżej przepisu nie jest bez znaczenia dla dalszej oceny problemu. Trybunał Konstytucyjny akcentował, odnosząc się tym samym do tezy Leszka Garlickiego²², że w takim przypadku rozstrzygnię-

¹⁶ S. Wronkowska, *Zamknięty system źródeł prawa...*, s. 65.

¹⁷ Ibidem, s. 66.

¹⁸ L. Garlicki, *Trybunał Konstytucyjny a wejście w życie nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12, s. 108 i n.

¹⁹ Ibidem, s. 109.

²⁰ Wyrok TK z 6 października 1998 r., sygn. akt K 36/97 (OTK ZU nr 5/1998, poz. 65).

²¹ Ustawa z 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. Nr 75, poz. 468).

Kwestionowany art. 22 ust. 4 stanowił: „W wypadku gdy nie zostało wszczęte postępowanie karne, o przepadku na rzecz Skarbu Państwa środków, substancji, preparatów lub prekursorów, o których mowa w ust. 2, orzeka wojewódzki inspektor farmaceutyczny w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji”.

²² Podobne stanowisko zajmowała też Sławomira Wronkowska (S. Wronkowska, *Zamknięty system źródeł prawa...*, s. 72–73).

cie o niezgodności będzie mogło nastąpić na zasadzie *lex posterior*²³. Ponadto zaaprobowano pogląd, zgodnie z którym, gdy konflikt norm nie będzie miał na tyle charakteru oczywistego (brak symetrii treściowej), by możliwe było zastosowanie zasady *lex posterior*, to konflikt ten będzie musiał zostać rozstrzygnięty na podstawie zasady *lex superior*, a więc w procedurze kontroli konstytucyjności prawa. Ostatecznie w uzasadnieniu tego wyroku stwierdzono, iż mimo że Trybunał unika formułowania ogólnych zasad w zakresie obowiązywania przedkonstytucyjnego prawa, istnieje konieczność opowiedzenia się za jedną z dwóch koncepcji – zasady *lex posterior* i uchylenia w związku z tym wszystkich przepisów sprzecznych z Konstytucją z dnia jej wejścia w życie lub koncepcji wtórnej niekonstytucyjności, zgodnie z którą dopiero urzędowe stwierdzenie niekonstytucyjności spowoduje utratę mocy prawnej takiego przepisu. Przeważała koncepcja wtórnej niekonstytucyjności. Stwierdzono, że: „Orzeczenie TK ma zatem charakter konstytutywny, bo dopóki nie zostanie ono podjęte, dawny przepis uważa się za obowiązujący”.

Natomiast w orzeczeniu TK o sygn. SK 28/99²⁴ potwierdzono, że w przypadku gdy niezgodna z Konstytucją jest norma przedkonstytucyjna, zachodzi wówczas przypadek wtórnej niekonstytucyjności „[...] co nie oznacza wprawdzie automatycznej derogacji niekonstytucyjnego przepisu, ale otwiera możliwość zakwestionowania tego przepisu przed Trybunałem Konstytucyjnym, także przed upływem dwóch lat od wejścia w życie konstytucji”.

W opisanym znaczeniu pojęcie wtórnej niekonstytucyjności obowiązywało w orzecznictwie Trybunału jedynie w czasie przełomu spowodowanego wejściem w życie Konstytucji. Mimo że w analizowanym wyżej orzeczeniu o sygn. K 36/97 polski sąd konstytucyjny zauważył, iż: „[...] powstaje teoretycznie złożony i dla stosowania nowej konstytucji niezwykle ważny,

²³ Trybunał zaakceptował formalnie tezę Leszka Garlickiego, który twierdził, że „Po wejściu w życie konstytucji możliwe będzie wskazanie zarówno takich norm przedkonstytucyjnych, które ulegną bezpośredniemu uchyleniu, jak i takich, które staną się „tylko” niekonstytucyjne. Nie ma tym samym podstaw, by skutkiem wejścia w życie konstytucji przypisywać zawsze jednakowy charakter (L. Garlicki, *Trybunał Konstytucyjny a wejście w życie...*, s. 108 i n.). Trybunał zauważył ponadto, że: „Autor cytowanej publikacji wyraża zasługujący na aprobatę pogląd, że gdy konflikt norm nie będzie miał na tyle charakteru oczywistego (symetrycznego), by możliwe było zastosowanie zasady *lex posterior*, to konflikt ten będzie musiał być rozstrzygnięty na podstawie zasady *lex superior*, a więc w procedurze kontroli konstytucyjności (Ibidem, s. 116)”.

²⁴ Wyrok TK z 17 kwietnia 2000 r., sygn. akt SK 28/99 (OTK ZU nr 3/2000, poz. 88).

problem obowiązywania ustaw przedkonstytucyjnych”, to właściwie nigdy problemu tego nie poddał analizie. Obecnie w sprawach toczących się przed TK nie ma znaczenia, czy norma prawna, której konstytucyjność została zakwestionowana, obowiązywała jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. Nie kwestionuje się zatem, że każdy wyrok TK ma skutek *ex nunc* i nie znajduje się podstaw do wyznaczania terminu utraty mocy obowiązującej z dniem wejścia w życie Konstytucji.

Również sądy administracyjne wskazywały, że pojęcie „wtórna niekonstytucyjność” należy odnosić do sytuacji, w której pierwotnie konstytucyjna norma, z chwilą wejścia w życie nowej ustawy zasadniczej, może być uznana jako niezgodną z konstytucją. Takie rozumienie stosunkowo długo utrzymywało się także w doktrynie opisującej kompetencje sądów administracyjnych do kontroli konstytucyjności prawa²⁵.

Wskazując kontekst posługiwania się tym pojęciem przez sądy, warto w pierwszej kolejności przytoczyć orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego o sygn. I OPS 4/05²⁶, gdzie odmówiono zastosowania przepisu rozporządzenia, formułując zarzut, że jest on wtórnie niekonstytucyjny, ponieważ został wydany na podstawie upoważnienia sprzecznego z Konstytucją²⁷. Sąd zwracał uwagę, że Rada Ministrów nie powinna w tym przypadku korzystać z tej przedkonstytucyjnej delegacji. Natomiast w wyroku NSA o sygn. I FSK 55/06²⁸ z powodu dostrzeżonej wtórnej niekonstytucyjności zdecydowano się pominąć przepis ustawowy upoważniający do wydania rozporzą-

²⁵ Zob. w szczególności J. Trzciniński, *Sądy wobec wtórnej niekonstytucyjności*, „Rzeczpospolita” z 2005 r. nr 225 (wywiad) oraz R. Hauser, J. Trzciniński, *O formach kontroli konstytucyjności prawa przez sądy*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, R. LXX, z. 2, s. 13.

²⁶ Orzeczenie NSA z 16 stycznia 2006 r., sygn. akt I OPS 4/05.

²⁷ Właściwym był § 10b Rozporządzenia Rady Ministrów 24 stycznia 1986 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o drogach publicznych (Dz.U. Nr 6, poz. 33, ze zm.), wydany na podstawie art. 40 ust. 7 ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. Nr 14, poz. 60, ze zm.) w brzmieniu: „Rada Ministrów, w drodze rozporządzenia, określa zasady i warunki udzielania zezwoleń na zajmowanie pasa drogowego i umieszczanie w nim urządzeń nie związanych z funkcjonowaniem drogi oraz opłaty z tego tytułu, jak również kary pieniężne za zajęcie pasa drogowego i umieszczanie w nim urządzeń bez zezwolenia oraz tryb dochodzenia roszczeń z tytułu szkód poniesionych w związku ze zmianą warunków określonych w zezwoleniu lub jego cofnięciem (ust. 3) i organy właściwe w tych sprawach”. Przepis został wprowadzony w 1999 r. (Dz.U. Nr 7, poz. 9).

