

Warszawa, dnia 8 marca 2015 roku

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

**Skarżący:**           A                   F  
ul.

PESEL

*reprezentowany przez*

**adw. Monikę Tabor-Grusfeld**  
(numer wpisu 4165 na liście adwokatów  
prowadzonej przez ORA w Warszawie)  
*z substytucji*

**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 występujący z substytucji adw. dra Piotra Hoffmana, ustanowionego w sprawie (uwierzytelniony odpis pełnomocnictwa, pełnomocnictwo substytucyjne wraz z dowodami 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 B                   z dnia listopada 2014 roku, sygnatura akt                   , którego odpis wraz z uzasadnieniem został doręczony obrońcy skarżącego Panu adw. Wojciechowi Krakowskiemu w dniu 8 grudnia 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. 53 § 35 k.k.s., a ponadto zaskarżam przepisy art. 196 § 1 i 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 88, poz. 553, ze zm.) (dalej: „k.p.k.”) w związku z art. 40 § 1 pkt 1-3 i 5 oraz art. 193 § 2 k.p.k. oraz z art. 113 § 1 k.k.s. w zakresie, w jakim nie wyłączają one od wydania opinii instytucji, będącej jednostką organizacyjną organu nadrzędnego nad finansowym organem postępowania przygotowawczego, który prowadził postępowanie przygotowawcze, jak również 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:

1. 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. 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. 196 § 1 i 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 88, poz. 553, ze zm.) w związku z art. 40 § 1 pkt 1-3 i 5 oraz art. 193 § 2 tego kodeksu oraz z art. 113 § 1 ustawy z dnia 10 września 1999 roku – Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 186, ze zm.) są niezgodne z art. 45 ust. 1 Konstytucji w związku z art. 2 Konstytucji w zakresie, w jakim nie wyłączają od wydania opinii instytucji będącej jednostką organizacyjną organu nadrzędnego nad finansowym organem postępowania przygotowawczego, który prowadził postępowanie przygotowawcze, oraz osób będących pracownikami tego organu nadrzędnego lub pełniących w nim służbę,
3. 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 sprawiedliwego rozpatrzenia jego sprawy przez bezstronny sąd, które jest naruszone na skutek braku wyłączenia od wydania opinii instytucji specjalistycznej będącej jednostką organizacyjną organu nadrzędnego nad finansowym organem postępowania przygotowawczego, który prowadził postępowanie przygotowawcze i który był oskarżycielem publicznym w sprawie,
- 3) 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 B z dnia czerwca 2014 roku, sygnatura akt , skarżący został uznany za winnego tego, że nie mając koncesji, urządził gry o charakterze losowym w celach komercyjnych na urządzeniu elektronicznym, to jest automacie M , z naruszeniem przepisów art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 u.g.h. w związku z art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h. Czyn ten Sąd Rejonowy zakwalifikował jako przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. Za powyższy czyn oskarżony został skazany na 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 automatu oraz klucza do tego automatu, a znajdujące się w tym automacie środki pieniężne w kwocie złotych zostały przekazane Urzędowi Celnemu w B Zasądzone też od skarżącego na rzecz Skarbu Państwa kwotę złotych tytułem opłaty oraz obciążono go kwotą złotych tytułem wydatków.

**Dowód:** Wyrok Sądu Rejonowego w B z dnia czerwca 2014 roku, sygnatura akt (Załącznik nr 3)

Z sentencji powyższego wyroku wynika nadto, że czyn, za który został skazany, skarżący popełnił w okresie od dnia   maja do dnia   maja 2012 roku. Ponadto z uzasadnienia zaskarżonego wyroku (strona 6 uzasadnienia, akapit przedostatni) wynika, że czyn ten polegał 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 (w zakresie wskazanych w nim norm prawnych) wynika, że urządzone gry były grami, o których mowa w art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h., natomiast z opisu przypisanego oskarżonemu czynu (w sentencji wyroku), wynika, że „oskarżony urządzał gry o charakterze losowym w celach komercyjnych”. W uzasadnieniu wyroku (ostatni akapit strony 6 uzasadnienia) Sąd Rejonowy zaś ustalił, że „oferowane na urządzeniu będącym własnością A           F           gry miały charakter gier na automatach o wygrane rzeczowe, w których gra zawiera element losowości, jak również były grami o charakterze losowym i organizowanymi w celu komercyjnym w rozumieniu przepisów ustawy o grach hazardowych (art. 2 ust. 3 i 5 ugh)”. W dalszej części uzasadnienia wyroku (strona 7 uzasadnienia) Sąd Rejonowy wskazał nadto, że „automat, będący własnością oskarżonego umożliwia uzyskanie wygranej rzeczowej w formie punktów kredytowych (...), za które można rozgrywać nowe gry, co zgodnie z art. 2 ust. 4 ustawy jest wygraną rzeczową. Korzystając z urządzania dana osoba mogła więc potencjalnie uzyskać wymierne korzyści materialne, a więc „wygraną rzeczową” w rozumieniu art. 2 ust. 3 ugh (...)”. Pewne wątpliwości co do rzeczywistych ustaleń Sądu może budzić okoliczność, że urządzenie gier wyczerpywało znamiona opisane w art. 2 ust. 3 i 4 u.g.h. i zarazem w art. 2 ust. 5 tej ustawy (oba przepisy prawa ust. 3 i 5 art. 2 u.g.h. zostały wskazane przez Sąd Rejonowy już w sentencji wyroku), podczas gdy z opisu przypisanego oskarżonemu czynu, wynika, że urządzone przez niego gry „miały charakter losowy i były urządzone w celach komercyjnych”. Taki opis przecież odpowiada wyłącznie znamionom objętym treścią art. 2 ust. 5 u.g.h. Niemniej z ustaleń Sądu zawartych w pisemnym uzasadnieniu wyroku, wynika kategorycznie, że gry oferowane na urządzeniu elektronicznym były grami na automatach o wygrane rzeczowe (wygraną rzeczową *in concreto* była możliwość rozpoczęcia nowej gry przez wykorzystanie wygranej rzeczowej (punktów kredytowych) uzyskanej w poprzedniej grze), w których gra zawiera element losowości – co odpowiadało znamionom opisanym w art. 2 ust. 3 i 4 u.g.h. – jak również były grami o charakterze losowym i organizowanymi w celu komercyjnym w rozumieniu art. 2 ust. 5 u.g.h. Zakres pojęcia „gier na automatach” objęty art. 2 ust. 3 i 4 u.g.h. nie pokrywa się z zakresem pojęcia objętym art. 2 ust. 5 u.g.h.; w pierwszym przypadku decydujące znaczenie ma element wygranej (tak pieniężnej lub rzeczowej), w drugim kluczowy jest charakter losowy gry, a grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej. W kontekście powyższego, nie sposób jednak postawić innego wniosku (mimo że jest w tym pewna sprzeczność), jak ten, że skarżącego skazano za urządzenie gier z zastosowaniem art. 2 ust. 3, 4 i 5 u.g.h., bowiem wszystkie te przepisy Sąd Rejonowy stosował.

