

Sygn. akt IV Ka 2094/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 kwietnia 2018 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie w IV Wydziale Karnym Odwoławczym
w składzie:

Przewodniczący: SSO Ryszard Małachowski (ref.)

Sędziowie: SO Tomasz Karwacki

SO Krzysztof Zaremba

Protokolant: Kamila Michalak

przy udziale Prokuratora Prok. Okr. (...) oraz przedstawicielki Naczelnika Zachodniopomorskiego Urzędu Celno-Skarbowego w S. J. K.

po rozpoznaniu w dniu 27 marca 2018 r.

sprawy **A. U.**

oskarżonego z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionych przez obrońcę oskarżonego i pełnomocnika interwenienta (...) Sp. z o.o.

od wyroku Sądu Rejonowego w(...)

z dnia 28 września 2017 r. sygn. II K 880/16

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok,

II. zasądza od oskarżonego A. U. oraz interwenienta (...) Sp. z o.o. po połowie wydatków za postępowanie odwoławcze i wymierza tytułem opłat za to postępowanie A. U. 4.000 (cztery tysiące) złotych, a interwenientowi (...) Sp. z o.o. 240 (dwieście czterdzieści) złotych.

SSO Krzysztof Zaremba SSO Ryszard Małachowski SSO Tomasz Karwacki

Sygn. akt IV Ka 2094 / 17

UZASADNIENIE

A. U. został oskarżony o to, że w dniu 29.09.2015r., pełniąc funkcję Prezesa Zarządu (...) Sp. z o.o. z siedzibą w B. przy ul. (...), przy użyciu trzynastu elektromechanicznych automatów do gier o nazwie (...) o numerze (...), o nazwie (...) o numerze (...). nazwie (...) o numerze (...), nazwie (...) o numerze (...), nazwie (...) o numerze (...). nazwie (...) o numerze (...), nazwie (...) o numerze (...), nazwie (...) o numerze (...), nazwie (...) o numerze (...), nazwie (...) o numerze (...), nazwie (...) o numerze (...), nazwie (...) o numerze (...), nazwie (...) o numerze (...), nazwie (...) o numerze (...), nazwie (...) o numerze (...), oraz w dniu 20.11.2015r. przy użyciu dziesięciu elektromechanicznych automatów do gier o nazwie H. (...)" o numerze (...), o nazwie (...) o numerze (...), o nazwie (...) o numerze (...), o nazwie (...) o numerze (...) o nazwie, (...) o numerze (...), o nazwie (...) o numerze (...), o nazwie (...) o numerze (...), o nazwie (...) o numerze (...), o nazwie (...) o numerze (...), o nazwie (...) o numerze (...), o nazwie (...) o numerze (...), oraz w dniu 25.04.2016r. przy użyciu dwunastu elektromechanicznych automatów do gier o nazwie (...) o numerze (...), o nazwie „ (...)’ o numerze (...), o nazwie (...) o numerze (...), o nazwie (...) o

września 2015r. do dnia 3 listopada 2015r.”, który to okres obejmował dzień 29 września 2015 r., gdyby zaś nawet uznać te dwa okresy za odrębne od siebie, to i tak oba zachowania oskarżonego mogłyby stanowić jeden czyn zgodnie z art. 6 § 2 k.k.s., w związku z czym ponowne skazanie za kolejny fragment tego czynu byłoby niedopuszczalne,

II. na wypadek i w zakresie, w jakim Sąd Okręgowy nie uwzględni zarzutu zawartego w punkcie 1, w oparciu o art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s. następujące zarzuty przepisów postępowania, które dotyczą naruszeń mogących mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku:

- w kwestii równoległego prowadzenia innych postępowań o ten sam czyn:

2) obrazę art. 17 g 1 pkt 7 k.p.k. w związku z art. 167 k.p.k. oraz art. 50 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (dalej: „KPPUE”) polegającą na zaniechaniu rozważenia czy nie zachodzi konieczność umorzenia postępowania wszczętego w dniu 30 września 2015r. i dotyczącego jednego czynu składającego się z pięciu zachowań, z których ostatnie miało miejsce w sierpniu 2016r., oraz zaniechaniu zażądania od oskarżyciela publicznego wyciągu z rejestru postępowań karnych toczących się przeciwko oskarżonemu, pomimo, iż równocześnie toczą się lub mogą się toczyć inne postępowania dotyczące tego samego czynu,

- w kwestii prawa oskarżonego do obrony:

3) obrazę art. 6, art. 117 § 2 k.p.k., art. 374 § 1 k.p.k. oraz art. 6 ust. 3 lit. c Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: „EKPCz”) oraz art. 47 KPPUE, polegające na przeprowadzeniu całej rozprawy, a w szczególności całego postępowania dowodowego, pod nieobecność oskarżonego i bez odebrania od niego wyjaśnień na rozprawie, w sytuacji gdy nieobecność ta była spowodowana wyłącznie korzystaniem przez oskarżonego z jego prawa do obrony w innych postępowaniach, nie zaś, jak uznał Sąd Rejonowy, chęcią utrudnienia postępowania przed tym Sądem, co spowodowało naruszenie prawa oskarżonego do obrony,

4) obrazę art. 399 w związku z art. 6 k.p.k., polegającą na zmianie kwalifikacji prawnej czynu przypisywanego oskarżonemu bez poinformowania o tym obecnego na rozprawie obrońcy, co doprowadziło do naruszenia prawa oskarżonego do obrony w szczególności w aspekcie okoliczności świadczących o nieświadomości bezprawności i karalności czynu z art. 107 g 1 k.k.s. w związku z art. 6 ust. 1 u.g.h.,

- w kwestii wymagań konstrukcyjnych wyroku:

5) obrazę art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., polegającą na:

a) niewskazaniu w ramach opisu czynu, jakie konkretnie gry urządzał oskarżony,

b) niewskazaniu w ramach opisu czynu, czy gry, które urządzał oskarżony, były grami o wygrane pieniężne czy o wygrane rzeczowe, a jeżeli o wygrane rzeczowe, to jaki charakter miały te wygrane,

- w kwestii ustaleń faktycznych sprowadzających się do uznania, że wypełnione zostało znamię czasownikowe „urządzania” gier:

6) obrazę art. 7 k.p.k., art. 410 oraz art. 424 § 1 k.p.k., polegającą na dokonaniu dowolnej, a nie swobodnej, oceny dowodów w postaci zeznań świadków (wszystkich zeznających w sprawie), protokołów przeszukań oraz protokołów oględzin przejawiającej się w ustaleniu, że oskarżony osobiście urządzał gry na automatach w lokalu przy ul. (...) w G., podczas gdy prawidłowo dokonana ocena dowodów w postaci zeznań świadków zatrudnionych w lokalu oraz protokołów oględzin prowadzi do wniosku, że w lokalu prowadziła działalność spółka (...) Sp. z o.o., nie zaś oskarżony osobiście, co doprowadziło do błędnego ustalenia faktycznego, że oskarżony urządzał gry na automatach poza kasynem i nie posiadając zezwolenia ani koncesji,

7) obrazę art. 7 k.p.k. oraz art. 424 § 1 k.p.k., polegającą na dokonaniu dowolnej a nie swobodnej oceny dowodów w postaci zeznań świadków K. D., M. B. (1)gińskiego, P. P., A. P. oraz M. W., a także P. N. polegającej na uznaniu, że

z ze zeznań tych wynika, iż oskarżony, w lokalu wydierżawionym za pośrednictwem innej firmy umieścił automaty „do gier losowych” w lokalu przy ulicy (...), podczas gdy:

- a) żaden z tych świadków nie zeznawał co do tego kto umieścił w lokalu urządzenia, ani też co do tego kto polecił ich tam umieszczenie,
- b) żaden z tych świadków nie zeznawał też co do tego kto, kiedy i od kogo miał lokal ten dzierżawić (ani by w ogóle tego rodzaju stosunek prawny zaistniał),
- c) świadkowie zeznawali natomiast, że kierownikiem lokalu, w którym byli zatrudnieni była osoba inna niż oskarżony (co zresztą ustalił sam Sąd Rejonowy),

co doprowadziło do błędnego ustalenia faktycznego, że to oskarżony urządzał gry na automatach w lokalu przy ulicy (...) w G.;

8) obrazę art. 7 oraz art. 424 § 1 k.p.k., polegającą na dokonaniu dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów, w postaci zeznań świadków W. G. i I. G. polegającej na uznaniu, że z ze zeznań tych wynika, iż oskarżony, w lokalu wydierżawionym za pośrednictwem innej firmy umieścił automaty „do gier losowych” w lokalu przy ulicy (...)-podległości 72, podczas gdy z zeznań tych świadków nic takiego nie wynika, a w szczególności nie wynika z nich by zawierali oni jakąkolwiek umowę z A. U.kiem, spółką (...) Sp. z o.o., lub wręczy by kiedykolwiek o nich słyszeli, co doprowadziło do błędnego ustalenia faktycznego, że oskarżony urządzał gry na automatach w lokalu przy ulicy (...) w G.,

9) obrazę art. 7 k.p.k., art. 410 oraz art. 424 § 1 k.p.k., polegającą na dokonaniu ustalenia, że w lokalu przy ul. (...) były urządzone gry na automatach, podczas gdy w rzeczywistości z żadnego dowodu nie wynika, by urządzenia znajdujące się w lokalu były

uruchomione przed rozpoczęciem czynności przez funkcjonariuszy, co doprowadziło do błędnego ustalenia faktycznego, że w lokalu tym były urządzone gry na automatach,

- w kwestii ustaleń faktycznych charakteru gier dostępnych za pośrednictwem zatrzymanych urządzeń oraz możliwych do uzyskania wygranych:

10) obrazę art. 7, art. 410 oraz art. 424 § 1 k.p.k., polegającą na dokonaniu dowolnej, a nie swobodnej, oceny dowodów w postaci protokołów przeszukań, dokumentacji fotograficznej, oraz protokołów oględzin a także zeznań świadków K. D., M. B. (1)gińskiego, P. P., A. P. oraz M. W. (przy jedynie w odniesieniu do urządzeń zatrzymanych w dniu 29 września 2015 r.), przejawiającej się w dokonaniu na podstawie tych dowodów ustalenia faktycznego, że wynik gier nie zależy od umiejętności grającego, podczas gdy z protokołów przeszukań, dokumentacji fotograficznej, protokołów oględzin oraz zeznań świadków w ogóle nie wynikają informacje co do zależności wyniku gier od umiejętności grającego, a nadto ustalenie takie wymaga opinii biegłego, co doprowadziło do błędnego ustalenia faktycznego, że wynik gier nie zależy od umiejętności grającego,

