

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 czerwca 2015 roku

Sąd Okręgowy w Toruniu IX Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący - SSO Andrzej Walenta

Sędziowie - SO Aleksandra Nowicka

- SO Barbara Plewińska / spr/

Protokolant - stażysta Marzena Chojnacka

przy udziale oskarżyciela publicznego z Urzędu Celnego w T. Jarosława Płonki

po rozpoznaniu w dniu 11 czerwca 2015 roku

sprawy **K.M.** oskarżonego z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 4 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Chełmnie VII Zamiejscowy Wydział Karny z siedzibą w Wąbrzeźnie

z dnia 10 lutego 2015 roku sygn. akt VII K 404 / 14

I. zmienia zaskarżonego wyroku w ten sposób, że:

1. uchyla **punkt 5**,

2. w **punkcie I**:

a/ z opisu czynu przypisanego eliminuje ustalenie dotyczące nadzwyczajnego obostrzenia kary,

b/ z podstawy prawnej skazania eliminuje przepisy **art. 37 § 1 pkt 4 kks**, zaś z podstawy prawnej wymiaru kary eliminuje przepis **art. 38 § 1 pkt 3 kks**,

c/ łagodzi wymierzoną oskarżonemu karę pozbawienia wolności do **10 / dziesięciu / miesięcy**;

II. w pozostałym zakresie i uznając apelację za oczywiście bezzasadną, zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa / Sądu Rejonowego w Chełmnie / kwotę 2.580,- / dwóch tysięcy pięciuset osiemdziesięciu / zł. tytułem opłaty za obie instancje i obciąża go wydatkami poniesionymi przez Skarb Państwa za postępowanie w sprawie.

Sygn. akt IX Ka 249/15

## UZASADNIENIE

**K. M.** został oskarżony o to, że urządził od nieustalonego dnia do dnia 10 września 2013 r. w lokalu (...) ul. (...) w W., wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w szczególności bez zezwolenia, gry na szczegółowo opisanych automatach do gry i czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat od skazania przez Sąd Rejonowy w K.za czyn z art. 107 § 1 kks na karę 150 stawek dziennych grzywny, która została uiszczona w dniu 12 lutego 2013 r.

**- tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kk w zw. z art. 37 § 1 pkt 4 kks.**

**Wyrokiem z dnia 10 lutego 2015 roku Sąd Rejonowy w Chełmnie VII Zamiejscowy Wydział Karny z/s w Wąbrzeźnie**, sygn. akt VII K 404/14, uznał oskarżonego za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu w akcie oskarżenia, stanowiącego przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 4 kks i za to, na podstawie, art. 107 § 1 kks i art. 38 § 1 pkt 3 kks, wymierzył mu karę 1 roku pozbawienia wolności, której wykonanie, na mocy art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 kk w zw. z art. 20 § 2 kks, warunkowo zawiesił na okres 4 lat tytułem próby oraz na podstawie art. 107 § 1 kk – karę 150 stawek dziennych grzywny po 80,- zł każda.

Na podstawie art. 30 § 5 kks sąd orzekł przepadek automatów przechowywanych w magazynach Urzędu Celnego w T. oraz pieniędzy w łącznej kwocie 165,-zł. ujawnionych w tych automatach.

Sąd zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 2.580,- zł. tytułem opłaty oraz 2.469,09 zł. tytułem kosztów postępowania w sprawie.

Wyrok ten zaskarżył **w całości obrońca oskarżonego**, zarzucając naruszenie prawa materialnego:

-art. 107 kks poprzez opracie orzeczenia wyłącznie o ów przepis blankietowy bez jednoznacznego odwołania do art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych, w sytuacji gdy nie można wydać rozstrzygnięcia na podstawie normy, która nie określa w części dyspozytywnej znamion przestępstwa, przy jednoczesnym dorozumianym oparciu go o normy wywiedzione z przepisów tejże ustawy, które ze względu na orzeczenie TS z dnia 19 lipca 2012 r. są bezskuteczne ze względu na ich techniczny charakter i nie mogą stanowić podstawy orzeczeń sądów krajowych;

