

31/3/A/2015

WYROK

z dnia 11 marca 2015 r.

Sygn. akt P 4/14*

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Andrzej Rzepliński – przewodniczący
Stanisław Biernat
Zbigniew Cieślak
Maria Gintowt-Jankowicz
Mirosław Granat
Wojciech Hermeliński
Leon Kieres
Teresa Liszcz
Małgorzata Pyziak-Szafnicka
Stanisław Rymar
Piotr Tuleja
Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz
Andrzej Wróbel – sprawozdawca
Marek Zubik,

protokolant: Grażyna Szałygo,

po rozpoznaniu, z udziałem sądu przedstawiającego pytanie prawne oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 11 marca 2015 r., połączonych pytań prawnych:

- 1) Naczelnego Sądu Administracyjnego, czy art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540, ze zm.) są zgodne:
 - a) z art. 2 i art. 7 Konstytucji,
 - b) z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,
- 2) Sądu Rejonowego Gdańsk-Południe w Gdańsku, czy uchwalenie ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim zawiera ona przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. UE L 204 z 21.07.1998, s. 37, ze zm.), w szczególności art. 14 tej ustawy, z naruszeniem obowiązku notyfikacji wynikającego z tej dyrektywy oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039, ze zm.), jest zgodne z art. 2, art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji z uwagi na naruszenie konstytucyjnego trybu ustawodawczego,

* Sentencja została ogłoszona dnia 17 marca 2015 r. w Dz. U. poz. 369.

o r z e k a:

Art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540, z 2010 r. Nr 127, poz. 857, z 2011 r. Nr 106, poz. 622 i Nr 134, poz. 779, z 2013 r. poz. 1036 oraz z 2014 r. poz. 768 i 1717) są zgodne z:

a) art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,

b) art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Ponadto p o s t a n a w i a:

na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, z 2000 r. Nr 48, poz. 552 i Nr 53, poz. 638, z 2001 r. Nr 98, poz. 1070, z 2005 r. Nr 169, poz. 1417, z 2009 r. Nr 56, poz. 459 i Nr 178, poz. 1375, z 2010 r. Nr 182, poz. 1228 i Nr 197, poz. 1307 oraz z 2011 r. Nr 112, poz. 654) umorzyć postępowanie w pozostałym zakresie.

UZASADNIENIE

I

1. Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA lub sąd pytający) postanowieniem z 15 stycznia 2014 r. (sygn. akt II GSK 686/13) przedstawił Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne, czy art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540, ze zm.; dalej: ustawa o grach hazardowych) są zgodne: a) z art. 2 i art. 7 Konstytucji, b) z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

1.1. Pytanie prawne zostało przedstawione w związku z następującym stanem faktycznym:

Naczelnik Urzędu Celnego w Rybniku, po przeprowadzonej kontroli, wymierzył PMG Play spółce z o.o. w Karczewie administracyjną karę pieniężną 12 tys. zł za urządzenie gier na automacie „Black Horse” poza kasynem gry. Po rozpatrzeniu odwołania Dyrektor Izby Celnej w Katowicach utrzymał w mocy decyzję organu pierwszej instancji.

PMG Play spółka z o.o. złożyła skargę na powyższą decyzję do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach, zarzucając m.in. naruszenie art. 1 pkt 11 w związku z art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. UE L 204 z 21.07.1998, s. 37, ze zm.; dalej: dyrektywa 98/34/WE), poprzez wydanie decyzji na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych, który nie obowiązuje z uwagi na niedochowanie obowiązku notyfikacji.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach wyrokiem z 14 grudnia 2012 r. (sygn. akt III SA/Gl 1213/12) oddalił powyższą skargę, przyjmując, że PMG Play spółka z o.o. nie miała koncesji na urządzenie gier na automatach i urządziła je poza kasynem gry. W uzasadnieniu sąd odniósł się do zarzutu braku notyfikacji ustawy o grach hazardowych.

Zdaniem sądu, art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, wbrew twierdzeniom zawartym w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) z 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213/11, C-214/11 i C-17/11 Fortuna i inni przeciwko Dyrektorowi Izby Celnej w Gdyni (dalej: wyrok TSUE w sprawie Fortuna i inni), nie jest przepisem technicznym, ponieważ nie zakazuje produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu i stosowania (użytkowania) automatów do gier. Polska nie miała więc obowiązku przekazania Komisji projektu ustawy o grach hazardowych do notyfikacji. Sąd podkreślił ponadto, że żaden z przepisów ustawy o grach hazardowych nie przestał obowiązywać i cała ustawa nadal korzysta z domniemania konstytucyjności.

PMG Play spółka z o.o. złożyła skargę kasacyjną od powyższego wyroku, zarzucając m.in., że organy bezpodstawnie zastosowały w jej sprawie art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, będące przepisami technicznymi w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, i w konsekwencji wymierzyły spółce karę pieniężną przewidzianą w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych.

W związku z rozpatrywaną sprawą NSA powziął wątpliwość co do konstytucyjności kwestionowanych przepisów.

1.2. Na tle rozpatrywanej sprawy NSA kwestionuje konstytucyjność art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych, uznając, że z obu tych przepisów wynika norma prawna zakazująca urządzania gier na automatach poza kasynami gry. Art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych stanowi m.in., że urządzanie gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gry. Art. 89 ust. 2 ustawy o grach hazardowych przewiduje z kolei sankcję w postaci kary pieniężnej za urządzanie gier na automatach poza kasynami.

NSA w niniejszej sprawie opowiedział się za stanowiskiem, że zarówno art. 14 ust. 1, jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych mają charakter przepisów technicznych w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE. Zdaniem NSA, co do art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych teza taka wynika wprost z wyroku TSUE z 19 lipca 2012 r. w sprawie Fortuna i inni, w którym w pkt 25 uzasadnienia stwierdzono, że: „przepis tego rodzaju jak art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, zgodnie z którym urządzanie gier na automatach dozwolone jest jedynie w kasynach gry, należy uznać za «przepis techniczny» w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34”. Skoro zakaz wyrażony w art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jest przepisem technicznym, to – w opinii NSA – taki sam charakter ma przepis wyrażający sankcję za naruszenie tego zakazu, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych. Potwierdzenie takiego stanowiska można odnaleźć w wyroku TSUE z 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej, w którym stwierdzono, że obowiązek notyfikacji, wynikający z dyrektywy 98/34 WE, odnosi się zarówno do przepisów przewidujących zakaz urządzania poza kasynem gier elektrycznych itp., jak też do sankcji karnych i administracyjnych będących konsekwencją naruszenia tego zakazu.

1.3. Naczelny Sąd Administracyjny zdaje sobie sprawę z tego, że co do zasady konflikt między prawem krajowym a prawem unijnym powinien być rozwiązany na płaszczyźnie stosowania prawa. W niniejszej sprawie mamy jednak do czynienia z innym problemem, a mianowicie konsekwencjami prawnymi braku notyfikacji przepisów technicznych.

W orzecznictwie TSUE przyjmuje się stanowisko, że przepis prawa krajowego, który nie został prawidłowo notyfikowany Komisji Europejskiej, nie może być stosowany wobec jednostek (zob. m.in. wyrok z 8 listopada 2007 r. w sprawie C-20/05 Schwibbert).

W opinii sądu pytającego, możliwość odmowy zastosowania ustawy przez sąd powinna być jednak odczytywana z uwzględnieniem nadrzędności Konstytucji w systemie prawnym (art. 8 ust. 1 Konstytucji). Zdaniem NSA, kompetencja sądów do odmowy zastosowania ustawy niezgodnej z prawem unijnym, wyrażona w art. 91 ust. 3 Konstytucji, nie daje podstaw do automatycznej i bezwarunkowej odmowy zastosowania przepisu ustawy, który nie został notyfikowany Komisji Europejskiej. W przypadku zaniechania notyfikacji nie mamy bowiem do czynienia z „treściową” niezgodnością prawa krajowego z unijnym, ale z naruszeniem „formalno-proceduralnym”. Wada proceduralna nie przesądza o tym, czy treść nienotyfikowanego przepisu narusza prawo unijne.

Co więcej, bezwzględne zobowiązanie sądów do niestosowania nienotyfikowanych przepisów ustawy prowadziłoby, w przekonaniu NSA, do destabilizacji porządku prawnego – chaosu prawnego, a przez to do naruszenia zasady pewności prawa. Zdaniem NSA, brak notyfikacji nie upoważnia do automatycznej odmowy zastosowania takiego przepisu, z następujących względów:

- po pierwsze, w konkretnej sprawie może być sporne i wywoływać rozbieżności w orzecznictwie, czy dany przepis powinien podlegać notyfikacji (tak jak to ma miejsce w przypadku ustawy o grach hazardowych).
- po drugie, decyzja organów państwa o notyfikacji czy jej braku nie jest podawana do wiadomości publicznej.
- po trzecie, stwierdzenie zaniechania notyfikacji może mieć miejsce nawet po wielu latach od wejścia w życie ustawy, kiedy ustawa wywołała już skutki prawne – była podstawą prawną prawomocnych orzeczeń i decyzji, które mogą być następnie podważone.
- po czwarte, niedopuszczalne jest przyjęcie, że niedopełnienie przez rząd obowiązku o charakterze proceduralno-formalnym, jakim jest notyfikacja, mogłoby rodzić konieczność stwierdzenia przez sądy „próżni prawnej” w pewnej dziedzinie stosunków społecznych.

Sąd pytający podkreśla, że zarzut sformułowany w pytaniu prawnym nie dotyczy naruszenia prawa europejskiego, ale Konstytucji, poprzez pominięcie istotnego elementu krajowej procedury ustawodawczej, a także naruszenie konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej. Naczelny Sąd Administracyjny nie ma kompetencji do samodzielnego rozstrzygania tych kwestii, gdyż leżą one w wyłącznej kompetencji Trybunału Konstytucyjnego. Interwencja TK jest konieczna również ze względu na pewność prawa.

1.4. Sąd pytający przypomniał, że zgodnie z art. 42 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK), orzekając o zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, Trybunał bada zarówno treść takiego aktu, jak i kompetencję oraz dochowanie wymaganego przepisami prawa trybu wydania aktu. Naruszenie istotnych elementów procedury ustawodawczej stanowi podstawę do stwierdzenia niekonstytucyjności aktu normatywnego. NSA podkreślił, że w orzecznictwie TK przyjęto, iż nie można wykluczyć kontroli z perspektywy dochowania elementów procedury ustawodawczej polskiego prawa krajowego uregulowanych w aktach prawa unijnego. Przy ocenie zarzutu naruszenia procedury ustawodawczej właściwym wzorcem kontroli jest zasada rzetelnego procesu ustawodawczego (art. 2 Konstytucji) i zasada legalizmu (art. 7 Konstytucji). W myśl orzecznictwa TK znaczenie mają takie okoliczności, jak: 1) usytuowanie w systemie praw aktu, z którego wynika dany element procedury ustawodawczej, 2) waga materii prawnej, której dotyczy ustawa, 3) czy rola danego podmiotu w procedurze ustawodawczej ma charakter wiążący, czy tylko konsultacyjno-opiniotwórczy, 4) czy w toku prac ustawodawczych umożliwiono parlamentarzystom wnikliwe rozpatrzenie projektu.

Przepisy regulujące procedurę notyfikacji przepisów technicznych są zawarte w dyrektywie 98/34/WE, która została implementowana do prawa polskiego rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039, ze zm.; dalej: rozporządzenie w sprawie notyfikacji). Zgodnie art. 8 dyrektywy 98/34/WE państwo członkowskie powinno niezwłocznie przekazać Komisji, co do zasady, wszelkie projekty przepisów technicznych, a następnie uwzględnić uwagi Komisji i państw członkowskich tak dalece, jak to możliwe w kolejnych pracach nad projektem przepisów technicznych. Sąd pytający, podkreślił, że co do zasady nawet konieczność szybkiego rozwiązania określonych problemów społecznych i ochrony porządku publicznego nie uchyla obowiązku dokonania notyfikacji (zob. wyrok TSUE w sprawie C –65/05 Komisja przeciwko Republice Greckiej, pkt 64).

1.5. Mając na uwadze bezsporny fakt nienotyfikowania Komisji Europejskiej, w fazie prac na projektem ustawy o grach hazardowych, art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, NSA wyraził przekonanie, że zakwestionowane przepisy naruszają konstytucyjną zasadę rzetelnej procedury ustawodawczej oraz legalizmu. Obowiązek dokonania notyfikacji przepisów technicznych Komisji Europejskiej jest bowiem istotnym elementem procedury ustawodawczej.

Po pierwsze, świadczy o tym wysoka ponadustawowa i oparta na prawie międzynarodowym ranga uregulowania, z którego wynika obowiązek notyfikacji przepisów technicznych. Źródłem obowiązku notyfikacji jest dyrektywa 98/34/WE, a więc akt pochodnego prawa UE, którego ranga ma pierwszeństwo przed ustawami (art. 91 ust. 3 Konstytucji). Ponadto jest to akt prawa międzynarodowego, do którego przestrzegania władze publiczne są zobligowane na podstawie art. 9 Konstytucji.

Po drugie, ustawa o grach hazardowych wprowadza daleko idące ograniczenie wolności działalności gospodarczej. Ograniczenie, dla wprowadzenia którego art. 22 Konstytucji wymaga nie tylko ustawowej formy, ale także uzasadnienia ważnym interesem publicznym. Co więcej, zdaniem sądu pytającego, zakres swobody regulacyjnej ustawodawcy w odniesieniu do ograniczenia wolności gospodarczej wymaga oceny uwzględniającej uczestnictwo Polski w zintegrowanym wspólnym rynku europejskim.

Po trzecie, przemawia za tym stanowcza rola Komisji Europejskiej i mechanizmu kontroli, jakim jest procedura notyfikacyjna, z punktu widzenia zasady lojalnej współpracy i konieczności poszanowania zobowiązań wynikających z członkostwa w UE. Z dyrektywy 98/34/WE, a także z rozporządzenia w sprawie notyfikacji wynika, że rola Komisji Europejskiej w procedurze notyfikacji przepisów technicznych nie ma charakteru wyłącznie konsultacyjnego, lecz ma charakter stanowczy. Zgodnie z art. 8 ust. 2 dyrektywy 98/34/WE uwagi Komisji Europejskiej (i państw członkowskich) powinny być uwzględnione „tak dalece, jak to możliwe w kolejnych pracach nad projektem przepisów technicznych”.

Po czwarte wreszcie, dowodzi tego nadzwyczajne tempo prac nad ustawą o grach hazardowych oraz brak pełnej informacji o konsekwencjach prawnych uchwalenia ustawy z punktu widzenia zgodności z zasadami rynku wewnętrznego UE. Rządowy projekt ustawy o grach hazardowych wpłynął do Sejmu 12 listopada 2009 r. Postępowanie ustawodawcze w Sejmie trwało 7 dni. Prezydent podpisał ustawę 26 listopada 2009 r. Parlamentarzyści w toku prac nad projektem ustawy o grach hazardowych nie dysponowali zatem pełną informacją o zgodności projektowanych przepisów z prawem unijnym, a także o ewentualnych następstwach uchwalenia ustawy bez notyfikacji Komisji Europejskiej.

W ocenie NSA, wada postępowania ustawodawczego, jaką było zaniechanie notyfikacji zakwestionowanych przepisów Komisji Europejskiej, przesądza o ich niezgodności z art. 2 i art. 7 Konstytucji. NSA podzielił także stanowisko i argumentację zawarte w postanowieniu SN z 28 listopada 2013 r. (sygn. akt I KZP 15/13; dalej postanowienie SN z 28 listopada 2013 r.), uznając, że naruszenie wynikającego z dyrektywy 98/34/WE obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed TK.

1.6. Sąd pytający zarzuca ponadto, że art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych poprzez nieproporcjonalną ingerencję naruszają wolność działalności gospodarczej – art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Skutkiem wejścia w życie kwestionowanych przepisów jest likwidacja możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w formie salonów gier na automatach oraz punktów gier na automatach o niskich wygranych. Doprowadziło to do wyeliminowania, zdelegalizowania pewnego sektora działalności gospodarczej. Prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier na automatach stało się dopuszczalne wyłącznie przez podmioty posiadające koncesję na prowadzenie kasyna gry.

NSA doszedł do przekonania, że wprowadzenie bezwzględnego zakazu urządzania gier na automatach poza kasynami gry nie było niezbędne dla ochrony „ważnego interesu publicznego” w rozumieniu art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nie budzi wątpliwości sądu pytającego, że sektor hazardowy powinien podlegać kontroli i nadzorowi organów państwa oraz że władza publiczna winna chronić obywateli przed ryzykiem uzależnienia od hazardu. Zdaniem NSA, nie wiadomo jednak, z jakich przyczyn dotychczasowy stan prawny został uznany za niewystarczający dla ochrony tych wartości.

W ocenie sądu pytającego, wartości takie jak: porządek publiczny, zdrowie publiczne oraz ochrona innych osób, mogą być wystarczająco realizowane w sposób mniej uciążliwy dla beneficjentów wolności działalności gospodarczej. W opinii NSA, „organy administracji publicznej są w stanie, pod warunkiem wyposażenia ich przez ustawodawcę w odpowiednie oprzyrządowanie proceduralne – pod kontrolą sądów administracyjnych – w sposób należyty wywierać *in concreto* wolność działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier na automatach z potrzebą ochrony wskazanych wyżej wartości konstytucyjnych”. Sąd pytający uważa, że poziom wymaganej konstytucyjnie ochrony porządku publicznego, zdrowia publicznego oraz wolności i praw innych osób przed negatywnymi następstwami hazardu nie jest aż tak wysoki, aby wymagał zniesienia powszechnej dostępności gier na automatach. W przekonaniu NSA, nie istnieje więc żaden racjonalny powód, dla którego zachodziłaby konieczność ograniczenia wolności działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier na automatach.

2. Sąd Rejonowy Gdańsk-Południe w Gdańsku, X Wydział Karny (dalej: sąd rejonowy lub drugi sąd pytający) postanowieniem z 8 stycznia 2014 r. (sygn. akt X K 950/12) przedstawił Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne, czy uchwalenie ustawy o grach hazardowych w zakresie, w jakim zawiera ona przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, w szczególności przepisu art. 14 tej ustawy, z naruszeniem obowiązku notyfikacji wynikającego z tej dyrektywy oraz rozporządzenia w sprawie notyfikacji, jest zgodne z art. 2, art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji, z uwagi na naruszenie konstytucyjnego trybu ustawodawczego.

2.1. Pytanie prawne zostało przedstawione w związku z następującym stanem faktycznym:

Urząd Celný w Gdańsku skierował do sądu rejonowego akt oskarżenia przeciwko Piotrowi C., oskarżając go o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 6 § 2 k.k.s., polegający na tym, że wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych urządzał w 2010 r. i 2011 r. gry na automatach typu „Hot Spot Admiral” w sklepie spożywczo-przemysłowym oraz w barze-restauracji.

Rozpoznając powyższą sprawę, sąd rejonowy powziął wątpliwość co do konstytucyjności zakwestionowanego przepisu.

2.2. W opinii sądu rejonowego, odpowiedź na pytanie prawne może mieć decydujący wpływ na rozstrzygnięcie toczącej się sprawy karnej. W przypadku uznania niekonstytucyjności kwestionowanego art. 14 ustawy o grach hazardowych, z uwagi na wadliwość trybu uchwalenia tej ustawy, zostanie on wyeliminowany z porządku prawnego ze skutkiem *ex tunc*. W takiej sytuacji jedynym możliwym rozstrzygnięciem będzie uniewinnienie oskarżonego, gdyż znamiona czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s. zostaną zdekompletowane, przepis ten penalizuje bowiem urządzenie gier na automatach wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych. W przeciwnym wypadku sąd rejonowy będzie musiał rozpoznać sprawę, na kanwie której złożył pytanie prawne, z uwzględnieniem zakwestionowanego przepisu.

2.3. Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych urządzenie gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry. Salony gier na automatach i punkty gier na automatach o niskich wygranych mogą działać jedynie do czasu wygaśnięcia dotychczasowych zezwoleń. W praktyce oznacza to ograniczenie nie tylko możliwości dalszej eksploatacji automatów do gier o niskich wygranych, ale także wprowadzania na rynek nowych automatów do gier o tego rodzaju właściwościach.

W opinii sądu rejonowego, mając powyższe na względzie, ustawodawca powinien notyfikować projekt ustawy o grach hazardowych przed Komisją Europejską. Dyrektywa 98/34/WE, implementowana do porządku krajowego rozporządzeniem w sprawie notyfikacji, wymaga bowiem notyfikacji wszelkich projektów przepisów technicznych, którymi są m.in. specyfikacje techniczne i inne wymagania, których przestrzeganie jest obowiązkowe, *de iure* lub *de facto*, w przypadku wprowadzenia do obrotu, zakazu produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu i stosowania produktu.

W ocenie sądu rejonowego, ustawa o grach hazardowych zawiera przepisy techniczne, a w szczególności takim przepisem jest kwestionowany art. 14 tej ustawy. Bezsporne jest, że ustawa o grach hazardowych została uchwalona bez dochowania wymogu notyfikacji.

2.4. Zdaniem drugiego sądu pytającego, niedochowanie obowiązku notyfikacji przed Komisją Europejską ustawy o grach hazardowych stanowi wadliwość procesu legislacyjnego. Skutki tego uchybienia nie są jednak jasne, a ich określenie leży w wyłącznej kompetencji Trybunału Konstytucyjnego. Drugi sąd pytający w pełni podzielił poglądy wyrażone w postanowieniu SN z 28 listopada 2013 r., że Konstytucja nie przewiduje, by notyfikacja była kryterium ważności stanowienia w Polsce przez parlament norm prawnych, a tym samym nie warunkuje obowiązywania tych norm. Także TSUE w swoim orzecznictwie wykluczył takie konsekwencje naruszenia wymogu notyfikacji i przyjmuje, że konsekwencją braku notyfikacji jest niestosowanie przez sąd krajowy nienotyfikowanego przepisu technicznego.

W ocenie sądu rejonowego, naruszenie obowiązku notyfikacji powinno rodzić jedynie odpowiedzialność Polski za naruszenie obowiązków traktatowych, ewentualnie odpowiedzialność odszkodowawczą, lecz nie powinno wiązać się z odmową zastosowania przepisów podlegających notyfikacji.

3. Zarządzeniem z 21 lutego 2014 r. Prezes TK, z uwagi na tożsamość przedmiotową, połączył do wspólnego rozpoznania powyższe pytania prawne.

4. Marszałek Sejmu w piśmie z 23 lutego 2015 r. przedstawił stanowisko Sejmu, wnosząc o stwierdzenie, że: 1) art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w zakresie, w jakim dotyczy gier na automatach, jest zgodny z art. 20 i art. 22 Konstytucji oraz nie jest niezgodny z art. 31 ust. 3 Konstytucji; 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych jest zgodny z art. 20 i art. 22 Konstytucji oraz nie jest niezgodny z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ponadto wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK w pozostałym zakresie, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Powyższe stanowisko Sejmu zostało uzasadnione z powołaniem się na następujące argumenty:

4.1. Wątpliwości Sejmu budzi zakwestionowanie w pytaniu prawnym NSA całej zawartości normatywnej art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, a w pytaniu prawnym Sądu Rejonowego w Gdańsku całej ustawy o grach hazardowych, podczas gdy stany faktyczne spraw zawisłych przed sądami pytającymi wiążą się wyłącznie z urządzaniem gier na automatach poza kasynem gry. Spełnienie przesłanki funkcjonalnej oznacza przecież, że od odpowiedzi na pytanie prawne uzależnione jest rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem pytającym. Wobec powyższego, w ocenie Sejmu, zakwestionowany w obu pytaniach prawnych art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych winien podlegać kontroli Trybunału wyłącznie w zakresie, w jakim dotyczy gier na automatach, w pozostałym zakresie postępowanie przed TK powinno być umorzone, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK.

4.2. Oba sądy pytające domagają się oceny konstytucyjności zakwestionowanych przepisów ustawy o grach hazardowych z uwagi na wadliwy tryb, w jakim ustawa ta została uchwalona. Formalnie jako wzorce kontroli wskazane zostały art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji, ich naruszenie ma być jednak wynikiem uchybienia regulacji prawa Unii Europejskiej, dyrektywy określającej procedurę notyfikacji krajowych aktów normatywnych Komisji Europejskiej. Zdaniem Sejmu, budzi wątpliwości, czy rozpoznanie tak postawionego zagadnienia prawnego mieści się w granicach kognicji Trybunału Konstytucyjnego.

Kwestia kontroli aktów normatywnych z punktu widzenia zrealizowania względem nich obowiązków notyfikacyjnych nie jest wprost uregulowana w Konstytucji ani w ustawie o TK. Procedura i skutki notyfikacji przepisów technicznych zostały ujęte w dyrektywie, a więc w akcie prawnym mającym rangę jedynie pochodnego prawa UE. Zdaniem Sejmu: „Zważywszy sformułowaną na wysokim szczeblu ogólności, uwzględniającą zasadę autonomii proceduralnej państw członkowskich UE, regulację unijną (ujętą w dyrektywie), trzeba dojść do wniosku, że nie ma również żadnego (nie tylko krajowego) aktu normatywnego, który obligowałby którykolwiek organ władzy publicznej RP do działań takiego rodzaju, że ich zaniechanie (wadliwe wykonanie) mogłoby zostać poddane kontroli z punktu widzenia konstytucyjnych standardów uchwalania ustaw”. Sejm wyłącza z powyższej analizy rozporządzenie w sprawie

notyfikacji, które w § 5 pkt 5 dopuszcza wyjątek od obowiązku notyfikowania przepisów technicznych, jeśli są one ukierunkowane na ochronę moralności lub porządku publicznego. W ocenie Sejmu, nie jest oczywiste, czyje uchybienie w zakresie braku notyfikacji miałyby wpływać na niekonstytucyjność ustawy o grach hazardowych.

Wbrew twierdzeniom NSA, Sejm dysponował wystarczającymi środkami prawnymi, aby doprowadzić już w toku postępowania legislacyjnego do notyfikacji ustawy o grach hazardowych, gdyby przyjął, że przepisy rozpatrywanego projektu ustawy mają charakter techniczny. Zagadnienie obowiązku notyfikacji ustawy o grach hazardowych było dyskutowane na etapie rozpatrywania projektu tej ustawy w Komisji Finansów Publicznych (biuletyn nr 2986/VI z posiedzenia Komisji Finansów Publicznych nr 231 z 18 listopada 2009 r.). Posłowie jednak świadomie nie podjęli działań zmierzających do uruchomienia procedury notyfikacyjnej. Sejm nie podzielił też zarzutu NSA, że w związku z nadzwyczajnym tempem prac nad ustawą o grach hazardowych pominięto jeden z istotnych elementów procedury ustawodawczej. W przekonaniu Sejmu, żaden z istotnych elementów procedury ustawodawczej nie został pominięty, a pośpiech w uchwaleniu ustawy sam w sobie nie może stanowić zarzutu niekonstytucyjności, ponieważ szybkie procedowanie nie jest równoznaczne z naruszeniem trybu.

Sejm prezentuje stanowisko, że w niniejszej sprawie istota problemu związana jest z kognicją Trybunału Konstytucyjnego do wyrokowania w sprawie zaniechania notyfikacji Komisji Europejskiej. W ocenie Sejmu, o wyłączeniu kognicji TK przesądza pozakrajowe źródło i forma obowiązku notyfikacyjnego. Zdaniem Sejmu, TK nie jest właściwy zarówno w sferze ustalania zawartości normatywnej dyrektywy, jak i poddania dyrektywy ocenie konstytucyjności. Sejm uznał za trudne do zaakceptowania twierdzenie, jakoby wszelkie kreowane aktami prawa pochodnego UE obowiązki organów władzy państw członkowskich, aktualizujące się w procesie stanowienia prawa, wyznaczały ramy, których naruszenia miałyby przesądzać o niekonstytucyjności prawa krajowego. Zdaniem Sejmu, przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby zasady konstytucyjne nadmiernie podatne na wypełnianie treściami kształtowanymi na szczeblu ponadnarodowym.

