

Sygn. akt V.2 Ka 250/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 czerwca 2019 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku

Wydział V Karny Sekcja Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący: SSO Jacek Myśliwiec

Protokolant: Justyna Napiórkowska

w obecności Sebastiana Tarasiuka Prokuratora Prokuratury Rejonowej w J. (...) oraz Beaty Skrzyp przedstawiciela Śląskiego Urzędu Celno-Skarbowego w K.

po rozpoznaniu w dniu 17 czerwca 2019 r.

sprawy:

J. A. /A./

s. E. i J.

ur. (...) w W.

oskarżonego o przestępstwo z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji, wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Rejonowego w Jastrzębiu - Zdroju

z dnia 8 lutego 2019r. sygn. akt II K 207/17

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

II. obciąża oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa opłatą za II instancję w kwocie 1500zł (jeden tysiąc pięćset złotych) oraz zasądza od niego wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20zł (dwadzieścia złotych).

SSO Jacek Myśliwiec

Sygn. akt V. 2 Ka 250/19

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Jastrzębiu – Zdroju wyrokiem z dnia 08/02/2019r., sygn. akt II K 207/17 uznał oskarżonego J. A. za winnego tego, że w dniu 06 września 2016r. pełniąc funkcję Prezesa Zarządu (...) Sp. z o. o. z siedzibą we W. przy ul. (...) urządził w lokalu o nazwie (...) znajdującym się w J. przy I(...) w celach komercyjnych gdy o charakterze losowym na automatach do gier o nazwach: H. (...) bez numeru, T. (...) o numerze (...) oraz E. (...) o numerze (...), wbrew przepisom art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych,

tj. o przestępstwo z art. 107 §1 kks i za to na podstawie art. 107 §1 kks wymierzył mu karę grzywny w wysokości 150 stawek dziennych przyjmując wartość jednej stawki na kwotę 100 zł.

Na podstawie art. 627 kpk i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23/06/1973r. o opłatach w sprawach karnych w zw. z art. 113 §1 kks Sąd zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania obejmujące wydatki w kwocie 110 zł. oraz opłatę w kwocie 1500 zł.

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonego, który zarzucił:

1. wadliwość ustaleń faktycznych poczynionych w sprawie, będącą wynikiem dowolnej, lecz nie swobodnej oceny dowodów zgromadzonych w postępowaniu, a to poprzez zupełnie przypadkowe i na niczym nie oparte przyjęcie, iż oskarżony J. A. urządził kiedykolwiek jakiekolwiek gry na automatach w lokalu przy ul. (...) w J., chociaż absolutnie nic takiego nie wynika z dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, albowiem wykazano w procesie, iż oskarżony ten w owym lokalu nigdy nie był, a też ani on, ani kierowana przez niego (...) Sp. z o.o. we W. nie byli tam znani, zatem nie mieli żadnego wpływu na cudzą działalność tam urządzaną czy prowadzoną, co wyklucza u oskarżonego możliwość popełnienia przestępstwa takiego, jakie jest mu zarzucane;