-art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE w zw. z art. 14 ustawy o grach hazardowych w zw. z art. 107 kks poprzez uznanie oskarżonego za winnego dopuszczenia się przestępstwa, podczas, gdy działalność oskarżonego, polegająca na urządzaniu gier na automatach nie stanowi czynu zabronionego z uwagi na techniczny charakter w/w art. 14, a więc brak jest podstaw do przypisania odpowiedzialności za czyn zabroniony z art. 107 kks;

-art. 1 § 1 kks przez jego niezastosowanie podczas, gdy w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można uznać, aby oskarżony popełnił czyn zabroniony przez ustawę obowiązującą w chwili jego popełnienia;

-art. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 107 § 1 kks poprzez uznanie, że zachowanie oskarżonego nosiło znamiona czynu zabronionego, mimo, że zarzucany mu czyn z art. 107 kks uległ depenalizacji wskutek uznania go przez TS za przepis techniczny nie mogący stanowić podstawy odpowiedzialności karnoskarbowej.

Wskazując na powyższe skarżący domagał się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu oraz zwrotu zatrzymanych automatów wraz z przynależnościami, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

W piśmie z dnia 11 czerwca 2015 roku **drugi obrońca oskarżonego** podtrzymał w/w apelację, wywodząc z odwołaniem się do zasad funkcjonowania Unii Europejskiej i orzeczeń TS oraz wyroku TK z dnia 11 marca 2015 roku, że z uwagi na brak notyfikacji art. 14 ustawy o grach hazardowych niemożliwe jest stosowanie go, a tym samym także i art. 107 kks, który sankcjonuje urządzanie gier wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Apelacja obrońcy oskarżonego, jako bezzasadna w stopniu oczywistym, nie zasługiwała na uwzględnienie.

Nie kwestionując ustaleń faktycznych, tj. tego, że oskarżony bez zezwolenia urządzał na trzech automatach do gry, nie posiadających stosownych poświadczeń rejestracji, gry hazardowe o charakterze losowym, obrona starała się podważyć prawną ocenę zachowania oskarżonego dokonaną przez sąd meriti. W apelacji, której stanowisko rozwinięte zostało

w piśmie z dnia 11 czerwca 2015 roku złożonym do akt sprawy przez drugiego obrońcę oskarżonego, nie przedstawiono jednak takich argumentów, które mogłyby skutecznie zdyskredytować zawarte w zaskarżonym wyroku rozstrzygnięcie. Obrona bezpodstawnie domagała się uniewinnienia oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu przestępstwa skarbowego z uwagi na brak możliwości uznania, że jego zachowanie wypełniło znamiona czynu zabronionego przez obowiązującą ustawę.

Skarżący nie mieli racji twierdząc, że doszło do faktycznej depenalizacji zachowań, takich, jak ustalone zachowanie oskarżonego tj. urządzania gier hazardowych wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, które przewidują, że urządzanie gier na automatach o niskich wygranych możliwe jest jedynie przez podmiot posiadający zezwolenie na urządzanie tego rodzaju gier, na automatach do gry, które posiadają stosowne poświadczenia rejestracji. W realiach sprawy nie ulegało wszak wątpliwości, że w tym właśnie, że gry urządzone były przez oskarżonego w barze B. Ś., pomimo braku zezwolenia i tego, że automaty do gier o niskich wygranych, które na podstawie umowy najmu umieścił w nim oskarżony, nie posiadały poświadczenia rejestracji, Sąd Rejonowy upatrywał bezprawności, wypełniającego znamiona przestępstwa z art. 107 kks, zachowania oskarżonego, któremu zarzucono urządzanie gier wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, w szczególności bez zezwolenia.

