

*Sygn. akt II Ka 285/17*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 września 2017 roku

**Sąd Okręgowy w Krośnie w II Wydziale Karnym w składzie:**

**Przewodniczący : SSO Arkadiusz Trojanowski**

**Protokolant : sekr. sądowy Małgorzata Kramarz**

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Krośnie – **Beaty Piotrowicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2017 roku

sprawy:

1. **M. W.**, s. P. i M. zd. K.,  
ur. (...) w W.

2. **T. Ł.**, s. W. i E. zd. J., ur. (...) w W.

oskarżonych o przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s.

z powodu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonych

od wyroku Sądu Rejonowego w Sanoku z dnia 14 czerwca 2017 roku, sygn. akt II K 596/16

**I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że eliminuje z opisu przypisanych oskarżonym M. W. i T. Ł. przestępstw naruszenie przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych,**

**II. w pozostałej części utrzymuje zaskarżony wyrok w mocy,**

**III. zasądza od oskarżonych M. W. i T. Ł. na rzecz Skarbu Państwa koszty procesu za postępowanie odwoławcze:**

- od oskarżonego M. W. w kwocie 520 zł /pięćset dwadzieścia złotych/, w tym opłatę za drugą instancję w kwocie 500 zł /pięćset złotych/,**
- od oskarżonego T. Ł. w kwocie 120 zł /sto dwadzieścia złotych/, w tym opłatę za drugą instancję w kwocie 100 zł /sto złotych/.**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w Sanoku z dnia 14 czerwca 2017r., sygn. akt II K 596/16, oskarżeni M. W. i T. Ł. zostali uznani za winnych popełnienia zarzuconych im czynów.

Sąd uznał oskarżonego M. W. za winnego tego, że:

1. będąc Prezesem Zarządu Spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., przy ul. (...) II 27, zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym z dnia 27.01.2012r (dokonany wpis w KRS 27.01.2011r. pod numerem KRS (...)) w miejscowości S., powiat (...), woj. (...), w lokalu G. B. w S., przy ul. (...), w okresie od dnia 01.10.2014r. do dnia 06.05.2015r. w S.,

powiat (...) woj. (...) w lokalu G. B., (...)-(...) S., ul. (...), urządzał gry na automacie do gier o nazwie: A. G., numer (...), z naruszeniem przepisów art. 14 ust.1 i art. 23 a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 o grach hazardowych (Dz.U z 2015r. poz. 612 i 1201), to jest poza kasynem gry, bez wymaganej koncesji i bez rejestracji przedmiotowych automatów do gier przez właściwego naczelnika urzędu celnego,

2. będąc Prezesem Zarządu Spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., przy ul. (...), zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym z dnia 14.05.2010r. (dokonany wpis w KRS 14.05.2010r pod numerem KRS (...)) w miejscowości S., powiat (...), woj. (...), w lokalu G. B. w S., przy ul. (...) wspólnie i w porozumieniu z T. Ł., w okresie od dnia 01.10.2014r. do dnia 06.05.2015r., w m. S., pow. (...), woj. (...), w lokalu G. B., (...)-(...) S., ul. (...), urządzał gry na automacie do gier o nazwie: C. G. M. C., numer (...), z naruszeniem przepisów art. 14 ust.1 i art. 23 a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 o grach hazardowych (Dz.U z 2015r. poz. 612 i 1201), to jest poza kasynem gry, bez wymaganej koncesji i bez rejestracji przedmiotowych automatów do gier przez właściwego naczelnika urzędu celnego,

to jest przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s.

Sąd uznał oskarżonego T. Ł. został uznany za winnego tego, że, działając jako pełnomocnik spółki (...) Sp.z o.o. z siedzibą w W., przy ul. (...), zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym z dnia 14.05.2010r. (dokonany wpis w KRS 14.05.2010r. pod numerem KRS (...)), w miejscowości S., powiat (...), woj. (...), w lokalu G. B. w S., przy ul. (...), wspólnie i w porozumieniu z M. W., w okresie od dnia 01.10.2014r. do dnia 06.05.2015r., urządzał gry na automacie do gier o nazwie: C. G. M. C., numer (...), z naruszeniem przepisów art. 14 ust.1 i art. 23a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 o grach hazardowych (Dz.U z 2015r. poz. 612 i 1201), to jest poza kasynem gry, bez wymaganej koncesji i bez rejestracji przedmiotowych automatów do gier przez właściwego naczelnika urzędu celnego, to jest przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s.

