

Sygnatura akt VI Ka 832/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **3 listopada 2017 r.**

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

Przewodniczący SSO Grażyna Tokarczyk

Protokolant apl. sędziowski Paweł Kowalczyk

przy udziale Mariusza Adamioka

Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Z.

oraz K. B.

przedstawiciela Naczelnika (...) Urzędu Celno-Skarbowego w K.

po rozpoznaniu w dniu 3 listopada 2017 r.

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

syna S. i S.

oskarżonego z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Zabrze

z dnia 14 lipca 2017 r. sygnatura akt VII K 630/16

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

1. zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

2. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20 (dwudziestu) złotych i wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 1000 (jednego tysiąca) złotych.

Sygn. akt VI Ka 832/17

UZASADNIENIE

D. M. oskarżony został o to, że urządził w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu tego samego zamiaru, z wykorzystaniem tej samej sposobności, w okresie od dnia 14 stycznia 2014 roku do dnia 22 października 2015 roku w (...) w Z. przy Placu (...) wbrew przepisom art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. 201 z 2009 roku), gier o charakterze losowym urządzanych w celach komercyjnych, na automatach do gier: (...) nr (...), (...) nr (...), (...) nr (...), tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks.

Sąd Rejonowy w Zabrze wyrokiem z dnia 14 lipca 2017 r. w sprawie sygn. akt VII K 630/16 uznał oskarżonego D. M. za winnego tego, że w okresie od dnia 14 stycznia 2014 roku do dnia 22 października 2015 roku w Z., działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu tego samego zamiaru wbrew przepisom art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z

dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych urządzał gry na automacie (...)o numerze (...), to jest przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. i za to skazał go na karę grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych określając wysokość jednej stawki na kwotę 100 złotych.

Apelację wywiódł obrońca oskarżonego, zaskarżając wyrok w całości zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na uznaniu, że automat eksploatowany przez oskarżonego był automatem losowym, naruszenia art. 4, art. 7 oraz art. 410 kpk, jak również art. 170 § 1 kpk, naruszenie przepisu art. 10 kks, oparcie odpowiedzialności karnej oskarżonego na przepisach art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h., z których pierwszy jako przepis o charakterze podmiotowym nie mógł stanowić samodzielnej podstawy odpowiedzialności karnej bez jego funkcjonalnego powiązania z art. 14 ust. 1 u.g.h. zaś drugi nie mógł stanowić podstawy odpowiedzialności ze względu na jego wadliwą notyfikację, naruszenie art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 14 ust. 1 i 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych i art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, polegające na rozpoznaniu sprawy przez stronniczy Sąd.

Apelujący wniósł o zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonego ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności stwierdzić trzeba, że trudno w sposobie procedowania Sądu I instancji dopatrzeć się stronniczości, jaką podnosi apelujący. Sam fakt podejmowania przez Sąd decyzji, w tym wydawania orzeczeń nie po myśli strony, jeszcze nie przekonuje o zasadności twierdzeń. Oczywiście rozstrzygając czy to wniosek strony o umorzenie postępowania, czy też wnioski dowodowe, Sąd siłą rzeczy zajmuje określone stanowisko, choć nie musi ono jeszcze wpływać na sposób rozpoznania sprawy. W takim zakresie, choć demagogicznie, podnosić można uprzedzenie organu postępowania już wówczas, gdy ten nie umarza postępowania z powodu braku znamion czynu zabronionego, czy też, gdy Sąd nie stwierdzenia oczywistego braku podstaw oskarżenia.

Oddalając wniosek dowodowy w zakresie przesłuchania biegłego, jak należy rozumieć obrońcy chodziło o ustną uzupełniającą opinię biegłego oraz zeznań Z. S., Sąd I instancji niejako odniósł się do wartości proponowanego dowodu, ale w pierwszym wypadku o tyle, że obrońca choć wnioskował uzupełniającą opinię, to nie wykazał okoliczności taką uzasadniających, a wskazanych w art. 201 kpk, co do obu wniosków uwadze obrony umknęła istota opinii biegłego powołanego w niniejszej sprawie, jak i wywodów opinii prywatnej, także przez pryzmat treści dowodów ujawnionych na rozprawie odwoławczej, o czym poniżej.

