

Sygnatura akt VI Ka 803/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **2 grudnia 2016** r.

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

Przewodniczący SSO Marcin Schoenborn

Protokolant Sylwia Sitarz

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Z. Ewy Grott oraz przedstawiciela Urzędu Celnego w R. podkomisarza celnego G. G. (1)

po rozpoznaniu w dniu 2 grudnia 2016 r.

sprawy **G. G. (2)** ur. (...) w Ż.

syna Z. i T.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Zabrze

z dnia 3 czerwca 2015 r. sygnatura akt II K 266/15

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 1.000 zł (jeden tysiąc złotych).

Sygn. akt VI Ka 803/15

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 2 grudnia 2016 r. sporządzone w całości na wniosek obrońcy i oskarżyciela publicznego

Sąd Rejonowy w Zabrze wyrokiem z dnia 3 czerwca 2015 r. sygn. akt II K 266/15 uznał oskarżonego G. G. (2) za winnego popełnienia zarzucanego mu przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks polegającego na tym, że od dnia 1 maja 2014 r. do dnia 30 maja 2014 r. w Z. będąc właścicielem firmy (...) z siedzibą w K. przy ul. (...), a zarazem najemcą części Sklepu (...) mieszczącego się w Z. przy ul. (...), urządził w wynajętej części w/w sklepu gry o charakterze losowym, organizowane w celach komercyjnych na automacie do gier o nazwie (...) o numerze (...), wbrew przepisom art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych i za to na mocy art. 107 § 1 kks wymierzył mu karę grzywny w ilości 100 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 złotych. Z kolei w oparciu o przepisy art. 627 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych obciążył oskarżonego kosztami sądowymi obejmującymi wydatki w kwocie 1.856 złotych oraz opłatę w kwocie 1.000 złotych.

Apelację od tego wyroku złożył obrońca. Zaskarżył orzeczenie w całości na korzyść oskarżonego i zarzucił mu:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, a to:

a) art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (dalej: ugh) poprzez wydanie wyroku skazującego oskarżonego pomimo bezskuteczności przepisów współtworzących znamiona zarzucanego mu czynu zabronionego z art. 107 § 1 kks uwzględniając blankietowy charakter tego przepisu karnego oraz konieczność jego wypełnienia w drodze zastosowania art. 14 ust. 1 ugh i subsydiarnego względem niego art. 6 ust. 1 ugh, które jako nienotyfikowane przepisy techniczne, wobec braku przekazania Komisji Europejskiej projektu ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 8 ust. 1 Dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 2 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących społeczeństwa informacyjnego (Dz.U. UE L.98.204.37 ze zm.) nie mogą być zastosowane wobec oskarżonego w tej sprawie, co zostało potwierdzone wiążącą wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dokonaną wyrokiem z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213, C-214, C-217/11 (FORTUNA i in) oraz wyrokiem z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/15 (Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji), jak i orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 r. (II KK 55/14),

b) art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zw. z art. 4 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej przez błędną ich wykładnię polegającą na zakwestionowaniu wagi orzeczenia interpretacyjnego TSUE z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213, C-214, C-217/11 jako części wspólnotowego porządku prawnego, obejmującego wykładnię prawa unijnego o charakterze powszechnie obowiązującym, wiążącym wszystkie organy krajowe z jasnym odniesieniem się przez TSUE, iż przepisy ugh o charakterze technicznym bezwzględnie podlegały obowiązkowi notyfikacji i bezzasadne przyjęcie, iż brak wadliwości trybu ustawodawczego zwalnia sąd orzekający od obowiązku stosowania szeroko rozumianego prawa unijnego i jego orzecznictwa,

2. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść wyroku, a to:

3. art. 4 kpk w zw. z art. 7 kpk w zw. z art. 424 kpk i w zw. z art. 410 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks polegającą na braku wskazania w uzasadnieniu kompleksowej oceny zebranego materiału dowodowego i braku uzasadnienia stanowiska Sądu w zakresie wszystkich dowodów osobowych i z dokumentów oraz na złamaniu zasady obiektywizmu nakazującej uwzględnienie okoliczności także na korzyść oskarżonego i swobodnej oceny dowodów poprzez:

- nieuzasadnione okolicznościami przyjęcie, że oskarżony w ocenie strony podmiotowej miał zamiar i świadomość działania wbrew obowiązującym przepisom, w sytuacji gdy, jak ustalili Sąd orzekający, zapoznał się on z obowiązującymi normami prawa wspólnotowego, jak i wspólnotowym orzecznictwem mającym prymat pierwszeństwa przed prawem krajowym,
- brak omówienia dowodów z zeznań świadków z uzasadnieniem, w jaki sposób Sąd ustalił stan faktyczny w niniejszej sprawie w oparciu o ich zeznania i dlatego, w szczególności funkcjonariuszy celnych, w sytuacji gdy sami pełniąc funkcję oskarżycieli publicznych mieli wątpliwości co do rodzaju i charakteru zatrzymanego urzędnika, co skutkowało powołaniem biegłego sądowego A. C.,
- brak omówienia opinii biegłego sądowego A. C. przy jednoczesnym uznaniu jego opinii za nie budzącą wątpliwości, bez wskazania przyczyn takiego stwierdzenia,

a z daleko posuniętej ostrożności procesowej

3. rażąco niewspółmierność orzeczonej kary grzywny, albowiem wbrew ogólnym dyrektywom wymiaru kary zawartym w art. 13 kks sąd orzekający nie przeprowadził żadnego dowodu na okoliczność ustalenia sytuacji majątkowej oskarżonego, ilości ewentualnych środków finansowych pozyskanych w toku działalności opisanej w zarzucie przez oskarżonego w czasie jego popełnienia, rozmiaru i ujemnych następstw czynu oskarżonego.

Z powołaniem się na te zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, względnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Apelacja obrońcy na uwzględnienie nie zasługiwała.

Skarżący w dwojaki sposób nie zgadzał się z przypisaniem oskarżonemu winy.

Po pierwsze twierdził, iż nie zrealizował on przedmiotowych znamion przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks, gdyż przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (dalej: ugh), wbrew którym prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą (...) miał urządzać gry na wskazanym automacie w wynajmowanej części sklepu zlokalizowanego w Z. przy ul. (...) w okresie od 1 maja 2014 r. do 30 maja 2014 r., a to art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1, jako nienotyfikowane Komisji Europejskiej przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy nr 98/34/WE, pozostają bezskutecznymi i nie mogą zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) być stosowane przez organy państwa członkowskiego Unii Europejskiej wobec jednostek. W tym zakresie zarzucał naruszenie prawa materialnego.

Po wtóre podnosząc obrazę wskazanych przepisów prawa procesowego uważa w istocie obrońca, iż Sąd Rejonowy błędnie ustalił, że oskarżony urządzając w krytycznym czasie i miejscu gry na automacie świadomie postępował w ten sposób wbrew obowiązującym przepisom ustawy o grach hazardowych. Tym samym miał nie mieć takiego zamiaru, a zatem nie można mu przypisać umyślności w działaniu, koniecznej dla wypełnienia znamion przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks.

