

Sygn. akt VI Ka 49/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 marca 2019 r.

Sąd Okręgowy w Elblągu VI Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodnicząca: SSO Natalia Burandt (spr.)

Sędziowie: SSO Irena Śmietana

SSO Marek Nawrocki

Protokolant: Patrycja Pakulska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w I. S. S.

i przedstawiciela Naczelnika (...) Skarbowego w O. M. W. (1)

po rozpoznaniu dnia 14 marca 2019r., w E.

sprawy:

D. K., s. W. i J., ur. (...) w O.

M. W. (2), s. P. i M., ur. (...) w W.

A. E. (1), c. Z. i A., ur. (...) w O.

oskarżonych o czyny z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionych przez Prokuratora Rejonowego w I. i Naczelnika (...) Skarbowego w O.

od wyroku Sądu Rejonowego w I.

z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt II K 517/16

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sadowi Rejonowemu w I. do ponownego rozpoznania.

Sygn. akt VI Ka 49/19

UZASADNIENIE

M. W. (2) oskarżony został o to, że w okresie od 01 czerwca 2015r. do 16 września 2015r., w L. w Punkcie Gier przy ul. (...), będąc osobą odpowiedzialną jako Prezes Zarządu (...) Sp. z o. o. z/s w O., upoważniony do jej jednoosobowego reprezentowania, urządził gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 z 2009r. poz. 1540 z późn. zm.) w postaci urządzeń w łącznej ilości 3 sztuk, w tym na automatach: A. G. nr (...) i (...) M. nr (...) w okresie od 01 czerwca 2015r. do 16 września 2015r. oraz na automacie A. G. nr (...) w okresie od 01 sierpnia 2015r. do 16 września 2015r., wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23, art. 23 a w/w ustawy, tj. w szczególności bez wymaganej koncesji oraz poza kasynem gry, przy czym czynu tego dopuścił się działając w warunkach określonych w art. 37 § 1 pkt. 4 kks, tj. skazany za umyślne przestępstwo skarbowe, w ciągu 5 lat po uiszczeniu w dniu 13.05.2015r. grzywny wynoszącej 120 stawek dziennych po 100,00 zł orzeczonej prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w Elblągu z dnia 17.04.2014r. sygn. akt VIII K

504/12, popełniając umyślne przestępstwo skarbowe tego samego rodzaju, tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks

A. E. (1) oskarżona została o to, że w okresie od 01 czerwca 2015r. do 16 września 2015r., jako dzierżawca lokalu przy ul. (...), (...)-(...) L., prowadziła gry na automatach, w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 z 2009r. poz. 1540 z późn. zm.), w postaci trzech urządzeń, tj. na automatach A. G. nr (...) i (...) M. nr (...) w okresie od 01 czerwca 2015r. do 16 września 2015r. oraz na automacie A. G. nr (...) w okresie od 01 sierpnia 2015r. do 16 września 2015r., pozostających w dyspozycji firmy (...) Sp. z o. o. z/s w O., 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, tj. o przestępstwo skarbowe z 107 § 1 kks

D. K. oskarżony został o to, że w okresie od 01 czerwca 2015r. do 16 września 2015r. w Punkcie Gier w lokalu znajdującym się przy ul. (...), (...)-(...) L., będąc osobą odpowiedzialną jako podmiot serwisujący, urządzał gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 z 2009 r. poz. 1540 z późn. zm.) w postaci urządzeń, tj. A. G. nr (...), (...) M. nr (...) w okresie od 01 czerw2015r. do 16 września 2015r. oraz na automacie A. G. nr (...) w okresie od 01 sierpnia 2015r. do 16 września 2015r., wszystkie będące w dyspozycji firmy (...) Sp. z o. o. z/s w O., wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23, art. 23 a w/w ustawy, tj. w szczególności bez wymaganej koncesji oraz poza kasynem gry, tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 1 kks.

Sąd Rejonowy w I. wyrokiem z dnia 11 grudnia 2017r. wydanym w sprawie o sygn. akt II 517/16:

I. w ramach czynu zarzucanego oskarżonemu M. W. (2), co do działania w okresie od 01 czerwca 2015 roku do 10 września 2015 roku na podstawie art. 17 § 1 pkt. 7 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks postępowanie karne umarzył, a co do działania w okresie od 11 września 2015 roku do 16 września 2015 roku - oskarżonego uniewinnił,

II. oskarżonych: A. E. (1) i D. K. uniewinnił od popełnienia zarzucanych im czynów;

III. na podstawie art. 230 § 2 kpk nakazał zwrócić firmie (...) - (...) Sp. z o.o. z siedzibą w O. automaty do gier: A. G. nr (...), (...) Magie (...) i A. G. nr (...) oraz pieniądze w łącznej kwocie 1.425 zł, opisane w postanowieniu o uznaniu za dowód rzeczowy na karcie 35 akt sprawy pod. poz. 1-4;

IV. kosztami postępowania w sprawie obciążył Skarb Państwa

Apelację od powyższego wyroku wnieśli Naczelnik (...) Skarbowego w O. oraz Prokurator Rejonowy w I., zaskarżając go w całości na niekorzyść oskarżonych M. W. (2), A. E. (1) i D. K..

Naczelnik (...) Skarbowego w O. na podstawie art. 438 pkt 1 i 3 kpk powyższemu wyrokowi zarzucił

1. obrazę przepisów prawa materialnego polegającego na uznaniu, że nie można oskarżonym M. W. (2), A. E. (1) i D. K. przypisać winy za popełnienie zarzucanych im przestępstw skarbowych z art. 107 § 1 kks wobec braku notyfikacji przepisu technicznego art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych (Dz. U. z 2015 r. poz. 612 ze zm.) w pierwotnym brzmieniu (tj. do czasu wejścia w życie w dniu 03 września 2015 roku znowelizowanej ustawy o grach hazardowych), a więc obowiązku stosowania wówczas prawa unijnego, a niemożności stosowania prawa krajowego, stąd w realiach niniejszej sprawy norma zawarta w art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie może wypełnić normy blankietowej wyrażonej w art. 107 § 1 kks;

2. obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 107 § 1 kks w zw. z art. 3, art. 4, art. 6 ust 1, art. 23, art. 23a ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. z 2015r. poz. 612 ze zm.), poprzez niezastosowanie przez Sąd I instancji w/w przepisów;

3. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść tego orzeczenia poprzez wykluczenie umyślnego działania oskarżonych, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym.

4. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę i mających wpływ na rozstrzygnięcie, polegający na uznaniu, że prawomocny wyrok Sądu Rejonowego w Krośnie z dnia 03 kwietnia 2017 roku sygn. akt II K 569/16 uznający oskarżonego M. W. (2) za winnego popełnienia przestępstw skarbowych z art. 107 § 1 kks. w zw. z art. 6 § 2 kks. w zw. z art. 9 § 3 kks, z uwagi na pokrywające się czasookresy ujęte w zarzucie w przedmiotowej sprawie, stanowi powagę rzeczy osądzonej, co w konsekwencji zrodziło umorzenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt. 7 kpk. w zw. z art. 113 § 1 kks.

5. obrazę przepisów prawa materialnego poprzez nie zastosowanie przez Sąd I instancji przepisu art. 15j ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. 2015r. poz. 612, ze zm.) i orzeczenie zwrotu dowodów rzeczowych spółce (...) Sp. z o. o. z/s w O. jako podmiotowi uprawnionemu.

Podnosząc powyższe zarzuty, autor apelacji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowego w I..

Prokurator Rejonowy w I., na podstawie art. 438 pkt 3 kpk powyższemu wyrokowi zarzucił:

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść a polegający na przyjęciu, że oskarżeni nie popełnili umyślnie czynów zabronionych z art. 107§ 1 k.k.s oraz art. 107§1 i 4 k.k.s pozostając w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego znamię z uwagi na kontrowersje związane z kwestią zastosowania, interpretacji przepisów art. 4 Ustawy z dnia 12 czerwca 2015r (Dz. U z 19 sierpnia 2015r , poz. 1201), podczas gdy zebrany materiał dowodowy wskazuje na dokonanie przedmiotowego czynu przez oskarżonych w zamiarze co najmniej ewentualnym,

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść a polegający na uznaniu, że prawomocny wyrok Sądu Rejonowego w Krośnie z dnia 3 kwietnia 2017r sygn. akt IIK 569/16 uznający oskarżonego M. W. (2) za winnego popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107§ 1 k.k.s w zw. z art. 6 § 2 k.k.s w zw. z art. 9 § 3 k.k.s z uwagi na pokrywający się czasookres tj. od 1 czerwca 2015r do 10 września 2015r ujęty w zarzucie w przedmiotowej sprawie stanowi powagę rzeczy osądzonej co w konsekwencji było podstawą dla Sądu do umorzenia postępowania wobec oskarżonego M. W. (2) we wskazanym czasookresie.

W konkluzji apelacji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zarówno apelacja wywiedziona przez Naczelnika (...) Skarbowego w O. jak i Prokuratora Rejonowego w I. skierowane przeciwko rozstrzygnięciu częściowo umarzającemu postępowanie wobec oskarżonego M. W. (2) oraz rozstrzygnięciom uniewinniającym oskarżonych M. W. (2), A. E. (2) i D. K. - jako zasadne zasługiwały na uwzględnienie, a ich rozpoznanie skutkować musiało uchyleniem zaskarżonego wyroku w całości i przekazaniem sprawy wszystkich oskarżonych do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

W odniesieniu do rozstrzygnięcia częściowo umarzającego postępowanie karne wobec M. W. (2), zgodzić należy się ze skarżącym, że sąd I instancji dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., uznając zaistnienie przeszkody procesowej określonej formułą *res iudicata* (powaga rzeczy osądzonej), co skutkowało częściowym umorzeniem postępowania karnego odnośnie fragmentu czynu zarzucanego mu oskarżeniem. Podstawą wywiedzenia takiego poglądu prawnego było ustalenie, że M. W. (2) został wcześniej skazany prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w Krośnie z dnia 03 kwietnia 2017r. w sprawie o sygn. akt II K 569/16 za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., w którym to wyroku przyjęty czasokres popełnienia tychże przestępstw obejmował (zawierał) częściowo czas popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s., zarzucanego mu w niniejszej sprawie.

W apelacjach wprawdzie podniesiono zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych i obraży prawa materialnego, ale w uzasadnieniach środków odwoławczych wskazuje się jako uchybienie sądu meriti w istocie przyjęcie jako prawidłowej konstrukcji tożsamości zarzucanego oskarżonemu M. W. (2) przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s., z przestępstwami skarbowymi określonymi w formule czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s. we wcześniejszym wskazanym wyroku.

O zasadności apelacji zadecydowało skuteczne zakwestionowanie poglądu prawnego uznającego, że zarzucane oskarżonemu zachowanie, mające miejsce w I. w okresie od 01 czerwca 2015r. do dnia 10 września 2015r., a polegające na urządzaniu, w ściśle wskazanym miejscu, gry na opisanych szczegółowo automatach do gier wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tj. Dz. U. z 2018, poz. 165 ze zm – dalej jako u.g.h.), tj. wbrew warunkom m.in. z art. 3, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23 ust. 1 i art. 23a ust. 1 tej ustawy, stanowi zachowanie normatywnie częściowo tożsame z czynami, za które skazano go w wyroku Sądu Rejonowego w Krośnie z dnia 03 kwietnia 2017r. w sprawie o sygn.. akt II K 569/16, a zatem stanowi od strony normatywnej element częściowo osądzonego już czynu ciągłego.

