

IX Ka 289/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 sierpnia 2014 r.

Sąd Okręgowy w Toruniu w Wydziale IX Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący – S. S.O. Marzena Polak

Sędziowie: S.O. Aleksandra Nowicka (spr.)

S.O. Andrzej Walenta

Protokolant stażysta Marzena Chojnacka

przy udziale przedstawiciela Urzędu Celnego w Toruniu Dariusza Kosia

po rozpoznaniu w dniu 28 sierpnia 2014r.

sprawy **P. C.** oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Toruniu z dnia 20 marca 2014 r., **sygn. akt II K 433/13**

I. zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy, uznając wniesioną apelację za oczywiście bezzasadną;

II. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Rejonowego w Toruniu) kwotę 180 (sto osiemdziesiąt złotych) tytułem opłaty i obciąża go wydatkami postępowania odwoławczego.

Sygn. akt IX Ka 289/14

UZASADNIENIE

P. C. został oskarżony o to, że:

będąc właścicielem firmy (...)z siedzibą w R. przy ul. (...), w okresie od 1 do 16 lipca 2012 roku, urządził gry na automacie marki H. (...) o numerze (...) ustawionym w lokalu Bar (...) w T. przy ul. (...), wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r. Nr 201, poz. 1540, z późn., zm.)

tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 kks

Sąd Rejonowy w Toruniu wyrokiem z dnia 20 marca 2014 roku (sygn. akt II K 433/13) uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu, tj. przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks i za to na podstawie art. 107 § 1 kks wymierzył mu karę grzywny w wysokości 30 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 60 złotych; na mocy art. 30 § 5 kks orzekając przepadek na rzecz Skarbu Państwa przez zniszczenie automatu marki H. (...) nr (...) oraz dwóch kluczy serwisowych oraz pilota, znajdujących się w magazynie Urzędu Celnego w T. pod pozycją (...).

Oskarżony został obciążony opłatą sądową w wysokości 180 złotych oraz kosztami sądowymi w sprawie.

Od powyższego wyroku **apelację wniósł obrońca oskarżonego** zaskarżając wyrok w całości i podnosząc zarzuty:

1. błędnych ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę orzekania poprzez:

- niezasadne przyjęcie, że oskarżony nie kwestionował tytułu prawnego do urządzenia podczas gdy z faktu jego nie przyznania się do winy i z ze zgłoszonych zastrzeżeń do protokołu z 18.07.2012 r. wynika, że oskarżony był wyłącznie zarządcą automatu a nie jego właścicielem,
- błędne przyjęcie, że automat jest automatem losowym będącym skutkiem nierozpatrzenia wniosku dowodowego dotyczącego eksperymentu procesowego, który miał wykazać zrzecznościowy charakter automatu,
- błędne przyjęcie na podstawie opinii biegłego, że automat jest automatem losowym gdzie błąd wynikał z przyjęcia do opinii błędnych założeń podstawowych,

2. naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na treść wyroku tj.:

- art. 167 kpk i art. 368 kpk poprzez brak ustosunkowania się do wniosków dowodowych oskarżonego złożonych w odpowiedzi na akt oskarżenia,
- art. 413 §1 pkt 6 kpk poprzez niewskazanie zastosowanych przepisów ustawy karnej w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych,
- art. 23 f ustawy o grach hazardowych przewidującym, że podmiotem właściwym do badań technicznych automatów do gry są wyłącznie jednostki upoważnione przez ministra właściwego do spraw finansów, zaś biegły powołany w niniejszej sprawie nie spełnia warunków wymaganych przez przepisy od podmiotów mających wydawać opinie techniczne dotyczące automatów,
- art. 77 ust. 1 w zw. z ust. 3 w zw. z art. 6 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej w zw. z art. 23b ustawy o grach hazardowych,
- art. 1 pkt 11 dyrektywy nr 98/34/WE z 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego,

Jednocześnie obrońca złożył wniosek o wystąpienie do Trybunału Sprawiedliwości UE z pytaniem prejudycjalnym o treści sformułowanej w apelacji.

W związku z powyższymi zarzutami i postulatami obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzuconego mu czynu, a z ostrożności procesowej wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego nie zasługiwała na uwzględnienie.