Ewentualne wyrokowanie TK o naruszeniu obowiązku notyfikacji pociągałoby za sobą ryzyko konfliktu dwutorowości wypowiedziania się o tych samych kwestiach przez TK i TSUE. Trybunał Konstytucyjny musiałby dokonywać ustaleń poza jego kognicję, odczytywaną w warunkach członkostwa Polski w UE i z poszanowaniem zasady przychylności procesowi integracji. Chodzi przede wszystkim o wykładnię operatywną definicji przepisu technicznego, warunkującą odczytanie zakresu przedmiotowego obowiązku notyfikacji. Największe zagrożenie konfliktu dwóch jurysdykcji, krajowej i unijnej, występowałoby w warunkach otrzymania przez Trybunał Konstytucyjny wyniku wykładni odbiegającego od poglądów TSUE.

Sejm uznał zatem, że: „obowiązek notyfikacji przepisów technicznych, jako element procedury ustawodawczej mogący znajdować odniesienie do przepisów ustawy o grach hazardowych wyłącznie z mocy pochodnego prawa unijnego i dla celów istotnych z perspektyw UE, którego prawidłowość uprawnione są oceniać organy stosujące prawo w sprawach indywidualnych i którego efektywność jest zabezpieczona skutkami prawnymi określonymi przez TSUE (...), nie może być uznany za podlegający kognicji TK w ramach realizowanej przez ten organ kontroli konstytucyjności ustaw”.

Sejm podkreślił, że usuwanie rozbieżności w orzecznictwie sądowym nie jest rolą TK. Zarówno sądy powszechne, jak i sądy administracyjne mogą w tym celu korzystać z właściwych, przysługujących im środków i procedur. Chodzi przede wszystkim o uzyskanie autorytatywnej wypowiedzi organów sprawujących nadzór jurysdykcyjny w danym pionie sądowym, czyli Sąd Najwyższy albo Naczelny Sąd Administracyjny.

W opinii Sejmu, uchybienie wynikającemu z dyrektywy obowiązowi notyfikacji nie niweczy żadnego celu, który można byłoby uznać za konstytucyjnie doniosły, nie wpływa także na realizację konstytucyjnych warunków procesu ustawodawczego, w tym zwłaszcza na wykonywanie w tym procesie uprawnień parlamentarzystów. W ocenie Sejmu, przewidziana w akcie prawa pochodnego UE procedura notyfikowania krajowych aktów normatywnych zawierających przepisy techniczne nie stanowi elementu konstytucyjnego trybu ustawodawczego.

W przekonaniu Sejmu, należy więc w tym zakresie umorzyć niniejsze postępowanie, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK, z uwagi na niedopuszczalność wydania wyroku.

4.3. Przed przystąpieniem do oceny kwestionowanych przepisów ustawy o grach hazardowych z perspektywy konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej, Marszałek Sejmu wyraził pogląd Sejmu o nieadekwatności art. 31 ust. 3 Konstytucji, przywołanego jako wzorzec kontroli w niniejszej sprawie. Sejm podzielił w tym względzie stanowisko prezentowane w niektórych orzeczeniach TK, że art. 22 Konstytucji reguluje wprost w sposób wyczerpujący i kompleksowy zarówno formalne, jak i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej, wyłączając stosowanie art. 31 ust. 3 Konstytucji.

4.4. Sejm podkreślił, że hazard zaliczany jest do kategorii zjawisk patologii społecznej ze względu na towarzyszące mu społeczne negatywne skutki, takie jak ryzyko uzależnień oraz ze względu na jego oddziaływanie kryminogenne. Nie może zatem dziwić, że ta sfera aktywności gospodarczej poddawana jest szczególnym ograniczeniom.

Zdaniem Sejmu, nie ulega wątpliwości, że kwestionowane przepisy ustawy o grach hazardowych spełniają formalną przesłankę ograniczenia wolności gospodarczej. Jeśli zaś idzie o wskazanie ważnego interesu publicznego, trzeba odwołać się przede wszystkim do zdrowia publicznego. Hazard patologiczny jest bowiem chorobą opisaną w Międzynarodowej klasyfikacji chorób i problemów zdrowotnych ICD-10 pod symbolem F63.0., jako zaburzenie polegające na częstym i powtarzającym się uprawianiu hazardu, które zaczyna kontrolować życie chorego i prowadzi do zaniedbania jego społecznych, zawodowych i rodzinnych zobowiązań. Biorąc powyższe pod uwagę, prowadzenie działalności w zakresie gier hazardowych jest ściśle powiązane ze zdrowiem publicznym. Sejm podkreślił, że to właśnie gry na automatach charakteryzują się największym potencjałem uzależnień. Punktem wyjścia w rozwoju uzależnień od hazardu są czynniki środowiskowe, a więc łatwy dostęp do gier, bliskość gier w otoczeniu oraz duża społeczna akceptacja hazardu. Czynniki te szczególnie sprzyjają występowaniu hazardu wśród młodzieży. W ocenie Sejmu, ograniczenie dostępności gier na automatach do kasyn gry, choć restrykcyjne, nie narusza standardu konstytucyjnego.

Zdrowie publiczne nie jest jedyną wartością przemawiająca za rygorystycznym reglamentowaniem dostępu do gier hazardowych. Omawiana sfera działalności ma bowiem także kryminogenny charakter i wiąże się z wysokim ryzykiem oszustw, bankructw, prania brudnych pieniędzy oraz penetracji przez zorganizowaną przestępczość. Specyfika rynku usług hazardowych wymusza zatem stworzenie adekwatnego otoczenia prawnego. O ile w ustawach regulujących „zwykłą” działalność gospodarczą zakłada się sprzyjanie rozwojowi przedsiębiorczości, o tyle w zakresie hazardu priorytetem nie jest ułatwianie aktywności gospodarczej, lecz zabezpieczenie pełnej i ścisłej kontroli państwa nad zjawiskiem hazardu. Zdaniem Sejmu, wyodrębnienie kasyn gry, jako miejsc legalnego prowadzenia gier hazardowych, przyczynia się do zwiększenia transparentności tej sfery działalności

gospodarczej i ułatwia walkę z wymienionymi patologiami. Tym samym kwestionowane regulacje dają się uzasadnić również z punktu widzenia bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz ochrony praw i wolności innych osób.

Zdaniem Sejmu, kwestionowane przepisy ustawy o grach hazardowych nie uchybiają standardowi konstytucyjnemu i pozostają w odpowiedniej proporcji do gwarantowanej w Konstytucji wolności gospodarczej.

4.5. Na marginesie Sejm poinformował, że aktualnie toczą się prace legislacyjne nad rządowym projektem ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych (druk sejmowy nr 2927/VII kadencja). Celem nowelizacji jest m.in. modyfikacja art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, któremu proponuje się brzmienie: „Urządzanie gier cylindrycznych, gier w karty, w tym turniejów gry w pokera, gier w kości oraz gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gry na zasadach i warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów o grach hazardowych”. Zgodnie z informacją Rady Ministrów, powyższy projekt zmiany ustawy o grach hazardowych został notyfikowany Komisji Europejskiej 5 listopada 2014 r., a obowiązkowy termin wstrzymania procedury legislacyjnej miał upłynąć 6 lutego 2015 r.

5. Prokurator Generalny w piśmie z 19 listopada 2014 r. przedstawił stanowisko, że art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych są zgodne z art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 oraz z art. 20 i art. 22 oraz nie są niezgodne z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W pozostałym zakresie wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK wobec niedopuszczalności wydania wyroku. Prokurator Generalny stanowisko uzasadnił z powołaniem na następujące argumenty:

5.1. Prokurator Generalny zauważył, że brak jest zależności między ewentualną odpowiedzią Trybunału Konstytucyjnego, dotyczącą konstytucyjności art. 14 ust. 2 i 3 ustawy o grach hazardowych, a rozstrzygnięciem w sprawie, w której sąd rejonowy zadał pytanie prawne. W tym też zakresie pytanie prawne nie spełnia przesłanki funkcjonalnej i podlega umorzeniu na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Pytanie prawne sądu rejonowego może podlegać rozpoznaniu przez TK jedynie w części, w jakiej dotyczy zarzutu niekonstytucyjności art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

5.2. Prokurator Generalny, przystępując do oceny zasadności zarzutów, podkreślił, że rządowy projekt ustawy o grach hazardowych, zawierający propozycje wprowadzenia do systemu prawnego kwestionowanych przepisów, nie został notyfikowany Komisji Europejskiej w trybie przewidzianym przez dyrektywę 98/34/WE oraz rozporządzenie w sprawie notyfikacji.

W opinii Prokuratora Generalnego, ocena, czy w przypadku zaskarżonych przepisów naruszony został obowiązek notyfikacji Komisji Europejskiej, jest uzależniona od stwierdzenia, jaki charakter mają te przepisy, a w szczególności czy zaliczają się do kategorii przepisów technicznych.

Zdaniem Prokuratora Generalnego, niezbędne jest odniesienie się do wyroku TSUE z 19 lipca 2012 r. w sprawie Fortuna i inni, w którym stwierdzono m.in., że „przepisy krajowe tego rodzaju jak przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, które mogą powodować ograniczenie, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, stanowią

potencjalnie przepisy techniczne (...), w związku z czym ich projekt powinien zostać przekazany Komisji (...). Dokonanie tego ustalenia należy do sądu krajowego”. W uzasadnieniu powyższego wyroku TSUE z jednej strony uznał, że „przepis tego rodzaju jak art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, zgodnie z którym urządzenie gier na automatach dozwolone jest jedynie w kasynach gry, należy uznać za przepis techniczny w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34”, z drugiej zaś stwierdził, że „zadaniem sądu krajowego jest ustalić, czy takie zakazy, których przestrzeganie jest obowiązkowe *de iure* w odniesieniu do użytkowania automatów do gier o niskich wygranych, mogą wpływać w sposób istotny na właściwość lub sprzedaż tych automatów”.

W kontekście tego wyroku Prokurator Generalny przypomniał, że TSUE nie zajmuje się wykładnią prawa krajowego, lecz wykładnią prawa unijnego, a orzeczenie TSUE jest prawnie wiążące tylko dla tego sądu krajowego, który zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym. Generalne powoływanie się na wyroki prejudycjalne TSUE w innych sprawach dokonuje się wyłącznie w drodze uznania mocy argumentów prezentowanych przez TSUE oraz autorytetu orzecznictwa tego organu UE. W opinii Prokuratora Generalnego, z powyższego wyroku TSUE wynika, że wszystkie przepisy ustawy o grach hazardowych, w tym jej art. 14 ust. 1, mogą być potencjalnie przepisami o charakterze technicznym, a ocena tego spoczywa na sądach powszechnych czy też administracyjnych dokonujących wykładni prawa krajowego.

Prokurator Generalny zwrócił więc uwagę na duże rozbieżności występujące w sądownictwie administracyjnym, w którym przyjmuje się, że art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych: 1) jest przepisem technicznym, 2) nie ma charakteru przepisu technicznego i wreszcie 3) jest przepisem, który nie podlega obowiązkowi notyfikacji Komisji Europejskiej. Przywołał także jako znaczące postanowienie Sądu Najwyższego z 28 listopada 2013 r. (sygn. akt I KZP 15/13), w którym SN nie wypowiedział się jednoznacznie, że art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych ma charakter przepisu technicznego, pozostawiając tę ocenę sądom orzekającym w konkretnych sprawach.

Zdaniem Prokuratora Generalnego, kwestia uznania art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych za przepisy techniczne, w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, nie jest jednoznaczna i budzi wątpliwości. Zarówno wyrok TSUE z 19 lipca 2012 r. w sprawie Fortuna i inni, jak i orzecznictwo sądów krajowych nie przesądzają o uznaniu zaskarżonych przepisów za przepisy techniczne. W związku z tym brak jest podstaw do stwierdzenia, że przepisy te są przepisami technicznymi w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, a tym samym do uznania, iż podlegały notyfikacji Komisji Europejskiej w toku prac nad projektem ustawy o grach hazardowych. Tym samym za niezasadny, w opinii Prokuratora Generalnego, należy uznać zarzut, że w przypadku zakwestionowanych przepisów doszło do niedopełnienia obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej.

Prokurator Generalny zauważył ponadto, że przepisy Konstytucji nie przewidują, aby notyfikacja aktów prawnych Komisji Europejskiej była kryterium ważności aktów normatywnych obowiązujących na terenie Polski. Z orzecznictwa TK wynika, że niedopełnienie obowiązku notyfikacji przepisu uznanego za techniczny w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE nie jest istotnym uchybieniem formalnym, stanowiącym samodzielną przesłankę stwierdzenia niekonstytucyjności zakwestionowanego aktu normatywnego.

Prokurator Generalny przyjął więc, że art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych są zgodne z art. 2, art. 7 i art. 9 Konstytucji, nawet jeżeli art. 14 ust. 1 tej ustawy zostałby uznany za przepis techniczny w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE.

5.3 W opinii Prokuratora Generalnego, pytania prawne w istocie zmierzają do swoistego przerzucenia na TK obowiązku dokonania wykładni, czy art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych są przepisami technicznymi w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE. Kwestia wykładni obowiązujących przepisów prawa, w szczególności zapewnienie jednolitości tejże wykładni, wykracza poza zakres kompetencji TK. W tym zakresie właściwe są naczelne organy sądownicze, które dysponują instrumentami prawnymi mającymi na celu zapewnienie w praktyce orzeczniczej jednolitej wykładni.

5.4. Przechodząc do oceny zgodności kwestionowanych przepisów z art. 20 i art. 22 Konstytucji, Prokurator Generalny podkreślił, że uchwalenie nowej ustawy o grach hazardowych uzasadnione było koniecznością doregulowania tego obszaru aktywności gospodarczej. Doregulowaniu, które z jednej strony miało służyć przeciwdziałaniu zjawisku rosnącego uzależnienia od hazardu osób także niepełnoletnich, a z drugiej strony skuteczniejszej walce ze zjawiskami patologicznymi – oszustwami i praniem brudnych pieniędzy. Celem ustawy o grach hazardowych było zatem nie tyle ograniczenie, co ucywilizowanie działalności w zakresie gier hazardowych, tj. prowadzenie tej działalności tylko w kasynach gry i niedopuszczenie do jej prowadzenia w lokalach gastronomicznych, handlowych i usługowych, gdzie nie sposób skontrolować wieku osób korzystających z hazardu. Z uwagi na zawarte w ustawie o grach hazardowych szczególne wymagania dotyczące kasyn gry jak i podmiotów je prowadzących, skuteczniejsze miało się stać sprawowanie nadzoru nad hazardem oraz zapobieganie i zwalczanie zjawisk patologicznych.

W opinii Prokuratora Generalnego, przewidziane w zakwestionowanych przepisach ograniczenie działalności gospodarczej w zakresie gier hazardowych na automatach o niskich wygranych w postaci urządzania ich wyłącznie w kasynach gry znajduje uzasadnienie w wartościach konstytucyjnych takich, jak: ochrona porządku i bezpieczeństwa publicznego, zdrowia i moralności publicznej, a także praw i wolności innych osób.

Prokurator Generalny podkreślił, że zgodnie z orzecznictwem TK działalność gospodarcza, ze względu na jej charakter, a zwłaszcza bliski związek z interesami innych osób, jak i interesem publicznym, może podlegać ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym i politycznym. Zakres dopuszczalnej ingerencji państwa powinien być dostosowany do określonej sfery działalności gospodarczej. W przypadku działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier na automatach, która z istoty niesie potencjalne poważne zagrożenia dla innych osób, jak i interesu publicznego, dopuszczalna konstytucyjnie ingerencja ustawodawcy w swobodę jej prowadzenia jest zatem wręcz wskazana.

Prokurator Generalny przyjął zatem, że przesłanki wprowadzenia kwestionowanej regulacji stanowią, w rozumieniu art. 22 Konstytucji, ważny interes publiczny, uzasadniający ustanowienie ograniczenia swobody prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier na automatach o niskich wygranych. Kwestionowane art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych są więc zgodne z art. 20 i art. 22 oraz nie są niezgodne z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Prokurator Generalny uznał bowiem, że art. 31 ust. 3 Konstytucji nie jest adekwatnym wzorcem kontroli w niniejszej sprawie, gdyż to art. 22 Konstytucji reguluje wprost w sposób wyczerpujący i kompleksowy zarówno formalne, jak i materialne przesłanki ograniczenia działalności gospodarczej.

6. Prezes TK w piśmie z 29 października 2014 r. zwrócił się do Prezesa Rady Ministrów o przedstawienie opinii, o której mowa w art. 44 ustawy o TK, czy orzeczenie TK w niniejszej sprawie może wywołać skutki wiążące się z nakładami finansowymi nieprzewidywanymi w ustawach budżetowych.

6.1. Minister Finansów w piśmie z 31 grudnia 2014 r., działając na mocy upoważnienia udzielonego przez panią premier, poinformował, że w przypadku orzeczenia o niekonstytucyjności art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych, skutki wiążące się z nakładami finansowymi, będącymi konsekwencją takie orzeczenia, mogą przewyższać 6 mld zł. Z informacji, będących w posiadaniu Ministerstwa Finansów, wynika, że roszczenia cywilnoprawne podmiotów działających na rynku gier hazardowych oscylują na poziomie 6 mld zł. Na kwotę tę składają się roszczenia wobec Skarbu Państwa, gdzie jako *statio fisci* wskazany jest Minister Finansów lub organ celny, z następujących tytułów: 1) wezwanie do prób ugody – ok. 5,7 mld zł; 2) pozwy o odszkodowania – ok. 50 mln zł; 3) postępowanie arbitrażowe pomiędzy Polską a zagranicznym podmiotem sektora gier hazardowych – 30 mln euro (ok. 120 mln zł). Zwrot tylko samych kar pieniężnych zapłaconych na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych wyniósłby 45 mln zł. Ostateczne skutki finansowe ewentualnego orzeczenia o niekonstytucyjności kwestionowanych przepisów ustawy o grach hazardowych mogą okazać się znacznie wyższe w związku z wystąpieniem na drogę sądową także innych podmiotów związanych z sektorem gier hazardowych.

Minister Finansów przedstawił także własne stanowisko w kwestii konstytucyjności zakwestionowanych przepisów ustawy o grach hazardowych, stwierdzając, że nie są one niezgodne z art. 2 i art. 7 Konstytucji, jak również z art. 20, art. 22 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji. Minister Finansów podkreślił, że TSUE w wyroku z 19 lipca 2012 r. w sprawie *Fortuna i inni* nie przesądził w sposób definitywny o technicznym charakterze kwestionowanych przepisów, pozostawiając tę ocenę sądom krajowym. Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że ustawa o grach hazardowych zawierała przepisy techniczne, to i tak nie podlegałyby one obowiązkowi uprzedniej notyfikacji, gdyż są wyłączone spod tego obowiązku w oparciu o klauzulę derogacyjną przewidzianą w art. 10 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE, zgodnie z którą „art. 8 i 9 nie stosują się do tych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich lub dobrowolnych porozumień, dzięki którym Państwa Członkowskie (...) stosują klauzule bezpieczeństwa, wprowadzone przez obowiązujące wspólnotowe akty prawne”. Co więcej, brak notyfikacji, niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z przepisami technicznymi, nie oznacza naruszenia istotnego elementu procedury ustawodawczej.

7. Przewodniczący składu orzekającego zarządzeniem z 17 lutego 2015 r. wezwał Ministra Gospodarki oraz Ministra Finansów do udziału w rozprawie, a pismem z 17 lutego 2015 r. poprosił Ministra Gospodarki o przedstawienie stanowiska w sprawie.

7.1. Minister Gospodarki w piśmie z 4 marca 2015 r. przedstawił następujące stanowisko:

1) art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w zakresie, w jakim dotyczy gier na automatach, jest zgodny z art. 20 i art. 22 Konstytucji oraz nie jest niezgodny z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych jest zgodny z art. 20 i art. 22 Konstytucji oraz nie jest niezgodny z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

3) w pozostałym zakresie postępowanie powinno ulec umorzeniu na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Uzasadniając powyższe stanowisko, Minister Gospodarki podniósł, że w pełni podziela stanowisko Sejmu wyrażone w piśmie procesowym co do:

po pierwsze, dopuszczalnego, ze względu na spełnienie przesłanki pytania prawnego, zakresu rozpoznania niniejszej sprawy, a mianowicie art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych wyłącznie w zakresie, w jakim dotyczy gier na automatach;

po drugie, braku kognicji TK w zakresie oceny zgodności przepisów ustawy o grach hazardowych z art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji z perspektywy zarzutu naruszenia procedury notyfikacyjnej, a w konsekwencji konieczności umorzenia w tym zakresie postępowania przed TK.

Minister Gospodarki podzielił także w pełni stanowisko i argumenty Sejmu oraz Prokuratora Generalnego, wyrażone w pismach procesowych, co do zgodności kwestionowanych przepisów z art. 20 i art. 22 Konstytucji.

Ponadto Minister Gospodarki wyjaśnił, że zarówno przed, jak i po wejściu w życie ustawy o grach hazardowych sprawy dotyczące tych gier pozostawały i pozostają w wyłącznej kompetencji ministra właściwego do spraw finansów publicznych (art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej, Dz. U. z 2013 r., poz. 743, ze zm.; dalej: ustawa o działach administracji rządowej). Organem odpowiedzialnym za opracowanie i dochowanie procedur w odniesieniu do projektu aktu normatywnego jest minister właściwy ze względu na przedmiot regulacji. Autorem projektu ustawy o grach hazardowych i w konsekwencji podmiotem odpowiadającym za zapewnienie prawidłowości procesu legislacyjnego na etapie prac rządowych był Minister Finansów.

Minister Gospodarki pełni zgodnie z art. 9 ust. 5 ustawy o działach administracji rządowej funkcję koordynatora krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych. Dyrektywa 98/34/WE, tworząca mechanizm notyfikacji Komisji Europejskiej projektów krajowych przepisów technicznych, została implementowana do polskiego porządku prawnego rozporządzeniem w sprawie notyfikacji. Rozporządzenie to zostało wydane na podstawie art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 12 września 2002 r. o normalizacji (Dz. U. Nr 169, poz. 1386, ze zm.), zawierającego upoważnienie do określenia przez Radę Ministrów sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych, przy uwzględnieniu konieczności precyzyjnego podziału zadań w tym zakresie między właściwe organy administracji rządowej oraz państwowe jednostki organizacyjne w celu realizacji zobowiązań wynikających z wiążących RP umów międzynarodowych. W myśl art. 38a ustawy o działach administracji rządowej minister kierujący określonym działem uczestniczy w krajowym systemie notyfikacji norm i aktów prawnych, a w szczególności jest obowiązany do niezwłocznego przekazania aktów objętych tym systemem do koordynatora krajowego w celu dokonania notyfikacji Komisji Europejskiej.

Zdaniem Ministra Gospodarki, analiza powyższych przepisów pozwala stwierdzić, że obowiązek podjęcia decyzji co do notyfikacji projektów aktów prawnych zawierających przepisy techniczne spoczywa na ministrze kierującym określonym działem administracji rządowej, a więc w niniejszym przypadku na Ministrze Finansów. To nie koordynator krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych, lecz autor projektu ocenia, czy dany akt prawny zawiera przepisy techniczne, które powinny zostać notyfikowane. Do koordynatora krajowego systemu notyfikacji należy przesyłanie dokumentacji w ramach procesu notyfikacji oraz propagowanie wiedzy dotyczącej mechanizmów notyfikacji.

Na rozprawie 11 marca 2015 r. nie stawił się przedstawiciel Sądu Rejonowego Gdańsk-Południe w Gdańsku. Pozostali przedstawiciele uczestników postępowania stawili się i podtrzymali pisemne stanowiska.

Rozprawa toczyła się przy uczestnictwie zaproszonych przedstawicieli Ministra Finansów i Ministra Gospodarki.

Wiceminister Finansów poinformował, że notyfikowany 5 listopada 2014 r. Komisji Europejskiej rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych (druk sejmowy nr 2927/VII kadencji) do 6 marca 2015 r. przeszedł tę procedurę. Do powyższego projektu szczegółową opinię i uwagi przedstawiła Komisja Europejska i Malta. Żadne z uwag Komisji, czy też Malty nie dotyczą jednak projektowanej zmiany art. 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540, ze zm.; dalej: ustawa o grach hazardowych), zgodnie z którą urządzanie gier na automatach nadal będzie dozwolone wyłącznie w kasynach gry na zasadach i warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów o grach hazardowych. Rząd w odpowiedzi przedstawi Komisji Europejskiej szczegółowe wyjaśnienia.

Przedstawiciel Sejmu poinformował, że zostaną podjęte, wstrzymane do tej pory, prace legislacyjne nad powyższym projektem ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Dopuszczalność pytania prawnego.

Zgodnie z art. 193 Konstytucji „Każdy sąd może przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą, jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem”. Dopuszczalność merytorycznego rozpoznania pytania prawnego uzależniona jest zatem od spełnienia przesłanek: 1) podmiotowej, która wymaga, aby podmiotem inicjującym w trybie pytania prawnego konstytucyjną kontrolę był wyłącznie sąd; 2) przedmiotowej, która ogranicza kontrolę jedynie do oceny hierarchicznej zgodności aktów normatywnych z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą; 3) i wreszcie funkcjonalnej, która nakazuje, aby od odpowiedzi na pytanie prawne zależało rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem.

Skuteczne zainicjowanie kontroli konstytucyjnej w trybie pytania prawnego wymaga zatem spełnienia przesłanek określonych w art. 193 Konstytucji i powtórzonych w art. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK). Powołane przepisy, łącznie z art. 32 ust. 1 i 3 ustawy o TK, precyzują warunki merytorycznego rozpoznania pytania prawnego.

Połączone do wspólnego rozpoznania pytania prawne bez wątplenia spełniają przesłankę podmiotową, zostały przedstawione przez Naczelnego Sąd Administracyjny (dalej: NSA lub sąd pytający) i Sąd Rejonowy Gdańsk-Południe w Gdańsku, X Wydział Karny (dalej: sąd rejonowy lub drugi sąd pytający). Z punktu widzenia formalnego nie jest jednak tak oczywiste spełnienie przez pytania prawne zarówno przesłanki przedmiotowej, jak i funkcjonalnej.

1.1. Przesłanka przedmiotowa pytania prawnego.

NSA przedstawił pytanie prawne, czy art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540, ze zm.; dalej: ustawa o grach hazardowych) są zgodne: a) z art. 2 i art. 7 Konstytucji, b) z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ze sformułowania powyższego pytania prawnego wynika w sposób jednoznaczny, że mamy do czynienia z hierarchiczną kontrolą prawa, a mianowicie przedmiotem kontroli są konkretne uregulowania aktu normatywnego – zakwestionowane przepisy ustawy o grach hazardowych, które mają podlegać ocenie zgodności ze wskazanymi konstytucyjnymi wzorcami kontroli. *Prima facie* pytanie prawne NSA zdaje się zatem spełniać przesłankę przedmiotową.

Odmienne należy natomiast ocenić sformułowanie pytania prawnego przez sąd rejonowy. Drugi sąd pytający przedstawił Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie, czy uchwalenie ustawy o grach hazardowych w zakresie, w jakim zawiera ona przepisy techniczne, w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. UE L 204 z 21.07.1998 r., s. 37, ze zm.; dalej: dyrektywa 98/34/WE), w szczególności art. 14 tej ustawy, z naruszeniem obowiązku notyfikacji wynikającego z tej dyrektywy oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039, ze zm.; dalej: rozporządzenie w sprawie notyfikacji), jest zgodne z art. 2, art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji, z uwagi na naruszenie konstytucyjnego trybu ustawodawczego.

