

Sygnatura akt VI Ka 840/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **27 marca 2017** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Dariusz Prażmowski

Protokolant Natalia Skalik-Paś

po rozpoznaniu w dniu 14 marca 2017 r.

przy udziale przedstawiciela Ś. Urzędu Celno-Skarbowego w K.-M. H.

sprawy **1. L. H., syna L. i M.**

ur. (...)

oskarżonego z art. 107§1 kks

2. A. Ś., syna J. i A.

ur. (...) w T.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionych przez pełnomocnika interwenienta ubocznego i obrońcę oskarżonego L. H.

od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach

z dnia 2 grudnia 2015 r. sygnatura akt VI K 867/14

na mocy art. 437 § 1 kpk, art. 636 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

2. zasądza od oskarżonego L. H. oraz interwenienta ubocznego (...) Sp. z o.o. na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w kwotach po 10 (dziesięć) złotych i wymierza oskarżonemu L. H. opłatę za II instancję w kwocie 2000 (dwa tysiące) złotych.

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach wyrokiem z dnia 2 grudnia 2015 r. w sprawie o sygnaturze akt VI K 867/14 orzekał w sprawie oskarżonych **L. H. i A. Ś.**

Sąd uznał oskarżonego L. H. za winnego popełnienia czynu polegającego na tym, że będąc Prezesem Zarządu Spółki (...) urządził od dnia 4 stycznia 2013 roku do dnia 5 marca 2013 roku w R. w lokalu (...) przy ul. (...) wbrew przepisom art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz.U. 201 z 2009 roku), gry na elektronicznym urządzeniu do gier typu (...) o numerze (...) wyczerpującego znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks i za to na mocy art. 107 § 1 kks w związku z art. 23 § 3 kks wymierzył mu karę grzywny w rozmiarze 200 stawek dziennych po 100 złotych.

Sąd na mocy art. 32 § 1 i 2 kks orzekł wobec oskarżonego L. H. środek karny w postaci ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów tj. urządzenia (...) o numerze (...) i środków pieniężnych znajdujących się w urządzeniu na rzecz Skarbu Państwa oznaczając ją na kwotę 5495 zł.

Sąd uznał oskarżonego A. Ś. za winnego tego, że w okresie od 4 stycznia 2013 roku do 5 marca 2013 roku w R. w lokalu (...) przy ulicy (...) jako osoba zajmująca się faktycznie sprawami gospodarczymi przedsiębiorcy K. Ś. doprowadził do podpisania przez przedsiębiorcę K. Ś. umowy o wspólnym przedsięwzięciu ze Spółką (...) Spółka z o.o. w W., na mocy której umożliwił Spółce wstawienie do lokalu urządzenia do gier typu (...) o numerze (...) i urządzenie na nim gier losowych wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, w zamian za miesięczną opłatę ryczałtową, czym w zamiarze, aby Spółka urzędzała gry losowe na powyższym urządzeniu w lokalu, ułatwił jej popełnienie czynu zabronionego, tj. popełnienia czynu wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 18 § 3 kk w związku z art. 20 § 2 kks i art. 107 § 1 kks w związku z art. 9 § 3 kks i za to na mocy art. 19 § 1 kk w związku z art. 20 § 2 kks i art. 107 § 1 kks w związku z art. 23 § 3 kks wymierzył mu karę grzywny w rozmiarze 50 stawek dziennych po 60 złotych.

Ponadto Sąd orzekł w przedmiocie kosztów nieopłaconej pomocy prawnej oskarżonego L. H. z urzędu oraz zwolnił oskarżonych od ponoszenia wydatków postępowania, którymi w całości obciążył Skarb Państwa oraz zwolnił oskarżonych od opłaty.

Apelację od wyroku wniósł pełnomocnik interwenienta ubocznego, zaskarżając wyrok w całości i zarzucając:

I. obrazę przepisów prawa materialnego, tj.

1. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (dalej „ugh”), poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na uzupełnieniu treści przepisu blankietowego art. 107 § 1 k.k.s. normą art. 6 ust. 1 ugh, a w konsekwencji wydanie wyroku skazującego oskarżonych i orzekającego środek karny w postaci ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów należących do interwenienta, pomimo bezskuteczności przepisów współtworzących zestaw znamion zarzucanych mu czynów zabronionych z art. 107 § 1 k.k.s., uwzględniając blankietowy charakter tego przepisu karnego oraz konieczność jego wypełnienia w drodze zastosowania art. 14 ust. 1 ugh i subsydialnego względem niego art. 6 ust. 1 ugh, które jako nienotyfikowane przepisy techniczne, w braku przekazania Komisji Europejskiej projektu ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 8 ust. 1 dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 2 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.U.UE.L.98.204.37 ze zm.), nie mogą być zastosowane wobec oskarżonego i interwenienta w tej sprawie, co stanowi inną okoliczność wyłączającą ściganie, potwierdzoną wiążącą wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUF.”), dokonaną wyrokiem z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213, C-214 i C-217/11 (FORT'UNA i inni) oraz wcześniejszym wyrokiem z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 (Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej);

