

Warszawa, dnia 20 stycznia 2015 roku

Trybunał Konstytucyjny  
Al. Jana Christiana Szucha 12A  
00-918 Warszawa

Skarżący: A F  
ul.

*reprezentowany przez*  
adw. Piotra Hoffmana  
Hoffman i Wspólnicy Sp.k.  
ul. Kaniowska 114 lok. 2  
01-529 Warszawa

Uczestnicy

postępowania: 1) Sejm Rzeczypospolitej Polskiej

2) Prokurator Generalny

## SKARGA KONSTYTUCYJNA

Działając w imieniu A F jako pełnomocnik ustanowiony w sprawie (uwierzytelniony odpis pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu), na podstawie art. 79 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: „**Konstytucja**”) oraz art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 roku o Trybunale Konstytucyjnym (dalej: „**u.T.K.**”), w związku ze stanowiącym ostateczne orzeczenie o wolnościach i prawach skarżącego określonych w Konstytucji prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w S z dnia września 2014 roku, sygnatura akt , którego odpis wraz z uzasadnieniem został doręczony obrońcy skarżącego w dniu 21 października 2014 roku, **zaskarżam** niniejszym stanowiące podstawę wydania tego orzeczenia przepisy art. 14 ust. 1 oraz art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz.U. z 2009 r., Nr 201, poz. 1540, ze zm.) (dalej: „**u.g.h.**”) w związku z art. 2 ust. 3, 4 i 5 oraz z art. 3 tej ustawy oraz, w zakresie, w jakim sankcjonuje on naruszenie tych przepisów, art. 107 § 1 ustawy z dnia 10 września 1999 roku – Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 186, ze zm.) (dalej: „**k.k.s.**”) w związku z art. 6 § 2 k.k.s. i z art. 53 § 35 k.k.s., a ponadto zaskarżam przepis art. 30 § 5 zdanie pierwsze k.k.s. w związku z art. 53 § 35 i 35a k.k.s., **wnosząc o stwierdzenie, że:**

- I. art. 14 ust. 1 oraz, w zakresie, w jakim dotyczy on urządzania gier na automatach poza kasynami gry, art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 1540, ze zm.) w związku z art. 2 ust. 3, 4 i 5 oraz art. 3 tej ustawy, a także, w zakresie, w jakim sankcjonuje on urządzenie gier na automatach z naruszeniem powyższych przepisów, art. 107 § 1 ustawy z dnia 10 września 1999 roku – Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 186, ze zm.) w związku z art. 6 § 2 oraz art. 53 § 35 tego kodeksu, są niezgodne z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji, a także z art. 22, art. 30 oraz art. 31 ust. 1 Konstytucji w związku z art. 2, art. 7, art. 9, art. 20, art. 31 ust. 3 zdanie pierwsze, art. 88 ust. 1 i 2, art. 90 ust. 1 oraz art. 91 ust. 3 Konstytucji, w związku z § 2 pkt 5 lit. d, § 4 ust. 1, § 8 ust. 1, 2 i 3, § 9, § 10 ust. 1 oraz § 13a rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 roku w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz.U. Nr 239, poz. 2039, ze zm.) oraz w związku z art. 1 pkt 11 i art. 8 ust. 1 dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.U. L 204 z 21.7.1998, str. 37, ze zm.),
2. art. 30 § 5 zdanie pierwsze ustawy z dnia 10 września 1999 roku – Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 186, ze zm.) w związku z art. 53 § 35 i 35a tego kodeksu jest niezgodny z art. 42 ust. 1, art. 46 oraz art. 64 ust. 1, 2 i 3 Konstytucji w związku z art. 2 Konstytucji,

**wskazując**, że na skutek zastosowania zaskarżonych przepisów zostały naruszone:

- 1) konstytucyjnie zagwarantowana wolność skarżącego od odpowiedzialności karnej za czyn, który nie był zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, a także jego prawo do godności obejmujące niepodleganie odpowiedzialności karnej na podstawie przepisu, który zgodnie z prawem Unii Europejskiej potwierdzonym treścią orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie może być stosowany wobec jednostek, który został uchwalony z naruszeniem wynikającego z przepisów prawa trybu ustawodawczego i wbrew wynikającemu z zobowiązań międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej obowiązkowi oraz który nie został ogłoszony zgodnie z obowiązującymi przepisami, jak również jego wolność prowadzenia działalności gospodarczej oraz prawo skarżącego do wolności w ogólności (art. 31 ust. 1 Konstytucji),
- 2) konstytucyjne prawo skarżącego do podlegania sankcji karnej tylko w zakresie określonym w ustawie oraz jego konstytucyjne prawo do ochrony jego własności, w tym do tego, by jego rzeczy podlegały przypadkowi tylko w wypadkach wskazanych w ustawie.

Ponadto **wnoszę** o zasądzenie od Skarbu Państwa – Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej zwrotu kosztów postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym.

## UZASADNIENIE

### I. Przedstawienie stanu faktycznego sprawy

Wyrokiem Sądu Rejonowego w S \_\_\_\_\_ z dnia \_\_\_\_\_ marca 2014 roku, sygnatura akt \_\_\_\_\_, skarżący został uznany za winnego tego, że (i) urządzał gry o wygrane pieniężne na automacie z naruszeniem art. 3, art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 u.g.h., oraz (ii) urządzał gry na automacie działającym w celach komercyjnych, na którym prowadzone gry miały charakter losowy, z naruszeniem art. 3, art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 u.g.h. Czyny te Sąd Rejonowy zakwalifikował jako przestępstwa skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 6 § 2 k.k.s. Za powyższe czyny oskarżony został skazany na jedną łączną karę \_\_\_\_\_ stawek dziennych grzywny, przy przyjęciu za równowartość jednej stawki dziennej kwoty \_\_\_\_\_ złotych. Ponadto orzeczono na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. przepadek przez zniszczenie obu automatów oraz przepadek znajdujących się w nich środków pieniężnych w kwocie dwa razy po \_\_\_\_\_ złotych. Zasądzono też od skarżącego kwotę \_\_\_\_\_ złotych tytułem opłaty oraz obciążono go kwotą \_\_\_\_\_ złotych tytułem wydatków.

Dowód: Wyrok Sądu Rejonowego w S \_\_\_\_\_ z dnia \_\_\_\_\_ marca 2014 roku, sygnatura akt \_\_\_\_\_  
(Załącznik nr 2)

Z sentencji powyższego wyroku wynika, że czyny, za które został skazany, skarżący popełnił (i) w okresie do dnia \_\_\_\_\_ stycznia do dnia \_\_\_\_\_ lutego 2012 roku, oraz (ii) w okresie od dnia \_\_\_\_\_ stycznia do dnia \_\_\_\_\_ lutego 2012 roku. Ponadto z uzasadnienia zaskarżonego wyroku (strona 5 uzasadnienia, akapit przedostatni) wynika, że czyny te polegały na urządzaniu gier na automatach poza kasynem gry i bez koncesji na prowadzenie takiego kasyna (art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 u.g.h.). Jeżeli chodzi o przepisy, na podstawie których Sąd Rejonowy przyjął, że urządzone gry miały charakter gier na automatach w rozumieniu u.g.h., to z sentencji wyroku wynikałoby, że w odniesieniu do czynu (i) przyjęto, że w ramach urządzonej gry wypłacano wygrane pieniężne (art. 2 ust. 3 u.g.h.), aczkolwiek Sąd ustalił także, że w ramach gry możliwe było także przedłużenie czasu gry (art. 2 ust. 3 u.g.h. w związku z art. 2 ust. 4 u.g.h.; strona 2, akapit przedostatni, uzasadnienia), natomiast w odniesieniu do czynu (ii) przyjęto, że urządzone gry miały charakter losowy i były urządzone w celach komercyjnych (art. 2 ust. 5 u.g.h.), nie ustalono natomiast, by w ramach tych gier były przez kogokolwiek wypłacane jakiegokolwiek wygrane. Pewne wątpliwości co do rzeczywistych ustaleń Sądu może budzić okoliczność, iż na stronie 2 uzasadnienia wyroku (akapit 3) wskazano, że urządzenie gier objęte czynem (i) wyczerpało znamiona przewidziane w art. 2 ust. 5 u.g.h. Wydaje się, że rozstrzygająca w tej mierze musi być jednak sentencja wyroku, z której wynika, że skarżącego skazano w ramach czynu (i) za urządzenie gier, w związku z którymi były wypłacane wygrane pieniężne, tj. z zastosowaniem art. 2 ust. 3 u.g.h.