Sformułowanie pytania prawnego jednoznacznie wskazuje, że cała ustawa o grach hazardowych, a w szczególności jej art. 14 ust. 1, ma przede wszystkim podlegać ocenie z perspektywy dochowania obowiązku notyfikacji przepisów technicznych Komisji Europejskiej określonego w dyrektywie 98/34/WE oraz w rozporządzeniu w sprawie notyfikacji. Z *petitum* powyższego pytania prawnego jasno wynika, że przedmiotem kontroli przed TK ma być ocena, czy uchwalenie ustawy o grach hazardowych zostało dokonane z zachowaniem trybu notyfikacyjnego, o którym mowa w dyrektywie 98/34/WE i rozporządzeniu w sprawie notyfikacji. Co więcej, to właśnie naruszenie wskazanego trybu notyfikacyjnego ma dopiero w następnej kolejności świadczyć o naruszeniu „konstytucyjnego trybu ustawodawczego”, a więc wskazanych jako wzorce kontroli art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że takie sformułowanie pytania prawnego przez sąd rejonowy nie odpowiada wymaganiom formalnym określonym w art. 193 Konstytucji, zgodnie z którym przedmiotem pytania prawnego może być wyłącznie ocena „zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą”. Przedmiotem pytania prawnego może być bowiem jedynie hierarchiczna kontrola aktów normatywnych, a z taką nie mamy do czynienia, gdy przedmiotem oceny jest ustawa o grach hazardowych, a wzorcami kontroli dyrektywa 98/34/WE i rozporządzenie w sprawie notyfikacji. Co oczywiste o kontroli pionowej zgodności aktów normatywnych niższego rzędu z aktami wyższego rzędu nie może być mowy wszędzie tam, gdzie wzorcem ma być rozporządzenie, a przedmiotem oceny ustawa. Natomiast w odniesieniu do dyrektywy 98/34/WE nie należy tracić z pola widzenia, że nie ma ona charakteru ratyfikowanej umowy międzynarodowej, o której mowa w art. 193 Konstytucji. Dyrektywa 98/34/WE, podobnie jak inne dyrektywy, stanowi akt prawa pochodnego Unii Europejskiej, którego mocą państwa członkowskie Unii zostają zobowiązane do wprowadzenia (implementacji) określonych regulacji prawnych, służących osiągnięciu wskazanego w dyrektywie,

pożądanego stanu rzeczy. Zgodnie z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TfUE), dyrektywa jest wiążąca dla państw członkowskich, do których jest skierowana, musi jednak przejść transpozycję do prawa krajowego. Dyrektywa, jak słusznie podkreślił Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z 8 października 2012 r., sygn. TW 15/11, jest aktem niemieszczącym się „w katalogu źródeł prawa, które mogą być powoływane jako wzorce kontroli w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym (dyrektywa nie stanowi aktu, o którym mowa w art. 188 pkt 2 Konstytucji)” (OTK ZU nr 1/B/2013, poz. 1). Dyrektywa nie należy także do aktów normatywnych, które zgodnie z art. 193 Konstytucji mogą stanowić wzorce kontroli w pytaniach prawnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Trybunał Konstytucyjny uznał, że pytanie prawne sądu rejonowego nie spełnia przesłanki przedmiotowej w zakresie, w jakim dąży do zbadania zgodności całej ustawy hazardowej, a w szczególności jej art. 14, z dyrektywą 98/34/WE oraz rozporządzeniem w sprawie notyfikacji. Wzorcami kontroli w odniesieniu do zarzucanego naruszenia konstytucyjnego trybu ustawodawczego mogą być wyłącznie wskazane przez drugi sąd pytający art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji.

1.2. Przesłanka funkcjonalna pytania prawnego.

Oba połączone do wspólnego rozpoznania pytania prawne budzą też wątpliwości co do spełnienia przez nie przesłanki funkcjonalnej.

Przesłanka funkcjonalna oznacza wymaganie, aby rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem pytającym było zależne od odpowiedzi, jaką udzieli Trybunał Konstytucyjny. Musi zatem istnieć ścisły związek między indywidualną sprawą rozpoznawaną przez sąd pytający a wątpliwością co do konstytucyjności aktu normatywnego, która pojawiła się właśnie na kanwie tej sprawy. Związek ten powinien przejawiać się w zależności między odpowiedzią na pytanie prawne a rozstrzygnięciem konkretnej sprawy toczącej się przed sądem pytającym. Inaczej mówiąc, przesłanką funkcjonalną pytania prawnego jest jego relewancja (zob. np. wyrok z 7 października 2008 r., sygn. P 30/07, OTK ZU nr 8/A/2008, poz. 135). Przesłanka funkcjonalna determinuje dopuszczalny przedmiot pytania prawnego. Spełnienie przesłanki funkcjonalnej uzależnione jest bowiem od odpowiedniej relacji między treścią kwestionowanego przepisu i stanem faktycznym sprawy, w związku z którą zadano pytanie prawne. Przedmiotem kontroli w trybie pytania prawnego może być zatem jedynie akt normatywny, który ma bezpośrednie znaczenie dla rozstrzygnięcia konkretnej sprawy toczącej się przed tym sądem. Chodzi więc o taki przepis czy też przepisy aktu normatywnego, które będą miały zastosowanie lub chociaż wywierały bezpośredni wpływ na rozstrzygnięcie danej sprawy zawisłej przed sądem pytającym.

Uwzględniając powyższe wymagania, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że pytanie sądu rejonowego w zakresie, w jakim zmierza wprost do skontrolowania całej ustawy o grach hazardowych, czy też art. 14 ust. 2 i 3 tej ustawy, nie spełnia przesłanki funkcjonalnej. Sąd rejonowy rozpoznaje bowiem sprawę Piotra C., oskarżonego o czyn z art. 107 § 1 ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 2013 r. poz. 186, ze zm.; dalej: k.k.s.) w związku z art. 6 § 2 k.k.s., polegający na tym, że wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych urządzał w 2010 r. i 2011 r. gry na automatach typu „Hot Spot Admiral” w sklepie spożywczo-przemysłowym oraz w barze-restauracji. W sprawie toczącej się przed drugim sądem pytającym, z uwagi na jej przedmiot, zastosowanie będzie miał zatem z całą pewnością art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, zgodnie z którym urządzenie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry. W tym też zakresie

pytanie o jego konstytucyjność może być relewantne dla rozstrzygnięcia sprawy sądowej, na kanwie której złożono pytanie prawne.

Co więcej, w odniesieniu do obu pytań prawnych o spełnieniu przesłanki funkcjonalnej może być mowa jedynie w takim zakresie, w jakim art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych stanowi, że urządzenie gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gry. Zarówno z uzasadnienia pytań prawnych, jak i stanów faktycznych związanych ze sprawami rozpoznawanymi przez te sądy wynika jednoznacznie, że relewantne jest jedynie uregulowanie, z którego wyprowadza się zakaz urządzania gier na automatach poza kasynami gry.

Ponadto oba pytania prawne wydają się balansować na granicy spełnienia innego aspektu przesłanki funkcjonalnej. Mianowicie, oceniając relewancję pytania prawnego należy zawsze mieć na uwadze, czy rozstrzygnięcie wątpliwości konstytucyjnych jest możliwe do usunięcia przez sam sąd pytający w drodze reguł interpretacyjnych i kolizyjnych, w tym przede wszystkim wykładni zgodnej z Konstytucją. Nie można bowiem nie zauważyć, że tłem obu pytań prawnych jest ewentualny konflikt między prawem krajowym a pochodnym prawem unijnym dotyczący dochowania procedury notyfikacji Komisji Europejskiej projektu ustawy hazardowej. Konflikt, który co do zasady winien być rozwiązany przez sądy w płaszczyźnie stosowania prawa. Kwestia potencjalnej niezgodności przepisów krajowych z pochodnym prawem unijnym co do zasady należy do materii, której rozstrzygnięcie jest rzeczą sądu krajowego rozpoznającego konkretną sprawę, a w razie wątpliwości odnoszących się do interpretacji prawa unijnego, z pomocą Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE), w ramach procedury pytań prejudycjalnych (art. 267 TfUE). Trybunał Konstytucyjny nie może bowiem rozstrzygać wątpliwości prawnych związanych ze sprawowaniem przez sądy wymiaru sprawiedliwości, w tym stosowaniem prawa unijnego w krajowym porządku prawnym. Jak wskazano wyżej, dyrektywa unijna nie mieści się także w katalogu źródeł prawa, które mogą być wprost wzorcem hierarchicznej kontroli aktów normatywnych, dokonywanej przez TK w ramach pytań prawnych (art. 193 Konstytucji). Nie sposób więc zupełnie odmówić racji twierdzeniom Prokuratora Generalnego, że pytania prawne w niniejszej sprawie w istocie zmierzają do swoistego przerzucenia na TK obowiązku dokonania przez sądy wykładni, czy art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych są przepisami technicznymi w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE (zob. pismo procesowe, s. 59). Z drugiej jednak strony, tylko Trybunał Konstytucyjny jest władny rozstrzygnąć, czy kwestionowane przepisy ustawy o grach hazardowych zostały uchwalone zgodnie z wymogami konstytucyjnego trybu stanowienia ustaw – art. 2 i art. 7 Konstytucji, a właśnie tak zostały postawione pytania prawne, które zmierzają do odpowiedzi, czy kwestionowane przepisy obowiązują w krajowym porządku prawnym. Zasadniczy problem w przedmiotowej sprawie tkwi w sferze obowiązywania, a nie stosowania prawa. Sądy pytające nie zmierzają bowiem do uzyskania od Trybunału odpowiedzi, czy mają stosować kwestionowane przepisy ustawy o grach hazardowych z uwagi na ich ewentualny konflikt z pochodnym prawem unijnym, ale oczekują odpowiedzi, czy kwestionowane przepisy zostały uchwalone z zachowaniem wymogów konstytucyjnego trybu ustawodawczego. Nie ulega bowiem wątpliwości, że sądy nie są właściwe do orzekania w kwestii dochowania konstytucyjnego trybu ustawodawczego, a więc oceny, czy dana ustawa jest uchwalona w trybie zgodnym z Konstytucją. W niniejszej sprawie nie mamy zatem do czynienia z sytuacją tożsamą jak w postanowieniu TK z 19 grudnia 2006 r., sygn. P 37/05 (OTK ZU nr 1/A/2007, poz. 8). Nie można bowiem z góry zakładać, że wyłączną intencją sądów pytających jest wyeliminowanie z porządku prawnego kwestionowanych przepisów, aby uniknąć rozstrzygnięcia kwestii ich stosowania, i z tej tylko racji odmówić pytaniom

prawnym spełnienia przesłanki funkcjonalnej. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, oba pytania prawne dotyczą przede wszystkim problemu konstytucyjnego, czy notyfikacja tzw. przepisów technicznych, o której mowa w dyrektywie 98/34/WE oraz w rozporządzeniu w sprawie notyfikacji, jest elementem konstytucyjnego trybu ustawodawczego, z wynikającymi stąd konsekwencjami.

Biorąc powyższe pod uwagę, mimo dostrzeżonych wątpliwości, Trybunał Konstytucyjny uznał, że oba pytania prawne spełniają przesłankę funkcjonalną w odniesieniu do oceny zgodności: 1) art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych z art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji – naruszenia konstytucyjnego trybu stanowienia ustaw; 2) art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W powyższym zakresie pytania prawne spełniają przesłanki przedmiotową, podmiotową i funkcjonalną warunkujące merytoryczne rozpoznanie niniejszej sprawy.

Trybunał Konstytucyjny postanowił zatem, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK, umorzyć postępowanie w pozostałym zakresie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

1.3. Przedmiot i wzorce kontroli.

Przedmiot kontroli dotyczy zatem zgodności: 1) art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych z art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji oraz 2) art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Zgodnie z zakwestionowanym art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych: „Urządzanie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry”.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych karze pieniężnej podlega urządzający gry na automatach poza kasynem gry.

Oba sądy pytające zarzucają kwestionowanym przepisom naruszenie konstytucyjnego trybu ustawodawczego – art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji. NSA zarzuca ponadto, że kwestionowane przepisy stanowią ograniczenie wolności działalności gospodarczej, które nie znajduje uzasadnienia ani w ważnym interesie publicznym (art. 22 Konstytucji), ani wartościach, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny uznał, że spośród zarzutów przedstawionych w pytaniach prawnych pierwszoplanowy jest zarzut niedochowania konstytucyjnego trybu ustawodawczego. Naruszenie formalnych, konstytucyjnych wymogów odnoszących się do stanowienia ustaw może bowiem stanowić samodzielną i wystarczającą podstawę stwierdzenia niekonstytucyjności ustawy. Czyni tym samym zbędną ocenę merytoryczną kwestionowanych przepisów z punktu widzenia zgodności z pozostałymi konstytucyjnymi wzorcami kontroli.

Kontrola formalna aktów normatywnych ma odmienny charakter od kontroli materialnej. Przestrzeganie kompetencji i procedury właściwych do uchwalenia aktu ma istotne znaczenie dla oceny samego istnienia aktu normatywnego, a w konsekwencji jego obowiązywania w systemie prawnym oraz jego skutków prawnych. Uchybienia formalne dotyczące konstytucyjnego trybu ustawodawczego stanowią samodzielną przesłankę stwierdzenia niekonstytucyjności badanego aktu normatywnego czy też poszczególnych jego przepisów. Zgodnie z art. 42 ustawy o TK, orzekając o zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, Trybunał bada zarówno treść takiego aktu, jak też kompetencję oraz dochowanie trybu wymaganego przepisami prawa do wydania aktu. Kontrola proceduralna jest najbardziej wskazana w możliwie krótkim terminie po ustanowieniu aktu

normatywnego. Dzieje się tak dlatego, że naruszenie konstytucyjnego trybu ustawodawczego oznacza, iż ustawa przestanie obowiązywać. Co więcej, nie należy tracić z pola widzenia, że w dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny przyjmował, iż orzeczenie konstytucyjności w zakresie odnoszącym się do naruszenia trybu stanowienia ustawy może skutkować *ex tunc* (zob. np. wyrok TK z 16 lipca 2009 r., sygn. Kp 4/08, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 112). Stąd też optymalnym momentem takiej kontroli formalnej jest kontrola prewencyjna. W doktrynie podkreśla się, że upływ czasu może być uważany za czynnik nakazujący łagodniej traktować nieprawidłowości proceduralne z uwagi na dotkliwe skutki tej kontroli dla systemu prawa (por. Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzeciński, *Komentarz do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa 1999, s. 144).

Biorąc powyższe pod uwagę, Trybunał Konstytucyjny uznał, że w pierwszej kolejności rozpozna zarzut naruszenia przez art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych konstytucyjnego trybu ustawodawczego – art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji.

2. Konstytucyjny tryb ustawodawczy.

Przepisy Konstytucji nie regulują w sposób całościowy materii dotyczącej stanowienia ustaw, określają bowiem konstytucyjne zasady procedury ustawodawczej. Normują takie kwestie, jak: inicjatywa ustawodawcza, sposób rozpatrywania projektu ustawy przez Sejm i Senat, sposób rozpatrywania przez Sejm ewentualnych propozycji Senatu oraz kwestie podpisania ustawy przez Prezydenta. Wyróżnia się ponadto tzw. ogólne zasady konstytucyjnej procedury ustawodawczej, a mianowicie: powierzenie kompetencji do uchwalenia ustaw Sejmowi (art. 118 ust. 3, art. 120 zdanie pierwsze i art. 121 ust. 1 Konstytucji), jawność obrad Sejmu nad projektami ustaw (art. 113 Konstytucji) oraz przyznanie, że szczegółowe określenie porządku prac Sejmu określa regulamin tej izby (art. 112 Konstytucji).

Regulacje konstytucyjnego trybu ustawodawczego otwiera inicjatywa ustawodawcza, a więc konstytucyjne prawo do wnoszenia do Sejmu projektów ustaw, ze skutkiem zobowiązującym Sejm do ich rozpatrzenia. Zgodnie z art. 118 ust. 1 Konstytucji, inicjatywa ustawodawcza przysługuje posłom, Senatowi, Prezydentowi Rzeczypospolitej i Radzie Ministrów. W myśl art. 118 ust. 2 Konstytucji, inicjatywa ustawodawcza przysługuje również grupie co najmniej 100 000 obywateli mających prawo wybierania do Sejmu. Tryb postępowania w sprawie tzw. inicjatywy obywatelskiej określa ustawa. Konstytucja nie formułuje wymagań, by projekt ustawy był uzasadniony. Wnioskodawcy, przedkładając Sejmowi projekt ustawy, muszą jednak przedstawić skutki finansowe jej wykonania – art. 118 ust. 3 Konstytucji. Przedłożenie, które nie odpowiada konstytucyjnym wymogom formalnym, określonym w art. 118 Konstytucji, nie jest projektem ustawy.

Następnie, w myśl art. 119 ust. 1 Konstytucji, Sejm rozpatruje projekt ustawy w trzech czytaniach. A zatem na poziomie konstytucyjnym wyznaczony został model sejmowego postępowania ustawodawczego, w którym obowiązywać ma zasada trzech czytań. Art. 119 ust. 2 Konstytucji określa także prawo wnoszenia poprawek do projektu ustawy w czasie rozpatrywania go przez Sejm, które przysługuje wnioskodawcy projektu, posłom i Radzie Ministrów. Pod głosowanie w Sejmie mogą być poddane tylko takie poprawki, które uprzednio były przedłożone komisji. Zgodnie z art. 119 ust. 3 Konstytucji, Marszałek Sejmu może odmówić poddania pod głosowanie poprawki, która uprzednio nie była przedłożona komisji. Art. 119 ust. 4 Konstytucji przyznaje także wnioskodawcy

prawo do wycofania projektu ustawy w toku postępowania ustawodawczego w Sejmie do czasu zakończenia drugiego czytania projektu.

Zgodnie z art. 120 Konstytucji, Sejm uchwała ustawy zwykłą większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów, chyba że Konstytucja przewiduje inną większość. Konstytucja proklamuje więc zasadę, że to Sejm uchwała ustawy, i określa ponadto kworum i większość głosów wymagane do skutecznego i ważnego ich uchwalenia. Odstępstwa od zwykłej większości głosów Konstytucja formułuje dla: uchwalenia ustawy wyrażającej zgodę na ratyfikację umowy międzynarodowej, o której mowa w art. 90 ust. 1 (większość 2/3 w Sejmie i Senacie – art. 90 ust. 2); uchwalenia ustawy o zmianie Konstytucji (większość 2/3 w Sejmie i większość bezwzględna w Senacie – art. 235 ust. 4).

Zgodnie z art. 121 ust. 1 Konstytucji, ustawę uchwaloną przez Sejm Marszałek Sejmu przekazuje Senatowi. Senat wspólnie z Sejmem sprawuje bowiem władzę ustawodawczą – art. 10 ust. 2 Konstytucji. Typowa rola drugiej izby sprowadza się do tzw. izby refleksji. Senat rozpatruje wszystkie ustawy uchwalone przez Sejm. W myśl art. 121 ust. 2 Konstytucji, Senat w ciągu 30 dni od dnia przekazania ustawy może ją przyjąć bez zmian, uchwalić poprawki albo uchwalić odrzucenie jej w całości. Jeżeli Senat w ciągu 30 dni od dnia przekazania ustawy nie podejmie stosownej uchwały, ustawę uznaje się za uchwaloną w brzmieniu przyjętym przez Sejm. Konstytucja nie normuje wprost procedury rozpatrywania ustawy przez Senat, nakazuje natomiast stosować do Senatu odpowiednio przepisy dotyczące określenia porządku obrad w regulaminie, jawności posiedzeń oraz podejmowania uchwał zwykłą większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby senatorów (art. 124 Konstytucji stanowi, że do Senatu stosuje się odpowiednio przepisy art. 110, art. 112, art. 113 i art. 120).

Następnie rozpatrzenie poprawek Senatu jest konstytucyjnym obowiązkiem Sejmu. Skuteczność uchwały Senatu wnoszącej poprawki czy też odrzucającej całą ustawę jest uzależniona od przyjęcia przez Sejm. Zgodnie z art. 121 ust. 3 Konstytucji, uchwałę Senatu odrzucającą ustawę albo poprawkę zaproponowaną w uchwale Senatu uważa się za przyjętą, jeżeli Sejm nie odrzuci jej bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów. Podjęcie przez Sejm uchwały o odrzuceniu uchwały Senatu oznacza utrzymanie ustawy w brzmieniu, w jakim została pierwotnie uchwalona przez Sejm.

Po zakończeniu postępowania określonego w art. 121, a więc uchwaleniu ustawy i jej przyjęciu przez Sejm i Senat, Marszałek Sejmu przedstawia uchwaloną ustawę do podpisu Prezydentowi Rzeczypospolitej – art. 122 ust. 1 Konstytucji. Podpisanie jest jednym z konstytucyjnie określonych wymagań dojścia ustawy do skutku, a zarazem tradycyjnym rozwiązaniem przyznającym w tym zakresie kompetencję głowie państwa. Skutkiem podpisania ustawy jest powstanie obowiązku jej ogłoszenia, które umożliwi z kolei jej wejście w życie. Zgodnie z art. 122 ust. 2 Konstytucji, Prezydent Rzeczypospolitej podpisuje ustawę w ciągu 21 dni od dnia przedstawienia i zarządza jej ogłoszenie w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

Prezydent może jednak przed podpisaniem przekazanej mu ustawy wystąpić do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem w sprawie zgodności ustawy z Konstytucją – art. 122 ust. 3 zdanie pierwsze Konstytucji. W myśl art. 122 ust. 6 Konstytucji, wystąpienie Prezydenta do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem w sprawie zgodności ustawy z Konstytucją wstrzymuje bieg terminu do podpisania ustawy. Prezydent nie może następnie odmówić podpisania ustawy, którą Trybunał Konstytucyjny uznał za zgodną z Konstytucją – art. 122 ust. 3 zdanie drugie Konstytucji. W myśl art. 122 ust. 4 zdania pierwszego Konstytucji, Prezydent Rzeczypospolitej odmawia podpisania ustawy, którą Trybunał Konstytucyjny uznał za niezgodną z Konstytucją. Jeżeli jednak niezgodność z Konstytucją

dotyczy poszczególnych przepisów ustawy, a Trybunał Konstytucyjny nie orzeknie, że są one nierozzerwalnie związane z całą ustawą, Prezydent Rzeczypospolitej, po zasięgnięciu opinii Marszałka Sejmu, podpisuje ustawę z pominięciem przepisów uznanych za niezgodne z Konstytucją albo zwraca ustawę Sejmowi w celu usunięcia niezgodności – art. 122 ust. 4 zdanie drugie Konstytucji.

Prezydent może także, zgodnie z art. 122 ust. 5 zdaniem pierwszym Konstytucji, zawetować ustawę – z umotywowanym wnioskiem przekazać ustawę Sejmowi do ponownego rozpatrzenia. Wystąpienie z wnioskiem do Sejmu o ponowne rozpatrzenie ustawy wstrzymuje bieg terminu do podpisania ustawy – art. 122 ust. 6 Konstytucji. Skutkiem weta jest zahamowanie postępowania ustawodawczego i uzależnienie dojścia ustawy do skutku od ponownego jej rozpatrzenia i uchwalenia przez Sejm. W myśl art. 122 ust. 5 zdania drugiego Konstytucji, Sejm odrzuca weto Prezydenta większością 3/5 głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów. Jeżeli Sejm nie odrzuci weta Prezydenta wymaganą większością 3/5 głosów, następuje zamknięcie postępowania ustawodawczego – ustawa nie dochodzi do skutku. Jednak po ponownym uchwaleniu ustawy przez Sejm Prezydent w ciągu 7 dni podpisuje ustawę i zarządza jej ogłoszenie w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z art. 122 ust. 5 zdaniem trzecim Konstytucji, w razie ponownego uchwalenia ustawy przez Sejm Prezydentowi nie przysługuje już prawo wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego w trybie ust. 3 art. 122. Ostatnią czynnością proceduralną Prezydenta jest zarządzenie ogłoszenia podpisanej przez siebie ustawy w Dzienniku Ustaw RP (art. 122 ust. 2 i 5 zdanie drugie Konstytucji).

Odrębne przepisy Konstytucji dotyczą tzw. trybu pilnego (art. 123 Konstytucji), a także procedury uchwalania ustawy budżetowej i niektórych innych ustaw finansowych (art. 221-226 Konstytucji), wyrażenia zgody na ratyfikację umów międzynarodowych, o których mowa w art. 90 ust. 1 Konstytucji (art. 90 ust. 2 i 4 Konstytucji), oraz dokonywania zmian w samej Konstytucji (art. 235 Konstytucji).

Konstytucja nie reguluje w pełni procedury ustawodawczej. Pokażna część procesu legislacyjnego jest bowiem pozostawiona unormowaniom regulaminów Sejmu i Senatu, jako aktom właściwym do określenia porządku prac obu izb parlamentu (art. 112 i art. 124 Konstytucji). W doktrynie podkreśla się, że odróżnienie konstytucyjnych i regulaminowych unormowań procedury ustawodawczej jest szczególnie istotne z uwagi na ich odmienną moc prawną i wynikający z niej stopień związania Sejmu i Senatu ich postanowieniami (zob. L. Garlicki, komentarz do art. 118 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, t. 2, Warszawa 2001, red. L. Garlicki, s. 2). Nie ulega wątpliwości, że obie izby parlamentu muszą bezwzględnie przestrzegać unormowań konstytucyjnego trybu ustawodawczego, dysponując jednak swobodą w zakresie wprowadzania zmian do własnych regulaminów.

3. Dochowanie konstytucyjnego trybu ustawodawczego w orzecznictwie TK.

W początkowym orzecznictwie TK decydujące znaczenie miało wyraźne odróżnienie regulacji konstytucyjnej dotyczącej trybu ustawodawczego i procesu legislacyjnego przewidzianego w regulaminach Sejmu lub Senatu oraz ewentualnych elementów tego procesu unormowanych w innych ustawach zwykłych, ze względu na odmienne skutki ich naruszenia. We wcześniejszym orzecznictwie TK uznawano bowiem konsekwentnie, że tylko naruszenie unormowań o randze konstytucyjnej mogło prowadzić do stwierdzenia przez TK, że doszło do naruszenia wymagań dotyczących trybu stanowienia ustawy (zob. np. orzeczenie TK z 9 stycznia 1996 r., sygn. K 18/95, OTK ZU nr 1/1996, poz. 1).

Począwszy jednak od wyroku TK z 24 czerwca 1998 r., sygn. K 3/98 (OTK ZU nr 4/1998, poz. 52), podstawą uznania, że doszło do naruszenia procedury ustawodawczej jest zarówno obrazu unormowań konstytucyjnych, jak i zawartych w regulaminach Sejmu i Senatu, czy też ustawach zwykłych. W powyższym wyroku Trybunał wyszedł z założenia, że art. 42 ust. 1 ustawy o TK daje mu nie tylko „legitymację do badania, czy dochowane [są] te wszystkie elementy trybu ustawodawczego, które zostały uregulowane na poziomie konstytucyjnym”, ale także „podstawę do badania przez Trybunał Konstytucyjny pełnego dochowania tych wszystkich elementów procedury prawodawczej, które w szczególności sformułowane zostały w przepisach o randze ustawowej i w przepisach regulaminów parlamentarnych”. W tym wyroku Trybunał przyjął, że „naruszenie powyżej wskazanych elementów procedury może być zawsze rozpatrywane w kategoriach jednoczesnego naruszenia art. 7 Konstytucji, jako że przepis ten nakłada na wszystkie organy władzy publicznej obowiązek działania na podstawie i w granicach prawa”. Co więcej, to właśnie w wyroku o sygn. K 3/98 TK stwierdził, że elementami trybu ustawodawczego uregulowanymi na poziomie ustaw zwykłych są regulacje „ustanawiające uprawnienia niektórych podmiotów do zajmowania stanowiska i wyrażania opinii o projektach ustaw, zanim projekty te zostaną uchwalone przez Sejm”. W uprzednim orzecznictwie TK kilkakrotnie badał dochowanie procedur opiniodawczych (dotyczyło to z reguły związków zawodowych) i nigdy nie stwierdził, że doprowadziły one do naruszenia odpowiednich przepisów procedury ustawodawczej, ani też nie nadawał tym przepisom nadmiernie rygorystycznego znaczenia (zob. np. orzeczenie z 19 listopada 1996 r., sygn. K 7/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 49). Dopiero w wyroku o sygn. K 3/98 Trybunał przyjął, że szczególny splot czynników materialnych, proceduralnych oraz konstytucyjnych nie pozwalał na uznanie, że konstytucyjnie dopuszczalne było pominięcie opiniodawczych uprawnień Krajowej Rady Sądownictwa. Nadal jednak podstawowe znaczenie ma przede wszystkim dochowanie wymogów konstytucyjnego trybu ustawodawczego (zob. L. Garlicki, op. cit., s. 2). Wskazany kierunek został co do zasady zaaprobowany w późniejszym orzecznictwie TK (zob. np. wyrok z 19 lutego 2003 r., sygn. P 11/02, OTK ZU nr 2/A 2003, poz. 12).

