

*Sygn. akt II Ka 91/18*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 kwietnia 2018 r.

**Sąd Okręgowy w Krośnie II Wydział Karny w składzie:**

**Przewodniczący: SSO Arkadiusz Trojanowski**

**Protokolant: Wioletta Pelczar**

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Krośnie - Andrzeja Dworzańskiego

po rozpoznaniu w dniu 4 kwietnia 2018 roku w Krośnie

sprawy **A. P.**, s. H. i S. zd. Ś., ur. (...) w K.

oskarżonego o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s.

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Jaśle z dnia 28 grudnia 2017 roku, sygn. akt II K 58/16

**I. utrzymuje zaskarżony wyrok w mocy,**

**II. zasądza od oskarżonego A. P. na rzecz Skarbu Państwa koszty procesu za postępowanie odwoławcze, w tym opłatę za drugą instancję w kwocie 500 zł /pięćset złotych/.**

Sygn. akt II Ka 91/18 Ks

## UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w Jaśle z dnia 28 grudnia 2017r., sygn. akt II K 58/16, oskarżony A. P. został uznany za winnego tego, że, prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe (...) A. P., z siedzibą w K., w lokalu gastronomicznym PHU (...) K. M. w J., ul. (...), prowadził działalność w zakresie gier na automatach i w okresie od dnia 14 kwietnia 2014 r. do dnia 12 stycznia 2015 roku urządził gry na automatach do gier o nazwie (...) nr (...) i (...) (...) nr (...), a w okresie od dnia 17 czerwca 2014 roku do dnia 12 stycznia 2015 roku urządził gry dodatkowo na automacie do gier o nazwie (...) nr (...), bez wymaganej koncesji na prowadzenie kasyna gry, naruszając tym samym przepis art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540), tj. przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.

Za przypisany czyn Sąd skazał oskarżonego, na podstawie powołanego przepisu, na karę 50 stawek dziennych, określając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł.

Na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. Sąd orzekł przepadek:

- automatu do gier (...) o nr fabrycznym (...),
- automatu do gier (...) o nr fabrycznym (...),
- automatu do gier (...) o nr fabrycznym (...),
- pieniędzy obiegowych polskich w łącznej kwocie 994,00 PLN,

- 6 sztuk kluczy do automatów,
- 7 sztuk kluczy wyjętych z wnętrza automatów,

szczegółowo opisanych w postanowieniu w przedmiocie dowodów rzeczowych.

Ponadto, Sąd zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe oraz wymierzył mu opłatę w kwocie 500 złotych.

Powyższy wyrok, w całości, na korzyść oskarżonego, zaskarżył jego obrońca.

Apelacja zarzuciła orzeczeniu:

1. obrazę przepisów proceduralnych, która miała istotny wpływ na wynik postępowania, a w szczególności:

- art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. – poprzez naruszenie zasady obiektywizmu wskutek jednostronnego uwzględnienia okoliczności niekorzystnych dla oskarżonego, w zakresie przekonania oskarżonego, iż przepisy nienotyfikowane nie można stosować, a w konsekwencji uwzględnienie wyłącznie okoliczności, iż oskarżony uprzednio (dwa razy) został skazany na podstawie kwestionowanych przepisów, jak również z pominięciem licznych prawomocnych orzeczeń, które zostały wydane w stosunku do oskarżonego, w tym orzeczeń umarzających postępowanie z uwagi na niemożliwość stosowania przepisów kwestionowanych przez oskarżonego;

- art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. – poprzez wydanie orzeczenia wbrew zasadzie swobodnej oceny dowodów oraz zasadzie obiektywizmu, polegające na uznaniu, że oskarżonemu można przypisać realizację znamion czynu zabronionego z art. 107 § 1 Ustawy z 10 września 1999r. - Kodeks karny skarbowy w sytuacji, gdy oskarżony wyjaśnił, że nigdy nie chciał, ani nawet nie godził się na popełnienie przestępstwa karnoskarbowego. Mając na uwadze całokształt orzecznictwa w zakresie braku notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych oraz orzeczeń w swoich sprawach, był przekonany, że przepisy te nie obowiązują. (brak winy - strona podmiotowa),

