RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

Irena Lipowicz

RPO-663459-V-11/GH

00-090 Warszawa
Al. Solidarności 77

Tel. centr. 22 551 77 00
Fax 22 827 64 53

Warszawa, 11 IX 2013

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

Warszawa

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
KANCELARIA
wpł. dnia 12. 09. 2013
L.dz. ..... L. zał. .....

Wniosek

Rzecznika Praw Obywatelskich

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 *Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. *o Rzeczniku Praw Obywatelskich* (Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.)

wnoszę o

stwierdzenie niezgodności art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. *o grach hazardowych* (Dz. U. z 2009 r. Nr 201, poz. 1540; z 2010 r. Nr 127, poz. 857; z 2011 r. Nr 106, poz. 622; Nr 134, poz.779) z art. 2 *Konstytucji RP* .

Uzasadnienie

I

W dniu 1 stycznia 2010 r. weszła w życie ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. *o grach hazardowych* (Dz. U. z 2009 r. Nr 201, poz. 1540; z 2010 r. Nr 127, poz. 857; z 2011 r. Nr

106, poz. 622; Nr 134, poz.779, dalej powoływana także jako u.g.h.), w której określa się warunki urządzania i zasady prowadzenia działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach. Ustawa o grach hazardowych w art. 6 i 7 zawiera normy sankcjonowane, które stanowią, że działalność w zakresie wszystkich kategorii gier hazardowych regulowanych tą ustawą generalnie może być prowadzona na podstawie odpowiednich koncesji lub zezwoleń. W myśl art. 6 ust. 1 ww. 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. Działalność w zakresie gry bingo pieniężne oraz działalność w zakresie zakładów wzajemnych może być prowadzona na podstawie udzielonego zezwolenia (ust. 2 i 3). Loterie fantowe, gry bingo fantowe i loterie promocyjne mogą być urządzane, na podstawie udzielonego zezwolenia, przez osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej (art. 7 ust. 1 u.g.h.).

W dyspozycji art. 89 ust. 1 i 2 u.g.h. określono natomiast konsekwencje m.in. złamania nakazu uzyskania koncesji lub zezwolenia na urządzanie gier hazardowych. Zgodnie z art. 89 ust. 1 u.g.h. karze pieniężnej podlega:

1) urządzający gry hazardowe bez koncesji lub zezwolenia, bez dokonania zgłoszenia, lub bez wymaganej rejestracji automatu lub urządzenia do gry;
2) urządzający gry na automatach poza kasynem gry;
3) uczestnik w grze hazardowej urządzanej bez koncesji lub zezwolenia.

W świetle art. 89 ust. 2 u.g.h., wysokość kary pieniężnej wymierzanej w przypadkach, o których mowa:

1) w ust. 1 pkt 1 - wynosi 100 % przychodu uzyskanego z urządzanej gry;
2) w ust. 1 pkt 2 - wynosi 12.000 zł od każdego automatu;
3) w ust. 1 pkt 3 - wynosi 100 % uzyskanej wygranej.

Konsekwencje te zatem polegają również na wymierzeniu przez organ administracji publicznej kary pieniężnej uczestnikowi w grze hazardowej urządzanej bez koncesji lub zezwolenia (art. 89 ust. 1 pkt 3 u.g.h.). Wysokość kary w tym przypadku wynosi 100% uzyskanej wygranej (art. 89 ust. 2 pkt 3 u.g.h.). Zgodnie z art. 4 ust. 2 u.g.h. przez gry hazardowe, rozumie się gry losowe, zakłady wzajemne i gry na automatach, o których mowa w art. 2 tej ustawy. Karę tę wymierza w drodze decyzji administracyjnej naczelnik

urzędu celnego, na którego obszarze działania jest urządzana gra hazardowa, a samo postępowanie toczy się w trybie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – *Ordynacja podatkowa* (Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.).

Kwestionowana norma prawna wskazana w *petitum* wniosku zawiera w swej treści nakaz wymierzenia przez właściwe organy decyzją kary pieniężnej, w każdym przypadku ustalenia uczestnictwa w grze hazardowej urządzanej bez koncesji lub zezwolenia (zob. M. Zieliński, *Wykładnia Prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 95 i n.). Odpowiedzialność ta ma zatem charakter obiektywny. Zachowanie opisane w hipotezie tej normy jest deliktem (czynem zabronionym), za który grozi sankcja finansowa. Ponadto przepis ten ma brzmienie imperatywne, a decyzja wydana na jego podstawie należy do tzw. decyzji związanych.

