

POSTANOWIENIE

Dnia 26 stycznia 2024 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Małgorzata Gierszon

w sprawie **M. P.**

skazanego z art. 107 § 1 k.k. i inne

po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 26 stycznia 2024 r.,

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

kasacji obrońcy skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie

z dnia 25 maja 2023 r., sygn. akt XI Ka 199/23,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego Lublin-Zachód w Lublinie

z dnia 19 grudnia 2022 r., sygn. akt III K 287/22

postanowił

1) oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;

**2) kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciążyć
skazanego.**

[PGW]

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 19 grudnia 2022 r., sygn.. akt III K 287/22, Sąd Rejonowy Lublin-Zachód w Lublinie uznał M. P. za winnego tego że:

I. w dniu 31 sierpnia 2021 r. w lokalu "R." położonym w L. przy ul. [...], pełniąc funkcję prezesa i będąc w związku z tym upoważnionym do zajmowania się sprawami gospodarczymi spółki L. sp. z o.o. z siedzibą w W., wbrew przepisom prawnym określonym w art. 2 ust. 6, art.3, art. 4 ust. 1 pkt 1a i 1c, art. 9, art. 14 ust.1, art. 23 ust. 1 i 1a, art. 23a ust. 1 i 2 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. (z późn. zm.) bez wymaganej prawem koncesji na prowadzenie

kasyna gry, działając wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą, urządził i prowadził gry hazardowe na pozostających we władaniu spółki L. sp. z o.o. z siedzibą w W., dwóch urządzeniach do gier hazardowych w rozumieniu art. 2 ust. 3, 4 i 5 cytowanej ustawy o grach hazardowych o nazwach: F. nr [...] oraz F. nr [...]1, w ten sposób, że na podstawie uprzednio zawartej umowy podjął decyzję o wstawieniu do ww. lokalu, serwisowaniu i rozliczeniu przedmiotowych urządzeń do gier hazardowych umożliwiając tym samym rozgrywanie gier hazardowych na tych urządzeniach oraz wypłacenie graczom wygranych pieniężnych uzyskanych w związku z grą na tych urządzeniach, przy czym z popełnionych wielokrotnie przestępstw tego samego rodzaju uczynił sobie stałe źródło dochodu;

II. w dniu 13 września 2021 r. w lokalu "F." położonym w L. przy ul. [...] pełniąc funkcję prezesa i będąc w związku z tym upoważnionym do zajmowania się sprawami gospodarczymi spółki L. sp. z o.o. z siedzibą w W., wbrew przepisom prawnym określonym w art. 2 ust. 6, art. 3, art. 4 ust. 1 pkt 1a i 1c, art. 6 ust. 1 i 4, art. 9, art. 14 ust.1, art. 23 ust. 1 i 1a, art. 23a ust. 1 i 2 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. (z późn. zm.) bez wymaganej prawem koncesji na prowadzenie kasyna gry, działając wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą, urządził i prowadził gry hazardowe na pozostających we władaniu spółki L. sp. z o.o. z siedzibą w W., trzech urządzeniach do gier hazardowych w rozumieniu art. 2 ust. 3, 4 i 5 cytowanej ustawy o grach hazardowych o nazwach: F. nr [...], F. nr [...]1 oraz F. nr [...]2, w ten sposób, że na podstawie uprzednio zawartej umowy podjął decyzję o wstawieniu do ww. lokalu, serwisowaniu i rozliczeniu przedmiotowych urządzeń do gier hazardowych, umożliwiając tym samym rozgrywanie gier hazardowych na tych urządzeniach oraz wypłacenie graczom wygranych pieniężnych uzyskanych w związku z grą na tych urządzeniach, przy czym z popełnionych wielokrotnie przestępstw tego samego rodzaju uczynił sobie stałe źródło dochodu;

III. w dniu 13 września 2021 r. w lokalu "F." położonym w L. przy ul. [...] pełniąc funkcję prezesa i będąc w związku z tym upoważnionym do zajmowania się sprawami gospodarczymi spółki L. sp. z o.o. z siedzibą w W., wbrew przepisom prawnym określonym w art. 2 ust. 6, art. 3, art. 4 ust. 1 pkt 1a i 1c, art. 6 ust. 1 i 4,

art. 9, art. 14 ust.1, art. 23 ust. 1 i 1a, art. 23a ust. 1 i 2 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. (z późn. zm.) bez wymaganej prawem koncesji na prowadzenie kasyna gry, działając wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą, urządzał i prowadził gry hazardowe na pozostających we władaniu spółki L. sp. z o.o. z siedzibą w W., dwóch urządzeniach do gier hazardowych w rozumieniu art. 2 ust. 3, 4 i 5 cytowanej ustawy o grach hazardowych o nazwach: F. nr [...] oraz D. nr [...], w ten sposób, że na podstawie uprzednio zawartej umowy podjął decyzję o wstawieniu do ww. lokalu, serwisowaniu i rozliczeniu przedmiotowych urządzeń do gier hazardowych, umożliwiając tym samym rozgrywanie gier hazardowych na tych urządzeniach oraz wypłacenie graczom wygranych pieniędzy uzyskanych w związku z grą na tych urządzeniach, przy czym z popełnionych wielokrotnie przestępstw tego samego rodzaju uczynił sobie stałe źródło dochodu;

IV .w okresie nie wcześniej niż od dnia 1 września 2021 r. do dnia 14 września 2021 r. w lokalu "R." położonym w L. przy ul. [...], pełniąc funkcję prezesa i będąc w związku z tym upoważnionym do zajmowania się sprawami gospodarczymi spółki L. sp. z o.o. z siedzibą w W., wbrew przepisom prawnym określonym w art. 2 ust. 6, art.3, art. 4 ust. 1 pkt 1a i 1c, art. 9, art. 14 ust.1, art. 23 ust. 1 i 1a, art. 23a ust. 1 i 2 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. (z późn. zm.) bez wymaganej prawem koncesji na prowadzenie kasyna gry, działając wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą, urządzał i prowadził gry hazardowe na pozostających we władaniu spółki L. sp. z o.o. z siedzibą w W., dwóch urządzeniach do gier hazardowych w rozumieniu art. 2 ust. 3, 4 i 5 cytowanej ustawy o grach hazardowych no nazwach: D. nr [...] oraz F. nr [...], w ten sposób, że na podstawie uprzednio zawartej umowy podjął decyzję o wstawieniu do ww. lokalu, serwisowaniu i rozliczeniu przedmiotowych urządzeń do gier hazardowych umożliwiając tym samym rozgrywanie gier hazardowych na tych urządzeniach oraz wypłacenie graczom wygranych pieniędzy uzyskanych w związku z grą na tych urządzeniach, przy czym z popełnionych wielokrotnie przestępstw tego samego rodzaju uczynił sobie stałe źródło dochodu;

V. w okresie, nie wcześniej niż od dnia 15 września 2021 r. do dnia 17 września

2021 r. w okresie nie wcześniej niż od dnia 1 września 2021 r. do dnia 14 września 2021 r. w lokalu "R." położonym w L. przy ul. [...], pełniąc funkcję prezesa i będąc w związku z tym upoważnionym do zajmowania się sprawami gospodarczymi spółki L. sp. z o.o. z siedzibą w W., wbrew przepisom prawnym określonym w art. 2 ust. 6, art.3, art. 4 ust. 1 pkt 1a i 1c, art. 9, art. 14 ust.1, art. 23 ust. 1 i 1a, art. 23a ust. 1 i 2 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. (z późn. zm.) bez wymaganej prawem koncesji na prowadzenie kasyna gry, działając wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą, urządzał i prowadził gry hazardowe na pozostających we władaniu spółki L. sp. z o.o. z siedzibą w W., trzech urządzeniach do gier hazardowych w rozumieniu art. 2 ust. 3, 4 i 5 cytowanej ustawy o grach hazardowych o nazwach: F. nr [...], F. nr [...]1, F. nr [...]2, w ten sposób, że na podstawie uprzednio zawartej umowy podjął decyzję o wstawieniu do ww. lokalu, serwisowaniu i rozliczeniu przedmiotowych urządzeń do gier hazardowych umożliwiając tym samym rozgrywanie gier hazardowych na tych urządzeniach oraz wypłacenie graczom wygranych pieniężnych uzyskanych w związku z grą na tych urządzeniach, przy czym z popełnionych wielokrotnie przestępstw tego samego rodzaju uczynił sobie stałe źródło dochodu;

