

Sygn. akt VII Ka 521/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 września 2015 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie w VII Wydziale Karnym Odwoławczym

w składzie:

Przewodniczący: SSO Małgorzata Tomkiewicz (spr.)

Sędziowie: SSO Dariusz Firkowski

SSO Remigiusz Chmielewski

Protokolant: st. sekr. sądowy Katarzyna Filipiak

przy udziale oskarżyciela publicznego- funkcjonariusza celnego Agnieszki Gutowskiej-Woźniak

po rozpoznaniu w dniu 16 września 2015r.

sprawy **R. B.** oskarżonego o przestępstwa z art.107§1 kks w zw z art. 6§2 kks, art. 110a§1 kks w zw z art. 6§2 kks

P. K. oskarżonego o przestępstwo z art. 107§1 kks w zw z art. 9§3 kks w zw z art. 6§2 kks

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżyciela publicznego

od wyroku Sądu Rejonowego w Mrągowie

z dnia 4 marca 2015r. sygn. akt II K 378/14

I.zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

II.kosztami procesu za postępowanie odwoławcze obciąża Skarb Państwa;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonego P. K. kwotę 420zł. tytułem opłaty za obronę z urzędu wykonywaną w postępowaniu odwoławczym oraz 96,60zł. tytułem podatku VAT od tej należności.

UZASADNIENIE

R. B. oskarżony został o to, że :

I.w krótkich odstępach czasu z wykorzystaniem tej samej sposobności tj.w dniach 25.09.2013r. i 27.11.2013r. w lokalu (...) przy ul.(...) w M. urządził gry na urządzeniach elektronicznych o nazwie : (...) P., H. (...), G. U. o nr (...) oraz H. (...), H. (...) w miejscu nieprzeznaczonym i bez wymaganego zezwolenia wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 120, poz.1540 z późn.zmn.)

-tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 §1 kks w zw. z art. 6 §2 kks.

II.w krótkich odstępach czasu z wykorzystaniem tej samej sposobności w dniach 25.09.2013r. i 27.11.2013r. w lokalu (...) prowadził reklamę gier na automatach w punkcie (...) przy ul.(...) w M. wbrew przepisom art. 29 ustawy z dnia 19.11.2009r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009r, Nr 201, poz.1540), poprzez oklejenie witryn budynku symbolami odnoszącymi się do urządzania gier hazardowych

-tj.o przestępstwo skarbowe z art. 110z §1 kks w zw. z art. 6§2 kks.

P. K. oskarżony został o to, że :

III.zajmując się sprawami gospodarczymi a w szczególności finansowymi w firmie (...). Z o.o z siedzibą w O., w krótkich odstępach czasu, z wykorzystaniem tej samej sposobności tj. w dniach 25.09.2013r. i 27.11.2013r. w lokalu (...) przy ul.(...) w M., urządzał gry na urządzeniach elektronicznych o nazwie H. (...),H. (...),G. U. o nr. (...) oraz H. (...), H. (...), w miejscu nieprzeznaczonym i bez wymaganego zezwolenia wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych 9Dz. U Nr 201, poz.1540 z późn.zmn)

-tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 §1 kks w zw. z art. 9 §3 kks w zw. z art. 6 §2 kks.

Sąd Rejonowy w Mrągowie wyrokiem z dnia 4 marca 2015r. w sprawie IIK 378/14 orzekł :

I.oskarżonego R. B. uniewinnił od popełnienia zarzuconych mu czynów;

II.oskarżonego P. K. uniewinnił od popełnienia zarzuconego mu czynu;

III.koszty procesu ponosi Skarb Państwa.

Od powyższego wyroku apelację wniósł oskarżyciel publiczny- Urząd Celny w O., zaskarżając przedmiotowe orzeczenie w całości. Wyrokowi temu skarżący zarzucił:

-na podstawie art. 427 §2 kpk i art. 438 pkt.2 kpk obrazę przepisów postępowania art. 4,7,410 kpk mającą wpływ na treść orzeczenia poprzez uznanie, że zgromadzony materiał dowodowy w dochodzeniu nie potwierdził winy umyślnej choćby w zamiarze ewentualnym oskarżonych R. B. i P. K.;

-na podstawie art. 427 §2 kpk i art. 438 pkt.1 kpk obrazę przepisów prawa materialnego poprzez przyjęcie, że orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012r. (połączone sprawy C-213/11, C-214/11 i C-217/11) stawia wymóg notyfikacji przepisów ustawy hazardowej, a jego brak ma wpływ na wyczerpanie strony podmiotowej czynu zarzucanego oskarżonym określonego w art. 107§1 kks (czyn popełniony przez oskarżonych nie był zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia).