Podstaw do wyprowadzenia wniosku, że zachowanie tego rodzaju – mimo, że formalnie bezspornie wypełniało znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 kks - nie mogło zostać uznane za zachowanie zabronione przez prawo z sankcją w postaci reakcji karnej, nie dawał w rzeczywistości fakt wydania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TS) wyroku z dnia z dnia 19 lipca 2012 roku przywołanego przez obronę. W ocenie sądu odwoławczego nie sposób było zgodzić się z leżącym u podstaw sformułowanych w apelacji zarzutów obrazy prawa materialnego stanowiskiem, że Sąd Rejonowy, z uwagi na stwierdzenie przez TS w w/w orzeczeniu, że jeden z przepisów ustawy o grach hazardowych - tj. konkretnie art. 14, w którym ograniczono możliwość urządzania gier na automatach o niskich wygranych do kasyn - ma charakter przepisu technicznego, winien był zaniechać stosowania całej ustawy o grach hazardowych i automatycznie uniewinnić oskarżonego. Sąd meriti, który będąc nie tylko sądem krajowym, ale – jako sąd państwa członkowskiego Unii Europejskiej – również sądem unijnym, odpowiedzialnym

- zgodnie z zasadą legalizmu wynikającą z art. 7 Konstytucji RP, która nakłada na sądy powinność orzekania zgodnie z obowiązującym prawem, którego elementem jest prawo unijne - za zapewnienie pełnej skuteczności przepisom prawa Unii Europejskiej, miał na uwadze ów wyrok prejudycjalny, słusznie przyjął, że fakt uchwalenia ustawy o grach hazardowych bez zachowania procedury notyfikacji wymaganej Dyrektywą 98/34/WE nie powodowało zdekompilowania znamion przestępstwa z art. 107 kks, którego dopuszczenie się zarzucono K.M..

Zauważyć przede wszystkim należało, że wyrok, na który powoływała się obrona, odnosił się do zupełnie innych, niż te, których naruszenie przypisano oskarżonemu, przepisów ustawy o grach hazardowych. Uznanie przez TS, że art. 14 tejże ustawy ma charakter przepisu technicznego wymagającego notyfikacji i że niedochowanie tego wymogu powoduje, że on de facto nie obowiązuje (jest bezskuteczny i nie może stanowić podstawy orzeczeń), nie przesądzało zaś automatycznie o takim charakterze pozostałych przepisów ustawy, ani tym bardziej nie dyskwalifikowało z góry całej ustawy go zawierającej jako podstawy rozstrzygnięć krajowych sądów powszechnych państw członkowskich. W treści w/w wyroku wskazano wręcz – jak słusznie zauważył sąd meriti - 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 jedynie potencjalnie przepisy techniczne i to w wypadku ustalenia, że przepisy te wprowadzają warunki mogące mieć istotny wpływ na

właściwości lub sprzedaż produktów. Przy czym, ocena tego, czy konkretne z pozostałych przepisów ustawy o grach hazardowych, które miałyby stanowić podstawę orzeczenia w danej sprawie, mają charakter przepisów technicznych, winna być ad casum dokonywana przez sąd krajowy z uwzględnieniem tego, czy wprowadzają one warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów (rozstrzygnięcie tej kwestii uzależnione zostało od rodzaju spodziewanych skutków konkretnego przepisu ustawy hazardowej dla rynku sprzedaży automatów, dających się przewidzieć w chwili wejścia w życie tej ustawy).

Nawet, gdyby uznać, że przepisy art. 6 i art. 23a ustawy o grach hazardowych, mające bezpośredni wpływ na odpowiedzialność oskarżonego (stwierdzenie naruszenia których przez oskarżonego legło u podstaw uznania go za winnego popełnienia przestępstwa skarbowego

z art. 107 § 1 kks), mają również – tak, jak jej art. 14 zdaniem TS - charakter techniczny, okoliczność ta w świetle w/w orzeczenia i tak nie mogłaby zwalniać oskarżonego od odpowiedzialności za popełnienie występku z art. 107 kks (innymi słowy – nie powodowałyby, że sąd orzekający byłby automatycznie zmuszony uniewinnić oskarżonego, odmawiając ich stosowania). Wyroki TS (wydane, jak przywołane orzeczenie, w trybie art. 267 traktatu o funkcjonowaniu UE) wiążą wszak wprawdzie sądy krajowe, jednakże jedynie w konkretnej sprawie, w jakiej zostały wydane. Powoływanie się na nie w innych sprawach dokonuje się natomiast wyłącznie w drodze uznania mocy argumentów prezentowanych przez ten organ oraz autorytetu jego orzecznictwa. Wspomniany przez obronę judykant mógłby zatem znaleźć ewentualnie zastosowanie w przedmiotowej sprawie wyłącznie na zasadzie analogii. I tak byłoby jednak wątpliwe przyjęcie w oparciu o w/w orzeczenie, że – tak, jak chciała apelacja