VI. w okresie, nie wcześniej niż od dnia 18 września 2021 r. do dnia 29 listopada 2021 r. w lokalu "R." położonym w L. przy ul. [...], pełniąc funkcję prezesa i będąc w związku z tym upoważnionym do zajmowania się sprawami gospodarczymi spółki L. sp. z o.o. z siedzibą w W., wbrew przepisom prawnym określonym w art. 2 ust. 6, art.3, art. 4 ust. 1 pkt 1a i 1c, art. 9, art. 14 ust.1, art. 23 ust. 1 i 1a, art. 23a ust. 1 i 2 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. (z późn. zm.) bez wymaganej prawem koncesji na prowadzenie kasyna gry, działając wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą, urządzał i prowadził gry hazardowe na pozostających we władaniu spółki L. sp. z o.o. z siedzibą w W., trzech urządzeniach do gier hazardowych w rozumieniu art. 2 ust. 3, 4 i 5 cytowanej ustawy o grach hazardowych o nazwach: F. nr [...] F. nr [...]1 oraz F. nr [...]2, w ten sposób, że na podstawie uprzednio zawartej umowy podjął decyzję o wstawieniu do ww. lokalu, serwisowaniu i rozliczeniu przedmiotowych urządzeń do gier hazardowych umożliwiając tym samym rozgrywanie gier hazardowych na tych urządzeniach oraz wypłacenie graczom wygranych pieniężnych uzyskanych w

związku z grą na tych urządzeniach, przy czym z popełnionych wielokrotnie przestępstw tego samego rodzaju uczynił sobie stałe źródło dochodu;

VII. w okresie, nie wcześniej niż od dnia 30 listopada 2021 r. do dnia 2 marca 2022 r. w lokalu "R." położonym w L. przy ul. [...], pełniąc funkcję prezesa i będąc w związku z tym upoważnionym do zajmowania się sprawami gospodarczymi spółki L. sp. z o.o. z siedzibą w W., wbrew przepisom prawnym określonym w art. 2 ust. 6, art.3, art. 4 ust. 1 pkt 1a i 1c, art. 9, art. 14 ust.1, art. 23 ust. 1 i 1a, art. 23a ust. 1 i 2 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. (z późn. zm.) bez wymaganej prawem koncesji na prowadzenie kasyna gry, działając wspólnie i w porozumieniu z ustaloną osobą, urządzał i prowadził gry hazardowe na pozostających we władaniu spółki L. sp. z o.o. z siedzibą w W., na urządzeniu do gier hazardowych w rozumieniu art. 2 ust. 3, 4 i 5 cytowanej ustawy o grach hazardowych o nazwie F. nr [...], w ten sposób, że na podstawie uprzednio zawartej umowy podjął decyzję o wstawieniu do ww. lokalu, serwisowaniu i rozliczeniu przedmiotowych urządzeń do gier hazardowych umożliwiając tym samym rozgrywanie gier hazardowych na tych urządzeniach oraz wypłacenie graczom wygranych pieniężnych uzyskanych w związku z grą na tych urządzeniach, przy czym z popełnionych wielokrotnie przestępstw tego samego rodzaju uczynił sobie stałe źródło dochodu

to jest czynów z których każdy wyczerpał dyspozycje art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 2 k.k.s. oraz przyjął, że oskarżony czynów tych dopuścił się zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z nich i każdy z tych czynów wyczerpał znamiona przestępstwa skarbowego, określonego w tym samym przepisie, a odstępy czasu pomiędzy nimi nie są długie, na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 38 § 1 pkt 3 k.k.s. oraz art. 37 § 4 k.k.s., przy zastosowaniu art. 57 § 1 k.k.s. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wymiarze 200 stawek dziennych, określając wysokość jednej stawki na kwotę 130 zł.

Wyrok ten zaskarżył w całości sam oskarżony.

Zarzucił temu orzeczeniu:

1) naruszenie art. 7 k.p.k. poprzez błędną ocenę dowodów z protokołów zatrzymania rzeczy, przeszukania oraz oględzin wykonanych w obecności G. G. albo (odpowiednio) R. R., tj. biegłych przebranych do czynności zatrzymania w lokalu urzędzeń objętych skarżonym wyrokiem, polegającą na uznaniu, że w wyniku tych czynności ustalono hazardowy charakter gier na urządzeniach, o których mowa w skarżonym wyroku, podczas gdy z treści tychże dokumentów wynika jedynie, że w konkretnym miejscu i czasie zatrzymano urządzenia, które poddano oględzinom, co prowadzi do wniosku, że eksperymenty zostały przeprowadzone wadliwie, bowiem nie sprawdzono rzeczywistego przebiegu rozgrywki wg jej zasad, a jedynie ograniczono się do podjęcia czynności, mających na celu następcze potwierdzenie z góry przyjętej tezy, że urządzenia są automatami do gier w rozumieniu ustawy o grach hazardowych;

2) naruszenie art. 7 k.p.k. w zw. z art. 196 § 3 k.p.k. oraz art. 201 k.p.k., poprzez błędną ocenę dowodów z opinii biegłych G. G. i R. R. polegającą na uznaniu ich za niewiarygodne, tj. konsekwentne i stanowcze, oparte na eksperymencie procesowym przeprowadzonym zdalnie, niesprzeczne wewnątrznie, w których to biegli "wskazali w jaki sposób działa urządzenie, przywołali zasady funkcjonowania systemu", podczas gdy opinie są obarczone wadami, podnoszonymi przez obronę w toku postępowania, tj. sporządzone na podstawie wadliwie przeprowadzonego eksperymentu procesowego, bez znajomości regulaminu rozgrywki, z jego pominięciem, bez przebadania oprogramowania zatrzymanych urządzeń i ich kodu źródłowego, a ponadto wewnątrznie sprzeczne, sprzeczne z opiniami prywatnymi i opiniami sądowymi z innych postępowań, przedłożonymi do akt przez obrońcę;

3) naruszenie art. 196 § 2 i 3 k.p.k., art. 193 k.p.k. oraz art. 201 k.p.k. w zw. z art. 4, 6 i 7 k.p.k., polegające na oddaleniu wniosku dowodowego obrońcy o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego, na okoliczność wykazania, że gry działające na urządzeniach F. nie zawierają elementu losowości, pomimo wykazania, że dotychczasowe opinie są obarczone wadami, o których mowa w pkt 2 powyżej;

4) naruszenie art. 7 k.p.k. poprzez wadliwą ocenę opinii prywatnych i arbitralne nieuwzględnienie ich w zakresie ustaleń elementu losowości w sytuacji, kiedy to jedynie tylko te dowody w sprawie zostały sporządzone w oparciu o badania oprogramowania urządzeń F. oraz kodu źródłowego, a zatem swoim zakresem obejmowały znacznie szersze badanie urządzeń, niż oględziny, czy rozgrywka kontrolna (eksperyment);

5) naruszenie art. 7 k.p.k. poprzez wadliwą ocenę opinii jednostki akredytowanej - Wojskowego Instytutu Łączności oraz wskazanie "na marginesie", że w opinii zastrzeżono, że "sporządzona opinia nie rozstrzyga charakteru gry urządzonej z wykorzystaniem badanego automatu lub urządzenia, w myśl ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych", w sytuacji kiedy klauzula ta stanowiła naturalną konsekwencję prawidłowej wykładni obowiązujących w dacie jej sporządzenia przepisów ustawy o grach hazardowych oraz Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 8 czerwca 2017 r. w sprawie urządzeń losujących, urządzeń do gier i automatów do gier, zabezpieczenia informacji dotyczących zarządzanej loterii oraz uzyskiwania, naliczania i wypłacania wygranych, które to stanowiło podstawę sporządzenia wydanej opinii;

6) naruszenie art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., poprzez błędną ocenę dowodu z wyjaśnień oskarżonego, polegającą na przyznaniu im wiarygodności w zakresie zasad działalności spółki L. a także umieszczenia automatów w lokalach oraz zasad działania automatów, z jednoczesnym arbitralnym i nieuzasadnionym odmówieniem im wiarygodności, w zakresie wyjaśnień, że automaty nie zawierają gier w rozumieniu ustawy o grach hazardowych oraz oskarżony nie przyznaje się do winy;

7) błędnym przyjęciu, iż oskarżony działał umyślnie, co ma wynikać - w ocenie Sądu - z faktu, że oskarżony co najmniej przewidywał możliwość popełnienia czynu zabronionego, mimo że oskarżony dysponował szeregiem opinii technicznych, w tym wydanych przez jednostki upoważnione do badań automatów do gier, z których to opinii wynikał jednoznacznie brak elementu losowości w grze i brak charakteru losowego gry na Futurach, zatem nie można logicznie założyć, aby oskarżony miał wnioskować przeciwnie do wniosków w/w opinii;

8) rażąco naruszenie art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., polegające na nieuwzględnieniu w podstawie faktycznej wyrokowania dowodów:

- opinii Wojskowego Instytutu Łączności nr [...] z dnia 26 września 2018 r.;
- opinii nr [...] sporządzonej przez Instytut Inżynierii Sądowej Uniwersytetu Żylińskiego w Żylinie;
- raportu z dnia 30 czerwca 2020 r. Analiza kodu źródłowego i rozgrywki na urządzeniu F. - sporządzonego przez G. - dowody nie zostały ocenione przez Sąd, pomimo że zgodnie z wyjaśnieniami oskarżonego stanowiły one podstawę jego przekonania o tym, że gry na urządzeniach F. nie zawierają elementu losowości.