11) obrazę art. 7, art. 193 § 1, art. 410 k.p.k. oraz art. 424 § 1 k.p.k., polegającą na dokonaniu w oparciu o protokoły eksperymentów przeprowadzonych przez funkcjonariuszy celnych ustaleń, że wyniki gier oferowanych przez zatrzymane urządzenia nie zależą od umiejętności grającego, podczas gdy:

a) ustalenie takie wymaga wiadomości specjalnych i nie może być wyprowadzane z przebiegu eksperymentu, co zresztą, na etapie postępowania dowodowego stwierdził sam Sąd Rejonowy uznając, że protokół jest jedynie odzwierciedleniem przebiegu czynności podjętych przez funkcjonariusza, a nie dowodem „w zakresie ustalenia okoliczności wymagających wiedzy specjalnej”,

b) z samych protokołów eksperymentów nie wynika w jaki sposób i w oparciu o jakie przesłanki prowadzący czynności funkcjonariusze uznali, że wyniki gier nie zależą od umiejętności grającego; w szczególności nie wynika z nich by funkcjonariusze podejmowali jakiegokolwiek działania zmierzające do zapoznania się z mechaniką gry,

c) z protokołów, a także z nieujawnionych na rozprawie i niestanowiących podstawy wyrokowania materiałów filmowych, wynika, że czynności prowadzone przez funkcjonariuszy czynności miały do tego stopnia pobieżny charakter, że nie pozwalały osobom je przeprowadzającym na poznanie zasad działania uruchamianych przez nie gier.

co doprowadziło do błędnego ustalenia faktycznego, że oferowane przez te urządzenia gry zawierały element losowości,

12) naruszenie art. 6, art. 7 i art. 170 § 1 i 2 k.p.k., polegające na oddaleniu wniosku obrońcy o przesłuchanie funkcjonariusza celnego W. S., który to wniosek zmierzał do podważenia zapisanych w stanowiących podstawę wyroku protokołach oraz ocen, w szczególności przez wykazanie, iż funkcjonariusz ten nie posiada wiedzy pozwalającej na dokonywanie takich ocen, który to wniosek Sąd oddalił uznając, że przesłuchanie tego funkcjonariusza nie jest przydatne do oceny wartości dowodowej czynności eksperymentu, co doprowadziło do błędnego ustalenia faktycznego, że wynik gier na urządzeniach nie zależy od zręczności grającego oraz naruszyło prawo oskarżonego do obrony,

13) obrazę art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. oraz art. 193 § 1 k.p.k., polegającą na ustaleniu charakteru urządzeń urządzeniach H. (...), H. (...), H. (...) oraz (...) G. (...), zainstalowanego w nich oprogramowania, oraz parametrów oferowanych przez nie gier, pomimo, iż okoliczności te nie zostały ustalone przez biegłego (choć wymagają wiadomości specjalnych), co doprowadziło do błędnego ustalenia faktycznego co do charakteru gier dostępnych na zatrzymanych urządzeniach,

14) obrazę art. 193 g 1, art. 196 g 3 oraz art. 194 pkt 1 k.p.k. polegającą na ustaleniu, że urządzenia oferują gry na automatach w rozumieniu u.g.h. w oparciu o opinię wydaną przez L. G., który - jak sam podniósł - nie jest biegłym z zakresu „matematyki, losowości, statystyki i rachunku prawdopodobieństwa”, lecz z zakresu „badania zawartości elektronicznych - komputerowych nośników danych” oraz zaniechaniu powołania nowego biegłego wobec istotnych powodów osłabiających zaufanie do wiedzy biegłego, przy jednoczesnym zasięgnięciu tej opinii w dwóch wypadkach (w postępowaniu przygotowawczym) oraz w postępowaniu sądowym na podstawie błędnego (bo niezawierającego wskazania specjalności biegłego) postanowienia dowodowego, co doprowadziło do błędnego ustalenia faktycznego co do charakteru gier dostępnych na zatrzymanych urządzeniach,

15) obrazę art. 7, art. 196 g 3 oraz art. 201 k.p.k., polegającą na dokonaniu dowolnej, a nie swobodnej, oceny dowodów w postaci opinii biegłego sądowego L. G. przejawiającej się w uznaniu jej za w pełni wiarygodną i dającą podstawy do przyjęcia, że na zatrzymanych urządzeniach były urządzone gry na automatach w rozumieniu u.g.h. o wygrane pieniężne lub rzeczowe oraz zaniechaniu zarówno wezwania biegłego na rozprawę oraz powołania nowego biegłego, podczas gdy:

a) biegły, przy sporządzaniu opinii wielokrotnie mylił się, co było widoczne już *prima facie* i wynikało bezpośrednio z ich treści, co podważa zaufanie do kompetencji biegłego i rodzi uzasadnione wątpliwości czy tego rodzaju omyłki nie miały miejsca co do kwestii, których sama lektura opinii nie jest w stanie zweryfikować,

b) opinie są nierzadko wewnętrznie sprzeczne (np. biegły w treści opinii stwierdza, że oceny gry na danym urządzeniu dokonał w oparciu o przeprowadzenie gry testowej, podczas gdy w dalszej części opinii stwierdza, że urządzenie nie działało, w związku z czym zmuszony był polegać na nagraniu eksperymentu),

c) biegły nie przeprowadził badania oprogramowania zainstalowanego w urządzeniach a jedynie powtórzył czynności wykonywane przez funkcjonariuszy w trakcie eksperymentów,

d) biegły prezentuje de facto stanowisko, że stwierdzenie czy gra zawiera element losowości lub ma charakter losowy może zostać wykluczone jedynie w razie stwierdzenia, że jej wynik zależy od zręczności grającego; tymczasem takie założenie jest sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, albowiem wynik gry może być także zależny od spostrzegawczości, inteligencji, sprytu lub wiedzy grającego,

e) biegły nie wskazywał nazw badanych przez niego gier ani też liczby przeprowadzonych gier ani gier cząstkowych (wedle nomenklatury przyjętej przez biegłego), tj. liczby prób uzyskania przez biegłego wygranej,

f) opinie nie zawierają definicji pojęć, którymi biegły się posługuje, a które są kluczowe dla ustalenia czy gry oferowane na zatrzymanych urządzeniach są grami na automatach w rozumieniu u.g.h. (element losowości, charakter losowy),

g) zawarty w opiniach opis przyjętej przez biegłego metodologii nie pozwala na stwierdzenie na ile miarodajne te opinie są; nie wiadomo na przykład ile, z w ocenie biegłego, gier należy rozegrać aby stwierdzić, że gra zawiera element losowości lub ma charakter losowy (i czy te liczby gier są jednakowe), a ile takich gier rozegrał,

h) biegły nie poczynił istotnych dla sprawy ustaleń faktycznych, albowiem uznał, że oferowane gry miały charakter losowy, podczas gdy - przy ustaleniu, że były to gry o wygrane rzeczowe relewantnym dla sprawy było ustalenie czy zawierają one element losowości,

i) nawet przy założeniu, że stwierdzenie charakteru losowego gier o wygrane pieniężne jest równoznaczne ze stwierdzeniem elementu losowości (które to założenie jest ewidentnie sprzeczne z brzmieniem przepisów u.g.h.) należałoby i tak stwierdzić, że oceniając charakter oferowanych przez przedmiotowa urządzenia gier, biegły wycofał się ze stwierdzeń dotyczących ich rzekomego charakteru losowego, stwierdzając w opinii uzupełniającej z dnia 10 maja 2017 r., że stwierdzenia w tym przedmiocie są błędne i powinny być zastąpione wpisem o brzmieniu, który wypowiedzi co do charakteru gier w ogóle nie zawiera,

co doprowadziło do błędnego ustalenia faktycznego co do charakteru gier dostępnych na zatrzymanych urządzeniach i oferowanych przez nie wygranych,

16) obrazę art. 7 oraz art. 410 k.p.k. polegającą na dokonaniu swobodnej, a nie dowolnej, oceny dowodów w postaci opinii biegłego sądowego L. G. przejawiającej się w uznaniu, iż w grach dostępnych na zatrzymanych urządzeniach możliwe było uzyskiwanie wygranych pieniężnych lub rzeczowych, podczas gdy biegły w swoich opiniach (zarówno pierwotnych jak i uzupełniającej z dnia 10 maja 2017 r.) podał, że automaty nie oferowały możliwości uzyskania wygranych pieniężnych, co doprowadziło do błędnego ustalenia faktycznego, że oferowały one wygrane pieniężne,

- w kwestii okoliczności istotnych z punktu widzenia zgodności z prawem Unii Europejskiej:

17) naruszenie art. 170 5 1 pkt 2 i 5 k.p.k. polegające na oddaleniu wniosków dowodowych obrońcy zgłoszonych w piśmie z dnia 16 maja 2017r. jako dotyczących okoliczności niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy oraz jako zmierzających w sposób oczywisty do przedłużenia postępowania, mimo że wnioski te dotyczyły ustalenia fundamentalnej dla sprawy okoliczności, czy ustanowiony w Polsce system koncesyjny:

a) został ustanowiony w interesie publicznym wymienionym w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: „TFUE”) jako uzasadniającym ograniczenie danej swobody traktatowej lub wynikającym z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”),

b) jest odpowiedni (adekwatny) i niezbędny (konieczny) dla realizacji tego interesu,

c) interes ten jest rzeczywistym przedmiotem troski ustanawiającego ten system ustawodawstwa krajowego,

d) ustawodawstwo interes ten realizuje w sposób:

- spójny,

- systematyczny,
- transparentny,
- niedyskryminacyjny,

od spełnienia których to przesłanek zgodnie z orzecznictwem TSUE zależy dopuszczalność stosowania tego systemu oraz karania za prowadzenie działalności bez koncesji, a w trakcie postępowania nie przeprowadzono żadnych innych dowodów na powyższe okoliczności, a tym samym przeprowadzenie wnioskowanych dowodów było z natury rzeczy konieczne, w związku z czym nie mogło też prowadzić do bezzasadnego przedłużenia postępowania,

18) naruszenie art. 7, art. 168 zdanie pierwsze, art. 170 § 1, a także art. 167 § 1 zdanie trzecie k.p.k. w związku z art. 410 k.p.k. polegające na:

a) niedokonaniu żadnych ustaleń co do okoliczności mających istotne znaczenie z punktu widzenia spełnienia przesłanek, od których zgodnie z orzecznictwem TSUE zależy dopuszczalność stosowania systemu koncesyjnego oraz karania za prowadzenie działalności bez koncesji, a mianowicie:

- tego, co było rzeczywistym przedmiotem troski ustanawiającego w roku 2009 system koncesyjny ustawodawstwa krajowego,
- skali uzależnień od gier na automatach, przestępczości związanej z grami na automatach oraz związanymi z nimi naruszeniami praw konsumentów w chwili uchwalenia ustawy z dnia 19 listopada 2016r. o grach hazardowych (dalej: „u.g.h.”) oraz w okresie poprzedzającym,
- badań i analiz co do powyższych kwestii, którym dysponowały władze krajowe w czasie uchwalania u.g.h.,
- rzeczywistych skutków uchwalenia u.g.h. w odniesieniu do uzależnień od gier na automatach, przestępczości związanej z grami na automatach oraz związanych z nimi naruszeń praw konsumentów,
- prowadzonej przez wykonujący monopol państwa w zakresie gier losowych (lotto, etc.) polityki reklamowania i ekspansji gier hazardowych i zachęcania do udziału w takich grach,

b) pominięciu powszechnie znanego faktu, że przyczyną uchwalenia ustawy o grach hazardowych w roku 2009 były potrzeby wizerunkowe rządu i partii rządzącej w związku z tzw. aferą hazardową,

c) pominięciu okoliczności uchwalenia w roku 2016 nowelizacji ustawy o grach hazardowych, która radykalnie - do poziomów sprzed uchwalenia u.g.h. - zwiększa liczbę dostępnych automatów do gier, co dowodzi, że same polskie władze uznały, że tak daleko idące ograniczenia w oferowaniu gier na automatach są zbędne,

d) oddaleniu wniosków dowodowych obrony zmierzających do dokonania ustaleń w powyższych kwestiach,