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

Zgodnie z przekonującą argumentacją Sądu Najwyższego zaprezentowaną w tożsamej przedmiotowo sprawie (wyrok z dnia 19 września 2018r. sygn.. akt V KK 415/18), przestępstwo z art. 107 § 1 kks zarzucane oskarżonemu M. W. (2) w niniejszym postępowaniu, nie było, od strony normatywnej, tożsamym czynem – w rozumieniu art. 6 § 1 i 2 k.k.s. – z przestępstwami przypisanymi we wcześniejszym prawomocnym wyroku Sądu Rejonowego w Krośnie sygn.. akt II K 569/16. „(...) O tożsamości czynu, a ściśle o granicach tożsamości czynu, w pierwszym rzędzie w istocie decyduje sam ustawodawca określając kształt znamion czynu zabronionego w ustawie karnej (kryterium prawne). Na ten aspekt ustalenia granic tożsamości czynu wskazuje się w literaturze oraz orzecznictwie (np. P. Kardas [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy..., teza 8-12 oraz wskazane tam poglądy w piśmiennictwie i judykaty; por. zwłaszcza uzasadnienie uchwały SN z dnia 22 marca 2002 r., I KZP 4/02, OSNKW 2002, nr 5-6, poz. 37). Jednocześnie jednak określenie „ten sam czyn” odnosi się do tego samego fragmentu aktywności lub pasywności człowieka. Ten fragment aktywności (lub pasywności), to przecież nic innego, jak wyodrębniony wycinek ludzkiego zachowania, wytyczony na gruncie znamion danego czynu zabronionego (por. np. postanowienie SN z dnia 12 października 2011 r., III KK 145/11, OSNKW 2012, nr 2, poz. 13; np. M. Cieślak, Polskie prawo karne, Warszawa 1990, s. 159; A. Zoll [w:] A. Zoll [red.] Kodeks karny. Część ogólna. Tom I, 2004, s. 180-182). Stąd też formułowany jest pogląd, że dla oceny co do tożsamości czynu należy posłużyć się odniesieniem do czynu naturalnego, traktowanego jako wycinek określonego continuum, aby następnie dokonać jego oparcia w normatywnym (funkcjonalnym) ujęciu tego zjawiska, przy czym podstawę ocen stanowić może całokształt formułowanych w literaturze i orzecznictwie kryteriów (por. np. J. Giezek [w:] J. Giezek [red.], Kodeks karny. Część ogólna. WKP 2012, teza 5 do art. 11 i wskazane tam orzeczenia SN; M. Błaszczak [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki [red.], Kodeks karny. Część ogólna. Tom I, Warszawa 2015, s. 312). Kwestia wytyczenia tych kryteriów jest kwestią niezwykle złożoną. Wystarczy wskazać, że ujmuje się ją m.in. przez pryzmat zwartości czasowo-przestrzennej (por. np. postanowienia SN: z dnia 26 stycznia 2015 r., II KK 80/14, LEX nr 1648182; z dnia 31 sierpnia 2001 r., V KKN 111/01, LEX nr 51844), albo inaczej – odnosi do jedności miejsca i czasu, czy nastawienia sprawcy zmierzające do osiągnięcia tego samego relewantnego z punktu widzenia prawa karnego celu, bądź wyodrębnienie zintegrowanych zespołów jego aktywności (por. wyrok SA w Katowicach z dnia 3 czerwca 2005 r., II AKa 161/05, LEX nr 174988). Jak widać z powyższego nie sposób abstrahować od konstrukcji znamion czynu opisanego w przepisie art. 107 § 1 k.k.s. To na tle tej konstrukcji prawnokarnej winno oceniać się, na ile określone zachowania (w znaczeniu ontologicznym) stanowią ten sam czyn w znaczeniu

normatywnym (art. 6 § 1 i 2 k.k.s.), a zatem, in concreto, czy rację ma Sąd Najwyższy, gdy twierdzi, że relewantne znaczenie w kontekście przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. uzyskują takie okoliczności jak: miejsce zachowania – tj. miejsce urządzania gier, a także dane identyfikujące automaty do gier losowych (...). (...) podkreślić trzeba, że rzeczywiście, na tle regulacji art. 6 § 2 k.k.s. podkreśla się w piśmiennictwie, iż czyn ciągły musi się cechować jednym zamiarem; chodzi o „ten sam” a nie „taki sam” zamiar (por. T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2009, teza 3 do art. 6; P. Kardas [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy..., teza 35 do art. 6). Odnosząc się do tak zarysowanych, zasadniczych kwestii, podkreślić w pierwszym rzędzie należy, że przepis art. 107 § 1 k.k.s. ma charakter normy karnej blankietowej, albowiem w zakresie strony przedmiotowej przestępstwa odsyła do regulacji zawartej w ustawie o grach hazardowych. Nie można więc określać granic tożsamości czynu bez odwołania do tego zachowania, które zostało opisane w akcie oskarżenia a następnie, w granicach skargi, przypisane w wyroku skazującym – w kontekście zachowania naruszającego konkretne przepisy ustawy lub warunki koncesji lub zezwolenia (...).”

W sprawie niniejszej zarzucono oskarżonemu M. W. (2) w akcie oskarżenia urządzanie gier na konkretnych automatach (opisanych numerami identyfikacyjnymi i nazwą własną), w konkretnym miejscu – w punkcie gier przy ulicy (...) w L. bez posiadania koncesji na prowadzenie kasyna i poza kasynem, a zatem naruszenie normy sankcjonowanej nastąpiło z uwagi na uchybieniu normie zawartej m.in. w art. 6 ust. 1 u.g.h.

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

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

„(...) Wymóg uzyskania koncesji na kasyno gry, jako warunku formalnego urządzania gier hazardowych, przepisy u.g.h. wiążą nie tylko z określonymi wymaganiami co do podmiotu, który może ubiegać się o koncesję (por. art. 7a, art. 10 ust.1 pkt 1 u.g.h.; co do wspólników spółek – por. art. 11 -12 u.g.h.), ale także obejmują warunki dotyczące liczby kasyn w danym województwie, liczby kasyn, które mogą być prowadzone w określonej miejscowości (art. 15. ust. 1 – np. w mieście o liczbie mieszkańców 400.000 kasyn może być maksymalnie dwa), jak i ilość zainstalowanych automatów w kasynie (art. 4 ust. 1 pkt 1 lit.a u.g.h.). We wniosku o udzielenie koncesji na prowadzenie kasyna gry należy m.in. dokładnie opisać usytuowanie geograficzne budynku lub miejsca usytuowania kasyna, określić jego rozmiary, przedstawić plan budynku (art. 35 pkt 6), a nadto określić przewidywaną liczbę gier (art. 35 pkt 8). Jedna koncesja może dotyczyć jednego tylko kasyna (art. 41 ust.1) i obejmuje m.in. miejsce urządzania gier oraz rodzaj i minimalną oraz maksymalną liczbę gier (art. 42 pkt 3 i 4). Z kolei, automaty do gier eksploatowane przez podmioty posiadające koncesję na prowadzenie kasyna muszą być zarejestrowane przez naczelnika urzędu celno-skarbowego, co oznacza dopuszczenie automatu do eksploatacji (art. 23a u.g.h.)”

Treść tych unormowań winna być wzięta pod uwagę przy analizowaniu zarzucanego oskarżonemu M. W. (2) zachowania, w kontekście odpowiedzialności z art. 107 § 1 k.k.s.

„(...) Naruszenie przepisu art. 107 § 1 k.k.s. może mieć postać urządzania lub prowadzenia gry hazardowej wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia. W piśmiennictwie wskazuje się trafnie, że: „Realizacja znamienia czasownikowego wbrew przepisom ustawy obejmuje dwie kategorie zachowań: po pierwsze, urządzanie lub prowadzenie bez koncesji lub zezwolenia oraz, po drugie, urządzanie lub prowadzenie za zezwoleniem (przy koncesji), jednak w sposób naruszający przepisy ustawy o grach hazardowych. Z kolei urządzanie lub prowadzenie wbrew warunkom koncesji lub zezwolenia jest niejako postacią kwalifikowaną urządzania lub prowadzenia wbrew przepisom ustawy: trzeba bowiem przyjąć, że każda koncesja i zezwolenie muszą odpowiadać unormowaniom ustawowym, skoro

zaś tak, to każde urządzenie lub prowadzenie wbrew warunkom koncesji lub zezwolenia jest zarazem urządzeniem lub prowadzeniem wbrew przepisom ustawy (ale nie na odwrót).” (G. Łabuda [w:] Kodeks karny skarbowy..., teza 11 do art. 107)”.

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

Sąd Najwyższy w przywołanym judykacie, konkludując stwierdził, że (...) skoro urządzenie gry hazardowej w postaci gry na automatach (art. 1 ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h.) wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry (art. 6 ust. 1 u.g.h.), a koncesja taka udzielana jest w odniesieniu do jednego kasyna, prowadzonego w ściśle określonym (geograficznie) miejscu (art. 41 ust. 1, art. 42 pkt 3 i art. 35 pkt 5 u.g.h.), to zachowanie osoby, która nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna podejmuje działanie w postaci urządzania gry na automatach w różnych miejscach (miejscowościach, lokalach), stanowi każdorazowo - od strony prawnokarnej - inny czyn, podjęty z zamiarem naruszenia tych przepisów w każdym z tych miejsc. Upřednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1

k.k.s., popełnione w innym miejscu, w warunkach czynu ciągłego (art. 6 § 2 k.k.s.), w którym czas jego popełnienia obejmuje czasokres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s. co do którego toczy się jeszcze postępowanie karno-skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów”.

Z przedstawionych względów, należało podzielić stanowisko zawarte w apelacjach oskarżycieli publicznych, tak co do zasadności podniesionego w nich zarzutu - rażącego naruszenia przepisu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s, która to obraza miała oczywisty wpływ na treść wyroku, jak i w efekcie postulatu o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy m.in. oskarżonego M. W. (2) sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, co też sąd odwoławczy, w oparciu o treść art. 437 § 2 kpk w zw. z art. 454 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, orzekł.

Jako w pełni uprawnione należało również ocenić pozostałe zarzuty zwarte w apelacjach oskarżycieli publicznych albowiem wobec treści zarzutów sformułowanych w akcie oskarżenia oraz w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, brak było bowiem podstaw do wydania rozstrzygnięcia najkorzystniejszego, tj. uwolnienia zarówno oskarżonego M. W. (2), jak oskarżonych A. E. (1) i D. K. od zarzutów poprzez uniewinnienie od ich popełnienia.

W tym miejscu należy przypomnieć, że Sąd Rejonowy uwolnił wszystkich trzech oskarżonych od odpowiedzialności za zarzucane im przestępstwa skarbowe uznając przede wszystkim, że swoim zachowaniem nie wyczerpali ustawowych znamion czynu zabronionego. Konstruując powyższy wniosek, sąd meriti odwołał się do poglądu prawnego wyrażonego przez Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z dnia 19 stycznia 2017r. sygn.. akt I KZP 17/16 (OSNKW 2017/2/7), a dotyczącego charakteru technicznego art. 14 ust. 1 ugh i sankcji odmowy jego niestosowania wobec braku notyfikacji jego projektu Komisji Europejskiej. Sąd I instancji podzielając zaprezentowaną w tym judykacie wykładnię powyższych norm, uznał że „(...) Zgodnie z ww. uchwałą należy zatem przyjąć, że przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3.09.2015 r. ma charakter techniczny, gdyż regulował kwestię lokalizacji urządzania, między innymi, gier na automatach i nie został notyfikowany Komisji Europejskiej. Stąd też norma zawarta w art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie może w realiach niniejszej sprawy wypełniać normy blankietowej wyrażonej w art. 107§1 k.k.s. /por. wyrok SN z dnia 16.03.2017r. sygn.. V KK 21/17/. Zmiana treści tego przepisu, ale już po notyfikacji projektu ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych Komisji Europejskiej, nastąpiła z dniem 3 września 2015r., a więc już po dacie popełnienia czynów zarzucanych oskarżonym. W związku z czym nie sposób przyjąć i ustalić, iż w omawianym zakresie, przy tak sformułowanych zarzutach, oskarżeni popełnili zarzucane im przestępstwa skarbowe z art. 107§1 k.k.s”.

