

POSTANOWIENIE

Dnia 31 stycznia 2024 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Kazimierz Klugiewicz

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.,
w sprawie **M. P.**,
skazanego z art. 107 § 1 k.k.s. i in.,
po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 31 stycznia 2024 r.,
kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Okręgowego w Łomży
z dnia 14 czerwca 2023 r., sygn. akt II Ka 94/23 Ks,
utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w Łomży
z dnia 13 stycznia 2023 r., sygn. akt II K 319/21,

p o s t a n o w i ł:

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciążyć skazanego.**

UZASADNIENIE

M. P. został oskarżony o to, że:

I. w bliżej nieokreślonym czasie nie później niż do dnia [...] 2020 r. w lokalu zlokalizowanym przy [...], prowadził i urządzał bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry na automatach F. oznaczenie [...], F.1 oznaczenie [...], F.2 oznaczenie [...]. F.3 oznaczenie [...], F.4 oznaczenie [...], w ten sposób, że działając w imieniu firmy „[XXX]” sp. z.o.o. zawarł umowę najmu lokalu użytkowego, na podstawie której wynajął lokal i zapewnił wstawienie do niego ww. automatów do gier, eksploatowanych przez klientów lokalu w ww. okresie co stanowi naruszenie

przepisów art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych,

tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.;

II. W bliżej nieokreślonym czasie nie później niż do dnia [...] 2020 r., w lokalu zlokalizowanym przy ul. [...], prowadził bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry na automatach F.1 oznaczenie [...], F.3 oznaczenie [...], F.2 oznaczenie [...], w ten sposób, że działając w imieniu firmy „[XXX]” sp. z o.o. zawarł umowę najmu lokalu użytkowego na podstawie której wynajął lokal i zapewnił wstawienie do niego automatów do gier, eksploatowanych przez klientów lokalu w ww. okresie co stanowi naruszenie przepisów art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, przy czym popełnił dwa albo więcej przestępstw skarbowych zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z nich i każdy z tych czynów wyczerpuje znamiona przestępstwa skarbowego określonego w tym samym przepisie, a odstępy czasu pomiędzy nimi nie są długie,

tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s.;

III. W bliżej nieokreślonym czasie nie później niż do dnia [...] 2020 r. w lokalu zlokalizowanym przy [...], prowadził i urządził bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry na automatach F.2 oznaczenie [...], F.2 oznaczenie [...], F.3 oznaczenie [...], F.2 oznaczenie [...] w ten sposób, że działając w imieniu firmy „[XXX]” sp. z o.o. zawarł umowę najmu lokalu użytkowego na podstawie której wynajął lokal i zapewnił wstawienie do niego w/w automatów do gier, eksploatowanych przez klientów lokalu w ww. okresie co stanowi naruszenie przepisów art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych przy czym popełnił dwa albo więcej przestępstw skarbowych zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z nich i każdy z tych czynów wyczerpuje znamiona przestępstwa skarbowego określonego w tym samym przepisie, a odstępy czasu pomiędzy nimi nie są długie,

tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s.

Sąd Rejonowy w Łomży wyrokiem z dnia 13 stycznia 2023 r., sygn. akt II K 319/21, uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanych mu czynów w pkt I-III, za które – na mocy art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s. w zw. z art. 38 § 1 pkt 3 k.k.s. – wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wymiarze 350 stawek dziennych przy ustaleniu wysokości stawki dziennej na kwotę 150 złotych.

Od tego wyroku apelację wniósł oskarżony, który – podnosząc zarzuty obrazy przepisów postępowania (art. 7 k.p.k.; art. 7 k.p.k. w zw. 196 § 3 k.p.k. oraz art. 201 k.p.k.; 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., art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k.) błędu w ustaleniach faktycznych, obrazy praw materialnego (art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h.; art. 107 u.g.h.; art. 41a § 1 k.k.s.) oraz zarzut rażącej niewspółmierności kary – wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez jego uniewinnienie od stawianych mu zarzutów.

