

## ZAGADNIENIE PRAWNE

W sprawie o zapłatę na skutek apelacji powoda

***Czy jest działaniem bezprawnym w rozumieniu art. 417 § 1 kc podjęcie czynności karnoprocesowych w postępowaniu karnoskarbowym przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego na podstawie obowiązujących formalnie w krajowym porządku prawnym przepisów ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.) uchwalonej z naruszeniem obowiązku notyfikacji wynikającego z art. 8 ust. 1 Dyrektywy 98/34/ WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku (Dz. U. UE. L1998.204.37 ze zm.) i czy prowadzi ono do powstania odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody powstałe w związku z podjęciem tych czynności?***

## UZASADNIENIE

Przedstawione Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości powstało na tle następującego stanu faktycznego.

We wszystkich czterech połączonych do łącznego rozpoznania sprawach powodowa spółka H. sp. z o.o. w W. domagała się od Skarbu Państwa reprezentowanego przez Naczelnika Urzędu Celnego w S. i T. zapłaty odszkodowania za szkodę poniesioną na skutek czynności podjętych w stosunku do niej w zainicjowanych przez funkcjonariuszy celnych postępowaniach karnoskarbowych, polegających na zajęciu w tych postępowaniach automatów do gry o niskich wygranych wykorzystywanych poza kasynami gry oraz uznaniu przez dyrektora urzędu celnego za dowód rzeczowy tych automatów. Twierdziła, że takie postępowanie funkcjonariuszy urzędów celnych naraziło ją na szkodę, gdyż

pozbawiło dochodów z poddzierżawianych automatów do gry. Podstawy odpowiedzialności Skarbu Państwa upatrywała w treści art. 417 § 1 kc.

We wszystkich połączonych sprawach Sądy Okręgowego w S. i T. oddaliły powództwa argumentując, że nie są spełnione określone w art. 417 § 1 kc warunki odpowiedzialności Skarbu Państwa albowiem nie można zarzucić funkcjonariuszom pozwanego aby podejmowane przez nich działania były bezprawne skoro miały umocowanie w obowiązujących przepisach kodeksu karnego skarbowego, kodeksu postępowania karnego i ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz.U z 2009r., Nr 201, poz. 1540 ze zm.), w szczególności art. 14 ust.1 i art. 6 ust. 1 ustawy, które zabraniały urządzania gier na automatach poza kasynami gry.

Argumentowały, w związku z twierdzeniami powodowej spółki o niemożliwości stosowania przepisów art. 14 ust.1 i art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, uchwalonej z naruszeniem obowiązującym w unijnym ustawodawstwie wymogiem unijnej notyfikacji tych przepisów, że do oceny zgodności aktu prawnego (wspomnianej ustawy) z Konstytucją jest uprawniony wyłącznie Trybunał Konstytucyjny, który owej zgodności nie oceniał, zatem działania funkcjonariuszy pozwanego miały ustawowe umocowanie, gdyż zostały podjęte w oparciu o obowiązującą regulację prawną.

Rozwijając argumentację co do podnoszonej przez powodową spółkę konieczności odmowy stosowania art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 wspomnianej ustawy, z uwagi na naruszenie przy jej uchwaleniu wprowadzonego w prawie Unii Europejskiej (Dyrektywa 98/34WE) obowiązku notyfikacji krajowych przepisów o charakterze technicznym, argumentowały, że o ile można mówić o naruszeniu obowiązku notyfikacji to ta sytuacja prowadzi do naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Skoro Trybunał o tej zgodności nie orzekał, brak jest możliwości odmowy stosowania nienotyfikowanych przepisów.

Wypowiadając się co do kompetencji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazały na jej istnienie w zakresie orzekania w trybie prejudycjalnym o wykładni Traktatów oraz o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii. Brak jej natomiast w zakresie oceny obowiązywania i wykładni prawa krajowego, które należą do stosujących to prawo organów krajowych, w tym przypadku do sądów powszechnych.

W złożonych apelacjach powodowa spółka generalnie kwestionowała argumentację Sądów, z której wynikało, że formalne obowiązywanie w porządku krajowym przepisów ustawy o grach hazardowych legitymizowało funkcjonariuszy pozwanego podejmujących czynności karnoprosesowe, skutkiem których było pozbawienie powódki wpływów z poddzierżawy automatów do gry. Twierdziła, że brak notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych skutkuje koniecznością odmowy ich stosowania w krajowym porządku prawnym, co wynika z licznych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a zatem kwestionowane czynności karnoprosesowe były podejmowane bez podstawy prawnej, czyli były działaniami bezprawnymi.

