

Sygn. akt II Ka 210/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 listopada 2018 r.

Sąd Okręgowy w Krośnie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSO Mariusz Hanus

Protokolant: st. sekr. sądowy Mateusz Wójcik

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Krośnie delegowanej do Prokuratury Okręgowej w Krośnie – Joanny Ślusarskiej - Stopy

po rozpoznaniu w dniach 30 sierpnia i 7 listopada 2018 roku w Krośnie

sprawy **M. W.**

syna P. i M., ur. (...) w W.

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

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Jaśle z dnia 7 marca 2018 roku,

sygn. akt II K 540/18

I. utrzymuje zaskarżony wyrok w mocy,

II. zasądza od oskarżonego M. W. na rzecz Skarbu Państwa koszty procesu za postępowanie odwoławcze, w tym wymierza mu opłatę za drugą instancję w wysokości 500 zł /pięćset złotych/.

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 7 listopada 2018 r.

Sąd Rejonowy w Jaśle rozpoznawał sprawę M. W.

oskarżonego o to, że w okresie od dnia 01.06.2015 r. do dnia 17.11.2015 r. w m. O., powiat (...), woj. (...) w Pizzerii (...) (...) M. R. (...)-(...) O. (...), będąc Prezesem Zarządu spółki z o.o. H. F. (...) z siedzibą w R. przy Placu (...), (...)-(...) R. zarejestrowanej w krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem (...) z datą rejestracji 29.05. 2015r. (...) nr (...) z naruszeniem przepisów art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2015 r. poz. 612 i 1201) tj. poza kasynem gry, bez wymaganej koncesji i bez rejestracji przedmiotowego automatu do gier przez właściwego naczelnika urzędu celnego

Wyrokiem z dnia 7 marca 2018 r., sygn. akt II K 540/16 Sąd Rejonowy w Jaśle uznał oskarżonego M. W. za winnego tego, że w okresie

od 1 czerwca 2015 r. do 2 września 2015 r. w miejscowości O. powiat (...) woj. (...) w Pizzerii (...) (...) M. R. będąc Prezesem Zarządu spółki z o.o. H. F. (...) z siedzibą w R. zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem KRS (...) z datą rejestracji 29.05. 2015r. urządzał gry na automacie do gier o nazwie M. (...) nr (...) naruszając przepisy art. 6 ust 1 i art. 23a ust. 1 ustawy o grach hazardowych, a nadto w okresie od 3 września 2015r.

do 7 listopada 2015r. w miejscowości O. powiat (...) woj. (...) w Pizzeria (...) (...) M. R. będąc Prezesem Zarządu spółki z o.o. H. F. (...) z siedzibą w R. zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym pod nr KRS (...) z datą rejestracji 29.05. 2015r. urządził gry na automacie do gier o nazwie M. (...) Nr (...) z naruszeniem art.6ust.1, art. 23 a ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19.11. 2009 r. o grach hazardowych ,tj. poza kasynem gry bez wymaganej koncesji bez rejestracji przedmiotowego automatu do gier przez właściwego Naczelnika Urzędu Celnego, czym dopuścił się popełnienia przestępstwa z art. 107§1 kks i za to na podstawie art.107§1kks w zw. z art. 23§ 1 i 3 kks skazał go na karę grzywny w wymiarze 50 stawek dziennych ustalając wysokość 1 stawki dziennej na kwotę 100 zł.

Na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. orzekł natomiast przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci automatu do gier (...) Nr (...) wraz z kluczem oraz pieniędzmi w kwocie 1 396 zł (jeden tysiąc trzysta dziewięćdziesiąt sześć złotych), a na podstawie art. 627 k.p.k i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz. U z 1983 r. nr 49 poz.223 z późn. zm.) zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w tym opłatę w kwocie 500 zł.

Wyrok powyższy zaskarżył w całości apelacją osobiście oskarżony.

W pierwszej kolejności podniósł on istnieniebezwzględnej przesłanki odwoławczej, określonej w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., polegającej na uprzednim wydaniu przez:

1. Sąd Rejonowy w Belchatowie dnia 16 grudnia 2016 roku (sygn. II K 678/16) wyroku skazującego (kopia wyroku w załączeniu), na mocy którego uznany zostałem za winnego popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 k.k.s., gdzie zarzucanego czynu miałem dopuścić się w okresie **od dnia 1 listopada 2014 roku do dnia 21 lipca 2015 roku**.

