

**Sygnatura akt VI Ka 389/19**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **18 czerwca 2019** r.

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

Przewodniczący: SSR del. Piotr Pawlik

Protokolant: Barbara Szkabarnicka

po rozpoznaniu w dniu 4 czerwca 2019 r.

przy udziale Magdaleny Lewandowskiej - Smerd Prokuratora Prokuratury Rejonowej w T. oraz B. W. przedstawiciela Naczelnika (...) Urzędu Celno – Skarbowego w K.

sprawy **M. W.** ur. (...) w W.

syna P. i M.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżyciela publicznego i oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach

z dnia 24 stycznia 2019 r. sygnatura akt VI K 707/18

na mocy art. 437 kpk art. 438 kpk, art. 635 kpk w zw. z art. 627 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks

1. zmienia punkt 1 zaskarżonego wyroku w ten sposób, że w miejsce orzeczonej kary grzywny, na mocy art. 107 § 1 kks wymierza oskarżonemu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,
2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;
3. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 20 (dwadzieścia) złotych oraz wymierza mu opłatę za obie instancje w kwocie 120 (sto dwadzieścia) złotych.

Sygn. akt VI Ka 389/19

## UZASADNIENIE

**wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 18 czerwca 2019 r.**

M. W. został oskarżony przez Naczelnika (...) Urzędu Celno - Skarbowego w K. o popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks polegającego na tym, że:

- w dniu 18 marca 2015 r. w R. w (...)mieszczącym się na ul. (...), pełniąc funkcję Prezesa Zarządu firmy (...) sp. z o. o. z siedzibą w W., (...), będąc na podstawie umowy zawartej z M. H., najemcą części lokalu (...) mieszczącego się w R., ul. (...), urządził w wynajętej części ww lokalu gry losowe o wygrane pieniężne na automacie do gier o nazwie (...)o numerze (...), wbrew przepisom art. 6 ust. 1, art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych

- w dniu 18 marca 2015 r. w R. w (...) mieszczącym się na ul. (...), pełniąc funkcję Prezesa Zarządu firmy (...) sp. z o. o. z siedzibą w W., (...), będąc na podstawie umowy zawartej z M. H., najemcą części lokalu (...) mieszczącego się w

R., ul. (...), urządził w wynajętej części ww lokalu gry losowe o wygrane pieniężne na automatach do gier o nazwie: (...) o numerze (...), (...) o numerze (...) wbrew przepisom art. 6 ust. 1, art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych.

Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach wyrokiem z dnia 24 stycznia 2019r. sygn. akt VI K 707/18 uznał oskarżonego M. W. za winnego tego, że w dniu 18 marca 2015 roku w R. w (...) mieszczącym się na ul. (...), będąc prezesem zarządu firmy (...) sp. z o. o. oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. a zarazem najemcą części lokalu (...)w R. urządził w ww. lokalu gry losowe o wygrane pieniężne na automatach do gier o nazwie: A. G. o numerze (...), (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), bez koncesji wbrew art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, to jest przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks i za to na mocy art. 107 § 1 kks w zw. z art. 23 § 1 i 3 kks wymierzył mu karę grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 złotych ( vide: punkt 1 wyroku).

Następnie na mocy art. 30 § 5 kks orzekł przepadek na rzecz Skarb Państwa w/w urządzeń wraz z kablami zasilającymi oraz polskimi pieniędzmi w łącznej kwocie 1.510,00 złotych.

W ostatnim punkcie wyroku na mocy 627 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks 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 obejmujące 70,00 złotych wydatków i kwotę 1.000 złotych opłaty.

Apelację od tego wyroku złożył oskarżyciel publiczny – Prokurator Prokuratury Rejonowej w T. oraz oskarżony M. W..

Prokurator zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonego w części dotyczącej orzeczenia o **karze**. Wydanemu rozstrzygnięciu zarzucił rażąco niewspółmierność kary orzeczonej wobec oskarżonego wyrażającą się w orzeczeniu samoistnej grzywny w sytuacji, gdy całokształt okoliczności podmiotowych i przedmiotowych przypisanego oskarżonemu czynu prowadzi do wniosku, że kara w tym wymiarze nie uwzględnia stopnia zawinienia i stopnia społecznej szkodliwości czynu oraz nie realizuje stawianych przez nią celów wychowawczych i w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, a zatem orzeczona kara powinna być znacznie surowsza.

Stawiając opisany powyżej zarzut Prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie kumulatywnie obok kary grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 złotych również kary 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Z kolei w osobistej apelacji oskarżony zaskarżył wyrok w całości na swoją korzyść.