W zakresie zaś przebiegu kontroli ten został utrwalony w protokole, a ewentualne przesłuchanie prowadzących czynność, a nawet ustalenia zakresu ich szkolenia nie mają o tyle znaczenia, że w sprawie, co do charakteru gier (nie automatów) wypowiedział się biegły, zaś wbrew wywodom apelacji w zbieżny sposób z jego wnioskami swe rozważania przedstawił Z. S..

Istota zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych nie może opierać się na odmiennej ocenie materiału dowodowego, innymi słowy mówiąc na forsowaniu własnego poglądu strony na tę kwestię. Stawiając tego rodzaju zarzut należy wskazać, jakich uchybień w świetle zgodności (lub niezgodności) z treścią dowodu, zasad logiki (błądność rozumowania i wnioskowania) czy sprzeczności (bądź nie) z doświadczeniem życiowym lub wskazaniem wiedzy dopuścił się w dokonanej przez siebie ocenie dowodów sąd pierwszej instancji (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10.05.2005 roku sygn. WA 10/05, OSNwSK 2005/1/947).

Wyrażona w art. 4 k.p.k. zasada obiektywizmu i wiążąca się z nią zasada in dubio pro reo zawarta w przepisie art. 5 § 2 k.p.k., której obrazę również zarzuca apelująca, nie są naruszone, jeżeli sąd ma w polu swego widzenia wszystkie dowody i fakty dotyczące danego oskarżonego, zarówno te, które są dla niego korzystne, jak i te, które przemawiają na niekorzyść oskarżonego, poddaje je ocenie i analizie zgodnej ze wskazaniem logiki, wiedzy i doświadczenia życiowego

oraz gdy w sprawie brak jest takich wątpliwości, które mimo wszelkich starań organu procesowego nie da się usunąć. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26.01.2006 roku sygn. II AKa 394/05, Prok.i Pr. 2006/11/29).

Zawarta w przepisie art. 410 kpk zasada jest przejawem zasady bezpośredniości procesu karnego; jej podstawową dyrektywą jest opieranie orzeczenia (wyroku) bezpośrednio i tylko na materiale przeprowadzonym - choćby i pośrednio - na rozprawie (w postępowaniu); podstawę orzeczenia mogą zatem stanowić także dowody przeprowadzone bezpośrednio tylko w postępowaniu przygotowawczym, o ile zostały ujawnione na rozprawie zgodnie z obowiązującymi przepisami; dla wartości dowodu nie ma bowiem znaczenia, w jakiej fazie go przeprowadzono, istotna jest natomiast prawidłowa ocena przez sąd zebranych dowodów (zob. w. SN z 7 marca 1979 r., III KR 35/79, OSNPG 8-9/1979, poz. 123).

Normy art. 410 k.p.k. nie można rozumieć w ten sposób, że każdy z przeprowadzonych dowodów ma stanowić podstawę ustaleń faktycznych. Nie stanowi więc naruszenia tego przepisu dokonanie oceny materiału dowodowego przeprowadzonego lub ujawnionego na rozprawie w sposób odmienny od subiektywnych oczekiwań stron procesowych (postanow. SN z 21.01.2015 roku, sygn. V KK 276/14, LEX nr 1622349).

Naruszenia wskazanych zasad nie sposób dopatrzeć się w sposobie procedowania Sądu orzekającego, apelujący nie przedstawił również przekonujących argumentów, które podważałyby trafność ocen, wskazywały na naruszenie zasad wiedzy, logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego.

Obrona nie kwestionuje, że w oskarżony urządził gry na automacie.

