

Sygnatura akt VI Ka 1101/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **17 kwietnia 2015** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Marcin Schoenborn

Sędziowie SSO Arkadiusz Łata

SSR del. Małgorzata Peteja-Żak (spr.)

Protokolant Aleksandra Studniarz

przy udziale Bożeny Sosnowskiej

Prokuratora Prokuratury Okręgowej

po rozpoznaniu w dniu 17 kwietnia 2015 r.

sprawy **A. K. syna R. i J.,**

ur. (...) w P.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 16 października 2014 r. sygnatura akt III K 561/14

na mocy art. 437 § 1 kpk i art. 636 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

2. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 20 zł (dwadzieścia złotych) i wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 500 zł (pięćset złotych).

Sygn. akt VI Ka 1101/14

UZASADNIENIE WYROKU

z dnia 17 kwietnia 2015r.

Sąd Rejonowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 16 października 2014r., w sprawie o sygn. III K 561/14, uznał oskarżonego A. K. za winnego tego, że w okresie od 4 maja 2013r. do 6 lipca 2013r. w G. w lokalu o nazwie (...), mieszczącej się przy ul. (...), wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009r., nr 201, poz. 1540 z późn. zm.) i stosownej koncesji, prowadząc działalność gospodarczą (...) w P., urządzał gry o charakterze losowym na automacie elektronicznym L. nr (...), tj. popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks i za to na mocy tego przepisu wymierzył mu karę grzywny w wymiarze 50 stawek dziennych, ustalając wysokość każdej z nich na kwotę 100 złotych.

Nadto na mocy art. 30 § 5 kks orzekł przypadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci urządzenia do gry o nazwie L. nr (...) wraz z kablem zasilającym oraz pieniędzy w kwocie 292 złotych, przechowywanych w magazynie Urzędu Celnego w R. oraz kasie Izby Celnej w K., oraz zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa stosowne koszty sądowe.

Apelację od niniejszego wyroku wniósł oskarżony, zaskarżając go w całości i zarzucając mu:

I obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść wyroku, a mianowicie:

1. art. 4 kpk, art. 7 kpk, art. 410 kpk i art. 424 § 1 pkt 1 kpk wyrażającą się w ustaleniu okoliczności sprawy na podstawie niekompletnego materiału dowodowego, w związku z wyeliminowaniem zawnioskowanego przez oskarżonego wniosku dowodowego w postaci opinii biegłego sądowego oraz eksperymentu procesowego, określającego brak losowości urządzeń objętych postępowaniem, bez umotywowania takiego stanowiska w uzasadnieniu wyroku, mimo iż losowość danych urządzeń została zakwestionowana w świetle oceny technicznej (opinii prywatnej) przedstawionej przez oskarżonego;

2. art. 167 kpk, art. 193 kpk w zw. z art. 366 § 1 kpk, polegającą na zaniechaniu dopuszczenia dowodu z opinii biegłego sądowego oraz eksperymentu procesowego, co w konsekwencji skutkowało błędem w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mającym wpływ na jego treść i wydanie orzeczenia w oparciu o niepełny materiał dowodowy oraz jednoczesnego przyjęcia, że ujawnione dowody doprowadziły do wykazania, że oskarżony dopuścił się zarzucanego mu czynu;

3. art. 4 kpk w zw. z art. 167 kpk poprzez orzeczenie z naruszeniem zasady obiektywizmu poprzez brak dopuszczenia dowodów zawnioskowanych przez oskarżonego – z opinii biegłego sądowego, eksperymentu procesowego - i oparcie twierdzeń wyłącznie na dowodach przedstawionych przez oskarżyciela;

4. art. 7 kpk poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, wyrażającej się w tym, że Sąd pominął na etapie postępowania dowodowego okoliczność posiadania przez oskarżonego specjalistycznej opinii, z której wynika brak losowości gier urządzanych na w/w automatach, a więc sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego oraz logiki jest twierdzenie Sądu jakoby okoliczność ta nie miała wpływu na stronę podmiotową przestępstwa z art. 107 kks.

II błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za jego podstawę i mających wpływ na treść wyroku poprzez niezasadne ustalenie na podstawie faktów i dowodów, że oskarżony dopuścił się zarzucanego mu czynu z winy umyślnej, w zamiarze bezpośrednim, podczas gdy w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy brak jest podstaw dowodowych, by oskarżonemu zarzucić umyślność działania, polegającego na urządzaniu gier na automacie L. nr seryjny (...) w okresie od 4 maja 2013r. do 6 lipca 2013r.

Stawiając powyższe zarzuty apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez jego uniewinnienie, względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

W uzasadnieniu środka odwoławczego nadto powołał się na wynikającą z orzecznictwa TSUE konsekwencję braku notyfikacji Komisji Europejskiej art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych w postaci niemożności stosowania tego przepisu, mającą mieć jego zdaniem wsparcie w art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, przez co uważa on, iż urządzanie gier na automatach poza kasynami gry nie jest w aktualnym stanie prawnym przestępstwem skarbowym z art. 107 § 1 kks.

Na rozprawie przed Sądem odwoławczym wniesioną przez oskarżonego apelację poparł ustanowiony przez niego obrońca.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Wywiedziona apelacja okazała się niezasadna. W szczególności nie można zgodzić się ze skarżącym, iż Sąd Rejonowy w sposób dowolny ocenił zebrane w sprawie dowody i na ich podstawie dokonał wadliwych ustaleń faktycznych, błędnie przypisując oskarżonemu popełnienie zarzucanego aktem oskarżenia czynu. Wbrew zarzutom oskarżonego Sąd orzekający przeprowadził pełne postępowanie dowodowe, zgromadzone dowody poddając ocenie zgodnej z zasadami wiedzy, logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego, prowadzącej do trafnych wniosków w zakresie oceny zachowania oskarżonego. Taka ocena dowodów nie jest oceną dowolną, a swobodną, mieszczącą się w granicach zakreślonych w art. 7 kpk. Apelujący kwestionując tę ocenę nie przytoczył w apelacji takich argumentów, które wskazywałyby na jej wadliwość, ograniczając się de facto do forsowania swojej wersji, która od tej oceny abstrahuje, negując jedynie stanowisko Sądu orzekającego.