Jak słusznie jednak podnieśli autorzy apelacji, całkowicie poza zakresem uwagi sądu meriti znalazła się natomiast kwestia możliwości stosowania innych przepisów ustawy o grach hazardowych jako wypełniających normę blankietową określoną w art. 107 § 1 kks, a mianowicie m.in. art. 6 ust. 1 ugh, które to zagadnienie także było przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego w przywołanej uchwale oraz art. 23 a ugh.

Tytułem wprowadzenia godzi się zaznaczyć, że Sąd Rejonowy przeprowadził w przedmiotowej sprawie postępowanie dowodowe i na tej podstawie wyprowadził całkowicie słuszny zasadniczy wniosek (jedynie wadliwie przyjął, że A. E. (1) „urządzała” gry, w sytuacji gdy oskarżona ta „prowadziła” gry), iż „(...) Nie ulega wątpliwości w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, że wszyscy oskarżeni urządzali gry na automatach. M. W. (2), reprezentując (...) Sp. z o.o. z siedzibą w O., jako Prezes Zarządu tej spółki, pozyskał miejsce do prowadzenia gier na automatach, zorganizował dostawę i instalację automatów do gier oraz serwisanta do obsługi tych automatów. Spółka z o.o. (...), nie posiadała koncesji na urządzenie gier na automatach, a gry te urządzano poza kasynem. A. E. (1) umożliwiła rozgrywanie w lokalu przy ul. (...) w L. gier na automatach, które zgodnie z ustawą o grach hazardowych mogły być urządzone wyłącznie w kasynach, otrzymywała wynagrodzenie w wysokości 1000 zł miesięcznie. Gry na wskazanych automatach urządzone były poza kasynem gry, gdyż lokal oskarżonej nie miał takiego statusu. Jak wynika z treści kserokopii umowy serwisowej urządzeń do gier rozrywkowych z dnia 2.01.2015 r. /k. 43-46/ oskarżony D. K., jako prezes zarządu firmy (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. – za odpowiednim wynagrodzeniem – zobowiązał się do prowadzenia stałego

serwisu urządzeń wskazanych przez spółkę (...), zapewniającego utrzymanie automatów do gier w dobrym stanie technicznym”.

Sąd orzekający prawidłowo także ustalił, że oskarżeni urządzając oraz prowadząc gry na automatach poza kasynem i nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna gier, naruszyli swoim zachowaniem art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, którego zastosowania należało jednak odmówić wobec braku notyfikacji Komisji Europejskiej tegoż przepisu technicznego. Odmowa zastosowania art. 14 ust. 1 ugh uprawniona była jednak tylko w odniesieniu do części inkryminowanego okresu wskazanego w zarzucanych oskarżonym czynach, tj. do dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy o grach hazardowych po uprzednim prawidłowym jej notyfikowaniu (do 3 września 2015r.), co uszło już uwadze sądu meriti.

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

Podzielić w pełni należy wyeksponowany przez apelujących oskarżycieli zarzut, iż wymowa wymienionych powyżej dowodów zgromadzonych w sprawie uprawniała do poczynienia ustalenia, że oskarżeni M. W. (2) i D. K. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej urządzali gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy o grach hazardowych, zaś A. E. (1) prowadziła gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy o grach hazardowych, wszyscy troje naruszając przepisy tejże ustawy, w tym nie tylko art. 14 ust. 1 ugh, którego zastosowania należało jednak odmówić wobec braku notyfikacji Komisji Europejskiej tegoż przepisu technicznego (przy czym odmowa stosowania tegoż przepisu uprawniona jest wyłącznie w odniesieniu do okresu do dnia 3 września 2015r), ale również przepis art. 6 ust. 1 ugh w brzmieniu obowiązującym zarówno przed jak i po nowelizacji. Co znamienne, kwestia konieczności zastosowania art. 107 § 1 kks wobec naruszenia przez wszystkich troje oskarżonych także przepisu art. 6 ust. 1 ugh została w istocie pominięta przez sąd orzekający i nie znalazła się w obszarze jego rozważań, na co słusznie zwrócili uwagę apelujący. Sąd meriti w tym aspekcie ograniczył się bowiem jednozdaniowej ogólnej tezy o treści „Jeśli chodzi o art. 6 ust. 1 ustawy hazardowej, mógł on 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”. W opisie czynów zarzucanych wszystkim trzem oskarżonym, rzecznik interesu publicznego wskazał natomiast wprost na ich zachowania mające polegać na urządzaniu lub prowadzeniu gier na automatach wbrew ustawie, tj. m.in. „w szczególności bez wymaganej koncesji oraz poza kasynem gry”, obowiązek pozyskania której nakłada właśnie art. 6 ust. 1 ugh. Należy podkreślić, że dla pociągnięcia oskarżonych do odpowiedzialności za czyn przewidziany w art. 107 k.k.s. wystarczające jest ustalenie, iż ich zachowanie polegało na prowadzeniu działalności w zakresie gier na automatach lub na urządzaniu gier na automatach bez koncesji na prowadzenie kasyna gry i eksploatacji w związku z tym niezarejestrowanych automatów do gier, co stanowi naruszenie normy art. 6 ust. 1 ugh, a także art. 23a ugh. Tym samym zagadnienie uprzedniego braku notyfikacji przepisu art. 14 ugh, czy też interpretacji art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. nie ma znaczenia z punktu widzenia wypełnienia przez oskarżonych znamion blankietowej normy art. 107 kks.

W tym miejscu należy ponownie przypomnieć, że oskarżonym M. W. (2) i D. K. zarzucono urządzenie wbrew ustawie gier na automatach w okresie od 01 czerwca 2015r. do 16 września 2015r., zaś A. E. (1) prowadzenie wbrew ustawie gier na automatach w okresie od 01 czerwca 2015r. do 16 września 2015r., tj. zarówno przed jak i po wejściu w życie z dniem

03 września 2015r. znowelizowanych przepisów ustawy o grach hazardowych, wśród których znalazł się, prawidłowo już notyfikowany art. 14 ust. 1 ugh.

Przed przystąpieniem do szczegółowych rozważań w kwestii podniesionego zarzutu błędnych ustaleń i w stanowiącej ich konsekwencję obraży prawa materialnego – art. 107 § 1 kks poprzez jego niezastosowanie i wadliwą wykładnię, należy przypomnieć, że odpowiedzialności karnej skarbowej z art. 107 § 1 kks podlega ten, kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urzędu lub prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny. Czynność sprawcza została w art. 107 § 1 kks określona zatem jako „urządzenie” lub „prowadzenie” określonych w tej normie gier lub zakładów wzajemnych wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia. Zgodnie z powszechnie aprobowaną wykładnią znamion czynu określonego w art. 107 § 1 kks, 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). Jak słusznie wskazali apelujący, istotą regulacji jest zaprowadzenie czy też uruchomienie działalności hazardowej w określonym miejscu, stąd przyjmuje się, że „urządzenie” gier i zakładów poprzedza czasowo ich „prowadzenie”, to ostatnie bowiem dotyczy działalności urzędzonej. Do znamion ustawowych przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks należy także działanie wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwoleniu. Przepis art. 107 § 1 kks ma subsydiarny charakter wobec przepisów ustawy o grach hazardowych. Urządzenie lub prowadzenie działalności w zakresie m.in. gier na automatach jest bowiem dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych. Zgodnie z treścią art. 2 ust. 3 i 4 tegoż aktu grami 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 do nowelizacji, tj. przed 3 września 2015r.) urządzenie gier m.in. na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gry.

W sytuacji gry na tych automatach mają taki właśnie charakter, to warunkiem ich legalnego urzędzenia i prowadzenia, było uzyskanie koncesji na kasyno, a dozwolonym miejscem urzędzenia i prowadzenia tych gier było wyłącznie kasyno, a nie lokal użytkowy, sklep, bar itd. Podmioty urządzając i prowadząc gry na automatach o powyższym charakterze (art. 2 ugh), w sytuacji gdy nie dysponowały koncesją na kasyno gry, poza miejscem do tego wyznaczonym, nie podporządkowywały się więc obligatoryjnym przepisom ustawy o grach hazardowych, w tym przede wszystkim art. 3, art. 4, art. 6 ust. 1 ugh i art. 23a ugh (stan prawny obowiązujący do 2 września 2015r), a to powodowało, że zachodziły podstawy do przypisania im popełnienia czynu z art. 107 § 1 kks polegającego na działaniu wskazanym w tym przepisie.

W tym miejscu należy wskazać, 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. Kwestia technicznego charakteru przepisu art. 14 ust. 1 ugh w aspekcie dyrektywy 98/34/WE nie budzi wątpliwości, albowiem co do ograniczeń „lokalizacyjnych” dotyczących wykorzystywania automatów do gier hazardowych, zawartych w jego treści, Trybunał Sprawiedliwości

UE zajmuje jednolite stanowisko, co znalazło swój wyraz m.in. w wyroku z dnia 26 października 2006 roku, C – 65/05 w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej, w wyroku z dnia 19 lipca 2012 roku, C – 213 / 11, C – 214 / 11, C – 217 / 11 w sprawie F. i in., czy w wyroku z dnia 11 czerwca 2015 roku, C – 98 / 14 w sprawie B.. Takich też wątpliwości nie miał także polski prawodawca, czego dowodem jest notyfikacja Komisji Europejskiej projektu nowelizacji ustawy o grach hazardowych, która weszła w życie w dniu 03 września 2015 roku - ustawa z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych Dz.U. z 2015, poz. 1201 (v. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 roku, I KZP 17/16). Odnosząc się z kolei do kwestii sankcji niestosowania przepisu technicznego w przypadku nienotyfikowania jego projektu Komisji Europejskiej, nie można również pominąć stanowiska Sądu Najwyższego, zawartego w cytowanej uchwale z dnia 19 stycznia 2017r, zgodnie z którym „kolizja prawa krajowego z prawem unijnym, w świetle zasady bezpośredniego stosowania prawa Unii Europejskiej (art. 91 ust. 3 Konstytucji), może prowadzić do zastąpienia przepisów krajowych uregulowaniami prawa unijnego albo do wyłączenia normy prawa krajowego przez bezpośrednio skuteczną normę prawa Unii Europejskiej. W konsekwencji norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej, wynikająca z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21 lipca 1998 r. ze zm.), wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 kks. przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r., poz. 612) w pierwotnym brzmieniu”.

