

Sygn. akt VI Ka 427/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 grudnia 2018 r.

Sąd Okręgowy w Elblągu VI Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodnicząca: SSO Natalia Burandt

Protokolant: Patrycja Pakulska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Elblągu K. P.

i przedstawiciela Naczelnika (...) Urzędy C. – Skarbowego w O. W. L.

po rozpoznaniu dnia 13 grudnia 2018r., w E.

sprawy:

M. W. (1), s. P. i M., ur. (...) w W.

P. C., s. M. i A., ur. (...) w M.

oskarżonych o czyn z art. 107 § 1 kks i inne

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego M. W. (1), Prokuratora Rejonowego w Ostródzie Ośrodek (...) z siedzibą w M. i Naczelnika (...) Urzędy C. – Skarbowego w O.

od wyroku Sądu Rejonowego w Ostródzie VII Zamiejscowego Wydziału Karnego M.

z dnia 28 lutego 2018 r., sygn. akt VII K 108/16

I. uchyla zaskarżony wyrok w punkcie II dotyczącym oskarżonego P. C. oraz punkt V zawierający rozstrzygnięcie o kosztach procesu w części uniewinniającej i sprawę oskarżonego P. C. przekazuje Sądowi Rejonowemu w Ostródzie VII Zamiejscowemu Wydziałowi Karnemu w M. do ponownego rozpoznania,

II. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I w ten sposób, że z opisu czynu przypisanego oskarżonemu M. W. (1) eliminuje ustalenie, iż działał on w krótkich odstępach czasu oraz w wykonaniu tego samego zamiaru i z wykorzystaniem tej samej sposobności oraz eliminuje ustalenie, iż działał on wbrew przepisowi art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, zaś z kwalifikacji prawnej tegoż czynu eliminuje art. 6 § 2 kks,

III. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części,

IV. zasadza od oskarżonego M. W. (1) na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe za postępowanie odwoławcze, w tym wymierza mu opłatę w kwocie 1800 zł.

Sygn. akt VI Ka 427/18

## UZASADNIENIE

**M. W. (1)** oskarżony został o to, że w okresie od 01.07.2014 r. do 28.03.2015 r. w lokalu Punkt Gier bez nazwy przy ul. (...), (...)-(...) M., jako Prezes Zarządu (...) Sp. z o.o., urządził gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 z 2009 r. poz. 1540 z późn. zm.), tj. na automacie A. H. Magie

F. X. nr (...); na automacie D. G. nr (...) w okresie od 01.07.2014 r. do 28.03.2015 r. oraz na automacie M. L. nr (...) w okresie od 01.03.2015 r. do 28.03.2015 r. wszystkie będące w dyspozycji firmy (...) Sp. z o.o. z/s w W. oraz jako Prezes Zarządu (...) Sp. z o.o., w okresie od 01.07.2014 r. do 28.03.2015 r. urządził gry na automacie w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych ( Dz. U. nr 201 z 2009 r. poz. 1540 z późn. zm.), tj. na automacie A. G. nr (...) będącym w dyspozycji (...) Sp. z o.o. z/s w W., wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23 oraz art. 23a ust. 1 wyżej wymienionej ustawy o grach hazardowych, tj. w szczególności bez wymaganej koncesji oraz poza kasynem gry, tj. o popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks

**P. C.** oskarżony został o to, że w okresie od 01.07.2014 r. do 28.03.2015 r. w lokalu Punkt Gier bez nazwy przy ul. (...), (...)-(...) M., będąc osobą odpowiedzialną jako podmiot serwisujący, urządził gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 z 2009 r. poz. 1540 z późn. zm.) tj. na automacie A. H. Magie F. X. nr (...); na automacie D. G. nr (...) w okresie od 01.07.2014 r. do 28.03.2015 r. oraz na automacie M. L. nr (...) w okresie od 01.03.2015 r. do 28.03.2015 r. wszystkie będące w dyspozycji firmy (...) Sp. z o.o. z/s w W.; na automacie A. G. nr (...) w okresie od 01.07.2014 r. do 28.03.2015 r. będącym w dyspozycji (...) Sp. z o.o. z/s w W., wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23 oraz art. 23a ust. 1 wyżej wymienionej ustawy o grach hazardowych, tj. w szczególności bez wymaganej koncesji oraz poza kasynem gry tj. o popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks.

Sąd Rejonowy w Ostródzie VII Zamiejscowy Wydział Karny z w M. wyrokiem z dnia 28 lutego 2018r. wydanym w sprawie o sygn.. akt VII K 108/16:

I. uznał oskarżonego M. W. (1) za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu z tym ustaleniem, iż działał on w krótkich odstępach czasu oraz w wykonaniu tego samego zamiaru i z wykorzystaniem tej samej sposobności, tj. popełnienia czynu z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks w zw. z art. 9 § 3 kks i za to na podstawie tych przepisów skazał go, zaś na podstawie art. 107 § 1 kks w zw. z art. 23 § 1 i 3 kks wymierzył mu karę 180 (stu osiemdziesięciu) stawek dziennych grzywny z ustaleniem wysokości jednej stawki na kwotę 100 (stu) złotych;

II. na podstawie art. 414 § 1 kpk w zw. z art. 17 § 1 pkt. 2 kpk w zw. z art. 10 § 4 kks oskarżonego P. C. uniewinnił od popełnienia zarzucanego mu czynu.

III. na podstawie art. 30 § 5 kks orzekł przepadek na rzecz skarbu państwa dowodów rzeczowych w postaci automatowo do gier oraz środków pieniężnych wskazanych pod nr. od DRZ 319/16 do DRZ 335/16 przechowywanych w magazynie depozytowym Oddziału Celnego w I. oraz na koncie sum depozytowych Izby Celnej w O.

IV. na podstawie art. 113 § 1 kks w zw. z art. 627 kpk i z art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych obciążył oskarżonego M. W. (1) kosztami postępowania w 1/2 ich wysokości oraz obciążył go opłatą w kwocie 1800 (jeden tysiąc osiemset) złotych;

V. na podstawie art. 632 pkt 2 kpk ustalił iż koszty procesu w części dotyczącej oskarżonego P. C. ponosi Skarb Państwa.

Apelacje od powyższego wyroku wnieśli: oskarżony M. W. (1), Naczelnik (...) Skarbowego w O. oraz Prokurator Rejonowy w Ostródzie Ośrodek (...) z siedzibą w M..

**Oskarżony M. W. (1)** zaskarżając powyższy wyrok w całości w odniesieniu do jego osoby, zarzucił mu:

„W pierwszej kolejności, niezależnie od przedstawionych poniżej zarzutów, wskazuję na możliwość wystąpienia w zaskarżonym wyroku bezwzględnej przesłanki odwoławczej, określonej w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., polegającej na uprzednim wydaniu przez Sąd Rejonowy w Krośnie w dniu 3 kwietnia 2017 roku (sygn. II K 569/16) wyroku skazującego, na mocy którego uznany zostałem za winnego popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 k.k.s., gdzie zarzucanego czynu miałem dopuścić się od dnia 19 sierpnia 2013 r. do dnia 27 marca 2015 r. - w czasie obejmującym zarzucany mi w niniejszym postępowaniu okres, co powoduje zaistnienie stanu powagi rzeczy

osądzonej w stosunku do wszystkich zdarzeń w tym okresie stanowiących czyn urządzania gier na automatach poza kasynem gry.

Zaskarżonemu wyrokowi, na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k., zarzucam:

1) obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku, a to art. art.

7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodu z wyjaśnień oskarżonego, którym Sąd odmówił wiarygodności w zakresie odnoszącym się do mojego przekonania o legalności prowadzonej działalności gospodarczej, przyjmując wbrew zasadom logiki, że wyjaśnienia nie zasługują na obdarzenie ich wiarą podczas gdy: 1. odczytane wyjaśnienia są spójne, rzeczowe i uwiarygodnione; 2. w toku postępowania karnego nie został ujawniony żaden dowód przeciwny (świadczący o działaniu przeze mnie w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym); 3. wyjaśnienia oskarżonego powinny być traktowane na równi z każdym innym dowodem i nie można odmówić im wiarygodności wyłącznie na podstawie subiektywnej opinii Sądu.

Ponadto, zaskarżonemu wyrokowi, na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1 i 2 k.p.k., zarzucam:

2) obrazę prawa materialnego, tj. art. 10 § 4 k.k.s. poprzez brak jego zastosowania i brak przyjęcia, iż działałem w usprawiedliwionym błędzie co do braku karalności za działalność, której się podejmowałem:

- podczas gdy w okresie zarzucanych mi czynów organy uprawnione do stosowania prawa przyjmowały stanowisko o niekaralności za tego typu działalność, o czym świadczy lista korzystnych rozstrzygnięć znajdująca się w aktach sprawy, jak również treść mojej aktualnej Karty Karnej, z której wynika, iż prawomocne skazania miały miejsce już po zakończeniu prowadzenia przez mnie działalności, a zatem nie mogły one mieć wpływu na stan mojej świadomości w chwili zarzucanych mi czynów;

- jak również podczas gdy w chwili popełnienia zarzucanych mi czynów powszechne było przekonanie (w orzecznictwie oraz doktrynie), iż zarówno art. 14 i 6 u.g.h. były przepisami technicznymi, w związku z tym, nie można ich było stosować wobec jednostek, co w sposób oczywisty świadczy o tym, że nawet profesjonalista funkcjonujący na rynku w sposób usprawiedliwiony mógł przyjmować, że prowadzenie tego typu działalności, bez koncesji na kasyna gry, nie było karalne;

3) obrazę prawa materialnego, tj. art. 107 k.k.s. w zw. artykułem 7 ustęp 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

- poprzez przyjęcie, iż art. 6 u.g.h. może stanowić podstawę skazania za czyn zarzucany w niniejszym postępowaniu, podczas gdy w chwili jego popełnienia powszechne było przekonanie, iż przepis ten pełni subsydiarną rolę w stosunku do art. 14 u.g.h. i ze względu na przekonanie o technicznym charakterze tych przepisów, ich naruszenie nie podlegało karalności na podstawie art. 107 k.k.s. Skazanie mnie na podstawie art. 107 k.k.s. stanowi więc naruszenie artykułu 7 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z tego względu, iż prawo nie spełniało w tym przypadku warunku przewidywalności, bowiem przestępstwo i wiążąca się z nim kara nie były wyraźnie zdefiniowane przez prawo;

4) obrazę prawa materialnego, tj. art. 3, art. 9 i art. 23a u.g.h. poprzez ich zastosowanie w niniejszej sprawie i przyjęcie, iż przepisy te mogą być uzupełnieniem blankietowej normy z art. 107 k.k.s., podczas gdy możliwość ich zastosowania jest powiązana z możliwością przyjęcia jako podstawy skazania art. 107 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h. W sytuacji, kiedy w momencie popełnienia zarzucanych czynów dominowało stanowisko o technicznym charakterze zarówno art. 6 ust. 1 u.g.h., jak i art. 14 ust. 1 u.g.h., powoływanie się na ich naruszenie należy traktować jako również popełnione w warunkach usprawiedliwionego błędu co do braku karalności.

Niezależnie od powyższych zarzutów, na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 4 k.p.k., wskazanemu wyrokowi zarzucam:

5) rażącą niewspółmierność kary w sytuacji, gdy prawidłowa ocena okoliczności sprawy, w tym w szczególności chaos legislacyjny panujący w okresie zarzucanego mi czynu, brak mojej uprzedniej karalności w momencie podejmowania zarzucanych czynów, moja aktualna sytuacja materialna i życiowa, w tym zakończenie prowadzenia przeze mnie jakiegokolwiek działalności w branży rozrywkowej wskazuje, iż cele kary zostałyby spełnione poprzez wymierzenie samoistnej kary grzywny w jej dolnych ustawowych granicach.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, na mocy art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 437 § 1 i 2 k.p.k. wnoszę o :

1. uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania wobec zaistnienia bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 § pkt 8

alternatywnie, wnoszę o:

2. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wydanie rozstrzygnięcia uniewinniającego, w szczególności na podstawie art. 10 § 4 k.k.s.

W przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt 1) i 2), wnoszę o :

3. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez odstąpienie od wymierzenia kary, alternatywnie poprzez jej zmianę i orzeczenie w miejsce zasądzonej kary grzywny uwzględniającej moją aktualną sytuację materialną i życiową w wymiarze 50 stawek dziennych po 70 złotych każda.

4. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zwolnienie mojej osoby z obowiązku ponoszenia kosztów procesu w niniejszej sprawie.

Ponadto, na podstawie art. 167 k.p.k. w zw. z art. 452 § 2 k.p.k. oraz art. 458 k.p.k., celem uzupełnienia postępowania dowodowego w instancji odwoławczej, mając na uwadze charakter wnioskowanych dowodów, co nie spowoduje przedłużenia postępowania, wnoszę o dopuszczenie, przeprowadzenie i włączenie w poczet materiału dowodowego: kwestionariusza wywiadu środowiskowego przeprowadzonego przez zawodowego kuratora sądowego A. O. w dniu 10 lutego 2018 roku na okoliczność określenia mojego trybu życia, mojej postawy, cech osobowości i okoliczności środowiskowych, wpływających na ocenę prognozy kryminologicznej wobec mnie.

S. podnoszę, odwołując się do karty karnej dowodzącej skali ukarania już mojej osoby za czyny z art. 107 § 1 k.k.s., że wszystkie przypisane mi występki, za które już zostałem skazany, popełnione zostały w tych samych okolicznościach, w tym samym okresie, z tej samej motywacji, przy tej samej sposobności i w tym samym zamiarze, także w ramach czynów ciągłych, co zarzucany mi występki z art. 107 § 1 k.k.s. urządzania gier na automatach bez koncesji na kasyno gry i poza kasynem gry w niniejszej sprawie, co czyni całkowitą bezprzedmiotowość dalszego karania mnie za zachowania mieszczące się w ramach powyższych skazań. Zwłaszcza uwzględniając znaczną wielkość dolegliwości karnych i już zasądzonych wobec mnie sankcji karnych - kar, środków karnych, kosztów sądowych, co wynika z karty karnej. Z tego względu wnoszę o umorzenie niniejszego postępowania na podstawie art. 11 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s”.

**Naczelnik (...) Skarbowego w O.**, zaskarżając wyrok w części na niekorzyść oskarżonych M. W. (1) i P. C. zarzucił mu:

I. na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1 i 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.

1. obrazę przepisów prawa materialnego polegającą na błędnym zastosowaniu art. 6 § 2 k.k.s. w kwalifikacji prawnej z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. poprzez błędne przyjęcie, że oskarżony M. W. (1) dopuścił się zarzucanego

mu czynu w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu tego samego zamiaru i z wykorzystaniem tej samej sposobności - tj. w warunkach czynu ciągłego.

2. błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku poprzez dokonanie wadliwej oceny zebranych dowodów, że w niniejszej sprawie przypisanie oskarżonemu P. C. sprawstwa czynu z art. 107§1 kks jest chybione z uwagi na brak świadomości co do karalności czynu, podczas gdy materiał dowodowy zgromadzony w sprawie bezspornie wskazuje na odmienne ustalenia.

W konkluzji apelacji, skarżący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie I. dot. oskarżonego M. W. (1) poprzez wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej czynu art. 6 § 2 k.k.s., a ponadto o wyeliminowanie z opisu czynu zabronionego wskazania, że oskarżony M. W. (1) dopuścił się zarzucanego mu czynu w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu tego samego zamiaru i z wykorzystaniem tej samej sposobności.

2. uchylenie zaskarżonego wyroku w punkcie II. dotyczącym oskarżonego P. C. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Rejonowy w Ostródzie VII Zamiejscowy Wydział Karny w M..

**Prokurator Rejonowy**, zaskarżając wyrok na niekorzyść oskarżonego P. C., na podstawie art. 438 pkt 1 kpk zarzucił mu obrazę przepisu prawa materialnego, a mianowicie art. 107 § 1 kks i art. 10 § 4 kks wyrażającą się w błędnym przyjęciu, iż P. C. działał w usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynu z art. 107 § 1 kks podczas gdy w rzeczywistości działał w warunkach błędu nieusprawiedliwionego, który nie uchyla winy i dlatego czyn sprawcy stanowił przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks.

W petitum apelacji jej autor wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Na uwzględnienie zasługiwały wszystkie apelacje, przy czym skargi Naczelnika (...) Skarbowego w O. i Prokuratora Rejonowego w całości, zaś apelacja oskarżonego M. W. (1) jedynie częściowo, tj. w zakresie zarzutu obrazę art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych poprzez jego zastosowanie. Rozpoznanie wniesionych środków odwoławczych skutkowało uchyleniem zaskarżonego wyroku w części dotyczącej P. C. i przekazaniem sprawy tegoż oskarżonego do ponownego rozpoznania sądowi I instancji (pkt I i V) oraz zmianą rozstrzygnięcia dotyczącego M. W. (1) poprzez wyeliminowanie z opisu przypisanego mu czynu ustalenia, iż działał on w krótkich odstępach czasu oraz z wykonaniu tego samego zamiaru i z wykorzystaniem tej samej sposobności, a także poprzez wyeliminowanie ustalenia, iż działał on wbrew przepisowi art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, a nadto wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej tegoż czynu art. 6 § 2 kks.

Ustosunkowując się w pierwszej kolejności do **apelacji oskarżonego M. W. (2)**, należy wskazać, że w zakresie istoty jego sprawstwa, licznie lecz całkowicie wybiórczo przytoczone w tejże skardze argumenty dla poparcia prezentowanego stanowiska, mające uzasadniać obrazę kluczowych norm prawa materialnego oraz naruszenie przepisów postępowania, były całkowicie chybione i stąd nie mogły się ostać w świetle zebranych w sprawie dowodów. Powody, dla których sąd odwoławczy dokonał jednak korekty zaskarżonego rozstrzygnięcia zawartego punkcie I (w wyniku uwzględnienia wyłącznie zarzutów obrazę art. 14 ust. 1 ugh, i art. 6 § 2 kks), zostaną przedstawione w dalszych akapitach niniejszego uzasadnienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że odnośnie winy M. W. (1), przytoczone w jego apelacji argumenty należy potraktować jedynie za polemikę z prawidłowymi ustaleniami sądu I instancji, który to przypisując temuż oskarżonemu popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks, po stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy z 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, nie dopuścił się ani obrazę przepisów postępowania

ani naruszenia kluczowych dla rozstrzygnięcia norm prawa materialnego (wadliwość rozstrzygnięcia dotyczy jedynie zastosowania art. 14 ust.1 ugh i art. 6 § 2 kks).