Stawiając te zarzuty oskarżyciel wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego jej rozpoznania.

Na apelację tę odpowiedź wniosła obrońca oskarżonego P. K. domagając się oddalenia apelacji oraz zasądzenia od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonego P. K. zwrotu wydatków poniesionych w postępowaniu odwoławczym z tytułu ustanowienia obrońcy.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja jest niezasadna. Zawarte w niej zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Sąd I-szej instancji dokonał prawidłowych ustaleń zarówno w aspekcie okoliczności stanu faktycznego jak i w zakresie oceny prawnej czynów zarzuconych oskarżonym. Dokonana przez ten Sąd analiza materiału dowodowego jest – brew treści zarzutów - wnikliwa i jasna, w pełni odpowiada dyrektywom określonym w art. 4 kpk a przeprowadzone w oparciu o tę analizę wnioski jest logiczne, zgodne z przesłankami wynikającymi z art.7 kpk i przekonująco uzasadnione. Apelacja nie wskazuje na żadne okoliczności, które nie byłyby przedmiotem uwagi Sądu Rejonowego i nie zawiera też takiej, merytorycznej argumentacji, która wnioski tego Sądu mogłaby skutecznie podważyć. Na marginesie odnotować należy, iż sama redakcja wniesionego w tej sprawie środka odwoławczego dotknięta jest oczywistym błędem. Zgodnie bowiem z ugruntowanym powszechnie poglądem judykatury, prawidłowo skonstruowany środek odwoławczy nie powinien odwoływać się do tzw. zarzutów mieszanych, gdyż „nie można

jednocześnie, zarzucając naruszenie zasady swobody oceny dowodów, twierdzić, że sąd wadliwie zastosował prawo materialne (lub odmówił jego zastosowania).” (vide: wyrok SN z 29.03.2000r., VKKKN 97/98, LEX nr 509433). Innymi słowy „(...) nieodpowiednie jest powoływanie kilku zarzutów, gdy jeden z nich jest konsekwencją innego bądź gdy zarzuty te wzajemnie się wykluczają” (vide : wyrok SA w Krakowie z 11.02.1999r, II Aka 18/99, KZS 1999, z.3, poz.25).

Analizując przedmiotową apelację pod względem formalnym nie sposób nie odnotować również i tego, że pomimo, iż środek ten, jak głosi jego część wstępna, wskazuje na zaskarżenie wyroku „w całości”, to ani treść zarzutów ani ich uzasadnienie nie odnoszą się do czynu z art. 110a§1 kks. Apelacja w istocie swej odwołuje się jedynie do czynu z art. 107 §1 kks i nie ma w niej żadnego odniesienia do czynu zarzuconego R. B. w pkt. II a/o. Z jakich względów zatem wyrok w części dotyczącej występku z art. 110a §1 kks jest w przekonaniu skarżącego wadliwy- trudno dociec, gdyż apelacja nie zawiera żadnego argumentu, który tezę tę miałby uzasadniać. Takiego argumentu trudno byłoby się dopatrzeć w brzmieniu zarzutu pierwszego apelacji, odwołującego się do kwestii winy, gdyż w przypadku czynu z art. 110a §1 kks podstawą uniewinnienia nie było to, że oskarżony R. B. nie działał w warunkach winy umyślnej lecz to, że reklama umieszczona w oknach klubu (...) nie była reklamą gier hazardowych (nie była reklamą w rozumieniu art. 29 ustawy o grach hazardowych gdyż przedstawione na nich wizerunki nie zawierały bezpośredniego odniesienia do gier hazardowych czy gier na automatach itd.-vide: uzasadnienie wyroku k.1292). W ocenie Sądu Okręgowego pogląd Sądu I-szej instancji jest w tej kwestii przekonujący, natomiast wskazany brak w uzasadnieniu środka odwoławczego, uniemożliwia bliższe ustosunkowanie się do apelacji w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego, przechodząc do zarzutu naruszenia przepisów postępowania na wstępie również zauważyć należy, iż Sąd I szej instancji uznając, iż w zachowaniu oskarżonych nie można dopatrzeć się przesłanek, które wskazywałyby na istnienie po ich stronie winy umyślnej w żadnej mierze nie naruszył zasady wyrażonej w art. 7 kpk. Zgodnie bowiem z utrwalonym stanowiskiem judykatury (vide m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9. 07. 2008r., OSNwSK 2008/1/1419) „(...) przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną przepisu art. 7 k.p.k., jeśli tylko:

- a) jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy,
- b) stanowi wyraz rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego,
- c) jest zgodne ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, a nadto zostało wyczerpująco i logicznie uargumentowane w uzasadnieniu wyroku.”