2. Nadto kwestionowanemu orzeczeniu zarzucił także:

- naruszenie procedury, tj. art. 193 §1 kpk, stosowanego w zw. z art. 113 §1 kks, a to poprzez zaniechanie powołania biegłego stosownej specjalności, mimo iż - oceniając po treści kwestionowanego wyroku - rozstrzygnięcie sprawy wymagało wiadomości specjalnych, przy braku których sąd nie był uprawniony do wyrażenia własnych, kategoriycznych ocen co do technicznych aspektów funkcjonowania automatów do gier, mających podstawowy wpływ na wynik sprawy;
- nadto rażące naruszenie art. 211 kpk, stosowanego w zw. z art. 113 §1 kks, a to poprzez niedopuszczalne przyjęcie, iż wynik eksperymentu procesowego może stanowić, sam w sobie, podstawowe źródło ustaleń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia, mimo iż taka ocena wagi i doniosłości eksperymentu procesowego przeczy jego istocie, albowiem jest to co najwyżej czynność dowodowa wtórna, akcesoryjna i jedynie pomocnicza w toku postępowania karnego;
- w konsekwencji naruszeń procedury wskazanych wyżej - błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, a to poprzez dalece pochopne i niczym nie uzasadnione stwierdzenie, iż gry dostępne na spornych automatach mają charakter losowy i tym samym hazardowy, mimo iż sąd nie dysponował w tym zakresie obligatoryjną wiedzą specjalistyczną, która pozwoliłaby na jednoznacznie wyjaśnienie tej okoliczności, kluczowej dla wydania w sprawie prawidłowego orzeczenia;
- ostatecznie wobec powyższego - naruszenie prawa materialnego, tj. art. 107 §1 kks, a to poprzez wadliwe jego zastosowanie, mimo iż nie wykazano ziszczenia się kluczowej w tym przepisie przesłanki urządzania zabronionych gier na automatach do gier w rozumieniu art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 19.11.2009 roku o grach hazardowych (dalej: ugh), albowiem w sprawie brak jest wartościowego, przekonującego dowodu, iż sporne urządzenia do gier to w istocie automaty do gier w rozumieniu przywołanych regulacji ustawowej.

Poza powyższym obrońca zarzucił także:

- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 107 §1 kks poprzez jego zastosowanie, mimo iż w toku postępowania nie wykazano, by oskarżony dopuścił się popełnienia takiego przestępstwa, czyli w szczególności brak w kwestionowanym wyroku jakiegokolwiek wskazania, które konkretnie zachowania oskarżonego wyczerpywały znamiona tego przestępstwa;

- dalej także naruszenie art. 107 §1 kks w zw. z art. 4 §2 kks, a to poprzez niczym nie uzasadnione przyjęcie, iż oskarżony dopuścił się wskazanego przestępstwa, działając umyślnie, chociaż takie ustalenie faktyczne nie znajduje jakiegokolwiek oparcia w materiale dowodowym zgromadzonym w postępowaniu;
- nadto bezzasadne zastosowanie art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych (dalej: ugh), jako przepisu wypełniającego blankietową regulację art. 107 §1 kks, mimo iż przepisy te nie mogły znaleźć zastosowania w sprawie, a to z uwagi na treść zarzutu stawianego oskarżonemu;
- dodatkowo naruszenie art. art. 107 §1 kks, a to poprzez wadliwe przyjęcie, iż ową normę blankietową można wypełnić regulacją art. 23a ust. 1 ugh, chociaż przepis ten formułuje - w okolicznościach faktycznych sprawy niniejszej - wymóg obiektywnie niewykonalny, tj. stawia oskarżonemu taki warunek, którego spełnić on nigdy nie był w stanie, gdyż zasadniczo nie jest on jego adresatem;
- dodatkowo, z najdalej idącej ostrożności procesowej, również naruszenie art. 10 §3 i ewentualne §4 kks. poprzez ich niezastosowanie, mimo iż okoliczności prawne sprawy niniejszej determinują wniosek, iż oskarżony z pewnością kierował się usprawiedliwionym przekonaniem, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność czynu, a już w ostateczności dopuścił się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności;
- na końcu wreszcie, z najdalej idącej ostrożności procesowej, także rażąca niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu w relacji do wagi czynu mu zarzucanego, co wynika między innymi z naruszenia art. 10 §5 kks poprzez jego niezastosowanie, albowiem jeśli błąd, na który powołuje się oskarżony w swojej linii obrony, okazuje się być nieusprawiedliwionym, to skutkować to powinno zastosowaniem dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary - czego sąd rejonowy jednak nie wziął pod uwagę w kwestionowanym obecnie orzeczeniu.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania – a to z uwagi na konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego praktycznie w całości.