Sąd I instancji natomiast stanowisko swoje należycie uzasadnił, w sposób zgodny z art. 424 kpk. Nie dopuścił się przy rozpoznawaniu sprawy ani przy wyrokowaniu błędu w ustaleniach faktycznych, a poczynione ustalenia w zupełności znajdują potwierdzenie w zgromadzonych dowodach. Nie jest zatem w szczególności tak, by wykazywane przez oskarżonego jego działanie jako konieczne w zakresie tegoż postrzegania na płaszczyźnie legalności – takim miało zostać uznane i by przyjmować, że zachowanie to wynikało z przeświadczenia o pozostawaniu w zgodzie z prawem. Nie może być przede wszystkim decydujące dla oceny zachowania oskarżonego posługiwanie się przez niego prywatną opinią dotyczącą charakteru zakwestionowanego automatu. Oskarżony, dysponując bogatym doświadczeniem życiowym i społecznym, będąc od wielu lat przedsiębiorcą działającym w branży automatów do gier, dysponował wyższą niż przeciętna wiedzą i znajomością przepisów prawnych regulujących kwestię urządzania gier na automatach i wymogów kwalifikujących dane urządzenie jako maszynę do gier hazardowych. Przy zachowaniu zatem odpowiedniej staranności i przezorności mógł on uzyskać odpowiednią wiedzę co do charakteru gier prowadzonych na zabezpieczonym automacie. Od zweryfikowania tych danych nie zwalniał oskarżonego bynajmniej fakt posiadania opinii technicznej, nawet takiej opracowanej przez osobę posiadającą wiadomości specjalne w tym zakresie. Załączona do akt sprawy opinia techniczna z dnia 8 grudnia 2010r. stanowiła w istocie dokument prywatny, czyli pisemne opracowanie zlecone przez oskarżonego, a nie przez uprawniony organ procesowy, nie stanowiła zatem opinii w rozumieniu art. 193 kpk w zw. z art. 200 § 1 kpk. Nie było jednak tak, by Sąd Rejonowy ową opinią techniczną w ogóle zlekceważył; wszak poddał ją ocenie w zestawieniu z innymi dowodami, nie mógł jednak oceniać jej tak jak opinii biegłego, skoro ta statusu takiego nie posiadała. Dokonując oceny opinii biegłego prawidłowo zwłaszcza Sąd ten ustalił, że gry urządzone na urządzeniu elektronicznym o nazwie L. nr (...) miały charakter losowy, co wynika z przebiegu eksperymentu przeprowadzonego przez funkcjonariuszy Służby Celnej oraz z treści opinii biegłego A. C.. Podkreślić bowiem należy, że cała ingerencja gracza w przebieg gry polegała, po jej uruchomieniu, na naciśnięciu jednego przycisku „Start”, w czasie gdy ten był podświetlony (aktywny). Wskazania doświadczenia życiowego podpowiadają, iż urządzenie to nie było po to tylko udostępniane jego graczom, by naciskali oni przycisk „Start” w momencie jego podświetlenia, lecz po to, by w zależności od rodzaju gry uzyskali oni taki a nie inny układ grafik na ekranie, a ten był już tylko zależny od przypadku. Nie mogło tu być zatem mowy o żadnej zręczności czy choćby sprawności manualnej, a wynik gry nie był zależny w pełni od umiejętności gracza. Grający, po uruchomieniu gry, nie był bowiem w stanie w żaden sposób wpłynąć na jej wynik, ani przewidzieć jaki będzie końcowy układ symboli uzyskany na zatrzymanych bębnach, a o wyniku gry decydował algorytm gry i przypadek. W tym niewątpliwie wyrażał się jej losowy charakter. Tymczasem dla autora opinii technicznej podkreślony wyżej element zręcznościowy, przejawiający się w naciskaniu aktywnego klawisza, miał na tyle dominować (grający miał bowiem uciekać wzrokiem z ekranu w celu kontrolowania momentów podświetlenia przycisku „Start”), że element przypadku występujący w grach pojawiających się na ekranie dla grającego w istocie miał nie mieć znaczenia, a to miało w efekcie zaważać na traktowaniu tej gry jako zręcznościowej. Próba zatem wykazania braku kompetencji biegłego A. C., sprowadzająca się faktycznie do próby weryfikacji tegoż opinii w kontekście przedłożonej opinii technicznej Z. S. nie zasługiwała na aprobatę. Co więcej, na losowość badanego urządzenia wskazywał eksperyment przeprowadzony „na gorąco” przez funkcjonariuszy celnych, co koresponduje z opinią biegłego. Tym samym, jak wykazało postępowanie, element zręcznościowy grającego nie miał żadnego znaczenia na wpływ gry, a tym samym, w powołanych wyżej okolicznościach nie było żadnych podstaw do tego, by powoływać kolejnego biegłego do wydania opinii w celu obiektywnego stwierdzenia charakteru zabezpieczonego automatu do gier.

Oskarżony zarzucił Sądowi I instancji obrazę przepisów postępowania poprzez nieprzeprowadzenie wnioskowanego przez niego dowodu z opinii biegłego sądowego, który - w obliczu istniejących rozbieżności pomiędzy dwiema opiniami znajdującymi się w aktach sprawy - w sposób bezstronny i autorytatywny przesądziłby o charakterze zabezpieczonego urządzenia, a nadto zaniechanie przeprowadzenia eksperymentu procesowego z jego udziałem. Jest faktem, że przedmiotowe wnioski zostały zawarte przez oskarżonego w piśmie procesowym z dnia 9 czerwca 2014r., stanowiącym sprzeciw od wyroku nakazowego, i nie zostały przez Sąd merytoryczny rozpoznane, a nawet zauważone, to jednak uchybienie powyższe w obliczu uwag zawartych wcześniej nie miało wpływu na treść zaskarżonego orzeczenia. Sąd Rejonowy, dysponując jasną, pełną i rzetelną opinią biegłego, wewnętrznym niesprzeczną, poddał dowód ten analizie i ocenie w zakresie jej logiczności i poprawności wnioskowania zgodnego z zasadami rozumowania, nie zachodziły zatem przesłanki określone w art. 201 kpk. Odnosnie zaś eksperymentu procesowego, który miałby być przeprowadzony z udziałem samego oskarżonego, zapewne wnioskujący miał na myśli dowiedzenie zręcznościowego charakteru gier na zabezpieczonych automatach w sposób wynikający ze stanowiska autora opinii technicznej, skoro na nią się powoływał, tłumacząc swój brak świadomości co do naruszania przepisów ustawy o grach hazardowych. By nie przeprowadzać wnioskowanych dowodów wystarczyło zatem ograniczyć się do oceny opinii biegłego A. C., opartej wszak na badaniu konkretnie zabezpieczonego egzemplarza automatu do gier. Trzeba tu i podkreślić, że opinia techniczna nie dotyczyła zindywidualizowanego egzemplarza do automatu do gier, stanowiąc jedynie opinię do określonego nazwą modelu urządzenia marki L. nr (...).