Na skutek apelacji obrońcy skarżącego od powyższego wyroku Sąd Okręgowy w S \_\_\_\_\_ wyrokiem z dnia \_\_\_\_\_ września 2014 roku, sygnatura akt \_\_\_\_\_, utrzymał w mocy zaskarżony

wyrok oraz zasądził od skarżącego kwotę            złotych tytułem kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

Dowód:            Wyrok Sądu Okręgowego w S            z dnia            września 2014 roku, sygnatura akt            (Załącznik nr 3)

Powyższy wyrok jest prawomocny.

## **2. Ostateczne orzeczenie o prawach i wolnościach skarżącego**

Wyrokiem z dnia            września 2014 roku, sygnatura akt            , Sąd Okręgowy w S ostatecznie orzekł o prawach i wolnościach skarżącego określonych w Konstytucji, utrzymując w mocy wyrok skazujący skarżącego oraz orzekający przepadek jego własności. Wyrok ten jest prawomocny i nie przysługują od niego żadne zwyczajne środki zaskarżenia.

## **3. Termin do wniesienia skargi**

Odpis wyroku Sądu Okręgowego w S            z dnia            września 2014 roku, sygnatura akt            , wraz z uzasadnieniem został doręczony obrońcy skarżącego w dniu 21 października 2014 roku. Dlatego też, zgodnie z art. 46 ust. 1 u.T.K. oraz z art. 112 zdanie pierwsze w związku z art. 165 § 1 k.p.c. w związku z art. 20 u.T.K., termin do złożenia skargi konstytucyjnej będzie zachowany w razie jej wniesienia najpóźniej w dniu 21 stycznia 2015 roku.

## **4. Przepisy, na podstawie których orzeczono o prawach i wolnościach skarżącego, oraz zakres zaskarżenia**

Skarżący został skazany za czyn polegający na urządzaniu gry na automacie do gier poza kasynem gry wbrew przepisom art. 3, art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h. (czyny przypisane określono w wyroku następująco: co do czynu (i) „urządził gry o wygrane pieniężne w automacie (...) co stanowi naruszenie przepisów art. 3, art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19.II.2009 o grach hazardowych”, co do czynu (ii) „urządził gry na automacie (...) działającym w celach komercyjnych, na którym prowadzone gry miały charakter losowy, co stanowi naruszenie przepisów art. 3, art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19.II.2009 o grach hazardowych”); czyny te zostały zakwalifikowane jako stanowiące przestępstwa skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 6 § 2 k.k.s.

Zgodnie z art. 107 § 1 k.k.s. podlega karze, kto:

*„wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urzęda lub prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny”*

Przepis ten w powyższym brzmieniu obowiązuje od dnia 1 stycznia 2010 roku.

Natomiast zgodnie z art. 14 ust. 1 u.g.h.:

*„Urządzanie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry.”*

zaś zgodnie z art. 6 ust. 1 u.g.h.:

*„Działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach może być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry.”*

a zgodnie z art. 3 u.g.h.:

*„Urządzanie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie.”*

Powyzsze przepisy weszły w życie w dniu 1 stycznia 2010 roku, wraz z wejściem życie całej ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych.

Ustalając, na podstawie jakich przepisów skarżący został skazany, zauważyć trzeba w pierwszym rzędzie, że przepisami tymi z pewnością były art. 14 ust. 1 u.g.h. wraz z art. 107 § 1 k.k.s. Z przepisu art. 14 ust. 1 u.g.h. wynika bowiem norma zabraniająca urządzania gier na automatach poza kasynem gry (norma sankcjonowana), zaś z art. 107 § 1 k.k.s. wynika norma wskazująca, że naruszenie normy sankcjonowanej podlega karze jako przestępstwo skarbowe (norma sankcjonująca). Dla pełnego zrekonstruowania treści normy sankcjonowanej jest przy tym niezbędne uwzględnienie przepisów art. 2 ust. 3, 4 i 5 u.g.h., które definiują pojęcie gry na automacie, obejmując nim także gry, w których jedyną uzyskiwaną wygraną jest przedłużenie czasu gry lub w których nie ma w ogóle żadnych wygranych, jeśli tylko gra urządzana jest w celach komercyjnych oraz ma charakter losowy, a ewentualnie także przepisu art. 53 § 35 k.k.s. W odniesieniu do czynu (i) wydaje się, że Sąd Rejonowy zastosował wyłącznie art. 2 ust. 3 u.g.h., skoro bowiem przyjął, że w ramach urządzanej gry wypłacane były wygrane pieniężne, to musiał zastosować ten właśnie przepis. Natomiast w odniesieniu do czynu (ii) brak w wyroku Sądu Rejonowego stwierdzenia, że wypłacane były jakiegokolwiek wygrane (strona 4 uzasadnienia u góry), jak również brak ustaleń co do możliwości uzyskania wygranej w postaci przedłużonego czasu gry. W związku z tym należy założyć – co potwierdzone jest odwołaniem się przez Sąd Rejonowy w sentencji wyroku do pojęć komercyjnego urządzania gier i ich losowego charakteru, tj. pojęć występujących wyłącznie w art. 2 ust. 5 u.g.h. – że w odniesieniu do czynu (ii) Sąd Rejonowy zastosował wyłącznie art. 2 ust. 5 u.g.h., a nie stosował art. 2 ust. 3 ani art. 2 ust. 4 u.g.h.

Pewne wątpliwości co do swojej roli przy skazaniu skarżącego może budzić rola art. 3 u.g.h. w procesie rekonstruowania normy sankcjonowanej; z ostrożności skarżący wskazuje także i ten przepis jako element, na podstawie którego odtworzona może być ta norma, aczkolwiek wydaje się, że jego powołanie przez Sąd Rejonowy w opisie czynu było w istocie zbędne.

Większe wątpliwości może natomiast budzić, czy zastosowanie w sprawie miał – jak to wskazał Sąd Rejonowy – art. 6 ust. 1 u.g.h. Skarżący z ostrożności objął przepis ten zakresem zaskarżenia, mimo że nie jest jasne, czy rzeczywiście przepis ten miał do skarżącego – który bezspornie koncesją na prowadzenie kasyna gry nie dysponował – zastosowanie. Wątpliwości te uzasadnione są następującymi argumentami:

- 1) przepis art. 14 ust. 1 u.g.h. stanowi między innymi, że urządzenie gier na automatach dopuszczalne jest **wyłącznie** w kasynach gry; natomiast art. 6 ust. 1 u.g.h. stwierdza, że działalność między innymi w zakresie gier na automatach „*może być prowadzona na podstawie koncesji na prowadzenie kasyna gry*”; przepis art. 6 ust. 1 u.g.h. nie posługuje się więc słowem „**wyłącznie**” i ma charakter normy pozwalającej, a nie zakazującej; stąd uzasadnione są wątpliwości, czy może on w ogóle być sankcjonowany przez art. 107 § 1 k.k.s.,
- 2) gdyby nawet przyjąć, że przepis ten ustanawia zakaz, to zakazem takim mogłoby być wyłącznie prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach w kasynie lecz bez koncesji; gdyby bowiem przyjąć, że już z art. 6 ust. 1 u.g.h. wynika zarówno zakaz urządzania gier na automatach poza kasynem nie na podstawie koncesji, jak i zakaz ich urządzania w kasynie nie na podstawie koncesji, to przepis art. 14 ust. 1 u.g.h. byłby zbędny; wynikająca z niego norma zakazuje bowiem urządzania gier na automatach poza kasynem gry, które to działanie jest zawsze urządzaniem gier na automatach poza kasynem gry i bez koncesji (nie da się urządzać gier poza kasynem na podstawie koncesji na prowadzenie kasyna), a w konsekwencji byłoby i tak zawsze zakazane już na podstawie art. 6 ust. 1 u.g.h.

Sąd Rejonowy jako podstawę skazania poza art. 107 § 1 k.k.s. wskazał także art. 6 § 2 k.k.s., jak się wydaje przyjmując, że urządzenie gry na automacie obejmuje jeden czyn składający się z wielu podejmowanych w krótkich odstępach czasu zachowań. W związku z powyższym skarżący wskazuje także i ten przepis jako element, na podstawie którego zrekonstruować można normę sankcjonującą zastosowaną do skarżącego.

Jeżeli natomiast chodzi o podstawę orzeczenia przepadek rzeczy, to Sąd Rejonowy przepadek orzekł na podstawie art. 30 § 5 zdanie pierwsze k.k.s. Przepis ten posługuje się jednak pojęciami „gry losowej” i „gry na automacie”, które zdefiniowane są w art. 53 § 35 i 35a k.k.s., stąd należy przyjąć, że norma zastosowana przez Sąd Rejonowy została zapewne zrekonstruowana łącznie na podstawie tych wszystkich przepisów.

