

Sygn. akt VI Ka 577/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 03 stycznia 2019 r.

Sąd Okręgowy w Elblągu VI Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodnicząca: SSO Natalia Burandt

Protokolant: sekr. sądowy Aneta Zembrzuska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Elblągu M. M.

i przedstawiciela Naczelnika (...) Skarbowego w O. W. L.

po rozpoznaniu dnia 20 grudnia 2018r., w E.

sprawy:

K. M., s. G. i B., ur. (...) w B.

oskarżonego z czyny z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Nowym Mieście Lubawskim

z dnia 27 lipca 2018 r., sygn. akt II K 327/17

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok,

II. zwalnia oskarżonego K. M. w całości od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

Sygn. akt VI Ka 577/18

UZASADNIENIE

K. M. oskarżony został o to, że:

1. w dniu 05.10.2016 r. urządził w punkcie gier w miejscowości (...) ((...)-(...) G.) będąc osobą odpowiedzialną jako prowadzący działalność gospodarczą

pod nazwą (...) K. M. z siedzibą w B., gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2016 r. a 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 471 ze zm.) w postaci automatów w ilości 2 sztuk tj. : B. (...) nr 23 BHP, H. (...) nr 008 H. wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 6 ust., 1 i 4, art. 14 ust. 1, art. 23, art. 23a w/w ustawy, tj. w szczególności bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry; to jest o czyn z art. 107 § 1 kks,

2. w okresie od 02 maja 2016 r. do 24 maja 2016 r. w lokalu Punkt Gier przy Sklepie

Spożywczo-Przemysłowym należącym do M. L. przy ul. (...) w K., jako właściciel MIRO K. M. urządził gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 z 2009 r. poz. 1540 z późn. zm.), tj. na automatach: D. G. nr 014DG; automat typu Kiosk bez numerów i oznaczeń, wszystkie

będące w dyspozycji firmy (...) z/s w B., wbrew przepisom art. 3, art. 4, 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, to jest o czyn z art. 107 § 1 kks,

3. w okresie od 02.01.2017 r. do 21.01.2017 r. w Punkcie Gier, przy ul. (...)

18 w (...), jako właściciel firmy (...) K. M., urządzał gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tekst jednolity Dz.U. z 2016 r., poz. 471 ze zm.) w łącznej ilości 4 sztuk, tj. na automacie: H. S. P. nr 550H., Silver S. nr HOSS, B. H. nr 442BH, Bonus J. 21 nr 046BJ, wszystkie stanowiące własność firmy (...) K. M. z/s w B., wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23, art. 23a ww. ustawy o grach hazardowych, tj. w szczególności bez wymaganej koncesji oraz poza kasynem gry, to jest o czyn z art. 107 § 1 kks,

4. w nieustalonym czasie, nie później niż 07 grudnia 2016r. jako właściciel firmy (...) K. M. z/s w B. przy ul. (...), urządzał w Punkcie Gier przy ul. (...), (...)-(...) N., gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tekst jedn. z 2016, poz. 471 ze zm.) w postaci czterech urządzeń: tj. (...) nr 025HS, B. (...) nr 356BH, (...) M. nr 434 oraz (...) 21 nr 62BJ wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23 oraz art. 23 a w/w ustawy tj. w szczególności bez wymaganej koncesji oraz poza kasynem gry; to jest o czyn z art. 107 § 1 kks.

Sąd Rejonowy w Nowym Mieście Lubawskim wyrokiem z dnia 27 lipca 2018r. wydanym w sprawie o sygn. akt II K 327/17:

I. oskarżonego K. M. uznał za winnego tego, że:

- 5 października 2016 r. w Mrocznie woj. (...) - (...), prowadząc działalność gospodarczą po nazwę K. M. (...) z siedzibą w B., działając z zamiarem bezpośrednim, urządzał gry na automatach B. H. nr 23 BHP i H. S. P. nr 008 H., stanowiące gry hazardowe, wbrew normom z art. 6 ust. 1 i z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w brzmieniu obowiązującym 5 października 2016 r., to jest bez wymaganej koncesji na prowadzenie kasyna gry i poza kasynem gry,

- od 2 do 24 maja 2016 r. w K. woj. (...) - (...), prowadząc działalność gospodarczą po nazwę K. M. (...) z siedzibą w B., działając z zamiarem bezpośrednim, urządzał gry na automatach D. G. nr 014DG i Kiosk bez numeru i oznaczenia, stanowiące gry hazardowe, wbrew normom z art. 6 ust. 1 i z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w brzmieniu obowiązującym 24 maja 2016 r., to jest bez wymaganej koncesji na prowadzenie kasyna gry i poza kasynem gry,

- od 2 do 21 stycznia 2017 r. w (...) woj. (...) - (...), prowadząc działalność gospodarczą po nazwę K. M. (...) z siedzibą w B., działając z zamiarem bezpośrednim, urządzał gry na automatach H. S. P. nr 550H., Silver S. nr HOSS, B. H. nr 442BH, Bonus J. 21 nr 046BJ, stanowiące gry hazardowe, wbrew normom z art. 6 ust. 1 i z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w brzmieniu obowiązującym 21 stycznia 2017 r., to jest bez wymaganej koncesji na prowadzenie kasyna gry i poza kasynem gry.

- 7 grudnia 2016 r. w (...) woj. (...) - (...), prowadząc działalność gospodarczą po nazwę K. M. (...) z siedzibą w B., działając z zamiarem bezpośrednim, urządzał gry na automatach H. S. nr 025HS, B. H. nr 356BH, (...) Magie nr 434 oraz Bonus J. 21 nr 62BJ, stanowiące gry hazardowe, wbrew normom z art. 6 ust. 1 i z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w brzmieniu obowiązującym 7 grudnia 2016 r., to jest bez wymaganej koncesji na prowadzenie kasyna gry i poza kasynem gry,

to jest popełnienia przestępstw skarbowych z art. 107 § 1 kks, przy czym przestępstwa te oskarżony popełnił w warunkach z art. 37 § 1 pkt 3 kks, to jest zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do każdego z nich i każde z nich wyczerpuje znamiona przestępstwa skarbowego określonego w tym samym przepisie, a odstępy czasu pomiędzy nimi nie są długie i za to na podstawie art. 107 § 1 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 3 i § 4 kks oraz w zw. z

art. 38 § 1 pkt 3 kks a także w zw art. 23 § 1 i § 3 kks wymierzył mu karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wymiarze 300 (trzystu) stawek dziennych po 100 (sto) złotych każda stawka.

Na podstawie art. 30 § 5 kks orzeczono przepadek na rzecz Skarbu Państwa automatów i znajdujących się w nich środków pieniężnych, opisanych na kartach 209-210, 481, 675 i 968 akt sprawy.

Orzeczenie zawiera także rozstrzygnięcie o kosztach sądowych, którymi sąd obciążył oskarżonego w 5/6 części, w tym wymierzył mu opłatę w kwocie 3.180 zł

Apelację od powyższego wyroku wniósł **obrońca oskarżonego** K. M. i zaskarżając go w całości, zarzucił mu:

„Na podstawie art 427 § 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 1 k.p.k. obrazę przepisów prawa materialnego, tj.:

1. Art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s. poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że oskarżony dopuścił się zarzucanych czynów z art. 107 § 1 k.k.s. w warunkach ciągu przestępstw, tj. zanim zapadł pierwszy wyrok co do jednego z nich, chociażby nieprawomocny, a odstępy czasu pomiędzy nimi nie są długie, podczas gdy oskarżony dopuścił się przedmiotowych czynów co najwyżej w warunkach czynu ciągłego, tj. art. 6 § 2 k.k.s., tj. dwóch zachowań, podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności.

2. Art. 69 § 1 k.k. w zw. z art. 532 § 1 k.p.k. poprzez jego błędne zastosowanie i nie zawieszenie orzeczonej kary pozbawienia wolności orzeczonej z uwagi na uprzednie skazanie oskarżonego na karę pozbawienia wolności wyrokiem Sądu Rejonowego w Chełmie VII Zamiejscowy Wydział Karny z siedzibą W. z dnia 10 lutego 2015 roku, sygn. akt: VII K 404/14 (zmienionym przez Sąd Okręgowy w Toruniu z dnia 18 czerwca 2015 roku, sygn. akt: IX Ka 249/15), podczas gdy postanowieniem z dnia 8 grudnia 2015r., sygn. akt: III KK 417/15, Sąd Najwyższy wstrzymał wykonanie w/w wyroku.

3. Naruszenie art. 10 § 4 k.k.s. poprzez jego pominięcie, albowiem mając na uwadze orzecznictwo (...), utrwalone orzecznictwo sądów powszechnych oraz stanowisko doktryny w okresie popełnienia zarzucam eh oskarżonemu czynów. wskazujące, że brak notyfikacji Komisji Europejskiej przez rząd polski przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009r., nr 201, poz. 1540 ze zm.) (dalej: u.g.h. bądź Ustawa) powoduje niemożność stosowania przepisów Ustawy, a co za tym idzie brak jest możliwości stosowania także przepisu sankcjonującego urządzenie lub prowadzenie gier na automatach tj. art. 107 § 1 k.k.s., przez co oskarżony działał co najmniej w nieświadomości ich karalności.

Ewentualnie:

4. Naruszenie art. 10 § 1 k.k.s w zw. z art. 6 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) z dnia 09 marca 2016 roku w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym (Dz.U.UE.L.2016.65.1) poprzez jego niezastosowanie, albowiem mając na uwadze interpretację uchwały Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Karna z dnia 19 stycznia 2017 r. sygn. akt I KZP 17/16 w zakresie dotyczącym art. 6 ust. 1 u.g.h., oskarżony pozostawał w czasie popełnionego czynu w błędzie co do okoliczności dotyczącej możliwości stosowania art. 6 ust. 1 u.g.h., do art. 107 § 1 k.k.s. (podobnie jak zasadnie mógł być przekonany co do niemożności zastosowania wobec niego art. 14 ust. 1 u.g.h.) i tej okoliczności nie można potraktować na jego niekorzyść.

5. Naruszenie art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej oraz art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej w związku z art. 1 ust. 1 lit. f oraz art. 5 Dyrektywy 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 roku (dawniej art. 1 pkt. 11 i art. 8 ust. 1 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. - uchylona nową dyrektywą (...) w dniu 7 października) ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego Dz.U.UE.L.2015.241.1 - dalej Dyrektywy (...) - w kształcie wiążąco zinterpretowanym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - poprzez ich niezastosowanie.