Ostatecznie natomiast skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku co do wymiaru kary, która przy uwzględnieniu możliwości nadzwyczajnego jej złagodzenia jawi się jako wygórowana, a tym samym niesprawiedliwa.

Ponad powyższe, w każdym z przypadków, skarżący wniósł również o zasądzenie na rzecz oskarżonego kosztów obrony z wyboru w postępowaniu apelacyjnym – według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje

apelacja obrońcy oskarżonego nie zasługiwała na uwzględnienie, gdyż stanowi jedynie gołosłowną polemikę z prawidłowymi ustaleniami i rozstrzygnięciami Sądu I instancji oraz prezentację własnej wykładni wybranych przepisów u.g.h. i k.k.s. Poglądów tych sąd odwoławczy jednak nie podziela.

Sąd meriti prawidłowo zgromadził i przeprowadził wszelkie dowody, które mogły prowadzić do wyjaśnienia okoliczności popełnienia przez oskarżonego zarzucanego mu czynu. Postępowanie dowodowe było staranne a materiał dowodowy jest kompletny, zatem nie było konieczności przeprowadzania innych dowodów. Sąd I instancji w sposób prawidłowy i wyczerpujący rozważył wszystkie okoliczności sprawy i dowody ujawnione w toku rozprawy, dokonując następnie na ich podstawie właściwych ustaleń faktycznych. Sąd Rejonowy w sposób prawidłowy ocenił zebrany w sprawie materiał dowodowy, dokonał rzeczowej jego analizy, a jej wyniki w sposób wyczerpujący zaprezentował w uzasadnieniu wyroku, czyniąc przedmiotem rozważań wszystkie okoliczności ujawnione w toku rozprawy głównej, zarówno przemawiające na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego. Przedstawiona ocena dowodów jest zgodna ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego oraz uwzględnia zasady prawidłowego rozumowania, pozostaje więc pod ochroną art. 7 k.p.k.

Nie sposób zatem zarzucić, iż Sąd I instancji dokonał dowolnej oraz sprzecznej z zasadami prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego oceny materiału dowodowego. Ocena zebranych w sprawie dowodów dokonana przez Sąd nie zawiera w sobie błędu i nie jest w żadnym razie oceną dowolną, ponieważ poparta została wszechstronną analizą całokształtu okoliczności sprawy. Takich uchybień Sąd I instancji w przedmiotowej sprawie się nie dopuścił. Oczywiście przepis z art. 410 § 1 k.p.k. nakazuje uwzględnienie przy orzekaniu wszystkich okoliczności ujawnionych na rozprawie i jednocześnie zakazuje uwzględniać okoliczności nieujawnione, zaś art. 4 k.p.k. nakazuje uwzględniać okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jaki i niekorzyść oskarżonych. Nie oznacza to w żadnym wypadku, że orzekając sąd ma brać za podstawę orzeczenia okoliczności nawzajem sobie przeczące, skoro wynikają one ze sprzecznych w swym znaczeniu dowodów, lub też dowody nieistotne dla przedmiotu sprawy. Wyrok w niniejszej sprawie wydany został na podstawie dowodów obciążających oskarżonego, bo takie właśnie Sąd Rejonowy słusznie i zasadnie uznał za wiarygodne. W polu uwagi Sądu w chwili orzekania znajdowały się wszystkie okoliczności. Orzeczenie zaś nie zapadło na podstawie wykluczających się dowodów. Sąd ma prawo oprzeć się na jednych dowodach, a nie dać wiary lub pominąć inne, jeśli są niewiarygodne lub nic nie wnoszą do sprawy, albo ich treść jest rozbieżna. W takiej sytuacji istota rozstrzygnięcia polega na daniu priorytetu niektórym dowodom. Obowiązkiem Sądu jest wówczas wskazanie, dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych. Sąd Rejonowy temu zadaniu sprostał.

