

Sygn. akt IV Ka 1699/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 lutego 2019 roku

Sąd Okręgowy w K.,(...)w składzie:

Przewodniczący: SSO Lidia Haj

Protokolant: st. sekr. sąd. Paulina Kuchta

przy udziale przy udziale Dariusza Kopytko Prokuratora Prokuratury Rejonowej (...)i oskarżyciela publicznego R. K. z Małopolskiego Urzędu(...)w K.

po rozpoznaniu w dniu 25 stycznia 2019 roku, sprawy

K. K. (1) (K.)

s. T. iL.z d. C.

ur. (...) w P.

oskarżonego o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego (...)z dnia 22 sierpnia 2018 r. Sygn. akt II K 695/16/S

utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok i zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1250 (jeden tysiąc dwieście pięćdziesiąt) złotych tytułem kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

SSO Lidia Haj

Sygn. IV Ka 1699/18

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w K.(...)

z dnia 6 lutego 2019 roku Sygn. IV Ka 1699/18

K. K. (1) oskarżony został o to, że pełniąc funkcję Prezesa spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w B.:

- w okresie od dnia 2 kwietnia 2013 r., tj. od dnia zawarcia umowy najmu lokalu do dnia kontroli, tj. 28 sierpnia 2014 r. w lokalu oznaczonym z zewnętrznej części nazwą: (...) mieszczącym się w K. na ul. (...) - wbrew przepisom ustawy „O grach hazardowych” z dnia 19 listopada 2009 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 201, poz. 1540 ze zm.) określonym w art. 6 ust. 1, w art. 14 ust. 1 oraz w art. 23a ust. 1 – 3 ustawy, tj. poza kasynem gry, bez wymaganej koncesji, prowadził i urządził gry hazardowe na automatach do gier o nazwie : (...) NR (...)bez numeru (...), (...) 42 numer: (...)bez numeru (...), H. (...) – numer (...)bez numeru (...), H. (...) numer: (...)bez numeru (...), H. (...) numer (...) bez numeru (...), H. (...) numer (...)bez numeru (...), H. (...) numer (...)bez numeru (...), (...) G. numer: (...)bez numeru (...), (...) numer: (...) bez numeru (...), (...)numer: (...) bez numeru (...), które nie zostały zarejestrowane przez właściwego Naczelnika Urzędu Celnego,

V. na podstawie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1000 zł. (jeden tysiąc złotych) tytułem części kosztów sądowych, zaś na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zwalnia oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych w pozostałym zakresie.

Apelację od wyroku wniósł obrońca oskarżonego.

Zaskarżając wyrok w punktach I,II,III, IV oraz V – w części w jakiej Sąd I instancji obciążył oskarżonego kosztami, tj. kwotą 1000 zł obejmującą część kosztów sądowych zarzucił:

1. na zasadzie art. 438 pkt. 1 k.p.k. obrazę przepisów prawa materialnego:

a) 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 zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego poprzez jego niezastosowanie i pominięcie definicji legalnej „przepisu technicznego”, co miało wpływ na stosowanie kolejnych przepisów opierających się na definicji „przepisu technicznego”;

a) art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku, w zw. z art. 2 Aktu dotyczącego Warunków Przystąpienia Polski do Unii Europejskiej, w zw. z art. 1 pkt 11 oraz art. 8 ust. 1 akapit 3 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm

i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, w zw. z art. 2 ust. 3 ustawy z dn. 19.11.2009 r. o grach hazardowych w zw. z art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a tej samej ustawy poprzez zastosowanie przepisu będącego przepisem technicznym

w rozumieniu dyrektywy 98/34 (art. 2 ust. 3), który nie został notyfikowany Komisji Europejskiej zgodnie z art. 8 ust. 1 tej dyrektywy, w związku z czym jest dotknięty sankcją bezskuteczności, co wyłącza możliwość jego zastosowania wobec obywateli;

b) art. 14 ust. 1 ustawy z dn. 19.11.2009 r. o grach hazardowych poprzez pominięcie okoliczności, iż powyższy przepis jest przepisem technicznym

w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji

w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego, który w brzmieniu, które powinno być stosowane na dzień popełnienia kolejnych czynów nie został na poddany procedurze notyfikacji przepisów technicznych, w związku z czym jest przepisem bezskutecznym i jako taki nie może uzupełniać blankietowej normy 107 § 1 k.k.s., a więc brak jest znamion typu czynu zabronionego;

c) art. 23 a ustawy z dn. 19.11.2009 r. o grach hazardowych poprzez pominięcie, iż zastosowanie tegoż przepisu jest warunkowane uprzednim zastosowaniem art. 6 i art. 14 ust. 1, z których przynajmniej jeden jako nienotyfikowany przepis techniczny zastosowany być nie może;

d) art. 4 ustawy z dn. 12.06.2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych poprzez jego niezastosowania i pominięcie okoliczności, iż przepis ten jest przepisem umożliwiającym podmiotom dostosowanie prowadzonej działalności do przepisów ustawy do dn. 1.07.2016 r. oraz ustanawiającym abolicję co do czynów popełnionych przed jego wejściem w życie, zatem działania miały miejsce w czasie, kiedy działania takie nie mogły być penalizowane, bowiem istniał margines czasowy na stosowne dostosowanie

i skorygowanie prowadzonej przez oskarżonego działalności do wymogów ustawowych;

e) art. 8 ust. 1 akapit 3 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego

i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego poprzez zastosowanie przez Sąd art. 14 ust. 1

ustawy o grach hazardowych, w sytuacji gdy przepisy ustawy z dn. 12.06.2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych nie zostały poddane ponownej notyfikacji po wprowadzeniu do niej zmian, które to zmiany w znaczący sposób wpływały na zakres zastosowania projektu ustawy oraz skracały wyjściowo harmonogram wdrożenia zmian;

f) art. 15 - 17 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej poprzez brak rozważenia, iż przepisy art 6 i art. 14 ust. 1 ustawy z dn. 19.11.2009 r. grach hazardowych są przepisami, które godzą w wolność wyboru zawodu i podejmowania pracy, wolność prowadzenia działalności gospodarczej oraz prawo własności oraz iż spełniają test proporcjonalności stosowany dla ograniczeń tych praw;

g) art. 10 § 3 kks i ewentualnie 4 k.k.s, poprzez ich niezastosowanie, mimo że okoliczności prawne sprawy determinują wniosek, iż oskarżony

z pewnością kierował się usprawiedliwionym przekonaniem, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność, a już w ostateczności dopuścił się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności;

2. na zasadzie art. 438 pkt. 2 i 3 naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia:

a) art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny wyjaśnień oskarżonego i zeznań A. U., K. M. (2), (tak w oryginale) W. R., J. B. (tak w oryginale) i J. C., co doprowadziło do uznania przez Sąd, że oskarżony swoim zachowaniem spełnił wszystkie znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s., podczas gdy oskarżony nie miał zamiaru popełnienia zarzucanego mu czynu oraz naruszenie art. 410 k.p.k. poprzez pominięcie przy dokonywaniu ustaleń faktycznych istotnych dowodów w postaci następujących dokumentów:

-opinii prof. hab. W. C.i dr M. T.dotyczącej skutków braku notyfikacji art. 14 ust. I ustawy o grach hazardowych w zgodzie z dyrektywą 98/34 w świetle prawa Unii Europejskiej,

- opinii prof. dr. hab. G. G.
- glosy do wyroku Sądu Najwyższego w sprawie V KK 344/13 dr I. Skomerskiej – Muchowskiej,
- glosy do wyroku Sądu Najwyższego w sprawie V KK 344/13 dr M. Górskiego,
- postanowień sądów przedłożonych przez oskarżonego,

co z kolei doprowadziło do dokonania przez Sąd błędu w ustaleniach faktycznych polegających na uznaniu, iż oskarżony był świadom bezprawności swojego działania, a więc działał z zamiarem dokonania zarzucanego mu czynu, podczas gdy okoliczność ta nie wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego, a przestępstwo zarzucane oskarżonemu

w akcie oskarżenia może być popełnione jedynie umyślnie, czego warunkiem jest zamiar (bezpośredni lub ewentualny) popełnienia czynu, a po stronie K. K. (1) zamiaru takiego brak z dwóch względów - posiada on opinie profesorów prawa stwierdzające, iż urządzenie gier na automatach poza kasynami i bez wymaganej koncesji jest dopuszczalne, a nadto posiada liczne orzeczenia umarzające postępowanie i uniewinniające go od zarzutów urządzania gier na automatach poza kasynami i bez wymaganej koncesji

w identycznych stanach faktycznych, jak stan faktyczny niniejszej sprawy,

a nadto zatrzymywane automaty były spółce, w której oskarżony pełnił funkcję prezesa zwracane, co dodatkowo utwierdzało go w przekonaniu

o dopuszczalności prowadzonego przedsięwzięcia;

b) art. 4 w zw. z art. 170 i k.p.k.(tak w oryginale apelacji) i art. 193 oraz art. 410 k.p.k., polegające na nieuzasadnionym oddaleniu wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego lub zespołu biegłych, przy wskazaniu na szereg braku wydanych w sprawie opinii oraz wskazaniu, iż do ustalenia losowości gier urządzanych na automatach jest wymagane posiadanie wiadomości specjalnych oraz pominięciu przy dokonywaniu ustaleń faktycznych przedłożonych przez oskarżonego orzeczeń potwierdzających, że gry na automatach tożsamych z

automatami wskazanymi w aktach oskarżenia w niniejszej sprawie nie spełniają kryteriów gier losowych w rozumieniu ustawy o grach hazardowych i przez to dokonanie w sposób dowolny oceny dowodów jedynie na podstawie części materiału dowodowego, tj. materiału niekompletnego;

3. na zasadzie art. 438 pkt. 3 k.p.k. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, co mogło mieć wpływ na treść orzeczenia, tj. nieprawidłowe zweryfikowanie okoliczności dotyczących świadomości oskarżonego, w szczególności w kontekście oceny błędu co do prawa oraz na wypadek gdyby Sąd doszedł do przekonania o wystąpieniu podstaw do uznania oskarżonego za winnego, błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegający na nieumorzeniu postępowania na podstawie art. 11 § 1 k.p.k. w zw. z art. 9 § 2 k.p.k. i błędnym przyjęciu, że w sprawie nie zachodzą okoliczności pozwalające na umorzenie absorpcyjne;

4. z ostrożności procesowej - na zasadzie art. 438 pkt 4 k.p.k. - rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary.

W oparciu o powyższe zarzuty, apelujący wnosił o zmianę wyroku Sądu I instancji poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie wyroku w zakresie w jakim Sąd I instancji uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i umorzenie postępowania z uwagi na wystąpienie negatywnej przesłanki procesowej, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, zasądzenie na rzecz oskarżonego kosztów ustanowienia obrońcy według norm prawem przepisanych.

Sąd Odwoławczy zważył, co następuje;

Apelacja obrońcy oskarżonego wobec niezasadności podniesionych w niej zarzutów na uwzględnienie nie zasługiwała.

Kontrola instancyjna nie potwierdziła, aby Sąd I instancji dopuścił się obrazy art.1 pkt. 11 dyrektywy 98/43/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, co miało nastąpić- poprzez jego niezastosowanie, pominięcie definicji legalnej „przepisu technicznego”- i mieć wpływ na stosowanie kolejnych przepisów opierających się na definicji przepisu technicznego.

Przepis 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.U. UE L z dnia 21 lipca 1998 r.) Dz.U.UE.L.1998.204.37/.Dz.U.UE-sp.13.20.337/ zawiera definicję przepisów technicznych, konkretyzuje, co de facto, w ujęciu tej regulacji obejmują przepisy techniczne.

Przy uwzględnieniu istoty zarzutu obrazy przepisu prawa materialnego, która polega na tym, że sąd błędnie interpretuje, wyklada przepis prawa i stosuje go do stanu faktycznego, w którym przepis ten nie ma zastosowania albo nie stosuje przepisu prawa do stanu faktycznego, w którym przepis taki ma zastosowanie, podkreślając dużą ogólnikowość zarzutu zawartego w punkcie 1 a) petitum apelacji, wskazać należy, że w tej postaci nie można podjąć jego rzeczowej kontroli. W szczególności, skarżący nie wskazuje, w odniesieniu do których z zastosowanych przez sąd a quo przepisów ustawy sąd ten błędnie wskazaną regulację Dyrektywy zastosował, a w konsekwencji błędnie uznał dany przepis prawa „za techniczny” lub też nie przydał mu tego waloru, a to w kontekście regulacji art.1.pkt. 11 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady wyżej powołanej.

Uzasadnienie tak podniesionego zarzutu (1a) apelacji sprowadziło się do zacytowania zawartej w art. 1 pkt 11 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22.06.1998 r. definicji przepisu technicznego, przedstawienia w sposób teoretyczny, co de facto obejmują przepisy techniczne w rozumieniu tej regulacji oraz podsumowującego wniosku apelującego, że „w tym ujęciu pojęcie techniczności przepisów jawi się już zgoła inaczej, a Sąd I instancji na pewno analizy żadnego przepisu pod tym kątem nie dokonał,

a przepisy unijne powinny być znane sądom krajowym i przez nie stosowane, z odwołaniem się do regulacji zobowiązującej polskie sądy krajowe do uwzględniania także przepisów unijnych z zastosowaniem supremacji zasady *acquis communautaire*.

W ocenie skarżącego, już, więc tylko i wyłącznie sam ten zarzut dyskwalifikuje wyrok Sądu I instancji i powinien spowodować, co najmniej orzeczenie kasatoryjne.

W ocenie Sądu odwoławczego, zarzut ten ma charakter teoretycznego ogólnego wywodu, bez nawiązania do konkretnych realiów niniejszej sprawy i wskazania, jakie konkretnie przepisy prawa wymagały przez Sąd I instancji oceny w aspekcie ich techniczności. W tym kształcie zarzut ten nie mógł zgodnie z tezą apelacji samodzielnie spowodować wzruszenia zaskarżonego wyroku.

Jeżeli chodzi o zarzut obrazy przepisu prawa materialnego- (zarzut 1b apelacji), a to -art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku, w zw. z art. 2 Aktu dotyczącego Warunków Przystąpienia Polski do Unii Europejskiej, w zw. z art. I pkt 11 oraz art. 8 ust. 1 akapit 3 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, w zw. z art. 2 ust. 3 ustawy z dn. 19.11.2009 r. o grach hazardowych w zw. z art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a tej samej ustawy, poprzez zastosowanie przepisu, będącego przepisem technicznym w rozumieniu dyrektywy 98/34 a to art. 2 ust. 3, który nie został notyfikowany Komisji Europejskiej zgodnie z art. 8 ust. 1 tej dyrektywy, w związku, z czym jest dotknięty sankcją bezskuteczności, co wyłącza możliwość jego zastosowania wobec obywateli, to w ocenie sądu odwoławczego okazał się on niezasadny.

Teoretyczne wywody uzasadnienia apelacji(str. 9-11) w kwestii stosowania z racji przystąpienia przez Polskę do Unii Europejskiej przez sądy krajowe także przepisów prawa unijnego, relacji przepisów prawa krajowego do przepisów prawa unijnego, konieczności notyfikacji przepisów technicznych przepisów prawa krajowego Komisji Europejskiego

-
w kontekście regulacji art. 8 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm..... /Dz.U.UE L z dnia 21 lipca 1998 r.) Dz.U.UE.L.1998.204.37/.Dz.U.UE-sp.13.20.337/oraz konsekwencji w płaszczyźnie skuteczności i możliwości stosowania technicznego przepisu prawa krajowego nie notyfikowanego Komisji Europejskiej, jako prawidłowości nie zakwestionowane przez Sąd Rejonowy nie wymagały oceny przez sąd odwoławczy, poza konstatacją, że są to prawidłowe wywody skarżącego, jakkolwiek bez wpływu na kwestię poprawności zaskarżonego wyroku, gdyż nie wykazano w apelacji, aby Sąd a quo wydając zaskarżony do tych zasad się nie zastosował.

Istota tego zarzutu zasadza się na tezie, że przepis art. 2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych ma charakter techniczny i w tej postaci winien był być notyfikowany Komisji Europejskiej, a skoro tak się nie stało, to skoro jest on podstawą konstruowania norm zawartych w art. 6 ust.1, art.14 ust.1., art.23 a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, to zachodzi niemożność zastosowania wszystkich tych przepisów. Wobec tego przyjęcie, że urządzenie gier na automatach poza kasynem, bez zezwolenia oraz na automatach niezarejestrowanych jest zakazane i stanowi przestępstwo ocenić należy, zdaniem skarżącego, jako rażąco sprzeczne z prawem Unii Europejskiej, ponieważ przepisy ustawy hazardowej zabraniającej urządzania takich gier na automatach, które stanowią dopełnienie normy blankietowej zawartej w art.107 § 1 kks nie mogą być stosowane z powodu nie dokonania przez Polskę notyfikacji do Komisji Europejskiej przepisu będącego ich podstawą.

Skarżący odnotowując, że losowość oznacza brak porządku lub przewidywalnego zachowania a proces losowy, to taki wyników którego nie da się przewidzieć oraz aby ustalić, czy w przypadku danego urządzenia zachodzą w nim procesy wskazujące na losowość charakteru gry konieczne jest zbadanie jego cech technicznych, przez ocenę osoby posiadającej wiadomości specjalne, a więc przez biegłego sprawdza się czy gracz ma możliwość wpływu na przebieg gry

(z wyłączeniem możliwości jej uruchomienia), czy też gry rozgrywają się same z siebie, czy w wyniku samoczynnego działania uruchomionej uprzednio maszyny - wywodził, że aby przesądzić o losowości i możliwości zakwalifikowania danego produktu –

w tym wypadku automatu do gry - jako posiadającego tę cechę, konieczne jest odwołanie się do właściwości technicznych produktu. Aby więc ocenić możliwość wprowadzenia produktu – automatu do gry- na rynek i związanych z tym obostrzeń, konieczne jest posiadanie wiedzy na temat występowania elementu losowości urządzanych na nim gier. Informacja ta zaś, zdaniem skarżącego, odnosi się wprost do specyfikacji technicznej tego przedmiotu. Specyfikacja techniczna zgodnie z definicją zawartą w dyrektywie 98/34, jest w ocenie skarżącego jedną z kategorii przepisów technicznych i oznacza specyfikację zawartą w dokumencie, który opisuje wymagane cechy produktu, takie jak: poziom, jakości, wydajności, bezpieczeństwa lub wymiary, włącznie z wymaganiami mającymi zastosowanie do produktu w zakresie nazwy pod jaką jest sprzedawany, terminologii, symboli, badań i metod badania, opakowania, oznakowania i etykietowania oraz procedur oceny zgodności.

Zdaniem skarżącego element losowości jest cechą jakościową produktu, którym jest automat do gier, jak i cechą jakościową samej gry urządzonej na automacie. Łącznie, zdaniem apelującego, oznacza to, że do polskiego porządku prawnego wprowadzono przepis będący specyfikacją techniczną bez wymaganej prawem Unii Europejskiej jego notyfikacji Komisji Europejskiej, ze wszystkimi tego konsekwencjami prawnymi w zakresie skuteczności w prawie krajowym tego przepisu, w postaci niemożności stosowania takiego przepisu w odniesieniu do obywateli.

Skarżący argumentował, że sytuacja nie przedstawienia przepisu art.2 ust.3 ustawy o grach hazardowych do notyfikacji Komisji Europejskiej jest podobna do ocenionej przez Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C-267/03 Lindberg, w której Trybunał stwierdził, że zdefiniowanie na nowo w przepisach krajowych usługi mającej związek z budową produktu, w szczególności polegającej na wykorzystaniu niektórych automatów do gier losowych, może stanowić przepis techniczny podlegający notyfikacji, jeżeli nowe uregulowanie prawne nie ogranicza się do odtworzenia lub zastąpienia przepisów technicznych już istniejących oraz że przejście z zezwoleń na system nakazów może być istotną z punktu widzenia notyfikacji przepisu okolicznością.

Oceniając ten zarzut, dla porządku należy odnotować, że oskarżony nie powoływał się w swoich wyjaśnieniach w toku poprzedzającego wydanie zaskarżonego wyroku postępowania na to, że tego rodzaju wykładnia przepisu art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w tym pogląd o jego „techniczności” ·utwierdzały go w przekonaniu o legalności jego działań wskazanych w zarzutach aktu oskarżenia.

Sąd Rejonowy, co jasno wynika z sentencji zaskarżonego wyroku, nie przypisał oskarżonemu zachowania opisanego w art.14 ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych· a sprowadzającego się do urządzania gier na automatach poza kasynem gry, co czyni zarzut apelacji nawiązujący do przypisania oskarżonemu tego rodzaju zachowania oczywiście niezasadnym i nieuwzględniającym faktycznej treści zaskarżonego wyroku.

Pochodną nie podniesienia w toku postępowania przed Sądem I instancji przez oskarżonego kwestii możliwości stosowania art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych w kontekście problemu jego „techniczności” i konieczności czy też jej braku, jego notyfikacji Komisji Europejskiej, a w dalszej kolejności możliwości stosowania przepisów art.6 ust.1, 14 ust.1, 23 a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, jest brak odniesienia się do tej kwestii przez Sąd Rejonowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

W kontekście linii obrony oskarżonego w postępowaniu przygotowawczym i przed Sądem I instancji wyznaczającej · kierunki postępowania dowodowego na rozprawie a potem sposób uzasadnienia zaskarżonego wyroku, także w płaszczyźnie oceny prawnej zachowania oskarżonego nie jest to uchybieniem Sądu Rejonowego.

Dla porządku, trzeba też odnotować, że zasygnalizowana w uzasadnieniu apelacji okoliczność, że oskarżony jest w posiadaniu rozstrzygnięć Sądu Rejonowego w O. Wydział (...) w sprawach Sygn. akt VII Kp 167/16 z dnia 17.03.2016 r., VII Kp 11/16 z dnia 10.03.2016 r. i II Kp 120/ 16 z dnia 4.04.2016 r., nadto Sądu Rejonowego w G. Wydział (...)Sygn. akt II Kp 109/16 z dnia 6.10.2016 r. gdzie miał zostać

wyrażony pogląd prawny, że przepis art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych ma charakter techniczny i przepis ten należało notyfikować, dla orzekania w niniejszej sprawie nie ma znaczenia.

Po pierwsze, oskarżony przypisanych mu w zaskarżonym wyroku przestępstw dopuścił się w dniach 28 sierpnia 2014 roku oraz w dniu 28 kwietnia 2015 roku. Stąd, przy uwzględnieniu dat tych judykatów nie mogły one ukształtować poglądów oskarżonego, co do istnienia po jego stronie podstaw do stosowania się do przepisu art. 2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych i w ślad za tym do przepisów art.6 ust.1,2,3 a tej ustawy.