Za przypisane czyny Sąd skazał:

- oskarżonego M. W. na karę grzywny w wymiarze 50 stawek dziennych, ustalając stawkę dzienną na kwotę 100 zł,
- oskarżonego T. Ł. na karę grzywnę w wymiarze 10 stawek dziennych, ustalając stawkę dzienną na kwotę 100 zł.

Na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. w zw. z art. 29 pkt.2 k.k.s. Sąd orzekł środek karny w postaci przepadku na rzecz Skarbu Państwa, Urząd Celny w K. przedmiotów w postaci:

1. automatu do gier o nazwie A. G. numer (...)– przechowywany magazyn depozytowy Urzędu Celnego w K.,
2. automatu do gier o nazwie C. (...) M. C. numer (...)– przechowywany magazyn depozytowy Urzędu Celnego w K.,
3. pieniędzy polskich obiegowych w łącznej kwocie 2.640,00 zł – zatrzymanych w w/wym. automatach – przechowywanych na koncie sum depozytowych Izby Celnej w P..

Ponadto, Sąd zasądził od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe i opłaty.

Powyższy wyrok, w całości, zaskarżył obrońcę oskarżonych. Apelacja zarzuciła:

1) obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść wyroku, tj.:

a) naruszenie art 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. oraz w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. polegające na ustaleniu stanu faktycznego z pominięciem istotnych okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i dokonaniu oceny dowodów w sposób dowolny, sprzeczny z zasadami wiedzy oraz prawidłowego rozumowania, w szczególności poprzez:

- pominięcie przez Sąd pierwszej instancji w ocenie strony podmiotowej i przedmiotowej czynu zarzucanego oskarżonym dowodów z dokumentów, a to: pisma Waldemara Pawlaka z dnia 4 listopada 2009r., pisma Komisji Europejskiej z dnia 5 października 2011r., pisma Komisji Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010r., pisma Stałego Przedstawicielstwa RP przy UE z dnia 5 lutego 2010r., Opinii prawnej w sprawie skutków braku notyfikacji przepisów

technicznych w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE (z uwzględnieniem postanowienia Sądu Najwyższego RP w sprawie I KZP 15/13) sporządzonej przez Dr Agnieszkę Frąckowiak- Adamską z dnia 14 stycznia 2014r., opinii prawnej dotyczącej skutków braku notyfikacji art 14 ustawy o grach hazardowych w zgodzie z dyrektywą 98/34/WE w świetle prawa UE sporządzonej przez prof. dr hab. Władysława Czaplńskiego i dr Macieja Taborowskiego w dniu 30 czerwca 2014 r., które to dokumenty jednoznacznie wskazywały, że oskarżeni M. W. i T. Ł. przed rozpoczęciem działalności oraz pracy na rzecz spółki, a także w jej trakcie dopełnili należytej staranności w zakresie zapoznania się ze stanem prawnym tj. na bieżąco konsultowali się z prawnikami, śledzili orzecznictwo sądów powszechnych, Sądu Najwyższego, TSUE oraz zasięgaliby opinii specjalistów uznawanych za autorytety w dziedzinie prawa hazardowego, co jednoznacznie wskazuje na fakt, że przekonanie oskarżonych o legalności prowadzonej działalności było usprawiedliwione;

- pominięcie przez Sąd pierwszej instancji dowodu z dokumentu w postaci interpretacji indywidualnej Ministra Finansów z dnia 8 listopada 2013 r., który ma istotne znaczenia przy ocenie strony podmiotowej; Organy skarbowe dokonując interpretacji przepisów podatkowych w oparciu o przedstawiony we wniosku stan faktyczny i nakazując spółce naliczanie i regulowanie podatku VAT od świadczonych usług (dokładnie opisanych we wniosku) potwierdziły de facto legalność działalności spółki, zważyć bowiem należy, iż ustrój prawny RP nigdy nie przewidywał i nadal nie przewiduje możliwości pobierania podatków od „działalności nielegalnej”;