W pierwszej kolejności M. W. wskazał na możliwość wystąpienia w zaskarżonym wyroku **bezwzględnej przesłanki odwoławczej** z art. 439 § 1 pkt 8 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks polegającej na uprzednim wydaniu przez Sąd Rejonowy w Krośnie w dniu 3 kwietnia 2017 roku (sygn. II K 569/16) wyroku skazującego, na mocy którego uznany został za winnego popełnienia przestępstwa skarbowego, gdzie zarzucanego czynu miał dopuścić się w łącznym okresie od dnia 6 maja 2013r. do 27 marca 2015r., a zatem w czasie obejmującym zarzucany w niniejszym postępowaniu okres, co powoduje zaistnienie stanu powagi rzeczy osądzonej.

W dalszej kolejności oskarżony wydanemu wyrokowi zarzucił **obrazę prawa materialnego**, t.j.:

a) art. 10 § 4 kks poprzez brak jego zastosowania i brak przyjęcia, iż działał w usprawiedliwionym błędzie co do braku karalności za działalność, której się podejmował, podczas gdy:

- w okresie zarzucanych mu czynów organy uprawnione do stosowania prawa przyjmowały stanowisko o niekaralności za tego typu działalność, a prawomocne skazania jego osoby miały miejsce już po zakończeniu prowadzenia działalności przez oskarżonego,

- w chwili popełnienia zarzucanego mu czynu powszechne było przekonanie, że zarówno art. 14 i 6 ugh były przepisami technicznymi, co w sposób oczywisty świadczy, że nawet profesjonalista funkcjonujący na rynku w sposób

usprawiedliwiony mógł przyjmować, że prowadzenie tego typu działalności bez koncesji na kasyna gry, nie było karalne,

b) art. 107 kks w zw. z art. 7 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności poprzez przyjęcie, że art. 6 ugh może stanowić podstawę skazania za czyn zarzucany w niniejszym postępowaniu, podczas gdy w chwili jego popełnienia powszechne było przekonanie, że przepis ten pełni subsydiarną rolę w stosunku do art. 14 ugh i ze względu na przekonanie o technicznym charakterze tych przepisów ich naruszenie nie podlegało karalności.

Podnosząc w/w zarzuty oskarżony wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania wobec zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej, alternatywnie o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, bądź też o odstąpienie od wymierzenia kary lub jej obniżenie.

W wywiezionej apelacji oskarżony zamieścił ponadto wniosek o absorpcyjne umorzenie postępowania, który został negatywnie rozpoznany na rozprawie apelacyjnej w dniu 4 czerwca 2019r. (k. 974v.).

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

W pierwszej kolejności należy ustosunkować się do osobistej apelacji oskarżonego, jako dalej idącej, albowiem kwestionuje on swoją winę, a ponadto doszukuje się w sprawie bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Apelacja ta nie zasługiwała na uwzględnienie i nie mogła odnieść postulowanych alternatywnie przez skarżącego skutków.

Po pierwsze w sprawie nie wystąpiła wskazywana przez M. W. bezwzględna przyczyna odwoławcza określona w art. 439 § 1 pkt 8 kpk (rei iudicate). Nie budzi najmniejszej wątpliwości, że wyrokiem Sądu Rejonowego w Krośnie z dnia 3 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt II K 569/16 M. W. został skazany za stanowiący przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks czyn ciągle zamykający się ramami czasowymi 19 sierpnia 2013 r. i 4 listopada 2015r. składający się z czterech zachowań polegających na urządzaniu gier na automatach wbrew art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, za każdym razem z wykorzystaniem innych urządzeń, w czterech lokalach umiejscowionych w R., K. i I., przy czym w przypadku zachowań od 19 sierpnia 2013r. do 27 marca 2015r. jako prezes zarządu (...) sp. z o. o. z/s w W., w przypadku zachowań od 26 sierpnia 2014r. do 22 stycznia 2015r. jako prezes zarządu (...) sp. z o. o. z/s w W., a w odniesieniu do zachowań od 1 czerwca 2015r. do 10 września 2015r. i od 1 października 2015r. do 4 listopada 2015r. jako prezes zarządu (...) sp. z o. o. z/s w R.. Przywołane orzeczenie nie pozostawia też wątpliwości, iż wszystkich tych zachowań M. W. miał się dopuścić w warunkach opisanych w art. 6 § 2 kks. Tymczasem poza sporem być musi, że zachowania z dnia 18 marca 2015r. - mieszczące się w ramach czasowych w/w opisanego czynu ciągłego - dopuścić się miał oskarżony ewidentnie w innej lokalizacji, albowiem w R. i na zupełnie innych automatach. Niewątpliwie dla przyjęcia stanu powagi rzeczy osądzonej, z uwagi na wcześniejsze skazanie za czyn ciągle w rozumieniu art. 6 § 2 kks, nie byłoby wystarczającym ustalenie jedynie, że czyn, którego dotyczy kolejne postępowanie, popełniony został w granicach czasowych wcześniej przypisanego czynu ciągłego. Istnienie przeszkody procesowej w postaci rei iudicatae uzależnione jest w takim przypadku od równoczesnego ustalenia pozostałych innych niż krótkie odstępy czasu elementów statuujących czyn ciągle, w szczególności łączącego wszystkie zachowania będące przedmiotem osądu w obu postępowaniach tego samego zamiaru lub wykorzystania takiej samej sposobności. Słusznie Sąd I instancji przyjął, że nie może być mowy o tożsamości czynów, a tym samym nie można wyciągać wniosków co do zaistnienia powagi rzeczy osądzonej. W tym miejscu trzeba przypomnieć, że konstrukcja jednego czynu zabronionego, o którym mowa w art. 12 kk, co odnieść należy także do czynu ciągłego z art. 6 § 2 kks, egzystować może w przestrzeni prawnej tylko o tyle, o ile przyjęto ją w orzeczeniu sądu (por. uzasadnienie uchwały SN z dnia z dnia 15 czerwca 2007 r. I KZP 15/07, OSNKW 2007/7-8/55). Dla oceny tożsamości czynów istotne są więc te elementy, które legły u podstaw przyjęcia konstrukcji czynu ciągłego we wcześniejszym wyroku. Brak zatem podstaw prawnych, aby dla badania przesłanek istnienia tożsamości czynu ponownie dokonywać łącznej oceny wszystkich zachowań objętych oboma postępowaniami. Tym samym nie miałyby znaczenia dla ustalenia tożsamości czynu okoliczność, czy wszystkie zachowania, których dotyczyły sprawy zarówno Sądu Rejonowego w Krośnie, jak i Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach można uznać za jeden czyn ciągle z uwagi na podjęcie wszystkich zachowań z tym samym zamiarem lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności, lecz innej