Sąd I instancji wskazał dowody, na których oparł swoje ustalenia, a jednocześnie wskazał przesłanki, którymi się kierował odmawiając wiary dowodom przeciwnym. W tych granicach mieści się również ocena zeznań świadków i wyjaśnień oskarżonego. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd I instancji starannie i dokładnie omówił oraz przeanalizował wyjaśnienia oskarżonego, zeznania świadków i nieosobowe źródła dowodowe.

Wbrew wywodom skarżącego o tym, iż oskarżony nie miał żadnych związków z Z. U. i jego lokalem z zeznań świadka M. F. (vide karta 285 verte - 286) ewidentnie wynika iż był on widywany w towarzystwie właściciela lokalu, co więcej świadek ten analogicznie jak kolejny świadek, a to B. J., potwierdzili, że automaty znajdujące się w lokalu (...) były stale uruchamiane i wypłacały pieniądze. W tym zakresie zeznania świadka Z. U. o tym, iż nie zna on oskarżonego, zaś automaty nigdy nie były włączany gdyż miały pełnić funkcję reklam brzmią nie tylko nie przekonywująco, co wręcz naiwnie i jako takie nie mogą być podstawą ustaleń faktycznych.

Art. 107 § 1 k.k.s., w wersji obowiązującej w dacie czynu stanowił, że „kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urządza lub prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karom łącznie”. Zatem dla przypisania sprawy czynu z art. 107 § 1 k.k.s. koniecznym jest wykazanie, iż urządzał lub prowadził on grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny wbrew przepisom ustawy.

Zgodnie z utrwalonymi już w tej mierze poglądami doktryny zakres pojęcia „urządza” jest szerszy od „prowadzi”. Osoba, która grę lub zakład „urządza”, najczęściej układa system gry, określa wysokość wygranych, wynajmuje i przystosowuje lokal, zatrudnia i szkoli pracowników, organizuje grę, rozlicza przedsięwzięcie itp. Natomiast osoba, która grę lub zakład wzajemny „prowadzi”, ogranicza się najczęściej do wykonywania bezpośrednich czynności przy tych grach (tak pogląd zawarty w Komentarzu do art. 107 k.k.s. W. Kotowskiego i B. Kurzępy). Natomiast w komentarzu do art. 107 k.k.s. T. Grzegorzczak stwierdził, iż czym innym jest tu urządzenie gry i zakładu wzajemnego lub prowadzenie działalności w zakresie gier i zakładów, a czym innym prowadzenie gry lub zakładu. 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 uwzględnienia 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.

Oczywistym jest, że w dacie popełnienia zarzucanego czynu oskarżony pełnił funkcję prezesa zarządu spółki (...) sp. z o.o., której zasadniczym przedmiotem działalności było dystrybuowanie automatów do gier, i która z udostępniania automatów do użytkowania czerpała dochody. Zabezpieczone automaty były własnością i znajdowały się w posiadaniu powyższego podmiotu. To właśnie oskarżony wstawił do przedmiotowego lokalu automaty, które odpłatnie udostępniał do gier nieograniczonej liczbie osób i z tego tytułu osiągał korzyści majątkowe. Inaczej mówiąc to oskarżony stworzył warunki do prowadzenia gier na tychże automatach i umożliwił prowadzenie takich gier, z czego czerpał stały dochód. Tym samym nie ma wątpliwości, iż oskarżony urządzał gry na automatach. Wynika to wprost z dowodów zgromadzonych w sprawie, tj. z protokołów kontroli, oględzin i zatrzymania przedmiotów oraz zeznań świadków.