²⁸ Wyrok NSA z 19 października 2006 r., sygn. akt I FSK 55/06.

dzenia²⁹. Sąd stwierdził przy tym, że: „[...] od momentu wejścia w życie Konstytucji, mimo że ten przepis nie został od razu wyeliminowany z porządku prawnego, nie mógł wywoływać oczekiwanych wcześniej przez ustawodawcę skutków prawnych”, ponieważ zgodnie z art. 217 Konstytucji, zakres podmiotowy obowiązków podatkowych musi być wskazany w ustawie. Ponadto NSA stanął na stanowisku, że także od organów podatkowych oczekuje się, że nie będą wydawać decyzji na podstawie: „[...] przepisów, w stosunku do których w sposób oczywisty i niewymagający zabiegów interpretacyjnych można stwierdzić, że są niezgodne z ustawą zasadniczą”.

Powyższe przykłady orzeczeń stanowią reprezentatywne wypowiedzi NSA i TK na temat omawianego rozumienia wtórnej niekonstytucyjności. Wydaje się, że można przyjąć, iż takie rozumienie analizowanego pojęcia straciło na aktualności. Nie wynika to tylko z coraz mniejszego znaczenia przedkonstytucyjnego ustawodawstwa. Trybunał Konstytucyjny wciąż przecież kontroluje normy, które obowiązywały przed 17 października 1997 r. Nie rozważa jednak znaczenia wejścia w życie Konstytucji dla obowiązywania danej normy i skutków wyroku o niezgodności z konstytucyjnym wzorcem kontroli. Wydaje się również, że sądy administracyjne nie recypowały koncepcji wtórnej niekonstytucyjności rozwijanej początkowo przez NSA.

Jednak ta próba szerszego potraktowania zagadnienia wtórnej niekonstytucyjności definiowanej w opozycji do „pierwotnej niekonstytucyjności” nie jest bez znaczenia dla dalszych rozważań. Do tych rozważań powrócę przy ocenie znaczenia pojęcia „wtórna niekonstytucyjność” dla organów stanowiących i stosujących prawo.

Podsumowując dotychczasowe ustalenia, początkowo pojęcie „wtórna niekonstytucyjność” w doktrynie i orzecznictwie służyło do wypracowania koncepcji postępowania z normami przedkonstytucyjnymi, które dopiero z dniem wejścia w życie ustawy zasadniczej stają się niekonstytucyjne. O ile przyjęto, że wejście w życie Konstytucji nie powoduje utraty mocy obowiązującej całego dotychczasowego dorobku prawnego, o tyle pojawiały się różne poglądy, jak należy postępować z przepisami niezgodnymi z ustawą za-

²⁹ Art. 35 ust. 4 ustawy z 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11, poz. 50, ze zm.), który stanowił: „Minister Finansów właściwy do spraw finansów publicznych określi, w drodze rozporządzenia, przypadki, gdy podatnikami akcyzy są osoby lub jednostki inne niż producent lub importer wyrobów akcyzowych”.

sadniczą z 1997 r. Choć zaznaczyć należy, że istniały wątpliwości co do tego, czy w przypadku wystąpienia wtórnej niekonstytucyjności sąd konstytucyjny będzie jedynym właściwym organem do dokonywania rozstrzygnięć mających charakter konstytucyjny. Z drugiej strony pojawiały się pytania, czy stwierdzenie wtórnej niekonstytucyjności przez Trybunał będzie miało skutek *ex nunc*, czy będzie wywierało skutek od wejścia w życie ustawy zasadniczej z 1997 r. Dzisiaj w doktrynie wskazuje się, że ostatecznie w Polsce nie rozstrzygnięto definitywnie tej kwestii³⁰.

III. Obecne rozumienie pojęcia wtórnej niekonstytucyjności

Z czasem sformułowanie „wtórna niekonstytucyjność” zaczęło być wykorzystywane w orzecznictwie i nauce prawa w zupełnie innym kontekście. Pojawiły się dwa odmienne sposoby definiowania analizowanego pojęcia. Ich chronologicznie uszeregowanie nie wydaje się możliwe, dlatego też raczej należałoby podjąć analizę sposobu definiowania wtórnej niekonstytucyjności z perspektywy autora wypowiedzi oraz celu, dla którego posługuje się on tym pojęciem.

Ergo „wtórna niekonstytucyjność” może stanowić określenie dla wadliwej działalności ustawodawcy, który powtarza rozwiązania normatywne uznane raz za niekonstytucyjne. Kazimierz Działocha definiuje wtórną niekonstytucyjność jako naruszenie negatywnego aspektu obowiązku wykonywania orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, tj. zakazu stanowienia regulacji obarczonych wadą, z powodu której poprzednio orzeczono o niekonstytucyjności³¹. Podobną zasadę ograniczającą swobodę ustawodawcy wskazuje również Trybunał Konstytucyjny w informacjach rocznych³². Przykładów tego rodzaju wadliwej działalności prawodawcy jest niestety wiele. Tylko

³⁰ M. Laskowska, *Dostosowanie prawa do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.*, Warszawa 2010, s. 139.

³¹ K. Działocha, *O pojęciu wykonywania orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *W służbie dobru wspólnemu. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Januszowi Trzcіńskiemu.*, red. R. Balicki, M. Masternak-Kubiak, Warszawa 2012, s. 414, S. Jarosz-Żukrowska, *Powtórna niekonstytucyjność prawa w Polsce – uwagi na tle praktyki i doktryny niemieckiej*, „Przegląd Sejmowy” 2013, nr 1(114), s. 21.

³² Zob. np. *Informacja o problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2008 r.*, Warszawa 2009, s. 22.

dla zasygnalizowania tego typu aktywności ustawodawcy można przywołać sposób wykonania orzeczenia TK o sygn. akt K 33/03³³, gdzie stwierdzono niekonstytucyjność art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o biokomponentach³⁴, który nieprawidłowo ustanowił karę pieniężną dla producenta biokomponentów. Ustawodawca natomiast ponownie w niezmienionym brzmieniu wprowadził art. 17 ust. 1 pkt 3 do ustawy o biokomponentach³⁵. Modelowym już przykładem wadliwego wykonywania orzeczenia TK są nowelizacje prawa spółdzielczego³⁶.

W polskim piśmiennictwie pojawiła się zaczerpnięta z doktryny niemieckiej jeszcze bardziej precyzyjna definicja wtórnej niekonstytucyjności, ściśle związana z obowiązkiem wykonywania orzeczeń sądu konstytucyjnego. Zgodnie z niemiecką myślą prawniczą, aby mówić o powtórzeniu niekonstytucyjnej regulacji muszą wystąpić łącznie dwie przesłanki: (1) identyczność treściowa (tj. identyczność sposobu i obszaru regulacji) oraz (2) identyczność błędu (tj. powtórzenie poprzedniego naruszenia konstytucji)³⁷. Należy dodać, że w takim ścisłym określeniu tego pojęcia konieczna jest odpowiednia chronologia zdarzeń – uchwalenie niekonstytucyjnej normy po wypowiedzi sądu konstytucyjnego, odnośnie do analogicznych regulacji.

To dość restrykcyjne zawężenie problemu wiąże się z próbą znalezienia prawnych rozwiązań zapobiegających naruszeniom przez ustawodawcę zasady państwa prawa, a także zachowujących odpowiednią relację między legislatywą a sądem konstytucyjnym. W doktrynie niemieckiej jest to uzasadnione szerokim spektrum kompetencji *Bundesverfassungsgericht* w zakresie kształtowania skutków własnych orzeczeń³⁸. Do instrumentów niemieckiego sądu konstytucyjnego, w przypadku niewykonywania orzeczeń przez wła-

³³ Wyrok TK z 21 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 33/03 (OTK ZU nr 4/A/2004, poz. 31).

³⁴ Ustawa z 2 października 2003 r. o biokomponentach stosowanych w paliwach ciekłych i biopaliwach ciekłych (Dz.U. Nr 199, poz. 1934).

³⁵ Nowelizacja art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o biokomponentach nastąpiła zgodnie z art. 51 pkt 3 ustawy z 2 lipca 2004 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1808).