Zgodnie z powszechnie przyjętą wykładnią powyższych norm, sąd meriti trafnie uznał, że w odniesieniu do zachowań zarzucanych wszystkim oskarżonym, należało odmówić stosowania art. 14 ust. 1 ugh w brzmieniu obowiązującym do nowelizacji ustawy, przy czym jednocześnie całkowicie wadliwie ustalił, że „(...) zmiana treści tego przepisu ale już po notyfikowaniu projektu ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych Komisji Europejskiej, nastąpiła z dniem 3 września 2015 r., a więc już po dacie popełnienia czynów zarzucanych oskarżonym.”, skoro w akcie oskarżenia zarzucono im podejmowanie działań wyczerpujących znamiona z art. 107 § 1 kks w okresie aż do dnia 16 września 2015r. Tym samym wyprowadzony, przy takich wadliwych założeniach, przez sąd orzekający wniosek o treści „(...) w związku z czym nie sposób przyjąć i ustalić, iż w omawianym zakresie, przy tak sformułowanych zarzutach, oskarżeni popełnili zarzucane im przestępstwa skarbowe z art. 107 § 1 kks” – podlega zasadnej krytyce i z oczywistych powodów nie może się ostać. Wobec zatem wejścia w życie z dniem 3 września 2015r. nowelizacji ustawy o grach hazardowych po uprzednim dopełnieniu obowiązku notyfikacji przepisu technicznego – art. 14 ust. 1 ugh, nie ulega wątpliwości, że wszyscy troje oskarżeni, kontynuując urządzanie i prowadzenie gier na automatach bez wymaganej koncesji i poza kasynem, także po 3 września 2015r. aż do 16 września 2015r., naruszyli w tym okresie również przepis art. 14 ust. 1 ugh, prawidłowo uprzednio notyfikowany. W świetle faktu urządzania przez M. W. (2) i D. K. oraz prowadzenia przez A. E. (1) gier na automatach nie tylko bez wymaganej koncesji, ale i poza kasynem gier (wynajmowana M. W. (2) przez A. E. (1) część powierzchni lokalu użytkowego – nie miała 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 wszyscy oskarżeni w okresie od 3 września 2015r. naruszyli także przepis art. 14 ust. 1 ugh urządzając i prowadząc na automatach gry hazardowe poza kasynem gry, to tym samym ich sprawstwo co do istoty zostało przesądzone (natomiast kwestia ich winy w kontekście kontratypów określonych w art. 10 kks oraz wykładni art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. zostanie przedstawiona w dalszej części niniejszego uzasadnienia) 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 oskarżeni urządzali i prowadzili gry na automatach w lokalu użytkowym, to oczywistym jest, że samo miejsce czynu wskazywało na to, że gry były urządzane poza kasynem, bez koncesji na kasyno.

Przystępując natomiast 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 także w brzmieniu sprzed 3 września 2015r, zgodnie z którym działalność w sferze m.in. gier na automatach może być

prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry, podkreślić należy, iż 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).

Nota bene, sąd odwoławczy nie podziela często prezentowanego w tego typu sprawach poglądu, iż art. 6 ust 1 ugh traktowany był powszechnie jako tożsamy z art. 14 ust. 1 ustawy albowiem oba te przepisy dotyczą praktycznie jednej kwestii, mają taki sam charakter i są wzajemnie ze sobą powiązane, a więc należy rozpatrywać je łącznie. Przepisem wyjściowym jest tutaj art. 14 ust. 1 określając, że urządzanie gier na automatach możliwe jest jedynie w kasynach. Natomiast art. 6 ust. 1 określa jakie wymogi musi spełniać osoba prowadząca takie kasyno – tj. na podstawie udzielonej koncesji. Przede wszystkim przywołane 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 dotyczącego 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).

Co nader istotne, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, przepisy ustawy o grach hazardowych, w tym norma art. 6 ust. 1 ugh 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 lub prowadzona bez stosownej koncesji oraz poza kasynem gry, jest więc zawsze działalnością nielegalną. 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. Nota bene, 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).” - wyrok SN z dnia 16 marca 2017r. sygn.. akt V KK 21/17).

Z całą mocą zatem należy zaakcentować, że o ile uprawnione jest stanowisko odnośnie tego, że art. 14 ust. 1 u.g.h. nie może mieć zastosowania w sprawie o przestępstwo skarbowe nielegalnych gier losowych popełnione przed 3 września 2015r., bowiem ma charakter techniczny i nie przeszedł procesu notyfikacji Komisji Europejskiej, o tyle 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. Pogląd ten jest utrwalony w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyroki SN z dnia 11.10.2017r., V KK 141/17; 5.10.2017r., III KK 86/17; 20.09.2017r., III KK 66/17).

Reasumując, podnoszony przez Naczelnika (...) i Prokuratora Rejonowego zarzut obrazy art. 107 § 1 kks w zakresie dotyczącym niezastosowania przy ocenie prawnej zachowania wszystkich trzech oskarżonych m.in. art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, uznać należało za w pełni zasadny.

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 oskarżonym zarzucono zachowanie polegające na urządzaniu i prowadzeniu gier na automatach

bez wymaganej koncesji i w miejscu do tego nieuprawnionych (poza kasynem, w lokalu użytkowym –punkcie gier), tj. wbrew przepisom m.in. art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, to oczywistym jest, iż swoim zachowaniem oskarżeni w całym inkryminowanym czasie naruszyli także art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, który mógł i nadal może samodzielnie dopełniać normę blankietową zawartą w art. 107 § 1kks (por. wyrok SN z dnia 11.10.2017r., V KK 141/17).

Godzi się nadto zasygnalizować, iż w orzecznictwie zarówno Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jak i polskich sądów, przepisu art. 6 ust. 1 ugh nie traktowano powszechnie jako mającego charakter techniczny.

Po pierwsze, w powoływanych często w tego rodzaju sprawach orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, tj. w wyroku z dnia 26 października 2006 roku, C – 65/05 w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej, w wyroku z dnia 11 czerwca 2015 roku, C – 98/14 w sprawie B. Hungary oraz w wyroku z dnia 19 lipca 2012 roku, C – 213/11, C – 214/11, C – 217/11 w sprawie F. i in., trybunał ten rozstrzygał tylko i wyłącznie kwestię technicznego charakteru przepisu zawierającego ograniczenia lokalizacyjne dotyczące wykorzystywania automatów do gier hazardowych jedynie do miejsc stanowiących kasyna, a zatem analogicznego w treści do art. 14 ust. 1 ugh. Nie zajmował się natomiast charakterem przepisu uzależniającego prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry (art. 6 ust. 1 ugh). Z kolei często przytoczone 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 jedynie ogólną tezę o technicznym charakterze także art. 6 ust. 1 ugh, całe zaś rozważania dotyczyły już wyłącznie przepisu art. 14 ust. 1 ugh.

Po wtóre, odmienne poglądy doktryny czy orzeczenia krajowych sądów nie mogą skutecznie posłużyć do wykazania, że oskarżeni byli uprawnieni nie stosować się do wszystkich pozostałych przepisów ustawy o grach hazardowych. Podobnie stanowisko sądu orzekającego wykluczające zastosowanie m.in. art. 3, art. 4, art. 23 i art. 23a ugh przy ocenie prawnej zachowania oskarżonych obarczone jest wadą. Ustawa ta nie została bowiem uchylona, a art. 6 ust. 1 ugh (podobnie jak art. 2, 3, 4, 23 i 23a ust.1 tej ustawy) także obowiązywał przez cały inkryminowany czas, wystąpienie zaś rozbieżności interpretacyjnych co do charakteru tego przepisu (bowiem oprócz poglądów czy orzeczeń korzystnych dla oskarżonych, występowały też i takie o wydzwisku odmiennym), nie mogło automatycznie legitymizować działalności danego podmiotu, który prowadził działalność w danym obszarze wbrew treści spornych przepisów, które zostały uchwalone i obowiązują (a na to zwrócono uwagę w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego P 4/14 z 11 marca 2015r.). Należy też wskazać, że art. 107 § 1 kks penalizuje działania polegające na działaniu wbrew przepisom ustawy, tj. wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych. Z treści tej ustawy wynika zaś wiele obowiązków, których należy dochować, żeby legalnie organizować gry na automatach o szczególnym charakterze tj. losowo-komercyjnym, a niedochowanie tych obowiązków stanowi działania „wbrew przepisom ustawy” wskazane w art. 107§1kks.

W tym miejscu należy też zaznaczyć, że w sytuacji, gdy oskarżyciel publiczny w opisie czynów zarzucanych oskarżonym wymienił przepisy ustawy o grach hazardowych, które oskarżeni naruszyli, z jednoczesnym ustaleniem, że działali oni „w szczególności bez wymaganej koncesji”, to do niewinnienia oskarżonych niewystarczające jest twierdzenie, że ustawa o grach hazardowych zawierała przepisy techniczne, które nie były nienotyfikowane, stąd nie obowiązywała. Trzeba tu zwrócić uwagę, że z uzasadnienia projektu ustawy o grach hazardowych wynikało jednoznacznie, że motywem wprowadzenia ograniczeń wolności działalności gospodarczej w obszarze urządzania czy prowadzenia gier na automatach były: po pierwsze, potrzeba zwiększenia kontroli państwowej nad rynkiem gier hazardowych oraz po drugie, zwiększenie ochrony obywateli przed negatywnymi następstwami uzależnienia od hazardu. Ustawodawca założył, że skoro organizujący gry hazardowe „sprzedają” pewną iluzję szybkiego wzbogacenia się, kosztem realnego zubożenia się tych konsumentów, którzy się grom oddają, to ze społecznego punktu widzenia otwarcie wolnego rynku na ten sektor rodziłoby zatem skutki wyłącznie negatywne, gdyż leżąca u jego podstaw konkurencja nie przynosi w tym obszarze dla konsumentów spodziewanych korzyści. Temu zaś służyło takie uregulowanie organizacji gier hazardowych by cele ustawy mogły być zrealizowane. Stąd w ustawie tej zawarto szereg przepisów dotyczących i tego jakie podmioty mogą się tą organizacją gier zająć i po spełnieniu jakich warunków. Nie można zatem skutecznie wywodzić, że wobec zignorowania pozostałych przepisów wynikających z tej ustawy, oskarżeni mogliby brać pod

uwagę tylko to, że nienotyfikowany art. 14 ust. 1 ugh nie obowiązywał, że nie trzeba było urządzać gier w kasynach, stąd podmioty zarządzające i prowadzące takie gry zostały całkowicie zwolnione od respektowania i innych przepisów z tej ustawy, np. art. 6 ust. 1 ugh dotyczących koncesji na kasyno, czy innych wskazanych w zarzutach.

Ponownie należy podkreślić, że skoro z treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. w sprawie I KZP 17/16 i z orzeczenia C-303/15 (...) wynika wprost, że art. 6 ust. 1 ugh nie miał charakteru technicznego i nie musiał być notyfikowany, to z tego należy wywodzić, że przepis ten obowiązywał zarówno przed 03.09.2015r. jak i po tej dacie i z tego przepisu oraz innych norm ugh wynikały określone obowiązki, którym musiały poddać się osoby decydujące się na urządzenie lub prowadzenie gier o charakterze hazardowym. Gry na automatach określonych w art. 2 ugh mogły być więc prowadzone i zarządzane 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). Skoro dana osoba ignorowała wszystkie obowiązki wynikające z przepisów ugh, to nie mogła skutecznie powoływać się na to, że samo stwierdzenie technicznego charakteru nienotyfikowanego art. 14 ust. 1 ugh w brzmieniu sprzed 03.09.2015r., uwalniało ją od podporządkowania się pozostałym obowiązkom wynikającym z ugh, w tym konsekwencjom wyrażającym się w powinności powstrzymania się od działań, na które nie uzyskała koncesji. Tym bardziej, że przecież działalność w zakresie organizowania i urządzania gier hazardowych z uwagi m.in. na towarzyszące jej ryzyka uzależnień, korupcji i przestępczości, nie może być traktowana jako zwykła działalność gospodarcza, a rynek gier hazardowych, jako zwykły rynek gospodarczy, tym bardziej, że celem polityki państwa było poddanie tego rodzaju aktywności gospodarczej ścisłej regulacji i kontroli, z położeniem szczególnego nacisku na zapobieganie uzależnieniom od hazardu, ochronę konsumentów i ich rodzin oraz zwalczanie przestępczości, w tym zorganizowanej, i innego rodzaju nielegalnej działalności (co jasno i wyraźnie ujawnione zostało w uzasadnieniu projektu do ustawy o grach hazardowych – patrz: druk sejmowy nr (...)).