Przepis art. 2 ust. 3 ugh stanowi, że grami na automatach są gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych w tym komputerowych oraz gry odpowiadające zasadom gier na automatach zarządzane przez sieć Internet o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości. Zaś art. 2 ust. 4 ugh stwierdza, że wygraną rzeczową w grach na automatach jest również wygrana polegająca na możliwości przedłużania gry bez konieczności wpłaty stawki za udział w grze, a także możliwość rozpoczęcia nowej gry przez wykorzystanie wygranej rzeczowej uzyskanej w poprzedniej grze. Z kolei art. 2 ust. 5 ugh określa, że grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowe oraz gry odpowiadające zasadom gier na automatach zarządzane przez sieć Internet organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy.

Nie ulega wątpliwości, iż przedmiotowe automaty zawierały gry o charakterze losowym, co wynika z protokołów kontroli i oględzin. W trakcie kontroli przeprowadzono eksperymenty gier kontrolnych na tych automatach, których wyniki jednoznacznie wskazywały, że gry zainstalowane na urządzeniach mają charakter tylko i wyłącznie losowy, gdyż zarówno ich przebieg i jak i wynik był całkowicie niezależny od jakichkolwiek działań lub umiejętności gracza. Przebieg i wyniki tych eksperymentów zostały udokumentowane protokołami kontroli. Jednocześnie należy wskazać, iż funkcjonariusze przeprowadzający te kontrole przeszli specjalistyczne szkolenie w tym zakresie. Dla stwierdzenia faktu, czy gra ma charakter losowy, a zatem czy jej wynik jest niezależny od zdolności, umiejętności lub wiedzy gracza bynajmniej nie potrzeba wiadomości specjalnych. Sama gra na takim urządzeniu pozwala przeciętnemu graczowi na określenie czy ma ona charakter losowy, czy też nie.

Ta okoliczność, jak się wydaje, nie budziła wątpliwości również u oskarżonego i jego obrońcy, gdyż w toku całego postępowania, mimo takiej możliwości, nie wnosili oni o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego.

Nie zasługuje na uwzględnienie argument, iż oskarżony działał w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego z art. 107 §1 kks. Przecież J. A. był prezesem spółki, której zasadniczym przedmiotem działalności było dystrybuowanie automatów do gier i która z udostępniania automatów do użytkowania właścicielom lokali gastronomicznych czerpała dochody. Jednocześnie świadczy to o tym, iż styczność oskarżonego z automatami do gier nie była przypadkowa czy incydentalna, zaś z racji pełnionej funkcji oskarżony nie mógł nie wiedzieć o rygorach prawnych, którym poddana jest działalność w zakresie gier hazardowych. Powtórzyć należy, iż oskarżony nie był osobą przypadkową, ale przedsiębiorcą mającym wykorzystywać zakwestionowane automaty do gry w profesjonalnym przedsięwzięciu gospodarczym przynoszącym mu zysk. Z tych też względów twierdzenia obrońcy jakoby oskarżony nie zdawał sobie sprawy z bezprawności swojej działalności należy ocenić krytycznie i uznać, że stanowią one jedynie linię obrony zmierzającą do uniknięcia odpowiedzialności karnej przez oskarżonego za zarzucany występki karno – skarbowy.

Taki pogląd wyrażony został również w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2017r. w sprawie o sygn. IV KK 225/15.

Z całą pewnością oskarżony zdawał sobie sprawę z faktu niekorzystnego dla jego działalności uregulowania kwestii gry na automatach w ustawie hazardowej. Oskarżony pomimo toczących się wobec niego postępowań nadal w profesjonalny i zakrojony na szeroką skalę sposób organizował gry na automatach. Uzyskiwanie przez podmiot prowadzący działalność gospodarczą korzystnych dla niego opinii, które są tworzone na zamówienie oraz zawierają z góry założoną i zgodną z życzeniem zamawiającego tezę i argumentację ją uzasadniającą mających potwierdzać legalność tej działalności wcale nie świadczy o działaniu oskarżonego w błędnym przekonaniu, iż zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność lub karalność jego czynu. Wręcz przeciwnie – wskazuje to na istnienie po jego stronie co najmniej wątpliwości co do zgodności z prawem podejmowanych działań, a wręcz pewności, iż są one niezgodne z prawem i stanowią przestępstwo. Już samo dążenie do uzyskiwania przedmiotowych opinii wskazuje, iż nie może być mowy o działaniu oskarżonego w usprawiedliwionym błędzie, ani co do charakteru gier, ani co do prawa. Sięganie po prywatne opinie przy jednoczesnym zaniechaniu zwrócenia się do Ministra Finansów o wydanie decyzji w trybie art. 2 ust. 6 u.g.h., które wymagałoby poddania badaniom technicznym zindywidualizowanego urządzenia jednoznacznie wskazuje na to, iż oskarżony orientował się, iż posiadane automaty podlegają uregulowaniu ustawie o grach hazardowych.