Celem ustalenia charakteru automatu, będącego własnością skarżącego, Urząd Celny w B  
dopuścił w dniu   maja 2013 roku dowód z jednostki badającej – Laboratorium Celnego

Izby Celnej w B , która to jednostka specjalistyczna w dniu maja 2013 roku sporządziła zleconą jej opinię.

**Dowód:** Postanowienie Urzędu Celnego w B z dnia maja 2013 roku, w sprawie znak (Załącznik nr 4), opinia Laboratorium Celnego Izby Celnej w B z dnia maja 2013 roku (Załącznik nr 5)

Charakter automatu, na którym urządził gry skarżący, w zakresie w jakim Sąd Rejonowy przyjął, że podpada on pod pojęcie automatów do gier w rozumieniu art. 2 ust. 3 i 4 u.g.h., ustalony został na podstawie pisemnej opinii wydanej przez Laboratorium Celne, jakkolwiek Sąd Rejonowy odwołując się w uzasadnieniu wyroku do tej pisemnej opinii, użył sformułowania „*opinia biegłego*”. Laboratorium Izby Celnej w B stanowi jednostkę organizacyjną Izby Celnej w B (por. § 7 ust. zarządzenia nr 28 Ministra Finansów z dnia 28 czerwca 2013 roku w sprawie nadania statutów izbom celnym i urzędom celnym (t.j. Dz.Urz. Ministra Finansów z 2014 r., poz. 56). Jednocześnie Izba Celna w B jest organem wyższego stopnia nad Urzędem Celnym w B , który prowadził postępowanie przygotowawcze i był oskarżycielem w sprawie skarżącego (por. § 1 pkt lit. rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 23 października 2009 roku w sprawie utworzenia izb celnych i urzędów celnych oraz określenia ich siedzib (Dz.U. Nr. 180, poz. 1404)) oraz jest, zgodnie z art. 53 § 39 pkt 1 k.k.s., organem nadrzędnym nad Urzędem Celnym jako finansowym organem postępowania przygotowawczego.

Na skutek apelacji obrońcy skarżącego od powyższego wyroku, Sąd Okręgowy w B wyrokiem z dnia listopada 2014 roku, sygnatura akt , utrzymał w mocy zaskarżony wyrok oraz zasądził od skarżącego kwotę złotych tytułem kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze. W uzasadnieniu wyroku (strona 7-8 uzasadnienia) Sąd Okręgowy stwierdził, że „(...) Sąd I instancji precyzyjnie i logicznie wskazał, dlaczego gry na urządzeniu M mają charakter losowy i w związku z tym mają do niego zastosowanie przepisy art. 2 ust. 3, 4 i 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (k. 277-278). (...). Tym samym zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sądowym (...) miały do nich zastosowanie przepisy art. 2 ust. 3, 4 i 5 ustawy o grach hazardowych” (ostatni akapit strony 7 i strona 8 uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego).

**Dowód:** Wyrok Sądu Okręgowego w B z dnia listopada 2014 roku, sygnatura akt (Załącznik nr 6)

Powyższy wyrok jest prawomocny.

## 2. Ostateczne orzeczenie o prawach i wolnościach skarżącego

Wyrokiem z dnia listopada 2014 roku, sygnatura akt , Sąd Okręgowy w B 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 B... z dnia ... listopada 2014 roku, sygnatura akt ..., wraz z uzasadnieniem został doręczony obrońcy skarżącego w dniu 8 grudnia 2014 roku. Dlatego też, zgodnie z art. 46 ust. 1 u.T.K. oraz z art. 112 k.c. zdanie pierwsze w związku z art. 165 § 1 k.p.c. w związku z art. 20 u.T.K., termin do złożenia skargi konstytucyjnej przypada na dzień 8 marca 2015 roku. Jako że do wniesienia skargi konstytucyjnej znajdują zastosowanie ogólne przepisy dotyczące terminu, a zatem art. 110-116 k.c., to skoro ostatni dzień na wniesienie skargi konstytucyjnej przypada *in concreto* na niedzielę, to termin jest zachowany w razie jej wniesienia najpóźniej w dniu 9 marca 2015 roku.