Przystępując do rozważań odnośnie zarzutów zawartych w środku odwoławczym wywiezionym przez oskarżonego M. W. (1) tytułem wprowadzenia godzi się zaznaczyć, że Sąd Rejonowy przeprowadził w przedmiotowej sprawie postępowanie dowodowe w sposób wszechstronny i wyczerpujący, które następnie poddał rzetelnej analizie i na tej podstawie wyprowadził zasadniczo słuszne wnioski zarówno co do winy oskarżonego M. W. (1) w zakresie przypisanego mu przestępstwa skarbowego, jak i subsumcji prawnej jego zachowania pod wskazane przepisy ustawy karno – skarbowej (wadliwość rozstrzygnięcia dotyczy jedynie zastosowania art. 14 ust.1 ugh i art. 6 § 2 kks), a także wymiaru orzeczonej wobec niego kary. Przedmiotem rozważań były nie tylko dowody obciążające oskarżonego ale również wszelkie dowody im przeciwne, a wszystkie one zostały ocenione w zgodzie z zasadami logicznego rozumowania, wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego. Wyprowadzone zatem na tej podstawie stanowisko Sądu Rejonowego korzysta z ochrony przewidzianej w art. 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 kks, a ponieważ jednocześnie nie zostało ono w żaden rzeczowy i przekonujący sposób podważone przez apelującego, przeto w całej rozciągłości zasługuje na aprobatę sądu odwoławczego.

Istota apelacji oskarżonego M. W. (1) sprowadza się do wyprowadzenia tezy, że Sąd Rejonowy ignorując nakazy uwzględnienia wszystkich okoliczności występujących w sprawie, a więc także tych, które przemawiają na korzyść oskarżonego oraz tłumaczenia nie dających się usunąć wątpliwości na korzyść oskarżonego, dokonał dowolnej, a nie swobodnej oceny zgromadzonych dowodów, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego przypisania wyżej wymienionemu odpowiedzialności za czyn, którego ten w rzeczywistości się nie dopuścił. Takiego stanowiska nie sposób podzielić.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że sąd odwoławczy nie stwierdził, określonego w art. 439 § 1 pkt 8 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks uchybienia mającego charakter bezwzględnej przyczyny odwoławczej w postaci przeszkody procesowej określanej formułą *res iudicata* (powaga rzeczy osądzonej), tj. naruszenia przepisu art. 17 § 1 pkt 7 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks.

W tym miejscu należy wskazać, że do niedawna, sąd odwoławczy prezentował zbliżony pogląd prawny, iż uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s, popełnione w innym miejscu w warunkach czynu ciągłego (art. 6 § 2 k.k.s), w którym czas jego popełnienia obejmuje czasokres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s, co do którego toczy się jeszcze postępowanie karno-skarbowe, stanowi w tym późniejszym procesie przeszkodę procesową w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem jest spełniony warunek tożsamości czynów – jednakże po wyjaśnieniu rozbieżności w orzecznictwie w tym przedmiocie przez I Prezesa Sądu Najwyższego i przedstawieniu wyczerpującej wykładni w judykatach Sądu Najwyższego, należało do niej się przychylić.

Zgodnie z przekonującą argumentacją Sądu Najwyższego zaprezentowaną w tożsamej przedmiotowo sprawie (wyrok z dnia 19 września 2018r. sygn.. akt V KK 415/18), przypisane oskarżonemu M. W. (1) zaskarżonym wyrokiem przestępstwo z art. 107 § 1 kks nie było, od strony normatywnej, tożsamym czynem – w rozumieniu art. 6 § 1 i 2 k.k.s. – z przestępstwami przypisanymi we wcześniejszych prawomocnych wyrokach, m.in. w sprawie o sygn. akt II K 569/16 Sądy Rejonowego w Krośnie. „(...) O tożsamości czynu, a ściśle o granicach tożsamości czynu, w pierwszym rzędzie w istocie decyduje sam ustawodawca określając kształt znamion czynu zabronionego w ustawie karnej (kryterium prawne). Na ten aspekt ustalenia granic tożsamości czynu wskazuje się w literaturze oraz orzecznictwie (np. P. Kardas [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy..., teza 8-12 oraz wskazane tam poglądy w piśmiennictwie i judykaty; por. zwłaszcza uzasadnienie uchwały SN z dnia 22 marca 2002 r., I KZP 4/02, OSNKW 2002, nr 5-6, poz. 37). Jednocześnie jednak określenie „ten sam czyn” odnosi się do tego samego fragmentu aktywności lub pasywności człowieka. Ten fragment aktywności (lub pasywności), to przecież nic innego, jak wyodrębniony wycinek ludzkiego zachowania, wytyczonego na gruncie znamion danego czynu zabronionego (por. np. postanowienie SN z dnia 12 października 2011 r., III KK 145/11, OSNKW 2012, nr 2, poz. 13; np. M. Cieślak, Polskie prawo karne, Warszawa 1990, s. 159; A. Zoll [w:] A. Zoll [red.] Kodeks karny. Część ogólna. Tom I, 2004, s. 180-182). Stąd też formułowany jest pogląd, że dla oceny co do tożsamości czynu należy posłużyć się

odniesieniem do czynu naturalnego, traktowanego jako wycinek określonego continuum, aby następnie dokonać jego oparcia w normatywnym (funkcjonalnym) ujęciu tego zjawiska, przy czym podstawę ocen stanowić może całokształt formułowanych w literaturze i orzecznictwie kryteriów (por. np. J. Giezek [w:] J. Giezek [red.], Kodeks karny. Część ogólna. WKP 2012, teza 5 do art. 11 i wskazane tam orzeczenia SN; M. Błaszczak [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki [red.], Kodeks karny. Część ogólna. Tom I, Warszawa 2015, s. 312). Kwestia wytyczenia tych kryteriów jest kwestią niezwykle złożoną. Wystarczy wskazać, że ujmuje się ją m.in. przez pryzmat zwartości czasowo-przestrzennej (por. np. postanowienia SN: z dnia 26 stycznia 2015 r., II KK 80/14, LEX nr 1648182; z dnia 31 sierpnia 2001 r., V KKN 111/01, LEX nr 51844), albo inaczej – odnosi do jedności miejsca i czasu, czy nastawienia sprawcy zmierzające do osiągnięcia tego samego relewantnego z punktu widzenia prawa karnego celu, bądź wyodrębnienie zintegrowanych zespołów jego aktywności (por. wyrok SA w Katowicach z dnia 3 czerwca 2005 r., II AKa 161/05, LEX nr 174988). Jak widać z powyższego nie sposób abstrahować od konstrukcji znamion czynu opisanego w przepisie art. 107 § 1 k.k.s. To na tle tej konstrukcji prawnokarnej winno oceniać się, na ile określone zachowania (w znaczeniu ontologicznym) stanowią ten sam czyn w znaczeniu normatywnym (art. 6 § 1 i 2 k.k.s.), a zatem, *in concreto*, czy rację ma Sąd Najwyższy, gdy twierdzi, że relewantne znaczenie w kontekście przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. uzyskują takie okoliczności jak: miejsce zachowania – tj. miejsce urządzania gier, a także dane identyfikujące automaty do gier losowych (...). (...) podkreślić trzeba, że rzeczywiście, na tle regulacji art. 6 § 2 k.k.s. podkreśla się w piśmiennictwie, iż czyn ciągły musi się cechować jednym zamiarem; chodzi o „ten sam” a nie „taki sam” zamiar (por. T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2009, teza 3 do art. 6; P. Kardas [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy..., teza 35 do art. 6). Odnosząc się do tak zarysowanych, zasadniczych kwestii, podkreślić w pierwszym rzędzie należy, że przepis art. 107 § 1 k.k.s. ma charakter normy karnej blankietowej, albowiem w zakresie strony przedmiotowej przestępstwa odsyła do regulacji zawartej w ustawie o grach hazardowych. Nie można więc określać granic tożsamości czynu bez odwołania do tego zachowania, które zostało opisane w akcie oskarżenia a następnie, w granicach skargi, przypisane w wyroku skazującym – w kontekście zachowania naruszającego konkretne przepisy ustawy lub warunki koncesji lub zezwolenia (...).

W sprawie niniejszej przypisano oskarżonemu urządzenie gry na konkretnych automatach (opisanych numerami identyfikacyjnymi i nazwą własną), w konkretnym miejscu – punkcie gier przy ulicy (...) w M., bez posiadania koncesji na prowadzenie kasyna i poza kasynem, a zatem naruszenie normy sankcjonowanej nastąpiło z uwagi na uchybieniu normie zawartej m.in. w art. 6 ust. 1 u.g.h. Taka konstrukcja odpowiedzialności za przestępstwo skarbowe została przyjęta przez sąd pierwszej instancji, co wynika z treści wyroku (art. 413 § 2 k.p.k.) oraz jego uzasadnienia.

„(...) Przepis art. 6 ust. 1 u.g.h. w części odnoszącej się do działalności w zakresie gier hazardowych określa stronę podmiotową takiej działalności, wskazując, że może ją prowadzić tylko podmiot posiadający koncesję na prowadzenie kasyna (por. np. uchwała SN z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 17/16, OSNKW 2017, nr 2, poz. 7; wyrok SN z dnia 16 marca 2017 r., V KK 21/17, LEX nr 2258063)”.

Skoro zatem oskarżonemu przypisano urządzenie gry wbrew przepisom art. 6 ust. 1 u.g.h. (w zw. z art. 2 ust. 3 i art. 3 u.g.h.), to ustalono, że urządzona przez niego, jako prezesa podmiotu gospodarczego prowadzonego w formie sp. z o.o., gra na konkretnych automatach, była grą hazardową, na urządzenie której wymagana była koncesja na kasyno gry, zgodnie z treścią art. 3 u.g.h.

„(...) Wymóg uzyskania koncesji na kasyno gry, jako warunku formalnego urządzania gier hazardowych, przepisy u.g.h. wiążą nie tylko z określonymi wymaganiami co do podmiotu, który może ubiegać się o koncesję (por. art. 7a, art. 10 ust.1 pkt 1 u.g.h.; co do współników spółek – por. art. 11 -12 u.g.h.), ale także obejmują warunki dotyczące liczby kasyn w danym województwie, liczby kasyn, które mogą być prowadzone w określonej miejscowości (art. 15. ust. 1 – np. w mieście o liczbie mieszkańców 400.000 kasyn może być maksymalnie dwa), jak i ilość zainstalowanych automatów w kasynie (art. 4 ust. 1 pkt 1 lit.a u.g.h.). We wniosku o udzielenie koncesji na prowadzenie kasyna gry należy m.in. dokładnie opisać usytuowanie geograficzne budynku lub miejsca usytuowania kasyna, określić jego rozmiary, przedstawić plan budynku (art. 35 pkt 6), a nadto określić przewidywaną liczbę gier (art. 35 pkt 8). Jedna koncesja może dotyczyć jednego tylko kasyna (art. 41 ust.1) i obejmuje m.in. miejsce urządzania gier oraz rodzaj i minimalną oraz maksymalną liczbę gier (art. 42 pkt 3 i 4). Z kolei, automaty do gier eksploatowane przez podmioty

posiadające koncesję na prowadzenie kasyna muszą być zarejestrowane przez naczelnika urzędu celno-skarbowego, co oznacza dopuszczenie automatu do eksploatacji (art. 23a u.g.h.)”.

Treść tych unormowań winna być wzięta pod uwagę przy analizowaniu podjętego przez oskarżonego M. W. (1) zachowania, w kontekście odpowiedzialności z art. 107 § 1 k.k.s.

„(...) Naruszenie przepisu art. 107 § 1 k.k.s. może mieć postać urządzania lub prowadzenia gry hazardowej wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia. W piśmiennictwie wskazuje się trafnie, że: „Realizacja znamienia czasownikowego wbrew przepisom ustawy obejmuje dwie kategorie zachowań: po pierwsze, urządzenie lub prowadzenie bez koncesji lub zezwolenia oraz, po drugie, urządzenie lub prowadzenie za zezwoleniem (przy koncesji), jednak w sposób naruszający przepisy ustawy o grach hazardowych. Z kolei urządzenie lub prowadzenie wbrew warunkom koncesji lub zezwolenia jest niejako postacią kwalifikowaną urządzania lub prowadzenia wbrew przepisom ustawy: trzeba bowiem przyjąć, że każda koncesja i zezwolenie muszą odpowiadać unormowaniom ustawowym, skoro zaś tak, to każde urządzenie lub prowadzenie wbrew warunkom koncesji lub zezwolenia jest zarazem urządzeniem lub prowadzeniem wbrew przepisom ustawy (ale nie na odwrót).” (G. Łabuda [w:] Kodeks karny skarbowy..., teza 11 do art. 107)”.

Niewątpliwie w niniejszej sprawie oskarżony M. W. (1) zrealizował pierwszą ze wskazanych kategorii zachowań, albowiem w ogóle nie posiadał koncesji na prowadzenia kasyna, a urządzał gry na automatach, które zgodnie z ustawą o grach hazardowych, mogły być urządzone tylko przez osoby mające koncesję na kasyno. Skoro zatem oskarżonemu przypisano w wyroku sądu pierwszej instancji urządzenie w konkretnej miejscowości gry bez uzyskania koncesji na kasyno, to zważywszy na wskazane powyżej zapisy u.g.h., a zwłaszcza art. 15 ust. 1 w zw. z art. 41 ust. 1 i art. 42 pkt 3 i 4, urządzenie gry w określonej miejscowości, w danym lokalu, było przez niego podejmowane każdorazowo ze świadomością naruszenia swoim zachowaniem po raz kolejny przepisów ustawy (wyczerpania wszystkich znamion czynu zabronionego), nawet jeżeli już wcześniej takie gry urządzały przez niego w innych miejscowościach lub w tej samej miejscowości, ale w innym (określonym geograficznie) miejscu. Oskarżony miał świadomość, że na każde nowe miejsce określone geograficznie (miejscowość, lokalizacja w danej miejscowości), w którym chciałby urządzać gry na automatach jako gry hazardowe, wymagana byłaby od niego nowa koncesja na kasyno gry (art. 41 ust. 1 w zw. z art. 42 pkt 3 w zw. z art. 35 pkt 5 u.g.h.). Nie występując o nią i urządzając gry w nowym miejscu, postępował po raz kolejny wbrew wskazanym przepisom ustawy. „(...) W odniesieniu do strony podmiotowej czynu, tj. zamiaru, przypomnieć trzeba, iż ujmuje się go jako proces świadomej realizacji przedmiotowych znamion określonego czynu zabronionego (A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, 1999, s. 97). Chodzi o takie ukierunkowane zachowanie, które zmierza do osiągnięcia określonego celu (strona intelektualna) i sterowaniu swoim zachowaniem w taki sposób, by cel ten osiągnąć (strona woluntatywna – A. Zoll [w:] K. Buchała, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116 Kodeksu karnego, 1998, s. 90). W przypadku urządzania gier na automatach bez posiadania koncesji, zamiar wprowadzić ma cały czas tę samą ogólną postać (urządzenie gry na automatach z naruszeniem wskazanych, tych samych, przepisów ustawy), ale kształt normatywnej regulacji w u.g.h. decyduje, że sprawca takiego czynu w chwili jego realizacji w każdym miejscu, ma świadomość, iż swoim zachowaniem narusza po raz kolejny, na nowo, regulacje ustawowe, w tym dotyczące posiadania koncesji na prowadzenie kasyna w tym właśnie miejscu, a jednak do tego celu dąży. W tym aspekcie przyznać trzeba rację Sądowi Najwyższemu, gdy właśnie to w okoliczności jaką jest miejsce czynu, a więc miejsce, w którym sprawca urządza gry na automatach, dostrzegł przeszkodę do uznania, że takie zachowanie stanowi od strony prawnokarnej ten sam czyn, za którego popełnienie sprawca został już skazany prawomocnie w innym, wcześniejszym, postępowaniu karnym, w którym przyjęto działanie w innym miejscu w warunkach z art. 6 § 2 k.k.s., a czas przypisanego wówczas czynu ciągłego zawierał w sobie czas zachowania w innym miejscu (V KS 5/17). Już tylko na marginesie trzeba podkreślić, że w odniesieniu do opisanego zachowania nie sposób przyjąć także przesłanki „z wykorzystaniem trwałej sposobności”. Trafnie bowiem wskazuje się, że zwrot ten oznacza powielanie analogicznych zachowań nagannych z wykorzystaniem takiej samej nadarżającej się okazji lub sprzyjających warunków czy okoliczności (por. V. Konarska - Wrzosek [w:] I. Zgoliński [red.], Kodeks karny skarbowy. Komentarz, WKP 2018, teza 2 do art. 6). W realiach spraw tego rodzaju co do zasady nie może być mowy o tym, by sprawca wykorzystywał sprzyjającą okazję. W realizacji takich zachowań (urządzenie gier na automatach



bez posiadania koncesji) nie ma przecież żadnego elementu już istniejącego, albo takiego, który pojawia się na początkowym etapie realizacji czynu przestępczego i jest później wykorzystany. Sprawca niczego więc nie wykorzystuje dla realizacji znamion czynu zabronionego (jeśli rozumieć okazję jako sprzyjającej czemuś chwili, sposobność, możliwość - por. np. Słownik języka polskiego, tom V, red. W. Doroszewski, Warszawa 1963, s. 904), a wykonuje od początku do końca czyn zabroniony według powstałego zamiaru (...)"

Sąd Najwyższy w przywołanym judykacie, konkludując stwierdził, że (...) skoro urządzenie gry hazardowej w postaci gry na automatach (art. 1 ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h.) wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry (art. 6 ust. 1 u.g.h.), a koncesja taka udzielana jest w odniesieniu do jednego kasyna, prowadzonego w ściśle określonym (geograficznie) miejscu (art. 41 ust. 1, art. 42 pkt 3 i art. 35 pkt 5 u.g.h.), to zachowanie osoby, która nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna podejmuje działanie w postaci urządzania gry na automatach w różnych miejscach (miejscowościach, lokalach), stanowi każdorazowo - od strony prawnokarnej - inny czyn, podjęty z zamiarem naruszenia tych przepisów w każdym z tych miejsc. Uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s., popełnione w innym miejscu, w warunkach czynu ciągłego (art. 6 § 2 k.k.s.), w którym czas jego popełnienia obejmuje czasokres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s. co do którego toczy się jeszcze postępowanie karnoskarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów".

Z przedstawionych powodów, sąd odwoławczy nie uwzględnił podniesionego zarzutu sformułowanego na podstawie odwoławczej wskazanej w art. 439 § 1 pkt 8 kpk.