Ustosunkowując się w pierwszej kolejności do podniesionego w apelacji zarzutu obrazy prawa materialnego wskazać należy, iż wedle treści zaskarżonego wyroku, a konkretnie opisu czynu przypisanego oskarżonemu, jego postępowanie wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych wyrażać się miało jedynie w naruszeniu zakazu wyływającego z art. 6 ust. 1 ugh. Przepis ten stanowi, że działalność m.in. w zakresie gier na automatach może być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry. Tymczasem oskarżony miał tego rodzaju działalność prowadzić właśnie przez urządzenie gier na wskazanym automacie bez posiadania koncesji na prowadzenie kasyna gry, ponadto poza lokalem mającym taki status. Rzeczywiście w ten sposób naruszonym został również zakaz wynikający z art. 14 ust. 1 ugh w jego pierwotnym brzmieniu, według którego to przepisu urządzenie gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry. Nie mniej postępowanie wbrew art. 14 ust. 1 ugh nie zostało oskarżonemu przypisane. Zatem Sąd Rejonowy, niezależnie od wywodów zawartych w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku, tego przepisu nie zastosował. Nie mógł więc tego uczynić wadliwie, czego w istocie doszukiwał się skarżący.

Nie jest zaś tak, iż art. 6 ust. 1 ugh jest przepisem subsydiarnym względem art. 14 ust. 1 ugh. Przeciwnie naruszenia art. 14 ust. 1 ugh przez urządzenie gier na automatach poza kasynem gry może dopuścić się również podmiot posiadający koncesję na prowadzenie kasyna gry. Wówczas naruszeniu art. 14 ust. 1 ugh nie towarzyszyłoby naruszenie art. 6 ust. 1 ugh. Natomiast najczęściej z każdym naruszeniem art. 6 ust. 1 ugh wiązało się będzie postępowanie pozostające w kolizji z nakazem wynikającym z art. 14 ust. 1 ugh. Podmiot nieposiadający koncesji na prowadzenie kasyna gry z reguły będzie przecież musiał urządzać gry na automacie poza kasynem gry. Nie musi być tak jednak zawsze. Można bowiem sobie przynajmniej teoretycznie wyobrazić sytuację urządzania gier na automatach w kasynie gry przez podmiot nie posiadający koncesji na prowadzenie kasyna gry. Będzie tak np., gdy podmiot prowadzący kasyno gry na podstawie uzyskanej koncesji, wbrew jej postanowieniom umożliwi innemu podmiotowi, takiej koncesji nie posiadającemu, urządzenie gier na automatach w prowadzonym przez siebie kasynie. Oznacza to, iż jeśli już budować więź pomiędzy w/w przepisami, sprowadzać się ona będzie do zależności, w której rolę nadrzędną, spełniać będzie art. 6 ust. 1 ugh. W zakresie jego normowania znajdują się bowiem również kwestie szczegółowo uregulowane w art. 14 ust. 1 ugh, a konkretnie rzecz ujmując pewien aspekt działalności w zakresie gier na automatach polegający na ich urządzeniu, wymagający nie tylko posiadania koncesji na prowadzenie kasyna gry, ale również zlokalizowania jej w wyznaczonym

miejscu. W takiej sytuacji art. 6 ust. 1 ugh nigdy nie będzie subsydiarnym względem art. 14 ust. 1 ugh. Co więcej, dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 ugh nie jest koniecznym równoczesne naruszenie art. 14 ust. 1 ugh.

Z tych względów będzie więc zachowaniem wypełniającym znamiona przedmiotowe przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks postępowanie naruszające wyłącznie zakaz wynikający z art. 6 ust. 1 ugh przejawiające się prowadzeniem działalności w zakresie gier na automatach poprzez ich urządzanie bez posiadania (uzyskania) koncesji na prowadzenie kasyna gry.

Powyższe rozważania były zaś o tyle istotne, że akurat co do technicznego charakteru art. 6 ust. 1 ugh nie można się zgodzić z twierdzeniami obrońcy.

Bynajmniej taki jego charakter nie wynikał z orzecznictwa TSUE, na które powołał się skarżący. Tym samym już tylko z tego względu nie mogło być mowy o naruszeniu przez Sąd Rejonowy art. 267 w zw. z art. 4 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) i to niezależnie od wątpliwości odnoszących się do charakteru i zakresu związania orzecznictwem prejudycjalnych TSUE. Co do zasady wywołuje ono przecież skutki *inter partes*. Część przedstawicieli doktryny przyjmuje jednak rozszerzoną skuteczność takich orzeczeń (poza sprawą, w której zostały wydane), a to przede wszystkim z uwagi na fakt przekazywania pytania prejudycjalnego do wiadomości co najmniej Komisji i wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej, które mogą następnie wziąć udział w postępowaniu, a także dlatego, iż Trybunał Sprawiedliwości może odesłać do swojego poprzedniego orzeczenia). Generalnie jednak powoływanie się na te wyroki w innych sprawach dokonuje się wyłącznie w drodze uznania mocy argumentów prezentowanych przez TSUE oraz autorytetu orzecznictwa tego organu Unii Europejskiej (por. E. Wojtaszek-Mik (w:) M. Wąsek-Wiaderek, E. Wojtaszek-Mik (red.): *Pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, Warszawa 2007, s. 45-47 i 80-82 i powołane tam orzeczenia; A. Wróbel (w:) A. Wróbel (red.): *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Warszawa 2010, s. 595-600, 632-633).

W połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11 TSUE wypowiedział się bowiem jedynie o art. 14 ust. 1 ugh. Nie mniej po dziś dzień nie ma nawet pełnej zgody, czy w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. przesądził, iż 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/WE. Jakkolwiek tego rodzaju stwierdzenie zawarł w pkt 25 uzasadnienia swego orzeczenia, nie mniej podkreślić trzeba, iż wyrażony jest również pogląd, zgodnie z którym stanowisko TSUE wyrażone w sentencji (w niej jest mowa o potencjalnie technicznym charakterze) i uzasadnieniu przywołanego wyroku nie wydaje się jasne i konsekwentne.

Podobnie w sprawie C-65/05 TSUE uznał jedynie, że ustawowe przepisy krajowe zakazujące korzystania z wszelkich gier elektrycznych, elektromechanicznych i elektronicznych, w tym wszelkich gier komputerowych, we wszelkich miejscach publicznych i prywatnych, z wyjątkiem kasyn, jak również korzystania z gier na komputerach znajdujących się w przedsiębiorstwach świadczących usługi internetowe, oraz poddające prowadzenie tych przedsiębiorstw obowiązkowi uzyskania specjalnego pozwolenia, należy uznać za przepisy techniczne w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34 ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, zmienionej dyrektywą 98/48. Zatem kwestia uzyskania specjalnego pozwolenia odnoszona była wyłącznie do przedsiębiorstw świadczących usługi internetowe umożliwiających korzystanie z gier na zlokalizowanych w ich siedzibach komputerach, nie zaś ogólnie do koncesjonowania wszelkiej działalności w zakresie hazardu, w tym w zakresie gier na automatach.

Rzeczywiście natomiast za technicznym charakterem art. 6 ust. 1 ugh opowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 listopada 2014 r. (II K 55/14, Biul. PK 2015/1/26). Nieodpartym jest jednak wrażenie, iż postąpił tak niejako mechanicznie tylko z tego względu, że za techniczny uważał jednocześnie art. 14 ust. 1 ugh, a co do którego takiego charakteru miał się wcześniej też wypowiedzieć TSUE.

Tymczasem nawet techniczny charakter art. 14 ust. 1 ugh nie może przesądzać, iż przepisem technicznym jest również art. 6 ust. 1 ugh.