Wszystkie te uchybienia miały wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, ponieważ doprowadziły Sąd do błędnych ustaleń faktycznych, polegających na przyjęciu, że gry działające na urządzeniach zawierają elementy losowości, a oskarżony o tym od początku wiedział i działał w celu osiągnięcia stałego źródła dochodu, a zarzucone czyny są częścią akcji od początku przez niego zaprojektowanej;

9) wymierzenie oskarżonemu rażąco niewspółmiernej kary 6 miesięcy pozbawienia wolności (...);

II. 1. błędną wykładnię art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h. polegającej na wewnątrznie sprzecznym przyjęciu, że "gra ma charakter losowy, gdy dla gracza jej wynik jest nieprzewidywalny (..)", a zarazem, że stan nieprzewidywalności nie jest eliminowany wskutek możliwości uprzedniego sprawdzenia wyniku gry";

2. błędną subsumpcję art. 107 u.g.h. i przyjęciu, że oskarżony swoim zachowaniem wypełnił znamiona opisanego w nim czynu;

3. naruszenie art. 41a § 1 k.k.s. polegającą na wymierzeniu oskarżonemu kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania (..).

Apelację oskarżonego rozpoznał Sąd Okręgowy w Lublinie w dniach 13 kwietnia i 24 maja 2023 r. Wyrokiem z dnia 25 maja 2023 r., sygn. akt XI Ka 199/23, zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł obrońca skazanego. Zaskarżył to orzeczenie w całości i zarzucił:

rażące naruszenie prawa przejawiające się w rażącej obrazie przepisów postępowania, tj.:

1. art. 29 § 1 *in fine* k.p.k. w zw. z art. 14f ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. poz. 1842 z późn. zm.) dodanego przez art. 4 ustawy z dnia 20 kwietnia 2021 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych ustaw (Dz.U. z 2021 r., poz. 1023) przez orzekanie na rozprawie apelacyjnej w składzie trzech sędziów (...), pomimo że w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, ogłoszonego z powodu COVID-19, oraz w okresie roku po ich odwołaniu w sprawach rozpoznawanych według przepisów ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego o przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności, której górna granica nie przekracza 5 lat na rozprawie apelacyjnej sąd orzeka w składzie jednego sędziego, jeżeli w pierwszej instancji sąd orzekał w takim samym składzie, przy czym rozpoznawana sprawa skazanego M. P. dotyczyła przestępstwa stypizowanego w art. 107 § 1 k.k.s., a więc zagrożonego karą do 3 lat pozbawienia wolności, natomiast w pierwszej instancji orzekał sąd w składzie jednego sędziego, co stanowi o tym, że Sąd *ad quem* był nienależycie obsadzony, a więc jest w konsekwencji uchybieniem o charakterze bezwzględnej przyczyny odwoławczej wymienionej w art. 439 § 1 pkt 2 *in principio* k.p.k.;

II. 1. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2023 r., poz. 227) przez nieprawidłową merytorycznie ocenę zarzutów apelacji w zakresie w jakim Sąd *a quo* dokonał błędnego dekodowania i wadliwej wykładni cech określonych przez ustawodawcę jako "element losowości" (art. 2 ust. 3 ustawy hazardowej) i "charakter losowy" (art. 2 ust. 5 tej ustawy), a muszących występować przy ustaleniu występowania gier hazardowych w postaci gier na automatach, zaś Sąd *ad quem* wadliwie przyjął poczynione rozważania Sądu *a quo*

za prawidłowe i zaakceptował je w całej rozciągłości, co miało istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, albowiem spowodowało zaabsorbowanie (przyjęcie, przeniknięcie) uchybień Sądu *a quo* do orzeczenia Sądu *da quem* i, w konsekwencji, utrzymanie wyroku wydanego przez Sąd I instancji, w mocy, pomimo że prawidłowe dekodowanie i wykładnia wskazanych pojęć normatywnych winna prowadzić do konstatacji, że w sprawie, w zakresie każdego z siedmiu przypisanych skazanemu czynów, wystąpiła dekompletacja znamion typu czynu zabronionego określonego w art. 107 § 1 k.k.s., bowiem nie została spełniona definicja gier hazardowych, *in concreto* gier na automacie;

2. art. 433 § 1 *in fine* k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. *in principio* k.p.k. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust. 6 ustawy hazardowej w zw. z art. 2 ust. 7a ustawy hazardowej w zw. z art. 23f ustawy hazardowej w zw. z art. 23d ustawy hazardowej w zw. z art. § 4 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 8 czerwca 2017 r. w sprawie urzędzeń losujących, urzędzeń do gier i automatów do gier, zabezpieczenia informacji dotyczących urządzanej loterii oraz uzyskiwania, naliczania i wypłacania wygranych (Dz.U. poz.1171 z późn. zm.) w zw. z § 2 rozporządzenia Ministra Finansów, Inwestycji i Rozwoju z dnia 3 października 2018 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie urzędzeń losujących, urzędzeń do gier i automatów do gier, zabezpieczenia informacji dotyczących urządzanej loterii oraz uzyskiwania, naliczania i wypłacania wygranych (Dz.U. poz. 1944) przez wadliwie wykonaną przez Sąd *ad quem* kontrolę wyroku Sądu *a quem* w zakresie szerszym, niż podniesione przez oskarżonego zarzuty w środку odwoławczym i dokonanie wadliwej wykładni ww. przepisów ustawy hazardowej i rozporządzenia wykonawczego doń wydanego, których wykładnia jest niezbędna do prawidłowego dekodowania normy blankietowej z art. 107 § 1 k.k.s. i ustalenia wypełnienia znamion tak przedmiotowych, jak i podmiotowych przestępstwa tam stypizowanego, co spowodowało rażąco niesprawiedliwe utrzymanie w mocy wyroku, w którym Sąd *a quo* całkowicie pominął ww. przepisy przy orzekaniu (nie dostrzegając ich istnienia), zaś Sąd *ad quem* nie konwalidował tych uchybień z uwagi na wadliwe odczytanie i rozumienie przepisów, doprowadzając do utrzymania wyroku wydanego przez Sąd I instancji w mocy, pomimo że prawidłowe dekodowanie i wykładnia systemowa wewnętrzna

całego kompleksu wskazanych unormowań winna prowadzić do konstatacji, że skazany nie wypełnił ani znamion przedmiotowych ani podmiotowych przypisanych mu przestępstw;

3.art. 433 § 1 *in fine* k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 *in principio* k.p.k. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 ustawy hazardowej przez wadliwe nieprzeprowadzenie przez Sąd *ad quem* kontroli Sądu *a quo* w zakresie szerszym, niż podniesione przez oskarżonego zarzuty w środку odwoławczym, co spowodowało rażąco niesprawiedliwe utrzymanie w mocy wyroku w zakresie, w jakim Sąd *meriti* wadliwie przypisał skazanemu popełnienie siedmiu przestępstw polegających zarówno na prowadzeniu i urządzaniu gier hazardowych w rozumieniu art. 2 ust. 3 ustawy hazardowej (zawierającej "element losowości"), jak i na prowadzeniu i urządzaniu gier hazardowych w rozumieniu art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej (mającej "charakter losowy"), których to definicje są rozłączne i nie mogą występować w ramach jednego czynu, a więc wadliwie wypełniono normę blankietową z art. 107 § 1 k.k.s., bowiem dokonano wadliwego przypisania skazanemu gier hazardowych, które miał on urządzać i prowadzić;

4. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. przez nieprawidłową merytorycznie ocenę zarzutów apelacji w zakresie w jakim Sąd *a quo* błędnie, dowolnie, uchybiając zasadom prawidłowego rozumowania oraz wskazaniom wiedzy i doświadczenia życiowego ocenił materiał dowodowy w postaci przedłożonych przez skazanego dokumentów i odmówił wiarygodności wyjaśnieniom skazanego wskazującym zarówno merytorycznie na brak elementu losowości w grach oferowanych na urządzeniu F., jak i w zakresie świadomości na pełne przekonanie o ich niehazardowym charakterze, przy czym prawidłowa ocena tego dowodu, w zestawieniu z obiektywnym i bezwplywowym materiałem dowodowym o charakterze fachowym (specjalistycznym), w tym opinią z dnia 26 września 2018 r. Laboratorium Analiz Ataków Cybernetycznych Wojskowego Instytutu Łączności, działającego na podstawie upoważnienia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 13 października 2017 r. (która pozostaje aktualna do dziś i nie jest opinią prywatną, bowiem jest wydana na podstawie ustawy hazardowej i rozporządzenia wykonawczego, na formularzu prawem przewidzianym) każe

stwierdzić, że wyjaśnienia te w całości polegają na prawdzie i odzwierciedlają konstrukcję urządzeń F., działanie oprogramowania, rzeczywisty sposób rozgrywania gier oferowanych przez urządzenia, który nie zawiera choćby elementu losowości, *a fortiori* charakteru losowego, zaś Sąd *ad quem* wadliwie przyjął, że wyjaśnienia skazanego nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia, a ww. opinię potraktował jako prywatną, co miało istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, albowiem spowodowało zaabsorbowanie (przyjęcie, przeniknięcie) uchyleń Sądu *a quo* do orzeczenia Sądu *ad quem* i w konsekwencji utrzymaniem wyroku wydanego przez sąd pierwszej instancji w mocy (w zakresie przesądzenia o popełnieniu przestępstw tak w zakresie strony przedmiotowej, jak i podmiotowej) i wniósł o uchylenie zaskarżonego kasacją wyroku oraz przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Lublinie do ponownego rozpoznania

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Kasacja obrońcy skazanego - mimo swojej obszerności - jest oczywiście bezzasadna. Tak tylko, w zaistniałym układzie procesowym, przede wszystkim warunkowanym, regulacjami karnej ustawy procesowej określającymi funkcję kasacji, jej przedmiot oraz jedynie dopuszczalne podstawy, należało tę skargę ocenić. Wzięto przy tym pod uwagę z jednej strony treść rozpoznawanej przez Sąd odwoławczy apelacji, z drugiej strony zaś rzeczywisty charakter zarzutów kasacji i oczywiste intencje przyjęcia przez skarżącego takiej ich formuły procesowej, a także - w odniesieniu do części zarzutów rzeczywiście stanowiących zarzuty kasacyjne - ich merytoryczną nietrafność.

Wykazanie szczegółowych powodów tej oceny należy poprzedzić przypomnieniem tych obowiązujących przepisów karnej ustawy procesowej, regulujących nadmienione powyżej kwestie, których faktyczne nierespektowanie przez skarżącego (mimo pozorów ich przestrzegania) ją spowodowało. Przy czym tę zaistniałą sytuację rozważano w kontekście rygorów dotyczących granic rozpoznania kasacji przez Sąd Najwyższy, ściśle wytyczonych treścią art. 536

k.p.k.

Realizując sygnalizowaną potrzebę, już na wstępie należy zauważyć (co wydaje się w zdecydowanej mierze jednak przeoczył skarżący), że kasacja nie jest zwyczajnym, inicjującym kolejną instancję środkiem odwoławczym, ale nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia przysługującym od - jak *in concreto* - prawomocnego wyroku sądu odwoławczego kończącego postępowanie. Wyroku, który jak każdy wyrok prawomocny, jest wykonalny i korzysta z domniemania swojej zasadności. To rodzi określone skutki, tak w zakresie dopuszczalnego przedmiotu jej zaskarżenia, jak też odnośnie wyłącznie dopuszczalnych jej podstaw. Te nie można utożsamiać z tymi, które są wskazane w art. 438 k.p.k. i jedynie pozorować ich zaistnienie, nie bacząc na rzeczywisty charakter zgłaszanych (rzekomych) uchybień i wbrew niemu określonych, ani też na układ procesowy zaistniały w konkretnej sprawie warunkujący możliwość redagowania - w danej formule - owych zarzutów.

Zarzuty podnoszone w kasacji bezspornie więc powinny przede wszystkim dotyczyć wspomnianego orzeczenia sądu odwoławczego i powinny to czynić rzeczywiście, nie zaś pozornie, to jest tak, jak to ma w istocie (co do części z nich) miejsce *in concreto*. Stąd też nie ulega zasadnych wątpliwości, że wniesienie kasacji nie może wywołać kolejnej kontroli instancyjnej trafności wyroku Sądu *meriti* i jej - określoną wolą prawodawcy - rola nie sprowadza się do stworzenia Sądowi kasacyjnemu procesowej możliwości powielania tej, którą już Sąd odwoławczy przeprowadził. Funkcją kasacji jako środka zaskarżenia o charakterze nadzwyczajnym jest natomiast - co od lat przypomina Sąd Najwyższy - wyeliminowanie z obrotu prawnego tylko takich orzeczeń, które w obrocie prawnym demokratycznego państwa nie powinny funkcjonować z uwagi na bardzo poważną rangę uchybień, którymi są one dotknięte. Można wprawdzie i w kasacji wytykać uchybienia wyrokowi Sądu I instancji, niemniej jednak by były one uwzględnione i mogły stanowić podstawę uznania zasadności tej skargi, należy jednocześnie wykazać (naprawdę zaistniałe, a nie tylko bezpodstawnie zarzucane - tak jak w ocenianym przypadku) "przeniesienie" tych uchybień, stwierdzonych w orzeczeniu Sądu *meriti* do orzeczenia Sądu odwoławczego, będącego przedmiotem

zaskarżenia tej kasacji. Czynić to trzeba poprzez przywołanie przepisów, które naruszył - i to rażąco oraz z jednoczesną możliwością istotnego wpływu na treść zaskarżonego wyroku - Sąd odwoławczy dopuszczając do wspomnianego "przeniesienia" owego uchybienia do wydanego przez niego orzeczenia, jak też poprzez zaprezentowanie stosownej argumentacji (znajdującej oparcie w konkretnych, ujawnionych w toku procesu, okolicznościach), potwierdzającej faktyczne (a nie - jak *in concreto* - tylko pozorne i wynikające li tylko z kreatywnych postulatów skarżącego - w stosunku do podstawy faktycznej orzeczenia Sądu I instancji oraz oceny dowodów, w oparciu o którą ją ustalono), zaistnienie takiej sytuacji procesowej. Nie dochowanie tych wymogów sprawia, że zarzut podnoszący w kasacji uchybienie, co do którego - w określonym układzie procesowym wyznaczonym tak przez samą treść zwykłego środka odwoławczego, jak i przypisaną sądowi odwoławczemu funkcję kontrolną - można tylko uznać, że jest nim dotknięte orzeczenie Sądu I instancji, nie może być skuteczny. Brak jest bowiem podstaw do uznania, iż dotyczy on orzeczenia sądu odwoławczego kończącego postępowanie i przez to respektuje ustawowe wymogi związane z przedmiotem zaskarżenia kasacji. Precyzyjne formułowanie w kasacji zarzutów (tak w części opisowej, jak i wskazania podstawy prawnej) ma zatem pierwszorzędne znaczenie, skoro Sąd Najwyższy rozpoznaje kasację (tylko) w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów (art. 536 k.p.k.). Są trzy wyjątki od tej reguły: wskazane w art. 435 k.p.k., art. 439 k.p.k. i art. 455 k.p.k. Oznacza to, że Sąd kasacyjny rozpoznaje (poza wspomnianymi trzema wyjątkami) kasację tylko w granicach zaskarżenia i podniesionych w niej zarzutów. Jest do tego wyłącznie uprawniony, ale i równocześnie - tylko w takim zakresie - zobowiązany. Nie może więc sam tworzyć i następnie rozpoznawać zarzutów w kasacji w ogóle nie sformułowanych, tak jak i nie może uzupełniać zarzuty w niej podniesione, tak w części opisowej, czy podstawie prawnej, o zaszłości w nich niedostrzeżone, jakkolwiek nawet mogące być przesłanką uznania tychże trafności. Istotne (zwłaszcza w ocenianym przypadku) jest przy tym także i to, że podstawą kasacji, obok uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k., może być jedynie, równe im rangą, "inne rażące naruszenie prawa, które mogło mieć istotny wpływ na treść wyroku" (art. 523 § 1 k.p.k.). Przy czym - co też *in concreto* ważne - to skarżący ma