Po drugie, w procesie karnym w myśl art. 8 § 1 kpk sąd karny rozstrzyga samodzielnie zagadnienia faktyczne i prawne oraz nie jest związany rozstrzygnięciem innego sądu lub organu. Jedynie prawomocne rozstrzygnięcie sądu kształtujące prawo lub stosunek prawny jest dla tego sądu wiążące.(art.8 § 2 kpk). Judykaty Sądów Rejonowych, do których apelujących przez wskazanie ich sygnatur się odwołuje nie mają, więc dla orzekania w niniejszej sprawie żadnego wiążącego znaczenia.

Przy uwzględnieniu, że przedmiotem kontroli instancyjnej w niniejszej sprawie jest konkretny objęty apelacją wyrok dotyczący oskarżonego, Sąd odwoławczy nie jest związany poglądami wyrażonymi w tych judykatach ani tym bardziej ma kompetencji do dokonywania kontroli poprawności i zgodności z prawem wyrażonych tam poglądów. Wyłącznie na marginesie odnotować należy, że nie załączone zostały te rozstrzygnięcia do apelacji.

Sąd odwoławczy nie podzielił stanowiska skarżącego, że przepis art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych ma charakter techniczny w rozumieniu art.1 pkt. 11 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.U.U.E L z dnia 21 lipca 1998 r.) Dz.U.U.E.L.1998.204.37/.Dz.U.U.E-sp.13.20.337/.

Wobec tego jako niezasadne zostało ocenione zaprezentowane

w apelacji stanowisko, że techniczny charakter art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, wobec jego nie notyfikowania Komisji Europejskiej skutkuje niejako automatycznie nieskutecznością przepisów art.6 ust. 1 i art.23 a ust.1-3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych i niemożnością ich stosowania w odniesieniu do oskarżonego w zakresie przypisanych mu w wyroku zachowań.

Takie stanowisko Sądu odwoławczego wynika z zanegowania racji skarżącego, że przepis art.2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych ma charakter techniczny. Ponadto nie do zaakceptowania jest wyrażony w apelacji pogląd, że stwierdzenie techniczności przepisu ustawy i jego nienotyfikowanie Komisji Europejskiej rzutuje automatycznie na nieskuteczność reszty przepisów ustawy, w której taki przepis jest zawarty.

W ocenie Sądu odwoławczego każdy przepis ustawy krajowej powinien być szczegółowo zanalizowany i oceniony pod kątem tego czy jest przepisem technicznym w rozumieniu art.1 pkt. 11 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy wyż. cyt. Wynika to stąd, że nie każdy przepis jest techniczny a tylko taki, który mieści się w którejś z kategorii przepisu technicznego w rozumieniu art. 1 pkt 11 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy wyż. cyt.

Za takim wnioskiem przemawia także fakt, że w treści art. 8.1. Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy wyż. cyt. jest mowa o tym, że z zastrzeżeniem art.10 Państwa Członkowskie niezwłocznie przekazują Komisji wszelkie projekty przepisów technicznych, z wyjątkiem tych, które w pełni stanowią transpozycję normy międzynarodowej lub europejskiej, w którym to przypadku wystarczająca jest informacja dotycząca odpowiedniej normy. Państwa przekazują Komisji także podstawę prawną konieczną do przyjęcia uregulowań technicznych, jeżeli nie zostały one wyraźnie ujęte w projekcie.

W konsekwencji, przedmiotem notyfikacji i oceny jest konkretny przepis techniczny. Oznacza to, że ocenie pod względem techniczności podlega konkretny przepis prawa i z tego tytułu, że jeden z przepisów ma charakter techniczny

nie można w sposób automatyczny, bez pogłębionej oceny uznać, że wobec tego wszystkie przepisy takiej ustawy zawierającej przepis techniczny nawet nawiązujące do takiego przepisu –automatycznie uznać należy za techniczne.

Sąd odwoławczy nie podzielił stanowiska skarżącego, że przepis art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. ustawy o grach hazardowych ma charakter techniczny.

Jak wynika z uzasadnienia apelacji, skarżący porównując definicję gier na automatach zawartą w regulacji poprzedniej ustawy, a więc ustawy z dnia 29 lipca 1992 r.o grach i zakładach wzajemnych, z definicją gry na automacie w rozumieniu art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. ustawy o grach hazardowych, w którym jako przesłankę kwalifikacji podlegania automatu do gier regulacji ustawy dnia 19 listopada 2009 r. ustawy o grach hazardowych, wprowadzono nie występujący dotąd element losowości gry urządzonej na automacie, podlegający ustaleniu w konkretnym przypadku z zaangażowaniem osób posiadających wiadomości specjalne- biegłych- uznaje przepis art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych za noszący znamiona „specyfikacji technicznej” w rozumieniu art.1 ust.11 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy wyż. cyt.

Argumentacja skarżącego w istocie nawiązuje tylko do zawartego

w art.1 pkt 11 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z dnia 22 czerwca 1998 r. (Dz.U.U.E L z dnia 21 lipca 1998 r.) Dz.U.U.E.L.1998.204.37) określenia „specyfikacji technicznej”

i sprowadza się do przyporządkowania terminu losowości gry do zawartej w definicji specyfikacji technicznej - specyfikacji zawartej w dokumencie, która opisuje wymagane cechy produktu, takie jak poziom jakości produktu, wydajności, bezpieczeństwa, jego wymiary, włącznie z wymaganiami mającymi zastosowanie do produktu w zakresie nazwy, pod jaką jest sprzedawany, terminologii, symboli, badań i metod badania, opakowania, oznakowania, etykietowania oraz procedury zgodności, przy uznaniu przez skarżącego, że losowość jest cechą jakościową produktu, którym jest automat do gier, jak i cechą jakościową samej gry urządzonej na automacie.

W ocenie sądu odwoławczego skarżący niezasadnie twierdzi, że pojęcie losowości gry odpowiada pojęciu poziomu jakości o czym mowa

w definicji specyfikacji technicznej. Pojęcie poziomu jakości wskazuje na stopniowalność kategorii jaką jest jakość.

Losowość gry to cecha produktu i jest to pojęcie zupełnie odmienne od poziomu jakości produktu o czym mowa w art.1 ust.11 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z dnia 22 czerwca 1998 r. (Dz.U.U.E L z dnia 21 lipca 1998 r.) Dz.U.U.E.L.1998.204.37) gdzie określono wyżej przytoczone pojęcie „specyfikacji technicznej”

Sąd odwoławczy zauważa, że jakość jest pojęciem stworzonym już

w starożytności – gr. ποιότητες, łac. qualitas i oznacza pewien stopień doskonałości.

O jakości produktu -za Wikipedią- decyduje:

- funkcjonalność (stopień i zakres realizacji oczekiwanych funkcji),

- praktyczność (komfort użytkowania, łatwość obsługi, konserwacji,

- ergonomiczność,

- niezawodność – zdolność do pracy bezusterkowej,

- trwałość –okres zachowania cech użytkowych, bezpieczeństwo użytkownika. Jakość produktu jest związana z takimi jego właściwościami handlowymi jak stopień zgodność z wzorcem, widoczność cech istotnych produktu, ekskluzywność rozumiana, jako prestiż nabywcy związany z posiadaniem produktu lub jego marką, koszt nabycia, prezentacja, usatysfakcjonowanie użytkownika w sensie zaspokojenia potrzeb i oczekiwań nabywcy.

Oceniając kwestię, czy przepis art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych ma charakter techniczny, Sąd odwoławczy uwzględnił, także iż w części wstępnej Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego

i Rady Europy z dnia 22 czerwca 1998 r. (Dz.U.UE L z dnia 21 lipca 1998 r.) Dz.U.UE.L.1998.204.37) tj. w pkt (2) stwierdzono, że rynek wewnętrzny obejmuje obszar bez wewnętrznych granic, w którym zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału; zatem zakaz wprowadzania ograniczeń ilościowych dotyczących przepływu towarów oraz środków o skutkach równoważnych jest jedną z podstawowych zasad Wspólnoty. Wspierając sprawne funkcjonowanie rynku wewnętrznego, należy zapewnić możliwie jak największą przejrzystość w zakresie krajowych inicjatyw dotyczących wprowadzania norm i przepisów technicznych.(3). Bariery

w handlu wpływające z przepisów technicznych dotyczących produktu są dopuszczalne jedynie tam, gdzie są konieczne do spełnienia niezbędnych wymagań oraz gdy służą interesowi publicznemu, którego stanowią gwarancję.

(4). Komisja bezwzględnie musi mieć dostęp do niezbędnej informacji technicznej przed przyjęciem przepisów technicznych; zatem Państwa Członkowskie zobowiązane do ułatwiania wykonania tego zadania na mocy art. 5 Traktatu powinny powiadamiać Komisję o swoich projektach w dziedzinie przepisów technicznych. Celem rynku wewnętrznego jest stworzenie środowiska prowadzącego do zwiększonej konkurencyjności przedsiębiorstw; zwiększona ilość dostarczanych informacji z jednej strony pomaga przedsiębiorstwom lepiej wykorzystać zalety samego rynku; należy zatem umożliwić podmiotom gospodarczym ocenę wpływu krajowych przepisów technicznych planowanych przez inne Państwo Członkowskie, podając do publicznej wiadomości tytuły projektów przepisów, o których powiadomiono, oraz poprzez przepisy dotyczące poufności takich projektów.(7)

Wymagania inne niż specyfikacje techniczne, dotyczące cyklu życia produktu po wprowadzeniu go na rynek mogą negatywnie wpłynąć na swobodny przepływ tego produktu lub stworzyć przeszkody w prawidłowym funkcjonowaniu rynku wewnętrznego.(11).

W art.1. pkt. 3 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z dnia 22 czerwca 1998 r. (Dz.U.UE L z dnia 21 lipca 1998 r.) Dz.U.UE.L.1998.204.37) określenia „specyfikacji technicznej” zdefiniowano, że "specyfikacja techniczna" oznacza specyfikację zawartą w dokumencie, który opisuje wymagane cechy produktu, takie jak: poziom jakości, wydajności, bezpieczeństwa lub wymiary, włącznie z wymaganiami mającymi zastosowanie do produktu w zakresie nazwy, pod jaką jest sprzedawany, terminologii, symboli, badań i metod badania, opakowania, oznakowania i etykietowania oraz procedur oceny zgodności. Termin "specyfikacja techniczna" obejmuje także metody produkcji oraz przetwórstwa stosowanego w stosunku do produktów rolniczych, zgodnie z art. 38 ust. 1 Traktatu, produktów przeznaczonych do spożycia przez człowieka oraz zwierzęta, oraz produktów leczniczych określonych w art. 1 dyrektywy 65/65/EWG, jak również metody produkcji oraz przetwarzania odnoszące się do innych produktów, gdzie mają one wpływ na ich charakterystykę.

„Inne wymagania" wg art.1 pkt. .4. Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r....oznaczają wymagania inne niż specyfikacje techniczne, nałożone na produkt w celu ochrony, w szczególności konsumentów i środowiska, które wpływają na jego cykl życiowy po wprowadzeniu go na rynek, takie jak warunki użytkowania, powtórne przetwarzanie, ponowne zastosowanie lub składowanie, gdzie takie warunki mogą mieć istotny wpływ na skład lub rodzaj produktu lub jego obrót;

Z treści art.1 pkt 11 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z dnia 22 czerwca 1998 r. (Dz.U.UE L z dnia 21 lipca 1998 r.) Dz.U.UE.L.1998.204.37) wynika, że przepisy techniczne obejmują de facto:

– przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne Państwa Członkowskiego, które odnoszą się do specyfikacji technicznych bądź innych wymagań lub zasad dotyczących usług, bądź też do kodeksów zawodowych lub kodeksów postępowania, które z kolei odnoszą się do specyfikacji technicznych bądź do innych wymogów lub zasad dotyczących usług, zgodność z którymi pociąga za sobą domniemanie zgodności z zobowiązaniami nałożonymi przez wspomniane przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne,

– dobrowolne porozumienia, w których władze publiczne są stroną umawiającą się, a które przewidują, w interesie ogólnym, zgodność ze specyfikacjami technicznymi lub innymi wymogami albo zasadami dotyczącymi usług, z wyjątkiem specyfikacji odnoszących się do przetargów przy zamówieniach publicznych,

– specyfikacje techniczne lub inne wymogi bądź zasady dotyczące usług, które powiązane są ze środkami fiskalnymi lub finansowymi mającymi wpływ na konsumpcję produktów lub usług przez wspomaganie przestrzegania takich specyfikacji technicznych lub innych wymogów bądź zasad dotyczących usług; specyfikacje techniczne lub inne wymogi bądź zasady dotyczące usług powiązanych z systemami zabezpieczenia społecznego nie są objęte tym znaczeniem.

Jak wynika z apelacji, skarżący dopatrując się w treści art.2 ust.3 ustawy regulacji cechy produktu – automatu do gier i samych gier- w postaci ich losowości, decydującej o poddaniu go regulacji ustawy o grach hazardowych, uważa, że przepis ten stanowiąc specyfikację techniczną mieści się w definicji przepisu technicznego w rozumieniu art.1 pkt. 1 Dyrektywy

W ocenie Sądu odwoławczego takie stanowisko jest niezasadne w kontekście definicji wyżej wskazanych przepisów technicznych oraz celu dla którego zostały one wprowadzone, co wynika z części wstępnej Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z dnia 22 czerwca 1998 r. (Dz.U.UE L z dnia 21 lipca 1998 r.) Dz.U.UE.L.1998.204.37) a więc -ochrony rynku wewnętrznego przed wprowadzaniem ograniczeń ilościowych w zakresie przepływu towarów, usług, kapitału. W tym kontekście przepis art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych nie ustanawia warunków uniemożliwiających, zakazujących lub ograniczających prowadzenie, urządzenie gier na automatach, gier o charakterze losowym poza kasynami albo mogących wpływać na sprzedaż takich automatów. Nie ustanawia także żadnego rodzaju zakazu produkcji, przywozu, wprowadzania do obrotu, handlu, stosowania produktu lub zakazu świadczenia bądź korzystania z usługi lub ustanawiania dostawcy usług, nie zawiera też regulacji ograniczającej możliwość dopuszczalnego przeznaczenia produktu.

Ponadto, skoro w art. 1 pkt 3 dyrektywy 98/34/WE mowa jest o specyfikacji zawartej w dokumencie, który opisuje wymagane cechy produktu, takie jak: poziom, jakości, wydajności, bezpieczeństwa lub wymiary, włącznie z wymaganiami mającymi zastosowanie do produktu w zakresie nazwy, pod jaką jest sprzedawany, terminologii, symboli, badań i metod badania, opakowania, oznakowania i etykietowania oraz procedur oceny zgodności, to uznać należy, że tak opisany warunek uznania danego przepisu krajowego za "specyfikację techniczną, nie jest spełniony w odniesieniu do art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, który nie określa również warunków determinujących w sposób istotny skład, sprzedaż produktu, poziom jakości, wydajności, bezpieczeństwo lub wymiary, włącznie z wymaganiami mającymi zastosowanie do produktu w zakresie nazwy pod jaką jest sprzedawany, terminologii, symboli, badań i metod badania, opakowania, oznakowania i etykietowania oraz procedur oceny zgodności.

W ocenie Sądu odwoławczego, przy ocenie czy przepis art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych ma charakter techniczny należy także uwzględnić cel wprowadzenia Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady wyż. cytowanej.

Rynek wewnętrzny Unii Europejskiej obejmuje obszar bez wewnętrznych granic, w którym zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług, kapitału, zatem zakaz wprowadzania ograniczeń ilościowych dotyczących przepływu towarów oraz środków o skutkach równoważnych jest jedną z podstawowych zasad Wspólnoty – pkt.2 części wstępnej Dyrektywy 98/34.

Dyrektywa 98/34 ma na celu ochronę – w drodze kontroli prewencyjnej- swobody przepływu towarów, osób, usług i kapitału, która jest jedną z podstawowych zasad Unii Europejskiej.

Kontrola ta jest konieczna, ponieważ przepisy techniczne w rozumieniu Dyrektywy mogą stanowić przeszkody w wymianie handlowej między państwami członkowskimi, dopuszczalne jedynie pod warunkiem, iż są konieczne do spełnienia niezbędnych wymagań lub są niezbędne dla osiągnięcia nadrzędnych celów interesu ogólnego, publicznego, którego stanowią gwarancję (np. wyrok z dnia 30.04.1996 r. w sprawie C-194/95 CIA Security International Rec. S.2201, pkt.40,48, z dnia 8 września 2005 r. w sprawie C 303/04 Lidl Italia Zb. Orz. S. I-7865 pkt 22, z dnia 9 czerwca

2011 w sprawie C-361/10 Intercommunale Interomosane i Federation de l`industrie et du gaz Zb.Orz.s.-I-5079 pkt.10). [wyrok Trybunału Trzecia Izba z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213/11, C-214/11, C 217/11 (...) sp.z o.o.,(...)sp. z o.o., (...) sp. z o.o. przeciwko Dyrektorowi (...)w G. – 26.]

Badając przepis w kontekście techniczności, należy mieć na względzie definicję przepisu technicznego zawartą w art.1 pkt.11 Dyrektywy 98/34 oraz zweryfikować to czy dany przepis może powodować ograniczenia ilościowe lub uniemożliwiać realizację swobody przepływu towarów, usług, kapitału na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej. (argumentacja na podstawie pkt. 2 i 4 części wstępnej Dyrektywy 98/34).

W ocenie Sądu odwoławczego, przepisów art. 2 ust.3-5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, nie można uznać za przepisy techniczne w rozumieniu art. 1 pkt 11 Dyrektywy 98/34/WE, z uwagi na to, że nie ustanawiają one warunków uniemożliwiających lub ograniczających prowadzenie gier na automatach poza kasynami i salonami gier albo mogących wpływać na sprzedaż takich automatów.

Kwestię czy przepis art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych stanowi specyfikację techniczną oceniono wyżej.

Nie zmienia stanowiska Sądu odwoławczego w tym zakresie, przytoczenie przez skarżącego w uzasadnieniu apelacji argumentu, że zaistniała sytuacja dotycząca wprowadzenia regulacji art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych jest bardzo podobna do tej ocenionej w sprawie C-267/03 Lindberg.

W sprawie C-267/03 Lindberg- wyrok Trybunału Druga Izba z dnia 21 kwietnia 2005 r. przedmiotem oceny pod kątem „techniczności” w kontekście Dyrektywy Rady 83/189/EWG z dnia 28 marca 1983 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych(zmienionej Dyrektywą 94/10/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 marca 1994 r.(Dz. U. L. str. 30)były przepisy szwedzkiej ustawy o loteriach zmienionej ustawą z 1996 r. które weszły w życie 1 stycznia 1997 r. w zakresie w jakim zawierały zakaz urządzania gry losowej przy wykorzystaniu automatu do gier „lyckohjulsspel”, w którym wygrane nie były wypłacane bezpośrednio przez urządzenie, lecz były wydawane ręcznie na żądanie gracza.

W sprawie C-267/03 Lindberg Trybunał orzekł, że jeżeli przepisy krajowe, takie jak przepisy ustawy o loteriach zawierają zakaz urządzania gier losowych przy wykorzystaniu niektórych automatów do gier, to mogą one stanowić przepisy techniczne w rozumieniu art.1 pkt. 9 Dyrektywy Rady 83/189/EWG z dnia 28 marca 1983 r., o ile zostanie ustalone, że zakres spornego zakazu pozostawia jedynie miejsce na marginalne zastosowanie produktu w stosunku do tego, którego można by rozsądnie oczekiwać lub w przeciwnym razie, jeśli zostanie ustalone, że zakaz ten może mieć istotny wpływ na skład, charakter lub sprzedaż produktu.

W przepisie art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych nie ma mowy o żadnym zakazie, ograniczeniu, nakazie itp. Nie wynika z niego żadne ograniczenie mogące rzutować na swobodny przepływ kapitału, usług, towaru.

W konsekwencji sąd odwoławczy nie podzielił stanowiska skarżącego, że przepis art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku ustawy o grach hazardowych stanowi przepis techniczny, podlegający notyfikacji Komisji Europejskiej. Nie można było uznać wobec tego za zasadne, osadzonego na przeciwnej w tym zakresie tezie skarżącego, stanowiska, że skoro brak jest możliwości zastosowania wobec jednostki przepisu art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych z powodu braku jego notyfikacji Komisji Europejskiej, to zachodzi automatycznie niemożność zastosowania wszystkich przepisów na nim opartych i oznacza to, niemożność zastosowania przepisów dotyczących konieczności uzyskania koncesji na prowadzenie gier na automatach, obowiązku zarejestrowania automatów przez właściwego naczelnika urzędu celnego, co wykluczałoby uznanie zachowań naruszających takie

obowiązki za przestępstwo z art.107 § 1 kks, gdyż przepisy blankietowe, dopełniające tę normę nie zostały notyfikowane Komisji Europejskiej.

Jakkolwiek skarżący wskazuje, że przejście krajowych przepisów z systemu zezwoleń na system zakazów może być przesłanką do badania techniczności przepisu, to jednak trzeba mieć na uwadze, że przepis art.2 ust.3 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r.zakazu ani nakazu nie zawiera.

Z punktu widzenia zastosowanego przez Sąd I instancji przepisu art. 6 ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku ustawy o grach hazardowych znaczenie ma zawarte w uzasadnieniu wyroku Trybunału z dnia 21 kwietnia 2005 r. C-267/03 Lindberg stwierdzenie - 87-88 teza - że jeśli chodzi o przejście w krajowych przepisach z systemu zezwoleń na system zakazów, to należy przypomnieć, że Trybunał orzekł już, że przepisy krajowe ustanawiające warunki zakładania przedsiębiorstw, takie jak przepisy poddające wykonywanie jakiejś działalności zawodowej uprzedniemu uzyskaniu zezwolenia, nie stanowią przepisów technicznych w rozumieniu art.1 pkt. 9 Dyrektywy 83/189. Przepisy techniczne w rozumieniu tego postanowienia są bowiem specyfikacjami określającymi cechy produktów a nie specyfikacjami dotyczącymi podmiotów gospodarczych(zob. wyrok w sprawie (...)pkt 45 i powołane tam orzecznictwo. Wynika z tego, że przepisy krajowe ustanawiające systemy zezwoleń na takie usługi, jak te polegające na wykorzystaniu niektórych automatów do gier, nie stanowią przepisu technicznego w rozumieniu art.1 pkt. 9 dyrektywy 83/189.

W sprawie C-267/03 Lindberg stwierdzono między innymi, że jeżeli przepis krajowy ustanawia warunki zakładania przedsiębiorstw, jak na przykład przepisy poddające wykonywanie jakiejś działalności zawodowej uprzedniemu uzyskaniu zezwolenia, to warunki te nie stanowią specyfikacji technicznych (zob. podobnie wyrok z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-194/94 (...), R..).

Powyższe okoliczności eliminują możliwość uznania za techniczny przepisu art. 6 ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych stanowiącego, że działalność w zakresie między innymi gier na automatach może być prowadzona po uzyskaniu koncesji na kasyno gry z zastrzeżeniami wskazanymi w tym przepisie.

Wobec niezasadności tez apelacji o technicznym charakterze przepisu art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, rozważania skarżącego w przedmiocie konsekwencji jego nie notyfikowania Komisji Europejskiej nie mogły wzruszyć zaskarżonego wyroku.