Trzeba natomiast podkreślić, że wprost i jednoznacznie o charakterze art. 6 ust. 1 ugh w myśl powołanej dyrektywy TSUE wypowiedział się po raz pierwszy dopiero w sprawie C-303/15. Tenże unijny organ sądowy miał w niej odpowiedzieć na następujące pytanie prejudycjalne skierowane przez Sąd Okręgowy w Łodzi: „Czy przepis art. 8 ustęp 1 Dyrektywy nr 98/34/WE z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. U. UE L 98.204.37 z późn. zm.) może być interpretowany w ten sposób, że brak notyfikacji przepisów uznanych za mające charakter techniczny dopuszcza możliwość zróżnicowania skutków, tj. dla przepisów dotyczących swobód nie podlegających ograniczeniom przewidzianym w art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej [...] brak notyfikacji skutkować powinien tym, że nie mogą być one stosowane w konkretnej sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia, zaś dla przepisów odnoszących się do swobód podlegających ograniczeniom z art. 36 Traktatu dopuszczalna jest ich ocena przez sąd krajowy, będący jednocześnie sądem unijnym, czy mimo nie notyfikacji są one zgodne z wymogami art. 36 Traktatu i nie podlegają sankcji braku możliwości ich stosowania”. Tak sformułowane pytanie prejudycjalne zmierzało zatem do ustalenia, czy w każdym wypadku nienotyfikowania przepisów technicznych Komisji Europejskiej niedopuszczalne jest ich stosowanie przeciwko jednostce, czy też ta swoista sankcja nie musi być stosowana w sytuacji, gdy przepisy techniczne dotyczą swobód traktatowych mogących podlegać ograniczeniom na podstawie art. 36 TFUE. Tymczasem w wyroku z dnia 13 października 2016 r. TSUE stwierdził, że przepis taki jak art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych nie stanowi „przepisu technicznego” w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego. TSUE obszernie przy tym uzasadnił zajęte stanowisko, w dużej mierze dzieląc również zapatrywanie wyrażone w wydanej na potrzeby sprawy opinii Rzecznika Generalnego. Argumenty tam przywołane odwołujące się również do wcześniejszego orzecznictwa sądu luksemburskiego, nie stanowiące zatem wyrazu odstępstwa od dotychczasowej linii orzeczniczej, w pełni przekonują.

Tak więc TSUE przypomniał, że pojęcie „przepisów technicznych” obejmuje cztery kategorie środków, to znaczy, po pierwsze, „specyfikację techniczną” w rozumieniu art. 1 pkt 3 dyrektywy 98/34, po drugie, „inne wymagania” zdefiniowane w art. 1 pkt 4 tej dyrektywy, po trzecie, „zasady dotyczące usług”, o których mowa w art. 1 pkt 5 wskazanej dyrektywy, oraz, po czwarte, „przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne państw członkowskich zakazujące produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu i stosowania produktu lub zakazujące świadczenia bądź korzystania z usługi lub podejmowania działalności jako dostawca usług” w rozumieniu art. 1 pkt 11 tej samej dyrektywy. W tym względzie, po pierwsze, przypomniał, że pojęcie „specyfikacji technicznej” zakłada, że krajowy przepis nieuchronnie odnosi się do produktu lub jego opakowania jako takich, a zatem ustala jedną z wymaganych cech produktu. Jeżeli natomiast przepis krajowy ustanawia warunki zakładania przedsiębiorstw, takie jak na przykład przepisy poddające wykonywanie jakiejś działalności zawodowej uprzedniemu uzyskaniu zezwolenia, to warunki te nie stanowią specyfikacji technicznych. Po drugie, wskazał, iż przepisy krajowe, aby można było je uznać za „inne wymagania” w rozumieniu art. 1 pkt 4 dyrektywy 98/34, muszą ustanawiać „warunki” determinujące w sposób istotny skład, właściwości lub sprzedaż analizowanego produktu. Niemniej jednak należy sprawdzić, czy takie przepisy należy uznać za „warunki” dotyczące stosowania danego produktu albo czy chodzi wręcz przeciwnie o przepisy krajowe należące do kategorii przepisów technicznych, o których mowa w art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34. Przynależność przepisów krajowych do jednej albo do drugiej z tych dwóch kategorii przepisów technicznych zależy od zakresu zakazu ustanowionego mocą tych przepisów. Po trzecie, wedle TSUE pojęcie „przepisów technicznych”, o którym mowa w art. 1 pkt 5 dyrektywy 98/34 obejmuje jedynie zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, czyli wszystkich usług świadczonych na odległość drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług. Mając na względzie powyższe rozważania wstępne, TSUE stwierdził, że takie przepisy, które uzależniają prowadzenie działalności m.in., w zakresie gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie stanowią „przepisów technicznych” w rozumieniu art. 1 pkt 3 dyrektywy 98/34, ponieważ nie odnoszą się one do produktu lub do jego opakowania jako takich i nie określają wymaganych cech produktu. Następnie wskazał, iż nie zaliczają się do kategorii „zasad dotyczących usług” społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 pkt 5 dyrektywy 98/34, ponieważ nie dotyczą „usług społeczeństwa informacyjnego” w rozumieniu art. 1 pkt 2 tej dyrektywy. Badając

natomiast, czy art. 6 ust. 1 ugh mógł mieć istotny wpływ na skład lub rodzaj produktu lub jego sprzedaż automatów do gry, jako „warunki” dotyczące stosowania danego produktu albo czy chodzi o przepisy krajowe należące do kategorii zakazów, o których mowa w art. 1 pkt 11 tej dyrektywy, TSUE przypomniał, że to art. 14 ust. 1 ugh zastrzega urządzenie m.in. gier na automatach wyłącznie dla kasyn gry, a przepisy krajowe, które zastrzegają organizację niektórych gier losowych wyłącznie dla kasyn, stanowią „przepisy techniczne” w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34 w zakresie, w jakim mogą mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów użytkowanych w tym kontekście i, po drugie, że zakaz użytkowania pewnych produktów poza kasynami może mieć istotny wpływ na sprzedaż tych produktów poprzez zmniejszenie liczby kanałów użytkowania. Nie zgodził się natomiast, że istnieje ścisły związek między dwoma analizowanymi przepisami krajowymi, który z kolei prowadzić miałby do tego, że niemożliwe jest pominięcie art. 14 ust. 1 ugh w kontekście art. 6 ust. 1 tej ustawy. Pełnią bowiem różną funkcję i mają różny zakres zastosowania. Stąd stwierdził, że nie należy uznać art. 6 ust. 1 ugh za „inne wymagania” w rozumieniu art. 1 pkt 4 dyrektywy 98/34, ponieważ zezwolenie wymagane przez ten przepis krajowy na urządzenie gier hazardowych stanowi warunek nałożony względem prowadzenia działalności w zakresie organizowania takich gier w odróżnieniu od art. 14 ust. 1 tej ustawy, który ustanawia warunki względem danych produktów, zakazując ich użytkowania poza kasynami gry. Powołał się przy tym na utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym przepisy krajowe, które ograniczają się do ustanowienia warunków zakładania przedsiębiorstw lub świadczenia usług przez przedsiębiorstwa, jak na przykład przepisy poddające wykonywanie jakiegokolwiek rodzaju działalności zawodowej uprzedniemu uzyskaniu zezwolenia, nie stanowią przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34.