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

Skarżący został skazany za czyn polegający na urządzaniu gier na urządzeniu elektronicznym, to jest automacie do gier, wbrew przepisom art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h. (czyn przypisany określono w wyroku następująco: „wbrew przepisom ustawy, nie mając koncesji urządził gry o charakterze losowym w celach komercyjnych (...) czym naruszył przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 w związku z art. 2 ust. 3 i 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 o grach hazardowych (...)\"); czyn ten został zakwalifikowany jako stanowiący przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.

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

*„wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urządził 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.”*

Powyższe przepisy weszły w życie w dniu 1 stycznia 2010 roku, wraz z wejściem w 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, a także możliwość rozpoczęcia nowej gry przy wykorzystaniu wygranej rzeczowej uzyskanej w poprzedniej grze (art. 2 ust. 3 i 4 u.g.h.) lub w których nie ma w ogóle żadnych wygranych, jeśli tylko gra urządzana jest w celach komercyjnych oraz ma charakter losowy (art. 2 ust. 5 u.g.h.), a ewentualnie także przepisu art. 53 § 35 k.k.s. Jeśli chodzi o przepisy art. 2 ust. 3, 4 i 5 u.g.h., to oba Sądy (tak Sąd Rejonowy jak i Sąd Okręgowy) zastosowały zarówno art. 2 ust. 3 i 4 u.g.h. jak również art. 2 ust. 5 u.g.h., mimo że przepisy te wyłączają się. Jakkolwiek z zawartego w sentencji wyroku Sądu Rejonowego opisu przypisanego oskarżonemu czynu, wynika, że „oskarżony urządzał gry o charakterze losowym w celach komercyjnych”, co w istocie rzeczy powinno wskazywać na zastosowanie przez Sąd Rejonowy art. 2 ust. 5 u.g.h., to jednak w sentencji wyroku tego Sądu zostały wskazane normy prawne w postaci art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h. Z uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego (ostatni akapit strony 6 uzasadnienia) wynika zaś – co zresztą przedstawione zostało już szczegółowo w punkcie I uzasadnienia niniejszej skargi konstytucyjnej, że „oferowane na urządzeniu będącym własnością A F , gry miały charakter gier na automatach o wygrane rzeczowe, w których gra zawiera element losowości, jak również były grami o charakterze losowym i organizowanymi w celu komercyjnym w rozumieniu przepisów ustawy o grach hazardowych (art. 2 ust. 3 i 5 ugh)”, przy czym Sąd Rejonowy ustalił także, że automat, umożliwiał „uzyskanie wygranej rzeczowej w formie punktów kredytowych, za które można rozgrywać nowe gry (...), co zgodnie z art. 2 ust. 4 ustawy (mój dopisek: o grach hazardowych) jest wygraną rzeczową” (strona 7 uzasadnienia wyroku). Tę ocenę i zastosowane w tym zakresie przez Sąd Rejonowy przepisy prawa podzielił Sąd Okręgowy, wskazując że „(...) Sąd I instancji precyzyjnie i logicznie wskazał, dlaczego gry na urządzeniu M mają charakter losowy i w związku z tym mają do niego zastosowanie przepisy art. 2 ust. 3, 4 i 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (...). (...) Tym samym zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sądowym (...) miały do nich zastosowanie przepisy art. 2 ust. 3, 4 i 5 ustawy o grach hazardowych” (ostatni akapit strony 7 i strona 8 uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego). Jakkolwiek przyjęcie przez oba Sądy, że gry urządzone przez oskarżonego na automacie były grami, o których mowa w art. 2 ust. 3 i 4 u.g.h., a także grami, o jakich mowa w art. 2 ust. 5 u.g.h., zawiera samo w sobie sprzeczność (zdaniem skarżącego), albowiem jest tak, że grami na automacie są: gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości (art. 2 ust. 3 u.g.h.), przy czym wygraną rzeczową w grach na automatach jest również wygrana polegająca

na możliwości przedłużania gry bez konieczności wpłaty stawki za udział w grze, a także możliwość rozpoczęcia nowej gry przez wykorzystanie wygranej rzeczowej uzyskanej w poprzedniej grze (art. 2 ust. 4 u.g.h.) lub gry organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy (art. 2 ust. 5 u.g.h.).

Podsumowując jednak powyższe, przyjąć należy, że zastosowanie znalazł zarówno art. 2 ust. 3, 4 u.g.h. jak i art. 2 ust. 5 u.g.h. (jakkolwiek jak już skarżący powyżej sygnalizował, przepisy te w istocie rzeczy wyłączają się). Skoro jednak zarówno Sąd Rejonowy jak i Sąd Okręgowy stosowały wszystkie te przepisy prawa – art. 2 ust. 3 i 4 oraz ust. 5 u.g.h., to z tych powodów skarżący wszystkie te trzy przepisy prawa – art. 2 ust. 3, 4 i 5 u.g.h. – objął zakresem zaskarżenia, a przedstawione w skardze konstytucyjnej zarzuty w równej mierze dotyczą art. 2 ust. 3 i 4 oraz ust. 5 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; skoro jednak w uzasadnieniu wyroku ten przepis prawa został przytoczony (strona 6 akapit przedostatni uzasadnienia), z ostrożności skarżący wskazuje także i ten przepis jako element, na podstawie którego odtworzona może być ta norma.

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.