³⁶ Problem ten był nawet przedmiotem postanowienia sygnalizacyjnego. Zob. postanowienie TK z 14 lutego 2012 r., sygn. akt S 1/12 (OTK ZU nr 2/A/2012, poz. 19).

³⁷ H. Kerbusch, *Die Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, Köln 1982, s. 43, [za:] S. Jarosz-Żukowska, op.cit., s. 31.

³⁸ S. Jarosz-Żukowska, op.cit., s. 24.

dzę ustawodawczą należą przykładowo zarządzenia wykonawcze, za pomocą których może on korygować działanie ustawodawcy³⁹.

Jednak w polskim modelu sądownictwa konstytucyjnego nie przewidziano tak daleko idących kompetencji Trybunału Konstytucyjnego. Oznacza to, że wąsko rozumiana wtórna niekonstytucyjność nie będzie tutaj zbyt użyteczna. Oczywiście nie zostaje podważone, że wtórna niekonstytucyjność będzie zachodziła zawsze, gdy ustawodawca uchwali normy, które powtarzają rozwiązania uznane już raz za niekonstytucyjne. Wydaje się jednak, że pojęcie to może odnosić się również do jakościowo odmiennych sytuacji.

Intuicyjność szerszego podejścia niech będzie poparta przykładem. Problem definiowania wtórnej niekonstytucyjności pojawia się w opracowaniu Pawła Sadowskiego⁴⁰ dotyczącego wtórnej niekonstytucyjności przepisów ustawowych. Formalnie autor rozumie to pojęcie podobnie do Kazimierza Działochy⁴¹. Przy czym analizując dalsze fragmenty przywołanej publikacji, zauważyć można, że problematyczne jest ustalenie kontekstu słowa „powtarzać”. Definicja, którą posługuje się autor jest o tyle myląca, że, aby stwierdzić wtórną niekonstytucyjność, Paweł Sadowski nie potrzebuje odpowiedniej sekwencji zdarzeń – wejścia w życie wyroku TK i – następnie – czynności prawodawczej, uchwalenia przepisu, który powtarza wadliwe rozwiązania prawne⁴². Jak się wydaje, według Autora, jako wtórną niekonstytucyjną, mogą być

³⁹ Ibidem. Zob. także L. Garlicki, *Federalny Trybunał Konstytucyjny w Republice Federalnej Niemiec*, [w:] *Sądy i Trybunały w Europie*, t. I, Niemcy i Austria, Warszawa 1996, 147–148.

⁴⁰ P. Sadowski, *Niekonstytucyjność wtórna przepisów ustawowych – zagadnienia wybrane*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2015, nr 3(25), s. 51–67.

⁴¹ Ibidem, s. 60. Autor wskazuje, że: „Nie ulega wątpliwości, że tzw. wtórna niekonstytucyjność to właśnie przypadek polegający na powtórzeniu przez ustawodawcę rozwiązania prawnego uznanego już przez TK za niezgodny z aktem wyższej rangi lub gdy przepis ustawy jest w oczywisty sposób niezgodny z Konstytucją...”.

⁴² Ibidem, s. 59. Autor wskazuje na jedną z negatywnych dla systemu prawa konsekwencji ograniczonej do zakresu zaskarżenia kognicji TK. Paweł Sadowski stwierdza: „W systemie prawa może nastąpić sytuacja, kiedy ta sama norma prawna zostanie zawarta w różnych przepisach tej samej mocy prawnej, oraz iż tylko w jednym przypadku nastąpiła kontrola konstytucyjności”. Przy czym autor wprowadza takie szerokie rozumienie wtórnej niekonstytucyjności jedynie incydentalnie. Przykładowo w innych fragmentach czytamy: „[...] rozstrzygnięcie zapadłe w wyroku Trybunału Konstytucyjnego, który formalnie dotyczył poprzednio obowiązującego stanu prawnego, ale z uwagi na identyczność nowej regulacji (normy prawnej) jest aktualne i wiążące...” oraz „[...] argumentów podważających konstytucyjność badanej regulacji nie

kwalifikowane zarówno normy prawne, które weszły w życie dopiero po wydaniu odpowiedniego orzeczenia TK, stwierdzającym niezgodność podobnej regulacji z Konstytucją, jak i takie, które już obowiązywały w chwili wejścia w życie wyroku TK.

Podobnie przyjmują także wojewódzkie sądy administracyjne. Przykładowo orzeczeniem o sygn. P 46/07⁴³ Trybunał Konstytucyjny derogował z systemu prawnego art. 5 ustawy o dłużnikach alimentacyjnych⁴⁴, który przewidywał sankcję w postaci zatrzymania prawa jazdy za uchylanie się od obowiązku alimentacyjnego. Taka sama kara wynikała także z obowiązującego równoległe art. 5 ust. 5 ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów⁴⁵, który nie został objęty przedmiotowym wyrokiem TK. W tym przypadku sądy administracyjne powszechnie uznały, że wystąpiła tzw. wtórna niekonstytucyj-

można odnieść wprost także do normy w znowelizowanej treści, jeżeli jest ona identyczna w swym brzmieniu z poprzednio kontrolowaną” (s. 61).

⁴³ Wyrok TK z 22 września 2009 r., sygn. akt P 46/07 (OTKZU nr 8/A/2009, poz. 126).

⁴⁴ Art. 5 ustawy z 22 kwietnia 2005 r. o postępowaniu wobec dłużników alimentacyjnych oraz zaliczce alimentacyjnej (Dz.U. Nr 86, poz. 732, ze zm.) stanowił:

„1. Organ właściwy dłużnika, w przypadku złożenia wniosku, o którym mowa w art. 4 ust. 3, kieruje do starosty wnioski o zatrzymanie prawa jazdy dłużnika alimentacyjnego.

2. Na podstawie wniosku, o którym mowa w ust. 1, starosta wydaje decyzję o zatrzymaniu prawa jazdy.

3. Zwrot zatrzymanego prawa jazdy następuje na wniosek organu właściwego dłużnika po stwierdzeniu ustania przyczyn zatrzymania”.

⁴⁵ Art. 5 ust. 3 ustawy z 7 września 2007 r. o pomocy osobom uprawnionym do alimentów (Dz.U. 2009, Nr 1, poz. 7 oraz Nr 6, poz. 33) stanowi: „W przypadku gdy dłużnik alimentacyjny uniemożliwia przeprowadzenie wywiadu alimentacyjnego lub odmówił:

- 1) złożenia oświadczenia majątkowego,
- 2) zarejestrowania się w powiatowym urzędzie pracy jako bezrobotny albo poszukujący pracy,
- 3) bez uzasadnionej przyczyny, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, przyjęcia propozycji odpowiedniego zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej, wykonywania prac społecznie użytecznych, prac interwencyjnych, robót publicznych, prac na zasadach robót publicznych albo udziału w szkoleniu, stażu lub przygotowaniu zawodowym dorosłych

– organ właściwy dłużnika składa wnioski o ściganie za przestępstwo określone w art. 209 § 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553, ze zm.) oraz kieruje wnioski do starosty o zatrzymanie prawa jazdy dłużnika alimentacyjnego”.

ność⁴⁶: „[...] polegającą na powtórzeniu przez parlament rozwiązania prawnego, już uznanego przez TK za sprzeczny z aktem prawnym wyższego stopnia”⁴⁷.

Powyższe przykłady sugerują, że konieczne byłoby rozszerzenie sposobu definiowania pojęcia „wtórna niekonstytucyjność” i zaniechanie wiązania tego terminu jedynie z odpowiednią chronologią działalności Trybunału i ustawodawcy. Wartościowym byłoby również objęcie tym pojęciem sytuacji równoległego funkcjonowania w przestrzeni prawnej wadliwych regulacji podobnych pod względem istoty przyjętych w nich rozwiązań. Takie podejście nie narusza intuicji językowych dotyczących rozumienia „wtórności”. Można traktować to słowo jako synonim „powtarzalności”, mając na myśli powtórzenie błędu przez ustawodawcę, a nie powtórzenie błędu po rozstrzygnięciu sądu konstytucyjnego.

