

## UZASADNIENIE

### **wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 27 grudnia 2017 r. sporządzone w całości**

Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach wyrokiem z dnia 19 lipca 2017 r. sygn. akt II K 1045/16 uznał oskarżonego Ł. B. za winnego popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks polegającego na tym, że w dniu 3 lipca 2015 r., pełniąc funkcję prezesa zarządu (...) Sp. z o. o. z/s w K., urządził w lokalu Bar (...) przy ul. (...) w T. w celach komercyjnych gry o charakterze losowym na automatach do gier o nazwach: (...), (...), nie posiadając koncesji na kasyno gry, wbrew art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych i za to na mocy art. 107 § 1 kks wymierzył mu karę samoistnej grzywny w ilości 80 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 80 złotych (pkt 1 wyroku). Na mocy art. 30 § 5 kks orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa urządzeń elektronicznych do gier: (...) wraz z kablem zasilającym i trzema kluczami oraz (...) wraz z kablem zasilającym i czterema kluczami, przechowywane w magazynie (...)Urzędu Celno-Skarbowego pod pozycją (...), a także pieniędzy w kwocie 5.265 złotych, przechowywane na koncie sum depozytowych (...)Urzędu Celno-Skarbowego pod poz.(...) (pkt 2 wyroku). Z kolei na mocy art. 230 § 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks zwrócił R. L. umowę najmu powierzchni użytkowej lokalu znajdującą się na kartach 6-10 zbioru A akt sprawy(pkt 3 wyroku). W końcu na mocy art. 3 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 640 złotych tytułem opłaty, a na mocy art. 627 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks obciążył go pozostałymi kosztami procesu w wysokości 110 złotych (pkt 4 wyroku).

Apelację od tego wyroku złożył obrońca oskarżonego. Zaskarżył orzeczenie w całości i zarzucił mu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku mający wpływ na jego treść polegający na niezasadnym przyjęciu, iż urządzenia (...)oraz (...), ujawnione w lokalu Bar (...) przy ul. (...) w T., są automatami do gier wykazującymi cechy losowości i komercyjności, co pozwoliło Sądowi błędnie przyjąć, iż gry na tych urządzeniach są grami na automatach o niskich wygranych w rozumieniu przepisu art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych,
2. rażąco obrazę przepisów prawa procesowego mającą wpływ na treść wyroku, tj. art. 167 kpk w zw. z art 193 § 1 kpk poprzez zaniechanie przez Sąd I instancji zasięgnięcia opinii specjalisty, a zatem dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w celu ustalenia okoliczności wymagających wiadomości specjalnych, a mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, w zakresie zbadania urządzeń pod kątem posiadania przez nie cech losowości oraz komercyjności i oparciu rozstrzygnięcia wyłącznie na eksperymencie przeprowadzonym przez funkcjonariusza celnego nie posiadającego wiadomości specjalnych w tym zakresie,
3. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 kks polegającą na jego zastosowaniu wobec czynu oskarżonego, a w konsekwencji skazanie oskarżonego, mimo że w jego zachowaniu brak jest znamienia umyślności, o której mowa w art. 4 § 2 kks, podczas gdy od strony podmiotowej delikty z art. 107 § 1-2 i 4 mogą być popełnione wyłącznie umyślnie,
4. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 10 § 4 kks poprzez jego niezastosowanie, albowiem nie ulega wątpliwości, że oskarżony pozostawał co najmniej w usprawiedliwionym przekonaniu o niekaralności czynu, o ile w ogóle nie w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, o którym mowa w art. 10 § 1 kks, co z kolei powinno skutkować uznaniem, iż sprawca nie dopuścił się przestępstwa skarbowego,
5. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku poprzez przyjęcie, że oskarżony działał umyślnie, godząc się na to, że może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej, podczas gdy umyślność w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym należy udowodnić, nie można jej jedynie domniemywać, a na czynienie ustaleń takich, jakie poczynił Sąd I instancji nie pozwala zebrany w sprawie materiał dowodowy – w szczególności wyjaśnienia oskarżonego, który wykazał, iż nie chciał i nie godził się na to, by naruszać przepisy prawa, a wręcz przeciwnie dolażył wszelkiej staranności, by upewnić się, że nie naruszy przepisów prawa i w tym celu jeszcze przed podjęciem

działalności zapoznał się z licznymi opiniami i dokumentami, przez co słusznie przekonany był o tym, że nie popełnia on przestępstwa, co zdaniem obrony powoduje, iż w żadnym razie nie można przypisać oskarżonemu winy w zakresie zarzucanego mu czynu, a to z kolei winno skutkować jego uniewinnieniem z uwagi na brak jednego ze znamion czynu zabronionego, jakim jest umyślność oskarżonego,

6. błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że oskarżony urządzał gry na automatach wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, co pozwoliło przyjąć, że swoim zachowaniem wyczerpał znamiona przestępstwa skarbowego w art. 107 § 1 kks, podczas gdy oskarżony nie wykonywał żadnych czynności obejmujących obsługę tych urządzeń, a jego rola ograniczyła się jedynie do złożenia podpisu na umowie, w związku z czym nie sposób przyjąć, że oskarżony zajmował się urządzaniem gier.

Z powołaniem się na te zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, względnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

W toku rozprawy apelacyjnej obrońca powołując się na treść prawomocnego od dnia 15 września 2017 r. wyroku nakazowego zapadłego w sprawie Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach o sygn. akt II K 566/17, którego odpis przedłożył, alternatywnie postulował uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks z powodu powagi rzeczy osądzonej.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Apelacja obrońcy okazała się skuteczną o tyle, iż rzeczywiście z uwagi na treść prawomocnego skazania Ł. B. w sprawie Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach o sygn. akt II K 566/17 należało przyjąć na moment orzekania w instancji odwoławczej, że postępowanie karne co do tego samego czynu oskarżonego zostało prawomocnie wcześniej zakończone, co musiało skutkować uchyleniem pkt 1, 2 oraz 4 zaskarżonego wyroku i na mocy art. 17 § 1 pkt 7 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks umorzeniem postępowania przeciwko oskarżonemu o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks polegające na tym, że w dniu 3 lipca 2015 r., pełniąc funkcję prezesa zarządu (...) Sp. z o. o. z/s w K., urządzał w lokalu Bar (...) przy ul. (...) w T. gry na dwóch automatach o wskazanych wyżej oznaczeniach nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna gry, tj. wbrew art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych.

Niezasadnymi okazały się natomiast zarzuty podniesione w środku odwoławczym wywiedzionym przez obrońcę. Sąd I instancji nie popełnił żadnego z uchybień, na które naprowadzały.

Wedle skarżącego oskarżony nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej za popełnienie przypisanego mu przestępstwa skarbowego z trzech powodów.

Po pierwsze twierdził, że przedmiotowe urządzenia nie miały charakteru automatów do gier, a tym samym działalność z ich wykorzystaniem uprawiana nie była reglamentowana przepisami ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (zarzut 1). Ewentualnie podnosił, iż nie zostało to zgodnie z prawem procesowym udowodnione (zarzut 2).

Po wtóre, gdyby nawet przyjąć, że były to automaty do gier, wskazywał, że oskarżony nie wiedział, ani nie przypuszczał, że na działalność w zakresie gier na tych urządzeniach wymagany było posiadanie koncesji na prowadzenie kasyna gry, a to wobec przekonania, że nienotyfikowane przepisy techniczne zawarte w ustawie o grach hazardowych, w tym jej art. 6 ust. 1, nie mogą być stosowane jako sprzeczne z prawem Unii Europejskiej (zarzuty 3 i 5), a przynajmniej pozostawał w usprawiedliwionym błędzie, że postępując wbrew owemu nakazowi podlegał będzie karze (zarzut 4).

Poza tym zdaniem obrońcy złożenie podpisu pod umową najmu powierzchni, na której następnie posadowionymi były wspomniane urządzenia, pozostające w gotowości do ich eksploatacji zgodnie z ich przeznaczeniem, nie stanowiło urządzania gier na automatach w rozumieniu art. 107 § 1 kks (zarzut 6).

Odnosząc się więc w pierwszej kolejności do zarzutów i twierdzeń apelującego zawartych w środku odwoławczym należy wyraźnie stwierdzić, iż nie może być najmniejszej wątpliwości, że przedmiotowe urządzenia są automatami do

gier w rozumieniu art. 2 ust. 5 ustawy o grach hazardowych. Zgodnie z tym przepisem 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.