Jednocześnie należy zauważyć, iż przepis art. 109 ustawy z dnia 10 września 1999 r. – *Kodeks karny skarbowy* (Dz. U. z 2013 r. poz. 186, dalej także jako k.k.s.) penalizuje uczestnictwo w grze losowej, zakładzie wzajemnym, grze na automacie, urządzonych lub prowadzonych wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia. Zgodnie z tym przepisem – kto uczestniczy w grze losowej, zakładzie wzajemnym, grze na automacie, urządzonych lub prowadzonych wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia, podlega karze grzywny do 120 stawek dziennych.

Celem obu wskazanych przepisów (art. 89 u.g.h. i art. 109 k.k.s.) jest ochrona porządku prawnego w zakresie przestrzegania wprowadzonego powszechnie obowiązującym aktem prawnym rangi ustawy, ograniczenia prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie gier hazardowych. Wskazane przepisy chronią ten sam interes publiczny. Obie ustawy (u.g.h. i k.k.s.) w tym zakresie mają na celu przeciwdziałanie nielegalnemu prowadzeniu gier hazardowych, których urządzanie w ocenie ustawodawcy, wymagało reglamentacji. Zarazem dochodzi tutaj do zbiegu odpowiedzialności karnej i administracyjnej. W każdym przypadku jest to odpowiedzialność represyjna. Wskazane przepisy odczytywane łącznie nie tylko pozwalają, lecz wręcz wymagają kumulatywnego stosowania opisanych sankcji. Wskazany czyn zabroniony jest ścigany z urzędu przez właściwe organy w postępowaniu karnoskarbowym, podobnie z urzędu musi zostać wszczęte postępowanie administracyjne celem wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej.

II

Art. 2 *Konstytucji RP* stanowi, iż Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. Wynikająca z tegoż artykułu zasada demokratycznego państwa prawnego wyraża zakaz wielokrotnego karania (stosowania środka represyjnego) w stosunku do tej samej osoby fizycznej za popełnienie tego samego czynu zabronionego bez względu na lokalizację przepisu stanowiącego podstawę tej odpowiedzialności oraz tryb postępowania (karne, administracyjne). W uzasadnieniu wyroku z dnia 29 kwietnia 1998 r., sygn. akt K 17/97 (OTK 1998/3/30), Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż „stosowanie wobec tej samej osoby, za ten sam czyn sankcji administracyjnej, określanej przez zaskarżoną ustawę jako dodatkowe zobowiązanie podatkowe i odpowiedzialności za wykroczenia skarbowe w postępowaniu przed finansowymi organami orzekającymi narusza zasadę państwa prawa wyrażoną w art. 2 *Konstytucji*. Kumulowanie odpowiedzialności administracyjnej i odpowiedzialności za wykroczenia skarbowe stanowi bowiem wyraz nadmiernego fiskalizmu i nie uwzględnia w żadnym stopniu interesu podatnika, który poniósł wskazaną karę administracyjną". Powyższe stanowisko zostało wyrażone także w wyroku Trybunału z dnia 30 listopada 2004 r., sygn. SK 31/04 (OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 110) oraz wyroku z dnia 4 września 2007 r., sygn. akt P 43/06 (OTK-A nr 8/2007, poz. 95). W wyroku z dnia 18 listopada 2010 r. sygn. akt P 29/09 (OTK-A 2010/9/104), Trybunał stwierdził, iż uznane za niezgodne z Konstytucją przepisy prawne, gdyby były oceniane pojedynczo, bez związku z kontekstem normatywnym, nie budziłyby wątpliwości konstytucyjnych. Łącznie jednak tworzą mechanizm prawny, który może wywołać skutki niekonstytucyjne. Nasila się bowiem tendencja do gwarantowania przestrzegania różnych obowiązków o charakterze publicznym, w tym głównie – daninowym, za pomocą sankcji ekonomicznych, nazywanych w różny sposób. Sankcje te są wymierzane w trybie pozasądowym, chociaż z reguły ich stosowanie podlega sądowej kontroli co do legalności. Przesłanki ich stosowania mają z reguły charakter zobiektywizowany i nie nawiązują do winy sprawcy. W ten sposób, obok oficjalnego trybu pociągania do odpowiedzialności za czyny bezprawne wyczerpujące znamiona przestępstwa lub wykroczenia, zawinione przez sprawcę, opartego na kodeksach karnych, rozwija się poboczny nurt represjonowania przy pomocy sankcji ekonomicznych, często bardziej dolegliwych niż grzywny przewidziane przez prawo karne lub prawo

wykroczeń, stosowanych bez zachowywania standardów ochronnych obowiązujących w postępowaniu karnym, w szczególności winy jako przesłanki odpowiedzialności, prawa do obrony i zasady *ne bis in idem*. Trybunał Konstytucyjny uznał zatem za zasadne skrupulatne ocenianie tych *sui generis* karnych mechanizmów prawnych ze względu na wzorce konstytucyjne dotyczące szeroko pojętej odpowiedzialności o charakterze represyjnym.