19) naruszenie art. 49, art. 52 i art. 56 TFUE, polegające na pominięciu wynikającej z tych przepisów i orzecznictwa TSUE zasady, zgodnie z którą ciężar wykazania, że wprowadzone ograniczenia swobody świadczenia usług lub przedsiębiorczości są proporcjonalne, spoczywa na oskarżycielu i że wykazanie tej proporcjonalności wymaga w szczególności przedłożenia przez oskarżyciela badań i statystyk, na których opierały się władze krajowe uchwalając przepisy takie ograniczenia zawierające,

20) naruszenie art. 267 TFUE w związku z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (dalej: „TUE”), polegające na zignorowaniu względnie wiążących orzeczeń TSUE, z których jednoznacznie wynika, że stosowanie sankcji za brak koncesji jest niedopuszczalne w sytuacji, (i) gdy system koncesyjny ma charakter dyskryminacyjny, a w szczególności gdy warunkiem uzyskania koncesji jest posiadanie siedziby na terytorium Polski (wyrok TSUE z dnia 9 września 2010 r. w sprawie C-64/08 E. E.), (ii) gdy system ten ma charakter nietransparentny, a w szczególności gdy warunkiem

uzyskania koncesji jest zgoda władzy lokalnej, co do której udzielenia ustawa nie określa żadnych kryteriów (wyrok TSUE z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawie C-470/11, G. S.), (iii) gdy podmiot publiczny prowadzi politykę ekspansji i reklamowania gier hazardowych, w tym zwłaszcza gdy celem tej polityki jest zwiększenie dochodów Państwa (wyroki TSUE z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 P. G. i in. oraz z dnia 30 czerwca 2011 r. w sprawie C-212/08 (...)), lub (iv) gdy rzeczywistym celem systemu koncesyjnego nie jest realizacja interesu publicznego powołanego przez ustawodawcę w sposób spójny i systematyczny (wyrok z dnia 8 września 2010 r. w sprawie C-46/08 C. G. U.),

- w kwestii ustaleń faktycznych dotyczących strony podmiotowej przypisanego oskarżonemu przestępstwa:

21) obrazę art. 7, art. 168 zdanie drugie i art. 410 k.p.k. polegającą na dokonaniu fragmentarycznych, wewnętrznie sprzecznych, a także sprzecznych z ujawnionym materiałem dowodowym i faktami notoryjnymi oraz z zasadami logicznego rozumowania i wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego ustaleń dotyczących stanu świadomości oskarżonego co do działania wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych oraz co do karalności takiego postępowania, tj. na:

a) lakonicznym i gołosłownym stwierdzeniu, że oskarżony świadomie zdecydował się na łamanie przepisów, podczas gdy z przytoczonych w wyroku wyjaśnień oskarżonego wynika, że uważał on działalność taką jak zarzucana za legalną i zaniechaniu zbadania czy taka nieświadomość była usprawiedliwiona czy też nie i zastąpieniu tych ustaleń arbitralnym i wewnętrznie sprzecznym stwierdzeniem, że przepisy u.g.h. nie budziły wątpliwości i każdy mógł je zrozumieć, a oskarżony świadomie zdecydował się na ich złamanie, przywołując wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 października 2016 r., którego okoliczności wydania (w tym także oczekiwanie na ten wyrok przez Sąd Najwyższy) świadczą właśnie o istnieniu daleko idących wątpliwości w tym także powziętych przez skład 7 sędziów Sądu Najwyższego,

b) pominięciu, że zarzucane oskarżonemu czyny miały miejsce przed wydaniem przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyroku z dnia 13 października 2016r., a więc w okresie gdy powszechny był wyrażony w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014r., sygnatura akt II KK 55 / 14, oraz w postanowieniu składu 7 sędziów z dnia 14 października 2015r., sygnatura akt 1 KZP 10 / 15, pogląd, że art. 6 ust. 1 u.g.h. jest przepisem technicznym, i nigdy w żadnym orzeczeniu zapadłym przed rokiem 2016 nie zajął stanowiska o jego nietechniczności, co stanowi dodatkowy dowód uwiarygodniający tezę, że także oskarżony pozostawał w błędnym przekonaniu o techniczności tego przepisu, a ponadto dowodzi, iż błąd ten był także usprawiedliwiony - skoro bowiem w błędzie tym pozostawał skład 7 sędziów Sądu Najwyższych jeszcze w roku 2015, to tym bardziej nie można czynić zarzutu oskarżonemu z tego, że w błędzie tym był w roku 2014,

c) pominięciu, że literalna wykładnia art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. o zmianie ustawy o grach hazardowych uzasadniała pogląd, że okres na dostosowanie do nowych wymogów - a więc także do notyfikowanego art. 14 ust. 1 u.g.h. - dotyczy wszystkich podmiotów, które przed dokonaniem nowelizacji prowadziły działalność gospodarczą; a w każdym razie pominięciu, że orzeczenia powoływane przez Sąd Rejonowy zostały wydane po dniu 25 kwietnia 2016r. (kiedy to miało miejsce trzecie zatrzymanie urzędzeń);

III. na wypadek nieuwzględnienia zarzutów, o których mowa w punktach 1 i 11, w oparciu o art. 438 pkt 1 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s.:

22) obrazę art. 2 § 2 k.k.s. polegającą na zaniechaniu jego zastosowania i zaniechaniu całościowego rozważenia, który z obowiązujących między dniem czynu a dniem orzekania stanów prawnych - a więc stan prawny obowiązujący od dnia 3 września 2015r. do dnia 1 kwietnia 2017r., czy obowiązujący od dnia 1 kwietnia 2017 r. do dnia orzekania - jest najbardziej korzystny dla oskarżonego, mimo że stany te w sposób fundamentalny się różnią, jeżeli chodzi o wynikające z nich ograniczenia urządzania gier na automatach, a także jeśli chodzi o przepisy karne i warunki zawieszenia kary, w związku z czym obowiązkiem Sądu było między innymi:

a) dokonanie oceny, które z tych stanów prawnych były zgodne z przepisami prawa unijnego o swobodzie przepływu towarów, usług i przedsiębiorczości,

b) dokonanie oceny, jakie były możliwości zastosowania sankcji karnych w poszczególnych stanach prawnych i jakie były to sankcje,

c) a dopiero następnie ustalenie, który stan prawny jest w świetle udzielonych odpowiedzi oraz innych zmian dokonanych między dniem czynu a dniem orzekania najkorzystniejszy dla oskarżonego,

23) obrazę art. 2 ust. 3 u.g.h. przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że gra jest grą na automacie w rozumieniu ustawy w jeżeli wynik nie jest uzależniony od zrzeczności osoby grającej, oprogramowanie urządzenia zawiera symulator gier bębnowych i karcianych oraz generator losowy, a urządzenie oferuje wygrane pieniężne lub rzeczowe, podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu powinna zakładać, że gra jest grą na automacie jest gra na urządzeniu mechanicznym, elektronicznym lub elektromechanicznym, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, zawierająca element losowości,

24) obrazę art. 6 ust. 1 u.g.h. polegającą na przyjęciu, że oskarżony naruszył przepis ustanawiający zasadę, że działalność w zakresie gier na automatach może być prowadzona po uzyskaniu koncesji na prowadzenie kasyna gry (brzmienie z dnia orzekania) lub na podstawie takiej koncesji (brzmienie z dnia czynu), mimo że czyn przypisany oskarżonemu polegał jedynie na urządzaniu gier na automatach przez cztery dni poza kasynem gry, zaś:

a) nie przypisano mu w zaskarżonym wyroku prowadzenia gier na automatach ani prowadzenia działalności w zakresie takich gier, lecz jedynie ich urządzanie, a pojęcia te mają odmienne znaczenie, co w uchwale składu 7 sędziów z dnia 19 stycznia 2017 podkreślił Sąd Najwyższy, zaś zmiana opisu czynu na niekorzyść nie jest obecnie możliwa i nie byłaby uzasadniona,

b) przepis w brzmieniu obowiązującym w dniu czynu skierowany był wyłącznie do osób urządzających gry w kasynie, a dopiero od dnia 1 kwietnia 2017 r. dotyczy także osób urządzających gry poza takim kasynem,

25) obrazę art. 34, art. 36, art. 49, art. 52 i art. 56 TFUE oraz art. 2 ust. 2 lit. h i art. 9-16 dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (dalej: „dyrektywa 2006/123”) polegającą na uznaniu urządzania gier na automatach za dopuszczalne wyłącznie na podstawie koncesji na prowadzenie kasyna gry, mimo że:

- ograniczenie takie stanowi ograniczenie swobody świadczenia usług, a także swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu towarów, które jest w świetle przepisów TFUE oraz orzecznictwa TSUE nieusprawiedliwione, albowiem warunkiem jego dopuszczalności jest wykazanie przez władze krajowe, że ograniczenie to zostało ustanowione w interesie publicznym wymienionym w TFUE lub wynikającym z orzecznictwa TSUE, że ograniczenie to jest odpowiednie (adekwatne) i niezbędne (konieczne) dla realizacji tego interesu oraz że interes ten jest rzeczywistym przedmiotem troski ustanawiającego to ograniczenie ustawodawstwa krajowego, które interes ten realizuje w sposób spójny, systematyczny, transparentny i niedyskryminacyjny, przesłanki te nie są zaś spełnione,
- urządzanie gier, w których uzyskuje się wygrane rzeczowe w postaci kredytów, za które można prowadzić dalsze gry bez konieczności ponownego zakredytowania urządzenia do gier pieniędzmi, nie stanowi działalności w zakresie gier hazardowych w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. h dyrektywy 2006/123, co powoduje, że wprowadzenie systemu koncesyjnego jest dopuszczalne tylko po spełnieniu przesłanek określonych w art. 9-16 tej dyrektywy, przesłanki te nie są zaś spełnione.