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że podstawą orzeczenia o prawach i wolnościach skarżącego były:

- w odniesieniu do czynu (i) przepis art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 6 § 2 k.k.s. i art. 53 § 35 k.k.s. (norma sankcjonująca) i przepis art. 14 ust. 1 u.g.h. w związku z art. 2 ust. 3 u.g.h. (norma sankcjonowana), a potencjalnie także (choć budzi to pewne wątpliwości) art. 3, art. 2 ust. 4 i 5 oraz art. 6 ust. 1 u.g.h.,
- w odniesieniu do czynu (ii) przepis art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 6 § 2 k.k.s. i art. 53 § 35 k.k.s. (norma sankcjonująca) i przepis art. 14 ust. 1 u.g.h. w związku z art. 2 ust. 5 u.g.h.

(norma sankcjonowana), a potencjalnie także (choć budzi to pewne wątpliwości) art. 3 oraz art. 6 ust. 1 u.g.h.,

- w odniesieniu do orzeczenia przypadku przepisu art. 30 § 5 zdanie pierwsze k.k.s. w związku z art. 53 § 35 i 35a k.k.s.

Przepisy te stosował nie tylko Sąd Rejonowy, ale także Sąd Okręgowy, utrzymując w mocy wyrok Sądu Rejonowego. Te właśnie przepisy czyni skarżący przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie.

Jednocześnie skarżący wskazuje, że niniejszą skargą zaskarża art. 107 § 1 k.k.s. tylko w zakresie, w jakim przepis ten sankcjonuje urządzenie gier na automatach z naruszeniem przepisów art. 3, art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. W pozostałym zakresie przepis ten nie był bowiem podstawą orzeczenia o wolnościach i prawach skarżącego. Trzeba przy tym zauważyć, że możliwe jest wydanie przez Trybunał Konstytucyjny orzeczenia stwierdzającego niezgodność z Konstytucją tego przepisu tylko w tym zakresie.

#### **5. Określone w Konstytucji prawa i wolności skarżącego naruszone na skutek zastosowania zaskarżonych przepisów**

Zastosowanie zaskarżonych przepisów spowodowało – w zakresie zaskarżenia objętym pkt 1 petitum skargi – naruszenie następujących konstytucyjnych praw i wolności skarżącego:

Po pierwsze, naruszona została wolność skarżącego od ponoszenia odpowiedzialności karnej za czyny, które nie były zabronione pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie ich popełnienia (art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji), a więc zasada *nullum crimen sine lege certa*. Wprawdzie faktem jest, że przepisy art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 u.g.h. formalnie były w chwili czynu uchwalone i nie zostały uchylone; jednakże ponieważ przepisy te ze względu na brak notyfikacji zgodnie z art. 8 ust. 1 dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (dalej: „dyrektywa 98/34”) od chwili uchwalenia nie mogły być stosowane, nie była spełniona przesłanka określoności czynów zabronionych pod groźbą kary (brak *lex certa*); co więcej, ponieważ przepisy te w związku z brakiem notyfikacji nie mogły mieć zastosowania do żadnych stanów faktycznych, to miały charakter przepisów pustych – tym samym stanowiły one źródło ryzyka bezpodstawnego obciążenia obywatela odpowiedzialnością karną (które to ryzyko ziściło się w wypadku skarżącego), brak zaś było jakichkolwiek argumentów mogących uzasadniać istnienie tego ryzyka w świetle zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji), skoro przepisy te były w całości bezskuteczne i jako takie nie mogły służyć żadnemu konstytucyjnie uzasadnionemu celowi; ustanowienie przepisów tworzących bez jakiegokolwiek uzasadnienia ryzyko bezpodstawnego skazania narusza zarówno prawo do wolności od odpowiedzialności karnej

za czyny, które nie są zabronione pod groźbą kary (art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji), jak i zasadę rzetelnej legislacji i zasadę zaufania do państwa i prawa (art. 2 Konstytucji).

**Po drugie**, naruszona została wolność skarżącego od ponoszenia odpowiedzialności karnej za czyny, które nie były zabronione pod groźbą kary przez ustawę prawidłowo ogłoszoną w czasie ich popełnienia (art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji w związku z art. 2 i art. 88 ust. 1 i 2 Konstytucji w związku z § 13a rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 roku w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych – dalej: „rozporządzenie Rady Ministrów”) w związku z przepisami § 4 ust. 1, § 8 ust. 1, 2 i 3, § 9 i § 10 ust. 1 tego rozporządzenia. Ustawa o grach hazardowych została bowiem ogłoszona z naruszeniem § 13a rozporządzenia, który w wypadku ustaw zawierających przepisy techniczne wymaga zawarcia informacji o notyfikacji przy ogłaszaniu ustawy w Dzienniku Ustaw i który tym samym, w opinii skarżącego, zabrania ogłoszenia ustawy zawierającej przepisy techniczne, jeżeli jej uprzednia notyfikacja nie miała miejsca. Ogłoszenie ustawy z naruszeniem tego zakazu jest ogłoszeniem dokonany z naruszeniem prawa, a stosowanie tak wadliwie ogłoszonego przepisu narusza prawo skarżącego do wolności od odpowiedzialności karnej za czyn, który nie był zabroniony pod groźbą kary przez ustawę ogłoszoną w czasie jego popełnienia (art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji w związku z art. 88 ust. 1 i 2 Konstytucji) oraz zasadę zaufania do państwa i prawa (art. 2 Konstytucji).

**Po trzecie**, naruszona została wolność skarżącego od ponoszenia odpowiedzialności karnej za czyny, które zostały zabronione z naruszeniem przewidzianego prawem trybu oraz z naruszeniem prawa międzynarodowego względnie mimo przekazania kompetencji w odpowiednim zakresie organom organizacji międzynarodowej i, w konsekwencji, których zakazanie naruszało zasadę działania organów władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa (art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji w związku z art. 2, art. 7, art. 9 oraz art. 90 ust. 1 i 91 ust. 3 Konstytucji oraz w związku z przepisami § 4 ust. 1, § 8 ust. 1, 2 i 3, § 9 i § 10 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów), przy czym naruszenie to polegało na naruszeniu przewidzianego powołanym rozporządzeniem Rady Ministrów oraz przepisem art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34 trybu.

**Po czwarte**, naruszone zostało prawo skarżącego do godności (art. 30 ust. 1 Konstytucji) wyrażające się w prawie do niepodlegania odpowiedzialności karnej w sytuacjach wskazanych wyżej; w szczególności narusza godność skarżącego skazanie go na podstawie przepisów, które zgodnie z obowiązującym prawem i tak nie mogą być nigdy stosowane – narusza jego godność sytuacja, w której państwo, uchwalając przepisy, których nie można stosować w żadnym stanie faktycznym, tworzy nie służące żadnemu uzasadnionemu celowi ryzyko skazania bez podstawy prawnej; narusza godność skarżącego także skazanie go na podstawie przepisów wadliwie ogłoszonych, przyjętych w wadliwym trybie i uchwalonych z naruszeniem prawa międzynarodowego i prawa organizacji międzynarodowej, na którą przeniesiono kompetencje organów władzy państwowej.

**Po piąte**, naruszone zostało prawo skarżącego do prowadzenia działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji) oraz jego prawo do wolności w ogólności (art. 31 ust. 1 Konstytucji). Ograni-



czenia wolności gospodarczej i wolności w ogólności są dopuszczalne tylko z zachowaniem zasad określonych w Konstytucji, w tym zasady proporcjonalności (art. 22 Konstytucji i art. 31 ust. 3 Konstytucji). Zakaz ustanowiony w art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 u.g.h. w związku z art. 2 ust. 3 i 4 u.g.h. takie ograniczenie stanowi, nie spełnia jednak kryterium proporcjonalności i to z dwóch względów. **Z jednej strony** ze względu na to, że nie wywołuje on i tak żadnego realnego skutku prawnego, albowiem zgodnie z prawem Unii Europejskiej i tak nie może być stosowany – w związku z czym nie służy żadnemu uzasadnionemu konstytucyjnie celowi. **Z drugiej strony** ze względu na to, że w zakresie, w jakim obejmuje on urządzenie gier na automatach, w których nie są przewidziane żadne wygrane (ani pieniężne, ani rzeczowe) – a więc gier niemających nic wspólnego z hazardem – nie istnieje żaden ważny interes publiczny (art. 22 Konstytucji), który by go mógł uzasadniać, a ponadto w tym zakresie zakaz taki nie jest niezbędny w demokratycznym państwie ze względu na bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochronę środowiska, moralność publiczną, zdrowie publiczne ani wolności i prawa innych osób (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Tym bardziej nie jest spełniony test proporcjonalności w zakresie, w jakim zakaz taki opatrzony jest sankcją karną i to obejmującą pozbawienie wolności.