Wyniki tzw. gier kontrolnych przeprowadzonych na przedmiotowych urządzeniach elektronicznych przez funkcjonariusza celnego w toku czynności kontrolnych w dniu 3 lutego 2015 r. w lokalu Bar (...) w T. przy ul. (...) w zakresie przestrzegania przepisów ustawy o grach hazardowych, udokumentowane protokołem z tych czynności (k. 1-3 t. I), w tym zapisem audio-video wykonanego eksperymentu, a także protokołem kontroli (k. 32-34 t. I), nadto przedstawione zostały zeznaniami owego funkcjonariusza, wbrew twierdzeniom apelującego przesłuchanego bezpośrednio na rozprawie (k. 63v t. III oraz k. 5v zbioru C), wykazały ponad wszelką wątpliwość, iż gry na tych urządzeniach miały charakter losowy. Ich wynik zależał bowiem od przypadku, a nie od zręczności grającego. Poza tym ewidentnie były one organizowane w celach komercyjnych, skoro rozpoczęcie którejkolwiek z oferowanych gier możliwe było od dokonania wpłaty za pośrednictwem akceptora banknotów lub wrzutnika monet, w które oba urządzenia były wyposażone.

Wartym odnotowania jest, że nawet oskarżony zdawał się owego charakteru tych urządzeń nie kwestionować, skoro nie wyjaśniał, że legalności prowadzonej działalności upatrywał w ich zręcznościowym charakterze.

Ponadto wynajęta powierzchnia lokalu Bar (...) miała być zgodnie z zawartą przez oskarżonego umową najmu wykorzystywaną na własną działalność hazardową spółki (...) (k. 6-8). Stanowiąca załącznik do tej umowy informacja prawna wprost nawiązywała do działalności hazardowej reglamentowanej przepisami art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, które jedynie miały nie móc być stosowane z racji nie poddania ich projektów notyfikacji Komisji Europejskiej (k. 9-10). Pierwszy z tych przepisów wymagał, by działalność w zakresie m.in. gier na automatach była prowadzona po uzyskaniu koncesji na kasyno gry. Z kolei drugi z nich zawierał ograniczenie o charakterze lokalizacyjnym. Przewidywał, że urządzenie m.in. gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gier.

Można więc rzec, iż ustalony przez Sąd Rejonowy charakter przedmiotowych urządzeń pozostawał bezspornym.

Po raz pierwszy sprzeciwił się mu apelujący w wywiedzionym środku odwoławczym i to jeszcze wypominając braki postępowania dowodowego, za które, jeśli rzeczywiście by wystąpiły, w istocie on sam również ponosił odpowiedzialność, a poza tym mający zastosowanie w niniejszej sprawie art. 427 § 4 kpk obowiązujący w okresie od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r., a to z racji wniesienia aktu oskarżenia do sądu w dniu 19 listopada 2015 r. (zob. art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw), zabraniał mu się na nie powoływać w apelacji, kiedy on, jak i reprezentowana strona, nie składali przed Sądem I instancji wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Przeprowadzenie tego dowodu nie mogło zaś uchodzić za obowiązkowe (zob. art. 427 § 5 kpk obowiązujący w podanym okresie i mający zastosowanie z tych samych względów co wyżej przywołany przepis), kiedy nie jest prawdziwą tezą, że charakter przedmiotowych urządzeń mógł zostać stwierdzony jedynie z wykorzystaniem wiadomości specjalnych. Tymczasem zgodnie z art. 193 § 1 kpk opinii biegłego zasięga się jedynie wówczas, gdy stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Przypomnieć należy, iż to, że gry na nich oferowane miały charakter losowy i organizowane były w celach komercyjnych, nie było kwestionowane przez oskarżonego, a wręcz jest uprawnionym twierdzić, że zostało przez niego w sposób dorozumiany przyznane. Ponadto inne dowody zaświadczały o ustalonym charakterze tych urządzeń, a nie jest prawdą, że kwalifikacje, którymi dysponował funkcjonariusz celny G. G. (1), jak też jego doświadczenie zawodowe, nie pozwalały mu stwierdzić tego, co zostało opisane jako wynik przeprowadzonych przez niego gier kontrolnych. Poza tym poddawało się łatwo weryfikacji, skoro wykonany w ten sposób eksperyment został utrwalony w postaci zapisu audio-video. Sąd odwoławczy uważa w związku z tym, że nawet samemu na podstawie owego nagrania byłby w stanie stwierdzić, że przedmiotowe urządzenia były urządzeniami elektronicznymi do organizowania gier w celach komercyjnych mających charakter losowy. Wybranie na każdym z urządzeń po jednej z oferowanych na nich gier i zgranie kolejnymi rozdaniem uzyskanych za wpłacone kwoty tzw. punktów kredytowych

wystarczało bowiem dla stwierdzenia takiego ich charakteru już tylko na podstawie posiadanych wiedzy ogólnej oraz doświadczenia życiowego i zawodowego.