26) obrazę art. 30 § 5 k.k.s. w związku z art. 22 § 2 pkt 2 k.k.s. polegającą na orzeczeniu przypadku jako środka karnego „wobec oskarżonego” w sytuacji, gdy przedmioty objęte orzeczeniem przypadku nie są i nigdy nie były własnością

oskarżonego, w związku z czym ich przypadek, nawet jeżeli jest możliwy, nie może stanowić środka karnego wobec oskarżonego,

27) obrazę art. 30 § 5 k.k.s. polegającą na orzeczeniu przypadku środków pieniężnych w kwocie 4.570 złotych, w sytuacji gdy z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd nie wynika ani by taka kwota została w lokalu znaleziona, ani też by pochodziła ona z jednego ze źródeł wskazanych w tym przepisie,

IV. na wypadek nieuwzględnienia zarzutów, o których mowa w punktach I - III, w oparciu o art. 438 pkt 3 k.p.k. w związku z art. 113 f 1 k.k.s.:

28) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż urządzenie gier na automatach wbrew przepisom ustawy nie stanowi wypadku mniejszego wagi w rozumieniu art. 107 f 4 k.k.s. nawet wówczas, gdy dotyczy czynu, na który składało się pięć jednodniowych zachowań,

V. na wypadek nieuwzględnienia zarzutów, o których mowa w punktach I - III w oparciu o art. 438 pkt 2 i 4 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s.:

a) rażąco niewspółmierność orzeczonej kary pozbawienia wolności w wymiarze 1 roku pozbawienia wolności oraz kary grzywny w wymiarze 400 stawek dziennych, z przyjęciem jednej stawki dziennej w kwocie 100 złotych, do wagi ewentualnie popełnionego przez oskarżonego czynu i wymierzenie kar z pominięciem okoliczności łagodzących (w szczególności: działania przez oskarżonego w zaufaniu do wcześniejszej działalności organów Państwa i instytucji unijnych, działania oskarżonego w warunkach chaosu prawnego, zaprzestania przez oskarżonego prowadzenia działalności w sytuacji, gdy doszło do wyjaśnienia wątpliwości prawnych przez TSUE i Sąd Najwyższy, braku negatywnych następstw czynu), a także przy błędnym przyjęciu, iż cele prewencyjne zostaną osiągnięte przez wymierzenie oskarżonemu tak surowej kary w szczególności w sytuacji, gdy jeszcze przed wydaniem wyroku oskarżony dostosował się do zmian orzeczniczych, oraz przy ustaleniu wymiaru kary (w tym w szczególności wysokości stawki dziennej grzywny) bez dokonania żadnych ustaleń faktycznych (czy to co do sytuacji majątkowej oskarżonego, czy to co do stopnia społecznej szkodliwości) lub przy dokonaniu ich w sposób błędny i niepoparty dowodami (ustalenia, że oskarżony osiągał korzyści majątkowe, czy też odegrał wiodącą rolę).

Stawiając powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu wG.

Pełnomocnik interwenienta (...) sp. z o.o. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1) obrazę art. 34, art. 36, art. 49, art. 52 ust. 1 i art. 56 TFUE polegającą na ich niezastosowaniu i uznaniu, że nie jest obowiązkiem Sądu krajowego przeprowadzenie postępowania dowodowego co do okoliczności uzasadniających wprowadzenie do systemu prawnego Państwa Członkowskiego Unii Europejskiej środków stanowiących odstępstwa od swobód traktatowych, a w szczególności, że nie jest obowiązkiem Sądu krajowego ustalenie w oparciu o materiał dowodowy, iż cel wprowadzenia ograniczeń swobód traktatowych jest jednym z celów mogących uzasadniać ograniczenia zgodnie z TFUE oraz orzecznictwem TSUE, a także, iż jest to realnie istniejący cel, którego potrzeba realizacji stanowi wyraz troski ustawodawcy o chroniony prawem Unii Europejskiej interes publiczny,

2) obrazę art. 30 § 5 k.k.s. polegającą na orzeczeniu przypadku podczas gdy klucze do automatów do gier nie są w ogóle objęte dyspozycją art. 30 § 5 k.k.s.,

3) obrazę art. 30 § 5 k.k.s. w związku z art. 2252 pkt 2 k.k.s. polegającą na orzeczeniu przypadku jako środka karnego „wobec oskarżonego” w sytuacji, gdy przedmioty objęte orzeczeniem przypadku nie są i nigdy nie były własnością oskarżonego, w związku z czym ich przypadek, nawet jeżeli jest możliwy, nie może stanowić środka karnego wobec oskarżonego,

4) obrazę art. 30 § 5 k.k.s. polegającą na orzeczeniu przepadku środków pieniężnych w kwocie 4.570 złotych, w sytuacji gdy z ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd nie wynika ani by taka kwota została w lokalu znaleziona, ani też by pochodziła ona z jednego ze źródeł wskazanych w tym przepisie,

5) obrazę art. 30 § 5 k.k.s. polegającą na orzeczeniu przepadku urządzeń do gier, które nie były własnością sprawcy, mimo że przepisy art. 31 f 1 i a k.k.s. nie mają do tych urządzeń zastosowania, gdyż nie należą one do kategorii rzeczy wymienionych w art. 29 k.k.s., a ponadto nie zostało ustalone przez Sąd, kto jest obecnie właścicielem tych urządzeń i czy spełnione są wobec tego właściciela przesłanki z art. 31 f i a k.k.s.,

Stawiając powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Obydwie apelacje - zbieżne ze sobą zarówno w zakresie kierunku jak i granic zaskarżania, co pozwala na łączne odniesienie się do zawartych w nich zarzutów - okazały się niezasadne.

Kontrola instancyjna zaskarżonego wyroku wykazała, że rozpoznając przedmiotową sprawę Sąd Rejonowy zgromadził materiał dowodowy dający w pełni podstawę do poczynienia prawidłowych ustaleń faktycznych. Brak było przy tym podstaw do zadania, jak tego chcieli obrońca oskarżonego oraz pełnomocnik interwenienta, pytań prejudycjalnych Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej w Luksemburgu, albowiem zgodnie z art. 8 § 1 kpk sąd karny samodzielnie rozstrzyga zarówno zagadnienia prawne, jaki faktyczne i w tym zakresie nie jest związany rozstrzygnięciem innego sądu lub organu.

Ocena zebranych w niniejszej sprawie dowodów oraz dokonane na jej podstawie ustalenia faktyczne także nie budzą zastrzeżeń Sądu Okręgowego. Poza sporem pozostaje bowiem fakt, że oskarżony A. U. urządził gry hazardowe bez koncesji na prowadzenie kasyna poza kasynem gier.

Kontrola zainicjowana przez apelujących nie wykazała także, by Sąd Rejonowy dopuścił się naruszenia naczelnej zasady postępowania karnego wyrażonej w art. 6 kpk. W niniejszej sprawie obrońca oskarżonego podnosił, że cała rozprawa w przedmiotowej sprawie, w szczególności całe postępowanie dowodowe, prowadzone było pod nieobecność A. U. i bez odebrania od niego wyjaśnień na rozprawie, w sytuacji gdy, zdaniem obrońcy, nieobecność oskarżonego spowodowana była wyłącznie korzystaniem przez niego z przysługującego mu prawa do obrony w innych postępowaniach. Tymczasem jak wynika z akt sprawy A. U. nie stawił się na rozprawę w dniach 22 lutego 2017r. i 27 marca 2017r. bez żadnego usprawiedliwienia, Sąd Rejonowy zaś prowadził rozprawę pod nieobecność oskarżonego nie uznając jego obecności za konieczną. Rozprawa wyznaczona na dzień 31 maja 2017r. nie odbyła się, ponieważ obrońca oskarżonego złożył wniosek o zmianę terminu podnosząc, że tego dnia A. U. będzie uczestniczył w rozprawie w Sądzie Rejonowym w S. (k. 1.552). Obrońca oskarżonego złożył także kolejny wniosek o zmianę terminu rozprawy wyznaczonej na dzień 28 czerwca 2017r. informując, że oskarżony został wezwany do stawiennictwa na rozprawę tego dnia w Sądzie Rejonowym w (...) w L. i zamierza się na nią stawić (k. 1.559). Sąd I instancji uwzględnił wniosek i wyznaczył nowy termin rozprawy na dzień 12 lipca 2017r. W późniejszym czasie ustalono jednak, że oskarżony nie stawił się w Sądzie Rejonowym w (...) i rozprawa została odroczone do 29 września 2017r. (k. 1.583). Pismem z dnia 4 lipca 2017r. obrońca oskarżonego ponownie złożył wniosek o zmianę terminu rozprawy informując, że na 12 lipca 2017r. oskarżony zamierza się stawić w Sądzie Rejonowym w (...) na rozprawie (k. 1.574). Ustalono, że w Sądzie Rejonowym w (...) został wyznaczony czwarty termin, a stawiennictwo oskarżonego nie jest obowiązkowe. Nadto, jak trafnie ustalił Sąd I instancji oskarżony otrzymał zawiadomienie o rozprawie w Sądzie Rejonowym w (...) dnia 27 czerwca 2017r., natomiast o terminie rozprawy w Sądzie Rejonowym w (...) w dniu 15 czerwca 2017r. W dniu 12 lipca 2017r. Sąd Rejonowy, na wniosek obrońcy A. U., odroczył kolejny raz rozprawę do dnia 28 września 2017r. W tych okolicznościach stwierdzić zatem należy, że niestawiennictwo oskarżonego na rozprawie, gdy nie miał wyznaczonych w tych dniach innych rozpraw (nie wykazał, że uczestniczył w innych rozprawach), składanie wniosku pod pozorem stawiennictwa w Sądzie Rejonowym w (...), czego nie uczynił, wybieranie sobie rozpraw, na które się stawi (w pierwszej kolejności otrzymał zawiadomienie o rozprawie w Sądzie Rejonowym w (...), a nie w B. i W.) dowodzi, że oskarżony

nie dążył do realizowania prawa do obrony - jak trafnie wskazał Sąd a quo - ale usiłował nie dopuścić do wydania wyroku w sprawie. Jak słusznie bowiem zauważył Sąd meriti A. U. nie stawiając się w dniu 28 czerwca 2017r. ani w Sądzie Rejonowym w (...), ani w Sądzie Rejonowym w (...) okazał jednoznacznie, że jego zamiarem było wyłącznie utrudnianie postępowania. A. U., mimo że miał taką możliwość, został bowiem prawidłowo zawiadomiony o terminie rozprawy w Sądzie Rejonowym w (...), nie wziął w niej udziału, mimo że nie stawiał się także w Sądzie Rejonowym w (...), a zatem, mimo że mógł złożyć wyjaśnienia i uczestniczyć w postępowaniu dowodowym w niniejszej sprawie, z własnej woli zrezygnował z przysługującego mu uprawnienia. W tych okolicznościach stwierdzić zatem należy, że zarzut obrońcy, w którym wskazał, że cała rozprawa odbyła się pod nieobecność A. U., w sytuacji gdy nieobecność oskarżonego spowodowana była wyłącznie korzystaniem przez niego z prawa do obrony w innych postępowaniach, jawi się jako całkowicie chybiony. W konsekwencji brak również podstaw do tego, by uznać, że zostało naruszone prawo do obrony A. U..

