

Sygnatura akt VI Ka 158/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **24 marca 2017 r.**

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

Przewodniczący SSO Marcin Schoenborn

Protokolant Kamil Koczur

przy udziale S. B.Przedstawiciela Ś.Urzędu (...) w K. oraz Grzegorza Popławskiego Prokuratora Prokuratury Rejonowej w T.

po rozpoznaniu w dniu 24 marca 2017 r.

sprawy **D. M.** ur. (...) we W.

syna S. i S.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach

z dnia 16 listopada 2016 r. sygnatura akt VI K 610/16

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk, art. 636 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks

1. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 1 w ten sposób, że przyjmuje, iż czyn przypisany oskarżonemu polegał na tym, że w dniu 9 grudnia 2015 r. w lokalu o nazwie J. (...) w P. przy ul. (...) wbrew art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych urządził gry o wygrane rzeczowe zawierające element losowości na urządzeniach elektronicznych o nazwach(...), (...) oraz (...);

2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 20 (dwadzieścia) złotych oraz wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 500 (pięćset) złotych.

Sygn. akt VI Ka 158/17

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 24 marca 2017 r. sporządzone w całości na wniosek obrońcy

Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach wyrokiem z dnia 16 listopada 2016 r. sygn. akt VI K 610/16 uznał oskarżonego D. M. za winnego popełnienia zarzucanego mu przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks polegającego na tym, że w dniu 9 grudnia 2015 r. urządził w lokalu (...) w P. przy ul.(...) gry komercyjne zawierające element losowości o wygrane pieniężne lub rzeczowe, wypełniające definicję art. 2 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009 r. Nr 201 poz. 1540 ze zmianami) na urządzeniach elektronicznych o nazwie (...), (...) oraz (...), w szczególności bez wymaganego zezwolenia oraz bez rejestracji automatów, poprzez naruszenie art. 6 ust. 1 (urządzanie

gier bez koncesji), art. 14 ust. 1 (urządzanie gier poza kasynem gry) oraz art. 23a (bez rejestracji automatów) ww. ustawy i za to na mocy art. 107 § 1 kks w zw. z art. 23 § 1 i 3 kks wymierzył oskarżonemu karę grzywny w ilości 50 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 złotych (pkt 1 wyroku). Dalej na mocy art. 30 § 5 kks orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa w/w urządzeń elektronicznych oraz trzech kluczy do automatów i dwóch pilotów do automatów (pkt 2 wyroku). Z kolei w oparciu o przepisy art. 627 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych obciążył oskarżonego kosztami sądowymi obejmującymi wydatki w kwocie 70 złotych oraz opłatę w kwocie 500 złotych.

Apelację od tego wyroku złożył obrońca. Zaskarżył orzeczenie w całości na korzyść oskarżonego i zarzucając mu obrazę przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na jego treść, a to art. 366 § 1 kpk, art. 7 kpk, art. 10 § 4 kks, nadto szereg błędów w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku i mających wpływ na jego treść, a z ostrożności procesowej także naruszenie prawa materialnego w postaci przepisów określających fundamentalne zasady prawa Unii Europejskiej oraz regulacji określających odpowiedzialność za wykroczenie skarbowe z art. 107 § 4 kks, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, względnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Apelacja obrońcy okazała się zasadną w części, co jednak mogło poskutkować jedynie korektą zaskarżonego wyroku polegającą na zmodyfikowaniu opisu czynu przypisanego oskarżonemu i dostosowaniu go do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego, w dalszym ciągu jednak świadczącego o popełnieniu przez D. M. przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks.

Skarżący pomimo obszerności wywiedzionego środka odwoławczego i podniesieniu w nim szeregu rozbudowanych zarzutów, zasadniczo w dwojaki sposób nie zgadzał się z przypisaniem oskarżonemu winy. Po pierwsze twierdził, iż oskarżony nie był świadom, że zabezpieczone urządzenia elektroniczne służyły do urządzania gier na automatach w rozumieniu ustawy o grach hazardowych, a nawet wyrażał wątpliwość, czy rzeczywiście miały on taki charakter. Po wtóre w istocie uważał, iż oskarżony z przyczyn usprawiedliwionych miał nie być świadom karalności zarzuconego mu zachowania, a to w kontekście wieloletnich sporów prawnych o skutki braku notyfikacji przepisów technicznych ustawy o grach hazardowych, które miał naruszyć i przez to dopiero wypełnić znamiona określone blankietowo w art. 107 § 1 kks, a także ze względu na regulację art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r. poz. 1201).

Co do pierwszego z wyżej wymienionych twierdzeń, Sąd Rejonowy miał zdaniem skarżącego pominąć część zgromadzonego materiału dowodowego, a nadto wadliwie ocenić zeznania funkcjonariuszy celnych przeprowadzających kontrolę przestrzegania przepisów ustawy o grach hazardowych w lokalu J. w dniu 9 grudnia 2015 r..