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 podstawy skazania skarżącego przepis art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 53 § 35 k.k.s. (norma sankcjonująca) i przepis art. 14 ust. 1 u.g.h. w związku z art. 2 ust. 3, 4 i 5 u.g.h. (norma sankcjonowana), a potencjalnie także (choć budzi to pewne wątpliwości) art. 3 i art. 6 ust. 1 u.g.h.,
- w odniesieniu do orzeczenia przepadek przepisy 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. Przepisy proceduralne, które zastosowano wydając orzeczenie o prawach i wolnościach skarżącego, oraz zakres zaskarżenia**

Kluczową kwestią w sprawie, w której zapadły wyroki Sądu Rejonowego i Sądu Okręgowego w B , był charakter automatu, na którym urządzał gry skarżący, w tym to, czy gry te zawierały element losowości i czy spełniały kryteria określone w art. 2 ust. 3, 4 i 5 u.g.h. Okoliczność tę – na niekorzyść skarżącego – Sąd Rejonowy ustalił w oparciu o pisemną opinię, powstałą na etapie postępowania przygotowawczego prowadzonego przed Urzędem Celnym w B , który w dniu maja 2013 roku dopuścił dowód z opinii jednostki specjalistycznej, to jest Laboratorium Celnego Izby Celnej B , a Laboratorium to w dniu maja 2013 roku sporządziło rzeczoną opinię. Mimo że, pisemna opinia została w sprawie sporządzona przez Laboratorium Celne Izby Celnej w B (czyli instytucję specjalistyczną), to z niewyjaśnionych przyczyn Sąd Rejonowy odnosząc się w uzasadnieniu wyroku do tej pisemnej opinii, wskazywał na opinię biegłego, a nie instytucji specjalistycznej. Podkreślenia

wymaga, że Laboratorium Izby Celnej w B jest jednostką organizacyjną Izby Celnej w B, która to Izba obejmuje Urząd Celny w B – który z kolei prowadził postępowanie przygotowawcze i był oskarżycielem publicznym w sprawie skarżącego. Jakkolwiek tej okoliczności i związanego z nią uchybienia procesowego, które powinno w istocie rzeczy sprowadzać się do tezy, że instytucja taka nie może być uznana za bezstronną i winna podlegać wyłączeniu (art. 196 § 1 i 3 k.p.k.), nie podniesiono w apelacji, to jednak Sąd Okręgowy w B powinien był skontrolować i w tym zakresie orzeczenie Sądu Rejonowego. Tym bardziej, że dla oceny spornego w sprawie skarżącego charakteru automatu – jak wskazał Sąd Rejonowy w uzasadnieniu wyroku (strona 4 uzasadnienia), opinia ta „była kluczową w sprawie”. Podkreślić należy, że w orzecznictwie powszechny jest bowiem pogląd, że z obowiązku skontrolowania orzeczenia sądu pierwszej instancji nie zwalnia sądu odwoławczego okoliczność, iż autor apelacji nie zajmował się w apelacji określoną problematyką. Sąd odwoławczy, w przeciwieństwie do sądu kasacyjnego (por. art. 433 § 1 i art. 536 k.p.k.), nie jest związany granicami podniesionych w środку zaskarżenia zarzutów. Związanie takie występuje jedynie w wypadku apelacji wniesionej na niekorzyść oskarżonego i tylko wtedy, gdy apelacja pochodzi od oskarżyciela publicznego lub pełnomocnika (art. 434 § 1 *in fine* k.p.k.); tak przykładowo Sąd Najwyższy w: wyroku z dnia 5 stycznia 2006 r., sygnatura III KK 266/05, opublikowanym w KZS 2006 nr 6, poz. 57; postanowieniu z dnia 16 listopada 2009 r., sygnatura IV KK 101/09, opublikowanym w OSNKW 2010 nr 1, poz. 8.

Należy zauważyć, że w orzecznictwie powszechne jest stanowisko, że tego rodzaju powiązanie, oskarżyciela i instytucji specjalistycznej, jakie miało miejsce w sprawie skarżącego (przynależność do tej samej Izby Celnej) nie uzasadnia wyłączenia tej instytucji i nie stanowi przeszkody do oparcia wyroku na jej opinii. Szczególnie wyraźnie stanowisko takie zajął Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim w wyroku z dnia 22 stycznia 2014 roku, sygnatura akt IV Ka 251/13, a także Sąd Okręgowy w S w wyroku z dnia sierpnia 2014 roku, sygnatura akt

Przedmiotem zaskarżenia jest w tym wypadku objęte art. 196 § 1 k.p.k. pominięcie prawodawcze polegające na tym, że ustawodawca przyjmując, że wyłączeniu jako biegły podlegają osoby wymienione w art. 196 § 1 k.p.k. w związku z art. 40 § 1 pkt 1-3 i 5 k.p.k., pominął wypadek, w którym opinię wydać ma instytucja znajdująca się w strukturach podmiotu będącego oskarżycielem lub podmiotu nad oskarżycielem nadrzędnego i nadzorującego postępowanie przygotowawcze (lub osoby będące pracownikami tego organu nadrzędnego lub pełniące w nim służbę). Z ostrożności skarżący jako przedmiot kontroli wskazuje także art. 196 § 3 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s., na wypadek gdyby Trybunał Konstytucyjny uznał, że pominięcie nastąpiło w tym przepisie (w zakresie, w jakim powyższa okoliczność miałaby nie stanowić powodu osłabiającego zaufanie do biegłego lub instytucji w rozumieniu art. 196 § 3 *in fine* k.p.k.).

## **6. 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 zasadą 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). Ograniczenia 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, 4 i 5 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), czy też w zakresie w jakim obejmuje on urządzenie gier na automatach o wygrane rzeczowe w postaci rozpoczęcia nowej gry przy wykorzystaniu wygranej rzeczowej uzyskanej w poprzedniej grze – 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.