- całkowite pominięcie przez Sąd pierwszej instancji treści wyjaśnień oskarżonych zawartych w protokole rozprawy z dnia 30 stycznia 2017r. oraz 13 marca 2017r. oraz dowodów z dokumentów mających zasadnicze znaczenie przy ocenie strony podmiotowej czynu zarzucanego oskarżonym, przedstawionych przez obronę na okoliczność wykazania, że w czasie objętym aktem oskarżenia sądy powszechne( I i n instancji) w analogicznych sprawach wydały wobec oskarżonego M. W. kilkaset postanowień o umorzeniu postępowania i wyroków uniewinniających wobec zaistnienia ujemnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., w których w/w sądy powszechne konsekwentnie wyrażały pogląd, że kwestia niedopełnienia przez polskiego ustawodawcę procedury notyfikacji skutkuje brakiem możliwości stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych wypełniających dyspozycję blankietowego przepisu art. 107 § 1 k.k.s. ;

- dowolną ocenę wyjaśnień oskarżonych, która skutkowałą wyprowadzeniem błędnego wniosku, że oskarżony M. W. prowadząc działalność w postaci urządzania gier na automatach bez wymaganego zezwolenia miał świadomość, że stanowi ona działalność wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, podczas gdy z materiału dowodowego wynika, że oskarżony opierał swoją decyzję o prowadzeniu działalności na opiniach autorytetów prawa oraz orzeczeniach Sądu Najwyższego, TSUE oraz sądów powszechnych, które na terenie całego kraju wydawały wobec niego wyroki uniewinniające oraz orzeczenia o umorzeniu postępowania - z których to i opinii wprost wynikało, że przepisy art. 6 i 14 ugh są przepisami bliźniaczymi i jako nienotyfikowane - nie mogą być stosowane w polskim porządku prawnym, a postępowania w sprawie winny zakończyć się wyrokiem uniewinniającym wobec braku znamion czynu zabronionego (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014r., sygn. akt II KK 55/14; Sąd orzekający w niniejszej sprawie oparł się w całości na poglądzie wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017r. oraz stanowisku zaprezentowanym w uzasadnieniu wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 października 2016 r., sygn. akt C-3 03/15 oceniając zachowanie oskarżonych pod kątem wypełnienia znamion strony podmiotowej czynu z art. 107 k.k.s. przez pryzmat tych orzeczeń, które nie mogły być im znane w dacie zarzucanych czynów. Zachowanie oskarżonych nie może być oceniane w kontekście poglądów, które pojawiły się w orzecznictwie dopiero kilka miesięcy po dacie stawianych oskarżonym zarzutów.

b) naruszenie art. 424 § 1 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., 7 k.p.k. w zw. z art 113 § 1 k.k.s. polegające na:

- złamaniu zasady in dubio pro reo oraz zasady obiektywizmu nakazującej uwzględnianie okoliczności także na korzyść oskarżonych, w szczególności poprzez pominięcie dowodów z dokumentów wymienionych w pkt 1 a, które wskazywały w sposób jednoznaczny na brak wypełnienia znamion strony podmiotowej zarzucanego przestępstwa skarbowego;

- braku wskazania w uzasadnieniu jakie dowody pozwalają stwierdzić, że oskarżeni działali z zamiarem ewentualnym popełnienia czynu opisanego w art. 107 § 1 k.k.s.;

- czynieniu nieuzasadnionych domniemań faktycznych w zakresie przekonania, że oskarżeni doskonale zdawali sobie sprawę, że ich zachowanie podlega odpowiednim regulacjom zawartym w obowiązującej ustawie o grach hazardowych i może stanowić działanie wbrew przepisom ustawy, choć przecież z pozostających w dyspozycji oskarżonych opiniach prawnych i orzeczeniach sądów powszechnych, SN i TSUE wynikało, że działalność jaką prowadzi spółka w okresie objętym zarzutem jest działalnością legalną i oskarżeni mieli uzasadnione prawo kształtować swe przeświadczenie o legalności prowadzonej działalności na prawomocnych orzeczeniach sądów, które wydawały wobec nich wyroki uniewinniające oraz na opiniach specjalistów z dziedziny prawa: profesorów prawa i sędziów Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego, których treści nie miał podstaw kwestionować;