Zasada *ne bis in idem* nie została wprost sformułowana w *Konstytucji*, jednakże zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego jako fundamentalna zasada prawa karnego jest elementem zasady państwa prawnego. Wyraża ona zakaz podwójnego (wielokrotnego) karania (stosowania środka represyjnego) tej samej osoby fizycznej za popełnienie tego samego czynu zabronionego. Podwójne (wielokrotne) karanie tej samej osoby za ten sam czyn stanowi bowiem naruszenie zasady proporcjonalności reakcji państwa na naruszenie obowiązku prawnego (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 października 2002 r., sygn. K 36/00, OTK ZU nr 5/A/2002, poz. 63). Trybunał zauważa przy tym, iż zasada *ne bis in idem* zawiera zakaz podwójnego karania tej samej osoby za ten sam czyn nie tylko w odniesieniu do wymierzania kar za przestępstwo, lecz także przy stosowaniu innych środków represyjnych, w tym sankcji karno-administracyjnych (tak TK w powołanych już wyrokach o sygn. K 17/97 i sygn. P 43/06).

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że granica pomiędzy deliktem administracyjnym i będącą jego konsekwencją karą administracyjną a wykroczeniem jest płynna, a określenie jej zależy w wielu sytuacjach od uznania władzy ustawodawczej (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 2007 r., sygn. P 19/06, OTK ZU nr 1/A/2007, poz. 2; wyrok z 14 października 2009 r., sygn. Kp 4/09, OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 134). Trybunał wskazywał przy tym, że brak jest jasnego, czytelnego, uniwersalnego kryterium materialnego, decydującego o rozróżnieniu sytuacji, w których dane zjawisko lub czyn powinny być kwalifikowane jako podlegające penalizacji albo karze administracyjnej (pieniężnej). Powszechnie przyjmuje się, że istotą sankcji karnych jest represja i prewencja, natomiast kar administracyjnych – oprócz celu restytucyjnego - także prewencja. Nie znaczy to oczywiście, że dane typy sankcji powinny spełniać tylko i wyłącznie te funkcje. To właśnie spełnianie wspomnianych funkcji przesądza jednakże o tym, czy dana sankcja jest ze swej istoty karna, czy administracyjna. Kara administracyjna nie jest, w myśl

wskazanej koncepcji, odpłatą za popełniony czyn, lecz stanowi jedynie środek przymusu służący zapewnieniu realizacji wykonawczo-zarządzających zadań administracji. Cel wprowadzenia i funkcje, jakie pełni określona norma, stają się więc ważnym wyróżnikiem dającym odpowiedź na pytanie, z jaką normą mamy do czynienia.

Trybunał Konstytucyjny w licznych orzeczeniach dokonywał materialnoprawnej oceny różnych regulacji w celu stwierdzenia, czy mają one charakter represyjny (quasi-karny) oraz czy i w jakim zakresie należy do nich odnosić konstytucyjne gwarancje przewidziane dla odpowiedzialności karnej (szczególnie te wynikające z art. 42 *Konstytucji*). Można tu wskazać następujące orzeczenia, np. wyroki z dnia: 8 grudnia 1998 r., sygn. K 41/97 (OTK ZU nr 7/1998, poz. 117), 19 marca 2007 r., sygn. K 47/05 (OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 27), 17 lutego 2009 r., sygn. SK 10/07 (OTK ZU nr 2/A/2009, poz. 8), 12 maja 2009 r., sygn. P 66/07 (OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 65), 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02 (OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 62), 19 lutego 2008 r., sygn. P 48/06 (OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 4), z 3 listopada 2004 r., sygn. K 18/03, (OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 103), 10 grudnia 2002 r., sygn. P 6/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 91). W przytoczonych wypowiedziach Trybunał Konstytucyjny zwracał uwagę, że „dla określenia charakteru konkretnej instytucji prawnej istotne znaczenie ma nie sama jej nazwa, lecz treść, którą ustawodawca z nią wiąże" (tak w wyroku z dnia 10 grudnia 2002 r., sygn. P 6/02). Z punktu widzenia *Konstytucji* zasadnicze znaczenie ma nie tyle „nazwa" danego postępowania, ile stwierdzenie, czy ze względu na charakter norm prawnych, regulujących to postępowanie, istnieje konieczność zastosowania do nich konstytucyjnych gwarancji dotyczących odpowiedzialności karnej (por. powołany wyrok o sygn. K 18/03). Rozumienie pojęcia „odpowiedzialność karna" na poziomie konstytucyjnym jest niezależne od treści przypisywanych mu w ustawodawstwie zwykłym. Definiując to pojęcie na płaszczyźnie konstytucyjnej, nie można zatem odwoływać się wprost do elementów wyróżniających ten rodzaj odpowiedzialności na płaszczyźnie ustawowej. Taki zabieg umożliwiałby bowiem omijanie gwarancji konstytucyjnych odnoszących się do odpowiedzialności represyjnej poprzez formalne kwalifikowanie jej w ustawie jako inny niż karna rodzaj odpowiedzialności (por. K. Wojtyczek, *Zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego. Uwagi na gruncie Konstytucji RP*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych", nr 1/1999, s. 53 oraz liczne orzeczenia Trybunału, np. z dnia 1 marca 1994 r.,

