

**Sygnatura akt VI Ka 64/18**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **27 lutego 2018** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Arkadiusz Łata

Sędziowie SSO Grażyna Tokarczyk (spr.)

SSO Małgorzata Peteja-Żak

Protokolant Monika Dąbek

przy udziale M. T. przedstawiciela Urzędu Celno – Skarbowego w K. oraz Katarzyny Preidl Prokuratora Prokuratury Rejonowej G. w G.

po rozpoznaniu w dniu 27 lutego 2018 r.

sprawy **K. P. (2)** ur. (...) w D.

syna L. i U.

oskarżonego z art. 107§1 kks w zw. z art. 6§2 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 18 października 2017 r. sygnatura akt IX K 24/17

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk, art. 624 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks

1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1 w ten sposób, że:

- eliminuje naruszenie przez oskarżonego przepisu art. 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych,
- wysokość jednej stawki grzywny obniża do kwoty 55 (pięćdziesiąt pięć) złotych;

2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zwalnia oskarżonego od zapłaty kosztów sądowych postępowania odwoławczego, obciążając wydatkami Skarb Państwa.

Sygn. VI Ka 64/18

## UZASADNIENIE

K. P. (2) oskarżony został o to, że urządził w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu tego samego zamiaru, z wykorzystaniem tej samej sposobności, w okresie od dnia 1 września 2013 roku do dnia 03 grudnia 2013 r. gry o charakterze losowym w celach komercyjnych na automacie do gier (...) bez numeru w lokalu (...) w G. przy ul. (...),

bez stosownego zezwolenia, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201/2009, poz. 1540 z późn. zmianami) tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks.

Sąd Rejonowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 18 października 2017 roku sygn. akt IX K 24/17 uznał oskarżonego K. P. (2) (P.) za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego wyżej ustalając dodatkowo, że oskarżony naruszył przepisy art. 6, art. 14 i art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, czym wyczerpał znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks i za to na zasadzie art. 107 § 1 kks w zw. z art. 23 § 1 i 3 kks wymierza mu karę 90 stawek dziennych grzywny, wysokość jednej stawki dziennej ustalając na kwotę 80 złotych, na zasadzie art. 29 pkt 2 kks w zw. z art. 30 § 1 i § 5 kks orzekając wobec oskarżonego K. P. (2) środek karny w postaci przepadku na rzecz Skarbu Państwa zabezpieczonego elektronicznego urządzenia do gier typu wideo o nazwie (...) S. (...) bez numeru, oraz wyjętych z tego automatu pieniędzy w kwocie 1.345 złotych, przechowywanych w magazynie Urzędu Celnego w R. i kasie Izby Celnej w K. pod pozycją (...); na podstawie art. 230 § 2 kpk w związku z art. 113 § 1 kks nakazując zwrócić B. S. – oryginał umowy najmu nr (...) z dnia 1 września 2013 roku oraz dziesięć kart dokumentów w postaci: „Załącznik nr 1 Informacja dla funkcjonariuszy organów administracji państwowej” – 2 sztuki, pisma G. C. z dnia 21 lutego 2013 roku, pisma S. M. z dnia 21 stycznia 2013 roku, pisma J. K. z dnia 20 września 2012 roku oraz opinii prawnej prof. dr hab. P. K. ze stycznia 2013 roku – dokumenty znajdujące się w aktach na kartach 10-20 - wobec stwierdzenia zbędności tych przedmiotów dla dalszego postępowania, orzekając o kosztach procesu.

Apelację wywiódł obrońca oskarżonego, zaskarżając wyrok w całości zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a mający wpływ na jego treść polegający na błędnym przyjęciu, że oskarżony działał umyślnie tj. miał świadomość, iż urządzając gry na automatach poza kasynem dopuszcza się przestępstwa z art. 107 § 1 kks, podczas gdy prawidłowa analiza dowodów w tym wyjaśnieniu oskarżonego prowadzi do wniosków przeciwnych, a mianowicie, że oskarżony w dacie czynu kierując się aktualną i obowiązującą w tamtym czasie linią orzecznictwa Sądów powszechnych miał prawo kierować się przekonaniem, iż przepisy zakazujące organizowania gier na automatach nie obowiązują, a przez to on ich nie łamie i nie narusza prawa, zaś z ostrożności procesowej obrońca zarzucił rażącą niewspółmierność kary, co miało wynikać z przekonania oskarżonego, że wspomniany wyżej zakaz nie obowiązywał oraz odbywania przez oskarżonego kary.

Apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego względnie o zmianę wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu kary grzywny w dolnych granicach ustawowego zagrożenia, przy przyjęciu jednej stawki dziennej na 10 zł.

### ***Sąd Okręgowy zważył, co następuje.***

Apelacja obrońcy oskarżonego stała się jedynie częściowo skuteczna w zakresie prowadzącym do zmiany orzeczenia o karze grzywny, a dodatkowo w części odnoszącej się do samego opisu czynu przypisanego oskarżonemu poprzez konieczność wyeliminowania wypełniającego normę blankietową art. 107 § 1 kks przepisu art. 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych.

Sąd I instancji przeprowadził w sprawie prawidłowe postępowanie, zgromadzone dowody poddając ocenie zgodnej z regułami wyznaczonymi treścią art. 7 kpk, również w zakresie ustalenia stanu świadomości oskarżonego, a tym samym umyślności jego działania.

Obrona prezentowała na poparcie braku możliwości przypisania oskarżonemu zamiaru, orzeczenia zapadające w innych sprawach, sam oskarżony korzystając ze swego prawa złożył szczątkowe wyjaśnienia, stwierdzając, że kiedy wstawał automat miał już wiedzę o braku notyfikacji tej ustawy, o różnych orzeczeniach, z których wynikało, że automaty te wracają do właścicieli i w związku z tym podjął się takich działań, ze świadomością, że jest to legalne.

Oczywistym i utrwalonym przez doktrynę i orzecznictwo jest, że oskarżony w procesie karnym nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności (art. 74 § 1 k.p.k.). W ramach przysługującego mu prawa do obrony może on również odmówić (bez podania powodów) odpowiedzi na poszczególne pytania oraz odmówić składania wyjaśnień (art. 175 § 1 k.p.k.) i sam fakt skorzystania z tego uprawnienia nie może dla niego powodować żadnych negatywnych następstw.

Jeżeli jednak (...) na składanie wyjaśnień (co również jest jego prawem) oskarżony się zdecydował, to wyjaśnienia te podlegają takiej samej ocenie, jak każdy inny dowód. Uznanie ich niewiarygodności nie oznacza wcale, że na oskarżonego przerzucono został, z naruszeniem art. 74 § 1 k.p.k., ciężar dowodzenia jego niewinności (tak min. SN w post. z dnia 4.02.2008 r., sygn. III KK 363/07).

Oskarżony zdecydował się złożyć wyjaśnienia, tym samym podlegały one ocenie, co więcej ustawa nie zabrania w takiej sytuacji analizować również i tego, na jakim etapie owe wyjaśnienia są składane, czy są spontaniczne, jaką wiedzą procesową dysponuje oskarżony, a także w jakim zakresie chce czynnie uczestniczyć w składaniu tych wyjaśnień w odpowiedzi na pytania stron.

W niniejszej sprawie oskarżony nie był skłonny do udzielania jakichkolwiek odpowiedzi, a zatem nie można było sprecyzować informacji o jego wiedzy.

Skoro tak, a sam deklarował rozeznanie w przedmiocie notyfikacji i orzecznictwa, to nie mógł, jak ujmuje to w zarzucie apelacji obrońca twierdzić, że istniała „obowiązująca w tamtym czasie linia orzecznictwa sądów powszechnych”.

Nie mógł oskarżony wyprowadzać wniosku ani o legalności działania, o nieobowiązaniu ustawy, ani tym bardziej o nieobowiązaniu zakazu w rozumieniu przepisu prawa karnego. Nikt, nie mógł bowiem oskarżonego w takim mniemaniu utwierdzać. Dyskusja dotycząca notyfikacji zmierzała nie do ustalenia nieważności, czy nieobowiązania ustawy o grach hazardowych, ale o niemożności wyciągania negatywnych konsekwencji wobec jednostki z treści nienotyfikowanych przepisów technicznych, czyli bezskuteczności, ale skierowanej po pierwsze do konkretnego przepisu ustawy, po drugie w konkretnej sprawie i po trzecie w zakresie negatywnych konsekwencji. Oznacza to, że ów nienotyfikowany przepis techniczny mógłby znaleźć jednak zastosowanie w decyzji pozytywnej, jak choćby w procesie udzielenia koncesji na prowadzenie kasyna gry. Niewątpliwie zatem taka konsekwencja nie powoduje, że ustawa rugowana jest z porządku prawnego, a osoba naruszająca jej przepisy pozostaje pod ochroną prawa, jako prowadząca legalną działalność.