Wbrew zarzutom obrońcy oskarżonego stwierdzić także należy, że Sąd Rejonowy zgromadził pełny materiał dowodowy dający podstawę do dokonania prawidłowych ustaleń faktycznych w przedmiotowej sprawie. Na aprobatę nie zasługuje zarzut niezasadnego oddalenia wniosku obrońcy o przesłuchanie funkcjonariusza celnego W. S. na okoliczność przebiegu przeprowadzonych przez niego eksperymentów procesowych oraz na okoliczność jego wykształcenia. Jak słusznie bowiem wskazał Sąd meriti protokoły z eksperymentu procesowego stanowią jedynie odzwierciedlenie przebiegu czynności opisując co funkcjonariusz zrobił i jakie wyniki uzyskał, nie są zaś dowodem w zakresie ustalenia okoliczności wymagających wiadomości specjalnych. W tym zakresie bowiem Sąd Rejonowy powołał biegłego sądowego. Rację ma zatem Sąd I instancji, że przesłuchanie funkcjonariusza celnego na okoliczności, które opisał w protokole, nie wniosłoby nic nowego, ani nie wpłynęłoby na ocenę wartości dowodowej sporządzonego przez niego protokołu. W kwestii bowiem wymagających wiadomości specjalnych w sprawie powołany został biegły sądowy z zakresu badania zawartości elektronicznych – komputerowych nośników danych L. G.. Biegły wyjaśnił przy tym w opinii uzupełniającej, że choć nie posiada specjalizacji z zakresu matematyki, losowości, statystyki i rachunku prawdopodobieństwa, to jednak współczesne automaty do gier tak naprawdę są komputerami zamkniętymi i pracującymi w swoistej obudowie, których zarządzanie odbywa się między innymi poprzez panel manualny gracza. Określenie zatem charakterystyki działania programu na takim komputerze, w tym wypadku systemu gier – jak podał biegły - można było określić pracując z otwartym programem. Brak było zatem podstaw, by z powodu tego, że powołany w sprawie biegły L. G. nie posiada specjalizacji z zakresu matematyki, losowości, statystyki i rachunku prawdopodobieństwa, dopuścić dowód z opinii innego biegłego czy przesłuchać biegłego L. G. na rozprawie, albowiem – jak słusznie ustalił Sąd Rejonowy oddalając powyższe wnioski obrońcy - pisemne opinie sporządzone przez tego biegłego okazały się w pełni jasne, pełne i logiczne.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów obrońcy A. U. dotyczących opinii sporządzonej przez L. G. wskazać należy, że odnośnie omyłek zawartych w opinii biegłego zostały one wyjaśnione przez L. G. w sporządzonej przez niego uzupełniającej opinii, w której biegły wskazał, że powołane różnice powstały w wyniku przeniesienia wartości punktów kredytowych w treści opracowań z dokumentacji fotograficznej, którą wykonał dla potrzeb wydania opinii. W opinii uzupełniającej biegły wyjaśnił także, że o ile badane urządzenie było sprawne technicznie i wyświetlał się na jego monitorze aktywny system gier, rozgrywał na urządzeniu wybrane gry testowe; w przypadku jednak niemożności przeprowadzenia gry testowej, z uwagi na niesprawność urządzenia lub błędy związane z brakiem odnowienia licencji oprogramowania, ocenę charakteru urządzenia przeprowadzał – co zrozumiale - na zasadzie analizy materiału video stanowiącego zapis z czynności przeprowadzonych przez funkcjonariuszy urzędu celnego. Nadto biegły wskazał, że podczas prowadzonych czynności z automatami nie ograniczał się do prowadzenia jednej gry w rozumieniu nazwy gry, lecz grę testową - o ile urządzenie było sprawne - przeprowadzał na kilku grach w rozumieniu nazwy gry. Logicznym w ocenie Sądu odwoławczego jest także ustalenie przez biegłego, że skoro nie stwierdził on, aby w jakimkolwiek urządzeniu poprzez panel manualny gracz miał możliwość zatrzymania wirujących bębnow w wybranym przez siebie momencie, to urządzenia te nie mogły zostać uznane przez biegłego za urządzenia zręcznościowe, a jedynie za urządzenia komputerowe, w których gra zawiera element losowości. W tym miejscu wskazać nadto należy, że wbrew zarzutowi skarżącego Sąd Rejonowy, prawidłowo w oparciu o opinie biegłego ustalił, że przedmiotowe automaty były urządzeniami elektronicznymi oferującymi osobie grającej wygrane pieniądze - według tabeli wygranych oferowanych

przez nich gier - lub o wygrane rzeczowe w postaci możliwości przedłużenia gry lub rozpoczęcia nowej poprzez wykorzystanie wygranych punktów bez zasilania automatów w nowe środki finansowe. Wskazać przy tym należy jednak dla uściślenia, że automaty nie wypłacały bilonu, a wygrane pieniężne wypłacane były przez pracowników zatrudnionych w lokalu, w którym znajdowały się przedmiotowe automaty do gier.

Brak było także podstaw do zaakceptowania zarzutu obrońcy A. U., zdaniem którego Sąd I instancji oddalając wnioski dowodowe obrońcy zgłoszone w piśmie z dnia 16 maja 2017r., dopuścił się naruszenia art. 170 § 1 pkt 2 i 5 kpk. Jak słusznie bowiem wskazał Sąd Rejonowy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 28 września 2017r. na ustalenie odpowiedzialności karnej A. U. za zarzucany mu czyn, a także na ewentualny wymiar kary nie mogły mieć wpływu cele uchwalenia ustawy hazardowej, przyczyny ograniczeń gier hazardowych, liczba osób pobierających świadczenia z powodu uzależnienia od hazardu, skala problemu przestępczości związanej z grami hazardowymi czy polityka marketingowa Totalizatora Sportowego. Wskazać przy tym należy, że nie jest rzeczą sądu wyjaśnianie co legło u podstaw uchwalenia ustawy hazardowej, w tym zakresie skarżący winien sięgnąć do uzasadnienia projektu ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych. W treści ww. uzasadnienia czytamy zaś m. in., że powyższa ustawa stanowi elementem konieczny do naprawy zastanego stanu prawnego i wzmocnienia kontroli państwowej nad rynkiem gier i zakładów wzajemnych, natomiast do podstawowych, systemowych zmian zaproponowanych w niniejszym projekcie należy zaliczyć odstąpienie od możliwości urządzania gier na wszelkich automatach z elementem losowości poza kasynami gry.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić zatem należy, że Sąd I instancji zgromadził kompletny materiał dowodowy. Również dokonana przez Sąd a quo ocena dowodów, wbrew zarzutom apelującego, mieści się w swobodzie zagwarantowanej Sądowi orzekającemu przez dyspozycję art. 7 kpk.

Podejmując rozważania w kwestii pierwszoinstancyjnej oceny dowodów wskazać należy, że podniesiony przez obrońcę A. U. zarzut dokonania przez Sąd meriti błędnej oceny zeznań osób zatrudnionych w lokalu oraz protokołów oględzin automatów okazał się chybiony. Zdaniem apelującego prawidłowa ocena ww. dowodów prowadzi do wniosku, że to nie oskarżony osobiście - jak ustalił Sąd Rejonowy - ale spółka (...) sp. z o.o. z siedzibą w B., urządziła gry na automatach poza kasynem, nie posiadając zezwolenia ani koncesji. Stanowisko skarżącego nie zasługuje jednak na aprobatę Sądu odwoławczego. To A. U. wszak, pełniąc funkcję prezesa jednoosobowego zarządu spółki (...) Spółka z o.o. z siedzibą w B., prowadził sprawy spółki, w tym m. in., jak prawidłowo ustalił Sąd meriti, w lokalu wydzierżawionym w G. przy ul. (...), za pośrednictwem innej firmy, umieścił automaty do gier losowych. Wskazać przy tym należy, że czynność polegająca na umieszczeniu automatów do gier nie musi oznaczać przecież ich fizycznego wniesienia do lokalu przez A. U. – na co zdaje się wskazywać jego obrońca - wystarczające w tym zakresie jest bowiem ustalenie, że to oskarżony, jako prezes jednoosobowego zarządu, reprezentujący spółkę i prowadzący jej sprawy, podpisał umowę dzierżawy lokalu polecając innym osobom umieszczenie w nim automatów do gier. Co istotne przy tym, to oskarżony, jak wynika z zeznań pracowników zatrudnionych w ww. lokalu, zawarł z nimi umowy o prace; do obowiązków zaś pracowników należało m. in. wypłacanie klientom wygranych pieniężnych. Podnoszona natomiast przez tego skarżącego okoliczność, że kierownikiem w lokalu była inna osoba aniżeli oskarżony, pozostaje bez wpływu na kwestię odpowiedzialności A. U., bowiem jak wynika z zeznań P. N. był on zatrudniony na stanowisku kierownika od stycznia 2015r., a umowę o pracę podpisał z nim A. U. jako prezes spółki (...) sp. z o.o. (k. 1.297). Okoliczność zatem, że A. U. fizycznie nie uruchamiał urządzeń, ani nie nadzorował ich pracy, czy też nie opróżniał ich z pieniędzy i nie wypłacał wygranych klientom, nie ma znaczenia. Podkreślić bowiem należy, że oskarżony przyznał, że prowadził działalność, której zakres był mu znany, jednakże był przekonany – jak wyjaśnił - o legalnym charakterze prowadzonej działalności. Powyższe prowadzi do wniosku, że Sąd Rejonowy prawidłowo ustalił, iż to A. U. odpowiedzialny jest za umieszczenie automatów do gier w lokalu przy ul. (...) w G. oraz urządzanie na nich gier.

Odnosząc się zaś do zarzutu obrońcy oskarżonego dotyczącego nieprawidłowej oceny zeznań świadków W. G. i I. G., wskazać należy, że w oparciu o depozycje tych świadków Sąd Rejonowy trafnie ustalił wyłącznie to, że A. U. wydzierżawił – za pośrednictwem innej firmy - lokal (stanowiący własność W. G. i I. G.), w którym umieścił automaty

do gry. Jak wynika bowiem z zeznań W. G. - świadek ten miał podpisaną umowę na pośrednictwo w wynajmie lokalu z biurem nieruchomości.

Na aprobatę nie zasługuje także kolejny zarzut obrońcy oskarżonego, zdaniem którego w przedmiotowej sprawie brak jest jakichkolwiek dowodów świadczących o tym, że urządzenia znajdujące się w lokalu zostały kiedykolwiek uruchomione przed rozpoczęciem czynności przez funkcjonariuszy celnych. Otóż z zeznań przesłuchanych w sprawie pracowników zatrudnionych przez A. U., tj.: P. N., K. D., M. B. (2), P. P., A. P. i M. W. wynika, że wygrane pieniądze na grach na automatach wypłacali właśnie ci pracownicy. Wskazani świadkowie w swoich zeznaniach podali także jaki był średni dzienny zysk z tytułu gier na automatach czy też jaka była największa wygrana. Z powyższego wprost wynika zatem, że w lokalu były urządzone gry na automatach. Oznacza to, że, wbrew twierdzeniom apelującego, automaty nie zostały po raz pierwszy uruchomione przez funkcjonariuszy celnych podczas przeprowadzania eksperymentów, lecz były użytkowane także wcześniej, tj. przynajmniej w dniach przeprowadzonych przeszukań przez Urząd Celny w K..

Mając na uwadze powyższe stwierdzić zatem należy, że apelacja obrońcy A. U. stanowi jedynie polemikę z prawidłowo dokonaną przez Sąd I instancji oceną dowodów.