Przedstawione Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne, budzące poważne wątpliwości, to konsekwencja diametralnie rozbieżnych poglądów orzecznictwa i doktryny na temat możliwości stosowania w krajowym porządku prawnym przepisów wspomnianej ustawy o grach hazardowych z uwagi na zaniechanie w procesie ich uchwalania przeprowadzenia trybu notyfikacji wynikającego z art. 8 ust. 1 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. (Dz.U. UE.L1998.204.37 ze zm.) oraz braku wiążących wypowiedzi Izby Cywilnej Sądu Najwyższego związanych ze stosowaniem nienotyfikowanych przepisów ustawy o grach hazardowych, pomijając wyrok SN w sprawie III CSK 173/13 z dnia 24 kwietnia 2014r., w którym Sąd Najwyższy z uwagi na zakres rozpoznania sprawy i podnoszone w niej zarzuty w tej kwestii się jednak nie wypowiedział.

Powodowa spółka sformułowała swoje roszczenia odszkodowawcze wskazując na ich uzasadnienie prawne art. 417 § 1 kc, który warunkuje odpowiedzialność Skarbu Państwa koniecznością istnienia tzw. bezprawności działania funkcjonariuszy Skarbu Państwa.

Powtórzona w przepisie, za art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, przesłanka niezgodności z prawem nie jest warunkowana stwierdzeniem winy, wymaga natomiast wykazania bezprawności, a ta rozumiana jest w orzecznictwie jako zachowanie kolidujące z porządkiem prawnym, polegające na sprzeczności między zakresem kompetencji organu, sposobem jego postępowania i treścią rozstrzygnięcia wynikającymi z wzorca ustawowego, a jego działaniem rzeczywistym (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 8 stycznia 2002 r., I CKN 581/99, OSNC 2002 r., nr 10, poz.

128; z dnia 6 lutego 2002 r. V CKN 1248/00 OSP 2002 r., nr 9, poz. 128; z dnia 19 kwietnia 2012 r., IV CSK 406/11, OSNC - ZD 2012/3/68).

Przenosząc to na grunt rozpoznawanych spraw należy przyjąć, że o owej bezprawności działania funkcjonariuszy urzędów celnych można by mówić, gdyby ich działania podejmowane w stosunku do powodowej spółki w ramach toczących się postępowań karnoskarbowych były niezgodne z prawem, a więc gdyby podjęto je bez ustawowego umocowania.

Nie budzi wątpliwości, że wszczęcie postępowania karnego i prowadzenie czynności karnoprosesowych w stosunku do oznaczonej osoby może być uznane za bezprawne, gdy brak jest oczywistych podstaw do wszczęcia i prowadzenia postępowania, a tak będzie, gdy zarzucane zachowanie nie jest penalizowane. Tylko bowiem z legalnym wdrożeniem postępowania karnego wiązać można ryzyko, jakie ponosić muszą dotknięte nim osoby w interesie ochrony dobra wspólnego, jakim jest bezpieczeństwo publiczne (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 stycznia 2005 r., SK 60/03, OTK-A 2005, Nr 1, poz. 2).

W tym kontekście, pomijając formalnoprosesowe podstawy podjęcia działań przez urzędników celnych, uzasadnienie ich podjęcia było związane z obowiązkiem w krajowym porządku prawnym przepisów wspomnianej ustawy o grach hazardowych, w szczególności jej art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1. Przepis art. 107 § 1 kks jest bowiem normą blankietową i penalizuje zabronione przez inne przepisy zachowania adresatów jego dyspozycji (przepisy innych ustaw), gdy te zachowania są z nimi niezgodne (np. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 cyt. ustawy o grach hazardowych). Usprawiedliwione prawnie podjęcie czynności karnoprosesowych ma zatem miejsce tylko wtedy, gdy określone zachowanie jest przez prawo zabronione (przez przepisy innych ustaw) i tym samym wypełnia dyspozycję wspomnianego art. 107 § 1 kks. Jeżeli nie, brak penalizacji określonego zachowania powoduje, że formalnie mające procesowe umocowanie czynności organu prowadzącego postępowanie karnoskarbowe, uznane być muszą za bezprawne. Nie można bowiem akceptować sytuacji, gdy prowadzi się postępowanie karnoskarbowe zarzucając popełnienie czynu, który nie jest zabroniony pod groźbą karny, a więc nie jest penalizowany.