Ustosunkowując się do kolejnych zarzutów zawartych w apelacji oskarżonego M. W. (1) opartych na podstawach odwoławczych określonych w art. 438 pkt 1 i 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, należy przede wszystkim zasygnalizować, iż nietrafnym było powołanie się skarżącego jednocześnie na zarzut obrazy przepisu prawa materialnego, w sytuacji gdy autor apelacji podniósł przede wszystkim zarzut określony w art. 438 pkt 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, tj. naruszenia prawa procesowego, a w konsekwencji kwestionował ustalenia stanu faktycznego. Wymaga podkreślenia, że obraza prawa materialnego może być przyczyną odwoławczą jedynie wtedy, gdy ma ona charakter samoistny. Zarzut obrazy prawa materialnego jest legitymowany bowiem tylko wówczas, gdy dotyczy błędnej wykładni zastosowanego przepisu, zastosowania nieodpowiedniego przepisu lub nie zastosowania przepisu zobowiązującego sąd do jego bezwzględnego respektowania. Należy wówczas porównywać treść zastosowanego przepisu prawa z ustalonym przez sąd stanem faktycznym. Jeżeli sąd błędnie ustalił stan faktyczny i do tak ustalonego stanu zastosował przepis, który - przy prawidłowych ustaleniach - miałby zastosowanie, to zarzut naruszenia prawa materialnego jest bezpodstawny. W takiej sytuacji prawidłowy byłby zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia - art. 438 pkt 3 kpk (wyrok SN III KKN 249/98 2.05.1998 r. Prok. i Pr. 1998/10/16). Należy podkreślić, że nie ma obrazy prawa materialnego, gdy wada orzeczenia jest wynikiem błędnych ustaleń, przyjętych za jego podstawę. Orzecznictwo Sądu Najwyższego i doktryna słusznie bowiem podkreślają, że naruszenie prawa materialnego polega na jego wadliwym zastosowaniu (niezastosowaniu) w orzeczeniu, które oparte jest na trafnych i niekwestionowanych ustaleniach faktycznych. W konsekwencji skoro skarżący wyraźnie kwestionował dokonane przez Sąd I instancji ustalenia, na co wskazuje kolejny z zawartych w apelacji zarzutów (art. 438 pkt. 2 kpk) oraz jej część motywacyjna, to jest to płaszczyzna ustaleń faktycznych i stąd apelacja podważająca stanowisko Sądu w tej mierze (wszak subsumcja prawna czynu oskarżonego w wyroku, jest prostą konsekwencją ustaleń w tej właśnie materii, czyli strony podmiotowej czynu), powinna być oparta tylko na zarzucie odwoławczym określonym w art. 438 pkt 2 i 3 kpk, a nie dodatkowo w art. 438 pkt 1 kpk (v. postanowienie SN z dnia 27.05.2002r., V KKN 314/01, LEX nr 53334, wyroki SA w Łodzi z dnia 28.02.2001r, II AKa 13/01, Prok. i Pr. 2002/11/26 i z dnia 18.07.2001r., II AKa 118/01, Prok. i Pr. 2002/11/28, Kodeks postępowania karnego, Komentarz pod red. P. Hofmańskiego, Wyd. C.H. Beck, W-wa 2004r, s. 602 i nast.).

Niemniej, odpierając w pierwszej kolejności zarzuty oparte na podstawie odwoławczej określonej w art. 438 pkt 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks należy wskazać, że skarżący całkowicie nietrafnie podniósł zarzut naruszenia przez sąd orzekający art. 7 kpk i art. 410 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks.

W powyższej kwestii wypada przypomnieć, że przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną przepisu art. 7 k.p.k., jeżeli tylko: jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy, stanowi wyraz rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść jak i na niekorzyść oskarżonego oraz jest zgodne ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, a nadto zostało wyczerpująco i logicznie uargumentowane w uzasadnieniu wyroku. Tymczasem apelujący, nie wykazał w skardze, aby którykolwiek z powyższych warunków nie został dotrzymany, a zatem także i zarzut obrazy art. 7 k.p.k. nie mógł w realiach niniejszej sprawy się ostać, a w konsekwencji, co postulował skarżący, skutkować zmianą zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie go. Trzeba zatem wskazać, iż to, że w niniejszej sprawie Sąd Rejonowy ocenił poszczególne dowody pod kątem ich wiarygodności nie w taki sposób, jak życzyłby sobie tego skarżący, wcale jeszcze nie oznacza, że w procesie ich weryfikacji doszło do naruszenia reguł wyrażonych w cytowanym przepisie.

Niemniej do powyższej kwestii prawidłowości poczynionej przez sąd orzekający oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego – konkretnie wyjaśnień M. W. (1), sąd odwoławczy ustosunkuje się jednocześnie rozprawiając się z zarzutem obrazy prawa materialnego, jako że istota obu tych zarzutów się pokrywa.

Wbrew twierdzeniom skarżącego, Sąd Rejonowy nie uchybił również dyrektywie postępowania wyrażonej w art. 410 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks. Zgodnie bowiem z treścią tego przepisu podstawę wyroku stanowi całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy sądowej, a zatem sąd zobligowany jest do uwzględnienia przy wyrokowaniu całokształtu okoliczności, zaś pominięcie istotnych dla sprawy okoliczności mogących mieć wpływ na rozstrzygnięcie w kwestii winy stanowi oczywistą obrazę tego przepisu (por. OSN PG 1977, nr 7-8, poz. 62). Podkreślić należy, że wbrew wywodom apelującego, Sąd I instancji rzetelnie przedstawił dowody zebrane w toku przewodu sądowego i w swych rozważaniach nie pominął jakichkolwiek dowodów istotnych dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy. Ponadto w uzasadnieniu swego stanowiska wskazał, jakie fakty uznał za ustalone, na czym opierał poszczególne ustalenia i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, a następnie wyprowadził z dokonanych ustaleń prawidłowe – zdaniem Sądu Okręgowego – wnioski w zakresie winy oskarżonego w popełnieniu przypisanego mu czynu. Zważyć także należy, iż skarżący nie wskazał na czym konkretnie naruszenie art. 410 kpk w niniejszej sprawie miałyby polegać, zaś dokonana w tym zakresie analiza materiału dowodowego utwierdziła sąd odwoławczy w przekonaniu, iż zaskarżone rozstrzygnięcie Sądu Rejonowego w pełni realizuje zasadę zawartą w tym przepisie.

Na zakończenie rozważań dotyczących zarzutów naruszenia przepisów postępowania, należy podkreślić, że apelujący jednocześnie nie uprawdopodobnił wpływu podniesionych uchybień na treść zaskarżonego orzeczenia. Zaznaczyć należy, że wpływ obrazy przepisów postępowania na treść rozstrzygnięcia musi zostać uprawdopodobniony przez stronę, nie wystarczy zatem, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, niczym nie poparte stwierdzenie o wywarceniu takiego wpływu. Na skarżącym ciąży bowiem obowiązek wykazania, że między uchybieniem a treścią orzeczenia może istnieć związek, a dokonuje się tego właśnie przez wskazanie na przemawiające za tym okoliczności konkretnego wypadku. Stąd zawarte w apelacji zarzuty m.in. natury procesowej pozbawione przekonującej argumentacji i przytoczenia okoliczności świadczących o możliwości wpływu wskazanych uchybień na treść wyroku, nie mogą być uwzględnione.

Ustosunkowując się kolejnego zarzutu obrazy prawa materialnego, należy wskazać, iż brak było podstaw do wydania rozstrzygnięcia najkorzystniejszego, tj. uwolnienia M. W. (1) od odpowiedzialności poprzez uniewinnienie go od popełnienia przypisanego mu czynu z art. 107 § 1 kks .

Licznie lecz całkowicie wybiórczo przytoczone w skardze argumenty dla poparcia prezentowanego stanowiska, mające uzasadniać naruszenie wskazanych przepisów prawa materialnego (uprawniony był jedynie zarzut obrazy art. 14 ust. 1 ugh i art. 6 § 2 kks) - potraktować należy jedynie za polemikę z prawidłowymi ustaleniami sądu I instancji i poczynioną wykładnią mających zastosowanie kluczowych przepisów.

Przed przystąpieniem do szczegółowych rozważań w kwestii podniesionego zarzutu naruszenia przez sąd I instancji art. 7 kpk i art.410 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks i w konsekwencji zarzutu obrazy prawa materialnego – art. 107 § 1 kks

poprzez jego zastosowanie i błędną wykładnię, należy przypomnieć, że odpowiedzialności karnej skarbowej z art. 107 § 1 kks podlega ten, kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urzędu lub prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny. Czynność sprawcza została w art. 107 § 1 kks określona zatem jako „urządzenie” lub „prowadzenie” określonych w tej normie gier lub zakładów wzajemnych wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia. Zgodnie z powszechnie aprobowaną wykładnią znamion czynu określonego w art. 107 § 1 kks, zaakceptowaną także przez sąd meriti, przez pojęcie „urządzenia” należy rozumieć najczęściej układanie systemu gry, określanie systemem wysokość wygranych, wynajęcie i przystosowanie lokalu, zatrudnienie i przeszkolenie pracowników, organizowanie gry, rozliczanie przedsięwzięcia itp. Natomiast „prowadzenie” gry jest pojęciem węższym, ograniczonym zazwyczaj do wykonywania bezpośrednich czynności przy grze (tak: Komentarz do KKS pod redakcją W. Kotowskiego i B. Kurzępy, s. 450). Istotą regulacji jest zaprowadzenie czy też uruchomienie działalności hazardowej w określonym miejscu, stąd przyjmuje się, że „urządzenie” gier i zakładów poprzedza czasowo ich „prowadzenie”, to ostatnie bowiem dotyczy działalności urzędzonej. Do znamion ustawowych przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks należy także działanie wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwoleniu. Przepis art. 107 § 1 kks ma subsydiarny charakter wobec przepisów ustawy o grach hazardowych. Urządzenie lub prowadzenie działalności w zakresie m.in. gier na automatach jest bowiem dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych. Zgodnie z treścią art. 2 ust. 3 i 4 tegoż aktu (w brzmieniu obowiązującym w chwili czynu) grami na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości, przy czym wygraną rzeczową w grach na automatach jest również polegająca na możliwości na możliwości przedłużenia gry bez konieczności wpłaty stawki za udział w grze, a także możliwość rozpoczęcia nowej gry przez wykorzystanie wygranej rzeczowej uzyskanej w poprzedniej grze. Z kolei ust 5 art. 2 cyt. ustawy stanowi, że grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy. Stosownie natomiast do treści art. 6 ust. 1 ugh, działalność w zakresie m.in. gier na automatach może być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry, zaś zgodnie z art. 14 ust. 1 ugh (w brzmieniu obowiązującym w chwili czynu.) urządzenie gier m.in. na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gry.

Relatywizując powyższe uwagi do realiów niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że sąd orzekający trafnie przyjął na podstawie kompleksowo i prawidłowo ocenionego materiału dowodowego, iż podmiotem zarządzającym gry na zabezpieczonych automatach był ich dysponent - M. W. (1), który nie posiadał koncesji na kasyno gier, przy czym prowadzono je w punkcie gier przy ulicy (...) w M., który to lokal w sposób oczywisty nie posiadał statusu kasyna. M. W. (1) urządzał bowiem gry na automatach, tj. podjął się wyżej wymienionych czynności wpisujących się w przytoczone powyżej pojęcie „urządzenia” (co wynika m.in. z treści pozyskanych dokumentów w postaci umowy dzierżawy urządzeń, umów serwisowych, umowy dzierżawy powierzchni lokalu, listy aktualizacyjnej), wstawiając do tego lokalu owe urządzenie. Oczywistym jest zarazem, że już samo miejsce czynu dowodziło, iż gry były urządzone i prowadzone poza kasynem, a organizujący gry - dysponent automatów – M. W. (1) nie miał też koncesji na kasyno.

Kwestię charakteru zabezpieczonego w sprawie automatu potwierdziły dokumenty w postaci protokołu eksperymentu przeprowadzonego przez funkcjonariuszy celnych, dokumentacji fotograficznej, protokołu oględzin automatu, protokołu oględzin zatrzymanego automatu do gier oraz opinii biegłego, które to dowody jako zgodne i wzajemnie się uzupełniające, zasługiwały na wiarygodność. Wypada przypomnieć, że w ekspertyzie biegły jednoznacznie stwierdził, że badane automaty były urządzeniami oferującym gry w celach komercyjnych (gra wymaga opłat), automaty udostępniały gry komercyjne miały możliwość bezpośrednich wypłat wygranych pieniężnych. Gry są grami zawierającymi element losowości - gry są realizowane przez program standardowo napisany z wykorzystaniem procedur losowych (pseudolosowych). Gry są grami o charakterze losowym – o układzie symboli na zatrzymanych bębnach decyduje algorytm realizowanej gry działający na zasadzie przypadku. Grający nie jest w stanie po uruchomieniu gry przewidzieć wyniku gry (przewidzieć układu symboli na samoczynnie zatrzymanych bębnach). Biegły skonstatował, że automaty oferowały gry, o których mówi ustawa o grach hazardowych. Nota bene charakter gier na zabezpieczonych automatach nie był kwestionowany przez oskarżonego.

Skoro zatem gry na tym automacie miały taki właśnie charakter, to warunkiem ich legalnego urządzania i prowadzenia, było uzyskanie koncesji na kasyno, a dozwolonym miejscem urządzania i prowadzenia tych gier było wyłącznie kasyno, a nie lokal użytkowy. Oskarżony urządzając gry na automacie o powyższym charakterze (art. 2 ugh), w sytuacji gdy nie dysponował koncesją na kasyno gry, poza miejscem do tego wyznaczonym, nie podporządkował się więc obligatoryjnym przepisom ustawy o grach hazardowych, w tym przede wszystkim art. 6 ust. 1 ugh, a to powodowało, że zachodziły podstawy do przypisania mu popełnienia czynu z art. 107 § 1 kks polegającego na działaniu wskazanym w opisie czynu mu przypisanym.

Reasumując, wbrew wyrażonym przez skarżącego zastrzeżeniom, zgromadzone i ujawnione w sprawie okoliczności i dowody – w pełni uprawniały sąd orzekający do dokonania ustalenia, że M. W. (1) jako prezes zarządu (...) spółki z.o.o. i (...) sp. z.o.o. w okresie od 01 lipca 2014r. do dnia 28 marca 2015r. w punkcie gier przy ulicy (...) w M., „urządzał” gry na automacie w rozumieniu art. 107 § 1 kks.

Nie powiodła się także podjęta przez apelującego próba podważenia stanowiska sądu, iż M. W. (1) urządzał gry na dowodowych automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, wbrew przepisom tego aktu określonym w art. 3, art. 4, art. 6 ust. 1 i art. 23a ugh. Z kolei, poczynione przez sąd meriti ustalenie, iż oskarżony swoim zachowaniem naruszył także przepis art. 14 ust. 1 ugh w brzmieniu obowiązującym do dnia 2 września 2015r obarczone jest istotną wadą, co czyni podniesiony w tym zakresie zarzut za zasadny.

Oskarżony w swej apelacji, podnosząc problem charakteru prawnego czynu określonego w art. 107 § 1 kks i wypełniających tę normę blankietową przepisów art. 6 i art. 14 ustawy o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015r. i skutków nienotyfikacji przepisów technicznych, poczynił tylko częściowo trafne uwagi i to w odniesieniu do art. 14 ust. 1 ugh.

W tym miejscu należy ponownie przypomnieć, że w przedmiotowej sprawie przypisano oskarżonemu M. W. (1) popełnienie czynu z art. 107 § 1 kks w okresie od dnia 01 lipca 2014r. do dnia 28 marca 2015r., tj. przed wejściem w życie z dniem 03 września 2015r. nowelizowanych przepisów ustawy o grach hazardowych.

Należy zaakcentować, że sąd I instancji nie rozróżnił jednak stanów prawnych obowiązujących w chwili czynu i po nowelizacji ustawy, wskazując, że oskarżony działając jeszcze przed 03 września 2015r., swoim zachowaniem naruszył nie tylko m.in. art. 6 ust. 1 ugh, tj. urządzał gry na automatach w szczególności bez wymaganej koncesji, ale także naruszył - art. 14 ust. 1 ugh, tj. przepis techniczny, którego projektu polski ustawodawca nie przedstawił (...) do notyfikacji, a niedopełnienie którego to obowiązku poddane jest sankcji w postaci braku możliwości stosowania takiej normy.

Uszło uwadze sądu orzekającego, że art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych – w jego pierwotnym brzmieniu – nie był notyfikowany Komisji Europejskiej, a nastąpiło to dopiero w związku z jego nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 12 czerwca 2015r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. poz. 1201) i która to zmiana weszła w życie z dniem 3 września 2015r. Sama ustawa zmieniająca została notyfikowana Komisji Europejskiej w dniu 5 listopada 2014r. pod nr (...), zgodnie z § 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 września 2002r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz.U. Nr 239, poz. 2039 oraz z 2004r. Nr 65, zpo. 597), które wdraża dyrektywę 98/34/WE (druk sejmowy nr (...), adnotacja na tekście ustawy opublikowanym w Dz.U. z 2015, poz. 1201). Komisja zaś nie wniosła zastrzeżeń.

Wypada przypomnieć, że kwestia technicznego charakteru przepisu art. 14 ust. 1 ugh w aspekcie dyrektywy 98/34/WE nie budzi wątpliwości, albowiem co do ograniczeń „lokalizacyjnych” dotyczących wykorzystywania automatów do gier hazardowych, zawartych w jego treści, Trybunał Sprawiedliwości UE zajmuje jednolite stanowisko, co znalazło swój wyraz m.in. w wyroku z dnia 26 października 2006 roku, C – 65/05 w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej, w wyroku z dnia 19 lipca 2012 roku, C – 213 / 11, C – 214 / 11, C – 217 / 11 w sprawie F. i in., czy w wyroku z dnia 11 czerwca 2015 roku, C – 98 / 14 w sprawie B.. Takich też wątpliwości nie miał także polski prawodawca, czego dowodem jest notyfikacja Komisji Europejskiej projektu nowelizacji ustawy o grach hazardowych,

która weszła w życie w dniu 03 września 2015 roku - ustawa z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych Dz.U. z 2015, poz. 1201 (v. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 roku, I KZP 17/16).

Odnosząc się do kwestii sankcji niestosowania przepisu technicznego w przypadku nienotyfikowania jego projektu Komisji Europejskiej, nie można również pominąć stanowiska Sądu Najwyższego, zawartego w cytowanej uchwale z dnia 19 stycznia 2017r, zgodnie z którym „kolizja prawa krajowego z prawem unijnym, w świetle zasady bezpośredniego stosowania prawa Unii Europejskiej (art. 91 ust. 3 Konstytucji), może prowadzić do zastąpienia przepisów krajowych uregulowaniami prawa unijnego albo do wyłączenia normy prawa krajowego przez bezpośrednio skuteczną normę prawa Unii Europejskiej. W konsekwencji norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej, wynikająca z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21 lipca 1998 r. ze zm.), wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 kks. przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r., poz. 612) w pierwotnym brzmieniu”.

Z przedstawionych względów, sąd odwoławczy wyeliminował z opisu czynu przypisanego M. W. (1) ustalenie, iż działał on wbrew przepisowi art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Jako całkowicie nieuprawniony natomiast należy potraktować zawarty w apelacji zarzut obrazy prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w zw. z art. 7 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (w brzmieniu obowiązującym w czasie popełnienia przez oskarżonego przypisanego mu czynu), „(...) poprzez przyjęcie, iż art. 6 u.g.h. może stanowić samodzielną podstawę skazania za czyn zarzucany w niniejszym postępowaniu podczas gdy w chwili jego popełnienia powszechne było przekonanie, iż przepis ten pełni subsydiarną rolę w stosunku do art. 14 u.g.h. i ze względu na przekonanie o technicznym charakterze tych przepisów, ich naruszenie nie podlegało karalności na podstawie art. 107 k.k.s. Skazanie Oskarżonego na podstawie art. 107 k.k.s. tylko w zw. z art. 6 u.g.h. stanowi więc naruszenie artykułu 7 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z tego względu, iż prawo nie spełniało w tym przypadku warunku przewidywalności, bowiem przestępstwo i wiążąca się z nim kara nie były wyraźnie zdefiniowane przez prawo (...)”.