2. Sąd Rejonowy w Nowym Mieście Lubawskim dnia 6 lutego 2017 roku (sygn. II K 232/16) wyroku skazującego (kopia wyroku w załączeniu), na mocy którego uznany zostałem za winnego popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 k.k.s., gdzie zarzucanego czynu miałem dopuścić się w okresie **od dnia 20 lipca 2015 roku do dnia 28 października 2015 roku**.

3. Sąd Rejonowy w Ostrołęce dnia 26 kwietnia 2017 roku (sygn. II K 161/16) wyroku skazującego (kopia wyroku w załączeniu), na mocy którego uznany zostałem za winnego popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 k.k.s., gdzie zarzucanego czynu miałem dopuścić się w okresie **od dnia 3 września 2015 roku do dnia 27 czerwca 2016 roku**.

Nadto zaskarżonemu wyrokowi, na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k., **zarzucił on obrazę przepisów postępowania**, która miała wpływ na treść wyroku, a to art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. **poprzez** dokonanie dowolnej oceny dowodu z jego wyjaśnień, którym Sąd odmówił wiarygodności w zakresie odnoszącym się do jego przekonania o legalności prowadzonej działalności gospodarczej, przyjmując wbrew zasadom logiki, że odczytane wyjaśnienia nie zasługują na obdarzenie ich wiarą, **podczas gdy**: 1. wyjaśnienia są spójne, rzeczowe i uwiarygodnione; 2. w toku postępowania karnego nie został ujawniony żaden dowód przeciwny (świadczący o działaniu przeze mnie w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym); 3. wyjaśnienia oskarżonego powinny być traktowane na równi z każdym innym dowodem i nie można odmówić im wiarygodności wyłącznie na podstawie subiektywnej opinii Sądu.

Ponadto zarzucił mu także:

1) **obrazę prawa materialnego**, tj. art. 10 § 4 k.k.s. poprzez brak jego zastosowania i brak przyjęcia, iż działał on w usprawiedliwionym błędzie co do karalności za działalność, której się podejmował:

- podczas gdy w okresie zarzucanych mi czynów organy uprawnione do stosowania prawa przyjmowały stanowisko o niekaralności za tego typu działalność, o czym świadczy lista korzystnych rozstrzygnięć znajdująca się w aktach sprawy, jak również treść mojej aktualnej Karty Karnej, z której wynika, iż prawomocne skazania miały miejsce już

po zakończeniu prowadzenia przez mnie działalności i nie miały one wpływu na stan mojej świadomości w chwili zarzucanych mi czynów,;

- jak również podczas gdy w chwili popełnienia zarzucanych mi czynów powszechne było przekonanie (w orzecznictwie oraz doktrynie), że zarówno art. 14 i 6 u.g.h. były przepisami technicznymi, a w dalszej kolejności, iż obowiązuje okres przejściowy do dnia 30 czerwca 2016 roku, a w związku z tym, nie można ich było stosować wobec jednostek, co w sposób oczywisty świadczy o tym, że nawet profesjonalista funkcjonujący na rynku w sposób usprawiedliwiony mógł przyjmować, że prowadzenie tego typu działalności, bez koncesji na kasyna gry, nie było karalne;

2) **obrazę prawa materialnego**, tj. art. 107 k.k.s. w zw. artykułem 7 ustęp 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

- poprzez przyjęcie, iż art. 6 u.g.h. może stanowić samodzielną podstawę skazania za czyn zarzucany w niniejszym postępowaniu, podczas gdy w chwili jego popełnienia powszechne było przekonanie, iż przepis ten pełni subsydiarną rolę w stosunku do art. 14 u.g.h. i ze względu na przekonanie o technicznym charakterze tych przepisów, ich naruszenie nie podlegało karalności na podstawie art. 107 k.k.s.