Nie wiedzieć jednak czemu miałby kierować się Sąd I instancji „prywatnymi” opiniami technicznymi Z. S., nawet jeśli jest on stałym biegłym sądowym, kiedy rzeczony ekspertyzy już tylko po pobieżnej lekturze ich treści nie dają najmniejszych podstaw do przyjęcia, że dotyczą konkretnie urządzeń zabezpieczonych w lokalu J. w dniu 9 grudnia 2015 r.. Zabezpieczonymi wówczas zostały przecież bezsprzecznie urządzenia elektroniczne o oznaczeniach: (...), (...) i (...), co wynika z protokołu wspomnianej kontroli, jak i z utrwalonych w postaci zapisów audio-video oględzin tych urządzeń i z ich wykorzystaniem przeprowadzonych w formie eksperymentu gier kontrolnych. Z kolei przywołane opinie techniczne dotyczą urządzeń oznaczonych jako: (...) numer seryjny(...), (...) numer seryjny (...) i (...)numer seryjny (...). Poza tym już tylko wyniki przeprowadzonych eksperymentów na zabezpieczonych urządzeniach dowodziły, iż gdyby nawet dostrzeżony przez Z. S. w ocenianych przez niego urządzeniach element zręcznościowy miał cechować przedmiotowe automaty, nie świadczyłoby to w najmniejszym stopniu, że gry na nich urządzane z wykorzystaniem grafik wyświetlanych na ekranach nie miały charakteru losowego, czy też nie zawierały elementu losowości. Należało przecież uwzględnić faktyczne przeznaczenie urządzeń. Wskazania doświadczenia życiowego podpowiadają wystarczająco pewnie, że były one udostępniane grającym nie po to, by ci przycisk „start”

naciskali akurat w momencie jego podświetlenia, nota bene występującego regularnie w stałych odstępach czasu, lecz po to, by w zależności od gry uzyskali taki, a nie inny układ grafik na ekranie, zależny już tylko wyłącznie od przypadku. W tym zaś niewątpliwie wyrażała się losowość, której w żadnym stopniu eliminować nie mógłby przedstawiony element zręcznościowy. Tymczasem dla autora opinii technicznych, wbrew elementarnej logice i zdrowemu rozsądkowi, miał on na tyle dominować (dlatego zapewne, że grający miał uciekać ze wzrokiem z ekranu celem kontrolowania momentów podświetlenia przycisku „start”), że element przypadku występujący w grach pojawiających się na ekranie w istocie dla grającego miał nie mieć znaczenia, a zatem był zmarginalizowany do takiego poziomu, który nie pozwalał twierdzić, że gry mają charakter losowy. Tego rodzaju wypowiedź, osoby tytułującej się biegłym sądowym, dowodzi natomiast w przekonaniu Sądu Okręgowego jedynie tego, iż jej autor zdaje się nie być godzien pełnienia roli procesowej, do której predestynuje go wpis na listę stałych biegłych sądowych, gdyż za pieniądze branży hazardowej z powołaniem się na posiadane wiadomości specjalne był gotów poświęcić własny autorytet.

W powyższym kontekście oczywistym być też musi, właśnie uwzględniając wskazania doświadczenia życiowego, że oskarżony musiał sobie w pełni zdawać sprawę z rzeczywistego charakteru przedmiotowych urządzeń. Gdyby było inaczej, nie posilkowałby się, czy to pozostawiając w lokalu, w którym urządzenia były eksploatowane, czy też przedkładając za pośrednictwem obrońcy do akt sprawy, nic niewartymi prywatnymi ekspertyzami, mającymi ze swej istoty chronić go przed odpowiedzialnością za urządzenie gier na automatach reglamentowane ustawą o grach hazardowych. Trafnie dostrzegł to Sąd I instancji. Z żadnego z orzeczeń, na które powoływał się skarżący, nie wynikało natomiast, by kiedykolwiek organy państwa inaczej kwalifikowały identyczne urządzenia, co miałyby wzbudzić w oskarżonym przekonanie, iż służą do urządzania gier zręcznościowych.

W konsekwencji nieodzownym logicznie był wniosek, że musiał być również oskarżony świadom tego, że zgodnie z powołaną ustawą na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach posiadać powinien koncesje na prowadzenie kasyna gry (art. 6 ust. 1), a gry na automatach urządzać powinien wyłącznie w kasynach gry (art. 14 ust. 1). Tym samym orientować się też musiał w regulacji nakazującej rejestrację eksploatowanych urządzeń (art. 23a ust. 1). Do żadnego z tych ograniczeń niewątpliwie się też nie zastosował, bynajmniej jednak nie z niewiedzy, co dowodzi, że chciał tego. Odrębnym zagadnieniem pozostaje natomiast, czy miał prawo być przekonany, że może tak postąpić bez ryzyka poniesienia odpowiedzialności, w tym karno-skarbowej. O tym poniżej.