Nie jest zaś tak, że Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 sierpnia 2013 r. (V KK 15/13, OSNKW 2014, Nr 1, poz. 6) wypowiedział pogląd, iż dla dokonania ustaleń co do charakteru urządzeń koniecznym jest zawsze zasięgnięcie opinii biegłego posiadającego wiedzę techniczną lub informatyczną w zakresie automatów do gier. Wyraził w nim jedynie zastrzeżenie wobec rezygnacji z przeprowadzenia dopuszczonego dowodu z opinii biegłego w sytuacji, gdy występujący w tamtej sprawie automat w myśl opinii jego producenta oraz prywatnych opinii technicznej i prawnej miał być urządzeniem do gry zręcznościowej, a nie hazardowej ze względu na jej losowy charakter, a już nie z powodu organizowania gry w celach komercyjnych. W rozpatrywanym przypadku oskarżony takimi dokumentami nie dysponował. Co więcej i wymaga to podkreślenia, nigdy nie twierdził, iż przedmiotowe urządzenia nie są automatami do gier w rozumieniu art. 2 ust. 5 ustawy o grach hazardowych, a wręcz swym tłumaczeniem się z postrzegania prowadzonej działalności za legalną potwierdzał ich taki charakter.

Apelujący przy tym nie dostrzegął, iż art. 167 kpk w mającym zastosowanie brzmieniu obowiązującym w okresie od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r. stanowił w § 1, że inicjatywa dowodowa należy zasadniczo wyłącznie do stron, a sąd mógł dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu tylko w wyjątkowych wypadkach i to jeszcze uzasadnionych szczególnymi okolicznościami. W konsekwencji nawet nie raczył wskazać, iż takowe zachodziły w realiach niniejszej sprawy. Oczywiście ze względu na przywołany art. 427 § 4 kpk nie mógł i tak związanego z tym braku aktywności sądu skutecznie zarzucić w środzku odwoławczym.

Nieporozumieniem było z kolei twierdzenie skarżącego, iż błędnie zostało przyjętym przez Sąd Rejonowy, że oskarżony urządzał gry na przedmiotowych urządzeniach w dniu 3 lipca 2015 r.. Nie mogło tak być zdaniem obrońcy, kiedy rola oskarżonego jako reprezentanta podmiotu będącego właścicielem przedmiotowych urządzeń sprowadziła się do wynajęcia powierzchni na potrzeby ich eksploatacji zgodnie z ich przeznaczeniem. Zgodnie z umową najmu zawartą jeszcze w listopadzie 2013 r. z R. L. chodziło o wykorzystanie fragmentu powierzchni Baru (...) do prowadzenia działalności hazardowej. Jednocześnie sam skarżący zdawał się aprobować cytowany przez niego pogląd doktryny, a w pełni aprobowany w orzecznictwie, że urządzaniem gry jest również wynajęcie i przystosowanie lokalu do tego celu.

Nie mniej trzeba również odnotować, iż oskarżony nie tylko zawarł rzeczoną umowę, ale również zawiadywał działalnością kierowaną przez niego spółki, co w istocie przyznawał. Musiał zatem przynajmniej decydować w ogólności, jakim rodzajem działalności w danym czasie się zajmuje i w jaki sposób się to odbywa. Nawet więc jeśli nie musiał wiedzieć, gdzie i jakie konkretnie automaty do gier hazardowych były wstawiane i eksploatowane, musiał orientować się, iż odbywa się to w miejscach pozostających w dyspozycji zarządzanej przez niego spółki, a więc choćby rzeczonym lokalu. Ponadto osoby bezpośrednio odpowiedzialne za wstawienie tam i serwisowanie urządzeń musiały z tym związane czynności wykonywać z polecenia osoby organizującej działalność spółki (...), a za taką uchodzić musiał oskarżony.

Wynajęcie w ramach prowadzonej działalności powierzchni lokalu i doprowadzenie w ten sposób do umieszczenia tam przedmiotowych urządzeń celem ich użytkowania, a także zapewnienie warunków do ich tam eksploatowania zgodnie z ich przeznaczeniem, choćby poprzez zorganizowanie ich serwisu, stanowi „urządzanie gry” w rozumieniu art. 107 § 1 kks. „Urządzanie gry” obejmuje przecież już tylko czynności niezbędne do rozpoczęcia określonej działalności (zob. V. Konarska-Wrzošek, T. Oczkowski, J. Skorupka, Prawo i postępowanie karne skarbowe, s. 323). Oznacza więc mniej więcej tyle, co jej zorganizowanie, czyli doprowadzenie do tego, aby mogła się odbyć. Niewątpliwie zaś na to ukierunkowana była ustalona przez Sąd I instancji aktywność oskarżonego.

