

## UZASADNIENIE

**M. W.** oskarżony zostało to, że:

1. od dnia 01 października 2013 roku do 27 maja 2014 roku, w sklepie (...), prowadzonym przez inną, ustaloną osobę, w miejscowości (...), powiat (...), jako Prezes Zarządu (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., urządził gry na automatach w rozumieniu art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201 z 2009 roku, poz. 1540 ze zmianami), na urządzeniu A. nr (...), wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 6, art. 14, art. 23, art. 23a oraz art. 27 tejże ustawy, tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks,

2. od dnia 02 stycznia 2014 roku do dnia 16 kwietnia 2014 roku, w lokalu Klub (...) w O. przy ulicy (...), urządził gry na automatach w rozumieniu art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201 z 2009 roku, poz. 1540 ze zmianami), jako Prezes Zarządu (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., na urządzeniach A. numer (...), A. numer (...), A. numer (...) i (...) numer (...) oraz jako Prezes Zarządu (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na urządzeniach A. G. numer (...) i A. numer (...), wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 6, art. 14, art. 23, art. 23a oraz art. 27 tejże ustawy, tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks,

**Z. B.** oskarżony został o to, że od dnia 01 października 2013 roku do 27 maja 2014 roku, w sklepie (...), prowadzonym przez inną, ustaloną osobę, w miejscowości (...), powiat (...), prowadził gry na automacie w rozumieniu art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201 z 2009 roku, poz. 1540 ze zmianami.), na urządzeniu A. nr (...), będącym we władaniu firmy (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 6, art. 14, art. 23, art. 23a i art. 27 tejże ustawy, tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks

**R. K.**, oskarżony został o to, że od nieustalonego czasu, nie później niż do dnia 16 kwietnia 2014 roku, w lokalu Klub (...) w O. przy ulicy (...), prowadził gry na automatach do gier A. numer (...), A. numer (...), A. numer (...) 069 oraz (...) numer (...), należących do (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz na automatach do gier A. G. numer (...) i A. numer (...), należących do (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 6, art. 14, art. 23, art. 23a i art. 27 ustawy z dnia 19.11.2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201 z 2009 r., poz. 1540 ze zm.), tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks

S. R. w O. wyrokiem z dnia 03 lipca 2015r. wydanym w sprawie o sygn. akt II K 165/15 uniewinnił oskarżonych M. W., Z. B. i R. K. od popełnienia zarzucanych im czynów. Orzeczenie zawiera także rozstrzygnięcie o kosztach procesu, którymi obciążono Skarb Państwa.

Od powyższego wyroku apelację wniósł oskarżyciel publiczny – Urząd Celny w E. i zaskarżając go w całości na niekorzyść wszystkich trzech oskarżonych, zarzucił mu:

1. na podstawie art. 438 pkt 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks - obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz.U. nr 201, z 2009r., poz. 1540 ze zm.) poprzez błędne przyjęcie, że nie zachowanie procedury notyfikacyjnej projektu przedmiotowej ustawy, której przepisy wypełniają blankietowy charakter art. 107 kks zmusiło sąd do odmowy ich zastosowania, a tym samym do uniewinnienia oskarżonych,

2. na podstawie art. 438 pkt 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks – obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 414 § 1 kpk w zw. z art. 17 § 2 kpk jako podstawy uniewinnienia oskarżonych,

3. na podstawie art. 438 pkt 3 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks – błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na treść tego orzeczenia, poprzez wyciągnięcie błędnych wniosków, że wobec braku notyfikacji projektu ustawy o grach hazardowych Komisji Europejskiej, zgodnie z przepisami Dyrektywy nr 98/34 Parlamentu i Rady z dnia 22 czerwca 1998r., ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i

przepisów technicznych oraz zasad dotyczących społeczeństwa informacyjnego, są one bezskuteczne i nie mogą być podstawą odpowiedzialności karnej jednostki, a sąd orzekający w przedmiotowej sprawie zobligowany był odmówić ich stosowania, jako przepisów wypełniających blankietowy charakter art. 107 § 1 kks.