Odnosnie zakresu zaskarżenia objętym pkt 2 *petitum skargi*, zastosowanie zaskarżonych przepisów spowodowało naruszenie konstytucyjnego prawa skarżącego do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji w związku z art. 2 Konstytucji), a ściślej biorąc do sprawiedliwie ukształtowanej procedury w sprawach karnych. Nie może być bowiem sprawiedliwą procedura, w ramach której kwestie wymagające wiadomości specjalnych są rozstrzygane przez zwrócenie się o opinię do instytucji specjalistycznej będącej komórką organizacyjną Izby Celnej, jeżeli w tej sprawie prowadził postępowanie przygotowawcze i był oskarżycielem Urząd Celny (w tej konkretnej sprawie – bezpośrednio podległy Izbie Celnej, która postępowanie przygotowawcze nadzorowała).

Natomiast w zakresie zaskarżenia objętym pkt 3 *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).

## 7. 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 9 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 8 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 11 poniżej wykaże niezgodność powołanych przepisów kodeksu postępowania karnego z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

W zakresie objętym pkt 3 *petitum* skargi skarżący w punkcie 12 poniżej wykaże niezgodność powołanych przepisów kodeksu karnego skarbowego z art. 42 ust. 1, art. 46 oraz art. 64 ust. 1, 2 i 3 Konstytucji.

## 8. 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 czerw-

ca 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 (opinie 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 prowadzi co do zasady do niekonstytucyjności tych przepisów**, chyba że ciężar gatunkowy tego naruszenia jest niewielki.

W wypadku przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h. **faktycznie doszło do naruszenia wymogów przewidzianych:**

- 1) przepisami § 4 ust. 1, § 8 ust. 1, 2 i 3, § 9 oraz § 10 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów, oraz
- 2) przepisem art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34.

Zgodnie bowiem z punktem 25 wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 lipca 2012 roku w sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11 *Fortuna Sp. z o.o., Grand Sp. z o.o. i Forta Sp. z o.o.* (dalej: „**wyrok w sprawie Fortuna**”) przepisy tego rodzaju co art. 14 ust. 1 u.g.h. są przepisami technicznymi w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34. Nie budzi wątpliwości, że wobec tego winny one być notyfikowane zgodnie z art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34, co jednak nie nastąpiło. Tym samym naruszenie trybu przewidzianego dyrektywą nie budzi wątpliwości.

To samo dotyczy trybu przewidzianego rozporządzeniem Rady Ministrów. Przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h. stanowią bowiem przepisy techniczne w rozumieniu § 2 pkt 5 lit. d rozporządzenia Rady Ministrów; wniosek taki jest tym bardziej zasadny, jeżeli uwzględnić, że przepisy rozporządzenia mają na celu wykonanie dyrektywy 98/34, powinny więc być interpretowane w kontekście treści dyrektywy (wymóg prounijnej wykładni przepisów), wiążąco zinterpretowanej przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Fortuna*. Wobec powyższego, przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h. powinny być notyfikowane Komisji Europejskiej zgodnie z § 4 ust. 1, § 8 ust. 1, 2 i 3, § 9 oraz § 10 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów, co jednak nie nastąpiło. Tym samym także naruszenie trybu przewidzianego rozporządzeniem nie budzi wątpliwości.

Jedyną przyczyną, która może uzasadniać nieuwzględnienie zarzutu niedochowania właściwego trybu ustawodawczego, byłoby wobec powyższego przyjęcie, że naruszenia powyższe miały niewielki ciężar gatunkowy. Teza taka byłaby jednak absolutnie nieuzasadniona, a to wobec poważnych skutków wiążących się z tymi naruszeniami. Trzeba bowiem zauważyć, że naruszenia te są traktowane przez organy Unii Europejskiej jako tak poważne, że prowadzą wręcz do niestosowalności nienotyfikowanych przepisów (por. orzecznictwo powołane w punkcie 9 poniżej); Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie mocno podkreśla fundamentalne znaczenie obowiązku notyfikacji w trybie dyrektywy 98/34, a w wyroku z dnia 4 czerwca 2009 roku w sprawie C-109/08 *Komisja przeciwko Grecji* nałożył na Republikę Grecką karę pieniężną w wysokości 3 milionów euro oraz 31.536 euro dziennie za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu swojego wcześniejszego wyroku dotyczącego między innymi uchwalenia i stosowania wobec przedsiębiorców nienotyfikowanych przepisów zakazujących urządzania gier na automatach poza kasynami gry.

## 9. 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 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 Karłowi 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, Kejlłowi Otto Pehrsonowi i Hakanowi Rosengrenowi*), jak i w stosunkach horyzontalnych (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 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 *SapodAudic 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. Wprowadzie 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 uchwalonymi 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 tych 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 B 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 żadnych 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 prawa). 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 przepi-

sami 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 II 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 II 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 II 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.

10. 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 także w zakresie w jakim dotyczą automatów do gier o wygrane rzeczowe w postaci możliwości rozpoczęcia nowej gry przez wykorzystanie wygranej rzeczowej uzyskanej w poprzedniej grze (art. 2 ust. 3 i 4 u.g.h.) – a przypomnieć należy, że w powyższym 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. Nie sposób wskazać także ważnego interesu publicznego, który uzasadniałby zakaz urządzania poza kasynami gry gier z elementem losowości, w których jedyną możliwą do uzyskania wygraną jest wygrana rzeczowa w postaci możliwości rozpoczęcia nowej gry przez wykorzystanie wygranej rzeczowej (punktów kredytowych, jak to miało miejsce w przypadku urzędnika skarżącego) uzyskanej w poprzedniej grze. Jest tak tym bardziej, jeżeli uwzględni się skrajnie restrykcyjną regulację samego prowadzenia kasyn, wymagającą uzyskania koncesji oraz sztywno ograniczającą liczbę kasyn oraz liczbę automatów w kasynach.

