



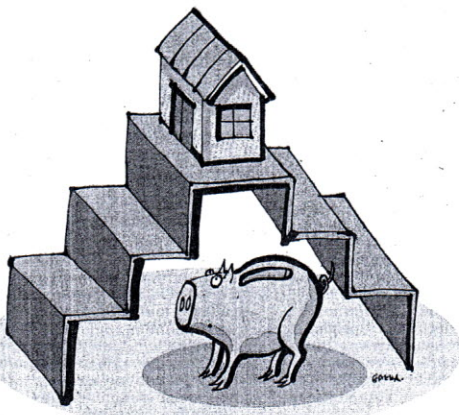
# ANALIZY & OPINIE

## Hazard czy nie, kara musi być



BARTOSZ GROHMAN  
HANNA SZYMAŃSKA

Sądy i organy ścigania zbyt dowolnie stosują przepisy ustawy hazardowej, nie zważając na wyrok Trybunału Sprawiedliwości. Efekt jest taki, że zamiast umorzyć postępowanie, karzą sprawców – zauważają prawnicy.



W 2009 r. opinia publiczną wstrząsnęła tzw. afera hazardowa. W wyniku działań lobbystycznych przedstawicieli branży hazardowej Sejm 19 lipca 2009 r. uchwalił nową ustawę hazardową. 4 lipca w dzienniku „Rzeczpospolita” ukazał się artykuł pt. „Jednoręcy bandyci mogą drogo kosztować” na temat wadliwego wprowadzenia do obrotu prawnego nowej ustawy hazardowej przez polskiego ustawodawcę. Autorka przedstawiała w nim konsekwencje tego uchynienia z perspektywy możliwych wielomilionowych roszczeń odszkodowawczych, które przeciwko państwu mogą wnieść przedsiębiorcy. Jest jednak również inny aspekt tego zagadnienia. Cho-

dzi o możliwości ponoszenia odpowiedzialności karnej przez obywateli na podstawie nienotyfikowanych przepisów ustawy hazardowej, tj. przepisów, które w ogóle nie powinny funkcjonować w obrocie prawnym (!).

### Nie ma przepisów, lecz jest odpowiedzialność

Nie ulega wątpliwości, że ustawa o grach hazardowych z 19 listopada 2009 r. uchwalona została w sposób wadliwy, o czym w wyroku z 19 lipca 2012 r. wydanym w połączonych sprawach C-215/11, C-214/11 i C-217/11 orzekł Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS UE). Wadliwość ta polegała na tym, że ze względu na znajdu-

jące się w ustawie przepisy techniczne Polska powinna była dopełnić uprzedniego obowiązku ich notyfikacji Komisji Europejskiej. A tego, w wyniku popieszczonej reakcji na tzw. afere hazardową, nie uczyniła. Według dyrektywy 98/34/WE przepisami technicznymi są te, które – ogólnie rzecz ujmując – mogą powodować ograniczenia w handlu wewnątrzspółnotowym. W powołanym wyroku (pkt 24 i 25) za przepis o takim charakterze TS UE *expressis verbis* uznał art. 14 ust. 1 ustawy hazardowej. Przepis ten stanowi, że „Urządzenie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry”. Teza tej jest kontynuacją linii orzeczniczej Trybu-

nału zapoczątkowana wyrokiem z 26 października 2006 r. w sprawie C 65/05 Komisja przeciwko Grecji. Procedura notyfikacji stanowi mechanizm ochrony podstawowych swobód unijnych przed ich naruszeniem przez państwo członkowskie. Uchybiając obowiązki notyfikacji, państwo naraża się na nałożenie nań sankcji przez Unię. Jaką moc prawną mają jednak nienotyfikowane przepisy? Czy organy państwowe są uprawnione do ich stosowania? Sama dyrektywa tego nie przesądza. Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika jednak, że konsekwencją uznania przez nienotyfikowanego państwa przepisu za techniczny jest niemożność jego stosowania względem obywateli. To zaś oznacza, że ani sąd, ani prokurator, ani organy administracji nie mogą opierać swoich rozstrzygnięć na podstawie nienotyfikowanych przepisów technicznych.

Przykładem jest art. 110a k.k.s., który określa zasady odpowiedzialności karnej za przestępstwa i wykroczenia skarbowe przeciwko organizacji gier hazardowych. Przykładem jest art. 110a k.k.s., który zakazuje promocji lub reklamy gier hazardowych. Przepis ten opiera się na definicji reklamy zawartej w art. 29 ustawy hazardowej. Mimo że wyrok TS UE nie dotyczy bezpośrednio art. 29, można przypuszczać, że może on utrudniać obrót handlowy w takim samym zakresie, w jakim czyni to art. 14 ust. 1. Mimo wyroku Trybunału skazywanie za organizowanie hazardu poza kasynami gry lub reklamowanie go jest na porządku dziennym. Kary zazwyczaj nie są wysokie, najczęściej sąd orzeka bowiem karę grzywny. Zdarzają się jednak przypadki, że karą grożącą oskarżonemu jest pozbawienie wolności, i to w najwyższym możliwym wymiarze. Dzieje się tak zwłaszcza w sytuacji, gdy oskarżony popełnia czyn przy współudziale innych osób, przez co naraża się na dodatkowy zarzut udziału w zorganizowanej grupie przestępczej, czyli popełnienia przestępstwa z art. 258 kodeksu karnego (k.k.).