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

Ponownie należy przypomnieć, że w całym inkryminowanym czasie obowiązywał art. 6 ust. 1 ugh zawierający wymóg dotyczący uzyskania koncesji lub zezwolenia, któremu obowiązkowi oskarżeni się nie poddali, mimo, że i w art. 3 ugh wyraźnie zaznaczono, że urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie (a nie tylko w art. 14 ust. 1 ugh), a w art. 23 ust. 1 ugh, że automaty i urządzenia do gier powinny zapewniać ochronę praw uczestników gry i realizację przepisów ustawy (a nie tylko art. 14 ust. 1 ugh). Ponadto oskarżeni działali też przy zignorowaniu treści przepisu art. 9 ugh, mimo ujętego w nim warunku urządzania gier objętych monopolem państwa w postaci zatwierdzenie ich regulaminu przez ministra finansów oraz art. 23a ust. 1 ugh, mimo zawartego tam warunku, że automaty i urządzenia do gier mogą być eksploatowane przez podmioty posiadające koncesję lub zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gier losowych lub gier na automatach oraz przez podmioty wykonujące monopol państwa, po ich zarejestrowaniu przez naczelnika urzędu celnego. Przypomnieć należy, że z dniem 14 lipca 2011 r. na skutek zmiany dokonanej art. 1 pkt 27 ustawy z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 134, poz. 779), wprowadzono obowiązek rejestracji automatów do gry przez naczelnika urzędu celnego (dodany art. 23a ust. 1 u.g.h.; obecnie od 1 kwietnia 2017 r. chodzi o naczelnika urzędu celno-skarbowego). Jednocześnie na mocy tej samej nowelizacji niewykonanie tego obowiązku rejestracji dawało podstawę do wymierzenia kary pieniężnej na podstawie ówczesnego art. 89 ust. 1 pkt u.g.h. (od dnia 1 kwietnia 2017 r. obowiązek ten został przesunięty do pkt 2

tego ustępu – por. art. 1 pkt 67 ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych – Dz. U. 2017, poz. 88). Z przepisów art. 23a ust.1 i 2 u.g.h. wynika, że każdy automat do gry, który ma być eksploatowany przez podmiot posiadający koncesję, musi zostać uprzednio zarejestrowany przez naczelnika urzędu celno-skarbowego (ust. 1) i dopiero rejestracja uprawnia do jego eksploatacji (ust. 2). Podstawą rejestracji jest stosowna opinia jednostki badającej (art. 23a ust. 3). Jeżeli zatem podmiot posiadający koncesję na prowadzenie kasyna urządziłby, w zgodzie z warunkami koncesji (art. 42 u.g.h.), grę na automacie, który nie został zarejestrowany w trybie art. 23a ust. 1-3 u.g.h., to nie tylko podlegałby karze pieniężnej (obecnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h. – w zakresie możliwości nałożenia takiej kary wobec osoby skazanej z art. 107 § 4 k.k.s. por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2015 r., P 32/12, OTK-A 2015/9/148), ale także urządziłby grę na nim wbrew przepisom ustawy, a to wbrew przepisowi art. 23a ust. 1 u.g.h. Jasne jest więc, że relewantne z punktu widzenia odpowiedzialności karnej z art. 107 § 1 k.k.s. jest także zarejestrowanie określonego automatu do gry. Brak takiej rejestracji automatu do gry i urządzenie na nim gry, bez uzyskania przez osobę 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 oskarżeni wbrew przepisowi art. 23a ust. 1 ugh nie zrealizowali obowiązku zarejestrowania automatów, albowiem nie posiadali 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 oskarżeni nie spełniając określonego w nim warunku, w konsekwencji dopuścili się też i jego naruszenia.

Należy w tym miejscu też zwrócić uwagę na wyjątkową konsekwencję i nieustępliwość w działaniu szczególnie oskarżonych M. W. (2) i D. K., którą obrazują informacje z K. oraz fakt prowadzenia wielu innych postępowań wobec oskarżonych o czyn z art. 107 § 1 kks (także przeciwko D. K. jeszcze przed zarzucanym mu czynem, organy celny wszczęły 23 postępowania o tożsame rodzajowo czyny z art. 107 § 1 kks k – 382-393), co wskazuje na skalę wykonywanej przez nich działalności, jak również na to, że tego rodzaju działalność, mimo braku koncesji, oskarżeni kontynuowali przez kilka lat wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych (skoro nigdy nie uzyskali koncesji), a także po tym, jak w dniu 3 września 2015 roku weszła w życie ustawa z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1201), której to przepisy zostały notyfikowane.

Powyższe okoliczności jednoznacznie wykluczały wątpliwości odnośnie mocy obowiązującej przepisu art. 6 ust. 1 ugh. Nie spowodowało to jednak zaprzestania przez oskarżonych prowadzenia działalności w zakresie urządzania i prowadzenia gier na automatach (i to gier o charakterze losowo-komercyjnym), bez uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry i wbrew innym przepisom ustawy o grach hazardowych, w tym art. 3 ugh, art. 4 ust.1 ugh, art.9 ugh, art. 23 ust. 1 ugh, art.23a ust.1 ugh, które z uwagi na ich treść nie mogły być uznane za odnoszące się tylko do art. 14 ust. 1 ugh (czy subsydiarne względem art. 14 ust. 1 ugh) i stąd nieobowiązujące. W konsekwencji, wbrew wyeksponowanemu w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stanowisku sądu orzekającego, które następnie skutecznie zakwestionowali apelujący oskarżyciele, m.in. przepis art. 23a ust. 1 ugh, mógł stanowić dopełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 kks.

Godzi się ponownie dodać, że sąd I instancji zaprezentował nader ogólne i niepełne wywody, które arbitralnie wskazują, że oskarżeni ci nie mogli odpowiadać za czyn z art. 107§1kks w związku z naruszeniem art. 6 ust. 1, art. 23 ust. 2 i art. 23 a ugh. Sąd ten nie przedstawił rozbudowanego, logicznego i wyczerpującego uzasadnienia w tej kwestii, a ograniczył się tylko do skonstruowania wymienionego arbitralnego wniosku. Ponownie należy wskazać, że już sama treść art. 23a ust. 1 ugh zawierającego m.in. wymóg rejestracji automatu, nie uprawnia do konstatacji by norma ta była ściśle powiązana z art. 6 ust. 1 ugh i art. 14 ust. 1 ugh i by z tego względu przepis ten nie obowiązywał lub nie znalazł zastosowania do tychże oskarżonych.

Co także istotne, treść przepisu art. 107 § 1kks w zw. z art. 6 ust. 1 ugh, nie różnicuje przecież nakazu nakładania sankcji za te same nielegalne działania polegające na rzeczywistej działalności w zakresie organizowania gier hazardowych w zależności od tego czy dany podmiot mógłby uzyskać koncesję, lecz o nią nie wystąpił, czy też jest wykluczony z kręgu podmiotów mogących uzyskać koncesję na legalne prowadzenie tego rodzaju działalności, bo prowadził np. „zwykłą” działalność, a nie w formie spółki z o.o. (...), w treści przepisu, ustawodawca nawet nie wskazał by dany podmiot musiał prowadzić działalność gospodarczą. Użyte w art. 6 ust. 1 ugh sformułowanie o prowadzonej działalności nie zawiera

też rozróżnienia by działalność ta musiała danej osobie przynosić znaczne zyski czy wymogu by rola danej osoby w prowadzeniu takiej działalności musiała być wiodąca czy znaczna. Dlatego ewentualne argumenty dla wykazania, że wobec tychże oskarżonych nie miały zastosowania choćby art. 6 ust. 1 ugh czy art. 23a ust. 1 ugh nie mogłyby być uwzględnione.

W świetle powyższych rozważań, zasygnalizowany jedynie przez sąd meriti nader lakoniczny pogląd prawny, iż także pozostałe wskazane w zarzutach przepisy ustawy o grach hazardowych, nie mają zastosowania – potraktować należy jako nieuprawniony. W rezultacie, tak skonstruowane uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie przekonuje, by zaszyły podstawy do u niewinnienia oskarżonych.

Sąd odwoławczy nie podzielił także stanowiska sądu meriti, iż „(...) nie sposób przypisać oskarżonym popełnienia zarzucanych im czynów, nawet w zamiarze ewentualnym” z uwagi na okres ich działania w czasie obowiązywania nieprecyzyjnego przepisu art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, który „(...) nie może pociągać negatywnych skutków dla oskarżonych, w szczególności w odniesieniu do prowadzenia działalności w okresie od dnia wejścia w życie ustawy tj. 03 września 2015r. do dnia wydania orzeczenia przez Sąd Najwyższy, czyli do dnia 28 kwietnia 2016r.”.

Po pierwsze, oskarżonym zarzucono popełnienie czynów w okresie od 1 czerwca 2015r. do 16 września 2015r., a zatem w części jeszcze nie tylko przed dniem wejścia w życie wskazanej nowelizacji ustawy o grach hazardowych, co nastąpiło w dniu 03 września 2015r., ale także nawet przed dniem jej uchwalenia, co miało miejsce w dniu 12 czerwca 2015r., a opublikowano cytowaną ustawę w dzienniku ustaw w dniu 19 sierpnia 2015r. Skoro w chwili podejmowania przez oskarżonych przestępnego zachowania, powyższa ustawa jeszcze nie istniała, to wadliwość wniosków skonstruowanych przez sąd orzekający, iż jakoby wątpliwości interpretacyjne przepisu art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. mogły prowadzić do wniosku, że „(...) tzw. okres dostosowawczy dotyczy może każdego podmiotu bez względu na podstawę prawną i formę wykonywania dotychczasowej działalności w zakresie gier hazardowych”. – jawi się jako oczywista.

Po wtóre, z przepisów ustawy o grach hazardowych, obowiązujących zarówno przed dniem 03 września 2015r., jak i po tej dacie, wynikało iż państwo chce utrzymać pełną kontrolę nad organizacją gier hazardowych, wymagając by urządzający lub prowadzący takie gry prowadził je w formie określonej spółki, po uzyskaniu koncesji na kasyno (art. 6 ugh), a po dniu 03.09.2015r. w myśl art. 14 ust. 1 ugh, by urządził i prowadził je wyłącznie w kasynach i „na zasadach i warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów ustawy” (czyli w sposób nawiązujący wyraźnie do art. 6 ust. 1 ugh, tj. po uzyskaniu koncesji). Oskarżeni prowadząc działalność w tym obszarze i zawierając w dniu 2 stycznia 2015r. umowę serwisową, a w dniu 31 maja 2015r. umowę dzierżawy lokalu użytkowego, winni zapoznać się z przepisami ustawy o grach hazardowych, a z zawartych tam uregulowań wywieść, że muszą dopełnić liczne warunki, by móc legalnie gry hazardowe urządzić czy prowadzić. Co istotne, w art. 14 ust. 1 ugh znowelizowaną ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r., która obowiązywała od dnia 03 września 2015r (przepis został uchwalony po uprzednim jego notyfikowaniu), nadal podtrzymywano zasadę by gry na automatach były urządzane tylko po uzyskaniu koncesji na kasyno, co wynikało przecież z ciągle obowiązującego art. 6 ust. 1 ugh i w kasynach. Niezrozumiałe są zatem wywody zawarte w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, by przepis art. 4 ustawy zmieniającej interpretować w ten sposób, że chodziło o danie czasu do 1 lipca 2016r. wszystkim podmiotom prowadzącym wcześniej i w jakikolwiek sposób działalność w obszarze gier hazardowych do dostosowania się do wymogów znowelizowanej ustawy o grach hazardowych, a nie tylko podmiotom do których wyraźnie przepis art. 4 ugh był adresowany, tj. podmiotom prowadzącym wcześniej legalną (tj. zgodną z przepisami ugh) działalność w zakresie o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 ugh lub w art. 7 ust.2 ugh (gdzie w art. 6 ust. 1 ugh wyraźnie wskazano, że działalność w zakresie gier na automatach może być prowadzona tylko podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry). Skoro zaś ani urządzający gry na zabezpieczonych automatach – M. W. (2) i D. K., ani je prowadząca – A. E. (1), nie uzyskali koncesji na prowadzenie kasyna, czyli nie zastosowali się do wymogu z art. 6 ust. 1 ugh, to tym samym nie mogli być uznawani za podmioty, o których mowa w art. 4 ustawy zmieniającej, tj. za adresatów okresu dostosowawczego. Wymaga także podkreślenia to, że przepis art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. nie dotyczył tylko dostosowania się do wymogu zawartego w zmienionej z dniem 03.09.2015r.