Wynika zatem z orzeczenia TSUE w sprawie C-303/15, że prawidłowo przepis art. 6 ust. 1 ugh nie został poddany procedurze notyfikacji w Komisji Europejskiej na podstawie art. 8 ust. 1 powołanej dyrektywy, a zatem nie doszło do naruszenia tego obowiązku, który w orzecznictwie TSUE sankcjonowany jest niemożnością powoływania się wobec jednostek na nienotyfikowany przepis techniczny.

Bynajmniej jednak w orzecznictwie sądów krajowych nie ma zgody w kwestii skutków braku notyfikacji Komisji Europejskiej przepisów technicznych. W tym zakresie zapadały rozbieżne orzeczenia na różnych szczeblach sądownictwa powszechnego, jak i w orzecznictwie administracyjnym i przed Sądem Najwyższym, nie wyłączając nawet Trybunału Konstytucyjnego (vide: połączone sprawy P 4/14 oraz P 6/14 oraz zapadły w niej wyrok wraz ze zdaniem odrębnym sędziego Stanisława Biernata). Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie II KK 55/14 wcale nie wyznaczał w tym zakresie linii orzeczniczej najwyższej instancji sądowej, o czym musi również przekonywać wniosek Prokuratora Generalnego z dnia 3 lipca 2015 r. inicjujący postępowanie w sprawie I KZP 10/15. Rzeczywiście doszło w tym zakresie do rozbieżności w wykładni art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, a konkretnie użytego w nim pojęcia „kolizji”. Mianowicie czy należy je ograniczać wyłącznie do takich konkurujących norm, które posiadają wspólny zakres zastosowania (hipotezę) i kolidujący zakres normowania (dyspozycję), a zastosowanie reguły kolizyjnej spowoduje zastąpienie treści normatywnych wynikających z normy ustawowej regulacją prawną wynikającą z prawa organizacji międzynarodowych, czy też może obejmuje ono także wypadek konkurencji unijnej normy wyłączającej (także z przyczyn formalnych) zastosowanie normy wynikającej z prawa krajowego.

Oczywiście wypowiedzi w tej materii Sądu Najwyższego spodziewać należy się przy okazji rozpoznania zagadnienia prawnego w sprawie I KZP 10/15, co nastąpi dopiero w dniu 19 stycznia 2017 r. (vide: za informacją na stronie internetowej Sądu Najwyższego). Nie mogła mieć ona jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy w sytuacji, gdy nie było podstaw do przyjęcia, iż zastosowany przez Sąd Rejonowy przepis art. 6 ust. 1 ugh ma charakter przepisu technicznego.

Tym samym w kontekście powyższych wywodów nie mogło budzić wątpliwości, że oskarżony był obowiązany przestrzegać zakazu wynikającego z art. 6 ust. 1 ugh sankcjonowanego m.in. w drodze odpowiedzialności karnej na podstawie art. 107 § 1 kks, a organy państwa uprawnione były do jego egzekwowania. Nie można przecież zapominać, że zgodnie z art. 7 Konstytucji RP: „Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”. Oznacza to, że organy władzy publicznej 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. Jakkolwiek więc

polskie sądy rozstrzygają samodzielnie kwestie prawne (zasada samodzielności jurysdykcyjnej z art. 8 kpk) i są niezawisłe, to podlegając Konstytucji oraz ustawom (art. 178 ust. 1 Konstytucji), ciąży na nich konstytucyjny obowiązek poszanowania i przestrzegania ustaw tak długo, dopóki ustawa ta nie utraciła mocy obowiązującej.

Nie sposób również nie zgodzić się z ustaleniami Sądu Rejonowego, z których wynika, że oskarżony umieszczając w ramach prowadzonej działalności gospodarczej pod nazwą (...) w wynajętej przez siebie powierzchni wskazanego sklepu wielobranżowego urządzenie elektroniczne o nazwie V. (...) o numerze (...), przez okres jego tam posadowienia i choćby gotowości do eksploatacji zgodnie z przeznaczeniem, urządzał na tym automacie gry o charakterze losowym w celach komercyjnych bez uprzedniego uzyskania wymaganej do tego koncesji na prowadzenie kasyna gry, a więc wbrew przepisowi art. 6 ust. 1 ugh.

W istocie niekwestionowanym było, że oskarżony odpowiada za wstawienie przedmiotowego urządzenia do wskazanego lokalu w celu urządzania na nim gier. W swoich wyjaśnieniach temu nie zaprzeczał, a tego rodzaju okoliczności wynikały wprost z oględzin lokalu przeprowadzonych w dniu 30 maja 2014 r. przez funkcjonariuszy celnych w toku zleconych im czynności kontrolnych, w tym eksperymentu procesowego polegającego na przeprowadzeniu gry kontrolnej na przedmiotowym urządzeniu (k. 3-5, 19), nadto z umowy dotyczącej odpłatnego udostępnienia oskarżonemu w okresie od 1 maja 2014 r. do 31 maja 2014 r. 1m⁽²⁾ powierzchni lokalu położonego w Z. przy ul. (...) prowadzonego przez Sklep (...) S.C. na potrzeby działalności pod nazwą (...), w szczególności na zainstalowanie i użytkowanie automatu do gier (k. 11). Okoliczności przywołane powyżej potwierdzały również zeznania świadków, przy tym nie tylko funkcjonariuszy celnych uczestniczących w czynnościach kontrolnych (Z. B., J. B., W. C.), ale również pracownicy lokalu, w którym przedmiotowe urządzenie było użytkowane (G. G. (3)) oraz jego współwłaściciela (A. P.).

Nie można było mieć też wątpliwości co do charakteru tego urządzenia, a więc, iż stanowiło automat do gier w rozumieniu ugh. Również te same okoliczności oskarżony zdawał się nie zaprzeczać, a wynikała ona już chociażby z zeznań funkcjonariuszy celnych przeprowadzających czynności kontrolne, w szczególności J. B., który w ramach eksperymentu procesowego przeprowadził na przedmiotowym urządzeniu grę kontrolną, w toku której stwierdził, że ma ona charakter losowy (wynik zależał od przypadku, gracz nie miał na niego wpływu) i jest organizowana w celach komercyjnych (rozpoczęcie gry uzależnione było od poniesienia opłaty przez gracza za korzystanie z urządzenia). Przypomnieć zaś trzeba, iż zgodnie z art. 2 ust. 5 ugh grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy.

W żadnym razie owi funkcjonariusze celni nie mieli dylematów co do charakteru tego urządzenia, co zdawał się zupełnie dowolnie sugerować apelujący, nie zauważając, że nie oni prowadzili dochodzenie i decydowali w jego toku o powołaniu biegłego celem stwierdzenia okoliczności mających wskazywać, czy przedmiotowe urządzenie jest automatem do gier w rozumieniu ugh (k. 53).

Poza tym uzyskana opinia biegłego C. tylko potwierdziła ich spostrzeżenia, przeciwko którym nie oponował nawet oskarżony.