Sąd Okręgowy w Łomży wyrokiem z dnia 14 czerwca 2023 r., sygn. akt II Ka 94/23 Ks, utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

Wyrok Sądu drugiej instancji został zaskarżony kasacją przez obrońcę skazanego, który sformułował następujące zarzuty rażącego naruszenia przepisów postępowania, tj.:

I. art. 29 § 1 *in fine* k.p.k. w zw. z art. 14fa ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COYID-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 (przewodnicząca sędzia X.Y., sędzia X.Y.1 i sędzia X.Y.2), 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 Rejonowy w Łomży w składzie jednego sędziego (przewodnicząca sędzia X.Y.4), 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. rażące naruszenie prawa przejawiające się w rażącej obrazie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj.:

1. art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 *in fine* k.p.k. w zw. z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w zw. z art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.) w zw. z art. 47 zdanie drugie Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE. C. z 2016 r., Nr 202, str. 389) przez błędne i nieuzasadnione postanowienie o odmowie wyłączenia od udziału w sprawie sędzi przewodniczącej X.Y i sędzi X.Y.2 (postanowienie z dnia 9 czerwca 2023 r. wydane przez Sąd Okręgowy w Łomży, w wyniku rozpoznania wniosku obrońcy o wyłączenie ww. sędziów), pomimo że istniały okoliczności tego rodzaju, że mogłyby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności tych sędziów w rozpoznawanej przez nich, niniejszej sprawie, a to wyrobiony, ukształtowany i niezmienny pogląd oraz nastawienie do tożsamyh spraw prowadzonych przeciwko M. P. , co przejawia się w ich konsekwentnej linii orzeczniczej prezentowanej nieprzerwanie od 2021 r., a na przestrzeni zaledwie pięciu miesięcy, „przypieczętowanej” aż czterema wyrokami utrzymującymi w mocy wyroki skazujące M. P. w tożsamyh sprawach, co miało istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, bowiem doprowadziło do braku wyłączenia wymienionych sędziów, a co za tym idzie przeprowadzenia przewodu sądowego w sądzie odwoławczym i wydania wyroku w sprawie przez Sąd *ad quem*, w składzie

obsadzonym przez sędziów podlegających wyłączeniu, co z kolei spowodowało pozbawienie skazanego prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia jego sprawy przez bezstronny sąd;

2. art. 433 § 1 *in fine* k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. w z art. 457 § 3 *in principio* k.p.k. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. przez wadliwe nieprzeprowadzenie przez Sąd *ad quem* kontroli wyroku Sądu *a quo* w zakresie szerszym, niż podniesione przez skazanego zarzuty w środku odwoławczym, co spowodowało rażąco niesprawiedliwe utrzymanie w mocy wyroku, w zakresie, w jakim Sąd *a quo* nie przeprowadził wykładni i rekonstrukcji normy blankietowej art. 107 § 1 k.k.s., którą winno się uczynić przez pryzmat systemowej wykładni wewnętrznej szeregu przepisów ustawy o grach hazardowych (Dz. U. z 2023 r. poz. 227) (art. 2 ust. 3, 5, 6 i 7; art. 3, art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1, art. 23a, art. 23d pkt 1 i art. 23f ust. 1) i 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 szczególności jego przepisu § 4 ust. 1 pkt 6) oraz 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 (Dz. U. poz. 1944) (w szczególności jego przepisu § 2), przy czym wykładnia tych przepisów 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 miało istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia w postaci utrzymania w mocy (w zakresie przesądzenia o popełnieniu przestępstw tak od strony przedmiotowej, jak i podmiotowej) wyroku, który został wydany bez jakiegokolwiek, *a fortiori* prawidłowej, rekonstrukcji obszaru i istoty zakazu karnego;