6. Naruszenie art. 1 ust. 1 lit. f oraz art. 5 Dyrektywy 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. U. UE L z dnia 21 lipca 1998 r.) - dalej Dyrektywy 98/34/WE, w zw. z art. 6 ust. 1 u.g.h. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s., poprzez uznanie oskarżonego winnego popełnienia zarzucanych im czynów, podczas gdy działalność oskarżonego, polegająca na urządzaniu i prowadzeniu gier na automatach nie stanowi czynu zabronionego, z uwagi na techniczny charakter art. 6 ust. 1, art. 2 ust. 3 i 5 oraz z art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt. a u.g.h. a tym samym brak jest podstaw do przypisania odpowiedzialności za czyn zabroniony stypizowany w art. 107 § 1 k.k.s.

7. Naruszenie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 w zw. 2 ust. 3 i 5 oraz z art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a u.g.h., poprzez jego zastosowanie, w sytuacji gdy część przepisów ustawy o grach hazardowych potrzebnych do zrekonstruowania pozostałych - będących przepisami technicznymi - nie została notyfikowana, a co za tym idzie nie można ich zastosować.

8. Naruszenie art. 2 ust. 3 i 5 oraz z art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt. a u.g.h., poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż, urządzanie gier hazardowych na automatach bez zezwoleń i koncesji poza kasynem gry jest zakazane, podczas gdy przepisy te nie były notyfikowane Komisji Europejskiej oraz nie były przedmiotem pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości w sprawie F. i inni oraz C-303/15, wskutek czego zignorowano zasadę pełnej skuteczności prawa wspólnotowego w zakresie systemu zakazów i licencji, który wobec braku notyfikacji jest bezskuteczny.

w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów, w zakresie w jakim stanowią podstawę uznania, iż skazanie jest niesłusznie, konsekwencją powyższego naruszenia przepisów jest:

1. Rażąca niewspółmierność orzeczonej względem K. M. kary pozbawienia wolności, podczas gdy Sąd błędnie pominął obiektywne wątpliwości co do wykładni prawa oraz stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych i nie potraktował ich na korzyść skazanego, przez co błędnie ocenił jego motywację, gdyż w dacie czynu obiektywnie działał w „chaosie prawnym”, a przy czym prowadził działalność zgodnie z przepisami podatkowymi, tj. zarejestrował działalność i odprowadzał podatki, posiada rodzinę na utrzymaniu oraz nie uzyskuje dochodów, a także pominął okoliczność, iż pomimo tego, iż K. M. w chwili popełnienia przestępstwa był skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo podobne, upłynął od skazania krótki okres, w tym Sąd Najwyższy wstrzymał wykonanie wyroku Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 18 czerwca 2015 roku, sygn. akt: IX Ka 249/15 oraz zmienionego nim wyroku Sądu Rejonowego w Chełmie VII Zamiejskowy Wydział Karny z siedzibą w W. z dnia 10 lutego 2015 roku, sygn. akt: VII K 404/14 do czasu rozpoznania kasacji, co bez wątplenia przełożyło się na zbyt surowy wymiar kary, w szczególności w stosunku do innych wyroków skazujących za czyny popełnione przez skazanego w tożsamym okresie”.

W konkluzji apelacji, jej autor podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie
2. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, ewentualnie
3. zmianę zaskarżonego wyroku i wyeliminowanie z podstawy skazania art. 37 § 1 pkt 3 bądź pkt 4 k.k.s. bądź złagodzenie orzeczonej kary.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja wywiedziona przez obrońcę oskarżonego K. M. jako niezasadna nie zasługiwała na uwzględnienie. Licznie lecz całkowicie wybiórczo przytoczone w teźże skardze argumenty dla poparcia prezentowanego stanowiska, mające uzasadniać obrazę prawa materialnego oraz rażąca niewspółmierność kary - były całkowicie chybione i stąd nie mogły się ostać w świetle zebranych w sprawie dowodów.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że przytoczone w apelacji argumenty należy potraktować jedynie za polemikę z prawidłowymi ustaleniami sądu I instancji, który to przypisując temuż oskarżonemu popełnienie ciągu przestępstw skarbowych z art. 107 § 1 kks, po stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy z 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, nie dopuścił się obrazy żadnej ze wskazanych w apelacji norm prawa materialnego.

Przystępując do rozważań odnośnie zarzutów zawartych w środku odwoławczym wywiedzionym przez obrońcę oskarżonego K. M., tytułem wprowadzenia godzi się zaznaczyć, że Sąd Rejonowy przeprowadził w przedmiotowej sprawie postępowanie dowodowe w sposób wszechstronny i wyczerpujący, które następnie poddał wnikliwej i rzetelnej analizie i na tej podstawie wyprowadził całkowicie słuszne wnioski zarówno co do winy oskarżonego K. M. w zakresie przypisanego mu ciągu przestępstw skarbowych, jak i subsumcji prawnej jego zachowania pod wskazane przepisy ustawy karno – skarbowej, a także rodzaju i wymiaru orzeczonej wobec niego kary. Przedmiotem rozważań były nie tylko dowody obciążające oskarżonego ale również wszelkie dowody im przeciwnie, 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 obrońcy oskarżonego K. M. sprowadza się do wyprowadzenia tezy, że Sąd Rejonowy dokonując prawidłowych ustaleń stanu faktycznego, dopuścił się jednak obrazy licznych przepisów prawa materialnego, co w konsekwencji doprowadziło do wadliwego przypisania wyżej wymienionemu odpowiedzialności za czyny, których ten w rzeczywistości się nie dopuścił. Takiego stanowiska nie sposób podzielić.

Ustosunkowując się do zarzutów zawartych w apelacji, opartych na podstawie odwoławczej określonej w art. 438 pkt 1 pkp w zw. z art. 113 § 1 kks, należy przede wszystkim przypomnieć, 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. 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.

Przed przystąpieniem do szczegółowych rozważań w kwestii podniesionego zarzutu obrazy prawa materialnego – art. 107 § 1 kks poprzez jego zastosowanie, należy przypomnieć, że odpowiedzialności karnej skarbowej z art. 107 § 1 kks podlega ten, kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urządzi 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 urzędowej. 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 grammi na automatach są gry 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 wygrana polegająca 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 po uzyskaniu koncesji na kasyno gry, zaś zgodnie z art. 14 ust. 1 ugh (w brzmieniu po nowelizacji, tj. po 3 września 2015r.) urządzenie gier m.in. na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gry na zasadach warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów ustawy.

Relatywizując powyższe uwagi do realiów niniejszej sprawy, należy stwierdzić, iż ze zgromadzonego materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że podmiotem urządzającym gry na zabezpieczonych automatach w punkcie gier w miejscowości (...), Punkcie Gier przy Sklepie (...) przy ul. (...) w K., Punkcie Gier przy ul. (...) w (...) przy ul. (...) (...), był ich dysponent - K. M. (przy czym wszystkie te lokale w sposób oczywisty nie posiadały statusu kasyna).

Kwestię charakteru wszystkich zabezpieczonych w sprawie automatów potwierdziły dokumenty w postaci protokołów eksperymentu przeprowadzonego przez funkcjonariuszy celnych, dokumentacji fotograficznej, protokołów oględzin automatów, protokołów oględzin zatrzymanych automatów do gier oraz opinii biegłych, które to dowody jako zgodne i wzajemnie się uzupełniające, zasługiwały na wiarygodność. Wypada przypomnieć, że w ekspertyzach biegli jednoznacznie stwierdzili, 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). Biegli skonstatowali, że automaty oferowały gry, o których mówi ustawa o grach hazardowych. Nota bene charakter gier na zabezpieczonych automatach nie był kwestionowany przez oskarżonego ani jego obrońcę.

Skoro zatem gry na tych automatach 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 lokale użytkowe – punkty gier, czy sklep. Oskarżony K. M. urządzając gry na automatach 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. 3, art. 4, art. 6 ust. 1 ugh, art. 14 ust. 1 ugh, art. 23 ugh i art. 23a ugh, a to powodowało, że zachodziły podstawy do przypisania mu popełnienia ciągu przestępstw z art. 107 § 1 kks.

Reasumując, wbrew wyrażonym przez skarżącego zastrzeżeniom, zgromadzone i ujawnione w sprawie okoliczności i dowody, w pełni uprawniały sąd orzekający do dokonania ustalenia, że K. M. w okresie od 02 maja 2016r. do 24 maja 2016r., w dniu 05 października 2016r., w dniu 07 grudnia 2016r. i w okresie od 02 stycznia 2017r. do 21 stycznia 2017r. we wskazanych w wyroku punktach gier i w sklepie, „urządzał” gry na automatach, w rozumieniu art. 107 § 1 kks.

Jako całkowicie nieuprawniony należy przede wszystkim potraktować zawarty w apelacji zarzut obrazy prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 kks w z art. 6 ust. 1, art. 2 ust. 3 i 5 oraz art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a ustawy o grach hazardowych, poprzez ich zastosowanie „(...) z uwagi na techniczny charakter art. 6 ust. 1, art. 2 ust. 3 i 5 oraz art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a ustawy o grach hazardowych (...),(...) przepisy te nie były notyfikowane Komisji Europejskiej oraz nie były przedmiotem pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości (...)” oraz z tego względu, że „(...) art. 6 ust. 1 ugh jest nierozzerwalnie powiązany z art. 14 ust. 1 ustawy – oba te przepisy dotyczą praktycznie jednej kwestii i są wzajemnie ze sobą powiązane, a więc należy je rozpatrywać je łącznie (...), (...) pomimo umieszczenia art. 6 ust. 1 i

art. 14 ust. 1 ustawy w dwóch jednostkach redakcyjnych stanowią jedną normę prawną (...)” – zarzuty pkt I.6, 7 i 8 oraz część motywacyjna apelacji.

Autor skargi nie zgodził się z przyjętą oceną prawną zachowania oskarżonego, a mianowicie – zdaniem apelującego – sąd meriti wadliwie uznał, iż przepis art. 6 ustawy o grach hazardowych może także wypełniać blankietową normę art. 107 § 1 kks.

