



Sygn. akt III KK 65/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 października 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Małgorzata Gierszon

SSO del. do SN Wojciech Sych

Protokolant Dagmara Szczepańska-Maciejewska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Zbigniewa Siejbika
w sprawie A.R.

oskarżonego z art. 107 § 1 k.k. s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 5 października 2017 r.,

kasacji, wniesionej przez Prokuratora Okręgowego w [...] na niekorzyść
oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w [...]

z dnia 10 grudnia 2013 r.,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w [...]

z dnia 26 kwietnia 2013 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok oraz utrzymany nim w mocy wyrok
Sądu Rejonowego w [...] i przekazuje sprawę do ponownego
rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2013 r., Sąd Rejonowy w [...] uniewinnił A.R. od czynu polegającego na tym, że: „bez wymaganego zezwolenia właściwego organu, tj. wbrew art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych oraz wbrew art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, wskazującego na obowiązek urządzania gier na automatach wyłącznie w kasynach gry w okresie od dnia 27.04.2010 r. do dnia 29.09.2010 r. urządzał gry: w [...] na automatach [...]

tj. od przestępstwa określonego w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., zwracając oskarżonemu dowody rzeczowe w postaci pięciu automatów oraz monet i obciążając kosztami postępowania Skarb Państwa.

Wyrok ten zaskarżył apelacją Urząd Celny w [...] zarzucając w niej „obrazę prawa materialnego oraz błędy w ustaleniach faktycznych przyjętych z podstawę orzeczenia” i wnosząc o „zmianę zaskarżonego wyroku w całości” (tak w oryginale – uwaga SN).

Sąd Okręgowy w [...] wyrokiem z dnia 10 grudnia 2013 r., zaskarżone orzeczenie sądu *meriti* utrzymał w mocy, uznając apelację oskarżyciela publicznego za oczywiście bezzasadną.

Kasację od wyroku Sądu odwoławczego na niekorzyść oskarżonego wniósł Prokurator Okręgowy w [...]. Zaskarżył on to orzeczenie w całości zarzucając:

I. „rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie przepisów prawa karnego procesowego, oraz materialnego, a mianowicie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., polegające na dokonaniu nienależytej kontroli odwoławczej z pominięciem analizy całego stanu faktycznego i prawnego sprawy, nie ustosunkowanie się w sposób rzetelny do zarzutów podniesionych w środku odwoławczym i konsekwencji zaaprobowaniu orzeczenia wydanego z :

– rażącym i mającym istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia naruszeniem przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r. Nr 201, poz. 1540), polegającego na błędnym uznaniu, że gry na przedmiotowych automatach nie są grami o charakterze losowym, podczas gdy zainstalowanie w automatach do gry, o jakich stanowi art. 2 ust 5 przywołanej ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych generatora liczb pseudolosowych i w konsekwencji zaistnienie stanu tak zwanej sztucznej losowości, która to sytuacja

zaistniała w niniejszej sprawie, nie pozbawiał gier charakteru losowego, czego konsekwencją winno być uznanie, że

oskarżony urządzał gry na automatach wbrew przepisom cytowanej ustawy o grach hazardowych,

– rażącym i mającym wpływ na treść rozstrzygnięcia naruszeniem przepisów prawa materialnego mianowicie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych, poprzez wyrażenie błędnego poglądu, że jedynie Minister Finansów wydając na podstawie cyt. przepisu decyzję, jest uprawniony do zajęcia stanowiska, że gry na zakwestionowanych u oskarżonego automatach mają charakter losowy, podczas gdy wynikające z treści powyższego przepisu unormowanie nie daje podstaw do przyjęcia poglądu, by brak tej decyzji miał być równoznaczny z niemożnością rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego, a więc, by sąd karny miał być wspomnianym faktem związany i nie miał kompetencji do samodzielnego ustalenia, czy będące przedmiotem osądu gry spełniały określone ustawą kryteria, co w rezultacie stanowiło jedną z podstaw uniewinnienia oskarżonego od zarzucanego mu czynu,

II. rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie przepisów prawa karnego procesowego, a mianowicie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z 433 § 2 k.p.k. w zw. art. 366 § 1 k.p.k. i art. 7 k.p.k., polegające na dokonaniu nienależytej kontroli odwoławczej z pominięciem analizy całego stanu faktycznego i prawnego sprawy i zaaprobowaniu orzeczenia, które zostało wydane bez wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności związanych z istniejącą możliwością poddania badaniu zabezpieczonych urządzeń do gry przez jednostkę badającą, upoważnioną przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych na podstawie Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie warunków urządzania gier i zakładów Wzajemnych (Dz. U. Nr 102, poz. 94), obowiązującego w dacie popełnienia czynu, w konsekwencji czego, w oparciu o niepełny materiał dowodowy oraz w sposób dowolny przyjęto, że oskarżony, jako przedsiębiorca zwracając się o wydanie opinii prywatnej w przedmiocie określenia charakteru gier na posiadanych urządzeniach dołożył należytej staranności i z uwagi na brak świadomości bezprawności czynu brak było podstaw do przypisania mu umyślności w popełnieniu zarzucanego mu przestępstwa, podczas gdy zważywszy na brak

powyższej analizy i brak rozważań w powyższym zakresie, zaprezentowane przez Sąd Okręgowy w [...] stanowisko wynikające z dyrektywy określonej w art. 5 § 2 k.p.k. należy uznać za przedwcześnie”.

Przy tak sformułowanych zarzutach autor kasacji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w [...] i poprzedzającego jego wydanie wyroku Sądu Rejonowego w [...] oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji. Stanowisko to podtrzymał uczestniczący w rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja wniesiona przez oskarżyciela publicznego na niekorzyść oskarżonego jest zasadna. Na uwzględnienie zasługiwał również zgłoszony w niej wniosek o uchylenie wyroków obu sądów i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi *a quo*.

Podstawą wydania w tej sprawie przez Sąd Rejonowy w [...] wyroku uniewinniającego A.R. od popełnienia zarzucanego mu czynu było uznanie, że oskarżonemu nie można przypisać ani strony podmiotowej ani przedmiotowej przestępstwa określonego w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.

Zdaniem tego Sądu sam fakt, że oskarżony przed rozpoczęciem urządzania gier na automatach we wskazanych w zarzucie lokalach gastronomicznych dysponował opinią biegłego sądowego M. S. wskazującą na brak charakteru losowego tych urządzeń, świadczy o tym, że nie mógł on wiedzieć, iż automaty te posiadają cechy gier hazardowych, a tym samym brak po jego stronie świadomości w tym przedmiocie wyklucza, aby chciał lub co najmniej godził się na popełnienie przestępstwa skarbowego. W tym kontekście zaakcentowano również fakt pojawienia się w sprawie sprzecznych opinii, w tym opinii sporządzonej na zlecenie organu finansowego, wyprowadzając z tego ostatniego faktu wniosek o istnieniu wątpliwości, co do charakteru używanych przez A.R. urządzeń, także po stronie Urzędu Celnego w [...].

Co więcej, Sąd pierwszej instancji dzieląc opinię prywatną biegłego M. S. zakwestionował równocześnie wnioski zawarte w opinii biegłego W. K. wywodząc, w uwzględnieniu opisanego przez biegłych sposobu działania automatów oraz dokonując w tym zakresie oceny prawnej w oparciu o przepisy

m.in. art. 2 ust. 3 – 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 – dalej w tekście określonej, jako u.g.h.), że wszystkie będące w dyspozycji oskarżonego urządzenia nie miały charakteru losowego. Podkreślono wreszcie, że zgodnie z art. 2 ust. 6 u.g.h. to jedynie Minister Finansów jest upoważniony do wydania decyzji, czy gra lub zakład posiadające cechy wymienione w ust. 1-5 tego przepisu są grą losową, zakładem wzajemnym albo grą na automacie w rozumieniu u.g.h., a Urząd Celny w przedmiotowej sprawie decyzją taką nie dysponował.

Konkluzja sądu o braku charakteru losowego urządzeń funkcjonujących w objętych aktem oskarżenia lokalach, w powiązaniu z wywoodem o braku notyfikacji art. 14 ust. 1 u.g.h. oraz art. 6 ust. 1 u.g.h. zgodnie z wymogami Dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji z dziedziny norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informatycznego (Dz. Urz. WE 204 z 21 lipca 1998 r., ze zm.), które to przepisy mają zdaniem instancji *a quo* charakter techniczny [odwołano się w tym przedmiocie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012 r., w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11, Fortuna i in.], dały z kolei temu Sądowi również asumpt do twierdzenia o braku strony podmiotowej przestępstwa zarzucanego oskarżonemu.