Okoliczność, że przepis art. 14 ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych uznany został za techniczny, o czym mowa w uzasadnieniu apelacji, nie może skutkować automatycznie uznaniem, że taki sam charakter ma również przepis art.2 ust.3 tej ustawy, przy podkreśleniu, odmiennej materii regulowanej przez te przepisy, a w konsekwencji konieczności odmiennej ich diagnozy w kontekście definicji przepisu technicznego zawartej w art.1 pkt 11 Dyrektywy 98/34/WE.

Wobec nie uznania przepisu art.2 ust.3 ustawy za techniczny brak podstaw do uznania, że przepisy art.6 ust.1 i art.23 a ustawy także mają taki charakter, zwłaszcza, że teza apelacji o takim charakterze tych przepisów zakładała techniczny charakter przepisu art.2 ust.3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych.

Sąd odwoławczy nie podzielił zasadności zarzutu apelacji o obrazie przepisu prawa materialnego, a to art. 14 ust. 1 ustawy z dn. 19.11.2009 r. o grach hazardowych, co miało nastąpić wskutek pominięcia przez Sąd Rejonowy okoliczności, iż powyższy przepis jest przepisem technicznym w rozumieniu Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, który w brzmieniu, które powinno być stosowane na dzień popełnienia kolejnych czynów, nie został poddany procedurze notyfikacji przepisów technicznych, w związku z czym jest przepisem bezskutecznym i jako taki nie może uzupełniać blankietowej normy 107 § 1 k.k.s., a więc brak jest znamion typu czynu zabronionego.

Podobnie jako niezasadny oceniono wywód zawarty w uzasadnieniu apelacji (str. 17 skargi), w który skarżący twierdził, że w niniejszej sprawie Sąd Rejonowy błędnie ocenił charakter przepisu art.14 ust.1 ustawy o grach hazardowych, przesądzając iż przepis ten nie jest przepisem technicznym, a kwestia ta- jako mająca wpływ na ocenę świadomości oskarżonego –

była z punktu widzenia obrony oskarżonego jedną z podstawowych, co skutkowało, w ocenie skarżącego, ponownym dojściem do momentu, w którym wyrok sądu I instancji w sposób rażący narusza przepisy prawa i co przekonuje apelanta o konieczności jego wyeliminowania z porządku prawnego.

Uważna analiza sentencji zaskarżonego wyroku i jego konfrontacja z treścią postawionych oskarżonemu w akcie oskarżenia zarzutów, prowadzi do wniosku, że Sąd Rejonowy, modyfikując w sentencji zaskarżonego wyroku opis przypisanych mu czynów nie przypisał oskarżonemu urządzania ani prowadzenia gier na wskazanych w wyroku automatach do gier wbrew wymogom art.14 ust.1 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a więc poza terenem kasyna.

Sąd Rejonowy powołał w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku tezę uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. KZP 17/16, w której stwierdzono, że kolizja prawa krajowego z prawem unijnym, w świetle zasady bezpośredniego stosowania prawa Unii Europejskiej (art. 91 ust. 3 Konstytucji), może prowadzić do zastąpienia przepisów krajowych uregulowaniami prawa unijnego albo do wyłączenia normy prawa krajowego przez bezpośrednio skuteczną normę prawa Unii Europejskiej. W konsekwencji, norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej, wynikająca z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 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.), 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. o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r., poz. 612) w pierwotnym brzmieniu. Natomiast art. 6 ust. 1 tej ustawy mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s., o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony.(OSNKW 2017/2/7).

Uwzględniając tę okoliczność, Sąd Rejonowy nie skazał oskarżonego za prowadzenie gier na automatach poza kasynem gry i okoliczność tę oraz przepis art. 14 ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. wyeliminował z opisu przypisanych oskarżonemu w wyroku czynów.

W tym kontekście, w sposób oczywiście bezzasadny skarżący obrońca zarzucał w apelacji obrazę prawa materialnego - przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych poprzez wydanie wyroku skazującego, pomimo braku znamion przestępstwa, wobec niemożności zastosowania przez Sąd przepisów współtworzących zestaw znamion zarzucanego mu czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s., z uwagi na treść prawa europejskiego.

Zawarte w tym zakresie w apelacji zarzuty i rozważania skarżącego, w tym dotyczące problemu czy przepis art.14 ust 1. ustawy o grach hazardowych miał charakter techniczny i czy z powodu braku jego notyfikowania Komisji Europejskiej przed dniem 3 września 2015 roku mógł obowiązywać w porządku prawnym i kwestionujące przypisanie oskarżonemu prowadzenia gier z naruszeniem przepisu art.14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych- wobec jednoznacznej treści zaskarżonego wyroku, gdzie stosując art.107§1 kks sąd nie odwołuje się do art.14 ust.1 ustawy hazardowej - są bezprzedmiotowe.

Z uzasadnienia zarzutu apelacji w tym zakresie należy wnosić, że skarżący bez wątplenia posiada w tym zakresie mylne wyobrażenie co do faktycznej treści sentencji wydanego w sprawie wyroku.

Sąd odwoławczy nie uznał także zasadności zarzutu apelacji -obrazy przepisu prawa materialnego, a to art. 23 a ustawy z dn. 19.11.2009 r. o grach hazardowych, co miało nastąpić przez pominięcie przez Sąd Rejonowy, iż zastosowanie

tego przepisu jest warunkowane uprzednim zastosowaniem art. 6 i art. 14 ust. 1, z których przynajmniej jeden jako nienotyfikowany przepis techniczny zastosowany być nie może.

Po pierwsze, nie można zgodzić się ze skarżącym, że oskarżony rzekomo naruszył art.23 a ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku ustawy o grach hazardowych, gdyż przeprowadzone przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego kontrole lokalu w którym spółka której oskarżony był prezesem zarządu, urzędzała gry na automatach w dniach 28 sierpnia 2014 roku i 28 kwietnia 2015 roku, ujawniły, że żaden z ujawnionych w tym lokalu a więc w dniach 28 sierpnia 2014 roku oraz w dniu 28 kwietnia 2015 roku automatów do gier nie został zarejestrowany przez właściwego naczelnika urzędu celnego.

Brak było też możliwości podzielenia trafności stanowiska skarżącego, aby Sąd I instancji wadliwie zastosował art.23 a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych.

Analiza treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku, prowadzi do wniosku, że Sąd I instancji, jako istotny argument przemawiający za możliwością zastosowania wobec oskarżonego przepisu art.23 a ust.1 do 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych w zw. z art.107 §1 kks wskazał, że oskarżony był, także w dacie przypisanych mu czynów adresatem normy art.23a ust.1 ustawy z dnia 19.11.2009 roku o grach hazardowych, zgodnie z którym automaty i urządzenia do gier, z wyjątkiem terminali

w kolekturach gier liczbowych służących wyłącznie do urządzania gier liczbowych, mogą być eksploatowane przez podmioty posiadające koncesję lub zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gier losowych lub gier na automatach oraz przez podmioty wykonujące monopol państwa, po ich zarejestrowaniu przez naczelnika urzędu celnego.(art.23a ust.1.)

W myśl art.23a ust.2 rejestracja automatu lub urządzenia do gier oznacza dopuszczenie go do eksploatacji. Rejestracji dokonuje się na okres 6 lat. Naczelnik urzędu celnego rejestruje automaty i urządzenia do gier spełniające warunki określone w ustawie, na podstawie opinii jednostki badającej upoważnionej do badań technicznych automatów i urządzeń do gier.(art.23a ustawy o grach hazardowych).

Jak słusznie uwzględnił Sąd Rejonowy, ustawa z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw Dz.U.2011.134.779, na mocy której dodany został do ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych- przepis art.23a, została notyfikowana Komisji Europejskiej w dniu 16 września 2010 r. pod numerem 2010/0622/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, z późn. zm.).

Kwestia jaki charakter prawny ma przepis art.23a ustawy o grach hazardowych ani też czy ma on moc obowiązującą w kontekście faktu notyfikowania ustawy go wprowadzającej, nie budziła wątpliwości ani kontrowersji.

W tym kontekście, twierdzenia oskarżonego, że z racji nie notyfikowania tego między innymi przepisu ustawy o grach hazardowych nie czuł się jego adresatem, tracą na znaczeniu i nie mogły skutkować uniewinnieniem oskarżonego od zarzucanych mu czynów. Treść przepisów ustawy z dnia 26 maja 2011 r., która dodała do ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. wspomniany już art. 23a, z racji jej publikacji w Dzienniku Ustaw była dostępna dla każdego. Również oskarżony miał więc możliwość zapoznania się z jej treścią i zdekodowania zgodnego z prawem, oczekiwanego od niego

w określonej sytuacji faktycznej, zachowania. Opublikowanie bowiem tekstu ustawy w Dzienniku Ustaw nadaje wszystkim ustawom z datą ich wejścia w życie moc wiążącą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W tym wypadku, nie może być również mowy o wątpliwościach dotyczących notyfikacji przepisów tej ustawy Komisji Europejskiej, bowiem obowiązek ten został dopełniony w dniu 16 września 2010 r. Nie ulega wątpliwości, że oskarżony prowadząc

działalność gospodarczą w zakresie urządzania i prowadzenia gier na automatach, miał szczególny obowiązek rozeznania się w zakresie dotyczących tego rodzaju działalności regulacji prawnych.

Z treści art.23a ust.1 ustawy o grach hazardowych wynika, że automaty i urządzenia do gier, z wyjątkiem terminali w kolekturach gier liczbowych służących wyłącznie do urządzania gier liczbowych, mogą być eksploatowane przez podmioty posiadające koncesję lub zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gier losowych lub gier na automatach oraz przez podmioty wykonujące monopol państwa, po ich zarejestrowaniu przez naczelnika urzędu celnego.(art.23a ust1.) Naczelnik urzędu celnego rejestruje automaty i urządzenia do gier spełniające warunki określone w ustawie, na podstawie opinii jednostki badającej upoważnionej do badań technicznych automatów i urządzeń do gier.(art.23a ustawy o grach hazardowych).Z pewnością w skład pojęcia „ eksploatowanie” wchodzi również prowadzenie gier, o czym mowa w art. 6 ust .1. ustawy o grach hazardowych. Oskarżony miał obowiązek zastosowania się do tego obowiązującego go przepisu, a więc posiadać koncesję na prowadzenie gier oraz zarejestrować eksploatowane automaty, czego w sprawie zaniechał w odniesieniu do wszystkich automatów wskazanych w przypisanych mu w wyroku czynach.

Analiza zarzutu apelacji w tym zakresie ujawnia w pierwszym rzędzie, że skarżący nie wykazał, aby tak zaprezentowane i należycie uzasadnione stanowisko Sądu I instancji nawiązujące do niewątpliwego faktu notyfikowania przepisu art.23 a ustawy o grach hazardowych było nieprawidłowe i z jakich prawnie relewantnych powodów.

Nie podejmując krytyki odwoławczej takiego stanowiska Sądu I instancji, skarżący przedstawił własną, odmienną od Sądu a quo koncepcję tej kwestii. Podnosząc, że przepis art.23 a jest uzupełniony przez przepisy art.6 ust 1 i art.14 ust.1 ustawy postawił tezę, że zastosowanie przepisu art.23 a uwarunkowane jest uprzednim zastosowaniem art.14 ust.1 i art.6 ust. ustawy, a skoro brak jest możliwości zastosowania wobec oskarżonego treści art.14 ust1. ustawy o grach hazardowych z powodu braku jego notyfikacji Komisji Europejskiej, to oznacza to jednocześnie niemożność zastosowania przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, a więc skoro w konsekwencji gra na automatach prowadzona jest poza kasynem, to nie jest wymagana od spółki koncesja a wobec tego spółka nie ma też obowiązku rejestracji automatów, gdyż przepis art.23 a jest skierowany tylko do podmiotów do których adresowane są przepisy art.14 ust.1 i art.6 ust.1 ustawy o grach hazardowych i które warunki wskazane w tych przepisach spełniły.

Takie stanowisko skarżącego na uwzględnienie nie zasługiwało.

Nie wykazuje po pierwsze skarżący taką argumentacją błędu w wyrażonym w uzasadnieniu wyroku stanowisku Sądu a quo, że przepis art.23 a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r.o grach hazardowych, jako przepis notyfikowany Komisji Europejskiej obowiązywał i oskarżony miał obowiązek stosować się do jego uregulowań.

Analiza treści art.23 a ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r.o grach hazardowych, nie zezwała na podzielenie stanowiska skarżącego że przepis ten jest uzupełniony o przepis art.14 ust.1 ustawy zawężający możliwość prowadzenia gier tylko w kasynach. Z treści art.23a ust.1 ustawy o grach hazardowych wynika, że automaty i urządzenia do gier, z wyjątkiem terminali w kolekturach gier liczbowych służących wyłącznie do urządzania gier liczbowych, mogą być eksploatowane przez podmioty posiadające koncesję lub zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gier losowych lub gier na automatach oraz przez podmioty wykonujące monopol państwa, po ich zarejestrowaniu przez naczelnika urzędu celnego.(art.23a ust1.) W przepisie tym brak jest odniesienia się do przepisu art.14 ust.1 ustawy. Tak więc stanowisko skarżącego, że przepis art.14 ust.1 uzupełnia przepis art.23 a ust.1 jest niezasadny, podobnie jak teza, że stosowanie przepisu art.23 a ustawy hazardowej uwarunkowane jest zastosowaniem art.14 ust.1 tej ustawy. Przepis art.23 a ustawy o grach hazardowych nie zwalnia z obowiązku rejestracji automatów przez naczelnika właściwego urzędu celnego - podmiotu posiadającego koncesję a prowadzącego gry poza kasynem. Wobec tego okoliczność, że oskarżony koncesji na prowadzenie kasyna nie posiadał nie zwalniała go z obowiązku rejestracji automatów, gdyż bez wątpienia prowadził taki rodzaj działalności, że uzyskanie koncesji było od niego wymagane na mocy art.6 ust.1 ustawy o grach hazardowych, który charakteru technicznego nie miał, nie został uchylony i jako taki obowiązywał w porządku prawnym.

Nie może oskarżony uwolnić się od odpowiedzialności na tej podstawie, że przepis art. 23 a nie był notyfikowany Komisji Europejskiej, a wobec tego nie uważał aby był wobec niego skuteczny. Brak podstaw do uznania, jak wynika z apelacji aby z faktu uznania przepisu art.14 ust. 1 za techniczny i jego nie notyfikowania Komisji Europejskiej wyprowadzać wnioski, że okoliczność ta identycznie rzutuje na skuteczność wszystkich przepisów ustawy o grach hazardowych, w tym art. 6 ust.1, 23a ust.1-3, które trzeba oceniać osobno pod kątem ich techniczności, o czym była już mowa wcześniej w niniejszym uzasadnieniu. Notyfikacja art.23 a odwołującego się do art.6 ust.1. postawiła oskarżonego w stanie co najwyżej wątpliwości prawnej co do charakteru prawnego i obowiązywania art.6 ust.1 ustawy o grach hazardowych, której efektem winno było być jednak zwrócenie się z zachowaniem stosownego trybu, o czym mowa niżej, o wyjaśnienie wątpliwości, nie zaś decydowanie we własnym zakresie, że wszelkie przepisy całej ustawy o grach hazardowej w ogóle oskarżonego nie obowiązują. Zresztą nie ma racjonalnego powodu dla którego oskarżony nie czuł się adresatem, art.23 a, skoro przepis ten został notyfikowany Komisji Europejskiej.

Jak wynika z wyżej powołanej uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. KZP 17/16 przepis 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.(OSNKKW 2017/2/7).

Nie ma przy tym powodów, aby uczynić znak równości między regulacjami zawartymi w art.14 ust.1 i art. 6 ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku oraz stwierdzić, że stwierdzenie technicznego charakteru przepisu art.14 ust.1 ustawy implikuje również identyczny a więc techniczny charakter przepis art. 6 ust.1 ustawy o grach hazardowych.

Założenie racjonalności ustawodawcy wyklucza, aby zawarł w jednej ustawie dwa identyczne w treści przepisy.

Przepisy art.6 ust.1 i art.14 ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych istotnie różnią się od siebie i mają niezależny od siebie charakter.

Przepis art.14 ust.1 ustawy o grach hazardowych stanowił, że urządzenie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach. Zawęził więc zakres miejsc urządzania gier na automatach - do kasyn gry. Natomiast przepis art.6 ust.1 ustawy o grach hazardowych stanowi, że działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach może być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry.

Skoro oskarżony nie posiadał koncesji nie miał prawa bez naruszenia art. 6 ust.1 ustawy o grach hazardowych prowadzenia jakiejkolwiek działalności w zakresie gier na automatach, ani w kasynie ani poza nim. Gdyby podmiot posiadający koncesję urządził grę poza kasynem, to wtedy naruszyłby przepis art.14 ust.1 ustawy o grach hazardowych, ale nie naruszałby przepisu art.6 ust.1 tej ustawy.

„Mimo pewnego związku występującego pomiędzy art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, to jednak przepisy te mają niezależny od siebie charakter. Artykuł 6 ust. 1 tej ustawy dotyczy strony podmiotowej działalności w zakresie urządzania gier hazardowych, skoro przewiduje, że może ją prowadzić wyłącznie podmiot posiadający koncesję na prowadzenie kasyna (podmiotowa reglamentacja działalności), o tyle art. 14 ust. 1 reguluje pewien aspekt przedmiotowy urządzania i prowadzenia gier na automatach, określa bowiem miejsce użytkowania tych automatów. Pierwszy z tych przepisów nie przesądza przy tym, że posiadacz koncesji może urządzać i prowadzić gry na automatach wyłącznie w kasynach gry, a takie zastrzeżenie zawiera art. 14 ust. 1 ustawy (zob. M. Skowrońska, Przecięcie węzła gordyjskiego w dziedzinie hazardu - uwagi w związku z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości w sprawie G.M. i M.S., EPS.2017.1.14).Działalność w zakresie gier na automatach, w rozumieniu art. 2 ust. 3 cyt. ustawy, urządzana bez stosownej koncesji jest więc działalnością nielegalną. Niezasadnym jest również twierdzenie, że skoro automaty takie znajdują się w miejscu, które kasynem nie jest (np. stacja benzynowa, bar lub inny lokal gastronomiczny), to nie jest wymagana koncesja na prowadzenie gier na automatach. Regulacje ustawy o grach hazardowych są w tym zakresie jednoznaczne i nie ulega wątpliwości, że każda działalność w zakresie gier na automatach może być prowadzona jedynie na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry (art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych)”.(z

uzasadnienia wyroku SN z dnia 16 marca 2017 r. V KK 21/17, uzasadnienie wyroku SN z dnia 22 lutego 2017 r. IV KK 282/16).

Jeśli uwzględnić także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, to o ile kwestia technicznego charakteru takiego przepisu, jak art.14 ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, a więc zawężająca miejsca w których można gry na automatach urządzać, prowadzić, była w nim potwierdzana (np. sprawy: Komisja / Grecja, Fortuna, Berlington Hungary),

o tyle orzecznictwo Trybunału w kwestii przepisów krajowych ustanawiających warunki zakładania przedsiębiorstw, takie jak przepisy poddające wykonywanie jakiejś działalności zawodowej uprzedniemu uzyskaniu zezwolenia, uznawano, jako nie posiadającego charakteru technicznego (np. sprawa Lindberg, sprawa Ince, Sprawa CIA Security International oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 października 2016 r. C-303/15 ECLI:EU:C:2016:771).

W sprawie C-303/15 także zwrócono uwagę, że nie ma ścisłego związku między przepisem art. 6 ust.1 i art.14 ust.1 ustawy o grach hazardowych, że pełnią one różną funkcję i mają różny zakres zastosowania. Jak również stwierdzono w niej, że nie należy uznawać 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.

Kontrola instancyjna nie potwierdziła także zasadności zarzutu apelacji o obrazie przez Sąd I instancji przepisu art. 4 ustawy z dn. 12.06.2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych co miało nastąpić poprzez jego niezastosowanie przez Sąd orzekający i pominięcie okoliczności, iż przepis ten jest przepisem umożliwiającym podmiotom dostosowanie prowadzonej działalności do przepisów ustawy do dnia 1.07.2016 r. oraz ustanawiającym abolicję co do czynów popełnionych przed jego wejściem w życie, zatem działania miały miejsce w czasie, kiedy działania takie nie mogły być penalizowane, bowiem istniał margines czasowy na stosowne dostosowanie i skorygowanie prowadzonej przez oskarżonego działalności do wymogów ustawowych.

Brak było możliwości podzielenia stanowiska skarżącego, aby Sąd

I instancji dopuścił się obrazy art. 4 ustawy z dnia 12.06.2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych Dz.U.2015.1201,zgodnie z treścią którego 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 zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, do dnia 1 lipca 2016 r.

Dla oceny zasadności tego zarzutu odnotować należy pewne istotne dla tej kwestii okoliczności.

Po pierwsze przepis art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 roku

o zmianie ustawy o grach hazardowych Dz.U.2015.1201 z dnia 19 sierpnia 2015 r. przy uwzględnieniu treści art.8 tej ustawy –wszedł w życie w dniu 3 września 2015 roku.

Okres dostosowawczy dla podmiotów wskazanych w treści art.4 cytowanej ustawy określono na 1 lipca 2016 roku.

Oskarżonemu zarzucono dwa czyny kwalifikowane z art.107§ 1 kks w zw.z art.9§3 kks pierwszy popełniony w okresie od dnia 2 kwietnia 2013 r.do 28 sierpnia 2014 r.- przy czym po modyfikacji opisu tego czynu w wyroku sąd a quo ustalił, że oskarżony czynu zarzucanego w punkcie I (po modyfikacji opisu) dopuścił się w dniu 28 sierpnia 2014 roku.

Drugi zarzucany oskarżonemu czyn obejmował okres od 2 kwietnia 2013 r., do 28 kwietnia 2015 roku. Po modyfikacji opisu tego czynu, w wyroku sąd a quo ustalił, że oskarżony dopuścił się go w dniu 28 kwietnia 2015 roku.