W konkluzji apelacji skarżący wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

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

Apelacja wniesiona przez oskarżyciela publicznego Urząd Celný w E. jako zasadna co do istoty zasługiwała na uwzględnienie. Następstwem rozpoznania tejże apelacji stała się konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku w całości i przekazania sprawy wszystkich trzech oskarżonych S. R. w O. do ponownego rozpoznania.

Autor skargi apelacyjnej, słusznie wskazał, że iż zaskarżony wyrok został wydany z rażącym i mającym wpływ na jego treść naruszeniem prawa materialnego. Ustosunkowując się do tegoż pierwszego z wyeksponowanych zarzutów zawartych w apelacji oskarżyciela publicznego, opartego na podstawie odwoławczej określonej w art. 438 pkt 1 kpk, należy tytułem wstępu zasygnalizować, iż nietrafnym było jednak powołanie się skarżącego jednocześnie na zarzut obrazy przepisu prawa materialnego, w sytuacji gdy autor apelacji podniósł także zarzut określony w art. 438 pkt 3 kpk, kwestionując ustalenia faktyczne. Wymaga podkreślenia, że obraza prawa materialnego może być przyczyną odwoławczą jedynie wtedy, gdy ma ona charakter samoistny. Zarzut obrazy prawa materialnego jest legitymowany bowiem tylko wówczas, gdy dotyczy błędnej wykładni zastosowanego przepisu, zastosowania nieodpowiedniego przepisu lub nie zastosowania przepisu zobowiązującego sąd do jego bezwzględego respektowania. Należy wówczas porównywać treść zastosowanego (niezastosowanego) przepisu prawa z ustalonym przez sąd stanem faktycznym. Jeżeli sąd błędnie ustalił stan faktyczny i do tak ustalonego stanu zastosował przepis, który – przy prawidłowych ustaleniach – miałby zastosowanie, to zarzut naruszenia prawa materialnego jest bezpodstawny. W takiej sytuacji prawidłowy byłby zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia - art. 438 pkt 3 kpk (wyrok SN III KKN 249/98 2.05.1998 r. Prok. i Pr. 1998/10/16). Należy podkreślić, że nie ma obrazy prawa materialnego, gdy wada orzeczenia jest wynikiem błędnych ustaleń, przyjętych za jego podstawę. Orzecznictwo Sądu Najwyższego i doktryna słusznie bowiem podkreślają, że naruszenie prawa materialnego polega na jego wadliwym zastosowaniu (niezastosowaniu) w orzeczeniu, które oparte jest na trafnych i niekwestionowanych ustaleniach faktycznych. W sytuacji gdy skarżący wyraźnie kwestionuje dokonane przez Sąd I instancji ustalenia, na co wskazuje kolejny z zawartych w apelacji zarzutów (art. 438 pkt. 3 kpk), to jest to płaszczyzna ustaleń faktycznych i stąd apelacja podważająca stanowisko Sądu w tej mierze (wszak subsumcja prawna czynu oskarżonego w wyroku, jest prostą konsekwencją ustaleń w tej właśnie materii, czyli strony podmiotowej czynu), powinna być oparta tylko na zarzucie odwoławczym określonym w art. 438 pkt 2 i 3 kpk, a nie dodatkowo w art. 438 pkt 1 kpk (v. postanowienie SN z dnia 27.05.2002r., V KKN 314/01, LEX nr 53334, wyroki SA w Łodzi z dnia 28.02.2001r., II AKa 13/01, Prok. i Pr. 2002/11/26 i z dnia 18.07.2001r., II AKa 118/01, Prok. i Pr. 2002/11/28, Kodeks postępowania karnego, Komentarz pod red. P. Hofmańskiego, Wyd. C.H. Beck, W-wa 2004r, s. 602 i nast.).