Co się tyczy strony podmiotowej zachowania oskarżonego, zaznaczyć należy, iż Sąd I instancji w istocie nie dał wiary jego wyjaśnieniom, w których zapewniał, że był wewnętrznie przekonany o legalności uprawianej działalności hazardowej w ramach spółki (...).

Zdaniem Sądu odwoławczego tego rodzaju ocena pozostaje pod ochroną art. 7 kpk. Jest bowiem oparta na całokształcie okoliczności sprawy ocenionych z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego.

Akcentował przecież oskarżony, iż swoje przekonanie opierał przede wszystkim na wiedzy pozyskanej jeszcze przed rozpoczęciem działalności hazardowej w listopadzie 2013 r. ze stanowiska Prokuratora Generalnego z dnia 31 lipca 2013 r., a w jego prawidłowości utwierdziły go również zapadające później w znacznej liczbie korzystne decyzje organów procesowych, w zdecydowanej większości umarzające postępowania o zarzucane mu czyny z art. 107 § 1 kks polegające na identycznego rodzaju aktywności, jak ta będąca przedmiotem osądu w niniejszej sprawie.

Trafnie jednak zauważył Sąd I instancji, iż oskarżony w kwestii oceny legalności prowadzonej przez niego działalności opierał się wyłącznie na tych wypowiedziach orzecznictwa i piśmiennictwa, które wskazywały, że przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, jako przepisy techniczne, których projekty nie były notyfikowane Komisji Europejskiej, nie mogą być stosowane wobec ich sprzeczności z prawem Unii Europejskiej. Co charakterystyczne, powołał się również na glosy W. Gontarskiego i G. Grabowskiej oraz M. Górskiego do orzeczeń Sądu Najwyższego, wedle którego powyższy pogląd był nieprawidłowym, gdyż w/w przepisy dopóki ich niekonstytucyjność nie zostanie stwierdzona przez Trybunał Konstytucyjny obowiązują i winny być przestrzegane przez ich adresatów. Wskazuje to, iż oskarżony orientował się w istnieniu tego rodzaju orzecznictwa najwyższej instancji sądowej w Rzeczypospolitej Polskiej, któremu pod względem autorytatywności z racji sprawowanego przez Sąd Najwyższy nadzoru judykacyjnego nad orzecznictwem sądów powszechnych, jako źródła miarodajnej wiedzy w kwestii prawidłowego stosowania przez organy państwa obowiązującego prawa, nie sposób przeciwstawić poglądów prawnych prezentowanych w orzecznictwie sądów rejonowych i zupełnie wyjątkowo przez sądy okręgowe (zob. wykaz dokumentów przedłożonych przez oskarżonego do protokołu jego przesłuchania w charakterze podejrzanego k. 40-41).

Prawdą jest, że Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 27 listopada 2014 r. w sprawie II KK 55/14 zajął stanowisko w kwestii stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych tożsame ze stanowiskiem oskarżonego, nie mniej wówczas, jak i jeszcze przynajmniej przez prawie rok, a więc i w czasie, gdy w dniu 3 lipca 2015 r. Ł. B. miał się dopuścić zarzucanego przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks, był to pogląd raczej jednostkowy w orzecznictwie Sądu Najwyższego, choć rzeczywiście ujawnił rozbieżność w wykładni prawa, na którą zareagował Prokurator Generalny występując w wnioskiem na podstawie art. 60 § 2 ustawy z dnia 23 listopada 2002r. o Sądzie Najwyższym (t.j. Dz. U. 2013, poz. 499 ze zm.) 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 kks uprawnione są, w oparciu o art. 91 ust. 3 Konstytucji, do odmowy ich stosowania jako niezgodnych z prawem unijnym?”. W tak zawieszłej 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 ustawy o grach hazardowych w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. nie budzi wątpliwości. 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 TfUE. 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.