niż ta, którą za podstawę konstrukcji czynu ciągłego przyjął w swoim wyroku Sąd Rejonowy w Krośnie. Już tylko mając na uwadze powyższe okoliczności nie mogło być mowy o tożsamości czynów będących przedmiotem osądu w obu w/ w sprawach, a w konsekwencji zaistnieniu w niniejszym postępowaniu przeszkody procesowej, o której mowa w art. 17 § 1 pkt 8 kpk.. Zachowania oskarżonego z niniejszej sprawy nie można bowiem potraktować jako fragmentu czynu ciągłego. Prawomocne skazanie za czyn ciągły nie rodziło zatem powagi rzeczy osądzonej wykluczającej przypisanie kolejnych, takich samych jednostkowych zachowań z okresu przyjętego w prawomocnym wyroku. Nie mamy więc tutaj do czynienia z „idem”.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w kwestii stanowiącej problem prawny odnoszący się do zagadnienia tożsamości czynów na gruncie art. 107 § 1 kks Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 września 2018 r. w sprawie V KK 415/18 (OSNKW 2018/10/71) stwierdził m.in., że: "skoro urządzenie gry hazardowej w postaci gry na automatach (art. 1 ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h.) wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry (art. 6 ust. 1 u.g.h.), a koncesja taka udzielana jest w odniesieniu do jednego kasyna, prowadzonego w ściśle określonym (geograficznie) miejscu (art. 41 ust. 1, art. 42 pkt 3 i art. 35 pkt 5 u.g.h.), to zachowanie osoby, która nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna podejmuje działanie w postaci urządzania gry na automatach w różnych miejscach (miejscowościach, lokalach), stanowi każdorazowo - od strony prawnokarnej - inny czyn, podjęty z zamiarem naruszenia tych przepisów w każdym z tych miejsc. Uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 kks popełnione w innym miejscu, w warunkach czynu ciągłego ( art. 6 § 2 kks), w którym czas jego popełnienia obejmuje czasokres popełnienia czynu z art. 107 § 1 kks, co do którego toczy się jeszcze postępowanie karno-skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów". Z tego orzeczenia jasno wynika, że w odniesieniu do zachowania oskarżonego nie sposób byłoby przyjąć określonej w art. 6 § 2 kks przesłanki „z wykorzystaniem takiej samej sposobności" z innego jeszcze względu niż wyżej przedstawiony. Zwrot ten oznacza powielanie analogicznych zachowań nagannych z wykorzystaniem takiej samej nadarzającej się okazji lub sprzyjających warunków czy okoliczności. W realiach spraw tego rodzaju, jak przedmiotowa, co do zasady nie może być mowy o tym, by sprawca wykorzystywał sprzyjającą okazję. W realizacji takich zachowań, jak urządzenie gier na automatach bez posiadania koncesji nie ma przecież żadnego elementu już istniejącego, albo takiego, który pojawia się na początkowym etapie realizacji czynu przestępczego i jest później wykorzystany. Sprawca niczego więc nie wykorzystuje dla realizacji znamion czynu zabronionego.