- doszło do depenalizacji zachowań, polegających na prowadzeniu gier hazardowych wbrew zasadom wynikającym z przepisu ustawy hazardowej ustanowionego bez zachowania wymogu notyfikacji. Wspomniane orzeczenie nie rozstrzyga wszak w żaden sposób kwestii skutku ewentualnej niezgodności nienotyfikowanej normy technicznej krajowej z prawem wspólnotowym. W szczególności nie wynika z niego generalny, znajdujący automatycznie powszechne zastosowanie, kategoryczny zakaz stosowania (prowadzący w istocie do faktycznej utraty przez nie mocy obowiązującej) wszystkich przepisów ustawy o grach hazardowych o charakterze norm technicznych, ustanowionych bez spełnienia wymogu uprzedniej notyfikacji, a więc niezgodne z prawem unijnym. TS nie jest zresztą władny w ogóle do ustanawiania tego rodzaju rozstrzygnięć. Przypomnieć należało, że dokonuje on jedynie wykładni prawa wspólnotowego. Nie jest natomiast właściwy do dokonywania wykładni prawa krajowego, czy tym bardziej stwierdzania, że przepisy prawa wewnętrznego państwa członkowskiego nie obowiązują, nawet, jeśli prawo to zostało ustanowione celem wykonania przez to państwo zobowiązań unijnych.

W innych swoich orzeczeniach TS – np. w wyrokach zapadłych w sprawach CIA

(C-194/94), Unilever (C-443/98), Sapod Audic (C-1 59/00) oraz Lidl Italia (C-303/04)

– wskazał faktycznie na możliwość samodzielnej odmowy zastosowania przez sąd krajowy nienotyfikowanych przepisów technicznych. Stał w nich bowiem na stanowisku,

że naruszenie obowiązku notyfikacji stanowi poważne uchybienie proceduralne, powodujące bezskuteczność spornych przepisów technicznych wobec jednostek i skutkujące tym,

że jednostka może powołać się na brak notyfikacji z art. 8 dyrektywy 98/34, a na organach krajowych spoczywa obowiązek odmowy zastosowania nienotyfikowanego przepisu krajowego. Wyraźnie zastrzegł jednak jednocześnie, że tego rodzaju rozwiązanie - groźne dla pewności obrotu prawnego - dopuszczalne jest tylko wówczas, gdy przesądzone zostanie,

że przepisy te mogą wpływać na obrót towarami wewnątrz Unii Europejskiej, naruszając swobodę przepływu towarów i usług oraz swobodę przedsiębiorczości. Kwestia ta natomiast nie jest wcale oczywista, gdy zważy się na fakt, że z uwagi na newralgiczny charakter takiej działalności państwa członkowskie mają dużą swobodę w regulowaniu hazardu, włącznie do jego zupełnego zakazania, a konieczność zagwarantowania w/w swobód nie może prowadzić do całkowitego uwolnienia tej działalności poprzez pozbawienie jakiegokolwiek kontroli ze strony państwa.

Jakiegokolwiek sankcji braku notyfikacji, w tym polegającej na zakazie stosowania

i nakazie traktowania jak nieistniejących takich przepisów, nie zawiera także dyrektywa 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku, ustanawiająca procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych / Dz. Urz. UE. L. 1998 r., nr 204, str. 37).

Normatywna konsekwencja naruszenia obowiązku notyfikacji w postaci depenalizacji zachowań zabronionych przez przepisy ustanowione bez zachowania wymaganej procedury nie wynika też z żadnej regulacji traktatowej.