Oskarżonemu zarzucono popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. Przepis ten odsyła do przepisów ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 roku (Dz. U. z 2009 roku, nr 201, poz. 1540 z późn. zm.). Przepisy powołanej ustawy definiują pojęcie gier hazardowych, dopuszczalność organizowania i prowadzenia działalności w tym zakresie oraz wymagania, jakie muszą być spełnione, by działalność taka mogła być prowadzona. Zatem przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. może polegać między innymi na naruszeniu art. 6 ust. 1, tj. na urządzaniu gier na automatach bez posiadanej koncesji na prowadzenie kasyna, lub art. 14 ust. 1 u.g.h., tj. na urządzaniu gier na automatach poza kasynem gry, czy też art. 23a ust. 1 u.g.h., tj. na urządzaniu gier na niezarejestrowanych automatach. Tym samym urządzanie gier losowych na automatach z naruszeniem któregośkolwiek z tych przepisów wypełnia znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.

Pogląd wyrażony w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 października 2016 r. wydanym w sprawie C-303/15 został również podzielony w uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. (I KZP 17/16). Zgodnie z tym poglądem, który Sąd Odwoławczy w pełni podziela, norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej na podstawie dyrektywy 98/34/WE, wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. przepisu art. 14 ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. w pierwotnym brzmieniu, natomiast art. 6 ust. 1 tej ustawy mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s., o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony. Kwestia technicznego charakteru przepisu art. 14 ust.1 u.g.h. nie podlegała zdaniem Sądu Najwyższego dyskusji, przy czym problem, czy dopuszczalna jest odmowa stosowania nienotyfikowanego przepisu technicznego jako niezgodnego z prawem unijnym, aktualizuje się jedynie w tych sprawach o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s., w których zasłaby konieczność przyjęcia w ramach kwalifikacji prawnej czynu, jako naruszonego, jedynie art. 14 ust. 1 ugh w pierwotnym brzmieniu. Mocą ustawy zmieniającej z dnia 12 czerwca 2015 r., z dniem 3 września 2015 r. wszedł w życie znowelizowany art. 14 ust.1 u.g.h., którego projekt został notyfikowany Komisji Europejskiej.

Z powołanej uchwały Sądu Najwyższego należy wnosić, że o wypełnieniu normy blankietowej art. 107 § 1 k.k.s. stanowi już samo naruszenie art. 6 ust.1 u.g.h. lub art. 23a ust. 1 u.g.h. i możliwym jest przypisanie odpowiedzialności karnej za czyn z art. 107 § 1 k.k.s., który polega na naruszeniu wyłącznie, czy też również art. 6 ust.1 lub art. 23a ust. 1 ustawy o grach hazardowych, nawet jeśli czyn ten zostałby popełniony przed wejściem w życie nowelizacji ustawy o grach hazardowych.