wykazać zaistnienie obydwu tych (kumulatywnie) wymaganych cech owych zarzucanych uchybień. Ma więc wykazać, że są rażące (a więc jednoznaczne, poważne, rzucające się w oczy), jak też, że równocześnie mogą mieć "istotny" (więc nie jakikolwiek) wpływ na treść zaskarżonego wyroku (art. 526 § 1 k.p.k.). Samo tylko zadeklarowanie przez skarżącego zaistnienie obu wymaganych cech tych przez niego zgłaszanych uchybień nie czyni zadość tej powinności. W konsekwencji takiego określenia podstaw kasacji - brak jest wątpliwości co do tego, iż podstawą kasacji nie może być zarzut błędu w ustaleniach faktycznych. Zarówno wtedy, gdy jako taki jest w niej wprost podnoszony, ale i wówczas (co ma miejsce *in concreto*), gdy dla obejścia tego ustawowego ograniczenia, przyjmuje pozorną i wadliwą, postać zarzutu obrazy prawa (materialnego, czy procesowego).

Odnosząc te wymogi do kasacji obrońcy skazanego stwierdzić należy, iż ta, w zakresie zarzutów podniesionych w pkt od 2 do 4, ich nie respektuje i to - jak to już odnotowano na wstępie - w oczywistym wymiarze.

Wykazanie tego przyczyn należy jednak poprzedzić oceną trafności pierwszego zarzutu tej skargi. Uczynić to należy, tak z racji jego bezwzględного charakteru oraz - akcentowanego przez samego autora kasacji - pierwszorzędnego, dla oceny skargi, znaczenia. Uznanie trafności tego zarzutu doprowadziłoby wszak do konieczności jej uwzględnienia i uchylenia zaskarżonego nią wyroku, niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów (art. 439 § 1 *in principio* k.p.k. w zw. z art. 536 k.p.k.)

Realizując tę powinność trzeba zauważyć, że - wbrew twierdzeniom obrońcy - brak jest podstaw do tego, by uznać, iż przywołany *in principio* w podstawie prawnej tego zarzutu przepis art. 29 § 1 k.p.k., jak też i pozostałe przepisy w niej przytoczone, zostały przez Sąd odwoławczy naruszone przy wydaniu zaskarżonego wyroku i przez to orzeczenie jest dotknięte uchybieniem, które stanowi (zarzucaną) bezwzględną przyczyną odwoławczą, przewidzianą w art. 439 § 1 pkt 2 *in principio* k.p.k. Uzasadniając taką ocenę tego zarzutu należy na wstępie zauważyć, że zgodnie z treścią art. 29 § 1 k.p.k. na rozprawie apelacyjnej sąd orzeka w składzie trzech sędziów, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. W badanej sprawie tym wyjątkiem, który stanowił odstępstwo od tej zasady i nakazywał rozpoznanie

sprawy na rozprawie apelacyjnej w składzie jednoosobowym miał być (jako taki przez skarżącego przywołany) przepis art.14fa ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, i innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz.U.z 2021 r.poz.2095 z późn. zm.; dalej zwana: ustawą z dnia 2 marca 2020 r.). Oceniając zasadność tej tezy na początku tych rozważań stwierdzić należy, że tymże wyjątkiem kreującym nakaz rozpoznania sprawy przez sąd odwoławczy w składzie jednoosobowym, nie mógł być na pewno art. 449 § 2 k.p.k. Brak było bowiem, wskazanych w tym przepisie, warunków aby odstąpić od zasady rozpoznawania sprawy na rozprawie apelacyjnej przez sąd odwoławczy w składzie trzyosobowym. Kwalifikacja prawna przypisanego skazanemu przestępstwa skarbowego, a mianowicie popełnienie go w warunkach określonych w art. 37 § 1 k.k.s., zgodnie z art. 151a § 2 pkt 1 k.k.s., zobowiązuje bowiem do prowadzenia śledztwa. Takie też *in concreto* było prowadzone (k. 388).Z kolei zgodnie z art. 449 § 2 *a contrario* k.p.k. w takiej to sytuacji, sąd odwoławczy orzeka w składzie trzyosobowym. Przepis art. 449 § 2 k.p.k. stanowiąc wyjątek od wyrażonej w art. 29 § 1 k.p.k. reguły, nakazuje rozpoznawanie przez sąd odwoławczy na rozprawie jednoosobowo tylko wtedy, gdy postępowanie przygotowawcze zakończyło się w formie dochodzenia oraz w sprawach z oskarżenia prywatnego, chyba że zaskarżone orzeczenie sąd pierwszej instancji wydał w innym składzie niż w składzie jednego sędziego. *A contrario* sąd odwoławczy wówczas, gdy postępowanie zakończyło się w formie śledztwa (tak jak *in concreto*) nie może orzekać na rozprawie odwoławczej w innym składzie aniżeli trzyosobowym. Poza sporem jest przecież to, że przepis art. 151a § 2 pkt 1 k.k.s. nakazuje prowadzenie śledztwa w sprawach o "przestępstwa skarbowe popełnione w warunkach określonych w art. 37 § 1 lub art. 38 § 2 k.k.s". W tej sytuacji, pozostaje do rozważenia tylko to, czy także stanowiący - co do zasady - wyjątek od wspomnianej reguły, ale i nie poddający się również przez to możliwości przeprowadzenia jego rozszerzającej wykładni - wskazany przez autora kasacji przepis art. 14fa ustawy z dnia 2 marca 2020 r. nakazywał rozpoznanie sprawy przez sąd odwoławczy w składzie jednoosobowym, dowodząc tym samym trafności omawianego zarzutu kasacji. Przepis ten stanowi, że: "W okresie obowiązywania stanu zagrożenia

epidemicznego albo stanu epidemii, ogłoszonego z powodu COVID-19, oraz w okresie roku po ich odwołaniu w sprawach rozpoznawanych według przepisów ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego o przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności, której górna granica nie przekracza 5 lat, na rozprawie apelacyjnej sąd orzeka w składzie jednego sędziego, jeżeli w pierwszej instancji sąd orzekał w takim samym składzie". Zgodnie jednak ze stanowiskiem (którego trafność należy w pełni zaaprobować) przyjętym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 października 2022 r., II KK 310/22, OSNK 2022/11-12/46: "Art.14fa ustawy z 2 marca 2020 r.o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych nie ma zastosowania do składu sądu na rozprawie apelacyjnej w sprawach o przestępstwa skarbowe". Przemawiają za tym przede wszystkim wyniki wykładni językowej tego przepisu, a mianowicie użycie przez prawodawcę w tym przepisie pojęcia "przestępstwo", a także wykładni systemowej, to jest fakt użycia w innych przepisach ustawy, która ten przepis zawiera pojęcia "przestępstwo skarbowe" .Sąd Najwyższy w przywołanym wyroku słusznie bowiem zauważa, iż omawiany przepis nie zawiera kompleksowego unormowania składu sądu w "sprawach karnych" na okres pandemii. Wynika to przede wszystkim stąd, że we wskazanej ustawie epizodycznej przyjęto jedynie rozwiązanie w zakresie składu sądu na rozprawie apelacyjnej, które ma charakter wyjątku od reguły płynącej z art. 29 § 1 k.p.k. Taki charakter tej regulacji sprawia, że nie można jej interpretować rozszerzająco, w myśl zasady *exceptiones non sunt extendendae*. Nadto ów przepis art. 14fa ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. dotyczy spraw karnych, ale - co kluczowe dla niniejszej sprawy - jedynie rozpoznawanych według przepisów Kodeksu postępowania karnego, i to przy tym wyłącznie o przestępstwa. Konsekwentnie więc nie można rozciągać jego stosowania na sprawy rozpoznawane w oparciu o ustawę Kodeks karny skarbowy, gdyż wprawdzie - jeśli chodzi o skład sądu - odpowiednio stosuje się w tych postępowaniach przepisy Kodeksu postępowania karnego (art. 113 § 1 k.k.s.), ale wspomniany art. 14fa ust. 1 ustawy z 2 marca 2020 r. odnosi się wyłącznie do przestępstw, a nie przestępstw skarbowych, stanowiących przecież odrębną kategorię czynów zabronionych. Dobitnie wskazuje

na to już chociażby brzmienie art. 15 zzz1 tej ustawy, który odróżnia przestępstwo od przestępstwa skarbowego. Świadczy to o tym, że na gruncie wspomnianej ustawy ustawodawca miał świadomość tego rozróżnienia. Potwierdzenie słuszności tej interpretacji przywołanego przez skarżącego w zarzucie przepisu można też odnaleźć w motywach ustawodawczych (por. uzasadnienie przywołanego wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2022 r., II KK 310/22 , s. 8).