Zarzucając sądowi I instancji rzutuującą na wynik sprawy obrazę przepisów postępowania wypunktowanych w apelacji oraz wytykając temu sądowi szereg zaniechań w zakresie postępowania dowodowego, obrońca wyraził pogląd, iż zgromadzone w sprawie dowody nie były wystarczające do uznania winy oskarżonego za czyn z art. 107 § 1 kks. Dodatkowo obrońca zaakcentował, że oskarżony nie może ponosić odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych albowiem zapisy tej ustawy nie zostały notyfikowane Komisji Europejskiej mimo, że zawiera ona przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy nr 98/34/WE z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, podlegające obowiązkowi notyfikacji Komisji Europejskiej przed ich wprowadzeniem. Zdaniem obrońcy, brak stosownej notyfikacji skutkuje wykluczeniem stosowania norm ustawy o grach hazardowych.

Ze stanowiskiem obrońcy nie sposób się zgodzić bowiem jego pogląd odnośnie wystąpienia wad i braków w postępowaniu dowodowym jest dowolny, zaś założenie odnośnie nie istnienia podstaw do zastosowania w sprawie przepisów ustawy o grach hazardowych jest błędne. Sąd Rejonowy prawidłowo uznał, że oskarżony zarzuconym mu zachowaniem wyczerpał znamiona występkę z art. 107 § 1 kks bowiem urządził gry na automacie H. (...) opisanym w zarzucie wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych bowiem bez dochowania wymogów o których mowa w art. 6 w/w ustawy.

Odnosząc się wpierw do najdalej idącego zarzutu obrońcy, mianowicie kwestii legalności zapisów ustawy o grach hazardowych i ich obowiązywania w polskim porządku krajowym, należy wyjaśnić obrońcy, że Trybunał Sprawiedliwości przesądza, iż art. 14 ustawy o grach hazardowych (bezpośrednio związany ze stanowiącym podstawę zarzutu art. 6 ust. 1 tej ustawy), ma charakter przepisu technicznego wymagającego notyfikacji i że niedochowanie tego wymogu powoduje, że on de facto nie obowiązuje, Trybunał Sprawiedliwości nie przesądził wcale kategorięcznie o takim charakterze wszystkich pozostałych przepisów ustawy. Trybunał Sprawiedliwości dokonał oceny charakteru jedynie tego jednego przepisu ustawy o grach hazardowych, ograniczając się do wskazania, że pozostałe jej przepisy "stanowią potencjalnie przepisy techniczne", co należy oceniać in concreto z uwzględnieniem tego, czy wprowadzają one warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów. Oceną innych przepisów w/w ustawy pod kątem ich zgodności z przepisami normującymi swobodę przepływu towarów i usług oraz swobodę przedsiębiorczości Trybunał Sprawiedliwości się natomiast w ogóle nie zajmował.

Rozstrzygnięcie co do charakteru przepisów art. 1 pkt 11 czy oraz 6 ust. 1 ustawy, bezpośrednio wpływających na odpowiedzialność oskarżonego, nie ma zaś wcale tak oczywistego charakteru. Na względzie mieć bowiem należy, że państwu członkowskim pozostawiona jest duża swoboda w regulowaniu hazardu (włącznie do jego zupełnego zakazania) i z uwagi na newralgiczny charakter tego rodzaju działalności, nie można interpretować wydawanych w tym zakresie przepisów w sposób prowadzący do jej całkowitego uwolnienia poprzez pozbawienie jakiegokolwiek kontroli ze strony państwa. Trybunał Sprawiedliwości wskazywał wcześniej, że charakteru przepisów technicznych nie można przypisać normom regulującym zasady podejmowania działalności gospodarczej z wykorzystaniem określonego produktu, w szczególności wprowadzającym obowiązek uprzedniego uzyskania zezwolenia na podjęcie działalności (por. wyroki z dnia 30 kwietnia 1996r. w sprawie C-194/94 CIA Security International, pkt 23 oraz z dnia 21 kwietnia 2005r. w sprawie C-267/03 Lindberg, pkt 59).