Pojęcie wtórnej niekonstytucyjności prawa znajduje także zastosowanie do analizy skutków orzeczeń TK. Z tej perspektywy pojęcie to należałoby zdefiniować jako powstanie, po wejściu w życie orzeczenia Trybunału stwierdzającego niezgodność normy prawnej z Konstytucją, w wyniku zmiany normatywnej, stanu prawnego, który jest także niekonstytucyjny. Zazwyczaj pojęcie to ma zastosowanie w przypadku, gdy Trybunał przewiduje, że derogacyjny skutek jego wyroku będzie prowadził do powstania niezgodności w ramach innego układu kontroli.

Tak skonstruowana definicja znajduje swoje pełne odzwierciedlenie w wyroku o sygn. SK 61/12⁴⁸. W tym orzeczeniu stwierdzono niezgodność art. 52 ust. 3 p.s.w.⁴⁹ z art. 78 Konstytucji. Przepis stanowiący przedmiot kontroli w tej sprawie określał, że strona niezadowolona z uchwały prezydium Polskiej Komisji Akredytacyjnej może zwrócić się z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Rozwiązania normatywne nie przewidywały jednak dewolutywnego (w wymiarze organizacyjnym lub personalnym) charakteru postępowania,

⁴⁶ Na marginesie warto zauważyć, że stosunkowo często przy definiowaniu tego pojęcia w orzeczeniach sądów powoływano się na artykuł R. Hausera i J. Trzczińskiego, w którym to pojęcie odnoszono do sytuacji, gdy przepis wydany przed wejściem w życie Konstytucji, jest z nią niezgodny (R. Hauser, J. Trzcziński, *O formach kontroli konstytucyjności...*, s. 13).

⁴⁷ Wyrok WSA w Rzeszowie z 7 września 2011 r. (sygn. akt II SA/Rz 374/11). Zob. podobne rozstrzygnięcia: wyrok WSA w Bydgoszczy z 6 stycznia 2010 r. (sygn. akt II SA/Bd 662/09), wyrok WSA w Poznaniu z 7 lipca 2010 r. (sygn. akt II SA/Po 187/10).

⁴⁸ Wyrok TK z 25 lipca 2013 r., sygn. akt SK 61/12 (OTK ZU nr 6/A/2013, poz. 84).

⁴⁹ Ustawa z 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. 2012 poz. 572, ze zm.).

a brak ten nie został zrównoważony gwarancjami, zapewniającymi skuteczność procedury odwoławczej. Z powodu tych wad proceduralnych kontrolowanej regulacji, orzeczono o niekonstytucyjności art. 52 ust. 3 p.s.w. Jednocześnie jednak TK odroczył termin utraty mocy obowiązującej tego przepisu o 18 miesięcy. Zauważył, że derogacja art. 52 ust. 3 p.s.w. sama w sobie nie zapewniłaby stanu zgodnego z Konstytucją, a wręcz pogorszyłaby sytuację szkół wyższych kwestionujących uchwały prezydium Polskiej Komisji Akredytacyjnej, ponieważ pozbawiłaby szkoły wyższe jakiejkolwiek możliwości zaskarżania uchwał prezydium Polskiej Komisji Akredytacyjnej. W związku z tym TK ocenił, że: „[...] utrata mocy obowiązującej art. 52 ust. 3 u.p.s.w. prowadziłaby do stanu tzw. wtórnej niekonstytucyjności”. Uniknięto tego rodzaju wadliwości prawa właśnie poprzez zastosowanie klauzuli odraczającej.

Właściwego przykładu dostarcza również sprawa o sygn. K 18/14⁵⁰, w ramach której zaskarżono przepisy ustaw dotyczących służb mundurowych⁵¹, zawierających upoważnienie do wydania różnych aktów podstawowych regulujących kwestię bezpieczeństwa i higieny pracy w danej służbie, jednak bez określenia sposobu i wytycznych co do ich realizacji. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że przypadku zaskarżonych przepisów, ustawodawca nie wypełnił wyrażonego w art. 66 ust. 1 Konstytucji obowiązku ustawowego określenia sposobu realizacji prawa do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz – odpowiadających temu prawu – obowiązków podmiotu zatrudniającego. Jednakże, w związku z tym, że derogacja przepisów ustawowych skutkowałaby także uchynieniem aktów prawnych wydanych na ich podstawie, Trybunał zastosował klauzulę odraczającą w celu uniknięcia wtórnej niekonstytucyjności. Zauważono, że derogacyjny skutek wyroku godziłby w następujące prawa i wartości: prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 66 ust. 1 Konstytucji), ustrojową zasadę ochrony pracy przez państwo

⁵⁰ Wyrok TK z 24 listopada 2015 r., sygn. akt K 18/14 (OTK ZU nr 10/A/2015, poz. 165).

⁵¹ Przedmiotem kontroli uczyniono: art. 7 ust. 1 pkt 6 ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. 2015, poz. 355, ze zm.), art. 9 ust. 7 pkt 6 ustawy z 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. 2014, poz. 1402, ze zm.), art. 52 ustawy z 24 maja 2002 r. o Agencji oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. 2015, poz. 1929), art. 56 ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. 2014, poz. 1411, ze zm.), art. 11 ustawy z 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz.U. 2014, poz. 1106, ze zm.) oraz art. 143 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej (Dz.U. 2015, poz. 990, ze zm.).

(art. 24 Konstytucji), obowiązek państwa zapewnienia prawnej ochrony życia (art. 38 Konstytucji) i prawo do ochrony zdrowia (art. 68 ust. 1 Konstytucji).

Podobną ideą kierował się Trybunał Konstytucyjny, wykorzystując pojęcie „wtórna niekonstytucyjność” w wyroku TK o sygn. U 5/06⁵², dotyczącym wprowadzenia w drodze rozporządzenia tzw. amnestii maturalnej⁵³. Trybunał stwierdził niekonstytucyjność zaskarżonych przepisów rozporządzenia, z jednej strony ze względu na wykroczenie poza upoważnienie ustawowe, a z drugiej – ze względu za naruszenie zasady powszechnego i równego dostępu do wykształcenia (art. 70 ust. 4 Konstytucji). Jednocześnie odroczone utratę ich mocy obowiązującej o 12 miesięcy, co – jak wydaje się, że należy rozumieć ten fragment uzasadnienia – miało „ratować” przed możliwością unieważnienia świadectw dojrzałości uzyskanych w roku 2004/2005 i 2005/2006. Stwierdzono przy tym, że: „Przyjęcie odmiennego rozwiązania prowadziłyby do wtórnej niekonstytucyjności i ponownego naruszenia praw tych osób”.

Na koniec warto jeszcze wspomnieć o wyroku o sygn. P 16/08⁵⁴, dotyczącym zasad zawierania umów przez spółdzielnie mieszkaniowe o przeniesienie własności lokalu. Trybunał orzekł, że zaskarżone przepisy w zakresie, w jakim zobowiązują spółdzielnię do zawarcia umowy przeniesienia własności lokalu w określonych przypadkach są niezgodne z art. 64 ust. 2 i 3 oraz art. 21 ust. 1 i 2 Konstytucji. Odroczone utratę mocy obowiązującej tych norm o 12 miesięcy od dnia opublikowania orzeczenia w Dzienniku Ustaw. Uzasadniając wykorzystanie w tym wypadku instrumentu przewidzianego w art. 190 ust. 3 Konstytucji, Trybunał przypomniał, iż klauzula odraczająca stosowana jest m.in. z tego powodu, że: „[...] Trybunał każdorazowo uwzględnia skutki swojego orzeczenia, dążąc do zapobieżenia sytuacji, w której natychmiastowa derogacja przepisu spowodowałaby naruszenie określonych norm, zasad i wartości konstytucyjnych, co z kolei prowadziłyby do wtórnej niekonstytucyjności o dotkliwych społecznych skutkach”. Orzeczenie to zapadło przy dziewięciu zdaniach odrębnych, a w czterech z nich kwestionowano zasad-

⁵² Wyrok TK z 16 stycznia 2007 r., sygn. akt U 5/06 (OTK ZU nr 1/A/2007, poz. 3).