Zarzut obrazy art. 7 k.p.k. może być więc skuteczny tylko wówczas, gdy skarżący wykaże, że sąd orzekający - oceniając dowody - naruszył powyższe zasady. Tymczasem apelujący, usiłując podważyć ocenę dokonaną przez Sąd Rejonowy, a także poczynione w oparciu o nią ustalenia, nie wskazał żadnych argumentów, które mogłyby prowadzić do wniosku, że owa ocena dowodów dokonana przez Sąd meriti rzeczywiście jest dowolna. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, które spełnia wymogi art. 424 kpk, Sąd I instancji w sposób logiczny podał, którym dowodom dał wiarę i dlatego uznał, że w odniesieniu do czynu z art. 107 §1 kks brak jest przesłanek, które wskazywałyby, że oskarżeni działali w warunkach winy umyślnej, z zamiarem ewentualnym. Nie powielając argumentacji Sądu Rejonowego odnotować jedynie należy, iż zawarte w apelacji stwierdzenie, iż opinia prawna jaką uzyskał P. K. miała być jedynie zabezpieczeniem przed ewentualną odpowiedzialnością karną, a zatem, jak zdaje się sugerować skarżący, opinia ta miałaby być dowodem winy umyślnej oskarżonego – wręcz raz i uproszczeniem. Teza, że zasięgnięcie opinii prawnej samo w sobie miałaby być już dowodem zgody P. K. na działanie sprzeczne z prawem jest tezą dowolną i nie opartą na żadnych racjonalnych przesłankach. Jeśli uwzględnimy fakt, iż poza ową opinią prawną oskarżony dysponował również wyrokami sądów powszechnych, które wnioski owej opinii uwiarygadniały, to przekonanie skarżącego, iż opinia ta miałaby jedynie pozorować nieświadomość P. K. brzmi nielogicznie. W ten sam sposób należałoby ocenić również argumentację skarżącego co do stanu świadomości R. B.. To bowiem, że wymieniony jest osobą, która od kilku lat działa w branży hazardowej i z tego tytułu czerpie określone zyski jest w tej sprawie okolicznością bezsporną.

Okoliczność ta nie dowodzi jednakże jeszcze tego, że R. B. doskonale zna zawilosci natury prawnej i w pełni orientował się, że podejmując działania opisane w pkt.I a/o popełnia przestępstwo i na to się godził. Jeśli uwzględni się fakt, iż omawiana materia rodziła wątpliwości interpretacyjne dla znamienitych prawników RP, w tym składów orzekających, to przekonanie, iż była jasna dla R. B. dlatego, że ten zajmował się hazardem, również jest ewidentnym uproszczeniem.

Wszystkie wskazane powyżej przesłanki prowadzą zatem do wniosku, iż oskarżyciel publiczny w apelacji swojej nie tylko nie wykazał, na czym miałyby polegać dowolność Sądu Rejonowego w ocenie strony podmiotowej czynów zarzuconych oskarżonym w odniesieniu do czynu z art. 107 §1 kks, ale wręcz sam w taką dowolność wyraźnie popadł.

Odnosząc się natomiast do istoty zarzutu dotyczącego obrazu przepisów prawa materialnego na wstępie zauważyć należy, iż zarzut ten w świetle dokonanej 12 czerwca 2015r. (ogłoszonej 19.08.2015r.) nowelizacji ustawy o grach hazardowych (Dz. U. z 2015r. poz.1201) wyraźnie stracił na aktualności. Gdyby bowiem podzielić lansowany w apelacji pogląd, jakoby stan prawny obowiązujący w dacie czynów zarzuconych oskarżonym był w pełni lege artis (przepisy ustawy hazardowej nie wymagały notyfikacji), to wskazana zmiana byłaby niecelowa i podważałaby domniemanie racjonalności ustawodawcy. Dokonanie wskazanej nowelizacji w wymowny sposób wskazuje, iż pogląd o technicznym charakterze (w rozumieniu art. 1 pkt.11 dyrektywy 98/34 WE) ówczesnie obowiązującego art. 14 ust.1 ustawy o grach hazardowych był słuszny.