W wyroku TK z 23 marca 2006 r., sygn. K 4/06, Trybunał przypomniał, że „Przepisy Konstytucji nie regulują w sposób całościowy postępowania ustawodawczego. Stosownie do zasady autonomii Sejmu, kwestie te zostały pozostawione do unormowania w regulaminie, a Konstytucja formułuje tylko pewne zasady ogólne i przesądza rozwiązania w kwestiach uznanych za szczególnie istotne” (OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 32). Trybunał podkreślił jednocześnie, że „nie każde jednak uchybienie zasadom regulaminowym może być uznane za naruszenie Konstytucji. O takim naruszeniu można mówić wówczas, gdy uchybienia regulaminowe prowadzą do naruszenia konstytucyjnych elementów procesu ustawodawczego”, ponieważ „dochowanie trybu ustawodawczego uregulowanego w przepisach Konstytucji jest warunkiem dojścia ustawy do skutku”. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że w toku prac ustawodawczych może dojść do nieprawidłowości, uchybień, które negatywnie wpłynęły na jakość procesu prawodawczego i tworzenia regulacji prawnych, nie jest to jednak równoznaczne z naruszeniem trybu uchwalenia ustawy. Trybunał ocenia bowiem, w jakim zakresie wpływa to na realizację konstytucyjnych warunków procesu ustawodawczego. Z drugiej jednak strony, Trybunał zasygnalizował, że potencjalnie uchybienie standardom regulaminowym może przybrać taki kształt i intensywność, iż będzie równoznaczne z naruszeniem zasady demokratycznego państwa prawnego – art. 2 Konstytucji.

W uzasadnieniu wyroku TK z 7 listopada 2013 r. (sygn. K 31/12, OTK ZU nr 8/A/2013, poz. 121) następująco podsumowano dotychczasowe stanowisko Trybunału co do znaczenia norm Regulaminu Sejmu dla oceny zgodności ustaw z Konstytucją:

„– po pierwsze, naruszenie postanowień Regulaminu Sejmu nie powoduje samo przez się naruszenia Konstytucji;

– po drugie, badając zasadność zarzutu naruszenia Konstytucji, Trybunał analizuje przestrzeganie tych postanowień Regulaminu Sejmu, które są powiązane treściowo z przepisami Konstytucji;

– po trzecie, oceniając wagę naruszeń Regulaminu Sejmu, jako przesłanki uznania zasadności zarzutu niezgodności procedury legislacyjnej z Konstytucją, Trybunał opiera się na kryterium wpływu tych naruszeń na treść uchwalonej następnie ustawy;

– po czwarte, Trybunał przeprowadza w poszczególnych sprawach analizę konkretnych postępowań ustawodawczych i ocenia, czy naruszenie przepisów Regulaminu Sejmu zniweczyło cel, któremu te przepisy służyły”.

Z kolei, w wyroku 14 października 2009 r., sygn. Kp 4/09, Trybunał Konstytucyjny uznał, że elementem konstytucyjnego trybu ustawodawczego jest powinność zasięgnięcia opinii Krajowej Rady Sądownictwa tylko w tym zakresie, w jakim opiniowanie ma zakotwiczenie konstytucyjne w art. 186 ust. 1 Konstytucji (OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 134). Trybunał stwierdził jednoznacznie, że istnieje jakościowa różnica między obowiązkiem opiniowania wynikającym z Konstytucji a analogicznym obowiązkiem ustawowym, który tworzy jedynie element ustawowego, a nie konstytucyjnego, trybu ustawodawczego. Uchybienie obowiązkowi opiniowania wynikającemu jedynie z ustawy jest nieprawidłowością, która nie prowadzi jednak konstytucyjnego standardu postępowania legislacyjnego. W wyroku o sygn. K 31/12 TK uznał, że art. 2 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (Dz. U. Nr 100, poz. 1082, ze zm.), stanowiący, że Krajowa Rada Sądownictwa opiniuje projekty aktów normatywnych dotyczących sądownictwa i sędziów, „nie może być wzorcem kontroli w niniejszej sprawie, bo niedopuszczalna jest tzw. pozioma kontrola ustaw”.

W wyroku z 16 lipca 2009 r., sygn. Kp 4/08, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „Rozważając znaczenie kontroli proceduralnej aktów normatywnych należy zauważyć, że regulacje procedur prawodawczych zawierają wymogi bardzo różnej wagi. Niektóre elementy trybu prawodawczego mają fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zasad demokratycznego prawodawstwa i decydują o niezgodności z art. 2 Konstytucji. Inne dotyczą spraw o charakterze drugorzędym i technicznym. Nie można przyjmować, że każde, choćby drobne naruszenie przepisów proceduralnych, stanowi zawsze podstawę do stwierdzenia niekonstytucyjności aktu normatywnego i prowadzi w rezultacie do utraty przez dany akt mocy obowiązującej”. Trybunał Konstytucyjny wyszedł z założenia, że należy odróżnić regulacje dotyczące istotnych elementów procedury prawodawczej, np. niepoddanie tekstu obowiązkowym, wynikającym z Konstytucji, konsultacjom, od regulacji o mniejszym ciężarze gatunkowym. Trybunał podkreślił, że „Naruszenie istotnych elementów procedury prawodawczej stanowi podstawę do stwierdzenia niekonstytucyjności badanego aktu normatywnego; natomiast naruszenie regulacji dotyczących spraw mniej istotnych dla procesu legislacyjnego nie może stanowić takiej podstawy”. Co więcej, Trybunał sprecyzował, że „Podczas dokonywania oceny wagi naruszeń norm prawnych regulujących procedurę prawodawczą istotne znaczenie może mieć też częstotliwość tych naruszeń i okoliczności towarzyszących powstaniu naruszenia – np. działanie wbrew poważnym, znanym ostrzeżeniom o niekonstytucyjności proponowanego rozwiązania, działanie mające na celu pozbawienie części parlamentarzystów możliwości uczestniczenia w konkretnej debacie itd. Nagminność i powtarzalność naruszeń norm regulujących procedurę prawodawczą może stanowić jedną z przesłanek zakwalifikowania danego naruszenia jako istotnego [z] punktu widzenia

kontroli konstytucyjności prawa i uzasadniającego stwierdzenie niekonstytucyjności badanego aktu normatywnego”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Trybunał Konstytucyjny w wyroku o sygn. Kp 4/08, uznał, że obowiązek zasięgania opinii Europejskiego Banku Centralnego stanowi jeden z elementów procedury ustawodawczej, wiąże się bowiem z dostępem parlamentu i jego członków do informacji niezbędnych w celu rzetelnej realizacji funkcji ustawodawczej. Trybunał stwierdził, że kompetencje opiniodawcze Europejskiego Banku Centralnego reguluje TfUE oraz decyzja Rady z dnia 29 czerwca 1998 r. w sprawie konsultacji Europejskiego Banku Centralnego udzielanych władzom krajowym w sprawie projektów przepisów prawnych, 98/415/WE (Dz. Urz. UE L 189 z 3.07.1998, s. 42), a władze polskie miały prawny obowiązek zasięgnięcia opinii banku w sprawie autopoprawki do projektu ustawy o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw oraz przekazania tej opinii do wiadomości władzy przyjmującej akt prawny.

Wreszcie w wyroku z 13 lipca 2011 r., sygn. K 10/09 (OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 56), Trybunał sformułował ogólne reguły odnoszące się do oceny dochowania trybu ustawodawczego w kontekście obowiązków o charakterze konsultacyjno-opiniodawczym, a mianowicie:

Po pierwsze, „Trybunał Konstytucyjny, badając zarzut naruszenia procedury prawodawczej, na tle konkretnej sprawy dokonuje analizy procesu legislacyjnego, biorąc pod uwagę usytuowanie w systemie źródeł prawa aktu normatywnego, w którym statuowane są uprawnienia konsultacyjne, materię, której dotyczy obowiązek konsultacyjny, etap prac legislacyjnych, na którym zaniechano konsultacji, kumulowanie i częstotliwość naruszeń, faktyczny udział organów opiniodawczych w postępowaniu legislacyjnym”.

Po drugie, „nie każde uchybienie zasadom regulaminowym może być uznane za naruszenie Konstytucji. O takim naruszeniu można mówić wówczas, gdy uchybienia regulaminowe prowadzą do naruszenia konstytucyjnych elementów procesu ustawodawczego”.

Po trzecie, „«jakościowo cięższym» uchybieniem w procedurze legislacyjnej jest zlekceważenie powinności konstytucyjnej”.

Po czwarte, „podstawowym celem przepisów nakładających na wnioskodawcę obowiązek przedstawienia wyników konsultacji oraz zaprezentowanych opinii jest umożliwienie Sejmowi wnikliwego rozpatrzenia projektu. Sejm dysponuje licznymi instrumentami prawnymi dla zapewnienia przestrzegania swoich uprawnień i uzyskania dokumentów, które nie zostałyby przedstawione parlamentowi. Sejm może żądać przedstawienia opinii określonego podmiotu, jeżeli obowiązujące prawo wprowadza obowiązek jej zasięgnięcia”. Stąd też istotne jest, czy w badanej procedurze ustawodawczej parlament skorzystał ze swoich uprawnień.

Po piąte, „uchwalanie ustaw należy z mocy Konstytucji do Sejmu, a rola podmiotów, którym przyznano prawo opinii, ogranicza się do zajęcia stanowiska pozwalającego Sejmowi na orientację w ich poglądach”.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że ustawowy obowiązek opiniowania nie jest wymogiem konstytucyjnie określonego trybu legislacyjnego, jakkolwiek uchybienie mu jest nieprawidłowością. Elementy trybu prawodawczego, które nie wynikają z konstytucyjnych standardów postępowania legislacyjnego, podlegają także kontroli Trybunału Konstytucyjnego, co zostało potwierdzone w wyroku o sygn. K 3/98. Trybunał swoją kompetencję do badania pełnego dochowania tych wszystkich elementów procedury prawodawczej, które w szczególności sformułowane zostały w przepisach o randze ustawowej i w przepisach regulaminów parlamentarnych wywodzi z art. 42 ustawy o TK. Naruszenie powyżej wskazanych elementów procedury może być zawsze rozpatrywane w

kategoriach naruszenia zasady legalizmu – art. 7 Konstytucji, który nakłada na wszystkie organy władzy publicznej obowiązek działania na podstawie i w granicach prawa.

W wyroku z 26 czerwca 2013 r., sygn. K 33/12, Trybunał, powołując się na wyrok o sygn. Kp 4/08, poszedł jeszcze dalej, stwierdzając, że „Nie można przy tym wykluczyć kontroli ustawy z perspektywy dochowania elementów procedury ustawodawczej polskiego prawa krajowego uregulowanych w aktach prawa unijnego” (OTK ZU nr 5/A/2013, poz. 63).

4. Ocena zgodności art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych z art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji – dochowanie konstytucyjnego trybu ustawodawczego.

4.1. W niniejszej sprawie oba sądy pytające kwestionują konstytucyjność art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych z perspektywy niedochowania konstytucyjnego trybu ustawodawczego – art. 2 i art. 7 (w związku z art. 9) Konstytucji. Nie zarzucają jednak, że przy uchwalaniu ustawy został naruszony tryb jest stanowienia przewidziany w Konstytucji, ustawie czy też regulaminie Sejmu lub Senatu. Naruszenie konstytucyjnego trybu ustawodawczego wiąże bowiem z brakiem notyfikacji kwestionowanych przepisów Komisji Europejskiej, a więc niedochowaniem wymagań przewidzianych w dyrektywie 98/34/WE, implementowanej do polskiego porządku prawnego rozporządzeniem w sprawie notyfikacji. Oba sądy pytające wychodzą z założenia, że kwestionowane przepisy ustawy o grach hazardowych mają potencjalnie charakter przepisów technicznych, w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, i stąd też powinny być notyfikowane Komisji Europejskiej, zgodnie z procedurą przewidzianą w tej dyrektywie.

I tak, pierwszy sąd pytający zakłada, że obowiązek dokonania notyfikacji przepisów technicznych Komisji Europejskiej jest istotnym elementem procedury ustawodawczej. Zdaniem NSA, świadczyć ma o tym przede wszystkim wysoka, ponadustawowa i oparta na prawie międzynarodowym ranga dyrektywy 98/34/WE, której postanowienia – w razie konfliktu – mają pierwszeństwo przed ustawami (art. 91 ust. 3 Konstytucji). W opinii NSA, dowodzi tego także stanowcza rola Komisji Europejskiej i mechanizmu kontroli, jakim jest procedura notyfikacyjna, z punktu widzenia zasady lojalnej współpracy i konieczności poszanowania zobowiązań wynikających z członkostwa w UE. Wreszcie przemawiać ma za tym brak wiedzy parlamentarzystów w toku prac nad projektem ustawy o grach hazardowych co do zgodności projektowanych przepisów ustawy z prawem unijnym, a co za tym idzie ewentualnych konsekwencji uchwalenia ustawy bez jej notyfikacji Komisji Europejskiej. NSA podzielił stanowisko i argumentację zawarte w postanowieniu SN z 28 listopada 2013 r. (sygn. akt I KZP 15/13, OSNKW nr 12/2013, poz. 101; dalej: postanowienie SN z 28 listopada 2013 r.), uznając, że naruszenie wynikającego z dyrektywy 98/34/WE obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed TK.

Podobnie drugi sąd pytający podzielił stanowisko i argumentację zawarte w postanowieniu SN z 28 listopada 2013 r., że niedochowanie obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej ustawy o grach hazardowych stanowi wadliwość procesu legislacyjnego, a określenie niejasnych skutków tego uchybienia leży w wyłącznej kompetencji TK. Sąd rejonowy zastrzegł jednak, powołując się na stanowisko SN wyrażone we wskazanym postanowieniu, że „Konstytucja nie przewiduje, by notyfikacja była kryterium ważności

stanowionych w Polsce przez parlament norm prawnych, a tym samym, nie warunkuje obowiązywania tych norm”.

Trybunał Konstytucyjny uznał za konieczne podkreślić, jak ustalił wcześniej, że w przedmiotowej sprawie połączonych pytań prawnych dopuszczalna jest ocena konstytucyjności kwestionowanych art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych z punktu widzenia dochowania konstytucyjnego trybu ustawodawczego – art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji. Ponieważ jednak oba sądy pytające pragną w istocie uzyskać od Trybunału Konstytucyjnego odpowiedzi na dwa pytania: po pierwsze, czy wymagania dotyczące notyfikacji Komisji Europejskiej tzw. przepisów technicznych, o których mowa w dyrektywie 98/34/WE, stanowią element konstytucyjnego trybu ustawodawczego, po drugie, jakie są z perspektywy konstytucyjnej konsekwencje ich niedochowania, Trybunał Konstytucyjny uznaje za niezbędne przedstawienie procedury notyfikacyjnej, z zastrzeżeniem, że wyżej wskazana dyrektywa nie stanowi wprost wzorca kontroli w niniejszej sprawie.

4.2. Procedura notyfikacyjna przewidziana w dyrektywie 98/34/WE.

Dyrektywa 98/34/WE ustanawia procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego. Dyrektywa ta stanowi jeden z wielu aktów prawa pochodnego UE, które nakładają na państwa członkowskie obowiązki notyfikacyjne, a więc wymogi spełnienia określonych procedur unijnych, sprowadzających się do uprzedniego poinformowania właściwych organów UE o zaistniałych faktach czy też planowanych regulacjach prawnych. Obowiązki notyfikacyjne mogą wynikać z aktów unijnych prawa pochodnego lub pierwotnego. Na poziomie samego TfUE została m.in. uregulowana tzw. ogólna podstawa harmonizacyjna (art. 114 ust. 4-7 TfUE). Zgodnie z art. 114 TfUE, po przyjęciu środka harmonizacyjnego przez organy UE, państwo członkowskie notyfikuje Komisji Europejskiej zarówno utrzymanie dotychczasowych, jak i wprowadzenie nowych środków wraz z ich uzasadnieniem, a Komisja ma 6 miesięcy, z możliwością przedłużenia o kolejne 6, na zatwierdzenie lub odrzucenie przepisów krajowych po sprawdzeniu, czy są one środkiem arbitralnej dyskryminacji lub ukrytym ograniczeniem w handlu między państwami członkowskimi i czy stanowią one przeszkodę w funkcjonowaniu rynku wewnętrznego. Powyższa procedura notyfikacyjna różni się w kilku istotnych elementach od procedury unormowanej w dyrektywie 98/34/WE, ponieważ jej przedmiotem są już obowiązujące przepisy wprowadzające ograniczenia, idące dalej niż to wynika z unijnego prawa pochodnego, służącego harmonizacji prawa państw członkowskich, a Komisja ma dalej idące kompetencje, może bowiem zatwierdzić lub odrzucić przepisy przedłożone do notyfikacji.

Procedura notyfikacji norm i przepisów technicznych, unormowana w dyrektywie 98/34/WE, znajduje oparcie w ogólnej podstawie harmonizacyjnej wskazanej w art. 114 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Sens procedury notyfikacyjnej według pkt 5 preambuły dyrektywy sprowadza się do tego, że „Komisja [Europejska] bezwzględnie musi mieć dostęp do niezbędnej informacji technicznej przed przyjęciem przepisów technicznych, zatem Państwa Członkowskie (...) powinny powiadomić Komisję o swoich projektach w dziedzinie przepisów technicznych”. Procedura notyfikacyjna jest więc formą swoistej „kontroli prewencyjnej” projektów prawa krajowego przez organy unijne, służącą sprawdzeniu, czy proponowana regulacja nie narusza postanowień traktatowych dotyczących swobodnego przepływu towarów (tak TSUE m.in. w wyroku z 30 kwietnia 1996 r., w sprawie CIA Security International SA przeciwko Signalson SA i Securitel SPRL, C-194/94). Państwo członkowskie musi ponadto powiadomić wszystkie

pozostałe państwa członkowskie o projektowanych przepisach technicznych (pkt 6 preambuły). Komisja i państwa członkowskie muszą dysponować wystarczająco długim okresem, aby zaproponować poprawki do projektowanych środków, aby usunąć lub zmniejszyć wszelkie bariery, które mogłyby powstać w stosunku do swobodnego przepływu towarów (pkt 13 preambuły), a dane państwo członkowskie musi uwzględnić te poprawki przy tworzeniu ostatecznego tekstu projektowanych środków (pkt 14 preambuły).

Zgodnie z art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34/WE państwa członkowskie niezwłocznie przekażą Komisji wszelkie projekty przepisów technicznych, z wyjątkiem tych, które w pełni stanowią transpozycję normy międzynarodowej lub europejskiej, w którym to przypadku wystarczająca będzie informacja dotycząca odpowiedniej normy. Komisja niezwłocznie poinformuje pozostałe państwa członkowskie o projekcie i wszelkich dokumentach, które zostały jej przekazane. W odniesieniu do specyfikacji technicznych lub innych wymogów bądź zasad dotyczących usług, określonych w art. 1 pkt 11 akapicie drugim, tiret trzecie dyrektywy, uwagi lub szczegółowe opinie Komisji lub państw członkowskich mogą dotyczyć jedynie aspektów, które mogą utrudnić handel lub, w stosunku do zasad dotyczących usług, swobodę przepływu usług lub swobodę przedsiębiorczości podmiotów gospodarczych w dziedzinie usług, a nie fiskalnych lub finansowych aspektów tego środka. W myśl art. 8 ust. 2 dyrektywy 98/34/WE Komisja i państwa członkowskie mogą zgłaszać uwagi do państwa członkowskiego, które przesłało projekt przepisów technicznych, a państwo członkowskie uwzględni te uwagi tak dalece, jak to będzie możliwe przy kolejnych pracach nad projektem przepisów technicznych. Z kolei zgodnie z art. 9 ust. 1, 3 i 4 dyrektywy 98/34/WE państwo członkowskie, które dokonało notyfikacji, jest zobowiązane do odroczenia przyjęcia przepisów technicznych o stosowne 3, 4 lub 6 miesięcy, a w szczególnych okolicznościach o nawet 12 miesięcy, począwszy od daty otrzymania przez Komisję stosownego projektu.

W myśl art. 9 ust. 7 dyrektywy 98/34/WE odroczeń nie stosuje się w przypadkach, gdzie, z naglących powodów, spowodowanych przez poważne i nieprzewidziane okoliczności odnoszące się do ochrony zdrowia i bezpieczeństwa publicznego, ochrony zwierząt lub roślin oraz, w stosunku do zasad dotyczących usług, również dla porządku publicznego, w szczególności ochrony nieletnich, państwo członkowskie jest zobowiązane przygotować przepisy techniczne w bardzo krótkim czasie, w celu ich natychmiastowego przyjęcia i wprowadzenia w życie bez możliwości jakichkolwiek konsultacji lub z naglących powodów, spowodowanych przez poważne okoliczności odnoszące się do ochrony bezpieczeństwa i integralności systemu finansowego, w szczególności ochrony depozytariuszy, inwestorów i osób ubezpieczonych, państwo członkowskie jest zobowiązane natychmiast przyjąć i wprowadzić w życie przepisy w sprawie usług finansowych.

Wreszcie art. 10 dyrektywy 98/34/WE przewiduje, że art. 8 i art. 9 nie stosuje się do tych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich lub dobrowolnych porozumień, dzięki którym państwa członkowskie:

- są zgodne z wiążącymi aktami wspólnotowymi, które skutkują przyjęciem specyfikacji technicznych i zasad dotyczących usług,
- wypełniają zobowiązania wynikające z umów międzynarodowych, które skutkują przyjęciem wspólnych specyfikacji technicznych lub zasad dotyczących usług we Wspólnocie;
- stosują klauzule bezpieczeństwa, wprowadzone przez obowiązujące wspólnotowe akty prawne,
- stosują przepisy art. 8 ust. 1 dyrektywy 92/59/EWG,
- ograniczają się do wykonania orzeczenia TSUE,

– ograniczają się do wprowadzenia zmiany przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 pkt 11, zgodnie z wnioskiem Komisji zmierzającym do usunięcia przeszkód w handlu lub, w przypadku zasad dotyczących usług, w swobodnym przepływie usług lub w swobodzie przedsiębiorczości podmiotów gospodarczych w dziedzinie usług.

W art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE wyjaśnia także pojęcie przepisów technicznych, których dotyczy notyfikacja. I tak zgodnie z powyższym „przepisy techniczne” oznaczają: „specyfikacje techniczne i inne wymagania bądź zasady dotyczące usług, włącznie z odpowiednimi przepisami administracyjnymi, których przestrzeganie jest obowiązkowe, *de jure* lub *de facto*, w przypadku wprowadzenia do obrotu, świadczenia usługi, ustanowienia operatora usług lub stosowania w Państwie Członkowskim lub na przeważającej jego części, jak również przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne Państw Członkowskich, z wyjątkiem określonych w art. 10, zakazujące produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu i stosowania produktu lub zakazujące świadczenia bądź korzystania z usługi lub ustanawiania dostawcy usług”. Przepisy techniczne obejmują *de facto*: 1) 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; 2) 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; 3) 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; specyfikacje techniczne lub inne wymogi bądź zasady dotyczące usług powiązanych z systemami zabezpieczenia społecznego nie są objęte tym znaczeniem.

Zgodnie z art. 12 dyrektywy 98/34/WE przepis techniczny przyjmowany przez państwo członkowskie musi zawierać odniesienie do niniejszej dyrektywy lub takie odniesienie powinno towarzyszyć jego urzędowej publikacji.

Żadne z postanowień dyrektywy 98/34/WE, a także postanowień TfUE, nie odnosi się do braku notyfikacji przez państwo członkowskie przepisów technicznych ani nie określa skutków braku notyfikacji.

Konsekwencje niedochowania wymogów notyfikacyjnych zostały bowiem ustalone dopiero w orzecznictwie TSUE. I tak począwszy od wyroku z 2 sierpnia 1993 r. w sprawie Komisja przeciwko Republice Włoskiej, C-139/92, TSUE przyjmuje, że naruszenie obowiązku notyfikacji stanowi samodzielną podstawę stwierdzenia uchybienia przez państwo zobowiązaniom traktatowym. Dzieje się tak nawet w sytuacji, gdy nienotyfikowane przepisy techniczne nie są sprzeczne z materialnym regulacjami prawa UE (zob. np. wyrok z 1 czerwca 1994 r. w sprawie Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec, C-317/92).

Co więcej, od wyroku TSUE z 30 kwietnia 1996 r. w sprawie CIA Security International SA przeciwko Signalson SA i Securitel SPRL, C-194/94, uznaje się, że „uchybiecie obowiązkowi notyfikacji stanowiące uchybienie proceduralne przy przyjmowaniu danych przepisów technicznych powoduje bezskuteczność tych przepisów technicznych, co oznacza, że nie można się na nie powoływać wobec jednostki” (pkt 45

uzasadnienia wyroku). TSUE w powyższym wyroku stwierdził, że „celem dyrektywy jest ochrona swobodnego przepływu towarów poprzez uprzednią kontrolę o charakterze prewencyjnym (...). Skuteczność tej kontroli jest tym silniejsza, że dyrektywę należy interpretować w ten sposób, iż naruszenie obowiązku notyfikacji stanowi poważne uchybienie proceduralne, powodujące bezskuteczność spornych przepisów technicznych wobec jednostki” (pkt 48 uzasadnienia wyroku). TSUE przesądził tym samym, że postanowienia dyrektywy 98/34/WE są bezwarunkowe, i dostatecznie precyzyjne, by mogły się na nie powoływać jednostki w stosunku do organów administracji publicznej (relacje wertykalne) w postępowaniu przed sądami i innymi organami krajowymi, a prawo unijne nakazuje sądowi krajowemu odmówić zastosowania przepisu technicznego, który nie został notyfikowany Komisji Europejskiej. Nie ulega wątpliwości, że dla określenia powyższych skutków niedochowania wymagań notyfikacyjnych w odniesieniu do przepisów technicznych, TSUE posłużył się zarówno zasadą pierwszeństwa prawa unijnego, nakazującą przy kolizji norm materialnych zamiast krajowej stosować normę unijną, jak i zasadą bezpośredniego skutku, dającą jednostkom prawo powoływać się na prawo unijne przed sądami. Uznanie bezskuteczności nienotyfikowanych krajowych przepisów technicznych umożliwiła jednak dopiero twórczo rozwijana zasada efektywności, będąca praktycznym wyrazem zasady pierwszeństwa i bezpośredniego skutku, której celem jest umożliwienie jednostkom dochodzenia przed sądami krajowymi pełnego przestrzegania i ochrony wynikającej z prawa unijnego. Wskazany wyrok TSUE zapoczątkował stabilną w tym względzie linię orzecznictwa prejudycjalnego (zob. także np. wyrok z 20 marca 1997 r. w sprawie *Bic Benelux SA przeciwko Belgii*, C-13/96).

Dyrektywa 98/34/WE reguluje zatem dwie podstawowe kwestie, a mianowicie wskazuje czy też przybliża, co należy rozumieć przez pojęcie „przepis techniczny”, oraz określa unijną procedurę notyfikacyjną takich przepisów, a więc tryb, w jakim państwo członkowskie jest zobowiązane do informowania Komisji Europejskiej i innych państw członkowskich o projektowanych przepisach technicznych, a także do uwzględniania proponowanych przez Komisję i inne państwa zmian w ostatecznej wersji projektu. Notyfikacja przepisów technicznych sprowadza się zatem do swoistej „kontroli uprzedniej” projektów aktów normatywnych, podczas której, zgodnie z art. 8 dyrektywy 98/34/WE, Komisja Europejska i państwa członkowskie zgłaszają uwagi i szczegółowe opinie, a państwo notyfikujące „uwzględnia te uwagi tak dalece, jak to możliwe przy kolejnych pracach nad projektem przepisów technicznych”. Nie ulega więc wątpliwości, że notyfikacja, chociaż nie jest tożsama, ma zbliżony charakter do konsultacji, opiniowania, powiadomień czy też wszelkich uzgodnień dotyczących aktów normatywnych lub ich projektów. Unormowanie procedury notyfikacyjnej w aspekcie prawa unijnego obejmuje przede wszystkim samo wprowadzenie tego obowiązku, a także kompetencje instytucji lub organów unijnych, postępowanie prowadzące do oceny przedłożonego projektu aktu normatywnego i wreszcie konsekwencje tego postępowania czy też braku notyfikacji. Notyfikacja w aspekcie prawa krajowego dotyczy przede wszystkim miejsca tego obowiązku w procedurze prawotwórczej, a następnie pozostałych kwestii (zob. S. Biernat, *Wpływ prawa Unii Europejskiej na źródła prawa administracyjnego i procedurę prawodawczą*, [w:] *System prawa administracyjnego, Europeizacja prawa administracyjnego*, t. 3, red.: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2014, s. 605).