Nie doszło zatem w ocenie Sądu odwoławczego do obrazę wskazanych przez skarżącego przepisów art. 167 kpk, art. 193 kpk w zw. z art. 366 § 1 kpk, ani też art. 201 kpk, który to przepis wskazuje przecie, kiedy należy zasięgnąć opinii innego biegłego.

Inną kwestią jest jednak, czy w istocie oskarżony miał prawo zawierzyć posiadanej opinii technicznej i w oparciu o jej treść umieścić w lokalu (...) zabezpieczone urządzenie, oferujące gry na automacie wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych. Ma rację Sąd Rejonowy, iż oskarżony od początku był świadomy tego, jaki był rzeczywisty charakter posiadanego przez niego urządzenia. Jako doświadczony przedsiębiorca, mający wieloletnie doświadczenie w branży urządzania gier na automatach, miał świadomość charakteru posiadanego automatu do gier, zlecając i kompletując opinie prywatne dotyczące poszczególnych rodzajów określonego typu automatu, przy jednoczesnym braku wykorzystania sposobów prawem przewidzianych, jak choćby złożenia właściwego wniosku do Ministra Finansów o ostateczne ustalenie w trybie art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych charakteru danego urządzenia. W kontekście przypadków kwestionowania, jak wyjaśnił sam oskarżony, legalności automatów do gier w wielu sprawach dotyczących jego działalności na rozległym terenie, a z drugiej strony jego kilkukrotnej karalności za przestępstwa podobne pod rządami ustawy z dnia 19 listopada 2009r., byłoby to zachowanie racjonalne i świadczące o braku zgody na ewentualność naruszania prawa (por. wyrok SN z dnia 2 IV 2014r., sygn. V KK 344/13; postanowienie SN z dnia 3 III 2015r., IV KK 369/14).

W tych okolicznościach zatem, nie stwierdzając także obrazę przepisów art. 7 kpk i art. 4 kpk, trzeba stwierdzić, że Sąd Rejonowy prawidłowo przyjął, iż treść przedłożonej opinii technicznej nie mogła świadczyć na korzyść oskarżonego w tym znaczeniu, że nie był on świadom rzeczywistego charakteru urządzenia L. zanim zostało ono wstawione do (...) lokalu.

Sąd odwoławczy w składzie orzekającym w niniejszej sprawie nie podzielił także i zarzutu podnoszonego przez skarżącego, a dotyczącego obrazę prawa materialnego w postaci przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych. Zdaniem oskarżonego, jakkolwiek przepis ten, z naruszeniem którego miało się wiązać jego działanie polegające na urządzaniu gier na automatach wbrew przepisom w/w ustawy, formalnie obowiązuje w krajowym porządku prawnym, to jednak nie może być on stosowany, gdyż stanowiąc przepis techniczny w rozumieniu dyrektywy 98/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006r. nie został notyfikowany Komisji Europejskiej.