W tym kontekście kompletnie niezrozumiałym jest stanowisko skarżącego, który również w zakresie w/w okoliczności zarzuca Sądowi Rejonowemu naruszenie przepisów postępowania mające mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Zdaje się chyba zapominać, iż od 1 lipca 2015 r. art. 424 kpk obliguje już tylko do zwięzłego wskazania w uzasadnieniu wyroku faktów uznanych za udowodnione lub nieudowodnione oraz dowodów, na jakich w tej mierze sąd się oparł i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych. Z tego względu nie sposób byłoby wymagać od Sądu Rejonowego obszernych wywodów co do okoliczności, które w istocie nie były spornymi, a i zgromadzone dowody świadczyły o nich zgodnie. Poza tym art. 424 § 1 pkt 1 kpk nie nakazuje sądowi tłumaczenia się z powodów, dla których dany dowód uznał za wiarygodny, a okoliczność z niego wynikająca została przyjęta za podstawę faktyczną rozstrzygnięcia. Nie

mogło zaś natomiast budzić najmniejszych wątpliwości, że Sąd Rejonowy wszystkie wskazane wyżej dowody, w tym w zakresie korespondującym z nimi wyjaśnienia oskarżonego, uznał za wiarygodne.

Co oczywiste, opinia biegłego, jak i zeznania funkcjonariuszy celnych nie odnosiły się w ogóle do stanu świadomości oskarżonego względem legalności działalności, którą uskutecznił w krytycznym czasie i miejscu z wykorzystaniem przedmiotowego automatu do gier. Sam twierdził, że uważał ją za legalną ze względu na znane mu skutki braku notyfikacji przepisów technicznych ustawy o grach hazardowych. Powoływał się w tym zakresie na orzecznictwo TSUE, sądów krajowych oraz stanowisko Prokuratora Generalnego. Tego rodzaju zapewnienie miało być też przekazane udostępniającemu powierzchnię lokalu A. P. przez przedstawiciela oskarżonego. Wiedzy w tym zakresie nie posiadała natomiast pracownika lokalu G. G. (3).

Przekonanie oskarżonego o legalności prowadzonej działalności i tego przyczynie wedle skarżącego ma zaś świadczyć o tym, iż nie miał on zamiaru postępować wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, w tym zapewne i art. 6 ust. 1, skoro jako przepisy techniczne, choć obowiązują, nie mogły być wobec niego stosowane z racji nienotyfikowania Komisji Europejskiej.

Rzeczywiście taki skutek wskazanej wady formalnej popełnionej na etapie stanowienia prawa wynika z orzecznictwa TSUE. Będąc właściwym do orzekania w trybie prejudycjalnym o wykładni Traktatów oraz o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii Europejskiej (art. 267 TFUE), w kilku sprawach, w których pojawiała się kwestia niedopełnienia wynikającego z dyrektyw obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej projektów krajowych regulacji prawnych, wyrażał pogląd, że konsekwencją naruszenia tego obowiązku powinno być niestosowanie nienotyfikowanej regulacji prawnej przez organy krajowe, w szczególności przez sądy (por. wyroki: z dnia 9 czerwca 2011 r., C-361/10; z dnia 15 kwietnia 2010 r., C-433/05; z dnia 8 września 2005 r., C-303/04; z dnia 30 kwietnia 1996 r., C-194/94; z dnia 6 czerwca 2002 r., C-159/00; z dnia 8 września 2005 r., C-303/04), przy czym skutek taki wywodził tak naprawdę wyłącznie z treści tych dyrektyw, a przynajmniej nie może to budzić wątpliwości w odniesieniu do naruszenia obowiązku notyfikacji określonego w dyrektywie 98/34/WE. Zgodnie z pkt 24 wyroku TSUE z dnia 8 września 2005 r. (C-303/04) cyt. „... art. 8 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 98/34 należy interpretować w ten sposób, że do sądu krajowego należy odmowa zastosowania przepisu prawa krajowego stanowiącego przepis techniczny, takiego jak art. 19 ustawy nr 93/2001, jeżeli nie został on notyfikowany Komisji przed jego przyjęciem”. W żadnym razie taki skutek nie wynika natomiast z wyraźnego przepisu regulacji traktatowej. Nie został również wyinterpretowany przez TSUE z traktatów konstytuujących funkcjonowanie Unii Europejskiej, tj. tzw. prawa pierwotnego. Należało więc przyjąć, iż skutek w postaci odmowy stosowania przez organy krajowe nienotyfikowanego przepisu technicznego stanowi wyłącznie efekt dokonanej przez TSUE wykładni wtórnego prawa unijnego rangi dyrektywy.

Podkreślenia przy tym wymaga, iż TSUE nie jest właściwy do dokonywania wykładni lub stwierdzania, że przepisy prawa wewnętrznego państwa członkowskiego nie obowiązują, nawet jeśli prawo to zostało ustanowione w celu wykonania przez to państwo zobowiązań unijnych. Wykładnia prawa krajowego należy bowiem do kompetencji organów krajowych, w realiach niniejszej sprawy do sądów powszechnych.

W polskim systemie prawnym najwyższym aktem normatywnym pozostaje natomiast Konstytucja RP, co wynika wprost z jej art. 8 ust. 1, a czego wyrazem jest kompetencja Trybunału Konstytucyjnego do oceny zgodności umów międzynarodowych z Konstytucją. Nie przeczą temu też 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. Znalazło to również potwierdzenie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2005 r. (K 18/04, OTK-A 2005/5/49) rozstrzygającym o zgodności z Konstytucją RP traktatu o przystąpieniu Polski i dziewięciu innych państw do Unii Europejskiej podpisanego w A. 16 kwietnia 2003 r. oraz aktu dotyczącego warunków przystąpienia Rzeczypospolitej oraz dostosowań w traktatach, stanowiących podstawę Unii Europejskiej i aktu końcowego konferencji w A., będących integralnymi częściami traktatu akcesyjnego. W jego uzasadnieniu TK podkreślił, że art. 8 ust. 1 Konstytucji jednoznacznie gwarantuje