Stanowiąca podstawę apelacji, teza o automatycznej depenalizacji zachowań zabronionych przez przepisy ustawy o grach hazardowych w razie przesądzenia ich technicznego charakteru nie znajduje zatem uzasadnienia ani w fakcie wydania wspomnianego w apelacji orzeczenia przez TS, ani nakazach prawa wspólnotowego.

Również Konstytucja RP, ani żadna z polskich ustaw nie przewidują, by notyfikacja, o której mowa w Dyrektywie 98/34/WE była kryterium ważności stanowiących w Polsce przez parlament norm prawnych, warunkującym ich obowiązywanie. Skutku takiego nie sposób wyprowadzić w szczególności z obowiązującej na gruncie polskiego porządku prawnego reguły pierwszeństwa, o której mowa w art. 91 ust. 3 Konstytucji RP. Analiza treści w/w przepisu prowadzi do wniosku, że nie ma on zastosowania w przypadku niedochowania przez organy państwa polskiego obowiązku notyfikacji projektu regulacji prawnej mającej charakter przepisu technicznego. Założeniem stosowania reguły pierwszeństwa, o której mowa w art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, jest przecież 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. Tymczasem, jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy w postanowieniu z 28 listopada 2013 roku: „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”. Konkludując - w przypadku braku notyfikacji mamy do czynienia z naruszeniem formalno - proceduralnym, zasada pierwszeństwa ratyfikowanych umów międzynarodowych oraz prawa stanowionego przez organizacje międzynarodowe odnosi się natomiast do innej sytuacji - gdy przepis prawa krajowego jest niezgodny z treścią stosownego przepisu unijnego.

Trybunał Konstytucyjny (dalej: TK) - władny do wydania wyroku usuwającego przepisy z polskiego porządku prawnego - któremu pod rozstrzygnięcie poddana została

- tożsama z problemem wokół którego ogniskowała się apelacja - kwestia skutków uchwalenia przepisów ustawy o grach hazardowych bez zachowania wymogu notyfikacji, odpowiadając na pytanie prawne zmierzające do stwierdzenia, czy przepisy takie obowiązują w krajowym porządku prawnym, doszedł do wniosku, że notyfikacja przepisów technicznych, o której jest mowa w dyrektywie 98/34/WE, która została implementowana do polskiego porządku prawnego rozporządzeniem w sprawie notyfikacji, nie jest elementem konstytucyjnego trybu ustawodawczego, tylko 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. Żaden przepis ustawy zasadniczej nie reguluje wszak tej kwestii, ani też nie odwołuje się do niej wprost, czy też nawet pośrednio. Uznając się, mimo tego, władnym do jej oceny z uwagi na to, że pomimo, iż nie jest ona wprost tożsama z opiniowaniem lub konsultowaniem projektów ustaw, to wykazuje cechy podobne i ma charakter zbliżony do konsultacji, powiadomień, czy też uzgodnień dotyczących projektów aktów normatywnych, dochowanie obowiązku których podlega ocenie TK, choć nie jest wymogiem konstytucyjnie określonego trybu ustawodawczego, TK stwierdził, że brak notyfikacji przepisów ustawy

o grach hazardowych nie stanowi takiego naruszenia pozakonstytucyjnej procedury ustawodawczej, które byłoby równoznaczne z naruszeniem Konstytucji z wynikającymi stąd konsekwencjami. W ocenie TK istnieje bowiem jakościowa różnica między obowiązkiem opiniowania wynikającym z Konstytucji, a dopiero hipotetycznym obowiązkiem notyfikacji przepisów (potencjalnie) technicznych, o którym mowa w dyrektywie 98/34/WE. Mając na uwadze powyższe, w wyroku z dnia 11 marca 2015 roku w sprawie P 4/14 (Dz.U.2015/369) TK skonkludował, że naruszenie obowiązku notyfikowania Komisji Europejskiej zarówno przepisu, którego techniczny charakter przesądził TS, jak i potencjalnych przepisów technicznych, nie stanowi o jego niekonstytucyjności i konieczności wyeliminowania go

z porządku prawnego jako potencjalnej podstawy orzekania o odpowiedzialności jednostek na gruncie art. 107 kks.