Wartym odnotowania jest, iż wyżej zaprezentowany pogląd stanowiący w istocie rozwinięcie stanowiska, że o tożsamości czynu nie decyduje tylko wzajemne podobieństwo, identyczna kwalifikacja prawna, czy pomieszczenie zachowań w tożsamym przedziale czasowym (zob. wyrok SN z dnia 4 kwietnia 2018 r., V KS 5/18, LEX nr 2482586; wyrok SN z dnia 22 maja 2018 r., III KK 331/17, LEX nr 2518853), został zaprezentowany również w dwóch innych ostatnio wydanych judykatach najwyższej instancji sądowej (zob. wyrok SN z dnia 19 września 2018 r., V KK 419/18, LEX nr 2573942; wyrok SN z dnia 15 listopada 2018 r., V KK 268/18, LEX nr 2585068). Sąd Okręgowy w składzie orzekającym w niniejszej sprawie przedstawiony pogląd prawny w pełni podziela.

Sąd meriti nie obrazził też przepisów prawa materialnego, a tym samym tego rodzaju zarzuty oskarżonego uznać należy za nietrafione. Treść osobistej apelacji stanowi w istocie polemikę ze stanowczymi, logicznymi i zgodnymi ze wskazaniami doświadczenia życiowego ustaleniami Sądu I instancji. Sąd odwoławczy nie doszukał się najmniejszych podstaw do odmiennej od dokonanej przez Sąd I instancji oceny dowodów, ani też do zakwestionowania trafności jego ustaleń faktycznych i prawnych.

Nie było w realiach sprawy warunków do uznania za trafny zarzutu opartego o twierdzenie o działaniu oskarżonego w usprawiedliwionym błędzie, który miał skutkować brakiem podstaw do pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności karnej za zarzucony mu czyn. Błąd, na który powołuje się apelujący, to błąd co do karalności przewidziany w art. 10 § 4 k.k.s. pod postacią usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynu. Podstawą jego przyjęcia pozostaje ustalenie, że zarzuconego mu czynu oskarżony dopuścił się działając w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu co do niekaralności zachowania objętego aktem oskarżenia. Zagadnienie działania oskarżonego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu o niekaralności czynu objętego zarzutem aktu oskarżenia, należy do sfery ustaleń faktycznych. Ustalenie w tym względzie poczynione zostać musi na zasadach analogicznych, jak ma to miejsce

w przypadku wszystkich pozostałych ustaleń dokonywanych w procesie karnym. Wyprowadzić je można wyłącznie w oparciu o wszechstronną analizę całokształtu zgromadzonych dowodów ocenianych w aspekcie wskazań wiedzy oraz zasad logiki i doświadczenia życiowego. W takim też kontekście oceniana musi być argumentacja podniesiona w tym zakresie w wywiedzionej apelacji. Badając natomiast formułę usprawiedliwienia należy co do zasady odwoływać się do wzorca osobowego zachowania przeciętnego obywatela. Jednak w przypadku osoby podejmującej, a następnie prowadzącej działalność gospodarczą wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań. Taka też musi być miara dla profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który dla zarobku prowadzi działalność gospodarczą mając świadomość jej reglamentowania przez państwo. Odnosząc się do strony podmiotowej czynu zarzuconego oskarżonemu wskazać trzeba, że zgromadzone w sprawie dowody nie dawały podstaw do przyjęcia, iż podejmując objęte aktem oskarżenia działania oskarżony postępował w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu o niekaralności jego zachowań. W postępowaniu przygotowawczym oskarżony nie przyznał się do popełnienia zarzuconego mu czynu i odmówił składania wyjaśnień. Jednocześnie składając jeszcze w dniu 26 marca 2015r. wnioski o odmowę zatwierdzenia zatrzymania rzeczy (k. 40 i n. oraz k. 73 i n.), następnie zgłaszając w kwietniu 2015r. dwie interwencje (k. 140 i n. oraz k. 150 i n.), a także wnosząc 22 i 23 kwietnia 2015r. zażalenia na postanowienia o zatwierdzeniu zatrzymania rzeczy (k. 204 i n. oraz k. 320 i n.), oskarżony powołał się na liczne orzeczenia sądów, które miały utwierdzać oskarżonego w przekonaniu o legalności prowadzonej przez niego wówczas działalności. Na dodatkowe orzeczenia powołał się również oskarżony w wywiedzionym środku odwoławczym. Nie odniósł się przy tym do w pełni uprawnionego argumentu sądu pierwszej instancji zawartego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, zgodnie z którym nie sposób przyjąć, że w okresie objętym zarzutem oskarżony mógł być z przyczyn usprawiedliwionych nieświadomy karalności zachowania polegającego na urządzaniu gier na automatach wbrew art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, ponieważ przepis ten w dacie czynu nie miał technicznego charakteru i nie wymagał notyfikacji. Znakomita większość orzeczeń odnosi się bowiem do stanu prawnego innego niż obowiązujący w czasie popełnienia przez oskarżonego zarzuconego mu czynu. Nie można zatem zgodzić się z apelującym, gdy podnosi, że oskarżony poprzez załączone do akt sprawy orzeczenia sądów utwierdzany był w przekonaniu, iż skutek prowadzonej przez niego jednoosobowej działalności gospodarczej nie poniesienie on odpowiedzialności karnej. Dochowanie przez oskarżonego należytej staranności w kwestii dostosowania prowadzonej przez niego działalności do obowiązującego prawa, skutkować musiało jego pełną świadomością o nieadekwatności tych orzeczeń do zagadnienia legalności podejmowanych przez niego działań w czasie zarzuconego mu czynu. Przy uwzględnieniu miernika należytej staranności, o której w uzasadnieniu niniejszym była już mowa, oskarżony nie mógł zatem być utwierdzany w legalności prowadzonej przez niego działalności wskutek orzeczeń sądów, które odnosiły się do stanu prawnego odmiennego niż mający zastosowanie w dniu zarzuconego oskarżonemu czynu.