Przystępując do rozważań poświęconych, stanowiącemu w realiach sprawy uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 kks, art. 6 § 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015r, zgodnie z którym działalność w zakresie m.in. gier na automatach może być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry, skonstatować należy, iż wyrażone przez skarżącego w tym zakresie stanowisko, iż przepis ten był powszechnie traktowany, podobnie jak art. 14 ust. 1 ugh, jako mający charakter techniczny, w związku z czym wymagał on notyfikacji, jest wadliwe, a przez to nie zasługuje ono na podzielenie. Zaznaczyć należy, że kwestia specyfiki m.in. normy art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w pierwotnym brzmieniu, pod kątem jej technicznego charakteru, została ostatecznie kompleksowo zbadana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 13 października 2016 roku w sprawie C – 303/15 orzekł, że: „Artykuł 1 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego w brzmieniu zmienionym na mocy dyrektywy 98/48/ WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998 roku, należy interpretować w ten sposób, że przepis krajowy – art. 6 ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, nie wchodzi w zakres pojęcia „przepisów technicznych” w rozumieniu tej dyrektywy, podlegających obowiązkowi zgłoszenia na podstawie art. 8 ust 1 tej samej dyrektywy, którego naruszenie jest poddane sankcji w postaci braku możliwości stosowania takiego przepisu”. W uzasadnieniu stanowiska, Trybunał Sprawiedliwości UE przyjął, że takie przepisy, które uzależniają prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry (art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych) nie stanowią „przepisów technicznych” w rozumieniu art. 1 pkt 3 dyrektywy 98/34, ponieważ nie odnoszą się one do produktu lub do jego opakowania jako takich oraz nie określają wymaganych cech produktu. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości UE, przepisy takie nie zaliczają się również do kategorii „zasad dotyczących usług” społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 pkt

5 dyrektywy 98/34, ponieważ nie dotyczy on „usług społeczeństwa informacyjnego” w rozumieniu art. 1 pkt 2 tej dyrektywy.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 stycznia 2017r. sygn.. akt I KZP 17/16 podzielił powyższe stanowisko zawarte w orzeczeniu (...), a dodatkowo zaakcentował, że zastrzeżenie uczynione w końcowej części przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, iż chodzi tu o koncesje na prowadzenie kasyna gry, nie może być w takiej sytuacji poczynione jako powtórzenie, zawartego w art. 14 ust.1 cyt. ustawy ograniczenia, zwłaszcza, że pierwszy z powołanych przepisów dotyczy prowadzenia działalności, drugi zaś – urządzania gry. We wskazanej uchwale Sąd Najwyższy skonstatował, że przepis art. 6 ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej, zawartej w art. 107 § 1 kks, o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 roku, I KZP 17/16). Tego natomiast rodzaju prawidłowe ustalenia przemawiające za sprawstwem oskarżonego M. W. (1), sąd orzekający w poddanej kontroli sprawie poczynił w toku bezpośredniego i kontradyktoryjnego postępowania, a czemu dał wyraz w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku.

Z uwagi na istotę argumentacji zawartej w części motywacyjnej środka odwoławczego, koniecznej jest odniesienie się do poruszanej tam kwestii, która miałaby przemawiać za uwzględnieniem apelacji.

Po pierwsze, sąd odwoławczy nie podziela zaprezentowanego w skardze apelacyjnej poglądu, iż art. 6 ust 1 ugh był powszechnie traktowany jako tożsamy z art. 14 ust. 1 ustawy albowiem oba te przepisy dotyczą praktycznie jednej kwestii i są wzajemnie ze sobą związane, a więc należy rozpatrywać je łącznie. Przepisem wyjściom jest tutaj art. 14 ust. 1 określając, że urządzanie gier na automatach możliwe jest jedynie w kasynach. Natomiast art. 6 ust. 1 określa jakie wymogi musi spełniać osoba prowadząca takie kasyno – tj. na podstawie udzielonej koncesji”.

Przede wszystkim stanowisko Komisji Europejskiej, zaprezentowane w sprawie C- 303/15 (wskazujące na bliskie powiązanie pomiędzy wymogiem dotyczącym zezwolenia – art. 6 ust. 1 ugh, a ograniczeniem dotyczącym lokalizacji – art. 14 ust. 1 ugh) – zostało poddane krytyce zarówno przez orzekający w tej sprawie skład Trybunału Sprawiedliwości UE, jak i przez rzecznika generalnego. Trybunał Sprawiedliwości w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 października 2016r. w sprawie C- 303/15 jednoznacznie wskazał, że „Nie można przyjąć tezy Komisji, zgodnie z którą istnieje ścisły związek między dwoma analizowanymi przepisami krajowymi, co z kolei prowadzi do tego, że nie możliwe jest pominięcie art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w kontekście art. 6 ust. 1 tej ustawy. Jak bowiem stwierdza rzecznik generalny w pkt 38-44 swojej opinii, art. 6 ust. 1 tej ustawy i jej art. 14 ust. 1 pełnią różną funkcję i mają różny zakres zastosowania. Element opisowy znajdujący się w art. 6 ust. 1 tej ustawy, który służy wskazaniu analizowanej w niniejszej sprawie koncesji jako koncesji na prowadzenie kasyna, nie zmienia tego wniosku”. Dodatkowo godzi się zaakcentować, że rzecznik generalny w swej opinii kategorycznie nie przychylił się do powyższego stanowiska Komisji (pkt. 40 opinii), argumentując że wymóg dotyczący zezwolenia (art. 6 ust. 1 ugh) oraz ograniczenie dotyczące lokalizacji (art. 14 ust. 1 ugh) nie jest tożsame i równoznaczne, a nadto ograniczenia dotyczące lokalizacji zapisanego w art. 14 ust. 1 ugh nie należy w ogóle uważać za element procedury udzielania zezwoleń. Rzecznik generalny w pkt 44 swej opinii skonstatował, że „wymóg dotyczący zezwolenia i ograniczenie dotyczące lokalizacji charakteryzują się różnym zakresem i spełniają różne funkcje ...” (pkt. 44 opinii). Tożsame stanowisko zajął Sąd Najwyższy w cytowanej we wcześniejszych akapitach niniejszego uzasadnienia uchwale 7 sędziów z dnia 19 stycznia 2017r. sygn.. akt I KZP 17/16, stwierdzając, że „zastrzeżenie uczynione w końcowej części przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, iż chodzi tu o koncesje na prowadzenie kasyna gry, nie może być w takiej sytuacji poczynione jako powtórzenie, zawartego w art. 14 ust.1 cyt. ustawy ograniczenia, zwłaszcza, że pierwszy z powołanych przepisów dotyczy prowadzenia działalności, drugi zaś – urządzania gry. Oznacza to, że przepis art. 6 ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej, zawartej w art. 107§ 1 kks, o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony”. Pogląd tej treści został zaaprobowany i podzielony przez inne składy Sądu Najwyższego, w tym przez sąd orzekający w sprawie o sygn. akt V KK 21/17 (wyrok z dnia 16 marca 2017r). W pisemnym uzasadnieniu tegoż orzeczenia, Sąd Najwyższy podkreślił, że „Mimo więc pewnego związku występującego pomiędzy art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, to jednak przepisy te mają niezależny od siebie charakter: o ile artykuł 6

ust. 1 tej ustawy dotyczy strony podmiotowej działalności w zakresie urządzania gier hazardowych, skoro przewiduje, że może ją prowadzić wyłącznie podmiot posiadający koncesję na prowadzenie kasyna (podmiotowa reglamentacja działalności), o tyle art. 14 ust. 1 reguluje pewien aspekt przedmiotowy urządzania i prowadzenia gier na automatach, określa bowiem miejsce użytkowania tych automatów. Pierwszy z tych przepisów nie przesądza przy tym, że posiadacz koncesji może urządzać i prowadzić gry na automatach wyłącznie w kasynach gry, a takie zastrzeżenie zawiera art. 14 ust. 1 ustawy (zob. M. Skowrońska, Przecięcie węzła gordyjskiego w dziedzinie hazardu - uwagi w związku z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości w sprawie G.M. i M.S., EPS.2017.1.14) Przepisy powyższe obowiązują wszystkie podmioty w państwie, jako reglamentujące działalność gospodarczą w zakresie udostępniania urządzeń losowych, między innymi gry na automatach, do czego konieczna jest koncesja na prowadzenie kasyna gry, gdyż automaty te mogą być użytkowane tylko w kasynach gry. Z ich treści wynika również, że zakaz w nich określony jest adresowany do wszystkich podmiotów, a zatem zarówno osób fizycznych jak i prawnych oraz niezależnie od tego, czy posiadają one koncesję na prowadzenie kasyna gry, czy też nie. Działalność w zakresie gier na automatach, w rozumieniu art. 2 ust. 3 cyt. ustawy, urządzana bez stosownej koncesji oraz poza kasynem gry, jest więc zawsze działalnością nielegalną (bez względu na liczbę automatów). Dlatego też, każdy kto spełnia powyższe kryteria zakwalifikowania go jako urządzającego grę hazardową, bez względu na formę prawną oraz gdy miejscem urządzenia gry nie będzie kasyno gry, narusza przepisy ustawy karnoskarbowej. Niezasadnym jest również twierdzenie, że skoro automaty (w ilości mniejszej niż 5 sztuk) znajdują się w miejscu, które kasynem nie jest (np. salon gier, stacja benzynowa, sklep, bar lub inny lokal gastronomiczny), to nie jest wymagana koncesja na prowadzenie gier na automatach. Regulacje ustawy o grach hazardowych są w tym zakresie jednoznaczne i nie ulega wątpliwości, że każda działalność w zakresie gier na automatach może być prowadzona jedynie na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry (art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych).”.

Wbrew wywodom apelującego, o ile podzielić należy stanowisko odnośnie tego, że art. 14 ust. 1 u.g.h. nie może mieć zastosowania w sprawie o przestępstwo skarbowe nielegalnych gier losowych, bowiem ma charakter techniczny i nie przeszedł procesu notyfikacji Komisji Europejskiej, o tyle pogląd, iż art. 6 ust. 1 u.g.h., uzależniający prowadzenie działalności w zakresie rodzaju gier w nim wskazanych od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie stanowi przepisu technicznego w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE i może tym samym stanowić, i to samodzielnie, uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s - jest utrwalony w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyroki SN z dnia 11.10.2017r., V KK 141/17; 5.10.2017r., III KK 86/17; 20.09.2017r., III KK 66/17).

Reasumując, podnoszony przez skarżącego zarzut obrazy art. 107 § 1 kks w zakresie dotyczącym stosowania art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych uznać należało za bezzasadny.

Konkludując należy stwierdzić, że o ile słuszne jest stanowisko apelującego, że techniczny charakter regulacji art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w brzmieniu obowiązującym do dnia 02 września 2015r. sprawia, że jej naruszenie co do zasady nie może być uznane za wyczerpujące znamiona czynu zabronionego z art. 107 § 1 kks, o tyle zdecydowanie nietrafnym jest rozciągnięcie tego poglądu także na art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Ponownie przypomnieć należy, że oskarżonemu zarzucono popełnienie czynu zabronionego z naruszeniem m.in. obu wskazanych regulacji. Skoro zatem art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie miał charakteru technicznego i nie jest on sprzężony z art. 14 ust. 1 ugh, a oskarżonemu zarzucono zachowanie polegające na urządzaniu gier na automatach bez wymaganej koncesji i w miejscu do tego nieuprawnionych (poza kasynem, w lokalu), tj. wbrew przepisom m.in. art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, to oczywistym jest, iż sąd I instancji nie dopuścił się obrazy przepisu art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, który mógł i nadal może samodzielnie dopełniać normę blankietową zawartą w art. 107 § 1kks (por. wyrok SN z dnia 11.10.2017r., V KK 141/17).

Zdecydowanie należy zaoponować także twierdzeniom skarżącego, iż nie tylko normę art. 14 ust. 1 ugh, ale także przepis art. 6 ust. 1 ugh powszechnie traktowano jako mający charakter techniczny.

Po pierwsze, w zacytowanych przez apelującego orzeczeniach, tj. w wyroku z dnia 26 października 2006 roku, C – 65/05 w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej oraz w wyroku z dnia 19 lipca 2012 roku, C – 213/11, C – 214/11, C – 217/11 w sprawie F. i in., Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej rozstrzygał

tylko i wyłącznie kwestię technicznego charakteru przepisu zawierającego ograniczenia lokalizacyjne dotyczące wykorzystywania automatów do gier hazardowych jedynie do miejsc stanowiących kasyna, a zatem analogicznego w treści do art. 14 ust. 1 ugh. Nie zajmował się natomiast charakterem przepisu uzależniającego prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry (art. 6 ust. 1 ugh). Z kolei przytoczone przez autora skargi fragmenty uzasadnień orzeczeń Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014. sygn. akt II KK 55/14 i z dnia 14 października 2015r. sygn. akt I KZP 10/15, zawierały ogólną tezę o technicznym charakterze także art. 6 ust. 1 ugh, ale całe rozważania dotyczyły już wyłącznie przepisu art. 14 ust. 1 ugh.

Po wtóre, wskazane w apelacji, na poparcie tak sformułowanego stanowiska, poglądy doktryny czy orzeczenia sądów nie mogą skutecznie posłużyć do wykazania, że oskarżony opierając się na nich, był uprawniony nie stosować się do wszystkich pozostałych przepisów ustawy o grach hazardowych. Ustawa ta nie została uchylona, a art. 6 ust. 1 ugh (podobnie jak art. 2, 3, 4, 9, 23 i 23a ust.1 tej ustawy) także obowiązywał przez cały inkryminowany czas, wystąpienie zaś rozbieżności interpretacyjnych co do charakteru tego przepisu (bowiem oprócz poglądów czy orzeczeń korzystnych dla oskarżonego, występowały też i takie o wydzwiku odmiennym), co wynika z cytowanych w apelacji orzeczeń, nie mogło automatycznie legitymizować działalności danego podmiotu, który prowadził działalność w danym obszarze wbrew treści spornych przepisów, które zostały uchwalone i obowiązują (a na to zwrócono uwagę w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego P 4/14 z 11 marca 2015r.). Należy też skarżącym wskazać, że art. 107 § 1 kks penalizuje działania polegające na działaniu wbrew przepisom ustawy, tj. wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych. Z treści tej ustawy wynika zaś wiele obowiązków, których należy dochować, żeby legalnie organizować gry na automatach o szczególnym charakterze tj. losowo-komercyjnym, a niedochowanie tych obowiązków stanowi działania „wbrew przepisom ustawy” wskazane w art. 107§1kks. W tym miejscu należy też zaznaczyć, że w sytuacji, gdy sąd I instancji w opisie czynu przypisanego wymienił przepis ustawy o grach hazardowych, który oskarżony naruszył, z jednoczesnym ustaleniem, że działał on bez wymaganej koncesji, to do uniewinnienia oskarżonego niewystarczające jest twierdzenie, że w ocenie skarżącego ustawa o grach hazardowych zawierała przepisy techniczne, które nie były nienotyfikowane, stąd nie obowiązywała. Trzeba tu zwrócić uwagę, że z uzasadnienia projektu ustawy o grach hazardowych wynikało jednoznacznie, że motywem wprowadzenia ograniczeń wolności działalności gospodarczej w obszarze urządzania czy prowadzenia gier na automatach były: po pierwsze, potrzeba zwiększenia kontroli państwowej nad rynkiem gier hazardowych oraz po drugie, zwiększenie ochrony obywateli przed negatywnymi następstwami uzależnienia od hazardu. Ustawodawca założył, że skoro organizujący gry hazardowe „sprzedają” pewną iluzję szybkiego wzbogacenia się, kosztem realnego zubożenia się tych konsumentów, którzy się grom oddają, to ze społecznego punktu widzenia otwarcie wolnego rynku na ten sektor rodziłoby zatem skutki wyłącznie negatywne, gdyż leżąca u jego podstaw konkurencja nie przynosi w tym obszarze dla konsumentów spodziewanych korzyści. Temu zaś służyło takie uregulowanie organizacji gier hazardowych, by cele ustawy mogły być zrealizowane. Stąd w ustawie tej zawarto szereg przepisów dotyczących i tego jakie podmioty mogą się tą organizacją gier zająć i po spełnieniu jakich warunków. Nie można zatem skutecznie wywodzić, że wobec zignorowania pozostałych przepisów wynikających z tej ustawy, oskarżony mógłby brać pod uwagę tylko to, że nienotyfikowany art. 14 ust.1 ugh nie obowiązywał, że nie trzeba było urządzać gier w kasynach, stąd podmioty urządzające takie gry zostały całkowicie zwolnione od respektowania i innych przepisów z tej ustawy, np. art. 6 ust. 1 ugh dotyczącego wymogu uzyskania koncesji na kasyno.

Ponownie należy podkreślić, że skoro z treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. w sprawie I KZP 17/16 i z orzeczenia C-303/15 (...) wynika wprost, że art. 6 ust. 1 ugh nie miał charakteru technicznego i nie musiał być notyfikowany, to z tego należy wywodzić, że przepis ten obowiązywał zarówno przed 03.09.2015r. jak i po tej dacie i z tego przepisu oraz innych norm ugh wynikały określone obowiązki, którym musiały poddać się osoby, które decydowały się na urządzenie lub prowadzenie gier o charakterze hazardowym. Gry na automatach określonych w art. 2 ugh mogły być więc prowadzone i urządzone tylko po uzyskaniu koncesji na kasyno, a co wyraźnie postanowiono w treści przepisu art. 6 ust. 1 ugh. W świetle przepisów całej ustawy o grach hazardowych, ważne było bowiem nie tylko miejsce urządzania czy prowadzenia gier (gdyż art. 14 ust. 1 ugh dotyczy lokalizacji urządzania gier na automatach w kasynach), ale i to czy osoba prowadząca działalność regulowaną ustawą o grach hazardowych w ogóle poddała się działaniu zasad określonych tą ustawą, czy też przeciwnie, zasady te zignorowała



i działalność tę prowadziła pomimo, że ani zezwolenia, ani koncesji na prowadzenie gry nigdy nie posiadała, ani też nie ubiegał się o nie. Skoro dana osoba ignorowała wszystkie obowiązki wynikające z przepisów ugh, to nie mogła skutecznie powoływać się na to, że samo stwierdzenie technicznego charakteru nienotyfikowanego art. 14 ust. 1 ugh w brzmieniu sprzed 03.09.2015r., uwalniało ją od podporządkowania się pozostałym obowiązkom wynikającym z ugh, w tym konsekwencjom wyrażającym się w powinności powstrzymania się od działań, na które nie uzyskała koncesji. Tym bardziej, że przecież działalność w zakresie organizowania i urządzania gier hazardowych z uwagi m.in. na towarzyszące jej ryzyka uzależnień, korupcji i przestępczości, nie może być traktowana jako zwykła działalność gospodarcza, a rynek gier hazardowych, jako zwykły rynek gospodarczy, tym bardziej, że celem polityki państwa było poddanie tego rodzaju aktywności gospodarczej ścisłej regulacji i kontroli, z położeniem szczególnego nacisku na zapobieganie uzależnieniom od hazardu, ochronę konsumentów i ich rodzin oraz zwalczanie przestępczości, w tym zorganizowanej, i innego rodzaju nielegalnej działalności (co jasno i wyraźnie ujawnione zostało w uzasadnieniu projektu do ustawy o grach hazardowych – patrz: druk sejmowy nr (...)).