W tym miejscu należy podkreślić, że oskarżony K. M. przypisanych mu w zaskarżonym wyroku przestępstw dopuścił się w okresie od 02 maja 2016r. do 24 maja 2016r., w dniu 05 października 2016r., w dniu 07 grudnia 2016r. i w okresie od 02 stycznia 2017r. do 21 stycznia 2017r., przy czym sąd meriti jednocześnie przyjął w opisie tychże występów, iż każdorazowo działał on wbrew przepisowi art. 6 ust. 1 ugh i art. 14 ust. 1 ugh w brzmieniu obowiązującym w tym czasie, tj. bez wymaganej koncesji na prowadzenie gry i poza kasynem gry. Co znamienne, w wywiedzionej apelacji, jej autor nie sformułował zarzutu obrazy prawa materialnego, tj. art. 14 ust. 1 ugh poprzez jego zastosowanie, a tym samym nie podważał poczynionego przez sąd orzekający ustalenia, że K. M. w inkryminowanym czasie każdorazowo naruszył także przepis art. 14 ust. 1 ugh. Zabieg ten jawi się jako zrozumiały albowiem wobec faktu urządzania przez K. M. gier na automatach nie tylko bez wymaganej koncesji, ale i poza kasynem gier (najmowane przez niego lokale nie miały statusu kasyna) oraz z uwagi na wejście w życie z dniem 3 września 2015r. nowelizacji ustawy o grach hazardowych po uprzednim dopełnieniu obowiązku notyfikacji przepisu technicznego – art. 14 ust. 1 ugh, wszelkie ewentualne próby kwestionowania naruszenia tegoż przepisu, z oczywistych powodów nie przyniosłyby oczekiwanych rezultatów. Skoro zatem skarżący, nie zakwestionował ustalenia, iż K. M. każdorazowo naruszył przepis art. 14 ust. 1 ugh urządzając na automatach gry hazardowe poza kasynem gry, to tym samym sprawstwo oskarżonego zostało przesądzone albowiem dla przypisania przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks wystarczającym jest aby sprawca naruszył choćby tylko jedną z zasad określonych w ustawie o grach hazardowych, m.in. w art. 14 ust. 1 cyt ustawy, który to przepis może i to samodzielnie wypełniać normę blankietową art. 107 § 1 kks. Ponownie należy zaakcentować, że w sytuacji, gdy K. M. gry na automatach urządzał w lokalach – punktach gier i sklepie, to oczywistym jest, że samo miejsce wszystkich czynów wskazywało na to, że gry były urządzone poza kasynem, bez koncesji na kasyno. Ponadto z przeprowadzonych przez funkcjonariuszy celnych eksperymentów, oględzin zatrzymanych automatów do gier i z ekspertyz, jednoznacznie wynika losowy i komercyjny charakter gier na zatrzymanych automatach. Skoro zatem gry na tych automatach 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 użytkowy. Oskarżony urządzając gry o powyższym charakterze bez koncesji na kasyno, ale też przy zignorowaniu wymowy pozostałych przepisów ugh, w tym urządzając je poza kasynem, nie podporządkował się więc obligatoryjnym przepisom ustawy o grach hazardowych, m.in. art. 14 ust. 1 ugh, a to powodowało, że już tylko z tego powodu zachodziły podstawy do przypisania mu popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 kks w sposób wskazany w opisie czynów mu przypisanych w pkt. I wyroku.

Godzi się także zauważyć, że oskarżony K. M. działał także wbrew przepisowi art. 23a ust. 1 ugh, tj. przy zignorowaniu 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 urządzałby, 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 urządzałby 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 zarządzającą 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. 14 ust. 1 ugh i 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.

Wskazany przez skarżącego w wywiedzionym środku odwoławczym kluczowy zarzut, sprowadzający się do twierdzenia, iż w przedmiotowej sprawie doszło do obrazy prawa materialnego, a mianowicie art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, poprzez jego zastosowanie, skutek błędnego przyjęcia przez sąd meriti, iż przepis art. 6 ust. 1 nie ma charakteru technicznego i nie jest powiązany z art. 14 ust. 1 ugh, pomimo że „(...) część przepisów ustawy o grach hazardowych potrzebnych do zrekonstruowania pozostałych – będących przepisami technicznymi - nie została notyfikowana, a co za tym idzie nie można ich zastosować” - ocenić należy nieuprawniony.

Konstatacji zaprezentowanej przez skarżącego w odniesieniu do art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, nie sposób bowiem pogodzić z wykładnią prawa unijnego, tj. art. 1 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, zmienionej dyrektywą 98/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998r, dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 października 2016r., a następnie zaaprobowaną przez Sąd Najwyższy w uchwale w składzie 7 sędziów z dnia 19 stycznia 2017r.

Zachodzi konieczność zakwestionowania trafności zaprezentowanej w apelacji oceny prawnej ustalonego zachowania oskarżonego K. M., poczynając od przyjętego w samej treści zarzutu (zarzut pkt II.6.7.8) założenia co do technicznego charakteru, wypełniającego blankietową normę art. 107 § 1 kks, przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w rozumieniu art. 1 pkt 11 cyt. Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r.

W tym miejscu należy przypomnieć, 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.

Obrońca oskarżonego w swej apelacji, podnosząc problem charakteru prawnego czynu określonego w art. 107 § 1 kks i wypełniającego tę normę blankietową przepisu art. 6 ustawy o grach hazardowych, poczynił całkowicie nietrafne uwagi.

W pierwszej kolejności, 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, 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 ma charakter techniczny, w związku z czym wymagał on notyfikacji, jest wadliwe, a przez to nie zasługuje ono na podzielenie. Kwestia specyfiki m.in. normy art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, 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 1716). Tego natomiast rodzaju prawidłowe ustalenia przemawiające za sprawstwem oskarżonego K. M., sąd orzekający w poddanej kontroli sprawie poczynił w toku bezpośredniego i kontradyktoryjnego postępowania, a czemu dał wyraz w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku.

Ponadto, sąd odwoławczy nie podziela zaprezentowanego w skardze apelacyjnej poglądu, iż „art. 6 ust 1 jest nierozdzielnie powiązany z art. 14 ust. 1 ustawy – 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. Należy wskazać, że pomimo umieszczenia art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy w dwóch jednostkach redakcyjnych stanowią jedną normę prawną (...)”. 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 lub prowadzącego 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).”.

Dodać należy, że stanowisko zgodnie z którym 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 utrwalone 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).

Na marginesie, należy przypomnieć, że kwestia z kolei technicznego charakteru przepisu art. 14 ust. 1 ugh w aspekcie dyrektywy 98/34/WE także wcześniej nie budziła 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).

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 salonach gier, sklepie), 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 ani 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 w całym inkryminowanym czasie, ani też art. 14 ust. 1 ugh (por. wyrok SN z dnia 11.10.2017r., V KK 141/17).

Ponownie należy podkreślić, że skoro z orzeczenia C-303/15 (...) i treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. w sprawie I KZP 17/16 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 i przed 03.09.2015r. 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 ubiegała się o nie (a jak wynika z akt sprawy podmioty, których dotyczą dowodowe automaty, nie uzyskały koncesji na prowadzenie kasyna ani nie występowały z wnioskami o wydanie decyzji o której mowa w art. 2 ust. 6 ugh – informacja Ministra Finansów – k. 618,647). 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 nawet 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. Co także nader istotne, działalność w zakresie organizowania i urządzania gier hazardowych z uwagi m.in. na towarzyszące jej ryzyka uzależnień, korupcji i przestępczości, nie może być przecież 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.

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. 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 art. 14 ust. 1 ugh i analogicznego do niego. 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.

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 ust. 3 i 5 i art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a ugh mają tożsamy charakter, nie zasługują na uwzględnienie.

Po pierwsze, sąd meriti ani w opisie czynów przypisanych K. M. ani w pisemnym uzasadnieniu, nie zaliczył norm art. 2 ust. 3 i 5 ugh i art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a ugh do katalogu przepisów ustawy o grach hazardowych, których naruszenia miałby dopuścić się oskarżony.

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

Po trzecie, 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 ust. 3 i 5 ugh i art. 4 ugh należą natomiast do kategorii norm zawierających jedynie definicje legalne pojęć zastosowanych przez ustawodawcę w rozpoznawanym akcie prawnym, tj. 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 zajęł 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”.

Po czwarte, jako nieprzystający do realiów niniejszej należy ocenić ten fragment uzasadnienia apelacji, w którym skarżący odwołał się do okoliczności niezmienności miejsca prowadzenia przez oskarżonego działalności, podnosząc, że zmiana miejsca urządzania gier obliuguje do zmiany koncesji, gdy tymczasem K. M. w ogóle nie dysponował jakąkolwiek koncesją ani też nie wykazano aby zmieniał miejsca urządzania gier, wymienionych w opisie czynów mu przypisanych. W tym miejscu należy przypomnieć, że jak wynika z informacji Ministerstwa Finansów Departamentu Podatków Sektorowych, (...) oraz Podatku od Gier, w odniesieniu do wskazanego podmiotu – (...) K. M. ulica (...) w B. oraz automatów opisach w zarzutach, Minister Finansów nie wydał decyzji, o której mowa w art. 2 ust 6 ustawy z dnia 19 listopada 2009r., czy gry na wskazanych automatach są grami w rozumieniu w/w przepisu, ani też wymieniony podmiot nie występował z wnioskiem o wydanie takiej decyzji w stosunku do opisanych automatów oraz nie uzyskał koncesji na prowadzenie kasyna gry (k. 2618, 647). Podobny bezprzedmiotowy charakter ma podniesiona w uzasadnieniu apelacji kwestia przeprogramowania automatów, stąd i tego rodzaju argumenty, które w intencji skarżącego miały wspierać zasadność zarzutów naruszenia art. 2 ust. 3 i 5 ugh oraz art. 4 ust. 1 pkt. 1 ppkt. a ugh, poprzez ich błędną wykładnię, nie zasługują na uwzględnienie.

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 przepisy zawierające wyłącznie definicje legalne tychże określeń 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, przepisy art. 6 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 i art. i art. 4 ust. 1 pkt 1 lit a 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 przepisów art. 2 ust. 3 i 5 i art. 4 ust. 1 pkt 1 lit a ugh i w konsekwencji nie dopuścił się obrazy prawa materialnego – art.107 § 1 kks w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ugh poprzez ich zastosowanie, do słuszności którego to zarzutu starał się bez powodzenia przekonać obrońca.

W świetle wszystkich przedstawionych rozważań, do negatywnej weryfikacji zaskarżonego wyroku, w którym przypisano oskarżonemu popełnienie czynów z art. 107 § 1 kks, nie może również doprowadzić podniesienie przez apelującego zarzutu naruszenia tak ogólnych przepisów jak: art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej, który dotyczy obowiązywania zasady lojalności, wzajemnego poszanowania i wspierania się Unii i państw członkowskich; art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej, który dotyczy Trybunału Sprawiedliwości; art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, przewidującego prejudycjalny tryb orzekania Trybunału Sprawiedliwości. Ponadto wobec faktu, że oskarżony przypisanych mu czynów dopuścił się w okresie od 02 maja 2016r. do 24 maja 2016r., w dniu 05 października 2016r., w dniu 07 grudnia 2016r. i w okresie od 02 stycznia 2017r. do 21 stycznia 2017r., a więc już po nowelizacji ustawy o grach hazardowych (ustawa zmieniająca weszła w życie 3 września 2015r), której projekt przed uchwaleniem, w tym przepis art. 14 ust. 1, został uprzednio prawidłowo notyfikowany – podniesienie zarzutu naruszenia wymienionych wskazanych w apelacji dyrektyw czy przepisów (...) bądź (...) jest całkowicie nieuprawnione.