Niezależnie od powyższego, ustosunkowując się do argumentacji zawartej w apelacji, w ślad za wcześniejszym stanowiskiem Sądu Okręgowego prezentowanym w sprawach o analogicznych stanach faktyczno-prawnych, podnieść należy, iż nie ulega wątpliwości, że na tle prawidłowej interpretacji i zastosowania art. 107 § 1 k.k.s. do oceny prawnej zarzucanych również w niniejszej sprawie oskarżonym czynów, zasadnicze znaczenie ma kontekst normatywny wyznaczony przez przepisy art. 6 ust. 1 i 14 ust. 1 ustawy z dnia 17 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Przepis art. 107 § 1 k.k.s. penalizujący między innymi urządzenie gry na automacie wbrew przepisom ustawy, ma bowiem charakter blankietowy i w związku z tym, w zakresie jego znamion określających sprawstwo odsyła do przepisów ustawy o grach hazardowych, które dopełniają charakterystykę prawną tego czynu zabronionego. Stąd też zasadnicze znaczenie dla oceny bezprawności zachowań sprawców ma kwestia możliwości odwoływania się przez Sąd stosujący prawo do treści normatywnej tych przepisów. Na tym etapie procesu orzeczniczego, skutkującego w dalszej perspektywie rozstrzygnięciem o konsekwencjach procesowych zachowań oskarżonych, ocenie Sądu podlega również skuteczność przepisu stanowiącego normatywną podstawę analizy popełnionego czynu zabronionego, a istotnym elementem tej oceny jest niesprzeczność przepisu krajowego z przepisem prawa unijnego.

Prawidłowe ustalenie charakteru prawnego przepisów art. 6 ust. 1 i 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009, Nr 201, poz. 1540), wywołuje daleko idące implikacje materialnoprawne. W przypadku bowiem przepisów technicznych zapewnienie ich skuteczności w polskim porządku prawnym wyznaczana jest obowiązkiem ich notyfikacji Komisji Europejskiej wynikającym z dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego. Konsekwencją niezachowania tej procedury jest zaś niemożność stosowania przez sądy norm prawnych, które nie zostały notyfikowane, a zostały zawarte w jednostkach redakcyjnych podlegających obowiązkowi notyfikacji.

Na tym tle skoncentrowana została argumentacja autora apelacji w ramach sformułowanego zarzutu obrazu prawa materialnego tj. art. 107 § 1 k.k.s. Argumentacja ta zmierzała do wykazania zasadności twierdzenia, że kwestionowane przepisy ustawy nie mają charakteru przepisów technicznych.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii charakteru przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ustawy o grach hazardowych, której przesądzenie stanowi zagadnienie wstępne dla oceny potrzeby uruchomienia procedury notyfikacji i konsekwencji związanych z jej zaniechaniem, stwierdzić należy, że ogólna konstatacja apelacji, negująca ustalenia Sądu pierwszej instancji nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Sądu odwoławczego przesądzającym w powyższej kwestii jest wyrok ETS z dnia 19 lipca 2012 r. W przywołanym orzeczeniu wydanym w trybie prejudycjalnym na wniosek Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w G. wyrażono jednoznaczne zapatrywanie, że art. 1 pkt 11

dyrektywy 98/34/WE ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, zmienionej dyrektywą Rady 2006/96/WE z dnia 20 listopada 2006 r. należy interpretować w ten sposób, że przepisy krajowe tego rodzaju jak przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, które mogą powodować ograniczenie, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenie gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, stanowią „potencjalne przepisy techniczne” w rozumieniu tego przepisu, w związku z czym ich projekt powinien zostać przekazany Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1 akapit pierwszy wskazanej dyrektywy. Wskazać należy, że N. Urzędu Celnego podejmując polemikę z ostateczną konkluzją zawartą w przywołanym orzeczeniu prejudycjalnym, jednocześnie wybiórczo traktuje uzasadnienie wyroku ETS-u, odwołując się do tych jego fragmentów, które w jego ocenie świadczą o nietechnicznym charakterze przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ustawy o grach hazardowych. Faktem jest, że Trybunał dokonał klasyfikacji przepisów technicznych, wskazując, że obejmują one swym zakresem pojęciowym trzy kategorie przepisów, to jest „specyfikacje techniczne” w rozumieniu art. 1 pkt 3 dyrektywy 98/34/WE, „inne wymagania” zdefiniowane w art. 1 pkt 4 dyrektywy, wreszcie zakazy produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu i użytkowania produktów, wskazane w art. 1 pkt 11 dyrektywy, jednocześnie precyzując, że poddane ocenie przepisy nie należą do pierwszej kategorii i trzeciej kategorii przepisów technicznych (teza 30 i 34 uzasadnienia wyroku). Trybunał stwierdził, że oceniane przepisy ustawy o grach hazardowych nakładają jednak warunki mogące wpływać na sprzedaż automatów do gier o niskich wygranych. Zakaz wydawania, przedłużania i zmiany zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami może bowiem bezpośrednio wpływać na obrót tymi automatami, co należałoby utożsamiać z drugą kategorią przepisów technicznych określanych jako „inne wymagania” (teza 35 i 36 uzasadnienia wyroku).

