

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 czerwca 2017 r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu w IV Wydziale Karnym – Odwoławczym

w składzie:

Przewodniczący: SSO Piotr Gerke (spr.)

Sędziowie : SSO Hanna Bartkowiak

SSO Dariusz Śliwiński

Protokolant : apl . radc . N. B.

przy udziale Prokuratora Prok. Okręg. Bogusława Tupaja

po rozpoznaniu w dniu 9 czerwca 2017 r.

sprawy **M. W.**,

oskarżonego z art. 107§1 k.k.s.,

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Wągrowcu z dnia 18 stycznia 2017 r., sygn. akt II K 447/16,

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok,

II. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 13140,- zł tytułem kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, podwyższając jednocześnie do 13120,- zł opłatę za I instancję orzeczoną w punkcie 6 zaskarżonego wyroku. .

D. Ś. P. H. B.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 18 stycznia 2017 r., sygn. akt II K 447/16 Sąd Rejonowy w Wągrowcu:

1. uznał oskarżonego **M. W.** za winnego tego, że będąc Prezesem Zarządu Firmy: (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. przy ul. (...), urządził w okresie od dnia 03.09.2015r. do dnia 20.10.2015r. w lokalu o nazwie (...), pod adresem (...)-(...) W., ul. (...) – gry na automatach o nazwie (...) o nr (...) oraz (...) o nr (...), wbrew przepisom ustawy z dnia 19.11.2009r. o grach (Dz. U. z 2015r., poz. 612 z późn. zm.), tj. poza kasynem gry, gry na automatach o wygrane pieniężne, w których gra zawiera element losowości, co stanowi naruszenie przepisu art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 3 ww. ustawy o grach hazardowych, tj. przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.,

2. uznał oskarżonego **M. W.** za winnego tego, że będąc Prezesem Zarządu Firmy: (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. przy ul. (...), urządził w okresie od dnia 26.10.2015r. do dnia 11.01.2016r. w lokalu o nazwie (...), pod adresem (...)-(...) W., ul. (...) – gry na automatach o nazwie (...) o nr (...) oraz (...) o nr (...), wbrew przepisom ustawy z dnia 19.11.2009r. o grach (Dz. U. z 2015r., poz. 612 z późn. zm.), tj. poza kasynem gry, gry na automatach o wygrane pieniężne, w których gra zawiera element losowości, co stanowi naruszenie przepisu art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 w zw. z art.

2 ust. 3 ww. ustawy o grach hazardowych, tj. przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.,

3. uznał oskarżonego **M. W.** za winnego tego, że pełniąc funkcję Prezesa Zarządu Firmy: (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. przy ul. (...), urządził poza kasynem gry tj. w lokalu o nazwie: Sklep (...) K. K., znajdującym się pod adresem: (...)-(...) N. 45A, wbrew przepisom ustawy z dnia 19.11.2009r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2016r., poz.471), gry na następujących automatach do gier:

- od dnia 03.09.2015r. do dnia 10.03.2016r. gry na automacie: (...) nr (...) oraz (...) nr (...),

- od dnia 01.03.2016r. do dnia 10.03.2016r. gry na automacie: (...) nr (...),

które to ww. automaty udostępniały gry o wygrane pieniężne i gry zawierały element losowości, co stanowi naruszenie przepisu art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 3 ww. ustawy o grach hazardowych, tj. przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.,

4. uznał oskarżonego **M. W.** za winnego tego, że pełniąc funkcję Prezesa Zarządu Firmy: (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. przy ul. (...), urządził wbrew przepisom ustawy z dnia 19.11.2009r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2015r., poz. 612, z późn. zm.) – w okresie od dnia 01.11.2015 do dnia 02.11.2015r. – poza kasynem gry, tj. w lokalu bez nazwy znajdującym się w W. przy ul. (...), gry na automatach do gier o nazwach: A. G. nr (...), (...) o nr (...) i (...) o nr (...), które to automaty udostępniały gry o wygrane pieniężne oraz wygrane rzeczowe i gry miały charakter losowy zawierające jednocześnie element losowości, co stanowi naruszenie przepisu art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 w zw. z art. 2 ust 3 i 4 ww. ustawy o grach hazardowych, tj. przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.

przy czym przyjął, że w zakresie przestępstw z pkt 1-4 oskarżony działał każdorazowo w warunkach czynu ciągłego i że stanowią one ciąg przestępstw określony w art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s. i za przestępstwa te wymierzył oskarżonemu karę 4 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem na okres 2 lat tytułem próby, zobowiązując oskarżonego do informowania kuratora o przebiegu okresu próby, a także karę grzywny w wysokości 500 stawek dziennych po 130 zł każda,

5. uczynił (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. ul. (...) w całości posiłkowo odpowiedzialną za karę grzywny orzeczoną wyżej wobec oskarżonego,

6. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa przedmiotów w postaci automatów do gier oraz pieniędzy w kwocie 8.935 zł,

7. zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania w kwocie 2.430 zł i wymierzył mu opłatę w kwocie 120 zł.

Powyższy wyrok pisemną **apelacją** w całości zaskarżył **obrońca oskarżonego**, zarzucając obrazę prawa materialnego w postaci błędnego przypisania oskarżonemu realizacji znamion art. 107 § 1 k.k.s., polegającej na działaniu wbrew przepisom: art. 6 ust. 1 u.g.h., art. 14 ust. 1 u.g.h., poprzez wydanie wyroku skazującego pomimo:

a) bezskuteczności przepisu z art. 14 ust. 1 u.g.h., który jako nienotyfikowany przepis techniczny, w braku przekazania Komisji Europejskiej projektu ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34, nie może być zastosowany wobec jednostek, co stanowi okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną, potwierdzoną wiążącą wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213/11, C-214/11 i C-217/11 (FORTUNA i inni), jak i wcześniejszym wyrokiem z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 (Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej), a następnie wyprowadzenia mocą art. 4 noweli u.g.h., celem umożliwienia dostosowania się do nowej

regulacji prawnej z art. 14 ust. 1 u.g.h., która zastąpiła nieskuteczną z powodu braku jej notyfikacji zgodnie z dyrektywą, treść tego przepisu z tekstu pierwotnego ustawy,

b) braku możliwości wywiązania się z obowiązku rejestracji automatów do gier, zgodnie z art. 23a ust. 1 u.g.h., co wynika wprost z założenia u.g.h., której spójna treść nie przewiduje możliwości funkcjonowania automatów do gier poza kasynem gry (vide: art. 14 ust. 1 u.g.h.) oraz poza koncesją na kasyno gry (vide: art. 6 ust. 1 u.g.h.),

c) braku strony podmiotowej w postaci umyślności oraz oczywistej i usprawiedliwionej nieświadomości tak bezprawności, jak i karalności naruszenia art. 14 ust. 1 u.g.h. w związku z prowadzeniem działalności w tzw. okresie przejściowym wprowadzonym przez art. 4 ustawy nowelizującej, a to ze względu na powszechne przyjmowanie (także przez organy ścigania), że wprowadzony okres przejściowy, odnosi się nie tylko do podmiotów, które prowadziły legalną działalność zgodnie z wymaganiami u.g.h. przed 3 września 2015 r., ale także podmiotami, które prowadziły taką działalność legalnie w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 u.g.h., w związku z wcześniejszym brakiem notyfikacji przepisów technicznych, co uzasadnia przekonanie oskarżonego o legalnie prowadzonej działalności.