Trzeba jednak podkreślić, że taka normatywna konsekwencja naruszenia obowiązku notyfikacji nie wynika z żadnego wyraźnego przepisu powołanej wyżej dyrektywy ani z żadnej regulacji traktatowej. Faktem jest, że Trybunał

Sprawiedliwości Unii Europejskiej w kilku sprawach, w których pojawiła się kwestia niedopełnienia wynikającego z dyrektyw obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej projektów krajowych regulacji prawnych, wyrażał pogląd, że konsekwencją naruszenia tegoż obowiązku powinno być niestosowanie nienotyfikowanej regulacji prawnej przez organy krajowe, w szczególności przez sądy (por. wyroki: z dnia 9 VI 2011r., C-361/10; z dnia 15 IV 2010r., C-433/05; z dnia 8 IX 2005r., C-303/04; z dnia 30 IV 1996r., C-194/94; z dnia 6 VI 2002r., C-159/00), skutek taki wywodząc tak naprawdę wyłącznie z treści tych dyrektyw, nie zaś z treści wyraźnego przepisu regulacji traktatowej. Nadto wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wiążą sądy krajowe w konkretnej sprawie rozpatrywanej przez Trybunał, zaś powoływanie się na te wyroki w innych sprawach dokonuje się wyłącznie w drodze uznania mocy argumentów prezentowanych przez ten Trybunał. Podkreślić przy tym należy, iż Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie jest właściwy do dokonywania wykładni lub stwierdzenia, że przepisy prawa wewnętrznego państwa członkowskiego nie obowiązują, nawet jeśli prawo to zostało ustanowione celem wykonania przez to państwo zobowiązań unijnych. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zajmuje się bowiem wykładnią prawa unijnego, a nie prawa krajowego. Z treści art. 267 traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej jasno wynika, że do kompetencji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej należy orzekanie w trybie prejudycjalnym o wykładni Traktatów oraz o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii. A zatem wykładnia prawa krajowego należy do stosujących to prawo organów krajowych, w tym przypadku do sądów powszechnych.

Jakkolwiek polskie sądy rozstrzygają samodzielnie kwestie prawne (zasada samodzielności jurysdykcyjnej z art. 8 kpk) i są niezawisłe, podlegają tylko Konstytucji RP oraz ustawom (art. 178 ust. 1 Konstytucji RP), to jednak nie mają one prawa samodzielnie stwierdzić niezgodności przepisu ustawy z umową międzynarodową, czy z Konstytucją RP. Cięży bowiem na nich konstytucyjny obowiązek poszanowania i przestrzegania ustaw tak długo, dopóki ustawa ta nie utraciła mocy obowiązującej. Również organy władzy wykonawczej nie mogą odmawiać stosowania i egzekwowania przepisów, dopóki uprawnione organy nie stwierdzą niezgodności danego aktu prawnego z Konstytucją RP lub z normami prawa międzynarodowego. Zgodnie z art. 7 Konstytucji RP „Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”. Oznacza to, że organy te nie mogą w sposób dowolny odmawiać stosowania prawa, zwłaszcza gdy normy prawne nakładają na nie obowiązek określonego działania. Obowiązek ten dotyczy wszystkich aktów normatywnych, które zgodnie z Rozdziałem III Konstytucji RP stanowią źródła prawa w Rzeczypospolitej Polskiej. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej, zakwestionowane przepisy mogą być niestosowane dopiero wtedy, gdy Trybunał wydał wyrok usuwający te przepisy z porządku prawnego, stwierdzając ich niekonstytucyjność. Z uwagi na treść art. 7 Konstytucji RP możliwość niestosowania obowiązujących aktów normatywnych przez organy władzy publicznej musi również posiadać podstawę konstytucyjną, nie może zaś wynikać z aktu prawnego niższej rangi, a za taki w myśli art. 8 ust. 1 Konstytucji RP musi uchodzić dyrektywa unijna.

W polskim systemie prawnym najwyższym aktem normatywnym jest Konstytucja RP, co wprost wynika z jej art. 8 ust. 1, a czego wyrazem jest kompetencja Trybunału Konstytucyjnego do oceny zgodności umów międzynarodowych z tym najwyższym aktem prawnym. Nie przeczą temu w żadnym razie normy kolizyjne określone w art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji RP, z których wynika, że zasada prymatu prawa unijnego przed prawem wewnętrznym państw członkowskich ma zastosowanie jedynie w przypadku konfliktu między normą prawa krajowego rangi ustawy, a przepisem unijnym i określa pierwszeństwo w stosowaniu norm. Art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji RP stanowi, iż w przypadku kolizji między stosowanym bezpośrednio prawem organizacji międzynarodowej bądź wynikającym z ratyfikowanej umowy międzynarodowej a prawem krajowym, pierwszeństwo ma prawo stanowione przez tę organizację międzynarodową lub wynikające z ratyfikowanej umowy międzynarodowej. Zgodnie z art. 91 ust. 2 Konstytucji RP umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową. Co oczywiste, owa norma kolizyjna może mieć zastosowanie jedynie w odniesieniu do traktatów konstytuujących funkcjonowanie Unii Europejskiej.