-jak również poprzez przyjęcie, iż art. 4 ustawy nowelizującej nie stosuje się do takich podmiotów jak Spółki, których Prezesem Zarządu byłem, podczas gdy w chwili popełnienia zarzucanego czynu prezentowane było stanowisko o abolicyjnym charakterze tego przepisu, które uzasadniało przyjęcie, iż przepis ten dotyczył również Spółek, które nie prowadziły działalności przed 3 września 2015 roku w oparciu o ustawę z dnia 19.11.2009 roku o grach hazardowych i dawał im czas na dostosowanie swojej działalności do nowej sytuacji prawnej.

3) **obrazę prawa materialnego**, tj. art 23a u.g.h. poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, iż przepis ten może być uzupełnieniem blankietowej normy z art. 107 k.k.s., podczas gdy możliwość jego zastosowania jest powiązana z możliwością przyjęcia jako podstawy skazania art. 107 k.k.s. w zw. z art. 6 u.g.h. W sytuacji, kiedy w momencie popełnienia zarzucanego czynu dominowało stanowisko o technicznym charakterze zarówno art. 6 u.g.h., jak i art 14 u.g.h., a w dalszej kolejności o obowiązywaniu okresu przejściowego, powoływanie się na brak spełnienia wymogu rejestracji, biorąc pod uwagę literalną treść tego przepisu, należy uznać za działanie zbyt daleko idące, czego nie mogłem przewidzieć, w związku z czym pozostawałem w usprawiedliwionym błędzie, że naruszenie tego przepisu nie podlega karalności.

Niezależnie od powyższych zarzutów, na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 4 k.p.k., **zarzucił zaskarżonemu wyrokowi rażąco niewspółmierność kary** poprzez orzeczenie kary grzywny w wysokości 50 stawek dziennych określając wymiar stawki dziennej na kwotę 100 zł w sytuacji gdy prawidłowa ocena okoliczności sprawy, w tym w szczególności chaos legislacyjny panujący w okresie zarzucanego mi czynu, brak mojej uprzedniej karalności w momencie podejmowania zarzucanego czynu, jego aktualna sytuacja materialna i życiowa, w tym zakończenie prowadzenia przez mnie jakiegokolwiek działalności w branży rozrywkowej uzasadnia odstępianie od wymierzenia kary, ewentualnie wymierzenie jej w dolnych granicach ustawowych.

Powołując się na powyższe zarzuty, na mocy art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 437 § 1 i 2 k.p.k. **wniósł** on o :

1. uchylene zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania, wobec zaistnienia bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 § pkt 8;

Alternatywnie o:

2. jego zmianę poprzez wydanie rozstrzygnięcia uniewinniającego,

w szczególności w oparciu o kontratyp z art. 10 § 4 k.k.s.

W przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt 1) i 2), wniósł o :

- **zmianę zaskarżonego wyroku** i odstąpienie od wymierzenia kary, ewentualnie wymierzenie kary grzywny w jej dolnych granicach ustawowych.;

- oraz o **zmianę zaskarżonego wyroku** poprzez **zwolnienie** go z obowiązku ponoszenia kosztów procesu w niniejszej sprawie.

Nadto subsydiarnie podniósł, odwołując się do karty karnej dowodzącej skali ukarania już jego osoby za czyny z art. 107 § 1 k.k.s., że wszystkie przypisane mu występki, za które już zostałem skazany, popełnione zostały w tych samych okolicznościach, w tym samym czasookresie, z tej samej motywacji, przy tej samej sposobności i w tym samym zamiarze, także w ramach czynów ciągłych, co zarzucany mi występki z art. 107 § 1 k.k.s. urządzania gier na automatach bez koncesji na kasyno gry i poza kasynem gry w niniejszej sprawie, co czyni całkowitą bezprzedmiotowość dalszego karania go za zachowania mieszczące się w ramach powyższych skazań. Zwłaszcza uwzględniając znaczną wielkość dolegliwości karnych i już zasądzonych wobec niego sankcji karnych - kar, środków karnych, kosztów sądowych, co wynika z karty karnej.

Powołując się na powyższe wniosł o umorzenie niniejszego postępowania na podstawie art. 11 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.