Wobec powyższego obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego nie zasługiwała na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że wniesienie środka odwoławczego, niezależnie od jego granic i zakresu, każdorazowo obliuguje Sąd odwoławczy do zbadania ewentualności wystąpienia uchybień, o jakich mowa w art. 439 k.p.k. i 440 k.p.k. w zw. z art. 113§1 k.k.s. W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy nie stwierdził wskazanych tam uchybień, osobnych zarzutów co do ich występowania w procedowaniu Sądu I instancji nie formułował zresztą apelujący.

W następnej kolejności w ramach uwag porządkujących należy wskazać na błędną konstrukcję apelacji. Obrońca bowiem wprost wskazuje, że zarzuca zaskarżonemu orzeczeniu obrazę prawa materialnego. Niewątpliwie taki charakter ma zarzut z pkt 1a, albowiem tutaj obrońca kwestionuje możliwość zastosowania art. 14 ust. 1 u.g.h., w związku z brakiem jego notyfikacji (błędne zastosowanie). Podobnie kwalifikować należy zarzut z pkt 1b, albowiem tutaj obrońca zarzuca błędne zastosowanie art. 23a ust. 1 u.g.h., w sytuacji, w której oskarżony jako podmiot nie posiadający koncesji ani zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach, nie był adresatem obowiązku zarejestrowania eksploatowanych przez siebie automatów. Natomiast zarzut z pkt 1c ma charakter mieszany, nie zaś materialny, jak wskazuje obrońca. Skarżący z jednej strony kwestionuje tutaj ustalenia faktyczne, w postaci przypisania oskarżonemu strony podmiotowej czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s., z drugiej strony zarzuca błędną wykładnię art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, w zakresie wyłączającym z kręgu adresatów tego przepisu tych przedsiębiorców, którzy prowadzili działalność związaną z grami na automatach wbrew obowiązującym przepisom.

Następnie „dla oczyszczenia przedpola” przed właściwym odniesieniem się do zarzutów apelacji, odnosząc się do stanu prawnego w przedmiotowym zakresie stwierdzić należy, że oskarżonego M. W. skazano za działanie wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, tj. art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23 a ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 3 (i jednokrotnie również z ust. 4) tejże ustawy, przy czym przestępstw skarbowych z art. 107 § 1 k.k.s. oskarżony ten miał się dopuścić w okresach: od dnia 3 września 2015 r. do dnia 20 października 2015 r.-pierwszy czyn, od dnia 26 października 2015 r. do dnia 11 stycznia 2016 r.-drugi czyn, od dnia 3 września 2015 r., od dnia 1 marca 2016 r.-trzeci czyn, od dnia 1 listopada 2015 r. do dnia 2 listopada 2015 r.-czwarty czyn. W realiach niniejszej sprawy zastosowanie znajdują zatem przepisy ustawy o grach hazardowych **w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych** (Dz.U.2015.1201), której przepisy weszły w życie w dniu 3 września 2015 r. – art. 8 tejże Ustawy.

Przechodząc zaś wprost do omówienia poszczególnych zarzutów sformułowanych w środku odwoławczym, wskazać należy, co następuje.

Odnosnie zarzutu z **pkt 1a**, należy podkreślić, iż tekst ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych we wskazanym wyżej zakresie, a więc także uwzględniającym obecne brzmienie art. 14 ust. 1 u.g.h., został notyfikowany Komisji Europejskiej w dniu 5 listopada 2014 r. pod numerem 2014/0537/PL zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym zgodnie z § 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039 oraz z 2004 r. Nr 65, poz. 597), które wdraża dyrektywę 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającą procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21.07.1998, str. 37 z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 20, str. 337). Komisja Europejska nie wniosła zastrzeżeń co do notyfikowanej jej Ustawy o zmianie Ustawy o grach hazardowych, o czym będzie mowa jeszcze w dalszej części uzasadnienia, przy okazji omawiania jednej z opinii prawnych stanowiących załączniki do apelacji.

Uwzględniając stan prawny obowiązujący od dnia 3 września 2015 r. należy więc uznać zakaz gier na automatach poza kasynami gier za w pełni skuteczny (art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 14 ust. 1 u.g.h.). Sam wymóg uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry określony w art. 14 ust. 1 u.g.h. powiązany jest z regulacjami ujętymi w rozdziale 5 ustawy o grach hazardowych, które określają warunki, na jakich możliwe jest uzyskanie prawnej zgody na prowadzenie określonej działalności. Natomiast techniczny charakter regulacji, który należy wiązać ze skutkiem w postaci ograniczenia prowadzenia gier na automatach poza kasynami gry, który pociągał za sobą konieczność notyfikacji tej normy, należy wywodzić z regulacji zawartej w art. 14 u.g.h. Nadto wskazać należało, iż obowiązek uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry unormowany jest także w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (art. 46 ust. 1 pkt 7) (Dz.U. Nr 173, poz. 1807 z późniejszymi zmianami).

Należy zgodzić się z twierdzeniami obrońcy, że art. 14 ust. 1 u.g.h., z uwagi na brak jego notyfikacji, był wyłączony ze stosowania **przed dniem 3 września 2015 r.**, kiedy to weszła w życie ustawa nowelizująca u.g.h. Podkreślić jednak należy, że okres przypisanych oskarżonemu przestępstw każdorazowo rozpoczyna się **nie wcześniej niż dnia 3 września 2015 r.**, zatem brak jest jakichkolwiek przeszkód temporalnych dla zastosowania wobec oskarżonego normy z prawidłowo notyfikowanego art. 14 ust. 1 w znowelizowanym brzmieniu. Ponadto wskazać należy, że obok art. 14 ust. 1 u.g.h., oskarżonemu zarzucono również naruszenie art. 6 ust. 1 u.g.h., który to przepis obowiązywał również przed nowelizacją, która weszła w życie dnia 3 września 2015 r. Powyższy pogląd znajduje pełne odzwierciedlenie w uchwale 7 sędziów SN z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 17/16, OSNKW 2017/2/7 w której stwierdzono, że „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 21.07.1998 r., ze zm.), **wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. 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. Natomiast art. 6 ust. 1 tej ustawy mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s.**, o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony”.