Niemniej, analiza zarówno sformułowanych w rozpoznawanym środku odwoławczych zarzutów opartych na podstawach określonych w art. 438 pkt 1 i pkt 3 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, jak i pisemnych argumentów przedstawionych na ich poparcie, uprawnia do stwierdzenia, że oba podniesione zarzuty są jednak tożsame co do istoty i pomimo wskazania różnych podstaw, sprowadzają się do podniesienia zarzutu obrazy prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 kks w z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych (w brzmieniu obowiązującym w czasie wskazanym w akcie oskarżenia), poprzez ich niezastosowanie pomimo, że do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego sąd zobowiązany był do ich respektowania, co stanowiło konsekwencję dokonania błędnej wykładni przepisów prawa unijnego oraz przepisów ustawy o grach hazardowych. W poddanej kontroli sprawie, oskarżyciel publiczny nie zakwestionował bowiem dokonanych przez Sąd I instancji ustaleń stanu faktycznego wskazujących wprost na sprawstwo wszystkich oskarżonych, a jedynie nie zgodził z przyjętą oceną prawną ich zachowania, a mianowicie – zdaniem apelującego – sąd meriti wadliwie uznał, iż przepisy art. 6 i art. 14 ustawy o grach hazardowych (w pierwotnym brzmieniu), które wypełniają blankietową normę art. 107 § 1 kks, mają charakter techniczny i wobec

niedopełnienia obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej projektu tejże ustawy, sąd krajowy zobligowany był do odmowy ich stosowania. W rezultacie oparcie apelacji dodatkowo na zarzucie odwoławczym określonym w art. 438 pkt 3 kpk jawi się jako zbędne. Autor skargi apelacyjnej poddał jedynie krytyce decyzję sądu I instancji polegającą na niezastosowaniu w wydanym orzeczeniu przepisu prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 kks w z w. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w pierwotnym brzmieniu, które – w jego ocenie – miały zastosowanie do z kolei prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. Istota apelacji sprowadza się zatem do stwierdzenia, sąd meriti prawidłowo ustalił stan faktyczny, jednakże do tak ustalonego stanu nie zastosował odpowiednich przepisów.

Wskazany przez skarżącego w wywiedzionym środku odwoławczym kluczowy zarzut, sprowadzający się do twierdzenia, iż w przedmiotowej sprawie doszło do obrazy prawa materialnego, a mianowicie art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w pierwotnym brzmieniu, poprzez ich niezastosowanie, wskutek błędnego przyjęcia przez sąd meriti, iż pomimo, że wszyscy trzech oskarżeni swoim zachowaniem wyczerпали ustawowe znamion przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks, sąd zobligowany był do odmowy stosowania tych przepisów, albowiem w procesie legislacyjnym nie dopełniono obowiązku notyfikowania Komisji Europejskiej projektu przepisów technicznych ustawy o grach hazardowych, wypełniających powyższą normę blankietową, a które to stwierdzenie implikowało wydanie wyroku uniewinniającego - ocenić należy za częściowo uprawniony. Konstatacji zaprezentowanej przez sąd I instancji w odniesieniu do art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w pierwotnym brzmieniu, nie sposób bowiem pogodzić z wykładnią prawa unijnego, tj. art. 1 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, zmienionej dyrektywą 98/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998r, dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 października 2016r., a następnie zaaprobowaną przez Sąd Najwyższy w uchwale w składzie 7 sędziów z dnia 19 stycznia 2017r.

Podniesienie powyższego zarzutu nakazuje zakwestionować trafność oceny prawnej ustalonego zachowania oskarżonych M. W., Z. B. i R. K., poczynając od przyjętego przez sąd meriti już samego założenia co do technicznego charakteru, wypełniającego blankietową normę art. 107 § 1 kks, przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w pierwotnym brzmieniu w rozumieniu art. 1 pkt 11 cyt. Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. Stanowisko sądu meriti tylko odnośnie technicznego charakteru przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015r. – należy ocenić jako słuszne. W tym miejscu należy przypomnieć, że art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych – w jego pierwotnym brzmieniu – nie był notyfikowany Komisji Europejskiej, a nastąpiło to dopiero w związku z jego nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 12 czerwca 2015r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. poz. 1201) i która to zmiana weszła w życie z dniem 3 września 2015r. Sama ustawa zmieniająca została notyfikowana Komisji Europejskiej w dniu 5 listopada 2014r. pod nr (...), zgodnie z § 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 września 2002r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz.U. Nr 239, poz. 2039 oraz z 2004r. Nr 65, zpo. 597), które wdraża dyrektywę 98/34/WE (druk sejmowy nr (...), adnotacja na tekście ustawy opublikowanym w Dz.U. z 2015, poz. 1201). Komisja zaś nie wniosła zastrzeżeń.