postanowieniom Konstytucji status „najwyższego prawa Rzeczypospolitej Polskiej”. Regulacji tej towarzyszy nakaz respektowania i przychylności wobec właściwie ukształtowanych oraz obowiązujących na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej unormowań prawa międzynarodowego. Świadomą decyzją ustrojodawca wprowadził do zasad naczelných Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, i to w bezpośrednim sąsiedztwie art. 8 ust. 1, zasadę wyrażoną w art. 9. Zgodnie z tym unormowaniem „Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego”. Prawną konsekwencją art. 9 Konstytucji jest konstytucyjne założenie, iż na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, obok norm (przepisów) stanowionych przez krajowego legislatora, obowiązują uregulowania (przepisy) kreowane poza systemem krajowych (polskich) organów prawodawczych. Ustrojodawca konstytucyjny świadomie więc przyjął, że system prawa obowiązujący na terytorium Rzeczypospolitej mieć będzie charakter wieloskładnikowy. Obok aktów prawnych, stanowionych przez krajowe (polskie) organy prawodawcze, w Polsce obowiązują i są stosowane także akty prawa międzynarodowego. Prawo wspólnotowe nie jest przy tym prawem w pełni zewnętrznym w stosunku do państwa polskiego. W części stanowiącej prawo traktatowe, powstaje ono przez akceptowanie traktatów zawartych przez wszystkie państwa członkowskie (w tym: Rzeczpospolitą Polską). W części zaś stanowiącej wspólnotowe prawo stanowione (pochodne), kreowane jest ono przy udziale przedstawicieli rządów państw członkowskich (w tym: Polski) - w Radzie Unii Europejskiej oraz przedstawicieli obywateli europejskich (w tym: obywateli polskich) - w Parlamencie Europejskim. Na terenie Polski współobowiązują więc podsystemy regulacji prawnych, pochodzące z różnych centrów prawodawczych. Winny one koegzystować na zasadzie obopólnie przyjaznej wykładni i kooperatywnego współstosowania. Okoliczność ta w innej perspektywie ukazuje potencjalną kolizję norm oraz pierwszeństwo jednego z wyróżnionych podsystemów. Trybunał Konstytucyjny stwierdził jednak nadrzędność Konstytucji w stosunku do całego porządku prawnego w obszarze suwerenności Rzeczypospolitej Polskiej i wskazał, że przejawia się ona w kilku płaszczyznach. Po pierwsze, proces integracji europejskiej związany z przekazywaniem kompetencji w niektórych sprawach organom wspólnotowym (unijnym) ma oparcie w samej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Mechanizm przystąpienia Rzeczypospolitej do Unii Europejskiej znajduje wyraźną podstawę prawną w regulacjach konstytucyjnych. Jego ważność i skuteczność uzależniona jest od spełnienia konstytucyjnych elementów procedury integracyjnej, w tym również - procedury przekazywania kompetencji. Po drugie, nadrzędność Konstytucji znajduje potwierdzenie w konstytucyjnie określonym mechanizmie kontroli konstytucyjności Traktatu akcesyjnego oraz aktów stanowiących jego integralne składniki. Mechanizm ten został oparty na tych samych zasadach, na jakich Trybunał Konstytucyjny orzekać może o zgodności z Konstytucją ratyfikowanych umów międzynarodowych. W takiej sytuacji przedmiotem kontroli stają się także, jakkolwiek pośrednio, inne akty prawa pierwotnego Wspólnot i Unii Europejskiej stanowiące załączniki do Traktatu akcesyjnego. Po trzecie, przepisy (normy) Konstytucji jako aktu nadrzędnego i stanowiącego wyraz suwerennej woli narodu nie mogą utracić mocy obowiązującej bądź ulec zmianie przez sam fakt powstania nieusuwalnej sprzeczności pomiędzy określonymi przepisami (aktami wspólnotowymi a Konstytucją). W takiej sytuacji suwerenny polski ustrojodawca konstytucyjny zachowuje prawo samodzielnego zadecydowania o sposobie rozwiązania tej sprzeczności, w tym również o celowości ewentualnej zmiany samej Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny miał przy tym na względzie silnie eksponowaną przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (obecnie TSUE) zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego w stosunku do prawa krajowego, uzasadnianą celami integracji europejskiej oraz potrzebami tworzenia wspólnej europejskiej przestrzeni prawnej. Zasada ta stanowi niewątpliwie wyraz dążeń do zagwarantowania jednolitego stosowania i egzekucji prawa europejskiego. Nie ona jednak - na zasadzie wyłączności - determinuje ostateczne decyzje podejmowane przez suwerenne państwa członkowskie w warunkach hipotetycznej kolizji pomiędzy wspólnotowym porządkiem prawnym a regulacją konstytucyjną. W polskim systemie prawnym decyzje tego typu winny być podejmowane zawsze z uwzględnieniem treści art. 8 ust. 1 Konstytucji. Zgodnie z art. 8 ust. 1 Konstytucji pozostaje ona najwyższym prawem Rzeczypospolitej.

TK opowiedział się więc jednoznacznie za nadrzędnością Konstytucji w wieloskładnikowej strukturze systemu prawa obowiązującego w Polsce. Konstytucja korzysta bowiem na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z pierwszeństwa obowiązywania i stosowania. To Konstytucja tworzy podstawę mocy obowiązującej podsystemu prawa wspólnotowego w prawie krajowym, ponieważ jest „prawem najwyższym” w stosunku do wszystkich wiążących Polskę umów międzynarodowych, nie wyłączając umów „przekazujących kompetencje organizacjom międzynarodowym lub organom międzynarodowym w niektórych sprawach”. W konsekwencji szczególnej pozycji Konstytucji w hierarchii

źródeł prawa obowiązującego w Polsce wspomniane przekazanie kompetencji nie może prowadzić do obowiązywania w Polsce aktów sprzecznych z Konstytucją. W szczególności nie może prowadzić do naruszenia podstawy ustroju RP (demokracji) i erozji jej statusu prawnomiędzynarodowego (suwerenności). Choć TK podkreśla wagę wykładni „przyjaznej dla prawa europejskiego”, to jednocześnie akcentuje jej granice, głosząc, że w żadnej sytuacji taka wykładnia nie może prowadzić do rezultatów sprzecznych z wyraźnym brzmieniem norm konstytucyjnych. Odrzuca więc możliwość zakwestionowania mocy obowiązującej normy konstytucyjnej przez sam fakt wprowadzenia do systemu prawa polskiego sprzecznej z nią normy wspólnotowej. Rozwiązanie powstałego na skutek takiej sprzeczności konfliktu konstytucyjnego może być zaś trojaki: zmiana Konstytucji, zmiana regulacji wspólnotowej, wystąpienie z UE. Pierwszą z tych możliwości TK szerzej zaprezentował i uzasadnił w wyroku z 27 kwietnia 2005 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania (ENA) (P 1/05, OTK-A 2005/4/42). Zwrócił tam uwagę, że zmiana ustawy zasadniczej państwa bywa stosowana jako niezbędny środek zapewniający skuteczność prawa UE w krajowych porządkach prawnych. Podkreślił też, że niepodjęcie przez ustawodawcę działań mających na celu usunięcie sprzeczności między normą konstytucyjną (w tym przypadku normą z art. 55 ust. 1 Konstytucji) a normą prawa UE odmawia skuteczności tej ostatniej w prawie krajowym. Tym samym będzie prowadzić do naruszenia konstytucyjnego obowiązku przestrzegania przez Polskę prawa międzynarodowego oraz skutkować odpowiedzialnością państwa w świetle prawa unijnego.

Niewątpliwie stanowiska tego TK nie zmienił wyrokując o zgodności z Konstytucją m.in. art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w połączonych sprawach P 4/14 i P 6/14, skoro powtórzył wówczas, że wykładnia przychylna prawu europejskiemu w żadnej sytuacji nie może prowadzić do rezultatów sprzecznych z wyraźnym brzmieniem konstytucji.

Zatem 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 myśl art. 8 ust. 1 Konstytucji RP musi przecież uchodzić dyrektywa unijna.

Przepisy art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji RP stanowią natomiast, 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.

Tymczasem oskarżony nie kwestionował w istocie, że przepisy ustawy o grach hazardowych, do których się nie zastosował, obowiązują. Uwzględniając orzecznictwo, na które się powoływał (k. 89-128), twierdził tak naprawdę jedynie, iż nie powinny być przez organy państwa stosowane wobec niego i z tego wywodził legalność prowadzonej działalności w zakresie gier na automatach, nie mogły mu bowiem zabraniać urządzania gier na automatach poza kasynem gry bez uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry (k. 86).

W istocie więc przyznawał, iż znane mu były tego rodzaju zakazy, a zatem był świadom, że postępował wbrew obowiązującym przepisom ustawy o grach hazardowych. To, iż się do nich stosował, bo uważał, iż nie musi, nie może zaś oznaczać, że nie był świadom treści przepisów ustawy i faktu ich obowiązywania. Poza tym oskarżony nie krył się, że z tych samych powodów miał zamiar nie przestrzegać owych ustawowych zakazów. Był przy tym przekonany, iż nic mu za to nie grozi.