Pogląd wyżej wyrażony zakwestionował oskarżyciel publiczny – Urząd Celny w [...]. Wprawdzie sam zarzut sformułowany w *petitum* apelacji był – jak to wskazano we wstępnej części niniejszego uzasadnienia – nad wyraz ogólny, jednak jego sprecyzowania dokonano w uzasadnieniu wniesionego na niekorzyść oskarżonego zwykłego środka zaskarżenia. Zawarta tam argumentacja nie pozostawia wątpliwości, że przedmiotem zarzutów objęto zarówno rozważania sądu *meriti* dotyczące strony podmiotowej, jak i przedmiotowej czynu, od którego A.R. uniewinniono. W ocenie autora apelacji nieuprawniona była konstatacja Sądu pierwszej instancji o braku charakteru losowego automatów do gier objętych zarzutem. W tym kontekście wskazano na błędną ocenę dowodu z opinii biegłego M. S. podnosząc, że opinia ta opisuje jedynie budowę i mechanizm zasady działania zajętych urządzeń, a nadto nie uwzględnia definicji gry na automatach

zawartej w art. 2 ust. 5 u.g.h., nietrafnie zresztą także zinterpretowanej w pisemnych motywach sądu *a quo*. Zdaniem skarżącego w wyroku Sądu Rejonowego w [...] uznano także niezasadnie, że po stronie oskarżonego brak było świadomości, co do konieczności uzyskania zezwolenia na użytkowanie automatów skoro nie zwrócił się on ze stosownym pytaniem do właściwego miejscowo urzędu celnego, ani też nie skorzystał z możliwości, jakie stwarza art. 2 ust. 6 u.g.h., uprawniający Ministra Finansów do rozstrzygnięcia w drodze decyzji czy gra na konkretnym automacie jest grą na automacie w rozumieniu ustawy. W tym kontekście zauważono, że A. R. musiał mieć, co najmniej wątpliwość w zakresie potencjalnej możliwości naruszenia art. 2 ust. 5 u.g.h. skoro zwrócił się o ocenę do biegłego M. S., a wątpliwość ta mogła istnieć wyłącznie do momentu pierwszej kontroli funkcjonariuszy urzędu celnego. Tymczasem oskarżony po tej dacie nie zaniechał dotychczasowej działalności wstawiając w lokalach gastronomicznych kolejne urządzenia bez oceny właściwej merytorycznie instytucji – tj. ministra właściwego do spraw finansów. Wreszcie skarżący zasygnalizował jako niezrozumiałą i niepogłębioną tę część wyводу sądu *meriti* w jakiej Sąd ten uznał za techniczny przepis art. 6 ust. 1 u.g.h., wskazując, że wyrok TSUE z dnia 19 lipca 2012 r., *Fortuna i in.*, który mógł być podstawą takiego wnioskowania, rozstrzygał wyłącznie o technicznym charakterze art. 14 ust. 1 u.g.h.

Zrealizowanie przez Sąd drugiej instancji obowiązków, wynikających z przepisów art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., wymaga nie tylko nie pomijania żadnego zarzutu podniesionego w środku odwoławczym, lecz także rzetelnego ustosunkowania się do każdego z tych zarzutów oraz wykazania konkretnymi, znajdującymi oparcie w ujawnionych w sprawie okolicznościach, argumentami dlaczego uznano poszczególne zarzuty apelacji za trafne, bądź też za bezzasadne. Do naruszenia tych przepisów może więc dojść nie tylko wtedy, gdy sąd pomija w swoich rozważeniach zarzuty zawarte w środku odwoławczym, lecz także wtedy, gdy analizuje je w sposób odbiegający od wymogu rzetelnej ich oceny.