Oskarżyciel publiczny w swej apelacji, podnosząc problem charakteru prawnego czynu określonego w art. 107 § 1 kks i wypełniających tę normę blankietową przepisów art. 6 i art. 14 ustawy o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015r., poczynił częściowo trafne uwagi, które wymagają rozwinięcia.

W pierwszej kolejności, przystępując do rozważań poświęconych, stanowiącemu w realiach sprawy uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 kks, art. 6 § 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015r, zgodnie z którym działalność w zakresie m.in. gier na automatach może być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry, skonstatować należy, iż, wyrażone przez Sąd I instancji, w tym zakresie, stanowisko, iż przepis ten ma charakter techniczny, w związku z czym wymagał on notyfikacji, jest wadliwe, a przez to nie zasługuje ono na podzielenie. Zaznaczyć należy, że kwestia charakteru zarówno przepisu art. 6 ust. 1 jak i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015r. wywoływała w orzecznictwie sądów wątpliwości, co dało Prokuratorowi Generalnemu asumpt do zwrócenia się do Sądu Najwyższego

o rozstrzygnięcie występujących w judykaturze rozbieżności. Kwestia specyfiki m.in. normy art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w pierwotnym brzmieniu, pod kątem jej technicznego charakteru, została ostatecznie kompleksowo zbadana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 13 października 2016 roku w sprawie C – 303/15 orzekł, że: „Artykuł 1 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego w brzmieniu zmienionym na mocy dyrektywy 98/48/ WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998 roku, należy interpretować w ten sposób, że przepis krajowy – art. 6 ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, nie wchodzi w zakres pojęcia „przepisów technicznych” w rozumieniu tej dyrektywy, podlegających obowiązkowi zgłoszenia na podstawie art. 8 ust 1 tej samej dyrektywy, którego naruszenie jest poddane sankcji w postaci braku możliwości stosowania takiego przepisu”. W uzasadnieniu stanowiska, Trybunał Sprawiedliwości UE przyjął, że takie przepisy, które uzależniają prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry (art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych) 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 oraz nie określają wymaganych cech produktu. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości UE, przepisy takie nie zaliczają się również do kategorii „zasad dotyczących usług” społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 pkt 5 dyrektywy 98/34, ponieważ nie dotyczy on „usług społeczeństwa informacyjnego” w rozumieniu art. 1 pkt 2 tej dyrektywy.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 stycznia 2017r. sygn.. akt I KZP 17/16 podzielił powyższe stanowisko zawarte w orzeczeniu (...), a dodatkowo zaakcentował, że zastrzeżenie uczynione w końcowej części przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, iż chodzi tu o koncesje na prowadzenie kasyna gry, nie może być w takiej sytuacji poczynione jako powtórzenie, zawartego w art. 14 ust.1 cyt. ustawy ograniczenia, zwłaszcza, że pierwszy z powołanych przepisów dotyczy prowadzenia działalności, drugi zaś – urządzania gry. We wskazanej uchwale Sąd Najwyższy skonstatował, że przepis art. 6 ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej, zawartej w art. 107 § 1 kks, o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 roku, I KZP 1716). Tego natomiast rodzaju ustalenia przemawiające za sprawstwem wszystkich trzech oskarżonych, Sąd orzekający w poddanej kontroli sprawie poczynił w toku bezpośredniego i kontradiktoryjnego postępowania, a czemu dał wyraz w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku. Co nader istotne, to nie ujawnienie wątpliwości co do stanu faktycznego ani winy i zamiaru oskarżonych, ale wyłącznie przyjęcie przez sąd meriti wadliwego założenia co do technicznego charakteru przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych (którego naruszenie zarzucił oskarżyciel publiczny wszystkim trzem oskarżonym), skutkującego uznaniem, iż nienotyfikowanie projektu tegoż przepisu (jako technicznego) obliguje sąd krajowy do odmowy jego stosowania, implikowało wydanie wyroku uniewinniającego.