### Poza kasynami

Treść art. 14 ust. 1 ustawy hazardowej stanowi element znamion wielu przestępstw. Jednym z nich jest na przykład przestępstwo określone w art. 107 § 1 kodeksu karnego skarbowego (k.k.s.). Przepis ten stanowi, że odpowiedzialności karnej podlegają osoby urządzające gry hazardowe wbrew przepisom ustawy. Sankcją jest kara grzywny, pozbawienie wolności do lat trzech lub obte te kary łącznie. Skoro według Trybunału art. 14 ust. 1 ustawy hazardowej nie powinien być stosowany, to czy nie należałoby nie posługiwać się także przepisami, które się na nim opierają? Art. 107 § 1 k.k.s. ma charakter blankietowy. Jego doprecyzowanie stanowią przepisy innych ustaw, w tym powołany art. 14 ustawy hazardowej. Należy zatem stwierdzić, że wraz z wyrokiem TS UE, uznającym za bezskuteczne przepisy techniczne ustawy hazardowej, art. 107 § 1 k.k.s. został pozbawiony treści. Prawną konsekwencją wyroku powinna być zatem niemożność prowadzenia postępowania i ukarania sprawcy na podstawie tego przepisu.

### Trybunał swoje, a sądy swoje

W związku z tym wątpliwość budzi także stosowanie innych przepisów karnych opartych na art. 14 ust. 1 ustawy hazardowej, które również mają

charakter blankietowy. Przepisy te zawarte są w rozdziale 9 k.k.s., który określa zasady odpowiedzialności karnej za przestępstwa i wykroczenia skarbowe przeciwko organizacjom gier hazardowych. Przykładem jest art. 110a k.k.s., który zakazuje promocji lub reklamy gier hazardowych. Przepis ten opiera się na definicji reklamy zawartej w art. 29 ustawy hazardowej. Mimo że wyrok TS UE nie dotyczy bezpośrednio art. 29, można przypuszczać, że może on utrudniać obrót handlowy w takim samym zakresie, w jakim czyni to art. 14 ust. 1. Mimo wyroku Trybunału skazywanie za organizowanie hazardu poza kasynami gry lub reklamowanie go jest na porządku dziennym. Kary zazwyczaj nie są wysokie, najczęściej sąd orzeka bowiem karę grzywny. Zdarzają się jednak przypadki, że karą grożącą oskarżonemu jest pozbawienie wolności, i to w najwyższym możliwym wymiarze. Dzieje się tak zwłaszcza w sytuacji, gdy oskarżony popełnia czyn przy współudziale innych osób, przez co naraża się na dodatkowy zarzut udziału w zorganizowanej grupie przestępczej, czyli popełnienia przestępstwa z art. 258 kodeksu karnego (k.k.).

Przyjęcie grupy to nie wszystko. Prokurator często stawia także dodatkowe zarzuty np. z art. 299 k.k., który przewiduje odpowiedzialność karą za przestępstwo prania brudnych pieniędzy. Organy ścigania postępują zgodnie z przepisami, a sąd, przyjmując, że konsekwencją wprowadzenia do obrotu środków uzyskanych w wyniku przestępstwa określonego w art. 107 k.k.s. jest naruszenie art. 299 k.k. Przy zarzucie z tego ostatniego oskarżonemu grożą już drakońskie kary, nawet do ośmiu lat pozbawienia wolności. Tak być jednak nie powinno. Zgodnie z przepisami kodeksu postępowania karnego w przypadku, gdy „czym nie posiada znamion czynu zabronionego”, a tak jest w przypadku art. 107 k.k.s., naturalną decyzją sądu jest umorzenie postępowania. Dlaczego więc sądy nie zważają na wyrok TS UE i karzą domniemych sprawców? Odmowę umorzenia sądy uzasadniają tym, że orzeczenie Trybunału nie spowodowało utraty mocy obowiązującej czy bezwzględnej niemożności stosowania art. 14 ust. 1 ustawy hazardowej, a co za tym idzie – art. 107 § 1 k.k.s. Zdaniem

organów wymiaru sprawiedliwości wyrok Trybunału dał jedynie możliwość decydowania o charakterze przepisu sądowniczo krajowemu, a w konsekwencji prawo do jego stosowania bądź nie (zob. pkt 40 wyroku). Sądy umyślnie pomijają jednak podstawową tezę wyrażoną w pkt 24 i 25 wspomnianego wyroku, w której Trybunał uznał, że przepis art. 14 ust. 1 ustawy hazardowej należy uznać za „przepis techniczny” w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE. Taka linia orzecznicza w świetle zaprezentowanej argumentacji oraz głównej tezy wyroku TSUE jest błędna i narusza podstawowe prawa i wolności obywatelskie oraz nadrzędne zasady konstytucyjne.