Zatem ocena bezprawności działania funkcjonariuszy pozwanego zależeć powinna od oceny, czy wspomniane przepisy ustawy o grach hazardowych, mimo formalnego obowiązywania, nie mogły być stosowane z uwagi na uchybienia popełnione w

procesie uchwalania ustawy związane z brakiem ich notyfikacji. Przesądzenie niemożliwości ich stosowania z uwagi na to uchybienie generuje wątpliwość, czy funkcjonariusz celny prowadzący postępowanie karnoskarbowe jest uprawniony do dokonania owej oceny i w jej konsekwencji do odmowy stosowania formalnie obowiązującego przepisu prawa, czy owej oceny i w jej konsekwencji odmowy stosowania przepisu może dokonać tylko sąd w procesie stosowania prawa w ramach rozpoznawanej sprawy.

Kwestia ewentualnej odmowy stosowania przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jest związana z oceną ich charakteru, a mianowicie uznania, że są to przepisy techniczne w rozumieniu wspomnianej Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r.

W jej art. 1 pkt 11 wyjaśniono, że pod pojęciem techniczne należy rozumieć specyfikacje techniczne i inne wymagania, włącznie z odpowiednimi przepisami administracyjnymi, których przestrzeganie jest obowiązkowe w wypadku wprowadzenia do obrotu lub stosowania w państwie członkowskim lub przeważającej części tych państw, jak również przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne państw członkowskich, z wyjątkiem tych określonych w art. 10, zakazujących produkcji, przywozu, obrotu lub użytkowania produktu (art. 1 pkt 9 dyrektywy 98/34/WE). Wskazano jednocześnie, że przepisy techniczne obejmują de facto przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne państwa członkowskiego, które odnoszą się do specyfikacji technicznych bądź innych wymagań lub zasad dotyczących usług bądź też do kodeksów zawodowych lub kodeksów postępowania, które z kolei odnoszą się do specyfikacji technicznych bądź do innych wymogów lub zasad dotyczących usług, zgodność z którymi pociąga za sobą domniemanie zgodności z zobowiązaniami nałożonymi przez wspomniane przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne. Ponadto obejmują one, jak stanowi Dyrektywa, dobrowolne porozumienia, w których władze publiczne są stroną umawiającą się, a które przewidują w interesie ogólnym zgodność ze specyfikacjami technicznymi lub innymi wymogami albo zasadami dotyczącymi usług, z wyjątkiem specyfikacji odnoszących się do przetargów przy zamówieniach publicznych. Do przepisów technicznych należą w myśl przywołanej treści art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE specyfikacje techniczne lub inne wymogi bądź zasady dotyczące usług, które powiązane są ze środkami fiskalnymi lub finansowymi mającymi wpływ na konsumpcję produktów lub usług przez wspomaganie przestrzegania takich

specyfikacji technicznych lub innych wymogów bądź zasad dotyczących usług. Jednak specyfikacje techniczne lub inne wymogi bądź zasady dotyczące usług powiązanych systemami zabezpieczenia społecznego nie są objęte terminem "przepisy techniczne".

Niewątpliwie ograniczenie możliwości prowadzenia gier na automatach do gry tylko w kasynach gry ogranicza przepływ towarów i usług w społeczeństwie informatycznym, bo do tej pory swobodny poddaje reglamentacji co do miejsca ich świadczenia ograniczając tym samym w sposób istotny możliwość wykorzystania automatów do gry, zmniejszając liczbę wykorzystywanych automatów związaną z ograniczoną i ściśle reglamentowaną ilością kasyn gry, w których można je wykorzystywać.

Wspomniane przepisy mają więc charakter techniczny, a zatem zgodnie z art. 8 Dyrektywy polski prawodawca przed uchwaleniem ustawy o grach hazardowych miał obowiązek ich notyfikowania, czego jednak nie uczynił.

Brak zgodności odnośnie tego, jakie skutki wywołuje ów brak notyfikacji dla polskich organów stosujących nienotyfikowane przepisy, formalnie obowiązujące w krajowym porządku prawnym.

Powódka, odwołując się do argumentacji TSUE twierdzi, że te przepisy uchwalone z naruszeniem unijnej procedury nie mogą być stosowane w krajowym porządku prawnym, a pozwany argumentuje, że brak w ustawodawstwie unijnym takiej sankcji naruszenia trybu notyfikacji. Co więcej, Sąd Najwyższy w Izbie Karnej zajmował diametralnie odmienne stanowisko co do tego, jakie skutki dla organów stosujących prawo powoduje to naruszenie.