Nawet, gdyby jednak uznać, że przepisy art. 1 oraz 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych również stanowią przepisy techniczne, tak, jak - zdaniem Trybunał Sprawiedliwości - art. 14 wspomnianej ustawy, w/w okoliczność i tak nie mogłyby zwalniać oskarżonego od odpowiedzialności za popełnienie występkę z art. 107 kks i wcale nie oznaczałyby, że sąd byłby automatycznie zmuszony odmówić jego stosowania. Ewentualne przyjęcie, że wszystkie przepisy ustawy o grach hazardowych mają charakter przepisów technicznych nie powoduje, że sądy krajowe mogą odmówić ich zastosowania jako regulacji, do których odsyła art. 107 § 1 kks tylko z tego względu, że nie został dopełniony obowiązek notyfikacji Komisji Europejskiej. Stanowisko Trybunału Sprawiedliwości nie rozstrzyga wszak w istocie w żaden sposób kwestii skutku ewentualnej niezgodności nienotyfikowanej normy technicznej krajowej z prawem wspólnotowym. W szczególności nie wynika z niego generalny, znajdujący automatycznie powszechne zastosowanie, kategorięczny zakaz stosowania (prowadzący w istocie do faktycznej utraty przez nie mocy obowiązującej) wszystkich przepisów ustawy o grach hazardowych o charakterze norm technicznych, ustanowionych bez spełnienia wymogu uprzedniej notyfikacji, a więc niezgodne z prawem unijnym. Trybunał Sprawiedliwości nie jest zresztą władny w ogóle do ustanawiania tego rodzaju rozstrzygnięć. Trybunał Sprawiedliwości nie jest właściwy do dokonywania wykładni lub stwierdzania, że przepisy prawa wewnętrznego państwa członkowskiego nie obowiązują, nawet jeśli prawo to zostało ustanowione celem wykonania przez to państwo zobowiązań unijnych. Trybunał Sprawiedliwości zajmuje się bowiem wykładnią prawa unijnego, a nie prawa krajowego. Z treści art. 267 traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej jasno wynika, że do kompetencji Trybunału Sprawiedliwości należy orzekanie w trybie prejudycjalnym o wykładni Traktatów oraz o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii. A zatem wykładnia prawa krajowego należy do stosujących to prawo organów krajowych, w tym przypadku do sądów powszechnych.

Mając na uwadze powyższe, wbrew temu co twierdzi skarżący, z orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, na które się powoływał, nie wynika wcale generalny, znajdujący automatycznie powszechne zastosowanie, kategoryczny zakaz stosowania (prowadzący w istocie do faktycznej utraty przez nie mocy obowiązującej) wszystkich przepisów prawa krajowego o charakterze norm technicznych ustanowionych bez spełnienia wymogu uprzedniej notyfikacji Komisji Europejskiej, a więc niezgodnie z prawem unijnym.