Ustosunkowując się do kolejnego zarzutu obrazy art. 10 § 1 i § 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, czy art. 10 § 1 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, czy 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 przestępstwa i jaki towarzyszył mu zamiar. Trzeba zaś wskazać, że w toku całego postępowania, oskarżony nie powoływał się na to, by w ogóle znane mu były przepisy ustawy o grach hazardowych, by śledził i analizował orzecznictwo sądów powszechnych, Sądu Najwyższego czy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczące charakteru technicznego przepisów ustawy o grach hazardowych w kontekście wynikającego z art. 1 pkt. 11 i art. 8 ust. 1 Dyrektywy nr 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 (obecnie art. 1 ust. 1 lit. f oraz art. 5 Dyrektywy 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 roku) obowiązku ich notyfikacji Komisji Europejskiej oraz skutków jego niedopełnienia. Oskarżony K. M. zarówno na etapie dochodzenia jak i w toku postępowania jurysdykcyjnego nie przyznał się do popełnienia zarzucanego mu czynu i skorzystał z prawa odmowy składania wyjaśnień. W takich okolicznościach, nie sposób przyjąć, by wykazano dowodami, że oskarżony faktycznie znał przepisy ustawy o grach hazardowych, miał rozeznanie co do technicznego lub nietechnicznego ich charakteru, skutków nie notyfikacji przepisów technicznych, analizował orzecznictwo (...) i krajowych sądów powszechnych oraz stanowisko doktryny w okresie popełnienia zarzucanego mu czynu, a co za tym idzie brak jest możliwości stosowania także przepisu sankcjonującego urządzenie lub prowadzenie gier na automatach, tj. art. 107 § 1 k.k.s, a tym samym by oskarżony działał co najmniej w nieświadomości jego karalności”. Sąd I instancji, wydając wyrok nie mógł zatem realnie ocenić zamiaru i winy oskarżonego przez pryzmat jego wiedzy w zakresie obowiązujących wykładni prawa w obszarze przepisów o grach hazardowych w czasie czynu i w okresie poprzedzającym, skoro oskarżony K. M. na ten temat się nie wypowiedział. Brak jest zatem możliwości realnego wykazania dowodami w niniejszej sprawie, że oskarżony opierał swoje przekonanie o legalności prowadzonej działalności w czasie czynu mu przypisanego na takich autorytetach jak (...), Sąd Najwyższy, sądy powszechne, czy interpretując obowiązywanie art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 ugh, właśnie w taki sposób jak to zaprezentowano w apelacji. Stąd, wobec braku sygnałów od samego oskarżonego, by wiedzę w takich obszarach posiadał, należy uznać, że tego rodzaju argumenty nie znajdują żadnego umocowania i są nieprzekonujące. To zaś, że obrońca oskarżonego, który wstąpił w tym charakterze do procesu już na etapie dochodzenia, powziął wiedzę w obszarze zaprezentowanym w środku odwoławczym, nie oznacza automatycznie, że wiedzę taką miał też oskarżony w chwili podjęcia przestępnego zachowania i że nią się kierował uznając, że działał legalnie z uwagi na wątpliwości, co do technicznego charakteru art. 6 ust. 1 ugh. Nie można zatem uwzględnić powołania się tylko przez obrońcę na jego własną, a nie przeprowadzoną przez oskarżonego, wykładnię przepisów w obszarze ustawy o grach hazardowych, czy wybrane przez obrońcę i przytoczone w apelacji orzeczenia lub poglądy z doktryny o konsekwencjach braku notyfikacji przepisów technicznych zawartych w ugh, a w efekcie przyznać, że doszło do naruszenia art. 10 § 1 kks czy art. 10 § 4 kks poprzez pominięcie tych przepisów. Należy bowiem wykazać i ustalić, że to nie obrońca, tylko oskarżony, pozostawał w usprawiedliwionej nieświadomości, tak bezprawności jak i karalności czynu z art. 107 § 1 kks. Sąd musi bowiem mieć podstawy, by ocenić zamiar oskarżonego w czasie czynu, a z pewnością brak stanowiska oskarżonego wyartykułowanego w wyjaśnieniach (do czego miał zresztą pełne prawo) co do postawionych mu zarzutu, to nie pozwala na zasadne przyjęcie, że oskarżony tak interpretował przepisy prawa, jak to zaprezentował w apelacji jego obrońca.

Z przedstawionych względów, argumenty przytoczone przez obrońcę oskarżonego, nie mogły być uwzględnione przez sąd odwoławczy. Ujawnione okoliczności sprawiają, że brak jest możliwości przyjęcia, że w świadomości oskarżonego w czasie czynów, tj. w okresie od 02 maja 2016r. do 24 maja 2016r., w dniu 05 października 2016r., w dniu 07 grudnia 2016r. i w okresie od 02 stycznia 2017r. do 21 stycznia 2017r., istniało usprawiedliwione przekonanie, że czyny z art. 107 § 1 kks są niekaralne, a także że nie można stosować art. 6 ust. 1 ugh. W tym miejscu należy jeszcze raz zaakcentować, że skarżący nie sformułował natomiast zarzutu, by K. M. pozostawał w błędzie co do możliwości stosowania art. 14 ust. 1 ugh, czy art. 23a ugh, a tym samym zaakceptował możliwość stosowania tychże przepisów, a już samo ustalenie, że oskarżony urządzał gry hazardowe na zabezpieczonych automatach poza kasynem

oraz nie zrealizował obowiązku rejestracji tychże urządzeń, a więc z naruszeniem choćby tylko jednej z tych norm, stanowi wystarczającą podstawę i to samodzielną do skazania go za przestępstwo z art. 107 § 1 kks. Nieświadomość karalności czynu polega bowiem na przekonaniu sprawcy, że dane zachowanie nie jest penalizowane. Skoro zaś od odpowiedzialności karnej – w myśl art. 10 § 3 kks czy art. 10 § 4 kks - uwalnia tylko usprawiedliwione błędne przekonanie, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność czy usprawiedliwiona nieświadomość karalności, a oskarżony nie wskazał w wyjaśnieniach bądź w inny sposób, że dołożył starań by poznać przepisy ustawy o ugh, lub by ze wszystkich orzeczeń, które zapadały na tle spraw dotyczących art. 107 § 1 kks wydawano wyłącznie orzeczenia umarzające czy uniewinniające, to nie można przyjąć, by to wystarczyło do przyjęcia „usprawiedliwionego” stanowiska oskarżonego w tym zakresie i by zanegować prawidłowość zamiaru przyjętego przez sąd I instancji. Z ustaleń faktów poczynionych przez sąd musi bowiem wynikać, że dany sprawca podjął starania, w wyniku których uzyskał pewne informacje, że jego czyn nie podlega odpowiedzialności karno-skarbowej. Tego zaś w ustalonych okolicznościach sprawy nie można było stwierdzić, a tym samym przyjąć by zaistniały podstawy do przyjęcia w omawianej sprawie możliwości zastosowania instytucji z art. 10 § 1, §3 kks czy art. 10 § 4 kks. Oskarżony, podejmując działania polegające na urządzaniu gry na automatach, w sytuacji gdyby chciał legalnie, bez narażania się na odpowiedzialność karno-skarbową, takie gry urządzać – co wynika ze stanowczych przepisów ustawy o grach hazardowych - musiałby prowadzić działalność w formie spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 6 ust. 4 ugh (obecnie art. 6 ust. 5 ugh), po uzyskaniu koncesji na kasyno (art. 6 ust.1 ugh), w kasynie (art. 14 ust. 1 ugh), a w razie wątpliwości co do tego czy gra, którą chce urządzać jest grą na automatach, która musi być prowadzona po uzyskaniu koncesji na kasyno, to powinien zwrócić się do Ministra właściwego do spraw finansów publicznych o wydanie decyzji czy gra jest grą na automacie w rozumieniu ustawy czy też nie (co wynika z art. 2 ust. 6 ugh) i czy urządzenie takiej gry wymaga spełnienia warunków z art. 6 ugh i 14 ugh.

Godzi się wskazać, że także okoliczności wynikające z przedstawionych przez obronę opinii prawnych oraz orzeczeń uniewinniających i umarzających, wydawanych w tożsamych rodzajowo sprawach - 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. Podobnie, tak bardzo akcentowana przez apelującego okoliczność, iż organy w licznych tożsamych sprawach rozstrzygały na korzyść umarzając postępowania lub wydając wyroki uniewinniające, nie implikuje konieczności uwolnienia go od czynów przypisanych mu w przedmiotowej sprawie albowiem K. M. jeszcze przed popełnieniem przypisanych mu czynów został prawomocnie skazany przez Sąd Rejonowy w Wąbrzeźnie wyrokiem z dnia 10 lutego 2015r. sygn.. akt VII K 404/14 za tożsamy czyn z art. 107 § 1 kks (wyrok uprawomocnił się w dniu 18 czerwca 2015r.). Ponadto w inkryminowanym czasie kontynuowano wobec niego wiele innych procesów i wszczynano kolejne, które skutkowały skierowaniem aktów oskarżenia i wydawaniem wyroków skazujących. I tak, przeciwko K. M. jeszcze przed popełnieniem przypisanych mu czynów w poddanej kontroli sprawie, m.in. Sąd Rejonowy w Wąbrzeźnie wydał wyrok skazujący za tożsamy czyn z art. 107 § 1 kks w dniu 18.12.2015r., sygn. akt II K 68/15, Sąd Rejonowy w Elblągu wydał wyrok skazujący za tożsamy czyn z art. 107 § 1 kks w dniu 3.06.2015r sygn. akt VIII K 433/14, Sąd Rejonowy w Nowym Mieście Lubawskim wydał wyrok skazujący za tożsamy czyn z art. 107 § 1 kks w dniu 13.02.2015r. sygn.. akt VII K 320/14. Wprawdzie te trzy wyroki w wyniku wniesienia środków odwoławczych uprawomocniły się w 2017r., niemniej już sam fakt ich wydania wyklucza możliwość rozpatrywania zachowania oskarżonego w niniejszej sprawie w kategoriach „usprawiedliwionej” nieświadomości bezprawności czy karalności jego zachowania, co zarazem wzmacnia prawidłowość stanowiska co do braku podstaw do zastosowania kontratypów określonych w art. 10 kks. Oczywistym jest bowiem, że wydanie wyroków skazujących, przede wszystkich prawomocnych, ale także i nieprawomocnych, winno wywołać u każdego skazanego istotne wątpliwości co do legalności podejmowanych tożsamych 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 prawomocnego orzeczenia skazującego powodowało już wręcz stan pewności, który nie jest nawet wymagany w świetle art. 10 § 3 kks czy art. 10 § 4 kks. Stwierdzone okolicznościami sprawy wątpliwości, a wręcz stan pewności, nie pozwalają na przyjęcie, że oskarżony mógł pozostawać w usprawiedliwionym błędzie w rozumieniu art. 10 § 1, § 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.