W powołanej uchwale wskazano, że **jak wynika z wyroku TSUE z dnia 13 października 2016 r., sygn. akt C-303/15, w świetle 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.U.UE.L. 1998.204.37 (art. 10 dyrektywy 2015/1535), zastąpionej w międzyczasie dyrektywą (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiającą procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (ujednoczenie - Dz.U.UE.L.2015.241.1, opublikowany dnia 17 września 2015 r., por. art. 11 tej

dyrektywy), mających w przedmiotowym zakresie tożsame brzmienie, **art. 6 ust. 1 u.g.h. nie wchodzi w zakres pojęcia „przepisów technicznych” podlegających obowiązkowi zgłoszenia (notyfikacji), którego naruszenie jest poddane sankcji w postaci braku możliwości stosowania takiego przepisu.** Na marginesie wskazać należy, że choć dyrektywa 98/34/WE nie obowiązuje już, to dalsze uwagi, z racji wypracowania bogatego orzecznictwa na gruncie tej regulacji, będą się do niej odnosić, ponieważ jej brzmienie tożsame jest z obecnie obowiązującą dyrektywą (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r.

Sąd Okręgowy uznając, że w tak skomplikowanej jak przedmiotowa materii nie należy poprzestawać na bezkrytycznym przytaczaniu orzecznictwa, nawet jeśli zostało ono wydane przez najwyższe instancje sądownictwa krajowego czy europejskiego, za celowe uznaje dokonanie bardziej szczegółowej oceny argumentacji zawartej w tym orzecznictwie. Zatem wskazać należy, że na uzasadnienie rozstrzygnięcia w sprawie C-303/15 TSUE przedstawił następującą argumentację. Wpierw wskazał, że pojęcie „przepisów technicznych”, zdefiniowane w art. 1 pkt 11 dyrektywy nr 98/34/WE „obejmuje cztery kategorie środków, to znaczy, po pierwsze, 'specyfikację techniczną' w rozumieniu art. 1 pkt 3 dyrektywy 98/34, po drugie, 'inne wymagania' zdefiniowane w art. 1 pkt 4 tej dyrektywy, po trzecie, 'zasady dotyczące usług', o których mowa w art. 1 pkt 5 wskazanej dyrektywy, oraz, po czwarte, 'przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne państw członkowskich zakazujące produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu i stosowania produktu lub **zakazujące świadczenia bądź korzystania z usługi lub podejmowania działalności jako dostawca usług**' w rozumieniu art. 1 pkt 11 tej samej dyrektywy (zob. wyrok z dnia 4 lutego 2016 r., Ince, C-336/14, EU:C:2016:72, pkt 70)”. Następnie, TSUE stwierdził, „iż po pierwsze, należy przypomnieć, że **pojęcie 'specyfikacji technicznej' zakłada, że krajowy przepis nieuchronnie odnosi się do produktu lub jego opakowania jako takich, a zatem ustala jedną z wymaganych cech produktu**. Jeżeli natomiast przepis krajowy ustanawia **warunki zakładania przedsiębiorstw, takie jak na przykład przepisy poddające wykonywanie jakiejś działalności zawodowej uprzedniemu uzyskaniu zezwolenia, to warunki te nie stanowią specyfikacji technicznych** (zob. podobnie wyrok z dnia 21 kwietnia 2005 r., Lindberg, C-267/03, EU:C:2005:246, pkt 57, 59 i przytoczone tam orzecznictwo).” TSUE zauważył też, że „**przepisy krajowe, aby można było je uznać za 'inne wymagania' w rozumieniu art. 1 pkt 4 dyrektywy 98/34, muszą ustanawiać 'warunki' determinujące w sposób istotny skład, właściwości lub sprzedaż** analizowanego produktu (zob. podobnie wyrok z dnia 19 lipca 2012 r., Fortuna i in., C-213/11, C-214/11 i C-217/11, EU:C:2012:495, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo).” Następnie TSUE zaznaczył, że **pojęcie 'przepisów technicznych', o którym mowa w art. 1 pkt 5 dyrektywy 98/34, obejmuje jedynie zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego**, czyli wszystkich usług świadczonych na odległość drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r., Mediakabel, C-89/04, EU:C:2005:348, pkt 19).

Po dokonaniu powyższych zastrzeżeń, logiczne są dalsze wywody TSUE, że „**takie przepisy, które uzależniają prowadzenie działalności w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie stanowią 'przepisów technicznych' w rozumieniu art. 1 pkt 3 dyrektywy 98/34, ponieważ nie odnoszą się one do produktu lub do jego opakowania** jako takich i nie określają wymaganych cech produktu. Następnie przepisy te nie zaliczają się do kategorii 'zasad dotyczących usług' społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 pkt 5 dyrektywy 98/34, ponieważ nie dotyczą 'usług społeczeństwa informacyjnego' w rozumieniu art. 1 pkt 2 tej dyrektywy.”

Dalej, TSUE wskazał, że „w celu ustalenia, czy art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych mieści **się w zakresie stosowania albo art. 1 pkt 4** dyrektywy 98/34 albo art. 1 pkt 11 tej dyrektywy, **należy zbadać, czy takie przepisy mogą mieć istotny wpływ na skład lub rodzaj produktu lub jego sprzedaż**, w niniejszej sprawie automatów do gry, jako 'warunki' dotyczące stosowania danego produktu **albo czy chodzi o przepisy krajowe należące do kategorii zakazów, o których mowa w art. 1 pkt 11** tej dyrektywy.”. TSUE słusznie wskazuje na różnicę między art. 6 ust. 1, a art. 14 ust. 1 u.g.h., stwierdzając, iż na przeszkodzie uznaniu pierwszego z tych przepisów za „przepis techniczny” w zw. z art. 1 pkt 4 ww. dyrektywy stoi okoliczność, że dotyczy on zezwolenia na **prowadzenie działalności** polegającej na organizowaniu gier, nie dotyczy zaś **składu lub rodzaju produktu**.

I na koniec, TSUE trafnie zauważa, że **wymóg uzyskania zezwolenia na prowadzenie jakiegokolwiek działania**, o czym traktuje art. 6 ust. 1 u.g.h., nie jest równoznaczny z istnieniem **zakazu z kategorii, o których mowa w art. 11 pkt 1 ww. dyrektywy**.

Na koniec TSUE konkluduje, że „**należy zatem stwierdzić, że przepis taki jak art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, nie stanowi 'przepisu technicznego' w rozumieniu dyrektywy 98/34.**” Zarówno argumentację przedstawioną przez TSUE, jak i końcową konkluzję uznać należy za spójne i przekonujące.