Jak już wskazano wyżej, skutek w postaci odmowy stosowania prawa krajowego, uchwalonego wbrew obowiązkowi notyfikacji jego projektu Komisji Europejskiej, został wyinterpretowany przez uprawniony do tego organ z treści dyrektywy 98/34/WE, a więc z prawa stanowionego przez organizację międzynarodową ukonstytuowaną na mocy ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą umowy. Do aktów normatywnych stanowionych przez takie organizacje

międzynarodowe należą niewątpliwie dyrektywy przyjęte przez Parlament Europejski i Radę. Koliduje z takim prawem zaś dotyczy przepis art. 91 ust. 3 Konstytucji RP który stanowi: 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”.

Stosowanie zasady pierwszeństwa oznacza, że każdy adresat normy prawnej, a więc nie tylko organ państwa, ale także obywatel, w przypadku kolizji dyrektywy lub innego prawa stanowionego przez Unię Europejską z ustawą winien jest podporządkować się temu pierwszemu prawu. Reguła kolizyjna wyrażona w treści art. 91 ust. 3 Konstytucji skonstruowana została na znanej i powszechnie akceptowanej w polskim systemie prawa dyrektywie *lex superior*. Jej stosowanie nie prowadzi do pełnej utraty mocy obowiązującej danej ustawy, z której wynika kolidująca z prawem Unii Europejskiej norma prawna, ale do wybrania jako podstawy działania normy prawnej wynikającej z aktu normatywnego o charakterze unijnym. Założeniem stosowania reguły pierwszeństwa, o której mowa w art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, jest sytuacja kolizji dwóch norm: ustawowej oraz normy wynikającej z prawa stanowionego przez organizację międzynarodową (np. z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady). Owa kolizja oznacza, że nie jest możliwe stosowanie obu tych norm równocześnie, co zakłada konieczność porównania elementów treściowych obu norm, warunkiem kolizji jest bowiem ustalenie wspólnego zakresu zastosowania (*hipotezy*) kolidujących norm przy rozbieżnych zakresach normowania (*dyspozycjach*) obu tych norm. Tak rozumianą kolizję podkreśla także odwołanie się w treści art. 91 ust. 3 Konstytucji do zasady pierwszeństwa, co musi oznaczać zastąpienie treści normatywnych wynikających z normy ustawowej regulacją prawną wynikającą z prawa organizacji międzynarodowej.

Zgodzić się więc należy ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, wyrażonym w uzasadnieniu postanowienia z dnia 28 listopada 2013r. (I KZP 15/13, OSNKW 2013/12/101), że analiza treści art. 91 ust. 3 Konstytucji RP prowadzi do wniosku, że nie ma on jednak zastosowania w przypadku niedochowania przez organy Państwa Polskiego obowiązku notyfikacji projektu regulacji prawnej mającej charakter przepisu technicznego. Treść regulacji prawnej uchwalonej bez spełnienia obowiązku notyfikacji nie pozostaje w „kolizji” z obowiązkiem notyfikacji. Obowiązek ten odnosi się bowiem do fazy procesu legislacyjnego i jego adresatem są odpowiednie organy państwa odpowiadające za ten proces. W momencie, w którym aktualizuje się norma nakazująca notyfikację, brak jest jeszcze normy prawnej o charakterze ustawowym, która mogłaby wejść w kolizję z tą pierwszą normą. Z reguły odmienny jest także ich zakres zastosowania. Kolizja pomiędzy obowiązkiem notyfikacji a ustawą (lub innym aktem prawnym) zachodziłaby wówczas, gdyby ten akt prawny stanowił regulacje przewidujące wyłączenie lub ograniczenie obowiązku notyfikacji w sposób odmienny od tego zakresu, który wynikałby z prawa unijnego. W konsekwencji Sąd Najwyższy stwierdził, że nie ma kolizji między art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych oraz obowiązkiem notyfikacji, jaki wynika z dyrektywy 98/34/WE, a tym samym nie ma do nich zastosowania art. 91 ust. 3 Konstytucji RP. Podkreślił przy tym, „że oczywistym nieporozumieniem byłoby twierdzenie, iż zamiast obowiązku wynikającego z art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, na zasadzie pierwszeństwa ma zastosowanie obowiązek notyfikacji wynikający ze wspomnianej dyrektywy”.