Faktem jest, iż Trybunał Sprawiedliwości w kilku sprawach, w których pojawiła się kwestia niedopełnienia wynikającego z dyrektyw obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej projektów krajowych regulacji prawnych, wyrażał pogląd, że konsekwencją naruszenia tego obowiązku powinno być niestosowanie nienotyfikowanej regulacji prawnej przez organy krajowe, w szczególności przez sądy (por. wyroki: z dnia 9 czerwca 2011 r., C-361/10, z dnia 15 kwietnia 2010 r., C-433/05, z dnia 8 września 2005 r., C-303/04, z dnia 30 kwietnia 1996 r., C-194/94, z dnia 6 czerwca 2002 r., C-159/00, z dnia 8 września 2005 r., C-303/04). Jak zauważył jednak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 28 listopada 2013 r. (I KZP 15/13, OSNKW 2013, z. 12, poz. 101), i pogląd ten podziela Sąd Okręgowy orzekający w niniejszej sprawie, że taka normatywna konsekwencja naruszenia obowiązku notyfikacji nie wynika z żadnego wyraźnego przepisu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, ani z żadnej regulacji traktatowej. Ponadto wyroki Trybunału Sprawiedliwości wiążą sądy krajowe w konkretnej sprawie rozpatrywanej przez Trybunał, zaś powoływanie się na te wyroki w innych sprawach dokonuje się wyłącznie w drodze uznania mocy argumentów prezentowanych przez ten Trybunał oraz autorytetu jego orzecznictwa.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że teza o automatycznej niemożności stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, mających zdaniem skarżącego charakter techniczny, a ustanowionych bez zachowania wymogów prawa unijnego, nie znajduje więc uzasadnienia. Sąd odwoławczy stoi na stanowisku, że dopóki nie zostanie stwierdzona we właściwym trybie niezgodność określonych przepisów z prawem wspólnotowym, należy uznać je za obowiązujące. Rozstrzygając kwestię skutku ewentualnej niezgodności nienotyfikowanej normy technicznej krajowej z prawem wspólnotowym - zdaniem sądu odwoławczego - przyjąć należy, że dopóki niezgodność takich przepisów z prawem wspólnotowym nie zostanie stwierdzona stosownym orzeczeniem uprawnionego organu, sądy powszechne zobowiązane są do ich bezwzględnego stosowania. Wprawdzie w prawie polskim, w przypadku konfliktu między normą prawa krajowego, a przepisem unijnym, zastosowanie ma zasada prymatu prawa unijnego przed prawem wewnętrznym państw członkowskich, która określa pierwszeństwo w stosowaniu norm, jednak nawet istnienie w prawie krajowym przepisu kolidującego z normą unijną nie powoduje automatycznie nieważności unormowania krajowego. Na sądach powszechnych, zgodnie z art. 7 Konstytucji RP - który stanowi, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa - ciąży wszak obowiązek poszanowania i przestrzegania ustaw tak długo, dopóki nie utracą one mocy obowiązującej. Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej wyraźnie wynika, że odmówić zastosowania ustawy mogą one jedynie wówczas, gdy Trybunał wydał wyrok usuwający dane przepisy z porządku prawnego, stwierdzając, ich niekonstytucyjność. Zgodnie z polskim porządkiem prawnym Trybunał Konstytucyjny jest jedynym organem władnym do stwierdzenia naruszenia trybu ustawodawczego i uchylecia z tego powodu wadliwie ustanowionej ustawy. W konsekwencji - zdaniem sądu odwoławczego - ewentualna odmowa zastosowania art. 6 czy innych przepisów ustawy o grach hazardowych z uwagi na to, że pomimo ich technicznego charakteru nie został spełniony wymóg ich uprzedniej notyfikacji, mogłaby mieć miejsce dopiero po zwróceniu się przez ów sąd do TK z zapytaniem kwestionującym dochowanie trybu ustawodawczego, z uwagi na niespełnienie obowiązku notyfikacji określonego przepisu. Jeśli w odpowiedzi na zarzut podniesiony przez korzystającą ze swoich uprawnień jednostkę, rozstrzygając konkretną sprawę, sąd orzekający poweźmie wątpliwości w tym przedmiocie, winien więc zwrócić się do Trybunału Konstytucyjnego ze stosownym pytaniem prawnym, zawieszając jednocześnie postępowanie, w którym miałyby dojść do zastosowania wadliwie ustanowionego przepisu. Sąd odwoławczy w pełni podziela odnoszące się do tej kwestii stanowisko SN, wyrażone w wyroku z dnia 2014-01-08 (IV KK 183/13, LEX nr 1409532), zgodnie z którym: „naruszenie wynikającego z dyrektywy 98/34/WE obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym.(...) do czasu zainicjowania takiej kontroli lub podjęcia przez Trybunał Konstytucyjny stosownego rozstrzygnięcia, brak jest podstaw do odmowy stosowania” konkretnego przepisu ustawy o grach hazardowych (tak też SN w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013r. sygn. akt I

KZP 14/13 i I KZP 15/13). Zgodzić się należy z SN, że rozwiązanie takie nie tylko respektuje mające swoje uzasadnienie w zasadzie pewności prawa, powszechnie akceptowane w polskim systemie prawa domniemanie konstytucyjności ustawy, na straży którego stoi tzw. skoncentrowana kontrola badania tej konstytucyjności, ale i zabezpiecza realizację wskazywanej przez Trybunał Sprawiedliwości konsekwencji niedopełnienia obowiązku notyfikacji w postaci niestosowania przepisu technicznego, który podlegał takiemu obowiązkowi.