Reasumując, podnoszony przez skarżącego zarzut obrazy art. 107 § 1 kks w zakresie dotyczącym stosowania art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych uznać należało za zasadny, a w konsekwencji już tylko z tego powodu zaszła konieczność uchylecia zaskarżonego wyroku w całości, jako opartego na błędnym założeniu, że powołany przepis (wszystkim oskarżonym zarzucono naruszenie m.in. art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych) ma charakter techniczny i jako taki wymaga notyfikacji Komisji Europejskiej.

Niemniej godzi się także odnieść do z kolei technicznego charakteru przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015r. i sankcji jego niestosowania w przypadku nienotyfikowania jego projektu Komisji Europejskiej. Kwestia technicznego charakteru tego przepisu w aspekcie dyrektywy 98/34/WE nie budzi wątpliwości, albowiem co do ograniczeń „lokalizacyjnych” dotyczących wykorzystywania automatów do gier hazardowych, zawartych w jego treści, Trybunał Sprawiedliwości UE zajmuje jednolite stanowisko, co znalazło swój wyraz m in. w wyroku z dnia 26 października 2006 roku, C – 65 / 05 w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej, w wyroku z dnia 19 lipca 2012 roku, C – 213 / 11, C – 214 / 11, C – 217 / 11 w sprawie F. i in., czy w wyroku z dnia 11 czerwca 2015 roku, C – 98 / 14 w sprawie B.. Takich też wątpliwości nie miał także polski prawodawca, czego dowodem jest notyfikacja Komisji Europejskiej projektu nowelizacji ustawy o grach hazardowych,

która weszła w życie w dniu 03 września 2015 roku - ustawa z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych Dz.U. z 2015, poz. 1201 (v. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 roku, I KZP 17/16).

Odnosząc się do oceny zasadności wniesionej apelacji w kwestii sankcji niestosowania przepisu technicznego w przypadku nienotyfikowania jego projektu Komisji Europejskiej, nie można również pominąć stanowiska Sądu Najwyższego, zawartego w cytowanej uchwale z dnia 19 stycznia 2017r, zgodnie z którym „kolizja prawa krajowego z prawem unijnym, w świetle zasady bezpośredniego stosowania prawa Unii Europejskiej (art. 91 ust. 3 Konstytucji), może prowadzić do zastąpienia przepisów krajowych uregulowaniami prawa unijnego albo do wyłączenia normy prawa krajowego przez bezpośrednio skuteczną normę prawa Unii Europejskiej. W konsekwencji norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej, wynikająca z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21 lipca 1998 r. ze zm.), wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 kks. przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r., poz. 612) w pierwotnym brzmieniu”.