treści art. 14 ust. 1 ugh, ale dostosowania się do wszystkich wymogów zmienionych cytowaną ustawą z dnia 12 czerwca 2015r. w zakresie wymienionych tam przepisów. Ani zatem treść przepisu art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015r., ani jego wykładnia językowa czy celowościowa, nie stwarzała podstaw do przyjęcia, że oskarżeni nawet gdyby popełnili czyny wyłącznie w okresie od 3 września 2015r. do 1 lipca 2016r., mogli pozostawać w usprawiedliwionym przekonaniu, że z uwagi na okres dostosowawczy wyrażony w przepisie art. 4 ugh, mieli czas do dnia 01 lipca 2016r. by urządzić czy prowadzić gry na automatach, mimo, że urządzali i prowadzili gry na automatach wbrew i innym przepisom ustawy o grach hazardowych i to nie tylko tym znowelizowaną ustawą z dnia 12 czerwca 2015r., ale wcześniej obowiązującym i wbrew przepisowi art. 6 ust. 1 ugh, tj. bez koncesji na kasyno. Z powyższych powodów nie mogliby się słusznie uważać za podmioty prowadzące działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust.1-3 ugh lub w art.7 ust.2 ugh w dniu wejścia w życie ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. o zmianie ustawy o grach hazardowych. Obecnie co do wykładni powyższego przepisu wypowiedział się też Sąd Najwyższy, który to w postanowieniu z dnia 28 kwietnia 2016 r. w sprawie I KZP 1/16 wyraźnie wskazał, że „przepis art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, Dz. U. z 2015 r. poz. 1201, dotyczy wyłącznie podmiotów, które prowadziły taką działalność zgodnie z ustawą o grach hazardowych w brzmieniu sprzed dnia 3 września 2015 r. (na podstawie koncesji albo zezwolenia)” (publ. OSNKW 2016/6/36, KZS 2016/7-8/20, KZS 2016/6/44, Biul.PK 2016/4-6/7-8, Biul.SN 2016/6/18). Powyższe postanowienie zapadło na tle przedstawienia Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego, które według sądu kierującego owo zagadnienie do rozpoznania, wymagało zasadniczej wykładni ustawy, ale według SN nie wymagało podjęcia uchwały zawierającej taką wykładnię. Sąd Najwyższy bowiem wyraźnie wskazał, że sąd kierujący zapytanie podnosząc wątpliwości co do wykładni przepisu art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, w swoich rozważaniach pominął pełną treść art. 4 ustawy nowelizującej, gdyż całkowicie przemilczał i nie dostrzegł tego, że przepis ten odsyłał wprost do przepisów art. 6 ust. 1-3 i art. 7 ust. 2 ustawy o grach hazardowych. Artykuł 6 ust. 1 ugh nie był znowelizowany ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, a przepis art. 4 ustawy zmieniającej nie dotyczył art. 6 ust. 1 ugh jako przepisu, który miał zostać dostosowany do wymogów ustawy zmieniającej z dnia 12 czerwca 2015 r. w terminie do dnia 01 lipca 2016r. Stąd nie można było wywodzić, że na tle zagadnienia przedstawionego SN, w wyniku którego zapadło postanowienie SN z 28 kwietnia 2016r. w spr. I KZP 1/16, faktycznie można było stwierdzić, że przepis art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych był niejasny, czy wywołujący wątpliwości co do jego wykładni. Co także istotne, art. 6 ust. 1 ugh jako nie mający charakteru technicznego obowiązywał i przed i po 3.09.2015r, a mimo tego podmioty urządzające i prowadzące gry na zatrzymanych w sprawie automatach, nie uzyskiwały koncesji na prowadzenie kasyna.

W tym miejscu należy podkreślić, że oskarżeni A. ewertowska i D. K. konsekwentnie nie przyznali się do popełnienia zarzucanych im czynów i odmówili złożenia wyjaśnień. W świetle takiej treści oświadczeń procesowych oskarżonych, całkowicie nieuprawnione jawi się odwoływanie się przez sąd I instancji do ich świadomości, skoro brak jest jakiegokolwiek z ich strony sygnału, że zapoznali się z treścią ustawy o grach hazardowych, czy też aby analizowali treść przepisu art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r..

W zaistniałych okolicznościach, nie można było się zgodzić z sądem I instancji, aby treść art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r nowelizującej ustawę o grach hazardowych, dawała oskarżonym podstawy, by mimo braku spełnienia przez nich wymogu określonego w art. 6 ust. 1 ugh w okresie przed 03.09.2015r., mogli oni kontynuować działanie opisane w zarzutach, po dniu 03.09.2015r. Mimo bowiem przytoczenia przez sąd I instancji argumentów, że przepis ten mógł budzić wątpliwości interpretacyjne, to nie można się zgodzić z wnioskiem tego sądu, że redakcja art. 4 ustawy nowelizującej odwołująca się do art. 6 ugh a dotycząca zakresu działalności, a nie warunków prowadzenia działalności, skutkowałą konkluzją, że „tzw. okres dostosowawczy dotyczy każdego podmiotu bez względu na podstawę prawną i formę wykonywania dotychczasowej działalności w zakresie gier hazardowych”. W pisemnym uzasadnieniu sąd ten bowiem szeroko omówił skutki braku poprawnej legislacji i warunki które muszą być spełnione dla przyjęcia że – przy redakcji określonego przepisu prawa - nie naruszono wymogu należytej legislacji. W odniesieniu natomiast do redakcji konkretnego przepisu art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. sąd ten wskazał, że art. 6 ugh precyzuje zakres prowadzenia działalności oraz jeden z warunków koniecznych prowadzenia tej działalności, tj. posiadanie koncesji lub zezwolenia. Brak zaś odniesienia się do tego warunku, np. poprzez użycie w art. 4 innego sformułowania typu „podmioty prowadzące działalność na zasadach, o których mowa w art. 6 ust. 1-3 lub w art. 7 ust. 2” (a którego użycie

– w ocenie sądu orzekającego -powodowałyby, że sama wykładnia językowa byłaby wystarczająca do prawidłowego zrozumienia tak sformułowanego przepisu). To z kolei spowodowało, że w ocenie tego sądu, taki nieprecyzyjny zapis art. 4 cyt. ustawy nie mógł powodować niekorzystnych dla oskarżonych skutków. Jednakże sformułowane użyte w art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. a odnoszące się do podmiotów prowadzących działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust.1-3 lub w art. 7 ust. 2 ugh, nie może być odczytane tak, jak to uczynił sąd I instancji, gdyż tylko pozornie stwarzało problemy interpretacyjne. Ustawodawca w art. 4 ustawy z 12 czerwca 2015r. nie nawiązał bowiem tylko do art. 6 ust. 1 ugh, ale do art. 6 ust. 1-3 i art. 7 ust. 2 ugh; gdyby zaś chciał wskazać, że chodzi mu tylko o działalność w zakresie gier na automatach i innych, bez nawiązania do stosownych koncesji czy zezwoleń, które należy uzyskać na ich prowadzenie, to nie przytaczałby określonych przepisów w postaci art. 6 ust. 1-3 i art. 7 ust. 2 ugh, tylko użył wprost określenia literalnego o działalność, w jakim zakresie mu w art. 4 ustawy z 12 czerwca 2015r., chodzi. Ponadto, skoro m.in. w art. 3 ugh używa się pojęcia nawiązującego do prowadzenia działalności w zakresie urządzania gier na automatach, to racjonalny ustawodawca, gdyby chodziło mu tylko o wskazanie zakresu działalności dotyczącej urządzania gier na automatach, mógłby użyć w art. 4 ustawy z 12 czerwca 2015r., np. art. 3 ugh czy innego odwołującego się do tego zakresu. Nadto przepisy art. 6 ust.1-3 ugh lub w art. 7 ust. 2 ugh znalazły się w części ustawy o grach hazardowych w jej rozdziale 1 zatytułowanym „Przepisy ogólne”, ustawodawca zaś dopiero rozdział 2 ustawy o grach hazardowych, który zaczyna się od art. 9, zatytułował „Warunki urządzania gier hazardowych”. Działalność w zakresie odwołującym się do przepisów art. 6 ust.1-3 ugh lub w art. 7 ust. 2 ugh dotyczy całej treści przepisów tam wymienionych, a nie z wyłączeniem wskazanych tam warunków prowadzenia działalności. Wynika z tego, że ustawodawca w treści art. 4 ustawy zmieniającej nie poczynił zastrzeżenia, że dotyczy to przepisów tam wymienionych (art. 6 ust.1-3 ugh lub w art. 7 ust. 2 ugh) tylko w części. Gdyby też przyjąć argumentację, że użycie w art. 4 ustawy zmieniającej pojęcia o działalności w zakresie wymienionych tam przepisów, dotyczy tylko ściśle zakresu prowadzenia działalności, a nie warunków, to „pominięcie” tych warunków przy odczytaniu art. 4 ustawy nowelizującej w powiązaniu z treścią art. 6 ust. 1-3 ugh, spowodowałyby, że wtedy przepis art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. stałby się zupełnie nieczytelny i pozbawiony sensu. Bowiem gdyby go odczytać, konkretnie w nawiązaniu do art. 6 ust. 1 ugh, z pominięciem zwrotu zawartego w art. 6 ust. 1 ugh „na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry”, to odrzucenie tego sformułowania „na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry” spowodowałyby, że art. 4 ustawy z 2015r. odwołując się do zakresu art. 6 ust. 1 odwoływałby się tylko do fragmentu treści „działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach może być prowadzona”, a więc treści, która tak okrojona z pewnością nie stanowiłaby logicznego dopełnienia art. 4 ustawy nowelizującej. Przywołanie zaś konkretnie w treści art. 4 ustawy z 12.06.2015r. m.in. art. 6 ust. 1 ugh wyraźnie wskazuje, że chodzi tu też o nawiązanie nie tylko do zakresu działalności tam wymienionej, ale i do warunku prowadzenia takiej działalności w postaci uzyskania koncesji na kasyno. Wbrew zatem stanowisku sądu I instancji, to właśnie przy takim – jakie zaprezentował sąd orzekający - odczytaniu przywołanego w tymże art. 4 ustawy odwołania się do okrojonej treści np. art. 6 ust.1 ugh, należałoby przyjąć, że ustawodawca stworzył nielogiczny i niejasny przepis art. 4 ustawy nowelizującej. Odczytanie zatem art. 4 ustawy nowelizującej w związku z pełną treścią, np. przepisu art. 6 ust. 1 ugh, powoduje, że dopiero wtedy przepis zawarty w art. 4 ustawy nowelizującej staje się logiczny i wskazuje jakie podmioty chciał ustawodawca objąć okresem dostosowawczym.