Nie może zaś budzić najmniejszych wątpliwości w okolicznościach sprawy, że gry na zabezpieczonych urządzeniach były grami na automatach w rozumieniu ustawy o grach hazardowych, a konkretnie w postaci zdefiniowanej w art. 2 ust. 3 i 4. Taka też została oskarżonemu ostatecznie w istocie przypisana, czego zdawał się skarżący w ogóle nie zauważać. Ewidentnie zawierały element losowości, o czym była mowa powyżej. Nadto urządzone były o wygrane rzeczowe polegające na możliwości przedłużenia gry bez konieczności wpłaty stawki za udział w grze, a także dawały możliwość rozpoczęcia nowej gry przez wykorzystanie wygranej rzeczowej uzyskanej w poprzedniej grze. Wynikało to niezbitnie w sposób czytelny i wyrazisty, a nie infantylny, z przeprowadzonych w formie eksperymentu gier kontrolnych na każdym z urządzeń, należycie przy tym udokumentowanych i utrwalonych. Dla stwierdzenia wskazanego charakteru urządzeń nie trzeba zaś było legitymować się szczególnymi kwalifikacjami. Wystarczyły te, którymi dysponował funkcjonariusz celny przeprowadzający owe gry kontrolne. Poza tym definicja wygranej rzeczowej, o której mowa w art. 2 ust. 4 ustawy o grach hazardowych, nie wymaga określania wartości takiej wygranej rzeczowej, ani też ustalania czasu, o jaki wygrana przedłuża grę bez konieczności wpłaty stawki za udział w niej, czy tym bardziej, ile i jakich gier rozegranie umożliwić ma wygrana uzyskana w poprzedniej grze. Bynajmniej nic takiego nie wynikało również z wydanej w poprzednim stanie prawnym uchwały Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2007 r w sprawie I KZP 14/07, a to w kontekście treści ówczesnego art. 2 ust. 2a i 2b ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych, nie zawierającego przecież, inaczej jak to jest pod rządami ustawy o grach hazardowych, definicji legalnej wygranej rzeczowej. Tym samym zgodzić należało się z Sądem Rejonowym, że niepotrzebna była w sprawie wiedza specjalistyczna, a dla stwierdzenia charakteru urządzeń poprzestać należało na analizie zapisów z gier kontrolnych. Te z kolei prowadziły do jednoznacznych wniosków, których w najmniejszym stopniu nie mogły podważać czy osłabiać relacje przesłuchanych funkcjonariuszy celnych, nawiązujące przecież do przebiegu i wyniku czynności, w których uczestniczyli, a które zostały udokumentowane nie tylko w formie pisemnej (protokolarnej),

ale również na zapisach audio-video, wyraziście obrazujących okoliczności, o których wskazani świadkowie musieli opowiedzieć przed sądem, nie rzadko nie pamiętając już szczegółów. W każdym bądź razie nie mieli oni wątpliwości co do charakteru urządzeń. Wręcz M. P. zasygnalizował nieścisłość w protokole z eksperymentu w odniesieniu do urządzenia (...) i podanej w nim wypłaty wygranej pieniężnej. Okazało się bowiem, właśnie na podstawie nagrania, iż owo urządzenie, tak jak(...), gwarantowało jedynie wygrane rzeczowe w rozumieniu art. 2 ust. 4 ustawy o grach hazardowych.

Nieprawidłowo zatem Sąd Rejonowy ustalił i przypisał oskarżonemu, że choćby jedno z urządzeń zapewniało wypłatę wygranej pieniężnej, tym bardziej że zgodzić należało się z apelującym, iż okoliczności tej nie sposób było pewnie stwierdzić, bez czynienia niekorzystnych dla D. M. domniemań, a zakazanych przez art. 5 § 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, jedynie w oparciu o potencjalną możliwość stosowania rozliczeń finansowych z grającym z pominięciem urządzenia w związku z pozbawieniem go tzw. (...). Nie zostały przecież w sprawie zabezpieczone żadne przedmioty, które tego rodzaju rozliczeń by dowodziły w tym konkretnym przypadku, w szczególności chodzi o banknoty 20 złotych i 10 złotych o łącznym nominale 2.000 złotych, które w krytycznym czasie posiadać miała prowadząca obsługę lokalu I. M., a które zdaniem dwójki kontrolerów z Urzędu Celnego w osobach M. K. i J. S. mogły jedynie świadczyć o prowadzeniu owych rozliczeń. Nie mniej M. K. zeznał, iż odnośnie przeznaczenia tych środków były wątpliwości, dlatego nie zostały zajęte (k. 201). Z kolei wedle J. S. w ogóle nie było podstaw do ich zatrzymania (k. 201v). Rację ma też obrońca podnosząc, że zabezpieczony w lokalu zeszyt obrazował jedynie godziny pracy personelu.

Odnosząc się natomiast do tego aspektu sprawy, który zdaniem apelującego winien był doprowadzić Sąd Rejonowy do zastosowania art. 10 § 4 kks, przypomnienia wymaga, że oskarżony był świadom, że w krytycznym czasie i miejscu urządzał gry na przedmiotowych urządzeniach bez ich zarejestrowania poza kasynem gry bez posiadania koncesji na jego prowadzenie i chciał tego.