Na zakończenie rozważań zauważyć należy, że Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 13 października 2016 roku, wydanym w sprawie C – 303/15, uchylił się (z przyczyn formalnych) od jasnego i jednoznacznego wskazania, czy art. 8 dyrektywy 98/34/WE może być rozumiany w ten sposób, że pozwala on na stosowanie nienotyfikowanych przepisów technicznych przez sądy krajowe, jeżeli ich wprowadzenie było motywowane realizacją celów określonych w art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, co dotyczy podniesionej w zaskarżonym orzeczeniu kwestii obowiązywania przepisu, tj. art. 14 ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (tj. innej normy wypełniającej blankietowy charakter przepisu art. 107 § 1kks ), w sytuacji gdy ten akurat przepis ma charakter techniczny i nie został notyfikowany. To zagadnienie aktualizuje się jednak w sprawach o przestępstwo z art. 107 § 1 kks, w których zaszłyby konieczność przyjęcia w ramach kwalifikacji prawnej czynu, jako naruszającego, jedynie art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych (w przedmiotowej sprawie oskarżyciel wszystkim oskarżonym zarzucił naruszenie oprócz art. 14 ust. 1 także m.in. art. 6 ust. 1 cyt. ustawy). Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 stycznia 2017r., sygn. akt I KZP 17/16 zauważył, że w takiej sytuacji, rozstrzygnięcie tej problematyki wymagałoby dokonania wykładni prawa unijnego, a to z kolei implikowałoby konieczność przedstawienia pytania prejudycjalnego Trybunałowi Sprawiedliwości UE. W tym miejscu należy nadto zasygnalizować, że w orzecznictwie prezentowane jest także stanowisko, iż samo stwierdzenie, że konkretny przepis ma charakter techniczny (a nie został prawidłowo notyfikowany) nie wyklucza możliwości powołania się przez państwo na którąkolwiek z wymienionych w art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej klauzul generalnych dotyczących porządku publicznego, zdrowia publicznego czy moralności publicznej jako nadrzędnych wartości podlegających ochronie w państwie członkowskim, które ma prawo chronić obywateli (konsumentów) przed niepożądanymi szkodliwymi dla struktur społecznych zjawiskami. Należy wówczas rozważyć, czy skutki hazardu, którego uprawianie prowadzi niejednokrotnie do uzależnienia, a w konsekwencji do utracjusostwa, pozbawienia rodziny środków do życia, upadłości, samobójstw, utraty zdrowia psychicznego, rozpadu więzi rodzinnych, zawodowych, społecznych, przestępczości etc. (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we W. z dnia 19 sierpnia 2015 roku, III SA / Wr 113 / 15 ) – mogą uprawniać – w kontekście art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – do zastosowania technicznego, ale nienotyfikowanego, przepisu art. 14 ust. 1 cyt. ustawy o grach hazardowych.

Z uwagi na treść złożonej w sprawie odpowiedzi na apelację, wydanie orzeczenia kasatoryjnego wymaga odniesienia się do dwóch poruszonych w niej kwestii, które miałyby sprzeciwiać się uwzględnieniu apelacji.

Po pierwsze, sąd odwoławczy nie podziela zaprezentowanego w powyższym piśmie poglądu, iż „jakkolwiek sankcja bezskuteczności odnosi się tylko do nienotyfikowanych przepisów technicznych (m.in. art. 14, art. 2 ust. 3, art. 2 ust. 5 ugh), a Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C - 303/15 orzekł, iż art. 6 ugh nie jest przepisem technicznym, to rozpoznając kwestie możliwości zastosowania art. 6 ugh trzeba mieć na uwadze charakter sprzężony powołanym przepisów, albowiem art. 6 ugh nie jest przepisem samodzielnym” , „jakkolwiek finalnie art. 6 ugh nie został uznany za przepis techniczny, to jednakże nie może on znaleźć zastosowania z uwagi na jego powiązanie z