I tak w orzeczeniach z dnia 8 stycznia 2014r. w sprawie IVKK 183/13, 28 listopada 2013r. w sprawie IKZP 15/13 (OSNKW 2013/12/101) i z dnia 28 marca 2014r. w sprawie IIIKK 447/13 przyjął, że naruszenie unijnego wymogu notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych z 2009r. nie powoduje konieczności odmowy ich stosowania przez sądy krajowe. Co więcej, owo naruszenie trybu notyfikacji jest naruszeniem konstytucyjnego trybu ustawodawczego, które może oceniać tylko Trybunał Konstytucyjny.

Diametralnie odmienny pogląd na kanwie oceny stosowania art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych wyraził Sąd Najwyższy w Izbie karnej w postanowieniu z 27 listopada 2014r. w sprawie IIKK 55/14 (OSNKW 2015/4/37) przyjmując, że konsekwencją braku notyfikacji jest brak możliwości stosowania i to

nie tylko przez sądy norm prawnych, które nie zostały notyfikowane, a zostały zawarte w jednostkach redakcyjnych podlegających obowiązkowi notyfikacji. Nadto przyjął, że Europejski Trybunał Sprawiedliwości i polski Trybunał Konstytucyjny nie mogą być ustawiane w stosunku do siebie jako sądy konkurujące. Chodzi nie tylko o wyeliminowanie zjawiska dublowania się obu trybunałów czy dwutorowości w zakresie orzekania o tych samych problemach prawnych, ale i dysfunkcjonalności w relacjach wspólnotowego oraz wewnątrz krajowego porządku prawnego.

Nie ma również jednolitości w orzecznictwie sądów powszechnych. W sprawach połączonych i kilku oczekujących na rozpoznanie w Sądzie Apelacyjnym w G., Sądy Okręgowe stanęły na stanowisku, że działania funkcjonariuszy Urzędu Celnego legitymizuje formalne obowiązywanie w krajowym porządku prawnym przepisów wspomnianej ustawy o grach hazardowych. Podobne zapatrywanie wyraził Sąd Apelacyjny w K. w wyroku z 22 kwietnia 2015r. w sprawie [...] argumentując poza tym, że funkcjonariusz Urzędu Celnego, wykonujący przepisy ustawy o grach hazardowych, nie jest uprawniony do oceny, jaki mają one charakter i czy w związku z tym mogą być stosowane, jeżeli zaniechano przeprowadzenia wymaganego w prawie unijnym trybu notyfikacji.

Zapadały też orzeczenia korzystne dla powodowej spółki z diametralnie odmienną argumentacją.

Co więcej Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 11 marca 2015r. w sprawie P 4/14 uznał, że art. 14 ust. 1 ustawy z 19 listopada 2009r. o grach hazardowych jest zgodny z Konstytucją. Oceniał, że notyfikacja tzw. przepisów technicznych, o której mowa w Dyrektywie 98/34/WE i Rozporządzeniu RM z dnia 23 grudnia 2002r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039 ze zm.) nie stanowi elementu konstytucyjnego trybu ustawodawczego. Uznał także, że brak notyfikacji art. 14 ust. 1 tej ustawy nie stanowi takiego naruszenia pozakonstytucyjnej procedury ustawodawczej, które byłoby równoznaczne z naruszeniem art. 2 i art. 7 Konstytucji.

Wyjaśnił, że ewentualne niedopełnienie obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej, a więc hipotetyczne zaniedbanie o charakterze formalnoprawnym unijnej procedury notyfikacji, nie pociąga za sobą automatycznie konieczności uznania, że doszło do naruszenia standardów konstytucyjnych w zakresie stanowienia ustaw. Nie można bowiem przyjąć, że każde, choćby potencjalne, uchybienie proceduralne, stanowi zawsze podstawę do stwierdzenia niekonstytucyjności aktu normatywnego i

prowadzi w rezultacie do utraty przez ten akt mocy obowiązującej. Istnieje bowiem jakościowa różnica między obowiązkiem opiniowania wynikającym z Konstytucji, a analogicznym obowiązkiem tylko ustawowym, który tworzy jedynie element ustawowego a nie konstytucyjnego trybu ustawodawczego.