Trybunał Konstytucyjny uznaje za konieczne podkreślić, że dyrektywa 98/34/WE została terminowo implementowana do polskiego porządku prawnego rozporządzeniem w sprawie notyfikacji. Rozporządzenie to zostało wydane na podstawie art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 12 września 2002 r. o normalizacji (Dz. U. Nr 169, poz. 1386, ze zm.; jak stanowi art.

12 ust. 2 tej ustawy: „Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, sposób funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych, mając na względzie konieczność precyzyjnego podziału zadań w tym zakresie między właściwe organy administracji rządowej oraz państwowe jednostki organizacyjne w celu realizacji zobowiązań wynikających z wiążących Rzeczpospolitą Polską umów międzynarodowych”). Co więcej, rozporządzenie w sprawie notyfikacji korzysta z domniemania prawidłowości implementacji (zob. wyrok TSUE z 16 grudnia 1993 r. w sprawie Wagner Miret przeciwko Fondo de Garantia Salarial, C-334/92, pkt 20, w którym stwierdzono, że: „Sąd krajowy musi założyć, że w świetle art. 249 akapit 3 WE, Państwo C członkowskie, korzystając z zakresu uznania przyznanego mu na mocy tego przepisu, miało zamiar wykonać w pełni zobowiązania tworzone w ramach danej dyrektywy”), jest więc zgodne treściowo z dyrektywą 98/34/WE. A zatem z perspektywy prawa krajowego zarówno obowiązek notyfikacji, jak i sama procedura oraz konsekwencje z niej wynikające są w pełni uregulowane na poziomie rozporządzenia w sprawie notyfikacji.

Niezależnie jednak od terminowej i prawidłowej transpozycji powyższej dyrektywy do porządku krajowego, TSUE przyjmuje w omówionym wyżej orzecznictwie, że brak notyfikacji przepisów technicznych pociąga za sobą następujące konsekwencje: po pierwsze, jednostki mogą powoływać się przed sądami na niedochowanie przez państwo obowiązku notyfikacji, o którym mowa w dyrektywie 98/34/WE, a sądy krajowe powinny odmawiać stosowania nienotyfikowanych przepisów technicznych. Co więcej, odmowę stosowania przepisów krajowych przez sądy uzasadnia sam fakt niedochowania unijnych procedur opiniowania projektów przepisów technicznych; nie ma znaczenia, czy treść proponowanych przepisów jest zgodna z prawem unijnym. Bezskuteczność przepisów krajowych nie pociąga zatem za sobą zastąpienia ich treści odpowiednimi i adekwatnymi unormowaniami prawa unijnego. Nie mamy bowiem do czynienia z typowym konfliktem treściowym regulacji o charakterze materialnym, ale niestosowaniem przepisów krajowych ze względu na niedochowanie unijnej procedury notyfikacyjnej. Z perspektywy unijnej nie ma jednak znaczenia, czy w rezultacie niestosowania nienotyfikowanych przepisów przez sądy krajowe w danej dziedzinie prawa, czy też jej wycinku, powstanie chaos czy próżnia prawna, istotne jest bowiem, by swoista sankcja bezskuteczności wzmacniała efektywność przestrzegania przez państwa członkowskie wymaganych przez prawo unijne procedur notyfikacji.

4.3. Ustawa o grach hazardowych – uchwalenie ustawy.

Rządowy projekt ustawy o grach hazardowych, zawierający propozycję wprowadzenia do systemu prawnego kwestionowanych w niniejszej sprawie przepisów, w takim brzmieniu, w jakim przepisy te zostały następnie uchwalone i weszły w życie, został wniesiony do Sejmu 12 listopada 2009 r. (druk sejmowy nr 2481/VI kadencja). Do projektu ustawy o grach hazardowych dołączono opinię sekretarza Komitetu Integracji Europejskiej z 12 listopada 2009 r. o zgodności z prawem Unii Europejskiej powyższego projektu. 13 listopada 2009 r. projekt został skierowany do I czytania na posiedzeniu Sejmu. 17 listopada 2009 r. odbyło się I czytanie na posiedzeniu w Sejmie, następnie projekt został skierowany do prac w Komisji Finansów Publicznych (druk sejmowy nr 2508/VI kadencja i 2508-A/VI kadencja). Drugie czytanie odbyło się 19 listopada 2009 r. na posiedzeniu Sejmu, po czym projekt został ponownie skierowany do prac w komisji. Po przedstawieniu sprawozdania komisji, 19 listopada 2009 r. odbyło się III czytanie projektu i na tym posiedzeniu Sejmu projekt został uchwalony. Po uchwaleniu ustawa została przekazana Marszałkowi Senatu. Senat nie wniósł poprawek do ustawy. Prezydent podpisał ustawę o grach hazardowych 26 listopada 2009 r. Ustawa z dnia 19 listopada 2009

r. o grach hazardowych została opublikowana w Dzienniku Ustaw z 30 listopada 2009 r. (Nr 201, poz. 1540) i weszła w życie (z pewnymi wyjątkami) 1 stycznia 2010 r.

Ustawa o grach hazardowych zastąpiła dotychczas obowiązującą ustawę z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych (Dz. U. z 2004 r. Nr 4, poz. 27, ze zm.). W ustawie o grach hazardowych wprowadzono systemowe zmiany dotyczące prowadzenia reglamentowanej prawnie działalności gospodarczej polegającej na organizowaniu gier hazardowych. W nowej ustawie odmiennie niż uprzednio uregulowano możliwość urządzania gier na automatach, w tym o tzw. niskich wygranych. Dotychczas do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie gier na automatach wystarczające było zezwolenie, a działalność taką można było prowadzić w salonach gier czy też w punktach gastronomicznych, handlowych lub usługowych, gdzie umieszczony został automat do gry o niskich wygranych. W ustawie o grach hazardowych odstąpiono od możliwości urządzania gier na wszelkich automatach bez koncesji i poza kasynami gry.

Zgodnie z art. 3 ustawy o grach hazardowych urządzanie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie. W myśl art. 6 ustawy o grach hazardowych działalność w zakresie gier na automatach może być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry, wyłącznie w formie spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, mającej siedzibę na terytorium RP.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych urządzanie gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry. Natomiast w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych karze pieniężnej podlega urządzający gry na automatach poza kasynem gry. W takim przypadku wysokość kary wynosi 12 000 zł od każdego automatu (art. 89 ust. 2 pkt 2 ustawy o grach hazardowych).

Ustawa o grach hazardowych określiła także zasady wygaszania rynku gier na automatach. I tak, w myśl art. 129 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, działalność w zakresie gier na automatach o niskich wygranych oraz gier na automatach urządzanych w salonach gier na podstawie zezwoleń jest prowadzona do czasu wygaśnięcia tych zezwoleń. Umarza się postępowania w sprawie wydania zezwoleń w powyższym zakresie, wszczęte i niezakończone przed dniem wejścia w życie ustawy (art. 129 ust. 2 ustawy o grach hazardowych).

Z uzasadnienia projektu ustawy o grach hazardowych wynika jednoznacznie, że rząd zdecydował się na nowe i kompleksowe uregulowanie obszaru związanego z grami hazardowymi z dwóch zasadniczych powodów, a mianowicie ograniczenia negatywnych skutków hazardu oraz przezwyciężenia istniejących nieprawidłowości i patologii poprzez wzmocnienie kontroli państwa nad rynkiem hazardowym. Rząd uznał wprowadzenie nowej ustawy za konieczne do naprawy obecnego stanu rzeczy, przede wszystkim ze względu na zagrożenia uzależnieniem od hazardu. Problem uzależnienia od hazardu wiąże się z praktycznie nieograniczonym dostępem, także przez osoby nieletnie, do różnorodnych form hazardu, w tym gier na automatach o niskich wygranych. Zwiększeniu ochrony społeczeństwa i praworządności przed negatywnymi skutkami hazardu służyć ma m.in.: odstąpienie od możliwości urządzania gier na wszelkich automatach z elementami losowości poza kasynami gry. Z kolei zwiększeniu pewności i rzetelności podmiotów legalnie prowadzących działalność gospodarczą na rynku hazardowym służyć ma m.in. wprowadzenie restrykcyjnych kar administracyjnych za urządzanie gier wbrew warunkom określonym w ustawie.

Bezsporne jest, że projekt ustawy o grach hazardowych, w tym kwestionowane przepisy, nie został notyfikowany w trybie przewidzianym w dyrektywie 98/34/WE. W toku prac nad tym projektem nie zgłaszano uwag dotyczących konieczności zastosowania

unijnej procedury notyfikacji, o której mowa w dyrektywie 98/34/WE i w rozporządzeniu w sprawie notyfikacji. Odstąpienie od notyfikacji projektu ustawy o grach hazardowych wydaje się świadomą decyzją rządu. Jak wynika z odpowiedzi podsekretarza stanu w Ministerstwie Finansów na interpelację poselską nr 7251, na etapie przygotowania projektu ustawy o grach hazardowych część przepisów, która w opinii ekspertów podlegała obowiązkowi notyfikacji, została wyodrębniona z projektu. W pozostałym zakresie uznano natomiast, że nie ma obowiązku notyfikacji. Notyfikacji Komisji Europejskiej 16 września 2010 r. został poddany rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 3860/VI kadencja) zawierający szereg ograniczeń dotyczących rynku gier i zakładów wzajemnych. W uzasadnieniu tego projektu wskazano, że zawiera on przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE i dlatego celowo wyjęto je z pierwotnego projektu ustawy o grach hazardowych, aby umożliwić to „przeprowadzenie procesu legislacyjnego i uchwalenie przepisów ustawy o grach hazardowych, które nie podlegały obowiązkowi notyfikacji” (druk sejmowy nr 3860/VI kadencja).

4.4. Następstwa wyroku TSUE z 19 lipca 2012 r. w połączonych sprawach Fortuna sp. z o.o., Grand sp. z o.o. i Forta sp. z o.o. przeciwko Dyrektorowi Izby Celnej w Gdyni (C-213/11; C-214/11 i C-217/11).

Kwestia braku notyfikacji przez Polskę projektu ustawy o grach hazardowych Komisji Europejskiej stanowiła tło wniesionego przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku do TSUE wniosku o wydanie, na podstawie art. 267 TfUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym. WSA w Gdańsku postanowieniem z 16 listopada 2010 r. (sygn. akt III SA/Gd 261/10) wniósł o dokonanie wykładni art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE w kontekście rozpoznawanych spraw dotyczących odmowy przez Dyrektora Izby Celnej w Gdyni zmiany, przedłużenia i wydania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych.

TSUE w wyroku z 19 lipca 2012 r. w połączonych sprawach Fortuna sp. z o.o., Grand sp. z o.o. i Forta sp. z o.o. przeciwko Dyrektorowi Izby Celnej w Gdyni (C-213/11; C-214/11 i C-217/11; dalej: Fortuna i inni) orzekł, że art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE należy interpretować w ten sposób, że „przepisy krajowe tego rodzaju, jak przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, które mogą powodować ograniczenie, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, stanowią potencjalnie «przepisy techniczne» w rozumieniu tego przepisu, w związku z czym ich projekt powinien zostać przekazany Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1 akapit pierwszy wskazanej dyrektywy, w wypadku ustalenia, iż przepisy te wprowadzają warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktu. Dokonanie tego ustalenia należy do sądu krajowego”.

W uzasadnieniu powyższego wyroku TSUE powołał się w pierwszej kolejności na wyrok z 26 października 2006 r. wydany w sprawie Komisja przeciwko Grecji, C-65/05, w którym uznał, że przepisy zakazujące prowadzenia gier elektrycznych, elektromechanicznych i elektronicznych w jakichkolwiek miejscach publicznych i prywatnych z wyjątkiem kasyn należy uznać za przepisy techniczne, w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE. Następnie kategorycznie stwierdził, że w związku z powyższym „przepis tego rodzaju jak art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, zgodnie z którym urządzenie gier na automatach dozwolone jest jedynie w kasynach gry, należy uznać za «przepis techniczny» w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE”.

TSUE dalej uzasadniając powyższy wyrok, stwierdził, że przepisy przejściowe ustawy o grach hazardowych, które zakazują wydawania, przedłużenia i zmiany zezwoleń

na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami, mogą bezpośrednio wpływać na obrót tymi automatami. TSUE wskazał, że w tych okolicznościach zadaniem sądu krajowego jest ustalić, czy takie zakazy mogą wpływać w sposób istotny na właściwości i sprzedaż tych automatów. Dokonując powyższych ustaleń, sąd krajowy powinien uwzględnić, zdaniem TSUE, między innymi tę okoliczność, że ograniczeniu liczby miejsc, gdzie dopuszczalne jest prowadzenie gier na automatach o niskich wygranych, towarzyszy zmniejszenie ogólnej liczby kasyn. A także, w opinii TSUE, sąd krajowy powinien ustalić, czy automaty do gier o niskich wygranych mogą zostać przeprogramowane na automaty o wyższych wygranych w celu wykorzystania ich w kasynach, co mogłoby wpłynąć w sposób istotny na właściwości tych automatów.

WSA w Gdańsku, który wystąpił z pytaniem prejudycjalnym, wydał wyrok z 19 listopada 2012 r. (sygn. akt III SA/Gd 569/12, Lex nr 1234811) uchylający zapadłe w postępowaniu administracyjnym decyzje organów obu instancji w zakresie, w jakim rozstrzygnęły one o odmowie zmiany zezwolenia na urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych. Sąd stwierdził, że przepisy ustawy o grach hazardowych wywarły istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktu, jakim jest automat o niskich wygranych, który po upływie ważności zezwoleń będzie mógł być wprowadznie dalej wykorzystywany, ale tylko w kasynach i w niewielkiej liczbie (w skali kraju – 3640, czyli 6,9% automatów o niskich wygranych faktycznie eksploatowanych pod koniec 2009 r.). Pozostałe automaty o niskich wygranych będą musiały zostać przeprogramowane na umieszczane w kasynach „automaty wysokohazardowe” albo na umieszczane poza kasynami automaty do gier zręcznościowych. W obu wypadkach nastąpi więc zasadnicza zmiana właściwości urządzenia. W tych okolicznościach sąd uznał, że ustawa o grach hazardowych zawiera przepisy techniczne, a zatem powinna być zostać notyfikowana.

Powyższy wyrok TSUE w sprawie Fortuna i inni stał się także inspiracją dla polskich sądów administracyjnych, a w pewnej mierze także sądów karnych, które zaczęły wydawać liczne wyroki, oceniając przepisy ustawy o grach hazardowych najpierw pod względem ich „techniczności”, a następnie bezskuteczności z uwagi na brak notyfikacji według procedury przewidzianej w dyrektywie 98/34/WE.

W orzecznictwie sądowoadministracyjnym wystąpiły jednak znaczące rozbieżności. I tak, jedne sądy administracyjne uznają, że art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jest przepisem technicznym (tak np. WSA w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku z 30 stycznia 2013 r., sygn. akt II SA/Go 990/12, Lex nr 1270417; WSA w Gliwicach w wyroku z 11 lutego 2013 r., sygn. akt III SA/Gl 1611/12, Lex nr 1312484), inne natomiast stwierdzają, że przepis ten nie ma charakteru technicznego i nie podlega procedurze uprzedniej notyfikacji (tak np. WSA we Wrocławiu w wyroku z 10 października 2013 r., sygn. akt III SA/Wr 496/13, Lex nr 1388032; WSA w Warszawie w wyroku z 17 grudnia 2012 r., sygn. akt VI SA/Wa 1899/12, Lex nr 1332200), wreszcie NSA najczęściej po prostu uchyla zaskarżone wyroki sądów niższej instancji i przekazuje sprawy do ponownego rozpoznania, zobowiązując do zbadania, czy przepisy ustawy o grach hazardowych mają charakter techniczny w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE (tak np. wyroki NSA: z 18 września 2013 r., sygn. akt II GSK 89/11, Lex nr 1559039; z 20 września 2013 r., sygn. akt II GSK 737/11, Lex nr 1558948; z 25 września 2013 r., sygn. akt II GSK 380/11, Lex nr 1558769 oraz z 14 marca 2014 r., sygn. akt II GSK 1527/12, Lex nr 1488063).

W odniesieniu do sądów karnych pierwszorzędne znaczenie ma postanowienie SN z 28 listopada 2013 r., w którym SN odmówił wprowadznie podjęcia uchwały dotyczącej zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy, stwierdził natomiast, że naruszenie wynikające z dyrektywy 98/34/WE obowiązku notyfikacji przepisów

technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być zbadana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Jeżeli zatem w konkretnym postępowaniu sąd dochodzi do wniosku, że doszło do takiej wadliwości trybu ustawodawczego, może nie stosować tych przepisów tylko w ten sposób, że zawiesi prowadzone postępowanie, w którym miałyby one zastosowanie i skieruje stosowne pytanie do Trybunału Konstytucyjnego. W postanowieniu z 28 listopada 2013 r. Sąd Najwyższy podkreślił, że „Konstytucja nie przewiduje, by notyfikacja była kryterium ważności stanowiących w Polsce przez parlament norm prawnych, a tym samym nie warunkuje obowiązywania tych norm. Także TSUE (...) w swoim orzecznictwie wykluczał takie konsekwencje naruszenia obowiązku notyfikacji”. Zdaniem Sądu Najwyższego, „uzasadnione jednak jest twierdzenie, że z uwagi na wagę i charakter obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej projektu regulacji prawnych zawierających przepisy techniczne stanowi on w istocie element konstytucyjnego trybu stanowienia ustaw, a jego naruszenie może być kwestionowane właśnie jako naruszenie konstytucyjnego trybu ustawodawczego. Jednocześnie, z uwagi na mające swoje uzasadnienie w zasadzie pewności prawa, powszechnie akceptowane w polskim systemie prawa domniemanie konstytucyjności ustawy oraz skoncentrowaną kontrolę badania tej konstytucyjności, Trybunał Konstytucyjny jest jedynym organem władnym do stwierdzenia naruszenia trybu ustawodawczego i uchylenia z tego powodu wadliwie ustanowionej ustawy”. W ocenie Sądu Najwyższego, „nie mogą tego czynić samodzielnie sądy powszechne, sądy administracyjne, sądy wojskowe czy też Sąd Najwyższy, odmawiając stosowania prawa. Sądy te – i to przede wszystkim sądy I instancji – mają natomiast prawo (i obowiązek) zwrócić się do Trybunału Konstytucyjnego ze stosownym pytaniem prawnym kwestionującym dochowanie trybu ustawodawczego, z uwagi na niespełnienie obowiązku notyfikacji określonego przepisu, zawieszając jednocześnie postępowanie, w którym miałyby dojść do zastosowania wadliwie ustanowionego przepisu. W ten sposób dojdzie także do zrealizowania wskazywanej przez ETS konsekwencji niedopełnienia obowiązku notyfikacji w postaci niestosowania przepisu technicznego, który podlegał takiemu obowiązkowi. (...) Jeżeli wyrok Trybunału Konstytucyjnego potwierdzi wątpliwości sądu, wówczas dojdzie do formalnego uchylenia tego przepisu z uwagi na wadliwość trybu ustawodawczego i ostateczny brak podstaw do jego stosowania”. Stanowisko SN wyrażone w postanowieniu z 28 listopada 2013 r. jest reprezentatywne w odniesieniu do Sądu Najwyższego (por. np. wyrok SN z 8 stycznia 2014 r., sygn. akt IV KK 183/13, Lex nr 1409532) i zostało co do zasady podzielone przez sądy karne niższej instancji, które w imponującej liczbie poczęły wnosić do TK stosowne pytania prawne.

Nie ulega zatem wątpliwości, że zarówno pytanie prawne NSA, jak i pytanie sądu rejonowego przedłożone w niniejszej sprawie, stanowią „pokłosie” omówionego wyżej wyroku TSUE w sprawie *Fortuna i inni*. Można bowiem z dużą dozą prawdopodobieństwa domniemywać, że gdyby nie wskazany wyrok TSUE, polskie sądy administracyjne i karne mogłyby nie stanąć przed problemem stosowania czy też niestosowania obowiązujących przecież przepisów ustawy o grach hazardowych.

Trybunał Konstytucyjny uznał zatem za konieczne podkreślić, że w myśl art. 267 TfUE kompetencje TSUE w zakresie orzekania w trybie prejudycjalnym sprowadzają się do wykładni traktatów oraz ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne UE. Z art. 267 TfUE wynika dość jasny podział kompetencji – TSUE dokonuje wykładni przepisów unijnych, wiążącej sąd krajowy w sprawie, w związku z którą wniósł pytanie prejudycjalne. Sąd krajowy z kolei dokonuje wykładni prawa krajowego, a następnie w drodze subsumcji stosuje prawo unijne do określonego stanu faktycznego. Oznacza to, że sądy krajowe nie są właściwe do dokonywania

interpretacji budzących wątpliwości przepisów unijnych, a TSUE nie jest uprawniony ani do stosowania prawa unijnego do konkretnej sprawy, ani też wyjaśniania stanu faktycznego, będącego przedmiotem rozpoznania sądu krajowego. Przyjmuje się natomiast, że TSUE może, dokonując wykładni prawa unijnego, wyposażać sąd krajowy w stosowne dyrektywy interpretacyjne wiążące się z prawem unijnym, które mogą być użyteczne w danej sprawie, zawisłej przed sądem pytającym. TSUE nie ma jednak z całą pewnością kompetencji do dokonywania wykładni, tym bardziej wiążącej, prawa krajowego ani też orzekania o jego obowiązywaniu. Wykładnia przepisów krajowych należy bowiem do sądów krajowych. Orzeczenie TSUE w kwestii wykładni lub ważności prawa unijnego jest wiążące z chwilą ogłoszenia dla sądu państwa członkowskiego, który wniósł pytanie prejudycjalne. Oznacza to, że sąd krajowy jest zobowiązany w danej sprawie zastosować przepisy unijne w znaczeniu ustalonym w orzeczeniu TSUE. Z reguły sąd krajowy bierze także pod uwagę sformułowane przez TSUE wskazówki interpretacyjne wiążące się z prawem unijnym. Orzeczenie TSUE wydane w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne nie ma skuteczności *erga omnes*, nie jest wprost wiążące dla innych sądów krajowych czy też innych organów publicznych. Nie ulega jednak wątpliwości, że oddziałuje na orzecznictwo innych sądów krajowych siłą autorytetu samego TSUE oraz mocą argumentów użytych w orzeczeniu prejudycjalnym. Sądy krajowe oraz inne organy publiczne nie powinny bowiem co do zasady przyjmować odmiennej interpretacji prawa unijnego niż ustalona w orzecznictwie TSUE. Z drugiej jednak strony nie jest wykluczone, aby ten sam sąd, który złożył już pytanie prejudycjalne, a także inny sąd krajowy ponownie wniósł takie pytanie do TSUE, jeżeli ma poważne trudności z wykładnią i zastosowaniem orzeczenia, pojawią się nowe wątpliwości dotyczące rozumienia przepisu czy też nowe okoliczności, które mogą doprowadzić do wydania odmiennego niż dotychczas orzeczenia przez TSUE.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy podkreślić, że wyrok TSUE w sprawie Fortuna i inni był bez wątpienia wiążący dla Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku, który wniósł pytanie prejudycjalne. Zakres związania powyższym wyrokiem TSUE ograniczał się jednak z natury rzeczy do wykładni prawa unijnego, a więc rozumienia art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE. W wyroku tym TSUE przyjął, dokonując *de facto* również interpretacji prawa krajowego, że przepisy tego rodzaju, jak przepisy ustawy o grach hazardowych, „które mogą powodować ograniczenie, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, stanowią potencjalnie «przepisy techniczne»”, w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE. W sentencji powyższego wyroku TSUE stwierdził jednak jednoznacznie, że: „Dokonanie tego ustalenia należy do sądu krajowego”. To sąd krajowy miał dopiero ustalić, czy potencjalnie techniczne przepisy rzeczywiście „wprowadzają warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktu”. W uzasadnieniu tego orzeczenia TSUE wskazał także sądowi krajowemu wytyczne, pomagające ocenić, czy mające zastosowanie w danej sprawie przepisy ustawy o grach hazardowych mają charakter przepisów technicznych, w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE. TSUE, orzekając w sprawie Fortuna i inni nie mógł rozstrzygnąć, czy przepisy krajowe ustawy o grach hazardowych mają charakter technicznych, kompetencja w tym zakresie należy bowiem do sądów krajowych. To sądy krajowe dokonują interpretacji prawa krajowego. Stąd też za nieuprawnione należy uznać wszelkie wypowiedzi TSUE, w których kategorycznie oceniał przepisy ustawy o grach hazardowych. Wypada bowiem jeszcze raz z całą mocą podkreślić, że TSUE nie miał kompetencji do oceny, czy konkretne przepisy, np. art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, mają charakter przepisów technicznych. Tym samym wyrokowi TSUE w sprawie Fortuna i inni nie można przypisywać waloru rozstrzygnięcia

co do technicznego charakteru niektórych przepisów ustawy o grach hazardowych wiążącego wszystkie sądy krajowe i inne organy publiczne. Zakres oddziaływania powyższego wyroku na ewentualne orzecznictwo krajowe sprowadza się jedynie do tego, że niektóre przepisy ustawy o grach hazardowych z perspektywy art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE mogą być potencjalnie, a więc hipotetycznie, „techniczne”. Rozstrzygnięcie tej kwestii należy jednak wyłącznie do sądu orzekającego w danej sprawie i stosującego przepisy krajowe ustawy o grach hazardowych. Sąd ten może oczywiście, uznając rację argumentów zawartych w wyroku TSUE w sprawie Fortuna i inni, wziąć pod uwagę także wskazówki zawarte w tym wyroku związane z prawem unijnym. Kwestia technicznego charakteru niektórych przepisów ustawy o grach hazardowych nie została jednak absolutnie przesądzona w wyroku TSUE w sprawie Fortuna i inni, a wręcz przeciwnie, jak stwierdzono w sentencji tego wyroku, dokonanie tego ustalenia należy do sądów krajowych.

4.5. Konstytucyjny tryb ustawodawczy a procedura notyfikacyjna przewidziana w dyrektywie 98/34/WE.

Przechodząc do oceny zgodności art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych z art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji z perspektywy dochowania konstytucyjnego trybu ustawodawczego, Trybunał Konstytucyjny pragnie jeszcze raz podkreślić, że oba sądy pytające chcą w istocie otrzymać odpowiedzi na pytania: po pierwsze, czy wymagania dotyczące notyfikacji Komisji Europejskiej tzw. przepisów technicznych, o których mowa w dyrektywie 98/34/WE, stanowią element konstytucyjnego trybu ustawodawczego, po drugie, jakie są z perspektywy konstytucyjnej konsekwencje ich niedochowania.

W związku z tym Trybunał Konstytucyjny uznał za konieczne powtórzyć, że orzeczenie naruszenia konstytucyjnego trybu ustawodawczego oznacza, iż ustawa, czy też poszczególne jej przepisy, przestają obowiązywać (zob. np. wyrok TK z 16 lipca 2009 r., sygn. Kp 4/08). Co więcej, zgodnie z art. 42 ustawy o TK: „Orzekając o zgodności aktu normatywnego (...) z Konstytucją, Trybunał bada zarówno treść takiego aktu (...), jak też kompetencję oraz dochowanie trybu wymaganego przepisami prawa do wydania aktu”.