W toku postępowania zaś apelacyjnego dodatkowo obrońca oskarżonego wskazał na fakt istnienia także innej bezwzględnej przesłanki odwoławczej w postaci powagi rzeczy osądzonej wynikającej z prawomocnego skazania oskarżonego przez Sąd Rejonowy w Jaśle w sprawie z dnia 6 marca 2018r. sygn. akt IIK 177/17 (utrzymanym w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Krośnie z dnia 18 lipca 2018r. sygn. akt II Ka 211/18) za urządzanie w tym samym lokalu w okresie pokrywającym się z przestępnym zachowaniem objętym niniejszym postępowaniem gier na automatach.

Sąd Odwoławczy zważył co następuje.

Apelacja oskarżonego oraz podniesiony w toku rozprawy apelacyjnej przez jego obrońcę dodatkowego zarzutu nie zasługują na uwzględnienie i nie mogą skutecznie podważyć trafności zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Sąd I instancji w zakresie przypisanego oskarżonemu czynu prawidłowo ustalił stan faktyczny sprawy, należycie i zgodnie z kodeksowymi regułami ocenił zebrane dowody. Sąd Okręgowy generalnie podziela ustalenia faktyczne Sądu Rejonowego oraz rozważania prawne dotyczące technicznego charakteru art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych oraz możliwości ich zastosowania jako uzupełnienie normy blankietowej art.107§1 k.k.s., uznając, że postępowanie dowodowe wyczerpało zakres sprawy, zaś ocena dowodów jakkolwiek skrótowa lecz odnosząca się do istoty sprawy oraz wyciągnięte z nich wnioski są uprawnione.

Sąd Odwoławczy podziela stanowisko Sadu Orzekającego znajdującego oparcie w najnowszym orzecznictwie Sądu 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 to organ obecnie jednoznacznie (wcześniej w tym zakresie orzecznictwo było niejednolite) 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.

Nie można także zgodzić się z argumentacją apelującego jakoby art.23a ust.1 u.g.h. statuujący obowiązek uzyskania zarejestrowania automatu do gier przed rozpoczęciem jego eksploatacji przez naczelnika urzędu celnego nie może znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie, gdyż jedynie jest on adresowany do podmiotów posiadających koncesję, a oskarżony jej nie posiadał.

Norma zawarta w tym przepisie odnosi się bowiem do samego faktu użytkowania automatów bez rejestracji i jej naruszenie może nastąpić zarówno, gdy podmiot posiada stosowną koncesję lecz nie dokonał ich rejestracji, jak i też, gdy nią nie dysponuje i nie ma prawnych możliwości wywiązania się z powyższego obowiązku, z którą to sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie (takie też poglądy reprezentuje Sąd Najwyższy: patrz uzasadnienia do wyroków z dnia 19 września 2018r. sygn. akt V KK 415/18 i 418/18)

W ocenie Sądu nie można uwzględnić także stanowiska oskarżonego, iż do prowadzonej przez niego działalności odnosił się okres przejściowy od dnia 03.09.2015 r. do dnia 01.07.2016 r. Należy wskazać, że powyższy okres przejściowy o którym mowa w art. 4 ustawy z dnia 12 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych dotyczy wyłącznie podmiotów prowadzących legalną działalność w zakresie gier hazardowych przed dniem 3 września 2015 r. Takie podmioty miały czas na dostosowanie swojej działalności do nowego stanu prawnego. Natomiast podmioty, które dopiero zamierzały prowadzić legalną działalność były objęte wymogami w/w ustawy z dnia 12 sierpnia 2015 r., w tym wymogiem posiadania koncesji na prowadzenie kasyna gry.

W ocenie Sądu Odwoławczego jako całkowicie chybiony należy uznać najdalej idący zarzut tj. powagi rzeczy osądzonej. Opiera się on na założeniu występowania prawomocnych wyroków zapadłych wobec oskarżonego przed Sądem Rejonowym w Kępnie wydanego w sprawie o sygn. akt II K 151/16, Sądem Rejonowym w Gorlicach z dnia 1 lutego 2018 r. sygn. akt II K 603/17 i Sądem Rejonowym w Olkuszu sygn. akt II K 113/15, a dotyczących skazań za popełnione w ramach czynu ciągłego uregulowanego w art.6§2 k.k.s., w okresie pokrywającym się z czasem przestępnego działania w niniejszej sprawie, przez w/w przestępstw z art.107§1 k.k.s.