### Naruszenie praw obywatelskich

Po pierwsze, ani dyrektywa 98/34/WE, ani prawo krajowe nie wprowadzają żadnych efektywnych mechanizmów automatycznie wyłączających możliwość stosowania przepisów technicznych. Możliwość ta wynika jedynie ze wskazanej orzecznictwa TSUE oraz wskazanej tezy wyroku. Oznacza to, że przyjęcie przez sądy, że decyzja o zastosowaniu wspomnianych przepisów należy do wyłącznego uznania sądu, stanowi naruszenie zasady prawa oskarżonego do obrony. Po drugie w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP wyrażona jest zasada, zgodnie z którą nie jest przestępstwem czyn, który nie był zabroniony w momencie jego popełnienia. Jako że czyn z art. 107 § 1 k.k.s. został pozbawiony znamion przestępstwa poprzez uznanie przez Trybunał art. 14 ust. 1 ustawy hazardowej za przepis techniczny, orzekanie o odpowiedzialności karnej oskarżonych na podstawie tego przepisu po publikacji wyroku TS UE stanowi naruszenie tej zasady.

### Organy na bakier z obowiązkami

Po trzecie, zgodnie z zasadą praworządności wyrażoną w art. 7 Konstytucji RP, organy państwowe powinny działać na podstawie i w granicach prawa. Skoro po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej polski funkcjonariusz publiczny obowiązany jest do przestrzegania także prawa unijnego, powinien stosować się do obowiązku, o którym mowa w art. 260 ust. 1 traktatu o funkcjonowaniu UE, czyli do zasady wykonywania wyroków TSUE przez państwa członkowskie. Zgodnie z tą regułą to sądy powinny wykonywać wyrok TSUE, a w szczególności, bez żadnych zastrzeżeń, stosować się do wspomnianej tezy wyrażonej w pkt 24 i 25 tego wyroku. W przeciwnym wypadku w demokratycznym państwie prawa spotka nas odpowiedzialność karna za przestępstwo, które przestępstwem, w znaczeniu kodeksowym, być – na razie – nie może. ■

### CV

Bartosz Grohman jest członkiem Naczelnej Rady Adwokackiej Hanna Szymańska jest aplikantem adwokackim w Kancelarii Grohman

RZECZPOSPOLITA zaprasza na szkolenie

## Dochodzenie roszczeń wynikających z kontraktów budowlanych

27 sierpnia – Warszawa, ul. Prosta 51

W programie m.in.:

- Roszczenia wykonawcy, w tym roszczenia wynikające z niewykonania obowiązków przez inwestora oraz gwarancje zapłaty za roboty budowlane
  - Roszczenia w razie nadzwyczajnego wzrostu cen (np. cen asfaltu, stali)
  - Nadużycie gwarancji zapłaty
  - Gwarancje zapłaty za roboty budowlane
- Dochodzenie roszczeń wynikających z kontraktów budowlanych w postępowaniu przed sądem powszechnym i w arbitrażu (z uwzględnieniem procedury FIDIC)
  - Terminy zgłaszania i dochodzenia roszczeń
  - Zabezpieczenie roszczeń
- Wypowiedzenie / odstąpienie od Kontraktu
  - Obowiązki w razie rozwiązania umowy w świetle FIDIC, kodeksu cywilnego i prawa budowlanego
  - Przekazanie placu budowy, jednostronna inwentaryzacja
- Zagadnienia podatkowe
  - Moment obowiązku podatkowego (CIT, VAT) przy wykonywaniu Kontraktu
  - Zasady opodatkowania odszkodowań, wynagrodzenia częściowego
  - Zmiana stawek VAT w trakcie realizacji Kontraktu
  - Nowe zasady odpowiedzialności przy nabywaniu towarów wrażliwych (stal, paliwa)

Cena szkolenia: 990 zł/os. + 23% VAT  
Cena specjalna: 890 zł/os. + 23% VAT  
– przy zgłoszeniu do 20.08 br., oraz przy zgłoszeniu dwóch lub więcej osób z jednej firmy

Partner merytoryczny: SJK & S

SOLTYSIŃSKI KAWECKI & SZLĘZAK

Kontakt: tel. (22) 46 30 761  
Zgłoszenia i szczegóły: [www.rp.pl/szkolenia](http://www.rp.pl/szkolenia)