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, wynikający z naruszeń przepisów postępowania wskazanych w pkt 1, polegający na bezpodstawnym przyjęciu, że oskarżeni działali z zamiarem popełnienia zarzucanego im czynu, co miało wpływ na treść orzeczenia, bowiem skutkowało błędnym przypisaniem oskarżonym winy i odpowiedzialności karnej w oparciu o art. 107 § 1 k.k.s., a w konsekwencji wydaniem wyroku skazującego, podczas gdy zgromadzony materiał dowodowy prowadzi do odmiennej konkluzji i brak jest możliwości przypisania oskarżonym umyślności na płaszczyźnie strony podmiotowej czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s., jak również w oparciu o kontratypy z art. 10 § 1 i 4

3) naruszenie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. polegające na braku umorzenia postępowania w niniejszej sprawie pomimo zaistnienia przesłanki *ne bis in idem*. Prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w Bełchatowie, Wydział II Karny, sygn. akt II K 678/16 M. W. został uznany winnym popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. polegającego na urządzaniu gier na automatach do gier wbrew przepisom art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych; czyn opisany w w/w wyroku podobnie jak w niniejszej sprawie polegał na tym, że oskarżony pełniąc funkcję prezesa zarządu firmy (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. urządził gry o charakterze losowym na automatach do gier, z tym że w sprawie niniejszej o sygn. n K 596/16 zarzut obejmował okres od dnia 1 października 2014r. do dnia 6 maja 2015 r. zaś w sprawie o sygn. akt H K 678/16 - okres od 01.11.2014r. do dnia 21 lipca 2015 r. Z kolei w wyroku Sądu Rejonowego w Krośnie, Wydział II Karny, sygn. akt II K 569/16 T. Ł. został uznany winnym popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. polegającego na urządzaniu gier na automatach do gier wbrew przepisom art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, z tym że zarzut obejmował okres od 19 sierpnia 2013 r. do 27 marca 2015 r. To samo zachowanie oskarżonych- M. W. jako prezesa zarządu firmy (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. oraz T. Ł. jako pełnomocnika w/w spółek polegające na udostępnieniu automatów do gier nieokreślonemu kręgowi osób (urządzanie gier) poza kasynem gry zostało w sposób nieuprawniony zakwalifikowane wbrew treści art. 6 § 2 k.k.s. jako odrębny czyn zabroniony, czym naruszona została zasada niepodzielności przedmiotowej procesu karnego oraz fundamentalna zasada jedności czynu, a oskarżeni zostali pociągnięci w dwóch sprawach do odpowiedzialności karnej za ten sam czyn.

Obrońca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego M. W. oraz oskarżonego T. Ł. od zarzucanych im czynów oraz zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonych kosztów zastępstwa adwokackiego według norm prawem przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania w sprawie na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.

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

Apelacja obrońcy oskarżonych okazała się zasadna tylko w niewielkiej części, skutkując w tym aspekcie zmianą zaskarżonego wyroku, natomiast w większości nie może zostać uwzględniona.

Sąd pierwszej instancji prawidłowo ustalił stan faktyczny sprawy, lecz pomimo tego błędnie uznał, że oskarżeni naruszyli swoim działaniem art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych. Tymczasem, w dacie czynów zarzucanych oskarżonym, przepis art. 14 ust. 1 w/w ustawy miał charakter techniczny i wobec tego nie mógł stanowić podstawy odpowiedzialności karnej oskarżonych. Stąd też potrzeba zmiany wyroku w w/w zakresie. Natomiast w pozostałej części orzeczenie jest poprawne.

Sąd Rejonowy należycie i zgodnie z kodeksowymi regułami ocenił zebrane dowody, wydał słuszny wyrok oraz przekonująco go uzasadnił. Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne Sądu Rejonowego oraz rozważania prawne uznając, że postępowanie dowodowe wyczerpało zakres sprawy, zaś ocena dowodów oraz wyciągnięte z nich wnioski są uprawnione. Wyjaśnienia oskarżonych oceniono w kontekście całokształtu zgromadzonego materiału i przez pryzmat spraw, jakie się wówczas toczyły, a z których wynikało, że działalność może nie być uznana za legalną. Nie ma natomiast niczego, co kazałoby zebrane dowody ocenić inaczej, jak chciałaby tego obrona.