Już wówczas powinien przecież wiedzieć oskarżony o zapadłym postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2013 r. w sprawie I KZP 15/13 (OSNKW 2013/12/101). W sprawie tej najwyższa instancja sądowa miała rozstrzygnąć zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy: „ Czy dopuszczalne jest pociągnięcie do odpowiedzialności karnoskarbowej za występki z art. 107 § 1 kks osób, które prowadzą grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny wbrew zakazom zawartym w art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych w sytuacji, gdy projekt tych przepisów nie został przedstawiony przez Państwo Polskie w Komisji Europejskiej w ramach procedury notyfikacyjnej? ”. Był to pierwszy wypadek, w którym Sąd Najwyższy miał się wypowiedzieć co do skutków braku notyfikacji Komisji Europejskiej przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ugh. Co istotne, było to już w czasie, gdy branża hazardowa tego rodzaju skutek wywodziła z orzecznictwa TSUE, powołując się w szczególności na wyrok w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11, C-217/11, który w ogóle nie odnosił się jednak do uregulowania zawartego w art. 6 ust. 1 ugh. Doświadczenie życiowe podpowiada, iż treścią mającego zapaść orzeczenia Sądu Najwyższego musieli być zainteresowani przedstawiciele branży hazardowej, do których niewątpliwie zaliczyć już wówczas należało oskarżonego. Branża ta negatywnie bowiem zareagowała na daleko idące ograniczenia wprowadzone od 1 stycznia 2010r. ustawą z dnia 29 listopada 2009r. Życie pokazało, że jej przedstawiciele kontynuując działalność zakazaną w nowej ustawie różnymi sposobami starali się wykazywać, że pozostają w prawie. Najpierw dlatego, że posiadane automaty do gier służyły do legalnego urządzania gier zręcznościowych, a z czasem, konkretnie po wyroku TSUE z dnia 19 lipca 2012 r. w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11, iż nienotyfikowane Komisji Europejskiej przepisy ustawy o grach hazardowych nie mogą być stosowane jako sprzeczne z