Tym samym K. M. miał pełną świadomość nielegalności jego działalności, a to z kolei nie pozwala na stwierdzenie, że oskarżony mógł pozostawać w usprawiedliwionym błędzie w rozumieniu art. 10§ 1, §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.

Z powodu wynikającej z przedstawionych aspektów sprawy świadomości oskarżonego co do tego, że działa nielegalnie, skoro był już wcześniej skazywany, w tym prawomocnie za tożsame czyny z art. 107 § 1 kks, w inkryminowanym czasie obowiązywał prawidłowo notyfikowany przepis art. 14 ust. 1 ugh, a ponadto urządzał gry na automatach poza kasynem, nie posiadał wymaganej prawem koncesji na kasyno, a automaty nie były zarejestrowane - powstrzymał się on od zwrócenia się do organu finansowego, np. Ministra Finansów o wydanie interpretacji czy też decyzji. W przypadku bowiem nawet założenia spółki zoo lub spółki akcyjnej i rzetelnego przedstawienia we wniosku skierowanym do takiego organu prowadzonej działalności i faktycznego charakteru gier na dwóch 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 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 takiej osoby jak K. M. 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, prawidłowo już notyfikowany przed uchwaleniem art. 14 ust. 1 ugh i nietechniczny przepis 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 organizowaniem gier hazardowych winien zapoznać się z przepisami działającymi takimi regulującymi - leżało uświadomienie sobie bezprawności zachowania polegającego na zignorowaniu treści nie tylko prawidłowo notyfikowanego art. 14 ust. 1 ugh ale i art. 6 ugh, tj. działaniu wbrew przepisowi ustawy ugh, a w konsekwencji jego karalności z uwagi na treść art. 107 § 1 kks. 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 zajmująca się tego rodzaju działalnością i to na znaczną skalę, będąc już uprzednio karana za tożsame czyny, nie powinna podejmować zachowań, o których wie, że nie tylko są sprzeczne z wolą ustawodawcy, ale wręcz skutkują odpowiedzialnością karną. Oskarżony, pomimo wcześniejszych skazań (w tym jednego prawomocnego), 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 nie tylko przepis art. 14 ust. 1 ugh, ale i normę 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. Ponownie należy podkreślić, że art. 6 ust. 1 ugh obowiązywał w 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 i korzystnymi orzeczeniami, 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). Należy jeszcze raz podkreślić, że poza tym, że zapadały orzeczenia korzystne, tj. uniewinniające czy umarzające, to sądy wydawały też orzeczenia skazujące z art. 107 § 1 kks, nadal też zatrzymywano automaty i wszczynano kolejne postępowania, a to powodowało zasadnicze wątpliwość co do tezy o legalności prowadzonej przez K. M. działalności. Stąd nie można było podzielić poglądu apelującego, iż wyselekcjonowane, tylko korzystne dla oskarżonego poglądy, opinie 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 § 3 kks) czy w postaci nieświadomości jego karalności (art. 10 § 4 kks) i to usprawiedliwionych.

Ponownie należy zaakcentować, że w sytuacji, gdy K. M. gry na automatach urządzał w punktach gier i w sklepie, to oczywistym jest, że samo miejsce czynu wskazywało na to, że gry były urządzone poza kasynem, bez koncesji na kasyno. Ponadto z przeprowadzonych przez funkcjonariuszy celnych eksperymentów, oględzin zatrzymanych automatów do gier i z ekspertyz jednoznacznie wynika losowy i komercyjny charakter gier na zatrzymanych automatach. Skoro zaś gry na tych automatach 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 użytkowy. 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 i art. 14 ust. 1 ugh, a to powodowało, że zachodziły podstawy do przypisania mu popełnienia przestępstw z art. 107§1kks.

Zdecydowanie należy również odeprzeć podniesiony alternatywnie przez apelującego zarzut naruszenia art. 10 § 1 kks, poprzez jego niezastosowanie albowiem oskarżony „(...) pozostawał w czasie popełnienia czynu w błędzie co do okoliczności dotyczącej możliwości stosowania art. 6 ust. 1 ugh do art. 107 § 1 kks (...)”. W tym miejscu należy

przypomnieć, że przepis § 1 art. 10 kks dotyczy skutków błędu sprawcy co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego (tzw. error facti). Najogólniej mówiąc, błąd polega na rozbieżności między obiektywną rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości sprawcy. Błąd może polegać na nieświadomości sprawcy co do okoliczności faktycznych występujących w obiektywnej rzeczywistości lub na urojeniu sobie określonych elementów rzeczywistości, które w obiektywnej rzeczywistości nie występują. Stwierdzenie błędu skutkuje tym, że nie można przypisać sprawcy umyślnego popełnienia przestępstwa, jeśli w jego świadomości, na skutek błędu, nie doszło do odzwierciedlenia wszystkich znamion czynu zabronionego i zamiaru ich zrealizowania. Wystarczy, że sprawca nie obejmuje swoją świadomością, chociażby jednego z zespołu znamion czynu zabronionego. Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego i jego konsekwencje zostały ujęte w Kodeksie karnym skarbowym tak samo jak w Kodeksie karnym powszechnym (art. 28 k.k.). Działanie sprawcy w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego wyklucza zatem odpowiedzialność sprawcy za czyn popełniony umyślnie. Nie można jednakże utożsamiać błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego z niewłaściwą interpretacją znaczenia zwrotów określających znamiona czynu.

Odnosząc powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy, należy stwierdzić, iż takie ujawnione w sprawie okoliczności, jak brak jakichkolwiek ze strony oskarżonego K. M. sygnałów co do powzięcia wiedzy w obszarze przepisów ustawy o grach hazardowych, norm prawa unijnego, ich wykładni dokonywanej przez sądy powszechne, Sąd Najwyższy i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz przedstawicieli doktryny, a przede wszystkim odnośnie technicznego charakteru przepisów ugh, obowiązku ich notyfikacji i skutków jego niedopełnienia – wykluczają potraktowania działania oskarżonego w kategoriach błędu do co okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego. W świetle powyższych okoliczności, a przede wszystkim wobec postawy procesowej oskarżonego, który nie przyznał się do popełnienia zarzucanych mu czynów i odmówił składania wyjaśnień, jako wręcz niezrozumiałe i pozbawione wsparcia w materiale dowodowym, jawi się stanowisko wyrażone w apelacji, iż zachodzą przesłanki do zastosowania art. 10 § 1 kks albowiem w sprawie „(...) ustalono, że istniało bezsporne przekonanie oskarżonego o niemożności stosowania przepisów technicznych z powodu ich nienotyfikowania. Konsekwencją tego ustalenia faktycznego jest to, że oskarżony pozostawał w przekonaniu, że nie działa wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, nie można bowiem naruszyć przepisów (w świadomości oskarżonego), które z powodu określonej wady formalnej nie mogą znaleźć zastosowania przez sądy (...)”. Ponadto, skoro w czasie czynów przypisanych oskarżonemu obowiązywały przepisy art. 14 ust. 1 ugh i art. 23a ugh, którym oskarżony się nie podporządkował, a skarżący nawet nie zasygnalizował w apelacji, by oskarżony kwestionował obowiązywanie tychże przepisów, to tym bardziej nie wykazano, by zaszyły podstawy do przyjęcia błędu po stronie oskarżonego, iż art. 10 § 1 kks w związku z naruszeniem art. 6 ust. 1 ugh (a także z naruszeniem art. 14 ust. 1 ugh i art. 23a ugh) nie może być stosowany. Tym samym również ten zarzut należy ocenić jako nieuprawniony.

Wypada jeszcze wskazać, że trzon prawa karnego stanowią czyny zabronione, 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, ciąży 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.)). 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. Należy też przyjąć za Sądem Najwyższym, że jeżeli na sprawcy w związku z jego działalnością zawodową ciąży obowiązek zaznajomienia się z odpowiednimi przepisami i sprawca w sposób zawiniony tego obowiązku nie wypełnił to nieświadomość karalności czynu nie będzie usprawiedliwiona.

Przedstawione powyżej rozważania, uprawniają do potraktowania argumentów, przytoczonych przez obrońcę 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 lub do uchYLENIA wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. W wyniku bowiem swobodnej oceny dowodów, utrzymanej w granicach racjonalności, Sąd I instancji wskazał, które z dowodów zasługują na wiarygodność, przy czym pogląd ten zasługuje na aprobatę sądu odwoławczego, gdyż wbrew wywodom skarżącego, ocena materiału dowodowego, dokonana przez pryzmat logicznego myślenia i doświadczenia życiowego pozwalała na przypisanie oskarżonemu występku z art. 107 § 1 kks. Sąd rejonowy zgromadził wystarczający do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy materiał dowodowy i ocenił go właściwie, a w oparciu o tę ocenę poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne i wyprowadził trafny wniosek co do winy oskarżonego w zakresie występku z art. 107 § 1 kks (który to przepis blankietowy mógł być dopełniony nawet samodzielnie tylko przepisem art. 14 ust. 1 ugh, który oskarżony naruszył prowadząc poza kasynem gry na zabezpieczonych automatach o charakterze losowym i komercyjnym).

Do oczekiwanego przez obrońcę oskarżonego K. M. rezultatu, nie może doprowadzić także podniesienie zarzutu obrazy przepisu prawa materialnego, tj. art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s. „(...) poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że oskarżony dopuścił się zarzucanych czynów z art. 107 § 1 k.k.s. w warunkach ciągu przestępstw, tj. zanim zapadł pierwszy wyrok co do jednego z nich, chociażby nieprawomocny, a odstępy czasu pomiędzy nimi nie są długie, podczas gdy oskarżony dopuścił się przedmiotowych czynów co najwyżej w warunkach czynu ciągłego, tj. art. 6 § 2 k.k.s., tj. dwóch zachowań, podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności”.