Skoro zaś nietechniczny przepis art. 6 ust. 1 ugh obowiązywał cały czas, to z pewnością skutek niedopełnienia procedury notyfikacji przepisu technicznego art. 14 ust. 1 ugh w brzmieniu sprzed 03.09.2015r. nie mógł odnosić się do całej ustawy, w tym i do art. 6 ust. 1 ugh i gratyfikować zupełnego braku poszanowania prawa w dziedzinie gier hazardowych, która ze względu na bezpieczeństwo i porządek publiczny wymagała reglamentacji.

Godzi się przypomnieć, że w całym inkryminowanym czasie obowiązywał art. 6 ust. 1 ugh zawierający wymóg dotyczący uzyskania koncesji lub zezwolenia, któremu obowiązkowi oskarżony się nie poddał, mimo, że i w art. 3 ugh wyraźnie zaznaczono, że urządzanie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie (a nie tylko w art. 14 ust. 1 ugh).

Sąd meriti przyjął zatem prawidłową wykładnię przepisu art. 6 ust. 1 ugh i w konsekwencji nie dopuścił się obrazy prawa materialnego – art.107 § 1 kks poprzez jego zastosowanie, do słuszności którego to zarzutu starał się bez powodzenia przekonać apelujący.

Z wszystkich przedstawionych względów, w tym z uwagi na jednoznaczną wymowę m.in. przepisów art. 6 ust. 1 ugh, nie doszło tym samym do naruszenia art. 7 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Treść art. 6 ugh była bowiem jasna i wynikało z niej, że prowadzenie działalności polegającej na urządzaniu gier hazardowych jest możliwe wyłącznie w formie określonej spółki, po uzyskaniu koncesji na kasyno. Dla każdej osoby czytającej art. 6 ugh wynikało to w sposób klarowny i czytelny i nie trzeba było - dla zrozumienia tych wymogów - sięgać po wiedzę fachowa dla dokonania wykładni zapisów z tego artykułu.

Do negatywnej weryfikacji zaskarżonego wyroku, w którym przypisano oskarżonemu popełnienie czynu z art. 107 § 1 kks, nie może również doprowadzić podniesienie przez apelującego zarzutu obrazy art. 3 ugh, art. 4 ugh, art. 9 ugh i art 23a ugh.

Ustosunkowując się do tak sformułowanego zarzutu, ponownie należy przypomnieć, że w całym inkryminowanym czasie obowiązywał art. 6 ust. 1 ugh zawierający wymóg dotyczący uzyskania koncesji lub zezwolenia, któremu obowiązkowi oskarżony się nie poddał, mimo, że i w art. 3 ugh wyraźnie zaznaczono, że urządzanie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie (a nie tylko w art. 14 ust. 1 ugh), a w art. 23 ust.1 ugh, że automaty i urządzenia do gier powinny zapewniać ochronę praw uczestników gry i realizację przepisów ustawy (a nie tylko art. 14 ust. 1 ugh). Ponadto oskarżony działał też przy zignorowaniu treści przepisu art. 9 ugh, mimo ujętego w nim warunku urządzania gier objętych monopolem państwa w postaci zatwierdzenie ich regulaminu przez ministra finansów oraz art. 23a ust. 1 ugh, mimo zawartego tam warunku, że automaty i urządzenia do gier mogą być eksploatowane przez podmioty posiadające koncesję lub zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gier losowych lub gier na automatach oraz przez podmioty wykonujące monopol państwa, po ich zarejestrowaniu przez naczelnika urzędu celnego. Przypomnieć należy, że z dniem 14 lipca 2011 r. na skutek zmiany dokonanej art. 1 pkt 27 ustawy z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 134, poz. 779), wprowadzono obowiązek

rejestracji automatów do gry przez naczelnika urzędu celnego (dodany art. 23a ust. 1 u.g.h.; obecnie od 1 kwietnia 2017 r. chodzi o naczelnika urzędu celno-skarbowego). Jednocześnie na mocy tej samej nowelizacji niewykonanie tego obowiązku rejestracji dawało podstawę do wymierzenia kary pieniężnej na podstawie ówczesnego art. 89 ust.1 pkt u.g.h. (od dnia 1 kwietnia 2017 r. obowiązek ten został przesunięty do pkt 2 tego ustępu – por. art. 1 pkt 67 ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych – Dz. U. 2017, poz. 88). Z przepisów art. 23a ust.1 i 2 u.g.h. wynika, że każdy automat do gry, który ma być eksploatowany przez podmiot posiadający koncesję, musi zostać uprzednio zarejestrowany przez naczelnika urzędu celno-skarbowego (ust. 1) i dopiero rejestracja uprawnia do jego eksploatacji (ust. 2). Podstawą rejestracji jest stosowna opinia jednostki badającej (art. 23a ust. 3). Jeżeli zatem podmiot posiadający koncesję na prowadzenie kasyna urządziłby, w zgodzie z warunkami koncesji (art. 42 u.g.h.), grę na automacie, który nie został zarejestrowany w trybie art. 23a ust. 1-3 u.g.h., to nie tylko podlegałby karze pieniężnej (obecnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h. – w zakresie możliwości nałożenia takiej kary wobec osoby skazanej z art. 107 § 4 k.k.s. por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2015 r., P 32/12, OTK-A 2015/9/148), ale także urządziłby grę na nim wbrew przepisom ustawy, a to wbrew przepisowi art. 23a ust. 1 u.g.h. Jasne jest więc, że relewantne z punktu widzenia odpowiedzialności karnej z art. 107 § 1 k.k.s. jest także zarejestrowanie określonego automatu do gry. Brak takiej rejestracji automatu do gry i urządzenie na nim gry, bez uzyskania przez osobę urządzającą grę koncesji na kasyno (art. 6 ust. 1 u.g.h.), stanowi o wyczerpaniu znamion czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s. (lub § 4). Oczywistym jest, że oskarżony wbrew przepisowi art. 23a ust. 1 ugh nie zrealizował obowiązku zarejestrowania automatów, albowiem nie posiadał koncesji. Pomimo, że określony powyższym przepisem wymóg ma charakter wtórny wobec przewidzianego w art. 6 ust. 1 ugh obowiązku uzyskania koncesji, to jednak przepis ten, podobnie jak art. 6 ust. 1 ugh, obowiązywał, a oskarżony nie spełniając określonego w nim warunku, w konsekwencji dopuścił się też i jego naruszenia. Należy w tym miejscu też zwrócić uwagę na wyjątkową konsekwencję i nieustępliwość w działaniu oskarżonego, którą obrazuje treść orzeczeń dołączonych do akt sprawy, informacja z K. oraz fakt prowadzenia wielu innych postępowań wobec oskarżonego o czyn z art. 107 § 1 kks, co wskazuje na skalę wykonywanej przez niego działalności, jak również na to, że tego rodzaju działalność, mimo braku koncesji, oskarżony kontynuował przez kilka lat wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych (skoro nigdy nie uzyskał koncesji), a także po tym, jak w dniu 3 września 2015 roku weszła w życie ustawa z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1201), której to przepisy zostały notyfikowane. Powyższe okoliczności jednoznacznie wykluczały wątpliwości odnośnie mocy obowiązującej przepisu art. 6 ust. 1 ugh. Nie spowodowało to jednak zaprzestania przez oskarżonego prowadzenia działalności w zakresie urządzania gier na automatach (i to gier o charakterze losowo-komercyjnym), bez uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry i wbrew innym przepisom ustawy o grach hazardowych (w tym art. 23a ust.1 ugh), które z uwagi na ich treść nie mogły być uznane za odnoszące się tylko do art. 14 ust. 1 ugh (czy subsydiarne względem art. 14 ust. 1 ugh) i stąd nieobowiązujące.

Podobnie wywody apelującego sprowadzające się do sformułowania tezy, iż stwierdzony techniczny charakter art. 14 ust. 1 ugh, automatycznie sprawia, iż także inne przepisy ugh, a przede wszystkim art. 2 ugh, art. 3 ugh i art. 4 ugh mają tożsamy charakter albowiem są subsydiarne wobec art. 14 ust. 1 ugh, nie zasługują na uwzględnienie.

Po pierwsze, autor skargi nie przytoczył przekonującej argumentacji na poparcie tegoż stanowiska.

Po drugie, należy przypomnieć, że pojęcie przepisu technicznego obejmuje cztery kategorie środków, tzn. „specyfikację techniczną” w rozumieniu art. 1 pkt 3 dyrektywy 98/34 (pojęcie to zakłada, że krajowy przepis nieuchronnie odnosi się do produktu lub jego opakowania jako takich, a zatem ustala jedną z wymaganych cech produktu); „inne wymagania” zdefiniowane w art. 1 pkt 4 tej dyrektywy (tej kategorii przepisy muszą ustanawiać warunki determinujące w sposób istotny skład, właściwości lub sprzedaż analizowanego produktu); „zasady dotyczące usług”, o których mowa w art. 1 pkt 5 wskazanej dyrektywy (pojęcie to obejmuje jedynie zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, czyli wszystkich usług świadczonych na odległość drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy) oraz „przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne państw członkowskich zakazujące produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu i stosowania produktu lub zakazujące świadczenia bądź korzystania z usług lub podejmowania działalności jako dostawca usług” w rozumieniu art. 1 pkt 11 tej dyrektywy. Co też istotne, przynależność przepisów krajowych do kategorii przepisów technicznych z grupy „specyfikacji technicznej” lub grupy „innych wymagań”, zależy od zakresu

zakazu ustanowionego mocą tych przepisów. Przepisy art. 2 ugh i art. 4 ugh należą natomiast do kategorii norm zawierających jedynie definicje legalne pojęć zastosowanych przez ustawodawcę w rozpoznawanym akcie prawnym, tj. m.in. art. 2 ust. 3 i 5 ugh precyzuje ustawowe określenie „gry na automatach”, natomiast przepis art. 4 ust. 1 pkt 1 lit a ugh wyjaśnia co należy rozumieć pod pojęciem ustawowym „kasyno gry”. Wskazane normy prawa krajowego nie zawierają zatem żadnego zakazu, a co najwyżej ustanawiają warunki zakładania przedsiębiorstw, a tym samym przepisy te nie wchodzą w zakres pojęcia „przepisów technicznych” w rozumieniu tej dyrektywy, podlegających obowiązkowi zgłoszenia na podstawie art. 8 ust. 1 tej samej dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. Dz. U. UE L z dnia 21 lipca 1998 r. (obecnie art. 1 ust. 1 lit. f oraz art. 5 Dyrektywy 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 roku), którego naruszenie jest poddane sankcji w postaci braku możliwości stosowania takiego przepisu. Tożsame stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 28 lutego 2017r sygn.. akt II SA/Bd 927/16 stwierdzając, że „(...) Przepisów art. 2 ust. 3, art. 129 ust. 3 ustawy z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 612, ze zm.) nie można uznać za przepisy techniczne w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE, z uwagi na to, że nie ustanawiają one warunków uniemożliwiających lub ograniczających prowadzenie gier na automatach poza kasynami i salonami gier albo mogących wpływać na sprzedaż takich automatów. Także art. 4 ust 1 pkt 1 ppkt a i art. 6 ust. 1 wskazanej ustawy nie mają takiego charakteru”.

Co także istotne, skoro (...) w wyroku z dnia 13 października 2016 r. w sprawie o sygn. C – 303/15, jednoznacznie stwierdził, że przepis art. 6 ust. 1 ugh, nakładający obowiązek uzyskania koncesji, a w którym ustawodawca także odwołuje się jednocześnie zarówno do pojęcia „gier na automatach”, jak i „kasyna gry” - nie ma charakteru technicznego, to tym bardziej ogólny przepis art. 3 ugh określający przedmiot regulacji ustawy, jak i przepisy zawierające wyłącznie definicje legalne pojęć ustawowych, nie należą do kategorii przepisów technicznych w rozumieniu tej dyrektywy, podlegających obowiązkowi zgłoszenia Komisji Europejskiej, którego naruszenie jest poddane sankcji w postaci braku możliwości stosowania takiego przepisu.

W konsekwencji, wbrew wyeksponowanemu w apelacji zarzutowi, także przepisy art. 2, art. 3, art. 4, art. 9, art. 23a ugh, jako nie mające charakteru technicznego, a tym samym nie podlegające obowiązkowej notyfikacji KE, mogły i mogą, zarówno przed nowelizacją ustawy o grach hazardowych, jak i później, stanowić dopełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 kks.

Sąd meriti przyjął zatem prawidłową wykładnię powyższych przepisów i w konsekwencji nie dopuścił się obrazy powyższych przepisów prawa materialnego poprzez ich zastosowanie, do słuszności którego to zarzutu starał się bez powodzenia przekonać skarżący.

Ustosunkowując się do kolejnego zarzutu obrazy art. 10 § 4 kks, należy tytułem wprowadzenia zwrócić uwagę na trzy konstrukcje zawarte w Kodeksie karnym skarbowym, tj. w art. 4 kks (dotyczy pojęć umyślności i nieumyślności), art. 10 § 1 kks (dotyczy skutków błędu sprawcy co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, tzw. error facti) i art. 10 § 4 kks (dotyczy błędu usprawiedliwionej nieświadomości karalności). Zarzucany bowiem oskarżonym czyn z art. 107 § 1 kks można popełnić tylko z winy umyślnej (zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym), tj. nawet wówczas, gdy sprawca przewidując możliwość jego popełnienia na to się godzi.

Odpierając powyższy zarzut obrazy art. 10 § 4 kks, należy podkreślić, że argumenty podnoszone w skardze apelacyjnej sprowadzają się do odwołania się do wybranego orzecznictwa i poglądów doktryny, czy też własnej interpretacji skarżącego dotyczącej obowiązywania i charakteru art. 6 ust. 1 ugh, art. 14 ust. 1 ugh. Jednak autor apelacji nie nawiązał w żaden sposób do wymowy dowodów zgromadzonych w niniejszej sprawie, a sprawa karna ma za zadanie ustalić czy dany oskarżony popełnił zarzucane (a w efekcie przypisane) mu przestępstwo i jaki towarzyszył mu zamiar. Oskarżony ograniczył się do zanegowania swojego sprawstwa i odmówił złożenia wyjaśnień. W pismach procesowych i w wyjaśnieniach złożonych w innej sprawie powoływał się na wadliwość przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, a w szczególności art. 6 i 14 z uwagi na brak ich notyfikacji Komisji Europejskiej i w konsekwencji ich nieskuteczność w polskim porządku prawnym, co wynikało z pism ówczesnego ministra gospodarki W. P. do ówczesnego ministra finansów J. R., komunikatu przewodniczącego związków zawodowych służb celnych, interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w W., orzecznictwa (...), orzecznictwa polskiego

Sądu Najwyższego, z opinii prawnych i z korzystnych dla niego orzeczeń; wskazał też na problemy z wykładnią art. 4 ustawy nowelizującej ustawę o grach hazardowych. Na tej podstawie wyprowadził wniosek, iż zaistniały przesłanki uwalniające go od odpowiedzialności określone w art. 10 § 4 kks. W ocenie sądu odwoławczego nie można jednak zgodzić się z apelującym by skutecznie wykazano, że nie można przypisać oskarżonemu umyślności na płaszczyźnie strony podmiotowej czynu zabronionego z art. 107§1kks w oparciu o kontratyp z art. 10§4kks. Od odpowiedzialności karnej w myśl art. 10§3kks czy art. 10§4kks uwalnia bowiem tylko usprawiedliwione błędne przekonanie, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność czy usprawiedliwioną nieświadomość karalności.

Godzi się jedynie wskazać, że wbrew wywodom apelującego, sąd I instancji rozstrzygając o sprawstwie oskarżonego, uwzględnił w swych rozważaniach przedstawione przez oskarżonego na obronę dowody w postaci opinii prawnych, glos do orzeczeń oraz orzeczeń uniewinniających i umarzających, wydawanych w tożsamy rodzajowo sprawach, czemu dał wyraz w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku. Słusznie zarazem sąd meriti skonstatował, że wynikające z tych dokumentów okoliczności nie mogą doprowadzić do uwolnienia oskarżonego od przypisania mu inkryminowanego zachowania, w tym nie świadczą o zaistnieniu przesłanek kontratypów określonych w art. 10 kks, a to z uwagi na całokształt dowodów i okoliczności ujawnionych w sprawie jednoznacznie wskazujących na jego sprawstwo. Swoje stanowisko także w tym aspekcie, sąd orzekający w sposób rzeczowy i przekonujący przedstawił w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku i nie zachodzi potrzeba ponownego przytaczania zawartej tam argumentacji, skoro sąd odwoławczy ją podziela. Podobnie, tak bardzo akcentowana przez apelującego okoliczność, iż organy w licznych sprawach rozstrzygały na jego korzyść umarzając postępowania lub wydając wyroki uniewinniające, nie implikuje konieczności uwolnienia go od czynu przypisanego mu w przedmiotowej sprawie albowiem kontynuowano wiele innych procesów i wszczynano kolejne, które skutkowały skierowaniem aktów oskarżenia i wydawaniem wyroków skazujących. I tak, przeciwko M. W. (1) jeszcze przed popełnieniem przypisanego mu czynu w poddanej kontroli sprawie, m.in. Sąd Rejonowy w Świebodzinie wydał wyrok skazujący za tożsamy czyn z art. 107 par. 1 kks w dniu 2.10. 2012r., sygn. akt II K 39/12. Wprawdzie wyrok ten w wyniku wniesienia środka odwoławczego uprawomocnił się w 2016r, niemniej już sam jego wydanie wyklucza możliwość rozpatrywania zachowania oskarżonego w niniejszej sprawie w kategoriach „usprawiedliwionej” nieświadomości bezprawności czy karalności jego zachowania, co zarazem wzmacnia prawidłowość stanowiska sądu orzekającego co do braku podstaw do zastosowania kontratypów określonych w art. 10 kks. Oczywiście jest bowiem, że wydanie wyroków skazujących choćby nieprawomocnych, winno wywołać u każdego skazanego istotne wątpliwości co do legalności podejmowanych tożsamy zachowań i spowodować co najmniej zawieszenie dalszej działalności w tym zakresie do czasu jednoznacznego wyjaśnienia kontrowersyjnych kwestii. W tym miejscu należy wskazać, że zatrzymanie automatów, wydawanie decyzji administracyjnych, nakładanie grzywien, już rodziło uzasadnione wątpliwości co do legalności prowadzonej przez oskarżonego działalności. Wydanie natomiast prawomocnych orzeczeń skazujących powodowałoby już stan pewności, który przecież nie jest wymagany w świetle art. 10 § 3 kks czy art. 10 § 4 kks. Stwierdzone okolicznościami sprawy wątpliwości nie pozwalają na przyjęcie, że oskarżony mógł pozostawać w usprawiedliwionym błędzie w rozumieniu art. 10 § 3 kks czy 10 § 4 kks. Ponadto skoro „nieświadomość” wskazana w art. 10 § 4 kks jest stanem braku jakiejkolwiek wiedzy na dany temat, to należy odróżnić ją od wątpliwości co do legalności jego działalności, które wskazywały mu przecież na realną możliwość popełnienia przestępstwa. Co znamienne, oskarżony zarówno w toku całego postępowania, w pismach procesowych, jak i w swej apelacji, całkowicie pominął okoliczność, iż już od 2012r. zapadały wobec niego także wyroki skazujące za tożsame czyny z art. 107 par 1 kks, który to zabieg jawi się jako zrozumiały, albowiem fakty te niweczą forsowaną przez niego koncepcję o zrealizowaniu przesłanek koniecznych dla zastosowania kontratypów określonych w art. 10 kks.