prawem Unii Europejskiej. Tymczasem postanowieniem z dnia 28 listopada 2013r. Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały, choć jednocześnie w uzasadnieniu swej decyzji wskazał, że naruszenie wynikające z dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r. (Dz.U. L. 363, s. 81) obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Jeżeli w konkretnym postępowaniu sąd dochodzi do wniosku, że doszło do takiej wadliwości trybu ustawodawczego, może nie stosować tych przepisów tylko w ten sposób, że zawiesi prowadzone postępowanie, w którym miałyby one zostać zastosowane i skieruje stosowne pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego. Jednak do czasu zainicjowania tej kontroli lub podjęcia przez Trybunał Konstytucyjny stosownego rozstrzygnięcia brak jest podstaw do odmowy stosowania przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 154), w tym jej art. 6. ust 1 i art. 14 ust. 1. Ponadto analiza treści art. 91 ust. 3 Konstytucji RP doprowadziła Sąd Najwyższy do wniosku, że nie ma on zastosowania w przypadku niedochowania przez organy Państwa Polskiego obowiązku notyfikacji projektu regulacji prawnej mającej charakter przepisu technicznego. Treść regulacji prawnej uchwalonej bez spełnienia obowiązku notyfikacji nie pozostaje bowiem w „kolizji” z obowiązkiem notyfikacji. Obowiązek ten odnosi się bowiem do fazy procesu legislacyjnego i jego adresatami są odpowiednie organy państwa odpowiadające za ten proces. W momencie, w którym aktualizuje się norma nakazująca notyfikację, brak jest jeszcze normy prawnej o charakterze ustawowym, która mogłaby wejść w kolizję z tą pierwszą normą. Z reguły odmienny jest także ich zakres zastosowania. Kolizja pomiędzy obowiązkiem notyfikacji a ustawą (lub innym aktem prawnym) zachodziłaby wówczas, gdyby ten akt prawny stanowił regulacje przewidujące wyłączenie lub ograniczenie obowiązku notyfikacji w sposób odmienny od tego zakresu, który wynikałby z prawa unijnego. W czterech kolejnych judykatach zapadłych przed czerwcem 2014r. Sąd Najwyższy podtrzymał powyższe stanowisko ( por. wyrok z 3 grudnia 2013 r., V KK 82/13, Legalis; wyrok z 8 stycznia 2014 r., IV KK 183/13, Przegląd Orzecnictwa Podatkowego 2014/3/53; wyrok 28 marca 2014 r., III KK 447/13, LEX nr 1448749; wyrok SN z 2 kwietnia 2014 r., V KK 344/13, LEX nr 1458837). W orzecznictwie najwyższej instancji sądowej przyjęło się zatem do tego czasu stanowisko, a przynajmniej dominowało, wedle którego oskarżony obowiązany był jednak przestrzegać ograniczeń wynikających ze spornych przepisów ustawy o grach hazardowych już tylko z racji ich obowiązywania oraz niemożności bezpośredniego zastosowania prawa unijnego na podstawie reguły kolizyjnej z art. 91 ust. 3 Konstytucji. Oskarżony zdawał się zatem wówczas zlekceważyć owo niekorzystne dla niego stanowisko Sądu Najwyższego. Wynikało z niego, że pomimo korzystnego dla niego orzecznictwa TSUE nie mógł urządzić gier na automatach bez posiadania koncesji na prowadzenie kasyna gry do czasu, aż w kwestii ewentualnej niezgodności z Konstytucją RP art. 6 ust. 1 ugh nie orzeknie Trybunał Konstytucyjny. W tym przedmiocie sąd konstytucyjny wypowiedział się w wyroku z dnia 11 marca 2015 r. w połączonych sprawach P 4/14 oraz P 6/14, w którym stwierdził, że ustawa o grach hazardowych została uchwalona bez naruszenia konstytucyjnego trybu ustawodawczego, a jego elementem nie stanowi notyfikacja, o której mowa w dyrektywie 98/34/WE, implementowanej do polskiego porządku prawnego rozporządzeniem w sprawie notyfikacji, ponadto urządzanie gier na automatach wyłącznie w kasynach gry spełnia wymogi ważnego interesu publicznego, uzasadniające ograniczenie wolności działalności gospodarczej.

Z tych samych względów błędnie co do karalności nie można było przyjąć w oparciu o opinie prawne, czy publikacje prawnicze, na które powołał się oskarżony. Zauważyć można, że w wielu ustawach, które stosowane są na co dzień znaleźć można szereg przepisów, które mogłyby wzbudzać wątpliwości, a przecież np. codziennie stosując prawo kierowcy nie mają potrzeby „uzbrajania się” w opinie prawne, aby uzasadniać naruszenie przepisów prawa o ruchu drogowym. Szeroko przedstawione, jako wzbudzające wątpliwości dywagacje apelującego, uznać należy wyłącznie jako instrumentalne dążenie do zmącenia obrazu sytuacji. W tym zakresie oceny tej zmienić nie może brak złożenia wyjaśnień przez oskarżonego w sprawie.

Poza tym nie każda nieświadomość karalności czynu jest prawnie relewantna wedle art. 10 § 4 kks, a tylko usprawiedliwiona. Sytuacja, w której oskarżony niekaralności swej działalności doszukiwał się li tylko w korzystnych dla siebie orzeczeniach, bagatelizując, a nawet lekceważąc te, które byłyby dla niego niekorzystne, nie podobna zaś byłoby uważać za usprawiedliwiającą jego ewentualnie błędne przekonanie co do miarodajności konsekwencji braku notyfikacji przepisów technicznych wynikających z orzecznictwa TSUE. Badając formułę usprawiedliwienia, należy przecież odwoływać się do wzorca osobowego zachowania przeciętnego obywatela. W wypadku prawa karnego

skarbowego często jednak w grę wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań. Taka też być musi miara dla profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który dla zarobku zamierza prowadzić działalność z świadomością jej reglamentowania przez państwo. Im zaś wyższe oczekiwania od sprawcy, tym możliwość wystąpienia błędu usprawiedliwionego mniejsza.