W doktrynie rozbieżności budzi wzajemny stosunek pojęć "urządzenie" i "prowadzenie" użytych w art. 107, gdyż jedni autorzy uznają to pierwsze za węższe, inni zaś traktują je jako szersze wobec prowadzenia gry czy. To pierwsze wymaga bycia określonym podmiotem uprawnionym do uzyskania zezwolenia na urządzenie gry lub zakładu lub na prowadzenie działalności w zakresie gier i zakładów, a wcześniej ustalenia ich regulaminu, z określeniem w nim także wygranych, terminu i miejsca gry lub zakładu oraz praw i obowiązków ich uczestników, zapewnienia stosownych zabezpieczeń i spełnienia określonych warunków, od jakich ustawa uzależnia zorganizowanie (urządzenie) danej gry lub zakładu lub działalności w tym zakresie (zob. np. art. 3, 4 ust. 1, art. 5-7, 11 ust. 2, 5 i 5a, art. 13-15b, art. 22, 24, 32-36 czy 39 u.g.z.w.). To drugie, czyli prowadzenie gry bądź zakładu wzajemnego, a nie działalności w tym zakresie, wiąże się z samym ich realizowaniem, co wymaga też uwzględnia przez prowadzącego konieczności przestrzegania wymogów prawidłowego organizowania gry lub zakładu zarówno od strony technicznej, organizacyjnej, realizacji wygranych itd. (np. art. 11 ust. 1, 3 i 4, art. 17-19 czy 23 u.g.z.w.). W konsekwencji uznać należy, że urządzenie gier lub zakładów zdaje się jednak pojęciem szerszym niż samo ich prowadzenie (T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, LEX, 2009).

D. M. niewątpliwie urządził gry na wskazanym automacie, zaplanował i zorganizował gry, a reprezentował przy tym podmiot, który mógłby po podjęciu odpowiednich czynności uzyskać koncesję.

Kwestionowanym w sprawie był charakter gry, a to czy była to gra losowa czy też nie.

Tu zwrócić uwagę należy na treść ustawy o grach hazardowych oraz jej definicje, pamiętać bowiem trzeba, że to przepisy wskazanej ustawy wypełniają normę blankietową art. 107 § 1 kks, a art. 53 par 35 kks również do owej ustawy odsyła.

Zgodnie z obecnym brzmieniem ustawy (od 2017.04.01 Dz.U. z 2017 r. poz. 88 zm.) grami losowymi są gry, w tym urządzone przez sieć Internet, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których wynik w szczególności zależy od przypadku, ustawa wskazuje przy tym przykłady takich gier. Grami na automatach są natomiast gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych oraz gry odpowiadające zasadom gier na automatach urządzone przez sieć Internet o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości, grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, oraz gry odpowiadające zasadom gier na automatach urządzone przez sieć

Internet organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy,

2015.09.03 Dz.U. z 2015 r. poz. 1201 zm.

Podobnie definiowała gry losowe ustawa w brzmieniu obowiązującym od 3.09.2015 r. do 1.04.2017 r., a zatem, że grami losowymi są gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których wynik w szczególności zależy od przypadku, a warunki gry określa regulamin. Podobnie wymieniając owe gry, a dalej wskazując, że 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, 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.

Wcześniej (2011.07.14 Dz.U. 2011 Nr 134, poz. 779 zm.) ustawa wskazywała, że grami losowymi są gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których wynik w szczególności zależy od przypadku, a warunki gry określa regulamin, wymieniając owe gry. Grami na automatach były także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości oraz 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.

Pierwotnie ustawa regulowała warunki urządzania i zasady prowadzenia działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach, obecnie gier hazardowych, którymi są gry losowe, zakłady wzajemne, gry w karty, gry na automatach. Poprzednio (przed 1.04.2017 r.) za przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks odpowiadał ten, kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urządził lub prowadził grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny, obecnie zaś ten, kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urządził lub prowadzi gry hazardowe.

Uwzględniając treść definicji ustawowych oraz zakres zachowania przypisanego oskarżonemu wskazane zmiany ustawy nie powodują dekompletacji, ani ograniczenia znamion.

Istotną zatem cechą gier losowych, obecnie hazardowych, gier na automatach w rozumieniu ustawy, jest to by były to gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w tym zakresie zastrzeżeń strony nie zgłaszały, a już wynik eksperymentu, do takiego wniosku prowadzi, zaś opinia biegłego potwierdza.