2. art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r, Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.) (i wynikającej zeń zasady effet utile prawa Unii Europejskiej) w zw. z bezpośrednio skutecznym art. 8 ust. 1 dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 2 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, poprzez ich niezastosowanie i uznanie, że sąd krajowy nie ma obowiązku natychmiastowej i samodzielnej odmowy zastosowania przepisów krajowych (w postaci wypełniających blankietową normę art. 107 § 1 kks artykułów 6 ust. 1 i 14 ust. 1 ugh), które nie zostały notyfikowane Komisji Europejskiej wbrew dyspozycji dyrektywy 98/34/WE;

3. art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.) w związku z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej przez błędną ich wykładnię lub niezastosowanie polegające na zakwestionowaniu wagi orzeczenia interpretacyjnego TSUE z dnia 19.07.2012 r. w sprawach połączonych C - 213/11, C - 214/11 i C - 217/11 jako części wspólnotowego porządku prawnego - *acquis communautaire* - obejmującego wykładnię prawa unijnego o charakterze powszechnie obowiązującym, wiążącą wszystkie organy krajowe z klarownym

odniesieniem się w wyroku TSUE, że przepisy ugh o charakterze technicznym bezwzględnie podlegały obowiązkowi notyfikacji i bezzasadne przyjęcie, że każdy organ lub sąd krajowy ma prawo do wiążącego wypowiedzania się, czy notyfikacja Komisji Europejskiej przepisów technicznych zawartych w ugh była w ogóle potrzebna lub że brak notyfikacji przepisów art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 ugh pozostaje bez wpływu na możliwość stosowania sankcji karnej za działania jednostek sprzeczne z tymi przepisami.

Nadto w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów odnoszących się do bezskuteczności przepisów ustawy o grach hazardowych zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 19 lipca 2012 r., w sprawach połączonych C - 213/11, C - 214/11 i C - 217/11, oraz pozostałych naruszeń prawa materialnego, alternatywnie podniósł pełnomocnik zarzut:

II. obrazę przepisów postępowania, mających istotny wpływ na treść wyroku, tj.:

1. art. 4 k.p.k. i art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., polegające na złamaniu zasady obiektywizmu nakazującej uwzględnianie okoliczności także na korzyść oskarżonych i swobodnej oceny dowodów, a w szczególności poprzez:

a. pominięcie przez Sąd I instancji, w ocenie strony podmiotowej i przedmiotowej czynu zarzucanego oskarżonym, dowodu z dokumentów, tj. zaświadczenia od producenta urządzenia firmy (...) w języku czeskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym, opinii sporządzonej przez inż. J. K. (1) - biegłego sądowego w dziedzinie ekonomiki, kryminalistyki i cybernetyki oraz dwóch opinii prawnych autorstwa: prof. dr hab. S. P. oraz prof. dr hab. M. C. na okoliczność wykazania, iż symulatory gry (...) są urządzeniami do gier zręcznościowych oraz wykazania braku losowego charakteru gier prowadzonych na przedmiotowych urządzeniach, na okoliczność funkcjonowania kontrolowanego urządzenia w kontekście celu i charakteru prowadzonych na symulatorze gry (...) gier oraz braku losowego charakteru gier prowadzonych na przedmiotowych urządzeniach;

b. pominięcie przez Sąd I instancji, w ocenie strony podmiotowej i przedmiotowej czynu zarzucanego oskarżonym, dowodu z dokumentów, tj. protokołu z kontroli przeprowadzonej przez Urząd Celny w K., postanowienia o umorzeniu dochodzenia wydanego przez Urząd Celny w S. z dnia 30 listopada 2011 r., postanowienia o umorzeniu dochodzenia wydanego przez Urząd Celny w B. z dnia 28 października 2011 r. oraz dwóch postanowień o umorzeniu dochodzenia wydanego przez Urząd Celny w O. z dnia 13 czerwca 2011 r. oraz z dnia 23 grudnia 2011 r., na okoliczność wykazania, iż w analogicznej sprawie oskarżyciel umorzył dochodzenie i tym samym utwierdził oskarżonych w przekonaniu, co do zręcznościowego charakteru gier urządzanych na urządzeniach należących do spółki (...) Sp. z o.o.;