Przeprowadzona w sprawie ocena materiału dowodowego dokonana przez Sąd Orzekający nie wykracza poza zakreślone przepisem art. 7 k.p.k. granice swobodnej sędziowskiej oceny, a także nie zawiera błędów logicznych lub faktycznych oraz nie jest sprzeczna z zasadami doświadczenia życiowego i jako taka musi korzystać z ochrony zagwarantowanej jego treścią. Orzekając o sprawstwie oskarżonego Sąd Rejonowy oparł się na dowodach, którym w sposób uprawniony przyznał walor wiarygodności. Właśnie takie dowody, uzupełnione zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania, uznane za wiarygodne, legły u podstaw ustaleń faktycznych w przedmiotowej sprawie, co jest oczywiste i w pełni odpowiada treści art. 410 k.p.k. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 1954r. sygn. akt. III KK 492/54 opublikowany w zbiorze orzeczeń 78/1954) oraz w żaden sposób nie narusza zasady obiektywizmu z art. 4 k.p.k.

Nie można również zgodzić się z argumentacją o naruszeniu przez Sąd, wyrażonej w art. 5 § 2 k.p.k., zasady domniemania niewinności. Przepis ten bowiem dotyczy wątpliwości które ma i nie jest w stanie rozstrzygnąć sąd rozpoznający sprawę, nie zaś wątpliwości obrony i oskarżonych co do prawidłowości rozstrzygnięcia dokonanego przez ten sąd (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2009r. V KK 142/09, LEX 519641).

Apelacja podważa możliwość przypisania oskarżonym popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. z uwagi na brak notyfikacji Komisji Europejskiej, wypełniających blankietowy charakter w/w przepisu, a mających charakter techniczny art. 6 ust.1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, lecz zarzut ten jest błędny.

Punktem wyjścia musiało się stać ustalenie, czy w/w przepisy, to jest art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, uzupełniającą normę blankietową zawartą w art. 107 § 1 k.k.s., mają charakter techniczny w aspekcie dyrektywy 98/34/WE, czy też nie.

Kwestię przepisu art. 14 ust. 1 omówiono na wstępie i w tym zakresie Sąd nie miał racji, co znalazło przełożenie na treść wyroku apelacyjnego. Natomiast w przypadku pozostałych przepisów stanowiących podstawę odpowiedzialności oskarżonych, to Sąd Odwoławczy w tym zakresie podziela argumentację Sądu Rejonowego znajdującą oparcie w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego (postanowienie dnia 24 marca 2017r. V KK 28/17 LEX nr 2270907, wyrok SN z dnia 24 marca 2017r. V KK 24/17 LEX nr 2270906, wyrok SN z dnia 16 marca 2017r. V KK 21/17 LEX nr 2258063), który obecnie jednoznacznie (wcześniej w tym zakresie orzecznictwo nie było jednolite) stoi na stanowisku, że „norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano w Komisji Europejskiej, wynikająca z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. 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. ze zm.), wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2015 r., poz. 612) w pierwotnym brzmieniu, to jest do dnia 3 września 2015r., gdy wszedł w życie znowelizowany art.14 ust.1 u.g.h., którego projekt został notyfikowany w Komisji Europejskiej (Dz. U. z 2015r.poz.1201). Natomiast art. 6 ust. 1 tej ustawy mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s., o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony”.

Sąd Odwoławczy podziela to stanowisko oraz argumentację przedstawioną na jego poparcie. Oznacza to, że podnoszone zarzuty obrazy przepisu art. 107 § 1 k.k.s., czy też naruszenia przepisów postępowania w zakresie dotyczącym wadliwości zastosowania przez Sąd pierwszej instancji art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych uznać należało za nietrafne. Przepis ten uzależniający możliwość działalności w zakresie gier

na automatach od posiadania koncesji na prowadzenie kasyna, nie posiada charakteru technicznego, co oznacza, że mógł i może stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s. Sąd Rejonowy zatem w sposób prawidłowy dokonał subsumpcji zachowania oskarżonych uznając, iż wyczerpywały ono znamiona w/w przestępstwa w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych.