Pytanie o bezprawność działania funkcjonariuszy Urzędu Celnego wszczynających postępowania karnoskarbowe w związku z naruszeniem zakazów i wprowadzeniem ograniczeń w ustawie o grach hazardowych i zajęciem w tych postępowaniach mienia powódki wymaga odpowiedzi na kilka podstawowych pytań:

1. Jaki charakter mają przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, w szczególności czy są to przepisy techniczne w rozumieniu Dyrektywy 98/34/WE, a zatem czy podlegają obowiązkowi notyfikacji.
2. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na poprzednie pytanie, jakie skutki dla ich stosowania w krajowym porządku prawnym ma zaniechanie przeprowadzenia wspomnianej wcześniej notyfikacji.
3. Czy uznanie przez Trybunał Konstytucyjny, że są zgodne z Konstytucją powoduje, iż nie można zarzucać bezprawności działania podjętego na ich podstawie przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego co wiąże się z pytaniem o to, czy są obowiązani i uprawnieni do oceny ich skuteczności i obowiązywania w krajowym porządku prawnym zważywszy unijne konsekwencje zaniechania unijnego trybu notyfikacji przy ich uchwalaniu.

Ad. 1.

Chociaż Trybunał Konstytucyjny w przywołanym wcześniej wyroku z 11 marca 2015r. wyraził daleko idącą wątpliwość odnośnie możliwości kwalifikowania między innymi art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z 2009r., jako przepis techniczny w rozumieniu Dyrektywy 98/34/WE, wskazując na niejednoznaczność i nieprecyzyjność oraz nieostrość przyjętej w Dyrektywie definicji przepisu technicznego, to jednak Sąd Apelacyjny wyraża pogląd, że ten przepis, podobnie jak art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych są przepisami technicznymi w rozumieniu Dyrektywy 98/34/WE. We wcześniejszej części uzasadnienia zawarto argumentację za przyjęciem takiego rozumienia charakteru tych przepisów.

Konsekwencją uznania ich za przepisy techniczne jest konieczność opowiedzenia się za obowiązkiem ich notyfikacji zgodnie z art. 8 Dyrektywy i przepisami

Rozporządzenia RM z dnia 23 grudnia 2002r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych. Niewątpliwie jednak te przepisy ustawy o grach hazardowych nie były notyfikowane Komisji Europejskiej.

## Ad.2

Najwięcej kontrowersji i rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego orzekającego w Izbie Karnej budzi kwestia skutków, a właściwie konsekwencji dla krajowego porządku prawnego zaniechania przeprowadzenia obowiązkowej notyfikacji Komisji Europejskiej przepisów ustawy o grach hazardowych z 2009r.

Jak wcześniej już sygnalizowano, część orzecznictwa skłania się ku pogładowi, że naruszenie trybu notyfikacji może stanowić co najwyżej o naruszeniu krajowego trybu ustawodawczego i podlega w związku z tym kontroli i ocenie Trybunału Konstytucyjnego, część zaś opowiada się, odwołując się między innymi do poglądów Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, za koniecznością odmowy stosowania w krajowym porządku prawnym nienotyfikowanych przepisów ustawy o grach hazardowych.

Można przyjąć, że znaczenie utracił pogląd o naruszeniu w ten sposób trybu ustawodawczego albowiem Trybunał Konstytucyjny autorytatywnie wypowiedział się w tej kwestii przyjmując, że ów brak notyfikacji nie może być utożsamiany z naruszeniem trybu ustawodawczego związanego z uchwalaniem ustawy o grach hazardowych. Co więcej uznał konstytucyjność kwestionowanych przepisów tej ustawy.

Ten pogląd Trybunału Konstytucyjnego nie przesądza jednak, jak się wydaje, czy można odmówić stosowania tych przepisów i tym samym uznać, że podjęte na ich podstawie działania miały charakter bezprawny, opierając się li tylko na interpretacji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, prezentowanej między innymi w sprawach połączonych F. pko Dyrektor Izby Celnej w G. (wyrok z 19 lipca 2012r. w sprawie [...]). Ta interpretacja TSUE wskazuje na konieczność odmowy stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych (art. 14 ust. 1 i ), z uwagi na brak ich notyfikacji, jeżeli sąd krajowy uzna, że mają one charakter przepisów technicznych w rozumieniu wspomnianej wcześniej Dyrektywy.

W cytowanym wcześniej postanowieniu z 27 listopada 2014r. w sprawie IIKK 55/14 Sąd Najwyższy argumentował, że Dyrektywa 98/24/WE miała być kluczowym

narzędziem pozwalającym na sprawne funkcjonowanie rynku wewnętrznego, a przyjęta w niej procedura notyfikacji miała ułatwić śledzenie rozwiązań stosowanych w innych państwach Unii Europejskiej. Notyfikacja jawi się jako instrument harmonizacji norm Unii Europejskiej i stanowi instrument likwidacji barier w swobodzie przepływu towarów i usług w ramach Unii.