Obrońcy nie udało się podjąć skutecznej polemiki z treścią uzasadnienia w sprawie C-303/15. Za zupełnie nietrafny należy uznać pogląd obrońcy, że skoro w ww. uzasadnieniu wskazano na techniczny charakter przepisu art. 14 ust. 1 u.g.h., to przemawia to za przypisaniem takiego charakteru również art. 6 ust. 1 u.g.h., skoro powszechnie interpretowano go jako przepis tożsamy z art. 14 ust. 1 u.g.h. Przede wszystkim, przepisu tego nie interpretowano jako „tożsamego” z art. 14 ust. 1 u.g.h., gdyż założenie tożsamości obu przepisów byłoby pogwałceniem zakazu wykładni per non est (zob. A. Bielska-Brodziak, Interpretacja tekstu prawnego na podstawie orzecznictwa podatkowego, Warszawa 2009, s. 71), ponadto w samym uzasadnieniu w sprawie C-305/15 wskazano na odmienny charakter tych przepisów, trafnie krytykując stanowisko zaprezentowane w toku postępowania przez Komisję Europejską. Za błędne należy uznać stanowisko obrońcy, jakoby dotychczas w orzecznictwie dominował pogląd o technicznym charakterze art. 6 ust. 1 u.g.h. Wskazać bowiem należy nie tylko na wspomnianą już uchwałę sygn. akt I KZP 17/16, ale również **na wyrok SN z dnia 24 marca 2017 r., sygn. akt V KK 27/17, LEX nr 2261755, gdzie wprost wskazano, że „przepis art. 6 ust. 1 u.g.h. nie miał charakteru technicznego”, czy wyrok SN z dnia 16 lutego 2017 r., sygn. akt II KK 342/16, LEX nr 2241387, w którym stwierdzono, iż „sądy były w pełni legitymowane do stosowania art. 6 ust. 1 u.g.h., jako dopełniającego dyspozycję art. 107 § 1 k.k.s.”.**

W tym kontekście za nietrafne należy uznać stanowisko SN, na które powołuje się obrońca, zaprezentowane w postanowieniu z dnia 27 listopada 2014 r., II KK 55/14, LEX nr 1583503, że przepisy u.g.h., w szczególności art. 14 ust. 1 oraz art. 6 tej ustawy, to "przepisy techniczne" w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE. Należy wskazać, że jak wynika z uzasadnienia ww. postanowienia, SN do powyższego wniosku doszedł na podstawie lektury uzasadnienia wyroku TSUE z dnia 19 lipca 2012 r. (połączone sprawy C 213/11, C 214/11 i C 217/11, a nie C 213/12, C-214/12 i C 217/12 jak błędnie wskazał SN). Jednakże uważna lektura tego uzasadnienia wyroku TSUE nie daje podstaw do sformułowania wniosku prezentowanego przez SN w omawianym postanowieniu. TSUE wprost bowiem wskazał, 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 **potencjalnie '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, w wypadku ustalenia, iż przepisy te wprowadzają warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów. **Dokonanie tego ustalenia należy do sądu krajowego.**” Tym samym w omawianym rozstrzygnięciu TSUE nie rozstrzygnął definitywnie charakteru art. 6 ust. 1 u.g.h. jako przepisu technicznego, wskazując jedynie na potencjalną możliwość takiego charakteru tej regulacji, zastrzegając przy tym rozstrzygnięcie tej kwestii dla sądów krajowych, w myśl samodzielności jurysdykcyjnej. Przeciwnie zapatrywanie SN, polegające na zbagatelizowaniu określenia „potencjalnie” i powołanie się w tej mierze na bliżej nieokreślone poglądy doktryny, nie może więc zasługiwać na aprobatę. Tym samym, nawet gdyby pominąć wskazaną już wyżej trafną argumentację w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie C-303/15, skoro Sąd Rejonowy w niniejszej sprawie nie uznał art. 6 ust. 1 u.g.h. za przepis techniczny, to nie było przeszkód, aby go zastosować. Takie zresztą zapatrywanie zostało zaprezentowane w postanowieniu SN z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. akt I KZP 15/13, LEX nr OSNKW 2013/12/101, więc tym bardziej orzeczenie w sprawie o sygn. akt II KK 55/14 jest nietrafne.

Zupełnie bezzasadne jest powoływanie się przez obrońcę na postanowienie SN z dnia 14 października 2015 r., sygn. akt I KZP 10/15 w ramach argumentacji za technicznym charakterem art. 6 ust. 1 u.g.h. W samej sentencji tego postanowienia wskazano bowiem, że SN rozpoznając zagadnienie prawne o treści: "Czy przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych -dalej «ustawy o grach hazardowych» (Dz.U. z 2015 r. poz. 612) w zakresie gier na automatach, ograniczające możliwość ich prowadzenia jedynie na podstawie

udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna, są przepisami technicznymi w rozumieniu art. 1 pkt 11 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 21.07.1998 r., ze zm.), a jeżeli tak to, czy wobec faktu nienotyfikowania tych przepisów Komisji Europejskiej, sądy 1 karne w sprawach o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. uprawnione są, w oparciu o art. 91 ust. 3 Konstytucji, do odmowy ich stosowania jako niezgodnych z prawem unijnym?”, **postanowił zawiesić postępowanie do czasu wydania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzeczenia w sprawie C-303/15.** Jak wskazano powyżej, w orzeczeniu tym TSUE wprost wskazał, że art. 6 ust. 1 u.g.h. nie stanowi przepisu technicznego.

Tym samym nie może budzić wątpliwości, że **zarówno art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 u.g.h. (w brzmieniu od 3 września 2015 r., już jako prawidłowo notyfikowany jeszcze w 2014 r.), znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie, ponieważ początkowa data przypisanego oskarżonemu przestępstwu to właśnie dzień 3 września 2015 r.**