Natomiast o słuszności zaprezentowanej powyżej oceny pozostałych zarzutów kasacji świadczą następujące względy:

1. Sama treść zarzutów II.1,2,3 kasacji (niezależnie od wadliwości określenia ich rzeczywistego charakteru w kontekście przyjętych wymogów dotyczących cech poszczególnych zarzutów odwoławczych), tak w zakresie sposobu wskazania ich podstawy prawnej, jak i samego opisu i (przede wszystkim) uzasadnienia oraz zarzutu 4 w zakresie opisu, oceniana także w odniesieniu do treści uzasadnienia kasacji oraz uzasadnienia zaskarżonego wyroku Sądu odwoławczego i pełnej treści apelacji (jej zarzutów i uzasadnienia), którą rozpoznawał, pozwala wnioskować o tym, że te zarzuty kasacji - w znacznej mierze - zostały tak zredagowane, aby nadać im, jednakże tylko pozornie, charakter zarzutów kasacyjnych. To samoistnie wystarczy do uznania, że rzeczywistą intencją skarżącego było skłonienie Sądu Najwyższego do przeprowadzenia na nowo kontroli instancyjnej wyroku Sądu I instancji w związku z apelacją oskarżonego, tyle tylko, iż tym razem z uwzględnieniem kwestii, które - w przeważającej mierze – w apelacji w ogóle nie były podnoszone w kasacji (jakkolwiek stanowiły – nieomal wyłączną treść pisma obrońcy-późniejszego autora kasacji, które on sporządził już po upływie terminu do wniesienia apelacji – o czym jeszcze będzie mowa). Jej uzasadnienie - samo w sobie z pewnością wieloaspektowe w zakresie prezentowanych tez - stanowi w istocie uzasadnienie na nowo sformułowanej przez skarżącego skargi apelacyjnej i nie liczy się z wspomnianą funkcją kasacji oraz obowiązującymi w odniesieniu do niej - wskazanymi powyżej - regułami. Słuszność tej oceny potwierdza sama zgodność uzasadnienia kasacji (nieomal całkowita) i owego wspomnianego pisma obrońcy skazanego, które wniósł po upływie terminu do wniesienia apelacji i widoczny w nim jego charakter procesowy. Miało ono wspierać ową apelację, nie

bacząc na jej rzeczywiste zarzuty i ich argumentację, przy czym miało to czynić z pozycji skargi odwoławczej (k. 869), bez jednoczesnego sygnalizowania faktu zaistnienia w wyroku Sądu I instancji uchybień o charakterze bezwzględnym, przewidzianych w art. 439 k.p.k. Dowodzi tego zawarte na jego wstępie stwierdzenie, iż przedstawiono je „w ramach rozpoznawania (przez Sąd odwoławczy – uwaga SN) środka zaskarżenia”. Znamienne, i też potwierdzające tę ocenę, jest przy tym to, że już w kasacji autor swoje rozważania i krytykę poczynił oraz prezentowanych ocen Sądu odwoławczego, jak też i Sądu I instancji, uczynił bez wskazania, lub - co najwyżej - marginalnego przywołania wprost tych zarzutów rozpoznanej przez Sąd odwoławczy apelacji, do których się one miały odnosić. Co więcej, bądź nie uwzględniał przy tym rzetelnie tego co Sąd I instancji ustalił w zakresie podstawy faktycznej wyroku, a Sąd odwoławczy to aprobował, bądź też próbował - wprawdzie nie wprost, ale jednak - podważać te ustalenia, zapominając o tym, że nie jest to już możliwe w kasacji, tym bardziej tylko w taki sposób. Za słuszością tej oceny przemawia również sposób uzasadnienia tych zarzutów w zakresie wskazywanego w nich każdorazowo naruszenia przez Sąd odwoławczy przepisów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. i precyzowania przez ich autora powodów dla których uznał i podniósł w ich zakresie, że ta przeprowadzona przez Sąd Okręgowy w związku z zarzutami apelacji kontrola odwoławcza w sposób rażąco uchybiała tym właśnie przepisom, które określają reguły jej przeprowadzenia, a przy tym to naruszenie tych przepisów mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Przy tego typu ustawowych (wspomnianych) wymaganiach, dotyczących charakteru podstawy kasacji, oczywiste jest, że nie wystarczy do uznania ich zaistnienia (w takiej postaci) samo przekonanie o tym skarżącego. Należy bowiem - tak motywując zarzut kasacji i chcąc dopełnić wskazanych w art. 526 § 1 k.p.k. ciężących na nim powinności - wskazać w czym (konkretnie) przejawiał się ów brak w tych czynnościach Sądu odwoławczego "rzetelności", przy czym należy też uwzględnić i to co w apelacji w związku z tymi zarzutami zostało przywołane, co ustalił i podniósł Sąd I instancji i - w końcu - co naprawdę wynika tak z rzeczywistej treści materiału dowodowego stanowiącego podstawę przyjętych przez ten Sąd ustaleń i ocen, jak te poszczególne czynności procesowe tegoż postępowania przebiegały. W takiej też perspektywie powinien -

podnosząc tego typu zarzut - wykazać w czym wyrażało się "rażące" naruszenie tych przepisów i dlaczego mogły ono mieć - aż istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Czyniąc to nie wystarczy powołać się na inne, aniżeli te akceptowane przez Sądy obu instancji poglądy wyrażone w piśmiennictwie, czy funkcjonujących w obrocie prawnym judykatach, preferujących inną wykładnię danych regulacji. Sama bowiem ta rozbieżność i postąpienie przez Sąd w sposób odmienny niż ten przez skarżącego w kasacji lansowany, nawet tak krytycznie jak *in concreto* on to czyni wobec postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2021 r., I KZP 4/21-s.34,36, nie wystarcza do stwierdzenia, że Sąd odwoławczy rażąco uchybił przywołanym przepisom, tym bardziej w takiej sytuacji - jak ta zaistniała w ocenianym przypadku - kiedy to objęta treścią owego postanowienia, podnoszona w kasacji kwestia dotyczy ustaleń co do wypełnienia przez skazanego wymaganych dla przyjęcia jego sprawstwa zarzucanych mu czynów znamion. Dalej, analizując uzasadnienie kasacji w częściach odnoszących się do przywołanych wyżej zarzutów, uprawniony staje się też wniosek, że taką ocenę skarżącego rezultatów przeprowadzonej przez Sąd odwoławczy kontroli odwoławczej spowodowało - w istocie - samo to, że Sąd ten uznał bezzasadność tych zarzutów apelacji do których nawiązywał (jakkolwiek – co też ważne i już dostrzeżone - bez starannej analizy ich treści i zakresu) i nie podzielił tam prezentowanego stanowiska. Skarżący bowiem – w dominującym zakresie - nie odnosi się w sposób konkretny, a więc rzeczowy, warunkowany ujawnionymi w toku postępowania okolicznościami i zaistniałymi zdarzeniami procesowymi w toku jego trwania, do zaprezentowanych przez Sąd Okręgowy argumentów i nie wykazuje, że rzeczywiście dowodzą one tego, iż Sąd ten owych wymagań przewidzianych wskazanymi przepisami ustawy procesowej nie zrealizował, a jego uchybienia w tym względzie mają nie tylko charakter rażący, ale i mogły mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Słusznie Sad Najwyższy stwierdził, że "okoliczności, że przyjęte przez sądy orzekające w sprawie założenia dowodowe nie odpowiadają preferencjom strony, nie może stanowić podstawy zarzutu kasacji, skoro jej autor nie wykazał, że przy ocenie dowodów doszło do błędów natury logicznej, albo że ocena ta kłóci się z doświadczeniem życiowym" (postanowienie z dnia 2 lutego 2007 r., IV KK 473/06).