W tym miejscu trzeba jednak podkreślić, że nie można oskarżonemu skutecznie zarzucać postępowania wbrew art. 23a ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Oskarżyciel z Urzędu Celnego, a w ślad za nim Sąd Rejonowy, nie zauważyli, iż przywołany przepis adresowany jest wyłącznie do podmiotów posiadających koncesje lub zezwolenie na prowadzenie działalności m.in. w zakresie gier na automatach. Tylko takie podmioty mogą bowiem ubiegać się u naczelnika urzędu celnego o zarejestrowanie takiego urządzenia. Oznacza to, iż podmiot prowadzący działalność w zakresie gier na automatach bez koncesji na prowadzenie kasyna gry, eksploatujący w związku z tym niezarejestrowane automaty lub urządzenia do gier, naruszać może wyłącznie art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Obrońca twierdził jednak, że oskarżony nie może ponosić odpowiedzialności karno-skarbowej, albowiem miał działać w usprawiedliwionej nieświadomości karalności zarzuconego mu czynu. Miał być bowiem przede wszystkim tak naprawdę zdezorientowany w obliczu sporów prawnych toczonych od wielu lat odnośnie konsekwencji braku notyfikacji Komisji Europejskiej przepisów technicznych mających być zawartymi w ustawie o grach hazardowych z 2009 r. a konkretnie art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1, w ramach których wyrażane było stanowisko z odwołaniem się do orzecznictwa TSUE o bezskuteczności takich przepisów wobec jednostek. Za takim stanowiskiem opowiedział się też Sąd Najwyższy w sprawie II K 55/14 wskazując w postanowieniu z dnia 27 listopada 2014 r., iż oba w/w przepisy są przepisami technicznymi, a konsekwencją braku ich notyfikacji jest brak możliwości stosowania i to nie tylko przez sądy (ONSKW 2015/4/37).

Wywody apelującego w tym zakresie musiały przekonywać, ale tylko w odniesieniu do regulacji art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Przypomnieć trzeba o wystąpieniu Prokuratora Generalnego do Sądu Najwyższego na podstawie art. 60 § 2 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (t.j. Dz. U. 2013, poz. 499 ze zm.), motywowanym ujawnionymi rozbieżnościami w wykładni prawa w orzecznictwie sądowym, o rozpoznanie zagadnienia prawnego: „Czy przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych – dalej „ustawy o grach hazardowych” (Dz. U. z 2015 poz. 612) w zakresie gier na automatach, ograniczające możliwość ich prowadzenia jedynie na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna, są przepisami technicznymi w rozumieniu art. 1 pkt 11 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 21.07.1998 r., ze zm.), a jeżeli tak to, czy wobec faktu nienotyfikowania tych przepisów Komisji Europejskiej, sądy karne w sprawach o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s uprawnione są, w oparciu o art. 91 ust. 3 Konstytucji, do odmowy ich stosowania jako niezgodnych z prawem unijnym?”. W tak zawisłej sprawie I KZP 10/15 Sąd Najwyższy postanowił w dniu 14 października 2015 r. zawiesić postępowanie do czasu wydania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzeczenia w sprawie C-303/15. W uzasadnieniu tego rodzaju decyzji wskazał natomiast, że techniczny charakter art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ugh w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. nie budzi wątpliwości.

Krótko przed popełnieniem zarzucanego oskarżonemu czynu pojawiło się zatem kolejne stanowisko Sądu Najwyższego potwierdzające techniczny charakter wskazanych przepisów ustawy o grach hazardowych.