sygn. U 7/93, OTK w 1994 r., cz. I, poz. 5; z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. SK 22/02, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 97, z dnia 28 listopada 2007 r., sygn. K 39/07, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 129). W konsekwencji Trybunał Konstytucyjny przyjmuje, że przez przepisy represyjne należy rozumieć nie tylko przepisy karne *sensu stricto*, ale wszelkie przepisy o charakterze represyjnym, a więc te, których celem jest poddanie obywatela jakiejś formie ukarania (por. powołane wyroki: sygn. P 29/09, sygn. SK 10/07; sygn. P 66/07; sygn. K 47/05; sygn. U 7/93).

Podobne stanowisko w kwestii stosowania gwarancji prawnokarnych do spraw niekwalifikowanych formalnie jako sprawy karne zajmuje orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (por. C. Nowak, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego w świetle EKPC i orzecznictwa ETPC* [w:] red. P. Wiliński, *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 147). Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą ETPC, postępowaniami karnymi są postępowania, które – obok przestępstw – dotyczą również wykroczeń, niektórych deliktów prawa podatkowego, a także niektórych deliktów prawa administracyjnego. Ustalenie gałęzi prawa, do której należą przepisy definiujące czyn karalny, stanowi, zdaniem ETPC, jedynie formalny etap badania, czy mamy do czynienia ze sprawą karną (zob. wyrok ETPC z dnia 8 czerwca 1976 r. w sprawie *Engel i inni przeciwko Holandii*, skarga nr 5100/71, podobnie wyroki ETPC z dnia: 25 sierpnia 1987 r. w sprawie *Lutz przeciwko Niemcom*, skarga nr 9912/82; 22 maja 1990 r. w sprawie *Weber przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 11034/84; 10 lutego 2009 r. w sprawie *Zolotukhin przeciwko Rosji*, skarga nr 14939/03). Większą wagę ETPC przykłada bowiem do natury czynu karalnego lub zdarzenia uzasadniającego odpowiedzialność oraz celu i surowości kary (przy czym dana regulacja nie musi spełniać łącznie tych dwóch kryteriów).

Z powyższych rozważań wynika, że zarówno oparte na *Konstytucji* orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, jak i oparte o obowiązujące Polskę akty prawa międzynarodowego orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przyjmują szerokie rozumienie zasady *ne bis in idem*. Obejmuje ona bowiem przypadki zbiegu odpowiedzialności za czyny sankcjonowane z mocy prawa karnego, jak i z mocy innych przepisów prawa publicznego, w szczególności prawa administracyjnego, jeśli przewidują one środki o charakterze represyjnym.