2. obrazę prawa materialnego, która miała istotny wpływ na wynik postępowania, a w szczególności:

- art. 107 § 1 k.k.s. - poprzez uznanie, że czyn oskarżonego wyczerpał wszystkie znamiona tego przestępstwa, podczas gdy czyn oskarżonego nie wyczerpuje wszystkich znamion przestępstwa skarbowego stypizowanego przepisem art. 107 § 1 k.k.s., albowiem zachowanie oskarżonego nie było działaniem podjętym wbrew obowiązującym w dacie czynu przepisom ustawy, a wynika to z braku możliwości traktowania przez organy państwa, z zaprezentowanych w uzasadnieniu, jako obowiązujących przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych oraz innych z tej ustawy o tym samym (technicznym) charakterze, będących źródłem normy prawnej zakazującej urządzania gier m.in. na automatach poza kasynami gry, a w konsekwencji nieuwzględnienie ujemnej przesłanki procesowej określonej w art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., która winna skutkować uniewinnieniem oskarżonego,

- art. 107 § 1 k.k.s. - poprzez uznanie, że czyn oskarżonego wyczerpał wszystkie znamiona tego przestępstwa, podczas gdy czyn oskarżonego nie wyczerpuje wymaganego znamiona umyślności, zarówno w postaci zamiaru bezpośredniego jak i ewentualnego,

- art. 6 ust. 1 oraz art. 23a ust. 1 Ustawy o grach hazardowych – przez uznanie, że przepisy te mogą stanowić uzupełnienie normy blankietowej z art. 107 k.k.s., w sytuacji gdy zarzut dotyczy jednorazowego urządzania gier na automacie, natomiast art. 6 ust. 1 odnosi się nie do penalizowania urządzania gry lecz do odpowiedzialności za prowadzenie działalności gospodarczej bez uprawnień - termin ten należy interpretować zgodnie z definicją z Ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004r. Natomiast art. 23a ust. 1 ustawy o grach hazardowych adresowany jest wyłącznie do podmiotów posiadających koncesje lub zezwolenie na prowadzenie działalności m.in. w zakresie gier na automatach,

- art. 14 ust. 1 Ustawy o grach hazardowych - przez uznanie, że przepis ten dotyczy wyłącznie „urządzania gier w kasynach” i nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, w sytuacji gdy to właśnie art. 14 ust. 1 mógłby jedynie stanowić uzupełnienie art. 107 ust. 1 k.k.s., gdyż penalizuje „urządzanie gier „w ogólności” bez uprawnień (poza kasynami)”. Mając na uwadze, że w inkryminowanym okresie przepis był przepisem technicznym - co zostało potwierdzone przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej – nie mógł być stosowany w porządku prawnym. Wobec powyższego brak było przepisu sankcjonującego urządzenie gier, czyli znamienia opisanego w akcie oskarżenia,

- art. 10 § 4 k.k.s. poprzez nie uwzględnienie przez Sąd pierwszej instancji faktu występowania u oskarżonego usprawiedliwionej nieświadomości co do karalności czynu stypizowanego wart. 107 k.k.s., co w konsekwencji powoduje, iż zgodnie z treścią art. 10 § 4 k.k.s. oskarżony nie popełnił przestępstwa karnego skarbowego,

- art. 107 § 1 k.k.s. poprzez błędne przyjęcie przez Sąd pierwszej instancji, że oskarżony urządzał lub prowadził gry hazardowe wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, podczas gdy działania oskarżonego nie posiadają cech tego rodzaju zachowań, gdyż oskarżony ani gier hazardowych nie urządzał, ani ich nie prowadził, ani też takich gier nie organizował (świadkowie negują aby oskarżony stawał się w lokalu, serwisował urządzenia), a zatem zachowanie oskarżonego nie wyczerpuje znamion umyślnego przestępstwa stypizowanego we wskazanym przepisie.

Obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylene zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania.