Swoistym nieporozumieniem jest również twierdzenie, że oskarżony działał w ramach błędu co do kontratypu. Obrońca w żaden sposób nie wyjaśnia, na jakiej podstawie twierdzi, że w sprawie zaistniały okoliczności z art. 10 § 3 k.k.s. i jakie to miałyby być okoliczności. Za zupełnie chybione należy uznać również sugestie obrońcy, że w sprawie mogło dojść po stronie oskarżonego do błędu co do prawa, w postaci nieświadomości niekaralności czynu, o czym mowa w art. 10 § 4 k.k.s. Oskarżony, jako osoba, która występowała w tym procesowym charakterze wielokrotnie przed sądami polskimi, a przy tym prowadząca profesjonalną działalność gospodarczą w zakresie prowadzenia gier hazardowych i wielokrotnie stykająca się z działaniami aparatu celno-podatkowego badającego legalność prowadzonej przez niego działalności, z pewnością jest doskonale zorientowany co do faktu istnienia art. 107 § 1 k.k.s. oraz jego brzmienia. Natomiast tylko nieświadomość co do kryminalizacji danej kategorii czynów na gruncie k.k.s. może prowadzić do wyłączenia winy na gruncie art. 10 § 4 k.k.s. Nawet gdyby (co jednoznacznie wykluczono) oskarżony nie miał świadomości kryminalizacji znamion zachowania w oparciu o art. 107 § 1 k.k.s., to nie sposób byłoby uznać jego błąd za usprawiedliwiony, a tylko istnienie takiej usprawiedliwionej przyczyny nieświadomości prowadzić może do ekskulacji sprawcy na gruncie art. 10 § 4 k.k.s. Należy domyślić się, że obrońcy w istocie chodzi o to, że oskarżony był nieświadomy, że prowadzi swoją działalność wbrew przepisom ustawy. Jednakże nieświadomość co do treści przepisów ustawy, o której mowa w art. 10 § 1 k.k.s., jak słusznie zresztą wskazał Sąd Rejonowy, choć za przedmiot ma wycinek obszaru normatywnego, zaliczyć należy do błędu co do faktu, albowiem ustalenie, że sprawca czynu z art. 107 § 1 k.k.s. działał wbrew przepisom jakiejś określonej ustawy należy do ustaleń faktycznych, zaś „przepisy ustawy” każdorazowo oznaczają regulację inną niż k.k.s. Powyższa, trzeba przyznać nieintuicyjna konstatacja, wynika z blankietowego charakteru przepisów k.k.s., które odsyłają do innych regulacji z obszaru prawa podatkowego, finansowego, czy administracyjnego.

Zatem rozważania wymaga, czy rzeczywiście oskarżony mógł nie wiedzieć, że swoją działalność prowadzi wbrew przepisom ustawy, o czym mowa w art. 107 § 1 k.k.s.? Gdyby bowiem tak było, to oskarżony działałby co najmniej nieumyślnie, zaś art. 107 § 1 k.k.s., jak dalsze jednostki redakcyjne tego przepisu, nie przewiduje nieumyślnej postaci określonego tam przedmiotowo czynu, tym samym oskarżony nie popełniłby czynu zabronionego z tego przepisu. Zgodzić się również należy z twierdzeniem, że świadomość sprawcy co do istnienia kompletu znamion czynu zabronionego urzeczywistniających się w jego zachowaniu nie może być przedmiotem domniemania. Każdorazowo sąd powinien określić, na jakiej konkretnie podstawie twierdzi, że przedmiotowe znamiona czynu zabronionego znajdowały odzwierciedlenie w świadomości sprawcy.

W niniejszej sprawie przeciwko podważeniu świadomości oskarżonego co do bezprawności swojego działania nie może przemawiać akcentowany w apelacji fakt istnienia w orzecznictwie pewnych rozbieżności co do traktowania art. 6 ust. 1 u.g.h. i art. 14 ust. 1 u.g.h. jako przepisów technicznych, co dla osób prowadzących działalność z obszaru gier hazardowych mogło być mylące. Należy bowiem mieć na względzie, że jak już wskazano powyżej, okres przypisanych oskarżonemu przestępstw rozpoczyna się 3 września 2015 r., kiedy to w życie wszedł znowelizowany art. 14 ust. 1 u.g.h., który był notyfikowany Komisji Europejskiej jako przepis techniczny. Oskarżony, jako przedsiębiorca z branży gier

hazardowych, musiał doskonale orientować się w szczegółach zmian związanych z notyfikacją, miał więc świadomość, że w dniu 3 września 2015 wchodzi w życie art. 14 ust. 1 u.g.h., co do którego nie można było mieć żadnych wątpliwości, że jest przepisem prawidłowo notyfikowanym, a tym samym obowiązującym. Pomimo tego, oskarżony nie zaniechał swojej działalności, zatem miał pełną świadomość naruszenia art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 14 ust. 1 u.g.h. Tym samym oskarżony umyślnie wypełnił znamiona określone w pierwszym z tych przepisów, albowiem świadomość oskarżonego jako profesjonalnego podmiotu co do znamienia „prowadzenia gry na automacie” również nie budzi wątpliwości, zaś obrońca w żaden sposób nie podważał ustalenia co do świadomości oskarżonego w tym zakresie. W świetle zaś przedstawionych wcześniej rozważań nie można też skutecznie wywodzić, jakoby oskarżony mógł mieć jakiegokolwiek uzasadnione wątpliwości co do obowiązywania przepisu art. 6 ust. 1 u.g.h.

Odnosząc się następnie do **pkt 1b** apelacji wskazać należy, że przepis art. 23a ust. 1 w brzmieniu z inkryminowanego okresu jako warunki eksploatacji m.in. automatów do gier określał: 1. posiadanie koncesji lub zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie automatów do gier lub wykonywanie monopolu państwowego; 2. zarejestrowanie automatów przez naczelnika urzędu skarbowego. Zatem z przepisu tego wynikały dwa obowiązki-pierwszy (z wyłączeniem monopolu państwowego) dotyczy uzyskania koncesji lub zezwolenia przez zainteresowany podmiot, a drugi dotyczy zarejestrowania takich automatów. Przy tym obecne brzmienie tego przepisu nie różni się na gruncie niniejszej sprawy w sposób istotny od ww. dawnego jego brzmienia. Brak jest jakichkolwiek wskazań pozwalających twierdzić, że brak uzyskania zezwolenia, czy koncesji zwalnia z obowiązku złożenia wniosku o zarejestrowanie automatów. Obowiązki te są od siebie niezależne. Oskarżony, prowadząc swoją działalność w zakresie automatów do gier, nie uzyskał ani koncesji, czy zezwolenia ani też nie podjął próby zarejestrowania użytkowanych przez siebie automatów.