Ostatnio przywołane okoliczności nie były jednak miarodajnymi na czas popełnienia przez oskarżonego zarzucanego mu czynu. Stąd nawet pogłębienie się, a przynajmniej utrwalenie się po dniu 14 października 2015 r. chaosu prawnego powstałego na tle stosowania nienotyfikowanych przepisów ustawy o grach hazardowych, również przez sądy powszechne, nie wyłączając innych organów państwa, co jest faktem urzędowo znanym, nie mogło mieć znaczenia, jak w dniu 3 lipca 2015 r. na tę kwestię zapatrywał się oskarżony, tym bardziej że nieco wcześniej Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 marca 2015 r. w połączonych sprawach P 4/14 oraz P 6/14 (OTK-A 2015 Nr 3 poz. 30) zdawał się podzielać przecież wyrażany już poprzednio przez Sąd Najwyższy pogląd co do niemożności odmowy zastosowania spornych przepisów ustawy o grach hazardowych z powodu braku notyfikacji ich projektów Komisji Europejskiej na podstawie normy kolizyjnej z art. 91 ust. 3 Konstytucji RP.

Nie sposób też nie przyznać racji Sądowi Rejonowemu, gdy z odwołaniem się do treści przywołanej już informacji prawnej stanowiącej załącznik do umowy najmu dowodził, że oskarżony wynajmując powierzchnię pod działalność hazardową musiał zdawać sobie sprawę, iż na piśmie prezentowana przez niego prawna ocena jej legalności wynikająca z pominięcia stosowania art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jako sprzecznych z prawem Unii Europejskiej wobec braku notyfikacji ich projektów Komisji Europejskiej nie jest aprobowana i tolerowana w praktyce organów celnych.

Wobec sporów prawnych toczonych przez lata odnośnie konsekwencji braku notyfikacji Komisji Europejskiej przepisów technicznych zawartych w ustawie o grach hazardowych z 2009 r. a konkretnie art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1, rzeczywiście nie podobna twierdzić, by oskarżony choćby nie przewidywał, że uprawiana przez niego działalność jest jednak skutecznie prawnie reglamentowana przez państwo, a postępując wbrew wynikającym z tego zakazom i nakazom nie godził się urządzać gier na automatach w sposób w niniejszej sprawie ustalony wbrew tym unormowaniom. Przecież cały czas stawał się obiektem czynności organów celnych, które zabezpieczać miały kolejne automaty do gier eksploatowane w miejscach do tego nieprzeznaczonych (poza kasynem gry) przez podmiot do tego nieuprawniony (nie posiadający koncesji na kasyno gry). Nie sposób w takich warunkach utrzymywać w sobie wyłącznie przekonania, iż uprawiana działalność jest w pełni zgodna z prawem. Logika i doświadczenie życiowe podpowiadają, że oskarżony musiał się liczyć z odmiennym podejściem do zagadnienia, a jedynie uzyskiwane korzyści oraz zapewne i nadzieja, iż m.in. reprezentowany przez niego punkt widzenia może jednak ostatecznie zyskać powszechną akceptację, ostatecznie nie powstrzymywały go przed zaprzestaniem uprawianego procederu. Z tego nie można jednak jeszcze wywodzić, że nie przewidywał i nie godził się na konflikt z prawem hazardowym.

Zachowanie oskarżonego było zatem umyślnym, podjętym z zamiarem ewentualnym. Prawidłowym było więc tego rodzaju ustalenie Sądu I instancji. Nie pozostawał zatem i w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego stypizowanego w art. 107 § 1 kks. Wykazane zostało, że uświadamiał sobie, że postępował wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, których treść była mu znana.

Siłą rzeczy nie mogło być też mowy o pozostawianiu oskarżonego w usprawiedliwionym błędzie co do karalności zachowania, które zostało mu zarzucone, skoro nie stało na przeszkodzie, aby dostosował się do wymagań ustawy o grach hazardowych i zaprzestał prowadzonej działalności hazardowej bez koncesji na kasyno gry, w konsekwencji i uprawianej w niedozwolonych lokalizacjach, kiedy takie było oczekiwanie szeregu organów państwa, o którym miał pojęcie, a w związku z tym wiedział również o karno-prawnej ścieżce egzekwowania obowiązku przestrzegania przepisów ustawy o grach hazardowych.

Oczywiście z przyczyn wymienionych w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 1 stycznia 2017 r. (I KZP 17/16 poprzednio I KZP 10/15, OSNKW 2017, Nr 2, poz. 7), a wcześniej w wyroku TSUE z dnia 13 października 2016 r. w sprawie C-303/15, którym ostatecznie i wprost przesądzone, że przepis art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych nie stanowi „przepisu technicznego” w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, w grę wchodzić mogło przypisanie oskarżonemu postępowania jedynie wbrew temu przepisowi ustawy o grach hazardowych, kiedy przepis art. 14 ust. 1 teże ustawy jako nienotyfikowany przepis techniczny nie mógł być rzeczywiście stosowany po myśli reguły kolizyjnej z art. 91 ust. 3 Konstytucji RP wobec jego sprzeczności z wyinterpretowaną z dyrektywy 98/34/WE normą prawa Unii Europejskiej niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej.