#### ***Sąd Odwoławczy zważył co następuje:***

Apelacja obrońcy oskarżonego jest bezzasadna.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne Sądu Rejonowego w Jaśle oraz rozważania prawne uznając, że postępowanie dowodowe wyczerpało zakres sprawy, zaś ocena dowodów oraz wyciągnięte z niej wnioski są uprawnione. Nie ma natomiast niczego, co kazałoby zebrane dowody ocenić inaczej, czyli tak jak chciałby tego oskarżony i jego obrońca.

Przeprowadzona w sprawie ocena materiału dowodowego dokonana przez Sąd orzekający nie wykracza poza zakres określony przepisem art. 7 k.p.k. granice swobodnej sędziowskiej oceny, a także nie zawiera błędów logicznych lub faktycznych i nie jest sprzeczna z zasadami doświadczenia życiowego, a tym samym musi korzystać z ochrony zagwarantowanej jego treścią. Orzekając o sprawstwie oskarżonego Sąd pierwszej instancji oparł się na dowodach, którym w sposób uprawniony przyznał walor wiarygodności. 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. i w żaden sposób nie narusza zasady obiektywizmu z art. 4 k.p.k.

Trzeba uznać za całkiem chybiony zarzut obrazy przepisów art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez naruszenie zasady obiektywizmu wskutek jednostronnego uwzględnienia okoliczności niekorzystnych dla oskarżonego, w zakresie przekonania oskarżonego, iż przepisy nienotyfikowane nie można stosować. Sąd Rejonowy dokonał oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego w sposób obiektywny, z uwzględnieniem zasady swobodnej oceny dowodów. Uwzględnił całokształt materiału dowodowego ujawnionego na rozprawie głównej, na co wskazuje to treść uzasadnienia wyroku, w której odniósł się on do twierdzeń oskarżonego dotyczących kwestii „braku notyfikacji przepisów technicznych”, co miało mieć wpływ na jego świadomość przy popełnieniu zarzucanego mu czynu.

Generalnie sprawa nie jest taka skomplikowana, jaką próbuje ją uczynić obrona. Ustawodawca wprowadził prostą zasadę, do której większość się szybko dopasowała, a mianowicie taką, że hazard powinien się odbywać w kasynach i

po uzyskaniu koncesji. Ponieważ oskarżony organizował hazard poza kasynem i nie posiadał koncesji, jego wina jest oczywista.

Wypadaloby powielić ustalenia faktyczne Sądu Rejonowego oraz jego rozważania prawne, iż norma art. 6 ust.1 u. g. h. nie ma charakteru technicznego i nie wymagała notyfikacji Komisji Europejskiej i mogła stanowić uzupełnienie normy blankietowej z art. 107 k.k.s., natomiast przepis art.14 ust.1 w/w ustawy wymagał notyfikacji i w związku z tym nie mógł jej uzupełniać, aż do dnia 3 września 2015r. art.107§1 k.k.s. (to jest do dnia wejścia w życie kolejnej jego nowelizacji, tym razem już notyfikowanej przez Komisję Europejską) uznając, że postępowanie dowodowe wyczerpało zakres sprawy, zaś ocena dowodów oraz wyciągnięte z nich wnioski są uprawnione.

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 natomiast (*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 skarbowe z art. 107 § 1 k.p.k. może być popełnione zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i też ewentualnym. Prawidłowo Sąd Rejonowy podnosi istnienie po stronie oskarżonego w dacie popełnienia zarzucanego mu czynu, zamiaru ewentualnego. Nawet jeśli także zapadały korzystne rozstrzygnięcia, to linia orzecznicza w tego rodzaju sprawach nie była jednolita, zaś oskarżony był już w dacie popełnienia przypisanego mu przestępstwa prawomocnie skazany za taki sam czyn. Ponadto, sama zasada była prosta – miejsce hazardu miało być w kasynach, a nie w lokalach typu bar/restauracja.

Istnienie orzeczeń sądowych, w tym nawet Sądu Najwyższego, czy też Trybunału Konstytucyjnego 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 ich za dowody rzeczowe. Świadomość tą niewątpliwie należy także wiązać z szeregiem niekorzystnych dla oskarżonego decyzji procesowych utrzymujących w mocy tego typu decyzje, czy też z faktem sporządzenia aktów oskarżenia obejmujących zachowania w/w przed datą przypisanego mu przestępstwa. 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 winy.