Natomiast w zakresie zaskarżenia objętym pkt 2 *petitum skargi* naruszona została wolność skarżącego od sankcji karnej przewidzianej w sposób dostatecznie określony w przepisie ustawy sformułowanym z zachowaniem zasad prawidłowej legislacji (art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji w związku z art. 2 Konstytucji), a więc zasada *nullum crimen sine lege certa* w części, w jakiej wymaga dostatecznej określoności sankcji karnej. Rzecz bowiem w tym, że sankcja przypadku rzeczy została wobec skarżącego zastosowana na podstawie przepisu art. 30 § 5 zdanie pierwsze k.k.s., który to przepis sformułowany jest w sposób wadliwy, a w szczególności posługuje się pojęciem „urządzenia do gry losowej, gry na automacie lub zakładu wzajemnego”, mimo że pojęcia gry losowej, gry na automacie i zakładu wzajemnego są w art. 53 § 35 k.k.s. zdefiniowane tylko na potrzeby rozdziału 9 k.k.s. i nie są też zdefiniowane w art. 53 § 35a k.k.s. W konsekwencji pole zastosowania art. 30 § 5 zdanie pierwsze k.k.s. nie zostało z dostateczną precyzją zdefiniowane, co narusza prawo skarżącego do tego, by grożąca mu sankcja karna była dostatecznie precyzyjnie określona. Te same okoliczności prowadzą do naruszenia prawa skarżącego do ochrony jego własności (art. 64 ust. 1-3 Konstytucji w związku z art. 2 Konstytucji), w tym zwłaszcza do jej ochrony przed orzeczeniem przypadku (art. 46 Konstytucji w związku z art. 2 Konstytucji).

## 6. Naruszenie Konstytucji przez zaskarżone przepisy

Skarżący poniżej przedstawi uzasadnienie stanowiska, że zaskarżone przepisy naruszają powołane wzorce konstytucyjne.

W zakresie objętym pkt 1 *petitum skargi* w punkcie 8 poniżej uzasadniono niezgodność z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji, a także z art. 30 Konstytucji (naruszenia związane z brakiem

notyfikacji), w punkcie 10 uzasadniono niezgodność z art. 22 i art. 31 ust. 1 Konstytucji (nieproporcjonalność ograniczenia wolności gospodarczej i wolności w ogólności). Wcześniej, w punkcie 7 poniżej, skarżący wykaże, że niezależnie od powyższego zaskarżone przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h. zostały przyjęte w wadliwym trybie i jako takie są niezgodne z Konstytucją, naruszając jego prawa i wolności wymienione w *petitum* skargi.

W zakresie objętym pkt 2 *petitum* skargi skarżący w punkcie 10 poniżej wykaże niezgodność powołanych przepisów kodeksu karnego skarbowego z art. 42 ust. 1, art. 46 oraz art. 64 ust. 1, 2 i 3 Konstytucji.

## 7. Wadliwy tryb ustawodawczy

Zgodnie z art. 42 u.T.K. Trybunał Konstytucyjny bada także kompetencję oraz dochowanie trybu wymaganego przepisami do wydania aktu normatywnego (tu: ustawy). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem badanie to Trybunał prowadzi z urzędu, bez względu na treść wniosku czy skargi konstytucyjnej. W kontekście badania kompetencji i dochowania trybu ustawodawczego warto przytoczyć trzy orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego:

- W sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 8 listopada 2005 roku, sygnatura akt SK 25/02, Trybunał Konstytucyjny rozpoznawał skargę konstytucyjną, w której skarżący zarzucił naruszenie trybu ustawodawczego przewidzianego w art. 1 ust. 3 ustawy z dnia 30 czerwca 1995 roku o stosunku Państwa do Kościoła Chrześcijan Baptystów w Rzeczypospolitej Polskiej w związku z art. 25 ust. 5 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że kwestię dochowania trybu ustawodawczego bada z urzędu i że:

*„fakt, że uprawnienie kościołów do opiniowania projektów lub zmian ustawy ma charakter ustawowy (przewidziane jest w art. 1 ust. 3 ustawy nowelizowanej) nie wyklucza kompetencji Trybunału do zbadania, czy warunek taki został spełniony. Każdy organ władzy publicznej, w tym także Sejm, działa bowiem na podstawie i w granicach prawa. Przepis art. 7 Konstytucji stanowi gwarancję zachowania trybu uchwalania ustaw, określonego w Konstytucji i ustawach.”*

- W sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 28 listopada 2007 roku, sygnatura akt K 39/07, Trybunał Konstytucyjny oceniał między innymi zarzut uchwalenia ustawy bez wymaganej na podstawie art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 23 listopada 2002 roku o Sądzie Najwyższym opinii Sądu Najwyższego. Trybunał Konstytucyjny uznał, że w tym konkretnym wypadku zarzut był merytorycznie nieuzasadniony, jednak wskazał (pkt 8.3.1 *in fine* wyroku), że:

*„W wypadku potwierdzenia zarzutu – wyczerpywałoby [to – dopisek P.H.] znamiona naruszenia art. 2 w związku z art. 7 Konstytucji.”*

- W sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 16 lipca 2009 roku, sygnatura akt Kp 4/08, Trybunał Konstytucyjny rozpoznawał wniosek Prezydenta o zbadanie zgodności ustawy z art. 2,

art. 7, art. 21 ust. 1, art. 9 w związku z art. 91 ust. 1 i 2 oraz z art. 227 ust. 1 Konstytucji. W sprawie tej Prezydent wskazywał na niedochowanie trybu ustawodawczego wyrażające się w naruszeniu wynikającego z art. 2 i art. 4 decyzji Rady nr 98/415/WE z dnia 29 czerwca 1998 roku w sprawie konsultacji Europejskiego Banku Centralnego udzielanych władzom krajowym w sprawie projektów przepisów prawnych (dalej: „decyzja Rady”) obowiązku uzyskania opinii Europejskiego Banku Centralnego w sprawie przyjętego projektu ustawy i przekazania tej opinii władzy przyjmującej tę ustawę (tj. Sejmowi). W stanie faktycznym tej sprawy Rada Ministrów uzyskała wprawdzie opinię Europejskiego Banku Centralnego, nie przekazała jej jednak w sposób formalny Sejmowi, aczkolwiek posłowie faktycznie treść tej opinii znali.

Trybunał Konstytucyjny, oceniając istnienie naruszenia trybu uchwalania ustawy, przyjął, że **naruszenie obowiązku wynikającego z art. 2 i art. 4 decyzji Rady stanowiło naruszenie trybu stanowienia ustaw** (pkt 3.4 wyroku). Stwierdził jednak, że ze względu na małą wagę naruszenia (opinii zasięgnięto, a jedynie nie przekazano jej Sejmowi, który jednak faktycznie znał jej treść), naruszenie trybu uchwalania ustaw nie prowadziło w tym wypadku do sprzeczności ustawy z Konstytucją (pkt 3.6 wyroku).

Z powyższych wyroków Trybunału Konstytucyjnego wynikają następujące konkluzje:

- 1) Trybunał Konstytucyjny zawsze bada – i to z urzędu – dochowanie trybu ustawodawczego przy uchwalaniu ustawy, także w wypadku rozpoznawania skarg konstytucyjnych (wyrok w sprawie SK 25/02).
- 2) Niedochowanie określonego przepisami trybu uchwalania przepisów ustawy prowadzi do niekonstytucyjności tych przepisów także wówczas, gdy tryb ten wynika nie z przepisów konstytucyjnych, lecz jedynie ustawowych (wyroki w sprawach SK 25/02 oraz K 39/07).
- 3) Niedochowanie określonego przepisami trybu uchwalania przepisów ustawy prowadzi do niekonstytucyjności tych przepisów także wówczas, gdy tryb ten wynika z przepisów prawa wtórnego Unii Europejskiej (wyrok w sprawie Kp 4/08).
- 4) Niedochowanie określonego przepisami trybu uchwalania przepisów ustawy może wyjątkowo nie prowadzić do niekonstytucyjności tych przepisów, jeżeli naruszenie trybu miało niewielki ciężar gatunkowy (wyrok w sprawie Kp 4/08).

