

Sygn. akt II Ka 337/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 listopada 2017 r.

Sąd Okręgowy w Krośnie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSO Mariusz Hanus

Protokolant: Aleksandra Migacz

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Krośnie - **Jerzego Haligowskiego**

po rozpoznaniu w dniu 27 listopada 2017 roku w Krośnie

sprawy oskarżonego **M. W.**, s. P. i M.,

ur. (...) w W.

o przestępstwo z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Rejonowego w Lesku z dnia 30 czerwca 2017 roku,

sygn. akt II K 2/17

I. utrzymuje zaskarżony wyrok w mocy,

II. zasądza od oskarżonego M. W. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe za postępowanie odwoławcze i wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych).

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 27 listopada 2017 r.

Sąd Rejonowy w Lesku rozpoznawał sprawę M. W.

oskarżonego o to, że w okresie od dnia 01 czerwca 2015r. do dnia 06 lipca 2015r. w miejscowości L., pow. (...) woj. (...) w lokalu (...) (...) (...) L. przy ul. (...) będąc prezesem zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. przy ul. (...) zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym z dnia 14.05.2010r. (dokonany wpis w KRS w dniu 19/08/2014r. pod nr. KRS (...)) urządził gry na automacie do gier o nazwie A. (...) nr (...), z naruszeniem przepisów art. 14 ust 1 i art. 23a ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 o grach hazardowych (tj. Dz. U. z 2015r. poz. 612 z późn. zm.) tj. poza kasynem gry bez wymaganej koncesji i bez rejestracji przedmiotowego automatu przez właściwego naczelnika Urzędu Celnego ,

tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.

Wyrokiem z dnia 30 czerwca 2017 r., sygn. akt II K 2/17 Sąd Rejonowy w Lesku uznał oskarżonego M. W. za winnego tego, że w okresie od 1 czerwca 2015r. do 6 lipca 2015r. w L., w lokalu (...), położonym przy ul. (...), będąc Prezesem Zarządu Spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w R., przy ul. (...). J. K. 2, zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze sądowym pod numerem KRS (...) (dokonany wpis w KRS dnia 29 czerwca 2015r.), urządził gry na automacie do gier o nazwie A. (...) nr (...), wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2016r. poz. 471 z

późn. zm), tj. z naruszeniem przepisów art. 6 ust. 1 ugh i art. 23a ugh, a więc bez koncesji na prowadzenie kasyna gry i bez rejestracji przedmiotowego automatu do gier przez właściwego naczelnika urzędu celnego, tj. winnym popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (tj. Dz. U. z 2016r. , nr 471 z późn. zm) i za to na podstawie art. 107 § 1 kks w zw. z art. 23 § 1 i 3 kks i za to na podstawie art. 107 § 1 kks w zw. z art. 23 § 1 i 3 kks i skazał go na karę grzywny w wymiarze 30 stawek dziennych ustalając wysokość 1 stawki dziennej na kwotę 90 zł.

Na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. Sąd orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci: automatu do gier (...) M. nr (...), kluczy do w/w automatu przechowywanych w magazynie Urzędu Celnego w K. oraz pieniędzy w kwocie 1050,00 złotych zdeponowanych na koncie sum depozytowych Izby Celnej w P., opisanych szczegółowo w postanowieniu w przedmiocie dowodów rzeczowych pod poz. I pkt 1,2 i 3 karta 322 akt sprawy, a w oparciu o art. art. 230 § 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks zwraca P. H. dowody rzeczowe w postaci umowy dzierżawy oraz listy aktualizacji urzędzeń opisane szczegółowo w postanowieniu w przedmiocie dowodów rzeczowych pod poz. I pkt 4 kart 322 akt sprawy, zalegające w aktach na karcie 22 – 24, a na podstawie art. .627 k.p.k w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w kwocie 169,93zł oraz opłatę w kwocie 270 zł

Wyrok powyższy zaskarżony został w całości na korzyść oskarżonego przez jego obrońcę, który zarzucając mu:

1) obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść wyroku, tj.:

a) naruszenie art 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. oraz w zw. z art. 113 § 1 kks polegające na ustaleniu stanu faktycznego z pominięciem istotnych okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i dokonaniu oceny dowodów w sposób dowolny, sprzeczny z zasadami wiedzy oraz prawidłowego rozumowania, w szczególności poprzez:

-pominięcie przez Sąd I instancji w ocenie strony podmiotowej i przedmiotowej czynu zarzucanego oskarżonemu dowodów z dokumentów, a to: pisma Waldemara Pawłaka z dnia 4 listopada 2009 r., pisma Komisji Europejskiej z dnia 5 października 2011 r., pisma Komisji Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r., pisma Stałego Przedstawicielstwa RP przy UE z dnia 5 lutego 2010 r., co jednoznacznie wskazuje na fakt, że przekonanie oskarżonego o legalności prowadzonej działalności było usprawiedliwione;

