

Sygn. akt **IV Ka 509/17**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 sierpnia 2017 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie w IV Wydziale Karnym Odwoławczym  
w składzie:

Przewodniczący: SSO Iwona Gdula

Sędziowie: SO Michał Tomala

SO Andrzej Trzeciak (ref.)

Protokolant: Kamila Michalak

przy udziale Prokuratora Prok. Okr. Małgorzaty Wojciechowicz

po rozpoznaniu w dniu 7 sierpnia 2017 r.

sprawy **K. M. i P. B.**

oskarżonych z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonych

od wyroku Sądu Rejonowego w(...)

z dnia 19 grudnia 2016 r. sygn. II K 184/15

I. utrzymuje zaskarżony wyrok w mocy,

II. zasądza od obu oskarżonych K. M. i P. B. na rzecz Skarbu Państwa po połowie kosztów związanych z postępowaniem odwoławczym, w tym po 1.000 (jednym tysiącu) złotych opłaty.

SSO Michał Tomala SSO Iwona Gdula SSO Andrzej Trzeciak

Sygn. akt IVKa 509/17

## UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w (...) z dnia 19 grudnia 2016r. sygn. akt IIK 184/15 K. M. i P. B. zostali uznani za winnych popełnienia czynów z art. 107§1 kks (k. 374-375).

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonych (k. 386-428).

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Apelacja nie jest zasadna.

Warunkiem zaakceptowania ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Rejonowy pozostaje ich oparcie na pełnym materiale dowodowym, zgromadzonym zgodnie z przepisami kodeksu postępowania karnego i pozwalającym na wyjaśnienie istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, poddanym następnie wnikliwej i wszechstronnej ocenie, zgodnie ze wskazaniem wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego, obejmującej zarówno fakty przemawiające

na korzyść oskarżonego, jak i dla niego niekorzystne. Obowiązkiem Sądu, wynikającym z zasady prawdy obiektywnej, jest dążenie do wyjaśnienia wszelkich istotnych wątpliwości w sprawie, zwłaszcza zaś do wyjaśnienia sprzeczności i to przy uwzględnieniu całości zebranego materiału dowodowego. Analiza akt sprawy, w tym pisemnych motywów rozstrzygnięcia, prowadzi do wniosku, iż wymogi te, w niniejszej sprawie zostały, co do zasady, zachowane. Jedynie w kwestii stwierdzonego przez Sąd Rejonowy naruszenia art. 6 ust 1 ustawy o grach hazardowych (str. 12 uzasadnienia) Sąd Okręgowy uzupełnił postępowanie dowodowe o informację Ministerstwa Finansów, z której wynika, że oskarżeni nie ubiegali się o wydanie koncesji na prowadzenie kasyna gry, na podstawie ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (k. 516).

Podjęte przez Sąd Okręgowy czynności dowodowe zmierzały jedynie do potwierdzenia trafności ustaleń zawartych w wyroku Sądu Rejonowego. To zaś w zaistniałej sytuacji procesowej Sądowi Okręgowemu wolno było uczynić. Jak wynika z postanowienia Sądu Najwyższego, z dnia 5 października 2010 r. III KK 79/10, które Sąd Okręgowy podziela „gwarancyjny charakter funkcjonalnej wykładni przepisów art. 443 KPK i art. 434 § 1 KPK, rozciągającej obowiązujące zakazy reformationis in peius na ustalenia faktyczne, nie może prowadzić do nieracjonalnego w swej istocie zakazu opisywania tego samego ustalenia innymi słowami, różnica ma wtedy bowiem charakter wyłącznie językowy. Zakazem nie jest objęte także dokonywanie tych samych ustaleń na podstawie dowodów, które w ponownym postępowaniu przeprowadzone zostały powtórnie i bardziej szczegółowo, a nawet na podstawie zupełnie nowych w tym postępowaniu dowodów, pod tym jednak warunkiem, aby dowody te stanowiły podstawę do dokonania tych samych, a nie nowych ustaleń.