⁵³ Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 8 września 2006 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków i sposobów oceniania, klasyfikowania i promowania uczniów i słuchaczy oraz przeprowadzania sprawdzianów i egzaminów w szkołach publicznych (Dz.U. Nr 164, poz. 1154).

⁵⁴ Wyrok TK z 17 grudnia 2008 r., sygn. akt P 16/08 (OTK ZU nr 10/A/2008, poz. 181).

ność zastosowania odroczenia utraty mocy obowiązującej niekonstytucyjnych przepisów. Sędzia TK Mirosław Wyrzykowski stanął na stanowisku, że w ogóle wtórna niekonstytucyjność nie powinna uzasadniać odroczenia utraty mocy obowiązującej niekonstytucyjnych przepisów. Natomiast sędziowie TK Ewa Łętowska i Bohdan Zdziennicki stwierdzili, że w tym przypadku zastosowanie klauzuli odraczającej i utrzymanie w mocy niezgodnych z Konstytucją przepisów będzie rodziło niekonstytucyjność wtórną. Wydaje się jednak, że w przypadku braku wystąpienia zmiany normatywnej nie może tu być mowy o „wtórności” regulacji ocenianej w procedurze kontroli konstytucyjności⁵⁵. Takie orzeczenie TK jest w momencie jego ogłoszenia w Dzienniku Ustaw neutralne dla obowiązywania niekonstytucyjnych przepisów.

Z powyższych przykładów można wywnioskować, że Trybunał, stosując pojęcie wtórnej niekonstytucyjności, poszukuje przede wszystkim uzasadnienia dla odroczenia utraty mocy obowiązującej niekonstytucyjnego przepisu. Warto z tego wyprowadzić ogólniejszą konkluzję. Nie można wykluczyć wykorzystywania tego terminu dla uargumentowania zastosowania przez Trybunał innych instrumentów, które będą podtrzymywały obowiązywanie norm niezgodnych z ustawą zasadniczą. Warto w tym miejscu zauważyć, że powyższe uwagi powodują zarysowanie się pierwszego punktu łączącego oba wskazywane aspekty obecnie rozumianej wtórnej niekonstytucyjności. Otóż podstawą dla stwierdzenia jej wystąpienia będzie dostrzeżenie zmiany normatywnej dokonanej albo przez ustawodawcę, albo przez Trybunał Konstytucyjny.

W podobnym kontekście pojęcie wtórnej niekonstytucyjności pojawia się także w doktrynie prawa. Aprobuje się zastosowanie klauzuli odraczającej w przypadku, gdy konsekwencją wyroku będzie wtórna niekonstytucyjność o dotkliwych społecznych skutkach⁵⁶. Łukasz Jagiełłowicz natomiast stwierdził, że: „Poważne perturbacje w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, które wystąpić mogą wskutek braku rozważnej decyzji o odroczeniu

⁵⁵ Należy ponadto zauważyć, że kontrolowane przepisy można zakwalifikować jako wtórnie niekonstytucyjne, ponieważ co do części z rozwiązań uznanych za niezgodne z ustawą zasadniczą w tym wyroku TK, Trybunał już wcześniej rozstrzygnął o ich niekonstytucyjności (zob. Wyrok TK z 29 maja 2001 r., sygn. akt K 5/01, OTK ZU nr 4/2001, poz. 87).

⁵⁶ Zob. np. K. Gonera, E. Łętowska, *Odroczenie utraty mocy niekonstytucyjnej normy i wznowienie postępowania po wyroku Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 6, s. 16.

wejścia w życie wydanego przez Trybunał wyroku, prowadzić może do stanu wtórnej [...] niekonstytucyjności⁵⁷. Autor uważa wręcz, że brak zastosowania tego instrumentu może czasem prowadzić do „pogłębionej niekonstytucyjności”. Należy przy tym zauważyć, że problem „pogłębionej niekonstytucyjności” nie był dotychczas szerzej rozważany w doktrynie. Wyodrębnienie tego zagadnienia nie zostało również uzasadnione z perspektywy teoretycznej, czy dogmatycznej. Nie będzie ono także istotne z perspektywy niniejszego artykułu, choć z pewnością można dokonywać wartościowania, który stan niezgodności prawa z ustawą zasadniczą powoduje bardziej negatywne skutki w sferze stosowania prawa. Może mieć zatem znaczenie przy doborze przez TK środków modyfikujących wpływ jego orzeczenia na system prawa, nie można również wykluczyć, że organy stosujące prawo podejmą odpowiednio – pozostające w granicach ich kompetencji – działania minimalizujące te negatywne skutki.

Podsumowując, podjęta próba wyznaczenia obecnie wykorzystywanego kontekstu pojęcia wtórnej niekonstytucyjności ukazuje dwa *prima facie* zupełnie różne ujęcia tego zagadnienia. Nie ulega jednocześnie wątpliwości, że każdy z aspektów rozumienia tego pojęcia jest zgodny z intuicjami i potocznym rozumieniem słowa „wtórny”. Trudno zatem dyskwalifikować którekolwiek z wypracowanych znaczeń. W związku z tym warto dokonać syntezy poczynionych już ustaleń i wypracować spójniejsze rozumienie wtórnej niekonstytucyjności. Po pierwsze, aktualnie tym pojęciem zawsze określa się efekt działalności organów państwowych, polegającej na dokonaniu zmiany normatywnej⁵⁸. Po drugie,

⁵⁷ Ł. Jagiełłowicz, *Konstytucyjny system źródeł prawa a status prawny jednostki w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 11, s. 36.

⁵⁸ Nie można mieć wątpliwości, że Trybunał Konstytucyjny, choćby w najwęższym ujęciu, jako negatywny prawodawca, także podejmuje działalność polegającą na ingerencji w system prawa stanowionego i zmianie zakresu praw i obowiązków obywateli. Sławomira Wronkowska, wyjaśniając koncepcję H. Kelsena i bazując na dorobku orzeczniczym TK stwierdziła, że: „[...] określenie «negatywny ustawodawca» jest odnoszone do skutków działania TK (wskutek orzeczenia tracą moc niekonstytucyjne normy) oraz do precyzowania kompetencji TK – nie bada on trafności i celowości rozwiązań prawodawcy” (S. Wronkowska, *Kilka uwag o prawodawcy negatywnym*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 10, s. 8).

Należy jednak zauważyć również, że zgodnie z poglądem zyskującym coraz szerszą aprobatę w doktrynie prawa, polski sąd konstytucyjny podejmuje działalność jako prawodawca pozytywny. Zob. np. R. Hauser, J. Trzeciński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2008, A. Sulikowski, *Tworzenie*

oznacza, że negatywny wyrok TK wywołujący skutek derogacyjny nie sanował niekonstytucyjności regulacji prawnych, które dotyczą tożsamego lub podobnego problemu konstytucyjnego (przy czym nie bierzemy pod uwagę w tym przypadku w ogóle czasu wejścia w życie zmiany normatywnej). Po trzecie, obecnie o wtórnej niekonstytucyjności jest mowa wtedy, gdy oceniamy konstytucyjność danej regulacji w oparciu o orzeczenie TK dotyczące wąsko rozumianego zagadnienia prawnego rozstrzygniętego w tym prejudycie, mimo że *de facto* wtórna niekonstytucyjność powstaje w innym układzie kontroli. Innymi słowy, jedną z podstaw stwierdzenia „wtórności” jest powołanie się na wyrok TK dotyczący odpowiednio rozumianej „sprawy”⁵⁹, a niekonstytucyjność powstaje w innym układzie kontroli niż ten, który został ujęty w sentencji orzeczenia. Zatem syntetycznie można przyjąć, że wtórna niekonstytucyjność to obecnie stan prawny powstały w wyniku dokonania przez ustawodawcę lub Trybunał zmiany normatywnej, oceniany z perspektywy orzeczenia TK, które ściśle wiąże się z problemem prawnym rozstrzyganym w tym orzeczeniu.