Reasumując, brak było podstaw forsowania stanowiska, by w czasie czynu zarzucanego oskarżonym, interpretować art. 4 ustawy nowelizującej, jako swoistą abolicję dla osób urządzających i prowadzących gry hazardowe bez koncesji na kasyno i poza kasynem w okresie po dniu 03.09.2015r. do dnia 30 czerwca 2015r. Nie można zgodzić się z sądem I instancji, że przepis art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych był na tyle niejasny, że powodował wątpliwości interpretacyjne, które pozwalały oskarżonym (i to w sytuacji gdy dwoje oskarżonych w tym temacie w ogóle się nie wypowiedzieli) zasadnie wywodzić, że nawet nie prowadząc przed dniem 03 września 2015r. działalności zgodnej z przepisami ustawy o grach hazardowych, tj. bez wymaganej koncesji na kasyno, o której mowa w art. 6 ust. 1 ugh, mogli do dnia 1 lipca 2016r. taką działalność legalnie prowadzić.

Jako w pełni zasadny należy także ocenić, podniesiony przez skarżących zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść tego orzeczenia, a polegający na przyjęciu przez sąd I

instancji, że oskarżeni popełnili zarzucane im czyny nieumyślnie, w usprawiedliwionej nieświadomości ich karalności, które to stanowisko zostało przedstawione w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku.

Tytułem wprowadzenia, należy 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.

W świetle ujawnionych w sprawie okoliczności, wbrew stanowisku sądu orzekającego można przyjąć, że oskarżeni mieli jednak świadomość możliwości naruszenia przepisów ustawy o grach hazardowych i co najmniej godzili się na urządzenie gier na automatach wbrew przepisom tej ustawy, skoro zdawali sobie sprawę z tego, że od początku prowadzenia działalności w tym zakresie były zastrzeżenia urzędów celnych co do ich działalności. Co nader istotne, jeszcze przed popełnieniem zarzucanych im czynów, urzędy celne zabezpieczyły należące do nich automaty i wszczywały przeciwko nim wiele innych postępowań karno – skarbowych o tożsame czyny z art. 107 § 1 kks. W przypadku oskarżonego M. W. (2), sądy wydawały też wyroki skazujące. I tak, przeciwko M. W. (2) jeszcze przed popełnieniem zarzucanego mu czynu w poddanej kontroli sprawie Sąd Rejonowy w Świebodzinie wydał wyrok skazujący za tożsamy czyn z art. 107 par. 1 kks w dniu 2.10.2012r., sygn. akt II K 39/12, Sąd Rejonowy w Bielsku – Białej wydał wyrok skazujący za tożsamy czyn z art. 107 par. 1 kks w dniu 14.10.2014r., sygn. akt III K 41/14 i Sąd Rejonowy w Elblągu wydał wyrok w dniu 29.05.2015r. sygn. akt VIII K 326/14. Wprawdzie wyroki te w wyniku wniesienia środków odwoławczych uprawomocniły się w 2016r. i 2017r., niemniej już sam jego wydania wyklucza możliwość rozpatrywania zachowania oskarżonego w niniejszej sprawie w kategoriach „usprawiedliwionej” nieświadomości bezprawności czy karalności jego zachowania. Podobnie w stosunku do oskarżonego D. K. jeszcze przed datą zarzucanego mu czynu organy celne wszczęły 23 postępowania karno – skarbowe o czyny z art. 107 § 1 kks i później zapadł prawomocny już wyrok skazujący.

Uszło uwadze sądu meriti także i to, że dzierżawca a zarazem urządzający gry – M. W. (2) w ramowej umowie dzierżawy powierzchni, zobowiązał się do zapewnić wydzierżawiającej, tj. A. E. (1) obsługę prawną związaną z funkcjonowaniem i eksploatacją urządzeń w niezbędnym zakresie (§ 6 umowy ramowej). Gdyby zatem podejmowana zarówno przez urządzającego gry, jak i je prowadzącą, działalność była bez wątpliwości legalna, to strony umowy najmu nie zawierałyby szczególnej, nietypowej klauzuli, zapewniającej wydzierżawiającej obsługę prawną związaną z funkcjonowaniem i eksploatacją urządzeń, który to zapis umowny zdecydowanie nie jest standardowym zobowiązaniem w tego rodzaju stosunkach obligacyjnych.

Ponadto – jak wyżej wskazano - po dniu 03.09.2015r., gdy zaczął obowiązywać m.in. znowelizowany przepis art. 14 ust. 1 ugh dotyczący lokalizacji gier hazardowych na automatach w kasynie, oskarżeni nie mogli już zasadnie powoływać się na przepis art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, jako dający im prawo do kontynuowania działalności w zakresie urządzania gier hazardowych, mimo tego, że już wcześniej działalność taką prowadzili bez zachowania wymogów zawartych w ugh.

Co znamienne, sąd meriti odwołując się do wybranego orzecznictwa i poglądów, czy też interpretacji dotyczącej obowiązywania i charakteru przepisów ustawy o grach hazardowych, w tym art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. oraz przepisu art. 10 kks nie nawiązał w żaden sposób do wymowy dowodów zgromadzonych w niniejszej sprawie, a sprawa karna ma za zadanie ustalić czy dany oskarżony popełnił zarzucane (a w efekcie przypisane) mu przestępstwo i jaki towarzyszył mu zamiar.

W ocenie sądu odwoławczego nie można zgodzić się z sądem orzekającym, że nie można przypisać oskarżonym umyślności, co najmniej z zamiarem ewentualnym, na płaszczyźnie strony podmiotowej czynu zabronionego z art. 107§1kks. Od odpowiedzialności karnej w myśl art. 10§3kks czy art. 10§4kks uwalnia bowiem tylko usprawiedliwione błędne przekonanie, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność czy usprawiedliwioną

nieświadomość karalności. Słusznie wskazują apelujący, że całokształt dowodów i okoliczności ujawnionych w sprawie, a pominiętych przez sąd orzekający, nie pozwala na uwolnienie oskarżonych poprzez uniewinnienie ich od zarzucanych im czynów i wyklucza zaistnienie przesłanek kontratypów określonych w art. 10 kks. Już bowiem sam fakt zabezpieczania przez służby celne automatów do gier należących do M. W. (2), które serwisował D. K., a na których to urządzeniach gry prowadziła A. E. (1) oraz okoliczność prowadzenia przeciwko nim licznych postępowań o tożsame czyny z art. 107 § 1 kks, a w odniesieniu do oskarżonego M. W. (2) nadto okoliczność, iż zapadały wyroki skazujące (nawet nieprawomocne), wyklucza możliwość rozpatrywania zachowania tychże oskarżonych w niniejszej sprawie w kategoriach „usprawiedliwionej” nieświadomości bezprawności czy karalności ich zachowania, co zarazem wzmacnia prawidłowość stanowiska skarżących co do braku podstaw do zastosowania kontratypów określonych w art. 10 kks. Oczywiście jest zatem, że wcześniejsze zabezpieczanie przez organy celne automatów i wszczynanie kolejnych postępowań, a tym bardziej wydawanie przez sądy wyroków skazujących (nawet nieprawomocnych) winno wywołać u każdego podejrzanego istotne wątpliwości co do legalności podejmowanych jednorodząjowych zachowań i spowodować co najmniej zawieszenie dalszej działalności w tym zakresie do czasu jednoznacznego wyjaśnienia kontrowersyjnych kwestii. W tym miejscu należy także wskazać, że już tylko zatrzymywanie automatów przez organy celne, wydawanie decyzji administracyjnych, nakładanie grzywien, wszczynanie kolejnych postępowań karno – skarbowych o tożsame czyny, rodziło uzasadnione wątpliwości co do legalności prowadzonej przez oskarżonych działalności. Wydanie natomiast prawomocnych orzeczeń skazujących powodowałoby już wręcz stan pewności, który nie jest wymagany w świetle art. 10 § 3 kks czy art. 10 § 4 kks. Stwierdzone okolicznościami sprawy wątpliwości, nie pozwalają zatem na przyjęcie, że oskarżeni mogli pozostawać w usprawiedliwionym błędzie w rozumieniu art. 10 § 3 kks czy 10 § 4 kks. Ponadto skoro „nieświadomość” wskazana w art. 10 § 4 kks jest stanem braku jakiegokolwiek wiedzy na dany temat, to należy odróżnić ją od wątpliwości co do legalności ich działalności, które wskazywały im przecież na realną możliwość popełnienia przestępstwa. Co znamienne, sąd I instancji w swej argumentacji całkowicie pominął okoliczność wcześniejszego wszczynania i kontynuowania przeciwko oskarżonym jeszcze innych postępowań o tożsame czyny oraz uprzedniego wydania przez sąd także wyroku skazującego wobec M. W. (2), co wprost wskazywało na kwestionowanie przez organy celne legalności tego rodzaju działalności, a które to fakty niweczą forsowaną w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku koncepcję o zrealizowaniu przesłanek koniecznych dla zastosowania kontratypów określonych w art. 10 kks.

Już tylko te okoliczności świadczyły o tym, że oskarżeni nie mogli czuć się upewnieni co do tego, że ich działalność w zakresie urządzania i prowadzenia gier hazardowych jest niewątpliwie legalna.

Skoro oskarżeni mieli, wynikającą z przedstawionych aspektów sprawy, świadomość co do tego, że mogą działać nielegalnie (m.in. nie posiadali wymaganej prawem koncesji na kasyno, a automaty nie były zarejestrowane), to z oczywistych powodów powstrzymali się od zwrócenia się do organu finansowego, np. Ministra Finansów o wydanie interpretacji czy też decyzji. Bowiernie w przypadku rzetelnego przedstawienia we wniosku skierowanym do takiego organu prowadzonej działalności i faktycznego charakteru gier na automatach (których strony nie kwestionowały), miejsca urządzania gier oraz tego, że nie wystąpili o koncesję i nie pozyskali rejestracji automatów, z oczywistych względów nie mogli się realnie spodziewać, że organ finansowy taką działalność - sprzeczną z przepisami ustawy o grach hazardowych - zaakceptuje, tym bardziej, że także z art. 23 ust. 1 ugh wynikało aby automaty i urządzenia do gier zapewniały ochronę praw uczestników gry i realizacji przepisów ustawy.

Należy też zaznaczyć, że oskarżeni, szczególnie M. W. (2) i D. K. prowadząc działalność w obszarze organizowania gier hazardowych (i to na znaczną skalę wynikającą z ujawnionych dowodów, m.in. informacji z K.), nie mogliby odwoływać się do wzorca zwykłego przeciętnego obywatela. Wzorec 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 oskarżonych, jako podmiotach prowadzących działalność gospodarczą, ciążył obowiązek dostosowania się do obowiązujących reguł należytej staranności przy prowadzeniu działalności, i zachowania ostrożności tak, aby prowadzić tę działalność zgodnie z prawem (art. 18 i art. 46 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (w

tym czasie Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095 ze zm.). Podejmując się prowadzenia działalności gospodarczej w danym sektorze, określony podmiot wkracza bowiem w sferę regulowaną szczególnymi przepisami (patrz: pogląd z artykułu PP 2007/2/34-38 autorstwa M. Ś. „Na nieświadomość karalności nie może powoływać się sprawca czynu, na którym ciąży obowiązek zaznajomienia się z określonymi przepisami w związku z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą.”). W sferze dotyczącej prawa karnego skarbowego nie można więc odnosić się do wzorca osobowego przeciętnego obywatela, gdyż w wypadku prawa karnego skarbowego i to w odniesieniu do takich osób jak oskarżeni i 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 oskarżeni mieli 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 czynów zarzucanych oskarżonym obowiązywały zaś przepisy prawne składające się na podstawę prawną ich odpowiedzialności, tj. art. 107§1kks i art. 6 ust. 1 ugh, a część orzecznictwa i doktryny prezentowała pogląd, według którego przepis art. 6 ust. 1 ugh winien być stosowany. Treść art. 6 ugh była zaś jasna i wynikało z niej, że prowadzenie działalności polegającej na urządzaniu i prowadzeniu 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 oskarżonych – którzy decydując się na działalność związaną z organizowaniem i prowadzeniem gier hazardowych winni zapoznać się z przepisami działalność taką regulującymi - leżało uświadomienie sobie bezprawności zachowania polegającego na zignorowaniu treści art. 6 ugh, tj. działaniu wbrew przepisowi ustawy ugh, a w konsekwencji ich odpowiedzialności z uwagi na treść art. 107§1kks. Trudno więc zgodzić się z tym, że oskarżeni, którzy prowadzili ten rodzaj działalności na przestrzeni dłuższego czasu, nie mieli świadomości tej okoliczności i w sposób uzasadniony mogli 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 oskarżeni zajmujący się tego rodzaju działalnością, nie powinni podejmować zachowań, o których powinni wiedzieć, że nie tylko są sprzeczne z wolą ustawodawcy, ale mogą skutkować odpowiedzialnością karną. Oskarżeni, nie uzyskując koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie powstrzymali się jednak ze swoją działalnością do czasu ostatecznego wyjaśnienia omawianej kwestii, mimo tego, że nadal urzędy celne zajmowały kolejne automaty do gier i wszczynały kolejne postępowania o czyny z art. 107 § 1 kks, a wobec M. W. (2) zapadały kolejne wyroki skazujące, a tym samym akceptowali, że swoim zachowaniem naruszają przepis art. 6 ust 1 ugh, a przez to popełniają 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 ich działalności, które wskazywały im przecież na realną możliwość popełnienia przestępstwa. Tym bardziej, że art. 6 ust. 1 ugh obowiązywał w całym inkryminowanym czasie i w trakcie całej działalności oskarżonych. Wystąpienie zaś rozbieżności interpretacyjnych - co wynika z różnych orzeczeń czy poglądów - 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.).