Oskarżony składając w postępowaniu przygotowawczym wyjaśnienia, na swoją obronę podał, że mając na uwadze ustawę z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych, która weszła

w życie w dniu 3 września 2015 roku, informuje, że przepis art.4 tej ustawy ma charakter abolicyjny z określeniem terminu do dnia 1 lipca 2016 roku. Dotyczy to podmiotów prowadzących działalność o których mowa w art. 6 ust.1-3 ustawy hazardowej, to jest między innymi podmiotów prowadzących działalność w zakresie gier na automatach. Przepis ten ma charakter intertemporalny i oznacza, że jego celem jest uregulowanie skutków ustawy nowelizującej w czasie. Oznacza to, że wszelkie prowadzone postępowania

z zakresu art.107 § 1 kks powinny zostać umorzone a organy państwa są zobowiązane do odmowy zastosowania przepisów ustawy o grach hazardowych do dnia 1 lipca 2016 roku i odstąpić od ścigania w tym zakresie. Oskarżony powołał się na orzeczenia Sądów Rejonowych w W. i C. oraz Prokuratur Rejonowych na poparcie racji tego poglądu. (k. 519-520 t. III)

Na rozprawie, po odczytaniu oskarżonemu tych wyjaśnień, twierdził, że składał takie wyjaśnienia, było to w 2016 roku i sądził, że zarzucany mu czyn obejmuje okres, kiedy zaczęła obowiązywać nowelizacja, czyli okres od 3 września 2015 roku do 1 lipca 2016 roku. W związku z tym, że przesłuchanie miało miejsce w tym okresie, złożył tej treści wyjaśnienia, widzi jednak, że popełnił tutaj błąd tego rodzaju, że powołał się na tę nowelizację, której w okresie zarzucanego mu czynu nie było w porządku prawnym. (k.185 v tom IV). Sąd Rejonowy uznał wyjaśnienia oskarżonego za wiarygodne.

W pisemnych motywach wyroku, Sąd a quo nie wypowiedział się co do zastosowania wobec oskarżonego regulacji art.4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015. O zmianie ustawy o grach hazardowych Dz. U.2015 r. 1201. Wydanie wyroku skazującego jednak bez wątplenia wskazuje, że Sąd nie uznał aby ta regulacja prawna mogła stanowić podstawę uniewinnienia oskarżonego od zarzucanych mu aktem oskarżenia czynów.

Na gruncie art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015. o zmianie ustawy o grach hazardowych Dz. U.2015 r. 1201. kwestia możliwości uwolnienia od odpowiedzialności sprawcy przestępstwa skarbowego art.107§1 kks nie posiadającego koncesji na prowadzenie kasyna i prowadzącego gry wbrew wymogom art.23a ust.1-3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, rozważana była w praktyce sądów w dwóch kierunkach.

Jeden kierunek wykładni prezentowany na obronę sprawców przestępstwa skarbowego z art.107§ 1 kks przyjmował niemożność pociągnięcia do odpowiedzialności z art.107§ 1 kks sprawców czynów art.107§ 1 kks prowadzących działalność przed dniem 3 września 2015 roku -wbrew przepisom ustawy, czyli art. 6 ust.1 i 23 a ustawy hazardowej aż do dnia 1 lipca 2016 roku z uzasadnieniem, że przepis art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015. o zmianie ustawy o grach hazardowych Dz. U.2015 r. 1201 stanowi swoistą abolicję dla tego rodzaju sprawców.

Drugi kierunek zakładał wykluczenie możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności z art.107§1 kks sprawcy prowadzącego działalność z naruszeniem art. 6 ust.1 i art.23 a ustawy o grach hazardowych w okresie od 3 września 2015 roku do 1 lipca 2016 roku, na tej podstawie, że okres ten uznawano za okres dostosowawczy dla takich podmiotów do wymogów znowelizowanej ustawy, w którym tolerowane miałyby być prowadzenie działalności z naruszeniem art.6. ust.1 , art.23 a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych.

Przy uwzględnieniu sytuacji prawnej oskarżonego i dat popełnienia przypisanych mu przestępstw logicznie mógł być rozważany tylko problem czy przepis art.4 omawianej ustawy z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych ma taki skutek, że oznacza niemożność pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności karnej za przestępstwa z art.107§1 kks popełnione przed datą wejścia w życie tej ustawy, a więc i przepisu art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015. o zmianie ustawy o grach hazardowych Dz. U.2015 r. 1201.

Analiza uzasadnienia apelacji prowadzi do wniosku, że zarzut obrazy art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych opiera się na stwierdzeniu skarżącego, że adresatem tego przepisu „są spółki, których prezesem pozostaje oskarżony, które w dniu wejścia w życie tej ustawy prowadziły działalność gospodarczą w zakresie gier na automatach”. Zdaniem skarżącego, podmioty te, z mocy przepisu art.4 cytowanej ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych, uzyskały możliwość kontynuowania swojej działalności na niezmiennych warunkach do dnia 1 lipca 2015 r. – tak błędnie podano datę w oryginale uzasadnienia apelacji k.511). Zdaniem skarżącego,

konieczne jest zastosowanie do spółki przepisów w brzmieniu dotychczasowym, co oznacza niemożność zastosowania przepisów art.14 ust.1 i 23 a ustawy hazardowej ze względów opisanych w poprzednich zarzutach.

Skarżący odniósł się także krytycznie do postanowienia SN z dnia 28 kwietnia 2016 r. I KZP 1/16, zarzucając mu między innymi przy okazji rozważania legalności urządzania gier na automatach zatrzymanie się jedynie na poziomie przepisów krajowych i pominięcie kwestii dotyczących notyfikacji art.14 ust.1 ustawy hazardowej. Zdaniem skarżącego, Sąd I instancji tej okoliczności nie zauważył, ograniczając swoje rozumowanie do prostej zasady – niezgodne z przepisami ustawy o grach hazardowych, równa się nielegalnie, bez najlżejszej zdaniem autora –refleksji na temat dopuszczalności stosowania nienotyfikowanych przepisów technicznych. Skarżący wywodził, że przepis art.14 ust.1 w brzmieniu ustawy nowelizacyjnej jest dla obywateli przepisem nowym a wobec tego ustawodawca przewidział dla niego okres karencji dla jego stosowania. Skarżący nie zgodził się ze stanowiskiem SN wyrażonym w sprawie I KZP1/16, iż pojęcie „w zakresie” zawarte w art.4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych” oznacza stan prawny ,twierdząc, że pojęcie to dotyczy zbioru czynności, które mogą być przez podmiot podjęte, wskazując, że czym innym jest prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach, a czym innym jest prowadzenie działalności zgodnie z konkretnym przepisem lub na podstawie konkretnego przepisu prawa. Skarżący zarzucał, że Sąd a quo wskazał, że SN wyżej wskazanym orzeczeniem przesądził zakres stosowania art.4 ustawy, pomijając że sądy okręgu katowickiego przed dniem 28.04.2016 r. orzekały dokładnie zgodnie z twierdzeniem oskarżonego a przeciwnie do tego co wskazał SN. Skarżący postawił więc pytanie jak można oceniając świadomość prawną oskarżonego przed dniem 28 kwietnia 2016 roku odnosić się do linii orzeczniczej, która powstała po tej dacie. Zdaniem skarżącego jest to błąd logiczny Sądu a quo skoro bowiem oskarżony działał zgodnie z powszechnie obowiązującą wtedy wykładnią prawa, która dopiero potem uległa zmianie nie sposób wyciągnąć w stosunku do niego negatywnych konsekwencji tego działania.

Wyżej przytoczone argumenty nie mogą wspierać skutecznie podniesionego w apelacji zarzutu obrazy art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, gdyż nie mają związku z treścią zarzucanych ani przypisanych oskarżonemu czynów, zwłaszcza, jeśli zwrócić uwagę na datę popełnienia zarzucanych oskarżonemu czynów i ustaloną

w wyroku datę ich popełnienia tj.28 sierpnia 2014 roku i 28 kwietnia 2015 roku.

Jasnym w tym kontekście jest, że oskarżonemu ani nie zarzucono ani nie przypisano popełnienia przestępstw skarbowych kwalifikowanych z art. 107§1 kks w zw. z art.14 ust.1 i art.23 a ust.1 do 3 ustawy z dnia 19 listopada 2019 roku o grach hazardowych w okresie od 3 września 2015 roku do 1 lipca 2016 roku, w tym nie było przedmiotem zarzutu nie zastosowanie się przez oskarżonego w okresie od 3 września 2015 roku do 1 lipca 2016 roku do znowelizowanego ustawą z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych przepisu art.14 ust.1 ustawy hazardowej, który został notyfikowany Komisji Europejskiej i zaczął obowiązywać od dnia 3 września 2015 roku. Oskarżonemu nie postawiono w niniejszej sprawie zarzutu związanego „z prowadzeniem spółek” ani z prowadzeniem działalności w zakresie gier hazardowych po dniu 3 września 2015 roku. Nie ma też w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku odniesienia się przez Sąd I instancji do postanowienia SN z dnia 28 kwietnia 2016 roku w sprawie IKZP 1/16.Sąd Rejonowy nie zawarł też w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku wskazanych w uzasadnieniu apelacji stwierdzeń wskazujących na możliwość stosowania art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r, o zmianie ustawy hazardowej, w kontekście wywodów postanowienia SN w sprawie I KZP 1/16, które nawiasem mówiąc powstało na gruncie stanu faktycznego dotyczącego prowadzenia gry na automacie H. S. w dniu 10 listopada 2015 roku, wbrew przepisom art. 6 ust.1 i art.14 ust.1 ustawy o grach hazardowych, a więc w czasie obowiązywania od dnia 3 września 2015 roku znowelizowanych i notyfikowanych Komisji Europejskiej przepisów ustawy hazardowej, a w tym zarzucanego w sprawie I KZP 1/16 art.14 ust.1 ustawy, który w czasie kiedy oskarżony popełnił przypisane mu w niniejszej sprawie w zaskarżonym wyroku czyny (art.14 ust.1.) ustawy hazardowej z powodu braku jego notyfikacji Komisji Europejskiej stosownie do wymogów dyrektywy 98/34/WE, nie obowiązywał.

Końcowo, Sąd I instancji, co należy podkreślić, nie przypisał oskarżonemu naruszenia przepisu art.14 ust.1 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 roku. Tej treści zarzut podniesiony w apelacji i jego uzasadnienie zaprezentowane przez skarżącego, sposób argumentacji nie przystają do realiów niniejszej sprawy.

Drugi człon zarzutu obrazuje przepis prawa materialnego, a to art.4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych, opiera się na tezie skarżącego, że przepis ten charakter abolicyjny- a to z tego powodu, że ustawodawca wskazując w nim, że podmioty prowadzące działalność w zakresie o którym mowa w art. 6 ust.1 do 3 ustawy mają dostosować się do nowego stanu prawnego do dnia 1 lipca 2016 roku, nie sprecyzował jednocześnie, że chodzi tylko o podmioty prowadzące działalność zgodnie z literalnym brzmieniem ustawy. Zdaniem apelującego, niezależnie od tego, czy podmiot prowadzi działalność w zakresie gier na automatach na podstawie koncesji czy nie, mając na względzie unormowania unijne , ustawodawca nakazuje mu dostosowanie się do nowej regulacji do dnia 1 lipca 2016 roku. Powyższe, prowadzi skarżącego do wniosku, że działalność oskarżonego przed tą datą nie może być penalizowana a wobec tego wszelkie postępowania dotyczące jego działania wbrew przepisom ustawy hazardowej nie powinny być wszczęte, a jeśli już je wszczęto, powinny być umorzone i dotyczy to zarówno sytuacji po nowelizacji, jak i stanów faktycznych sprzed nowelizacji, przy której wszedł też w życie przepis art. 4 ustawy wyżej powołany.

Tej treści zarzut jest oczywiście bezzasadny.

Przede wszystkim, tak daleko idące skutki, jakich dopatruje się skarżący nie wynikają z treści art.4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy hazardowej. Kwestia uwolnienia od odpowiedzialności sprawców przestępstw skarbowych z art.107 § 1 kks popełnionych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej z dnia 12 czerwca 2015 roku jest tak istotną okolicznością, że gdyby taka była intencja ustawodawcy, zostałyby to wyrażone wprost w ustawie. Na takie okoliczności przepis art.4 tej ustawy nie wskazuje ani wprost ani nie można takich wniosków z niego wyinterpretować.

Jak wynika z ukształtowanego jednolitego orzecznictwa Sądu Najwyższego – postanowienie SN z dnia 29 listopada 2016 r. Sygn. I KZP 8/16 OSNKW 2016/12/84, postanowienie SN z dnia 28 kwietnia 2016 r. I KZP 1/16 OSNKW 2016/6/36 oraz orzecznictwa sądów administracyjnych (wyrok WSA w Szczecinie II SA/Sz 1371/16 z dnia 11.01.2017 r., wyrok WSA w Olsztynie z dnia 6 kwietnia 2017 r. II SA/OI 27/17, wyrok NSA z dnia 18.01.2018 r. GSK 3690/17) z regulacji art.4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych nie może korzystać podmiot, który nigdy wymogu uzyskania koncesji nie wypełnił. Przepis ten zezwalający podmiotom prowadzącym w dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej działalność w zakresie o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 lub w art. 7 ust. 2 u.g.h. na dostosowanie się do wymogów określonych w znowelizowanej ustawie o grach hazardowych do dnia 1 lipca 2016 r., dotyczy wyłącznie podmiotów, które prowadziły taką działalność zgodnie z ustawą o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015 r. (na podstawie koncesji albo zezwolenia).

	Sąd odwoławczy w tym składzie podziela jako trafne, logiczne, należycie umotywowane zawarte w uzasadnieniu postanowienia SN I KZP 1/16 tezy, iż przepis art. 4 ustawy z 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, zezwalający podmiotom prowadzącym w dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 lub w art. 7 ust. 2 u.g.h. na dostosowania się do wymogów określonych w znowelizowanej ustawie o grach hazardowych do dnia 1 lipca 2016 r., dotyczy wyłącznie podmiotów, które prowadziły taką działalność zgodnie z ustawą o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015 r. (na podstawie koncesji albo zezwolenia).Ustawowe
--	--

określenie adresatów unormowania zawartego w art. 4 ustawy z 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, 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 u.g.h. Zasadnym jest też wniosek, że skoro przepis art. 4 ustawy z 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych wprost odesłał do treści m.in. art. 6 ust. 1 u.g.h., tym samym zakreślił zbiór adresatów norm z niego wynikających wyłącznie do tych podmiotów, które w dniu wejścia w życie nowelizacji prowadziły działalność w ramach tego ostatniego przepisu. Odesłanie do art. 6 ust. 1 u.g.h. w żaden inny sposób interpretowane być nie może, jako że przepis ten przecież w innym brzmieniu nie występował.

Kontrola odwoławcza nie zezwoliła także na podzielenie zasadności zarzutu apelacji -obrazy przepisu prawa materialnego, a to art. 8 ust. 1 akapit 3 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego- co miało nastąpić - poprzez zastosowanie przez Sąd Rejonowy przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, w sytuacji gdy przepisy ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych nie zostały poddane ponownej notyfikacji po wprowadzeniu do niej zmian, które to zmiany w znaczący sposób wpływały na zakres zastosowania projektu ustawy oraz skracaly wyjściowo harmonogram wdrożenia zmian.

Zdaniem skarżącego, notyfikacja projektu ustawy z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych Dz. U.1201 była nieprawidłowa, nieskuteczna i oznacza to, iż nieprawidłowo notyfikowane przepisy techniczne nadal nie mogą być wobec obywateli stosowane.

W tym zakresie, skarżący podniósł, że projekt ustawy z dnia 12 czerwca 2015 roku został notyfikowany Komisji Europejskiej w dniu 5.11.2014 r. a projekt ustawy wpłynął do Sejmu w dniu 19.11.2014 roku. Apelujący zarzucał, że zmiany wprowadzone do projektu ustawy nowelizującej dokonane po przekazaniu projektu Komisji Europejskiej nie zostały ponownie notyfikowane Komisji Europejskiej, chociaż zdaniem skarżącego, były to zmiany istotne. Skarżący zakwestionował również, że skrócono harmonogram wejście w życie ustawy nowelizującej – ponieważ w projekcie przekazanym Komisji Europejskiej wskazano, że w razie przedłużenia się prac nad ustawą do czerwca 2015 roku wejdzie ona w życie w dniu 1 stycznia 2016 roku, tymczasem ustawa została uchwalona przez Sejm w dniu 12.06.2015 r., Senat wyraził swoje stanowisko 10.07.2015 r. (co zdaniem skarżącego, mieści się w pojęciu prac nad ustawą), a mimo to ustawa weszła w życie 3 września 2015 roku a nie 1 stycznia 2016 roku.

Skarżący zarzucał, że po notyfikacji projektu 5.11.2014 roku Komisja Europejska i Malta złożyły opinie do projektu, a w toku prac legislacyjnych dokonano 24 poprawek do projektu, które nie zostały notyfikowane Komisji wbrew art. 8 ust.1. 3 dyrektywy 98/34/WE. Skarżący wskazał, że poprawki te dotyczyły istotnych kwestii , a to :

-przyznania spółkom z siedzibą na terenie innego państwa członkowskiego Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu- stronom umowy

o Europejskim Obszarze Gospodarczym prawa do prowadzenia działalności między innymi w zakresie zarządzania gier na automatach pod warunkiem ustanowienia albo przedstawiciela albo w formie oddziału, podczas gdy notyfikowany projekt przewidywał jedynie ustanowienie w formie oddziału

(poprawka 2);

-wprowadzenia dodatkowych wymogów wobec podmiotów ubiegających się o uzyskanie koncesji w zakresie obowiązku przedstawiania dokumentów dotyczących zgodności działania podmiotu z właściwymi przepisami regulującymi przeciwdziałanie praniu brudnych pieniędzy i finansowaniu terroryzmu oraz dotyczących prowadzenia rachunkowości (poprawka 8);

- wprowadzenia obowiązku przedstawienia organowi, który udzielił koncesji lub zezwolenia co 2 lata w okresie obowiązywania koncesji lub zezwolenia odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnienie warunków do udzielenia koncesji (poprawka 19);

-wprowadzenia dodatkowych przesłanek do możliwości cofnięcia udzielonej koncesji lub zezwolenia (poprawka 22).

Zdaniem skarżącego, skoro nie dopełniono obowiązku notyfikacji tych poprawek do projektu, to tak wprowadzone do porządku prawnego przepisy techniczne nie mogą być stosowane wobec jednostki. Twierdził również, że skoro Polska nie dokonała ponownej notyfikacji projektu ustawy po wprowadzonych zmianach, co czyni pierwotną notyfikację nieskuteczną, to oznacza to, że mimo wejścia w życie ustawy nowelizującej zakazy i ograniczenia przewidziane w przepisach technicznych, a więc przepis art.14 ust.1 nie mogą być stosowane wobec jednostek, co powoduje, że działalność G. sp. zo.o.i oskarżonego jest całkowicie legalna. Skarżący wyraził także zastrzeżenia co do skuteczności notyfikacji Komisji Europejskiej nowelizacji ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r. przepisu art.14 ust.1 ustawy o grach hazardowych, podsumowując, że nowelizacja ta nie zmienia dotąd istniejącej normy prawnej(wadliwej), zmienia jedynie mocującą ją jednostkę redakcyjną- przepis, a więc zmiana przepisu bez zmiany normy nie podlega notyfikacji i nie może prowadzić do konwalidacji normy proceduralnie wadliwej.

Zdaniem skarżącego, wyżej opisane kwestie powinny być znane Sądowi I instancji z urzędu i powinny zostać uwzględnione przez Sąd I instancji z urzędu, tymczasem uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie zawiera żadnej wzmianki na temat dopuszczalności lub jej braku stosowania przepisów wadliwie notyfikowanych, nie zawiera stanowiska Sądu I instancji co do tej kwestii i przesądzenia z jakiego powodu Sąd I instancji decyduje się taki przepis stosować lub nie. Zdaniem skarżącego, jest to rażący brak, zwłaszcza że sąd nie dopuścił możliwości zastosowania art.4 ustawy nowelizującej z dnia 12 czerwca 2015 r. uznając możliwość stosowania przepisów tej ustawy od dnia jej wejścia w życie. Zdaniem skarżącego brak notyfikacji oznacza niemożność stosowania przepisu, który był nieprawidłowo notyfikowany a takim jest w ocenie skarżącego przepis art.14 ust. 1 ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 12.06.2015 r. Powyższe prowadzi skarżącego do wniosku, że po raz kolejny mamy do czynienia z oczywistym niedbalstwem sądu I instancji i takim brakiem w ocenie zachowania oskarżonego, że musi to skutkować zmianą orzeczenia.

Tej treści zarzut i jego uzasadnienie na gruncie niniejszej sprawy jawią się jako oczywiście bezzasadne z tej racji, że nie mają one do jej realiów niniejszej sprawy zastosowania. Podniesienie tej treści zarzutu oraz jego uzasadnienie wynika również w tym wypadku z nie dość wnikliwej analizy przez skarżącego przedmiotu sprawy, istoty i daty popełnienia przypisanych oskarżonemu przestępstw, ich postaci, opisu, w tym w zakresie daty ich popełnienia ustalonych w sentencji wyroku.

Podkreślić należy, że w zarzucie aktu oskarżenia nie zarzucono naruszenia przez oskarżonego w czasie do 28 sierpnia 2014 roku i do dnia 28 kwietnia 2015 roku wymogu przepisu art.14 ust.1 ustawy o grach hazardowych w jego brzmieniu wprowadzonym ustawą z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych, a więc w brzmieniu obowiązującym od dnia 3 września 2015 roku. W kontekście treści art.1 §1 kks oraz art. 2§2 kks byłoby to postąpienie oczywiście nieprawidłowe z powodu zastosowania do oceny przestępczości czynów oskarżonego przepisu który wszedł w życie już po ich dokonaniu a w czasie ich popełnienia nie obowiązywał i nie mógł stanowić podstawy prawnej penalizacji zachowań oskarżonego.

Sąd Rejonowy nie przypisał oskarżonemu naruszenia przepisu art.14 ust.1 ustawy o grach hazardowych ani w brzmieniu do dnia 3 września 2015 roku ani w brzmieniu po 3 września 2015 roku. Z powodu braku jego notyfikacji na

dzień popełnienia przez oskarżonego przypisanych mu czynów Sąd Rejonowy uznał bezskuteczność przepisu art.14 ust.1 ustawy o grach hazardowych względem oskarżonego i nie przypisał oskarżonemu urządzania gier na automatach poza kasynem, ani tym bardziej nie powołał w sentencji wyroku naruszenia przepisu art.14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. ani w brzmieniu do dnia 3 września 2015 roku ani w brzmieniu po dniu 3 września 2015 roku. Okoliczności te w sposób dość oczywisty wynikają z treści zaskarżonego wyroku oraz pisemnych motywów tego wyroku.

Zauważyć należy, że ustawa z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych została notyfikowana Komisji Europejskiej w dniu 5 listopada 2014 r. pod numerem 2014/0537/PL zgodnie z §4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23.12.2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych(Dz.Nr 239, poz.2039 oraz z 2004 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).

Należy zauważyć sprzeczność w tezach skarżącego, skoro w tym samym środku odwoławczym widziałby możliwość uwolnienia oskarżonego od odpowiedzialności karnej za zarzucane mu przestępstwa skarbowe odwołując się do regulacji art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych, a jednocześnie podnosi zarzuty co do tego czy w ogóle obowiązuje ta ustawy, podnosząc nie zachowanie wymogów notyfikacji tej ustawy oraz wysuwając zarzuty co do zachowania harmonogramu prac ustawodawczych przy jej stanowieniu.