Odnosząc powyższe rozważania do realiów przedmiotowej sprawy, zauważyć należało, że na chwilę orzekania nie było żadnych powodów do tego, by podważyć moc obowiązującą ustawy o grach hazardowych, która nie została uchylona w normalnej procedurze ustawodawczej i by twierdzić, że ona cała lub też niektóre jej przepisy, nawet te, które mogłyby być uznane za przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, nie obowiązują i nie mają mocy wiążącej. Jeśli chodziło konkretnie o rzutujący na odpowiedzialność oskarżonego przepis art. 6 ustawy o grach hazardowych, sąd I instancji nie miał żadnych zastrzeżeń co do możliwości (obowiązku) jego zastosowania. Wątpliwości w tym przedmiocie nie doszukał się również sąd odwoławczy. Wbrew temu, co twierdził skarżący na rozprawie apelacyjnej, wydanie orzeczenia o odpowiedzialności oskarżonego możliwe było więc bez zwracania się do TK ze stosownym zapytaniem. Zawieszenie postępowania w przedmiotowej sprawie w tym celu mogłoby mieć rację bytu jedynie w wypadku uznania, że podstawę odpowiedzialności oskarżonego miałby stanowić przepis o charakterze technicznym. W ocenie sądu odwoławczego nie mieliśmy jednak do czynienia z taką sytuacją. O czym już była mowa, wspomniany wyrok Trybunału Sprawiedliwości nie rozstrzygał tej kwestii; Trybunał Sprawiedliwości dokonał w nim oceny charakteru jedynie jednego przepisu (art. 14 ust. 1) ustawy o grach hazardowych, wskazując, że pozostałe jej przepisy "stanowią potencjalnie przepisy techniczne", co należy oceniać *in concreto* z uwzględnieniem tego, czy wprowadzają one warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów. Art. 6 ustawy o grach hazardowych, który naruszył oskarżony, przepisem technicznym w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34 WE, w ocenie sądu odwoławczego, nie jest. Państwa członkowskie mają wszak pełną swobodę w wyborze systemu regulacji sektora hazardowego - w tym w wyborze wartości, które decydują się chronić poprzez taki system i sposobu realizacji tej ochrony poprzez reglamentację takiej działalności przez ustanowienie warunków, od których spełnienia uzależnione jest jej prowadzenie. Warto w tym kontekście przywołać pogląd Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z którym charakteru przepisów technicznych nie można przypisać normom regulującym zasady podejmowania działalności gospodarczej z wykorzystaniem określonego produktu, w szczególności wprowadzającym obowiązek uprzedniego uzyskania zezwolenia na podjęcie działalności (zob. wyroki: z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-194/94 CIA Security International, pkt 23 oraz z dnia 21 kwietnia 2005 r. w sprawie C-267/03 Lindberg, pkt 59). Żadnych okoliczności świadczących o technicznym charakterze art. 6 ustawy o grach hazardowych skarżący nie wskazał.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, stwierdzić należało, że sąd orzekający słusznie przyjął, że zachowanie oskarżonego wypełniło znamiona czynu zabronionego przez obowiązującą ustawę, a w konsekwencji - w sposób uprawniony uznał go za winnego popełnienia zarzucanego mu przestępstwa skarbowego. W okolicznościach sprawy nie było przeszkód by stosować zapisy ustawy o grach hazardowych, a tym samym trafnie sąd meriti przypisał oskarżonemu czyn z art. 107 § 1 kks. Jakkolwiek rację ma obrońca podnosząc, że Sąd Rejonowy nie wskazał w treści sentencji wyroku jaki konkretnie przepis ustawy o grach hazardowych oskarżony naruszył, to jednak pisemne motywy wyroku nie pozostawiają wątpliwości, że sąd meriti przyjął (i słusznie), iż oskarżony naruszył warunki określone w art. 6 tejże ustawy bo urządził gry na automacie bez wymaganej koncesji.

Także wszystkie dalsze argumenty apelacji mające na celu podważenie ustaleń faktycznych stanowiących podstawę wyrokowania i będących próbą zakwestionowania wiarygodności przeprowadzonych dowodów były chybione.

Wyjść należy o tego, że myli się obrońca podnosząc dowolność ustalenia odnośnie tytułu prawnego oskarżonego do urządzenia H. (...). Oskarżony prowadził działalność gospodarczą zajmującą się wstawieniem do lokali automatów do gier i nie ulega wątpliwości, że automat o którym mowa w zarzucie a/o stanowił jego własność. Oskarżony zawarł z właścicielem baru (...) umowę podnajmu powierzchni użytkowej by wstawić tam swój automat do gry. Zresztą oskarżony nie kwestionował tytułu prawnego do zabezpieczonego w sprawie automatu do gry przyznając stanowczo, że „urządzenie, które było zakwestionowane w barze (...) jest moją własnością” (k. 170). Nie ma więc racji obrońca

sugerując, że oskarżony nie był właścicielem urządzenia a jedynie jego zarządcą; nie przywołał żadnych dowodów przeczących trafności ustalenia sądu meriti w przedmiotowym zakresie.