Tym samym miał pełną świadomość występowania wątpliwości co do legalności jego działalności, a to z kolei nie pozwala na stwierdzenie, że oskarżony mógł pozostawać w usprawiedliwionym błędzie w rozumieniu art. 10§3 czy 10§4 kks.

Już tylko te okoliczności świadczyły o tym, że oskarżony nie mógł czuć się upewniony co do tego, że jego działalność w zakresie organizowania gier hazardowych jest niewątpliwie legalna.

Wynikająca z przedstawionych aspektów sprawy świadomość oskarżonego co do tego, że może działać nielegalnie, skoro m.in. nie posiadał wymaganej prawem koncesji na kasyno, a automaty nie były zarejestrowane, to z oczywistych powodów powstrzymał się od zwrócenia się do organu finansowego, np. Ministra Finansów o wydanie interpretacji czy też decyzji. Bowiem w przypadku rzetelnego przedstawienia we wniosku skierowanym do takiego organu prowadzonej działalności i faktycznego charakteru gier na automatach (których skarżący nie kwestionował), miejsca urządzania gier oraz tego, że nie wystąpił o koncesje i nie pozyskał rejestracji automatów, z oczywistych względów nie mógł się realnie spodziewać, że organ finansowy taką działalność - sprzeczną z przepisami ustawy o grach hazardowych – zaakceptuje.

Należy też zaznaczyć, że oskarżony prowadząc działalność w obszarze organizowania gier hazardowych i to na skalę wynikającą z ujawnionych dowodów (m.in. orzeczeń różnych organów, informacji z K.), nie mógł odwoływać się do wzorca zwykłego przeciwnego obywatela. Wzorzec taki można stosować na potrzeby oceny czynów wskazanych w kodeksie karnym, których społeczna szkodliwość jest dosyć powszechnie znana, stąd w tych wypadkach sama świadomość urzeczywistnienia znamion istoty czynu wskazuje co najmniej na możliwość uświadomienia sobie ich bezprawności, ale inaczej to wygląda w odniesieniu do prawa karnego-skarbowego.

To na oskarżonym, jako podmiocie prowadzącym działalność gospodarczą, ciążył obowiązek dostosowania się do obowiązujących reguł należytej staranności przy prowadzeniu działalności, i zachowania ostrożności tak, aby prowadzić tę działalność zgodnie z prawem (art. 18 i art. 46 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (w tym czasie Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095 ze zm.)). Podejmując się prowadzenia działalności gospodarczej w danym sektorze, określony podmiot wkracza bowiem w sferę regulowaną szczególnie przepisami (patrz: pogląd z artykułu PP 2007/2/34-38 autorstwa M. Ś. „Na nieświadomość karalności nie może powoływać się sprawca czynu, na którym ciąży obowiązek zaznajomienia się z określonymi przepisami w związku z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą.”). W sferze dotyczącej prawa karnego skarbowego nie można więc odnosić się do wzorca osobowego przeciętnego obywatela, gdyż w wypadku prawa karnego skarbowego i to w odniesieniu do takiej osoby jak M. W. (1) w grę wchodzi model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań dla profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który w celu osiągnięcia dochodu prowadzi działalność ze świadomością jej reglamentowania przez państwo. Im zaś wyższe oczekiwania, jakie można stawiać wobec sprawcy, tym możliwość wystąpienia błędu, i to usprawiedliwionego, mniejsza. Z pewnością zajmując się działalnością w takim specyficznym obszarze oskarżony miał obowiązek zapoznać się ze wszystkimi przepisami regulującymi dziedzinę gier hazardowych (i z ich wykładnią). I o ile w orzecznictwie i doktrynie faktycznie istniała rozbieżność, to nie co do treści samej ustawy o grach hazardowych, lecz co do tego jaką konsekwencję dla jednostki powoduje nienotyfikowanie przepisów technicznych. W czasie popełnienia czynu przypisanego oskarżonemu obowiązywały zaś przepisy prawne składające się na podstawę prawną jego odpowiedzialności, tj. art. 107§1kks i art. 6 ust. 1 ugh, a część orzecznictwa i doktryny prezentowała pogląd, według którego przepis art. 6 ust. 1 ugh winien być stosowany. Treść art. 6 ugh była zaś jasna i wynikało z niej, że prowadzenie działalności polegającej na urządzaniu gier hazardowych jest możliwe wyłącznie w formie określonej spółki, po uzyskaniu koncesji na kasyno. Dla każdej osoby czytającej art. 6 ugh wynikało to w sposób klarowny i czytelny i nie trzeba było - dla zrozumienia tych wymogów - sięgać po wiedzę fachową dla dokonania wykładni zapisów z tego artykułu. Dlatego w zasięgu oskarżonego – który decydując się na działalność związana z organizowaniem gier hazardowych winien zapoznać się z przepisami działalność taka regulującymi - leżało uświadomienie sobie bezprawności zachowania polegającego na zignorowaniu treści art. 6 ugh, tj. działaniu wbrew przepisowi ustawy ugh, a w konsekwencji jego karalności z uwagi na treść art. 107§1kks. Trudno więc zgodzić się z tym, że oskarżony, który prowadził ten rodzaj działalności na przestrzeni kilku lat, nie miał świadomości tej okoliczności i w sposób uzasadniony mógł przyjmować, że w czasie obowiązywania ustawy o grach hazardowych, przedsiębiorca prowadzący tego rodzaju działalność, nie musi posiadać stosownej koncesji. W ocenie sądu odwoławczego takie wnioskowanie byłoby nieuprawnione nawet w obliczu rozbieżności powstałych na tle dopuszczalności stosowania nienotyfikowanych przepisów ustawy o grach hazardowych. Bowiem osoba pełniąca funkcję prezesa zarządu spółek zajmujących się tego rodzaju działalnością i to na znaczną skalę, znająca niewątpliwie treść przepisów ustawy, nie powinna podejmować zachowań, o których wie, że nie tylko są sprzeczne z wolą ustawodawcy, ale mogą skutkować odpowiedzialnością karną. Oskarżony, nie uzyskując koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie powstrzymał się jednak ze swoją działalnością do czasu ostatecznego wyjaśnienia omawianej kwestii, mimo tego, że nadal urzędy celne

zajmowały kolejne automaty do gier i zapadały wyroki skazujące, a mimo tego bazował tylko na poglądach doktryny czy orzecznictwie o wymowie dla niego korzystnej, a tym samym akceptował, że swoim zachowaniem narusza przepis art. 6 ust 1 ugh, a przez to popełnia przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks. Skoro więc „nieświadomość” wskazana w art. 10 § 4 kks jest stanem braku jakiejkolwiek wiedzy na dany temat, to należy odróżnić ją od wątpliwości co do legalności jego działalności, które wskazywały mu przecież na realną możliwość popełnienia przestępstwa. Tym bardziej, że art. 6 ust. 1 ugh obowiązywał w całym inkryminowanym czasie i w trakcie całej działalności oskarżonego. Wystąpienie zaś rozbieżności interpretacyjnych - co wynika z różnych orzeczeń czy opinii prywatnych - nie może automatycznie legitymizować działalności danego podmiotu, który prowadzi działalność w danym obszarze wbrew treści przepisów, które zostały uchwalone i obowiązują (a na co zwrócono uwagę w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego P 4/14 z 11 marca 2015r.). Stąd nie można było budować tezy o braku zawinienia oskarżonego na tle rozbieżności interpretacyjnych przepisów ugh, tym bardziej, że rozbieżności te starano się wyjaśnić opiniami prywatnymi, a nie skorzystano z wiedzy organu do tego kompetentnego, tj. Ministra Finansów (z oczywistych względów, tj. obawiając się że może dojść do stwierdzenia nielegalności działalności prowadzonej przez oskarżonego bez koncesji, skoro m.in. zapadały wyroki skazujące). Nawiązując zaś do stanowiska oskarżonego, to należy jeszcze raz podkreślić, że poza tym, że zapadały orzeczenia korzystne, tj. uniewinniające czy umarzające, to sądy wydawały też orzeczenia skazujące z art. 107§1kks, nadal też zatrzymywano automaty i wszczynano kolejne postępowania, a to powodowało wątpliwość co do tezy o legalności prowadzonej przez M. W. (1) działalności. Stąd takie zachowanie oskarżonego, który nadal prowadził w taki sam sposób swoją działalność, wskazuje tylko na to, że instrumentalnie wykorzystywał on wyselekcjonowane poglądy z orzecznictwa i doktryny, które miały wymowę dla niego korzystną (a także opinie prywatne), a całkowicie pomijał te poglądy i stanowiska czy orzeczenia, które były dla niego niekorzystne, by uzasadnić dalsze prowadzenie działalności wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, a w szczególności wbrew art. 6 ust. 1 ugh. Na marginesie należy zaznaczyć, że skoro oskarżony z racji prowadzonej działalności winien zapoznawać się z treścią wszystkich przepisów ustawy hazardowej i orzecznictwa jej dotyczącego, to należy zwrócić uwagę na to, że urządzenie gier hazardowych z naruszeniem przepisów ustawy podlegało też pieniężnej karze administracyjnej za popełnienie deliktu administracyjnego, czyli za niewykonanie obowiązków lub nakazów albo za niezastosowanie się do zakazów wynikających wprost z przepisów prawa publicznego i orzeczenia sądów administracyjnych nakładających takie kary pieniężne zapadały (aby to ustalić wystarczyło wpisać zapytanie w wyszukiwarkę google), co również powinno być brane pod uwagę przez M. W. (1) przy ocenie legalności jego działalności. W kontekście deklarowanej przez oskarżonego M. W. (1) znajomości przepisów czy orzecznictwa, jakie powstało na tle stosowania art. 107 § 1 kks oraz problematyki notyfikacyjnej, niewątpliwie spotkał się on także z poglądami, które wskazywały na karalność czynów takie jak ustalony, stąd musiał brać pod uwagę, że jednak legalność jego działalności może być kwestionowana. Z powyższego wynika więc, że oskarżony znał treść przepisów ustawy hazardowej, wiedział o rozbieżnościach dotyczących interpretacji co do obowiązywania art. 6 ust. 1 i art. 14 ust.1 tej ustawy, wiedział, że część doktryny i orzecznictwa uznaje legalność tych przepisów, że jego zachowanie może naruszyć dany przepis, a to powoduje, że nie mógł odwoływać się do tego, że jego indywidualna interpretacja przepisów, nawet wsparta niektórymi orzeczeniami czy prywatnymi opiniami, z pewnością uwolni go od odpowiedzialności karnej. Stąd nie można było podzielić poglądu oskarżonego, iż wyselekcjonowane, tylko korzystne dla oskarżonego poglądy i orzeczenia, pozwolą na wykazanie, że działał on w warunkach błędu z art. 10 kodeksu karnego skarbowego, w tym w postaci błędnego przekonania, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność (art. 10§3kks) czy w postaci nieświadomości jego karalności (art. 10§4kks) i to usprawiedliwionych.

Ponownie należy zaakcentować, że w sytuacji, gdy M. W. (1) gry na automacie urządzał w lokalu, to oczywistym jest, że samo miejsce czynu wskazywało na to, że gry były urządzone poza kasynem, bez koncesji na kasyno. Ponadto z przeprowadzonego eksperymentu przez funkcjonariuszy celnych, oględzin zatrzymanego automatu do gier i z opinii biegłego, jednoznacznie wynika losowy i komercyjny charakter gier na zatrzymanym automacie. Skoro zaś gry na tym automacie miały taki właśnie charakter, to by je legalnie można było urządzać i prowadzić, należało uzyskać koncesję na kasyno, a dozwolonym miejscem urządzania i prowadzenia tych gier było wyłącznie kasyno a nie lokal. Oskarżony urządzając gry o powyższym charakterze bez koncesji na kasyno, ale też przy zignorowaniu wymowy pozostałych przepisów ugh, nie podporządkował się więc obligatoryjnym przepisom ustawy o grach hazardowych, m.in. art. 6 ust.

1 ugh, a to powodowało, że zachodziły podstawy do przypisania mu popełnienia przestępstwa z art. 107§1kks w sposób wskazany w opisie czynu mu przypisanego w pkt. I wyroku.

Przedstawione powyżej rozważania, uprawniają do potraktowania argumentów, przytoczonych przez M. W. (1) w apelacji, dla wykazania zasadności sformułowanych zarzutów, jedynie w kategoriach odmiennego poglądu opartego na własnej, wybiórczej i dowolnej ocenie zebranego materiału dowodowego oraz na przywołanych wybiórczo orzeczeniach i poglądach, które nie mogły jednak doprowadzić do zmiany wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego.

Sąd Rejonowy nie dopuścił się zatem obrazy przepisów wskazanych przez skarżącego (poza art. 14 ust. 1 ugh), zaś kontrola odwoławcza uzasadnia stwierdzenie, że zgromadzony materiał dowodowy dawał podstawy do przyjęcia, że M. W. (1) popełnił przypisany mu w pkt. I wyroku czyn na tle świadomego łamania obowiązującego prawa.

Co się zaś tyczy alternatywnie sformułowanego zarzutu rażącej niewspółmierności kary, zawartego w apelacji oskarżonego M. W. (1), wskazać należy, iż zachodzi ona jedynie wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można było przyjąć, że wystąpiła wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez Sąd I instancji, a karą jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej, w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary. Stwierdzić także należy, iż nie chodzi tu o każdą ewentualną różnicę w ocenach co do wymiaru kary ale o różnice tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać byłoby można – również w potocznym tego słowa znaczeniu – „rażąco” niewspółmierną, tj. niewspółmierną w stopniu nie dającym się zaakceptować (OSNPG 1974/3-4/51; OSNPK 1995/6/18). W praktycznym ujęciu niewspółmierność kary w stopniu „rażącym”, tj. uprawniającym sąd odwoławczy do ingerencji w orzeczenie karne można zdefiniować negatywnie, to znaczy, że taka niewspółmierność nie zachodzi, gdy Sąd I instancji uwzględnił wszystkie istotne okoliczności, wiążące się z poszczególnymi ustawowymi dyrektywami i wskaźnikami jej wymiaru, inaczej ujmując, gdy granice swobodnego uznania sędziowskiego, stanowiącego ustawową zasadę sądowego wymiaru kary nie zostały przekroczone w kontekście wymagań, wynikających z ustawowych dyrektyw wymiaru kary (por. wyrok SN z dnia 8.07.1982r. Rw 542/82, OSNKW 1982/12/90).

Słowem niewspółmierność zachodzi wtedy, gdy orzeczona kara za przypisane przestępstwo nie uwzględnia należycie stopnia winy oskarżonego i społecznej szkodliwości czynu oraz nie realizuje w wystarczającej mierze celu kary w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, z jednoczesnym uwzględnieniem celów wychowawczych i zapobiegawczych (vide wyroki SN z dn. 30.11.1990r., WR 363 / 90, OSNKW 1991, Nr 7-9, poz. 39, z dn. 02.02.1995r., II KRN 198 / 94, OSP 1995, Nr 6, poz. 18, wyrok SA w Poznaniu z dn. 06.04.1995r., II AKr 113/95, Prok. i Pr. 1995/11-12/30).

Taka sytuacja w poddanej kontroli sprawie jednak nie występuje.

Zdaniem Sądu Okręgowego, zawarta w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu jest jak najbardziej prawidłowa i zasługuje na aprobatę, gdyż w odpowiedni sposób uwzględnia ona wszystkie elementy, o których mowa w definicji legalnej z art. 53 § 7 kks. W tym zakresie Sąd Rejonowy prawidłowo zaakcentował rodzaj i charakter naruszonego dobra, sposób i okoliczności popełnienia czynu oraz postać zamiaru sprawcy.

Analiza zaskarżonego wyroku wskazuje, iż Sąd Rejonowy, w pełni zastosował się także do dyrektyw wymiaru kary grzywny, określonych w art. 23 kks, w tym do tych, które odnoszą się dokonania właściwej oceny sytuacji osobistej, rodzinnej i finansowej oskarżonego.

W tym miejscu należy przypomnieć, że w przyjętym przez kks systemie wymiar grzywny następuje w dwóch etapach. Najpierw sąd określa liczbę stawek dziennych grzywny, kierując się ogólnymi dyrektywami wymiaru kary określonymi w art. 12 kks i 13 kks, tzn. oceną stopnia społecznej szkodliwości popełnionego czynu i winy sprawcy oraz potrzebami w zakresie indywidualnoprewencyjnego i ogólnoprewencyjnego oddziaływania kary, przy czym powinien uwzględnić okoliczności wskazane w art. 12 kks i 13 kks. W drugim etapie procesu orzekania sąd ustala wysokość jednej stawki dziennej grzywny, zgodnie ze wskazaniem określonymi w art. 23 § 3 kks. Przepis § 3 art. 23 kks określa zasady

ustalania wysokości stawki grzywny. Przyjmuje on inne rozwiązanie niż nierecypowany tu art. 33 § 3 kk, wedle którego stawka ta nie może być niższa niż 10 złotych i wyższa niż 2000 złotych. W kodeksie karnym skarbowym dolną granicę jednej stawki ustalono na 1/30 minimalnego wynagrodzenia, górną zaś na 400-krotność tej części (tj. 1/30 minimalnego wynagrodzenia). Ustalając wysokość stawki, sąd ma zatem obowiązek uwzględnić dochody sprawcy, jego warunki osobiste, rodzinne, stosunki majątkowe i możliwości zarobkowe. Na tym etapie sąd musi brać pod uwagę okoliczności dotyczące danego sprawcy, obrazujące jego indywidualne i aktualne zdolności płatnicze, uwzględniając wymienione w art. 23 § 3 kks okoliczności.

Odnosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Sąd Rejonowy właściwie ocenił okoliczności mające wpływ na zarówno na liczbę jak i na wymiar jednej stawki dziennej grzywny orzeczonej wobec oskarżonego M. W. (1) za przedmiotowy czyn.

Przede wszystkim, jak zasygnalizowano to we wcześniejszych akapitach niniejszego uzasadnienia, sąd meriti respektując powyższe zalecenia, dokonał prawidłowej oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu oskarżonego, słusznie uznając, iż jest on znaczny. Ocena ta jest jak najbardziej uprawniona, gdyż w odpowiedni sposób uwzględnia elementy, o których mowa w definicji legalnej z art. 53 § 7 kks.

Podobnie ustalając wysokość jednej stawki dziennej grzywny na kwotę 100 złotych, sąd orzekający, wywiązując się z powyższych obowiązków, wbrew wyrażonym przez apelującego zastrzeżeniom, należycie uwzględnił dochody sprawcy, jego warunki osobiste, rodzinne, stosunki majątkowe oraz jego możliwości zarobkowe. Takie ujawnione okoliczności, jak z jednej strony osiąganie przez oskarżonego dochodu z pracy zarobkowej, z drugiej strony fakt, iż posiada na utrzymaniu niepełnosprawne dziecko oraz ciężą na nim wysokie zobowiązania finansowe z tytułu orzeczonych już pracownie grzywien, uprawniały Sąd Rejonowy do poczynienia ustaleń wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł. tj. nieznacznie odbiegającej dolnej granicy ustawowego zagrożenia.

Sąd Rejonowy zatem właściwie dostosował karę do zapobiegawczego i wychowawczego oddziaływania na sprawcę.

Nie zachodziły jednocześnie przewidziane w art. 36 § 1 kks przesłanki do zastosowania dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary poprzez odstępnie od jej wymierzenia, jak tego domagał się skarżący. O zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary decyduje całokształt okoliczności dotyczących nie tylko osoby sprawcy, lecz także popełnionego przez niego czynu, analiza których – z uwzględnieniem zasad wymiaru kary określonych w ustawie – pozwala dopiero na ocenę, czy orzeczenie współmiernej kary jest możliwe w ramach ustawowego zagrożenia, czy też dopiero kara poniżej tej granicy spełni rolę kary sprawiedliwej (zob. wyr. SN z 13.7.1979 r., III KR 197/79, OSNKW 1980, Nr 1, poz. 3). Odnośnie osoby M. W. (1) nie zachodzi przecież przypadek, że oskarżony jest sprawcą młodocianym, czy że dopuścił się on przestępstwa karno - skarbowego po raz pierwszy, czy że jego czyn jest społecznie mało naganny, a wobec tego kara wymierzona nawet w dolnych nawet granicach ustawowego zagrożenia byłaby niewspółmiernie surowa ze względu na okoliczności sprawy i sylwetkę sprawcy. Wręcz przeciwnie, oskarżony to sprawca, który popełnił tak wiele przestępstw z art. 107§1kks, że nadzwyczajne złagodzenie kary wobec jego osoby czy też obniżenie kary grzywny do dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a tym bardziej odstępnie od jej wymierzenia, stanowiłoby niebezpieczny sygnał dla członków społeczeństwa, że premiuje się sprawców, którzy popełniają wiele przestępstw, a tym samym, że nawet za nagminne łamanie prawa, nie grozi realna i sprawiedliwa odpłata. Obniżenie zatem kary wymierzonej temu sprawcy, czy sięgnięcie do przepisu art. 36 §1kks, naruszałoby społeczne poczucie sprawiedliwości.

Nie zasługiwał także na uwzględnienie zgłoszony przez oskarżonego wniosek o umorzenie absorpcyjne na podstawie art. 11 § 1 kpk. W ocenie sądu odwoławczego, przepis art. 11 §1 kpk ma charakter fakultatywny, a więc nie zawiera nakazu stosowania zawartej w nim normy. Ponadto niecelowość karania jako przyczyna umorzenia musi być oczywista. Wskazany w art. 11 § 1 kpk układem odniesienia jest „rodzaj i wysokość kary prawomocnie orzeczonej za inne przestępstwo”. Sąd zatem może przyjąć, że z sytuacją oczywistej niecelowości karania ma do czynienia wówczas, gdy na przykład zachodzi drastyczna dysproporcja między surową co do rodzaju i wymiaru karą już prawomocnie orzeczoną w innej sprawie czy sprawach a dość łagodną karą, która byłaby orzeczona w ocenianym



postępowaniu. Tymczasem z danych o karalności oskarżonego nie wynika by zapadły wobec niego wyroki skazujące go na bezwzględne kary pozbawienia wolności w wymiarze wielu lat czy też na grzywny stanowiące wielokrotność grzywny, którą orzekł w tej sprawie sąd. Ponadto w sytuacji, gdy oskarżony M. W. (1) okazał się być sprawcą niepoprawnym, który popełnił setki przestępstw kwalifikowanych z art. 107§1kks, to umorzenie postępowania w oparciu o art. 11 § 1 kpk w tej sprawie naruszałoby społeczne poczucie sprawiedliwości.

Konkludując stwierdzić należy, iż wymierzona oskarżonemu M. W. (1) kara jest jak najbardziej sprawiedliwa, uwzględniająca zarazem wszystkie dyrektywy wymiaru kary, o których mowa w art. 12 kks i 13 kks. W ocenie Sądu Okręgowego tak ukształtowana represja karna stwarza realne możliwości osiągnięcia korzystnych efektów poprawczych w zachowaniu oskarżonego. Powinna ona zarazem wywołać w świadomości oskarżonego przeświadczenie o nieuchronności kary oraz wyrobić poczucie odpowiedzialności i poszanowania prawa. Poza tym kara w tym wymiarze będzie oddziaływała właściwie na społeczeństwo, osiągając w ten sposób cele prewencji ogólnej, poprzez odstraszenie innych od popełniania tego typu przestępstw. Wymierzona oskarżonemu kara stanowi konieczną, a zarazem adekwatną do stopnia jego zawinienia oraz stopnia społecznej szkodliwości przedmiotowego czynu represję karną za popełnione przestępstwo i z tych powodów cele kary zarówno zapobiegawcze jak i wychowawcze zostaną zrealizowane.

Jak już zasygnalizowano we wcześniejszych akapitach niniejszego uzasadnienia, zawarte w punkcie I zaskarżonego wyroku rozstrzygnięcie, dotyczące oskarżonego M. W. (1) wymagało jeszcze jednej korekty, w wyniku uwzględnienia apelacji Naczelnika (...) Urzędu Celnego w O..

Sąd odwoławczy stwierdził bowiem zarzucane przez oskarżyciela publicznego uchybienie w postaci obrazy prawa materialnego, tj. art. 6 § 2 kks poprzez jego zastosowanie.

W tym miejscu należy wskazać, że przepis art. 6 § 2 kks wprowadza instytucję czynu ciągłego, wzorując się na konstrukcji art. 12 k.k., z tym że odnosi ją także do wykroczeń skarbowych i określa na potrzeby niektórych spraw z zakresu prawa karnego skarbowego pojęcie "krótki odstęp czasu". Obecnie, po nowelizacji kodeksu z 2005 r., przepis odbiega od swego wzorca, czyli art. 12 k.k. Do tej nowelizacji, tak jak i w k.k., uznawano, że chodzi tu o dwa lub więcej zachowania podjęte "w wykonaniu z góry powziętego zamiaru". Aktualnie zaś przepis przyjmuje, że chodzi o zachowania: dla wykonania "tego samego zamiaru", a nadto także jedynie „z wykorzystaniem tej samej sposobności”. Zatem obecnie czynem ciągłym będzie zarówno takie zachowanie, które obejmuje tzw. działanie na raty, a więc kilka zachowań podejmowanych przez sprawcę w wyniku tego samego zamiaru; chodzi tu zatem o jeden zamiar, "ten sam", a nie "taki sam", jak również podejmowanie kolejnych takich samych zachowań z wykorzystaniem takiej samej (a nie jedynie podobnej) sposobności, czyli gdy sprawca sukcesywnie powtarza swoje pierwsze zachowanie, w praktyce najczęściej z uwagi na niewykrycie tego pierwszego, mimo że na samym początku, przed pierwszym zachowaniem, nie zakładał takiej wielokrotności. Zgodnie z treścią art. 6 § 2 k.k.s. podstawę faktyczną czynu ciągłego stanowią zatem co najmniej dwa zachowania tego samego sprawcy. Takie ujęcie wskazuje, że przepis art. 6 § 2 k.k.s. służy do powiązania ze sobą w trakcie prawnokarnej oceny dwóch lub więcej odrębnych zachowań i uczynienia z nich jednej podstawy kwalifikacji prawnej traktowanej identycznie jako pojedyncze zachowanie sprawcy. Zastosowanie przepisu art. 6 § 2 k.k.s. prowadzi do przyjęcia tożsamości czynu w rozumieniu art. 6 § 1 k.k.s. jako podstawy kwalifikacji prawnej w sytuacji ewidentnej wielości zachowań (por. wyrok SN z dnia 26 marca 1999 r., IV KKN 28/99, Prok. i Pr. 1999, nr 10, poz. 2; wyrok SA w Lublinie z dnia 12 września 2001 r., II AKo 161/01, OSA 2001, z. 12, poz. 90). Stanowisko powyższe jest aprobowane w orzecznictwie, w którym podkreśla się, że „zgodnie z treścią art. 6 § 2 k.k.s. podstawę faktyczną czynu ciągłego stanowią co najmniej dwa zachowania tego samego sprawcy. Takie ujęcie wskazuje, że przepis art. 6 § 2 k.k.s. służy do powiązania ze sobą w trakcie prawnokarnej oceny dwóch lub więcej zachowań i uczynienia z nich jednej podstawy kwalifikacji prawnej traktowanej identycznie jak pojedyncze zachowanie sprawcy. Zastosowanie przepisu art. 6 § 2 k.k.s. prowadzi zatem do przyjęcia tożsamości czynu w rozumieniu art. 6 § 1 k.k.s. jako podstawy kwalifikacji prawnej w sytuacji ewidentnej wielości zachowań" (wyrok SO w Zamościu z dnia 24 czerwca 2013 r., II Ka 450/13, LEX nr 1718272).

Wyrażoną w art. 6 § 2 k.k.s. konstrukcję czynu ciągłego należy odróżnić od tzw. przestępstw trwałych, wieloodmianowych lub zbiorowych oraz przestępstw popełnianych z reguły powtarzającymi się zachowaniami, dopuszczającymi jednak możliwość ich popełnienia jednym zachowaniem rozciągniętym w czasie. W orzecznictwie SN wskazuje się, iż takim jest np. uporczywe niepłacenie podatku w terminie, jako że dopiero uporczywość w jego niepłaceniu, a nie jedno czy dwa opóźnienia, powoduje karalność zachowania (zob. postanowienie SN z dnia 27 marca 2003 r., I KZP 2/03, OSNKW 2003, nr 5-6, poz. 57), czy też przechowywanie towaru stanowiącego przedmiot czynu zabronionego w myśl art. 91 § 1 k.k.s. Nie należy także mylić czynu ciągłego z tzw. przestępstwami wieloczynowymi, gdzie znamiona określone są wieloczynowo, np. urządzenie i prowadzenie gier losowych (art. 107 § 1 kks), organizowanie gier, o których mowa w art. 107a § 1 k.k.s., czy też trudnienie się sprzedażą losów z art. 110 k.k.s [por. A. M., Kodeks karny. Komentarz, wyd. 3, W. 2006, s. 43; A. W. (w:) Kodeks karny..., t. I, 2005, s. 180; wyrok SA w Lublinie z dnia 12 września 2001 r., II AKO 161/01, OSA 2001, z. 12, poz. 90; wyrok SN z dnia 26 marca 1999 r., IV KKN 28/99, Prok. i Pr. 1999, nr 10, poz. 2; zob. też interesujące uwagi A. M., Czyny współukarane na tle prawnej jedności przestępstwa (w:) Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym, pod red. J. M., T. 2006, s. 12 i n. oraz rozważania J. G., Zbieg przepisów a konstrukcja przestępstwa ciągłego (w:) Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym, pod red. J. M., T. 2006, s. 95–99]. Zarówno w przypadku czynu ciągłego, jak i we wszystkich wymienionych wyżej wypadkach wielość zachowań tego samego sprawcy traktowana jest jako jedna i ta sama podstawa kwalifikacji prawnej, prowadząca do przyjęcia jednorazowej realizacji znamion typu czynu zabronionego.

W przypadku czynu ciągłego, podobnie jak w każdym innym wypadku dokonywania prawnokarnej oceny, granice podstawy wartościowania (granice tożsamości, jedności czynu) wyznaczają przepisy karne, w szczególności te, które precyzują znamiona strony przedmiotowej typu czynu zabronionego. Różnica między sposobem wyznaczania tożsamości czynu na podstawie przepisu części szczególnej kodeksu a tożsamością wyznaczoną przy wykorzystaniu art. 6 § 2 k.k.s. sprowadza się przede wszystkim do tego, że o ile w przypadku przepisów części szczególnej kodeksu podstawą wyznaczenia tożsamości czynu jest konstrukcja znamion strony przedmiotowej, w tym w szczególności znamiona czynności sprawczej opisane w przepisie części szczególnej kodeksu, o tyle w przypadku czynu ciągłego podstawą wyznaczenia tożsamości czynu jest przepis art. 6 § 2 k.k.s. w powiązaniu z odpowiednim przepisem części szczególnej. Trafnie wskazuje Sąd Najwyższy na gruncie art. 12 k.k., że „według definicji czynu ciągłego zawartej w art. 12 k.k., czyn taki stanowi jeden czyn zabroniony, jeżeli poszczególne zachowania sprawcy odpowiadają warunkom określonym w tym przepisie. Te poszczególne zachowania, wchodząc w skład czynu ciągłego, tracą swą «tożsamość» czasową” (wyrok SN z dnia 15 listopada 2005 r., IV KK 258/05, OSNKW 2006, nr 4, poz. 35). Przepis art. 6 § 2 k.k.s. stanowi podstawę wyznaczenia tożsamości (jedności) czynu przy jednoczesnej wielości zachowań tego samego sprawcy (por. też A. M., J. L., Niektóre problemy wynikające z „jednoczynowości” przestępstwa ciągłego, Prok. i Pr. 2004, nr 11–12, s. 19; J. G., Zbieg przepisów..., s. 95–99; J. M., „Ten sam czyn”..., s. 39 i n.). Różnica między czynem ciągłym a wymienionymi powyżej odmianami przestępstw sprowadza się do tego, że w przypadku tych ostatnich uznanie, iż wielość zachowań stanowi jednokrotne wypełnienie znamion, wynika z kształtu znamion typu określonych w przepisie części szczególnej (por. wyrok SA w Lublinie z dnia 12 września 2001 r., II AKO 161/01, OSA 2001, z. 12, poz. 90), w przypadku zaś czynu ciągłego podstawą uznania wielości zachowań za tożsamą (jednorodną) podstawę kwalifikacji prawnej jest treść art. 6 § 2 k.k.s. (por. wyrok SN z dnia 26 marca 1999 r., IV KKN 28/99, Prok. i Pr. 1999, nr 10, poz. 2; wyrok SN z dnia 7 lutego 1975 r., IV KR 340/74, OSNKW 1975, nr 6, poz. 73; A. Zoll, glosa do wyroku SN z dnia 9 marca 2006 r., V KK 271/05, OSP 2007, z. 1, s. 6 i n.).

Reasumując, instytucja czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s. znajduje zastosowanie jedynie w odniesieniu do tych typów czynu zabronionego, w których znamię czynnościowe ujęte zostało w ten sposób, że jego wypełnienie możliwe jest jednym zachowaniem, nie znajduje natomiast zastosowania do przestępstw trwałych, wieloodmianowych, zbiorowych oraz przestępstw z reguły popełnianych powtarzającymi się zachowaniami (por. T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy..., 2006, s. 122–123). Dostrzegając podobieństwo konstrukcyjne czynu ciągłego do przestępstw trwałych, wieloodmianowych lub zbiorowych oraz funkcję dyrektywalną przypisywaną przez ustawodawcę art. 12 k.k., SA w K. trafnie podkreśla, że „stosowanie art. 12 k.k. jest wyłączone w odniesieniu do tych przestępstw, których czasownikowe określenie strony przedmiotowej dopuszcza wielokrotność działania sprawcy, jak to jest przy występku

znęcania" [wyrok SA w Krakowie z dnia 19 grudnia 2002 r., II AKa 274/02, KZS 2003, z. 3, poz. 35; zob. też A. M., Kodeks karny..., s. 43; A. W. (w:) Kodeks karny..., t. I, 2005, s. 180; por. też postanowienie SA w Lublinie z dnia 12 września 2001 r., II AKo 161/01, OSA 2001, z. 12, poz. 90]. Dla połączenia dwu lub więcej zachowań w przypadku czynu ciągłego konieczne jest zatem przeprowadzenie szczególnej operacji interpretacyjnej modyfikującej znamiona jednoczynowego przestępstwa przy zastosowaniu art. 12 k.k.

Trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, że powoływanie się na treść art. 6 § 2 k.k.s. jest zatem zbędne w wypadkach tzw. wieloczynowego określenia znamion, np. „urządza lub prowadzi grę” (art. 107 § 1 kks), „trudni się sprzedażą losów” (art. 110 kks), „nabywa, przechowuje lub przewozi” (art. 65 § 1 i 2, art. 91 § 1 i 2 kks); bowiem w takich sytuacjach mamy do czynienia także z jednym przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym, którego znamiona realizowane są jednokrotnie przez wiele zachowań, o czym przesądza ustawowa wieloczynowość jego znamion (tak: Tomasz Grzegorzczak, Komentarz do art.6 Kodeksu karnego skarbowego; Piotr Kardas, Komentarz do art. 6 kks).

Relatywizując powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, że przestępstwo skarbowe przypisane oskarżonemu M. W. (1) zaskarżony wyrokiem, polegające na urządzaniu gier losowo – komercyjnych na automatach, należy do kategorii przestępstw wieloczynowych. Z istoty kształtu znamion tego typu przestępstwa, określonych w przepisie części szczególnej, wynika wielość zachowań, które stanowią jednokrotne ich wypełnienie. Oskarżony, będący jednocześnie prezesem zarządu dwóch spółek (...) w tym samym czasie, tj. od 01 lipca 2014 do dnia 28 marca 2015r., w tym samym lokalu, tj. w punkcie gier przy ulicy (...) w M., urządzał gry na automatach w rozumieniu art. 2 ugh, wbrew przepisom tejże ustawy. Wbrew stanowisku sądu meriti, wobec jedności czasowo – przestrzennej zachowania oskarżonego i wieloczynowego charakteru przestępstwa z art. 107 § 1 kks, przypisane mu działanie nie stanowiło dwóch odrębnych zachowań, podlegającej odrębnej kwalifikacji, a tylko jeden czyn, gdzie znamiona określone są wieloczynowo. W rezultacie, jak słusznie podniósł w swej apelacji Naczelnik (...), zastosowanie przez sąd orzekający w stosunku do zachowania M. W. (1) konstrukcji czynu ciągłego i przyjęcie w kwalifikacji prawnej art. 6 § 2 kks – było nieuprawnione i zbędne.