2. Poza sporem jest, że w świetle obowiązującego stanu prawnego (art. 519 k.p.k.) w zakresie określenia przedmiotu kasacji (przytoczonego na wstępie) mającego *in concreto* zastosowanie przedmiotem kasacji stron może być tylko prawomocny wyrok sądu odwoławczego kończący postępowanie. To tego orzeczenia winny zatem dotyczyć zarzuty w niej podnoszone. Formułowanie zatem w kasacji zarzutów skierowanych przeciwko wyrokowi Sądu I instancji może nastąpić tylko przy spełnieniu określonych (również powyżej wskazanych) warunków. Dopiero ich dopełnienie przez skarżącego sprawia, że taki zarzut nabiera w pełni charakteru dopuszczalnego zarzutu kasacyjnego. Tych wymogów nie przestrzegał jednak autor kasacji. W zarzucie II.1 kasacji podniósł rażąco naruszenie art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 ustawy o grach hazardowych. Uczynił tak pomimo tego, że w apelacji zarzut naruszenia art. 107 ustawy hazardowej miał tylko taką postać jak ta wskazana w pkt III pkt 2 i ewidentnie stanowił zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, nie zaś był zarzutem prawa materialnego (skoro Sąd ustalił zaistnienie wszystkich wymaganych - przedmiotowych i podmiotowych - znamion dla uznania sprawstwa skazanego wszystkich zarzucanych mu czynów, zakwalifikowanych z art. 107 § 1 k.k. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 2 i 3 k.k., skoro skarżący podważał prawidłowość tej decyzji to powinien był to czynić poprzez zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, nie zaś zarzut obrazy prawa materialnego (jak go już postrzega w kasacji), bo możliwość jego podnoszenia aktualizuje się dopiero przy jednoczesnej akceptacji tych ustaleń faktycznych). Przy czym zarzut ten został uzasadniony tylko w taki sposób, który zaprezentowano na stronach od 7-akapit 3 do s.8 - akapit 2. Zarówno w przedstawionych tam tezach, jak też przy równoczesnym zaniechaniu innego uzasadnienia zarzutu III pkt.1 apelacji, brak jest jakichkolwiek stwierdzeń, które pozwoliły by przyjąć, że autor apelacji zarzucał Sądowi I instancji "błędne dekodowanie i wadliwą wykładnię cech określonych przez ustawodawcę jako "element losowości" (art. 2 ust. 3 ustawy hazardowej) i "charakter losowy" (art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej), a muszących występować przy ustaleniu występowania gier na automatach" (tak zarzut II. 1 kasacji) i Sąd odwoławczy przy rozpoznaniu tego zarzutu rażąco uchybił przepisom regulującym zasady kontroli instancyjnej. Nie zarzucał więc autor apelacji tego, co stanowi

przedmiot rozważań autora kasacji na jej stronach od 13 do 20 (por. treść zarzutów apelacji i ich uzasadnienie). Nie można więc przyjąć, że Sąd odwoławczy w zakresie i z powodów wskazanych w opisie owego omawianego zarzutu kasacji mógł dopuścić się naruszenia wskazanych w jego podstawie prawnej *in principio* przepisów regulujących sposób przeprowadzania kontroli odwoławczej, skoro zarzut tej treści nie był w apelacji sformułowany. Autor apelacji podnosił problem "losowości" owych gier urządzanych i prowadzonych na przedmiotowych urządzeniach do gier hazardowych, ale czynił to w sposób wskazany w zarzucie III pkt 1, przy czym zarzut ten uzasadnił tylko w sposób wskazany na stronie 7 tej skargi oraz w aspekcie naruszenia przez Sąd I instancji wskazanych w jej zarzutach 1, 2, 3, 4, 5 6 i 8 przepisów. Do tak sformułowanego zarzutu apelacji, podobnie jak i do tego z pkt III. 2 (z zastrzeżeniem, które poczyniono w zakresie jego rzeczywistego charakteru), jak i do pozostałych, Sąd odwoławczy się odniósł w wystarczającej mierze i nie można podzielić stanowiska autora kasacji, że uczynił to w sposób rażąco naruszając reguły kontroli instancyjnej. Tak to oceniając miano także na względzie na pewno staranne uzasadnienie wyroku Sądu Rejonowego, także w zakresie prawno-karnej oceny ustalonych przedmiotowych zachowań skazanego, tak w aspekcie przedmiotowym, jak i podmiotowym oraz sposób redakcji poszczególnych zarzutów apelacji, a przede wszystkim sposób ich uzasadnienia. Przyznać należy rację Sądowi Okręgowemu co do aprobowania stanowiska Sądu I instancji odnośnie losowego charakteru gier na przedmiotowych automatach. Podkreślić raz jeszcze należy, iż tej kwestii wiele miejsca już poświęcił Sąd I instancji w uzasadnieniu swojego wyroku (por. segment 3.1 tego dokumentu). Zasadnie zauważył, że nielosowość algorytmu zastosowanego w oprogramowaniu automatu nie oznacza braku losowego charakteru gry. Grający nie miał realnego wpływu na wynik gry, co było przesądzające dla uznania jej losowego charakteru. Odnosząc się do zarzutów apelacyjnych dotyczących sposobu dokonania przez Sąd Rejonowy tego ustalenia, to Sąd II instancji słusznie podkreślił charakter dowodów z opinii prywatnych jako dowodów nie mających charakteru opinii biegłego w rozumieniu wymogów przepisu Kodeksu postępowania karnego. Nie ma znaczenia fakt wydania opinii przez Instytut Łączności działający na podstawie upoważnienia ministerialnego. Kluczowe i przesądzające znaczenie ma to, czy sąd

lub organ procesowy prowadzący postępowanie przygotowawcze skorzystał z możliwości przewidzianej w art. 193 k.p.k. i zwrócił się do tej instytucji o wydanie opinii. Tego jednak nie uczynił. Trafnie także Sąd ten stwierdził, że możliwości wyświetlenia przez gracza plansz i podjęcia decyzji o dalszej grze, nie stoją na przeszkodzie przyjęciu losowego charakteru gry, gdyż losowy charakter ma każda pojedyncza rozgrywka. Tym samym znajomość wyniku poszczególnych rozgrywek i podjęcia na tej podstawie dalszych decyzji, nie zmienia faktu losowości wyniku poszczególnych rozgrywek. Skoro ich wynik był dla gracza nieprzewidywalny, to gra miała charakter losowy.

2. Oczywiście bezzasadne są dwa kolejne zarzuty kasacji. Opierają się one na założeniu, że Sąd odwoławczy, wbrew wymogom art. 440 k.p.k., z urzędu nie dostrzegł uchybień, którymi był dotknięty wyrok Sądu I instancji w postaci "wadliwej wykładni przepisów" wskazanych w zakresie II.2 kasacji oraz "wadliwym przypisaniu skazanemu popełnienia siedmiu przestępstw polegających zarówno na prowadzeniu i urządzaniu gier hazardowych w rozumieniu art. 2 ust. 3 ustawy hazardowej (zawierającej element "losowości"), jak i na prowadzeniu i urządzaniu gier hazardowych w rozumieniu art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej (mającej "charakter losowy") (zarzut II.3 kasacji) i utrzymał w mocy rażąco niesprawiedliwy wyrok Sądu Rejonowego. Wbrew twierdzeniom skarżącego brak jest podstaw do przypisania Sądowi odwoławczemu - z powodów przez niego wskazanych - rażącego naruszenia przepisu art. 440 k.p.k. i to jeszcze takiego, by mogło ono mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego kasacją wyroku. Przede wszystkim: po pierwsze, zauważyć należy, że skarżący w tych fragmentach uzasadnienia swojej skargi, które miały odnosić się do tych zarzutów, całkowicie zaniechał uzasadnienia tego w czym miało się wyrażać rażące niesprawiedliwe utrzymanie w mocy wyroku Sądu I instancji. Brak ten jest tym bardziej istotny w sytuacji w której równocześnie eksponując przekonanie "o tym, że gry na automatach stanowią dwie jednostki redakcyjne art. 2 ustawy hazardowej" wyraził tam stanowisko, że "zachowanie skazanego w istocie mogło być rozpatrywane jedynie na płaszczyźnie art. 2 ust. 3 ustawy hazardowej" (s.25). Tak też i zostało (m.in.) niewątpliwie też rozpatrzone, co poddał kontroli Sąd odwoławczy, uznając poprawność tego rozstrzygnięcia. Skoro tak, to skarżący powinien był wskazać te okoliczności, które sprawiły, że - mimo to -