Nie mogło zatem budzić najmniejszych wątpliwości, że oskarżony celowo urządzał gry na automacie w krytycznym czasie i miejscu wbrew zakazowi wynikającemu z art. 6 ust. 1 ugh.

Czyniąc zatem takie ustalenie Sąd Rejonowy nie popełnił uchybień, które mogłyby mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku.

Owo tłumaczenie oskarżonego nie może być również rozpatrywane w kategorii wykluczającego możliwość umyślnego popełnienia czynu zabronionego z art. 107 § 1 kks błędu co do okoliczności stanowiącej jego znamię, którym in concreto

jest urządzenie gier na automacie właśnie „wbrew przepisom ustawy” (art. 10 § 1 kks). Co najwyżej mogło świadczyć o nieświadomości karalności przypisanego mu czynu (art. 10 § 4 kks).

W przekonaniu Sądu odwoławczego akurat w maju 2014 r. oskarżony nie mógł być jednak rzeczywiście przekonany, że prowadzona przez niego działalność, ewidentnie sprzeczna z art. 6 ust. 1 ugh, nie podlega karze, właśnie z powodu niemożności stosowania wobec niego tego przepisu jako nienotyfikowanego Komisji Europejskiej przepisu technicznego.

Już wówczas musiał przecież wiedzieć o zapadłym postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2013 r. w sprawie I KZP 15/13 (OSNKW 2013/12/101). W sprawie tej najwyższa instancja sądowa miała rozstrzygnąć zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy: „Czy dopuszczalne jest pociągnięcie do odpowiedzialności karnoskarbowej za występki z art. 107 § 1 kks osób, które prowadzą grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny wbrew zakazom zawartym w art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych w sytuacji, gdy projekt tych przepisów nie został przedstawiony przez Państwo Polskie w Komisji Europejskiej w ramach procedury notyfikacyjnej?”. Był to pierwszy wypadek, w którym Sąd Najwyższy miał się wypowiedzieć co do skutków braku notyfikacji Komisji Europejskiej przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ugh. Co istotne, było to już w czasie, gdy branża hazardowa tego rodzaju skutek wywodziła z orzecznictwa TSUE. Doświadczenie życiowe podpowiada, iż treścią mającego zapasć orzeczenia Sądu Najwyższego musieli być zainteresowani przedstawiciele branży hazardowej, do których niewątpliwie zaliczyć już wówczas należało oskarżonego. Firmę (...) zajmującą się działalnością hazardową prowadził bowiem od 23 listopada 2012 r. (informacja (...) k. 17). Branża ta negatywnie bowiem zareagowała na daleko idące ograniczenia wprowadzone od 1 stycznia 2010 ustawą z dnia 29 listopada 2010 r.. Życie pokazało, że jej przedstawiciele kontynuując działalność zakazaną w nowej ustawie różnymi sposobami starali się wykazywać, że pozostają w prawie. Najpierw dlatego, że posiadane automaty do gier służyły do legalnego urządzania gier zręcznościowych, a z czasem, iż nienotyfikowane Komisji Europejskiej przepisy ustawy o grach hazardowych nie mogą być stosowane jako sprzeczne z prawem Unii Europejskiej. Tymczasem postanowieniem z dnia 28 listopada 2013 r. Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały, choć jednocześnie w uzasadnieniu swej decyzji wskazał, że naruszenie wynikające z dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r. (Dz.U. L. 363, s. 81) obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Jeżeli 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 zostać zastosowane i skieruje stosowne pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego. Jednak do czasu zainicjowania tej kontroli lub podjęcia przez Trybunał Konstytucyjny stosownego rozstrzygnięcia brak jest podstaw do odmowy stosowania przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 154), w tym jej art. 6. ust 1 i art. 14 ust. 1. Ponadto analiza treści art. 91 ust. 3 Konstytucji RP doprowadziła Sąd Najwyższy do wniosku, że nie ma on 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 bowiem w „kolizji” z obowiązkiem notyfikacji. Obowiązek ten odnosi się bowiem do fazy procesu legislacyjnego i jego adresatami 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 regulację przewidującą wyłączenie lub ograniczenie obowiązku notyfikacji w sposób odmienny od tego zakresu, który wynikałby z prawa unijnego.

W dwóch kolejnych judykatach zapadłych przed majem 2014 r. Sąd Najwyższy podtrzymał powyższe stanowisko (por. wyrok 28 marca 2014 r., III KK 447/13, LEX nr 1448749; wyrok SN z 2 kwietnia 2014 r., V KK 344/13, LEX nr 1458837). Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie II KK 55/14, wedle którego konsekwencją braku notyfikacji jest brak możliwości stosowania i to nie tylko przez sądy norm prawnych, które nie zostały notyfikowane, a zostały zawarte w

jednostkach redakcyjnych podlegających obowiązkowi notyfikacji, zapadł natomiast dopiero 27 listopada 2014 r., a więc już po popełnieniu przypisanego oskarżonemu czynu.

Ewidentnym więc pozostaje, że oskarżony musiał wówczas zlekceważyć owo niekorzystne dla niego stanowisko Sądu Najwyższego. Wynikało z niego, że pomimo korzystnego dla niego orzecznictwa TSUE nie mógł urządzić gier na automatach bez posiadania koncesji na prowadzenie kasyna gry do czasu, aż w kwestii ewentualnej niezgodności z Konstytucją RP art. 6 ust. 1 ugh nie orzeknie Trybunał Konstytucyjny. W tym przedmiocie sąd konstytucyjny wypowiedział się natomiast dopiero w wyroku z dnia 11 marca 2015 r. w połączonych sprawach P 4/14 oraz P 6/14, w którym stwierdził, że 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, ponadto urządzanie gier na automatach wyłącznie w kasynach gry spełnia wymogi ważnego interesu publicznego, uzasadniające ograniczenie wolności działalności gospodarczej.

Gdy się uwzględni te okoliczności, zasady logiki oraz wskazania doświadczenia życiowego podpowiadają, iż akurat w maju 2014 r. postawa oskarżonego, której odbiciem była dołączone do umowy udostępnienia powierzchni lokalu informacja prawna (k. 12-17), w kontekście toczonoego w Polsce już od kilku lat sporu prawnego odnośnie skutków braku notyfikacji Komisji Europejskiej przepisów ustawy o grach hazardowych, obliczona być musiała co najwyżej na pozorowanie nieuświadomienia nielegalności (niekaralności) jego działalności polegającej na wstawieniu do lokalu niebędącego kasynem gry automatu do gier hazardowych i czerpaniu z tego procederu korzyści majątkowych w sytuacji, gdy na tego rodzaju aktywność nie posiadał w ogóle koncesji na prowadzenie kasyna gry. Przemilczał przecież w owej informacji przywołane wyżej niekorzystne dla siebie stanowisko Sądu Najwyższego, a za miarodajne uważał, nie licząc orzeczenia TSUE w sprawie F. i in, korzystne dla siebie orzeczenia sądów powszechnych, w tym w przeważającej mierze sądów rejonowych. Musiał natomiast zdawać sobie sprawę z wagi orzeczeń Sądu Najwyższego, w szczególności takich, które mają stanowić rozstrzygnięcie wątpliwych zagadnień prawnych, nawet jeśli poddawane są merytorycznej krytyce.