bezskutecznym art. 14 ugh”, art. 6 ugh „nie może stanowić samodzielnej podstawy odpowiedzialności albowiem jest powiązany z bezskutecznym art. 14 ugh owe przepisy należy rozpatrywać łącznie”. Przynajmniej zacytowane przez obrońcę stanowisko Komisji Europejskiej, zaprezentowane w sprawie C- 303/15 (wskazujące na bliskie powiązanie pomiędzy wymogiem dotyczącym zezwolenia – art. 6 ust. 1 ugh, a ograniczeniem dotyczącym lokalizacji – art. 14 ust. 1 ugh) – zostało poddane krytyce zarówno przez orzekający w tej sprawie skład Trybunału Sprawiedliwości UE, jak i przez rzecznika generalnego. Trybunał Sprawiedliwości w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 października 2016r. w sprawie C- 303/15 jednoznacznie wskazał, że „Nie można przyjąć tezy Komisji, zgodnie z którą istnieje ścisły związek między dwoma analizowanymi przepisami krajowymi, co z kolei prowadzi do tego, że nie możliwe jest pominięcie art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w kontekście art. 6 ust. 1 tej ustawy. Jak bowiem stwierdza rzecznik generalny w pkt 38-44 swojej opinii, art. 6 ust. 1 tej ustawy i jej art. 14 ust. 1 pełnią różną funkcję i mają różny zakres zastosowania. Element opisowy znajdujący się w art. 6 ust. 1 tej ustawy, który służy wskazaniu analizowanej w niniejszej sprawie koncesji jako koncesji na prowadzenie kasyna, nie zmienia tego wniosku”. Dodatkowo godzi się zaakcentować, że rzecznik generalny w swej opinii kategorycznie nie przychylił się do powyższego stanowiska Komisji (pkt. 40 opinii), argumentując że wymóg dotyczący zezwolenia (art. 6 ust. 1 ugh) oraz ograniczenie dotyczące lokalizacji (art. 14 ust. 1 ugh) nie jest tożsame i równoznaczne, a nadto ograniczenia dotyczące lokalizacji zapisanego w art. 14 ust. 1 ugh nie należy w ogóle uważać za element procedury udzielania zezwoleń. Rzecznik generalny w pkt 44 swej opinii skonstatował, że „wymóg dotyczący zezwolenia i ograniczenie dotyczące lokalizacji charakteryzują się różnym zakresem i spełniają różne funkcje ...” (pkt. 44 opinii). Tożsame stanowisko zajął Sąd Najwyższy w cytowanej we wcześniejszych akapitach niniejszego uzasadnienia uchwale 7 sędziów z dnia 19 stycznia 2017r. sygn.. akt I KZP 17/16, stwierdzając, że „zastrzeżenie uczynione w końcowej części przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, iż chodzi tu o koncesje na prowadzenie kasyna gry, nie może być w takiej sytuacji poczynione jako powtórzenie, zawartego w art. 14 ust.1 cyt. ustawy ograniczenia, zwłaszcza, że pierwszy z powołanych przepisów dotyczy prowadzenia działalności, drugi zaś – urządzania gry. Oznacza to, że przepis art. 6 ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej, zawartej w art. 107§ 1 kks, o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony”. Pogląd tej treści został zaaprobowany i podzielony przez inne składy Sądu Najwyższego, w tym przez sąd orzekający w sprawie o sygn.. akt V KK 21/17 (wyrok z dnia 16 marca 2017r). W pisemnym uzasadnieniu tegoż orzeczenia, Sąd Najwyższy podkreślił, że „Mimo więc pewnego związku występującego pomiędzy art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, to jednak przepisy te mają niezależny od siebie charakter: o ile artykuł 6 ust. 1 tej ustawy dotyczy strony podmiotowej działalności w zakresie urządzania gier hazardowych, skoro przewiduje, że może ją prowadzić wyłącznie podmiot posiadający koncesję na prowadzenie kasyna (podmiotowa reglamentacja działalności), o tyle art. 14 ust. 1 reguluje pewien aspekt przedmiotowy urządzania i prowadzenia gier na automatach, określa bowiem miejsce użytkowania tych automatów. Pierwszy z tych przepisów nie przesądza przy tym, że posiadacz koncesji może urządzać i prowadzić gry na automatach wyłącznie w kasynach gry, a takie zastrzeżenie zawiera art. 14 ust. 1 ustawy (zob. M. Skowrońska, Przecięcie węzła gordyjskiego w dziedzinie hazardu - uwagi w związku z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości w sprawie G.M. i M.S., EPS.2017.1.14) Przepisy powyższe obowiązują wszystkie podmioty w państwie, jako reglamentujące działalność gospodarczą w zakresie udostępniania urządzeń losowych, między innymi gry na automatach, do czego konieczna jest koncesja na prowadzenie kasyna gry, gdyż automaty te mogą być użytkowane tylko w kasynach gry. Z ich treści wynika również, że zakaz w nich określony jest adresowany do wszystkich podmiotów, a zatem zarówno osób fizycznych jak i prawnych oraz niezależnie od tego, czy posiadają one koncesję na prowadzenie kasyna gry, czy też nie. Działalność w zakresie gier na automatach, w rozumieniu art. 2 ust. 3 cyt. ustawy, urządzana bez stosownej koncesji oraz poza kasynem gry, jest więc zawsze działalnością nielegalną. Dlatego też, każdy kto spełnia powyższe kryteria zakwalifikowania go jako urządzającego grę hazardową, bez względu na formę prawną oraz gdy miejscem urządzenia gry nie będzie kasyno gry, narusza przepisy ustawy karnoskarbowej. Niezasadnym jest również twierdzenie, że skoro automaty takie znajdują się w miejscu, które kasynem nie jest (np. stacja benzynowa, bar lub inny lokal gastronomiczny), to nie jest wymagana koncesja na prowadzenie gier na automatach. Regulacje ustawy o grach hazardowych są w tym zakresie jednoznaczne i nie ulega wątpliwości, że każda działalność w zakresie gier na automatach może być prowadzona jedynie na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry (art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych)”. Nie jest zatem uprawniony wywód obrońcy, iż skoro oskarżonym zarzucono urządzanie gier na automatach w miejscach do tego nieprzeznaczonych (czyli poza