utrzymanie w mocy wyroku Sądu Rejonowego było "rażąco niesprawiedliwe" w rozumieniu art. 440 k.p.k. i przez to rzeczywiście zaistniały warunki - wskazane w tym przepisie - do tego, by rozpoznać apelację w zakresie szerszym, aniżeli ją sformułowano. Po drugie, owa przesłanka "rażącej niesprawiedliwości" warunkująca możliwość zastosowania *in concreto* tej regulacji, nie oznacza przecież każdej nawet niesprawiedliwości orzeczenia, ale tylko taką, której w żaden sposób nie można pogodzić ze społecznym poczuciem sprawiedliwości. Pojawiający się w danym układzie procesowym stan "rażącej niesprawiedliwości" powinien być zatem oceniany (i wykazany przez powołującego się na niego skarżącego) przez pryzmat jego oczywistości i jaskrawości, a to uchybienie, którego miał się dopuścić Sąd I instancji, skutkujące koniecznością zastosowania przez Sąd odwoławczy omawianej normy, musiałoby spowodować niesprawiedliwość orzeczenia w stopniu rażącym. W tej sytuacji, skoro Sąd odwoławczy nie uchybił przepisowi art. 440 k.p.k., to obydwie w tym miejscu omawiane zarzuty kasacji – jako skierowane *de facto* do wyroku Sądu I instancji – są już tylko przez to samo oczywiście bezzasadne. Niemniej jednak zauważyć też należy, po trzecie, iż wskazane w zarzucie II.2 przepisy: § 4 ust. 1 pkt 6 rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 8 czerwca 2017 r. w sprawie urzędzeń losujących, urzędzeń do gier i automatów do gier, zabezpieczenia informacji dotyczących urządzanej loterii oraz uzyskiwania, naliczania i wypłacania wygranych oraz § 2 rozporządzenia Ministra Finansów, Inwestycji i Rozwoju z dnia 3 października 2019 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie urzędzeń losujących, urzędzeń do gier i automatów do gier, zabezpieczenia informacji dotyczących urządzanej loterii oraz uzyskiwania, naliczania i wypłacania wygranych, w związku z treścią wspomnianego pisma procesowego wysłanego przez obrońcę, który dopiero wówczas przystąpił do obrony skazanego i stało się to już po upływie terminu do wniesienia apelacji od wyroku Sądu I instancji, były jednak przedmiotem analizy ze strony Sądu odwoławczego, czego dowodzą zapisy uzasadnienia wyroku tego Sądu.(s. 5 - 6). Co istotne, te rozważania Sądu odwoławczego odnoszą się wprost do prezentowanych przez obrońcę (następnie powtórzonych w kasacji) poglądów i ocen, wykazują ich nietrafność, a także raz jeszcze aprobują stanowisko Sądu Rejonowego (por. s.6 akapit - 4) co do charakteru

przedmiotowych urządzeń do gier z punktu widzenia wymogów ustawy o grach hazardowych. Sytuacja ta - tym bardziej - dowodzi bezzasadności zarzutu II.2 kasacji i całkowitej dowolności twierdzeń o rażącym naruszeniu przez Sąd odwoławczy wskazanego w podstawie prawnej tego zarzutu art. 440 k.p.k. Po czwarte, wprawdzie w pierwszym z omawianych zarzutów skarżący podnosi naruszenie wskazanych w jego podstawie prawnej przepisów poprzez "dokonanie wadliwej ich wykładni", niemniej jednak nie dostrzega przy tym, że - w znacznej mierze prezentowane przez niego w związku z tym zarzutem argumenty - dotyczą nie wykładni, ale ustaleń, które Sąd I instancji poczynił, a Sąd odwoławczy aprobował. To bowiem, czy dane zachowania skazanego wypełniało, czy też nie, wszystkie znamiona wymagane dla bytu danego zarzucanego mu przestępstwa, podobnie jak to, czy te przedmiotowe automaty służyły skazanemu do urządzania i prowadzenia gier hazardowych w rozumieniu ustawy hazardowej jest także objęte zakresem ustaleń faktycznych. Te zaś - poprzez li tylko pozorowanie kasacyjnego charakteru prezentowanych zarzutów, po to by obejść to ustawowe ograniczenie - nie można już w kasacji skutecznie podnosić. Po piąte, oczywista bezzasadność zarzutu II.2, który można także zinterpretować jako dotyczący uchybień w zakresie nieprawidłowego opisu przypisanych skazanemu czynów, niewymienionych w apelacji i nie mieszczących się w uchybieniach wskazanych w art. 439 § 1 k.p.k. nie mogły też doprowadzić (niezależnie od wskazanych już zaszłości) do rażącej niesprawiedliwości wyroku Sądu odwoławczego. Nie mamy bowiem do czynienia z sytuacją w której w opisie brak jednego z elementów istotnych dla określenia charakteru urządzeń do gier, ale (co najwyżej) z sytuacją, gdy określając charakter przedmiotowych urządzeń, Sąd podał dwa zbliżone określenia, przy czym przyjęcie każdego z nich nie zmieniało charakteru przypisanych skazanemu czynów. Nie dekompletowało też wymaganych dla tego typu przestępstwa znamion. Tym samym, nawet jeśli miałby miejsce brak precyzji w tym względzie ze strony Sądu I instancji, nie będącego w apelacji od jego wyroku przedmiotem zarzutu, to nie miało to istotnego (a taki jest przecież w kasacji wymagany, niezależnie od tego, że skarżący nie zdołał go skonkretyzować) wpływu na treść wyroku. W konsekwencji, przy wspomnianym braku w apelacji zarzutu dotyczącego takiego określenia czynów, Sąd odwoławczy nie był zobowiązany rozpoznawać z urzędu tego

uchybień, bo nie miało ono znaczenia z punktu widzenia wspomnianych wymogów art. 440 k.p.k.

3. Oczywiście bezzasadny jest również zarzut II.4 Dotyczy on wadliwego - i to w wymiarze rażącym oraz z możliwością istotnego wpływu na treść wyroku - przeprowadzenia przez Sąd odwoławczy kontroli odwoławczej orzeczenia Sądu I instancji w zakresie zarzutów: 4, 5 i 6 apelacji (jakkolwiek sam skarżący tychże nie precyzuje). Pomijając już to, że w opisie tego zarzutu podjęto kolejną próbę zakwestionowania zasadności ustalenia co do zawartego w grach oferowanych na urządzeniach F. "elementu losowości" to analiza treści uzasadnienia zaskarżonego kasacją wyroku pozwala stwierdzić oczywistą bezzasadność tego zarzutu kasacji. Wbrew bowiem zawartym w tym zarzucie stwierdzeniom nie daje ona podstaw do tego, by uznać, iż kontrola instancyjna wyroku Sądu Rejonowego w zakresie wskazanym w tym zarzucie została przeprowadzona w sposób rażąco uchybiający wskazanym w art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. zasadom jej przeprowadzenia, a nadto by to mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Rozważania poczynione przez Sąd odwoławczy w segmencie 2 uzasadnienia pozwalają na stwierdzenie, że Sąd ten odniósł się do tych kwestii, które w ramach przywołanych zarzutów apelacji podnosił jej autor. Słusznie też potwierdził wyrażone już przez Sąd I instancji stanowisko w zakresie charakteru opinii Wojskowego Instytutu Łączności (s. 4 uzasadnienia wyroku) i jej procesowego znaczenia. Nadto przywołał przy tym fakt wydania w 2019r. dwóch decyzji przez Ministra Finansów, Inwestycji i Rozwoju zaadresowanych do spółki L., której prezesem był skazany (co pomija skarżący) z których to wynika, że organ ten określił gry urządzone na urządzeniu F. jako gry na automatach w rozumieniu przepisów ustawy o grach hazardowych (k. 88-885, 886-890) Co istotne (czego także nie dostrzega skarżący), Minister dysponował przy tym wspomnianą opinią Wojskowego Instytutu Łączności, która stanowiła załącznik do wniosku o wydanie decyzji rozstrzygającej przez wspomnianego Ministra i co - znamienne - to nie właściciel urządzeń F. wystąpił o wydanie rozstrzygnięcia na podstawie art. 2 ust. 6 ustawy hazardowej. Okoliczności te na pewno ewidentnie potwierdzają zasadność dokonanej przez Sąd I instancji i aprobowanej przez Sąd Okręgowy oceny wyjaśnień skazanego.

Mając na względzie wszystkie te okoliczności należało uznać oczywistą bezzasadność kasacji obrońcy skazanego.

Orzeczenie o kosztach uzasadnia treść art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k.

[SOP]

[a!]