c. pominięcie przez Sąd I instancji, w ocenie strony podmiotowej czynu zarzucanego oskarżonym, dowodu z dokumentów, tj. orzeczeń wydanych przez sądy I i II instancji na terenie RP, prowadzonych w tym samym przedmiocie i obejmujących nie tylko porównywalny co w przedmiotowej sprawie czas popełnienia czynu ale i obejmujących późniejsze czasookresy, w których to sądy umarzały postępowania bądź uniewinniły oskarżonych, w tym również oskarżonego L. H., zaś oskarżyciel co do niektórych uznawał słuszność twierdzeń zawartych w orzeczeniach i nie wnosił środka zaskarżenia, na okoliczność wykazania, iż w analogicznych sprawach sądy krajowe umarzają postępowania lub uniewinniają oskarżonych od zarzutu urządzania lub prowadzenia gier na urządzeniach i tym samym utwierdziły oskarżonych w przekonaniu co do braku możliwości przypisania odpowiedzialności karnej z tego tytułu.

2. art. 167 k.p.k. w zw. z art. 92 k.p.k. w zw. z art. 32 § 1 i 2 k.k.s. poprzez przyjęcie wymienionych kwot równowartości pieniężnej przypadków przedmiotów jako równowartości urządzeń do gier, bez przeprowadzenia właściwych dowodów na ustalenie ich równowartości.

Podnosząc powyższe zarzuty pełnomocnik wniósł o zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonych od zarzucanych im czynów, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Apelację od wyroku wniósł obrońca oskarżonego L. H., zaskarżając wyrok w całości i zarzucając:

I. obrazę prawa materialnego, tj.

1. art. 107 § 1 k.k.s. poprzez jego wadliwą wykładnię i uznanie, że desygnatem pojęcia „urządzenie” jest zachowanie przypisane oskarżonemu (j. podpisanie i zawarcie umowy o wspólnym

przedsięwzięciu z dnia 4 stycznia 2013 r. bez - co ważne - ingerencji w oprogramowanie gier, podczas gdy przez „urządzenie” należy rozumieć działanie znacznie szersze, (takie jak objęte zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym układanie systemu gry, wynajęcie i przystosowanie lokalu, zatrudnienie i przeszkolenie pracowników, organizowanie gry, czyli czynności sprawcze, których oskarżonemu nie przypisano; a także - w razie uznania zarzutów dotyczących naruszenia norm procesowych i błędu w ustaleniach faktycznych - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, albowiem w ustalonym przez sąd I instancji stanie faktycznym nie można mówić o dokonaniu przez oskarżonego L. H. czynu zarzucanego, a co najwyżej o nie podlegającym penalizacji przygotowaniu do popełnienia tego przestępstwa poprzez podpisanie umowy i udostępnieniu symulatora gier w lokalu(...) w R..

2. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (dalej "ugh") poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na uzupełnieniu treści przepisu blankietowego art. 107 § 1 k.k.s. normą art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych i wydanie wyroku skazującego w stosunku do oskarżonych oraz orzeczenia wobec oskarżonego L. H. środka karnego w postaci ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku przedmiotu należącego do spółki (...) Sp. z o.o. pomimo bezskuteczności przepisów współtworzących zestaw ustawowych znamion zarzucanego oskarżonemu czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s.. uwzględniając blankietowy charakter tego przepisu karnego (jak również blankietowy charakter art. 2 ust. 5 ugh) oraz konieczność jego wypełnienia w drodze zastosowania art. 14 ust. 1 ugh i subsydialnym względem niego art. 6 ust. 1 ugh, które jako nienotyfikowane przepisy techniczne, w braku przekazania Komisji Europejskiej projektu ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 8 ust. 1 dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 2 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.U.UE.L.9S.204.37 ze zm.), nie mogą być zastosowane wobec oskarżonego w tej sprawie, co stanowi inną okoliczność wyłączającą ściganie, potwierdzoną wiążącą wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dokonaną wyrokiem z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213, C-214 i C-217/II (FORTUNA i inni) oraz wcześniejszym wyrokiem z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 (Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej).

W przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów obrońca zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku polegający na:

1. bezpodstawnym przyjęciu, że oskarżony L. H. jest winny popełnienia czynu wyczerpującego znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. polegającego na urządzeniu od dnia 4 stycznia 2013r. do dnia 5 marca 2013r. gier na elektronicznym urządzeniu do gier typu (...) o numerze: (...), wbrew przepisom art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. 201 z 2009), podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności z dokumentacji technicznej urządzenia w postaci zaświadczenia producenta urządzenia, opinii prawnych prof. C.. prof. P. oraz opinii czeskiego biegłego J. K. wynika, że oskarżony nie miał zamiaru popełnienia czynu opisanego w art. 107 § 1 k.k.s.. a co więcej w swoim zachowaniu kierował się informacjami zawartymi w w/w dokumentacji - co w konsekwencji doprowadziło Sąd Rejonowy do błędnego przyjęcia, że oskarżony popełnił zarzucane mu przestępstwo.

2. braku ustalenia, na czym polegało zachowanie oskarżonego przypisane mu w wyroku i opisane jako urządzenie gier na automacie (...) o nr (...) wbrew przepisom ustawy bez odniesienia się do konkretnych zachowań, które stanowić miały „urządzenie” tych gier oraz bez wskazania gier, które stanowić mogą przedmiot przestępstwa tym bardziej, że Sąd Rejonowy nie ustalił, jakie gry kontrolne przeprowadzili funkcjonariusze Urzędu Celnego w toku kontroli i czy te właśnie gry stanowiły przedmiot opinii biegłego sadowego wydanej w sprawie;

Obrońca zarzucił ponadto obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj.:

1. art. 413 § 2 pkt. 1 k.p.k., polegającą na tym, iż. w opisie czynu zawartym w akcie oskarżenia, a następnie powtórzonym w sentencji wyroku, sąd I instancji nie wskazał wszystkich ustawowych znamion zarzucanego oskarżonemu przestępstwa określonego w art. 107 §1 k.k.s., a to poprzez brak dokładnego opisu czynu przypisanego oskarżonemu w zakresie ustalenia postaci zamiaru z jakim działał oskarżony - ustalenie postaci zamiaru zostało pominięte zarówno w sentencji orzeczenia, jak i w treści jego uzasadnienia:

2. art. 424 § 1 pkt. 1 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. pol egające na niewyjaśnieniu w uzasadnieniu wyroku przyczyn pominięcia dowodu z dokumentów prywatnych przedłożonych do akt sprawy przez oskarżonego oraz interwenienta, a mianowicie - zaświadczenia producenta urządzeń (...), opinii prawnych prof. C. i prof. P., opinii czeskiego biegłego J. K., jak również licznych opinii sądowych innego polskiego biegłego sądowego dr inż. B. B., które zostały wydane w sprawach toczących się w analogicznych stanach faktycznych i których przedmiotem były tożsame urządzenia tj. symulatory gier o nazwie (...), wyposażone w to samo oprogramowanie, co urządzenie będące przedmiotem niniejszej sprawy, z których to dokumentów jednoznacznie wynikało, iż oskarżony swoim zachowaniem nie mógł zrealizować znamion strony podmiotowej i przedmiotowej zarzucanego mu przestępstwa skarbowego.

3. art. 167 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. i art. 201 k.p.k. poprzez ich niezastosowanie skutkujące niepowołaniu z urzędu kolejnego biegłego w sytuacji, gdy kwestionowana przez obronę treść opinii biegłego sądowego powołanego w niniejszej sprawie tj. A. C. stoi w oczywistej opozycji do treści zaświadczenia samego producenta urządzeń, prywatnych, specjalistycznych opinii złożonych do akt postępowania, a także przedłożonych w toku postępowania opinii wydanych przez biegłego sądowego dr inż. B. B. dotyczących tego samego typu urządzeń (...), z których wynikało, że przedmiotowe urządzenie nie podlega pod przepisy ustawy o grach hazardowych;

4. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. i art. 195 k.p.k. i art. 201 k.p.k. poprzez dopuszczenie dowodu i oparcie rozstrzygnięcia na wnioskach zawartych w opinii sporządzonej przez biegłego sądowego A. C. - biegłego sądowego z dziedziny mechaniki technicznej, ogólnej budowy i eksploatacji maszyn, teorii maszyn i techniki komputerowej przy Sądzie Okręgowym w Białymstoku, podczas gdy z uwagi na cel ekspertyzy, jakim było zbadanie, czy urządzenia zatrzymane do niniejszej sprawy podlegały przepisom ustawy o grach hazardowych, niezbędna jest wiedza z dziedziny mechaniki, elektromechaniki oraz elektroniki, co spowodowało, że opinia wydana przez biegłego C. nie spełniała kryteriów miarodajności, rzeczowości i zupełności, albowiem biegły ten nie posiadał stosownych kwalifikacji i wiedzy w tym zakresie oraz pomimo braku w niej elementów niezbędnych dla wykorzystania w postępowaniu karnym takich jak wskazanie metod badania, sprawozdania z czynności i spostrzeżeń, uzasadnienia wystąpienia wewnętrznej sprzeczności i niepełności, które Sąd zignorował, pomijając również fakt, iż rzeczony biegły przygotowuje identyczne w swej treści opinie w szeregu spraw opatrując je jedynie inną datą i nr. urządzenia, a nie wskazując rzeczywistego przebiegu badania oraz toku myślowego doprowadzającego go do stawianych wniosków, co niewątpliwie miało wpływ na treść wyroku poprzez poczynienie błędnych ustaleń faktycznych co do oceny charakteru urządzeń, których dotyczy przedmiotowa sprawa;

5. art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodu w postaci zeznań świadków J. B., J. D. oraz Z. B. - funkcjonariuszy celnych, a w konsekwencji przyznanie tym dowodom waloru wiarygodności, w sytuacji gdy świadkowie ci są pracownikami podmiotu pełniącego w niniejszym postępowaniu funkcję oskarżyciela publicznego i z racji podległości służbowej są zainteresowani uzyskaniem korzystnego rozstrzygnięcia dla pracodawcy, co miało wpływ na treść wyroku przez poczynienie przez sąd I instancji błędnych ustaleń faktycznych odnośnie charakteru urządzenia (...) nr (...) i tym samym przyjęcie, że oskarżony zrealizował znamiona strony przedmiotowej zarzucanego mu czynu;

6. art. 4 k.p.k. i art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. pominięcie przez sąd I instancji, w ocenie strony podmiotowej czynu zarzucanego oskarżonemu, dowodu z dokumentów, tj. orzeczeń wydanych przez sądy I i II instancji na terenie RP, prowadzonych w tym samym przedmiocie i obejmujących nie tylko porównywalny co w przedmiotowej sprawie czas popełnienia czynu, ale i obejmujących późniejsze czasookresy, w których to sądy umarzały postępowania bądź uniewinniły oskarżonych, w tym również, oskarżonego L. H., zaś oskarżyciel co do niektórych uznawał słuszość twierdzeń zawartych w orzeczeniach i nie wnosił środka zaskarżenia, na okoliczność wykazania, iż w analogicznych

sprawach sądy krajowe umarzają postępowania lub uniewinniają oskarżonych od zarzutu urządzania lub prowadzenia gier na urządzeniach i tym samym utwierdziły oskarżonego w przekonaniu co do braku możliwości przypisania mu odpowiedzialności karnej z tego tytułu.

7. art. 167 k.p.k. w zw. z art. 92 k.p.k. w zw. z art. 32 § 1 i 2 k.k.s. poprzez przyjęcie wymienionej kwoty równowartości pieniężnej przedmiotu jako równowartości urządzenia do gier. bez przeprowadzenia właściwych dowodów na ustalenie jego równowartości.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca wniósł o zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Wywiedzione apelacje nie zasługiwały na uwzględnienie.

Wbrew wywodom zawartym w apelacjach Sąd I instancji poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, w oparciu o właściwie zebrany i oceniony materiał dowodowy, a swoje stanowisko uzasadnił w sposób należyty, zgodny z art. 424 k.p.k.

Zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku byłby słuszny jedynie wtedy, gdyby Sąd I instancji oparł wyrok swój na faktach nieznajdujących potwierdzenia w wynikach przeprowadzonego postępowania dowodowego.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku nie może sprowadzać się do samej tylko odmiennej oceny materiału dowodowego, lecz powinien polegać na wykazaniu, jakich uchybień w świetle wskazań wiedzy oraz doświadczenia życiowego dopuścił się sąd I instancji w dokonanej ocenie materiału dowodowego. Zarzut błędu w ustaleniach faktycznych jest tylko wówczas słuszny, gdy zasadność ocen i wniosków wyprowadzonych przez sąd orzekający nie odpowiada prawidłowości logicznego rozumowania, a stawiając zarzut ten należy wykazać jakich konkretnych uchybień w zakresie logicznego rozumowania dopuścił się Sąd I instancji, zatem krytyka odwoławcza, aby była skuteczna, musi wykazać usterki rozumowania zaskarżonego orzeczenia (tak wyrok Sądu Najwyższego z 22 stycznia 1975 r., sygn. I KR 197/74 - OSNKW 1975/5/58; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 lipca 1995 r., sygn. II AKr 182/95 - Prok. i Pr. 1996/2-3/24; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 czerwca 1992 r., sygn. II AKr 116/92 - KZS 1992/3-9/129).