O bezkarności oskarżonych nie mogło przesądzać ujęcie znamion strony przedmiotowej art.107 § 1 k.k.s. w art. 2 ust. 3-5 u.g.h. obowiązującym w dacie popełnienia zarzucanego w/w czynu, który to przepis pomimo technicznego charakteru w rozumieniu art. 1 pkt. 11 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego z dnia 22 czerwca 1998r. ustanawiającej procedurę udzielenia informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego nie został notyfikowany Komisji Europejskiej, co uniemożliwia jego stosowanie a tym samym dekompletuje znamiona w/w typu czynu zabronionego. Na stronę przedmiotową powyższego przepisu składa się nie tylko przedmiot bezpośredniego działania, który określony jest właśnie w w/w przepisach u.g.h. lecz także znamiona opisujące czynność sprawczą. Tą ostatnią zaś ustawodawca zdefiniował przy użyciu dwóch znamion czasownikowych: „urządzenie” lub „prowadzenie” w/w gier wbrew przepisom ustawy, które to pojęcia nie posiadają swoich definicji legalnych w ustawie o grach hazardowych, a tylko wówczas można byłoby rozważać czy powinny one, czy też nie podlegać notyfikacji. Wprawdzie wyżej wskazane przepisy u.g.h. dookreślają przedmiot bezpośredniego działania, jednakże w ocenie Sądu Odwoławczego nie sposób uznać, że są one przepisami technicznymi w rozumieniu art. 1 pkt.11 w/w dyrektywy a tym samym, że wymagały one notyfikacji Komisji Europejskiej. Zawierają one jedynie definicję gry na automatach i nie wprowadzają de facto żadnych ograniczeń czy to lokalizacyjnych, czy też związanych z ich produkcją lub obrotem. Przyjąć więc należy, iż nie wymagały notyfikacji (tak min. WSA z siedzibą w Gliwicach w wyroku z dnia 5 czerwca 2014r. III SA/GI 77/14 Legalis nr 1058836) i jako doprecyzowujące przedmiot bezpośredniego działania mogły i mogą być stosowane.

Skarżąca kwestionowała prawidłowości ustalenia wypełnienia przez oskarżonych znamion strony podmiotowej przy uwzględnieniu niejednolitej linii orzeczniczej oraz poglądów niektórych przedstawicieli doktryny, ale i to nie okazało się zarzutem możliwym do uwzględnienia.

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). Natomiast 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. Słusznie Sąd Rejonowy podnosi i przekonująco argumentuje istnienie po stronie oskarżonych w dacie popełnienia zarzucanego im czynu zamiaru ewentualnego. Wprawdzie wobec oskarżonych w podobnym okresie zapadały korzystne rozstrzygnięcia, ale, co trafnie podnosi Sąd Rejonowy, linia orzecznicza w tego rodzaju sprawach nie była jednolita i zapadały też orzeczenia niekorzystne. Poglądy doktryny także prezentowały różne stanowiska w przedmiotowej materii, zaś w Polsce nie obowiązują precedensy, lecz każdy Sąd bada sprawę od początku do końca i dokonuje samodzielnej oceny. Oprócz orzeczeń korzystnych, istniała przecież również liczna pula orzeczeń sądowych niekorzystnych dla osób prowadzących tego rodzaju działalność, w tym nawet Sądu Najwyższego, których istnienie musiało być dla oskarżonych znane, chociażby z racji powoływania się na nie przez Urząd Celny, przy okazji rozpoznawania licznych zażaleń związanych z zatrzymywaniem automatów do gier. Również rozstrzygnięcia dotyczące już bezpośrednio oskarżonych, częstokroć były dla nich niekorzystne i winny być ostrzeżeniem, a już na pewno kazały zachować ostrożność i burzyły linię obrony opartą na nieświadomości bezprawności. Nie można

pominać tu licznych postanowień o zatrzymaniu automatów, zatwierdzających te decyzje, czy też sporządzonych aktów oskarżenia (w tym również przez Urząd Celny w K.).

Oczywiście to, że przeciwko danym osobom skierowano akt oskarżenia nie przesądza o tym, iż dopuścili się zarzuconego im czynu. Tak samo jak ocena prawna dokonana przez Sąd w innej sprawie nawet zbliżonej, czy też wręcz identycznej do rozpoznawanej przez inny Sąd nie wiąże tegoż ostatniego, co wynika wprost z zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądów wyrażonej w znajdującym zastosowanie w sprawach karnoskarbowych poprzez art. 113 k.k.s. art. 8 § 1 k.p.k. Powyższe przekonuje, iż to nie ilościowa przewaga określonych rozstrzygnięć wydanych przez sądy, lecz świadomość istnienia w tym zakresie istotnych różnic w dacie potencjalnie przestępnego działania po stronie sprawcy oraz indywidualnie ustalona możliwość przewidywania i godzenia się na ewentualne naruszenie norm prawny będzie miała decydujące znaczenie dla możliwości przypisania mu winy.