Brak było także podstaw do kwestionowania ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Rejonowy. Odnosząc się do zarzutu obrońcy oskarżonego, iż Sąd meriti błędnie ustalił, w oparciu m. in. o protokoły eksperymentów, że wyniki gier nie były zależne od umiejętności grających, wskazać należy - o czym była już mowa wyżej - że sporządzone przez funkcjonariusza celnego W. S. protokoły z przeprowadzenia eksperymentów stanowiły jedynie odzwierciedlenie przebiegu czynności opisanych przez tego funkcjonariusza oraz poczynionych przez niego obserwacji, w tym także tego, że wyniki gier nie były uzależnione od umiejętności grającego. Kwestia natomiast ustalenia tego czy gry - na zatrzymanych urządzeniach - były grami losowymi w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2015r. poz. 612) powierzona została przez Sąd Rejonowy biegłemu sądowemu z zakresu badań elektronicznych - komputerowych nośników danych. Z opinii tej zaś wynika, że zatrzymane w lokalu przy ul. (...) w G. automaty były urządzeniami elektronicznymi oferującymi osobie grającej wygrane rzeczowe w postaci możliwości przedłużenia gry lub rozpoczęcia nowej poprzez wykorzystanie wygranych punktów bez zasilania automatów w nowe środki finansowe. Oprogramowanie zaś zainstalowane w urządzeniach - jak ustalił biegły - zawierało symulator gier bębnowych i karcianych oraz generator losowy zapewniający charakter losowy wyniku proponowanych gier.

Podjmując rozważania w kwestii tego, że zdaniem obrońcy A. U. Sąd Rejonowy błędnie ustalił, że w grach dostępnych na zatrzymanych urządzeniach możliwe było uzyskiwanie wygranych pieniężnych lub rzeczowych, wskazać należy, że rzeczywiście zarówno z pierwotnej opinii biegłego, jak i z jego opinii uzupełniającej z dnia 10 maja 2017r. wynika, że automaty nie wypłacały bilonu; niemniej jednak również z opinii biegłego, a także z zeznań osób zatrudnionych w lokalu przy ul. (...) w G., wynika, że wygrane pieniądze były wypłacane - według tabeli wygranych - przez pracowników tego lokalu.

Wskazać należy, że grami na automatach, stosownie do treści art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych są gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, o wygrane pieniądze lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości. Nawet zatem jeśli biegły w opinii uzupełniającej z dnia 10 maja 2017r. uznał, że - z uwagi na brak możliwości wypłaty wygranych pieniężnych przez przedmiotowe automaty do gier - ww. automaty są urządzeniami elektronicznymi oferującymi osobie grającej jedynie wygrane rzeczowe (k. 1.532, t. VIII), to nie zmienia to faktu, że wygrane pieniądze także były wypłacane grającym, tyle tylko, że nie przez automat, a przez pracowników lokalu, w którym owe automaty się znajdowały, na co zgodnie wskazywali przesłuchani w sprawie świadkowie.

Za chybiony należało także uznać zarzut, w którym obrońca oskarżonego zakwestionował trafność ustalenia przez Sąd Rejonowy, że gry urządzone na przez A. U. na automatach do gier miały charakter losowy w rozumieniu art. 2 ust. 3 ustawy o grach hazardowych. Podkreślić należy, że stosownie do przepisu art. 3 ustawy o grach hazardowych, urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w tej ustawie. Ustawa o grach hazardowych operuje katalogiem zamkniętym gier

hazardowych, chodzi wyłącznie o gry hazardowe koncesjonowane ustawą, np. te wskazane w art. 2 ustęp 1 – 3, ustęp 5 cytowanej ustawy o grach hazardowych. Przepis art. 2 ust. 3 ustawy stanowi bowiem, że grami na automatach są gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości. Z kolei z przepisu art. 2 ust. 5 ustawy wynika, że grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym, komputerowych, organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy. Wobec tego, odnoszące się do pojęcia gry na automatach, przepisy art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych mówią o tym, iż charakterystyczną cechą takiej gry, musi być jej „ losowość ”, rozumiana jako nieprzewidywalność rezultatu tej gry. Wywody części motywacyjnej uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego wskazują na to, że przypisane oskarżonemu zachowanie, miało dotyczyć urządzania gier na automatach, o których mowa w przepisie art. 2 ust. 3 cytowanej ustawy hazardowej. W swoich ustaleniach Sąd meriti opisując jakiego typu zatrzymane zostały w sprawie automaty do gier, trafnie powołał się na wynik kontroli celnych oraz wnioski opinii biegłego, czyli na to, że gry rozgrywane na zatrzymanych automatach „ mają charakter losowy ”, a więc taki, jak to opisuje przepis art. 2 ust. 3 cytowanej ustawy, albowiem grający nie mieli wpływu na wynik gry, który nie zależał od umiejętności czy zręczności grającego.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że Sąd Rejonowy, wbrew stanowisku apelującego, w oparciu o prawidłowo zebrany i wnikliwie oceniony materiał dowodowy, poczynił właściwe ustalenia faktyczne w sprawie.

Wyniki przeprowadzonego postępowania dowodowego w toku przewodu sądowego, pozwoliły także Sądowi a quo na trafne przypisanie oskarżonemu wypełnienia kompletu znamion zarzucanego mu przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks. Zdaniem Sądu Okręgowego w obydwu apelacjach, pomimo rozległości i obszerności zarzutów i wywodów sformułowanych głównie w apelacji obrońcy oskarżonego, nie wyartykułowano żadnych znaczących argumentów skutecznie podważających przyjętą przez Sąd Rejonowy w zaskarżonym wyroku ocenę prawną zachowania oskarżonego.

Realizacja znamienia czasownikowego z art. 107 § 1 kks „ wbrew przepisom ustawy ” obejmuje dwie kategorie zachowań, po pierwsze, urządzanie lub prowadzenie bez koncesji lub zezwolenia oraz, po drugie, urządzanie lub prowadzenie za zezwoleniem (przy koncesji), jednak w sposób naruszający przepisy ustawy o grach hazardowych.

W przedmiotowej sprawie A. U. został uznany za winnego tego, że w dniu 29.09.2015r., pełniąc funkcję Prezesa Zarządu (...) sp. z o.o. z siedzibą w B. przy ul. (...), urządził gry na automatach poza kasynem i nie posiadając zezwolenia ani koncesji, tj. o czyn z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19. 11. 2009r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2015r. poz. 612).

Podejmując rozważania w kwestii oceny prawnej zachowania A. U. w pierwszej kolejności wskazać należy, że wobec zapadłego w dniu 13 października 2016 roku wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wydanego w sprawie C-303/15 i rozstrzygającego wątpliwości przedstawione w pytaniu prejudycjalnym skierowanym do Trybunału przez Sąd Okręgowy w Ł. możliwe było wydanie merytorycznego rozstrzygnięcia. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w przywołanym powyżej wyroku uznał, że art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie wchodzi w zakres pojęcia „przepisów technicznych” w rozumieniu dyrektywy 98 / 34, podlegających obowiązkowi zgłoszenia na podstawie art. 8 ust. 1 tej samej dyrektywy, którego naruszenie poddane jest sankcji w postaci braku możliwości stosowania tego przepisu. Nadto Trybunał odniósł się do treści art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, zgłoszonego jako „przepis techniczny”. Trybunał w swoim wyroku stanowczo rozgraniczył oba przepisy, tj. art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych wskazując, że art. 6 ust. 1 ww. ustawy stanowi 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 prowadzonej 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.

W tym miejscu wskazać nadto należy, że powoływane przez obrońcę oskarżonego orzecznictwo europejskie - z którego, co podnosi ten skarżący, wynika, że stosowanie sankcji za brak koncesji jest niedopuszczalne w sytuacji, gdy system koncesyjny ma charakter dyskryminacyjny, a w szczególności gdy warunkiem uzyskania koncesji jest posiadanie siedziby na terytorium Polski - nie ma zastosowania do kwestii odpowiedzialności oskarżonego za zarzucony mu czyn na gruncie prawa krajowego. Zgodnie z treścią swobody przedsiębiorczości, zapisanej w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w artykułach 49 - 55 TFUE, osoby fizyczne i prawne mają prawo wyboru miejsca oraz formy działalności gospodarczej w ramach Unii Europejskiej. Jest to o tyle istotne, iż pozwala prowadzić przedsiębiorstwo w kraju, w którym, w ramach danego rodzaju działalności, uzyskuje ono najdogodniejsze warunki prawne, inwestycyjne, środowiskowe czy finansowe. Innymi słowy, przedsiębiorca ma prawo działać tam, gdzie uzna to za korzystniejsze. Skoro zaś A. U. uznał, że swoją działalność polegającą na urządzaniu gier na automatach będzie prowadził na terytorium Polski, musiał liczyć się z obowiązującymi w tym zakresie przepisami krajowymi. Nadto wskazać należy, że uregulowania ustawy o grach hazardowych nie rozróżniają sytuacji prawnej podmiotów organizujących gry na automatach poza kasynem gry ze względu na miejsce, w którym posiadają siedzibę. Z tych też powodów wskazany zarzut należało uznać za chybiony.

W konsekwencji należało uznać, że skoro w przedmiotowej sprawie, jak prawidłowo ustalił to Sąd Rejonowy, automaty do gry o charakterze losowym umiejscowione zostały przez A. U. w lokalu w G. przy ul. (...), a więc poza kasynem i tam użytkowane bez zezwolenia, to oskarżony swoim zachowaniem zrealizował znamiona przypisanego mu czynu z art. 107 § 1 kks w zw. z art. art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu skarżącego, a dotyczącego naruszenia art. 10 § 4 kks, wskazać należy, że brak jest podstaw do uznania, że A. U. dopuścił się zarzucanego mu czynu pozostając w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności. A. U. w swoich wyjaśnieniach, w których nie przyznał się do popełnienia zarzucanego mu przestępstwa, wskazał bowiem, że w jego mniemaniu podejmował on do dnia 1 lipca 2016r. dozwoloną działalność, nie rodzącą odpowiedzialności prawnokarnej. Zdaniem jednak Sądu odwoławczego w zarzutach oraz wywodach sformułowanych w apelacji przez obrońcę oskarżonego została zaprezentowana błędna wykładnia przepisu art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. z 2015r., poz. 1201). Wskazać bowiem należy, że w odniesieniu do sytuacji prawnej A. U. nie znajduje zastosowania powołany art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. nowelizującej ustawę z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (która to nowelizacja weszła w życie z dniem 3 września 2015r.). Wskazany przepis przewidywał okres przejściowy (do dnia 1 lipca 2016r.) pozwalający podmiotom prowadzącym dotychczas działalność w zakresie urządzania gier na automatach na dostosowanie owej działalności do wymogów ustawowych. Okres przejściowy dotyczył jednak tylko i wyłącznie podmiotów prowadzących działalność legalną (i było to stanowisko ugruntowane w orzecznictwie organów celnych), a zatem zgodną z ustawą o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015r. (co potwierdziło orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2016r., sygn. akt I KZP 1 / 16).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy podkreślić należy, że czyny zarzucone oskarżonemu popełnione zostały już po 3 września 2015r. (w dniach: 29 września 2015r., 20 listopada 2015r., 25 kwietnia 2016r., 6 lipca 2016r., 23 sierpnia 2016r.), a więc w czasie obowiązywania znowelizowanych przepisów ustawy o grach hazardowych i sprowadzały się do prowadzenia działalności w zakresie urządzania gier na automatach bez wymaganej koncesji na prowadzenie kasyna, a zatem właśnie z naruszeniem normy wynikającej z art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, a także poza kasynem gier, a więc także z naruszeniem normy wynikającej z art. 14 ust. 1 tej ustawy. Skoro zatem czyn przypisany oskarżonemu obejmowały okres po 3 września 2015r., to dotyczył sytuacji, w której możliwym jest uzupełnienie normy blankietowej art. 107 § 1 kks przepisem art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, bo ten przepis nie miał i nie ma charakteru technicznego, ale także przepisem art. 14 ust. 1 ustawy, który od wskazanej daty obowiązuje w znowelizowanej, uprzednio notyfikowanej, postaci. Naruszenie tych przepisów przypisał oskarżonemu prawidłowo Sąd Rejonowy, dokonując uzupełnienia tak opisu czynu zarzucanego A. U., jak i jego kwalifikacji prawnej. W żadnej mierze jednak nie można uznać, że przepis art. 14 ust. 1 ustawy miał zastosowanie do oskarżonego, umożliwiając mu dostosowanie się do wymogów określonych w art. 1 ustawy zmieniającej w brzmieniu nadanym ustawą do dnia 1 lipca 2016r.;