Oczywistym także jest, iż nie ma żadnej reguły dowodowej, która nakazywałaby uwzględnienie tylko relacji korzystnych dla oskarżonego. Swobodna ocena dowodów, jako jedna z naczelnych zasad prawa procesowego nakazuje, aby Sąd orzekający oceniał znaczenie, moc i wiarygodność materiału dowodowego w sprawie na podstawie wewnętrznego przekonania z uwzględnieniem wskazań wiedzy oraz doświadczenia życiowego, przy czym obowiązująca procedura karna nie przewiduje zasady wartościowania dowodów ani też prymatu dowodów korzystnych dla oskarżonego nad dowodami przemawiającymi na jego niekorzyść. W tym zakresie ciężar spoczywa właśnie na dyrektywie zawartej w przepisie art. 7 k.p.k., która określa reguły obowiązujące przy dokonywaniu oceny dowodów i przyjmowania ich za podstawę dokonywanych ustaleń (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 1997r. sygnatura akt II KKN 159/96; Prok. i Pr. 1998/2/7).

Odnosząc się do zarzutów apelacji trzeba zauważyć kilka kwestii.

Zarzuty dotyczące nienotyfikowania przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych i tym samym naruszenia art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych przez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na uzupełnieniu treści przepisu blankietowego art. 107 § 1 k.k.s. normą art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie są zasadne i nie mogły być skuteczne. Obecnie nie budzi wątpliwości, że przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie jest przepisem technicznym, co potwierdził i przesądził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrokiem z dnia 13 października 2016r. w sprawie C-303/15, wydając orzeczenie

dotyczące wniosku o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożonego przez Sąd Okręgowy w Łodzi postanowieniem z dnia 24 kwietnia 2015 r. Z tego judykatu wynika, że przepis krajowy, taki jak art. 6 ust. 1 ugh, nie wchodzi w zakres pojęcia „przepisów technicznych” w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, podlegających obowiązkowi zgłoszenia na podstawie artykułu 8 ust. 1 tej samej dyrektywy, którego naruszenie jest poddane sankcji w postaci braku możliwości stosowania takiego przepisu. Powoływanie się na brak notyfikacji tego przepisu ustawy o grach hazardowych nie mogło prowadzić do ekskulpacji oskarżonych.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 października 2016r., w sprawie C#303/15, rozwiął wątpliwości dotyczące kwestii notyfikacji ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z dnia 30 listopada 2009 r.). Po pierwsze TSUE wykazał, że taki przepis jak art. 6 ust. 1 ustawy nie stanowi „przepisu technicznego” w rozumieniu dyrektywy 98/34, a taki charakter posiada wyłącznie art. 14 tej ustawy. Po wtóre potwierdzając, że art. 1 dyrektywy 98/34 należy interpretować w ten sposób, iż przepis techniczny w rozumieniu tej dyrektywy, podlegający obowiązkowi zgłoszenia na podstawie art. 8 ust. 1 tej samej dyrektywy, a nie zgłoszony poddany jest sankcji w postaci braku możliwości stosowania takiego przepisu.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 listopada 2016r., w sprawie o sygn. akt I KZP 8/16, zwrócił uwagę na to, że przepis art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych nie mieści się w grupie przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. W uchwale z dnia 19 stycznia 2017 roku, w sprawie o sygn. akt I KZP 17/16, Sąd Najwyższy stwierdził, że 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 1998r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21.07.1998r., 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, natomiast art. 6 ust. 1 tej ustawy 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.

Z podanych względów nie ma aktualnie już żadnych podstaw do przyjęcia, iż przepis art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych ma charakter przepisu technicznego.

Sąd Rejonowy zasadnie zatem uznał, że istnieją podstawy do stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych dopełniających znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks, zwłaszcza zaś art. 6 ustę 1 tejże.

Chybione są zarzuty dotyczące braku odniesienia się czy też braku przeprowadzenia dowodu z dokumentów, tj. orzeczeń wydanych przez sądy I i II instancji na terenie RP, prowadzonych w tym samym przedmiocie i obejmujących nie tylko porównywalny co w przedmiotowej sprawie czas popełnienia czynu ale i obejmujących późniejsze czasookresy, w których to sądy umarzały postępowania bądź uniewinniły oskarżonych, także w zakresie w ocenie strony podmiotowej znamion czynu zarzucanego oskarżonym bowiem utwierdziły one oskarżonych w przekonaniu co do braku możliwości przypisania odpowiedzialności karnej z tego tytułu.