- pominięcie przez Sąd I instancji dowodu z dokumentu w postaci interpretacji indywidualnej Ministra Finansów z dnia 8 listopada 2013 r. , który ma istotne znaczenia przy ocenie strony podmiotowej; Organy skarbowe dokonując interpretacji przepisów podatkowych w oparciu o przedstawiony we wniosku stan faktyczny i nakazując spółce naliczanie i regulowanie podatku VAT od świadczonych usług (dokładnie opisanych we wniosku) potwierdziły de facto legalność działalności spółki, zważyć bowiem należy, iż ustrój prawny RP nigdy nie przewidywał i nadal nie przewiduje możliwości pobierania podatków od „ działalności nielegalnej”;

-dowolną oraz nieuzasadnioną ocenę wyjaśnień oskarżonego, Opinii prawnej w sprawie skutków braku notyfikacji przepisów technicznych w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE (z uwzględnieniem postanowienia Sądu Najwyższego RP w sprawie IKZP15/13) sporządzonej przez Dr Agnieszkę Frąckowiak- Adamską z dnia 14 stycznia 2014 r., Opinii prawnej dotyczącej skutków braku notyfikacji art. 14 ustawy o grach hazardowych w zgodzie z dyrektywą 98/34/WE w świetle prawa UE sporządzonej przez prof. dr hab. Władysława Czaplińskiego i dr Macieja Taborowskiego w dniu 30 czerwca 2014 r., Komunikatu do funkcjonariuszy celnych dot. trybu postępowania przy zatrzymywaniu automatów z dnia 27 października 2014 r., które to dokumenty jednoznacznie wskazywały, że oskarżony przed rozpoczęciem działalności, a także w jej trakcie dopełnił należytej staranności w zakresie zapoznania się ze stanem prawnym tj. na bieżąco konsultował się z prawnikami, śledził orzecznictwo sądów powszechnych, Sądu Najwyższego, TSUE oraz zasięgał opinii specjalistów uznawanych za autorytety w dziedzinie prawa hazardowego, która skutkowałą wyprowadzeniem błędnego wniosku, że opinie prawne są niemiarodajne, stworzone na potrzeby branży hazardowej, a więc nieobiektywne,... wątpliwe i tendencyjne, ... skupiając się na brakach formalnych procesu notyfikacji, co jest nieobiektywne podczas gdy należałoby się zastanowić się na czyje zlecenia miałyby zostać wykonane? Oraz dlaczego osoby ze środowiska akademickiego miałyby ulegać hipotetycznym wpływom, bądź naciskom? Dlaczego sąd

za miarodajne uznaje tylko orzeczenia Sądu Najwyższego i to te które są niekorzystne? Gdzie z materiału dowodowego wynika, iż w dacie zarzucanego czynu oskarżony M. W. był niekarany, w stosunku do niego umorzono ponad 1 000 spraw, jak również że oskarżony opierał swoją decyzję o prowadzeniu działalności na opiniach autorytetów prawa oraz orzeczeniach Sądu Najwyższego, TSUE oraz sądów powszechnych, które na terenie całego kraju wydawały wobec niego wyroki uniewinniające oraz orzeczenia o umorzeniu postępowania - z których to orzeczeń i opinii wprost wynikało, że przepisy art. 6 i 14 ugh są przepisami bliźniaczymi i jako nienotyfikowane - nie mogą być stosowane w polskim porządku prawnym, a postępowania w sprawie winny zakończyć się wyrokiem uniewinniającym wobec braku znamion czynu zabronionego (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 r., sygn. akt II KK 55/14), a także z których wynikało, że art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych ma charakter abolicyjny i daje podmiotom urządzającym gry na automatach do gier prawo do dostosowania swojej działalności poprzez uzyskanie koncesji do dnia 1 lipca 2016 r.;

- sprzeczne z zasadami prawidłowego rozumowania przyjęcie założenia, że oskarżony działał umyślnie, w sytuacji gdy w/w przepis ma charakter normy blankietowej, a jego dopełnieniem są art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych, które w okresie objętym zarzutami traktowane były jako przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE (brak ich notyfikacji Komisji Europejskiej oznaczał, że nie mogą być one stosowane). Sąd orzekający w niniejszej sprawie oparł się w całości na poglądzie wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., z dnia 28 listopada 2013 r. I KZP 15/13 oraz stanowisku zaprezentowanym w uzasadnieniu wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 października 2016 r., sygn. akt C - 303/15 oceniając zachowanie oskarżonego pod kątem wypełnienia znamion strony podmiotowej czynu z art. 107 kks przez pryzmat tych orzeczeń, które nie mogły być znane oskarżonemu w dacie zarzucanych czynów. Zachowanie oskarżonego nie może być oceniane w kontekście poglądów, które pojawiły się w orzecznictwie jako odmienne, mając na uwadze zasadę rzetelnej legislacji oraz zaufania obywatela do prawa - obywatel nie ma obowiązku interpretować nieliczne orzeczenia niekorzystne dla niego, kiedy to w większości w stosunku do oskarżonego zapadały orzeczenia umarzające postępowanie.