Zupełnie niezasadny jest również zarzut braku strony podmiotowej w postaci umyślności oraz oczywistej i usprawiedliwionej nieświadomości tak bezprawności, jak i karalności naruszenia art. 6 ust. 1 u.g.h., a to ze względu

na powszechne traktowanie tego przepisu jako tożsamego art. 14 ust. 1 u.g.h.. Należy wskazać, iż w wszelkie powyżej przedstawione rozważania dotyczące kwestii działania w usprawiedliwionym błędzie są całkowicie adekwatne również w stosunku do przedmiotowego zarzutu. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż art. 6 ust. 1 u.g.h. i art. 14 ust. 1 u.g.h. stanowią odrębne przepisy, które regulują dwie różne kwestie. Art. 6 ust. 1 u.g.h. stanowi, że działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości i gier na automatach może być prowadzona po uzyskaniu koncesji na kasyno gry, (...). Zatem jego istotą jest uzależnienie możliwości urządzania gier od posiadania koncesji na kasyno gry. Przepis ten nie stawia żadnych wymagań, co do miejsca, w których są lub mają być urządzone gry, co z kolei reguluje art. 14 ust. 1 u.g.h. Zatem gdyby nie istniał art. 14 ust. 1 u.g.h., to osoba posiadająca koncesję na kasyno gry mogłaby urządzać gry hazardowe w dowolnie wybranych przez siebie miejscach. Natomiast art. 14 ust. 1 u.g.h. stanowi, że urządzenie gier cylindrycznych, gier w karty, w tym turniejów gry w pokera, gier w kości oraz gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gier na zasadach i warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów ustawy, z wyjątkiem ust. 4 i 5, a zatem szczegółowo wskazuje miejsce i warunki urządzania gier hazardowych. Zatem oczywistym jest, iż zakresy tych regulacji nie tylko nie zachodzą na siebie się, ale regulują one dwie odmienne kwestie. Jednocześnie treść tych przepisów jest prosta i jednoznaczna, nie sposób zatem uznać, iż jest ona niezrozumiała dla przeciętnego obywatela, a co dopiero dla zajmującego na szeroką skalę działalnością hazardową oskarżonego, który na co dzień korzysta z pomocy licznych prawników i dysponuje różnymi ekspertyzami prawnymi.

W rozpoznawanej sprawie czyn z art. 107 § 1 k.k.s. zarzucany oskarżonemu polegał na urządzaniu gier hazardowych na automatach poza kasynem gry oraz bez wymaganego zezwolenia, czyli koncesji na prowadzenie kasyna gry. Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego, spółka, której oskarżony był prezesem zarządu, nie posiadała wymaganej prawem koncesji na prowadzenie tego typu działalności wydanej przez właściwy organ, a jednocześnie prowadziła ją poza kasynem gry i nie zarejestrowała automatów. W związku z powyższym zachowanie oskarżonego naruszyło art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych i art. 23a ust.1 u.g.h. W świetle powołanej uchwały Sądu Najwyższego czyn polegający na urządzaniu wbrew normom z art. 6 ust. 1 u.g.h. lub z art. 23a ust.1 u.g.h. gier na automatach pomimo nieposiadania koncesji na prowadzenie kasyna stanowił przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. nawet przed wejściem w życie w dniu 3 września 2015 r. nowelizacji ustawy o grach hazardowych.

Odnosząc się z kolei do wymierzonej oskarżonemu kary przyjąć należy, że jest ona sprawiedliwa, odpowiednia do stopnia winy i społecznej szkodliwości czynu. Uwzględnia te wszystkie elementy, jakie są istotne dla jej wymiaru. Wymierzonej kary samoistnej grzywny wymiarze 150 stawek dziennych, przy przyjęciu, iż wysokość jednej stawki wynosi 100 złotych w żadnej mierze nie sposób uznać za karę rażąco niewspółmiernie surową, a tylko wymierzenie takiej kary uzasadniałoby ingerencję sądu odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe i uznając ustalenia dokonane przez Sąd Rejonowy w Jastrzębiu – Zdroju za prawidłowe, Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do zmiany lub uchylecia zaskarżonego wyroku.

Sędzia Jacek Myśliwiec