Sąd Najwyższy, akceptując stanowisko wyrażone przez TSUE o niemożliwości stosowania w krajowym porządku prawnym nienotyfikowanych przepisów, opowiedział się przeciwko możliwości stosowania tych formalnie obowiązujących przepisów ustawy o grach hazardowych, które mają charakter techniczny. Co więcej odwołał się do argumentacji ETSU, że sąd krajowy ma obowiązek stosować przepisy prawa wspólnotowego zapewniając pełną ich skuteczność i musi odmówić stosowania przepisów krajowych sprzecznych z przepisami prawa unijnego.

Wyjaśnił, że zasada pierwszeństwa prawa Unii polega na pierwszeństwie jego stosowania, a nie obowiązywania, a pierwszeństwo to zapewnia się przez odmowę stosowania kolidującej z prawem Unii normy krajowej, a nie przez jej uprzednie uchylene. Argumentował, że zasada stosowania prawa unijnego z pierwszeństwem przed prawem krajowym dotyczy nie tylko stosowania unijnego prawa materialnego ale również sytuacji, gdy z przyczyn proceduralnych, prawo unijne zakazuje stosowania przepisów krajowych, a taki skutek wyprowadził konstruując swoistą normę prawa unijnego zawierającą się w stwierdzeniu „organ państwa nie stosuje wobec jednostki krajowego przepisu, jeżeli przepis ten ma charakter przepisu technicznego w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE, a nie dokonano notyfikacji jego projektu i nie zachodzi którakolwiek z przesłanek wyłączających obowiązek notyfikacji, określonych w art. 10”. Tak odczytana norma pozostaje w kolizji, w rozumieniu art. 93 ust. 1 Konstytucji, z niektórymi przepisami ustawy o grach hazardowych (tymi, które mają charakter techniczny), wobec czego stosowanie do tego przepisu Konstytucji ma pierwszeństwo przed przepisami ustawy, przewidującymi konieczność ich stosowania.

Tak kategorycznie sformułowany wniosek o konieczności odmowy stosowania w krajowym porządku prawnym nienotyfikowanych przepisów ustawy z 2009r. o grach hazardowych może budzić wątpliwości.

Już Trybunał Konstytucyjny w wyroku w sprawie P 4/14 z 11 marca 2015r. wskazywał, że Dyrektywa 98/34/WE stanowi akt prawa pochodnego Unii Europejskiej, który musi z mocy art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

przejsz transpozycję do prawa krajowego. Wyjaśnił, że co do zasady taka dyrektywa nie podlega bezpośredniemu stosowaniu, jeżeli przeszła taki proces, a tak jest na gruncie prawa polskiego ze wspomnianą dyrektywą, która została implementowana do krajowego porządku prawnego przez cytowane wcześniej Rozporządzenie Rady Ministrów z 23 grudnia 2002r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych.

Wyjaśnił również, że ani w samej Dyrektywie, ani w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie mówi się, jakie są konsekwencje zaniechania trybu notyfikacji. W tej sytuacji przyjęcie sformułowanego w sposób kategoriyczny wniosku o konieczności odmowy stosowania przepisów uchwalonych z pominięciem trybu notyfikacji jest zabiegiem wysoce wątpliwym tym bardziej, gdy się zważy, na co wskazywał Trybunał Konstytucyjny w tym wyroku, że kompetencja Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej została określona w art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i polega w zakresie orzekania w trybie prejudycjalnym na wykładni traktatów i wypowiedaniu się co do ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii Europejskiej. Z tego przepisu wynika dość jasny podział kompetencji pozwalający przyjąć, że Trybunał dokonuje wykładni przepisów unijnych, wiążącej sąd krajowy w sprawie, w związku z którą wniósł pytanie prejudycjalne. Nie przewidziano zatem uprawnienia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej do oceny i wiążącej wykładni prawa krajowego ani też do orzekania o jego obowiązywaniu.

Co więcej orzeczenie TSUE w zakresie wykładni prawa Unijnego nie ma mocy wiążącej erga omnes co znaczy, że nie wiąże wprost innych sądów i organów stosujących prawo.

Trybunał Konstytucyjny argumentował dalej, że wyrok TSUE w sprawie Fortuna i inni wiązał zadający pytanie prejudycjalne Sąd Administracyjny w G. i ograniczał go z natury rzeczy w zakresie wykładni prawa unijnego, a więc rozumienia art. 1 pkt 11 Dyrektywy 98/34/WE.