Przechodząc do pierwszego zarzutu apelacji należy wskazać, że nie jest on trafny. Skarżący przeoczył, że akt oskarżenia został sporządzony w dniu 30 kwietnia 2015r. zaś do Sądu wpłynął 7 maja 2015r. (k. 248). Problematyka poruszona przez skarżącego była przedmiotem zgodnych wypowiedzi Sądu Najwyższego, których powielanie jest zbędne. Wystarczy w tym miejscu przykładowo odesłać do stanowiska zawartego w wyroku z dnia 22 lutego 2017 r. IV KK 282/16, w którym Sąd Najwyższy, w podsumowaniu swoich rozważań, stwierdził, że **„w związku z wniesieniem aktu oskarżenia w sprawie niniejszej przed dniem 1 lipca 2015 r. finansowy organ postępowania przygotowawczego - Urząd Celny w R. w ramach kompetencji określonych w art. 155 KKS w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r., posiadał uprawnienia do samodzielnego wnoszenia i popierania aktu oskarżenia, bez konieczności jego zatwierdzenia przez prokuratora, nawet przy uwzględnieniu faktu, że nadzorował on prowadzone przez ten organ dochodzenie o przestępstwa z art. 107 § 1 KKS”**.

Z tych względów należy wykluczyć, aby zaskarżone orzeczenie dotknięte było bezwzględną przyczyną odwoławczą w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela.

Przechodząc do szeroko uzasadnianego zarzutu naruszenia prawa materialnego związanego z m.in. możliwością stosowania przepisów art. 6 ust 1 i art. 14 ustawy o grach hazardowych to zauważyć należy, że problematyka poruszona przez skarżącego została wyczerpująco przedstawiona w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. IKZP 17/16 oraz w nawiązujących do niej dalszych orzeczeniach najwyższej instancji sądowej.

W uchwale 7 sędziów SN z dnia 19 stycznia 2017 r. wskazano, 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 21.07.1998 r., ze zm.), wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 KKS 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 KKS, o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony.

W przywołanym już wcześniej wyroku z dnia 22 lutego 2017 r. IVK 282/16 Sąd Najwyższy wskazał, że analizując wzajemne relacje między art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 GryHazardu należy podkreślić, że przepisy te mają niezależny od siebie charakter. Przepis art. 6 ust. 1 GryHazardu dotyczy tzw. podmiotowej reglamentacji działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier hazardowych i wymagań stawianych urządzającemu gry na automatach (podmiot taki musi posiadać koncesję na prowadzenie kasyna gry). Natomiast nie przesądza o tym, że posiadacz takiej koncesji powinien urządzać gry na automatach wyłącznie w kasynie gry. Z kolei art. 14 ust. 1 GryHazardu tej ustawy zawiera ograniczenia przedmiotowe, ustanawiając warunki urządzania gier, m.in. na automatach, wprowadzając bezwzględny zakaz ich używania do gry poza kasynami gry.

Wprawdzie brzmienie tego przepisu zostało znowelizowane (zob. ustawa z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych), jednak de facto nie spowodowało to istotnej zmiany uprzedniej regulacji (...) Ustawa zmieniająca została notyfikowana Komisji Europejskiej w dniu 5 listopada 2014 r. pod numerem 2014/0537/PL zgodnie z § 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz.U. Nr 239, poz. 2039 oraz z 2004 r. Nr 65, poz. 597), które wdraża dyrektywę 98/34/WE (druk sejmowy nr 2927, adnotacja na tekście ustawy opublikowanym w Dz.U. z 2015 r. poz. 1201). **W konsekwencji przepis art. 14 ust. 1 GryHazardu wszedł w życie z dniem 3 września 2015 r. i od tej daty w nowym brzmieniu uzyskał wymiar normatywny w ramach znamion przestępstwa z art. 107 § 1 KKS.**