Po pierwsze należy wskazać na zasadę samodzielności jurysdykcyjnej sądu wynikającą z art. 8 k.p.k. zatem brak było konieczności odnoszenia się do innych orzeczeń zapadłych w innych postępowaniach. Natomiast co do przekonania oskarżonych o „braku możliwości przypisania odpowiedzialności karnej z tego tytułu” (nota bene charakterystyczne jest, iż obrońca i interwenient nie wskazują na przekonanie oskarżonych o legalności podjętych działań) należy zauważyć iż brak podstaw do przyjęcia, iżby oskarżeni działali w nieświadomości karalności zarzucanego im przestępstwa skarbowego i to w nieświadomości usprawiedliwionej, o której mowa w art. 10 § 4 kks. Badając formułę usprawiedliwienia należy odwoływać się do wzorca osobowego zachowania przeciętnego obywatela, przy czym w wypadku prawa karnego skarbowego wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie

wymagań, bowiem odnosi się on do działań profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który dla zarobku zamierza prowadzić działalność ze świadomością jej reglamentowania przez państwo. Dlatego też przyjęć należy ponad wszelką wątpliwość iż oskarżeni od początku był świadomi byli rzeczywistego charakteru urządzenia, które wstawione zostało do lokalu (...) w R., a na którym urządzane były gry losowe wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych. Oskarżeni jako doświadczeni przedsiębiorcy (w szczególności L. H. wobec którego miały się przecież toczyć inne postępowania dotyczące urządzania gier na automatach – co podnoszone jest w apelacji obrońcy), mieli świadomość charakteru urządzenia, które wstawione zostało do lokalu (...) w R.. L. H. jako doświadczony przedsiębiorca, mający doświadczenie w branży urządzania gier na automatach, miał świadomość charakteru posiadanych automatów do gier, przy jednoczesnym braku wykorzystania sposobów prawem przewidzianych, jak choćby złożenia właściwego wniosku do Ministra Finansów o ostateczne ustalenie w trybie art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych charakteru danych urządzeń. Mając świadomość wielu spraw dotyczących działalności o podobnym charakterze i przypadków kwestionowania legalności automatów do gier (skoro apelacja powołuje się na liczne inne orzeczenia w tym zakresie, także dotyczące L. H.) byłoby to zachowanie racjonalne i świadczące o braku zgody na ewentualność naruszania prawa (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 IV 2014r., sygn. V KK 344/13; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 III 2015r., sygn. IV KK 369/14).

Nietrafne są zatem zarzuty jakoby oskarżeni nie mieli świadomości rzeczywistego charakteru urządzenia, które wstawione zostało do lokalu (...) w R., nadto by w tym zakresie błędnie nie poczyniono ustaleń co do zamiaru z jakim działali oskarżeni, bowiem ponad wszelką wątpliwość było to działanie umyśle, mające na celu osiągnięcie zysku z prowadzonych gier na automatach i urządzanie na nim gier losowych wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych.

Charakter urządzenia, które wstawione zostało do lokalu (...) w R. przesądzał także o tym iż od momentu jego uruchomienia wypełnione zostało znamię urządzania gier losowych na tym urządzeniu i brak podstaw do przyjęcia że miałyby być to tylko przygotowanie do popełniania przestępstwa bo trudno sobie wyobrazić jak w taki razie miałyby wyglądać dalsze czynności sprawcze. W ocenie Sądu Okręgowego uruchomienie urządzenia oznaczało już wypełnienie znamienia urządzania gier na tym urządzeniu.