b) naruszenie art. 424 § 1 kpk w zw. z art. 4 kpk, art. 5 § 2 k pk., 7 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks polegające na:

- złamaniu zasady in dubio pro reo oraz zasady obiektywizmu nakazującej uwzględnianie okoliczności także na korzyść oskarżonego, w szczególności poprzez pominięcie dowodów z dokumentów wymienionych w pkt 1, które wskazywały w sposób jednoznaczny na brak wypełnienia znamion strony podmiotowej zarzucanego przestępstwa skarbowego

- braku wskazania w uzasadnieniu jakie dowody pozwalają stwierdzić, że oskarżony działał z zamiarem ewentualnym bądź bezpośrednim popełnienia czynu opisanego w art. 107 § 1 k.k.s.;

- dowolnej i wadliwej ocenie zebranego materiału dowodowego oraz rozstrzygnięciu nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego przyjmując, że twierdzenia oskarżonego, który konsekwentnie nie przyznawał się do winy są niewiarygodne; Sąd I instancji w sposób dowolny i pochopny przypisał oskarżonemu działanie umyślne ze świadomością obejmującą wszystkie okoliczności faktyczne odpowiadające zespołowi ustawowych znamion zarzucanego czynu zabronionego, bowiem dokonał oceny zachowania oskarżonego opierając się na wykładni przepisów zawartej w orzeczeniach Sadu Najwyższego i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, które zapadły kilka miesięcy po okresie opisanym w akcie oskarżenia;

- braku odniesienia się w uzasadnieniu wyroku do dowodów z dokumentów w postaci przedłożonych Sądowi do oceny prawomocnych postanowień o umorzeniu postępowań i wyroków uniewinniających oskarżonego od popełnienia tożsamyh czynów wydanych przez sady powszechne, które wskazywały w sposób jednoznaczny na brak wypełnienia znamion strony podmiotowej zarzucanego oskarżonemu przestępstwa skarbowego oraz dokumentów wymienionych w pkt 1 a pomimo, iż dokumenty te mają istotne znaczenie dla ustalenia czy w niniejszej sprawie istnieje możliwość przypisania oskarżonemu umyślności na płaszczyźnie strony podmiotowej czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s

- naruszenie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113§ 1 kks polegające na braku umorzenia postępowania w niniejszej sprawie pomimo zaistnienia przesłanki ne bis in idem. Prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w Bełchatowie, Wydział II Karny, sygn. akt II K 678/16 M. W. został uznany winnym popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s.

w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. polegającego na urządzaniu gier na automatach do gier wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych; czyn opisany w w/w wyroku podobnie jak w niniejszej sprawie polegał na tym, że oskarżony pełniąc funkcję prezesa zarządu firmy (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. urządził gry o charakterze losowym na automatach do gier z naruszeniem przepisów ustawy o grach hazardowych - art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 z tym, że w sprawie niniejszej o sygn. II K 2/17 zarzut obejmował okres od dnia 1 czerwca 2015 r. do dnia 6 lipca 2015 r. zaś w sprawie o sygn. akt IIK 678/16 - okres od 01.11.2014 r. do dnia 6 lipca 2015 r. To samo zachowanie oskarżonego M. W. polegające na udostępnieniu automatów do gier nieokreślonemu kręgowi osób (urządzenie gier) poza kasynem gry zostało w sposób nieuprawniony zakwalifikowane wbrew treści art. 6 § 2 k.k.s. jako odrębny czyn zabroniony, czym naruszona została zasada niepodzielności przedmiotowej procesu karnego oraz fundamentalna zasada jedności czynu, a oskarżeni zostali pociągnięci w dwóch sprawach do odpowiedzialności karnej za ten sam czyn,

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, wynikający z naruszeń przepisów postępowania wskazanych w pkt 1, polegający na bezpodstawnym przyjęciu, że oskarżony działał z zamiarem popełnienia zarzucanego mu czynu, co miało wpływ na treść orzeczenia, bowiem skutkowało błędnym przypisaniem oskarżonemu winy i odpowiedzialności karnej w oparciu o art. 107 § 1 k.k.s., a w konsekwencji wydaniem wyroku skazującego, podczas gdy zgromadzony materiał dowodowy prowadzi do odmiennej konkluzji i brak jest możliwości przypisania oskarżonemu umyślności na płaszczyźnie strony podmiotowej czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s., jak również w oparciu o kontratyptę z art. 10 § 1 i 4 k.k.s.;