3. 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) (dalej jako: ustawa hazardowa) przez nieprawidłową merytorycznie ocenę zarzutów apelacji w zakresie, w jakim Sąd *a quo* nie dokonał

dekodowania i wykładni 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 hazardowych w postaci gier na automatach, zaś Sąd *ad quem* przyjął wadliwe rozumowanie zawartych w ww. przepisach pojęć ustawowych w powołaniu na całkowicie błędny z logicznego i prawnego punktów widzenia judykat, co miało istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, albowiem spowodowało zaabsorbowanie (przejęcie, przeniknięcie) uchyleń Sądu *a quo* do orzeczenia Sądu *ad quem* i, w konsekwencji, utrzymanie wyroku wydanego przez Sąd pierwszej instancji w mocy, pomimo że prawidłowe dekodowanie i wykładnia wskazanych pojęć normatywnych winna prowadzić do konstatacji, że w sprawie, w zakresie każdego z trzech 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.

4. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 196 § 3 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. przez nieprawidłową merytorycznie ocenę zarzutów apelacji w zakresie, w jakim Sąd *a quo* oparł wyrok skazujący na opiniach biegłego A.C. i nie powołał niezależnego biegłego, przy czym biegły ten nie wykazał się wiadomościami specjalnymi i wiedzą fachową, bowiem nie uruchomił żadnego z urządzeń opisanych w czynach, nie zapoznał się z dokumentacją urządzeń, nie dokonał analizy oprogramowania urządzeń, nie ustalił sum kontrolnych, nie zbadał kodu źródłowego oprogramowania urządzeń, ani samodzielnie nie rozegrał gier kontrolnych na zatrzymanych urządzeniach; co więcej, biegły ten oparł opinie zasadniczo li tylko o materiał wideo, który pokazuje jedynie wybiórcze i niepełne funkcjonalności urządzeń F.2, zarejestrowane stronniczo przez funkcjonariuszy celno-skarbowych z wykorzystaniem dowolnie wybranej sekwencji przypadkowych ruchów (każdorazowo celowo grając niezgodnie z regulaminem rozgrywki i ostentacyjnie się z nim nie zapoznając, a takowy przeczytać i zaakceptować musi początkowo każdy przed uruchomieniem gry), a nadto jest biegłym, co do którego ujawniły się powodowy osłabiające zaufanie do jego bezstronności, a to z uwagi na powiązanie ekonomicznie z oskarżycielem celno-skarbowym (tylko w latach 2017-

2020 zarobił na wydawaniu opinii na rzecz oskarżyciela 2.099.360,47 zł, co wynika z przedłożonego do akt sprawy raportu), zaś Sąd *ad quem* wadliwie przyjął, że opinia jest pełna, jasna, nie zawiera sprzeczności, więc brak jest podstaw do powoływania kolejnego biegłego, co miało istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, albowiem spowodowało zaabsorbowanie (przejęcia, przeniknięcia) uchyleń Sądu *a quo* do orzeczenia Sądu *ad quem*, i w konsekwencji, utrzymanie wyroku wydanego przez Sąd pierwszej instancji w mocy.

5. art. 201 k.p.k. poprzez całkowicie błędne oddalenie, podczas terminu rozprawy apelacyjnej w dniu 14 czerwca 2023 r., wniosku dowodowego obrońcy w przedmiocie powołania bezstronnego biegłego z zakresu informatyki, techniki komputerowej i oprogramowania automatów do gier, przy czym był to dowód, który stanowiłby podstawę ustalenia, czy objęte czynami przypisanymi przez Sąd *a quo* urządzenia F.2 „podpadają” pod zakres normowania ustawy hazardowej, a tym samym miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem zmierzały do ustalenia, czy został popełniony czyn zabroniony i czy stanowi on przestępstwo, zaś opinie biegłego A.C. nie są ani fachowe, ani rzetelne, ani pełne, bowiem biegły nie uruchomił żadnego z urządzeń ujętych w opisach czynów, nie zapoznał się z dokumentacją urządzeń, nie dokonał analizy oprogramowania urządzeń, nie zbadał kodu źródłowego oprogramowania urządzeń, ani samodzielnie nie rozegrał gier kontrolnych na urządzeniach;