Oskarżeni jako profesjonalisci z pewnością byli świadomi tego, że obowiązujące w przedmiotowej materii przepisy nie tylko mogą być, co wręcz przez część sądów są interpretowane w taki sposób, który rodzić może odpowiedzialność karną a pomimo tego kontynuowali tego typu działalność. Niewątpliwie więc popełniając zarzucone czyny, musieli co najmniej godzić się na to, że swoim zachowaniem mogą wyczerpać znamiona przestępstw z art. 107 §1 k.k.s. Nie ma zatem mowy o wyłączającym winę działaniu w ramach kontratypu z art. 10 § 4 k.k.s.

Podkreślić należy, iż w powyższym artykule określona została postać błędu polegająca na urojeniu sobie przez sprawcę, że działa on w ramach kontratypu, a więc okoliczności wyłączających bezprawność czynu. Przepis ten przewiduje wyłączenie odpowiedzialności za przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe w razie nieświadomości karalności, czyli zaistnienia błędu co do karalności czynu. Błąd ten jest błędem co do prawa. Dotyczy on przekonania, że czyn, który sprawca popełnił, nie podlega karze. Z art. 10 § 4 wynika jednoznacznie, że od odpowiedzialności karnej skarbowej uwalnia tylko usprawiedliwiona nieświadomość karalności.

Badając formułę usprawiedliwienia, należy odwoływać się do wzorca osobowego zachowania przeciętnego obywatela, który przykłada się do zachowania sprawcy, dokonując tym samym oceny, czy tak jak sprawca zachowałby się również wspomniany 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). Obowiązuje tu słuszna reguła, iż im wyższe oczekiwania od sprawcy, tym możliwość wystąpienia błędu usprawiedliwionego mniejsza (wyrok SN z dnia 3 lutego 1997r., II KKN 124/96, OSNKW 1997, nr 5-6, poz. 46).

Jak słusznie zauważa Sąd Rejonowy, oskarżeni urządzaniem gier na automatach zajmowali się od lat, pełniąc funkcje w organach zarządzających licznymi podmiotów, tudzież w charakterze pełnomocnika. Byli więc profesjonalistami w tej dziedzinie i znali aktualne problemy interpretacyjne związane z możliwością stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, w tym też niekorzystne dla nich orzeczenia licznych sądów. Wbrew twierdzeniom obrońcy nie sposób przyjąć, iż w tym okresie orzecznictwo było jednolite i spójne co mogłoby rodzić przekonanie, że takim pozostanie także w przyszłości. 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 wpadkowych, związanych z zatrzymywaniem automatów do gier.

Obrona przywołuje opinie prawne korzystne dla oskarżonych, na których mieli się opierać lecz nadal nie zmienia to faktu, że w tym czasie zapadały wyroki i wydawano decyzje niekorzystne, nakazujące ostrożność i wykluczające poczucie działania w zgodzie z prawem, niezależnie od tego, co pisano w opiniach sporządzanych na zlecenie oskarżonych. Opinia, jak sama nazwa wskazuje, jest tylko stanowiskiem jej autora, które przecież nie musi się okazać poprawne, a jeśli życie przeczy treści tych opinii, to ostrożność jest tym bardziej wskazana. W takiej sytuacji w ocenie Sądu Odwoławczego nie można skutecznie powołać się na błąd co do prawa albowiem nie był on usprawiedliwiony.

Niezasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., gdyż wymienione w apelacji wyroki innych sądów odnosiły się do innych czynów, chociaż podobnych i dotyczących tych samych osób. Nie można jednak uznać, że były to te same czyny.

Biorąc to wszystko pod uwagę Sąd Odwoławczy orzekł jak w sentencji.

Podstawą prawną orzeczenia były przepisy art. 437 § 1 i § 2 k.p.k., art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. oraz 456 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono po myśli art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., a o opłacie za drugą instancję na podstawie art. 8 w zw. z art. 21 pkt 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. z 1983r. poz. 223 ze zm.).