3) obrazę prawa materialnego w postaci niewłaściwego przypisania oskarżonemu realizacji znamion przestępstwa opisanego w art. 107 § 1 k.k.s. w zakresie strony przedmiotowej, która polega na niewłaściwym zastosowaniu art. 23 a ust. 1 ugh w kwalifikacji prawnej zarzucanego oskarżonemu czynu; Powyższa regulacja wskazuje na podmioty, które mogą eksploatować automaty do gier i jest powtórzeniem ogólnej regulacji, która koncesjonuje tego rodzaju działalność i nie stanowi podstawy do skutecznego wypełnienia treści art. 107 1 kks. Przepis ten dotyczy podmiotów, które uzyskały koncesję na prowadzenie kasyna gry i wskazuje na konieczność rejestracji przed dopuszczeniem do eksploatacji, jego naruszenie jest zatem możliwe w sytuacji gdy podmiot posiadający koncesję eksploatuje urządzenia, które nie były zarejestrowane; wywiązania się z obowiązku rejestracji automatów do gier zgodnie z art. 23a ust 1 u.g.h. w niniejszym stanie faktycznym nie było możliwe, co wynika wprost z założenia ustawy o grach hazardowej, której spójna treść nie przewiduje możliwości funkcjonowania automatów do gier poza kasynem gry (vide: art. 14 ust. 1 u.g.h.)

- wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego M. W. od zarzucanego mu czynu oraz zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonego kosztów zastępstwa adwokackiego według norm prawem przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz przekazanie sprawy do ponownego postępowania Sądowi I Instancji.

Sąd Odwoławczy zważył co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd I instancji w zakresie przypisanego oskarżonemu czynu prawidłowo ustalił stan faktyczny sprawy, należycie i zgodnie z kodeksowymi regułami ocenił zebrane dowody wyciągając słuszny wniosek, że w/w wyczerpał swoim zachowaniem znamiona przestępstwa z art.107§1 k.k.s.

Sąd Okręgowy generalnie podziela ustalenia faktyczne Sądu Rejonowego oraz rozważania prawne, uznając, że postępowanie dowodowe wyczerpało zakres sprawy, zaś ocena dowodów oraz wyciągnięte z nich wnioski są uprawnione.

Na wstępie należy podnieść, iż apelacja obrońcy oskarżonego zawiera w kwestii zarzutów błąd logiczny wynikający z powołania się na dwa przeciwstawne uchybienia określone w art. 438 pkt.1 i 3 k.p.k. Zgodnie bowiem z ustalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego zarzut oparty na treści art.438 pkt. 1 k.p.k. a więc naruszenia prawa materialnego

jest zasadny w sytuacji, gdy ustalenia faktyczne nie budzą wątpliwości. Tymczasem obrońca jako drugi zarzut apelacji powołał się właśnie na przepis art. 438 pkt. 3 k.p.k.

Przeprowadzona w sprawie ocena materiału dowodowego dokonana przez Sąd Orzekający nie wykracza generalnie poza zakreślone przepisem art.7 k.p.k. granice swobodnej sędziowskiej oceny, a także nie zawiera istotnych błędów logicznych lub faktycznych oraz nie jest sprzeczna z zasadami doświadczenia życiowego, a tym samym musi korzystać z ochrony zagwarantowanej jego treścią.

Orzekając o sprawstwie oskarżonego Sąd Rejonowy oparł się na dowodach, którym w sposób uprawniony przyznał walor wiarygodności choć może w sposób nie zbyt wyraźny to zaakcentował. Właśnie takie dowody, uzupełnione zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania, uznane za wiarygodne, legły u podstaw ustaleń faktycznych w przedmiotowej sprawie, co jest oczywiste i w pełni odpowiada treści art. 410 k.p.k. (zob. Wyrok SN z dnia 4 czerwca 1954r. sygn. akt. III KK 492/54 opublikowany w zbiorze orzeczeń 78/1954) i w żaden sposób nie narusza zasady obiektywizmu z art. 4 k.p.k.

Nie sposób również zgodzić się z argumentacją o naruszeniu przez Sąd Orzekający wyrażonej w art. 5§2 k.p.k. zasady domniemania niewinności. Przepis ten bowiem dotyczy wątpliwości które ma i nie jest w stanie rozstrzygnąć sąd rozpoznający sprawę, nie zaś wątpliwości obrony i oskarżonych co do prawidłowości rozstrzygnięcia dokonanego przez ten sąd (patrz postanowienie SN z dnia 21 lipca 2009r. V KK 142/09, LEX 519641).

Sąd Odwoławczy w pełni podziela stanowisko Sadu Orzekającego znajdujące oparcie w najnowszym orzecznictwie Sadu Najwyższego (patrz postanowienie SN dnia 24 marca 2017r V KK 28/17 LEX nr 2270907, wyrok SN z dnia 24 marca 2017r. V KK 24/17 LEX nr 2270906, wyrok SN z dnia 16 marca 2017r. V KK 21/17 LEX nr 2258063), który obecnie jednoznacznie (wcześniej w tym zakresie orzecznictwo nie było jednolite) stoi na stanowisku, że "norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej, wynikająca z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21 lipca 1998 r., z późn. zm.), wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2015 r., poz. 612) w pierwotnym brzmieniu tj. do dnia 3 września 2015r., gdy wszedł w życie znowelizowany art.14 ust.1 u.g.h., którego projekt został notyfikowany Komisji Europejskiej (Dz. U. z 2015r.poz.1201), natomiast art. 6 ust. 1 tej ustawy mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s., o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony".