Ocena zgodności kwestionowanych przepisów z zasadą demokratycznego państwa prawnego wyrażoną w art. 2 *Konstytucji* w aspekcie zasady *ne bis in idem*, w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, zależy od porównania funkcji, jaką pełnią oba, wchodzące w grę, reżimy odpowiedzialności. Poczynając od próby ustalenia w oparciu o orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego elementów konstytutywnych tej szczególnej formy reakcji państwa, jaką jest zastosowanie wobec podmiotu odpowiedzialnego represji, należy stwierdzić, że zagadnienie to – wydawałoby się elementarne z punktu widzenia standardów państwa prawa – jest niezwykle skomplikowane. Obok bowiem pojęcia „odpowiedzialność karna" w orzecznictwie Trybunału pojawia się nowa kategoria pojęciowa w postaci „odpowiedzialności represyjnej", przy czym zakres znaczeniowy tego pojęcia nie jest zdefiniowany. Źródłosłów tego pojęcia wskazuje na ścisły związek z karaniem (*repressio* – nagana, skarcenie, napiętnowanie – por. J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1987, s. 836). Z analizy przedstawionego wyżej orzecznictwa Trybunału wynika, iż gwarancje przewidziane w art. 42 *Konstytucji* znajdują pełne zastosowanie jedynie do prawa karnego *sensu stricto*, do postępowania dyscyplinarnego tylko odpowiednio, zaś do pozostałych sankcji represyjnych – tylko w pewnym zakresie, n.p. w odniesieniu do zakazu *ne bis in idem*. W poszukiwaniu metody identyfikacji sankcji o charakterze represyjnym, kryteriów pozwalających na ustalenie, że określona odpowiedzialność cechuje się od strony materialnej tym, co jest właściwe odpowiedzialności karnej, należy zauważyć, iż doniosłe znaczenie ma dolegliwość zapowiadana w sankcji. Niewątpliwie jednak istota sankcji nie wyczerpuje się w samej tylko dolegliwości. Nie tyle bowiem sama sankcja co do rodzaju decyduje o jej charakterze, lecz stopień ingerencji w podstawowe prawa jednostki i funkcja, jaką ta ingerencja realizuje. Przy czym funkcja ta musi być wyprowadzona z analizy systemowej konkretnego aktu prawnego, czasami również w powiązaniu z innymi instytucjami o zbliżonym charakterze. Porównując charakter sankcji karnej i administracyjnej można wyprowadzić wniosek, że klasyczną właściwością prawa administracyjnego jest związanie sankcji administracyjnych z funkcją usuwania skutków naruszenia prawa i przywracania stanu zgodnego z prawem, przy czym sposób przywrócenia stanu zgodnego z prawem ma być możliwie najmniej dolegliwy, ponieważ istotą tej sankcji nie jest celowe, programowe zadawanie dolegliwości, lecz przywracanie praworządnego stanu rzeczy, zagwarantowanie

bezpieczeństwa dóbr prawnych i tą drogą regulowanie stosunków społecznych. Kryterium tej klasyfikacji nie powinna być natomiast zakładana przez ustawodawcę funkcja, zwłaszcza dekodowana z ustawowego zaszeregowania sankcji. Dodatkowym czynnikiem identyfikacji sankcji karnej – ściśle związanym z kryterium dolegliwości jest funkcja retrybutywna i cel w postaci prewencji generalnej sprowadzający się do powstrzymywania innych podmiotów od naruszenia prawa. Wskazana funkcja i cel realizowane są w zasadzie w każdym wypadku, w którym sankcja stopniem dolegliwości wykracza poza zakres niezbędny dla restytucji czy też zapobieżenia powstaniu określonego stanu rzeczy ocenianego przez ustawodawcę jako naganny (por. P. Burzyński, *Ustawowe określenie sankcji karnej*, Kraków 2008, s. 65 i n.).

Jak już wyżej podniesiono w orzecznictwie Trybunału wyrażono pogląd, że kara administracyjna nie jest odpłatą za popełniony czyn, lecz stanowi jedynie środek przymusu służący zapewnieniu realizacji wykonawczo-zarządzających zadań administracji. Pogląd ten jest zgodny ze stanowiskiem przedstawicieli doktryny, którzy, co prawda, nie wykluczają, iż administracyjne kary pieniężne – czy szerzej: sankcje administracyjne – mogą spełniać także inne cele, w tym cel represyjny, jednakże, jak podkreślają, celem pierwszoplanowym kar administracyjnych „jest funkcja ochronna dla porządku administracyjnego, następnie funkcja redystrybucyjna, restytucyjna, a na końcu ewentualnie represyjna" (I. Niżnik-Dobosz, *Aksjologia sankcji w prawie administracyjnym* [w:] *Sankcje administracyjne*, red. M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, Warszawa 2011, s. 136).