Należy podkreślić, 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 (P. Kardas – „Komentarz do art. 6 kodeksu karnego skarbowego”, teza 21 i 22 oraz powoływany tam T. Grzegorzczak „ Kodeks karny skarbowy - komentarz”, 2006, s. 122-124).

Sąd Okręgowy w Krośnie stoi na stanowisku, że właśnie taki charakter mają przypisane oskarżonemu przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. Przepis ten penalizuje zachowania polegające na „urządzaniu” lub „prowadzeniu” gier hazardowych wbrew przepisom ustawy.

Istotne więc dla bytu odpowiedzialności sprawcy za konkretny czyn wyczerpujący znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s ma nie tylko samo miejsce przestępnego działania w tego typu sprawach lecz co więcej także dane identyfikujące automaty do gier losowych (patrz uzasadnienia do wyroków Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2018r. sygn. akt V KK 415/18 i 418/18).

Mówiąc w sposób uproszczony: czasokresem działania oskarżonego jest okres w którym do urządzenia gier hazardowych wykorzystywany był dany, ściśle zindywidualizowany automat do gier, a miejscem lokal gdzie to się odbywało ,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 prawomocnym orzeczeniach na które powołuje się oskarżony 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.

Prawomocne bowiem skazanie i to błędnie powołujące się na art.6§2 k.k.s., dotyczące nielegalnego urządzania gier na nawet jednym automacie, wykluczałoby możliwość pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności za urządzenie w tym samym okresie nielegalnych gier w innych miejscach, co do innych automatów (liczonych w tysiące). Tego typu wykładnia w ocenie Sądu Odwoławczego jest niedopuszczalna i sprzeczna z elementarnymi zasadami porządku prawnego, który statuuje konieczność poniesienia przez sprawcę odpowiedzialności za każde z zachowań penalizowanych przez daną normę karną. Absurdem byłoby, gdyby osoby skazanej za jeden czyn w danym mieście, nie wolno było ścigać za całą masę podobnych czynów popełnianych w innych miejscach. Stanowiłoby to zaprzeczenie zasady odpowiedzialności za złamanie przepisu ustawy karnej.

Zdaniem Sądu Okręgowego tylko i wyłącznie prawidłowe zastosowanie przez Sąd meritiu 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.

Tym samym stawiany przez oskarżonego zarzut powagi rzeczy osądzonej powołujący się na fakt prawomocnego skazania go wprawdzie za zachowanie wyczerpujące znamiona obecnie zarzuconego mu czynu i pokrywające się z okresem objętym niniejszym postępowaniem lecz popełnione w innych miejscach, przy wykorzystaniu innych automatów i przy błędnym przyjęciu art.6§2 k.k.s. nie ma racji bytu (patrz tak też przyjmuje Sąd Najwyższy: wyroki z dnia 19 września 2018r. sygn. akt V KK 415/18 i 418/18)

W tym miejscu należy także odnieść się do ustnej argumentacji obrońcy oskarżonego zawartej w wystąpieniu w toku postępowania apelacyjnego, dodatkowo wskazującej na istnienie ujemnej przesłanki procesowej wynikającej z faktu uprzedniego prawomocnego skazania w/w oskarżonego wyrokiem Sądu Rejonowego w Jaśle z dnia 6 marca 2018r. sygn. akt IIK 177/17 (utrzymanym w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Krośnie z dnia 18 lipca 2018r. sygn. akt II Ka 211/18) za urządzenie w tym samym lokalu w okresie pokrywającym się z przestępnym zachowaniem objętym niniejszym postępowaniem gier na automatach.