Tym samym zakwalifikowanie przypisanych oskarżonemu czynów również z art. 23a ust. 1 u.g.h. jest konieczne dla oddania pełnej kryminalnej zawartości przypisanych mu przestępstw. W tej mierze polemika obrońcy nie mogła być skuteczna. Po pierwsze wskazać należy, że **§ 1 ust. 1 pkt 1** rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 9 marca 2012 r. w sprawie szczegółowych warunków rejestracji i eksploatacji automatów i urządzeń do gier stanowił, iż **warunkiem rejestracji** automatu lub urządzenia do gier jest złożenie do właściwego **naczelnika urzędu celno-skarbowego przez podmiot posiadający koncesję lub zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gier losowych lub gier na automatach** oraz podmiot wykonujący monopol państwa m.in. **kopii koncesji lub zezwolenia**. Oznacza to, że oskarżony nie był adresatem generalno-abstrakcyjnej normy wyrażonej w tym przepisie, **ponieważ przepis ten adresowany był do naczelnika urzędu celnego (celno-skarbowego)**. Nie sposób więc z przepisu tego wywodzić, że oskarżony nie był w stanie spełnić obowiązku przedłożenia kopii koncesji lub zezwolenia i z tego powodu działania tego zaniechał, skoro **taki obowiązek dla oskarżonego mógłby pojawić się dopiero w postaci normy indywidualno-konkretnej**, zawartej w wydanym w trybie art. 64 § 2 k.p.a. postanowieniu naczelnika urzędu skarbowego o wezwaniu do uzupełnienia brakującej dokumentacji w postaci ww. kopii, wydanym w reakcji na złożenie przez oskarżonego wniosku o rejestrację automatów do gier. Nadto, nie sposób podzielić argumentacji, jakoby przed złożeniem ww. wniosku powstrzymywała oskarżonego niewiedza co do organu właściwego dla jego rozpoznania, skoro w myśl art. 65 § 1-2 k.p.a. w razie wniesienia pisma do organu niewłaściwego, przekazuje on to pismo organowi właściwemu, zaś pismo takie uznaje się za wniesione w terminie, jeśli nie upłynął on przed jego wniesieniem do organu niewłaściwego. Jest to spore ułatwienie dla strony, która nie ponosi w takim przypadku negatywnych skutków niewiedzy co do właściwości organu.

Odnosnie **pkt 1c** wpieryw należy wskazać, że istotnie ustawa z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych w art. 4 przewidywała okres przejściowy, polegający na tym, że zmiany w niej zawarte będą odnosić skutek dopiero od dnia 1 lipca 2016 r. Dotyczyło to jednak jedynie podmiotów działających legalnie, co potwierdzono wielokrotnie w orzecznictwie. W postanowieniu SN z dnia 28 kwietnia 2016 r., sygn. akt I KZP 1/16, OSNKW 2016/6/36, stwierdzono, że „przepis art. 4 ustawy z 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1201) dotyczy wyłącznie podmiotów, które prowadziły taką działalność zgodnie z ustawą o grach hazardowych w brzmieniu sprzed dnia 3 września 2015 r. (na podstawie koncesji albo zezwolenia).” W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia SN przeprowadził głęboką analizę treści tak art. 4 ustawy nowelizującej, jak i art. 6 ust. 1 u.g.h.,

dochodząc do wniosku, że skoro krąg adresatów art. 4 ustawy nowelizującej został określony poprzez odesłanie do art. 6 ust. 1 u.g.h., to okresem przejściowym objęte są wyłącznie podmioty, które obejmuje zakres tego ostatniego przepisu. Wskazał nadto, że wynik wykładni językowej poparty jest wykładnią celowościową, skoro celem prawodawcy było zapewnienie okresu dostosowawczego podmiotom działającym legalnie, zaś „premiowanie” działalności bezprawnej, co oznaczałoby de facto rezygnację z regulowania rynku gier hazardowych w tymże okresie przejściowym, byłoby nieuzasadnione.

Z takim zapatrywaniem SN należy się zgodzić, zaś argumenty podniesione przez obrońcę okazały się bezzasadne. Rzecz sprowadza się do weryfikacji, czy w zakres działalności gospodarczej określonej w art. 6 ust. 1 u.g.h. wchodzi również wymóg dla tej działalności, polegający na jej prowadzeniu w oparciu o koncesję.

Obrońca w swej apelacji wskazuje na konieczność rozróżnienia rodzaju działalności (co wchodzi w pojęcie „zakres”) od warunków jej prowadzenia. W szczególności zaś argumentuje, że w art. 6 ust. 1 u.g.h. jest mowa o działalności w „zakresie [...] gier na automatach”, która może być prowadzona „na podstawie udzielonej koncesji”. Z tego brzmienia obrońca wywodzi, że „zakres”, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.g.h. odnosi się do samej „działalności”, nie zaś „działalności na podstawie koncesji”. Z twierdzeniem takim należy się zgodzić, co jednak nie oznacza przyznania obrońcy racji co do całości wyводу. Otóż, pojęcie „zakresu”, którego użyto w art. 4 ustawy nowelizacyjnej, nie jest tożsame z pojęciem „zakresu” użytego w art. 6 ust. 1 u.g.h. W art. 6 ust. 1 u.g.h. pojęcie „zakres” odnosi się do określonej czynności (gier na automatach), natomiast w art. 4 ustawy nowelizującej mowa jest o działalności „w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 u.g.h.”. **Zatem art. 4 ustawy nowelizującej odnosi się m.in. do całościowego brzmienia art. 6 ust. 1 u.g.h., nie zaś do wybranych fragmentów tego przepisu, dotyczących jedynie rodzaju prowadzonej działalności.** Natomiast całościowe brzmienie art. 6 ust. 1 u.g.h. traktuje o działalności w zakresie m.in. gier na automatach prowadzonej **na podstawie uzyskanej koncesji na kasyno do gry.** Innymi słowy, **w zakres działalności, o jakiej mowa w art. 6 ust. 1 u.g.h., wchodzi działalność w zakresie m.in. gier na automatach, ale nie jakakolwiek, a jedynie prowadzona na podstawie uzyskanej koncesji na kasyno do gry.** Tym samym językowa wykładnia art. 4 ustawy nowelizującej prowadzi do wniosku o tym, że okres przejściowy, o którym traktuje ww. przepis, dotyczył wyłącznie podmiotów, które w dniu wejścia w życie nowelizacji prowadziły legalną działalność w oparciu o art. 6 ust. 1-3 u.g.h., a takim podmiotem nie był oskarżony, który nie uzyskał koncesji na kasyno gry.