Skoro niedochowanie przewidzianego przepisami ustawy lub prawa unijnego trybu uchwalenia ustawy prowadzi co do zasady do jej niekonstytucyjności, to taki sam skutek winno mieć niedochowanie trybu ustawodawczego przewidzianego rozporządzeniem Rady Ministrów. Nie ma bowiem podstaw do różnicowania w tym zakresie między przepisami ustawy lub decyzji Rady, a przepisami rozporządzenia Rady Ministrów.

**W konsekwencji naruszenie przy uchwalaniu przepisów ustawy wymogów przewidzianych przepisami rozporządzenia Rady Ministrów lub dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady**

proceeds to the principle of the unconstitutionality of these provisions, albeit the burden of this violation is small.

In the case of provisions art. 6 para. 1 and art. 14 para. 1 u.g.h. **factually** there was a violation of the requirements provided:

- 1) provisions § 4 para. 1, § 8 para. 1, 2 and 3, § 9 and § 10 para. 1 and the decision of the Council of Ministers, and
- 2) provision art. 8 para. 1 and Directive 98/34.

Accordingly, with point 25 of the judgment of the Constitutional Tribunal of July 19, 2012 in cases C-213/11, C-214/11 and C-217/11 *Fortuna Sp. z o.o., Grand Sp. z o.o. i Forta Sp. z o.o.* (further: „**judgment in the case Fortuna**”) provisions of this kind as art. 14 para. 1 u.g.h. are technical provisions in the sense of art. 1 point 11 of Directive 98/34. It does not raise doubts that in view of this they should be notified in accordance with art. 8 para. 1 of Directive 98/34, but this did not happen. The same violation of the procedure provided for in the Directive does not raise doubts.

The same applies to the procedure provided for in the decision of the Council of Ministers. Provisions art. 6 para. 1 and art. 14 para. 1 u.g.h. constitute technical provisions in the sense of § 2 point 5 lit. d of the decision of the Council of Ministers; such a proposal is all the more reasonable, if one takes into account that the provisions of the decision have the purpose of implementing Directive 98/34, they should therefore be interpreted in the context of the content of the Directive (requirement of uniform interpretation of provisions), bindingly interpreted by the Constitutional Tribunal in the judgment in the case *Fortuna*. In view of the above, provisions art. 6 para. 1 and art. 14 para. 1 u.g.h. should be notified to the European Commission in accordance with § 4 para. 1, § 8 para. 1, 2 and 3, § 9 and § 10 para. 1 and the decision of the Council of Ministers, but this did not happen. The same violation of the procedure provided for in the decision does not raise doubts.

The only reason, which could justify the disregard of the charge of non-compliance with the proper procedure of the legislator, would be the fact that the violation of the above was of a minor nature. However, this would be absolutely unfounded, and this is in view of the serious consequences of the violations. It should be noted that the violations are treated by the organs of the European Union as so serious, that they lead to the inapplicability of non-notified provisions (see. the judgment of the Tribunal in point 9 below); the Constitutional Tribunal in its judgment strongly emphasized the fundamental importance of the obligation of notification in the context of Directive 98/34, and in the judgment of June 4, 2009 in case C-109/08 *Komisja przeciwko Grecji* imposed on the Republic of Greece a fine of 3 million euros and 31,536 euros per day for each day of delay in the execution of its earlier judgment concerning the implementation and application of provisions prohibiting the operation of gaming machines outside casinos.

## 8. Niezgodność z Konstytucją w związku z brakiem notyfikacji

Jak wskazano powyżej, zgodnie z punktem 25 wyroku *Fortuna* przepisy tego rodzaju co art. 14 ust. 1 u.g.h., a więc przepisy ustanawiające normy zakazujące urządzania gier na automatach poza kasynami gry, są przepisami technicznymi w rozumieniu dyrektywy 98/34. W konsekwencji winny one być przed uchwaleniem notyfikowane Komisji Europejskiej zgodnie z art. 8 ust. 1 dyrektywy. Przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h. notyfikowane nie były. **Z jednej strony stanowi to naruszenie przewidzianego przepisami prawa trybu ustawodawczego, z drugiej zaś strony prowadzi do niemożności stosowania tych przepisów.** Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości nienotyfikowane wbrew obowiązkowi przepisy techniczne nie mogą być stosowane wobec jednostek zarówno w stosunkach wertykalnych (wyroki Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 kwietnia 1996 roku w sprawie C-194/94 *CIA Security International SA przeciwko Signalson SA i Securitel SPRL*, z dnia 8 września 2005 roku w sprawie C-303/04 *Lidl Italia Srl przeciwko Comune di Stradella*, z dnia 8 listopada 2007 roku w sprawie C-20/05 *Postępowanie karne przeciwko Karlowi Josefowi Wilhelmowi Schwibbertowi*, z dnia 15 kwietnia 2010 roku w sprawie C-433/05 *Postępowanie karne przeciwko Larsowi Sandstromowi*, z dnia 31 stycznia 2013 roku w sprawie C-26/11 *Belgische Petroleum Unie VZW i inni przeciwko Belgii*, z dnia 10 lipca 2014 roku w sprawie C-307/13 *Postępowanie karne przeciwko Larsowi Ivanssonowi, Carlowi-Rudolfowi Palmgrenowi, Kejllovi Otto Pehrsonowi i Hakanowi Rosengrenowi*), jak i w stosunkach horyzontalnych (wyroki Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 września 2000 roku w sprawie C-443/98 *Unilever Italia SpA przeciwko Central Food SpA* oraz z dnia 6 czerwca 2002 roku w sprawie C-159/00 *Sapod Audic przeciwko Eco-Emballages SA*). W konsekwencji – w tym także w związku z art. 9 i art. 91 ust. 3 Konstytucji – **przepisy te od chwili wejścia w życie nie mogły mieć zastosowania do żadnych stanów faktycznych. Wprawdzie formalnie obowiązywały, jednakże możliwe pole ich zastosowania było puste.**

Powyższa sytuacja powoduje, że wynikająca z art. 107 § 1 k.k.s. oraz z przepisów u.g.h. (art. 14 ust. 1 i art. 2 ust. 3, 4 i 5 u.g.h., a potencjalnie także art. 3 i art. 6 ust. 1 u.g.h.) norma przewidująca odpowiedzialność karną za naruszenie nienotyfikowanych przepisów u.g.h. jest niezgodna z powołanymi wzorcami konstytucyjnymi.

Po pierwsze, samo to, że norma ta wynika z przepisów uchwalonych z naruszeniem przepisów prawa – w tym, choć niewyłącznie, przepisów prawa międzynarodowego (unijnego) – prowadzi do jej niezgodności z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji w związku z art. 2, art. 7, art. 9 oraz art. 90 ust. 1 i 91 ust. 3 Konstytucji. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 16 marca 2011 roku, sygnatura akt K 35/08, wynikająca z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji zasada *nullum crimen sine lege certa* zawiera w sobie normę gwarantującą wolność od odpowiedzialności karnej ustanowionej przepisami uchwalonym w wadliwym trybie, z naruszeniem przepisów dotyczących uchwalania ustaw (por. pkt 3.3.2, 3.3.3 i 5.3 wyroku). Nie wyłącza takiej konstatacji to, że naruszenie trybu ustawodawczego wiązało się między innymi z naruszeniem przepisów dyrektywy 98/34, a więc aktu prawa unijnego. Z jednej bowiem strony naruszenie