Sąd odwoławczy nie podzielił trafności zarzutu obrazy przepisów prawa materialnego, a to art. 15 - 17 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, co miało nastąpić wskutek nie rozważenia przez Sąd I instancji , czy przepisy art. 6 i art. 14 ust. 1 ustawy z dn. 19.11.2009 r. grach hazardowych są przepisami, które godzą w wolność wyboru zawodu i podejmowania pracy, wolność prowadzenia działalności gospodarczej oraz prawo własności oraz iż spełniają test proporcjonalności stosowany dla ograniczeń tych praw.

Z przyczyn wcześniej już w niniejszym uzasadnieniu przytoczonych przez wzgląd na nie przypisanie oskarżonemu w zaskarżonym wyroku naruszenia art.14 ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych wywody skarżącego nawiązujące do celowości rozważania przez Sąd Rejonowy relacji przepisu art.14 ust.1 do zasad wynikających z art.15 – 17 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej są bezprzedmiotowe. Przepisy art.15 – 17 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej określają wolności, które Unia uznaje, a więc wolność wyboru zawodu i prawo do podejmowania pracy (art.15), wolność prowadzenia działalności gospodarczej(art.16), prawo własności (art. 17).

Treść tych przepisów jest tak skonstruowana, że nie zawierają one opisu zachowania nakazanego lub zakazanego. Nie stosuje się ich wprost, lecz w czasie wykładni prawa. Tak więc niezasadny jest zarzut apelacji obrazy prawa materialnego w postaci tych konkretnych przepisów, które stosuje się do dokonywania wykładni przepisów prawa dotyczących jednostki. Nie ma racji skarżący zarzucając Sądowi I instancji bierność w stosowaniu tych przepisów oraz brak rozważań czy przepisy art.14 ust.1 i art.6 ust.1 ustawy hazardowej nie stanowią nieuzasadnionych wyjątkiem orzecznictwem lub traktatowym ograniczeń dla wskazanych wolności traktatowych. Zauważyć należy, że oskarżony nie powoływał się na przepisy art.15 – 17 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej dla usprawiedliwienia nie stosowania się do przepisów art. 6 ust.1 czy art. 23 a ustawy o grach hazardowych i nie podawał na uzasadnienie, że przepisy te naruszały jego wolności i prawa chronione w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej, stąd Sąd I instancji nie odnosił się do tej kwestii. Zauważyć należy, że zakres rozpoznania sprawy karnej skarbowej przez Sąd ogranicza się do kwestii podnoszonych w toku postępowania, wynikających z materiału dowodowego sprawy i mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Sąd nie ma obowiązku weryfikacji wszelkich możliwych do pomyślenia kwestii związanych z wprowadzeniem ustawy hazardowej, nie podnoszonych na rozprawie, gdyż przekraczałoby to ramy rozpoznania sprawy karnej skarbowej. W niniejszej sprawie oskarżony takich okoliczności, jak problem naruszenia art.15 do 17 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, kwestii istnienia lub nie odstępstw od tych zasad nie podnosił a Sąd a quo nie miał obowiązku rozważać tych problemów z urzędu. Skarżący zarzucając sądowi bierność

w tej materii, jednocześnie nie wykazał żadnego powodu rezerwacji podnoszenia tego rodzaju kwestii dopiero na etap postępowania odwoławczego.

Z uwagi na przypisanie oskarżonemu naruszenia art.6 ust.1 i art.23 a 1 do 3 ustawy o grach hazardowych, skarżący nie wykazał konkretnie, aby nałożenie na oskarżonego obowiązku posiadania koncesji na prowadzenie kasyna i obowiązku rejestracji automatów faktycznie stanowiło niczym nie uzasadnioną ingerencję w jego prawa wskazane w art.15-17 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Ustawodawstwo krajowe, które nie zakazuje całkowicie organizowania gier hazardowych, a jedynie zawiera regulacje mające na celu zmniejszenie dostępności do hazardu i zwiększenie kontroli nad branżą hazardową, nie może być uznane za naruszające prawa i wolności człowieka przewidziane w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

Należy zauważyć, że przepis art. 6 ust.1 ustawy nie został uznany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości za przepis techniczny, o czym wcześniej w niniejszym uzasadnieniu wyroku Sąd odwoławczy rozważał, co oznacza brak wymogu jego notyfikacji, której dyrektywa 98/34/WE wymaga dla krajowych przepisów technicznych -mogących ograniczać swobodę przepływu kapitału, usług, towarów i osób. Ma to znaczenie dla oceny kwestii ograniczenia swobód obywatelskich przez nałożenie obowiązku posiadania koncesji na prowadzenie kasyna i rejestracji automatów.

Artykuł 36 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej stanowi, że postanowienia artykułów 34 i 35 nie stanowią przeszkody w stosowaniu zakazów lub ograniczeń przywozowych, wywozowych lub tranzytowych, uzasadnionych względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej, bądź ochrony własności przemysłowej i handlowej. Zakazy te i ograniczenia nie powinny jednak stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani ukrytych ograniczeń w handlu między Państwami Członkowskimi.

Przepis art. 36. Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej Dz.U.2004.90.864/2,Dz.U.U.E.L.2016.200.137 dotyczy przy tym dopuszczalności wprowadzania przez państwa członkowskie ograniczeń ilościowych i środków o skutku podobnym. Nie jest bezpośrednio skuteczny w znaczeniu przyznania prawa o charakterze podmiotowym. Natomiast przepis ten jest bezpośrednio skuteczny w tym sensie, że można się na niego powoływać w toku postępowania przed krajowym sądem lub organem administracji w celu obalenia argumentacji strony przeciwnej w przedmiocie niezgodności przepisów prawa krajowego z art. 34 lub 35 (por. m.in. wyrok SN z dnia 10 lutego 2006 r., III CSK 112/05, OSNC 2007, nr 5, poz. 73). Jako taki nadaje się do stosowania przez sąd krajowy w celu weryfikacji możliwości zastosowania przepisów prawa krajowego niezgodnych z art. 34 lub 35. Autorzy: Miąsik D. (red.), Półtorak N. (red.), i in. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz, t. I. Art. 1-89, Opublikowano WKP, 2012).

Jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy o grach hazardowych, został on opracowany między innymi w związku z koniecznością kompleksowej zmiany przepisów regulujących obszar gier i zakładów wzajemnych. Potrzeba zmian spowodowana była dynamicznie zmieniającym się i rozwijającym rynkiem gier i zakładów wzajemnych, nowymi technologiami stosowanymi w tym sektorze gospodarki narodowej oraz występującymi na tym rynku nieprawidłowościami. W uzasadnieniu projektu ustawy hazardowej z dnia 19 listopada 2009 r. wskazano również, że uzasadniony interes Państwa w monitorowaniu i regulowaniu rynku gier hazardowych wynika również z zagrożenia uzależnienia od hazardu. Pojęcie hazard posiada szerokie znaczenie. Jest ono kojarzone także z aktywnością, której wynik zależy wyłącznie od przypadku. Osoby uprawiające hazard, pomimo braku kontroli nad biegiem wydarzeń, zawierają losowi ich wynik, z nadzieją wygranej. Wydatki polskiego społeczeństwa na gry hazardowe stale rosną. Utrata kontroli nad uprawianiem hazardu charakteryzuje się brakiem odczuwalnych (somatycznych) objawów, które mogłyby pomóc w jego diagnozie. Patologiczny hazard został podniesiony do rangi osobnego zaburzenia psychicznego zdefiniowanego jako „zaburzenie polegające na często powtarzającym się uprawianiu hazardu, który przeważa w życiu człowieka ze szkodą dla wartości i zobowiązań społecznych, zawodowych, materialnych i rodzinnych”. Problem uzależnienia od hazardu dotyczy w takim samym stopniu dorosłych, jak i nastolatków. Praktycznie nieograniczony dostęp do różnorodnych form hazardu skutkuje według specjalistów od uzależnień niepokojącym wzrostem w Polsce liczby osób uzależnionych. Szczególnie hazard internetowy, którego dostępność jest znacznie większa niż tradycyjnych

gier, oraz gry na automatach niosą ze sobą zwiększone ryzyko uzależnienia i zagrożenia dla nieletnich. Łatwość uzależnienia jest szczególnie odczuwalna u osób niepełnoletnich, które jako mniej dojrzałe emocjonalnie od dorosłych są bardziej podatne na

pokusy, co powoduje, że w ich przypadku szybciej przekształcają się w uzależnienie. Problemy osobiste będące następstwem hazardu przynoszą uszczerbek na zdrowiu psychicznym (depresje), skutkują wyalienowaniem społecznym uzależnionych osób, współuzależnieniem bliskich, kosztami finansowymi (zadłużeniem, bankrutem, utratą dochodów). Koszty społeczne i ekonomiczne tego uzależnienia ponoszą nie tylko rodziny hazardzistów czy ich pracodawcy, ale całe społeczeństwo. Państwo nie może pozostać obojętne wobec zagrożeń wpływających z dostępności hazardu i ryzyka uzależnienia od niego swoich obywateli. Zagrożenie to jest na tyle wysokie, że niezbędne jest podjęcie radykalnych działań i zastosowanie ograniczeń dotyczących tej branży.

Do podstawowych, systemowych zmian zaproponowanych w niniejszym projekcie należy zaliczyć zwiększenie ochrony społeczeństwa i praworządności przed negatywnymi skutkami hazardu.

Są to w ocenie Sądu odwoławczego uzasadnione powody ograniczenia pewnych wolności obywatelskich, które nie mają charakteru absolutnego i nieograniczonego, w tym w płaszczyźnie wykonywania działalności w zakresie prowadzenia gier na automatach. Jak wynika z uzasadnienia apelacji, Trybunał uznawał za okoliczności mogące uzasadniać wprowadzenie niedyskryminujących ograniczeń swobód traktatowych na przykład ochronę porządku społecznego, ochronę usługobiorców sektora gier hazardowych

(konsumentów), przeciwdziałanie oszustwom oraz zachętom do nadmiernych wydatków związanych z grami. Przywołane w uzasadnieniu projektu ustawy hazardowej okoliczności wyżej przytoczone mieszczą się w tych uznanych przez Trybunał sytuacjach mogących uzasadniać wprowadzenie niedyskryminujących ograniczeń swobód traktatowych. Brak podstaw do ustalenia, aby wprowadzenie koncesji czy obowiązku rejestracji automatów do gier stanowiło instrument dyskryminacji jednostki.

Apelujący tego rodzaju okoliczności nie uzasadnił i nie wykazał.

Reglamentacja działalności hazardowej służy ochronie kilku dóbr prawnych. Celem sprawowania kontroli państwa nad hazardem jest nie tylko ochrona mienia Skarbu Państwa uzyskującego znaczne wpływy budżetowe z tej działalności. Chodzi również o ochronę szeroko pojętego porządku publicznego, który na skutek utraty płynności finansowej przez obywateli może być zagrożony, a także o mienie klientów podmiotów wykonujących działalność hazardową. W piśmiennictwie wskazuje się także na ochronę wymiaru sprawiedliwości w drodze reglamentacji działalności hazardowej przed penetracją zorganizowanych struktur przestępczych, tradycyjnie zainteresowanych lokowaniem mienia uzyskanego w drodze przestępczej działalności hazardowej. (por. Kardas P., Łabuda G., Razowski T. Kodeks karny skarbowy. Komentarz, WKP, 2017, komentarz do art. 107 §1 kks teza 1).

W tym kontekście, zbędnym było zadawanie pytań prejudycjalnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Na marginesie odnotować należy, że wnioski w tym zakresie zawarte w uzasadnieniu apelacji kierowane są do Sądu Okręgowego w Bielsku Białej (k 522 v).

Sąd odwoławczy za niezasadne uznał także zarzuty obrazy przez Sąd I instancji przepisów prawa materialnego, a to – cytując za petitu apelacji- „art. 10 § 3 kks i ewentualnie 4 k.k.s, poprzez ich niezastosowanie, mimo że okoliczności prawne sprawy determinują wniosek, iż oskarżony z pewnością kierował się usprawiedliwionym przekonaniem, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność, a już w ostateczności dopuścił się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności”.

Oceniając ten zarzut Sąd odwoławczy uwzględnił, że zgodnie z art.10 § 1 kks nie popełnia umyślnie czynu zabronionego, kto pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego znamię. Przepis ten reguluje problematykę błędu co do znamienia tworzącego typ podstawowy.

Z treści art.10 § 3 kks wynika, że nie popełnia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność. Przepis ten reguluje odpowiedzialności sprawcy działającego w błędzie co do kontratyphu.

W art.10 § 4 kks, który stanowi, że nie popełnia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności- uregulowano problem błędu co do karalności.

Wg art.10 § 5 kks w wypadku określonym w §3 lub 4, jeżeli błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary , a jeżeli czyn zabroniony jest wykroczeniem skarbowym –sąd może odstąpić od wymierzenia kary lub środka karnego wymienionego w art. 47 § 2 pkt.2,3 chyba, że przypadek dotyczy przedmiotów określonych w art.29 pkt. 4 kk.

Funkcją błędu co do kontratyphu jest wyłączenie winy, a w konsekwencji odpowiedzialności karnoskarbowej. W sytuacji gdy błąd jest nieusprawiedliwiony, następuje umniejszenie winy, co skutkuje degresją karalności (art. 10 § 5 w zw. z § 3 k.k.s.).

„ Na gruncie kodeksu karnego skarbowego, błąd co do kontratyphu- art.10§3 kks - występuje tylko w postaci mylnego wyobrażenia sobie przez sprawcę znamion kontratyphu, tj. urojenia znamion okoliczności wyłączających bezprawność. Nie jest pojęciowo możliwy błąd w postaci nieświadomości znamion kontratyphu [por. J. Giezek (w:) Kodeks karny..., s. 258]. Błąd ten wszak zachodzi, gdy sprawca pozostaje w przekonaniu, że występuje okoliczność wyłączająca bezprawność. Przepis art. 10 § 3 k.k.s. obejmuje swoim zakresem sytuacje błędu co do znamion kontratyphu występującego w systemie prawa. W art. 10 § 3 kks unormowano zatem błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność, tzw. błąd co do kontratyphu, w zakresie eksperymentu ekonomicznego lub technicznego (art. 27 k.k. w zw. z art. 20 § 2 i 5 k.k.s.), przy czym należy pamiętać, że k.k.s. nie recypuje poprzez art.20 kks przepisów art. 25 i 26 k.k. o obronie koniecznej i stanie wyższej konieczności. W § 3 art. 10 kks chodzi o błąd wynikający z błędnego przekonania, a więc z urojenia, a nie błąd z nieświadomości, gdyż ta jest tu w istocie niemożliwa. Dla uchylenia odpowiedzialności błąd musi być usprawiedliwiony, przy nieusprawiedliwionym ma zastosowanie jedynie złagodzenie odpowiedzialności w sposób wskazany w art. 10 § 5 kks.” (T. Gregorzczak Komentarz do art.10 Kodeksu karnego skarbowego).

„Błąd o którym mowa w art. 10 § 3 k.k.s., to błąd związany z urojeniem sprawcy, że zachodzi okoliczność kontratyphowa, czyli legalizująca ten czyn, która w rzeczywistości nie zachodzi. Jeżeli ten błąd jest usprawiedliwiony, to – zgodnie z postanowieniami art. 10 § 3 k.k.s. – sprawca nie popełnia przestępstwa skarbowego ani wykroczenia skarbowego, a więc nie będzie ponosił za popełniony przez siebie czyn wyczerpujący znamiona czynu określonego w Kodeksie karnym skarbowym odpowiedzialności karnej skarbowej. Kodeks karny skarbowy przewiduje tylko jeden rodzaj kontratyphu związany z działaniami eksperymentatorskimi w zakresie eksperymentu ekonomicznego lub technicznego (zob. art. 27 § 1 k.k. w zw. z art. 20 § 2 i 5 k.k.s.). Na podstawie wskazanych powyżej przepisów bezkarne będzie naruszenie normy prawa karnego skarbowego zawartej w części szczególnej tytułu I Kodeksu karnego skarbowego zarówno wtedy, gdy sprawca rzeczywiście działa w warunkach dozwolonego kontratyphu, jak i wtedy, gdy uroił sobie, że działa w ramach takiego kontratyphu i było to usprawiedliwione”.[(Zgoliński I. (red.), Konarska-Wrzosek V., Oczkowski T., Skorupka J. Kodeks karny skarbowy. Komentarz, opublikowano, WKP, 2018)].

Przepis art.10 § 3 kks nie obejmuje natomiast swoim zakresem błędu co do oceny, że dana sytuacja jest traktowana, jako kontratyphowa. Tego rodzaju błąd jest błędem co do karalności (bezprawności), znajdującym swoje unormowanie w art. 10 § 4 k.k.s- vide: Kardas P., Łabuda G., Razowski T, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, opublikowano WKP, 2017, komentarz do art.10 kks.)

Przy uwzględnieniu regulacji art.20 § 2,§ 5 kks i art.27 §1 kks na gruncie kodeksu karnego skarbowego w grę wchodzi tylko jeden rodzaj kontratyphu związany z działaniami eksperymentatorskimi w zakresie eksperymentu ekonomicznego lub technicznego.

Analizując okoliczności niniejszej sprawy, stwierdzić należy, że oskarżony nie powoływał się w swoich wyjaśnieniach aby działał w warunkach kontratywu stypizowanego w art.20 § 2,§5 kks w zw. z art.27§1 kk albo też pozostawał w błędzie- urojeniu działania w warunkach tego rodzaju kontratywu.

Mając te okoliczności na uwadze, nie uwzględniono zarzutu apelacji obrazy przepisu prawa materialnego -art. 10 § 3 kks poprzez jego niezastosowanie, mimo że okoliczności prawne sprawy -zdaniem skarżącego- determinują wniosek, iż oskarżony z pewnością kierował się usprawiedliwionym przekonaniem, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność. Skarżący podnosząc tej treści zarzut pominął wyżej przytoczone kwestie natury prawnej oraz ustalenia stanu faktycznego i materiał dowodowy sprawy, w tym na pierwszym miejscu wyjaśnienia oskarżonego, w których nie podnosił on aby działał w warunkach kontratywu eksperymentu technicznego lub ekonomicznego, w warunkach błędu o jakim mowa w art.10 § 3 kks.

W kontekście wyżej wskazanych okoliczności, przepis art. 10§ 3 kks w ogóle nie miał w niniejszej sprawie zastosowania, więc niezasadnie zarzucono w apelacji jego obrazę przez jego nie zastosowanie do oceny prawnej zachowania oskarżonego.

Odnosząc się do drugiego członu zarzutu (z pkt. 1 h) petitum apelacji, a więc obrazy art.10 § 4 kks przez jego niezastosowanie wobec dopuszczenia się przez oskarżonego czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności, to zauważyć należy, że oskarżonemu postawiono w sprawie zarzut popełnienia dwóch czynów a nie jednego. Chociaż z tej części zarzutu apelacji wynika, że skarżący ma na względzie jeden czyn oskarżonego, to Sąd odwoławczy, na korzyść oskarżonego, zarzut ten rozpoznał w odniesieniu do obu przypisanych oskarżonemu czynów.

Analizując dalszą część petitum i uzasadnienia apelacji obrońcy, stwierdzić należy, że zarzut wyżej wskazany opiewający na obrazę przepisu prawa materialnego skarżący połączył z zarzutem –naruszenia-(tak w oryginale apelacji) przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, a to art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadków A. U., K. M. (2)(tak oryginał apelacji), W. R., J. B. (tak oryginał apelacji) i J. C., co doprowadzić miało do uznania przez Sąd a quo, że oskarżony swoim zachowaniem spełnił wszystkie znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s., podczas gdy oskarżony nie miał zamiaru popełnienia zarzucanego mu czynu. Zarzucono też naruszenie art. 410 k.p.k. poprzez pominięcie przy dokonywaniu ustaleń faktycznych istotnych dowodów w postaci następujących dokumentów a to, opinii prof. hab. Władysława Czaplińskiego i dr Macieja Taborowskiego dotyczącej skutków braku notyfikacji art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w zgodzie z dyrektywą 98/34 w świetle prawa Unii Europejskiej, opinii prof. dr. hab. Genowefy Grabowskiej, glosy do wyroku Sądu Najwyższego w sprawie V KK 344/13 dr I. Skomerskiej – Muchowskiej, glosy do wyroku Sądu Najwyższego w sprawie V KK 344/13 dr M. Górskiego, postanowień sądów przedłożonych przez oskarżonego, co z kolei doprowadzić miało do popełnienia przez Sąd błędu w ustaleniach faktycznych polegających na uznaniu, iż oskarżony był świadom bezprawności swojego działania, a więc działał z zamiarem dokonania zarzucanego mu czynu, podczas gdy okoliczność ta nie wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego, a przestępstwo zarzucane oskarżonemu w akcie oskarżenia(tak w oryginale apelacji) może być popełnione jedynie umyślnie, czego warunkiem jest zamiar (bezpośredni lub ewentualny) popełnienia czynu, a po stronie K. K. (1) zamiaru takiego brak z dwóch względów - posiada on opinie profesorów prawa stwierdzające, iż urządzenie gier na automatach poza kasynami i bez wymaganej koncesji jest dopuszczalne, a nadto posiada liczne orzeczenia umarzające postępowanie i uniewinniające go od zarzutów urządzania gier na automatach poza kasynami i bez wymaganej koncesji w identycznych stanach faktycznych, jak stan faktyczny niniejszej sprawy, a nadto zatrzymywane automaty były spółce, w której oskarżony pełnił funkcję prezesa zwracane, co dodatkowo utwierdzało go w przekonaniu o dopuszczalności prowadzonego przedsięwzięcia.

Odnosząc się do takiej konstrukcji zarzutów zauważyć należy, co w orzecznictwie od dawna nie budzi już wątpliwości, że nieprawidłowym jest jednoczesne podniesienie zarzutu obrazy przepisu prawa materialnego oraz obrazy przepisów postępowania rzutującej na poprawność ustaleń stanu faktycznego do którego zastosowano przepis prawa materialnego. Nie można bowiem mówić o obrazie przepisu prawa materialnego, gdy wadliwość wyroku jest wynikiem błędnych ustaleń przyjętych za jego podstawę. Zarzut obrazy prawa materialnego jest uprawniony tylko

wówczas, gdy polega na wadliwym jego zastosowaniu bądź niezastosowaniu w orzeczeniu opartym na prawidłowych i niekwestionowanych ustaleniach faktycznych. Zarzutu obrazy przepisu prawa materialnego nie można skutecznie stawiać, jeżeli jednocześnie stawia się zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, mającego wpływ na treść wydanego orzeczenia. Zarzut taki można formułować w sytuacji, gdy nie kwestionuje się ustaleń faktycznych, a więc skarżący, stawiając taki zarzut, musi wykazać, że nastąpiło wadliwe zastosowanie (lub niezastosowanie) prawa materialnego w orzeczeniu opartym na prawidłowych ustaleniach faktycznych.