W praktyce, biorąc pod uwagę drastycznie mniejsze zyski z maszyn, w których jedyną wygraną może być możliwość rozpoczęcia nowej gry, czy minimalne zyski z gier nieoferujących żadnych wygranych w porównaniu z maszynami oferującymi wygrane pieniężne, zaskarżona regulacja efektywnie prowadzi do tego, że maszyn, o których mowa w art. 2 ust. 4 u.g.h., czy 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 jakiegokolwiek 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.

## II. Niezgodność z Konstytucją w związku z brakiem wyłączenia biegłego (instytucji specjalistycznej)

Pominięcie przez ustawodawcę w art. 196 § 1 k.p.k. jako podstawy wyłączenia biegłego (instytucji specjalistycznej) okoliczności, że biegły (instytucja) jest jednostką organizacyjną organu nadrzędnego nad finansowym organem postępowania przygotowawczego, który to finansowy

organ prowadził postępowanie przygotowawcze i jest oskarżycielem publicznym w sprawie, stanowi o niezgodności tej regulacji z art. 45 ust. 1 Konstytucji w związku z art. 2 Konstytucji.

Konstytucyjnie nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której organ nadzorujący postępowanie przygotowawcze wydaje w tym postępowaniu oraz w dalszym postępowaniu sądowym opinię jako instytucja specjalistyczna na podstawie art. 193 § 2 k.p.k. Te same przyczyny, które powodują konieczność wyłączenia prokuratora jako biegłego w sprawie, którą nadzoruje lub nadzorował (art. 40 § 1 pkt 5 k.p.k. w związku z art. 196 § 1 k.p.k.), powodują konieczność wyłączenia także spełniającego analogiczną funkcję organu nadrzędnego nad finansowym organem postępowania przygotowawczego oraz osób będących pracownikami tego organu nadrzędnego lub pełniących w nim służbę. Zauważyć przy tym trzeba, że Laboratorium Celne Izby Celnej w B

jest niewyodrębnioną jednostką organizacyjną tej Izby, w związku z czym opinia wydana przez Laboratorium jest niczym innym jak opinią wydaną przez samą Izbę Celną w B

Podkreślić trzeba, że opinia biegłego w sprawie karnej wprost wpływa na rozstrzygnięcie o odpowiedzialności karnej oskarżonego. Zgodnie z art. 193 § 1 k.p.k., jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, to sąd zobowiązany jest zasięgnąć opinii biegłego. W zakresie, w jakim stwierdzenie danej okoliczności wymaga wiadomości specjalnych (w sprawie skarżącego: tego, czy gry na automacie zawierały element losowości), sąd okoliczności tej nie może stwierdzić w inny sposób niż opierając się na opinii biegłego. Opinia ta jest w tym sensie dla sądu wiążąca. Zwrócenie się o opinię do innego biegłego możliwe jest jedynie w określonych przepisami prawa sytuacjach wskazanych w art. 196 § 3 oraz art. 201 k.p.k., tj.:

- jeżeli ujawnią się powody osłabiające zaufanie do wiedzy lub bezstronności biegłego albo inne ważne powody, lub
- jeżeli opinia jest niepełna lub niejasna lub zachodzi sprzeczność w samej opinii (lub między opiniami).

W pozostałych wypadkach opinia biegłego jest dla sądu wiążąca i rozstrzyga o ustaleniu określonych – często zasadniczych dla powstania odpowiedzialności karnej oskarżonego – okoliczności.

Z powyższych względów elementem sprawiedliwej procedury sądowej muszą być gwarancje zapewniające bezstronność biegłego, który wydaje opinię w sprawie karnej. Brak zapewnienia bezstronności biegłego prowadzi w praktyce do skutków w znacznym stopniu podobnych do braku zapewnienia bezstronności sędziego. Dostrzega to sam ustawodawca, który bezstronności biegłego poświęca kilka przepisów kodeksu postępowania karnego, a w szczególności nakazuje biegłemu złożyć uroczyste przyrzeczenie, że będzie swoje obowiązki wykonywał bezstronnie (art. 197 § 1 k.p.k.).

Od strony proceduralnej, bezstronność biegłego mają gwarantować przepisy o wyłączeniu biegłego (art. 196 § 1 k.p.k.) oraz o powołaniu innego biegłego w razie ujawnienia się powodów

osłabiających zaufanie do bezstronności biegłego (art. 196 § 3 *in fine* k.p.k.). Wobec braku podstaw do wyłączenia, na podstawie art. 196 § 1 k.p.k., jako biegłego instytucji będącej jednostką organizacyjną organu nadrzędnego nad finansowym organem postępowania przygotowawczego prowadzącym postępowanie przygotowawcze i będącym oskarżycielem publicznym w sprawie, konieczna jest analiza, czy wystarczającą gwarancję bezstronności biegłego może stanowić przepis art. 196 § 3 *in fine* k.p.k. Przepis ten wymaga bowiem powołania innego biegłego, jeżeli ujawnią się powody osłabiające zaufanie do bezstronności pierwotnie powołanego biegłego.