Nie można się też z oskarżonym zgodzić w kwestii prawnych następstw ówczesnego braku notyfikowania przepisu art. 6 ustawy o grach hazardowych. Skutki, o których pisze M. W. i takie konsekwencje naruszenia obowiązku notyfikacji nie wynikają z żadnego wyraźnego przepisu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r., ani z żadnej regulacji traktatowej. Ponadto wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wiążą sądy krajowe tylko w konkretnej rozpatrywanej przez Trybunał sprawie, a powoływanie się na nie w innych sprawach następuje wyłącznie w drodze uznania mocy argumentów prezentowanych przez Trybunał. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie jest właściwy do dokonywania wykładni lub stwierdzenia, że przepisy prawa wewnętrznego państwa członkowskiego nie obowiązują nawet jeśli prawo to zostało ustanowione celem wykonania przez to państwo zobowiązań unijnych. Trybunał zajmuje się wykładnią prawa unijnego, nie zaś prawa krajowego. Z treści art. 267 traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej jasno wynika, iż do kompetencji Trybunału należy orzekanie w trybie prejudycjalnym o wykładni Traktatów oraz o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii. Zatem wykładnia prawa krajowego należy do stosujących to prawo organów krajowych, a w tym wypadku do sądów powszechnych. Polskie sądy samodzielnie rozstrzygają zagadnienia prawne i są niezależne oraz podlegają tylko Konstytucji i ustawom (art. 178 ust. 1 Konstytucji RP), to jednak nie mają prawa samoistnie stwierdzać niezgodności przepisu ustawy z Konstytucją lub z umową międzynarodową. Cięży na nich konstytucyjny obowiązek poszanowania i przestrzegania ustaw tak długo, dopóki dana ustawa nie utraci mocy obowiązującej. Również organy władzy wykonawczej nie mogą odmawiać stosowania i egzekwowania przepisów, dopóki uprawnione organy nie stwierdzą niezgodności danego aktu prawnego z Konstytucją lub z normami prawa międzynarodowego. Przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nigdy zaś nie został uznany za niekonstytucyjny. Kwestia technicznego charakteru przepisów ustawy o grach hazardowych i związanej z tym konsekwencji w postaci niemożności ich stosowania w celu wypełnienia odpowiednią treścią blankietowej normy art. 107 § 1 k.k.s. była interpretowana - tak w nauce prawa jak i w orzecznictwie sądów, nie wyłączając Sądu Najwyższego - niejednolicie. W konsekwencji w sytuacji, gdy sąd uznawał, iż art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych mają charakter techniczny (jak to uczyniły sądy obu instancji w sprawie niniejszej), niewiniał oskarżonego (oskarżonych) od zarzucanego przestępstwa, natomiast gdy odmawiał takiego charakteru choćby jednemu z tych przepisów, orzekał co do istoty stawianego zarzutu. Dodać także należy, iż zazwyczaj uznawano oba te przepisy za techniczne albo obu im odmawiano takiego charakteru, choć istotnie różnią się one od siebie; o ile nie można było mieć wątpliwości co do technicznego charakteru przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, to art. 6 ust. 1 wspomnianej ustawy takiego charakteru bez wątplenia nie miał. Niespójność interpretacyjna na tym polu legła u podstaw zwrócenia się przez Prokuratora Generalnego do Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie występujących w judykaturze rozbieżności. W związku z tym Prokurator Generalny sformułował następujące pytanie: "Czy przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych - dalej «ustawy o grach hazardowych» (Dz. U. z 2015 r. poz. 612) w zakresie gier na automatach, ograniczające możliwość ich prowadzenia jedynie na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna, są przepisami technicznymi w rozumieniu art. 1 pkt 11 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.), a jeżeli tak to, czy wobec faktu nienotyfikowania tych przepisów Komisji Europejskiej, sądy karne w sprawach o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. uprawnione są, w oparciu o art. 91 ust. 3 Konstytucji, do odmowy ich stosowania jako niezgodnych z prawem unijnym?" W podjętej uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 17/16, Sąd Najwyższy stwierdził, że "Kolizja prawa krajowego z prawem unijnym, w świetle zasady bezpośredniego stosowania prawa Unii Europejskiej (art. 91 ust. 3 Konstytucji), może prowadzić do zastąpienia przepisów krajowych uregulowaniami prawa unijnego albo do wyłączenia normy prawa krajowego przez bezpośrednio skuteczną normę prawa Unii Europejskiej. W konsekwencji 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. 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" (zob. też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2017 r. III KK 86/17).