W związku z powyższym, należy stwierdzić, że funkcja sankcji wyrażonej w kwestionowanych przepisach nie odpowiada funkcjom, które w orzecznictwie i literaturze prawniczej przypisuje się sankcji administracyjnej, albowiem trudno się w niej dopatrzeć jakichkolwiek innych celów poza represją za fakt uczestnictwa w grze hazardowej urządzanej bez koncesji lub zezwolenia. Przy czym jest to odpowiedzialność bardzo surowa, bowiem całkowicie pomija problematykę winy, a w szczególności wyłączenie winy w przypadku wystąpienia określonych w ustawie okoliczności ją wyłączających takich jak: stan wyższej konieczności, usprawiedliwione nierozpoznanie bezprawności czynu, usprawiedliwiony błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność lub winę; działanie na rozkaz; nieletniość sprawcy; jego niepoczytalność. Hipoteza przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 u.g.h. nakazuje obciążyć karą pieniężną uczestnika w grze hazardowej urządzanej bez

koncesji lub zezwolenia. Jedyną zatem przesłanką zastosowania tego przepisu jest stwierdzenie faktu uczestniczenia konkretnej osoby w grze hazardowej urządzanej bez koncesji lub zezwolenia. Co jednak szczególnie istotne, żaden z innych przepisów ustawy o grach hazardowych nie nakłada na uczestnika gry hazardowej jakichkolwiek obowiązków, z których niedopełnieniem można by wiązać tę sankcję. Nawiązując do podziału norm na sankcjonowane i sankcjonujące uznać należy, że norma sankcjonująca wyrażona w art. 89 ust. 1 pkt 3 u.g.h. nie ma swojego odpowiednika w postaci normy sankcjonowanej. W doktrynie prawa administracyjnego przyjmuje się, że w regulacji administracyjnoprawnej sytuacja podmiotów administrowanych determinowana jest bezpośrednio przepisami prawa powszechnie obowiązującego oraz podejmowanymi na podstawie tych przepisów działaniami organów administracji publicznej. Sankcje są nakładane w konsekwencji naruszenia nakazów i zakazów wynikających z przepisów prawa i aktów administracyjnych. W konkluzji stwierdza się, że sankcją w prawie administracyjnym jest następstwo naruszenia prawa, które polega na utracie uprawnień lub nałożeniu obowiązków na podmiot, który tego naruszenia dokonał (por. M. Lewicki, *Pojęcie sankcji prawnej w prawie administracyjnym*, PiP 2002, z. 8, s. 63-75). Pogląd ten koresponduje z aktualną w orzecznictwie Trybunału koncepcją winy obiektywnej sprawcy deliktu administracyjnego (por. w szczególności wyrok z dnia 4 lipca 2002 r., sygn. akt P 12/01, OTK-A 2002/4/50), tj. opartej na przewadze obiektywnego faktu naruszenia normy sankcjonowanej, który sam w sobie uzasadnia postawienie zarzutu niezachowania należytej ostrożności wymaganej w stosunkach danego rodzaju.

Biorąc zatem pod uwagę, że wymierzenie kary pieniężnej na podstawie kwestionowanych przepisów nie wiąże się ze stwierdzeniem naruszenia przepisów ustawy o grach hazardowych przez podmiot obciążony, to w konsekwencji trzeba przyjąć, iż stosowanie tej sankcji nie ma na celu realizacji administracyjnego władztwa podejmowanego dla egzekwowania nakazów i zakazów ustawy, które zgodnie z uzasadnieniem jej projektu dążą do przeciwdziałania uzależnieniu od hazardu i szarej strefie oraz zapewnieniu prawidłowego funkcjonowania rynku gier hazardowych (nr druku: 2481), a tylko i wyłącznie karanie uczestnika gry za fakt uczestniczenia w grze hazardowej urządzanej bez koncesji lub zezwolenia. To z kolei prowadzi do wniosku, że kara pieniężna

z art. 89 ust. 1 pkt 3 u.g.h. wykazuje więcej cech zbieżnych z elementami definiującymi sankcję karną, niż administracyjną.

Poczynienie tej konstatacji i porównanie hipotez norm zawartych w art. 89 ust. 1 pkt 3 u.g.h. i art. 109 k.k.s. pozwala na wyprowadzenie wniosku, że uczestnictwo w grze hazardowej urządzanej bez koncesji lub zezwolenia w aktualnie obowiązującym stanie prawnym jest podwójnie penalizowane. Zważając, że zgodnie z art. 4 ust. 2 u.g.h. przez gry hazardowe, rozumie się gry losowe, zakłady wzajemne i gry na automatach, nie ulega wątpliwości, iż uczestnictwo w grze hazardowej urządzanej bez koncesji lub zezwolenia podpada pod blankietowe znamię uczestniczenia w grze losowej, zakładzie wzajemnym, grze na automacie, urządzonych lub prowadzonych wbrew przepisom ustawy. *De lege lata* w prawie karnym skarbowym nie przewidziano mechanizmu, który pozwoliłby podatnikowi uniknąć odpowiedzialności karnej skarbowej, pomimo uprzedniego ukarania go sankcją administracyjną. W sytuacji zbiegu odpowiedzialności tej samej osoby za ten sam czyn zostanie jej wymierzona kara pieniężna oraz kara grzywny, pierwsza na podstawie u.g.h., druga - na podstawie k.k.s.