Sąd Odwoławczy akceptuje powyższe stanowisko oraz argumentację przedstawioną na jego poparcie. Dlatego też jako całkowicie chybiony należy uznać zarzut obrońcy, iż brak możliwości zastosowania art.6 ust.1 u.g.h wynika z faktu traktowania go w dacie czynu, jako przepisu technicznego. Dany przepis albo od początku ma charakter techniczny albo takiego charakteru, jego zaś taka a nie inna interpretacji w określonym czasie może mieć ewentualnie wpływ na zamiar sprawcy, czy też pozostawanie przez niego w błędzie wyłączającym możliwość ukarania, o czym będzie szerzej w dalszej części uzasadnienia.

Nie sposób także podzielić argumentacji apelującego aby art. 23a ust1 u.g.h. statuujący obowiązek uzyskania zarejestrowania automatu do gier przed rozpoczęciem jego eksploatacji przez naczelnika urzędu celnego nie mógł znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie z uwagi na jego subsydiarny względem uznanego za przepis techniczny art.14 ust.1 u.g.h. Treść bowiem w/w przepisu wprost odnosi się do podmiotów posiadających koncesję, o której jest przecież mowa w art.6 ust.1 u.g.h., który nie jest przepisem technicznym i nie wymagał stosownej notyfikacji.

Sąd Rejonowy w zasadniczej części w sposób prawidłowy dokonał więc subsumpcji zachowania oskarżonego uznając, iż wyczerpywało ono znamiona przestępstwa z art. 107§1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 23a ust1 u.g.h. ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych czemu dał wyraz przyjmując, iż oskarżony urządzał gry na automacie bez wymaganej koncesji i bez jego zarejestrowania przez właściwy podmiot.

Przed przejściem do omówienia dalszych zarzutów apelacyjnych, które generalnie sprowadzają się do zakwestionowania, przy uwzględnieniu niejednolitej linii orzeczniczej oraz poglądów niektórych przedstawicieli doktryny, czy też treści pism i stanowisk różnych organów, prawidłowości ustalenia wypełnienia przez oskarżonego znamion strony podmiotowej, a tym samym niezasadnego niezastosowania w sprawie przewidzianych w art.10§1 i 4 k.k.s. kontraty, należy kilka ogólnej natury uwag poświęcić problematyce umyślności w sprawach karnoskarbowych.

Ustawowa charakterystyka umyślności z art. 4 § 2 k.k.s. obejmuje dwie jej postacie - zamiar bezpośredni oraz zamiar ewentualny.

Zamiar bezpośredni (*dolus directus*) sprowadza się do dwóch elementów: świadomości po stronie sprawcy tego, że popełnia on czyn zabroniony (element intelektualny zamiaru; chodzi przy tym o świadomość realizacji znamion przedmiotowych, jakkolwiek biorąc pojęcie "czyn zabroniony" literalnie, należałoby przyjąć, że w grę wchodzi również znamiona podmiotowe - por. J. Majewski, Określenie umyślności w projekcie kodeksu karnego na tle obowiązujących przepisów, WPP 1996, nr 1, s. 61) oraz tego, że świadomości popełnienia czynu zabronionego towarzyszy konkretne nastawienie psychiczne sprawcy - określane mianem chcenia popełnienia czynu zabronionego (element woluntatywny zamiaru).

Zamiar ewentualny (*dolus eventualis*) polega na przewidywaniu przez sprawcę możliwości popełnienia czynu zabronionego (element intelektualny zamiaru) oraz towarzyszącemu mu nastawieniu psychicznemu określanym przez przepis jako godzenie się na taki stan rzeczy.

Przestępstwo z art.107§1 k.p.k. może być popełnione zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i też ewentualnym. Słusznie Sąd Rejonowy podnosi i przekonująco argumentuje istnienie po stronie oskarżonego w dacie popełnienia zarzuconego mu czynu zamiaru ewentualnego. Wprawdzie wobec w/w w tym okresie zapadały korzystne rozstrzygnięcia, co wbrew twierdzeniom apelującego zauważa w/w organ, uwalniające go od odpowiedzialności karnoskarbowej za zachowania identyczne z tym które objęte zostało przedmiotowym postępowaniem, jednakże co trafnie podnosi Sąd I instancji linia orzecznicza w tego rodzaju sprawach nie była jednolita.

Prawidłowo Sąd I instancji łączy przedmiotową kwestię z faktem przecież powszechnie znanym równie licznych, a niekorzystnych dla osób prowadzących tego rodzaju działalność orzeczeń sądowych, w tym nawet Sądu Najwyższego, czy też Trybunału Konstytucyjnego.