Powoływany zatem przez obrońcę oskarżonego zarzut naruszenia przez Sąd a quo art. 10 § 4 kks, mający polegać zdaniem skarżącego na pominięciu okoliczności sprawy, z których wynika, że oskarżony działał co najmniej w nieświadomości karalności, należało uznać za chybiony. Sąd Okręgowy podzielił stanowisko Sądu Rejonowego w tej kwestii, uznając argumentację przedstawioną w uzasadnieniu jako logiczną i zasługującą na aprobatę. Sąd meriti w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku odniósł się bowiem do kwestii dotyczącej umyślności zachowania oskarżonego, jego przekonania o legalności jego działania, nie przyjmując jednocześnie, aby A. U. działał w usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynu, o którym mowa w art. 107 § 1 kks. Argumentacja Sądu Rejonowego jawi się jako przekonująca, w przeciwieństwie do tej zaprezentowanej w apelacji oskarżonego. A. U. - jako zainteresowany prowadzeniem działalności gospodarczej na polu urządzania gier hazardowych - musiał mieć bowiem pełną świadomość w zakresie obowiązujących przepisów, w tym również brzmienia art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, którego treść wskazuje jednoznacznie na obowiązek posiadania koncesji na kasyno gry oraz art. 14 ust. 1 tej ustawy, którego treść zezwala na urządzanie gier na automatach jedynie w kasynach gier. Nieobca była mu również nowelizacja przepisu art. 14 ust. 1 ustawy, o czym była mowa wyżej. Co należy podkreślić – z punktu widzenia istoty argumentacji obrońcy oskarżonego – to to, że w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia w przypadkową osobą, która wstawiła jeden automat pierwszy raz, ale z osobą, która od dłuższego czasu prowadziła działalność gospodarczą na polu urządzania gier hazardowych i która musiała mieć pełną świadomość w zakresie obowiązujących przepisów, w tym również brzmienia art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, których treść wskazuje jednoznacznie na obowiązek posiadania koncesji na kasyno gry i urządzania gier jedynie w kasynie. Już w świetle protokołów kontroli prowadzonych przez funkcjonariuszy celnych i zatrzymań automatów należących do spółki, której prezesem zarządu był A. U., musiał on mieć świadomość możliwości naruszenia przepisów ustawy o grach hazardowych, a mimo to godził się nadal na urządzanie gier na automatach wbrew przepisom tej ustawy. Sam fakt kontynuowania takiej działalności, mimo uprzednich zatrzymań automatów do gier, dowodzi uporczywości oskarżonego w jego działaniu. Co istotne przy tym A. U. jest profesjonalistą w branży, od lat zawodowo zajmującym się prowadzeniem działalności rozrywkowej na terenie kraju, związanej z automatami do gier oraz z grami hazardowymi, a skala tej działalności wskazuje bezsprzecznie na to, że powinien znać wymogi jakie należy spełnić, aby taka działalność była legalna i nie naruszała przepisów prawa karnego skarbowego. Wobec tego, nie sposób zgodzić się z wywodami wniesionej przez obrońcę oskarżonego apelacji jakoby w rozpoznawanej sprawie nie zostało wykazane świadome naruszenia przez A. U. wymogów określonych przepisami ustawy, regulującymi urządzanie gier hazardowych. Również powoływanie się przez A. U. w złożonych przez niego wyjaśnieniach na określoną linię orzeczniczą, przychylną jego stanowisku, jawi się jako niewystarczające, szczególnie, gdy weźmie się pod uwagę dwutorowość linii orzeczniczej w tym zakresie. Nie sposób bowiem przyjąć za brak świadomości co do karalności, w szczególności brak usprawiedliwiony, sytuację w której adresat normy prawnej, z określonego stanu prawnego interpretuje jedynie przychylnie sobie stanowisko, które okazuje się następnie błędne.

Wobec tego, nie sposób zgodzić się z wywodami wniesionej przez obrońcę A. U. apelacji podnoszącej jakoby w rozpoznawanej sprawie nie zostało wykazane świadome naruszenia przez oskarżonego wymogów określonych przepisami ustawy, regulującymi urządzanie gier hazardowych.

Konkludując stwierdzić należy, że apelujący nie zdołali podważyć stanowiska Sądu I instancji, który prawidłowo ocenił istotne dla sprawy okoliczności faktyczne i posiłkując się, między innymi opinią biegłego, wyciągnął właściwe wnioski finalne trafnie przypisując oskarżonemu naruszenie art. 6 ust 1 i art. 14 ustawy o grach hazardowych, a w konsekwencji popełnienie czynu z art. 107 § 1 kks. Brak przy tym podstaw, by uznać – jak tego chce obrońca oskarżonego – że Sąd Rejonowy dopuścił się naruszenia art. 399 pkp. Oskarżyciel zarzucił bowiem A. U. urządzanie gier na automatach bez zezwolenia, tj. wbrew przepisom art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych (Dz. U. z 2015r., poz. 612), a zatem popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 kks. Wskazać natomiast należy, że prowadzenie działalności w zakresie urządzania gier na automatach bez wymaganej koncesji na prowadzenie kasyna stanowi naruszenie normy wynikającej z art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, a nie - jak wskazał w zarzucie oskarżyciel - art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych; natomiast naruszenie art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych dotyczy urządzania gier na automatach poza kasynem gier. Z powyższego wynika, że zarówno A. U., jak jego obrońca, wiedzieli o co jest oskarżony

A. U., uzupełnienie zaś przez Sąd a quo kwalifikacji prawnej zarzucanego oskarżonemu czynu (a także jego opisu) nie stanowiło naruszenia art. 399 kpk.

Brak było również podstaw do tego, by uznać, że zachowanie A. U. stanowiło wypadek mniejszej wagi, o którym mowa w art. 107 § 4 kks. Zgodnie z przepisem art. 53 § 8 kks wypadek mniejszej wagi jest to czyn zabroniony jako wykroczenie skarbowe, które w konkretnej sprawie, ze względu na jej szczególne okoliczności - zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe - zawiera niski stopień społecznej szkodliwości czynu, w szczególności gdy uszczuplona lub narażona na uszczuplenie należność publicznoprawna nie przekracza ustawowego progu z § 6 tego przepisu, a sposób i okoliczności popełnienia czynu zabronionego nie wskazują na rażące lekceważenie przez sprawcę porządku finansowo - prawnego lub reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach, albo sprawca dopuszczający się czynu zabronionego, którego przedmiot nie przekracza kwoty małej wartości, czyni to z pobudek zasługujących na uwzględnienie. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. A. U. dopuścił się bowiem zachowań przestępczych polegających na prowadzeniu działalności hazardowej na w sumie 56 automatach (przy 1 przeszukaniu zatrzymano 13 automatów, przy drugim - 10, przy trzecim - 12, przy czwartym - 11, przy piątym - 10). Oskarżony kontynuował przy tym działalność polegającą na urządzaniu gier hazardowych, mimo kolejnych zatrzymań automatów. Nie jest więc tak, by działalność oskarżonego była zakrojona na małą skalę. W realiach niedużego miasta jakim są G. tego rodzaju działalność poważnie naruszała reguły reglamentacji rynku hazardowego i narażała mienie klientów korzystających z tego rodzaju gier. W świetle tych okoliczności obciążających, fakt że oskarżonemu przypisano popełnienie przestępstwa, na które złożyło się, jak wskazuje obrońca oskarżonego - jedynie pięć jednodniowych zachowań - niczego istotnie nie zmienia. Dla oceny, czy czyn jest wypadkiem mniejszej wagi, istotny jest bowiem zamiar oskarżonego polegający na ustaleniu czy chciał on uprawiać nielegalną działalność na szerszą skalę czy też było to jednorazowe działanie. W przedmiotowej zaś sprawie, okoliczność, że podczas kolejnych pięciu przeszukań, podjętych przez funkcjonariuszy celnych na przestrzeni niespełna jednego roku, w lokalu przy ul. (...) w G., wydierżawionym przez spółkę, której prezesem był oskarżony, każdorazowo znajdowało się 10 lub więcej automatów do gier, świadczy o nieustępliwości w działaniu oskarżonego, którego celem było urządzenie gier na automatach, przy czym, co wynika z treści innych zapadłych w stosunku do A. U. wyroków skazujących za czyny z art. 107 § 1 kks, działalność oskarżonego była zarówno rozciągnięta w czasie, jak i obejmowała swoim zasięgiem również inne, poza G., miasta.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że A. U. był świadomy bezprawności podejmowanych działań, a jego zachowanie w stopniu znacznym godziło w podstawowe reguły rządzące reglamentacją rynku hazardowego. Takie zaś zachowanie A. U. nie mogło zostać uznane za wypadek mniejszej wagi.

Sąd Okręgowy uznał także, że nie był uzasadniony podniesiony przez obrońcę oskarżonego argument jakoby Sąd I instancji naruszył art. 17 § 1 pkt 7 kpk, a to na skutek prowadzenia postępowania w niniejszej sprawie, pomimo iż postępowanie karnoskarbowe w tej samej sprawie, o ten sam czyn, wszczęto już w innym postępowaniu tego samego typu. Skarżący powołał się w tym zakresie na wyrok Sądu Rejonowego (...) z dnia 18 października 2016r., sygn. akt V K 372 / 16, w którym A. U. został uznany za winnego tego, że w okresie nie krótszym niż od dnia 30 września 2015r. do dnia 3 listopada 2015r. w lokalu o nazwie (...) w K. przy ul. (...), urządził i prowadził gry na automatach o wskazanych w wyroku nazwach, zawierających gry z elementami losowości, gdzie występują wygrane rzeczowe polegające na możliwości przedłużania gry bez konieczności wpłaty stawki za udział w grze, wbrew przepisom art. 3, art. 6 ust. 1, art. 9, art. 14 ust. 1 oraz art. 23a ustawy o grach hazardowych, czym wyczerpał znamiona czynu z art. 107 § 1 kks i za to, na mocy art. 107 § 1 kks, wymierzył mu karę grzywny w wysokości 50 stawek dziennych, ustalając wartość jednej stawki dziennej na kwotę 70 zł (k. 1723 - 1724). Powyższy wyrok utrzymany został w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w(...) z dnia 15 lutego 2017r., sygn. akt VI Ka 878 / 16 (k. 1725).