Mając powyższe na uwadze, sąd odwoławczy na mocy art. 437 § 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks zmienił zaskarżony wyrok w punkcie I w ten sposób, że z opisu czynu przypisanego oskarżonemu M. W. (1) wyeliminował ustalenie, iż działał on w krótkich odstępach czasu oraz w wykonaniu tego samego zamiaru i z wykorzystaniem tej samej sposobności oraz wyeliminował ustalenie, iż działał on wbrew przepisowi art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, zaś z kwalifikacji prawnej tegoż czynu wyeliminował art. 6 § 2 kks. W pozostał części odnoszącej się do oskarżonego M. W. (1), wyrok utrzymano w mocy jako w pełni słuszny i trafny.

Uwzględniając sytuację finansową, majątkową i rodzinną oraz zdolności zarobkowe M. W. (1), sąd okręgowy na mocy art. 634 kpk w zw. z art. 627 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23.06.1973r. o opłatach w sprawach karnych, zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe za postępowanie odwoławcze, w tym wymierzył mu opłatę w kwotę 1800 zł.

Jako w pełni zasadne należało również ocenić zarzuty zwarte **w apelacji Naczelnika (...) Skarbowego** i **apelacji Prokuratora Rejonowego**, albowiem w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, brak było bowiem podstaw do wydania rozstrzygnięcia najkorzystniejszego, tj. uwolnienia oskarżonego P. C. od zarzut poprzez uniewinnienie od jego popełnienia.

Tytułem wprowadzenia godzi się zaznaczyć, że Sąd Rejonowy przeprowadził w przedmiotowej sprawie postępowanie dowodowe w wystarczającym zakresie i na tej podstawie dokonał prawidłowych ustaleń w zasadniczym zakresie i wyprowadził całkowicie słuszny wniosek, iż „(...) w tym samym lokalu przy ulicy (...) w M., w okresie od 01.07.2014r. do 28.03.2015r. oraz od 01.03.2015r – do 28.02.2015r P. C., będąc osobą odpowiedzialną jako podmiot serwisujący wymienione wyżej urządzenia, urządzał gry na automatach w rozumieniu art. 2 Ustawy o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji oraz poza kasynem gry” – str. 2 uzasadnienia.

Kwestię charakteru zabezpieczonych w sprawie automatów, sąd orzekający prawidłowo ustalił na podstawie dokumentów w postaci protokołu eksperymentu przeprowadzonego przez funkcjonariuszy celnych, dokumentacji

fotograficznej, protokołów oględzin automatów i opinii biegłego sądowego, które to dowody jako zgodne i wzajemnie się uzupełniające, zasługiwały na wiarygodność. Wypada przypomnieć, że w ekspertyzie biegły jednoznacznie stwierdził, że badane automaty były urządzeniami oferującym gry w celach komercyjnych (gra wymaga opłat), automaty udostępniały gry komercyjne miały możliwość bezpośrednich wypłat wygranych pieniężnych. Gry są grami zawierającymi element losowości - gry są realizowane przez program standardowo napisany z wykorzystaniem procedur losowych (pseudolosowych). Gry są grami o charakterze losowym – o układzie symboli na zatrzymanych bębnach decyduje algorytm realizowanej gry działający na zasadzie przypadku. Grający nie jest w stanie po uruchomieniu gry przewidzieć wyniku gry (przewidzieć układu symboli na samoczynnie zatrzymanych bębnach). Biegły skonstatował, że automaty oferowały gry, o których mówi ustawa o grach hazardowych. Nota bene charakter gier na zabezpieczonych automatach nie był kwestionowany przez oskarżonego, tym bardziej, że je serwisował oraz osobiście wypłacał grającym pieniądze z tytułu wygranej.

Ponownie należy wskazać, że o ile sąd orzekający prawidłowo ustalił, że nie tylko oskarżony M. W. (1), ale także oskarżony P. C. urządzając gry na automatach poza kasynem i nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna gier, naruszył swoim zachowaniem przepisy ustawy o grach hazardowych, tj. art. 14 ust. 1, którego zastosowania należało jednak odmówić wobec braku notyfikacji Komisji Europejskiej tegoż przepisu technicznego, a także m.in. przepis art. 6 ust. 1 ugh, który z kolei jako nietechniczny obowiązywał także przed nowelizacją, to już wyprowadzony przez sąd wniosek, iż „(...) co do oskarżonego P. C., nie można tak jak w przypadku oskarżonego M. W. (1) – wyciągnąć stanowczych wniosków, iż nie działał on w usprawiedliwionym błędzie co do karalności czynu (...), (...) miał zatem prawo nie uświadamiać sobie w sytuacji, gdy był jedynie serwisantem automatów, że jego zachowanie może być rozpatrywane w kategoriach czynu z art. 107 § 1 kks (...)” - jawi się jako nieuprawniony.

W pełni należy także zgodzić się z apelującymi oskarżycielami publicznymi, iż sąd I instancji uwalniając oskarżonego P. C. od popełnienia zarzucanego mu czynu, niezasadnie przyjął, iż zrealizowane zostały przesłanki konieczne dla zastosowania kontratypu określonych w art. 10 § 4 kks.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na dwie konstrukcje zawarte w Kodeksie karnym skarbowym, tj. w art. 4 kks (dotyczy pojęć umyślności i nieumyślności) i art. 10 § 4 kks (dotyczy błędu usprawiedliwionej nieświadomości karalności). Zarzucany bowiem oskarżonym czyn z art. 107 § 1 kks można popełnić tylko z winy umyślnej (zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym), tj. nawet wówczas, gdy sprawca przewidując możliwość jego popełnienia na to się godzi.

Podzielić w pełni należy wyeksponowany przez apelujących oskarżycieli publicznych zarzut, iż wymowa całokształtu ujawnionych dowodów i okoliczności, uwzględnionych we wzajemnym powiązaniu i należycie ocenionych - nie uprawniała do uwolnienia oskarżonego P. C. od zarzucanego mu czynu.

W świetle ujawnionych w sprawie okoliczności, wbrew stanowisku sądu meriti można przyjąć, że oskarżony P. C. miał jednak świadomość możliwości naruszenia przepisów ustawy o grach hazardowych i godził się na urządzenie gier na automatach wbrew przepisom tej ustawy, skoro zdawał sobie sprawę z tego, że od początku prowadzenia działalności w tym zakresie były zastrzeżenia urzędów celnych co do jego działalności.

W ocenie sądu odwoławczego nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem sądu orzekającego, iż nie można przypisać P. C. umyślności na płaszczyźnie strony podmiotowej czynu zabronionego z art. 107§1kks. Od odpowiedzialności karnej w myśl art. 10§3kks czy art. 10§4kks uwalnia bowiem tylko usprawiedliwione błędne przekonanie, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność czy usprawiedliwioną nieświadomość karalności.

Sąd I instancji nie nawiązał w żaden sposób do wymowy dowodów zgromadzonych w niniejszej sprawie, a sprawa karna ma za zadanie ustalić czy dany oskarżony popełnił zarzucane (a w efekcie przypisane) mu przestępstwo i jaki towarzyszył mu zamiar.

Po pierwsze, jak zasadnie podnieśli apelujący, całkowicie poza zakresem uwagi sądu orzekającego pozostała, nader istotna okoliczność, iż przeciwko P. C. toczyły jeszcze inne postępowania karno – skarbowe o tożsame przestępstwa

skarbowe z art. 107 § 1 kks, wszczynane przez organy celne, które wprost kwestionowały legalność jego działalności gospodarczej. Pomimo, zatem prowadzenia przeciwko P. C. innych postępowań karno – skarbowych o tego rodzaju czyny, nie powstrzymał się on jednak do momentu jednoznacznego wyjaśnienia spornych kwestii od dalszego świadczenia usług na rzecz przedsiębiorstw eksploatujących urządzenia do gier losowo – komercyjnych.

Po wtóre, sąd meriti także w ogóle nie odniósł się do treści umowy w zakresie obsługi urządzeń do gier rozrywkowych, zawartej przez oskarżonego P. C., na mocy której m.in. zobowiązał się on, w sytuacji zatrzymania urządzeń przez organy dochodzeniowo – śledcze w ramach postępowania karno – skarbowego lub karnego, do postępowania zgodnie z „Instrukcją postępowania na wypadek zatrzymania urządzeń” stanowiącej załącznik nr 4 do umowy. Gdyby zatem podejmowana, zarówno przez podmioty eksploatujące urządzenia do gier losowo – komercyjnych, jak i przez oskarżonego współpracującego z nimi jako serwisant owych urządzeń, działalność była w ich przeświadczeniu całkowicie legalna, to strony umowy nie zawierałyby szczególnej, nietypowej klauzuli regulującej tryb postępowania w sytuacji zatrzymywania automatów przez organy celne i wszczynania postępowań karno – skarbowych, niejako zakładając, że takie sytuacje zaistnieją. Oczywistym jest zarazem, że zapis umowny o powyższej treści, zdecydowanie nie jest standardowym zobowiązaniem w tego rodzaju stosunkach obligacyjnych.

Po trzecie, sąd meriti w swych rozważaniach nie uwzględnił wyjaśnień samego oskarżonego P. C., który wskazał, że „(...) jeśli chodzi o legalność tych maszyn czytałem o tym trochę, tamten czas był akurat taki, że to nie było modyfikowane ani poprawiane (...)” – k. 326. Skoro oskarżony, jak sam utrzymuje, zapoznawał się z problematyką legalności urządzania i prowadzenia gier na automatach w świetle ustawy o grach hazardowych, czytając informacje publikowane choćby w internecie, to niewątpliwie spotkał się on także z opracowaniami i poglądami, które wskazywały na karalność czynów takie jak ustalony, stąd musiał brać pod uwagę, że jednak legalność jego działalności może być kwestionowana.

Po czwarte, oskarżony nie skorzystał z najpewniejszego i najskuteczniejszego sposobu upewnienia się co do legalności prowadzonej działalności gospodarczej poprzez zwrócenie do najbliższego urzędu skarbowego lub celnego celem dokonania interpretacji i wykładni mających zastosowanie przepisów. Prowadząc zatem działalność gospodarczą wiedział, że wiąże się ona z wieloma prawnymi wymogami i obowiązkami, a niezbędne informacje można pozyskać we właściwym urzędzie. Świadomie zatem zrezygnował z tej możliwości, licząc się ze stwierdzeniem przez te organy nielegalności tego rodzaju działań, co tym samym wyklucza stwierdzenie zaistnienia przesłanek kontraktu określonego w art. 10 kks.

Po piąte, niewątpliwie u podłoża podjęcia przez P. C. zarzucanego mu zachowania, pomimo świadomości co do możliwości pociągnięcia go do odpowiedzialności karno – skarbowej w związku z urządzaniem gier na automatach bez koncesji na prowadzenie kasyna oraz poza kasynem, leżała chęć osiągnięcia wymiernego dochodu z tytułu zapłaty za usługi świadczone na rzecz podmiotów eksploatujących urządzenia do gier losowo – komercyjnych.

Już tylko powyższe dowody i okoliczności, wyeksponowane przez apelujących oskarżycieli, a całkowicie pominięte przez sąd orzekający, nie pozwalają na skuteczne odparcie podniesionych zarzutów, a jednocześnie podważają prawidłowość poczynionych przez sąd I instancji ustaleń i słuszność wyprowadzonych wniosków co do braku podstaw do pociągnięcia oskarżonego P. C. do odpowiedzialności za zarzucany mu czyn. Przedstawione aspekty sprawy nie wykluczają bowiem dokonania ustalenia, że oskarżonemu towarzyszyła świadomość możliwości popełnienia przypisanego mu czynu i godził się na ten stan rzeczy (zamiar ewentualny).

Ponownie należy zaakcentować, że skoro „nieświadomość” wskazana w art. 10 § 4 kks jest stanem braku jakiejkolwiek wiedzy na dany temat, to należy odróżnić ją od wątpliwości co do legalności ich działalności, które wskazywały mu przecież na realną możliwość popełnienia przestępstwa. Przedstawione dowody i okoliczności świadczyły o tym, że oskarżony nie mógł czuć się upewniony co do tego, że jego działalność w zakresie organizowania gier hazardowych jest niewątpliwie legalna. Skoro oskarżony miał, wynikającą z przedstawionych aspektów sprawy, świadomość co do tego, że może działać nielegalnie (m.in. nie posiadał wymaganej prawem koncesji na kasyno, a automaty nie były zarejestrowane), to z oczywistych powodów powstrzymał się od zwrócenia się do właściwego organu finansowego o

wydanie interpretacji. Bowiem w przypadku rzetelnego przedstawienia we wniosku skierowanym do takiego organu prowadzonej działalności i faktycznego charakteru gier na automatach (których strony nie kwestionował), miejsca urządzania gier oraz tego, że nie wystąpił o koncesję i nie pozyskał rejestracji automatów, z oczywistych względów nie mógł się realnie spodziewać, że organ finansowy taką działalność - sprzeczną z przepisami ustawy o grach hazardowych - zaakceptuje.

Należy też zaznaczyć, że także oskarżony P. C. prowadząc działalność w obszarze gier hazardowych, nie mógł odwoływać się do wzorca zwykłego przeciętnego obywatela. Wzorzec taki można stosować na potrzeby oceny czynów wskazanych w kodeksie karnym, których społeczna szkodliwość jest dosyć powszechnie znana, stąd w tych wypadkach sama świadomość urzeczywistnienia znamion istoty czynu wskazuje co najmniej na możliwość uświadomienia sobie ich bezprawności, ale inaczej to wygląda w odniesieniu do prawa karnego-skarbowego. To na oskarżonym, jako podmiocie prowadzącym działalność gospodarczą, ciążył obowiązek dostosowania się do obowiązujących reguł należytej staranności przy prowadzeniu działalności, i zachowania ostrożności tak, aby prowadzić tę działalność zgodnie z prawem (art. 18 i art. 46 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (w tym czasie Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095 ze zm.). Podejmując się prowadzenia działalności gospodarczej w danym sektorze, określony podmiot wkracza bowiem w sferę regulowaną szczególnymi przepisami (patrz: pogląd z artykułu PP 2007/2/34-38 autorstwa M. Ś. „Na nieświadomość karalności nie może powoływać się sprawca czynu, na którym ciąży obowiązek zaznajomienia się z określonymi przepisami w związku z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą.”). W sferze dotyczącej prawa karnego skarbowego nie można więc odnosić się do wzorca osobowego przeciętnego obywatela, gdyż w wypadku prawa karnego skarbowego i to w odniesieniu do takich osób jak oskarżony w grę wchodzi model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań dla profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który w celu osiągnięcia dochodu prowadzi działalność ze świadomością jej reglamentowania przez państwo. Im zaś wyższe oczekiwania, jakie można stawiać wobec sprawcy, tym możliwość wystąpienia błędu, i to usprawiedliwionego, mniejsza. Z pewnością zajmując się działalnością w takim specyficznym obszarze oskarżony miał obowiązek zapoznać się ze wszystkimi przepisami regulującymi dziedzinę gier hazardowych (i z ich wykładnią). I o ile w orzecznictwie i doktrynie faktycznie istniała rozbieżność, to nie co do treści samej ustawy o grach hazardowych, lecz co do tego jaką konsekwencję dla jednostki powoduje nienotyfikowanie przepisów technicznych. W czasie popełnienia przypisanego oskarżonemu czynu obowiązywały zaś przepisy prawne składające się na podstawę prawną ich odpowiedzialności, tj. art. 107§1kks i art. 6 ust. 1 ugh, a część orzecznictwa i doktryny prezentowała pogląd, według którego przepis art. 6 ust. 1 ugh winien być stosowany. Treść art. 6 ugh była zaś jasna i wynikało z niej, że prowadzenie działalności polegającej na urządzaniu gier hazardowych jest możliwe wyłącznie w formie określonej spółki, po uzyskaniu koncesji na kasyno. Dla każdej osoby czytającej art. 6 ugh wynikało to w sposób klarowny i czytelny i nie trzeba było - dla zrozumienia tych wymogów - sięgać po wiedzę fachową dla dokonania wykładni zapisów z tego artykułu. Dlatego w zasięgu oskarżonego - który decydując się na działalność związaną z urządzaniem gier hazardowych winien zapoznać się z przepisami działalność taka regulującymi - leżało uświadomienie sobie bezprawności zachowania polegającego na zignorowaniu treści art. 6 ugh, tj. działaniu wbrew przepisowi ustawy ugh, a w konsekwencji jego karalności z uwagi na treść art. 107§1kks. Trudno więc zgodzić się z tym, że oskarżony, który prowadził ten rodzaj działalności na przestrzeni dłuższego czasu, nie miał świadomości tej okoliczności i w sposób uzasadniony mógł przyjmować, że w czasie obowiązywania ustawy o grach hazardowych, przedsiębiorca prowadzący tego rodzaju działalność, nie musi posiadać stosownej koncesji. W ocenie sądu odwoławczego takie wnioskowanie byłoby nieuprawnione nawet w obliczu rozbieżności powstałych na tle dopuszczalności stosowania nienotyfikowanych przepisów ustawy o grach hazardowych. Bowiem oskarżony zajmujący się tego rodzaju działalnością, nie powinien podejmować zachowań, co do których przewiduje, że nie tylko są sprzeczne z wolą ustawodawcy, ale mogą skutkować odpowiedzialnością karną. Oskarżony, nie uzyskując koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie powstrzymał się jednak ze swoją działalnością do czasu ostatecznego wyjaśnienia omawianej kwestii, mimo tego, że nadal urzędy celne zajmowały kolejne automaty do gier i wszczywały następne postępowania o czyny z art. 107 § 1 kks.

Z przedstawionych względów, należało podzielić stanowisko zawarte w apelacji oskarżycieli publicznych, tak co do zasadności podniesionych w nich zarzutów, jak i w efekcie postulat o uchylenie zaskarżonego wyroku w oznaczonej

części i przekazanie sprawy P. C. sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, co też sąd odwoławczy, w oparciu o treść art. 437 § 2 kpk w zw. z art. 454 kpk w zw. z art. 113 § 1kks, orzekł.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy sąd rejonowy powinien przeprowadzić postępowanie dowodowe ponownie i kompleksowo ocenić zgromadzony materiał dowodowy w zakresie zarzutu stawianego oskarżonemu P. C. oraz wnikliwie rozważyć, czy całokształt dowodów i aspektów sprawy legitymuje do przyjęcia, że oskarżonemu towarzyszyła świadomość co najmniej możliwości popełnienia zarzucanego mu czynu i godził się na ten stan rzeczy.