6. art. 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 urządzeniach F.2, 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.2, 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 (przejęcie, przeniknięcie) uchyleń Sądu *a quo* do orzeczenia Sądu *ad quem* i w konsekwencji utrzymanie wyroku wydanego przez sąd pierwszej instancji w mocy (w zakresie przesądzenia o popełnieniu przestępstw tak w zakresie strony przedmiotowej, jak i podmiotowej);

7. art. 433 § 1 *in fine* k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. w z art. 457 § 3 *in principio* k.p.k. w zw. z art. 37 § 1 pkt 2 k.k.s. przez wadliwe nieprzeprowadzenie przez Sąd *ad quem* kontroli wyroku Sądu *a quo* w zakresie szerszym, niż podniesione przez oskarżonego zarzuty w środku odwoławczym, co spowodowało rażąco niesprawiedliwe utrzymanie w mocy wyroku, w zakresie, w jakim Sąd *meriti* wadliwie przyjął, że skazany uczynił sobie z popełniania przestępstw skarbowych stałe źródło dochodu i wyczerpał znamiona art. 37 § 1 pkt 2 k.k.s., przy czym ani w opisach czynów zarzuconych i przypisanych skazanemu, ani w zakresie ich kwalifikacji prawnej zarówno tej ujętej przez oskarżyciela, jak i przyjętej przez Sąd Rejonowy, nie znajduje się tak ujęta podstawa nadzwyczajnego obostrzenia kary, co miało istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, albowiem spowodowało zaabsorbowanie (przejęcie, przeniknięcie) uchyleń Sądu *a quo* do orzeczenia Sądu *ad quem*, i w konsekwencji, utrzymanie wyroku wydanego przez Sąd pierwszej instancji w mocy w zakresie, w jakim Sąd Rejonowy w procesie decyzyjnym co do kształtowania rodzaju i wymiaru kary brał pod uwagę przyczynę obostrzeniową będącą poza opisem czynów i ich kwalifikacją prawną, a co za tym idzie wadliwie ową karę wymierzył (zaostrzył).

Powołując się na powyższe, obrońca skazanego wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Łomży.

Prokurator w odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej

Sąd Najwyższy rozważył, co następuje.

Kasacja jest bezzasadna w oczywistym stopniu, co uprawniało do jej oddalenia na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu należy zauważyć, że kwestia składu sądu orzekającego w sprawach o przestępstwa skarbowe w kontekście regulacji dotyczących zwalczania epidemii Covid-19 była już przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, który stwierdził, że: „przepis art. 14fa 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. z 2021 r. poz. 2095) nie ma zastosowania w sprawach o przestępstwa skarbowe” (*wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2022 r.; II KK 310/22, OSNK 2022/11-12/46; LEX nr 3435806*). Stanowisko wyrażone w zacytowanym postanowieniu znajduje potwierdzenie także innych orzeczeniach (m.in. w *postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2023 r., I KZP 21/22, OSNK 2023/7/31, LEX nr 3569662*), co pozwala uznać prezentowany pogląd, który w niniejszej sprawie Sąd Najwyższy również podziela, za utrwaloną linię orzeczniczą i czyni zbędnym powtarzanie argumentacji przedstawionej w powołanych judykatach.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący problematyki wyłączenia sędziów Sądu odwoławczego, to od wielu lat obowiązuje, aktualne także obecnie, zapatrywanie prawne co do wykładni art 41 k.p.k., zgodnie z którym „przepis ten nie wyłącza możliwości nawet kilkakrotnego orzekania przez tego samego sędziego w tej samej sprawie w drugiej instancji” (D. Świecki, w: *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, Lex/el. 2024, teza 7 do art. 41 k.p.k.). Tym bardziej więc nie narusza standardu prawa do rzetelnego procesu orzekanie w