Oskarżony i jego obrońca od początku twierdzili natomiast, że zabezpieczony w barze (...) automat nie jest automatem do gry losowej lecz jest urządzeniem zręcznościowo –zabawowym i nie podpada pod wymogi ustawy o grach hazardowych, lecz ich przekonania absolutnie nie sposób podzielić. Zapewnieniom tym ewidentnie przeczą jednoznaczne wnioski opinii biegłego, i choć obrońca podważa kompetencje biegłego do formułowania ocen odnośnie charakteru automatu do gry, to jego zastrzeżenia są bezpodstawne. Sąd Rejonowy przyjmując za podstawę rozstrzygnięcia opinię biegłego W. K., prawidłowo ocenił jej moc dowodową i choć na etapie rozpoznawania sprawy nie ustosunkował się do wniosku dowodowego obrońcy zmierzającego do zakwestionowania tej opinii, uzasadnił, w pisemnych motywach orzeczenia, jej przydatność dla niniejszego postępowania oraz zgodność z kryteriami określonymi przepisami art. 201 kpk.

Dążąc do zdyskwalifikowania w/w opinii skarżący błędnie wywodzi, iż biegły, który ją sporządził nie był podmiotem uprawnionym do wypowiedzania się w kwestii stanowiącej przedmiot opinii. Faktem jest, że zgodnie z przywołanymi w apelacji przepisami art. 23 b i f ustawy o grach hazardowych jedynie podmioty, które posiadają odpowiednie upoważnienie Ministra Finansów, są uprawnione do rozstrzygania czy określony automat jest automatem hazardowym czy nie. Rzecz jednak w tym, że tryb ten obligatoryjnie przewidziany jest jedynie dla kontroli urządzeń, które zostały zarejestrowane (art. 23b zd. 1 stanowi, że: „w przypadku uzasadnionego podejrzenia, że zarejestrowany automat lub urządzenie do gier nie spełnia warunków określonych w ustawie”). Do takich zaś sporny automat nie należy. Z punktu widzenia oceny czy biegły był właściwym w rozumieniu art. 193 kpk - a więc dysponującym należyтыми kwalifikacjami - podmiotem do wydania opinii istotnym jest natomiast, że nie ulega wątpliwości, że - nie należąc wprawdzie do kręgu w/w podmiotów - W. K., będący specjalistą z dziedziny informatyki i biegłym z wieloletnim stażem, faktycznie posiadał wiadomości fachowe konieczne do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy automat oskarżonego zabezpieczony w barze (...) był automatem hazardowym.

Oceniając, że sporządzona przez biegłego W. K. opinia jest jasna, kompletna i logiczna może zostać przyjęta jako podstawa kluczowych w sprawie ustaleń, sąd I instancji uczynił to w granicach swobodnej ocen dowodów. Obrońca nie zgadza się z opinią biegłego na temat losowego charakteru urządzenia, lecz stanowisko skarżącego jest skrajnie polemiczne. Za wszelką cenę usiłuje on wykazać, że urządzenie H. (...) było automatem zręcznościowym i wynik gry zależał od umiejętności grającego bowiem to grający decydował kiedy wcisnąć przycisk „start”, jednakże biegły - po praktycznym przetestowaniu automatu w trakcie kilkudziesięciu gier - stanowczo wykluczył by osoba korzystająca z automatu miała jakkolwiek wpływ na poruszanie się bębnow i ich zatrzymanie, a więc na końcowy układ symboli na wyświetlaczu, a to właśnie ten układ decyduje o tym czy grający wygrywa grę. Biegły podkreślił, że żadne zabiegi grającego nie mają na to wpływu gdyż bębny zatrzymywały się samoczynnie bez udziału grającego. Zatem sugestii obrońcy by to zręczne uderzenie w przycisk „start” miało znaczenie dla końcowego wyniku gry nie sposób podzielić. Biegły wskazał, że naciśnięcie w przycisku „start” w czasie gdy był on podświetlony (kiedy był aktywny) nie może być uznane za element wymagający zręczności grającego bowiem przedział czasu w którym przycisk ten był podświetlony był na tyle długi, że nie wymagał żadnego refleksu czy koncentracji. Użycie przez grającego przycisku „start” umożliwiało po prostu rozpoczęcie gry ale nie determinowało jej wyniku. Gra nie sprowadzała się do ilości trafień w przycisk „start”, jak próbuje przekonać obrońca, lecz jej cel polegał na doprowadzeniu od otrzymania określonej sekwencji znaków na bębnach. Ten efekt miał charakter całkowicie losowy i wcale nie zależał ani od umiejętności grającego ani od jego refleksu czy przyjętej strategii. Na urządzeniu nie było przycisku „stop” pozwalającego na ewentualne manualne zatrzymanie obracających się bębnow przy korzystnym układzie symboli. O ilości obrotów bębnow i chwili ich zatrzymania decyduje oprogramowanie automatu pełniące funkcję generatora losowego, co wyklucza zręcznościowy charakter automatu.