Dodatkowo w dacie czynu wbrew teozom apelującego orzecznictwo nie było jednoznaczne, przeciwnie znaczna była ilość rozstrzygnięć dla oskarżonego negatywnych, a zwłaszcza rangi orzeczeń Sądu Najwyższego w przeważającej mierze przeciwnych twierdzeniom obrony oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Skoro natomiast oskarżony wiedzę wszechstronną posiadał, bo taki wniosek rysuje się ze zdawkowych wyjaśnień, to działania podejmował wiedząc, że czyni to wbrew przepisom ustawy.

Z tego względu nie sposób uznać, aby oskarżony mógł żywić uzasadnione przekonanie, że jego działania nie będą podlegały karze, ani tym bardziej, że są zgodne z ustawą, czy legalne. Przeciwnie, choć jest to teza, która z punktu widzenia prowadzenia działalności gospodarczej może wydawać się drastyczna, to jednak gdyby dotyczyła zwykłych czynności dnia codziennego byłyby jak najbardziej przekonująca- rozsądny, przeciętny obywatel, który powęźmie wiedzę, że co do jakichś czynności są wątpliwości, czy są zabronione, powstrzyma się od nich.

Kwestia notyfikacji ustawy rozstrzygnięta została w wyroku TSUE z dnia 13.10.2016 r. w sprawie C#303/15, w którym TSUE jedynie przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych ocenił, jako techniczny w przeciwieństwie do art. 6 ust. 1 tej ustawy.

W tym zakresie nie sposób zgodzić się było z wywodami Sądu I instancji, oderwanymi od regulacji wynikających z Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z dnia 30 kwietnia 2004 r.), który jest podstawowym aktem prawnym Unii Europejskiej. Wedle art. 4 ust. 3 zgodnie z zasadą lojalnej współpracy Unia i Państwa Członkowskie wzajemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z Traktatów; Państwa Członkowskie podejmują wszelkie środki ogólne lub szczególne właściwe dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji Unii; Państwa Członkowskie ułatwiają wypełnianie przez Unię jej zadań i powstrzymują się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii. zatem

to sąd krajowy, w tym wypadku Sąd powszechny winien zapewnić efektywność prawa Unii, w omawianej sytuacji przepisowi dyrektywy 98/34/WE.

O ile zgodzić się można, że owszem wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wiążą sądy krajowe wprost w konkretnej sprawie, to równie oczywistym jest ich znaczenie, a zatem stosowanie w innym podobnych sprawach, co wynika z charakteru źródeł Unii. Dopóki zatem Rzeczpospolita Polska pozostaje jej członkiem Sądu krajowe winny owo orzecznictwo mieć na uwadze w procesie stosowania prawa, czego wyrazem jest uchwała siedmiu składu sędziów Sądu Najwyższego z dnia uchwały z dnia 19 stycznia 2016 r., I KZP 11/6 (OSNKW 2017/217).

Dlatego Sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 1 eliminując naruszenie przez oskarżonego przepisu art. 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych.

W zakresie rozstrzygnięcia o karze apelacja obrońcy okazała się częściowo skuteczna, niestety apelujący nie wykazał, na jakiej podstawie widzi możliwość orzeczenia w sprawie o przestępstwo skarbowe stawki dziennej ustalonej na 10 zł, wobec treści art. 23 § 3 kks.

Nie uwzględnił przy tym Sąd odwoławczy życzenia złagodzenia kary w rozmiarze orzeczonych stawek, albowiem ocena Sądu I instancji, że 90 stawek dziennych należycie uwzględnia dyrektywy wymiaru kary, w zakresie tak okoliczności czynu, jak i właściwości i warunków osobistych oskarżonego, w tym jego uprzedniej karalności obniżającej możliwość wprowadzenia pozytywnej prognozy społeczno-kryminologicznej, zasługuje na poparcie.

Równocześnie jednak nie można pomijać obecnej sytuacji oskarżonego, odbywającego karę długoletniego pozbawienia wolności, a to winno znaleźć odzwierciedlenie w wysokości jednej stawki dziennej. Dlatego Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 1 i wysokość jednej stawki grzywny obniżył do kwoty 55 złotych, blisko dolnej granicy ustawowego zagrożenia.

W pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymano w mocy, uwzględniając wieloletnie pozbawienia oskarżonego wolności Sąd Okręgowy zwolnił, go od zapłaty kosztów sądowych postępowania odwoławczego, obciążając wydatkami Skarb Państwa.