III

Kwestię dublowania czy multiplikacji sankcji (niezależnie od tego, jaki poszczególne z nich mają charakter) należy także rozważyć w aspekcie proporcjonalności reakcji państwa na naruszenie prawa, wyprowadzanej z art. 2 *Konstytucji*. Aksjologiczne i funkcjonalne więzi między zasadą proporcjonalności a wywodzonymi z idei państwa prawnego zasadami podkreślił Trybunał Konstytucyjny m.in. w orzeczeniu z dnia 16 maja 1995 r., K. 12/93, (OTK w 1995 r. cz. I, poz. 14).

Nadmierna represywność powodująca, że oceniane rozwiązanie normatywne uzna się za nieproporcjonalnie uciążliwe, może bowiem mieć swe źródło w nagromadzeniu różnych negatywnych następstw jednej sytuacji: nie tylko sankcji penalnych, lecz także kar administracyjnych, ich wymiaru, obostrzeń proceduralnych, dowodowych itd. Problem dublowania sankcji jako kwestia proporcjonalności podniesiony został także w powołanym już wyroku z 29 kwietnia 1998 r., sygn. K 17/97, w którym Trybunał Konstytucyjny orzekł, że stosowanie wobec tej samej osoby, za ten sam czyn sankcji administracyjnej i odpowiedzialności za wykroczenia skarbowe w postępowaniu przed finansowymi

organami orzekającymi narusza zasadę państwa prawa wyrażoną w art. 2 *Konstytucji*. Zasadniczy problem sprowadza się do kwestii, czy stosowanie sankcji administracyjnych, oprócz kar za wykroczenie skarbowe czy przestępstwo skarbowe, jest przejawem, kumulowania (dublowania) odpowiedzialności administracyjnej i odpowiedzialności karnej skarbowej tej samej osoby, za ten sam czyn. Pozytywne stwierdzenie prowadzi do uznania, że dochodzi do naruszenia zasady proporcjonalności.

W granicach zakreślonych przez *Konstytucję* ustawodawcy przysługuje swoboda określenia sankcji związanych z niedopełnieniem obowiązku (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 kwietnia 2000 r., sygn. K 23/99, OTK ZU nr 3/2000, poz. 89, s. 445 i powołany tam wyrok z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 2). Swoboda ustawodawcy nie jest jednak nieograniczona. *Konstytucja* wymaga od ustawodawcy poszanowania podstawowych zasad polskiego systemu konstytucyjnego na czele z zasadą państwa prawnego, jak również praw i wolności jednostki. Ustawodawca określając sankcję za naruszenie prawa w szczególności musi respektować zasadę równości i proporcjonalności własnego wkroczenia (wyrok z 29 czerwca 2004 r., sygn. P 20/02, OTK ZU nr 6/A/2004, poz. 61). Nie może więc stosować sankcji oczywiście nieadekwatnych lub nieracjonalnych albo też niewspółmiernie dolegliwych (wyrok z 30 listopada 2004 r., sygn. SK 31/04, OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 110).

A zatem, nawet jeśli przyjmiemy, że ustanawianie norm sankcjonujących jest kwestią wyborów ustawodawcy o charakterze ustrojowo-organizacyjnym, a nie materialnoprawnym, stąd też nie ma przeszkód, aby za naruszenie konkretnych przepisów prawa ustawodawca przewidział możliwość stosowania sankcji o podobnym charakterze w różnych postępowaniach, np. w postępowaniu administracyjnym czy karnym (wyrok z dnia 4 lipca 2002 r., sygn. P 12/01, OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 50), to jednak podkreślenia wymaga, że swoboda ustawodawcy w tym zakresie nie jest absolutną. Ustawodawca nie może stosować sankcji w sposób arbitralny i dowolny, a kwestię dublowania czy multiplikacji sankcji należy rozważyć w aspekcie proporcjonalności reakcji państwa na naruszenie prawa. Treść przepisów sankcjonujących oraz ich stosowanie powinno bowiem stanowić rozsądny i wyważony kompromis między zapewnieniem potrzeb państwa, prewencją ogólną przed uchylaniem się od obowiązków, a proporcjonalną represją uwzględniającą skalę naruszenia interesu lub dobra wspólnego. Instrumenty sankcjonujące, jeżeli mogą być rozbite na dwie

lub więcej procedur (administracyjne i karne), to należy zauważyć, że już samo rozproszenie procedur realizacji odpowiedzialności zwiększa represyjność, co nie pozostaje bez wpływu na ocenę całokształtu regulacji sankcjonujących. Negatywne następstwa tego samego czynu nie powinny wywoływać dla obywatela konsekwencji oczywiście nieproporcjonalnych w stosunku do naruszonego dobra.