Istnienie w/w orzeczeń musiało być dla oskarżonego znane chociażby z racji powoływania się na nie przez Urząd Celny przy okazji rozpoznawania licznych zażaleń na postanowienia o zatwierdzeniu zatrzymywania automatów do gier, czy też uznania je za dowody rzeczowe. Świadomość tą niewątpliwie należy także wiązać z szeregiem niekorzystnych dla oskarżonego decyzji procesowych licznych Sądów Rejonowych utrzymujących w mocy tego typu decyzje, czy też z faktem sporządzenia licznych aktów oskarżenia przeciwko w/w przed datą czynu (do końca 2014r. tylko Urząd Celny w K. wniósł przeciwko w/w 7 aktów oskarżenia wykaz w sprawie II Ka 144/17).

Zaakceptować w pełni należy pogląd tutaj Sądu Okręgowego wyrażony w szeregu orzeczeniach (min. II Ka 144/17, II Ka 232/17), że to, iż przeciwko danej osobie skierowano akt oskarżenia oczywiście nie przesądza o tym, iż dopuściła ona się zarzuconego nim czynu. Tak samo, jak ocena prawna dokonana przez Sąd w innej sprawie nawet zbliżonej, czy też wręcz identycznej do rozpoznawanej przez inny Sąd nie wiąże tegoż ostatniego, co wynika wprost z zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądów wyrażonej w znajdującym zastosowanie w sprawach karnoskarbowych poprzez art.113 k.k.s. art. 8 § 1 k.p.k.

Powyższe przekonuje, iż to nie ilościowa przewaga określonych rozstrzygnięć wydanych przez sądy lecz świadomość istnienia w tym zakresie istotnych różnic w dacie potencjalnie przestępnego działania po stronie sprawcy oraz indywidualnie ustalona możliwość przewidywania i godzenia się na ewentualne naruszenie norm prawny będzie miała decydujące znaczenie dla możliwości przypisania mu winy.

Oskarżony więc jako profesjonalista z pewnością był świadomy tego, że obowiązujące w przedmiotowej materii przepisy nie tylko mogą być lecz przez część sądów są interpretowane w taki sposób, który rodzić może jego odpowiedzialność karną, a pomimo tego kontynuował tego typu działalność i to wielką skalę na terenie całego kraju. Niewątpliwie więc popełniając zarzucony mu czyn, co miało miejsce w okresie od 1 do 6 lipca 2015r., jak słusznie podnosi to Sąd Orzekający musiał co najmniej godzić się na to, że swoim zachowaniem może wyczerpać znamiona przestępstw z art.107 §1 k.k.s.

W ocenie Sądu Odwoławczego jako całkowicie niezasadny jawi się także ukryty po zarzucie błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia zarzut pominięcia przez Sąd Rejonowy kontratypów uregulowanych w art. 10 § 1 i 4 k.k.s. pomimo braku możliwości przypisania oskarżonemu umyślności na płaszczyźnie strony podmiotowej.

Podkreślić należy, iż uregulowany w art. 10 §1 k.k.s. błąd co do znamion (co do faktu), nie odnosi się do znamion strony podmiotowej czynu zabronionego, jak zdaje się to interpretować obrońca. Nie można bowiem błędzić co do własnej umyślności, czy nastawienia na popełnienie czynu zabronionego (zabarwienia emocjonalnego – por. wyrok SN z dnia 20 lutego 1997 r., V KKN 188/96, Prok. i Pr. 1998, nr 5, poz. 1)

Nie sposób również przyjąć w realiach sprawy, że oskarżony mógł działać pod wpływem błędu uregulowanego w art. 10§4 k.k.s. tj. błędu co do prawa, który dotyczy przekonania, że czyn, który sprawca popełnił, nie podlega karze. Z art. 10 § 4 wynika jednoznacznie, że od odpowiedzialności karnej skarbowej uwalnia tylko usprawiedliwiona nieświadomość karalności.

Badając formułę usprawiedliwienia, należy odwoływać się do wzorca osobowego zachowania przeciętnego obywatela, który - metaforycznie ujmując - przykłada się do zachowania sprawcy, dokonując tym samym oceny, czy tak jak sprawca zachowałby się również ów model osobowy. W wypadku prawa karnego skarbowego często w grę wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań, bowiem inna będzie miara przykładowo dla podatnika nieprowadzącego działalności gospodarczej, inna zaś dla prowadzącego, jeszcze zaś inna dla osoby zawodowo zajmującej się podatkami (np. doradcy podatkowego, biegłego rewidenta). Im wyższe oczekiwania od sprawcy, tym możliwość wystąpienia błędu usprawiedliwionego mniejsza (por. wyrok SN z dnia 3 lutego 1997 r., II KKN 124/96, OSNKW 1997, nr 5-6, poz. 46).