kasynem), a więc wbrew normie wyrażonej w art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, który to przepis w brzmieniu obowiązującym w chwili popełnienia czynów zarzucanych oskarżonym nie był notyfikowany Komisji Europejskiej, to tym samym nie jest możliwe przypisanie oskarżonym takiej odpowiedzialności karno – skarbowej z art. 107 § 1 kks w związku z art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Po drugie, w realiach niniejszej sprawy, co najmniej przedwczesnym byłoby rozstrzygnięcie o braku po stronie oskarżonych winy i zamiaru popełnienia zarzucanych im przestępstw albowiem podniesiona dopiero w odpowiedzi na apelację kwestia „świadomości oskarżonych co do bezskuteczności przepisów technicznych ustawy o grach hazardowych oraz okoliczność pozostawiania przez nich w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu co do okoliczności wyłączających bezprawność czynu (art. 10 § 3 kks), czy też kwalifikowania sytuacji prawnej oskarżonych w momencie popełnienia przez oskarżonych czynu jako okoliczności pozostawiania przez nich w usprawiedliwionej nieświadomości karalności popełnienia czynu (art. 10 § 4 kks)” - nie była przedmiotem rozważań sądu orzekającego, co wyraźnie stwierdził w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku S. R., podkreślając, że podstawą uniewinnienia wszystkich trzech oskarżonych było przyjęcie niedopuszczalności stosowania przepisów krajowego, a nie brak możliwości przypisania im winy z uwagi na rozbieżności w dotychczasowym orzecznictwie i doktrynie co do zakresu i możliwości stosowania regulacji art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 2 ustawy o grach hazardowych.

Konkludując należy stwierdzić, że o ile słuszne jest stanowisko sądu I instancji, że techniczny charakter regulacji art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w brzmieniu obowiązującym do 2 września 2015r. sprawia, że jej naruszenie co do zasady nie może być uznane za wyczerpujące znamiona czynu zabronionego z art. 107 § 1 kks, o tyle zdecydowanie nietrafnym jest rozciągnięcie tego poglądu także na art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Ponownie przypomnieć należy, że wszystkim trzem oskarżonym zarzucono popełnienie czynu zabronionego z naruszeniem obu wskazanych regulacji. Skoro zatem art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie miał charakteru technicznego, a oskarżonym zarzucono zachowanie polegające na urządzaniu lub prowadzeniu gier na automatach w miejscach do tego nieuprawnionych (sklepach, lokalach), tj. wbrew przepisom m.in. art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, to oczywistym jest, iż sąd I instancji dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, co nie tylko mogło mieć istotny wpływ ale ten wpływ miało, skoro doprowadziło do uniewinnienia wszystkich oskarżonych od zarzucanych im czynów. W konsekwencji konieczne stało się uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie do ponownego rozpoznania S. R. w O., który będzie związany wypowiedzianym zapatrywaniem prawnym co do charakteru przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych (art. 442 § 3 kpk).

Na marginesie należy nadto wskazać, że jak słusznie zarzucił oskarżyciel publiczny w apelacji, S. R. w pisemnym uzasadnieniu wadliwie przywołał art. 17 § 2 kpk jako podstawę prawną rozstrzygnięcia, zamiast właściwego przepisu art. 17 § 1 pkt 2 kpk.