II instancji sędziego w podobnej, ale jednak innej sprawie tego samego oskarżonego, skoro również i w takiej sytuacji nie powstaje stosunek osobisty sędziego do oskarżonego (zob. J. Kosonoga, w: *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1-166, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2017, teza 42 do art. 41 k.p.k. oraz powołany tam wyrok SN z 9.11.1966 r., III K 232/64, OSNPG 1967/2–3, poz. 29). Gdyby tak zresztą było, to okoliczność ta powinna byłaby się znaleźć wśród ustanowionych w art. 40 § 1 k.p.k. podstaw wyłączenia sędziego z mocy prawa.*

Oczywiście bezzasadny jest również kolejny zarzut, w którym autor kasacji domagał się stwierdzenia naruszenia przez Sąd odwoławczy obowiązku wyjścia poza granice rozpoznawanego środka odwoławczego (na podstawie art. 440 k.p.k.) z uwagi na dokonanie przez Sąd pierwszej instancji wadliwej wykładni art. 107 § 1 k.k.s. Jak wskazuje się w orzecznictwie: „art. 440 k.p.k. z uwagi na swój wyjątkowy charakter, może mieć zastosowanie tylko wtedy, gdy popełnione przez sąd pierwszej instancji uchybienia procesowe są rażące i ponadto miały - nie tylko potencjalny, ale realny, rzeczywisty wpływ na treść wyroku. Należy przypomnieć, że rażąca niesprawiedliwość orzeczenia sądu odwoławczego ma miejsce wtedy, gdy sąd ten pominął lub nie zauważył takich uchybień popełnionych przez sąd, niewątpliwych i bezspornych, które w sposób znaczący mogą stanowić o naruszeniu przez orzeczenie między innymi zasady sprawiedliwej represji. Ta "rażąca niesprawiedliwość" w rozumieniu art. 440 k.p.k. musi być nie tylko "oczywistą" - a więc "widoczną na pierwszy rzut oka", "niewątpliwą" - ale też ma wyrażać poważny "ciężar gatunkowy" uchybienia, które legło u podstaw wydania orzeczenia dotkniętego "rażącą niesprawiedliwością". Rzec więc dotyczy nie każdej "niesprawiedliwości" wydanego orzeczenia, a jedynie takiej, której nie można pogodzić chociażby z zasadą rzetelnego procesu" (*postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2021 r., II KK 138/21, LEX nr 3245229*).

Tymczasem obrońca skazanego zaprezentował jedynie własny, obszerny wywód w zakresie wykładni blankietowych znamion przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s., koncentrując się na problematyce związanej z elementem losowości gry na automatach, co w żadnym razie nie podważa przyjętej przez orzekające Sądy kwalifikacji prawnej czynów przypisanych skazanemu, a tym

bardziej nie może prowadzić do stwierdzenia rażącej niesprawiedliwości orzeczenia, skoro problem losowości miał na uwadze Sąd odwoławczy w związku z argumentacją przedstawioną w apelacji oskarżonego. Wprawdzie wywód zaprezentowany w kasacji jest wielokrotnie obszerniejszy i bardziej szczegółowy, wskazując na szeroki kontekst normatywny wynikający z blankietowego charakteru dyspozycji art. 107 § 1 k.k.s., jednak ten aspekt sprawy mieścił się w granicach rozpoznawanego środka odwoławczego. Inną kwestią jest natomiast to, czy zakres rozważań wskazanych w kasacji w ogóle jest relewantny w sprawie. Sąd odwoławczy trafnie w uzasadnieniu swego wyroku przywołał tezę z postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2021 r., I KZP 4/21 (OSNK 2021/11-12/45; LEX nr 3253702), zgodnie z którą: „pojęcia «losowy charakter gry» oraz «element losowości», o których mowa w art. 2 ust. 3 i 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2094), oznaczają «nieprzewidywalność» wyniku gry dla osoby korzystającej z urządzenia do gier hazardowych bez względu na budowę takiego automatu, w tym oprogramowania nim sterującego; stan «nieprzewidywalności» nie jest przy tym eliminowany wskutek możliwości uprzedniego sprawdzenia wyniku gry za pomocą dostępnej funkcji oprogramowania”. Sąd odwoławczy zweryfikował ustalenie Sądu *a quo* co do losowego charakteru gry, bazując m.in. na opinii właściwego biegłego sądowego, co czyni oczywiście bezzasadnym zarzut II.3.