Na tym tle, wyrażony w apelacji pogląd, że przepisy ustawy o grach hazardowych nie są przepisami technicznymi w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE i nie spełniają przesłanek z art. 1 pkt 11 tej dyrektywy - co zdaniem skarżącego wynika z uzasadnienia wyroku Trybunału z dnia 19 lipca 2012 r. - jest nietrafny. W treści uzasadnienia tego wyroku stwierdzono bowiem zupełnie co innego, czego dowodzą wprost tezy zawarte w punkcie 24, 25 i 26 jego uzasadnienia, w istocie przesądzające, że sporny przepis, zgodnie z którym urządzenie gier na automatach dozwolone jest jedynie w kasynach gry, z uwagi na możliwość ograniczenia stosowania zasady swobodnego przepływu towarów na terenie Unii Europejskiej, jest de facto przepisem technicznym w rozumieniu art. 1 pkt 11 Dyrektywy 98/34/WE (por. wyroki WSA w P. z dnia 19.12.2012 r., sygn. akt I SA/Po 692/12 oraz z dnia 10.01.2013 r., sygn. akt I SA/Po 729/12). Wyjaśniając użyte w uzasadnieniu wyroku sformułowanie „potencjalne przepisy techniczne”, w doktrynie stanowczo i jednoznacznie akcentowano, że określenie to nie oznacza, że Trybunał nie zakwalifikował wspomnianych przepisów jako niewymagających uprzedniej notyfikacji. Podkreślono, że wręcz przeciwnie, właśnie te przepisy mogą potencjalnie ograniczać swobodę przepływu towarów, co oznacza, że rząd polski był zobligowany do ich notyfikacji. Potencjalność technicznego charakteru tych przepisów odnosi się bowiem do sfery wywierania przez nie skutków prawnych w konkretnej sprawie, w „której podmiot prywatny powołuje się na ich nieskuteczność, podnosząc zarzut zaniechania notyfikacji” (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014r., sygn. akt II KK 55/14). Wskazać jednocześnie należy, że interpretacja prawa Unii przyjęta przez Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu prejudycjalnym, wydanym w trybie art. 267 TFUE zawiera wskazania dla sądu krajowego co do dalszego postępowania w sprawie, wiążąc jednocześnie pozostałe sądy tego państwa, którego sąd zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym, a także sądy pozostałych państw członkowskich (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 r., sygn. akt II K 55/14, opublikowany w LEX nr 1583503). Stanowisko interpretacyjne zajęte przez Trybunał Sprawiedliwości UE w orzeczeniu wstępnym z dnia 19 lipca 2012 r. wiąże zatem nie tylko w sprawie, w której skierowano wniosek o rozstrzygnięcie wstępne, ale również we wszystkich innych sprawach, w których inne sądy krajowe (i inne organy państwa członkowskiego) zostają skonfrontowane z tym samym zagadnieniem prawnym. Podstawy rozszerzonej mocy wiążącej orzeczenia prejudycjalnego ETS należy upatrywać w autorytatywnym charakterze wykładni dokonywanej przez Trybunał. Zgodnie z art. 19 ust. 1 TUE to Trybunał zapewnia poszanowanie prawa w wykładni i stosowaniu traktatów i to on zgodnie z art. 267 (...) jest właściwy do orzekania o wykładni traktatów i aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii. Uznanie, że sądy krajowe mogłyby, pomimo określonego stanowiska interpretacyjnego Trybunału Sprawiedliwości, przyjmować odbiegającą odeń wykładnię prawa Unii Europejskiej, uderzałoby w sam konstytucyjny sens procedury prejudycjalnej

i oznaczałoby zignorowanie konstytucyjnej roli Trybunału Sprawiedliwości jako zapewniającego poszanowanie prawa w wykładni prawa UE (zob. M. Górski, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 r., sygn. akt II K 55/14).

W konsekwencji stwierdzić należy, że wyrażony w apelacji pogląd, że przepisy ustawy o grach hazardowych nie są przepisami technicznymi w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE i nie spełniają przesłanek z art. 1 pkt 11 tej dyrektywy jest pozbawiony racji.