Należy podkreślić, iż oskarżony urządzaniem gier na automatach zajmował się od wielu lat pełniąc funkcje w organach zarządzających licznymi podmiotami, był więc w profesjonalistą w tej dziedzinie i jak to wykazano znał aktualne problemy interpretacyjne związane z możliwością stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, w tym też niekorzystne dla niego orzeczenia liczących sądów. Wbrew twierdzeniom obrońcy nie sposób bowiem przyjąć, iż w tym okresie orzecznictwo było jednolite i spójne co mogłoby rodzić przekonanie, że takim pozostanie także w przyszłości (oczywiście gdy zmiany nie ulegną przepisom). Powołać należy się chociażby na orzeczenia Sądu Najwyższego (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2013 r., I KZP 15/13 OSNKW 2013, Nr 12, poz. 101) oraz sądów powszechnych orzekających w kwestiach wпадkowych związanych z zatrzymywaniem automatów do gier (patrz wykaz spraw z dnia 22 maja 2017r. dotyczących oskarżonego przedłożony przez Urząd Celný w K. zalegających w aktach II Ka 144/17).

Dołączone zaś w toku postępowania opinie prawne, w większości wydane na zlecenie zarządzających podmiotami zajmującymi się urządzaniem gier hazardowych, do których zaliczał się także oskarżony, korzystne dla tegoż ostatniego w świetle wyżej poczynionych uwag skutecznie ekskulpować w/w od odpowiedzialności karnej nie mogą, a wręcz należy je traktować jako wyraz istnienia oskarżonego wątpliwości odnośnie interpretacji w/w przepisów.

Nie sposób również skutecznie w ocenie Sądu Odwoławczego powołać się na w/w błąd poprzez, czy to treść pism mających charakter wewnętrznych zaleceń, a nie obowiązujących powszechnie interpretacji w ramach określonych podmiotów, czy też organów (Komunikat do Funkcjonariuszy Celnych pochodzący od ich związku zawodowego), sugerujące możliwość zaistnienia naruszenia norm prawnych (pismo Dyrektora Generalnego UE do Stałego

Przedstawicielstwa RP / UE w Brukseli z dnia 28 stycznia 2010r. (k.643-644), pisma Stałego Przedstawicielstwa Rzeczypospolitej Polskiej przy Unii Europejskiej k.642), pisma Komisji Europejskiej z dnia 5 października 2011r., interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie dotyczącej o podatku od towarów i usług z dnia 8 listopada 2013r. (k.645-647), jak i też pisma Ministerstwa Gospodarki z dnia 4 listopada 2009r., co było już wielokrotnie przedmiotem rozważań Sądu Okręgowego w Krośnie min. sprawach II Ka 144/17, II Ka 232/17, II Ka 292/17 i podniesione wówczas argumenty nie straciły na aktualności.

Ponownie należy podkreślić, iż charakter i ranga tych dokumentów oraz zawarte w nich oceny wynikające z takiej, a nie innej interpretacji przepisów prawa do której w/w podmioty nie są i nie były uprawnione (albo też obejmujące zakres przedmiotowy pozostający poza normą art. 107 k.k.s.- interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 8 listopada 2013r.) lub też odwołujące się generalnie jedynie do konieczności przestrzegania określonych procedur bez wskazania konkretnych naruszeń - pismo Ministerstwa Gospodarki z dnia 4 listopada 2009r), co dla takiej osoby jak oskarżony, dysponujący ponadprzeciętną wiedzą w powyższym zakresie (co wynika z treści wnoszonych przez niego zażaleń i czasokresem działalności w branży hazardowej), nie powinno budzić żadnych wątpliwości, pozwala przyjąć, iż ich treść z pewnością, jeżeli w ogóle była mu znana w dacie popełnienia przypisanego mu przestępstwa (zauważyć bowiem należy, iż do akt postępowania zostały one złożone dopiero w 2017r. a przecież ich istotność dla odpowiedzialności karnej oskarżonego, jak uczy doświadczenie życiowe winna skłonić go do ich ujawnienia niezwłocznie po ich uzyskaniu), przekonania u w/w o legalności jego działań wzbudzić nie mogła.

W tym miejscu należy odwołać się do konsekwentnie reprezentowanego przez Sąd Okręgowy w Krośnie stanowiska (patrz uzasadnienia w sprawach II Ka 144/17, 232/17, 292/17), iż w/w oskarżony był osobą zawodowo zajmująca się tą dziedziną działalności, która co do zasady, jak i też każda sfera aktywności gospodarczej, winna przynosić zyski i być zgodna z prawem. Naturalnym jest podejmowanie przez takie osoby jedynie czynności korzystnych ekonomicznie a powstrzymanie się od działań, które mogłyby przynieść straty.

W takiej sytuacji w jakiej znajdował się w/w, jak uczy doświadczenie życiowe, każda przeciętna, o podobnym doświadczeniu zawodowym i wiedzy osoba (a pamiętać należy, iż oskarżony w branży hazardowej działał od wielu lat), zajmująca się tego typu działalnością powstrzymałaby się od jej kontynuowania do czasu ukształtowania jednolitego stanowiska w orzecznictwie Sądowym, co ostatecznie zresztą nastąpiło w bieżącym roku.