Wywiedziona z kolei przez oskarżyciela publicznego apelacja skutkowałą koniecznością zmiany wyroku w części odnoszącej się do orzeczonej wobec oskarżonego kary, lecz nie w tak daleko idącym zakresie, o jaki wnioskował Prokurator. Nie było też żadnych podstaw, aby orzeczoną karę – jak chciał oskarżony – jeszcze dodatkowo łagodzić, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. Sąd odwoławczy podzielił przekonanie skarżącego Prokuratora, iż kwestionowane przez niego rozstrzygnięcie o karze nie czyni zadość dyrektywom prewencji indywidualnej i generalnej. Mając na względzie powyższe stwierdzić należało, że Sąd Rejonowy dobierając rodzaj kary nie uwzględnił należyście stopnia społecznej szkodliwości przypisanego oskarżonemu czynu, a w konsekwencji stopnia jego zawienienia. Nie dążył przy tym, by wypełniała ona wymogi prewencji ogólnej i spełniała swoje cele w zakresie społecznego oddziaływania, zaś dla samego oskarżonego była również stanowczą przestrogą na przyszłość, wypełniającą w stosunku do niego także cel wychowawczy. Konkludując zatem orzeczona kara musiała zostać uznana za rażąco łagodną. Kierując się zaś dyrektywami i przesłankami, które zgodnie z art. 53 kk winny być uwzględnianymi, za właściwe uznać należało jednak wymierzenie oskarżonemu surowszej rodzajowo kary 6 miesięcy bezwzględnej pozbawienia wolności. Tylko taka kara musi uchodzić za sprawiedliwą i spełniającą cele kary, kiedy uprzednio oskarżony - w związku ze skazaniami na liczne wolnościowe kary grzywny - tak naprawdę nie odczuł realnej dolegliwości. Przy istniejących już i prawomocnie orzeczonych wobec M. W. karach grzywny, w sprawie niniejszej nie było żadnych racjonalnych przesłanek, aby ponownie taką karę orzekać. Wprawdzie przepis art. 58 § 2 kk już nie obowiązuje („Grzywny nie orzeka się, jeżeli dochody sprawcy, jego stosunki majątkowe lub możliwości zarobkowe uzasadniają przekonanie, że sprawca grzywny nie uiści i nie będzie jej można ściągnąć w drodze egzekucji”), to uznać należy, że Sąd Rejonowy zbyt „automatycznie” podszedł do zastosowanego rodzaju kary pomijając dodatkowo zasady słuszności i zdrowego rozsądku. Dlatego też odpadała wnioskowana przez Prokuratora możliwość orzeczenia alternatywno-kumulatywnej kary grzywny.

Istotnym jest zatem obecnie, aby 641-krotnie karany oskarżony odczuł rzeczywiście dolegliwość kary. Po temu jest koniecznym jego izolowanie. Kara za przypisane oskarżonemu przestępstwo musi swoim wymiarem powstrzymać oskarżonego od popełnienia kolejnego podobnego przestępstwa. Musi ona także stanowić sygnał dla pozostałych członków społeczeństwa, że popełnianie tego rodzaju przestępstw nie popłaca i spotka się z odpowiednią reakcją organów państwa. Kara ze swojej istoty nieść musi dolegliwość związaną z jej wykonaniem. Z dolegliwością związany jest bowiem jej cel w postaci oczekiwania, że wpłynie ona nie tylko na oskarżonego, lecz także inne potencjalne osoby w ten sposób, iż powstrzyma zarówno oskarżonego, jak i inne osoby od popełniania podobnych przestępstw. Tym bardziej, że mieć trzeba także na względzie działanie oskarżonego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej poprzez czerpanie dochodów z działalności hazardowej wyraźnie reglamentowanej przepisami ustawy. Prewencja generalna w przypadku przestępstw z art. 107 § 1 kks wykracza ponadto poza typowy zakres tego pojęcia. Obejmuje ona także działanie mające na celu uchronienie społeczeństwa przed negatywnymi skutkami wynikającymi z uprawiania hazardu, które to skutki jako powszechnie znane nie wymagają szerszego omawiania. Nie bez przyczyny prowadzenie takiej działalności obwarowane zostało licznymi ograniczeniami. Odpowiednio surowa powinna być zatem reakcja karna na popełnione przez oskarżonego przestępstwo. Orzeczona kara nie jest przy tym karą surową, albowiem urządzenie gry hazardowej, zgodnie z art. 107 § 1 k.k.s., kwalifikowane jest jako przestępstwo skarbowe zagrożone karą grzywny do 720 stawek dziennych albo karą pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tymi karami łącznie.

Zastrzeżeń nie mogło również budzić obligatoryjne orzeczenie o przypadku oparte o przepis art. 30 § 5 kks.

Nie dostrzegając z kolei uchybień podlegających uwzględnieniu niezależnie od kierunku i granic zaskarżenia orzeczenia, Sąd odwoławczy zaskarżony wyrok w pozostałej części utrzymał w mocy.



Mając na uwadze treść art. 635 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, przy jednoczesnym braku warunków do zastosowania art. 624 § 1 kpk, należało obciążyć M. W. wydatkami postępowania odwoławczego oraz opłatą za obie instancje.