Odrzucenie przywołanego stanowiska otwiera konieczność poczynienia dalszych ustaleń dotyczących konsekwencji tak materialnoprawnych, jak i procesowych uznania przepisów ustawy o grach hazardowych za nienotyfikowane przepisy techniczne. Zagadnienie to wpisuje się w szerszy kontekst rozważań związanych z ustaleniem zasad rozstrzygania kolizji norm prawa polskiego z prawem wspólnotowym w kontekście obowiązującej RP wraz z przystąpieniem do Unii Europejskiej zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego i zapewnienia jego efektywności. Wystarczy bowiem sięgnąć do podstawowych w tym względzie orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, a to do wyroków w sprawach 283/81 CILFIT (fundamentalne orzeczenie dla doktryny *acte éclairé*) i 106/77 SIMMENTHAL. Wykładnia dokonana w tych orzeczeniach, mająca walor autorytatywnej interpretacji dokonanej przez TS, wskazuje nade wszystko na istotną rolę sądów krajowych w zapewnianiu skuteczności prawa Unii. Normatywnej podstawy odmowy zastosowania przepisu krajowego stanowiącego nienotyfikowaną normę techniczną można upatrywać w zasadzie szczerzej współpracy, skodyfikowanej w art. 4 ust. 3 TUE. Polega ona m.in. na tym, że sąd krajowy ma obowiązek zapewnienia pełnej efektywności przepisowi dyrektywy. To zaś oznacza, że przepis krajowy osłabiający tę efektywność (jak to jest w przypadku nienotyfikowanej normy technicznej) winien być poddany, na ile to możliwe, wykładni przyjaznej prawu Unii, jeśli zaś nie prowadzi to do rozładowania potencjału kolizyjnego wynikającego z braku notyfikacji – spotkać się z odmową zastosowania. Dotyczy to także normy sankcyjnej (w tym również karnej) zabezpieczającej wykonanie dyspozycji normy technicznej, której nie poddano notyfikacji (zob. M. Górski, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2013r., sygn. akt I KZP 15/13). Zasada supremacji prawa wspólnotowego dodatkowo znajduje wsparcie w Konstytucji RP, zaś miejsce prawa unijnego w polskim porządku prawnym zostało zdefiniowane w jej art. 91 ust. 3. W świetle przywołanego przepisu prawo UE stanowi część porządku prawnego obowiązującego na terenie Polski i jest stosowane przez sądy w sposób bezpośredni, mając w przypadku kolizji z ustawami pierwszeństwo przed nimi. Sądy polskie są sądami, które stosują prawo UE, pełniąc tym samym – w ujęciu funkcjonalnym – rolę sądów unijnych (zob. Mariusz P. Baran, Stosowanie z urzędu prawa Unii Europejskiej, LEX 2014). Przywołany przepis konstytucyjny przewiduje zatem bezpośrednie stosowanie i pierwszeństwo prawa stanowionego w Unii Europejskiej w wypadku kolizji z ustawami. Bezpośrednie stosowanie i pierwszeństwo regulacji unijnych, nie prowadzi do uchylecia przepisów krajowych z systemu prawa, a jedynie do niemożności stosowania go przez organy państwa. Zasada pierwszeństwa, rozumiana jako obowiązek odmowy zastosowania krajowego przepisu kolidującego, „znajduje zastosowanie również w przypadkach których – z przyczyn proceduralnych – prawo unijne zakazuje stosowania przepisów krajowych. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 listopada 2014 r. „normę prawa unijnego, w tej sprawie, należałoby zbudować w następujący sposób: że 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”. Zapewnienie efektywności prawa UE w postaci normy proceduralnej (w tym przypadku dyrektywy 98/34) polega tu więc nie na zastosowaniu tej normy jako źródła materialnego uprawnienia jednostki (oskarżonego), lecz na zdekodowaniu z prawa UE uprawnienia proceduralnego jednostki do domagania się, aby kolidujący przepis krajowy nie miał w stosunku do tej jednostki zastosowania (zob. M. Górski, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 r., sygn. akt II K 55/14).