Nie można bowiem powołując się na wolność gospodarczą, która przecież nie jest bezwarunkowa i może, a często podlega ograniczeniom ustawowym, mając świadomość pewnych rozbieżności interpretacyjnych ją regulujących zakładać z góry, że one nie istnieją lub też, iż jedynie prawidłowe będzie jedno z możliwych rozwiązań i to tylko korzystne dla przedsiębiorcy.

W takiej sytuacji w ocenie Sądu Odwoławczego nie może on skutecznie powołać się na błąd co do prawa albowiem nie był on usprawiedliwiony. W/w powinien bowiem zasadnie liczyć się z tym, że jego działalność może wyczerpywać znamiona przestępstwa z art. 107 §1 k.k.s., a w konsekwencji doprowadzić do problemów finansowych zarządzanych przez niego podmiotów, czego każdy właściwie dbający o ich, a pośrednio o swoje interesy finansowe starałby się uniknąć.

W ocenie Sądu Odwoławczego, jako całkowicie chybiony należy także potraktować zarzut powagi rzeczy osądzonej formułowany przez obrońcę oskarżonego. Nie negując utrwalonej już w orzecznictwie zasady, iż prawomocne osądzenie za czyn ciągły, którego odpowiednikiem w kodeksie karnym skarbowym jest art.6 k.k.s. uniemożliwia późniejsze skuteczne przypisanie odpowiedzialności za zachowanie które stanowi fragment tego czynu a nie zostało ujęte w ramach opisu wcześniej osądzonego tym niemniej należy podkreślić, iż co zdaje się nie dostrzegać apelujący, że instytucja czynu ciągłego z art. 6§2 k.k.s. znajduje zastosowanie do typów czynu zabronionego, w których znamię czynnościowe ujęte zostało w ten sposób, że jego wypełnienie możliwe jest jednym zachowaniem.

Nie znajduje ona natomiast zastosowania min. do przestępstw trwałych tj. znamienych zachowaniem polegającym na wywołaniu pewnego bezprawnego stanu rzeczy i utrzymywanie go przez jakiś czas przez sprawcę, od którego

zależy przerwanie bezprawnego zachowania. Czasem popełnienia tego typu przestępstwa jest czas utrzymywania stanu bezprawnego.

Zdaniem Sądu Odwoławczego właśnie taki charakter ma przypisane oskarżonemu przestępstwo z art.107§1 k.k.s. Penalizuje ono bowiem zachowania polegające na „urządzaniu” lub „prowadzeniu” gier hazardowych wbrew przepisom ustawy. Co oznacza, iż bezprawne zachowanie sprawcy trwa przez cały okres w którym ma miejsce tego typu zachowanie związane immanentnie z określonym automatem do gier. Jest to bowiem przedmiot czynności wykonawczej niezbędny dla realizacji znamienia czynnościowego w/w przestępstwa.

Mówiąc w sposób uproszczony: czasokresem działania oskarżonego jest okres w którym do urządzenia gier hazardowych wykorzystywany był dany, ściśle zindywidualizowany automat do gier, co przesądza o tym, że mamy do czynienia z przestępstwem trwałym, a tym samym o możliwości zastosowania art. 6§2 k.k.s. mowy być nie może. Wadliwe zaś przyjęcie takiej konstrukcji przez Sąd, czy też Sądy orzekające w tego typu sprawach, co w ocenie Sądu Odwoławczego miało miejsce w obecnie już prawomocnym orzeczeniu Sądu Rejonowego w Bełchatowie wydanego w sprawie sygn. akt II K 386/16 na które powołuje się apelujący, nie oznacza, że mamy do czynienia z sytuacją, o której jest mowa w art. 17§1 pkt.1 k.p.k. tj. powagą rzeczy osądzonej.

Zdaniem Sądu Okręgowego tylko i wyłącznie prawidłowe zastosowanie przez Sąd meriti instytucji czynu ciągłego skutecznie uniemożliwiłoby osądzenie innych fragmentów zachowań sprawcy, które miały miejsce w okresie jego popełnienia i winny wchodzić w jego skład, a pominięte zostały przez Sąd Orzekający, a z taką sytuacją do czynienia w niniejszej sprawie nie mamy.

W ocenie Sadu odwoławczego wymierzona oskarżonemu kara jest współmierna do stopnia społecznej szkodliwości przypisanego mu czynu oraz stopnia winy i nie wymaga korekty w ramach postępowania apelacyjnego.

Biorąc to wszystko pod uwagę Sąd Odwoławczy zaskarżony wyrok utrzymał w mocy stosownie do treści art. 113§ 1 k.k.s. w zw. z art. 437§ 1 k.p.k., art.438 pkt.1, 2 i 3 k.p.k. i 456 k.p.k.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono pomyśli art.113§ 1 k.k.s. w zw. z art.636§ 1 k.pk. i art.8 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. z 1983r. poz. 223z późn. zmianami). Oskarżony posiada bowiem stałe dochody i będzie w stanie powyższe należności w całości uiścić.