Wynik tych gier ma też zależeć od przypadku, gra ma zatem zawierać element losowości, a organizowane w celach komercyjnych, mają mieć charakter losowy, gracz ma zatem nie mieć wpływu na wynik gry.

Tu wypada wskazać, że choć nie wynika to wprost z treści opinii A. C., czy nawet dokumentu sporządzonego przez Z. S., ale w powiązaniu z jego zeznaniami, iż losowość w rozumieniu powszechnym, oparta na algorytmie matematycznym, nie jest kategorią ściśle matematyczną, jest to w istocie pseudolosowość, która jednak odpowiada ustawowej definicji losowości, albowiem liczba możliwych kombinacji gry nie pozwala graczowi na realne wpływanie na wynik gry.

W niniejszej sprawie Sąd I instancji prawidłowo ustalił, że wynik pojedynczej gry jest zależny od przypadku oraz po uruchomieniu gry o wyniku gry decyduje algorytm gry – grający nie ma żadnego wpływu na wynik końcowy uruchomionej gry. Na omawianym automacie realizowane gry wideo zawierają element losowości i tego nie zmienia ocena Z. S.. Sąd I instancji poddał analizie tę ocenę trafnie wykazując, że w istocie nie odbiega ona w swoich wywodach od opinii procesowej, lecz działający na zlecenie oskarżonego rzeczoznawca skoncentrował się na zręcznościowym elemencie gry, chcąc ten wykazywać, jako dominujący, co jeszcze dla oceny charakteru gry przez pryzmat ustawy znaczenia mieć nie może.

Również przedstawione na rozprawie apelacyjnej zeznania Z. S. wskazują na to, że widzi on w grach element losowości, którego znaczenie jednak minimalizuje, a wręcz dostrzec można, że chce je pomijać, przede wszystkim zaś nie omawia tego etapu gry, który już nie ma żadnego elementu zręcznościowego, bo taki ma miejsce wyłącznie w etapie początkowym.

Dlatego celowym jest zapoznanie się z obu stanowiskami, a zatem tak biegłego C., jak i Z. S. oraz wynikiem eksperymentu. Sąd I instancji trafnie zatem ocenił, że ów element losowości, tak marginalizowany przez obronę, nakazuje wręcz uznanie, że przedmiotowe gry miały charakter losowy. Sąd orzekający odwołał się przy tym do zasad doświadczenia życiowego, akceptując te wywody, dodać można, że nawet w elemencie zręcznościowym, o którym mowa w twierdzeniach Z. S., można upatrywać losowości. Oczywistym jest bowiem, że potencjalny gracz, nawet dysponując znacznym czasem, nim nabędzie „wprawy” w tej fazie gry, zmagał się będzie z przypadkiem, zwłaszcza, że nie są to co do zasady urządzenia dedykowane dla wyspecjalizowanych graczy o podwyższonych zdolnościach poznawczych, ale mają na celu dostarczenie (poza zyskiem urządzającego grę) rozrywki, nie wymagającej wysiłku intelektualnego.

W kontekście treści ekspertyzy Z. S. i skrętnego omijania przez niego problemu losowości gier, z uwzględnieniem wykonywania przez tegoż czynności biegłego, wniosek Sądu orzekającego, choć może wyrażony niefortunnie, jako sprowadzający się do otrzymania od strony wynagrodzenia, nie jest pozbawiony racji. Autor tej ekspertyzy starał się po prostu uwypuklić najbardziej korzystne dla oskarżonego elementy gry, a przez pryzmat wywodów o świadomości oskarżonego, zmierzały one nie tylko do podważenia samej losowości, co próby przekonania, że oskarżonemu nie można przypisać zamiaru, względnie, że pozostawał w błędzie co do znamienia czynu zabronionego, choć tu przy zbiegu z problematyką notyfikacji, też trudno ocenić o jakim to błędzie i co do czego należałoby czynić rozważania.

Słusznie też Sąd orzekający zwrócił uwagę na profesjonalną i wieloletnią działalność oskarżonego na rynku gier, na szerokie możliwości poznawcze w zakresie korzystania z porad fachowców, co nie współgra z brakiem inicjatywy w postaci zwrócenia się do właściwego ministra zgodnie z art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych.