W oparciu o powyższe, należy sformułować konkluzję, że każdy sąd w ramach swojej samodzielności jurysdykcyjnej, odwołując się do art. 91 ust. 3 Konstytucji może odmówić stosowania przepisów art. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. nr 201, poz. 1540 z późn. zm.) jako niezgodnych z art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE. Konsekwencją materialną uznania, że wskazane przepisy ustawy hazardowej są bezskuteczne jest brak możliwości dopełnienia przez te przepisy zespołu znamion przestępstwa określonego w

art. 107 § 1 k.k.s., co z kolei wywołuje implikacje natury procesowej, stwarzające konieczność (w zależności od etapu orzekania) umorzenia postępowania, albo wydania wyroku uniewinniającego. W tym też zakresie nie sposób podzielić rozważań zawartych w postanowieniach Sądu Najwyższego w sprawach I KZP 15/13, sygn. akt IV KK 183/13, sygn. akt III KK 447/13 wskazujących, że niestosowanie przepisów ustawy hazardowej w konkretnej sprawie może mieć miejsce jedynie na drodze wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności zachowania trybu stanowienia przepisów technicznych z dyrektywą 98/34/WE. Zauważyć należy, że pogląd ten stał się niewątpliwie inspiracją dla sądów polskich do wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniami prawnymi odnoszącymi się- ujmując rzecz skrótowo- do konsekwencji nienotyfikowania projektu przepisów technicznych zawartych w ustawie o grach hazardowych, a nadto stanowił podstawę uchylecia wyroku Sądu Rejonowego w Mrągowie z dnia 13 listopada 2013 roku (k. 424) Wyrokiem z dnia 11 marca 2015 r., sygn. akt P/14, po rozpoznaniu połączonych pytań prawnych Naczelnego Sądu Administracyjnego i Sądu Rejonowego G. w G. Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 14 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych są zgodne z art. 2 i art. 7 w związku z art. 9 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nadto na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym postanowił umorzyć postępowanie w pozostałym zakresie. Oceniając jednak wagę i znaczenie wyroku przesądzającego o konstytucyjności przepisów ustawy o grach hazardowych dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, stwierdzić należy, że rozważania Trybunału Konstytucyjnego- których doniosłość niewątpliwie wypływa z autorytetu tego organu władzy sądowniczej- prowadzone były na płaszczyźnie mającej znaczenie irrelevantne dla kwestii zapewnienia skuteczności norm prawa unijnego w polskim porządku prawnym w ramach stosowania prawa przez sędziego krajowego. W uzasadnieniu wyroku wyraźnie zdystansowano się do poglądu wyrażonego w postanowieniu SN z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. akt I KZP 15/13. Trybunał Konstytucyjny jednoznacznie bowiem wskazał, że notyfikacja przepisów technicznych, o której mowa w dyrektywie 98/34/WE, implementowanej do polskiego porządku prawnego rozporządzeniem w sprawie notyfikacji nie stanowi elementu konstytucyjnego trybu ustawodawczego. Żaden z przepisów Konstytucji nie normuje tej kwestii, ani też nie odwołuje się do niej wprost czy też pośrednio. Notyfikacja tzw. przepisów technicznych jest bowiem przede wszystkim unijną procedurą, w jakiej państwo członkowskie jest zobowiązane do informowania Komisji Europejskiej i innych państw członkowskich o projektowanych przepisach technicznych, a także do uwzględniania zgłoszonych przez nie szczegółowych opinii i uwag „tak dalece, jak to będzie możliwe przy kolejnych pracach nad projektem przepisów technicznych” – art. 8 ust. 2 dyrektywy 98/34/WE. Notyfikacja, jako unijna procedura swoistej „uprzedniej kontroli”, w której dochodzi do opiniowania i zgłaszania uwag przez Komisję Europejską oraz inne państwa członkowskie dotyczących przepisów technicznych, mających stanowić dopiero projekt ustawy, nie ma zakotwiczenia w Konstytucji. Stąd też dochowanie czy też niedochowanie procedury notyfikacyjnej nie ma wpływu na ocenę dochowania konstytucyjnego trybu stanowienia ustawy. Trybunał Konstytucyjny uznał tym samym, że brak notyfikacji projektu ustawy o grach hazardowych nie stanowił naruszenia takich reguł stanowienia ustaw, które mają swoje wyraźne źródło w przepisach Konstytucji i które dotyczyłyby w sensie treściowym konstytucyjnego trybu ustawodawczego. Trybunał Konstytucyjny dostrzegając niewyeksplikowaną wprost intencję autora skierowanego do niego pytania prawnego przez Sąd Rejonowy G.w G. o zbadanie zgodności przepisu art. 14 ustawy hazardowej z dyrektywą 98/34/WE oraz rozporządzeniem w sprawie notyfikacji, wskazał, że nie odpowiada ono wymaganiom formalnym określonym w art. 193 Konstytucji, co stanowiło podstawę do umorzenia w tym zakresie postępowania na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym. Przedmiotem pytania prawnego może być wyłącznie ocena „zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą”, a zatem jedynie hierarchiczna kontrola aktów normatywnych, a z taką nie mamy do czynienia, gdy przedmiotem oceny jest ustawa o grach hazardowych, a wzorcami kontroli dyrektywa 98/34/WE i rozporządzenie w sprawie notyfikacji.