Dlatego też warto traktować wtórną niekonstytucyjność nie jako efekt niezgodnego z Konstytucją działania organu państwowego, lecz jako cechę wadli-

prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność, „Państwo i Prawo” 2005, z. 8, s. 19–36, Z. Cieślak, *Trybunał Konstytucyjny – «prawotwórca» negatywny*, [w:] *Orzecznictwo w systemie prawa*, red. T. Bąkowski, K. Grajewski, J. Warylewski, Warszawa 2008, s. 61–67, D. Minich, *Trybunał Konstytucyjny – czy tylko negatywny ustawodawca? Refleksje nad statusem ustrojowym TK w dobie kryzysu nowoczesności*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszych dekadach XXI wieku wobec wyzwań politycznych, gospodarczych, technologicznych i społecznych*, red. S. Biernat, Warszawa 2013, s. 127–138.

⁵⁹ Dookreślenie, jak należy odpowiednio rozumieć „sprawę” jest niezwykle trudne. Aby w tym miejscu zobrazować, gdzie można zarysować granice stosowania analogii, warto przytoczyć zdanie uzasadnienia projektu ustawy o Trybunale Konstytucyjnym (Druk nr 1590/VII kadencja Sejmu), dotyczącego wprowadzenia przesłanki umorzenia postępowania ze względu na brak występowania istotnego zagadnienia prawnego (projektowany art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, art. 104 ust. 1 pkt 3 ustawy z 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym). Projektodawca argumentował, że: „W świetle dotychczasowej działalności Trybunału i dorobku jego doktryny oraz znacznego zróżnicowania przedmiotu kontroli, a także zakresu i stopnia konkretyzacji wzorców kontroli w sprawach przed Trybunałem, pożądanym i uzasadnionym wydaje się przyznanie Trybunałowi kompetencji do oceny wagi oraz znaczenia zagadnienia prawnego będącego przedmiotem kontroli i odmowy merytorycznego rozpoznania spraw o żadnym lub marginalnym znaczeniu konstytucyjnym (spraw *bagatelnych*)” (s. 20–21 uzasadnienia projektu). Innymi słowy zakłada się, że Trybunał nie może orzekać merytorycznie w sytuacji, gdy problemy konstytucyjne zostały już dostatecznie wyjaśnione w orzecznictwie.

wego prawa. Dzięki temu można w pełniejszy sposób określić relację między wyrokiem TK a niekonstytucyjnymi normami oraz poszukać rozwiązań nie tylko dla problemu nieprawidłowego wykonywania orzeczeń sądu konstytucyjnego, ale dla wszelkich sytuacji, gdy stan prawny nie sprostał wymaganiom ustawy zasadniczej, a co zostało już precyzyjnie wyjaśnione przez Trybunał.

IV. Znaczenie pojęcia „wtórna niekonstytucyjność” dla praktyki stanowienia i stosowania prawa – zarys problematyki

W kontekście ustalonych powyżej ram definiowania pojęcia „wtórna niekonstytucyjność”, zasadnym jest rozważenie, jakie znaczenie może mieć analizowane zagadnienie dla praktyki stanowienia i stosowania prawa oraz czy stwierdzenie powstania wtórnej niekonstytucyjności daje podstawę do wywiedzenia z niego dodatkowych kompetencji organów państwowych.

Rozpoczynając rozważania w tym obszarze, warto powrócić do początków występowania sformułowania „wtórna niekonstytucyjność” w orzecznictwie i doktrynie. Dla przypomnienia, pierwotnie wtórna niekonstytucyjność oznaczała taką niekonstytucyjność, która pojawiła się z chwilą wejścia w życie nowej ustawy zasadniczej. W rzeczywistości doprowadziło to do powstania dwóch koncepcji dotyczących skutków wystąpienia wtórnej niekonstytucyjności. Trybunał Konstytucyjny wykorzystał pojęcie wtórnej niekonstytucyjności, aby utrzymać monopol rozstrzygania o zgodności prawa uchwalonego przed 17 października 1997 r. z ustawą zasadniczą⁶⁰. Początkowo przeciwnie stanowisko dotyczące kontroli konstytucyjności prawa przyjmował NSA⁶¹ i Sąd Najwyższy⁶². Przy czym

⁶⁰ Zob. wyroki TK z: 6 października 1998 r., sygn. akt K 36/97, 8 grudnia 1999 r., sygn. akt SK 19/99, 5 marca 2000 r., sygn. akt Pp 1/99 i 17 kwietnia 2000 r., sygn. akt SK 28/99. Trybunał Konstytucyjny stwierdził w nich, że orzeczenie o niekonstytucyjności ma charakter konstytutywny.

⁶¹ Zob. przykładowo wyrok NSA w Warszawie z 9 października 1998 r., sygn. akt II SA 1246/98, gdzie odmówiono zastosowania art. 25 ust. 2 ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych w brzmieniu nadanym ustawą z 22 maja 1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 75, poz. 471) ze względu na stwierdzoną przez ten sąd niezgodność z zasadą niedziałania prawa wstecz wynikającą z zasady demokratycznego państwa prawa.

⁶² Zob. np. wyroki SN z: 7 kwietnia 1998 r., sygn. akt I PKN 90/98 i 21 sierpnia 2001 r., sygn. akt III RN 189/00.

pomijanie przepisów ustawowych przez sądy nie oznaczało, że w ocenie tych organów normy wtórnie niekonstytucyjne zostały automatycznie derogowane z systemu z chwilą wejścia w życie Konstytucji. Jak stwierdził SN, w tym przypadku sądy odmawiają zastosowania prawa, które ich zdaniem jest niekonstytucyjne⁶³. Argumentów dla trafności tego poglądu dostarczała właśnie koncepcja wtórnej niekonstytucyjności. Przyjęto, że jej wystąpienie stanowi przesłankę do wykorzystania kompetencji każdego organu władzy państwowej do stwierdzania, czy norma obowiązująca przed 17 października 1997 r. może być podstawą rozstrzygnięć dokonywanych przez organy państwowe nadal po wejściu w życie Konstytucji⁶⁴.

Zgodnie jednak z dalej idącym poglądem wyrażanym w doktrynie prawa⁶⁵ i w orzecznictwie⁶⁶, część norm przedkonstytucyjnych uległa bezpośredniej

⁶³ W wyroku z 7 kwietnia 1998 r., sygn. akt I PKN 90/98 Sąd Najwyższy stwierdził, że: „[...] sąd powszechny może dokonywać oceny konstytucyjności przepisów mających zastosowanie w sprawie, bowiem nie prowadzi to do naruszenia konstytucyjnie utrwalonego podziału kompetencji między sądami a Trybunałem Konstytucyjnym. Nie ulega bowiem wątpliwości, że kwestia zgodności przepisu aktu normatywnego z Konstytucją jest dla Trybunału Konstytucyjnego zagadnieniem głównym, o którym Trybunał rozstrzyga w formie orzeczenia ze skutkami przewidzianymi w ustawie. Sąd powszechny nie orzeka zaś o zgodności przepisu prawa z Konstytucją, lecz jedynie odmawia zastosowania przepisu prawnego niezgodnego, jego zdaniem, z Konstytucją. Uznanie, jak błędnie twierdzą powodowie, że sądy powszechne nie są uprawnione do badania zgodności ustaw z Konstytucją, a w konsekwencji do zajmowania stanowiska w kwestii ich zgodności jak też niezgodności z Konstytucją, jest wyraźnie sprzeczne z przepisem art. 8 ust. 1 Konstytucji, który zobowiązuje do bezpośredniego stosowania jej przepisów, przy czym pod pojęciem «stosowanie» należy rozumieć w pierwszym rzędzie sądowe stosowanie prawa”.