Argumentując dalej, obrońca powołuje się na brzmienie art. 7a, art. 11 i art. 12 u.g.h., jednak brzmienie tych przepisów dowodzi jedynie, że również w nich prawodawca zdecydował się użyć pojęcia „działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1-3”, co nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Istotnym natomiast (aczkolwiek również nietrafnym) argumentem jest brzmienie art. 34a u.g.h. Obrońca wskazuje, że w przepisie tym prawodawca użył pojęcia koncesji i zezwolenia poza pojęciem działalności w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1-3, co miałoby jego zdaniem dowodzić, że w ramach tego ostatniego pojęcia nie mieszczą się pojęcia koncesji i zezwolenia. Tak jednak nie jest, czego dowodzi **proste zastąpienie frazy „o którym mowa w art. 6 ust. 1-3” treścią tych przepisów. Wtedy to art. 34a u.g.h. in principio brzmiałby: „o koncesję lub zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie: gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości i gier na automatach wymagających koncesji na kasyno gry, z zastrzeżeniem art. 5 ust. 1 i 1b oraz art. 6a ust. 2, gier bingo pieniężne wymagających zezwolenia na prowadzenie salonu gry bingo pieniężne, zakładów wzajemnych wyłącznie w punktach przyjmowania zakładów wzajemnych albo przez sieć Internet, wymagających uzyskania zezwolenia na urządzenie zakładów wzajemnych, mogą się ubiegać wyłącznie spółki, które udokumentują zgodność działania spółki z właściwymi przepisami [...]”.** Tak sformułowany przepis brzmi sztucznie i jest niekomunikatywny, z tego też względu zapewne prawodawca sformułował go z wykorzystaniem odwołania do treści art. 6 ust. 1-3 u.g.h., zamiast wprost przytaczać treść art. 6 ust. 1-3 u.g.h, jak w powyższym przykładzie. Istotne jest jednak to, że przepis art., 34a u.g.h. przy bezpośrednim przytoczeniu treści art. 6 ust. 1-3 u.g.h. byłby logicznie poprawny, co prowadzi do wniosku, że wbrew twierdzeniom obrońcy użycie w art. 34a u.g.h. pojęć „koncesji” i „zezwoenia” obok pojęcia „działalności w zakresie, o którym mowa w

art. 6 ust. 1-3 u.g.h.” nie oznacza, że w przedmiotowe ramy pojęcia działalności określonej w art. 6 ust. 1-3 u.g.h. nie wchodzi działanie na podstawie zezwolenia lub koncesji, a jest to jedynie warunek takiej działalności.

Również nie sposób podzielić argumentacji obrońcy odwołującego się do poglądu TSUE o obowiązku krajowego prawodawcy w zakresie wyznaczenia wystarczająco długiego okresu przejściowego dla przedsiębiorców, w sytuacji zmiany warunków wykonywania ich działalności. Jest oczywiste, że stanowisko TSUE odnosi się do legalnie działających przedsiębiorców, nie ma bowiem żadnej racji, która nakazywałaby rozciąganie swoistego „ parasola ochronnego”, jakim w technice legislacyjnej są okresy przejściowe, również na podmioty działające nielegalnie, a więc z istoty rzeczy niezasługujące na ochronę swojej działalności.

Powyższa konstatacja, jest-jak widać-wynikiem dość skomplikowanych zabiegów wykładniczych, wymagających specyficznych kompetencji językowych. Trudno przy tym wymagać od osoby nie będącej prawnikiem, aby takimi kompetencjami dysponowała. **Niemniej istotne jest to, że rezultat powyższej skomplikowanej wykładni jest jednak tożsamy z dosłownym, intuicyjnym wręcz rozumieniem art. 4 nowelizacji u.g.h., które to rozumienie jest dostępne każdej dorosłej, piśmiennej osobie. Już bowiem na pierwszy rzut oka widać, że skoro art. 4 nowelizacji u.g.h. odwołuje się do treści art. 6 ust. 1 u.g.h., to dotyczy działalności określonej w tym właśnie przepisie, tj. działalności legalnej, na podstawie koncesji.** Oskarżony koncesją taką nie dysponował i musiał rozumieć, że art. 4 nowelizacji u.g.h. go nie dotyczy, tym samym świadom był swojego działania wbrew przepisom ustawy.

Dla – jak należy domniemywać – wsparcia użytej w środku odwoławczym argumentacji, obrońca powołał się na 2 opinie prawne dołączone do apelacji. Wypada w związku z tym zauważyć, iż po pierwsze, nie są to oczywiście opinie w znaczeniu procesowym, bowiem to nie organ procesowy powołał autorów do sporządzenia opinii, a zresztą nie przeprowadza się dowodu na okoliczność prawa – prawo zna bowiem sąd. Trudno też traktować te załączniki jako swego rodzaju uzupełnienie apelacji, bowiem apelację sporządza strona lub jej pełnomocnik, a nie podmiot zewnętrzny. Wreszcie opinii tych nie można traktować jako dokumentów, które usprawiedliwiały przekonanie oskarżonego o braku bezprawności jego działań, gdyż sporządzone one zostały już po popełnieniu przez oskarżonego zarzucanych mu przestępstw. Zastrzeżenia te właściwie zwalniają Sąd Okręgowy od potrzeby odnoszenia się do tych dokumentów, jednak mimo to za celowe uznaje przedstawienie kilku uwag w związku z ich treścią.

Jeśli chodzi o przytoczoną przez obrońcę opinię prof. dr hab. W. C. oraz prof. dr hab. J. H., datowaną na 30 czerwca 2016 r., to już data opinii wskazuje, że nie odniesiono się w niej tak do orzeczenia TSUE C-303/15, jak i uchwały 7 sędziów SN, I KZP 17/16, co czyni uwagi w niej zawarte mocno zubożałymi. Jednakowo zauważyć należy, że w przedmiotowej opinii nie zawarto żadnej istotnej nowej argumentacji prawniczej, której nie podniesiono w uzasadnieniu apelacji, w związku z czym uwagi zawarte w niniejszym uzasadnieniu odnoszą się również do treści ww. opinii.

Jeśli chodzi natomiast o opinię dr hab. A. A., datowaną na 10 listopada 2016 r., to w odróżnieniu od opinii prof. C. i prof. J.-H., ta opinia zawiera 2 istotne argumenty, do których należy się odnieść.

Po pierwsze, brak jest podstaw do przypuszczenia, że art. 14 ust. 1 u.g.h. został nieprawidłowo notyfikowany Komisji Europejskiej, co było już sygnalizowane we wcześniejszym fragmencie uzasadnienia. Jak zauważyła sama opiniodawczyni, projekt całej nowelizacji u.g.h. wchodzącej w życie w dniu 3 września 2015 r. został notyfikowany KE, w tym art. 14 ust. 1 u.g.h. w nowym brzmieniu. Brak jest więc podstaw do twierdzenia, że przepis ten należało notyfikować w jakimś odrębnym piśmie. Ponadto, zgodnie z art. 8 ust.2 dyrektywy WE/98/34, KE mogła zgłaszać uwagi odnośnie notyfikowanych przepisów. W niniejszej sprawie KE nie zgłosiła żadnych uwag, które nie zostałyby uwzględnione w trybie art. 8 ust. 2 tej dyrektywy.

Po drugie, należy mieć na względzie, że jak wskazuje sama opiniodawczyni, wskazane orzeczenie TSUE przepisy dotyczące zezwoleń wskazuje jedynie jako przykład przepisów ograniczających świadczenie usług. Nie ulega wątpliwości, że innym przykładem takich przepisów są przepisy ustanawiające wymóg koncesji.