Odpierając tak sformułowany zarzut, należy przede wszystkim przypomnieć, że stosowanie instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary zostało przewidziane tylko wobec sprawców przestępstw skarbowych. Polega ono na wymierzeniu sprawcy przestępstwa skarbowego kary surowszego rodzaju niż ta przewidziana w sankcji grożącej za dany przypisany sprawcy typ przestępstwa lub w rozmiarze surowszym, niż to wynika z minimalnych i maksymalnych zagrożeń karnych określonych w sankcji, lub też na wymierzeniu powyżej dolnych lub górnych progów wszystkich rodzajów kar, jakie zostały przewidziane w sankcji do ewentualnego łącznego orzekania. Po nowelizacji Kodeksu karnego skarbowego z 28.07.2005r. stosowanie instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary w wypadkach wskazanych w art. 37 k.k.s. ma charakter obligatoryjny. Przepis art. 37 § 1 pkt 1–7 k.k.s. wyszczególnia w sposób zupełny osiem wypadków, w których sąd, wymierzając sprawcy karę, ma obowiązek orzec ją z zastosowaniem instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary przy użyciu odpowiednich mechanizmów (sposobów), określonych w art. 38 § 1 i 2 k.k.s. Uogólniając, można powiedzieć, że nadzwyczajne obostrzenie kary zostało przewidziane dla sprawców przestępstw skarbowych, którzy – według oceny ustawodawcy – należą do kategorii szczególnie groźnych dla interesów finansowych lub budżetów: państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub Unii Europejskiej. Wymiar kary nadzwyczajnie obostrzony sąd ma obowiązek stosować wobec każdego sprawcy, który jako sprawca pojedynczy, współsprawca, sprawca kierowniczy, sprawca polecający, podżegacz lub pomocnik m.in. popełnił ciąg przestępstw skarbowych. Z popełnianiem ciągu przestępstw skarbowych mamy natomiast do czynienia wówczas, gdy sprawca w niedługich odstępach czasu popełnia co najmniej dwa lub więcej przestępstw skarbowych podpadających pod kwalifikację prawną z tego samego przepisu części szczególnej tytułu I Kodeksu karnego skarbowego, za które dotąd nie został skazany, chociażby nieprawomocnym wyrokiem. Z kolei zgodnie z postanowieniem zawartym w art. 37 § 4 k.k.s., gdy sprawca dopuścił się ciągu przestępstw skarbowych, sąd nie ocenia z osobna każdego z przestępstw, lecz wymierza za nie wszystkie jedną karę na podstawie przepisu, którego znamiona każde z nich wyczerpuje – stosując mechanizmy nadzwyczajnego obostrzenia kary, określone w art. 38 § 1 lub 2 k.k.s. z tego właśnie powodu, że sprawca dopuścił się nie jednego przestępstwa, a ciągu przestępstw skarbowych. Konieczność wymiaru kary nadzwyczajnie obostrzonej jest wyłączona, gdy sprawca, popełniając ciąg przestępstw skarbowych, spowodował uszczuplenie należności publicznoprawnej, która następnie została w całości uiszczona przed zamknięciem przewodu sądowego w pierwszej instancji (zob. Violetta Konarska-Wrzosek Komentarz do art.37 kks)..

Relatywizując powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że wbrew stanowisku skarżącego, zaistniały wszystkie wymagane przepisem art. 37 § 3 kpk przesłanki dla przejęcia konstrukcji ciągu przestępstw, a mianowicie oskarżony K. M. w niedługich odstępach czasu popełnił wszystkie cztery przypisane mu przestępstwa skarbowe zanim zapadł pierwszy wyrok, co do któregośkolwiek z nich i każdy z tych czynów wyczerpuje znamiona

przestępstwa skarbowego określonego w tym samym przepisie, tj. w art. 107 § 1 kks. Tym samym dokonana przez sąd ocena prawna zachowania oskarżonego zasługuje na aprobatę

Odnosząc się do proponowanej przez autora apelacji kwalifikacji zachowania oskarżonego jako czynu ciągłego, którą to instytucję prawa materialnego przewiduje art. 6 § 2 kks, należy stwierdzić, że nie zostały zrealizowane przesłanki do jej zastosowania.

Nie ulega też wątpliwości, iż sąd ma obowiązek zastosowania art. 6 § 2 kks. Ten obowiązek aktualizuje się jednak dopiero wówczas, gdy ustalenia faktyczne pozwalają na potraktowanie kolejnych zachowań sprawcy jako czynu ciągłego. Wobec braku ustaleń w przedmiocie podjęcia przez sprawcę dwu lub większej liczby zachowań w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności, brak było przesłanek zastosowania art. 6 § 2 kks, a taka właśnie sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie.

W tym miejscu należy poczynić uwagę tę treści, że przepis art. 6 § 2 k.k.s. określający instytucję czynu ciągłego stanowi zmodyfikowany odpowiednik tzw. jednoczynowej koncepcji przestępstwa ciągłego (tak również SN w postanowieniu z dnia 29 marca 2006 r., I KZP 58/05, (...) 2006, nr 5, poz. 1.1.4). Przyjęte w art. 6 § 2 k.k.s. rozwiązanie zagadnienia ciągłości oparte jest na tej samej koncepcji teoretycznej, co regulacja zawarta w art. 12 k.k. Niezależnie od występujących między tymi przepisami odmienności, w zakresie odnoszącym się do podstawowych elementów konstrukcyjnych oraz konsekwencji prawnych wynikających z przyjęcia czynu ciągłego między regulacją zawartą w art. 12 k.k. a rozwiązaniem wyrażonym w art. 6 § 2 k.k.s. nie zachodzą żadne różnice. Trafnie podkreśla się w piśmiennictwie, że art. 6 § 2 k.k.s. określa instytucję czynu ciągłego, wzorując się na konstrukcji art. 12 k.k. (por. T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy..., 2006, s. 124–125; por. też wyrok SA w Katowicach z dnia 8 grudnia 2010 r., II Aka 192/10, LEX nr 7865442). Stąd też do zasadniczej większości zagadnień ujawniających się na tle art. 6 § 2 k.k.s. odnoszą się wprost te wypowiedzi przedstawicieli doktryny oraz wypowiedzi prezentowane w orzecznictwie, które przedstawione zostały w odniesieniu do konstrukcji czynu ciągłego opisanego w art. 12 k.k.

Przestępstwo ciągle zachodzi, gdy spełnione są określone przesłanki podmiotowe i przedmiotowe. Przesłanką podmiotową (subiektywną) jest istniejący ten sam zamiar, obejmujący realizację zamierzonego przestępstwa w dwu lub więcej zachowaniach, przesłanką obiektywną jest wykorzystanie takiej samej sposobności, natomiast przesłanką przedmiotową to „krótkie odstępy czasu” między tymi zachowaniami.

Pojęcie zamiaru na gruncie art. 6 § 2 kks należy interpretować zgodnie z art. 4 § 1 i § 2 kks, przy czym musi to być ten sam zamiar (a nie taki sam), a zatem wszystkie elementy składowe (zachowania) muszą być nim objęte.

Zgodnie z ugruntowaną wykładnią art. 6 § 2 kks, sformułowanie „w wykonaniu tego samego zamiaru” oznacza, że poszczególne zachowania składające się na czyn ciągle realizowane być muszą z identycznym zamiarem, takim samym w odniesieniu do każdego z nich, lecz niekoniecznie istniejącym z góry, a pojawiającym się sukcesywnie przy podejmowaniu każdego kolejnego zachowania (por. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, Czyn ciągle..., s. 42; wyrok SN z dnia 26 marca 1999 r., IV KKN 28/99, Prok. i Pr. 1999, nr 10, poz. 2). Mimo dokonanej modyfikacji opisu tego elementu czynu ciągłego poprzez rezygnację z warunku wykazywania, że sprawca działał „ze z góry powziętym zamiarem”, i poszerzenia zakresu zastosowania czynu ciągłego, ustawodawca, posługując się zwrotem „tego samego zamiaru”, nie naruszył warunku tożsamości zamiaru jako elementu spinającego poszczególne zachowania w jeden czyn ciągle. Uwzględniając różnicę między sformulowaniem „ten sam zamiar” oraz zwrotem „taki sam zamiar”, należy stwierdzić, że nie spełnia przesłanki subiektywnej czynu ciągłego przypadek, w którym sprawca podejmuje poszczególne zachowania z nowym, pojawiającym się przed rozpoczęciem kolejnych zachowań zamiarem. W takiej sytuacji sprawca działa co prawda z takim samym zamiarem, lecz w odniesieniu do każdego zachowania innym, co wyklucza spełnienie warunku tożsamości określonego w art. 6 § 2 k.k.s. [por. G. B. (w:) Kodeks karny skarbowy..., 2007, s. 32; T. G., Kodeks karny skarbowy..., 2006, s. 122]. Trafnie podkreśla się w piśmiennictwie, że aktualne brzmienie art. 6 § 2 k.k.s. przesądza o tym, iż warunkiem przyjęcia czynu ciągłego w oparciu o przesłankę subiektywną jest wykazanie, że sprawca zrealizował poszczególne zachowania, działając z tym samym, nie zaś z takim samym zamiarem (por. T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy..., 2006, s. 122).

Nie spełnia kryterium czynu ciągłego ujętego jako zachowanie w wykonaniu tego samego zamiaru wypadek, gdy poszczególne zachowania sprawcy nie zostały objęte tym samym zamiarem, lecz zostały zrealizowane z takim samym, podejmowanym w odniesieniu do każdego zachowania na nowo zamiarem. Trafnie podkreśla się w piśmiennictwie w odniesieniu do przesłanki subiektywnej czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s., że nie spełnia tego kryterium ciągłości przypadek, w którym sprawca w odniesieniu do każdego z realizowanych zachowań podejmuje nowy zamiar, a jednocześnie poszczególne zachowania wykonywane są przy wykorzystaniu zmienionych okoliczności. Taka konfiguracja okoliczności towarzyszących realizacji poszczególnych zachowań przesądza, że nie zostaje spełnione kryterium subiektywne z uwagi na brak możliwości przyjęcia działania w każdym przypadku w wykonaniu tego samego zamiaru i zarazem nie zostaje spełnione alternatywne kryterium obiektywne określone jako zachowanie „z wykorzystaniem takiej samej sposobności” (por. T. Grzegorzcyk, Kodeks karny skarbowy..., 2006, s. 122; Piotr Kardas Komentarz do art. 6 kks).

Przesłanka powziętego tego samego zamiaru oznacza, że sprawca chce popełnić dwa lub więcej zachowań albo przewiduje możliwość ich popełnienia i na to się godzi (post. SN z 12.4.2007 r., WZ 7/07, OSNwSK 2007, Nr 1, poz. 817),

Reasumując, 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. Grzegorzcyk, 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). Zamiaru z art. 6 § 2 kks nie można utożsamiać z jakąś bliżej nieokreśloną generalną akceptacją możliwości popełnienia w przyszłości czynów zabronionych.