W dalszej kolejności odnieść należy się do kwestii notyfikacji i jej potrzeby.

Zgodnie z zapisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2002 r.) § 2 pkt 5 ilekroć w rozporządzeniu jest mowa „przepisie technicznym”- należy przez to rozumieć specyfikacje techniczne, inne wymagania, przepisy dotyczące usług, regulacje wprowadzające zakaz produkcji, przywozu lub wprowadzania produktu do obrotu, świadczenia usług lub prowadzenia działalności polegającej na świadczeniu usług. Wskazane przepisy wprowadzono dla realizacji dyrektywy 98/34/WE.

Pamiętać jednak należy, że proces notyfikacji, dla skuteczności normy prawnej, jako podstawy wyciągania negatywnych konsekwencji wobec jednostki, a zatem wprowadzania ograniczeń, aż po sankcje karne, przeprowadzony ma być w stosunku do przepisów technicznych.

W wypadku ustawy o grach hazardowych taki problem istniał, a co za tym idzie również rozbieżności w zakresie konsekwencji braku notyfikacji, gdyż pierwotny tekst poszczególnych przepisów ustawy takowej poddany istotnie nie został. Przy tym wbrew twierdzeniom obrony podnoszonym w sprawach podobnych, bynajmniej stanowisko sądów powszechnych nie było jednolite, zaś Sądu Najwyższego w przeważającej mierze skłaniało się do stosowania kwestionowanych norm art. 6 i art. 14 ustawy, jako wypełniających normę art. 107 § 1 kks, co znajdowało też wsparcie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2015r.

Już z tego względu nie sposób uznać, aby oskarżony mógł żywić uzasadnione przekonanie, że jego działania nie będą podlegały karze, ani tym bardziej, że są zgodne z ustawą, czy legalne. Przeciwnie, choć jest to teza, która z punktu widzenia prowadzenia działalności gospodarczej może wydawać się drastyczna, to jednak gdyby dotyczyła zwykłych

czynności dnia codziennego byłyby jak najbardziej przekonująca- rozsądny, przeciętny obywatel, który poweźmie wiedzę, że co do jakichś czynności są wątpliwości, czy są zabronione, powstrzyma się od nich.

Ostatecznie problem notyfikacji w okresie przed 3.09.2015 r. rozstrzygnięty został wyrokiem TSUE z dnia 13.10.2016 r. w sprawie C#303/15. Przypomniat przy tym Trybunał zasady ustalania charakteru technicznego, a nie je wyjaśnił, gdyż stosowne wskazówki odnaleźć można szeroko we wcześniejszych orzeczeniach, o których jak wynika z twierdzeń apelującego, oskarżony posiadał wiedzę, a zatem nie może się w tej mierze powoływać na brak świadomości i to usprawiedliwiony, skoro tak dbał o uzyskiwanie opinii prawnych.

Zatem „pojęcie „przepisów technicznych”, o którym mowa w art. 1 pkt 5 dyrektywy 98/34 obejmuje jedynie zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, czyli wszystkich usług świadczonych na odległość drogą elektroniczną i na indywidualne żądanie odbiorcy usług (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r., Mediakabel, C#89/04, EU:C:2005:348, pkt 19).(...) Przynajmniej należy stwierdzić, że takie przepisy, które uzależniają prowadzenie działalności w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, 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 i nie określają wymaganych cech produktu (...).Stąd zasadne jest stwierdzić, że nie należy uznać art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych za „inne wymagania” w rozumieniu art. 1 pkt 4 dyrektywy 98/34, ponieważ zezwolenie wymagane przez ten przepis krajowy na urządzenie gier hazardowych stanowi warunek nałożony względem prowadzenia działalności w zakresie organizowania takich gier w odróżnieniu od art. 14 ust. 1 tej ustawy, który ustanawia warunki względem danych produktów, zakazując ich użytkowania poza kasynami gry”.

Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 17/16 (OSNKW 2017, Nr 2, poz. 17) dokonał oceny prawnej tych przepisów zarówno w kontekście przepisu art. 91 ust. 3 Konstytucji RP jak i prawa unijnego, szczególnie wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 października 2016 r., sygn. C-303/15. W orzeczeniu potwierdzając techniczny charakter przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w aspekcie dyrektywy 98/34/WE.