Na marginesie tylko zauważyć wypada, iż nawet gdyby oskarżony dysponował treścią przedmiotowych opinii (czy innych opinii zbieżnych z nimi) jeszcze przed podjęciem działalności opisanej w zarzutach, to i tak nie można by na tej podstawie przyjmować, że znajdował się on w usprawiedliwionym błędzie co do bezprawności czy karalności danego zachowania. Zgodnie z art. 83 Konstytucji RP każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej, a prawo to właśnie m. in. ustawy (art. 87 ust. 1 Konstytucji). Oczywiście ustawy mogą zawierać błędy, jednak tryb eliminacji tych błędów jest także określony prawnie. Dopóki Trybunał Konstytucyjny w sposób generalny lub też sądy w konkretnych przypadkach nie zakwestionują legalności (konstytucyjności) określonych rozwiązań ustawowych, korzystają one z domniemania zgodności z ustawą zasadniczą i jako takie wiążą obywateli mimo choćby najbardziej krytycznych uwag zgłaszanych np. przez przedstawicieli nauki prawa. W przeciwnym wypadku powstałby stan anarchii, w którym każdy obywatel z powołaniem się na poglądy wygłaszane przez różnorakie autorytety mógłby uchylać się od stosowania prawa powszechnie obowiązującego, co jest oczywiście niedopuszczalne w państwie prawa. Konstytucja w art. 77-80 gwarantuje obywatelom konkretne środki ochrony ich praw, w tym prawo do skargi konstytucyjnej i tylko w tych ramach mogą oni doprowadzić do podważenia domniemania konstytucyjności rozwiązań przyjętych w konkretnych aktach prawnych. Prywatne opinie, choćby sporządzone przez uznane autorytety prawnicze, same w sobie nie mogą być usprawiedliwieniem niestosowania się przez obywateli do obowiązującego prawa.

Reasumując, ustalenia Sądu Rejonowego co do strony przedmiotowej przestępstw skarbowych przypisanych oskarżonemu, jak i kwestii jego zawinięcia odnośnie tych przestępstw, są prawidłowe i nie zostały skutecznie podważone we wniesionym środku odwoławczym.

Następnie-choć nie było to przedmiotem zarzutu-należało rozważyć ewentualną nadmierną surowość wymierzonych kar i przypadków. Z uwagi na brzmienie art. 113 § 1 k.k.s. w pełni aktualne pozostają tu uwagi dotyczące tej materii, sformułowane na gruncie spraw toczących się w oparciu o k.p.k. Przypomnieć zatem trzeba, iż w orzecznictwie trafnie podkreśla się, że **zarzut rażącej niewspółmierności** kary (co dotyczy również przypadku), jako zarzut z kategorii ocen, można zasadnie podnosić wówczas, gdy „kara, jakkolwiek mieści się w granicach ustawowego zagrożenia, nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i osobowości sprawcy, innymi słowy - gdy w społecznym odczuciu jest karą niesprawiedliwą” (wyrok SN z dnia 11 kwietnia 1985 r., V KRN 178/85, OSNKW 1985, nr 7-8, poz. 60). Niewspółmierność zachodzi zatem wówczas, gdy suma zastosowanych kar i innych środków, wymierzonych za przypisane przestępstwo, nie odzwierciedla należyte stopnia szkodliwości społecznej czynu i nie uwzględnia w wystarczającej mierze celów kary (wyrok SN z dnia 30 listopada 1990 r., Wr 363/90, OSNKW 1991, nr 7-9, poz. 39). Nie chodzi przy tym o każdą ewentualną różnicę co do jej wymiaru, ale o „różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać można byłoby - również w potocznym znaczeniu tego słowa - "rażąco" niewspółmierną, to jest niewspółmierną w stopniu nie dającym się wręcz zaakceptować” (wyrok SN z dnia 2 lutego 1995 r., II KRN 198/94, LEX nr 20739). Chodzi natomiast o „znaczną, wyraźną i oczywistą, a więc niedającą się zaakceptować dysproporcję między karą wymierzoną a karą sprawiedliwą (zasłużoną)” (zob. wyrok SN z dnia 22 października 2007 r., SNO 75/07, LEX nr 569073) czy jeszcze inaczej taką, której dysproporcja jest wyraźna, bijąca w oczy czy osłepiająca (zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 28 maja 2010 r., II AKa 82/10, LEX nr 621421).

W realiach niniejszej sprawy w związku z tym stwierdzić wypada, iż Sąd Rejonowy przy ferowaniu kar oskarżonemu odwołał się do ustawowych dyrektyw jej wymiaru oraz ustalił katalog okoliczności zarówno obciążających, jak i łagodzących w odniesieniu do oskarżonego. Wskazał również na zasadność wymierzenia oskarżonemu przypadku. Apelacja nie zawiera żadnych zarzutów pod adresem kompletności tego katalogu czy też zasadności przyjęcia poszczególnych okoliczności przez Sąd I instancji. Tym samym kara 4 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem na okres 2 lat tytułem próby ze zobowiązaniem oskarżonego do informowania kuratora o przebiegu okresu próby, a także kara grzywny w wysokości 500 stawek dziennych po 130 zł każda oraz przypadek automatów do gry i kwoty pieniędzy stanowią trafną prawnokarną reakcją na inkryminowane czyny i nie ma żadnych powodów,

by je w jakikolwiek sposób łagodzić w postępowaniu odwoławczym. Tylko bowiem taka reakcja może być uznana za adekwatną do zawinienia M. W. i społecznej szkodliwości jego czynów, tylko takie oddziaływanie zapewnia też należyłą realizację dyrektyw wymiaru kary.

Mając to wszystko na uwadze, Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do uchylecia lub zmiany zaskarżonego orzeczenia i dlatego **utrzymał je w mocy**.

O kosztach sądowych za postępowanie odwoławcze Sąd Okręgowy orzekł jak w pkt II wyroku, na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 21 pkt 1 ustawy o opłatach skarbowych. Na koszty te złożyły się opłaty oraz ryczałt za doręczenia w kwocie 20 zł. Jednocześnie Sąd Okręgowy podwyższył opłatę za postępowanie pierwszoinstancyjne do kwoty 13.120 zł, a to z uwagi na brzmienie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 21 pkt 1 ustawy o opłatach skarbowych. Jednocześnie zmiana ta nie jest rozstrzygnięciem na niekorzyść oskarżonego, niedopuszczalnym z uwagi na kierunek apelacji, ponieważ nie dotyczy ona sfery kar i innych środków penalnych, czy środków probacyjnych. Potrzeba zaś jej dokonania wynika wprost z art. 16 ust. 2 ustawy o opłatach w sprawach karnych, który obliguje sąd odwoławczy do skorygowania opłaty, której wysokość błędnie ustalono w orzeczeniu poddanym kontroli.

D. Ś. P. H. B.