Wskazać należy, że na gruncie prawa karnego skarbowego, podobnie jak na gruncie prawa karnego, obowiązuje zasada, że jeden czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo skarbowe albo wykroczenie skarbowe. Stosownie do treści art. 6 § 2 kks dwa lub więcej zachowań, podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności uważa się za jeden czyn zabroniony. W konsekwencji zaś prawomocne skazanie za przestępstwo lub wykroczenie ciągle stwarza stan powagi rzeczy osądzonej co do wszystkich

czynów częściowych popełnionych w okresie objętym wyrokiem skazującym; warunkiem jest jednak to, aby nowo ujawnione zachowanie było tożsame z tym czynem, za który sprawca został już skazany, a zatem, by można było uznać, że to nowo ujawnione zachowanie podjęte zostało w ramach tego samego czynu ciągłego, za który sprawca został już skazany. Na gruncie zaś prawa karnego skarbowego warunkiem uznania jedności czynu, oprócz tożsamości sprawcy i bliskości czasowej, jest także podjęcie przez danego sprawcę zachowania w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności (art. 6 § 2 kks). Podejmowanie dwóch lub więcej zachowań w wykonaniu tego samego zamiaru oznacza w istocie popełnianie przestępstwa „na raty”. Sprawca musi bowiem zachowywać się nagannie, realizując ten sam zamiar, a nie taki sam zamiar. Wykorzystanie takiej samej sposobności jako warunek ciągłości czynu oznacza powielanie analogicznych zachowań nagannych z wykorzystaniem takiej samej nadarzającej się okazji lub sprzyjających warunków, czy okoliczności. Stwierdzić zatem należy, że zakres stosowania instytucji czynu ciągłego na gruncie kodeksu karnego skarbowego jest szerszy aniżeli na gruncie kodeksu karnego, albowiem obejmuje również zachowania nieobjęte jednolitym zamiarem, a także realizowane z wykorzystaniem takiej samej sposobności. Wskazać jednak należy, że czynnikiem pozwalającym zakwalifikować czyny jako tożsame w rozumieniu art. 6 § 2 kks jest tożsamość zdarzenia, rozumianego jako całość, na którą składają się zachowania nierozdzielnie ze sobą związane w czasie, przestrzeni, jak i przez swój przedmiot (por. Sprawa C-288 / 05, Przegląd orzecznictwa europejskiego dotyczącego spraw karnych, zeszyt nr (...)).

W przedmiotowej zaś sprawie nie sposób uznać, że zachowania podjęte przez A. U., opisane w części wstępnej zaskarżonego wyroku, stanowiły fragment tego samego czynu ciągłego, za który oskarżony został już osądzony wyrokiem Sądu Rejonowego Katowice – Wschód w K. z dnia 18 października 2016r., sygn. akt V K 372 / 16. Wprawdzie rację miał skarżący podnosząc, że w obu sprawach czyny zarzucone A. U. miały polegać na tym, że oskarżony, urządzał wbrew przepisom określonym w art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, gry o charakterze losowym na automatach do gier, jednakże nie uwzględnił już tego, że w każdym z tych dwóch przypadków mieliśmy do czynienia z różnymi automatami umiejscowionymi w dwóch różnych lokalach znajdujących się w różnych miejscowościach na terenie Polski. Tamten osąd odnosił się zatem do powtarzalnych zachowań, ale w granicach czasowych i okolicznościach ustalonych i ściśle określonych w opisie przypisanego oskarżonemu czynu. Także inne dotychczasowe skazania dotyczyły wprawdzie czynów podobnych, jednakże popełnionych w odmiennych okolicznościach faktycznych. Wskazywany przez obrońcę oskarżonego wyrok z dnia 18 października 2016r., sygn. akt V K 372 / 16, mocą którego A. U. został przypisany czyn z art. 107 § 1 kks, popełniony w okresie nie krótszym niż od dnia 30 września 2015r. do dnia 3 listopada 2015r., podczas gdy w przedmiotowej sprawie A. U. został oskarżony o popełnienie czynu z art. 107 § 1 kks w dniach: 29 września 2016r., 20 listopada 2015r., 25 kwietnia 2016r., 6 lipca 2016r., 23 sierpnia 2016r. Stwierdzić zatem należy, że prawomocne już skazanie w sprawie o sygn. akt V K 372 / 16 odnosi się do powtarzalnych zachowań mających miejsce w innych granicach czasowych i okolicznościach, ustalonych w opisie przypisanego oskarżonemu czynu. Podobnie rzecz się ma w odniesieniu do zarzutu obrońcy oskarżonego dotyczącego tego, że w dniu 7 stycznia 2016r., a zatem przed datą przedstawienia zarzutu A. U. w niniejszej sprawie (co miało miejsce w dniu 26 kwietnia 2016r.), został mu postawiony zarzut urządzania i prowadzenia gier w okresie bliżej nieustalonego czasu do dnia 19 października 2015r. w lokalu o nazwie Salon (...) C. znajdującego się przy ul. (...) w Z., co zdaniem apelującego winno skutkować tym, że z uwagi na tożsamość czynu – niniejsze postępowanie należy umorzyć. Wskazać jednak należy, że okoliczność, iż przeciwko oskarżonemu prowadzone są, poza niniejszym, także inne postępowania, w tym także prawomocnie zakończone, prowadzi jedynie wniosku, że A. U. urządzał gry na automatach w różnych miejscowościach w kraju, nie tylko w G.. Podjęcie zaś takiej działalności każdorazowo wiązało się koniecznością dokonania ustaleń związanych z możliwościami uruchomienia hazardowej działalności na określonym terenie. To z kolei wiązało się z potrzebą poszukiwania na danym terenie skłonnych do takiej współpracy kontrahentów, a następnie zawierania z różnymi podmiotami umów najmu lub dzierżawy powierzchni lokali w celu wstawienia do lokali automatów do gry. Przy czym za każdym razem oskarżony zawierał umowę z innym podmiotem, indywidualnie ustalając jej warunki. Automaty wstawiane były zatem do różnych lokali znajdujących się na terenie kraju, w oparciu o indywidualnie ustalone warunki umowy. W tej sytuacji, w ocenie orzekającego w tym składzie Sądu odwoławczego, brak jest podstaw do przyjęcia, że wszystkie te zachowania - a więc te, za które A. U. został już skazany oraz te będące przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie - stanowią jedną całość, na którą składają się zachowania nierozdzielnie ze sobą związane w czasie, przestrzeni oraz poprzez swój przedmiot. Przeciwnie rozumienie

pojęcia jedności czynu, o której mowa w art. 6 § 2 kks, prowadziłyby bowiem do sytuacji, w której oskarżony, będąc skazanym za czyn polegający na urządzeniu - wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych - w określonym czasie gry na jednym konkretnym automacie znajdującym się w określonym lokalu, nie mógłby - z uwagi na tożsamość czynu i powagę rzeczy osądzonej - zostać skazanym za urządzenie - w tym samym czasie - gier na innych automatach wstawionych do innych lokali na terenie całego kraju. W konsekwencji sytuacja taka prowadziłyby do bezkarności bezprawnych zachowań sprawcy wyczerpujących znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks, a popełnionych na skalę ogólnokrajową.

Wobec powyższego należało uznać, że w przedmiotowej sprawie przypisany A. U. czyn nie stanowił fragmentu czynu ciągłego, za który oskarżony został już skazany wyrokiem Sądu Rejonowego (...) z dnia 18 października 2016r., sygn. akt V K 372 / 16, a tym samym w sprawie nie zaistniała, wskazywana przez obrońcę oskarżonego, negatywna przesłanka procesowa w postaci powagi rzeczy osądzonej, o której mowa w art. 17 § 1 pkt 7 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks.

Jednocześnie, Sąd odwoławczy nie dopatrywał się powodów do kwestionowania orzeczenia o karze w zaskarżonym wyroku. W ocenie Sądu Okręgowego wymierzona oskarżonemu kara grzywny w żadnym razie nie może uchodzić za rążaco surową. Wypełnia ona wymogi prewencji ogólnej i spełnia swoje cele w zakresie społecznego oddziaływania, uwzględniając wszelkie okoliczności mające wpływ na wymiar kary, jest adekwatna do stopnia zawinienia oskarżonego i stopnia społecznej szkodliwości przypisanego mu czynu. Sąd meriti prawidłowo ustalił oraz ocenił wszystkie uwarunkowania i przesłanki mające wpływ na wysokość orzeczonej kary grzywny. Sąd Rejonowy w sposób prawidłowy ocenił także możliwości finansowe oskarżonego, przy uwzględnieniu jego potencjalnych dochodów, a te prawidłowo determinowały, ustaloną na poziomie 100 złotych, wysokość jednej stawki dziennej.

Wbrew zarzutom obydwu skarżących nie budzi także zastrzeżeń orzeczonego przypadek zabezpieczonych urządzeń wraz z kluczami do automatów oraz ujawnione w automatach pieniądze, orzeczenie bowiem wskazanego środka karnego było obligatoryjne, co wynika z treści art. 30 § 5 kks. Niewątpliwym bowiem jest, że zatrzymane przedmioty, tj. automaty do gier, 100 sztuk kluczy do automatów oraz znalezione w automatach środki pieniężne, służyły do popełnienia przestępstwa lub pochodziły z przestępstwa. Wskazać przy tym należy, że kwota 4.570 zł, co do której Sąd Rejonowy orzekł przypadek, stanowi sumę pieniędzy, która została ujawniona w zabezpieczonych automatach. Nie ma przy tym znaczenia, że - jak wskazali obydwaj apelujący - ww. przedmioty nie stanowią własności oskarżonego. Istotnym bowiem jest, że ww. przedmioty służyły do popełnienia przestępstwa lub pochodziły z przestępstwa, o którym mowa w art. 107 § 1 kks. Nie można w żaden sposób wszak podzielić poglądu skarżących, iż działalność A. U. była legalna, o czym już pisano wyżej, bowiem oskarżony umyślnie popełnił przestępstwo z art. 107 § 1 kks, działając wbrew przepisom art. 6 ust 1 i art. 14 ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Mając zatem na uwadze, że orzeczenie przypadku - w sytuacji uznania, że czyn wyczerpuje znamiona art. 107 § 1 kks - było obligatoryjne, Sąd I instancji zobowiązany był orzec przypadek zatrzymanych automatów, kluczy oraz środków pieniężnych, bez względu na to czyją były one własnością.

Mając powyższe na uwadze, a także nie stwierdzając uchybień podlegających uwzględnieniu z urzędu, Sąd odwoławczy na podstawie art. 437 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

W zakresie kosztów procesu za postępowanie odwoławcze orzeczono na podstawie art. 633 kpk w zw. z art. 636 § 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, zaś opłaty wymierzono na podstawie art. 3 ust. 1 w zw. z art. 21 pkt 1 w zw. z art. 8 oraz art. 13 ust. 2 w zw. z art. 21 pkt 1 w zw. z art. 8 ustawy z dnia 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych (tj. Dz. U. z 1983r., nr 49, poz. 223 ze zm.) nie znajdując podstaw do zwolnienia oskarżonego oraz interwenienta od zapłaty Skarbowi Państwa tych należności.

SSO Krzysztof Zaremba SSO Ryszard Małachowski SSO Tomasz Karwacki