Nie sposób natomiast zaaprobować stanowiska innego składu Sądu Najwyższego, wyrażonego w uzasadnieniu postanowienia z dnia 27 listopada 2014r. (II KK 55/14, Biul. PK 2015/1/26), że przepis art. 91 ust. 3 Konstytucji RP obejmuje także takie wypadki, w których – z przyczyn proceduralnych – prawo unijne zakazuje stosowania przepisów krajowych. Stoi bowiem na stanowisku, że normę prawa unijnego w sprawie osoby prawomocnie uniewinnionej od popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 kks, w sytuacji gdy powołała się ona na brak notyfikacji projektu przepisu technicznego, należałoby zbudować w następujący sposób: „organ państwa nie stosuje wobec jednostki krajowego przepisu, jeżeli przepis ten ma charakter przepisu technicznego w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE, a nie dokonano notyfikacji jego projektu i nie zachodzi którakolwiek z przesłanek wyłączających obowiązek notyfikacji, określonych w art. 10”). Tak odczytana norma pozostaje w kolizji (w rozumieniu art. 91 ust. 3 Konstytucji) z niektórymi przepisami ustawy o grach hazardowych (tymi, które mają charakter techniczny), wobec czego, stosownie do tego przepisu Konstytucji, ma ona pierwszeństwo przed przepisami ustawy, przewidującymi konieczność ich stosowania. Zwrócić trzeba uwagę bowiem, że zaprezentowane wyżej stanowisko *de facto* pomija istotę kolizji norm, która może

być rozwiązana poprzez zastosowanie pierwszeństwa jednej z nich przed drugą, zakładając jedynie tak naprawdę odmowę zastosowania jednej z nich, bez zastosowania w jej miejsce tej, z którą ma ona kolidować.

Tym samym Sąd Okręgowy, nie podzielając stanowiska wyrażonego w uzasadnieniu przywołanego wyżej orzeczenia, stoi na stanowisku, że brak notyfikacji przepisu technicznego w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006r., na gruncie obowiązującego w Polsce konstytucyjnego porządku prawnego nie może prowadzić do odmowy jego zastosowania przez organy krajowe, w tym sądy powszechne. Należy zatem i zgodzić się ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd I instancji, iż przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009r., z którego to naruszeniem miało wiązać się zachowanie oskarżonego polegające na organizowaniu gier na automacie wbrew przepisom powołanej ustawy, nie tylko od dnia 1 stycznia 2010r. obowiązuje, ale i winien być bezwzględnie stosowanym, czyniąc realnie w porządku prawnym zakazanym urządzenie m. in. gier na automatach poza kasynami gry. Przepis ten nadal obowiązuje, a domniemanie jego zgodności z Konstytucją RP nie zostało obalone wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2015r., w połączonych sprawach P 4/14 i P 6/14. Trybunał ten uznał natomiast, iż ustawa o grach hazardowych została uchwalona bez naruszenia konstytucyjnego trybu ustawodawczego, a jego elementu nie stanowi notyfikacja, o której mowa w dyrektywie 98/34/WE, implementowanej do polskiego porządku prawnego rozporządzeniem w sprawie notyfikacji; nadto urządzenie gier na automatach wyłącznie w kasynach gry spełnia wymogi ważnego interesu publicznego, uzasadniające ograniczenie wolności działalności gospodarczej.