Bez wątpienia rację przyznać należy autorowi kasacji, że sposób rozpoznania przez Sąd Okręgowy w [...] wniesionej przez Urząd Celny w [...] apelacji od wyroku uniewinniającego wydanego przez sąd *meriti* odbiega od obowiązujących w tym zakresie standardów. Analiza skomprimowanych motywów

wyroku Sądu odwoławczego nie pozostawia wątpliwości, że zarzuty i wnioski apelacji nie zostały poddane właściwej i rzeczowej kontroli. Oddalając apelację, jako oczywiście bezzasadną sąd *ad quem* powieł w części wywody Sądu Rejonowego ograniczając się jednak w efekcie do konstatacji o braku po stronie A. R. zamiaru umyślnego i uznając w konkluzji, że wątpliwości w tym zakresie nie da się usunąć. Nie uwzględniając argumentacji oskarżyciela publicznego powołał się przy tym wyłącznie na brak po stronie Urzędu Celnego w [...] inicjatywy w kierunku uzyskania stosownego stanowiska na podstawie art. 2 ust. 6 u.g.h., zauważając jednocześnie, że również sam organ postępowania nie był w stanie samodzielnie rozstrzygnąć omawianej kwestii (charakteru losowego zatrzymanych automatów) skoro zwrócił się o opinię do innego biegłego. Trudności w określeniu charakteru gier na przedmiotowych aparatach, która to kwestia nastrocza przecież problemów także osobom mającym wiedzę w tym zakresie, nie pozwala zdaniem tego Sądu na odrzucenie wersji oskarżonego, dysponującego przecież opinią biegłego sądowego, o jego usprawiedliwionym przekonaniu, co do legalności prowadzonej przez siebie działalności.

Takie twierdzenie ma jednak charakter bardzo uproszczony i nie uwzględnia realiów, w jakich oskarżony podjął się prowadzenia działalności gospodarczej. Uszło przy tym uwadze Sądu odwoławczego, że wbrew temu, co starał się sugerować A. R. powołując się na opinię prywatną, uzyskanie przez oskarżonego wiedzy pozwalającej na dostosowanie się do obowiązującego prawa wcale nie wymagało prowadzenia skomplikowanych analiz prawnych, ani posiłkowania się wiedzą specjalistyczną. Rozpoczęcie przez oskarżonego działalności gospodarczej, oferującej grę na automatach, wymagało postawienia sobie przecież wyłącznie jednego i to prostego pytania – czy grający na automacie ma jakikolwiek realny wpływ na wynik gry. Udzielanie odpowiedzi na to pytanie jest oczywiste dla każdego, kto dysponuje przeciętnymi możliwościami percepcji i podstawowym doświadczeniem życiowym, a nie można zapominać, że oskarżony to osoba, która prowadziła w zakresie urządzania gier na automatach działalność profesjonalną.

Trafnie zauważył przy tym oskarżyciel publiczny we wniesionej kasacji, że to na oskarżonym, jako podmiocie prowadzącym działalność gospodarczą, ciążył obowiązek dostosowania się do obowiązujących reguł należytej staranności przy

prowadzeniu działalności, i zachowania ostrożności tak, aby prowadzić tę działalność zgodnie z prawem (art. 18 i art. 46 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (w tym czasie Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095 ze zm.)). Kwestia ta całkowicie umknęła uwadze sądu *ad quem*, który w swoim wywodzie skupił się wyłącznie na tym, że oskarżony dysponował przecież opinią biegłego sądowego określającego charakter użytkowanych urządzeń, a skoro tak, to pozostają niedające się usunąć wątpliwości co do stanu jego świadomości, które obligują do posiłkowania się regułą określoną w art. 5 § 2 k.p.k.

W związku z tym przypomnieć należy, że nie można korzystać z rozwiązania wskazanego w art. 5 § 2 k.p.k. m.in. wówczas, gdy ocena dowodów przeprowadzona jest w sposób, który nie odpowiada wymogom z art. 7 k.p.k. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2011 r., III KK 453/10, LEX nr 811865). Co więcej, zasady *in dubio pro reo* nie można również rozumieć jako swoistego uproszczonego traktowania wątpliwości. Nie ma więc ona zastosowania w sytuacji, gdy wątpliwości są rezultatem niedokładnego i nieprecyzyjnego postępowania dowodowego, kiedy to organ procesowy powinien z urzędu uzupełnić to postępowanie, aby ustalić fakty zgodnie z ich rzeczywistym przebiegiem i wyjaśnić nasuwające się w tym zakresie wątpliwości, a nie sięgać po regułę *in dubio pro reo* (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 1974 r., OSNKW 1974, z. 5, poz. 97).