Sąd I instancji, zgodnie z przedstawioną wykładnią normy art. 6 § 2 kks, prawidłowo ustalił i zasadnie uznał, że ani wszystkie ani nawet niektóre z zachowań podjętych przez oskarżonego K. M. - nie zostały zrealizowane w wykonaniu tego samego zamiaru, co nakazywałoby zastosowanie konstrukcji czynu ciągłego przewidzianej w przywołanym przepisie. Każde kolejne zachowanie oskarżony podejmował z nowym zamiarem, a nie w wykonaniu tego samego zamiaru, przy jednoczesnym spełnieniu szeregu aktualnie występujących zmienionych warunków, jak przede wszystkim pozyskanie nowego kontrahenta, który wynająłby lokal w innym miejscu pod instancję automatów gier losowo- komercyjnych.

W odniesieniu do opisanego zachowania nie sposób przyjąć także przesłanki „z wykorzystaniem trwałej sposobności”. Trafnie bowiem wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, że zwrot ten oznacza powielanie analogicznych zachowań nagannych z wykorzystaniem takiej samej nadarzającej 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 sprzyjającą czemuś chwilę, 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 (...)” - wyrok SN z dnia 19 września 2018r. sygn.. akt V KK 415/18.

Reasumując należy stwierdzić, że skarżący nie wykazał żadnych konkretnych uchybień w ocenie materiału dowodowego, jakich miał, jego zdaniem, dopuścić się Sąd Rejonowy, a podniesione przez niego zarzuty prowadzą się wyłącznie do polemiki z prawidłowymi ustaleniami sądu meriti, wyrażonymi w uzasadnieniu orzeczenia.

Sąd Rejonowy nie dopuścił się zatem obrazy prawa materialnego, zaś kontrola odwoławcza uzasadnia stwierdzenie, że zaskarżony wyrok znajduje pełne oparcie w prawidłowo dokonanej ocenie całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego oraz ujawnionego w postępowaniu i nie ma podstaw do zdyskwalifikowania zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Sąd I instancji dokonał również prawidłowej subsumcji prawnej zachowania oskarżonego pod określony przepis ustawy karno- skarbowej – art. 107 § 1 kks i w tym zakresie odwołać się należy do trafnych wywodów zawartych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Co się zaś tyczy alternatywnie sformułowanego zarzutu rażącej niewspółmierności kary, zawartego w apelacji obrońcy oskarżonego K. M., 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 należyście 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 ciągu przestępstw przypisanych 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 czynów, czasookres urządzania gier losowo- komercyjnych na automatach, liczbę automatów oraz postać zamiaru sprawcy.

Lektura uzasadnienia wyroku pozwala także na stwierdzenie, iż wymierzając oskarżonemu karę Sąd Rejonowy należyście uwzględnił okoliczności przemawiające na jego niekorzyść, w tym jego uprzednią karalność za czyn o tym samym charakterze (Sąd Rejonowy w Chełmnie VII Zamiejskowy Wydział Karny w W. prawomocnym wyrokiem z dnia 10 lutego 2015r sygn.. akt VII K 404/14 skazał go na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 4 lat oraz karę grzywny), dopuszczenie się osądzonego w niniejszym postępowaniu ciągu występków w okresie próby związanej z warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej w innej sprawie oraz działanie w warunkach nadzwyczajnego obostrzenia kary – art. 37 § 1 pkt 3 kks. Trafnie sąd meriti zaakcentował, że stosowanie instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary w wypadkach wskazanych w art. 37 k.k.s. ma charakter obligatoryjny, a tym samym zgodnie z treścią art. 38 § 1 pkt 3 kks zobowiązany był wymierzyć oskarżonemu karę pozbawienia wolności

Sąd I instancji badał również czy zaistniały okoliczności, mające wpływ na łagodniejsze potraktowanie oskarżonego.

Podzielić należy wyrażony przez sąd meriti pogląd, że w pełni względy prewencji indywidualnej jak i społecznego oddziaływania spełni kara 10 miesięcy pozbawienia wolności. Taki okres należy uznać za konieczny a zarazem wystarczający dla odstraszenia zarówno oskarżonego jak i przyszłych ewentualnych sprawców tego rodzaju

przestępstw przed podjęciem czynności zabronionych ustawą karną. Brak jest tym samym podstaw do modyfikowania orzeczonej kary pozbawienia wolności.

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 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 K. M. za przedmiotowy ciąg przestępstw.

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 nie osiągnięcie oficjalnie przez oskarżonego dochodu z pracy zarobkowej, posiadanie na utrzymaniu dzieci oraz wysokość ciężących na nim zobowiązań finansowych z tytułu orzeczonych już prawomocnie 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.

Brak jest tym samym podstaw do jakiegokolwiek ingerencji w rozstrzygnięcie zawarte w pkt I zaskarżonego wyroku.

Ustosunkowując się do kolejnego zawartego w apelacji zarzutu, należy zaznaczyć, iż zgodnie z niepodzielnie panującym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, zarzut rażącej niewspółmierności kary w odniesieniu do kary pozbawienia wolności może dotyczyć zarówno jej wysokości jak i nie orzeczenia warunkowego zawieszenia jej wykonania (OSNKW 1973/6/75; Palestra 1974 nr 12 str.83).

We wniesionej apelacji, obrońca oskarżonego podniósł także zarzut obrazy prawa materialnego – art. 69 § 1 kk „(...) poprzez jego błędne zastosowanie i nie zawieszenie orzeczonej kary pozbawienia wolności orzeczonej z uwagi na uprzednie skazanie oskarżonego na karę pozbawienia wolności wyrokiem Sądu Rejonowego w Chełmie VII Zamiejskowy Wydział Karny z siedzibą W. z dnia 10 lutego 2015 roku, sygn. akt: VII K 404/14 (zmienionym przez Sąd

Okręgowy w Toruniu z dnia 18 czerwca 2015 roku, sygn. akt: IX Ka 249/15), podczas gdy postanowieniem z dnia 8 grudnia 2015r., sygn. akt: III KK 417/15, Sąd Najwyższy wstrzymał wykonanie w/w wyroku”.

Dyskwalifikując tak sformułowany zarzut, należy przede wszystkim wskazać, że zarzut obrazy prawa materialnego jest legitymowany tylko wówczas, gdy dotyczy błędnej wykładni zastosowanego przepisu, zastosowania nieodpowiedniego przepisu lub nie zastosowania przepisu zobowiązującego sąd do jego bezwzględnego respektowania. Instytucja warunkowego zawieszenia wykonania kary ma natomiast charakter fakultatywny, a zatem oparcie zarzutu na podstawie odwoławczej określonej w art. 438 pkt 1 kpk – było nieuprawnione. Ponadto godzi przypomnieć, że od 1.07.2015 r. przepis art. 69 § 1 k.k. formułuje trzy przesłanki warunkujące zastosowanie omawianego środka probacyjnego, które muszą być spełnione kumulatywnie. Dwie pierwsze przesłanki mają charakter formalny: wymiar kary orzeczonej nie może przekraczać roku oraz sprawca w czasie popełnienia przestępstwa, którego wyrokowanie dotyczy, nie może być skazany na karę pozbawienia wolności. Przesłanka trzecia ma charakter materialny i dotyczy prognozy kryminologicznej co do przyszłego zachowania sprawcy. Według tej prognozy orzeczenie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania ma być wystarczające dla osiągnięcia wobec sprawcy celów kary, a w szczególności zapobieżenia powrotowi do przestępstwa. Takie ukształtowanie przesłanek ma na celu poprawę skuteczności polityki karnej. Chcąc osiągnąć ten cel, ustawodawca zdecydował się „zasadniczo ograniczyć możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności do kar orzekanych za przestępstwo do roku pozbawienia wolności i tylko wówczas, jeżeli sprawca w czasie popełnienia czynu nie był skazany na karę pozbawienia wolności, a więc nie można było mówić o oddziaływaniu probacyjnym (zob. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP, VII kadencja, druk sejm. nr 2393, s. 15). Chodzi w tym przypadku zarówno o skazanie na karę bezwzględną pozbawienia wolności, jak i na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (akcentuje to SN w wielu swoich orzeczeniach, zob. np. wyrok SN z 16.02.2017 r., I KK 341/16, LEX nr 2279015; wyrok SN z 28.04.2017 r., V KK 42/17, LEX nr 2281290), i to za jakiegokolwiek przestępstwo powszechne lub przestępstwo skarbowe. Aby skazanie to było przeszkodą do warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary, musi to być skazanie prawomocne, bo tylko takie obala zasadę domniemania niewinności i podlega wdrożeniu do wykonania. Dopiero zatarcie skazania przed popełnieniem czynu zabronionego likwiduje tę przeszkodę do zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary. Zatarcie skazania powoduje, że skazanie uważa się za niebyłe (art. 106 kk), a więc w chwili orzekania sąd nie może przyjmować, że w czasie popełnienia przestępstwa sprawca był skazany na karę pozbawienia wolności.

Ponieważ ustawa wyraźnie wskazuje, że dla warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności wymagany jest brak skazania na karę pozbawienia wolności w czasie popełnienia przestępstwa, należy przyjąć, że skazanie na ten rodzaj kary w czasie późniejszym, tj. w czasie po popełnieniu ocenianego przestępstwa, w tym także w czasie wyrokowania za to przestępstwo, nie stoi na przeszkodzie do zastosowania warunkowego zawieszenia orzeczonej kary. R. legis przyjętego rozwiązania można wywieść z przytoczonego wcześniej uzasadnienia noweli z 20.02.2015 r., gdzie wskazuje się, że nowe zasady stosowania warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności mają stanowić barierę przed wielokrotnym stosowaniem tego dobrodziejstwa do sprawców, którzy w czasie popełnienia nowego przestępstwa mają na swoim koncie wcześniejsze skazanie na karę pozbawienia wolności, co nie stało się dostatecznym ostrzeżeniem przed ponownym wejściem w konflikt z prawem. Co do takich sprawców trudno mieć bowiem pozytywną prognozę kryminologiczną.

Przesłanka materialna w postaci konkluzji, że zastosowanie środka probacyjnego będzie wystarczające do osiągnięcia wobec sprawcy celów kary, a w szczególności do zapobieżenia powrotowi do przestępstwa, ma być wyprowadzona przede wszystkim (co oznacza, że nie jest to wyliczenie pełne) z ustaleń dotyczących postawy sprawcy, jego właściwości i warunków osobistych, dotychczasowego sposobu życia oraz zachowania się po popełnieniu przestępstwa.