Na marginesie wolno zauważyć, że w sprawach takich jak niniejsza, orzekające sądy nie powinny tracić z pola widzenia wniosków wynikających z doświadczenia życiowego i prawidłowego rozumowania. Oczywistym jest bowiem fakt, że działalność hazardowa ukierunkowana jest na osiągnięcie znacznych zysków przy wykorzystywaniu psychologicznych mechanizmów uzależnienia od hazardu. W tego typu sytuacjach gra na jakichkolwiek urządzeniach musi być ustawiona w ten sposób, aby zawsze w ogólnym rozrachunku wygrywał organizator gry. Kwestia wygranej bądź przegranej nie może być zatem uzależniona od zręczności gracza albo posiadania przez niego wiedzy bądź jakichkolwiek innych przymiotów osobowych, albowiem stwarzałoby to dla organizatora gry istotne ryzyko nie tylko braku zysku, ale wręcz strat, na co rzecz jasna nie może sobie pozwolić. Tego rodzaju zdroworozsądkową perspektywę powinny mieć zawsze na uwadze

orzekające sądy, badając element losowości, uwzględniając cały kontekst sytuacyjny zdarzenia będącego przedmiotem postępowania.

Jeśli chodzi o kolejne zarzuty, to Sąd miał podstawy do uznania opiniowania tego biegłego za prawidłowe, co czyniło zbędnym przeprowadzenie dowodu z innego biegłego. Pogląd obrony co do jakości opiniowania A.C. ma charakter polemiczny i nie podważa trafności stanowiska Sądu drugiej instancji. Jednocześnie obrońca skazanego popada pośrednio w sprzeczność, albowiem z jednej strony wskazuje, że biegły ten wielokrotnie wydawał opinie w sprawach, co wskazywałoby co najmniej na jego duże doświadczenie w realizacji tego rodzaju zadań i odpowiednich kompetencjach, a jednocześnie w kasacji podważa się rzetelność pracy tego biegłego. Rzecz jasna, sam fakt współpracy biegłego z organami celo-skarbowymi i jego wcześniejsze doświadczenie w opiniowaniu w analogicznych sprawach nie stanowią okoliczności, które obiektywnie osłabiłyby zaufanie co do bezstronności tego biegłego, skoro biegłymi są niekiedy osoby będące funkcjonariuszami Policji albo zatrudnione w instytucjach ściśle współpracujących z organami ścigania, co nie prowadzi automatycznie do osłabienia ich bezstronności (*zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2004 r., V KK 126/04, LEX nr 137470; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2017 r., II AKa 61/17, LEX nr 2338563*).

Ostatni zarzut nr II.7. bazuje na błędnym odczytaniu kwalifikacji prawnej czynów przypisanych M. P. . Sąd pierwszej instancji uznając, że przestępstwa skarbowe zostały popełnione w realnym zbiegu powołał trafnie art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s. a nie art. 37 § 1 pkt 2 k.k.s., który to przepis znalazł się z kwalifikacji prawnej przestępstw przypisanych innemu współoskarżonemu.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu, na podstawie art. 537a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.p.k. kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciążając skazanego.

[J.J.]

[ał]