W tym kontekście nie można więc również odmówić racji skarżącemu, że Sąd odwoławczy pobieżnie potraktował zarzuty apelacyjne i to w sytuacji, gdy powodem rozstrzygnięcia sądu *meriti* (uniewinnienie oskarżonego) nie były niedające się usunąć wątpliwości, lecz jednoznaczne przekonanie, że całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie daje podstaw do uznania, iż A. R. swoim działaniem zrealizował stronę przedmiotową i podmiotową występku określonego w art. 107 § 1 k.k.s. A przecież to właśnie te ustalenia i poprzedzająca je ocena dowodów, a także sformułowany przez Sąd pierwszej instancji pogląd prawny w zakresie szeregu przepisów u.g.h., zostały zakwestionowane przez Urząd Celny w [...] w wywiedzionej apelacji.

Jedyną odpowiedzią instancji *ad quem* na wyrażone przez autora zwykłego

środka odwoławczego zastrzeżenia jest krótki akapit o niedysponowaniu przez samego oskarżyciela stanowiskiem w postaci wynikającej z art. 2 ust. 6 u.g.h. oraz o istniejących również po jego stronie wątpliwościach, co do charakteru objętych postępowaniem urządzeń, skoro nie był w stanie samodzielnie rozstrzygnąć omawianej kwestii posiłkując się opinią biegłego W. K.

Tymczasem w obu zasygnalizowanych wyżej zakresach stanowisko Sądu Okręgowego jest oczywiście błędne. Z zasady określonej treścią art. 8 § 1 k.p.k. wynika przecież, że brak decyzji ministra właściwego do spraw finansów publicznych, o której mowa w art. 2 ust. 6 u.g.h., rozstrzygającej, iż konkretna gra jest grą na automacie w rozumieniu art. 2 ust. 3 – 5 tej ustawy, nie stanowi przeszkody do dokonania takiego ustalenia w postępowaniu karnym skarbowym, jako warunkującego wypełnienie przedmiotowego znamienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2013 r., OSNKW 2014, z. 1, poz. 6). Stanowisko to jest aprobowane również na gruncie postępowania administracyjnego (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 czerwca 2017 r., II GSK 612/17, LEX nr 2323260). Nie jest też tak, że przeprowadzający kontrole funkcjonariusze Urzędu Celnego mieli wątpliwości co do charakteru gier na zakwestionowanych urządzeniach. Z zeznań świadków [...] w sposób jednoznaczny wynikało ich przekonanie, że urządzane na poszczególnych automatach gry mają charakter losowy i komercyjny, natomiast zwrócenie się o opinię do biegłego podyktowane było wyłącznie koniecznością procesowego udokumentowania tej okoliczności, w szczególności w kontekście zapadających w toku postępowań rozstrzygnięć sądów w przedmiocie dowodów rzeczowych (np. postanowienie Sądu Rejonowego w [...] z dnia 19 października 2010, II Kp ../10 – k. 250), czy też zatrzymania rzeczy (np. postanowienie Sądu Rejonowego w [...] z dnia 20 listopada 2010 r., II Kp ../10 – k. 401), w których to orzeczeniach wyrażono wątpliwość, co do losowego charakteru urządzanych na automatach gier.

Stwierdzone wyżej mankamenty, którymi dotknięte jest zaskarżone kasacją orzeczenie, a w szczególności zasadność zarzutów rażącego naruszenia – z przyczyn podanych wyżej – art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 547 § 3 k.p.k., mogłoby sugerować konieczność ponowienia wyłącznie postępowania apelacyjnego. Tak jednak nie jest, bowiem uchybieniami dotknięty jest również wyrok Sądu

Rejonowego w [...], a dla usunięcia tych mankamentów niezbędne jest przeprowadzenie na nowo całego przewodu sądowego.