Następco również w innych Sąd Najwyższy odnośnie art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, wyraźnie stwierdzał, że przepis ten 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, a zatem w odróżnieniu od przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w pierwotnym brzmieniu, może stanowić, samodzielnie, uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 kks.

Skoro zatem przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie jest przepisem technicznym, to mógł stanowić uzupełnienie normy art. 107 § 1 kks przed, jaki i po 3.09.2015 r. oraz w chwili obecnej, niezależnie od kontestowania przez obronę skuteczności procesu notyfikacji.

W wypadku nowelizacji, która weszła w życie we wskazanej dacie wbrew teozom obrony, nie sposób doszukać się takich uchybień, które uchylałyby skuteczność jej notyfikacji. Zachowany został trzymiesięczny okres obowiązywania zasady standstill, dający Komisji i pozostałym państwom członkowskim czas na przeanalizowanie zgłoszonego tekstu i udzielenie stosownej odpowiedzi. Malta uwagi zgłosiła, jak poprzednio, a Ministerstwo Finansów udzieliło odpowiedzi.

Zwraca też uwagę orzecznictwo Sądu Najwyższego, który również nie tylko nie zakwestionował możliwości wypełnienia normy art. 107 § 1 kks wyłącznie przepisem art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, ale po wskazanej dacie również art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Dlatego poruszona przez obronę problematyka, nawet w oderwaniu od próby zainicjowania pytania prejudycjalnego, skierowanego w zasadzie w celu oceny lojalności wobec Komisji Europejskiej, co do zakresu notyfikacji, nie ma znaczenia w niniejszej sprawie. Na marginesie zauważyć trzeba, że Malta nie po raz pierwszy zgłosiła uwagi, a od

początku śledziła prace związane w ustawą o grach hazardowych, co nie przystaje do tezy, że coś przed kimś zostało zatajone.

Kolejną kwestią, nawiązującą w istocie do dwóch pierwszych, jest jak to określa obrońca stan świadomości oskarżonego oraz argumentacja, że tego nie można domniemywać.

W niniejszej sprawie o domniemaniu mowy być nie może. Wydaje się, że stanowisko obrony wynika z niezrozumienia zasady domniemania niewinności. Taką zasadę statuuje przepis art. 5 § 1 kpk, oczywiście nikt nie wymaga od oskarżonego dowodzenia niewinności, bo jest on uważany za niewinnego, niemniej pamiętać należy, że jeżeli oskarżyciel przedstawi dowody, które jego zdaniem owej winy dowodzą, to ciężar dowodu przenosi się na drugą stronę. Trudno spodziewać się, że oskarżyciel, który już skargę do Sądu wniósł będzie wspierał oskarżonego i szukał dowodów na jego rzecz. To zresztą oskarżony jest stroną, która wie z czym się nie zgadza i dlaczego.

W niniejszej sprawie z jednej strony oskarżyciel przedstawił dowody na urządzenie przez oskarżonego spornych gier, jak wskazano wcześniej obrona tego nie kwestionowała. Przedstawiono też dowody w postaci dokumentów oraz opinii biegłego, której prywatna ekspertyza skutecznie nie podważyła. Z kolei jedyną aktywnością oskarżonego było powoływanie się, ale w pismach procesowych oraz wystąpieniach obrońcy, na ową ekspertyzę i podjęcie jakichś sprawdzeń. Oskarżony wyjaśnić nie złożył, ani w postępowaniu przygotowawczym, ani przed Sądem, ograniczając się do oświadczenia, że do winy się nie przyznaje. Oskarżony oczywiście postąpił w granicach swojego prawa do obrony i z tego negatywnych konsekwencji wywodzić nie sposób, ale tym samym nie dostarczył żadnego dowodu o tym, aby jego stan świadomości, czyli zamiar był inny niż wynikający z zewnętrznie postrzegalnych przejawów działalności, czy też aby stan jego świadomości obarczony był błędami poznawczymi, czego dotyczącymi, ani tym bardziej, aby były one uzasadnione.