Okoliczności, jakie zaistniały już po wydaniu zaskarżonego wyroku, a ujawnione zostały w toku rozprawy apelacyjnej, nie pozwoliły jednak Sądowi odwoławczemu rozstrzygnięcia o winie oskarżonego zaaprobować z tego względu, iż za zachowanie nim objęte oskarżony został z dniem 15 września 2017 r. już prawomocnie osądzony w sprawie Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach o sygn. akt II K 566/17. Z tą datą uprawomocnił się bowiem zapadły w tej sprawie już po wydaniu zaskarżonego orzeczenia wyrok nakazowy z dnia 28 sierpnia 2017 r., mocą którego Ł. B. został uznany za winnego popełnienia jednego przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks stanowiącego czyn ciągły w rozumieniu art. 6 § 2 kks, którego dopuścił się w krótkich odstępach czasu w wykonaniu tego samego zamiaru w okresie od dnia 4 maja 2015 r. do dnia 5 października 2015 r. i polegał on na tym, że w dniach 4 maja 2015 r. i 24 sierpnia 2015 r. w Barze (...) w T. przy ul. (...), a w dniach 18 września 2015 r. i 5 października 2015 r. w lokalu w T. przy ul. (...) urządził wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych gry na wskazanych automatach.

Jakkolwiek opis tego przestępstwa skarbowego nie precyzował, iż w każdym przypadku chodziło o aktywność oskarżonego jako prezesa zarządu (...) Sp. z o. o. z/s w K., a postępowanie wbrew ustawie o grach hazardowych polegało na naruszeniu art. 6 ust. 1 teże ustawy, nie mniej odnosząc treść skazania w sprawie II K 566/17 do ujawnionej w niniejszej sprawie choćby odpisami zapadłych wcześniej orzeczeń skali działalności hazardowej uprawianej w ramach w/w spółki przez Ł. B., nie mogło być najmniejszych wątpliwości, iż jego dotychczasowy konflikt z prawem hazardowym, również ten objęty aktem oskarżenia w niniejszej sprawie wiązał się wyłącznie z jego zaangażowaniem w działalność spółki (...). Jak sam zaś w istocie wskazywał i czemu nie sposób odmówić wiary w świetle całokształtu okoliczności sprawy, decydował o wstawianiu określonego rodzaju urządzeń, jak choćby te zabezpieczone w niniejszej sprawie, do różnych lokali celem ich tam eksploatacji, nie licząc się z tym, iż nie były to kasyna gry, a spółka (...) nie posiadała koncesji na kasyno gry. Wynika z tego, że tak być musiało również w odniesieniu do urządzeń ujawnionych, w Barze (...) tak 4 maja 2015 r., jak i 3 lipca 2015 r. oraz 24 sierpnia 2015 r., a 18 września 2015 r. i 5 października 2015 r. w lokalu w T.. Tymczasem za wszystkie związane z tym zachowania z okresu od 4 maja 2015 r. do 5 października 2015 r., nawet jeśli wprost nie zostało wskazanym, że chodziło również o dzień 3 lipca 2015 r., oskarżony został już prawomocnie skazany przy przyjęciu, że stanowią jeden czyn ciągły wyczerpujący znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks. Musiało to przesądzać, iż akurat urządzenie gier na dwóch automatach w lokalu Bar (...) w dniu 3 lipca 2015 r. stanowiło element (fragment, wycinek) przestępstwa skarbowego przypisanego oskarżonemu w sprawie II K 566/17 jako czyn ciągły, mieszczący się w ramach czasowych wyznaczonych pierwszym i ostatnim zachowaniem składającym się na taki czyn. Skazanie oskarżonego za czyn ciągły popełniony w określonym czasookresie pochłaniało bowiem wszystkie inne, popełnione w tym okresie, stanowiące wykonanie tego samego zamiaru (zob. wyrok SN z dnia 9 lipca 2008 r., II KK 81/08, BSNwSK 2008, Nr 10, s. 4; wyrok SN z dnia 5 stycznia 2011 r., V KK 64/10, OSNKW 2011, Nr 2, poz. 14). Podstawą odpowiedzialności za czyn ciągły są

wszystkie objęte znamieniem ciągłości zachowania, a granicę wyznaczają początek pierwszego i zakończenie ostatniego z zachowań, jeśli wszystkie zostały podjęte z tym samym zamiarem.