to było związane także z naruszeniem przepisów prawa krajowego, a mianowicie rozporządzenia Rady Ministrów. Z drugiej zaś strony także w kontekście treści postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 grudnia 2006 roku, sygnatura akt P 37/05, nie jest wyłączona kontrola prawidłowości trybu ustawodawczego w zakresie zgodności z aktami prawa unijnego. Świadczy o tym choćby treść powołanego wcześniej wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lipca 2009 roku, sygnatura akt Kp 4/08, gdzie Trybunał badał ewentualne naruszenie trybu ustawodawczego wynikającego z decyzji Rady. Było to uzasadnione, inna jest bowiem sytuacja w razie prowadzenia kontroli prewencyjnej (sprawa Kp 4/08) lub w trybie skargi konstytucyjnej (sprawa niniejsza), a inna w razie zadania pytania prawnego przez sąd (sprawa P 37/05). W tym ostatnim wypadku można się odwołać – jak uczynił to Trybunał Konstytucyjny – do faktu, iż sąd pytający sam jest upoważniony, we współpracy z Trybunałem Sprawiedliwości, dopuszczalności stosowania danej normy w kontekście jej zgodności z normą unijną; nie jest uzasadnione wprowadzanie dwóch równoległych trybów dokonywania takiej oceny (pytanie do Trybunału Sprawiedliwości vs pytanie do Trybunału Konstytucyjnego), zwłaszcza że jeden z tych trybów ma zgodnie z traktatami pierwszeństwo; co więcej, z punktu widzenia rozstrzygnięcia sprawy przez sąd odpowiedź uzyskana od Trybunału Sprawiedliwości jest wystarczająca, dla sądu nie ma bowiem znaczenia, czy przepisu tylko nie można stosować, choć formalnie obowiązuje, czy też przepis ten w ogóle nie obowiązuje – efekt jest w obu wypadkach ten sam. Inaczej ma się rzecz w wypadku kontroli prewencyjnej lub w trybie skargi konstytucyjnej, gdzie rola Trybunału Konstytucyjnego nie dubluje roli Trybunału Sprawiedliwości, który w sprawie wypowiedzieć się na tym etapie nie może. Niezależnie od tego trzeba zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 19 grudnia 2006 roku sam wskazał, że w niektórych wypadkach sprawowanie przez niego kontroli zgodności ustaw z prawem unijnym nie jest wykluczone, w tym w sytuacjach, w których uchwalone przepisy stają się przepisami „pustymi” (por. pkt 3 akapit 4 wyroku).

**Po drugie**, przepisy ustanawiające odpowiedzialność karną, które jednak ze względu na zasadę pierwszeństwa prawa unijnego nie mogą być w jakimś zakresie stosowane, już z tego tylko powodu są niezgodne z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji w związku z art. 2 Konstytucji. Sytuacja taka narusza zasadę *nullum crimen sine lege certa*, zasadę rzetelnej legislacji oraz zasadę zaufania do państwa i prawa. W sytuacji takiej obywatel ostatecznie nie wie i nie może wywnioskować z przepisów ustawy karnej, jakie czyny są karalne, a jakie nie. Tezę tę jednoznacznie potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w S                      zapadły w sprawie skarżącego – wynika z niego, że nawet obywatel działający w zaufaniu do wyroku Trybunału Sprawiedliwości (wyrok w sprawie *Fortuna*) narażony jest na ryzyko skazania. Sensem zasady *nullum crimen sine lege certa* jest między innymi to, by zakres czynów zabronionych przez prawo karne był możliwie klarownie zdefiniowany; w wypadku odesłania zawartego w art. 107 § 1 k.k.s. zasada ta została naruszona najpóźniej w chwili uchwalenia u.g.h. zawierającej nienotyfikowane przepisy techniczne będące normami sankcjonowanymi.

**Po trzecie**, formalne obowiązywanie przepisów ustanawiających odpowiedzialność karną, które jednak ze względu na zasadę pierwszeństwa prawa unijnego nie mogą być stosowane do żąd-

nych stanów faktycznych, czyni te przepisy niezgodnymi z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji w związku z art. 2 i z art. 31 ust. 3 Konstytucji także z przyczyn bardziej zasadniczych. Otóż każdy przepis ustanawiający odpowiedzialność karną powoduje powstanie ryzyka, że ktoś na podstawie tego przepisu zostanie skazany (choćby niesłusznie). Ryzyko to jest jednak z reguły uzasadnione potrzebą penalizacji danego zachowania ze względu na określone wartości konstytucyjne. Uchwalenie takiego przepisu w sytuacji, w której zgodnie z prawem przepis ten nie może być nigdy zastosowany (a tak było z przepisami technicznym zawartymi w u.g.h.), powoduje, że ryzyko takie powstaje bez jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia. Przepis taki z założenia nie może prowadzić do osiągnięcia jakiegokolwiek celu (bo nie wywołuje skutków prawnych), może natomiast – czego sprawa skarżącego jest najlepszym dowodem – być przyczyną bezpodstawnego skazania. Jego formalne obowiązywanie nie może więc spowodować żadnego nawet potencjalnie korzystnego skutku, może zaś doprowadzić do niesłusznego skazania osoby niewinnej. W konsekwencji obowiązywanie takiego przepisu nie może być akceptowane w świetle zasady *nullum crimen sine lege* w połączeniu z zasadą rzetelnej legislacji, która to zasada w takim wypadku jest naruszona w stopniu rażącym (uchwalenie „pustych”, ale powodujących poważne ryzyko dla obywateli przepisów). Przepis taki w żadnej sytuacji nie może też przejść testu proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji), skoro w ogóle nie może wywołać żadnego uwzględnianego w kontekście zasady proporcjonalności skutku – w związku z czym z natury rzeczy nie jest nigdy konieczny w demokratycznym państwie.

**Po czwarte**, zaskarżone przepisy u.g.h. nie zostały prawidłowo ogłoszone, co w zakresie, w jakim stanowią podstawę zastosowania przepisów o odpowiedzialności karnej, czyni je niezgodnymi z art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji w związku z art. 2 i art. 88 ust. 1 i 2 Konstytucji w związku z § 13a rozporządzenia Rady Ministrów w związku z § 2 pkt 5 lit. d tego rozporządzenia. Wskazać bowiem należy, że zgodnie z § 2 pkt 5 lit. d rozporządzenia Rady Ministrów przepisy te stanowiły przepisy techniczne w rozumieniu rozporządzenia, zaś zgodnie z § 13a rozporządzenia ich ogłoszenie powinno w związku z tym zawierać informację o dokonaniu ich notyfikacji; takiej informacji ogłaszając ustawę w Dzienniku Ustaw nie zawarto, bo też notyfikacji nie dokonano. Zdaniem skarżącego z przepisu § 13a rozporządzenia Rady Ministrów w rzeczywistości wynika w szczególności norma prawna zabraniająca ogłoszenia ustawy zawierającej przepisy techniczne bez uprzedniego dokonania jej notyfikacji. Norma ta została w niniejszej sprawie naruszona, a tym samym ustawę ogłoszono wbrew wynikającemu z przepisów prawa zakazowi. Podkreślić przy tym trzeba, że ten aspekt ogłoszenia ustawy nie uchyla się spod kognicji Trybunału Konstytucyjnego (por. pkt 8 wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 marca 2011 roku, sygnatura akt K 35/08, gdzie Trybunał przyjął, że kwestia faktycznej daty wydrukowania i kolportażu Dziennika Ustaw nie podlega jego kognicji, lecz jest kwestią błędu stosowania prawa), a to z następujących przyczyn:

- spod kognicji Trybunału Konstytucyjnego nie uchyla się brzmienie ogłoszeń w Dzienniku Ustaw, lecz jedynie okoliczności tych ogłoszeń, takie jak data druku lub kolportażu; ogłoszenie jako takie jest bowiem elementem konstytucyjnego trybu stanowienia ustaw, a sama zgodność ogłoszenia z tekstem uchwalonym lub z przepisami prawa podlega badaniu przez

Trybunał; tezę tę potwierdza wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 lipca 2003 roku, sygnatura akt SK 38/01, w którym Trybunał porównywał tekst ustawy faktycznie ogłoszony z tekstem uchwalonym,

- ponadto podnoszony w niniejszej sprawie zarzut dotyczy sytuacji, w której już w chwili uchwalania ustawy wiadome było, że ogłoszenie ustawy zgodnie z obowiązującymi przepisami nie będzie możliwe ze względu na brak notyfikacji; w tym sensie analiza zasadności tego zarzutu nie wymaga badania faktycznych okoliczności ogłoszenia ustawy, nie chodzi tu bowiem w rzeczywistości o błąd na etapie ogłoszenia, lecz o to, że tryb uchwalenia ustawy wiązał się automatycznie z niemożliwością jej zgodnego z prawem ogłoszenia.

Po piąte, wskazane powyżej naruszenia stanowią zarazem naruszenie art. 30 ust. 1 Konstytucji w związku z powołanymi wyżej jako związkowe przepisami, tj. w związku z art. 2, art. 7, art. 9, art. 88 ust. 1 i 2 oraz art. 90 ust. 1 i 91 ust. 3 Konstytucji oraz w związku z przepisami rozporządzenia Rady Ministrów i z art. 1 pkt 11 i art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34. Ustanawianie przepisów przewidujących kary za czyny zgodne z prawem (na skutek braku notyfikacji), bez ich prawidłowego ogłoszenia i mimo faktu, że przepisy te ostatecznie i tak nie mogą być stosowane, narusza godność obywateli, którym na skutek tego grozi w praktyce skazanie za czyn nie będący przestępstwem (co zostało potwierdzone wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości), mimo braku prawidłowego ogłoszenia ustawy i mimo tego, że ustawa w tym zakresie nie służy realizacji żadnego celu (bo i tak nie wywołuje skutków prawnych).