Trzeba także wskazać, że w toku całego postępowania, oskarżeni D. K. i A. E. (1), którzy konsekwentnie odmawiali składania wyjaśnień, nie powoływali się na to, by w ogóle znane im były przepisy ustawy o grach hazardowych, by śledzili i analizowali 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, czy też by z analizy treści art. 4 ustawy z 12 czerwca 2015r. wywodzili, że okres dostosowawczy ich dotyczy w sposób wskazany przez sąd meriti w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. W takich okolicznościach, nie sposób przyjąć, by wykazano dowodami, że oskarżeni D. K. i A. E. (1) faktycznie znali orzecznictwo (...), orzecznictwo sądów powszechnych, Sądu Najwyższego oraz stanowisko doktryny w obszarze przepisów ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r., wskazujące, że brak notyfikacji Komisji Europejskiej przez rząd polski przepisów ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r., powoduje niemożność stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, 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, czy też brali pod uwagę przywołaną przez sąd w pisemnym uzasadnieniu treść art. 4 ustawy z 12 czerwca 2015r. i dokonywali jego interpretacji, a w rezultacie by oskarżeni działali co najmniej w nieświadomości karalności. Sąd I instancji, wydając wyrok nie mógł zatem realnie ocenić zamiaru i winy tychże oskarżonych przez pryzmat ich wiedzy w zakresie obowiązujących wykładni prawa w obszarze przepisów o grach hazardowych w czasie czynu i w okresie poprzedzającym, skoro oskarżeni na ten temat się nie wypowiedzieli. Brak jest zatem możliwości realnego wykazania dowodami w niniejszej sprawie, że ci oskarżeni opierali swoje przekonanie o legalności prowadzonej działalności w czasie zarzucanych im czynów na takich autorytetach jak (...), Sąd Najwyższy, sądy powszechne, czy interpretując obowiązywanie art. 6 ust. 1 ugh, art. 14 ust. 1 ugh, czy art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. właśnie w taki sposób jak to zaprezentowano w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Stąd, wobec braku sygnałów od oskarżonych D. K. i A. E. (1), by wiedzę w takich obszarach posiadali, należy uznać, że tego rodzaju argumenty nie znajdują żadnego umocowania i są nieprzekonujące. To zaś, że sąd orzekający dysponuje wiedzą w tym obszarze, nie oznacza automatycznie, że wiedzę taką mieli też oskarżeni i że nią się kierowali uznając, że działali legalnie z uwagi na wątpliwości co technicznego charakteru art. 6 ust. 1 ugh i art. 14 ust. 1 ugh. Sąd musi bowiem mieć podstawy, by ocenić zamiar oskarżonych w czasie czynu, a z pewnością brak stanowiska oskarżonych D. K. i A. E. (1) wyartykułowanego w wyjaśnieniach (do czego mieli zresztą pełne prawo) co do kwestii przepisów ustawy o grach hazardowych i ich wykładni, nie pozwala na zasadne przyjęcie, że oskarżeni tak interpretowali przepisy prawa, jak to zaprezentował w pisemnym uzasadnieniu sąd orzekający. Z przedstawionych względów, argumenty przytoczone przez sąd I instancji nie mogły być uwzględnione i nie uprawniały do wydania wyroku uniewinniającego.

W kontekście z kolei deklarowanej przez oskarżonego M. W. (2) znajomości przepisów czy orzecznictwa, jakie powstało na tle stosowania art. 107 § 1 kks oraz problematyki notyfikacyjnej, należy skonstatować, że niewątpliwie spotkał się on także z poglądami, które wskazywały na karalność czynu takiego jak mu zarzucano, stąd musiał brać pod uwagę, że jednak legalność jego działalności może być kwestionowana. Z powyższego wynika więc, że oskarżony znał treść przepisów ustawy hazardowej, wiedział o rozbieżnościach dotyczących interpretacji co do obowiązywania art. 6 ust. 1 i art. 14 ust.1 tej ustawy, wiedział, że część doktryny i orzecznictwa uznaje legalność tych przepisów, że jego zachowanie może naruszyć dany przepis, a to powoduje, że nie mógł odwoływać się do tego, że jego indywidualna interpretacja przepisów, nawet wsparta niektórymi orzeczeniami czy prywatnymi opiniami, z pewnością uwolni go od odpowiedzialności karnej. Stąd nie można było podzielić poglądu tegoż oskarżonego, iż wyselekcjonowane, tylko korzystne dla niego poglądy i orzeczenia, pozwolą na wykazanie, że działał on w warunkach błędu z art. 10 kodeksu karnego skarbowego, w tym w postaci błędnego przekonania, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność (art. 10§3kks) czy w postaci nieświadomości ich karalności (art. 10§4kks) i to usprawiedliwionych. Nawiązując do stanowiska tegoż oskarżonego, należy jeszcze raz podkreślić, że poza tym, że zapadały orzeczenia korzystne, tj. uniewinniające czy umarzające, to sądy wydawały też orzeczenia skazujące z art. 107§1kks, nadal też zatrzymywano automaty i wszczynano kolejne postępowania, a to powodowało wątpliwość co do tezy o legalności prowadzonej przez m.in. M. W. (2) działalności. Stąd takie zachowanie oskarżonego, który nadal prowadził w taki sam sposób swoją działalność, wskazuje tylko na to, że instrumentalnie wykorzystywał on wyselekcjonowane poglądy z orzecznictwa i doktryny, które miały wymowę dla niego korzystną (a także opinie prywatne), a całkowicie pomijał te poglądy i stanowiska czy orzeczenia, które były dla niego niekorzystne, by uzasadnić dalsze prowadzenie działalności wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, a w szczególności wbrew art. 6 ust. 1 ugh i art. 14 ust. 1 ugh.

Dodać należy, że skoro od odpowiedzialności karnej – w myśl art. 10 § 3 kks czy art. 10 § 4kks - uwalnia tylko usprawiedliwione błędne przekonanie, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność czy usprawiedliwiona nieświadomość karalności, a oskarżeni nie wskazali w wyjaśnieniach bądź w inny sposób, że dołożyli starań by poznać przepisy ustawy o ugh, lub by ze wszystkich orzeczeń, które zapadały na tle spraw dotyczących art. 107§1kks wydawano wyłącznie orzeczenia umarzające czy uniewinniające, to nie można przyjąć, by to wystarczyło do przyjęcia „usprawiedliwionego” stanowiska oskarżonych w tym zakresie i by wykluczyć możliwość dokonania ustalenia odnośnie istnienia po ich stronie zamiaru co najmniej ewentualnego, jak wskazuje sąd meriti. 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 § 3 kks czy art. 10 § 4kks, czy też tego, że oskarżeni działali nieumyślnie. Bowiem osoba, podejmująca działania polegające na urządzaniu lub prowadzeniu gry na automatach, w sytuacji gdyby chciała legalnie, bez narażania się na odpowiedzialność karno-skarbową, takie gry urządzać lub prowadzić – 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 powinna 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. Również i prowadzący taką grę musiałby zapoznać się z przepisami ugh i upewnić czy urządzający grę ma koncesje na kasyno i urządza grę w kasynie.

Sąd I instancji nie mógł zatem skutecznie powoływać się na, wykazaną dowodami, usprawiedliwioną nieświadomość karalności, czy usprawiedliwione błędne przekonanie u oskarżonych, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność.

Stąd nie można budować tezy o braku zawinienia oskarżonych na tle rozbieżności interpretacyjnych przepisów ugh, tym bardziej, że D. K. i A. E. (1) nawet nie zasygnalizowali, że znane im były przepisy ustawy o grach hazardowych, prawo unijne, orzecznictwo sądów krajowych, wyroki ETS, a nie skorzystano z wiedzy organu do tego kompetentnego (z oczywistych względów, tj. obawiając się że może dojść do stwierdzenia nielegalności działalności prowadzonej przez oskarżonych bez koncesji).

W tym miejscu należy także 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 prowadzenie przeciwko oskarżonym przez organy celne licznych postępowań o czyny z art. 107 § 1 kks oraz brak jakichkolwiek ze strony D. K. i A. E. (1) 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 możliwość potraktowania działania oskarżonych w kategoriach błędu do co okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego. W świetle powyższych okoliczności, a przede wszystkim wobec treści wyjaśnień oskarżonych, jako pozbawione wsparcia w materiale dowodowym, jawi się stanowisko sądu orzekającego wyrażone w pisemnym uzasadnieniu, iż zachodzą przesłanki do zastosowania art. 10 § 1 kks.

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 oskarżonych, jako podmiotach prowadzących 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.). 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 ciążył obowiązek zaznajomienia się z odpowiednimi przepisami i sprawca w sposób zawiniony tego obowiązku nie wypełnił to nieświadomość karalności czynu nie będzie usprawiedliwiona.

Reasumując, w sytuacji, gdy oskarżeni urządzali i prowadzili gry na automatach w punkcie gier, to oczywistym jest, że samo miejsce czynu wskazywało na to, że gry były urządzane poza kasynem, bez koncesji na kasyno. Ponadto z przeprowadzonego przez funkcjonariuszy celnych eksperymentu, oględzin zatrzymanych automatów do gier i z ekspertyzy, 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 punkt gier. Oskarżeni urządzając i prowadząc gry o powyższym charakterze bez koncesji na kasyno, ale też przy zignorowaniu wymowy pozostałych przepisów ugh, nie podporządkowali się więc obligatoryjnym przepisom ustawy o grach hazardowych, m.in. art. 6 ust. 1 ugh i art. 23 a ugh.

Z przedstawionych względów, należało podzielić stanowisko zawarte w apelacjach oskarżycieli publicznych, tak co do zasadności podniesionych w nich zarzutów, jak i w efekcie postulat o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy M. W. (2), D. K. i A. E. (1) sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, co też sąd odwoławczy, w oparciu o treść art. 437 § 2 kpk w zw. z art. 454 kpk w zw. z art. 113 § 1kks, orzekł.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy sąd rejonowy powinien przeprowadzić postępowanie dowodowe ponownie w całości i ocenić zgromadzony materiał dowodowy w zakresie zarzutów stawianych oskarżonym.