Odnosząc powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy, należy wskazać, że w czasie popełnienia przedmiotowego ciągu przestępstw skarbowych, oskarżony K. M. był już osobą prawomocnie skazaną na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 4 lat (wyrok Sądu Rejonowego w Chełmnie VII Zamiejskowy Wydział Karny w W. z dnia 10 lutego 2015r. sygn.. akt VII K 404/14), przy czym nie upłynął do chwili obecnej okres próby, a skazanie nie uległo zatarciu. Ta okoliczność, zgodnie z brzmieniem art. 69 § 1 k.k.

nadany przez ustawę z dnia 20 lutego 2015r., obowiązującą od 1 lipca 2015r., wykluczała możliwość zastosowania powyższego unormowania wobec sprawcy skazanego na taką karę. Ustanowiony w powyższym przepisie warunek braku skazania na "karę pozbawienia wolności" odczytywać bowiem należało, jako obejmujący zarówno skazanie na karę bezwarunkowego pozbawienia wolności jak i na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (por. np. P. Hofmański, L. K. Paprzycki, A. Sakowicz, Komentarz do art. 69 Kodeksu karnego, WK, 2016).

Nie może także budzić wątpliwości, że powyższa znowelizowana regulacja znajdowała zastosowanie w niniejszej sprawie (obowiązywała już w dacie popełnienia ciągu przestępstw przypisanego oskarżonemu K. M.), skutkując wystąpieniem w sytuacji skazanego bezwzględnej negatywnej przeszkody do warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej zaskarżonym wyrokiem kary.

Tak bardzo akcentowana przez skarżącego okoliczności, iż Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 08 grudnia 2015r. wstrzymał wykonanie wyroku Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 18 czerwca 2016r. sygn.. akt IX Ka 249/15 oraz zmienionego nim wyroku Sądu Rejonowego w Chełmnie VII Zamiejscowego Wydziału Karnego w W. z dnia 10 lutego 2015r. sygn.. akt VII K 404/14 do czasu rozpoznania kasacji – nie eliminuje powyższej negatywnej przesłanki wykluczającej możliwość zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. Ustawodawca w przepisie art. 69 § 1 kk zawarł bowiem jedynie warunek, aby sprawca w czasie popełnienia przestępstwa, którego wyrokowanie dotyczy, nie był skazany na karę pozbawienia wolności, nie wprowadzając żadnych dodatkowych przesłanek, np. aby orzeczona kara podlegała aktualnie wykonaniu. Ponownie należy podkreślić, że nie czasowa niemożność wykonania kary, ale dopiero zatarcie skazania przed popełnieniem czynu zabronionego likwiduje tę przeszkodę do zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary.

Niezależnie od zaistnienia powyższej przeszkody do zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary, w przedmiotowej sprawie także analiza obydwu członów wskazanej wyżej alternatywy przez pryzmat całokształtu okoliczności czynów oskarżonego i jego sylwetki, wskazuje jednoznacznie, iż rozstrzygnięcie zawarte w wyroku Sądu Rejonowego jest jak najbardziej prawidłowe.

Po dokonaniu analizy wszystkich okoliczności sprawy należało wyprowadzić wnioski, że nawet gdyby nie wystąpiła negatywna przesłanka określona w art. 69 § 1 kk, to i tak postulat autora skargi o warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności był całkowicie nieuprawniony i nie poparty przekonującą argumentacją. Zgodnie bowiem z regulacją art. 69 k.k. by móc warunkowo zawiesić wykonanie kary pozbawienia wolności sąd musi być także w pełni przekonany, iż wykonanie kary nie jest konieczne dla zapobieżenia popełnieniu przez sprawcę nowego przestępstwa a owo przekonanie kształtowane jest na podstawie analizy właściwości i warunków osobistych sprawcy, dotychczasowego trybu życia i zachowania się po popełnieniu przestępstwa. Podstawową przesłanką stosowania warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary jest zatem przekonanie sądu, że takie orzeczenie kary jest wystarczające dla osiągnięcia wobec sprawcy celów kary a w szczególności zapobieżenie powrotowi do przestępstwa. Zapobieżenie powrotowi do przestępstwa jest minimalnym zadaniem kary ale wystarczającym dla oceny czy można zastosować warunkowe zawieszenie wykonania kary. Stawiając prognozę kryminologiczną sąd winien brać pod uwagę możliwość oddziaływania na skazanego w okresie próby. Przekonanie sądu o tym, że orzeczona kara z warunkowym zawieszeniem jej wykonania będzie wystarczająca dla osiągnięcia wobec sprawcy celów kary musi być oparte przede wszystkim na postawie sprawcy, jego właściwościach i warunkach osobistych, dotychczasowym sposobie życia oraz zachowaniu po popełnieniu przestępstwa.

Odnosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, że - szczególnie uwzględniając postawę oskarżonego, prezentowaną przez niego zarówno przed popełnieniem przypisanych mu zaskarżonym wyrokiem czynów, jak i później – nie zaistniały przesłanki konieczne dla zastosowania wobec niego dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności, a prawidłowość którego to rozstrzygnięcia bez powodzenia starał się podważyć skarżący. Tym samym decyzja Sądu I instancji o nie zastosowaniu tego rodzaju środka probacyjnego także i z tego powodu, byłaby całkowicie trafna i uzasadniona. Wbrew sugestiom autora apelacji, brak było jakichkolwiek podstaw do przyjęcia pozytywnej prognozy wobec oskarżonego. Za powyższą konstatacją, jak to przekonująco argumentował sąd orzekający, przemawia przede wszystkim fakt, że oskarżony K.

M. przed zdarzeniami, stanowiącymi przedmiot osądu w niniejszej sprawie, był już prawomocnie skazany za tożsame rodzajowo przestępstwo na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, a następnie został jeszcze 45 razy skazany za tego rodzaju czyny (w tym przed popełnieniem przypisanych mu czynów zapadły kolejne trzy nieprawomocne wyroki za czynu z art. 107 § 1 kks, które uprawomocniły się w 2017r.), a ponadto przypisanych mu czynów dopuścił się w warunkach nadzwyczajnego obostrzenia kary oraz w okresie próby związanej z warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej w innej sprawie. O braku postępów resocjalizacyjnych oskarżonego świadczy również fakt, że sąd już wcześniej wymierzał mu kary nieizolacyjne, tj. grzywny kary i pozbawienia wolności z zastosowaniem dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia jej wykonania, jednakże zachowanie oskarżonego nie uległo żadnej poprawie i dopuścił się licznych kolejnych przestępstw tego samego rodzaju i to o wysokim ciężarze gatunkowym, co jednoznacznie świadczy o rażącym lekceważeniu przez niego porządku prawnego. Oskarżony K. M. nie skorzystał więc z danej mu poprzednio szansy na zmianę postawy życiowej i nie wyciągnął żadnych wniosków, co przeczy tym samym postawieniu wobec niego pozytywnej prognozy. Jak wykazało więc przeprowadzone postępowanie oskarżony nadużył zaufania sądu, nie wyciągnął żadnych wniosków, przejawiał całkowicie poczucie bezkarności i pomimo kar orzeczonych wobec niego w innych sprawach, popełnił kolejne przestępstwa o znacznym stopniu społecznej szkodliwości.

Wbrew wywodom apelującego, oskarżony nie „(...) działał w chaosie prawnym”, która to okoliczność - w intencji obrońcy – miałyby skłonić sąd odwoławczy do złagodzenia orzeczonej kary. Jak już wskazano we wcześniejszych akapitach niniejszego uzasadnienia, oskarżony przypisanego mu ciągu przestępstw dopuścił się po nowelizacji przepisów ustawy o grach hazardowych, wśród których znalazł się prawidłowo notyfikowany art. 14 ust. 1 tegoż aktu.

W świetle całokształtu okoliczności towarzyszących przestępnemu zachowaniu K. M., również przytoczona w skardze apelacyjnej argumentacja dotycząca wywiązywania się przez niego z zobowiązań podatkowych związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą, jak i jego warunków osobistych i majątkowych (konieczność utrzymywania rodziny) - nie przemawia za koniecznością dokonania korekty wyroku poprzez złagodzenie orzeczonej kary. Za nieregulowanie należności publicznoprawnych związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą, oskarżony ponosiłby bowiem odrębną odpowiedzialność karno – skarbową. Z kolei tak bardzo akcentowana w apelacji, powyższa okoliczność dotycząca sytuacji rodzinnej i majątkowej oskarżonego, nie zmobilizowała go do podjęcia legalnej pracy oraz nie przeszkadzała mu w kontynuowaniu przestępnej działalności, nawet po nowelizacji ustawy o grach hazardowych i pomimo, że był już uprzednio skazany za tego samego rodzaju czyny na karę pozbawienia wolności, przy czym miał jednocześnie pełną świadomość ryzyka ujawnienia nowych przestępstw i poniesienia dalszych surowszych konsekwencji, które z oczywistych powodów implikują negatywne skutki także dla jego najbliższych.

W kontekście wszystkich ujawnionych w toku postępowania okoliczności oraz szczególnie wobec postawy prezentowanej przez oskarżonego zarówno przed jak i po popełnieniu przypisanych mu czynów, powoływanie się przez autora apelacji na powyższe aspekty – nie uzasadnia ulgowego i pobłażliwego potraktowania oskarżonego poprzez złagodzenia orzeczonej kary.

W konsekwencji ujęty w skardze apelacyjnej alternatywny postulat obrońcy oskarżonego K. M. o znaczne złagodzenia orzeczonej wobec niego kary nie zasługiwał na uwzględnienie.

Konkludując stwierdzić należy, iż wymierzona oskarżonemu K. M. 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 przedmiotowych czynów, represję karną za popełnione przestępstwa i z tych powodów cele kary zarówno zapobiegawcze jak i wychowawcze zostaną zrealizowane.

Mając powyższe na uwadze sąd odwoławczy na mocy art. 437 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks utrzymał w mocy wyrok w zaskarżonej części, jako w pełni słuszny i trafny.

Sytuacja rodzinna, finansowa i majątkowa oskarżonego K. M., wysokość jego zobowiązań finansowych z tytułu prawomocnie orzeczonych grzywien i kosztów sądowych, a także konieczność odbycia bezwzględnej kary pozbawienia wolności, uprawniały jedynie do tego, aby Sąd Okręgowy na mocy art. 634 k.p.k. w zw. z art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 kks i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23.06.1973r. o opłatach w sprawach karnych zwolnił go w całości od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.