Bezspeczne jest to, że w/w wyrokiem Sądu Rejonowego w Jaśle M. W. zastał uznany za winnego popełnienia przestępstwa z art. 107§1 k.k.s. polegającego na tym, że będąc prezesem zarządu (...) Sp. z o.o. z/s w R. prowadził w O. (...) działalność w zakresie gier na automatach (...) nr (...) i (...) nr (...) w okresie od 1 czerwca 2015 r. do dnia 2 września 2015 r., 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), a od 3 września 2015r. do dnia 21 kwietnia 2016 r. urządził nadto gry na w/w automatach poza kasynami gier, natomiast od 1 lutego 2016 r. do dnia 21 kwietnia 2016 r. urządził gry na automacie (...) nr (...) bez wymaganej koncesji i poza kasynem gier, a od 19 kwietnia 2016 r. do 21 kwietnia 2016 r. urządził gry na automacie do gier (...) (...) nr (...) bez wymaganej koncesji i poza kasynem gier, naruszając tym samym art. 6 ust. 1 i art.14 ust.1 ustawy o grach hazardowych. Podkreślić jednakże należy, iż w w/w orzeczeniu Sąd Rejonowy przypisał oskarżonemu popełnienie jednego przestępstwa (nie powołał on bowiem art.6 §2 k.k.s.).

Istotne jest więc ustalenie, czy w tej konkretnej sytuacji faktycznej i prawnej możliwe jest przypisanie tj. skazanie osk. M. W. za popełnienie przestępstwa z art. 107§1 k.k.s. związanego z urządzaniem gier hazardowych w tym samym miejscu, w tym samym okresie lecz na innym zindywidualizowanym poprzez nazwę i numer seryjny automacie. W ocenie Sądu Odwoławczego taka możliwość wbrew stanowisku obrońcy istnieje.

Podnieść trzeba, że art. 107§1 k.k.s. ma charakter przepisu blankietowego albowiem w zakresie strony przedmiotowej odsyła do regulacji zawartej w ustawie o grach hazardowych. Może więc on być uzupełniony, o czym wcześniej była mowa, od 3 września 2015r. o art.14 ust.1 w/w ustawy określającego miejsce w którym min. gry na automatach mogą się odbywać (jest to kasyno), a przed tą datą mógł i nadal może być uzupełniony przez art.6 ust.1 powyższej ustawy nakładający wymóg posiadania koncesji przez podmiot, który chciałby legalnie zajmować się tą działalnością oraz art. 23a w/w ustawy wymagający zarejestrowania danego automatu przez naczelnika urzędu skarbowego. Tym samym przyjąć należy, iż przestępne zachowanie penalizowane przez przedmiotowy przepis karno-skarbowy winno

odwoływać się nie tylko do miejsca i braku koncesji lecz także do konkretnego automatu do gier. Tylko więc łącznie występujące w prawomocnym orzeczeniu oraz w toczącej się sprawie wszystkich powyższych elementów tj. ich tożsamość mogłaby by uzasadniać przyjęcie istnienia powagi rzeczy osądzonej a z taką sytuacją w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia.

Wprawdzie Sąd Rejonowy w Jaśle w prawomocnym wyroku z dnia 6 marca 2018r. sygn. akt II K 177/17 uznał, że oskarżony bez koncesji i poza kasynem gry prowadził i urządził w miejscu i czasie pokrywającym się w tym zakresie z zachowaniem objętym niniejszym postępowaniem gry na automatach to jednakże należy podkreślić, iż w każdej z tych spraw był inny przedmiot czynności wykonawczej tj. automaty do gier, który zostały zindywidualizowane nie tylko nazwą lecz także numerem seryjnym. W takiej sytuacji w ocenie Sądu Odwoławczego o tożsamości czynu będącego przedmiotem oceny w niniejszej sprawie oraz w sprawie II K 177/17 mowy być nie może.

Już tylko w uzupełnieniu powyższej argumentacji należy zauważyć, iż przestępstwach trwałych, do których jak to wyżej wykazano zaliczyć należy także penalizowane przez art.107 §1 k.k.s. zachowanie, nie objęcie w jednym postępowaniu wszystkich „przedmiotów czynności wykonawczej”, czy to przez brak w tym zakresie stosownej wiedzy, czy też błędy postępowania przygotowawczego nie może skutecznie wykluczać postępowania w sytuacji ujawnienia w toku nowego, czy też innego postępowania „dodatkowego” przedmiotu czynności wykonawczej nie objętego wcześniej zakończonym postępowaniem.

Trudno bowiem byłoby zaakceptować pogląd, że np. ujawnienie, iż sprawca w okresie w jakim prawomocnie skazano go za pozbawienie wolności określonych osób, czy też nie alimentację określonych dzieci (a więc za popełnienie przestępstwa trwałego), pozbawił wolności także inne lub inną osobę lub też nie płacił alimentów na rzecz innych lub innego dziecka (które to osoby należy zaliczyć do przedmiotów czynności wykonawczej powyższych przestępstw) nie mógłby zostać pociągnięty do odpowiedzialności za tego typu przestępne zachowania z uwagi na powagę rzeczy osądzonej.