Poza tym zawieszenie postępowania w sprawie z przywołanego wniosku Prokuratora Generalnego i tego przyczyna, sugerowało, że Sąd Najwyższy jest skłonny przychylić się do tych poglądów interpretacyjnych art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, wedle których pojęcia „kolizji” nie należy ograniczać wyłącznie do takich konkurujących norm, które posiadają wspólny zakres zastosowania (hipotezę) i kolidujący zakres normowania (dyspozycję), a zastosowanie reguły kolizyjnej spowoduje zastąpienie treści normatywnych wynikających z normy ustawowej regulacją prawną wynikającą z prawa organizacji międzynarodowych, lecz obejmuje ono także wypadek konkurencji unijnej normy wyłączającej (także z przyczyn formalnych) zastosowanie normy wynikającej z prawa krajowego. Inaczej rzecz ujmując gotów był zaakceptować niemożność stosowania w krajowym porządku prawnym przepisu technicznego, który nie byłby poddany procedurze notyfikacji Komisji Europejskiej na podstawie art. 8 ust. 1 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 21.07.1998 r., ze zm.; dalej: dyrektywa 98/34/WE). W przeciwnym wypadku nie miałby powodów do zawieszenia postępowania i oczekiwania na rozstrzygnięcie przez TSUE pytania prejudycjalnego Sądu Okręgowego w Łodzi. Sąd Najwyższy oczekiwał przecież, że wydając orzeczenie prejudycjalne TSUE będzie musiał jasno i jednoznacznie wskazać, czy art. 8 powołanej dyrektywy może być rozumiany w ten sposób, że pozwala on na stosowanie nienotyfikowanych przepisów technicznych przez sądy krajowe, jeżeli ich wprowadzenie było motywowane realizacją celów określonych w art. 36 TłUE. Rozstrzygnięcie o zakresie znaczeniowym kolizji między prawem krajowym a prawem Unii Europejskiej, o jakiej mowa w art. 91 ust. 3 Konstytucji, miało by zaś rację bytu jedynie w sytuacji, gdy w prawie unijnym funkcjonowała norma, która w jakimkolwiek zakresie miałaby (mogłaby) zastępować, czy ewentualnie wyłączać zastosowanie przepisu krajowego. Pytanie prejudycjalne Sądu Okręgowego w Łodzi dotyczyło zaś właśnie tej materii. Poza tym z czasem tego rodzaju przypuszczenie znalazło autorytatywne potwierdzenie. W uchwale Składu Siedmiu Sędziów z dnia 19 stycznia 2017 r. w sprawie I KZP 17/16 (poprzednio I KZP 10/15) Sąd Najwyższy stwierdził przecież wyraźnie, że kolizja prawa krajowego z prawem unijnym, w świetle zasady bezpośredniego stosowania prawa Unii Europejskiej (art. 91 ust. 3 Konstytucji), może prowadzić również do wyłączenia normy prawa krajowego przez bezpośrednio skuteczną normę prawa Unii Europejskiej (OSNKW 2017/2/7).

Na tle przywołanych okoliczności, miarodajnych na czas popełnienia przez oskarżonego przypisanego mu czynu, trzeba wyraźnie stwierdzić, iż chaos prawny powstały na tle stosowania nienotyfikowanych przepisów ustawy o grach hazardowych, również przez sądy powszechne, nie wyłączając innych organów państwa, co jest faktem urzędowo znanym, wręcz się pogłębił, a przynajmniej utrwalił. Trudno było w takiej sytuacji od adresata przepisu, którego stosowanie budziło wątpliwości z powodu uchybień formalno-prawnych popełnionych na etapie stanowienia prawa, oczekiwać rozeznania, czy prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach wymaga posiadania koncesji na prowadzenie kasyna gry, czy też nie. Miał prawo zatem sobie tego nie uświadamiać, a tym samym nie mógł uświadamiać sobie karalności zachowania penalizowanego na gruncie art. 107 § 1 kks, polegającego konkretnie na naruszeniu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Trzeba przy tym zgodzić się, iż byłoby to spowodowane przyczynami usprawiedliwionymi. Trudno byłoby wymagać od oskarżonego w dobie swobody prowadzenia działalności gospodarczej, by kierował się akurat wyłącznie niekorzystnymi dla zarządzanej przez niego

spółki występującymi w praktyce stosowania prawa władczymi stanowiskami organów państwa wypowiedzianymi na gruncie ustawy o grach hazardowych, kiedy nawet w Sądzie Najwyższym zdawało się przeważać stanowisko, wedle którego nie mógł być stosowanym wobec niego art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Pamiętać przy tym trzeba, że chodzi o czas, nim TSUE w wyroku z dnia 13 października 2016 r. w sprawie C- 303/15 uznał, że przepis ten, uzależniający prowadzenie działalności m.in. w zakresie gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie stanowi przepisów technicznych w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, w związku z czym projekt tego uregulowania nie podlegał notyfikacji Komisji Europejskiej.

Rzecz się przedstawiała natomiast odmiennie w odniesieniu do ograniczeń lokalizacyjnych przewidzianych w art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Trzeba bowiem zauważyć, iż w dniu 3 września 2015 r. weszła w życie ustawa z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r. poz. 1201), mocą której znowelizowany został m.in. art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Stanowi on obecnie, że urządzenie m.in. gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gry na zasadach i warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów ustawy. Co jednak najistotniejsze, przepisy owej noweli zostały notyfikowane Komisji Europejskiej w dniu 5 listopada 2014 r. pod numerem 2014/0537/PL zgodnie z § 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039 oraz z 2004 r. Nr 65, poz. 597), które wdraża dyrektywę 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającą procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21.07.1998, str. 37, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 20, str. 337). Tymczasem właśnie m.in. na naruszeniu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w znowelizowanym brzmieniu, polegało również zachowanie oskarżonego, skoro urządził gry na automatach poza kasynem gry.

W odniesieniu do czynu popełnionego po dniu 3 września 2015 r. zagadnienie skutków prawnych braku notyfikacji Komisji Europejskiej projektu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych zatem nie występuje. Z oczywistych natomiast względów skutki notyfikacji art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych rozciągały się na te przepisy tejże, które definiowały pojęcia użyte w notyfikowanym przepisie, w tym art. 2 ust. 3 i 4.