Mając powyższe cały czas na względzie, Trybunał Konstytucyjny przypomina, że co do zasady konstytucyjny tryb stanowienia ustaw został uregulowany w art. 112, art. 118-124 Konstytucji, a więc od momentu wniesienia projektu ustawy do Sejmu, aż do zarządzenia przez Prezydenta ogłoszenia uchwalonej ustawy w Dzienniku Ustaw. Nie ulega też wątpliwości, że konstytucyjne unormowanie nie jest zupełne i nie obejmuje całego trybu stanowienia ustawy. Zawiera jednak podstawowe elementy tego trybu i formułuje z perspektywy konstytucyjnej zasady nadrzędne. Nietrudno zauważyć, że żaden z przepisów konstytucyjnych, oprócz inicjatywy ustawodawczej, nie normuje wprost etapu poprzedzającego wniesienie projektu ustawy do Sejmu, a w szczególności wszelkich obowiązków konsultacyjnych czy też opiniodawczych w zakresie tekstu mającego stać się dopiero projektem ustawy. To dopiero dzięki orzecznictwu TK, poczynwszy od wyroku w sprawie o sygn. K 3/98, przyjmuje się, że elementy konstytucyjnego trybu stanowienia ustaw zawierają także ustawy zwykłe, a także postanowienia regulaminów Sejmu i Senatu, w zakresie, w jakim Konstytucja się do nich odwołuje. Stąd też np. ustawowy obowiązek opiniowania przez KRS projektów ustaw, stanowić może konstytucyjny element trybu ustawodawczego w zakresie, w jakim znajduje zakotwiczenie w art. 186 Konstytucji (zob. wyrok o sygn. Kp 4/09). Istnieje jakościowa różnica między obowiązkiem opiniowania wynikającym z Konstytucji a analogicznym obowiązkiem ustawowym, który tworzy jedynie element ustawowego, a nie konstytucyjnego, trybu ustawodawczego. Uchybienie

obowiązkowi opiniowania wynikającemu jedynie z ustawy jest nieprawidłowością, która nie prowadzi jednak do naruszenia konstytucyjnego standardu postępowania legislacyjnego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Trybunał Konstytucyjny uznał, że notyfikacja tzw. przepisów technicznych, o której mowa w dyrektywie 98/34/WE, implementowanej do polskiego porządku prawnego rozporządzeniem w sprawie notyfikacji, nie stanowi elementu konstytucyjnego trybu ustawodawczego. Jest oczywiste, że żaden z przepisów Konstytucji nie normuje tej kwestii ani też nie odwołuje się do niej wprost czy nawet pośrednio. Notyfikacja tzw. przepisów technicznych jest bowiem przede wszystkim unijną procedurą, w jakiej państwo członkowskie jest zobowiązane do informowania Komisji Europejskiej i innych państw członkowskich o projektowanych przepisach technicznych, a także do uwzględniania zgłoszonych przez nie szczegółowych opinii i uwag „tak dalece, jak to będzie możliwe przy kolejnych pracach nad projektem przepisów technicznych” – art. 8 ust. 2 dyrektywy 98/34/WE. Notyfikacja, jako unijna procedura swoistej „uprzedniej kontroli”, w której dochodzi do opiniowania i zgłaszania uwag przez Komisję Europejską oraz inne państwa członkowskie dotyczących przepisów technicznych, mających stanowić dopiero projekt ustawy, nie ma zakotwiczenia w Konstytucji. Powyższe ewidentne stanowisko zdaje się też dzielić, drugi sąd pytający, powołując się na stosowny fragment postanowienia z 28 listopada 2013 r., w którym SN uznał, że „Konstytucja nie przewiduje, by notyfikacja była kryterium ważności stanowiących w Polsce przez parlament norm prawnych, a tym samym nie warunkuje obowiązywania tych norm”. Notyfikacja przepisów technicznych określona w dyrektywie 98/34/WE, implementowanej rozporządzeniem w sprawie notyfikacji, nie jest elementem konstytucyjnej procedury ustawodawczej. Stąd też dochowanie czy też niedochowanie procedury notyfikacyjnej nie ma wpływu na ocenę dochowania konstytucyjnego trybu stanowienia ustawy. Trybunał Konstytucyjny uznał tym samym, że brak notyfikacji projektu ustawy o grach hazardowych nie stanowił naruszenia takich reguł stanowienia ustaw, które mają swoje wyraźne źródło w przepisach Konstytucji i które dotyczyłyby w sensie treściowym konstytucyjnego trybu ustawodawczego.

Trybunał Konstytucyjny w orzecznictwie przyjmuje jednak, że dochowanie obowiązku opiniowania czy też konsultowania projektów ustaw, uregulowanego na poziomie ustaw zwykłych, podlega ocenie Trybunału Konstytucyjnego, nawet jeśli nie jest wymogiem konstytucyjnie określonego trybu ustawodawczego. Elementy trybu prawodawczego, które nie wynikają z konstytucyjnych standardów postępowania legislacyjnego, podlegają bowiem także kontroli Trybunału Konstytucyjnego (co zostało potwierdzone pierwszy raz w wyroku o sygn. K 3/98). Trybunał swoją kompetencję do badania pełnego dochowania wszystkich elementów procedury prawodawczej, które w szczególności sformułowane zostały w przepisach o randze ustawowej i w przepisach regulaminów parlamentarnych, wywodzi z art. 42 ustawy o TK. W orzecznictwie TK przyjmuje się, że naruszenie obowiązków konsultacyjnych czy też opiniodawczych dotyczących projektu ustawy może być rozpatrywane w kategoriach naruszenia zasady demokratycznego państwa prawnego – art. 2 Konstytucji oraz zasady legalizmu – art. 7 Konstytucji, która nakłada na wszystkie organy władzy publicznej obowiązek działania na podstawie i w granicach prawa.

Co więcej, w dotychczasowym orzecznictwie przyjęto, że „Nie można przy tym wykluczyć kontroli ustawy z perspektywy dochowania elementów procedury ustawodawczej polskiego prawa krajowego uregulowanych w aktach prawa unijnego” (TK w wyroku o sygn. K 33/12, powołując się na wyrok o sygn. Kp 4/08).

Uwzględniając powyższe stabilne orzecznictwo, Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że notyfikacja przepisów technicznych, o której mowa zarówno w dyrektywie 98/34/WE,

jak i implementującym ją do porządku krajowego rozporządzeniu w sprawie notyfikacji, nie jest wprost tożsama z opiniowaniem lub konsultowaniem projektów ustaw, wykazuje jednak bez wątpienia cechy podobne i ma, jak to wskazano wyżej, charakter zbliżony do konsultacji, powiadomień czy też uzgodnień dotyczących projektów aktów normatywnych. Należy bowiem jeszcze raz podkreślić, że państwo notyfikujące informuje Komisję o projektach przepisów technicznych, a Komisja i inne państwa członkowskie przedkładają szczegółowe opinie lub uwagi, które państwo uwzględnia tak dalece, jak to będzie możliwe przy kolejnych pracach nad projektem przepisów technicznych (zob. art. 8 dyrektywy 98/34/WE). W przypadku notyfikacji przepisów technicznych mamy zatem do czynienia z procedurą podobną do opiniowania czy też konsultowania projektów ustaw, stąd też Trybunał Konstytucyjny wziął pod uwagę wymogi wynikające z orzecznictwa TK dotyczącego tej problematyki.

Odnosnie oceny dochowania trybu ustawodawczego w kontekście obowiązków o charakterze konsultacyjno-opiniodawczym Trybunał sformułował w wyroku o sygn. K 10/09 ogólne reguły. I tak, w pierwszej kolejności, badając zarzut naruszenia procedury prawodawczej, na tle konkretnej sprawy, Trybunał powinien wziąć „pod uwagę usytuowanie w systemie źródeł prawa aktu normatywnego, w którym statuowane są uprawnienia konsultacyjne, materię, której dotyczy obowiązek konsultacyjny, etap prac legislacyjnych, na którym zaniechano konsultacji, kumulowanie i częstotliwość naruszeń, faktyczny udział organów opiniodawczych w postępowaniu legislacyjnym”. Co więcej, nie ulega wątpliwości, że „jakościowo cięższym» uchybieniem w procedurze legislacyjnej jest zlekceważenie powinności konstytucyjnej”. Naruszenie obowiązku opiniowania czy też konsultacji nie oznacza samo przez się naruszenia Konstytucji. Trzeba bowiem pamiętać, że „uchwalanie ustaw należy z mocy Konstytucji do Sejmu, a rola podmiotów, którym przyznano prawo opinii, ogranicza się do zajęcia stanowiska pozwalającego Sejmowi na orientację w ich poglądach”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Trybunał stwierdził, że wymóg uprzedniej notyfikacji projektów przepisów technicznych jest statuowany na poziomie dyrektywy 98/34/WE i implementującego ją rozporządzenia w sprawie notyfikacji. Jednak wbrew twierdzeniom NSA, sam fakt ujęcia obowiązku notyfikacji w dyrektywie unijnej nie oznacza jeszcze, że mamy do czynienia ze szczególnie wysoką, bo międzynarodową i ponadustawową, rangą procedury notyfikacji. Art. 91 ust. 3 Konstytucji stanowi, że: „Jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodową, prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami”. Należy przypomnieć, że dyrektywa 98/34/WE, podobnie jak inne dyrektywy, stanowi akt prawa pochodnego Unii Europejskiej, którego mocą państwa członkowskie zostają zobowiązane do implementacji określonych regulacji prawnych, służących osiągnięciu wskazanego w dyrektywie celu. Zgodnie z art. 288 TfUE, dyrektywa jest wiążąca dla państw członkowskich, do których jest skierowana, musi jednak przejść transpozycję do prawa krajowego. Dyrektywy unijne co do zasady nie podlegają więc bezpośredniemu stosowaniu. O bezpośrednim stosowaniu dyrektyw może być mowa tylko wtedy, gdy nie została ona terminowo lub należycie transponowana do porządku krajowego, a jej konkretne postanowienia nadają się do takiego stosowania. Wreszcie dyrektywa może także wywierać bezpośredni skutek na poziomie wertykalnym, a więc w relacjach jednostka – państwo. Z kolei o ewentualnym pierwszeństwie dyrektywy w zakresie jej stosowania przed przepisami ustawowymi można mówić tylko w wypadku konfliktu merytorycznego, treściowego obu aktów prawnych. Dyrektywy nie mają zatem z natury rzeczy rangi hierarchicznie wyższej niż ustawy. Dyrektywy nie są z perspektywy konstytucyjnej prawem lepszym lub też ważniejszym

merytorycznie i aksjologicznie niż przepisy polskich ustaw. Dlatego też wymóg notyfikacji wynikający z dyrektywy 98/34/WE nie jest ważniejszy lub bardziej istotny niż analogiczny obowiązek wynikający z ustawy zwykłej.

Uwzględniając powyższe, Trybunał Konstytucyjny uznał, że obowiązek notyfikacji Komisji i innym państwom członkowskim, o którym mowa w dyrektywie 98/34/WE, nie jest uprzywilejowany w stosunku do wszelkich innych podobnych obowiązków opiniowania i konsultowania wynikających z ustaw zwykłych. Z tej tylko racji, że został ujęty w dyrektywie 98/34/WE, nie może być podniesiony, czy też zrównany z wymogami konstytucyjnego trybu ustawodawczego. Co więcej, z perspektywy prawa krajowego wymóg uprzedniej notyfikacji wynika przede wszystkim z rozporządzenia w sprawie notyfikacji, które korzysta w tym względzie z domniemania prawidłowej implementacji, jego ranga jest jednak niższa niż ustawy.

Jak wskazano wyżej, notyfikacja przepisów technicznych jest unijną procedurą swoistej „kontroli przewencyjnej” projektów prawa krajowego przez Komisję Europejską, służącą sprawdzeniu, czy proponowana regulacja nie narusza swobodnego przepływu towarów i usług. Z tej też racji notyfikacji Komisji Europejskiej i innym państwom członkowskim podlegają tylko i wyłącznie projekty przepisów technicznych, a więc takich, które co do zasady mogą ograniczać szeroko rozumianą swobodę przepływu towarów. Dyrektywa 98/34/WE nie definiuje jednak w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, co należy rozumieć przez przepis techniczny. Wręcz przeciwnie, określenie przepisu technicznego w art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE jest raczej nieprecyzyjne, wielokrotnie złożone i nieostre, stąd też jest często dookreślane w orzecznictwie TSUE. Notyfikację tzw. przepisów technicznych Komisji Europejskiej należy postrzegać jako unijną procedurę kontrolną. Nie jest to jednak współdecydowanie Komisji i innych państw członkowskich o ostatecznym kształcie stanowionych w porządku krajowym ustaw. Należy bowiem jeszcze raz podkreślić, że zgodnie z art. 8 ust. 2 dyrektywy 98/34/WE państwo notyfikujące jest zobowiązane do uwzględnienia szczegółowych opinii lub uwag Komisji Europejskiej i innych państw członkowskich „tak dalece, ja to będzie możliwe”.

Bezsporne jest, że projekt ustawy o grach hazardowych, w tym zawarte w nim i kwestionowane w niniejszej sprawie przepisy, nie został notyfikowany Komisji w trybie przewidzianym w dyrektywie 98/34/WE ani rozporządzeniu w sprawie notyfikacji. Nie ma jednak pewności, że taki obowiązek obciążał rząd w odniesieniu do projektowanej ustawy. Nie sposób bowiem jednoznacznie ustalić, czy zawarte w niej przepisy miały rzeczywiście charakter techniczny, w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE i rozporządzenia w sprawie notyfikacji. Jest bowiem oczywiste, że o ewentualnym naruszeniu procedury notyfikacji może być mowa dopiero wtedy, gdy dojdzie to stwierdzenia, że mamy do czynienia z przepisami technicznymi. Nie ulega wątpliwości, że notyfikacji, o której mowa w dyrektywie 98/34/WE i implementującym ją rozporządzeniu w sprawie notyfikacji, podlegają wyłącznie przepisy techniczne. Ocena dochowania procedury notyfikacyjnej wchodzi w grę dopiero w momencie stwierdzenia, że mamy do czynienia z przepisem czy też przepisami technicznymi. Do kompetencji Trybunału Konstytucyjnego nie należy jednak dokonywanie wiążącej wykładni kwestionowanych przepisów z perspektywy ich potencjalnego i hipotetycznego charakteru technicznego. Jak słusznie podkreślił TSUE w wyroku w sprawie Fortuna i inni dokonanie tego ustalenia należy do sądów krajowych, a więc sądów administracyjnych i karnych, które będą stosować przepisy ustawy o grach hazardowych, rozstrzygając konkretne sprawy.

Trybunał Konstytucyjny uważa jednak za konieczne podkreślić, że właśnie ze względu na nieprecyzyjność pojęcia przepisów technicznych, użytego w dyrektywie 98/34/WE i implementowanego w rozporządzeniu w sprawie notyfikacji, we wszystkich

sytuacjach wątpliwych ostrożność nakazywałaby uczynić zadość wymogom notyfikacji potencjalnych przepisów technicznych Komisji Europejskiej. W takiej też sytuacji Sejm, podejmując decyzję co do uchwalenia projektowanej ustawy, mógłby skorzystać ze szczegółowych opinii lub uwag przedstawionych w tym względzie przez Komisję lub inne państwa członkowskie. Jest to tym bardziej istotne, że w obecnym stanie prawnym brak jest przepisów odnoszących się do problemu notyfikacji przepisów technicznych na etapie prac legislacyjnych w Sejmie, czy też normujących kwestię notyfikacji przepisów technicznych zawartych w projektach ustaw wnoszonych do Sejmu przez inne podmioty niż rząd. A co najważniejsze, można by uniknąć wszelkich konsekwencji związanych z brakiem notyfikacji, przede wszystkim mającego miejsce chaosu prawnego w zakresie stosowania ustawy o grach hazardowych przez sądy. Nie można bowiem nie zauważyć, że brak uprzedniej notyfikacji projektu ustawy o grach hazardowych jest formalnym aspektem wykorzystywanym przez niektórych przedsiębiorców działających w branży hazardowej do podejmowania prób wyeliminowania z obrotu prawnego przepisów, które reglamentują ich działalność. Wskazane wyżej zróżnicowanie orzecznictwa sądowego w zakresie stosowania kwestionowanych przepisów ustawy o grach hazardowych z całą pewnością nie prowadzi do wzmocnienia takich wartości, jak pewność i bezpieczeństwo prawne.

Biorąc powyższe od uwagę, Trybunał Konstytucyjny uznał, że notyfikacja tzw. przepisów technicznych, o której mowa w dyrektywie 98/34/WE i rozporządzeniu w sprawie notyfikacji, nie stanowi elementu konstytucyjnego trybu ustawodawczego.

Trybunał Konstytucyjny uznał także, że brak notyfikacji kwestionowanych przepisów art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych nie stanowi takiego naruszenia pozakonstytucyjnej procedury ustawodawczej, które byłoby równoznaczne z naruszeniem art. 2 i art. 7 Konstytucji.

Należy bowiem stwierdzić, że ewentualne niedopełnienie obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej, a więc hipotetyczne zaniechanie 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 jakościowa różnica między obowiązkiem opiniowania wynikającym z Konstytucji a analogicznym obowiązkiem tylko ustawowym, który tworzy jedynie element ustawowego, a nie konstytucyjnego, trybu ustawodawczego. Tym większa różnica istnieje między obowiązkiem opiniowania zakotwiczonym w Konstytucji a dopiero hipotetycznym obowiązkiem notyfikacji przepisów technicznych, o którym mowa w dyrektywie 98/34/WE. Uchybienie obowiązkowi opiniowania wynikającemu jedynie z ustawy jest zazwyczaj nieprawidłowością, która nie prowadzi jednak do naruszenia konstytucyjnego standardu postępowania legislacyjnego. Tym bardziej uchybienie ewentualnemu obowiązkowi notyfikowania Komisji Europejskiej potencjalnych przepisów technicznych nie może samo przez się prowadzić do naruszenia konstytucyjnych zasad demokratycznego państwa prawnego – art. 2 Konstytucji oraz legalizmu – art. 7 Konstytucji.

Powyższego ustalenia Trybunału Konstytucyjnego nie zmienia ocena kwestionowanych przepisów ustawy o grach hazardowych także z perspektywy art. 9 Konstytucji, powołanego jako tzw. przepis związkowy, zgodnie z którym Rzeczpospolita przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego. Należy bowiem podzielić stanowisko zawarte w wyroku o sygn. K 33/12, że „Konstytucja określa relacje między prawem międzynarodowym i prawem krajowym przede wszystkim zgodnie z zasadami dobra wspólnego, suwerenności, demokracji, państwa prawnego oraz przychylności prawa

krajowego prawa międzynarodowemu. W oparciu o te zasady można wyprowadzić wnioski, że Polska otwiera się na porządek międzynarodowy. Efektem przekazania kompetencji jest zazwyczaj skomplikowany układ zależności między państwem, jego organami a organizacją międzynarodową. Dlatego przekazanie kompetencji zawsze należy oceniać z punktu widzenia zasad kształtujących tożsamość konstytucyjną”. Stąd też, w przekonaniu Trybunału Konstytucyjnego, wykładnia przychylna prawu europejskiemu w żadnej sytuacji nie może prowadzić do rezultatów sprzecznych z wyraźnym brzmieniem norm konstytucyjnych i niemożliwych do uzgodnienia z minimum funkcji gwarancyjnych, realizowanych przez Konstytucję.

Tym samym Trybunał Konstytucyjny uznał, że art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych są zgodne z art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji i nie naruszyły konstytucyjnego trybu ustawodawczego.

5. Ocena zgodności art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych z art. 20, art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

5.1. Sąd pytający zarzuca ponadto, że art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych, poprzez nieproporcjonalną ingerencję naruszają wolność działalności gospodarczej – art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Zdaniem NSA, na skutek wejścia w życie kwestionowanych przepisów zlikwidowana została możliwość prowadzenia działalności gospodarczej w formie salonów gier na automatach oraz punktów gier na automatach o niskich wygranych. Prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier na automatach jest bowiem dopuszczalne wyłącznie przez podmioty posiadające koncesję i prowadzące kasyna gry. Doprowadzi to do wyeliminowania i zdelegalizowania określonej działalności gospodarczej w sektorze hazardowym.

W przekonaniu NSA, wprowadzenie bezwzględnego zakazu urządzania gier na automatach poza kasynami gry nie było niezbędne dla ochrony „ważnego interesu publicznego”, w rozumieniu art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W ocenie sądu pytającego, „organy administracji publicznej są w stanie, pod warunkiem wyposażenia ich przez ustawodawcę w odpowiednie oprzyrządowanie proceduralne – pod kontrolą sądów administracyjnych – w sposób należyty wywierać *in concreto* wolność działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier na automatach z potrzebą ochrony wskazanych wyżej wartości konstytucyjnych”. Sąd pytający uważa, że zniesienia powszechnej dostępności gier na automatach nie uzasadnia konstytucyjnie wymagana ochrona porządku publicznego, zdrowia publicznego oraz wolności i praw innych osób przed negatywnymi następstwami hazardu. Zdaniem NSA, nie istnieje racjonalny powód, dla którego zachodziłaby konieczność ograniczenia wolności działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier na automatach.

5.2. Przechodząc do oceny zgodności kwestionowanych przepisów z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że wolność działalności gospodarczej ma w świetle Konstytucji dwojaki charakter – jest jednocześnie zasadą ustrojową i podstawą formułowania praw podmiotowych wynikających z tej wolności, których ograniczenie podlega ocenie z perspektywy wymogów konstytucyjnych. W myśl art. 20 Konstytucji wolność działalności gospodarczej stanowi jedną z podstaw ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej – społecznej gospodarki rynkowej. Zgodnie z art. 22 Konstytucji ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

Co do zasady wolność działalności gospodarczej obejmuje możliwość podejmowania i prowadzenia działalności, której zasadniczym celem jest osiągnięcie zysku. Działalność gospodarcza ma bowiem z założenia zarobkowy charakter. Wolność działalności gospodarczej polega zatem na możliwości podejmowania decyzji gospodarczych, w tym przede wszystkim wyboru rodzaju (przedmiotu) działalności i wyboru prawnych form ich realizacji, oraz z natury rzeczy podejmowania różnego rodzaju działań faktycznych (prowadzenie produkcji, handlu, usług itp.) czy też dokonywania w sposób „zawodowy” określonych czynności (zob. wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. SK 24/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 33).

Należy na wstępie zaznaczyć, że Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie już w swoim orzecznictwie potwierdzał, że gwarantowana konstytucyjnie wolność działalności gospodarczej nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom (por. np. wyroki TK z 27 lutego 2014 r., sygn. P 31/13, OTK ZU nr 2/A/2014, poz. 16 i wskazane tam wcześniejsze orzeczenia TK).

Dopuszczalność ograniczenia wolności działalności gospodarczej podlega ocenie z perspektywy szczególnej regulacji art. 22 Konstytucji, który określa zarówno wymóg formalny, stanowiąc, że ograniczenie to jest dopuszczalne „tylko w drodze ustawy”, jak i przesłankę materialnoprawną ograniczenia: „tylko ze względu na ważny interes publiczny”.

W orzecznictwie TK przyjmuje się, że Konstytucja „niezbędną przesłanką legalnego ograniczenia wolności działalności gospodarczej czyni szczególny, czy też kwalifikowany, rodzaj interesu publicznego, mianowicie interes «ważny». Ustawodawca musi zatem każdorazowo wykazać, iż ograniczenie wolności działalności gospodarczej służy ochronie szczególnie istotnego interesu publicznego” (wyrok TK z 8 lipca 2008 r., sygn. K 46/07, OTK ZU nr 6/A/2008, poz. 104).

Nie ulega przy tym wątpliwości, że klauzula „ważnego interesu publicznego”, o której mowa w art. 22 Konstytucji, nie jest zwykłym potwierdzeniem materialnoprawnych przesłanek ograniczania wolności i praw konstytucyjnych, zawartych w art. 31 ust. 3 Konstytucji (zob. np. wyrok TK z 13 października 2010 r., sygn. Kp 1/09, OTK ZU nr 8/A/2010, poz. 74). W myśl art. 31 ust. 3 Konstytucji: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób”. Niewątpliwie w klauzuli „ważnego interesu publicznego”, o której mowa w art. 22 Konstytucji, mieszczą się wszystkie wartości wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Co więcej, z klauzuli „ważnego interesu publicznego” mogą także wynikać inne, wychodzące poza art. 31 ust. 3 Konstytucji, materialnoprawne przesłanki ustawowego ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Jak stwierdził TK w wyroku o sygn. K 46/07: „Każdy wypadek (...) ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści się w klauzuli ważnego interesu publicznego w rozumieniu art. 22 Konstytucji, jednak w zakresie owego ważnego interesu publicznego mieszczą się ponadto wartości niewymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W konsekwencji zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest – przynajmniej z punktu widzenia materialnoprawnych przesłanek ograniczeń – szerszy od zakresu ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 22 Konstytucji reguluje wprost w sposób wyczerpujący i kompleksowy zarówno formalne, jak i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej, a ponieważ wolność działalności gospodarczej jest jedną z konstytucyjnych praw i wolności jednostki, to art. 22 Konstytucji stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji (tak też wyrok TK

z 29 kwietnia 2003 r., sygn. SK 24/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 33). Nie oznacza to jednak zupełnego wyłączenia stosowania art. 31 ust. 3 Konstytucji przy ocenie ograniczeń wolności działalności gospodarczej (odmiennie TK przede wszystkim w wyroku o sygn. SK 24/02). Art. 31 ust. 3 Konstytucji pozostaje bowiem adekwatnym wzorcem kontroli w zakresie, w jakim statuuje zasadę proporcjonalności, a więc „konieczności ograniczenia w demokratycznym państwie” (tak też TK np. w wyroku o sygn. Kp 1/09, wyroku z 8 lipca 2008 r., sygn. K 46/07, OTK ZU nr 6/A/2008, poz. 104, wyroku z 25 maja 2009 r., sygn. SK 54/ 09, OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 69). Trybunał Konstytucyjny w orzecznictwie uznaje, że „«Konieczność», którą wyraża art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści w sobie postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* wprowadzanych ograniczeń” (wyrok TK z 11 maja 1999 r., sygn. K 13/98, OTK ZU nr 4/1999, poz. 74).

Podtrzymując dotychczasową linię orzecznictwa, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że konieczność ograniczenia wolności działalności gospodarczej przechodzi test proporcjonalności, jeśli: 1) zastosowane środki prowadzą i służą do zamierzonych celów, 2) są niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane, 3) skutki ograniczeń są proporcjonalne (adekwatne) do ciężarów nakładanych na obywatela. Z zasady proporcjonalności wynika bowiem wymóg doboru takiego środka ograniczenia wolności lub praw, który służyłby osiągnięciu zamierzonego celu, z uwzględnieniem postulatu adekwatności (tak np. wyrok TK o sygn. Kp 1/09).

Trybunał Konstytucyjny stwierdził tym samym, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej podlega szczególnej regulacji art. 22 Konstytucji. Usprawiedliwić ingerencję w konstytucyjnie gwarantowaną wolność działalności gospodarczej może tylko „ważny interes publiczny” przy zachowaniu ustawowej formy tej ingerencji. Art. 22 Konstytucji jako *lex specialis* nie wyłącza jednak zupełnie stosowania art. 31 ust. 3 Konstytucji, przynajmniej w tym zakresie, w jakim „ważny interes publiczny” może być odniesiony odpowiednio do zasady proporcjonalności, wynikającej z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

5.3. Jak wskazano wyżej, w ustawie o grach hazardowych ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie kompleksowych zmian dotyczących prowadzenia reglamentowanej prawnie działalności gospodarczej polegającej na organizowaniu gier hazardowych. W nowej ustawie o grach hazardowych odstąpiono m.in. od możliwości urządzania gier na wszelkich automatach bez koncesji i poza kasynami gry. Dotychczas do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie gier na automatach wystarczające było zezwolenie, a działalność taką można było prowadzić w salonach gier czy też w punktach gastronomicznych, handlowych lub usługowych, gdzie umieszczony został automat do gry o niskich wygranych.

Zgodnie z kwestionowanym art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych urządzanie gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry. A w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych karze pieniężnej podlega urządzający gry na automatach poza kasynem gry (wysokość kary wynosi 12 000 zł od każdego automatu – art. 89 ust. 2 pkt 2 ustawy o grach hazardowych).

Z uzasadnienia projektu ustawy o grach hazardowych wynika jednoznacznie, że motywem wprowadzenia ograniczeń wolności działalności gospodarczej były: po pierwsze, potrzeba zwiększenia kontroli państwowej nad rynkiem gier hazardowych oraz po drugie, zwiększenie ochrony obywateli przed negatywnymi następstwami uzależnienia od hazardu. W uzasadnieniu projektu ustawy podkreślono, że „realizując zasadnicze, systemowe cele polegające zwłaszcza na wzroście ochrony społeczeństwa i praworządności przed skutkami hazardu, wprowadzono zakaz urządzania gier na wszelkich automatach z elementami losowości poza kasynami” (druk sejmowy nr 2481/VI kadencja, s. 61). Podmioty

prowadzące działalność w zakresie salonów gier na automatach oraz punkty gastronomiczne, handlowe lub usługowe, w których urządzone są gry na automatach o niskich wygranych, zmuszone będą do stopniowej zmiany prowadzonej działalności. Część silniejszych podmiotów będzie ubiegać się o uzyskanie zezwolenia, a następnie koncesji na prowadzenie kasyna i kontynuować działalność w zakresie gier na automatach. Pozostałe podmioty będą mogły podtrzymać działalność w zakresie urządzania gier na automatach do czasu wygaśnięcia dotychczasowych zezwoleń. Konsekwencją tego będzie stopniowe obniżenie wpływów podatkowych wynikające ze zmniejszającej się liczby eksploatowanych automatów o niskich wygranych. W uzasadnieniu projektu przyjęto, że „ok. 30% wpływów z tytułu udziału w grach na automatach o niskich wygranych nie zostanie wycofana z rynku” (druk sejmowy nr 2481/VI kadencja, s. 61). Ujemne skutki fiskalne będą jednak równoważone pozytywnymi skutkami społecznymi.