Uznał zdecydowanie, że wypowiedanie się przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie kategoriycznej oceny przepisów ustawy o grach hazardowych jest nieuprawnione.

Można zatem, podążając tym tokiem rozumowania, wyrazić przekonanie, że TSUE formułując kategoriyczny wniosek o niemożności stosowania w krajowym porządku prawnym nienotyfikowanej normy prawnej przekroczył swoje ustawowe kompetencje,

które nie rozciągają się na zagadnienia związane ze stosowaniem prawa krajowego. Jego zadanie polega bowiem, jak wcześniej wyjaśniono, na interpretacji norm prawa Unijnego, co powoduje, że kwestia, w której się wypowiedział, tj. zagadnienie możliwości stosowania i konieczność odmowy stosowania w krajowym porządku prawnym normy nienotyfikowanej, wykracza poza te uprawnienia.

Poza tym trudno dociec, jakie źródło ma przyjęte przez Trybunał Sprawiedliwości umocowanie do autorytatywnego przesądzenia co do tego, jakie skutki dla porządku krajowego ma mieć zaniechanie unijnego trybu notyfikacji norm prawa krajowego, mających techniczny charakter. Jak wcześniej wyjaśniono, ani z Dyrektywy 98/34/WE, ani z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie wynika taki skutek. Można mieć wątpliwość, czy wzgląd na konieczność przestrzegania przepisów prawa unijnego wprowadzającego pewne procedury postępowania, gdy u ich podłoża leży przekonanie o potrzebie ochrony zasady swobodnego przepływu towarów i usług na rynku unijnym, jest wystarczającym argumentem za konstruowaniem drastycznego skutku ich naruszenia, jakim jest konieczność odmowy ich stosowania w krajowym porządku prawnym, tym bardziej, gdy owo naruszenie ma charakter jedynie proceduralny i nie prowadzi do możliwości zastąpienia wykluczanej normy prawnej inną normą prawa unijnego regulującą tę samą materię (art. 91 ust. 3 Konstytucji).

Takie wątpliwości wyrażał również Trybunał Konstytucyjny w cytowanym wcześniej wyroku.

Ta uwaga chociaż dotyczy zastrzeżonej dla TSUE wykładni prawa unijnego to jednak wynika z wkroczenia przezeń w sferę nie objętą jego kompetencją, bo odnoszącą się do obowiązywania, a przede wszystkim stosowania w krajowym porządku prawnym normy prawa uchwalonej z pominięciem trybu notyfikacji, gdy tej materii prawo unijne nie reguluje.

Poza tym przyjęty przez TSUE skutek w postaci konieczności odmowy stosowania w krajowym porządku prawnym nienotyfikowanego przepisu wydaje się być nieproporcjonalny, jeżeli się zestawi go z sytuacją przeprowadzenia trybu notyfikacji z pominięciem zgłoszonych przez państwa członkowskie UE uwag i zastrzeżeń, które Dyrektywa nakazuje uwzględniać „tak dalece jak to będzie możliwe” (art. 8 ust. 2 Dyrektywy 98/34/WE). Można odnieść wrażenie, że tryb notyfikacji, samo jej przeprowadzenie, a więc podjęcie działań proceduralnych prowadzących do podejmowania w krajowym porządku prawnym określonych

regulacji jest obarczony – w razie jego niedochowania – sankcją dalej idącą niż formalne jego przeprowadzenie ale nie uwzględnienie zgłoszonych przez państwa członkowskie UE opinii, uwag lub zastrzeżeń w związku z zamierzaną regulacją prawną. Stąd pytanie o to, czy ważniejsze jest samo zachowanie trybu konsultacji, czy pominięcie w jej wyniku zastrzeżeń do zamierzanych regulacji prawnych.

Te wątpliwości i niejasności co do możliwości stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych z uwagi na niedochowanie trybu notyfikacji, przy istnieniu kategoriycznych wypowiedzi TSUE w tej kwestii i podnoszonych w orzecznictwie i literaturze głosów o randze orzeczeń TSUE, pozwalają sformułować postawione Sądowi Najwyższemu pytanie prawne sprowadzające się w swej istocie do wyjaśnienia owej wątpliwości i w konsekwencji odpowiedzi na pytanie o skutek owego zaniechania, decydujący o możliwości przyjęcia bezprawności działań podjętych w wykonaniu tej ustawy, gdy Trybunał Konstytucyjny uznał przepisy ustawy o grach hazardowych za zgodne z Konstytucją.