Odnosząc się do zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia sprowadzających się do zakwestionowania, przy uwzględnieniu niejednorodnej linii orzeczniczej, prawidłowości ustalenia wypełnienia przez oskarżonego znamion strony podmiotowej, przypisanego mu przestępstwa, stwierdzić należy, iż zarzut ten jest także chybiony. Przed przejściem do jego omówienia 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.

Oskarżony jako profesjonalista, tj. osoba zajmująca się działalnością gospodarczą w postaci urządzania gier hazardowych na automatach, winien był znać przepisy prawa i kierować się ich literą. Wbrew twierdzeniom

oskarżonego nie sposób również przyjąć, by w okresie zarzucanej mu działalności orzecznictwo było jednolite i spójne co mogłoby rodzić przekonanie, że takim pozostanie także w przyszłości (oczywiście, gdy zmianie nie ulegną przepisy).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego pojawiły się wprawdzie takie rozstrzygnięcia, jak te na które powołuje się apelujący, jednakże już wcześniej prezentowane były także przez w/w organ poglądy odmienne.

W wyroku z dnia 28 marca 2014 r., sygn. III KK 447/13, Sąd Najwyższy stwierdził mianowicie, iż ewentualne przyjęcie, że przepisy ustawy z 2009 r. o grach hazardowych mają charakter przepisów technicznych nie powoduje, że sądy krajowe mogą odmówić ich zastosowania jako regulacji, do których odsyła art. 107 § 1 k.k.s. tylko z tego względu, że nie został dopełniony obowiązek notyfikacji Komisji Europejskiej bowiem brak notyfikacji jest naruszeniem konstytucyjnego trybu ustawodawczego, a zatem sądy stosujące prawo obowiązane są zwrócić się do Trybunału Konstytucyjnego ze stosownym pytaniem prawnym w tej mierze, zawieszając jednocześnie postępowanie (art. 22 § 1 k.p.k.), w którym miałyby dojść do zastosowania wadliwie ustanowionego przepisu (LEX nr 1448749), zaś w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. I KZP 15/13 stwierdził, iż 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. (OSNKW 2013/12/101, LEX nr 1393793). Trybunał Konstytucyjny nie orzekł natomiast o niezgodności powyższych przepisów z Konstytucją.

Skutki takich rozstrzygnięć oskarżony winien natomiast uwzględnić, urządzając gry na automatach wbrew literalnemu brzmieniu przepisów tej ustawy.

Bezpodstawnie oskarżony powołuje się na powszechnie obowiązującą i znaną w dacie czynu linię orzecznictwa, zgodnie z którą brak notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych nie pozwalał na ich stosowanie.

Przede wszystkim stwierdzić należy, iż porządkowi prawnemu nie jest znana instytucja powszechnie obowiązującej orzecznictwa, wywodzonej z zapadających nawet licznie orzeczeń sądów powszechnych i jednostkowych orzeczeń Sądu Najwyższego.

Orzecznictwo sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego ma moc obowiązującą w sprawach indywidualnych, których orzeczenia te dotyczą, a nie jest ono źródłem powszechnie obowiązującego prawa. Jedynie uchwały Sądu Najwyższego, wpisane do księgi zasad prawnych, mają walor wiążący przy wykładni prawa, jednak nadal nie stanowią źródła prawa.

W ocenie Sądu Odwoławczego jako całkowicie niezasadny jawi się także zarzut pominięcia przez Sąd Rejonowy kontratypu uregulowanego w art.10§4 k.k.s. pomimo braku możliwości przypisania oskarżonemu umyślności na płaszczyźnie strony podmiotowej.

Nie sposób 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 k.k.s. wynika jednoznacznie, iż 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 znał aktualne problemy interpretacyjne związane z możliwością stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, w tym też niekorzystne dla niego orzeczenia liczących sądów. Wbrew twierdzeniom w/w 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 zmianie nie ulegną przepisy).