Trzeba w końcu zauważyć, że oskarżony jako osoba żywotnie zainteresowana reglamentacją przez państwo działalności hazardowej musiał orientować się z zmianach w prawie i zdarzeniach im towarzyszących. Nie sposób zatem byłoby uwierzyć twierdzeniu przeciwnemu. Poza tym zdawał się bronić przed stosowaniem notyfikowanego przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w brzmieniu obowiązującym od 3 września 2015 r. uregulowaniem zawartym w art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r. poz. 1201).

Jeśli zaś chodzi o konsekwencje wynikające z tego przepisu, to jest to uregulowanie przejściowe, ze swej istoty powiązane ze zmianami wprowadzanymi wspomnianą nowelą do ustawy o grach hazardowych z 2009 r., czytelnie przy tym wskazujące, że przewidziane nim zezwolenie podmiotom prowadzącym w dniu wejścia w życie tej ustawy działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 lub w art. 7 ust. 2 ustawy nowelizowanej na dostosowanie się do wymogów określonych w znowelizowanej ustawie o grach hazardowych do dnia 1 lipca 2016 r., dotyczyć może wyłącznie podmiotów, które prowadziły taką działalność zgodnie z ustawą o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015 r. (na podstawie koncesji albo zezwolenia). Potwierdził to autorytatywnie Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 28 kwietnia 2016 r. odmawiającego podjęcia uchwały w związku z przedstawionym mu do rozstrzygnięcia zagadnieniem prawnym wymagającym zasadniczej wykładni ustawy: „Czy treść przepisu art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r. poz. 1201): „podmioty prowadzące działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 lub w art. 7 ust. 2, w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy mają obowiązek dostosowania się do wymogów określonych w ustawie zmienionej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, do dnia 1 lipca 2016 r.” oznacza, że podmioty prowadzące działalność w zakresie gry na automatach mają czas do dnia 1 lipca 2016 r., bez względu na to, czy dotychczasową działalność prowadziły zgodnie z przepisami ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 612) w brzmieniu sprzed dnia 3 września 2015 r., na uzyskanie koncesji, zezwolenia i umieszczenie automatów w kasynach gry, co należy

też odnieść do rejestracji automatu przez naczelnika właściwego urzędu celnego, zgodnie z brzmieniem tej ustawy od dnia 3 września 2015 r., czy też, że okres dostosowawczy wskazany wyżej należy stosować jedynie do podmiotów prowadzących działalność w zakresie gry na automatach zgodnie z brzmieniem ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych sprzed dnia 3 września 2015 r.” (I KZP 1/16, OSNKW 2016/6/36). Sąd Najwyższy zauważył, iż nie może ulegać wątpliwości, już na gruncie wykładni językowej, że ustawowe określenie adresatów unormowania zawartego w art. 4 ustawy nowelizującej, jako: „podmiotów prowadzących działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 lub w art. 7 ust. 2, w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy”, dotyczy tylko tych podmiotów, które w tym dniu spełniały kryteria, o których mowa w powołanych przepisach ustawy o grach hazardowych. Po słowach: „podmioty prowadzące działalność w zakresie...” ustawa w ogóle nie odwołuje się do sfery faktów - nie wymienia określonych dziedzin działalności, elementów czy obszarów, w jakich owa „działalność” ma być prowadzona, ale wprost powołuje stan prawny, stwierdzając, że zakres ten w całości wypełnia zwrot: „...o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 lub w art. 7 ust. 2”. Semantyka tego zwrotu zupełnie jasno zatem wykazuje, że dotyczy tych tylko podmiotów, które w dniu wejścia w życie nowelizacji prowadziły działalność w ramach całości unormowań zawartych w wymienionych przepisach. Wprawdzie możliwe jest do wyobrażenia jeszcze bardziej jednoznaczne sformułowanie ustawowe, np. o „podmiotach prowadzących działalność „zgodnie” z 6 ust. 1-3 (...), czy też „na podstawie” tych przepisów, ale byłyby to sformułowania w istocie synonimiczne ze zwrotem: „w zakresie, o którym mowa...”. Powyższa wykładnia językowa art. 4 ustawy nowelizującej uchodziła też za w pełni zgodną z wykładnią systemową na gruncie całej ustawy o grach hazardowych. Jeżeli bowiem na podstawie znowelizowanych przepisów zostały zmodyfikowane bądź dodane warunki prowadzenia działalności w zakresie gier hazardowych, to właśnie podmioty, które dotychczas taką działalność prowadziły na podstawie uprzednio udzielonych koncesji, powinny mieć stosowny okres dostosowawczy, pozwalający na ich spełnienie. Także wykładnia celowościowa nie pozwalała na odmienną interpretację analizowanego przepisu. Gdyby uznać, że ów okres dostosowawczy dotyczy nie tylko podmiotów prowadzących dotychczas działalność w ramach udzielonych im koncesji na prowadzenie kasyna, a obejmuje praktycznie nieograniczony krąg podmiotów - w istocie każdy podmiot, który faktycznie prowadziłby taką działalność jak wskazywana np. w art. 6 ust. 1 ugh - to stan taki jaskrawo kłóciłby się z porządkiem prawnym w omawianym zakresie. Oto bowiem ustawodawca w okresie od wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej (3 września 2015 r.) do końca okresu dostosowawczego (1 lipca 2016 r.) miałby zrezygnować nie tylko ze stosowania instrumentów prawa karnego skarbowego (art. 107 § 1 kks) za urządzenie lub prowadzenie określonych gier wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji, ale z jakiegokolwiek administracyjnej reglamentacji rynku gier hazardowych. Założenie takie, rzecz jasna, nie jest możliwe do zaakceptowania i to nawet bez konieczności bliższego powoływania się na domniemanie o „racjonalnym ustawodawcy”. Przepis art. 4 ustawy nowelizującej żadnej treści o charakterze abolicyjnym nie zawiera.