W konsekwencji, rozstrzygając kwestię skutku ewentualnej niezgodności nienotyfikowanej normy technicznej krajowej z prawem wspólnotowym, nie sposób było

w ocenie sądu odwoławczego uznać, że niedochowanie wymogu notyfikacji przepisów technicznych przy uchwalaniu ustawy powoduje nieważność takiej ustawy i jej derogację

z porządku prawnego. Teza obrony o faktycznej depenalizacji zachowań wypełniających znamiona przestępstw określone przez przepisy ustawy o grach hazardowych ustanowionej bez zachowania wymogu notyfikacji, nie znajdowała racji bytu.

Zgodnie z zasadą legalizmu wynikającą z art. 7 Konstytucji RP, która nakłada powinność orzekania zgodnie z obowiązującym prawem, (polski) sąd orzekający faktycznie zobowiązany jest do zapewnienia efektywności prawa Unii Europejskiej. Z uwagi na treść w/w przepisu możliwość niestosowania obowiązujących aktów normatywnych przez organy władzy publicznej musi jednak również posiadać podstawę konstytucyjną. Nawet, jeśli nie ulega wątpliwości, że doszło do wadliwości procesu stanowienia prawa, to znaczenie niedochowania nałożonych na polskiego ustawodawcę obowiązków należy oceniać na gruncie konstytucyjnej koncepcji źródeł prawa. Na sądach powszechnych ciąży bowiem obowiązek poszanowania

i przestrzegania ustaw tak długo, dopóki nie utracą one mocy obowiązującej i nie mogą one

w sposób dowolny odmawiać stosowania przepisu, zwłaszcza, gdy normy prawne nakładają na nie obowiązek określonego działania. Sąd meriti słusznie nie przychylił się zatem do koncepcji obrony i uznał, że przesądzenie przez TS o technicznym charakterze jednego z przepisów ustawy o grach hazardowych nie może automatycznie prowadzić do wydania wyroku uniewinniającego oskarżonego, któremu zarzucono zachowanie niezgodne z wymogami ustanowionymi przez inne przepisy tejże ustawy.

Nie sposób było zgodzić się również z tym, że sąd orzekający błędnie stwierdził,

że obowiązujące przepisy ustawy o grach hazardowych, mające bezpośredni wpływ na odpowiedzialność oskarżonego (te, których naruszenie miałyby w wypadku oskarżonego być sankcjonowane przez zastosowanie art. 107 kks), uznane przez TS za potencjalnie techniczne, nie miały charakteru przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE, który w myśl rozumieniu w/w dyrektywy musiałby podlegać notyfikacji.

Kwestia ta w podobnych sprawach – wbrew temu, co twierdziła obrona – nie była rozstrzygana jednolicie ani w doktrynie, ani dotychczasowym orzecznictwie (zarówno sądów powszechnych, jak i Sądu Najwyższego). TK – który nie czuł się władny do wyrażenia stanowiska w tym przedmiocie - dobitnie zwrócił uwagę na ten fakt.

Właściwe organy odpowiedzialne za dochowanie wymogu notyfikacji (organem, na którym ciąży obowiązek stwierdzenia, czy dany projekt aktu normatywnego podlega notyfikacji, zgodnie z trybem przewidzianym w przepisach dotyczących sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych, jest autor projektu ustawy czyli w tym wypadku minister finansów) stwierdziły brak zapisów technicznych w ustawie o grach hazardowych. W oficjalnym komunikacie ministerstwa finansów stwierdzono, że regulacje techniczne zostały celowo wyłączone z ustawy o grach hazardowych do projektu jej nowelizacji, który zostanie przedstawiony Komisji Europejskiej do zatwierdzenia, natomiast sama ustawa nie zawiera przepisów technicznych przez które należy rozumieć m.in. specyfikacje techniczne i inne wymagania bądź zasady dotyczące usług, których przestrzeganie

jest obowiązkowe w przypadku np. świadczenia jakichś usług (<http://biznes.interia.pl/news/ke-nie-bylo-potrzeby-notyfikacji-przepisow-o-hazardzie,1450362>).