Przepis powyższy nie może jednak zostać uznany za wystarczającą gwarancję bezstronności biegłego, albowiem zgodnie z orzecznictwem sądowym nie ma on w rozważanych wypadkach zastosowania; Trybunał Konstytucyjny, oceniając konstytucyjność przepisów, uwzględnia zaś nie tylko ich brzmienie i możliwą ich wykładnię (w tym prokonstytucyjną), ale także to, jak przepisy te są odczytywane w praktyce przez organy stosujące prawo. Tymczasem w orzecznictwie przyjmuje się, że okoliczność, że opinię wydaje instytucja wchodząca w skład struktury organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze i będąca jednostką organizacyjną organu nadrzędnego nad finansowym organem postępowania przygotowawczego prowadzącym postępowanie przygotowawcze i będącym oskarżycielem publicznym w sprawie, nie stanowi powodu osłabiającego zaufanie do bezstronności biegłego (instytucji). Stanowisko takie sądy zajęły przykładowo w powołanych już w niniejszej skardze sprawach o sygnaturach akt IV Ka 251/13 rozpatrywanej przez Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim (wyrok z dnia 22 stycznia 2014 roku) oraz rozpatrywanej przez Sąd Okręgowy w S (wyrok z dnia sierpnia 2014 roku). Stanowisko takie można uzasadnić w szczególności tym, że trudno mówić o „ujawnieniu” się powodów braku zaufania do bezstronności danej instytucji (biegłego) w sytuacji, gdy chodzi o powody strukturalne, wynikające z samej tożsamości tej instytucji, a więc powody, które były i są jawne od samego początku. Ponadto należy zauważyć, że ustawodawca, tworząc laboratoria celne, uczynił to właśnie po to, by instytucje te sporządzały ekspertyzy i wykonywały badania specjalistyczne (por. § 3 ust. 4 pkt 3 lit. c zarządzenia nr 28 Ministra Finansów z dnia 28 czerwca 2013 roku w sprawie nadania statutów izbom celnym i urzędom celnym); przyjęcie, że laboratoria te ekspertyz takich na potrzeby postępowania karnego sporządzać nie mogą, wydaje się więc sprzeczne z wolą ustawodawcy. W kontekście odkodowania normy prawnej zgodnie z istniejącą praktyką sądową nie ma znaczenia, że ustawodawca laboratoria utworzył i ich rolę określił wyłącznie w zarządzeniu i to, co więcej, o tyle niezgodnie z prawem, że z art. 21 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o Służbie Celnej wynika jednoznacznie, iż laboratoria celne można utworzyć wyłącznie w drodze rozporządzenia, co nigdy nie nastąpiło.

Nawet jednak gdyby uznać, że wykluczenie wykorzystania opinii wydanej przez Laboratorium Celne ze względu na umiejscowienie tej jednostki w stosunku do organu nadzorującego postępowanie przygotowawcze i do organu będącego oskarżycielem mogłoby mieć miejsce na podstawie art. 196 § 3 k.p.k., to i tak nie pozwalałoby to na przyjęcie, że zawarte w kodeksie gwarancje bezstronności biegłego są wystarczające. Stanowisko takie wynika z następujących przyczyn:



- ewentualne naruszenie art. 196 § 3 k.p.k. jest tylko względną przyczyną odwoławczą i nie prowadzi automatycznie do pominięcia opinii biegłego, co do którego bezstronności powstały wątpliwości; taka konstrukcja prawna, wymagająca wykazania, że kwestionowane powiązanie strukturalne mogło *in concreto* mieć wpływ na treść orzeczenia (art. 438 pkt 2 k.p.k.), z jednej strony osłabia gwarancje bezstronności biegłego, z drugiej zaś strony czyni to bez uzasadnionej przyczyny; strukturalne powody braku bezstronności są bowiem powodami tego rodzaju, że **zawsze** uzasadniają zwrócenie się do innego biegłego, choćby ze względu na to, że opinia takiego biegłego (instytucji) „na zewnątrz” nigdy nie będzie odbierana jako obiektywna; tymczasem przepis art. 196 § 3 k.p.k. jest przepisem takiego rodzaju, że poniekąd z góry zakłada analizowanie, czy *in casu*, uwzględniając wszystkie okoliczności, zachodzi powód do braku zaufania do bezstronności biegłego czy też nie,
- ponadto uwzględnić trzeba, że w praktyce szczególną rolę pełnią opinie biegłych (instytucji) także w toku postępowania przygotowawczego; brak jednoznacznego wyłączenia możliwości opierania się w toku postępowania przygotowawczego na opiniach jednostki działającej w ramach organu nadzorującego to postępowanie prowadzi do sytuacji, w której Urząd Celny prowadzi postępowanie, w ramach którego bezstronną opinię wydać ma Izba Celna, która postępowanie to nadzoruje; taką sytuacją trudno uznać za zgodną z zasadą rzetelnej legislacji i z zasadą zaufania obywateli do państwa; niezgodność ta ma zaś bezpośredni związek z prawem do sądu, tym bardziej że zebrany przez Urząd Celny materiał dowodowy może stanowić podstawę rozstrzygnięcia sądowego nie tylko w sprawie głównej, w której sąd będzie miał możliwość powołania kolejnego biegłego, ale także w istotnych dla oskarżonego sprawach incydentalnych, w tym dotyczących zastosowania środków zapobiegawczych – w praktyce wydana w postępowaniu przygotowawczym opinia Laboratorium Celnego będzie miała istotny wpływ na rozstrzygnięcie sądu dotyczące przykładowo zażalenia na zastosowania środka zapobiegawczego.