Zestawienie normy wynikającej z treści art. 6 ust. 1 GryHazardu i przepisu art. 14 ust. 1 GryHazardu pozwala na wyprowadzenie wniosku, że urządzenie gry na automatach dozwolone jest tylko w kasynach gry, prowadzonych w ramach udzielonej koncesji. Zakaz prowadzenia tego rodzaju działalności poza warunkami koncesji jest adresowany do wszystkich podmiotów, a zatem zarówno osób fizycznych jak i prawnych niezależnie od tego, czy posiadają one koncesję na prowadzenie kasyna gry, czy też nie. **Działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, w tym turniejów gry pokera, gier w kości oraz gier na automatach, bez względu na jej formę prawną, urządzana bez koncesji poza kasynem gry jest więc zawsze działalnością nielegalną, prowadzoną wbrew normie wynikającej z treści art. 6 ust. 1 GryHazardu i stanowi przestępstwo z art. 107 § 1 KKS, zaś od dnia 3 września 2015 r. w ramach odesłania zawartego w art. 107 § 1 KKS także narusza art. 14 ust. 1 GryHazardu.** Niezasadnym jest również twierdzenie, że skoro automaty do gry znajdują się w miejscu, które kasynem nie jest (np. stacja benzynowa, bar lub inny lokal gastronomiczny), to z powodu takiej ich lokalizacji nie jest wymagana koncesja na urządzenie gry. Regulacje ustawy o grach hazardowych są w tym zakresie jednoznaczne i prowadzą do wniosku, że każda działalność w zakresie gier na automatach, która wyczerpuje definicję z art. 2 ust. 3 i 5 GryHazardu, wymaga koncesji na prowadzenie kasyna gry (art. 6 ust. 1 GryHazardu). Natomiast, jeżeli prowadzący taką działalność, wprawdzie posiada koncesję, ale urządza grę na automatach niezgodnie z jej wymogami oraz wbrew warunkom technicznym przewidzianym w art. 14 ust. 1 GryHazardu, to wyłącznie ten ostatni przepis z ustawy o grach hazardowych znajdzie zastosowanie w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 KKS, pod warunkiem, że czyn ten został popełniony po notyfikacji art. 14 ust. 1 GryHazardu i jego wejściu w życie. W świetle powyższych wywodów warto dodać, że zgodnie z treścią art. 2 ust. 3 GryHazardu, grami na automatach są gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości. Pierwszą zatem ustawową cechą zdefiniowanej gry na automatach jest jej organizowanie w celach komercyjnych, drugą możliwość uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, trzecią zaś element losowości gry. Z kolei w art. 2 ust. 5 GryHazardu zawarto poszerzoną definicję gry na automatach o wariant, w którym grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, pod tym jednak warunkiem, że gra ma charakter losowy.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt rozpoznawanej sprawy i uwzględniając datę czynów (2013r.) stwierdzić należy, że Sąd Rejonowy trafnie przypisał oskarżonym naruszenie art. 6 ust 1 ustawy o grach hazardowych, a w konsekwencji popełnienie czynów z art. 107§1 kks.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 10§4 kks wskazać należy, że twierdzenia zawarte w apelacji nie mogą zastępować wyjaśnień oskarżonego. Apelacja nie jest bowiem dowodem w postępowaniu karnym.

Oskarżeni w toku postępowania skorzystali z prawa do odmowy składania wyjaśnień, co jest ich prawem, ale czego konsekwencją jest i to, że nie przedstawili żadnego wytłumaczenia, odnoszącego się do świadomości bezprawności przedsięwziętego działania, które Sąd Rejonowy mógłby poddać analizie w płaszczyźnie art. 10§4 kks.

Podkreślić należy, że „zasada in dubio pro reo jest regułą oceny zgromadzonych w sprawie dowodów, nie zaś regułą pozwalającą na tworzenie przez sąd hipotez aczkolwiek logicznych i możliwych, jednak nie opartych na zgromadzonych dowodach wobec ich braku w tym zakresie. Ciężar udowodnienia winy spoczywa na oskarżycielu, natomiast wykazanie, iż doszło do zaistnienia konkretnego przestępstwa wyłączającego bądź zmniejszającego zakres odpowiedzialności oskarżonego obciąża tego, kto wywodzi z tego korzystne dla siebie skutki prawne” (wyrok SA w Katowicach z dnia 20 września 2001 r. II Aka 299/01). To samo odnieść należy do wykazania działania w warunkach art. 10§4 kks.