⁶⁴ Zob. wyrok NSA z 19 października 2006 r., sygn. akt I FSK 55/06. W orzeczeniu NSA stwierdził, że upoważnienie do wydania rozporządzenia zawarte w art. 35 ust. 4 ustawy z 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11, poz. 50) jest niezgodne z art. 92 ust. 1 Konstytucji oraz, że rozporządzenie wydane na podstawie tej delegacji jest niezgodne z art. 217 Konstytucji. W związku z tym NSA orzekł, że wystąpił przypadek wtórnej niekonstytucyjności, co oznacza, że: „[...] mimo że ten przepis ustawy nie został od razu wyeliminowany z porządku prawnego, nie mógł wywoływać oczekiwanych wcześniej przez ustawodawcę skutków prawnych”. Konsekwencją tak przyjętej interpretacji było stwierdzenie, że niekonstytucyjne przepisy nie mogły stanowić podstawy prawnej decyzji, od których odwołano się do sądu administracyjnego.

⁶⁵ Zob. np. L. Garlicki, *Trybunał Konstytucyjny a wejście w życie...*, s. 114, R. Hauser, J. Trzciniński, *O formach kontroli konstytucyjności...*, s. 14.

⁶⁶ Dla przykładu warto wskazać, że w sprawie, w której zapadł przytoczony już wyrok SN o sygn. I PKN 90/98 Sąd Rejonowy oraz Wojewódzki, wydając orzeczenia nie uznały za zasadne zwrócić się do TK z pytaniem prawnym uzasadniając to tym, że norma prawna, jako niezgodna z nową konstytucją (zasada odpowiedniej *vacatio legis*) została uchylona na podstawie zasady

derogacji w wyniku wejścia w życie ustawy zasadniczej. Stąd też wywodzono, że w przypadku wystąpienia wtórnej niekonstytucyjności sądy nie tyle nie muszą, co wręcz nie powinny występować z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego⁶⁷.

Warto również ten pogląd skonfrontować z modelem kontroli konstytucyjności prawa w Polsce. Powstaje wątpliwość, czy uznanie derogacji niektórych norm jako skutku wejścia w życie ustawy zasadniczej nie tyle rozszerzałoby krąg podmiotów, które mogą orzekać o konstytucyjności, co przede wszystkim wyłączałoby kompetencję Trybunału Konstytucyjnego do kontroli przedkonstytucyjnego prawa⁶⁸. W przypadku norm przedkonstytucyjnych ewentualny wyrok Trybunału Konstytucyjnego ograniczałby się do ustalenia, czy przedmiot kontroli obowiązuje, podczas gdy *de facto* jego kognicja ogranicza się tylko do norm obowiązujących⁶⁹, a orzeczenie wywiera wpływ na obowiązujące prawo⁷⁰.

Opisane wyżej historyczne znaczenie pojęcia wtórnej niekonstytucyjności dla praktyki stosowania prawa, choć nie może zostać wprost przełożone na to, w jakim kontekście obecnie wykorzystuje się to określenie, sugeruje,

lex posterior derogat legi priori. Zob. szerzej A. Józefowicz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 1998 r. (sygn. akt I PKN 90/98)*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 2(43), s. 88–94.

⁶⁷ R. Hauser, J. Trzciniński, *O formach kontroli konstytucyjności...*, s. 14.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Przy czym należy mieć na względzie, że Trybunał Konstytucyjny, wypowiadając się na temat utraty mocy obowiązującej przez akt normatywny, aktualnie stoi na stanowisku, że: „[...] uchylene przepisu nie zawsze jest równoznaczne z utratą przez ten przepis mocy obowiązującej. Trybunał wskazywał, że przepis obowiązuje w systemie prawa dopóki na jego podstawie być odejmowane indywidualne akty stosowania prawa, a utrata mocy obowiązującej jako przesłanka umorzenia postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym następuje dopiero wówczas, gdy przepis ten nie może być stosowany do jakiegokolwiek sytuacji faktycznej” (zob. np. Wyrok TK z 16 listopada 2010 r., sygn. akt P 86/08, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 101).

Ponadto wyjątek przewiduje art. 59 ust. 3 ustawy z 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. poz. 2072), zgodnie z którym Trybunał nie umarza postępowania z powodu utraty przez akt normatywny mocy obowiązującej, jeżeli wydanie orzeczenia w sprawie zainicjowanej skargą konstytucyjną jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności lub praw.

⁷⁰ Zasada doznaje jednak pewnych wyjątków. Przykładowo powszechnie uznaje się, że wyrok stwierdzający pominięcie prawodawcze ma skutek jedynie zobowiązujący organ, który wydał niekonstytucyjny akt normatywny do odpowiedniego wykonania orzeczenia TK (Zob. np. M. Florczak-Wątor, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006, s. 152–157).

że „wtórna niekonstytucyjność” służy do uruchomienia dodatkowych instrumentów umożliwiających dokonanie wykładni prawa opartej o bezpośrednio stosowalne przepisy Konstytucji.

Te spostrzeżenia pozostają aktualne na gruncie obecnego rozumienia wtórnej niekonstytucyjności, tj. niekonstytucyjności powstałej w wyniku dokonania przez ustawodawcę lub TK zmiany normatywnej, ocenianej z perspektywy orzeczenia TK, które ściśle wiąże się z problemem prawnym rozstrzyganym w tym orzeczeniu. W orzecznictwie sądów administracyjnych powszechnie przyjmuje się, że: „[...] sąd rozpatrujący konkretną skargę może samodzielnie dokonać oceny pod kątem zgodności z Konstytucją przepisu ustawy, który stanowi przedmiot subsumcji w rozpoznawanej sprawie, gdy zachodzi przypadek tzw. wtórnej niekonstytucyjności przepisu ustawy lub przepis ustawy jest w oczywisty sposób niezgodny z Konstytucją”⁷¹. Przy czym dokonania tej oceny nie należy utożsamiać z eliminowaniem z systemu prawa normy, uznanej przez sąd za naruszającą przepisy Konstytucji. Wskazana wyżej koncepcja jest odmową zastosowania obowiązującej normy prawnej, ze względu na stwierdzenie jej wtórnej niekonstytucyjności.

Analizowane pojęcie ma także znaczenie dla organów legislatywy. Wyprowadzenie z ustawy zasadniczej zakazu występowania wtórnej niekonstytucyjności, stanowi instrument wymuszający szerokie rozumienie obowiązku wykonywania orzeczeń TK. Po pierwsze, polega on na konieczności usunięcia przez ustawodawcę przepisów prawa, z których wynikają normy tożsame z tą, której niekonstytucyjność została stwierdzona przez Trybunał. Po drugie, pochodnym tej zasady konstytucyjnej będzie zakaz stanowienia regulacji, które są obciążone identyczną wadą, co przepis stanowiący przedmiot kontroli w negatywnym wyroku TK. Po trzecie wreszcie, z zasygnalizowanego przez Trybunał ryzyka wystąpienia wtórnej niekonstytucyjności można wyinterpretować dyrektywę niezwłocznego podjęcia działań legislacyjnych zmierzających do wykonania orzeczenia TK.