Tymczasem prawomocne skazanie za czyn ciąglej stoi na przeszkodzie, ze względu na treść art. 17 § 1 pkt 7 kpk, ponownemu postępowaniu o później ujawnione zachowania, będące elementami tego czynu, które nie były przedmiotem wcześniejszego osądzenia, niezależnie od tego jak ma się społeczna szkodliwość nowo ujawnionych fragmentów czynu ciągłego do społecznej szkodliwości zachowań uprzednio w ramach tego czynu osądzonych (zob. uchwałę SN z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 29/01, OSNKW 2002, Nr 1-2, poz. 2).

Przyjęcie konstrukcji „czynu ciągłego” przesądza więc o konieczności stosowania zasady *ne bis in idem* procedatur (zob. wyrok SN z dnia 15 września 2005 r., II KK 15/05, OSNwSK 2005, Nr 1, poz. 1679) z tym oczywiście zastrzeżeniem, że prawomocne skazanie rodzi powagę rzeczy osądzonej jedynie w takim zakresie, w jakim sąd orzekł o odpowiedzialności karnej za zachowania będące przedmiotem zarzutu. Jedynie wówczas, gdy sąd uznał, że objęte jednolitym zamiarem zachowania oskarżonego stanowią jeden czyn zabroniony w rozumieniu art. 12 kk (na gruncie odpowiedzialności karno-skarbowej art. 6 § 2 kks), zakres powagi rzeczy osądzonej wyznaczony jest ustalonym w wyroku skazującym lub warunkowo umarzającym czasem jego popełnienia (zob. uchwałę SN z dnia 15 czerwca 2007 r., I KZP 15/07, OSNKW 2007, Nr 7-8, poz. 55, s. 19).

W związku z powyższym Sąd Okręgowy nie stwierdził jednak uchybienia w postaci bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 8 kpk, albowiem kiedy zapadł zaskarżony wyrok nie zostało jeszcze wydane orzeczenie co do tego samego czynu tej samej osoby (zob. D. Świecki, Komentarz aktualizowany do art. 439 kpk, t. 63, el/LEX 2017). Nakazane przez art. 437 § 2 kpk uchylenie i umorzenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks nastąpiło zatem z powodu dostrzeżenia względnej przyczyny odwoławczej z art. 438 pkt 2 kpk mającej wpływ na treść zaskarżonego wyroku, w związku z pojawieniem się już po jego wydaniu nowej okoliczności w postaci uprzedniego prawomocnego skazania oskarżonego za ten sam czyn (zob. art. 427 § 3 kpk).

Następstwem umorzenia postępowania musiało być odmienne orzeczenie w przedmiocie zabezpieczonych automatów z akcesoriami i pieniędzy w tych urządzeniach ujawnionych. Orzeczenie przepadku na podstawie art. 30 § 5 kks było możliwe jedynie w przypadku skazania oskarżonego za przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks. Gdy tak się nie stało, o w/w przedmiotach i pieniądzach należało orzec po myśli art. 230 § 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks. Stały się zbędne dla zakończonego prawomocnie postępowania. Stąd należało jej zwrócić temu, do kogo należą (czyją stanowią własność), a więc niewątpliwie spółce (...).

Za prawidłowe pomimo konieczności umorzenia postępowania, uchodziło natomiast rozstrzygnięcie z pkt 3 oparte o art. 230 § 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks. Dlatego w tym zakresie zaskarżony wyrok należało utrzymać w mocy.

Orzeczenie o kosztach procesu w sprawie uzasadniał art. 632 pkt 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, w tym o wydatkach oskarżonego poniesionych na ustanowienie obrońcy z wyboru, z żądaniem zrekompensowania których wystąpiono, a których wysokość ustalono w stawce minimalnej z ewentualnym jej powiększeniem z powodu czasu trwania rozprawy stosując przepisy rozporządzeń Ministra Sprawiedliwości dotyczących opłat za czynności adwokackie, zarówno z 2002 r. (za postępowanie przygotowawcze), jak z 2015 r. (za dalszy tok postępowania).

Z tych wszystkich względów Sąd Okręgowy orzekł jak w swym wyroku.