Z oceną tą w pełni należało się zgodzić.

Zgodnie z art. 1 pkt 11 Dyrektywy 98/34/WE "przepisy techniczne „to 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, zakazujących produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu i stosowania produktu lub zakazujących świadczenia bądź korzystania z usługi lub ustanawiania dostawcy usług. Działalność w zakresie gier na automatach o niskich wygranych nie mieści się w definicji usługi zawartej w powołanej Dyrektywie. Sporne przepisy ustawy dotyczące działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych nie stanowią także specyfikacji technicznej. Zgodnie bowiem z art. 1 pkt 3 powołanej Dyrektywy "specyfikacja techniczna" oznacza specyfikację zawartą w dokumencie, który opisuje wymagane cechy produktu, takie jak: poziom jakości, wydajności, bezpieczeństwa lub wymiary, włącznie z wymaganiami mającymi zastosowanie do produktu w zakresie nazwy, pod jaką jest sprzedawany, terminologii, symboli, badań i metod badania, opakowania, oznakowania i etykietowania oraz procedur oceny zgodności. Termin "specyfikacja techniczna" obejmuje także metody produkcji oraz przetwórstwa stosowanego w stosunku do produktów rolniczych, zgodnie

z art. 38 ust. 1 Traktatu, produktów przeznaczonych do spożycia przez człowieka oraz zwierzęta, oraz produktów leczniczych określonych w art. 1 Dyrektywy 65/65/EWG, jak również metody produkcji oraz przetwarzania odnoszące się do innych produktów, gdzie mają one wpływ na ich charakterystykę. TS w sprawie C-267/03 Lars Lindberg wskazał jednak, że pojęcie specyfikacji technicznej zakłada, że krajowy przepis odnosi się zawsze do produktu lub jego opakowania, a zatem ustala jedną z wymaganych cech produktu. Zdaniem TS nie stanowią natomiast specyfikacji technicznej przepisy krajowe ustanawiające warunki zakładania przedsiębiorstw, jak na przykład przepisy poddające wykonywanie działalności zawodowej uprzedniemu uzyskaniu zezwolenia. Z uwagi na to, że przepisy, które znalazły zastosowanie w niniejszej sprawie dotyczą prowadzenia działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych, nie odnoszą się do automatów do gier, niemożliwe było także uznanie ich za „inne wymagania”, którymi w myśl art. 1 pkt 4 powołanej Dyrektywy

są wymagania inne niż specyfikacje techniczne, nałożone na produkt w celu ochrony, w szczególności konsumentów i środowiska, które wpływają na jego cykl życiowy po wprowadzeniu go na rynek, takie jak warunki użytkowania, powtórne przetwarzanie, ponowne zastosowanie lub składowanie, gdzie takie warunki mogą mieć istotny wpływ na skład lub rodzaj produktu lub jego obrót (pojęcie to odnosi się bowiem do produktu).

Ponadto, w wyroku w sprawie C-65/05 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej, przywołanym w stanowisku złożonym do akt przez obronę, TS wyraźnie stwierdził, powołując się na swoje wcześniejsze orzecznictwo, iż w odniesieniu do gier hazardowych ochrona adresatów usług, a bardziej ogólnie konsumentów oraz ochrona porządku publicznego, należą do celów, które mogą zostać uznane za nadrzędne względny interesu ogólnego i mogą uzasadniać ograniczenia polegające nawet na zakazie loterii i innych gier pieniężnych na terytorium państwa członkowskiego. Nie może bowiem ulegać wątpliwości, że państwa członkowskie mają pełną swobodę w wyborze systemu regulacji sektora hazardowego - w tym w wyborze wartości, które decydują się chronić poprzez taki system i sposobu realizacji tej ochrony poprzez reglamentację takiej działalności przez ustanowienie warunków, od których spełnienia uzależnione jest jej prowadzenie. Warto było w tym kontekście przywołać również pogląd TS, zgodnie z którym charakteru przepisów technicznych nie można przypisać normom regulującym zasady podejmowania działalności gospodarczej z wykorzystaniem określonego produktu, w szczególności wprowadzającym obowiązek uprzedniego uzyskania zezwolenia na podjęcie działalności (zob. wyroki: z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-194/94 CIA Security International, pkt 23 oraz z dnia 21 kwietnia 2005 r. w sprawie C-267/03 Lindberg, pkt 59).