Zatem działalnością prowadzoną w dniu wejścia w życie ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych, o której mowa w art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, była m.in. działalność w zakresie gier na automatach prowadzona na podstawie uzyskanej koncesji na prowadzenie kasyna gry. Kiedy więc oskarżony nigdy takiej koncesji miał nie posiadać, prowadzonej przez niego działalności w zakresie gier na automatach przepis art. 4 ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych w ogóle nie mógł dotyczyć. Jest to najzupełniej jasne.

Co prawda obrona zdawała się stać na stanowisku przeciwnym, nie mniej w żadnym razie z okoliczności w związku z tym przywoływanych, nie wynikało, aby mógł być oskarżony z przyczyn usprawiedliwionych nieświadom karalności w okresie od 3 września 2015 r. do 1 lipca 2016 r. zachowania polegającego na urządzaniu gier na automatach poza kasynem gry, a więc wbrew art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w nowym brzmieniu. Przeciwnie w aktualnym brzmieniu przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych pozostawił niezmienną dotychczasową zasadę wyłączności urządzania m.in. gier na automatach jedynie w kasynach gry. Wprowadzenie nowelizacją przepisu wymagań dotyczących „zasad i warunków określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów ustawy”, w żadnym razie nie pozwalało na wnioskowanie, że dotyczą one innych miejsc niż właśnie kasyna gry. W związku ze zmianą art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie było zatem nawet do czego się dostosowywać.

W tych okolicznościach kompletnie niezrozumiałym jest stanowisko obrony, dlaczego oskarżony miałby być nieświadomy karalności zarzucanego mu czynu w zakresie objętego nim również postępowania wbrew art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych i to jeszcze z przyczyn usprawiedliwionych. Nawet przywoływane przez apelującego orzecznictwo na nic takiego nie naprowadzało. Nie odwoływało się bowiem do uregulowania art. 4 ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych. Postawa oskarżonego wskazywała natomiast, że za wszelką cenę, każdym sposobem, chciał znaleźć powód, by nie musieć się podporządkować obowiązującym przepisom prawa. W tym kontekście nie sposób zapominać reakcji branży hazardowej na zmiany, jakie przyniosła ustawa z dnia 19 listopada 2009 r.. Jej przedstawiciele kontynuując działalność zakazaną w nowej ustawie różnymi sposobami starali się wykazywać, że pozostają w prawie. Najpierw dlatego, że posiadane automaty do gier służyły do legalnego urządzania gier zręcznościowych, a z czasem, iż nienotyfikowane Komisji Europejskiej przepisy ustawy o grach hazardowych nie mogą być stosowane jako sprzeczne z prawem Unii Europejskiej. Gdy się uwzględni te okoliczności, zasady logiki oraz wskazania doświadczenia życiowego podpowiadają, iż obrona oskarżonego opierała się w istocie na pozorowaniu nieświadomienia sobie przez niego nielegalności działalności polegającej na wstawianiu do lokali niebędących kasynami gry automatów do gier hazardowych i czerpaniu z tego procederu korzyści majątkowych.

Z tych wszystkich względów sprawstwo i wina oskarżonego co do zasady nie mogły budzić wątpliwości. W ramach korekty zaskarżonego wyroku z przyczyn wyżej naprowadzonych, a także precyzując oznaczenie jednego z urządzeń do gier, które oskarżony wykorzystywał, należało natomiast zmienić opis czynu mu przypisanego w ten sposób, że przyjął, iż polegał on na tym, że w dniu 9 grudnia 2015 r. w lokalu o nazwie J. w P. przy ul. (...) wbrew art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych urządzał gry o wygrane rzeczowe zawierające element losowości na urządzeniach elektronicznych o nazwie (...) (...), (...) oraz(...).