Celem otwarcia przedpola do rozważań natury prawnej, bo do tego w istocie sprowadza się istota zarzutu w zakresie rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego w ramach postawionych mu zarzutów, sąd odwoławczy oceniając zasadność zarzutu obrazy przepisów art. 7 kpk i art. 410 kpk, co miało nastąpić przez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny wyjaśnień oskarżonego i dowodów z zeznań świadków A. U., K. M. (2), W. R., J. B. i J. C., co doprowadziło do uznania przez Sąd, że oskarżony swoim zachowaniem spełnił wszystkie znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s., podczas gdy oskarżony nie miał zamiaru popełnienia zarzucanego mu czynu oraz naruszenia art. 410 k.p.k. poprzez pominięcie przy dokonywaniu ustaleń faktycznych istotnych dowodów w postaci dokumentów z opinii prawnych, glos i postanowień Sądów, to w ocenie Sądu odwoławczego zarzut ten jest nieuzasadniony.

Kontrola odwoławcza zaskarżonego wyroku w tym aspekcie prowadzi do wniosku, że w toku postępowania, z poszanowaniem uprawnień procesowych stron, w tym oskarżonego, Sąd I instancji z uwzględnieniem wskazań art. 4 kpk zweryfikował na rozprawie wszystkie okoliczności zarzucanych oskarżonemu czynów. W uzasadnieniu pisemnym zaskarżonego wyroku, sporządzonym z niezbędną starannością i dbałością o uwzględnienie i analizę wszelkich faktów istotnych w sprawie, Sąd meriti poddał wszechstronnej analizie logicznej przeprowadzone na rozprawie dowody, w sposób w pełni przekonywający oraz zgodny ze wskazaniami wiedzy i życiowego doświadczenia, przedstawiając na jakich przesłankach faktycznych i prawnych oparł swoje własne przekonanie odnośnie do wiarygodności tych dowodów, które Sąd włączył do faktycznej podstawy wyroku i dlatego nie dał wiary pozostałym dowodom i w jakim zakresie. Wnioski ocenne Sądu wyprowadzone zostały z całokształtu okoliczności ujawnionych podczas przewodu sądowego (art. 410 k.p.k.), zgodnie z dyrektywami prawdy materialnej i bezstronności, a tym samym nie wykraczają one poza granice ocen zakreślonych dyspozycją art. 7 k.p.k. Opierając się na takiej ocenie dowodów, Sąd Rejonowy prawidłowo ustalił stan faktyczny, nie dopuszczając się błędu w tych ustaleniach. Przekonanie o winie oskarżonego zostało ukształtowane w oparciu o wszystkie przeprowadzone w sprawie dowody, mające znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Skarżący podnosząc zarzut dowolności oceny przez Sąd a quo wskazanych w apelacji dowodów nie wykazał poprzez nawiązanie do treści tych dowodów oraz przedstawionej w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku ich oceny, aby Sąd I instancji faktycznie przy ocenie dowodów z zeznań świadków, a to A. U., K. M. (2), W. R., M. B. (wskazany w apelacji J. B. w niniejszej sprawie nie występuje – vide karta 264 tom V), J. C. dopuścił się uchybień w kontekście zasad wiedzy, logicznego rozumowania, a także doświadczenia życiowego. Skarżący powstrzymał się od wykazania jakie konkretnie nazwane zasady swobodnej oceny dowodów Sąd a quo naruszył oceniając kwestionowane dowody i w czym konkretnie takie uchybienie Sądu a quo, w kontekście zawartej w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku argumentacji Sądu meriti, się wyraża. Tak przeprowadzona krytyka odwoławcza nie mogła wzruszyć zaskarżonego wyroku, ponieważ zarzut błędu w ustaleniach faktycznych nie może sprowadzać się do samej polemiki z ustaleniami sądu a quo wyrażonymi w uzasadnieniu zaskarżonego rozstrzygnięcia, lecz musi zmierzać do wykazania jakich konkretnie uchybień w zakresie logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego dopuścił się sąd w ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego. Istota zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych nie może także 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 wskazaniami wiedzy dopuścił się w dokonanej przez siebie ocenie dowodów sąd pierwszej instancji.

Niezależnie od tego z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że kwestia tego czy oskarżony w zakresie obu zarzucanych mu czynów wypełnił swoimi zachowaniami kwestionowane w apelacji znamiona podmiotowe

przestępstw skarbowych z art.107§1 kks, nie była rozstrzygana w kontekście wiarygodności lub nie depozycji wyżej wskazanych świadków, a głównie w kontekście oceny pod kątem wskazań art.10 § 4 kks podawanych przez oskarżonego powodów nie stosowania się przez niego do regulacji art. 14.ust. 1, art.6 ust.1 i art.23 a ust.1 do 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych. Skarżący w apelacji abstrahując już od tego, że nie podjął się wykazania w czym konkretnie wyraża się dowolność Sądu a quo w ocenie wyżej wskazanych dowodów, to nie zechciał wykazać również, aby owo uchybienie w zakresie oceny tych dowodów miało wpływ i jaki na ocenę przez Sąd I instancji znamion strony podmiotowej przypisanych oskarżonemu zachowań.

Jeżeli chodzi o zarzut obrazu art.410 kpk, co miało nastąpić przez pominięcie przy dokonywaniu ustaleń faktycznych wskazanych w apelacji opinii prawnych, glos i postanowień- skarżący nie precyzuje przy tym które konkretnie postanowienia ma na uwadze, to zarzut ten jest niezasadny. Formuła podniesienia i uzasadnienia tego zarzutu prowadzi do wniosku, iż został on podniesiony nieprawidłowo pod względem formalnym. Obraza przepisu art.410 kpk następuje wówczas, gdy Sąd w czasie orzekania pominie w swojej ocenie dowód (potraktuje go więc jakby takiego dowodu na rozprawie w ogóle nie przeprowadzono) albo dokonana ustaleń stanu faktycznego na podstawie dowodu nieujawnionego, nieprzeprowadzonego na rozprawie. Jeżeli natomiast Sąd dowód na rozprawie przeprowadzi a po dokonaniu jego swobodnej oceny nie włączy go do podstawy ustaleń stanu faktycznego, to kwestionowanie takiego postąpienia strona powinna prowadzić przez podniesienie zarzutu obrazu art.7 kpk, nie zaś art.410 kpk. Zauważyć należy, że przepis art.410 kpk nie może być wykładany w taki sposób aby uznać, że nakłada on na Sąd obowiązek uczynienia ustaleń stanu faktycznego na podstawie wszystkich dowodów przeprowadzonych na rozprawie, gdyż przy uwzględnieniu treści art. 7 kpk sąd ma jednocześnie prawo do dokonania swobodnej oceny dowodów i tą drogą dokonania wyboru dowodów wiarygodnych i uczynienia na ich podstawie ustaleń stanu faktycznego relewantnego w kontekście objętych zarzutem aktu oskarżenia okoliczności.

Z treści art. 7 kpk wypływa uprawnienie dla Sądu do nie dania wiary dowodom a w ślad za tym do nie włączania ich do podstawy ustaleń stanu faktycznego. Uznanie, że przepis art.410 kpk obliguje sąd do włączenia do postawy ustaleń stanu faktycznego wszystkich dowodów ujawnionych na rozprawie, uniemożliwiłoby sądowi orzekanie, przy uwzględnieniu, że z zasady w procesach karnych zawsze występują zasadniczo dwie sprzeczne wersje wydarzeń objętych zarzutem aktu oskarżenia oraz dotyczące ich sprzeczne grupy dowodów. Jeśli Sąd nie miałby możliwości z zastosowaniem art. 7 kpk możliwości rozstrzygnięcia takich sprzeczności orzekanie byłoby niemożliwe.

Jeżeli chodzi o wskazane w apelacji opinie prawne, glosy, postanowienia Sądów przedłożone przez oskarżonego, to rzeczywiście w ustaleniach stanu faktycznego sprawy Sąd a quo nie opisał szczegółowo takich dokumentów, zaś w dalszej części motywów zaskarżonego wyroku nie dokonał szczegółowej oceny każdej z tych opinii, glos, postanowień. Nie może to jednak skutkować skutecznym wzruszeniem zaskarżonego wyroku. Przede wszystkim zauważyć należy, że w myśl art. 438 pkt 2 kpk obowiązkiem podnoszącego zarzut obrazu przepisów postępowania, jest nie tylko podniesienie, że Sąd jakiś konkretnie wskazany przepis procedury obraział a więc postąpił wbrew nakazowi lub zakazowi wpływającemu z przepisu kodeksu postępowania karnego, ale też wykazanie, że mogło mieć ono wpływ na treść orzeczenia. Oczywiście jest tutaj, że apelant powinien wskazać konkretne ustalenie stanu faktycznego i istnienie związku przyczynowego między uchybieniem procedurze a poprawnością tego ustalenia.

Analiza skargi prowadzi do wniosku, że apelujący okoliczności takich nie wykazał.

W tym zakresie Sąd odwoławczy zauważa, że przepis art.424 § 1 kpk stanowi, że uzasadnienie wyroku powinno zawierać zwięzłe:

- 1) wskazanie jakie fakty sąd uznał za udowodnione lub nieudowodnione i na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych;
- 2) wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku.

Przepis art.455 a kpk zakazuje uchylenia wyroku z tego powodu, że jego uzasadnienie nie spełnia wymogów określonych w art.424 kpk.

Jak wynika z apelacji, skarżący zarzutu obrazy art.424§1 pkt 1 ani 2 kpk nie podniósł. Zarzut obrazy art.410 kpk przez pominięcie przy ocenie zamiaru oskarżonego glos, opinii i postanowień sądów przedłożonych przez oskarżonego w realiach niniejszej sprawy nie jest uzasadniony.

Z treści pisemnych motywów zaskarżonego wyroku, spełniającego standardy zwięzłego wskazania jakie fakty sąd uznał za udowodnione lub nieudowodnione i na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych oraz zwięzłego wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku, wynika, że Sąd I instancji miał na uwadze wyżej wskazane glosy, opinie i orzeczenia oraz wypowiedział się na temat ich znaczenia dla rozstrzygnięcia w kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego w ramach postawionych mu zarzutów.

Sąd Rejonowy uwzględnił w swoich rozważaniach, że w toku procesu legislacyjnego, przepisy ustawy o grach hazardowych przed jej wejściem w życie w dniu 1 stycznia 2010 roku nie zostały przedstawione Komisji Europejskiej celem ich notyfikacji i w związku z tym kwestia znaczenia braku notyfikacji dla możliwości stosowania przepisów technicznych ustawy o grach hazardowych okazała się kontrowersyjna w orzecznictwie i doktrynie, będąc przedmiotem wielu orzeczeń (k. 494 akt str. 17 uzasadnienia wyroku). Na stronie 19 pisemnego uzasadnienia zaskarżonego wyroku (karta 495 akt sprawy) Sąd a quo uwzględniając że zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie prezentowane były różne podglądy na tle braku notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych wskazał, że nie kwestionuje, iż oskarżony znajdował się w posiadaniu orzeczeń, tudzież opinii prawnych dla niego korzystnych, nie mniej jednak sąd nie uznał tego za okoliczność zdatną do uwolnienia oskarżonego od odpowiedzialności karnej, gdyż argumentował, że przepis art.23 a ustawy o grach hazardowych, o którym sąd wcześniej w uzasadnieniu wyroku się wypowiadał, obowiązywał na długo przed czasem popełnienia przypisanych oskarżonemu czynów a jego obowiązywanie nie było podważane. Zresztą brak było ku temu podstaw, skoro ustawa nowelizująca mocą której wprowadzono ten przepis została prawidłowo notyfikowana Komisji Europejskiej. Przepis art.23 a ustawy o grach hazardowych odnosi się do kwestii posiadania koncesji, jak i konieczności rejestracji automatów do gier. Zdaniem Sądu a quo wyrażonym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, treść tego przepisu winna była być oskarżonemu, jako podmiotowo profesjonalnemu, trudniącemu się urządzaniem gier na automatach znana.

W tym kontekście, niezasadnie skarżący zarzucił Sądowi a quo obrazę art.410 kpk przez pominięcie przy dokonywaniu ustaleń stanu faktycznego wskazanych opinii prawnych, glos do wyroku SN w sprawie VKK 344/13, postanowień, gdyż w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd a quo odniósł się, jakkolwiek krótko, to jednak mieszcząc się w wymogu zwięzłości wypowiedzi- art. 424§ 1 kpk- do wyżej wskazanych dokumentów z których oskarżony chciał czerpać legalizację jego zachowania. Okoliczność, że Sąd I instancji, nie uwzględnił przez wzgląd na te dokumenty wersji oskarżonego i nie uznał, że działał on w warunkach art. 10 § 4 kks nie świadczy o zarzucanej w apelacji obrazy art.410 kpk, z powodu wyżej wskazanych wywodów o istocie przepisu art.410 kpk i warunków prawnych i faktycznych stwierdzenia jego obrazy. Sąd a quo wypowiedział się o znaczeniu tych dowodów dla oceny kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego. Sposób oceny przez Sąd tych dowodów mógł by więc być kwestionowany przez podniesienie zarzutu obrazy art.7 kpk nie zaś art.410 kpk.

Istotnym dla oceny zasadności rozważanego zarzutu apelacji w tym zakresie jest to, że skarżący nie wykazał, aby przedstawiona w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sądu I instancji argumentacja nawiązująca do regulacji art.23 a i jego notyfikacji a wobec tego braku wątpliwości co do jego powszechnego obowiązywania była błędna ani z jakich powodów.

Z apelacji wynika, że skarżący zarzuca Sądowi Rejonowemu pominięcie opinii prawnych prof. Władysława Czaplińskiego i dr Macieja Taborowskiego na temat skutków braku notyfikacji art. 14 ust.1 ustawy o grach hazardowych, chociaż Sąd I instancji dzieląc ostatecznie stanowisko oskarżonego o technicznym charakterze przepisu art.14 ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych oraz o skutkach prawnych nie notyfikowania go przed wejściem w życie ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych uwzględnił, eliminując z opisu przypisanych oskarżonemu czynów naruszenie wymogów art.14 ust.1 ustawy o grach hazardowych

i nie przypisał mu odpowiedzialności za prowadzenie gier hazardowych na automatach poza kasynem gry.

Sąd a quo wykluczył przy tym prawidłowo, aby oskarżony działał w usprawiedliwionym błędzie co do prawa, wskazując trafnie, że jeżeli oskarżony miał wątpliwości co do interpretacji określonych przepisów związanych z grami na automatach, to winien był w tym zakresie zwrócić się do właściwego naczelnika urzędu celnego o wyjaśnienie czy w przypadku prowadzonej przez niego działalności konieczne jest uzyskanie koncesji i właściwa rejestracja automatów, czego oskarżony nie uczynił.

Skarżący nie wykazał, aby wnioskowanie Sądu a quo nawiązujące do regulacji art.23 a ustawy o grach hazardowych, który został wprowadzony ustawą z dnia 26 maja 2011 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych i niektórych innych ustaw i został notyfikowany było błędne.

Podniesiona w apelacji okoliczność, że automaty były spółce, której oskarżony był prezesem, zabierane i potem oddawane w postępowaniach, nie zmienia faktu, że oskarżony winien był być upewnić się we wskazanym przez sąd trybie, co do legalności jego działania a więc bez posiadania koncesji i bez rejestracji automatów. Okoliczność wydania w dniu 20 stycznia 2015 r. postanowienia II Kp 1081/14/S przez Sąd Rejonowy(...)w K. nie mogła legitymizować działania oskarżonego bez koncesji i bez rejestracji automatów, gdyż jak to było oskarżonemu wiadome, mimo to postępowanie przed urzędem celnym w związku z zasadniczym zarzutem kontroli a więc naruszenia art.23a trwało i nie zostało zakończone, tak więc okoliczność ta nie zwalniała oskarżonego od obowiązku poinformowania się czy powinien posiadać koncesję i zarejestrować automaty do gier.

Z uzasadnienia apelacji wynika, że oskarżony miał wiedzę o niejasność i niejednoznaczność przepisów ustawy hazardowej oraz o istniejących wątpliwościach- wobec rozbieżności poglądów orzecznictwa i doktryny -co do możliwości stosowania przepisów art.6.ust.1, 14 ust1. ustawy hazardowej wobec jednostki, w kontekście problemu nie notyfikowania Komisji Europejskiej przepisów technicznych ustawy hazardowej. W tym zakresie, oskarżony zapoznał się z orzeczeniami, poglądami profesorów prawa i glosami, w tym potwierdzającymi, że brak notyfikacji przepisu technicznego uniemożliwia jego skuteczne stosowanie w odniesieniu do jednostki. Zdaniem skarżącego, tą drogą oskarżony w sposób zasługujący na uwzględnienie rozeznał kwestię bezprawności i karalności jego zachowań, wobec czego nie można mu uczynić tu żadnego zarzutu, przy podkreśleniu przez apelującego, że nie można wymagać od oskarżonego, aby nie posiadając wykształcenia prawniczego sam dogłębnie badał problem obowiązywania przepisów prawa, uwzględniając wszelkie punkty widzenia na dany temat lub miał obowiązek kierowania zapytania do właściwych organów państwowych o legalność jego działania, -„ponieważ urząd celny i jego opinia nie bardzo może równać się do znajomości prawa profesorów uniwersyteckich i nie wiedzieć czemu oskarżony miałby się takimi twierdzeniami kierować”. Zdaniem skarżącego, oskarżony dochował należytej staranności w zakresie ustalenia jaki jest stan prawny, a skoro prezentowane były dwa przeciwstawne stanowiska, oskarżony mógł sądzić, że to stanowisko które podzielił, było prawidłowe.

W ocenie Sądu odwoławczego takie stanowisko skarżącego nie jest zasadne.

W tym zakresie należy zauważyć, że [w piśmiennictwie co do zasady przyjmuje się, iż błąd co do oceny prawnej może być usprawiedliwiony, gdy polega na przyjęciu wadliwej interpretacji przepisu i braku świadomości, że sądy stosują inną wykładnię, albo w sytuacji, gdy sprawca działa pod wpływem dotychczasowego stanowiska judykatury, które nagle uległo zmianie (np. A. Zoll [w:] W. Wróbel [red.], A. Zoll [red.], Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52, wyd. V, Lex/el - teza 6 do art. 30; J. Lachowski [w:] V. Konarska-Wrzošek [red.], Kodeks karny. Komentarz, WKP 2018, teza 7 do art. 30 i przywołany wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 listopada 2006 r., II AKa 96/06). Na tle tej konstrukcji wypowiedzany jest również pogląd, że do przestępstw z kategorii mala prohibita (taki charakter ma przepis art. 107 § 1 k.k.s.), które obejmują zakresem kryminalizacji nowe zachowania, które nie mają penalistycznej tradycji i nie mają - lub też mają luźny - związku z moralnymi lub obyczajowymi normami, może być stosowana konstrukcja błędu z art. 30 k.k. (odpowiednik art. 10 § 4 k.k.s.), ale w zakresie nowych zachowań uznawanych za przestępstwa [P. Pałka, Błąd co do oceny prawnej czynu (error iuris) - art.

30 k.k., Prok. i Pr. 2002, nr 9, s. 19. O ile zatem może się zdarzyć, że na skutek zmiany dotychczas stabilnej i jednolitej linii orzeczniczej, określone zachowanie zostanie zakwalifikowane jako czyn karalny w rozumieniu prawa karnego skarbowego i wówczas sprawca takiego zachowania, który był przeświadczony na podstawie poprzednio wydawanych orzeczeń, iż nie popełnia przestępstwa, może w sposób zasadny powołać się na konstrukcję błędu co do prawa, to nie sposób takiej konstrukcji przyjąć jako prawidłowej wtedy, gdy takiej stabilnej i jednolitej linii orzeczniczej nie ma a mimo to sprawca prowadzi swoją działalność, pomimo iż norma typizująca określone przestępstwo nie została uchylona wprost lub w przypadku przestępstw blankietowych gdy nie uległy uchyleniu przepisy, które stanowiły podstawę uzupełnienia takiego blankietu.] - vide : uzasadnienie wyroku SN z dnia 5 grudnia 2018 r. V KK 516/17 OSNKW 2019/2/11, uzasadnienie wyroku SN z dnia 15 listopada 2018 r. V KK 76/18, uzasadnienie wyroku SN z dnia 15 maja 2018 r. III KK 392/17).

To, że jak podniesiono w apelacji, wobec oskarżonego nie zakończyło się prawomocnym wyrokiem skazującym żadne postępowanie o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. oraz jest on w dyspozycji opinii prawnych i glos odpowiadających koncepcji nie obowiązywania przepisów technicznych nie notyfikowanych nie jest równoznaczne z tym, iż był on nieświadomy tego, że wykładnia przepisów art. 6 ust.1 oraz (14 ust.1). w orzecznictwie sądowym na tle zachowania tożsamego - tzn. prowadzenia gier poza kasynem i bez koncesji (art. 107 k.k.s.), jest rozbieżna, w tym, że jego zachowanie polegające na prowadzeniu gier na automatach bez koncesji i bez ich rejestracji może stanowić przestępstwo. Tak więc istnienie rozbieżności w wykładni przepisów art.6 i 14 ust.1 ustawy dawało oskarżonemu wiedzę, że urządzenie gier na automatach bez koncesji i bez zezwolenia może naruszać art.107§1 kks. Mimo to nadal taką działalność oskarżony prowadził. Takiego zachowania nie można uznać za mieszczące się w kategorii usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynu (art.10 § 4 kks), gdyż stanowiło wyraz postawy świadomego godzenia się przez oskarżonego z ryzykiem odpowiedzialności karnej skarbowej i naruszenia przepisów ustawy hazardowej.

Z uzasadnienia apelacji i wyjaśnień oskarżonego złożonych na rozprawie wynika, że oskarżony miał wiedzę o istniejących wątpliwościach co do obowiązywania tych przepisów.

Trafnie przy tym Sąd a quo zdiagnozował, że owa rozbieżność poglądów doktryny i orzecznictwa w zakresie technicznego charakteru przepisów ustawy hazardowej i możliwości ich stosowania wobec braku notyfikacji ustawy hazardowej przed jej wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2010 roku tworzyła u oskarżonego stan wątpliwości co do stosowania przepisów ustawy hazardowej jako tych, które skutecznie mogą dopełnić znamiona blankietowe z art. 107 § 1 k.k.s.

Art. 107 § 1 k.k.s. ma charakter normy blankietowej, a jej uzupełnienie stanowią przepisy ustawy o grach hazardowych. Błąd w postaci nieświadomości, że działa się wbrew przepisom wskazanej ustawy oznacza, że sprawca nie zna dopełniającego normę blankietową przepisu prawa i nie wie tym samym, że jego naruszenie jest zabronione przez prawo karno-skarbowe, bądź też sprawca zna przepisy ustawy o grach hazardowych i wie, że jego zachowanie jest w świetle tych przepisów bezprawne, nie wie tylko, że naruszenie konkretnego przepisu podlega sankcji karno-skarbowej (znając przepis prawa finansowego wie w jakich okolicznościach swoim zachowaniem naruszy taki przepis, nie wie tylko, że zachowanie takie jest karalne). Nieświadomość karalności (błąd co do karalności) określona w art. 10 § 4 k.k.s. nawiązuje do okoliczności wyłączającej karalność ujętej jako nieświadomość tego, że czyn tego rodzaju jest zagrożony karą. Błąd tego rodzaju, jeżeli wystąpił wyłącza winę. Wyłączenie winy przy błędzie co do karalności następuje jednak wyłącznie wówczas, gdy błąd ten jest usprawiedliwiony. (vide wyrok SN z dnia 18 maja 2018 r. III KK 426/17).