Objęcie zachowań, które stanowią przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe pieniężną sankcją administracyjną wyrażoną w kwestionowanych przepisach jest nadmiernym rygoryzmem prawnym, ponieważ przestrzeganie ustawy o grach hazardowych gwarantują przepisy ustawy k.k.s. Przyjęta w przepisach ustawy u.g.h. i k.k.s. i stosowana kumulatywnie reakcja prawna na fakt uczestnictwa w grze hazardowej urządzanej bez koncesji lub zezwolenia nie pozostaje w adekwatnym stosunku do rodzaju dóbr chronionych tymi przepisami. Z tych względów 89 ust. 1 pkt 3 u.g.h. jest niezgodny z wynikającym z art. 2 *Konstytucji* zakazem nadmiernej represywności władzy publicznej.

W tej mierze należy wskazać, iż przepisy procedury karnej mają na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby sprawca przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności. Zgodnie z art. 1 § 3 k.k.s., nie popełnia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu. Zasada winy ma rangę konstytucyjną, ponieważ wynika ona zarówno z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 *Konstytucji*), jak i z zasady godności człowieka jako najwyższego i niezbywalnego dobra (art. 30 *Konstytucji*). Natomiast artykuł 89 u.g.h. milczy na temat strony podmiotowej sprawcy deliktu, wobec czego w świetle *Ordynacji podatkowej*, do której w zakresie kar pieniężnych odsyła przepis art. 91 ustawy, jest to odpowiedzialność obiektywna, niezależna od strony podmiotowej i pozbawiona elementów subiektywnych, abstrahująca zasadniczo od tego, co określa się ogólnie mianem winy. Zatem z punktu widzenia strony podmiotowej zakres odpowiedzialności z art. 89 u.g.h. jest w każdym razie szerszy od odpowiedzialności karnej skarbowej z art. 109 k.k.s. Przy wymiarze tej kary z mocy ustawy pomija się także zasady humanitaryzmu, zasady prewencji ogólnej i szczególnej, nie baczy się, aby dolegliwość kary nie przekraczała stopnia winy, nie uwzględnia się stopnia społecznej

szkodliwości czynu, wymierzając karę młodocianemu albo nieletniemu pomija się jej element wychowawczy.

Warto zauważyć, że w myśl *rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy nr R 1/(91)* przyjętej 13 lutego 1991 r. w sprawie sankcji administracyjnych, władze administracyjne korzystają ze znacznych kompetencji sankcyjnych, co wynika ze wzrostu zadań administracyjnych państwa, a także widocznej tendencji w kierunku dekryminalizacji. Komitet zauważył jednakże również, że z punktu widzenia ochrony jednostki pożądane jest zahamowanie rozprzestrzeniania się sankcji administracyjnych jako działających wprawdzie szybko i automatycznie, lecz jednocześnie stwarzających zagrożenia dla poszanowania praw i interesów jednostki. Dlatego rekomendacja zawiera szereg zasad wyznaczających minimalny standard posługiwania się karami administracyjnymi. Jedną z zasad tego standardu jest dyrektywa, że osoba nie może być karana administracyjnie dwukrotnie za to samo zachowanie na podstawie tej samej normy prawnej albo norm chroniących ten sam interes społeczny (*rules protecting the same social interest*). Należy ją więc interpretować jako zakazującą także karania za ten sam czyn na podstawie przepisów umieszczonych w różnych aktach prawnych, ale chroniących ten sam interes społeczny (zob. M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008, s. 36).

Konfrontując wskazany wyżej wzorzec kontroli z kwestionowaną regulacją, należy stwierdzić, że norma opisana w przepisach art. 89 ust. 1 pkt 3 u.g.h. wyrażająca obowiązek naczelnika urzędu celnego, na którego obszarze działania jest urządzana gra hazardowa, do wymierzenia uczestnikowi w grze hazardowej urządzanej bez koncesji lub zezwolenia kary pieniężnej, jest niezgodna z art. 2 *Konstytucji RP*.

W związku z powyższym, wnoszę jak we wstępie.