Rolą organów procesowych, w tym Sądu jest ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a nie domniemywanie i doszukiwanie się, jakiego rodzaju argumenty można potencjalnie badać na obronę oskarżonego. Treść pism procesowych, a tym bardziej treść środków odwoławczych, nie kreuje treści dowodów, nie jest źródłem dowodowym, są to źródła informacji, ale ich wykorzystanie przez Sąd jest ograniczone do tego, jakim materiałem dowodowym dysponuje.

Zatem w niniejszej sprawie wykazano urządzenie przez oskarżonego gier na automacie (...) o numerze (...), gier w rozumieniu ustawy o grach hazardowych, a zatem losowych, co również wynika z ekspertyzy Z. S., który wprawdzie jedynie wspomina o elemencie losowym, wążąc jego stosunek do zręcznościowego w sposób nie zasługujący na uwzględnianie. Trafnie przy tym podniósł Sąd I instancji, że akurat w tym wypadku, to nie owa ekspertyza mogła rzutować na stan świadomości oskarżonego, gdyż została wydana później. Skoro tak i przystępując do działalności oskarżony nie dysponował żadnymi wskazówkami, a sam przebieg gry wykazuje jej losowy charakter w rozumieniu przypadkowości, to nie mógł być w błędzie, ani tym bardziej usprawiedliwionym, co do charakteru gry. Podobnie w kwestii możliwości stosowania art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w świetle dominującego orzecznictwa Sąd Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego.

Przytoczyć trzeba, że podstawą uznania, że oskarżony działał ze świadomością bezprawności, jest abstrakcyjny, powinnościowy wzorzec. W doktrynie powszechnie przyjęto pogląd, zgodnie z którym w takiej sytuacji należy posłużyć się kryterium normatywnym miarodajnego obywatela, mającego identyczne jak sprawca doświadczenie, wiedzę, należycie wypełniającego swe obowiązki i należy ustalić, czy rozpoznałby on bezprawność czynu, a jeżeli nie - wówczas nieświadomość bezprawności trzeba uznać za usprawiedliwioną” (por. F. Prusak Kodeks karny skarbowy, Komentarz, Tom I, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2006 r., str. 215-216).

Co więcej, badając formułę usprawiedliwienia na gruncie prawa karnego skarbowego w odniesieniu do profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który w celach zarobkowych prowadzi działalność ze świadomością jej reglamentowania przez państwo - w grę wchodzi model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań.

Powyższe powoduje, że również argument o potrzebie zastosowania art. 10 § 4 kks nie mógł zostać uwzględniony, tym bardziej, że ustalenie błędu co do karalności wymaga także oceny stanu świadomości oskarżonego, a ten wedle treści protokołów, nie pozwala na tak dalekie wnioski, jakich życzyłby sobie obrońca.

Podsumowując, Sąd Okręgowy nie uwzględnił zarzutów i wywodów apelacji.

Oceniając orzeczenie o karze stwierdzić natomiast trzeba, że jest ono wyważone i nie sposób upatrywać rażąco niewspółmiernej surowości, już chociażby przez pryzmat czasu przestępczego zachowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono po myśli art. 636 § 1 kpk. Przepis ten stanowi, że w sprawach z oskarżenia publicznego, w razie nieuwzględnienia środka odwoławczego, wniesionego wyłącznie przez oskarżonego lub oskarżyciela posiłkowego, koszty procesu za postępowanie odwoławcze ponosi na ogólnych zasadach ten, kto wniósł środek odwoławczy (...).

Zgodnie z art. 616. § 1. Do kosztów procesu należą: koszty sądowe i uzasadnione wydatki stron, w tym z tytułu ustanowienia w sprawie jednego obrońcy lub pełnomocnika. Apelację wniósł obrońca oskarżonego, zatem to oskarżony winien ponieść koszty sądowe postępowania odwoławczego, na które składają się: wydatki w kwocie 20 złotych, jako ryczałt za doręczenie wezwań, a także opłata w kwocie 1000 złotych od orzeczonej kary pozbawienia wolności i grzywny obok niej wymierzonej.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.