Biorąc powyższe pod uwagę, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej wprowadzone w art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych spełnia przesłankę formalną i materialną, o których mowa w art. 22 Konstytucji. Wymóg, aby prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier na automatach, w tym o niskich wygranych, odbywało się jedynie w kasynach gry, jest wprowadzony w ustawie i uzasadniony „ważnym interesem publicznym”, w rozumieniu art. 22 Konstytucji.

Z uzasadnienia projektu ustawy o grach hazardowych wynika dobitnie, że motywem wprowadzonych rozwiązań było pilne zwiększenie ochrony społeczeństwa, zwłaszcza osób młodych, oraz praworządności (porządku i bezpieczeństwa publicznego) przed negatywnymi skutkami hazardu oraz walka z tzw. szarą strefą w dziedzinie hazardu i przeciwdziałanie m.in. praniu brudnych pieniędzy. W uzasadnieniu z naciskiem podkreślono, że wprowadzenie nowej ustawy jest elementem koniecznym do naprawy obecnego stanu rzeczy. Uzasadniony interes państwa w monitorowaniu i regulowaniu rynku gier hazardowych wynika przede wszystkim z zagrożenia uzależnieniem od hazardu. Problem uzależnienia od hazardu wiąże się z kolei z praktycznie nieograniczonym dostępem, także przez osoby nieletnie, do różnorodnych form hazardu, w tym gier na automatach o niskich wygranych, które mogły być dotychczas organizowane także w punktach gastronomicznych, usługowych i handlowych. Nie ulega więc wątpliwości, że odstąpienie od możliwości urządzania gier na wszelkich automatach z elementami losowości poza kasynami gry jest uzasadnione interesem publicznym, któremu nie sposób odmówić szczególnie istotnego i ważkiego charakteru. Jest to interes publiczny tym bardziej ważny, ponieważ jest powiązany również ze zwiększeniem pewności i rzetelności podmiotów legalnie prowadzących działalność gospodarczą na rynku hazardowym.

Trybunał Konstytucyjny uznał za konieczne podkreślić, że w orzecznictwie TK przyjmuje się, że: „działalność gospodarcza, ze względu na jej charakter, a zwłaszcza na bliski związek zarówno z interesami innych osób, jak i interesem publicznym może podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym bądź politycznym. Istnieje w szczególności legitymowany interes państwa w stworzeniu takich ram prawnych obrotu gospodarczego, które pozwolą zminimalizować niekorzystne skutki mechanizmów wolnorynkowych, jeżeli skutki te ujawniają się w sferze, która nie może pozostać obojętna dla państwa ze względu na ochronę powszechnie uznawanych wartości” (wyrok z 8 kwietnia 1998 r., sygn. K 10/97, OTK ZU nr 3/1998, poz. 29). Tym bardziej, w ocenie Trybunału Konstytucyjnego, różnego rodzaju ograniczeniom może podlegać działalność gospodarcza prowadzona w zakresie gier hazardowych. W takiej sytuacji mamy bowiem do czynienia nie ze zwykłą, typową działalnością gospodarczą, ale z

działalnością, która z natury rzeczy niesie za sobą poważne zagrożenia społeczne w postaci uzależnień i przyciąga struktury przestępcze. Zwalczanie tych zagrożeń leży z całą pewnością w interesie publicznym. Stąd też wolność działalności gospodarczej w dziedzinie hazardu może podlegać dalej idącym ograniczeniom, uzasadnionym ważnym interesem publicznym, o którym mowa w art. 22 Konstytucji.

Nie należy także tracić z pola widzenia, że co do zasady w orzecznictwie TSUE ugruntowany jest pogląd, iż państwowemu członkowskemu przysługuje szeroki zakres swobody regulacyjnej w określaniu zasad prowadzenia gier hazardowych, uzasadniony specyfiką gier hazardowych, a przede wszystkim wiążącego się z nimi poważnego niebezpieczeństwa zarówno dla podmiotów w nich uczestniczących, jak i je organizujących (zob. np. wyroki TSUE: z 24 marca 1994 r. w sprawie Szindler, C-275/92, pkt 60; z 21 września 1999 r. w sprawie Läärä, C-124/97, pkt 13; z 21 października 1999 r., w sprawie Zenatti, C-67/98, pkt 14; z 11 września 2003 r. w sprawie Anomar, C 6/01, pkt 46 i 47). TSUE zauważa bowiem, że gry hazardowe stwarzają zagrożenia dla sytuacji ekonomicznej, społecznej i rodzinnej osób biorących w nich udział i mogą prowadzić do uzależniania porównywalnego z uzależnieniem od narkotyków i alkoholu. W przypadku gier hazardowych dobrodziejstwa wynikające z funkcjonowania wolnego rynku nie powstają. Zasada funkcjonowania gier hazardowych polega bowiem na tym, że grający w nie więcej tracą niż wygrywają. Organizujący gry hazardowe „sprzedają” bowiem w istocie iluzję szybkiego wzbogacenia się, kosztem realnego zubożenia się tych konsumentów, którzy się grom oddają. Ze społecznego punktu widzenia otwarcie wolnego rynku na ten sektor rodziłoby zatem skutki wyłącznie negatywne, gdyż leżąca u jego podstaw konkurencja nie przynosi w tym obszarze dla konsumentów spodziewanych korzyści. Stąd też TSUE przyjmuje, że szkodliwe dla jednostek i dla społeczeństwa konsekwencje moralne i finansowe, które wiążą się z grami hazardowymi, mogą uzasadniać szeroki zakres władztwa regulacyjnego państw członkowskich w odniesieniu do ustalenia niezbędnego poziomu ochrony konsumentów i porządku publicznego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Trybunał Konstytucyjny stwierdził ponadto, że wprowadzone ograniczenie wolności działalności w zakresie urządzania gier na wszelkich automatach wyłącznie w kasynach gier nie tylko służy zamierzonemu celowi, ale jest też niezbędne dla ochrony społeczeństwa przed negatywnymi skutkami hazardu oraz dla zwiększenia kontroli państwa nad tą sferą, stwarzającą liczne zagrożenia. Trybunał Konstytucyjny nie podzielił w tym względzie stanowiska sądu pytającego, jakoby istniejący wcześniej stan rzeczy nie wymagał zmiany, a wzmocnienie kontroli państwa w dziedzinie hazardu mogły zapewnić dotychczasowe procedury. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, także przyjęte środki spełniają postulat adekwatności i nie są nadmiernie dolegliwe. Kara pieniężna, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych, służy szczególnie istotnemu i ważkiemu interesowi publicznemu, jakim jest zwalczanie niepożądanych i patologicznych zjawisk, które nieuchronnie towarzyszą hazardowi, a tym bardziej grom hazardowym urządzanym w sposób nielegalny. Wysokość kary pieniężnej od każdego eksploatowanego nielegalnie automatu do gier hazardowych jest relatywnie niewielka w porównaniu z zyskami, jakie można potencjalnie osiągnąć z każdego automatu do gier. Biorąc powyższe pod uwagę, Trybunał uznał, że kwestionowane przepisy art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych przechodzą pomyślnie test proporcjonalności, wynikający z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny uznał tym samym, że art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych są zgodne z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Z powyższych względów Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.

Zdanie odrębne

sędziego TK Stanisława Biernata
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 11 marca 2015 r., sygn. akt P 4/14

Na podstawie art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK) zgłaszam zdanie odrębne do punktu a) powołanego wyroku.

1. Uważam, że Trybunał Konstytucyjny nie powinien był rozpoznawać niniejszej sprawy merytorycznie w zakresie objętym punktem a) sentencji tj. co do zgodności z art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji tylko postanowić o umorzeniu postępowania ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Wydanie wyroku było, moim zdaniem, niedopuszczalne z kilku powiązanych ze sobą powodów, a mianowicie ze względu na brak przesłanki funkcjonalnej pytań prawnych sądów, naruszenie zasady subsydiarności kontroli konstytucyjności ustaw, a także ze względu na to, że problemy prawne, jakie były niezbędne do rozpoznania spraw zawisłych przed sądami kierującymi pytania prawne dotyczyły stosowania prawa polskiego przez sądy w związku z obowiązkiem przestrzegania prawa unijnego i zapewnienia mu wymaganej efektywności.

Ponadto niniejszy wyrok i jego uzasadnienie mogą naruszyć delikatną równowagę między kompetencjami orzeczniczymi Trybunału Konstytucyjnego oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej także: TS).

2. W obszernym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się jednolicie, że warunkiem dopuszczalności pytania prawnego jest spełnienie przesłanki funkcjonalnej. Wynika to już z art. 193 Konstytucji. Postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym zainicjowane pytaniem prawnym stanowi kontrolę konkretną. Przesłanka funkcjonalna oznacza relewancję wyroku Trybunału dla sprawy rozstrzyganej przez sąd. Trybunał, przyjmując pytanie prawne do rozpoznania, bada, czy jego wypowiedź dotycząca konstytucyjności przepisu będzie miała znaczenie dla wyniku sprawy rozpoznawanej przez sąd. Ową zależność powinien wykazać sąd pytający kierując pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego, co wynika z art. 32 ust. 3 ustawy o TK (por. np. wyrok z 22 maja 2013 r. sygn. P 46/11, OTK ZU nr 4/A/2013, poz. 42 i przywołane tam orzeczenia Trybunału).

Stosownie do utrwalonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wymaganie przesłanki funkcjonalnej nie jest spełnione, jeśli rozstrzygnięcie sprawy jest możliwe bez uruchamiania instytucji pytań prawnych. Sytuacja taka występuje w szczególności wówczas, gdy istnieje możliwość usunięcia nasuwających się wątpliwości prawnych sądu przez wykładnię budzącego zastrzeżenia aktu prawnego (por. postanowienie z 29 marca 2000 r., sygn. P 13/99, OTK ZU nr 2/2000, poz. 68). Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że „przedstawienie pytania prawnego znajduje uzasadnienie wówczas, gdy sąd pytający nie ma innej możliwości rozstrzygnięcia sprawy niż uzyskanie od Trybunału

Konstytucyjnego odpowiedzi na postawione pytanie prawne (przez dokonanie wykładni zakwestionowanego przepisu w zgodzie z Konstytucją bądź przez ustalenie, że objęty wątpliwościami przepis prawa nie ma [nie musi mieć] zastosowania przy rozstrzygnięciu sprawy, jaka stała się przesłanką pytania prawnego (...)). Dopiero gdy te zabiegi zakończą się niepowodzeniem, powstaje możliwość przedstawienia Trybunałowi Konstytucyjnemu pytania prawnego” (por. postanowienie z 17 listopada 2009 r., sygn. P 15/07, OTK ZU nr 10/A/2009, poz. 156, por. też przykładowo: postanowienie z 12 lutego 2009 r., sygn. P 64/08, OTK ZU nr 2/A/2009, poz. 13).

Należy zauważyć, że w świetle naszkicowanego wyżej, ustalonego orzecznictwa trybunalskiego, w niniejszej sprawie nie wystąpiły przesłanki do merytorycznego rozpoznania pytań prawnych sądów i wydania wyroku. Problemy prawne, jakie stały przed sądami w rozpoznawanych przez nie sprawach, wiązały się z następstwami niezgodności przepisów polskiej ustawy o grach hazardowych z dyrektywą unijną. Tymczasem pytania prawne skierowane przez sądy do Trybunału odnosiły się do innego zagadnienia, a mianowicie tego, czy ustawa o grach hazardowych jest zgodna z Konstytucją, ze względu na tryb uchwalenia ustawy. Wyrok Trybunału będący odpowiedzią na tak sformułowane pytania prawne sądów nie jest zatem w stanie rozwiązać problemów prawnych sądów i wpłynąć na treść ich orzeczeń. Od wypowiedzi Trybunału w kwestii zgodności ustawy z Konstytucją nie zależy bowiem rozstrzygnięcie spraw toczących się przed sądami, dotyczących niezgodności ustawy z prawem unijnym. Wymaganie relewancji odpowiedzi Trybunału Konstytucyjnego dla treści orzeczenia sądu zadającego pytanie prawne nie zostało zatem spełnione. Sama okoliczność, że jako wzorce kontroli sądy wskazały art. 2, art. 7 w związku z art. 9 oraz art. 20, art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, nie przeczy temu, iż istota wątpliwości zgłoszonych przez oba sądy sprowadza się do odpowiedzi na pytanie o zgodność trybu uchwalenia ustawy o grach hazardowych z wymaganiami wynikającymi z prawa unijnego.

W niniejszej sprawie nie wystąpiła ponadto potrzeba uruchomienia kontroli Trybunału Konstytucyjnego, czyli warunek zachowania jej subsydiarnego charakteru. Sądy pytające były w stanie rozstrzygnąć wątpliwości w inny sposób. Mogły mianowicie ustalić konsekwencje niezgodności ustawy z prawem unijnym dla wydawanych przez siebie orzeczeń dokonując wykładni zasad pierwszeństwa i bezpośredniego stosowania prawa unijnego w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, poczynając od wyroku z 9 marca 1978 r. w sprawie 106/77 Simmenthal (Zb. Orz. z 1978, s. 629) oraz na podstawie wykładni Konstytucji dokonanej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (por. np. postanowienie z 19 grudnia 2006, sygn. P 37/05, OTK ZU nr 11/A/2006, poz. 177).

Należy przy tym zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny miał wątpliwości co do spełnienia przesłanki funkcjonalnej przez pytania prawne sądów, a nawet stwierdził, że „oba pytania prawne wydają się balansować na granicy” spełnienia pewnego aspektu przesłanki funkcjonalnej. Trybunał zauważył przy tym, że „tłem obu pytań prawnych jest ewentualny konflikt między prawem krajowym a pochodnym prawem unijnym dotyczący dochowania procedury notyfikacji Komisji Europejskiej projektu ustawy hazardowej”, który powinien być rozwiązany w procesie stosowania prawa przez sąd rozpoznający konkretną sprawę z ewentualną pomocą TS w ramach procedury prejudycjalnej. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że nie może rozstrzygać wątpliwości prawnych związanych ze sprawowaniem przez sądy wymiaru sprawiedliwości, w tym stosowaniem prawa unijnego w krajowym porządku prawnym. Trybunał dodał, że „[n]ie sposób więc zupełnie odmówić racji twierdzeniom Prokuratora Generalnego, że pytania prawne w niniejszej sprawie w istocie zmierzają do swoistego przerzucenia na TK obowiązku dokonania przez sądy wykładni, czy art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych są przepisami

technicznymi w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE”.

Mimo przytoczonych stwierdzeń, z którymi należy się w pełni zgodzić, Trybunał nie zdecydował się na wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania. Stwierdził mianowicie, że „zasadniczy problem w przedmiotowej sprawie tkwi w sferze obowiązywania, a nie stosowania prawa. Sądy pytające nie zmierzają bowiem do uzyskania od Trybunału odpowiedzi, czy mają stosować kwestionowane przepisy ustawy o grach hazardowych z uwagi na ich ewentualny konflikt z pochodnym prawem unijnym, ale oczekują odpowiedzi, czy kwestionowane przepisy zostały uchwalone z zachowaniem wymogów konstytucyjnego trybu ustawodawczego”. W tym stanie rzeczy „tylko Trybunał Konstytucyjny jest władny rozstrzygnąć, czy kwestionowane przepisy ustawy o grach hazardowych zostały uchwalone zgodnie z wymogami konstytucyjnego trybu stanowienia ustaw – art. 2 i art. 7 Konstytucji, a właśnie tak zostały postawione pytania prawne, które zmierzają do odpowiedzi, czy kwestionowane przepisy obowiązują w krajowym porządku prawnym.” W konkluzji „mimo dostrzeżonych wątpliwości, Trybunał Konstytucyjny uznał, że oba pytania prawne spełniają przesłankę funkcjonalną”.

Uważam przytoczoną powyżej argumentację Trybunału i wnioski, do jakich doszedł, za nieprawidłowe. Niewątpliwie, możliwe jest poddanie tego samego zdarzenia, czyli w tym przypadku braku notyfikacji ustawy stosownie do wymagań dyrektywy unijnej, ocenie z dwóch perspektyw, tj. z jednej strony, co do konsekwencji tego zdarzenia w świetle prawa unijnego, a z drugiej strony, co do konsekwencji braku notyfikacji ustawy dla jej zgodności z Konstytucją. Jednakże sama możliwość takiej podwójnej oceny nie oznacza, że należy jej zawsze dokonywać, a zwłaszcza, iż to od sądów rozpoznających daną sprawę miałoby zależeć, z jakim pytaniem i do którego Trybunału się zwrócić w razie powzięcia wątpliwości. Sama okoliczność, że, jak stwierdza Trybunał Konstytucyjny, sądy „oczekują odpowiedzi, czy kwestionowane przepisy zostały uchwalone z zachowaniem wymogów konstytucyjnego trybu ustawodawczego”, nie wystarcza. To „oczekiwanie odpowiedzi” powinno zostać przez Trybunał zweryfikowane z punktu widzenia wymaganych przesłanek do wystąpienia z pytaniem prawnym. Za należytą weryfikację nie można uznać stwierdzenia Trybunału, że „[n]ie można (...) z góry zakładać, że wyłączną intencją sądów pytających jest wyeliminowanie z porządku prawnego kwestionowanych przepisów, aby uniknąć rozstrzygnięcia kwestii ich stosowania, i z tej tylko racji odmówić pytaniom prawnym spełnienia przesłanki funkcjonalnej”. Odwoływanie się do „wyłącznej intencji” sądów jest niepotrzebnym psychologizowaniem zagadnienia, podczas kiedy rozstrzygające dla dopuszczalności pytania prawnego powinno być to, czy wyrok TK ma znaczenie dla rozstrzygnięcia spraw zawisłych przed sądami i czy wydanie wyroku jest konieczne.

Na podstawie analizy niniejszej sprawy, w świetle wcześniejszego orzecznictwa trybunalskiego, wyrażam przekonanie, że prawidłowym rozstrzygnięciem powinna być odmowa merytorycznej odpowiedzi na pytania sądów i umorzenie postępowania. Takie stanowisko zostało także wyrażone jeszcze przed wydaniem niniejszego wyroku w literaturze (por. P. Radziejewicz, *Kontrola obowiązku notyfikowania ustawy w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym*, „Przegląd Sejmowy”, nr 5/2014, s. 75; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Naruszenie obowiązku notyfikacji przepisów technicznych a zasada pierwszeństwa prawa UE. Glosa do postanowienia SN z 28.11.2013 r. (I KZP 15/13)*, „Europejski Przegląd Sądowy”, nr 6/2014, s. 43).

3. Należy zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny miał już wcześniej okazję wypowiedzieć się na temat różnicy między orzekaniem o obowiązywaniu prawa oraz o stosowaniu prawa w dziedzinach normowanych przez prawo unijne (wówczas:

wspólnotowe) w wydanym w pełnym składzie postanowieniu o sygn. P 37/05. Warto rozważyć adekwatność niektórych ustaleń dokonanych w tym orzeczeniu do niniejszej sprawy.

Tłem dla postanowienia o sygn. P 37/05 był problem sposobu rozstrzygania wątpliwości, jakie wystąpiły przed sądami administracyjnymi, które dotyczyły oceny zgodności normy polskiej ustawy podatkowej z prawem wspólnotowym i z Konstytucją. Trybunał stwierdził wówczas, że w sprawie chodzi o zagadnienie zgodności ustaw z prawem wspólnotowym w postępowaniach przed sądami, które sytuuje się w sferze stosowania, a nie obowiązywania prawa. Sądy krajowe mają prawo i obowiązek odmówienia zastosowania normy krajowej, jeżeli koliduje ona z normami prawa wspólnotowego. Okoliczność, że konkretny przepis ustawy nie znajdzie zastosowania nie przesądza o konieczności uchylecia ustawy. Pierwszeństwo prawa wspólnotowego nad ustawą w świetle art. 91 ust. 3 Konstytucji jest pierwszeństwem stosowania prawa. W razie wątpliwości co do relacji normy prawa krajowego i normy prawa wspólnotowego konieczne jest zwrócenie się przez sąd z pytaniem prejudycjalnym do TS, jako organu właściwego w sprawach wykładni Traktatu oraz norm prawa pochodnego. Problem rozwiązywania kolizji prawa wspólnotowego z ustawami krajowymi pozostaje w zasadzie poza zainteresowaniem Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał opowiedział się przeciwko równoległemu ocenianiu zgodności ustawy z Konstytucją oraz z prawem wspólnotowym. Odmówił merytorycznego rozstrzygania, tj. orzekania w kwestii zgodności ustawy z Konstytucją i umorzył postępowanie.

W uzasadnieniu wyroku w niniejszej sprawie Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że nie występuje tożsamość między tą sprawą, a sprawą rozpoznawaną w postanowieniu o sygn. P 37/05. Nie zgadzam się z tą oceną. Uważam, że problemy na styku prawa konstytucyjnego i prawa unijnego są w jednej i drugiej sprawie podobne. Odmienne są natomiast rozstrzygnięcia Trybunału. W obu sprawach pojawia się bowiem pytanie, czy kontrola zgodności ustawy z Konstytucją ze strony Trybunału Konstytucyjnego jest rzeczywiście konieczna, czy też przeciwnie, sądy są w stanie w procesie stosowania prawa dokonać wykładni prawa polskiego oraz unijnego same, ewentualnie przy pomocy Trybunału Sprawiedliwości, i w razie potrzeby odmówić zastosowania normy polskiej ustawy. Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu o sygn. P 37/05, inaczej niż w niniejszym wyroku, opowiedział się wyraźnie za subsydiarnym charakterem kontroli konstytucyjności ustaw, czyli rozstrzygania o ich obowiązywaniu, przyznając priorytet badaniu warunków odmowy zastosowania normy ustawowej przez sądy wydające orzeczenia w konkretnych sprawach.

Niewątpliwie, orzekając w pełnym składzie w 2015 r. Trybunał Konstytucyjny był upoważniony do zmiany stanowiska wyrażonego w postanowieniu z 2006 r. Należy tylko zauważyć, że o ile motywy umorzenia postępowania o sygn. P 37/05 zostały szeroko przedstawione w uzasadnieniu orzeczenia, o tyle odmienne stanowisko, z którego wynika potrzeba kontroli obowiązywania ustawy przez Trybunał, a nie tylko jej stosowania przez sądy, nie zostało należycie wytłumaczone. Trudno bowiem uznać za przekonujące przytoczone już wyżej stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu wyroku na temat „oczekiwań sądów pytających”.

4. Z orzekaniem w materii zgodności z Konstytucją ustawy z elementami prawa unijnego, mimo braku przesłanki funkcjonalnej do skierowania przez sądy pytań prawnych do Trybunału Konstytucyjnego, wiąże się niebezpieczeństwo naruszenia relacji między kompetencjami Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Sprawiedliwości UE i kryteriów orzekania przez oba trybunały.

Trybunał Konstytucyjny wypowiadał się już w tej kwestii. W powoływanym wyżej postanowieniu o sygn. P 37/05 zauważył, że stan prawny, w którym w odniesieniu do takich samych sytuacji prawnych uznana byłaby właściwość zarówno TS, jak i Trybunału Konstytucyjnego, rodziłby zagrożenie dwutorowości w zakresie orzekania o treści tych samych przepisów prawa. Trybunał Sprawiedliwości i 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 ładu prawnego. Istotne jest wskazanie na odmienną rolę obu trybunałów. Powyższe stanowisko zostało podtrzymane w wyroku z 16 listopada 2011 r., sygn. SK 45/09 (OTK ZU nr 9/A/2011, poz. 97).

W sprawie niniejszej do dwutorowości orzekania doszło, ponieważ najpierw podstawę do oceny przepisów ustawy o grach hazardowych w świetle prawa unijnego dostarczył Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 19 lipca 2012 r. w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11 *Fortuna i inni* (ECLI:EU:C:2012:495, dalej: *Fortuna*), a następnie Trybunał Konstytucyjny orzekał w kwestii zgodności tych przepisów z Konstytucją. Należy zaznaczyć, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego stwarza nieuchronnie wspomniany wyżej stan „dysfunkcjonalności”, w relacjach między stosowaniem polskiego prawa konstytucyjnego i prawa unijnego. Rzecz w tym, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego w odpowiedzi na pytania prawne sądów może zostać nieprawidłowo zrozumiany jako zastąpienie oceny dotyczącej zgodności lub niezgodności ustawy z prawem unijnym przez ocenę zgodności lub niezgodności z Konstytucją.

O tym, że tak może się stać świadczy wypowiedź zawarta w uzasadnieniu pytania prawnego NSA zmierzająca do wykazania istnienia przesłanki funkcjonalnej tego pytania. NSA sformułował zarzuty niezgodności ustawy o grach hazardowych z Konstytucją, a następnie stwierdził: „jeżeli TK nie podzieli zarzutów postawionych w tym pytaniu prawnym, Naczelny Sąd Administracyjny stanie przed koniecznością dokonania samodzielnej oceny skutku prawnego braku notyfikacji art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych, uwzględniając wszystkie wskazane powyżej wartości. Mogłoby to doprowadzić sąd do uznania, że – mimo niedopełnienia obowiązku notyfikacji – nie ma podstaw do odmowy stosowania tych przepisów. Gdyby natomiast TK orzekł o niekonstytucyjności przepisów objętych pytaniem, to możliwości orzecznicze Naczelnego Sądu Administracyjnego kształtowałyby się inaczej. Wyrok TK przesądziłby, że sądy – w tym skład występujący z niniejszym pytaniem prawnym – nie mogłyby stosować w toczących się sprawach art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o grach hazardowych”.

Z przytoczonego cytatu wynika, że – zdaniem NSA – orzeczenie przez Trybunał Konstytucyjny o zgodności ustawy z Konstytucją nie miało mieć dla sądu pytającego znaczenia przesądzającego, ponieważ sąd miałby, po wydaniu wyroku o takiej treści, dokonywać „samodzielnej oceny skutku prawnego braku notyfikacji”, nie czując się przy tym związany wynikającym z prawa unijnego obowiązkiem odmowy zastosowania nienotyfikowanego przepisu. Natomiast, według NSA, orzeczenie przez Trybunał Konstytucyjny o niezgodności kwestionowanych przepisów z Konstytucją pociągałoby za sobą odmowę zastosowania przepisów ustawy objętych pytaniem prawnym, czyli w istocie uczynienie tego, co wynika już z prawa unijnego.

Tak więc pytanie prawne NSA w istocie zmierzało do zastąpienia oceny zgodności przepisów ustawy o grach hazardowych z prawem unijnym przez ocenę ich zgodności z Konstytucją. Zabieg ten należy ocenić krytycznie, ponieważ pierwszoplanowym problemem prawnym sądu stosującego ustawę, jest ocena zgodności ustawy z prawem unijnym, a nie z Konstytucją.

Co więcej, rozbieżność między tym, co mogłoby wynikać dla sądów z wyroku Trybunału Konstytucyjnego, a tym co wynika z obowiązku odmowy zastosowania przepisu ustawy niezgodnego z prawem unijnym, zagraża ogólniejszemu obowiązkowi sądów krajowych: zapewnienia pełnej skuteczności prawa unijnemu. Taki obowiązek sformułował TS w wyroku w sprawie 106/77 *Simmenthal*, a następnie powtórzył i rozwinął w wielu dalszych orzeczeniach, np. w wyroku z 19 listopada 2009 r. w sprawie C-314/08 *Filipiak* (Zb. Orz. z 2009, s. I-11049), czy wyroku z 22 czerwca 2010 r. w połączonych sprawach C-188/10 i C-189/10 *Melki i Abdeli* (Zb. Orz. 2010, s. I-05667). Wystarczy przytoczyć kilka sformułowań z tego ostatniego wyroku (pkt 43, 44):

„[S]ąd krajowy, do którego należy w ramach jego kompetencji stosowanie przepisów prawa Unii, zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność tych norm, w razie konieczności z własnej inicjatywy nie stosując wszelkich sprzecznych z nimi przepisów prawa krajowego, także późniejszych, bez potrzeby zwracania się o ich uprzednie usunięcie w drodze ustawodawczej lub w ramach innej procedury konstytucyjnej ani oczekiwania na usunięcie wspomnianych przepisów. (...) Byłyby bowiem sprzeczne z wymogami wynikającymi z samej natury prawa Unii wszelkie przepisy obowiązujące w krajowym porządku prawnym oraz wszelka praktyka legislacyjna, administracyjna lub sądowa, powodujące ograniczenie skuteczności tego prawa poprzez odmowę przyznania sądowi, w którego kompetencji leży jego zastosowanie, uprawnienia do uczynienia, w momencie stosowania tego prawa, wszystkiego, co niezbędne do pominięcia krajowych przepisów ustawowych stojących na przeszkodzie, nawet tymczasowo, pełnej skuteczności prawa Unii (...) Byłoby tak, gdyby w przypadku sprzeczności między przepisem prawa Unii a ustawą krajową rozstrzygnięcie tego konfliktu zastrzeżone było dla innego organu niż sąd, który ma zastosować prawo Unii, wyposażonego we własne uprawnienia dyskrecyjne, nawet gdyby wynikające stąd przeszkody dla pełnej skuteczności tego prawa były tylko przejściowe”.