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 wypadkowych związanych z zatrzymywaniem automatów do gier (patrz wykaz spraw z dnia 22 maja 2017r. dotyczących oskarżonego przedłożony przez Urząd Celny w K. zalegających w aktach II Ka 144/17).

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 zajmującą 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.

Zupełnie nie można podzielić także zarzutu nadmiernej surowości kary, zaś logika wypływająca ze stwierdzenia, iż dalsze karanie za takie same czyny nie ma sensu, nie znajdzie nigdy uznania Sądu. Wręcz przeciwnie, trzeba stosować tu słuszną zasadę, że im więcej przestępstw, tym większe dolegliwości karne, a unikać pewnego rodzaju „promocji” w postaci mniejszej kary za większą ilość czynów, jakiej oczekuje oskarżony.

Określenie „rażącej niewspółmierności kary” było przedmiotem wielokrotnych rozważań doktryny i orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych. Wypracowano w tym zakresie spójne stanowisko. W jego myśl o „rażącej niewspółmierności kary” w rozumieniu art. 438 pkt 4 k.p.k. nie można mówić w sytuacji gdy Sąd wymierzając karę, uwzględnił wszystkie okoliczności wiążące się z poszczególnymi ustawowymi dyrektywami i wskaźnikami jej wymiaru, czyli wówczas gdy granice swobodnego uznania sędziowskiego, stanowiącego ustawową (art. 53 § 1 k.k.) zasadę sądowego wymiaru kary, nie zostały przekroczone w rozmiarach nie dających się utrzymać w kontekście wymagań

wynikających z ustawowych dyrektyw determinujących wymiar kary” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 1982r., Rw 542/82, OSNKW 1982/12/90).

Skoro zatem Sąd Rejonowy w Jaśle uwzględnił wszelkie reguły kodeksowe sędziowskiego wymiaru kary, to nie ma powodów, aby to orzeczenie zakwestionować. Co więcej postawa oskarżonego, a w szczególności brak zrozumienia naganności swojego postępowania, zdaje się wskazywać, iż nadal nie widzi niczego złego w tym co robił, co sprawia, że mógłby ponownie postąpić w ten sam sposób. Przed tym ma go właśnie powstrzymać kara. Jest ona adekwatna do rodzaju działalności i uzyskiwanych z niej dochodów, a także uwzględnia społeczną szkodliwość czynów, którą ustawodawca uznał za wysoką na tyle, że postanowił skutecznie i bezwzględnie zwalczać hazard odbywający się poza wyznaczonymi miejscami i wbrew obowiązującym regułom. Gdyby kara nie była odczuwalna, to nie stanowiłaby zapory w dalszym działaniu, ponieważ można by ją wliczyć w koszty działalności. Kara orzeczona spełnia zatem funkcję wychowawczą i zapobiegawczą, a to przemawia za jej akceptacją.

Także aktualna sytuacja majątkowa i rodzinna oskarżonego nie uzasadnia zmiany zaskarżonego orzeczenia w zakresie kosztów sądowych. To zachowanie w/w spowodowało wszczęcie postępowania, a tym samym wygenerowało jego koszty co przy treści rozstrzygnięcia Sądu Rejonowego zasadnym czyniło obciążenie nimi apelującego.

Nie sposób także podzielić argumentacji zawartej w apelacji aby w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki do umorzenia absorpcyjnego przewidzianego w art.113§1 k.p.k. Zastosowanie tej instytucji poprzez art.113§1 k.k.s. byłoby bowiem sprzeczne z istotą konstrukcji prawa karnego skarbowego, przyjmującego tzw. idealny zbieg przepisów ustawy (art.8§1 k.k.s.), a więc zmierzającą do objęcia maksymalnej liczby przepisów o przestępstwach i wykroczeniach tj. do zmaksymalizowania obszaru naruszonych przepisów (patrz komentarz do art.113§1 k.k.s. Feliksa Prusaka Tom II nb. 14 z 2016r.)

Co więcej istotą tej regulacji jest

Z uwagi na powyższe, wobec bezzasadności apelacji 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 i opłacie za drugą instancję orzeczono pomyśli art.113§ 1 k.k.s. w zw. z art.636§ 1 k.p.k. 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.