Nie można ustaleń faktycznych, co do działania oskarżonych pod wpływem błędu, zastępować domniemaniami. W szczególności nie można ustaleń takich wywodzić z „wykreowanego” poprzez analizę orzecznictwa domniemania niezgodności z prawem UE określonych rozwiązań ustawowych. Przeciwnie, jako punkt wyjścia, przyjmować należy założenie niesprzeczności wewnętrznej systemu prawnego. Ujmując tę kwestię bardziej szczegółowo istnieje domniemanie zgodności polskiego ustawodawstwa wewnętrznego z zobowiązaniami wynikającymi z ratyfikowanych przez Polskę umów międzynarodowych, analogicznie do przyjętego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego domniemania zgodności ustaw z Konstytucją (zob. np. wyroki TK : z dnia 5.01.1999 r., K.27/98, OTK 1999/1/1 i z dnia 28.01.2003 r., K.2/02, OTK 2003/1/4 oraz orzeczenia TK : z dnia 4.10.1995, K.8/95, OTK 1995/2/8 i z dnia 15.07.1996 r., K.5/96, OTK 1996/4/30) (z uzasadnienia uchwały 7 sędziów SN z dnia 21 maja 2004 r. I KZP 42/03). Już z tego względu nie można „niejako abstrakcyjnie” przesądzać o występowaniu w konkretnej sprawie sytuacji wyłączającej winę sprawcy. Ustalenie, co do występowania takich okoliczności należy do sfery ustaleń faktycznych. Polega bowiem na ustaleniu stanu świadomości oskarżonego w tym wypadku świadomości obciążonej błędem, który może być uznany za usprawiedliwiony. Błąd usprawiedliwiony to taki, którego sprawca nie mógł uniknąć, co każdorazowo należy ustalać, w toku postępowania, na podstawie okoliczności konkretnej sprawy.

Przyjmuje się, że „Nie można skutecznie powoływać się na niezawinioną nieznajomość prawa, jeżeli z ustalonych faktów wynika, że sprawca nie tylko nie starał się w sposób należyty zapoznać z obowiązującym uregulowaniem, choć miał możliwość to uczynić u przedstawicieli właściwych organów, ale wręcz w sposób wyraźny z takiej możliwości zrezygnował” (wyrok SN z dnia 3 lutego 1997 r. II KKN 124/96) „Nie można powoływać się na usprawiedliwioną nieświadomość bezprawności czynu, gdy sprawca miał możliwość uzyskania wiedzy niezbędnej dla jej uniknięcia i to w sposób nie wymagający podejmowania żadnych specjalnych zabiegów - vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2005 r. w sprawie WA 11/05, OSNwSK 2005/1/948” (z uzasadnienia wyroku SA w Warszawie z dnia 7 kwietnia 2014 r. II AKa 74/14).

W rozpoznawanej sprawie jak już wskazano podstaw do czynienia takich ustaleń nie ma. Można w tym miejscu jedynie marginalnie wskazać, że tutejszy Sąd wypowiedział się już w kwestii występowania błędu, o którym mowa w art. 10 § 4 kks, na gruncie ustawy o grach hazardowych(...) wskazując, że „Kwestia interpretacji przepisów, które występowały w dacie popełnionych przez (...) czynów była niewątpliwie przedmiotem badania różnych organów. Okoliczność ta jednak nie może prowadzić do uznania, iż pozwalała ona oskarżonemu prowadzić działalność gospodarczą, co do której konieczne było i jest otrzymanie koncesji. W związku z powyższym nie sposób uznać, aby oskarżony nie znał treści tych przepisów i nie mógł zachować się w sposób zgodny z prawem” (z uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 4 lipca 2017 r. IVKa IV Ka 550/17).

Abstrakcyjne przyjmowanie, że każdy sprawca działał w warunkach art. 30 kk czy 10§4 kks prowadziłyby do zwolnienia z odpowiedzialności także tych osób, które nie podejmowały żadnych starań, aby uzyskać wiedzę co do legalności podejmowanego działania. W istocie prowadziłyby to do niedopuszczalnego wyłączenia odpowiedzialności karnej, poprzez ingerencję stosującego prawo w aksjologiczne założenia ustawodawcy i wyznaczone przez niego normatywne granice zakazu wyrażonego znamionami typu czynu zabronionego.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy, zgodnie z art. 437 § 1 kpk, utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

O wydatkach związanych z postępowaniem odwoławczym Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 636 § 1 i 2 kpk oraz na podstawie art. 3 ust. 1 i art. 8 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych.

SSO Michał Tomala SSO Iwona Gdula SSO Andrzej Trzeciak