I tak poważne zastrzeżenia należy podnieść pod adresem tych ustaleń sądu *meriti*, które poczynione zostały na podstawie prywatnej opinii biegłego M. S., przy jednoczesnym odrzuceniu wywodów zawartych w opinii biegłego W. K. Analiza tej części motywacyjnej orzeczenia Sądu Rejonowego nie pozostawia wątpliwości, że Sąd ten zakwestionował możliwości przyjęcia losowego charakteru prowadzonych na automatach gier z uwagi na znany przez gracza przed rozpoczęciem gry wynik końcowy. Jest to jednak pogląd błędny, który nie uwzględnia, co trafnie podniesiono w apelacji, całokształtu przepisów u.g.h., a w szczególności art. 2 ust. 5 tej ustawy (zob. w tym przedmiocie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2012 r., V KK 420/11, OSNKW 2012, z. 8, poz. 85). Co więcej, opinie biegłego M. S. oraz wspierającej go w badaniach świadka M. S., jak to zauważył sam sąd *a quo*, wykonane były wyłącznie w zakresie badania stanu technicznego automatów. Pomijając więc ich nieprocesowy charakter, nie mogły one jak to sugerował oskarżony, a w ślad za nim sąd, przesądzać czy stosuje się do nich, czy też nie przepisy u.g.h.

Z kolei nie można abstrahować od stwierdzeń zawartych w opinii biegłego W. K., w której biegły ten nie pozostawił wątpliwości, że gry na poddanych jego ocenie automatach nie posiadają elementu zręcznościowego, a mają charakter losowy, gdyż wygrana – a dotyczy to konkretnej rozgrywki – zależy wyłącznie od rachunku prawdopodobieństwa. Takie rozumienie charakteru gier znajduje bez wątpienia swoje uzasadnienie we właściwie zinterpretowanej normie art. 2 ust. 5 u.g.h.

Powyższe, a także sygnalizowany w obu środkach zaskarżenia ciężący na osobie prowadzącej działalność gospodarczą obowiązek stosowania się do regulujących tę działalność zasad, w tym szczególny obowiązek zachowania ostrożności, chociażby przy analizie pozyskanych opinii ekspertów, i to w sytuacji, gdy stosowną informację w tym zakresie oskarżony A. R. mógł przecież przed rozpoczęciem działalności uzyskać w odpowiednim urzędzie celnym, konkluzję Sądu o braku po jego stronie świadomości charakteru użytkowanych urządzeń, a tym samym odrzucenie możliwości co najmniej godzenia się przez niego na

podjęcie działalności sprzecznej z obowiązującymi przepisami, uznać należy nie tylko za co najmniej przedwczesną, o ile nie w ogóle wątpliwą.

Analizy wskazanych wyżej kwestii zabrakło w przy czynieniu ustaleń, co do zamiaru, z jakim działał oskarżony, również w kontekście powinności jakie spoczywają na podmiocie prowadzącym działalność gospodarczą, w tym obowiązującej w tym zakresie reguły należytej staranności, wynikających z unormowań powołanej wcześniej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

Procedując powtórnie Sąd Rejonowy w [...] będzie miał na uwadze jeszcze dwie kwestie.

Po pierwsze, uwzględni pogląd Sądu Najwyższego wyrażony m.in. w wyroku z dnia 22 lutego 2017 r., IV KK 282/16 (LEX nr 2258048) i postanowieniu z dnia 16 marca 2017 r., V KK20/17 (LEX nr 2254807), że w związku z wniesieniem aktu oskarżenia w sprawie niniejszej przed dniem 1 lipca 2015 r. finansowy organ postępowania – Urząd Ceny w [...], w ramach kompetencji określonych w art. 155 k.k.s. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r., posiadał uprawnienia do samodzielnego wnoszenia i popierania aktu oskarżenia, bez konieczności jego zatwierdzania przez prokuratora, nawet przy uwzględnieniu faktu, że ten ostatni nadzorował prowadzone przez ten organ dochodzenie o przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s.

Po drugie, w kontekście opisu zarzucanego oskarżonemu czynu oraz swoich rozważań dotyczących charakteru przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h., w brzmieniu obowiązującym w czasie objętym zarzutem, będzie miał na uwadze jednolicie przyjmowany w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz podzielany w całej rozciągłości i przez ten skład, pogląd wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego (7 sędziów) z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 17/16 (OSNKW 2017, z. 2, poz. 7), zgodnie z którym „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”.

Kierując się powołanymi wyżej względami, należało orzec, jak w części dyspozytywnej wyroku.

kc