Zdaniem skarżącego opisana wyżej sytuacja stanowi klasyczny wypadek pominięcia prawodawczego; ustawodawca przewidując określone podstawy wyłączenia biegłego pominął bowiem pewien – analogiczny do innych, które przewidział – wypadek, w którym biegły (instytucja) musi zostać wyłączony. Wobec powyższego nie mamy tu do czynienia z luką w prawie, lecz właśnie z pominięciem, które miało miejsce w art. 196 § 1 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s. Z ostrożności skarżący jako przedmiot kontroli wskazuje także art. 196 § 3 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s., na wypadek gdyby Trybunał Konstytucyjny uznał, że pominięcie nastąpiło w tym przepisie w zakresie, w jakim przyjmuje się w orzecznictwie, że przynależność biegłego (instytucji) do organu nadzorującego postępowanie przygotowawcze i będącego organem nadzycznym nad oskarżycielem publicznym nie stanowi powodu osłabiającego zaufanie do bezstronności biegłego (instytucji).

Zdaniem skarżącego w istocie rzeczy zasadne wydaje się stanowisko bardziej ogólne niż wyrażone powyżej: Otóż w ramach struktury zhierarchizowanej, jaką jest Służba Celna, nie jest dopuszczalne, by biegłym (instytucją specjalistyczną) w sprawie prowadzonej przez jedną z jed-

nostek tej Służby (i w której jednostka ta jest oskarżycielem) była inna jednostka tej samej Służby lub osoba w niej zatrudniona, choćby nawet jednostki te nie znajdowały się w bezpośrednim stosunku podległości. Niewykluczenie także i takich wypadków stanowi pominięcie prawodawcze w ramach art. 196 § 1 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s. (ewentualnie w ramach art. 196 § 3 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s.).

## 12. 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 o nazwie M (...)” wraz z kluczem.

Zdaniem skarżącego przepis powyższy jest sformułowany w sposób rażąco wadliwy, co prowadzi do tego, że nie wiadomo, kiedy dopuszczalne (i obligatoryjne) jest zastosowanie sankcji przepadku 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 przepadku. Niezachowanie zaś podstawowych wymagań z zakresu prawidłowej legislacji uzasadnia tezę, że art. 30 § 5 zdanie pierwsze k.k.s. jest niezgodny z powyższymi wzorcami konstytucyjnymi analizowanymi w związku z art. 2 Konstytucji.

Zgodnie z przepisem art. 30 § 5 zdanie pierwsze k.k.s. warunkiem orzeczenia przepadku 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 przepadkowi.

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

- Czy przepadkowi podlega „dokument” czy „dokument do gry losowej, gry na automacie lub zakładu wzajemnego”?
- Czy przepadkowi 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 prowadziłoby 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 okre-

ślenia 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 przypadek 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 mogłoby się wydawać, że oznacza to dowolne urządzenie mechaniczne, elektromechaniczne lub elektroniczne, na którym urządzana jest gra na automacie w rozumieniu u.g.h. Gdyby jednak tak było, to niezrozumiałe byłoby, czemu w art. 30 § 5a k.k.s. ustawodawca zabronił sprzedaży takiego urządzenia na rzecz osoby nie dysponującej koncesją ani zezwoleniem; zakaz taki zdaje się wskazywać na przekonanie ustawodawcy, iż urządzenia do gry na automacie są rzeczami tego rodzaju, iż ich legalna eksploatacja jest możliwa wyłącznie na podstawie koncesji lub zezwolenia; wskazywałoby to na to, że w intencji ustawodawcy „*urządzeniem do gry na automacie*” nie będzie urządzenie, które samo nie wydaje żadnych wygranych, tj. urządzenie do gier, o których mowa w art. 2 ust. 5 u.g.h.

Z ostrożności skarżący wskazuje, że na powyższy obraz nie ma wpływu okoliczność, iż przepis art. 53 § 35a k.k.s. zawiera dodatkowe doprecyzowanie pojęcia „*gry na automacie*” i „*automatu*”. Przepis ten, po pierwsze, nie reguluje w ogóle znaczenia podstawowego w niniejszej sprawie zwrotu „*gra losowa*”, a po drugie stanowi jedynie uzupełnienie definicji zawartej w art. 53 § 35 k.k.s. Wreszcie, samo stwierdzenie, że przez grę na automacie należy rozumieć również grę na automacie o niskich wygranych w rozumieniu u.g.h., w niczym nie wyjaśnia, co generalnie należy rozumieć przez grę na automacie.

Powyższe wątpliwości co do rzeczywistego zakresu zastosowania przepisu art. 30 § 5 k.k.s. zdaniem skarżącego uzasadniają tezę, iż przepis ten nie spełnia wymogów wynikających z art. 42 ust. 1 i art. 46 Konstytucji w związku z art. 2 Konstytucji, oraz że przewidziane w nim naruszenie prawa własności nie jest także dopuszczalne w świetle art. 64 Konstytucji w związku

z art. 2 Konstytucji. Pozbawienie własności mające charakter sankcji karnej może bowiem mieć miejsce wyłącznie na podstawie zrozumiałych dla obywateli i dostatecznie precyzyjnych przepisów. Przepis art. 30 § 5 k.k.s. tych wymogów nie spełnia.

W związku z powyższym wnoszę jak w *petitum*.

**Monika Tabor-Grusfeld**

**adwokat**

**Załączniki:**

1. Wierzytelny odpis pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej.
2. Pełnomocnictwo substytucyjne wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej.
3. Wyrok Sądu Rejonowego w B z dnia czerwca 2014 roku, sygnatura akt
4. Postanowienie Urzędu Celnego w B z dnia maja 2013 roku, w sprawie znak
5. Opinia Laboratorium Celnego Izby Celnej w B z dnia maja 2013 roku.
6. Wyrok Sądu Okręgowego w B z dnia listopada 2014 roku, sygnatura akt
7. Pięć odpisów skargi wraz z załącznikami.