W związku z powyższym i zważywszy, że na chwilę orzekania nie było żadnych powodów do tego, by podważyć moc obowiązującą ustawy o grach hazardowych, która nie została uchylona w normalnej procedurze ustawodawczej i by twierdzić, że ona cała, czy też niektóre jej przepisy, w szczególności te, które miały bezpośredni wpływ na odpowiedzialność oskarżonego, nie obowiązują i nie mają mocy wiążącej, stwierdzić należało, że stosując je, sąd meriti słusznie przypisał oskarżonemu, który nie kwestionował tego, że urządził bez zezwolenia gry hazardowe na automatach o niskich wygranych, które nie posiadały poświadczenia rejestracji, dopuszczenie się popełnienia przestępstwa z art. 107 kks.

O ile zastrzeżeń nie budziło rozstrzygnięcie o winie oskarżonego, to nie sposób jednak było w pełni zaaprobować orzeczenia o karze. W związku z tym, że z aktualnej, pozyskanej przez sąd odwoławczy karty karnej oskarżonego (k. 259) wynikało, że doszło do zatarcia jego uprzedniego skazania za czyn z art. 107 kks, niedopuszczalne stało się nadzwyczajne obostrzenie wymierzonej mu kary z powołaniem się na fakt, że przypisany mu zaskarżonym wyrokiem czyn popełnił przed upływem 5 lat od uiszczenia orzeczonej wówczas kary grzywny. W związku z tym - po wyeliminowaniu z opisu czynu mu przypisanego ustalenia dotyczącego nadzwyczajnego obostrzenia kary, z podstawy prawnej skazania przepisu art. 37 §1 pkt 4 kks, a z podstawy prawnej wymiaru kary art. 38 § 1 pkt 3 kks - sąd odwoławczy uznał, że zachodzi potrzeba złagodzenia wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności z 12 do 10 miesięcy. W ocenie sądu odwoławczego dolegliwość wynikająca

z niepodlegającej efektywnemu wykonaniu kary pozbawienia w tej wysokości, w połączeniu

z koniecznością uiszczenia grzywny w wysokości ustalonej stosowanie do prawidłowo ocenionych przez sąd meriti możliwości płatniczych oskarżonego, adekwatna będzie do wagi czynu oskarżonego, który bez zezwolenia urządził gry na aż trzech automatach. Kary w tej postaci należycie odzwierciedlają zarówno okoliczności zdarzenia, jak i te dotyczące osoby oskarżonego. Kierując się powyższym, sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok w sposób wskazany w sentencji.

Sąd odwoławczy nie dopatrył się w zaskarżonym orzeczeniu żadnych uchybień mogących stanowić bezwzględne przyczyny odwoławcze, będących podstawą do uchylenia wyroku z urzędu, dlatego też w pozostałym zakresie należało utrzymać go w mocy.

Orzekając o kosztach, po uchyleniu zawartego w pkt 5 zaskarżonego wyroku dotychczasowego rozstrzygnięcia w tym przedmiocie, na podstawie art. 113 kks w zw. z art. 634 kpk w zw. z art. 627 kpk oraz art. 10 ustawy z dnia 23.06.1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. z 1983, nr 49, poz. 223 ze zm.), sąd odwoławczy zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 2.580 zł tytułem opłaty sądowej za obie instancje oraz obciążył go wydatkami poniesionymi przez Skarb Państwa za postępowanie w sprawie.