Przywołane rozważania Trybunału Konstytucyjnego zawarte w wyroku z dnia 11 marca 2015 r. zdają się pośrednio potwierdzać, że kwestia notyfikacji przepisów technicznych i konsekwencji niedochowania tej procedury powinna być rozstrzygana nie na płaszczyźnie obowiązywania prawa, ale jego stosowania. Zasada pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej nie wymaga bowiem od Sądu zainicjowania procedury konstytucyjnej w następstwie której pozbawiono by krajowe normy prawne sprzeczne z prawem UE, mocy obowiązującej, lecz polega na tym, że obowiązkiem Sądu polskiego jest odmowa zastosowania in concreto normy krajowej sprzecznej z prawem UE. Obowiązek zapewnienia

prawa Unii praktycznej skuteczności (effet utile), jaki spoczywa na sądach z mocy prawa Unii nie jest w żaden sposób powiązany z uprzednim orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego albo też pozbawieniem krajowej normy kolidującej z prawem Unii mocy obowiązującej w trybie legislacyjnym. Niezgodność ustawy hazardowej z prawem unijnym, zwłaszcza zaś niezgodność wynikająca z zaniedbań formalnoprawnych odpowiedzialnych polskich organów, nie wpływa automatycznie na ocenę zgodności treści zakwestionowanej przez pytający sąd regulacji z Konstytucją (tak: wyrok TK z dnia 23 lipca 2013 r., sygn. akt P 4/11, opublikowany w LEX nr 1354523). Kwestia potencjalnej niezgodności przepisów krajowych z pochodnym prawem unijnym dotyczącym dochowania procedury notyfikacji nie należy do materii kontrolowanej przez Trybunał Konstytucyjny, lecz do materii, której rozstrzygnięcie jest rzeczą sądu krajowego rozpoznającego konkretną sprawę, w razie wątpliwości korzystającego z interpretacji prawa Unii- za pomocą Trybunału Sprawiedliwości, realizowaną w ramach procedury określonej art. 267 TFUE.

Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny dostrzegając, że pytanie prawne Sądu Rejonowego G.w G.w zakresie w jakim dąży do zbadania ustawy o grach hazardowych z dyrektywą 98/34/WE i rozporządzeniem w sprawie notyfikacji nie spełnia przesłanki przedmiotowej, pośrednio potwierdził swój brak kompetencji do dokonywania kontroli zgodności ustawy z prawem unijnym. Dyrektywa unijna nie mieści się w katalogu źródeł prawa, które zgodnie z art. 193 Konstytucji mogą być wprost wzorcem hierarchicznej kontroli aktów normatywnych, dokonywanych przez Trybunał Konstytucyjny w ramach pytań prawnych. W tym też zakresie w pełni podzielić należy argumentację zawartą w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 r., sygn. akt II K 55/14), że w sprawie o rozstrzygnięcie kolizji ustawy z prawem unijnym, wymagającej wykładni tego prawa, wyłącznie właściwy jest Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Powyższe rozważania prowadzą do jednoznacznej konkluzji o uprawnieniu każdego Sądu rozstrzygającego sprawę do czynienia rozważań o zgodności przepisu kształtującego podstawę prawną odpowiedzialności karnej oskarżonego z prawem unijnym, a w konsekwencji do odmowy stosowania przepisu, stanowiącego uzupełnienie charakterystyki prawnej czynu, który został wprowadzony do systemu prawa wewnętrznego z pominięciem obowiązku notyfikacji.

Mając powyższe na uwadze, nie podzielając zarzutów apelacji, zaskarżony wyrok utrzymano w mocy (art. 437 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks).

Z uwagi na nieuwzględnienie apelacji wniesionej od wyroku uniewinniającego przez oskarżyciela publicznego, kosztami procesu za postępowanie odwoławcze obciążono Skarb Państwa (art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.), zaś o kosztach obrony z wyboru poniesionych przez oskarżonego P. K. w tym postępowaniu orzeczono w oparciu o art. 616 §1 pkt 2 k.p.k., art. 626 § 2 k.p.k., art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.