Prawidłowo Sąd orzekający ustalił, że gry urządzane na urządzeniu typu (...) o numerze (...) miały charakter losowy, co wynika z przebiegu eksperymentu przeprowadzonego przez funkcjonariuszy Służby Celnej oraz z treści ich zeznań. Podkreślenia wymaga, że cała ingerencja gracza w przebieg gier polegała, po ich uruchomieniu, na naciśnięciu jednego przycisku „Start”, w czasie gdy ten był podświetlony (aktywny). Nie mogło tu być zatem mowy o żadnej zręczności czy choćby sprawności manualnej, a wynik gier nie był zależny w pełni od umiejętności gracza, bowiem grający, po uruchomieniu gry, nie był bowiem w stanie w żaden sposób wpłynąć na jej wynik, ani przewidzieć jaki będzie końcowy układ symboli (kart) uzyskany na zatrzymanych bębnach, o wynikach gier decydował algorytm gry i przypadek, zatem w tym wyrażał się ich losowy charakter. Na losowość badanych urządzeń wskazywał eksperyment przeprowadzony „na gorąco” przez funkcjonariuszy celnych, co z kolei koresponduje z treścią zeznań J. B., w których opisuje on szczegółowo przebieg prowadzonych przez siebie gier kontrolnych. Trafnie Sąd oparł się na opinii A. C., zaś fakt iż z treścią opinii nie zgadzają się oskarżeni i interwenient nie stanowi podstawy do powoływania innego biegłego w sytuacji gdy treść opinii nie została skutecznie podważona do jej jasności, kompletności czy spójności. Odnosząc się do argumentów jakoby opinie dr inż. B. B. wskazywały iż gry urządzane na urządzeniach typu (...) miały charakter zręcznościowy wypada zwrócić uwagę iż w tych opiniach brak jest stwierdzenia w jaki sposób gracz miałby możliwości wpływu na przebieg gry po jej uruchomieniu, a opinie wskazują tylko iż gracz ma możliwość wyboru stopnia trudności a operując przyciskiem start musi wykazać się refleksem (karta 1275v, 1257, 1251, 1239v). Nie sposób w oparciu o przytoczony opis ustalić iż istotnie gracz ma możliwość wpływu na przebieg gry i w jaki sposób jest to realizowane, zaś przecież na opinie tego biegłego powołuje się apelacja kwestionując treść opinii A. C., mimo iż brak ku temu podstaw.

W zakresie ustalenia wartości urządzeniu do gier typu (...) o numerze (...) jako podstawy do ustalenia kwoty równowartości pieniężnej przedmiotu należy zauważyć, iż przyjęto wartość tego urządzenia przy zatrzymaniu na kwotę 7200 zł (karta 8) i wartość ta nie była przez strony kwestionowana, zatem trudno przyjęć, by Sąd ustalając przepadek równowartości przy przyjęciu wartości urządzenia na kwotę 5000 zł popełnił błąd.

Reasumując, kontrola przeprowadzona przez Sąd Okręgowy wykazała, że ocena całości materiału dowodowego dokonana przez Sąd I instancji, poparta zasadami logiki i doświadczenia życiowego, uznana musi być za trafną i prowadzącą do trafnych ustaleń faktycznych. Sąd I instancji właściwie wskazał na jakich dowodach oparł się czyniąc określone ustalenia faktyczne oraz przytoczył argumenty, którymi kierował się przy ocenie poszczególnych dowodów. Dokonana przez Sąd ocena dowodów nie wykracza poza granice swobodnej oceny dowodów a ustalenia przez Sąd poczynione znajdują oparcie w zebranych materiale dowodowym.

Nie potwierdziła zatem kontrola przeprowadzona przez Sąd Odwoławczy, by Sąd Orzekający dopuścił się w zaskarżonym wyroku błędów w ustaleniach faktycznych, bowiem Sąd oparł swój wyrok na faktach, które znajdują oparcie w wynikach postępowania dowodowego, a wnioski wysnute z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego zgodne są z prawidłami logicznego rozumowania.

Wina oskarżonych w świetle zebranego materiału dowodowego nie budzi wątpliwości, podobnie jak i zastosowana przez Sąd I instancji kwalifikacja prawna czynów.

Nie znalazł również Sąd Okręgowy powodów do kwestionowania orzeczenia w zakresie kary bowiem należy zaznaczyć, że o rażącej niewspółmierności kary w rozumieniu art. 438 pkt. 4 k.p.k. nie można mówić w sytuacji, gdy Sąd wymierzając karę uwzględnił wszystkie okoliczności wiążące się z poszczególnymi ustawowymi dyrektywami i wskaźnikami jej wymiaru. O rażącej niewspółmierności kary nie można mówić wówczas, gdy granice swobodnego uznania sędziowskiego stanowiącego ustawową zasadę sądowego wymiaru kary nie zostały przekroczone.

W ocenie Sądu Okręgowego stanowisko Sądu pierwszej instancji w zakresie wymierzonych kar zasługuje na pełną akceptację, zaś kary w pełnym zakresie uwzględniają wszelkie okoliczności mające wpływ na ich wymiar, są adekwatne do stopnia zawinienia i wykazanego przez oskarżonych natężenia złej woli.

Nie znajdując zatem podstaw do uwzględnienia zarzutów podniesionych w apelacji obrońcy oskarżonych, Sąd Okręgowy utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

Wobec nieuwzględnienia apelacji kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze obciążył skarżących wyrok.