Obrońca nadto wytyka biegłemu niedokładności jego opinii i powołując się na konieczność przeprowadzenia analizy kodu źródłowego automatu sugeruje, że opinia jest niepełna i należało w związku z tym dopuścić dowód z innego biegłego, który przeanalizowałby kod źródłowy urządzenia celem sprawdzenia jego losowego charakteru, jednakże zastrzeżenia obrońcy są dowolne. Biegły W. K. wprawdzie wspominał o możliwości badania kodu źródłowego,

jednakże zaznaczył, że trwałoby to kilka miesięcy bo wiązałoby się to z potrzebą zbadania co najmniej kilkudziesięciu tysięcy linii kodu, a poza tym wskazał, że na podstawie praktycznej obserwacji działania urządzenia doszedł do identycznych wniosków jakie dałaby ta analiza.

Biegły w swojej opinii logicznie i rzeczowo wyjaśnił tok rozumowania, który doprowadził go do wniosku, że automat do gry o którym mowa w zarzucie postawionym oskarżonemu spełnia kryteria automatu do gry hazardowej i wskazał konkretne przesłanki jakimi kierował się przy dokonywaniu oceny w tym przedmiocie. Na rozprawie podtrzymał on ową opinię i w ocenie sądu odwoławczego rzeczowo odnosząc się do wątpliwości obrony wytłumaczył, dlaczego nie mogą one podważać zajętego w niej stanowiska. Skarżący, nie przedstawiając obecnie żadnej nowej argumentacji, na zasadzie jedynie polemiki, wskazuje po raz kolejny na swoje wątpliwości wynikające z dokonania przez niego odmiennej oceny poszczególnych spornych kwestii.

W świetle całokształtu poczynionych w sprawie ustaleń sąd I instancji prawidłowo uznał, że oskarżony, który wstawił do baru (...) urządzenie H. (...) urządził tam gry na automacie w rozumieniu ustawy o grach hazardowych. Oskarżony nie posiadał stosownej wymaganej przez przepisy ustawy hazardowej koncesji, ani odpowiedniego zezwolenia, dlatego sąd I instancji słusznie przypisał mu popełnienie zarzucanego mu czynu z art. 107 § 1 kks.

Zastrzeżeń nie budzi, jako adekwatna do wagi czynu oskarżonego, wymierzona mu kara grzywy. We właściwym stopniu uwzględnia ona wszystkie okoliczności relewantne dla określenia wymiaru kary, w tym uprzednią karalność oskarżonego za czyny tego samego rodzaju. Sąd I instancji dokonał także prawidłowej oceny możliwości płatniczych oskarżonego.

Sąd odwoławczy nie dopatrył się w zaskarżonym orzeczeniu żadnych uchybień mogących stanowić bezwzględne przyczyny odwoławcze, będących podstawą do uchylenia wyroku z urzędu, dlatego też należało utrzymać go w mocy.

Na podstawie art. 113 § 1 kks w zw. z art. 636 § 1 kpk w zw. z art. 627 kpk oraz art. 8 ustawy z dnia 23.06.1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. z 1983, nr 49, poz. 223 ze zm.) Sąd Okręgowy zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 180 złotych tytułem opłaty sądowej za drugą instancję oraz obciążył go wydatkami postępowania odwoławczego.