Na koniec, nie wdając się w szczegółowe rozważania na temat charakteru przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, trzeba jednak zasygnalizować, iż wbrew stanowisku skarżącego, charakter tegoż przepisu nie został jednoznacznie przesądzony w orzecznictwie. W orzecznictwie sądów administracyjnych na tym tle jest zauważalny brak jednolitej linii orzeczniczej, prezentowane jest bowiem i takie stanowisko, w myśl którego art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie ma charakteru przepisu technicznego i nie podlega uprzedniej procedurze notyfikacji Komisji Europejskiej, są i takie jednak głosy, że pomimo charakteru technicznego tego przepisu nie podlega on obowiązkowi notyfikacji. Gdy idzie natomiast o orzecznictwo Sądu Najwyższego, w kwestii charakteru omawianego przepisu w sposób wyraźny, a zgodny z przekonaniem apelującego, wypowiedział się jedynie tenże Sąd w orzeczeniu z dnia 27 listopada 2014r., w sprawie o sygn. akt II KK 55/14.

Nie jest bynajmniej też tak, jak wskazuje skarżący, by Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swoim wyroku z dnia 19 lipca 2012r., w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11, w sposób jednoznaczny przesądził o tym, że przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych należy uznać za przepis techniczny w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE. Co prawda zgodnie z pkt 25 uzasadnienia wspomnianego wyroku „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”, to jednak w piśmiennictwie wyrażany jest pogląd, zgodnie z którym stanowisko Trybunału, wyrażone w sentencji i uzasadnieniu tegoż wyroku, nie wydaje się jasne i konsekwentne w odniesieniu do omawianego przepisu ustawy o grach hazardowych, zwłaszcza zważywszy na podnoszony „potencjalnie” techniczny ich charakter w samej sentencji orzeczenia).

W końcu trzeba odnotować i to, iż projektowana zmiana ustawy o grach hazardowych, mająca wejść w życie z dniem 1 czerwca 2015r., wraz z jej doprecyzowaniem m. in. treści art. 14 ust. 1, pomimo notyfikowania Komisji Europejskiej w listopadzie 2014r., nie została uznana za przepis techniczny.

Z tych wszystkich względów, nie znajdując argumentów na poparcie zarzutów i wniosków apelującego, sprawstwo i wina oskarżonego nie budziły wątpliwości.

Nie znalazł Sąd Okręgowy powodów do kwestionowania orzeczenia w zakresie kary, bowiem należy zaznaczyć, że o rażącej niewspółmierności kary w rozumieniu art. 438 pkt 4 kpk nie można mówić w sytuacji, gdy Sąd wymierzając karę uwzględnił wszystkie okoliczności wiążące się z poszczególnymi ustawowymi dyrektywami i wskaźnikami

jej wymiaru. O rażącej niewspółmierności kary nie można mówić wówczas, gdy granice swobodnego uznania sędziowskiego, stanowiącego ustawową zasadę sądowego wymiaru kary, nie zostały przekroczone.

W ocenie Sądu Okręgowego wymierzona oskarżonemu kara grzywny w żadnym razie nie może uchodzić za rażąco surową. Wypełnia ona wymogi prewencji ogólnej i spełnia swoje cele w zakresie społecznego oddziaływania, uwzględniając wszelkie okoliczności mające wpływ na wymiar kary, jest adekwatna do stopnia zawinienia oskarżonego i stopnia społecznej szkodliwości przypisanego mu czynu. Sąd jurysdykcyjny zatem prawidłowo ustalił, wskazał oraz ocenił wszystkie okoliczności mające wpływ na wysokość orzeczonej kary grzywny.

Sąd Rejonowy w sposób prawidłowy ocenił również możliwości finansowe oskarżonego przy uwzględnieniu jego dochodów i sytuacji osobistej, a te prawidłowo determinowały ustaloną na poziomie 100 złotych wysokość jednej stawki dziennej.

Nie budzi także żadnych zastrzeżeń orzeczony przepadek zabezpieczonego urządzenia wraz z ujawnionymi w nim pieniędzmi, co było obligatoryjne po myśli art. 30 § 5 kks.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Nadto - wobec nieuwzględnienia wywiedzionej apelacji - Sąd odwoławczy zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20 złotych oraz opłatę za II instancję w kwocie 500 złotych, będącą konsekwencją wymierzonej kary.