Jak podkreślił skarżący i co wynika z wyjaśnień oskarżonego złożonych na rozprawie, miał on wiedzę o istnieniu norm ustawy o grach hazardowych dopełniających blankietowy przepis art. 107 § 1 k.k.s., a nadto dokonując samodzielnej interpretacji przepisów prawa uznał, że do przepisów art.6 ust.1,2,3 a ustawy hazardowej stosować się nie musi. Powodów braku karalności swoich zachowań oskarżony doszukiwał się w korzystnych dla siebie orzeczeniach, wspartych opiniami prawnymi i glosami, które przecież pozbawione były mocy powszechnie obowiązującej. Oskarżony prowadził działalność gospodarczą w zakresie gry na automatach , jak powołuje nie tylko w spółce (...) i nie tylko na terenie K., nie był zatem "przeciętnym obywatelem", który nie był świadomy obowiązujących przepisów regulujących rynek hazardu. Miał więc świadomość obowiązujących przepisów prawa w zakresie prowadzonej przez

niego działalności i można było od niego, jako od przedsiębiorcy wymagać i znacznie więcej, niż w wypadku zwykłego obywatela. Oskarżony jako profesjonalista w tej branży winien przykładać podwyższoną staranność przy realizacji uprawnień i obowiązków związanych z uczestnictwem w obrocie gospodarczym.

Za niewystarczające do usprawiedliwienia postępień oskarżonego w postaci prowadzenia gier bez koncesji i bez rejestracji automatów uznać należy ograniczenie się do powzięcia wiedzy, że prezentowany przez niego pogląd, tak samo jak przeciwny pogląd co do interpretacji wątpliwości kwestii w zakresie stosowania niektórych przepisów ustawy hazardowej, ma wsparcie w doktrynie i orzeczeniach sądów.

Nie można powoływać się na usprawiedliwioną nieświadomość karalności czynu, jeżeli sprawca nie starał się w sposób należyty zapoznać się z obowiązującym uregulowaniem, chociaż miał możliwość to uczynić u przedstawicieli właściwych organów, ale wręcz z możliwości takiej zrezygnował.

W kontekście ustawowej konstrukcji błędu co do karalności należy zwrócić uwagę na możliwość wyjaśnienia przez oskarżonego wyżej wskazanych wątpliwości poprzez zwrócenie się o pisemną interpretację w trybie przepisów rozdziału 1 a ustawy ordynacja podatkowa lub o interpretację wydawaną na podstawie art.10 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Zgodnie z unormowaniami obu rodzajów interpretacji podmiot stosujący się do nich nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnoskarbowej (por. art. 14k ordynacji podatkowej i art. 10a ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej). (Vide Kardas P., Łabuda G., Razowski T., Kodeks karny skarbowy. Komentarz. Opublikowano WKP, 2017, komentarz do art.10 kks teza 24).

Należy też zwrócić uwagę na treść art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych, zgodnie z którym "minister właściwy do spraw finansów publicznych rozstrzyga, na wniosek lub z urzędu, w drodze decyzji, czy gry lub zakłady posiadające cechy wymienione w ust. 1-5a, są grami losowymi, zakładami wzajemnymi, grami w karty albo grami na automacie w rozumieniu ustawy". Niewątpliwie powołany przepis nie wprowadza bezwzględnego nakazu uzyskania decyzji Ministra Finansów w każdej określonej w nim sprawie. Jest to jednak konieczne zawsze wtedy, gdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą nabrał wątpliwości, co do charakteru urządzanej gry. A tak było w przypadku oskarżonego, skoro poszukiwał opinii prawnych, glos, orzeczeń natomiast nie podjął działań w kierunku uzyskania decyzji, o której mowa w art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych (vide: wyrok SN z dnia 15 maja 2018 r. III KK 392/17, wyrok SN z dnia 18 maja 2018 r. III KK 426/17). Okoliczność, że oskarżony uznał, że w jego ocenie ewentualne opinie urzędowe nie mogą równać się z wybranymi przez niego opiniami profesorów, glosami nie może skutkować ustaleniem, że działał w błędzie usprawiedliwionym co do karalności. Błąd usprawiedliwiony to taki co do którego nie można sprawcy postawić zarzutu, że przy zachowaniu należytej przezorności mógł błędu uniknąć. W orzecznictwie przyjmuje się, że kryteria usprawiedliwienia takiego błędu mają charakter obiektywno-subiektywny, a zatem, o ile w pierwszym elemencie należy odwołać się do standardu osobowego wzorowego obywatela, to następnie uwzględnić trzeba kryterium subiektywne, a więc indywidualną możliwość uniknięcia błędu (postanowienie SN z dnia 14 maja 2003 r., II KK 331/02, R-OSNKW 2003, poz. 969).

W wypadku prawa karnego skarbowego często w grę wchodzić będzie model osobowości o podwyższonym standardzie wymagań, bowiem inna miara będzie przykładana dla podmiotu nie prowadzącego działalności gospodarczej, inna zaś dla prowadzącego działalność gospodarczą a inna dla osoby zawodowo zajmującej się daną działalnością (wyrok SN z dnia 3 lutego 1997 r. II KKN 124/96, OSNKW 1997 / 5-6, poz. 46).

Nie bez racji podnosi się, że działanie w usprawiedliwionym błędzie co do prawa powinno być odnoszone do konkretnego, zindywidualizowanego wzorca osobowego, który winien być oparty na elementach charakteryzujących sprawcę, co w istocie pozwala na ocenę jednopłaszczyznową, opartą na przesłankach związanych z osobą sprawcy, jak i na okolicznościach zdarzenia (por. P. Kardas, Problem usprawiedliwienia błędu a podstawy wyłączenia winy [w:] Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium karnistycznego, J. Majewski [red.], Toruń 2010, s. 112-113). (wyrok SN z dnia 5 grudnia 2018 r. V KK 516/17, wyrok SN z dnia 15 listopada 2018 r. V KK 76/2018)

W związku z powyższym, przy podkreśleniu, że nieświadomość jest stanem braku wiedzy na dany temat i należy odróżnić ją od wątpliwości, które mogły wskazywać oskarżonemu, że prowadzona przez niego działalność jest

niezgodna z obowiązującym prawem, brak zwrócenia się o wyjaśnienie takich wątpliwości w przewidzianym ku temu trybie- prowadzi jak to trafnie uznał Sąd a quo do wniosku, że oskarżony co najmniej przewidywał możliwość popełnienia przestępstwa z art.107 § 1 kks i na to się godził.

W tym kontekście, nie można było podzielić stanowiska skarżącego, że oskarżony dochował należytej staranności w zakresie zweryfikowania legalności prowadzonej przez niego działalności opisanej w akcie oskarżenia w aspekcie uregulowań art. 6 ust.1 i art. i 23 a ustawy o grach hazardowych, a w konsekwencji, że należało zastosować do oceny jego zachowania przepis art.10 § 4 kks.

W wyroku z dnia 3 lutego 1997 r., sygn. II KKN 124/96, LEX nr 28876 Sąd Najwyższy stwierdził, że „nie można skutecznie powoływać się na niezawinioną nieznajomość prawa, jeżeli z ustalonych faktów wynika, że sprawca (...) nie starał się w sposób należyty zapoznać z obowiązującym uregulowaniem (...)”. Z uzasadnienia powyższego wyroku w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wynika, że na usprawiedliwiony błąd co do karalności czynu może powoływać się tylko ten, który udowodni przed organem dochodzenia albo przed sądem, że jego zapoznanie się z obowiązującym prawem spełniło kryterium należytej staranności. Samodzielnymi kryteriami w zakresie zachowania należytej staranności mogą być np.: zapoznanie się sprawcy w sposób należyty z przepisami prawa regulującymi dany rodzaj działalności gospodarczej, zwrócenie się do właściwego organu o udzielenie informacji co do zakresu stosowania prawa w jego indywidualnej sprawie. W świetle powyższego osoba, która nie podjęła działań, by zapoznać się z przepisami prawa regulującymi aspekt prawny danej działalności gospodarczej, nie może powoływać się na usprawiedliwiony błąd co do karalności czynu. Od oskarżonego jako prowadzącego działalność gospodarczą wymagany jest wyższy stopień staranności niż wobec typowego obywatela.

Mimo to, oskarżony nie uzyskał koncesji ani nie zgłosił w ogóle do rejestracji żadnej z gier na automatach rozstrzygając, jak należy wnosić z jego wyjaśnień, we własnym zakresie kwestię obowiązywania go art.23a i art. 6 ustawy o grach hazardowych.

Nie ulega wątpliwości, że oskarżony, jako prowadzący działalność gospodarczą winien był zapoznać się z legalnością podjętych przez siebie działań, w tym rozeznaczyć konieczność uzyskania koncesji i rejestracji prowadzonych gier na automatach.

Ponadto należy też zauważyć, że prawo unijne z którego uregulowań oskarżony chciałby czerpać w niniejszej sprawie, tak samo, jak i prawo krajowe - sprzeciwia się powoływaniu się wprost na wynikające z nich uregulowania, czy też wyinterpretowane z nich przez Trybunał Sprawiedliwości uprawnienia, w sytuacji gdy, polegać miałyby to wyłącznie na tworzeniu stanów faktycznych (stanów rzeczy) pozornie tylko odpowiadających tym uprawnieniom w celu skorzystania z nich i powoływania się na nie, przy jednoczesnym braku istnienia ku temu usprawiedliwionych oczekiwań i podstaw. To jest takich, które znajdowałyby uzasadnienie w prawnie chronionych wartościach. Znajduje to swoje potwierdzenie w tym stanowisku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, z którego wynika, że nikt nie może powoływać się na normy prawa unijnego w celach stanowiących nadużycie (por. np. wyrok dnia 18 grudnia 2014 r., w połączonych sprawy C - 131/13, C - 163/13 i C-164/13).

Istnienie w świadomości oskarżonego wątpliwości co do charakteru norm art. 6 i 14 u.g.h. i zdolności do skutecznego - dla skazania za przestępstwo – wypełnienia przez nie normy art. 107 § 1 k.k.s., stanowi o uświadomieniu sobie przez oskarżonego niepewności co do rzeczywistości prawnej, gdy tymczasem błąd co do prawa to przecież mylne przekonanie (pewność) o istniejącej rzeczywistości. W takiej sytuacji oskarżony miał pełną wiedzę o rzeczywistości w tym zakresie, świadom bowiem był tego, że wykładnia tych przepisów może także prowadzić do uznania takiego zachowania za karalne na gruncie art. 107 § 1 k.k.s. Nie był więc przekonany o innej rzeczywistości prawnej, a tylko miał wątpliwości co do stanu prawnego, przy prawidłowej (niezakłóconej w świadomości) ocenie istnienia dwóch różnych stanowisk. Konstrukcja błędu nie mogła więc być zastosowana.

Jeśli chodzi o regulację art.23 a ustawy o grach hazardowych to została on notyfikowana Komisji Europejskiej, tak więc w tym zakresie oskarżony nie może skutecznie usprawiedliwiać nie stosowania się do wymogów tego przepisu odwołaniem się do faktu jego nienotyfikacji.

Występujący i znany oskarżonemu stan niepewności i wątpliwości co do prawa nie upoważniał go do samodzielnego rozstrzygnięcia w tym zakresie sporu i podjęcia we własnym zakresie decyzji o nieobowiązaniu go i to nawet wszystkich przepisów ustawy hazardowej. Należy zauważyć, że w okresie inkryminowanych oskarżonemu zachowań owe wątpliwości ani spory nie zostały jednoznacznie i w sposób autorytarny rozwiązane. Przepisy art. 6 ust.1, 23 a ustawy nie zostały uchylone a organy prowadziły postępowania skarbowe i dochodziło do zajmowania automatów do gry należących do spółki której oskarżony był prezesem.

Oskarżony poza gromadzeniem odpowiadających jego poglądomu co do sposobu rozstrzygnięcia sporu opinii prawnych, glos, orzeczeń nie uczynił nic , aby w sposób jednoznaczny i pewny ustalić, czy może urządzać gry losowe na automatach, mimo braku koncesji oraz mimo niezarejestrowania automatów.

Zauważyć należy, że oskarżony jako prowadzący działalność gospodarczą miał możliwość wyjaśnienia swoich wątpliwości np. poprzez zwrócenie się o pisemną interpretację na gruncie ustawy Ordynacja podatkowa lub ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.(wyrok SN z dnia 3 lutego 1997 r., II KKN 124/96, OSNKW 1997, z. 5-6, poz. 46; wyrok SN z dnia 18 maja 2018 r., III KK 426/17).

Jeżeli chodzi o wywody zawarte na stronach 36 do 37 apelacji to zawierają one streszczenie tez 9, 18,19, 20,22 Komentarza do art.10 kks w publikacji Kodeks karny skarbowy. Komentarz Kardas P., Łabuda G., Razowski T.Opublikowano, WKP, 2017, które uzupełniono o uwagę, że ustawodawca stawia niższe wymagania względem przestępstw i wykroczeń skarbowych. Powyższe nie mogło wzruszyć zaskarżonego wyroku, jako wywód teoretyczny. Ocena tego elementu uzasadnienia apelacji faktycznie miała by charakter recenzji publikacji naukowej w postaci komentarza do art.107 kks, co przekracza granice rozpoznania apelacji od wyroku w sprawie karnej skarbowej.

Brak było możliwości uznania, że oskarżony został wprowadzony w błąd co do karalności jego czynów, gdyż oskarżony sam analizując stan prawny, orzecznictwo, doktrynę dokonał samodzielnie wyboru odpowiadającej mu wersji rozstrzygnięcia problemu, odpowiadającej jego bieżącym interesom, stąd nie może być mowy o wprowadzeniu go w błąd. Podkreślić też trzeba że oskarżony zrezygnował z dostępnych i oczekiwanych od niego jako przedsiębiorcy form wyjaśnienia trapiących go wątpliwości w przewidzianym ku temu trybie w drodze urzędowej, a więc na gruncie ordynacji podatkowej, przepisu art.2 ust. 6 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Zawarte w uzasadnieniu skargi wywody obrońcy, gdzie wskazuje, iż opinia urzędu celnego nie może równać się do znajomości prawa profesorów uniwersyteckich więc nie wiedzieć czemu oskarżony miałby kierować się takimi twierdzeniami, prowadzi do logicznego wniosku, że oskarżonemu znana była możliwość urzędowego trybu wyjaśnienia kwestii czy w związku z charakterem prowadzonej działalności powinien posiadać koncesję (art.6 ust.1 ustawy o grach hazardowych)oraz zarejestrować posiadane automaty stosownie do wymogów art.23 ustawy o grach hazardowych. Podane powody nie uznawania takich ewentualnych opinii urzędowych przez oskarżonego na uwzględnienie nie zasługują, przy podkreśleniu, że skarżący nie wykazał braku kompetencji organów do których oskarżony mógł się zwrócić o wyjaśnienie wątpliwości.

Przypisane oskarżonemu zachowania były bezprawne, gdyż oskarżony postąpił wbrew obowiązującym w inkryminowanym czasie przepisom art. 6 ust.1 i art.23 a ust-3 ustawy hazardowej, o istnieniu których to przepisów wiedział i które nie zostały uchylone, nie stwierdzono także technicznego charakteru przepisu art.6 ust.1 ustawy, a jak wyżej już wskazano przepis art.23a ustawy został notyfikowany Komisji Europejskiej. Kwestia zaś czy występujące u oskarżonego wątpliwości zwalniały go z obowiązku przestrzegania tych przepisów została prawidłowo oceniona przez Sąd a quo na gruncie regulacji art.10§4 kks. Oskarżony mając świadomość, że jego zachowanie może wypełnić znamiona art.107 § 1 kks w zakresie dopełnianym regulacjami art.6 ust.1 i art.23a ust1. do 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych nie rozstrzygnął w sposób od niego jako przedsiębiorcy wymagany swoich wątpliwości, nie uznając jak należy wnosić z uzasadnienia skargi odpowiedniego poziomu wiedzy i autorytetu organów do tego

uprawnionych, co oskarżonego usprawiedliwiać nie może. Trafnie sąd a quo uznał, że oskarżony prowadząc w takiej sytuacji nie rozstrzygniętych wątpliwości działalność przewidując możliwość popełnienia przestępstwa na to się godził, co stanowi o realizacji znamion art.107 § 1 kks do realizacji których może dojść zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym.

Fakt wydania oskarżonemu automatów postanowieniem Sądu Rejonowego (...)z dnia 20 stycznia 2015 roku II Kp 1081/14/S (k. 70-73 wpisuje się tylko w problem istnienia wątpliwości w wyżej wskazanych kwestiach. Należy zauważyć, że w uzasadnieniu tego postanowienia sąd wypowiedział się o techniczności przepisu art.14 ust.1 ustawy o grach hazardowych, tymczasem do zatrzymania automatów w dniu 28 sierpnia 2014 roku i 28 kwietnia 2015 roku w niniejszej sprawie doszło z powodu naruszenia art.23 a ustawy o grach hazardowych (k.2-8 tom I). Mimo zwrócenia oskarżonemu automatów nie doszło do prawomocnego umorzenia postępowania karnego skarbowego w sprawie i było ono kontynuowane, o czym oskarżony wiedział (k.167-172).

Sąd odwoławczy w niniejszym składzie nie podziela poglądu wyrażonego w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego wK.w sprawie IV Ka 242/18 do którego odwołuje się skarżący. Z przyczyn wyłożonych w uzasadnieniu niniejszego wyroku, w sytuacji istniejących wątpliwości oskarżony winien był upewnić się co do legalności swojego działania w trybie art.2 ust.6 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, lub ordynacji podatkowej albo ustawy o działalności gospodarczej (vide: wyrok SN z dnia 5.12.2018 r. V KK 516/17, wyrok SN z dnia 15.11.2018 r. V KK 76/18,wyrok SN z dnia 18.V.2018 r. III KK 426/17,wyrok SN z dnia 15.V.2018 r. III KK 392/17).

Zasada swobody działalności gospodarczej do której odwołuje się skarżący, zagwarantowana w art.16 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, jak wyżej już rozważano, nie ma charakteru nieograniczonego. W sytuacji kiedy skarżący odwołuje się do ustawy o działalności gospodarczej- co logicznie wpisuje się w wyjaśnienia oskarżonego, że mając wątpliwości co do obowiązywania go nienotyfikowanych przepisów ustawy hazardowej, stosował się do przepisów ustawy o działalności gospodarczej, to nie można przejść do porządku dziennego nad okolicznością, że w ustawie tej, co do trybu ustanowienia, której oskarżony zastrzeżeń nie miał i uznawał ją za obowiązującą go to, z treści art.46. 1. pkt 7 i ust.2. ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej wynikało, że uzyskania koncesji wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia kasyna gry, a szczegółowy zakres i warunki wykonywania działalności gospodarczej podlegającej koncesjonowaniu określają przepisy odrębnych ustaw.

W przepisie art. 75. 1.ust.2 tej ustawy wskazywano, że uzyskania zezwolenia wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie określonym w przepisach ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych.

Powyższe nie zezwala na usprawiedliwienie postawy oskarżonego w postaci rezygnacji z wyjaśnienia w formie wyżej wskazanej wątpliwości co do tego czy jest adresatem norm art. 6 ust.1 i art. 23 a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych.

Przechodząc do oceny zarzutu obrazy art. 4 w zw. z art. 170 i k.p.k. i art. 193 oraz art. 410 k.p.k., polegającej na nieuzasadnionym oddaleniu wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego lub zespołu biegłych, przy wskazaniu na szereg braków wydanych w sprawie opinii oraz wskazaniu, iż do ustalenia losowości gier urządzanych na automatach jest wymagane posiadanie wiadomości specjalnych, oraz pominięciu przy dokonywaniu ustaleń faktycznych przedłożonych przez oskarżonego orzeczeń potwierdzających, że gry na automatach tożsamy z automatami wskazanymi w aktach oskarżenia w niniejszej sprawie nie spełniają kryteriów gier losowych w rozumieniu ustawy o grach hazardowych i przez to dokonanie w sposób dowolny oceny dowodów jedynie na podstawie części materiału dowodowego, tj. materiału niekompletnego- Sąd odwoławczy nie podzielił jego zasadności.

Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, Sąd I instancji prawidłowo w czasie rozstrzygania sprawy uwzględnił, że zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, grami hazardowymi są gry losowe, zakłady wzajemne, gry w karty, gry na automatach.

Zgodnie z art.2 ust. 3.cyt. ustawy o grach hazardowych grami na automatach są 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. Art.2 ust.4. cyt. ustawy stanowi, 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.

Losowość gry rozumiana jest jako sytuacja, w której wynik gry zależy od przypadku, a także jako sytuacja, w której rezultat gry jest nieprzewidywalny dla grającego i niezależny od zręczności gracza.

	<p>Wystąpienie "przypadku" oznacza, iż wynik gry jest nieprzewidywalny z punktu widzenia grającego i nie zależy wyłącznie od jego możliwości czy umiejętności. Losowość gier jest rozumiana, jako niemożliwość przewidzenia rezultatu gry w normalnych warunkach. Do zakwalifikowania gry do gier losowych wystarczy stwierdzenie wystąpienia w grze elementu losowości wpływającego bezpośrednio na wynik gry.(wyrok WSA z dnia 25.06.2018 r. I SA/Bk 215/12, wyrok NSA II GSK 4180/17 z dnia 28.06.2018 r.,wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2012 r. V KK 420/11, wyrok SN z dnia 22.02.2017 r. IV KK 282/16).</p>
--	--

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 (art. 2 ust.5 ustawy i grach hazardowych.)

Prawidłowo Sąd a quo uwzględnił w swoich rozważaniach, że zgodnie z art.53 § 35 kks użyte w rozdziale 9 kodeksu określenia, a w szczególności: "gra bingo fantowe" "gra losowa", "gra na automacie", "loteria audiotekstowa", "loteria fantowa", "loteria promocyjna", "zakłady wzajemne", "koncesja", "zezwozenie", mają znaczenie nadane im w ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 471, z późn. zm.) a z art.53 § 35a.kks z kolei wynika, że ilekroć w ustawie jest mowa o "automacie" lub "grze na automacie" rozumie się przez to także odpowiednio "automat o niskich wygranych" lub "grę na automacie o niskich wygranych" w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych.