Sąd I instancji jak najbardziej prawidłowo pociągnął zatem oskarżonego do odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks. Nie było przecież podstaw do jego kwalifikowania jako wypadku mniejszej wagi z art. 107 § 4 kks. Argumentów za tym przemawiających na przedstawił również skarżący. W rozumieniu Kodeksu karnego skarbowego wypadek mniejszej wagi jest to przecież czyn zabroniony jako wykroczenie skarbowe, które w konkretnej sprawie, ze względu na jej szczególne okoliczności - zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe - zawiera niski stopień społecznej szkodliwości czynu, w szczególności gdy uszczuplona lub narażona na uszczuplenie należność publicznoprawna nie przekracza ustawowego progu z art. 53 § 6 kks, a sposób i okoliczności popełnienia czynu zabronionego nie wskazują na rażące lekceważenie przez sprawcę porządku finansowoprawnego lub reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach, albo sprawca dopuszczający się czynu zabronionego, którego przedmiot nie przekracza kwoty małej wartości, czyni to z pobudek zasługujących na uwzględnienie (art. 53 § 8 kks). Nie podobna zaś doszukać się takich przedmiotowo-podmiotowych okoliczności sprawy, które uzasadniałyby łagodniejsze potraktowanie oskarżonego. Świadomie nie podporządkował się reglamentacji w prawie krajowym działalności hazardowej. Uczynił to dla zarobku lekceważąc ograniczenia. Wykorzystał do tego aż trzy urządzenia w jednym miejscu.

Sąd Okręgowy nie znalazł również podstaw do kwestionowania zawartego w zaskarżonym wyroku rozstrzygnięcia o karze. Nawet przy nieco zmienionych na korzyść oskarżonego okolicznościach popełnienia przypisanego mu czynu wymierzonej kary grzywny w ilości 50 stawek dziennych przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 100 złotych nie sposób uznać za wygórowaną.

Rodzaj i wysokość wymierzonej kary nie przekraczają stopnia winy oskarżonego oraz przystają do stopnia społecznej szkodliwości przypisanego mu czynu, który zdaniem Sądu odwoławczego pozostawał na takim poziomie, by reakcją na ten czyn wynikającą z rozstrzygnięcia Sądu Rejonowego o karze uznać za trafną, tym bardziej, że wspomniana kara jawi się również jako właściwa dla uzyskania zapobiegawczego efektu zarówno w stosunku do oskarżonego jak i osób podobnie do niego postępujących.

Okoliczności i sposób popełnienia przypisanego czynu niewątpliwie świadczyły niekorzystnie o oskarżonym. Dowodziły bowiem świadomego nieposłuszeństwa względem prawa, do przestrzegania którego był obowiązany.

Wynikało to z chęci uzyskania korzyści majątkowych z nielegalnie uprawianej aktywności w obrębie hazardu, wbrew obowiązującej reglamentacji państwa w tym zakresie.

Bezspornym natomiast pozostaje, iż nielegalny hazard godzi nie tylko w interesy fiskalne państwa, ale również szkodzi szeroko pojętemu porządkowi publicznemu, który na skutek utraty płynności finansowej przez obywateli może być zagrożony. Tego rodzaju aktywności cechującej się niewątpliwie wręcz znacznym stopniem karygodności, trzeba zaś przeciwdziałać, a po temu służy również reakcja karna i związana z nią dolegliwość w postaci kary, która ze swej istoty powinna uzmysłowić sprawcy nieopłacalność uprawianego przez niego procederu. Grzywna zatem winna uderzać także w ekonomiczne jego podstawy.

Ustalając natomiast wysokość jednej stawki dziennej Sąd Rejonowy w odpowiednim stopniu uwzględnił możliwości zarobkowe oskarżonego, jego sytuację rodzinną, stan majątkowy oraz uzyskiwane dochody, a więc okoliczności, na które wskazuje art. 23 § 3 kks. Oskarżony nieposiadający nikogo na utrzymaniu deklarował przecież stały dochód na poziomie 2.000 złotych netto miesięcznie z prowadzonej działalności gospodarczej. Zwrócić należało te uwagi, iż korzystał z pomocy obrońcy z wyboru, który niewątpliwie świadczył swe usługi odpłatnie. Trzeba zaś powiedzieć, że i tak Sąd I instancji określił wysokość jednej stawki dziennej dość korzystnie dla oskarżonego, bowiem na poziomie istotnie zbliżonym do minimum, a bardzo dalekim od maksimum (na moment czynu, który zgodnie z art. 2 § 2 kks należało przyjąć jako miarodajny, wysokość jednej stawki dziennej nie mogła być niższa od 58,33 złotych oraz przekraczać 700.000 złotych).

Zastrzeżeń nie mogło również budzić obligatoryjne orzeczenie o przepadku oparte o przepis art. 30 § 5 kks.

Nie dostrzegając z kolei uchybień podlegających uwzględnieniu niezależnie od kierunku i granic zaskarżenia orzeczenia, Sąd odwoławczy zaskarżony wyrok w pozostałej części utrzymał w mocy.

Nieuwzględnienie w istocie apelacji wywiezionej na korzyść oskarżonego zgodnie z art. 636 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks przy braku warunków do zastosowania art. 624 § 1 kpk skutkować musiało również obciążeniem D. M. wydatkami Skarbu Państwa w postępowaniu odwoławczym oraz opłatą w wysokości należnej za pierwszą instancję.