Poza tym nie każda nieświadomość karalności czynu jest prawnie relewantna wedle art. 10 § 4 kks, a tylko usprawiedliwiona. Sytuacja, w której oskarżony niekaralności swej działalności doszukiwał się li tylko w korzystnych dla siebie orzeczeniach, bagatelizując, a nawet lekceważąc te, które byłyby dla niego niekorzystne, nie podobna zaś byłoby uważać za usprawiedliwiającą jego ewentualnie błędne przekonanie co do miarodajności konsekwencji braku notyfikacji przepisów technicznych wynikających z orzecznictwa TSUE. Badając formułę usprawiedliwienia, należy przecież odwoływać się do wzorca osobowego zachowania przeciętnego obywatela. W wypadku prawa karnego skarbowego często jednak w grę wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań. Taka też być musi miara dla profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który dla zarobku zamierza prowadzić działalność z świadomością jej reglamentowania przez państwo. Im zaś wyższe oczekiwania od sprawcy, tym możliwość wystąpienia błędu usprawiedliwionego mniejsza.

Z tych wszystkich względów sprawstwo i wina oskarżonego nie mogły budzić wątpliwości. Sąd I instancji jak najbardziej prawidłowo pociągnął zatem oskarżonego do odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks, co też wystarczająco dokładnie oddał w opisie przypisanego mu czynu (por. postanowienie SN z 30 września 2015 r., I KZP 6/15, OSNKW 2015/12/99).

Sąd Okręgowy nie znalazł również podstaw do kwestionowania zawartego w zaskarżonym wyroku rozstrzygnięcia o karze. Podkreślenia wymaga, iż mogłyby to uczynić jedynie wówczas, gdyby wymierzona oskarżonemu kara grzywny w ilości 100 stawek dziennych przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 100 złotych okazać się miała rażąco niewspółmiernie surową. Wbrew przekonaniu skarżącego nie sposób jednak uważać jej za wygórowaną i to w takim stopniu, że w następstwie prawidłowego zastosowania zasad wymiaru kary należałoby je znacząco złagodzić.

Rodzaj i wysokość wymierzonej kary nie przekraczają stopnia winy oskarżonego oraz przystają do stopnia społecznej szkodliwości przypisanego mu czynu, który zdaniem Sądu odwoławczego pozostawał na takim poziomie, by reakcją

na ten czyn wynikającą z rozstrzygnięcia Sądu Rejonowego o karze uznać za trafną, tym bardziej, że wspomniana kara jawi się również jako właściwa dla uzyskania zapobiegawczego efektu zarówno w stosunku do oskarżonego jak i osób podobnie do niego postępujących.

Okoliczności i sposób popełnienia przypisanego czynu niewątpliwie świadczyły niekorzystnie o oskarżonym. Dowodziły bowiem świadomego nieposłuszeństwa względem prawa, do przestrzegania którego był obowiązany. Wynikało to z chęci uzyskania korzyści majątkowych z nielegalnie prowadzonej działalności hazardowej, wbrew obowiązującej reglamentacji państwa w tym zakresie. Bacząc na okres, w którym oskarżony w krytycznym czasie i miejscu urządzał gry na automacie, jak też uwarunkowania techniczne tego urządzenia, oczywistym było, iż nie można się było ściśle rozeznąć w korzyściach finansowych płynących z tej działalności. Ale musiały być istotnych rozmiarów, skoro decydował się oskarżony na postępowanie wbrew wyraźnemu ustawowemu zakazowi, gotów płacić udostępniającemu powierzchnię pod jeden automat aż 250 złotych miesięcznie.

Bezspornym natomiast pozostaje, iż nielegalny hazard godzi nie tylko w interesy fiskalne państwa, na co słusznie zwrócił uwagę Sąd Rejonowy, ale również szkodzi szeroko pojętemu porządkowi publicznemu, który na skutek utraty płynności finansowej przez obywateli może być zagrożony. Tego rodzaju aktywności cechującej się niewątpliwie wręcz znacznym stopniem karygodności, trzeba zaś przeciwdziałać, a po temu służy również reakcja karna i związana z nią dolegliwość w postaci kary, która ze swej istoty powinna uzmysłwić sprawcy nieopłacalność uprawianego przez niego procederu. Grzywna zatem winna uderzać także w ekonomiczne jego podstawy.

Prawidłowo na niekorzyść oskarżonego poczytana została mu również dotychczasowa trzykrotna karalność, w tym dwukrotna uprzednia, każdorazowo za innego rodzaju przestępstwa powszechne. Bynajmniej Sąd Rejonowy nie stwierdził, że oskarżony był już wcześniej skazany z art. 107 § 1 kks. Nie mniej popełnienie i tego przestępstwa skarbowego w podanych okolicznościach wskazywać musi na łatwość, z jaką oskarżony jest gotów popaść w konflikt z prawem. Jest to okoliczność, której przy wymiarze nie sposób było pominąć, a świadczyła o oskarżonym niekorzystnie.

Ustalając natomiast wysokość jednej stawki dziennej Sąd Rejonowy w odpowiednim stopniu uwzględnił możliwości zarobkowe oskarżonego, jego sytuację rodzinną, stan majątkowy oraz uzyskiwane dochody, a więc okoliczności, na które wskazuje art. 23 § 3 kks. Oskarżony posiadający dwoje małoletnich dzieci deklarował przeciętne stałe dochód na poziomie 2.000 złotych miesięcznie z prowadzonej działalności gospodarczej. Co prawda sygnalizował, iż ją zawiesił z chwilą wejścia w życie notyfikowanego nowego brzmienia art. 14 ust. 1 ugh, co nastąpiło 3 września 2015 r., a więc już po wydaniu zaskarżonego wyroku, nie mniej w toku postępowania odwoławczego nie ujawniły się takie okoliczności, które możliwości płatnicze oskarżonego nakazywałyby ocenić poniżej poziomu stwierdzonego przez Sąd Rejonowy. Zwrócić należało uwagę, iż dalej korzystał z pomocy obrońcy z wyboru, który niewątpliwie świadczył swe usługi odpłatnie, co należało wywnioskować z żądania rekompensaty oskarżonemu wydatków poniesionych z tego tytułu (k. 234). Trzeba zaś powiedzieć, że i tak Sąd I instancji określił wysokość jednej stawki dziennej dość korzystnie dla oskarżonego, bowiem na poziomie istotnie zbliżonym do minimum, a bardzo dalekim od maksimum (na moment czynu, który zgodnie z art. 2 § 2 kks należało przyjąć jako miarodajny, wysokość jednej stawki dziennej nie mogła być niższa od 56 złotych oraz przekraczać 672.000 złotych).

Nie dostrzegając więc też uchybień podlegających uwzględnieniu niezależnie od kierunku i granic zaskarżenia orzeczenia, Sąd odwoławczy zaskarżony wyrok utrzymał w mocy, procedując na rozprawie apelacyjnej, na której obecność oskarżonego nie była obowiązkową, a jego niestawiennictwo nie zostało należycie usprawiedliwione, zgodnie z wymogiem określonym w art. 117 § 2a kpk w zw. z art. 113 § 1 kks.

Nieuwzględnienie apelacji wywiedzionej na korzyść oskarżonego zgodnie z art. 636 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks przy braku warunków do zastosowania art. 624 § 1 kpk skutkować musiało również obciążeniem G. G. (2) wydatkami Skarbu Państwa w postępowaniu odwoławczym oraz opłatą w wysokości należnej za pierwszą instancję.