Jak wynika z przebiegu postępowania, Sąd I instancji po dokonaniu swobodnej oceny przeprowadzonych na rozprawie dowodów, w tym w postaci opinii biegłych Ł. S. i R. R. (3), które poddał swobodnej ocenie ustalił, że gry urządzone na automatach zakwestionowanych u oskarżonego miały charakter losowy, gdyż wynik gier nie zależał od umiejętności (zręczności) grającego a wyniki gier były nieprzewidywalne i niezależne od woli gracza. Jak wynika z opinii biegłego R. R. (3) zakwestionowane automaty były urządzeniami elektronicznymi na których zainstalowano gry komputerowe o charakterze losowym, wyposażenie automatów umożliwiało prowadzenie działalności komercyjnej, gdyż warunkiem uruchomienia automatu było zakredytowanie go przez grającego wybraną kwotą pieniędzy, za którą gracz otrzymywał określoną liczbę punktów na prowadzenie gier losowych. Wynik gier był losowy, niezależny od zręczności (umiejętności) gracza. Gracz nie był w stanie wyniku gry przewidzieć. Wynik gry generował program gry. Badane automaty umożliwiały rozgrywanie gier losowych w których uzyskane wygrane punktowe pozwalały na przedłużenie gry bez konieczności wpłaty stawki za udział w grze, jak również dawały możliwość rozpoczęcia nowej gry przez wykorzystanie wygranej rzeczowej uzyskanej w poprzedniej grze.

Z kolei z opinii biegłego Ł. S. wynikało, że na zakwestionowanych u oskarżonego w dniu 25 kwietnia 2015 roku 10 automatach do gier, gry były prowadzone na urządzeniu elektronicznym. Gry na automatach miały charakter losowy zawierający jednocześnie element losowości. Uzyskiwane wyniki gier były nieprzewidywalne i niezależne od woli gracza. Celem rozpoczęcia gry na automatach konieczne było zakredytowanie go przez gracza poprzez wprowadzenie banknotów do akceptora. Prowadzenie gier na automatach umożliwiało uzyskanie wygranej rzeczowej pozwalającej na rozpoczęcie nowych gier przez wykorzystanie wygranych punktów uzyskanych w poprzednich grach. Podczas badań zakwestionowanych automatów biegły Ł. S. ustalał zainstalowane wersje oprogramowania na tych automatach i stwierdził, że zainstalowane na badanych urządzeniach oprogramowania nie umożliwiały grającemu w żaden sposób, w tym przy użyciu żadnego przycisku, wpływać na wyniki rozgrywanych gier. Z opinii biegłego Ł. S. wynika, że grający na badanych automatach nie był w stanie w żaden sposób przewidzieć ani nauczyć się wyników rozgrywanych gier (w grę wchodziłoby nauczenie się dziesięciu milionów wyników, a w tym celu przez rok nie wyłączanie automatów). Na badane automaty nie ma sposobu na to, aby nauczyć się wyników, a tym samym wygrywania, zawierały one oprogramowaniem topowych, światowych firm, zajmujących się produkcją automatów do gry. Algorytm do generowania wyników jest najsilniej strzeżoną tajemnicą tych firm produkujących oprogramowanie.

Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, Sąd a quo dokonał swobodnej oceny opinii pisemnych i ustnych uzupełniających opinii złożonych na rozprawie przez biegłych Ł. S. i R. R. (3) pod kątem jasności, zupełności opinii, dochodzenia do wniosków i uzasadnienia opinii, oraz obiektywizmu i profesjonalizmu biegłych. Tak dokonana ocena tych dowodów podlega ochronie art. 7 kpk. W konkluzji kontrola odwoławcza stwierdza, że Sąd I instancji prawidłowo ustalił, że oskarżony urządzał gry na automatach podlegające regulacjom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych.

Podniesione w tym zakresie zarzuty apelacji nie były zdawnymi do podważenia trafności uczynionych w omawianym zakresie ustaleń stanu faktycznego ani zakwestionowania swobody poprzedzającej ich uczynienie oceny dowodów, jak również wykazania nie zupełności materiału dowodowego.

Zarzut z pkt 2 b petitum apelacji opiewa na obrazę - art. 4 w zw. z art. 170 i k.p.k.(tak w oryginale skargi) i art. 193 oraz art. 410 k.p.k., polegającą na nieuzasadnionym oddaleniu wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego lub zespołu biegłych, przy wskazaniu na szereg braków wydanych w sprawie opinii oraz wskazaniu, iż do ustalenia losowości gier urządzanych na automatach wymagane jest posiadanie wiadomości specjalnych, oraz pominięciu przy dokonywaniu ustaleń faktycznych przedłożonych przez oskarżonego orzeczeń potwierdzających, że gry na automatach tożsame z automatami wskazanymi w aktach oskarżenia.

Oceniając ten zarzut stwierdzić należy, że kwestia posiadania przez oskarżonego opinii kwalifikujących gry na automatach zakwestionowanych w innych sprawach nie ma dla niniejszej sprawy znaczenia. Przedmiotem oceny przez Sąd w niniejszej sprawie były konkretne gry na zabezpieczonych w dniach 24 sierpnia 2014 roku i 28 kwietnia 2015 roku automatach i sąd weryfikował czy stanowią one gry na automatach na podstawie konkretnie dostępnego materiału dowodowego. Ustalenia innego postępowania karnego nie były dla Sądu a quo wiążące (art.8 §1 kpk). Skarżący poza ogólnikowym powołaniem się na to, że przedłożone przez oskarżonego orzeczenia z innych spraw wskazują, że gry na automatach tożsame z grami wskazanymi w akcie oskarżenia, nie są losowe nie zechciał poprzez rzeczową analizę złożonych w niniejszej sprawie opinii, ustalonych na ich podstawie właściwości gier zakwestionowanych w niniejszej sprawie - w kontekście wyników owych innych spraw, wykazać w jaki sposób zawarte tam ustalenia dają podstawę do zakwestionowania wyników i przydatności opinii biegłych Ł. S. i R. R. (3), które poddane zostały rzeczowej i trafnej ocenie Sądu a quo i stanowiły podstawę ustaleń stanu faktycznego.

Skarżący poza ogólnikowym zarzuceniem, że dotąd złożone przez biegłych w niniejszej sprawie opinie zawierają szereg braków- także nie wykazał konkretnie w apelacji jakie braki ma na uwadze.

Podniesiona w petitum apelacji okoliczność, że do ustalenia losowego charakteru gier wymagana jest wiedza specjalistyczna biegłego nie jest w stanie z powodu ogólnikowości zdawną do podważenia dokonanej przez Sąd a quo oceny dowodów z opinii biegłych.

Kwestionowanie opinii biegłego złożonej w procesie następuje w kontekście przesłanek z art.201 kpk, 196 §1, 2 kpk w zw. z art.113 § 1 kks, a takich okoliczności skarżący nie wykazał. Ocena opinii przez Sąd podlega też wskazaniom art.7 kpk.

Analiza z kolei uzasadnienia tego zarzutu w apelacji prowadzi do wniosku, że zawarte tam wywody skarżącego nie przystają do realiów niniejszej sprawy. Kwestionując nieprzeprowadzenie w sprawie dowodu z opinii innego biegłego co do charakteru gier dostępnych na zatrzymanych automatach skarżący zarzuca, że sąd I instancji oceniając to zagadnienie poprzestał na stwierdzeniu, że o losowym charakterze gier świadczą treści wynikające z protokołów kontroli, zeznań funkcjonariuszy celnych oraz niepełnych opinii biegłych badających automaty zatrzymane w dniu -2 kwietnia 2013 roku –co w ogóle nie przystaje do realiów niniejszej sprawy gdyż u oskarżonego automaty zatrzymane w dniu 28 sierpnia 2014 roku i 28 kwietnia 2015 roku. Jak wynika z pisemnych motywów zaskarżonego wyroku, Sąd a quo uczynił ustalenia stanu faktycznego co do charakteru gier znajdujących się na zakwestionowanych u oskarżonego automatach na podstawie opinii biegłych Ł. S. i R. R. (3) (str. 13-14 uzasadnienia k.492/492v). Stąd zarzuty apelacji, że sąd a quo poczynił w tym zakresie ustalenia tylko w oparciu o zeznaniach świadków - funkcjonariuszy celnych nie jest zasadny. Wbrew zarzutowi apelacji Sąd a quo wykazał jakie konkretnie ustalone okoliczności faktyczne sprawy i prawne zadecydowały o uznaniu, że gry na zakwestionowanych urządzeniach miały charakter losowy. Uważna analiza treści pisemnych motywów zaskarżonego wyroku nie pozwala na uznanie racji skarżącego, że sąd I instancji poza szerokim odniesieniem się do stanowiska prezentowanego przez orzecznictwo nie ustalił, że gry mają charakter losowy(vide karta 13-14 uzasadnienia k.492/492v akt). Sąd w tym zakresie żadnego orzecznictwa nie przytaczał a tylko przepisy ustawy o grach hazardowych oraz przepisy kodeksu karnego skarbowego. Jakkolwiek skarżący kwestionuje prawidłowość ustalenia przez sąd a quo cech gier decydujących o zakwalifikowaniu ich jako gier na automatach, kontestuje zeznania świadków – funkcjonariuszy służby celnej i podjęte przez nich czynności, to jednak z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że to na podstawie opinii biegłych te kwestie zostały przez sąd jednoznacznie rozstrzygnięte, zaś w odniesieniu do opinii biegłych skarżący nie wykazał, aby nie mogły one stanowić miarodajnej podstawy ustaleń stanu faktycznego. Ustalenia kontroli przeprowadzonych przez funkcjonariuszy celnych, wyniki ich eksperymentów na ujawnionych w czasie kontroli automatach nie pozostają w sprzeczności z ustaleniami biegłych, którzy już fachowo zaopiniowali jaki charakter miały gry zainstalowane na automatach zakwestionowanych do niniejszej sprawy, w sposób fachowy wykazując ich cechy. Kwestionowana w uzasadnieniu apelacji kwestia wpływu gracza na wynik gry została również szczegółowo wyżej wskazanymi opiniami zweryfikowana i ustalona w procesie. Żadna spośród zakwestionowanych u oskarżonego gier na automatach nie dawała możliwości wpływu gracza na jej wynik ani tym bardziej przewidzenia jej wyniku przez grającego. Podniesiona przez skarżącego okoliczność, że symbole na monitorach gier wyświetlały się w sposób sekwencyjny i cała sekwencja, jak zapewnia obrońca miała zamykać się w (...)liczbach(nie wskazuje którego automatu to dotyczy) nie ma znaczenia, gdyż w tym kształcie gracz nie był w stanie wyniku nauczyć się, przewidzieć go ani na niego wpływać, co ma znaczenie dla oceny losowości gry. Kwestie te były wyjaśniane na rozprawie z udziałem biegłych Ł. S. i R. R. (3).

Odnosząc się do zarzutu rażącej niewspółmierności kary i jego uzasadnienia Sąd odwoławczy po jego konfrontacji z treścią uzasadnienia zaskarżonego wyroku stwierdził, że apelujący obrońca oskarżonego kwestionuje uzasadnienie kary przez Sąd Rejonowy w B.i zarzuca temu Sądowi wyprowadzenie co do oskarżonego negatywnej prognozy kryminologicznej oraz umotywowanie wymiaru kary negatywnym skutkiem nielegalnych gier na automatach w postaci uzależnienia od hazardu wielu graczy, co jest przyczyną patologii społecznej i stanowi o wysokim stopniu społecznej szkodliwości zarzucanego oskarżonemu czynu, nadto obrońca kwestionował wymiar kary oskarżonemu w kontekście przesłanek art.53§1 i §2 kk.

Bez wątplenia w niniejszej sprawie nie orzekał Sąd Rejonowy w B.. Sąd Rejonowy w niniejszej sprawie nie uzasadniał wymiaru kary oskarżonemu wyżej przytoczonymi okolicznościami. W niniejszej sprawie oskarżony ma wymierzone dwie kary jednostkowe grzywny i karę łączną grzywny a nie jedną karę. Sąd a quo, co wprost wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, uzasadnił wymiar kary kierując się przesłankami z art.12§2 kks, art.23§1 i §3 kks, nie zaś w kontekście przesłanek z art.53 §1 i §2 kk, który nie został zresztą recypowany poprzez art.20§2 kks do kodeksu karnego skarbowego.

Kontrola odwoławcza zaskarżonego wyroku w zakresie wymiaru kary prowadzi do wniosku, że orzeczone oskarżonemu liczby stawek dziennych za przypisane mu przestępstwa korespondują z prawidłowo ocenionym przez Sąd I instancji stopniem zawinienia oskarżonego oraz stopniem społecznej szkodliwości przypisanych mu czynów. Oczywiście rację ma obrońca kwestionując, że sąd uwzględnił przy wymiarze kary „uprzednią karalność oskarżonego „ skoro brak danych aby w dacie popełnienia przypisanych mu w zaskarżonym wyroku czynów był skazany za przestępstwo. Eliminacja tej okoliczności z przesłanek wymiaru kary nie czyni wymierzonych oskarżonemu kar rażąco niewspółmiernie surowymi. Przy wymiarze kary Sąd uwzględnił też motywację oskarżonego.

Jeżeli chodzi o sygnalizowaną w apelacji sytuację majątkową oskarżonego to na liczbę stawek dziennych grzywny nie mogła mieć wpływu, natomiast została prawidłowo uwzględniona przy ustalaniu oskarżonemu wysokości stawki dziennej (art.23§3 kks) i brak podstaw do stwierdzenia, aby została ona ustalona na poziomie czyniącą ją rażąco niewspółmiernie surową.

Zauważyć należy, że zarzut rażącej niewspółmierności kary – jako zarzut z kategorii ocen – można zasadnie podnosić tylko wówczas, gdy wymierzona kara, jakkolwiek mieści się w granicach ustawowego zagrożenia, to nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i osobowości sprawcy – innymi słowy, gdy jest w społecznym odczuciu karą niesprawiedliwą. Rażąca niewspółmierność kary zachodzi jedynie wtedy, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można przyjąć, że zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez Sąd pierwszej instancji, a karą jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej, w następstwie prawidłowego zastosowania dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art. 12§2 k.ks. W orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko, że nie każda różnica w ocenie wymiaru kary może uzasadniać podniesienie zarzutu jej rażącej niewspółmierności albowiem na gruncie art. 438 pkt 4 k.p.k.w zw.z art.113§1 kks nie chodzi o każdą ewentualną różnicę w ocenach co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać można byłoby - również w potocznym znaczeniu tego słowa - "rażąco" niewspółmierną, to jest niewspółmierną w stopniu nie dającym się wręcz zaakceptować, bijącą w oczy swoją niewspółmiernością do wagi czynu (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 28 stycznia 2014 roku, II AKa 264/13). Niewspółmierność kary zachodzi zatem wtedy, gdy orzeczone kara za przypisane przestępstwo nie uwzględnia należycie stopnia winy oskarżonego i społecznej szkodliwości czynu oraz nie realizuje w wystarczającej mierze celu kary w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, z jednoczesnym uwzględnieniem celów wychowawczych i zapobiegawczych jakie ma spełnić wobec sprawcy przestępstwa(zob. wyroki Sądu Najwyższego z dn. 30.11.1990r., WR 363/90, OSNKW 1991, Nr 7-9, poz. 39, z dn. 02.02. 1995r., II KRN 198/94, OSP 1995, Nr 6, poz. 18).

Orzeczonych wobec oskarżonego kar za przypisane mu przestępstwa skarbowe nie można uznać za rażąco niewspółmiernie surowe, w powyższym rozumieniu, gdyż uwzględniają ona należycie oceniony przez Sąd I instancji stopień społecznej szkodliwości popełnionych przestępstw, jak również nie przekraczają stopnia winy oskarżonego, a także spełnią zamierzone ustawą cele zapobiegawcze i wychowawcze a zatem odpowiadają dyrektywom określonym w art. 12§2 k.ks.

Orzeczenie kary łącznej grzywny z zastosowaniem zasady asperacji jest prawidłowo uzasadnione przez Sąd a quo brakiem ścisłego związku czasowego pomiędzy zbiegającymi się przestępstwami.

Niezasadnym okazał się zarzut błędu w ustaleniach faktycznych w postaci nie zastosowania instytucji umorzenia absorpcyjnego i błędnego przyjęcia, że w sprawie nie zachodzą przesłanki z art.11§1 kpk w zw. z art.9§2 kpk. Zarzut ten nie został przez skarżącego umotywowany, stąd nie nadaje się do dokonania jego kontroli. Jak wynika z przebiegu postępowania na rozprawie nie był składany wniosek o umorzenie absorpcyjne, dlatego sąd a quo w tym zakresie nie uczynił ustaleń ani ocen, stąd niezasadnie podniesiono wyżej wskazany zarzut. Na rozprawie podnoszona była kwestia umorzenia postępowania, ale przez odwołanie się do przesłanki art.17§1 pkt 7 kpk (k.335,438, 442, 479v)-, która to kwestia została przez Sąd I instancji prawidłowo rozstrzygnięta i trafnie w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku umotywowana.

Jak wynika z przebiegu postępowania sądowego został złożony wniosek o umorzenie postępowania w niniejszej sprawie na podstawie art.17§1 pkt. 7 kpk z uwagi na wydanie w odniesieniu do oskarżonego wyroku Sądu Rejonowego w T. Sygn.akt II K 1337/16 z dnia 12 marca 2018 roku (na czas orzekania przez sąd I instancji w niniejszej sprawie nieprawomocnego) skazującego oskarżonego K. K. (1) za popełnienie w okresie od nieustalonego czasu do dnia 21 maja 2015 roku przestępstwa z art.107§1 kks polegającego na urządzaniu wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w szczególności bez wymaganego zezwolenia gier hazardowych na automatach do gier szczegółowo opisanych w treści tego wyroku (k.345-352).W tym zakresie sąd I instancji prawidłowo wykazał, że z uwagi na brak tożsamości porównywanych czynów z niniejszej sprawy i sprawy II K 1337/16 Sądu Rejonowego w T.w zakresie miejsca popełnienia przestępstw skarbowych oraz automatów, przepis art.17§1 pkt 7 kpk nie ma zastosowania. Taki sposób rozstrzygnięcia w tym zakresie jest prawidłowy. W uzasadnieniu wyroku SN z dnia 19.09.2018 r. V KK 415/2018, stwierdzono, że skoro urządzanie gry hazardowej w postaci gry na automatach (art. 1 ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r., Dz. U. z 2018 r., poz. 165 ze zm.) wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry (art. 6 ust. 1 tej ustawy), a koncesja taka udzielana jest w odniesieniu do jednego kasyna, prowadzonego w ściśle określonym (geograficznie) miejscu (art. 41 ust. 1, art. 42 pkt 3 i art. 35 pkt 5 tej ustawy), to zachowanie osoby, która nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna podejmuje działanie w postaci urządzania gry na automatach w różnych miejscach (miejscowościach, lokalach), stanowi każdorazowo - od strony prawnokarnej - inny czyn, podjęty z zamiarem naruszenia tych przepisów w każdym z tych miejsc. Upřednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s., popełnione w innym miejscu, w warunkach czynu ciąglego (art. 6 § 2 k.k.s.), w którym czas jego popełnienia obejmuje czasokres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s., co do którego toczy się jeszcze postępowanie karne skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów. Podobne stanowisko Sąd Najwyższy zajął w wyroku z dnia 15 listopada 2018 r.V KK 268/18.

Zachowanie osoby, która nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna podejmuje działanie w postaci urządzania gry na automatach w różnych miejscach(miejscowościach, lokalach) i utrzymuje taki stan, stanowi każdorazowo – od strony prawnokarnej inny czyn, podjęty z zamiarem naruszenia przepisów w każdym z tych miejsc.(uzasadnienie wyroku SN z dnia 15.listopada 2018 r. V KK 278/2018).

Apelacja obrońcy oskarżonego w tym zakresie żadnych zarzutów nie podnosi ani nie wykazuje obrazy art.17 § 1 pkt. 7 kpk.

Zgodnie z treścią art. 11 § 1 kpk postępowanie w sprawie o występki, zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 5, można umorzyć, jeżeli orzeczenie wobec oskarżonego kary byłoby oczywiście niecelowe ze względu na rodzaj i wysokość kary prawomocnie orzeczonej za inne przestępstwo, a interes pokrzywdzonego się temu nie sprzeciwia. Skarżący nie wykazał okoliczności uzasadniających zastosowanie tej regulacji.

Odnosząc się do kwestii możliwości zastosowania w niniejszej sprawie umorzenia absorpcyjnego zauważyć należy, że w treści art.11§1 kpk jest mowa o występkach. Tymczasem podział przestępstw na zbrodnie i występki w prawie polskim nie dotyczy przestępstw skarbowych, które nie mają podziału wewnętrznego. Czyny zabronione w prawie karnym skarbowym dzielą się wyłącznie na przestępstwa i wykroczenia. Przepis art. 7 kk nie został recypowany przez regulację art.20 § 2 kks do spraw karnych skarbowych, co może budzić wątpliwość, czy w wyżej przytoczonym brzmieniu przepis art.11§1 kpk, gdzie mowa o występkach, może mieć zastosowanie w tego rodzaju sprawach. Ponieważ w treści art.113 § 1 kks jest mowa o odpowiednim a więc nie wprost stosowaniu przepisów kodeksu postępowania karnego w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe, a przepis art.113§ 1 kks nie został wyłączony przez regulację art.113 § 2 kpk opowiedzieć należy się za dopuszczalnością zastosowania art.11 § 1 kpk w sprawach o przestępstwa skarbowe,

W ocenie Sądu odwoławczego, warunki do zastosowania umorzenia absorpcyjnego w odniesieniu do oskarżonego nie zachodziły w czasie postępowania przed sądem pierwszej instancji ani aktualnie, zwłaszcza nie można ustalić zaistnienia oczywiście niecelowości orzekania kary wobec oskarżonego. Ta niecelowość orzeczenia kary w kontekście

brzmienia art.11§1 kpk musi mieć charakter oczywisty, a więc na „pierwszy rzut oka” bezdyskusyjnie niepotrzebny z punktu widzenia wymogów prewencji indywidualnej i generalnej.

Sąd Rejonowy obciążył oskarżonego częścią kosztów postępowania i w toku kontroli instancyjnej nie stwierdzono okoliczności nakazujących zwolnienie oskarżonego od obowiązku ich uiszczenia.

Wobec powyższego nie uwzględniono apelacji obrońcy oskarżonego.

Kontrola instancyjna nie stwierdziła okoliczności o jakich mowa w art.439 kpk lub art.440 kpk w zw. z art.113§ 1 kks.

Mając te okoliczności na uwadze, na podstawie art.437 § 1 kpk w zw. z art.113 § 1 kks zaskarżony wyrok utrzymano w mocy.

Wobec nie uwzględnienia apelacji obrońcy oskarżonego, na zasadzie art. 636 § 1 kpk w zw. z art.113§1 kks i art. 8, art.3 ust.1, art.6 art. 21 ust.1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych Dz. U. Nr 49 z 1983 poz. 223 z późn. zm., zasądzono od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę (...)złoty tytułem kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

Obejmuje ona: 10% opłaty od orzeczonej kary łącznej grzywny,

(...) zł ryczałtu za doręczenie pism w postępowaniu odwoławczym i kwotę (...) zł za dane o karalności oskarżonego z Krajowego Rejestru Karnego.

SSO Lidia Haj