Po szóste, zaskarżone przepisy u.g.h. są niezgodne z art. 22 w związku z art. 2, art. 7, art. 9, art. 20, art. 88 ust. 1 i 2 oraz art. 90 ust. 1 i 91 ust. 3 Konstytucji oraz w związku z przepisami rozporządzenia Rady Ministrów i z art. 1 pkt 11 i art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34, a także są niezgodne z art. 31 ust. 1 Konstytucji w związku z art. 2, art. 7, art. 9, art. 31 ust. 3, art. 88 ust. 1 i 2 oraz art. 90 ust. 1 i 91 ust. 3 Konstytucji oraz w związku z przepisami rozporządzenia Rady Ministrów i z art. 1 pkt 11 i art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34. Wymienione bowiem powyżej w kontekście art. 42 ust. 1 Konstytucji przyczyny niezgodności z Konstytucją tych przepisów uzasadniają także stwierdzenie ich niezgodności z Konstytucją niezależnie od tego, czy wiążą się one z sankcją karną, czy też tylko z zakazem pozbawionym takiej sankcji. Taki zwykły zakaz stanowi ingerencję zarówno w wolność prowadzenia działalności gospodarczej (która może stanowić podstawę skargi konstytucyjnej zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 17 listopada 2010 roku, sygnatura akt SK 23/07, przy czym w takim wypadku kryterium proporcjonalności tej ingerencji określone jest wprost w samym art. 22 Konstytucji), jak i w wolność w ogólności (art. 31 ust. 1 Konstytucji, przy czym w takim wypadku kryterium proporcjonalności tej ingerencji określone jest w art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Ani kryteria proporcjonalności zawarte w art. 22 Konstytucji (zakaz ze względu na ważny interes publiczny), ani zawarte w art. 31 ust. 3 Konstytucji nie mogą uzasadniać wprowadzonych zakazów w sytuacji, gdy zakazy te są zostały wprowadzone w wadliwym trybie, mają charakter pusty (nie mogą być stosowane do żadnych stanów faktycznych) i nie zostały prawidłowo ogłoszone.



9. Niezgodność z Konstytucją w związku z brakiem proporcjonalności ograniczenia wolności gospodarczej i wolności w ogólności

Zaskarżone przepisy w zakresie, w jakim dotyczą urządzania gier, w ramach których **nie są przewidziane żadne wygrane** (ani pieniężne, ani rzeczowe – art. 2 ust. 5 u.g.h.) – a przypomnieć należy, że w odniesieniu do czynu (ii) w tym właśnie zakresie przepisy te zastosowano do skarżącego – są niezgodne z Konstytucją także przez to, że bez uzasadnienia i z naruszeniem zasady proporcjonalności ingerują w wolność gospodarczą (art. 22 Konstytucji) oraz w wolność w ogólności (art. 31 ust. 1 Konstytucji).

Trzeba podkreślić, że już *prima facie* jest oczywiste, że **nie ma żadnych podstaw do zakazywania – i to pod groźbą sankcji karnej – urządzania w celach komercyjnych gier o charakterze losowym, jeżeli w ramach tych gier nie są przewidziane żadne wygrane jakiegokolwiek rodzaju**. Tego rodzaju zakaz nie ma nic wspólnego z regulacją hazardu, gdyż gry takie w sposób oczywisty nie mają charakteru hazardowego.

Zgodnie z art. 22 Konstytucji ograniczenia wolności gospodarczej dopuszczalne są tylko ze względu na ważny interes publiczny. Nie sposób wskazać ważnego interesu publicznego, który uzasadniałby zakaz komercyjnego urządzania poza kasynami gry gier o charakterze losowości, w ramach których nie można uzyskać żadnej wygranej (art. 2 ust. 5 u.g.h.). Idea, by tego rodzaju gry były oferowane w kasynach, jest wręcz absurdalna, w kasynach oferowane bowiem być powinny gry hazardowe, a gry, w których niczego nie można wygrać, takiego charakteru nie mają. Co więcej, biorąc pod uwagę minimalne zyski z gier nieoferujących żadnych wygranych w porównaniu z maszynami oferującymi wygrane pieniężne oraz biorąc pod uwagę, że liczba kasyn i eksploatowanych w nich maszyn jest ograniczona ustawowo, zaskarżona regulacja efektywnie prowadzi do tego, że maszyn, o których mowa w art. 2 ust. 5 u.g.h., w ogóle nie ma sensu eksploatować. Eksploatacja taka jest bowiem dopuszczalna tylko w ściśle określonych limitach ustawowych (w kasynach), w ramach których zawsze możliwe i bardziej opłacalne będzie wstawienie maszyny oferującej wygrane pieniężne.

Na absurdalność powyższej regulacji zwrócił uwagę Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 15 stycznia 2014 roku, sygnatura akt II GSK 686/13, stwierdzając:

*„gry, w których jedyna "wygrana" polega na możliwości kontynuowania gry lub rozpoczęcia nowej gry, jak również gry "o charakterze losowym", w których nie ma jakiegokolwiek wygranej rzeczowej ani pieniężnej – trudno nawet uznać za formę hazardu, jest to bowiem aktywność o charakterze czysto rozrywkowym. Korzystanie z tego typu gier jest możliwe przy wykorzystaniu innych urządzeń, do których społeczeństwo ma powszechny, nieograniczony dostęp (komputery, konsole, tablety, itp.). **Nie istnieje więc jakkolwiek racjonalny powód – a tym bardziej powód związany z potrzebą ochrony wartości konstytucyjnych – dla którego zachodziłaby***

**konieczność ograniczenia wolności działalności gospodarczej w zakresie urządzania takich gier.”**

Powyższa uwaga ma istotne znaczenie z punktu widzenia oceny konstytucyjności przepisów zakazujących, pod groźbą sankcji karnej, urządzania gier na automatach nawet jeśli nie są przewidziane żadne wygrane. Wskazuje ona bowiem na rażącą nieproporcjonalność takich zakazów, które **nie służą żadnemu możliwemu do uzasadnienia celowi i stanowią wypadek arbitralnej, pozbawionej jakiegokolwiek uzasadnienia i rażącej ingerencji ustawodawcy w wolność i w wolność gospodarczą.**

Podkreślić trzeba, że wszelkie argumenty odnoszące się do niebezpieczeństw zdrowotnych, społecznych czy gospodarczych związanych z hazardem nie mogą w żaden sposób uzasadniać zakazu w odniesieniu do maszyn nieoferujących żadnych wygranych. Maszyny takie **nie mają bowiem charakteru hazardowego w żadnym znaczeniu tego słowa** (poza oczywiście znaczeniem nadanym mu przez ustawodawcę), co stwierdził zresztą w cytowanym wyżej orzeczeniu Naczelny Sąd Administracyjny. Nie widać także jakichkolwiek innych zagrożeń związanych z tego rodzaju działalnością gospodarczą; ryzyko jakiegokolwiek uzależnienia od tego rodzaju gier jest bez porównania mniejsze od ryzyka uzależnienia od zwykłych gier komputerowych.

Do takich samych wniosków prowadzi ocena zakazu z punktu widzenia art. 31 ust. 1 Konstytucji w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wolność urządzania i uczestniczenia w grach, w których nie przewidziano żadnych wygranych, jest objęta regulacją art. 31 ust. 1 Konstytucji. Nie da się w żaden sposób wykazać, by zakaz urządzania i uczestniczenia w takich grach poza kasynem gry był konieczny w demokratycznym państwie ze względu na bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochronę środowiska, zdrowie publiczne, moralność publiczną albo wolności lub prawa innych osób.

## **10. Niezgodność z Konstytucją przepisów dotyczących przepadku**

Zgodnie z art. 30 § 5 k.k.s.:

*„W wypadkach określonych w art. 107 § 1-3 orzeka się przepadek dokumentu lub urządzenia do gry losowej, gry na automacie lub zakładu wzajemnego, a także znajdujących się w nich środków pieniężnych oraz wygranych, które na podstawie tego dokumentu przypadają grającemu, a także środków uzyskanych ze sprzedaży udziału w grze lub wpłaconych stawek. Przepis stosuje się odpowiednio także w wypadkach określonych w art. 107a § 1, art. 109 i art. 110.”*

Zdanie pierwsze tego przepisu zastosowano do skarżącego, przy czym Sąd orzekł przepadek „urządzenia do gier losowych w postaci automatu” wraz z kluczami i znajdującymi się w automacie pieniędzmi.