5. W ramach tego zdania odrębnego nie da się uniknąć nawiązania do powołanego wyżej wyroku w sprawie *Fortuna*. Celem tego wyroku było dokonanie wykładni dyrektywy nr 98/34/WE i udzielenie sądom wskazówek do stosowania ustawy o grach hazardowych do zapewnienia zgodności z prawem unijnym. Omawiany wyrok sprawił jednak trudności interpretacyjne sądom polskim. Brak zrozumienia stanowiska TS przez sądy jest jedną z przyczyn rozbieżności w orzecznictwie. Taka sytuacja przyczyniła się pośrednio do skierowania pytań prawnych do Trybunału Konstytucyjnego.

Wątpliwości WSA w Gdańsku, który wystąpił z pytaniem prejudycjalnym, dotyczyły tego, czy przepisy przejściowe ustawy o grach hazardowych należało kwalifikować jako przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy nr 98/34/WE, które podlegają obowiązkowi notyfikacji. Omawiane przepisy przejściowe wprowadzały zakaz przedłużania i zmiany wydanych uprzednio zezwoleń oraz uwzględniania wcześniej zgłoszonych wniosków o wydanie zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry.

Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przepisy przejściowe ustawy o grach hazardowych zawierają wymagania mogące wpływać na sprzedaż i używanie automatów do gier o niskich wygranych. Odpowiadając na pytanie sądu TS stwierdził, że „art. 1 pkt 11 dyrektywy nr 98/34/WE należy interpretować w ten sposób, że przepisy krajowe tego rodzaju jak przepisy ustawy o grach hazardowych, które mogą powodować ograniczenie, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, stanowią potencjalnie «przepisy techniczne» w rozumieniu tego przepisu”. W przypadku ustalenia, że tego rodzaju przepisy ustawowe wprowadzają

wymagania mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów, projekt przepisów powinien zostać notyfikowany Komisji. Trybunał Sprawiedliwości pozostawił sądom krajowym ocenę w zakresie kwalifikacji przepisów ustawy hazardowej jako przepisów technicznych; na tym właśnie polega wskazana przez sąd unijny „potencjalność” tych przepisów.

WSA w Gdańsku w wyroku z 19 listopada 2012 r., sygn. akt III SA/Gd 569/12, ustalił, uwzględniając wyrok w sprawie Fortuna, że ustawa o grach hazardowych w takiej części, w jakiej zawiera przepisy istotnie ograniczające, a nawet stopniowo uniemożliwiające prowadzenie gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, podlegała notyfikacji Komisji w trybie art. 8 ust. 1 dyrektywy. Do przepisów takich należą przepisy przejściowe ustawy o grach hazardowych. WSA stwierdził, że skoro procedury notyfikacyjnej nie przeprowadzono, to przepis ten nie mógł być stosowany przez organy administracji publicznej w stosunku do podmiotów gospodarczych i innych jednostek.

Poza odpowiedzią na pytanie prejudycjalne, TS przywołał w orzeczeniu w sprawie Fortuna swój wyrok z 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 Komisja przeciwko Grecji (Zb. Orz. 2006, s. I-10341). W tym wcześniejszym wyroku TS orzekł, że przepisy zakazujące prowadzenia gier elektrycznych, elektromechanicznych i elektronicznych w jakichkolwiek miejscach publicznych i prywatnych z wyjątkiem kasyn należy uznać za wymagające notyfikacji przepisy techniczne w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy nr 98/34/WE. W tym kontekście TS stwierdził, że „przepis tego rodzaju jak art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, zgodnie z którym urządzenie gier na automatach dozwolone jest jedynie w kasynach gry, należy uznać za «przepisy techniczne» w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34”.

Powyższym rozstrzygnięciem Trybunału Sprawiedliwości, kwalifikującym przepisy ustawy o grach hazardowych raz jako „techniczne”, a raz jako „potencjalnie techniczne” zarzucono w literaturze niekonsekwencję i brak ostatecznego rozstrzygnięcia wątpliwości interpretacyjnych. Zarzut ten wydaje się jednak nietrafny, ponieważ nie dostrzega się, że TS wypowiadał się w swoim wyroku o wykładni dyrektywy nr 98/34/WE w kontekście różnych przepisów ustawy o grach hazardowych.

Również Trybunał Konstytucyjny nietrafnie, moim zdaniem, ocenił pewne sformułowania z omawianego wyroku Trybunału Sprawiedliwości. W uzasadnieniu wyroku w niniejszej sprawie stwierdził, że „TSUE, orzekając w sprawie Fortuna i inni nie mógł rozstrzygnąć, czy przepisy krajowe ustawy o grach hazardowych mają charakter technicznych, kompetencja w tym zakresie należy bowiem do sądów krajowych. To sądy krajowe dokonują interpretacji prawa krajowego. Stąd też za nieuprawnione należy uznać wszelkie wypowiedzi TSUE, w których kategorycznie oceniał przepisy ustawy o grach hazardowych. Wypada bowiem jeszcze raz z całą mocą podkreślić, że TSUE nie miał kompetencji do oceny, czy konkretne przepisy, np. art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, mają charakter przepisów technicznych”.

Z przytoczoną wyżej krytyką zakresu kompetencji orzeczniczych TS nie mogę się „z całą mocą” zgodzić. Trybunał Sprawiedliwości, wypowiadając się w powołanym już wyroku w sprawie Fortuna na temat art. 14 ustawy o grach hazardowych nie przeprowadzał interpretacji prawa polskiego. TS powołał się bowiem w powołanym fragmencie wyroku na wykładnię art. 1 pkt 11 dyrektywy nr 98/34/WE, której dokonał uprzednio w wyroku C-65/05 i stwierdził, że interpretacja prawa unijnego przyjęta w kontekście prawa greckiego może mieć zastosowanie do kwalifikacji analogicznego przepisu ustawy polskiej.

Art. 14 ustawy o grach hazardowych nie był przedmiotem pytania prejudycjalnego w sprawie Fortuna, a stwierdzenie TS dotyczące wskazanego przepisu zostało

wypowiedziane *obiter dicta*. Wypowiedź taka jest przy tym pragmatycznie uzasadniona, ponieważ zasadniczo zwalnia sądy polskie od potrzeby kierowania kolejnych pytań prejudycjalnych, tym razem dotyczących art. 14 ustawy o grach hazardowych. Zgodnie z doktryną *acte éclairé* sąd krajowy nie jest bowiem zobowiązany do zwracania się do TS, jeżeli kwestia będąca przedmiotem wątpliwości została już wyjaśniona we wcześniejszym orzecznictwie (por. wyrok z 27 marca 1963 r. w sprawach połączonych 28-30/62 Da Costa i inni, Zb. Orz. 1963, s. 61). Należy jednak pamiętać, że sądy krajowe zachowują w takiej sytuacji pełne prawo do zadania pytania prejudycjalnego, jeśli uznają, iż jest to celowe z punktu widzenia toczącego się przed nimi postępowania. Należy również wskazać, że kompetencja TS do dokonywania wykładni prawa unijnego wychodzącej poza zakres pytań prejudycjalnych wynika ze specyfiki omawianej procedury, która ma służyć pomocą sądom krajowym w stosowaniu prawa unijnego. Z ustalonego orzecznictwa wynika, że TS ma za zadanie dostarczenie sądowi krajowemu wszelkich wskazówek interpretacji prawa unijnego, które mogą być użyteczne do wydania rozstrzygnięcia w sprawie, przed nim zawisłej, bez względu na to, czy sąd ten wspomni o nich w swoich pytaniach (por. np. wyrok z 7 września 2004 r. w sprawie C-456/02 Trojani, Zb. Orz. 2004, s. I-7573, pkt 38 oraz cyt. tam orzecznictwo).

Tak więc, TS miał, moim zdaniem, kompetencję do przywołania w swoim orzeczeniu dokonanej wcześniej wykładni prawa unijnego i wskazania w tym kontekście kwalifikacji przepisu polskiej ustawy.

6. Wpływ na wyrok Trybunału Konstytucyjnego w niniejszej sprawie miało postanowienie SN z 28 listopada 2013 r., sygn. akt I KZP 15/13 (OSNKW nr 12/2013, poz. 101, Biul. SN 2013/12/28-29). Trybunał Konstytucyjny kilkakrotnie powołał i obszernie odniósł się w uzasadnieniu wyroku do tego orzeczenia. Powołane postanowienie SN było też bezpośrednią inspiracją dla obu sądów do skierowania pytań prawnych do Trybunału Konstytucyjnego. Sądy pytające, uwzględniając powoływane orzeczenie SN, wskazały, że określenie skutków uchybienia notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych leży w wyłącznej kompetencji Trybunału Konstytucyjnego. Z tego względu niezbędne jest odniesienie się do tego postanowienia SN.

Sąd Najwyższy odmówił w nim podjęcia uchwały w przedmiocie zagadnienia prawnego postawionego przez sąd okręgowy, a dotyczącego odpowiedzialności karnoskarbowej podmiotów prowadzących działalność niezgodną z nienotyfikowanymi przepisami ustawy o grach hazardowych. W podsumowaniu rozważań SN sformułował tezę, że naruszenie wynikającego z dyrektywy nr 98/34/WE obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Sąd Najwyższy wskazał, że jeżeli w konkretnym postępowaniu sąd dojdzie do wniosku, że wystąpiła taka wadliwość trybu ustawodawczego, może nie stosować tych przepisów tylko w ten sposób, że zawiesi prowadzone postępowanie, w którym miałyby one zostać zastosowane i skieruje stosowne pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego. Jednak do czasu zainicjowania tej kontroli lub podjęcia przez Trybunał stosownego rozstrzygnięcia, brak jest podstaw do odmowy stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, w tym także jej art. 14 ust. 1.

Omawiane postanowienie SN uważam za błędne merytorycznie i podjęte bez należytego uwzględnienia prawa unijnego, a także poszanowania orzecznictwa TS. Następstwem orzeczenia SN są nie tylko pytania prawne sądów w niniejszej sprawie, ale kilkadziesiąt dalszych, moim zdaniem, niepotrzebnych, pytań prawnych sądów do Trybunału Konstytucyjnego, jak również nieprawidłowe ukształtowanie praktyki

orzeczniczej sądów karnych, a pośrednio także administracyjnych.

Wystarczy tylko zauważyć, że SN nieprawidłowo zinterpretował wyrok w sprawie Fortuna, gdyż stwierdził, że TS nie przesądził ostatecznie, czy przepisy ustawy o grach hazardowych (zarówno przepisy przejściowe, jak również art. 6 i art. 14) mają charakter przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy nr 98/34/WE. SN orzekł, że wskazane przepisy „stanowią potencjalnie przepisy techniczne”. Ponadto zdaniem SN, ewentualna kwalifikacja art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jako przepisów technicznych nie oznacza, że sądy mogą automatycznie odmówić ich stosowania z uwagi na niedopełnienie obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej. Należy zwrócić uwagę, na szczególnie rażące pojmowanie przez SN odmowy zastosowania przez sądy ustawy niezgodnej z prawem unijnym, rozumianej jako obowiązek zawieszenia prowadzonego postępowania i skierowania stosownego pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego. Takie rozwiązanie jest sprzeczne ze stanowiskiem TS znajdującym wyraz w ustalonej judykaturze, poczynając od przywoływanego już wyżej klasycznego wyroku w sprawie 106/77 Simmenthal. Zamiast dalszego omawiania w tym miejscu postanowienia SN wystarczy odesłać do literatury wykazującej jego poważne wady (por. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Naruszenie obowiązku...*, s. 41 i n.; M. Górski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 28 listopada 2013 r., I KZP 15/13*, Lex/el. 2014; M. Szewczyk, *Glosa do postanowienia SN z dnia 28 listopada 2013 r., I KZP 15/13*, Lex/el. 2014; M. Domańska, *Implementacja dyrektyw unijnych przez sądy krajowe*, Warszawa 2014, s. 167-168).

Trybunał Konstytucyjny stwierdził w uzasadnieniu niniejszego wyroku, że „[s]tanowisko SN wyrażone w postanowieniu z 28 listopada 2013 r. jest reprezentatywne w odniesieniu do Sądu Najwyższego (por. np. wyrok SN z 8 stycznia 2014 r., sygn. akt IV KK 183/13, Lex nr 1409532)”. Trybunał Konstytucyjny pominął jednak to, że rok później, 27 listopada 2014 r., SN wydał postanowienie o sygn. sygn. akt II KK 55/14 (Lex nr 1583503), w którym zajął odmienne stanowisko, niż w powoływanym wyżej postanowieniu. W orzeczeniu z 2014 r. SN odwołał się do wyroku w sprawie 106/77 Simmenthal, stwierdzając, że sąd krajowy, który w ramach swoich kompetencji stosuje przepisy prawa unijnego, zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność norm prawa unijnego nie stosując w razie konieczności wszelkich, nawet późniejszych, sprzecznych z przepisami prawa unijnego przepisów ustawodawstwa krajowego. Nie można przy tym wymagać, aby sąd krajowy był zmuszony oczekiwać na uchylenie tych przepisów. Sąd Najwyższy wskazał, że zobligowanie sądu powszechnego, aby przed odmową zastosowania przepisu krajowego, uznanego przezeń za sprzeczny z prawem UE, wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z Konstytucją przepisu ustawy uchwalonego z naruszeniem obowiązku notyfikacji, osłabia efektywność prawa unijnego, a z perspektywy sądów polskich pozbawia je roli „sądów Unii” tzn. sądów odpowiedzialnych za zapewnienie pełnej skuteczności przepisom prawa UE.

Postanowienie SN z 2014 r. było komentowane przez uczestników postępowania na rozprawie przed Trybunałem Konstytucyjnym w niniejszej sprawie. Można żałować, że nie wpłynęło ono na rozstrzygnięcie Trybunału ani nawet nie zostało odnotowane w uzasadnieniu wyroku.

7. Oba sądy, które skierowały pytania prawne w niniejszej sprawie, przyjęły, że art. 14 ustawy o grach hazardowych jest przepisem technicznym w rozumieniu dyrektywy nr 98/34/WE. Według NSA dotyczy to także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, sankcjonującego naruszenie zakazu wynikającego z art. 14 ustawy. Taka kwalifikacja odpowiada wykładni prawa unijnego dokonanej przez TS w wyroku w sprawie Fortuna.

W orzecznictwie TS przepisy dyrektywy nr 98/34/WE wprowadzające obowiązek notyfikacji zostały uznane za bezpośrednio skuteczne, czyli mogące być źródłem praw jednostek. Oznacza to, że sądy stosujące prawo powinny odmówić zastosowania prawa krajowego zawierającego przepisy techniczne, ale niepoddanego notyfikacji. Takie stanowisko wyraził już TS w wyroku z 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-194/94 CIA Security International (Zb. Orz. 1996, s. I-02201) i powtórzył w dalszych orzeczeniach. Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przed organami państw członkowskich nie można się powoływać wobec jednostek na przepisy techniczne niepoddane notyfikacji, a w szczególności nie można nakładać na jednostki obowiązków i wymierzać kar. Jest to wyrazem łacińskiej zasady *nemo auditur*, której odpowiednikiem w *common law* jest doktryna *estoppel*, przyjmująca, że państwo członkowskie nie może odnosić korzyści z niewykonania obowiązku nałożonego na nie przez dyrektywę. Następstwem uznania art. 14 ustawy o grach hazardowych za nienotyfikowany przepis techniczny powinna być zatem odmowa zastosowania normy zawartej w tym przepisie i w korespondującym z nim przepisie karnym zarówno przez sądy, które skierowały pytania prawne do Trybunału Konstytucyjnego, jak i przez inne sądy w tożsamych sprawach.

W kontekście przytoczonego orzecznictwa TS za niekonsekwentne i nietrafne należy uznać stanowisko sądów, które wystąpiły z pytaniami prawnymi do Trybunału Konstytucyjnego. Z jednej strony, sądy te zakwalifikowały zaskarżone przepisy ustawy jako przepisy techniczne. W tym względzie kierowały się orzecznictwem TS. Z drugiej strony, sądy pytające opowiadały się jednak przeciwko „automatycznej” – jak to określały – odmowie zastosowania nienotyfikowanych przepisów technicznych, co stanowi odstępstwo od orzecznictwa TS.

Takie stanowisko sądów wynika z nieprawidłowej, moim zdaniem, wykładni art. 91 ust. 3 Konstytucji.

8. W uzasadnieniu niniejszego wyroku Trybunał Konstytucyjny przywołał stanowisko wyrażone w orzecznictwie TS dotyczącym interpretacji dyrektywy nr 98/34/WE, w którym sąd unijny przyznał przymiot bezpośredniej skuteczności przepisom nakładającym obowiązek notyfikacji krajowych przepisów technicznych. Dotyczy to w pierwszym rzędzie powołanego już wyroku TS w sprawie C-194/94 CIA Security.

Trybunał Konstytucyjny nie ograniczył się jednak do wskazania sądom zadającym pytania prawne możliwości dokonania wykładni prawa unijnego i polskiego oraz odmowy zastosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, ale uznał za konieczne wydanie orzeczenia merytorycznego. Zapewne wiązało się to z rozróżnieniem, którym TK posłużył się przedstawiając relacje między normami prawa polskiego i prawa unijnego. Trybunał rozróżnił mianowicie „konflikt treściowy regulacji o charakterze materialnym” oraz „niedochowanie unijnej procedury notyfikacyjnej”.

Odnotować jednak należy, że analogiczne rozróżnienie wystąpiło już w uzasadnieniu pytania prawnego NSA, a jeszcze wcześniej w postanowieniu SN z 2013 r., przy ocenie następstw braku notyfikacji przepisów technicznych w świetle art. 91 ust. 3 Konstytucji. Przepis ten określa, jak wiadomo, miejsce w polskim porządku prawnym prawa stanowionego przez organizację międzynarodową, w tym zwłaszcza unijnego prawa pochodnego oraz statuuje ich bezpośrednie stosowanie i pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami.

Zarówno NSA, jak i Sąd Najwyższy wyraziły pogląd, że brak notyfikacji projektu ustawy nie doprowadził do powstania „kolizji”, o której mowa w Konstytucji. Oba sądy przyjęły bowiem, że w art. 91 ust. 3 Konstytucji chodzi o „treściową” niezgodność prawa polskiego z prawem unijnym, a nie o naruszenie o charakterze „formalno-proceduralnym”,

za jakie został uznany brak wymaganej notyfikacji projektu ustawy. W tej ostatniej sytuacji, sąd krajowy nie musiałaby odmawiać zastosowania przepisu ustawy.

Z przedstawionym wyżej poglądem nie mogę się zgodzić. Nie ma podstaw, aby omawiany przepis konstytucyjny rozumieć wąsko, dokonując rozgraniczeń wśród sytuacji, w których normy prawa polskiego i prawa unijnego nie mogą znaleźć równoczesnego zastosowania, czyli gdy wystąpi między nimi kolizja. Przede wszystkim jednak, naruszenia prawa unijnego w wyniku braku wymaganej notyfikacji nie można kwalifikować wyłącznie jako uchybienia „formalno-proceduralnego”. Należy bowiem uwzględnić przedstawione już wyżej na tle orzecznictwa TS następstwa, jakie powoduje w świetle bezpośrednio skutecznego prawa unijnego brak notyfikacji prawa krajowego zawierającego przepisy techniczne. Następstwa te polegają na odmowie zastosowania prawa krajowego przez sądy wobec jednostek.

Tak więc zestawienie istotnych w niniejszej sprawie norm ustawy o grach hazardowych, zaskarżonych przez NSA i norm dyrektywy przedstawia się, w schematycznym ujęciu, następująco:

Prawo polskie: „Urządzanie gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry. Urządzający gry na automatach poza kasynem gry podlega karze pieniężnej”.

Prawo unijne: „Na przepisy techniczne niepoddane notyfikacji nie można się powoływać wobec jednostek przed organami państw członkowskich, a w szczególności nie można nakładać na jednostki obowiązków i wymierzać kar”.

Między przytoczonymi normami występuje niewątpliwie kolizja, ponieważ nie jest możliwe jednoczesne zastosowanie normy nakazującej nakładanie obowiązków i wymierzanie kar oraz normy zakazującej nakładania obowiązków i wymierzania kar. Kolizja norm ma przy tym charakter „materialny”, czyli „treściowy”.

W niniejszym wyroku Trybunał Konstytucyjny, a ponadto w kontekście art. 91 ust. 3 Konstytucji, zarówno NSA, jak i Sąd Najwyższy, sformułowały dalszy warunek do odmowy zastosowania prawa krajowego tak, aby norma prawa krajowego mogła być zastąpiona przez normę prawa unijnego. Warunek ten nie jest spełniony w przypadku naruszenia prawa unijnego wskutek braku notyfikacji projektu ustawy.

Także i to wymaganie nie zasługuje na aprobatę. Nie ma uzasadnienia dla tezy, że wymaganie zastępowania norm miałyby być elementem konstrukcji „kolizji norm” z art. 91 ust. 3 Konstytucji, czy konstrukcji odmowy zastosowania normy prawa krajowego, niezgodnej z prawem unijnym.

W razie niezgodności norm prawa krajowego z prawem unijnym mogą wystąpić różne sytuacje. Niekiedy w miejsce normy prawa krajowego wchodzi norma prawa unijnego. Kiedy indziej, niezgodną z prawem unijnym normę prawa krajowego zastępuje inna norma prawa krajowego, tym razem zgodna z prawem unijnym. W pewnych sytuacjach niezgodność norm prawa krajowego z prawem unijnym będzie wymagała interwencji ustawodawcy.

Takie różne scenariusze nie są nieznane i poddaje się je analizie w orzecznictwie TS, a częściej w opiniach rzeczników generalnych oraz w literaturze. W omawianym kontekście rozróżnia się tzw. efekt substytucji (zastąpienia) albo wykluczenia (wyłączenia) normy krajowej przez bezpośrednio skuteczną normę dyrektywy (por. D. Kornobis-Romanowska, *Sąd krajowy w prawie wspólnotowym*, Kraków 2007, s. 37-40; N. Półtorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010, s. 183-186). W niniejszej sprawie mamy do czynienia z efektem wykluczenia normy krajowej w wyniku braku wymaganej notyfikacji projektu ustawy. Nie powstaje jednak w tym przypadku chaos czy próżnia prawna, czego obawia się Trybunał w uzasadnieniu niniejszego wyroku, czy NSA w uzasadnieniu pytania prawnego.

Innym zagadnieniem jest to, że w związku z niedopuszczalnością stosowania pewnych norm ustawowych może się okazać potrzebna interwencja ustawodawcy. Takie zjawisko jest jednak dobrze znane Trybunałowi Konstytucyjnemu w analogicznej (w pewnym stopniu) sytuacji orzekania o niezgodności ustawy z Konstytucją.

9. Utrzymywanie się rozbieżności w orzecznictwie, i to przez długi czas, trzeba ocenić krytycznie. Należy przy tym żałować, że nie zostały wykorzystane możliwości ujednolicenia orzecznictwa za pomocą uchwał SN i NSA podjętych w powiększonych składach. Zgłoszenie wniosków dotyczących podjęcia takich uchwał zapowiedział na rozprawie w Trybunale Konstytucyjnym w niniejszej sprawie przedstawiciel Prokuratora Generalnego.

Przyszłość pokaże, czy wyrok Trybunału przyczyni się do ujednolicenia orzecznictwa. Należałoby sobie tego życzyć, jakkolwiek powstają pewne wątpliwości w tej kwestii. Należy bowiem mieć na względzie, że orzeczenie o zgodności zaskarżonych przepisów z Konstytucją nie przesądza oceny, która w niniejszej sprawie ma charakter podstawowy, tj. zgodności tych przepisów z dyrektywą unijną oraz następstw uznania tych przepisów za niezgodne z bezpośrednio skutecznym prawem unijnym.

10. Ze względu na charakter zastrzeżeń, jakie zgłaszam przeciwko wyrokowi Trybunału Konstytucyjnego, powstrzymam się od oceny merytorycznego rozstrzygnięcia Trybunału o zgodności ustawy o grach hazardowych z art. 2 i art. 7 w związku z art. 9, jak również z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Chciałbym jednak przywołać i skomentować kilka stwierdzeń Trybunału zawartych w uzasadnieniu niniejszego wyroku, a dotyczących dyrektywy 98/34/WE w konfrontacji z polskimi ustawami.

Trybunał stwierdził, że „sam fakt ujęcia obowiązku notyfikacji w dyrektywie unijnej nie oznacza jeszcze, że mamy do czynienia ze szczególnie wysoką, bo międzynarodową i ponadustawową, rangą procedury notyfikacji”. A następnie: „[d]yrektywy nie mają zatem z natury rzeczy rangi hierarchicznie wyższej niż ustawy. Dyrektywy nie są z perspektywy konstytucyjnej prawem lepszym lub też ważniejszym merytorycznie i aksjologicznie niż przepisy polskich ustaw. Dlatego też wymóg notyfikacji wynikający z dyrektywy 98/34/WE nie jest ważniejszy lub bardziej istotny niż analogiczny obowiązek wynikający z ustawy zwykłej”.

Z powyższymi stwierdzeniami trudno się zgodzić. Obowiązek notyfikacji wynika z prawa unijnego, którego przynależność do prawa międzynarodowego jest sporna. W każdym razie proklamowany w art. 9 Konstytucji obowiązek przestrzegania wiążącego prawa międzynarodowego jest odnoszony w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego także do prawa unijnego. To wyznacza rangę sformułowanego w unijnej dyrektywie wymagania notyfikacji projektów ustaw. W świetle Konstytucji oraz orzecznictwa Trybunału rażą zarówno merytorycznie jak i terminologicznie, publicystycznie ujęte rozważania, czy dyrektywy mają rangę „szczególnie wysoką”, „hierarchicznie wyższą niż ustawy”, albo czy są „prawem lepszym lub też ważniejszym merytorycznie i aksjologicznie niż przepisy polskich ustaw”. Trybunał przywołał w tym kontekście art. 91 ust. 3 Konstytucji i art. 288 TFUE, ale, moim zdaniem, nie wyciągnął z tych przepisów należytych wniosków i skierował swoją uwagę w niewłaściwym kierunku. Niewątpliwie, przepisy unijnego prawa pochodnego, w tym dyrektywy, korzystają z pierwszeństwa nad ustawami w razie kolizji norm; była już o tym mowa wyżej. W wielu orzeczeniach, poczynając od okresu poprzedzającego akcesję, Trybunał Konstytucyjny przywoływał konstytucyjną zasadę przychylności procesowi integracji europejskiej, jak również obowiązku wykładni prawa polskiego (łącznie z Konstytucją) przyjaznej prawu

unijnemu; obecnie należałoby mówić raczej o „wykładni zgodnej z prawem unijnym”. Trybunał podkreślał, że systemy prawa polskiego i unijnego charakteryzuje zbieżność aksjologiczna.

Podstawami konstytucyjnymi dla dotychczasowej, spójnej linii orzecznictwa były, obok powołanego już art. 9, także art. 90 i art. 91 Konstytucji. Można wyrazić nadzieję, że przytoczone sformułowania z uzasadnienia niniejszego wyroku nie oznaczają odstąpienia od tej linii i dystansowania się od obowiązków wynikających z prawa unijnego.

Z powyższych względów zgłosiłem zdanie odrębne do wyroku o sygn. P 4/14.