W ocenie Sądu Odwoławczego oskarżony jako profesjonalista, na co dzień stykający się z przepisami o grach hazardowych, z pewnością był świadomy tego, że obowiązujące w przedmiotowej materii regulacje nie tylko mogą być, lecz przez część sądów są, interpretowane w taki sposób, który może rodzić jego odpowiedzialność karną, a pomimo tego kontynuował tego typu działalność. Niewątpliwie więc popełniając przypisany mu czyn, musiał co najmniej godzić się na to, że swoim zachowaniem może wyczerpać znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s.

Nie stwierdzono zarzucanego w apelacji naruszenia prawa materialnego art. 107 § 1 k.k.s. poprzez niewyczerpanie wszystkich znamion tego czynu wobec braku notyfikacji przepisów technicznych, tj. art. 6 ust.1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, stanowiących uzupełniającą normę blankietową zawartą w art. 107 § 1 k.k.s. Sąd Odwoławczy w tym zakresie w pełni podziela argumentację Sądu Najwyższego, zawartą w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017r. I KZP 17/16 (OSNKW 2017/2/7) i w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego (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 1998r., ze zm.), wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2015r., 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 orzekający to zauważył i zastosował.

W świetle powyższego, podnoszone przez apelującego zarzuty obraży przepisu art. 107 § 1 k.k.s., czy też naruszenia przepisów postępowania w zakresie dotyczącym wadliwości zastosowania art. 6 ust. 1 u.g.h. uznać należało za nietrafne. Przepis ten uzależniający możliwość działalności w zakresie gier na automatach od posiadania koncesji na prowadzenie kasyna, nie posiada charakteru technicznego, co oznacza, że mógł i może stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s.

Stronę przedmiotową przepisu 107 § 1 k.k.s. ustawodawca zdefiniował przy użyciu dwóch znamion czasownikowych: „urządzenie” lub „prowadzenie” w/w gier wbrew przepisom ustawy, które to pojęcia nie posiadają swoich definicji legalnych w ustawie o grach hazardowych, a tylko wówczas można byłoby rozważać czy powinny one, czy też nie podlegać notyfikacji. Wprawdzie wyżej wskazane przepisy u.g.h. dookreślają przedmiot bezpośredniego działania, jednakże w ocenie Sądu Odwoławczego nie sposób uznać, że są one przepisami technicznymi w rozumieniu art. 1 pkt 11 w/w dyrektywy, a tym samym, że wymagały one notyfikacji Komisji Europejskiej.

Zawierają one jedynie definicję gry na automatach i nie wprowadzają żadnych ograniczeń czy to lokalizacyjnych, czy też związanych z ich produkcją lub obrotem. Przyjąć więc należy, iż nie wymagały notyfikacji (tak min. WSA z siedzibą w Gliwicach w wyroku z dnia 5 czerwca 2014r. III SA/GI 77/14 Legalis nr 1058836) i jako doprecyzowujące przedmiot bezpośredniego działania mogły i mogą być stosowane.

Nietrafny jest też zarzut, jakoby 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. Należy odwoływać się tu 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 1997r., II KKN 124/96, OSNKW 1997, nr 5-6, poz. 46).

Oskarżony urządzaniem gier na automatach zajmował się od wielu lat, był zatem 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 sądów. Sama istota przepisów też była łatwo uchwytna, a mianowicie ich celem była walka z hazardem odbywającym się poza kasynami.

Podsumowując, apelacja obrońcy oskarżonego A. P. na uwzględnienie nie zasługiwała, a wyrok jako słuszny i trafny należało utrzymać w mocy.

Podstawę prawną orzeczenia stanowią przepisy art. 437§ 1, art. 438 pkt 1 i 2 oraz art. 456 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono po myśli art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., a o opłacie za drugą instancję na podstawie art. 8 w zw. z art. 21 pkt 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 o opłatach w sprawach karnych.