Zdaniem skarżącego przepis powyższy jest sformułowany w sposób rażąco wadliwy, co prowadzi do tego, że nie wiadomo, kiedy dopuszczalne (i obligatoryjne) jest zastosowanie sankcji przypadku i co tej sankcji podlega. Stanowi to naruszenie zasad wynikających generalnie z art. 42 ust. 1 Konstytucji w odniesieniu do odpowiedzialności karnej oraz z art. 46 Konstytucji w odniesieniu do sankcji przypadku. Niezachowanie zaś podstawowych wymagań z zakresu prawidłowej legislacji uzasadnia tezę, że art. 30 § 5 zdanie pierwsze k.k.s. jest niezgodny z powyższym wzorcami konstytucyjnymi analizowanymi w związku z art. 2 Konstytucji.

Zgodnie z przepisem art. 30 § 5 zdanie pierwsze k.k.s. warunkiem orzeczenia przypadku jest popełnienie czynu zabronionego z art. 107 § 1-3 k.k.s. Warunek ten sam w sobie nie budzi wątpliwości skarżącego. Wątpliwości budzi natomiast dalsza część przepisu, określająca, co może podlegać przypadkowi.

W pierwszym rzędzie trzeba stwierdzić, że językowe sformułowanie powyższego przepisu budzi szereg istotnych wątpliwości i musi zostać uznane za wyjątkowo nieszczęśliwe. W szczególności zasadnicze wątpliwości budzi:

- Czy przypadkowi podlega „dokument” czy „dokument do gry losowej, gry na automacie lub zakładu wzajemnego”?
- Czy przypadkowi podlegają „urządzenie do gry losowej”, „urządzenie do gry na automacie” oraz „urządzenie do zakładu wzajemnego”, czy też podlegają mu „urządzenie do gry losowej”, „gra na automacie” oraz „zakład wzajemny”?

Wbrew pozorom żadna z powyższych wykładni nie prowadzi do sensownych rezultatów.

Jeżeli chodzi o wątpliwość pierwszą (która faktycznie w niniejszej sprawie nie ma znaczenia zasadniczego), to przyjęcie, że przypadkowi podlega „dokument” bez dalszych określeń prowadzi do niekonstytucyjności przepisu, nie wiadomo bowiem w ogóle, o jaki dokument tu chodzi. Natomiast przyjęcie, że przypadkowi podlega „dokument do gry losowej, gry na automacie lub zakładu wzajemnego” prowadzi do absurdu, nie istnieje bowiem z pewnością nic takiego jak „dokument do gry na automacie”, a sformułowania „dokument do gry losowej” oraz „dokument do zakładu wzajemnego” są językowo niepoprawne, nie występują nigdzie w całym systemie prawa i nie wiadomo, jakie miałyby mieć znaczenie.

Jeżeli chodzi zaś o wątpliwość drugą – mającą zasadnicze znaczenie w sprawie – to przyjęcie, że przypadkowi podlegają „urządzenie do gry losowej”, „urządzenie do gry na automacie” oraz „urządzenie do zakładu wzajemnego” prowadzi do nierozwiązywalnych trudności, nie wiadomo bowiem, czym są te urządzenia. Do jeszcze większych trudności prowadzi zaś przyjęcie, że przypadkowi podlegają „urządzenie do gry losowej”, „gra na automacie” oraz „zakład wzajemny”, nadal bowiem wówczas nie wiadomo, czym jest urządzenie do gry losowej, a dodatkowo pojawia się problem, w jaki sposób miałyby być możliwy wypadek gry lub zakładu, które przecież nie są w ogóle rzeczami, które mogłyby podlegać przypadkowi.

Sąd Rejonowy orzekł w sprawie skarżącego wypadek „urządzenia do gry losowej”, w związku z czym wydaje się, że powyższe rozróżnienie w sprawie niniejszej nie ma znaczenia. Pozostaje

jednak problem, iż nie wiadomo, czym jest „urządzenie do gry losowej”. W tym zakresie trzeba stwierdzić, co następuje:

**Po pierwsze**, sam ustawodawca w kodeksie karnym skarbowym przyjął, iż na potrzeby prawa karnego pojęcia takie jak „gra losowa”, „gra na automacie”, „zakład wzajemny” wymagają definicji, i dlatego w art. 53 § 35 k.k.s. stwierdził, że określenia ta mają znaczenie nadane im w przepisach u.g.h. **Jednakże ustawodawca odesłanie to ograniczył do rozdziału 9 k.k.s., nie ma więc ono zastosowania do przepisu art. 30 § 5 k.k.s.** Tym samym o ile pojęcie „gry losowej” użyte w art. 107 § 1 k.k.s. jest zdefiniowane za pomocą odesłania do art. 2 ust. 1 u.g.h. zawartego w art. 53 § 35 k.k.s., a pojęcie „gry na automacie” użyte w art. 107 § 1 k.k.s. jest zdefiniowane za pomocą odesłania do art. 2 ust. 3-5 u.g.h. zawartego w art. 53 § 35 k.k.s., to **pojęcia gry losowej i gry na automacie użyte w art. 30 § 5 k.k.s. nie są zdefiniowane za pomocą powyższych odesłań.**

**Po drugie**, w powyższym kontekście posłużenie się przez ustawodawcę w art. 30 § 5 k.k.s. pojęciami „gry losowej” oraz „gry na automacie” stanowi faktycznie działanie **zmuszające sądy do stosowania analogii w prawie karnym**; brak jest bowiem definicji tych pojęć na potrzeby art. 30 § 5 k.k.s. Nie sposób przyjąć, że pojęcia te zdefiniowane są już w przepisach u.g.h., gdyby bowiem takie założenie było dopuszczalne, to **przepis art. 53 § 35 k.k.s. byłby zbędny**. Wniosek taki kłóci się jednak z zasadą racjonalności ustawodawcy. Skoro ustawodawca zawarł w art. 53 § 35 k.k.s. odesłanie do przepisów u.g.h., to znaczy to, że bez tego odesłania wymienione w tym przepisie pojęcia należałoby interpretować nie w świetle u.g.h., lecz w świetle zwykłego języka polskiego. Skoro odesłanie zawarte w tym przepisie ograniczono do rozdziału 9 k.k.s., to określenia takie jak „gra losowa” lub „gra na automacie” użyte poza tym rozdziałem winny być interpretowane zgodnie ze znaczeniem, jakie mają one w języku polskim, a nie zgodnie ze znaczeniem nadanym im w przepisach u.g.h. Jednak stwierdzić trzeba, że pojęcia te w języku polskim nie mają żadnego na tyle precyzyjnego znaczenia, by możliwe było odwołanie się do nich w przepisie ustanawiającym sankcję karną. Prowadzi to w konsekwencji do tego, że sądy zmuszone są stosować analogię, przyjmując, że skoro pojęciom tym w rozdziale 9 k.k.s. ustawodawca nadał znaczenie wynikające z przepisów u.g.h., to **analogicznie należy pojęciom tym nadać znaczenie wynikające z przepisów u.g.h. także w rozdziale 3 k.k.s.**

**Po trzecie**, nawet gdyby przyjąć, że pojęcia „gry losowej”, „zakładu wzajemnego” i „gry na automacie” użyte w art. 30 § 5 k.k.s. mają znaczenie zgodne z art. 2 ust. 1 u.g.h. (gra losowa), art. 2 ust. 2 u.g.h. (zakład wzajemny) i art. 2 ust. 3-5 u.g.h. (gra na automacie), to i tak nie byłoby nadal wiadomo, czym są „urządzenie do gry losowej”, „urządzenie do gry na automacie” oraz „urządzenie do zakładu wzajemnego”. Podkreślić trzeba, że w świetle przepisów u.g.h. pojęcia gry losowej i gry na automacie **wzajemnie się wykluczają**. Wobec powyższego i wobec definicji gry losowej zawartej w art. 2 ust. 1 u.g.h. wydaje się, że pojęcie „urządzenia do gry losowej” nie ma sensu i niczego nie oznacza; podkreślić zaś trzeba, że w niniejszej sprawie Sąd orzekając oparł się właśnie na tej części przepisu art. 30 § 5 k.k.s., która przewiduje przepadek urządzenia do gry losowej. Także (a nawet: tym bardziej) nie ma sensu pojęcie „urządzenia do zakładu wzajemnego”. Wbrew pozorom to samo dotyczy także „urządzenia do gry na automacie”; z jednej bowiem strony mo-