Powyższe uwagi skłaniają do postawienia pytania, czy wtórna niekonstytucyjność jest swego rodzaju kwalifikowaną formą niekonstytucyjności pra-

⁷¹ Wyrok WSA w Olsztynie z 10 grudnia 2009 r., sygn. akt II SA/Ol 975/09. Zob. podobnie: wyroki NSA z: 11 czerwca 2015 r., sygn. akt II FSK 31/15 i 20 maja 2016 r., sygn. akt I OSK 1865/14, wyrok WSA w Rzeszowie z 8 września 2010 r., sygn. akt II SA/Rz 281/10, wyrok WSA w Bydgoszczy z 20 sierpnia 2014 r., sygn. akt I SA/Bd 611/14.

wa, tzn. czy powoduje skutki na płaszczyźnie obowiązywania lub stosowania prawa. Z pewnością nie powinna mieć znaczenia dla samego rozstrzygnięcia o zgodności normy prawnej z Konstytucją w toku postępowania przed Trybunałem. Jednak niewątpliwie może odgrywać znaczącą rolę w zakresie stosowania niekonstytucyjnego prawa. Niewątpliwie wzmacnia uzasadnienie dla dokonania prokonstytucyjnej wykładni przepisów. Należy jednak również poddać analizie, czy wystąpienie wtórnej niekonstytucyjności nie aktywuje możliwości odmowy zastosowania normy prawnej niezgodnej z ustawą zasadniczą. Znaczenie wyodrębnienia pojęcia wtórnej niekonstytucyjności będą też odznaczały się na polu działalności legislatywy. Mimo jednak że wystąpienie wtórnej niekonstytucyjności może to determinować kierunek rozstrzygnięć na etapie stosowania prawa, wydaje się, że nie będzie miała ona znaczenia dla zagadnienia obowiązywania prawa i w tym sensie nie jest „kwalifikowaną” formą niekonstytucyjności.

V. Podsumowanie

W Polsce na przestrzeni ostatnich dwudziestu lat można zauważyć dwie wyraźne tendencje w definiowaniu wtórnej niekonstytucyjności. Początki występowania tego pojęcia w orzecznictwie i doktrynie prawa konstytucyjnego wiążą się *stricto* z wejściem w życie nowej ustawy zasadniczej. Sformułowaniem „wtórna niekonstytucyjność” oznaczano niekonstytucyjność, która powstała z momentem wejścia w życie Konstytucji z 1997 r. W niniejszym rozdziale wskazano, że na gruncie takiego rozumienia analizowanego pojęcia zarysowały się dwie koncepcje obowiązywania prawa przedkonstytucyjnego. Implikowało to jednocześnie różnice w ocenie kompetencji organów władzy sądowniczej w zakresie rozstrzygania, co do konstytucyjności norm obowiązujących jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji.

Wydaje się jednak, że ten sposób definiowania pojęcia wtórnej niekonstytucyjności jest już nieaktualny. Nie dlatego, że wskazaną definicję należy traktować jako błędną, czy choćby nieintuicyjną. Wynika to z faktu, że w gruncie rzeczy nie został wypracowany jednolity, cechujący się istotnymi odmiennosćmi, sposób postępowania w ramach oceny konstytucyjności prawa, które obowiązywało przed wejściem w życie ustawy zasadniczej z 1997 r. Z tego

względu zasadnym wydaje się stosować analizowane pojęcie do definiowania niekonstytucyjności powstałej w wyniku dokonania przez ustawodawcę lub TK zmiany normatywnej, ocenianej z perspektywy orzeczenia TK, które ściśle wiąże się z problemem prawnym rozstrzyganym w tym orzeczeniu. W ramach tak określonego zjawiska wyróżniono dwa aspekty wtórnej niekonstytucyjności. Po pierwsze, może ona powstać w wyniku wadliwej działalności ustawodawcy, a po drugie – w konsekwencji wejścia w życie wyroku TK, wywołującego skutek rozporządzający, a więc takiego, którego konsekwencją jest zmiana normatywna.

Ponadto wyznaczenie ram definiowania wtórnej niekonstytucyjności pozwoliło na zarysowanie zakresu zastosowania tego pojęcia w praktyce stanowienia i stosowania prawa. Można zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny wykorzystuje je przede wszystkim jako argument za odroczeniem utraty mocy obowiązującej niekonstytucyjnej normy. Natomiast sądy stoją na stanowisku, że powstanie wtórnej niekonstytucyjności jest podstawą do pominięcia przepisu ustawowego oraz bezpośredniego zastosowania Konstytucji.

Z pewnością niniejsze opracowanie na temat samego pojęcia wtórnej niekonstytucyjności nie wyczerpuje problemu jego definicji. Warto obecną interpretację tego sformułowania rozważyć od strony teoretycznoprawnej, zastanowić się nad ich trafnością i przeanalizować alternatywne koncepcje. Ponadto wciąż otwarte pozostają pytania o możliwość niwelowania tego zjawiska, przykładowo poprzez rewizję granic orzekania przez Trybunał Konstytucyjny lub odpowiednie określenie znaczenia wyroków TK dla organów stosujących prawo.

Literatura

Cieślak Z., *Trybunał Konstytucyjny – «prawotwórca» negatywny*, [w:] *Orzecznictwo w systemie prawa*, red. T. Bąkowski, K. Grajewski, J. Warylewski, Warszawa 2008.

Działocha K., *O pojęciu wykonywania orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *W służbie dobru wspólnemu. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Januszowi Trzcieskiemu.*, red. R. Balicki, M. Masternak-Kubiak, Warszawa 2012.

Florczak-Wątor M., *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006.

- Garlicki L., *Federalny Trybunał Konstytucyjny w Republice Federalnej Niemiec*, [w:] *Sądy i Trybunały w Europie*, t. I, Niemcy i Austria, Warszawa 1996.
- Garlicki L., *Konstytucja a ustawy przedkonstytucyjne*, [w:] *Wejście w życie nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Witkowski, Toruń 1998.
- Garlicki L., *Trybunał Konstytucyjny a wejście w życie nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12.
- Gonera K., Łętowska E., *Odroczenie utraty mocy niekonstytucyjnej normy i wznowienie postępowania po wyroku Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 6.
- Hauser R., Trzeciński J., *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2008.
- Hauser R., Trzeciński J., *O formach kontroli konstytucyjności prawa przez sądy*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, z. 2.
- Hołówka J., „...ustanawiamy [...] prawa podstawowe dla państwa oparte na [...] współdziałaniu władz, dialogu społecznym...”, [w:] *Preambuła Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2009.
- Jagiellovicz Ł., *Konstytucyjny system źródeł prawa a status prawny jednostki w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 11.
- Jarosz-Żukrowska S., *Powtórna niekonstytucyjność prawa w Polsce – uwagi na tle praktyki i doktryny niemieckiej*, „Przegląd Sejmowy” 2013, nr 1(114).
- Józefowicz A., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 1998 r. (sygn. akt I PKN 90/98)*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 2(43).
- Kerbusch H., *Die Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, Köln 1982.
- Laskowska M., *Dostosowanie prawa do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.*, Warszawa 2010.
- Łabno-Jabłońska A., „*Stare prawo*” i nowa konstytucja (niekonstytucyjność wtórna), [w:] *Konstytucja. Trybunał Konstytucyjny*, red. C. Banasiński i J. Oniszczyk, Warszawa 1998.
- Minich D., *Trybunał Konstytucyjny – czy tylko negatywny ustawodawca? Refleksje nad statusem ustrojowym TK w dobie kryzysu nowoczesności*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszych dekadach XXI wieku wobec wyzwań politycznych, gospodarczych, technologicznych i społecznych*, red. S. Biernat, Warszawa 2013.
- Porowski J.A., *Skutki orzeczeń o niekonstytucyjności ustaw aktów prawnych*, [w:] *Prawo i kontrola jego zgodności z Konstytucją*, red. E. Zwierzchowski, Warszawa 1997.
- Sadowski P., *Niekonstytucyjność wtórna przepisów ustawowych – zagadnienia wybrane*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2015, nr 3(25).
- Sarnecki P., *Wprowadzenie konstytucji w życie*, [w:] *Wejście w życie nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Witkowski, Toruń 1998.
- Sulikowski A., *Tworzenie prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 8.
- Trzeciński J., *Sądy wobec wtórnej niekonstytucyjności*, „Rzeczpospolita” 2005, nr 225.

- Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. T-Ż, red. S. Dubisz, Warszawa 2008.
- Wronkowska S., *Kilka uwag o prawodawcy negatywnym*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 10.
- Wronkowska S., *Zamknięty system źródeł prawa w praktyce oraz dostosowanie prawa*, [w:] *Konferencja naukowa: Konstytucja RP w praktyce*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 1999.
- Zieliński A., *Wokół reformy polskiego sądownictwa*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 2.