Gdyby bowiem przyjąć, że formalnie obowiązujące w krajowym porządku prawnym przepisy art. 6 ust. 1 i 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie mogą być stosowane albowiem naruszono przy ich uchwalaniu przepisy dotyczące obowiązkowej notyfikacji Komisji Europejskiej, działania podjęte w wyniku ich stosowania powinny zostać ocenione jako bezprawne, bo nie mające prawnego umocowania.

Stanowcza odpowiedź na to pytanie jest jednak bardzo utrudniona. W tle bowiem rysuje się z jednej strony kwestionowane, z drugiej zaś akceptowane uprawnienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej do oceny skutków dla krajowego porządku prawnego zaniechania unijnego trybu notyfikacji krajowych norm prawnych.

### Ad. 3

Na tle stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych widać mocno zarysowany dysonans pomiędzy z jednej strony formalnym obowiązywaniem w krajowym porządku prawnym przepisów tej ustawy, których przestrzeganie wydaje się być oczywistą powinnością organów stosujących prawo ale również przez adresatów jej norm prawnych, z drugiej zaś wypowiedziami TSUE kwestionującymi możliwość stosowania jej przepisów mających charakter techniczny gdy zaniechano przeprowadzenia wymaganego w prawie unijnym trybu notyfikacji. Nakłada się na to

jeszcze potwierdzenie przez Trybunał Konstytucyjny zgodności przepisów tej ustawy z Konstytucją.

Nawet gdyby założyć, że sąd polski stosujący prawo, w tym wypadku przepisy ustawy o grach hazardowych, kierując się wskazaniem TSUE, powinien odmówić ich stosowania, powstaje pytanie, czy w taki sam sposób powinny postąpić inne organy je stosujące, np. urzędnicy celni prowadzący postępowania karnoskarbowe. Czy zatem są oni uprawnieni i zobligowani do oceny, jaki charakter mają przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych i w konsekwencji jej dokonania oceny dopuszczalności ich stosowania w krajowym porządku prawnym z uwagi na naruszenie w procesie ustawodawczym trybu notyfikacji. Czy może obowiązek owej oceny i w konsekwencji skutek ewentualnego bezprawnego zachowania, można przypisać tylko sądowi stosującemu przepisy ustawy o grach hazardowych, co zdaje się wynikać z wypowiedzi TSUE, który ów nakaz odmowy stosowania kierował do sądów krajowych.

Z cytowanego już postanowienia Sądu Najwyższego w sprawie I KK 55/14 wynika, że taki obowiązek spoczywa na każdym organie stosującym prawo, a więc nie tylko sądzie. Z kolei Sąd Apelacyjny w Katowicach w przywołanym już wyroku z 22 kwietnia 2015r. wyraził przekonanie, że ta powinność nie obciąża funkcjonariusza urzędu celnego, który nie mógł odmówić dokonania czynności karnoprocesowych, a tym samym, jak można wnosić, nie był władny ocenić mocy obowiązujących funkcjonujących w krajowym porządku prawnym przepisów ustawy o grach hazardowych.

Gdyby odmówić innym organom stosującym prawo formalnie obowiązujące uprawnienia do oceny możliwości jego stosowania, taka sytuacja nie prowadzi do naruszenia praw podmiotów dotkniętych działaniami tych innych organów, gdy sąd powszechny z takim pytaniem prejudycjalnym może i powinien do TSUE się zwrócić.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, rozbieżność poglądów orzecznictwa i doktryny w kwestii możliwości stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych z 2009r., legitymizującej działania funkcjonariuszy celnych i tym samym wyłączonej bezprawność ich działania w przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie o legalność ich stosowania w krajowym porządku prawnym, mimo naruszenia unijnego wymogu notyfikacji przepisów ustawy, uzasadnia przedstawienie Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego sformułowanego w sentencji postanowienia

albowiem podstawę faktyczną zgłoszonych roszczeń stanowiły zarzucane bezprawne działania funkcjonariuszy celnych podjęte w prowadzonych postępowaniach karnoskarbowych w wykonaniu postanowień ustawy o grach hazardowych, prowadzące do powstania szkody u powódki.

Pozytywna odpowiedź na przedstawione pytanie z kolei uruchamia rozważania co do ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej, której jednym z elementów jest wspomniana wcześniej bezprawność działania funkcjonariuszy Skarbu Państwa.

/ar/