

Sygn. akt II Ka 402/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 grudnia 2017 roku

Sąd Okręgowy w Krośnie w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący : SSO Arkadiusz Trojanowski

Protokolant : sekr. sądowy Mateusz Wójcik

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Krośnie – Gabrieli Wenc

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2017 roku

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

ur. (...) w W.

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

z powodu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Krośnie z dnia 11 sierpnia 2017 roku, sygn. akt II K 855/16

I. utrzymuje zaskarżony wyrok w mocy,

II. zasądza od oskarżonego M. W. (1) na rzecz Skarbu Państwa koszty procesu za postępowanie odwoławcze w kwocie 2420 zł /dwa tysiące czterysta dwadzieścia złotych/, w tym opłatę za drugą instancję w kwocie 2400 zł /dwa tysiące czterysta złotych/.

UZASADNIENIE

Urząd Celny w K. skierował przeciwko M. W. (1) akty oskarżenia zarzucając mu, że:

1. w okresie od dnia 16.09.2015r. do dnia 08.12.2015r., w miejscowości K., powiat (...), woj. (...), w lokalu Bar (...), ul. (...), (...)-(...) K., którego właścicielem jest firma (...), ul. (...), (...)-(...) K., będąc Prezesem Zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w (...), przy ul. (...), zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym z dnia 29.05.2015r. (dokładny wpis w KRS 29.05.2015r. pod numerem KRS (...)), urządził gry na automacie do gier (...), nr (...), w ten sposób, że wynajął powierzchnię użytkową w lokalu Bar (...) w K., udostępniając je nieokreślonym kręgowi adresatów z naruszeniem przepisów art. 14 ust.1 i art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2015r., poz.612 i 1201), tj. poza kasynem gry, bez wymaganej koncesji i bez rejestracji przedmiotowego automatu do gier przez właściwego naczelnika urzędu celnego, to jest o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.,

2. w okresie od dnia 01.06.2015r. do dnia 15.09.2015r., w miejscowości K., powiat (...), woj. (...), w lokalu Bar (...), ul. (...), (...)-(...) K., którego właścicielem jest firma (...) ul. (...), (...)-(...) K., będąc Prezesem Zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w (...), przy ul. (...), zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym z dnia 29.05.2015r. (dokładny wpis w KRS 29.05.2015r. pod numerem KRS (...)), urządził gry na automacie do gier (...), z naruszeniem przepisów art. 14 ust.1 i art. 23a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2015r. poz. 612 z późn. zm.). tj. poza kasynem gry, bez wymaganej koncesji i bez rejestracji przedmiotowego automatu do gier przez właściwego naczelnika urzędu celnego, to jest o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.,

3. w okresie od dnia 16.09.2015r. do dnia 15.10.2015r., w miejscowości K., powiat (...), woj. (...), w lokalu Sklep (...), ul. (...), (...)-(...) K., którego właścicielem jest firma (...), ul. (...), (...)-(...) K., będąc Prezesem Zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w (...) przy ul. (...), zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym z dnia 29.05.2015r. (dokładny wpis w KRS 29.05.2015r. pod numerem KRS (...)), urządził gry na automatach do gier o nazwach: A. G. nr (...) i (...) nr (...), w ten sposób, że wynajął powierzchnię użytkową w lokalu Sklep (...) w K., udostępniając je nie określone kręgowi adresatów z naruszeniem przepisów art. 14 ust.1 i art. 23a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2015 r. poz. 612 z późn. zm.), tj. poza kasynem gry, bez wymaganej koncesji i bez rejestracji przedmiotowych automatów do gier przez właściwego naczelnika urzędu celnego, to jest o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.,

4. w okresie od dnia 01.06.2015r. do dnia 17.08.2015r., w miejscowości I., powiat (...), woj. (...), w lokalu (...), ul. (...), będąc Prezesem Zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w (...), przy ul. (...), zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym z dnia 29.05.2015r. (dokładny wpis w KRS 29.05.2015r. pod numerem KRS (...)), urządził gry na automatach do gier o nazwach: (...) o nr (...) i A. G. o nr (...), w ten sposób, że wynajął powierzchnię użytkową w lokalu (...) w I., udostępniając je nieokreślone kręgowi adresatów z naruszeniem przepisów art. 14 ust.1 i art. 23a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2015 r. poz.612 z późn. zm.), tj. poza kasynem gry, bez wymaganej koncesji i bez rejestracji przedmiotowych automatów do gier przez właściwego naczelnika urzędu celnego, to jest o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.,

5. w okresie od dnia 01.06.2015r. do dnia 16.12.2015r., w miejscowości K., powiat (...), woj. (...), w lokalu Bar (...), (...)-(...) K., znajdującym się przy ul. (...), pełniąc funkcję Prezesa Zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w R., przy ul. (...). J. K. 2, zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym (dokonany wpis w KRS 29.05.2015r. pod numerem KRS (...)), urządził gry na automacie do gier o nazwie M. L. nr (...), z naruszeniem przepisów art. 14 ust. i art. 23a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2015r. poz. 612 z późn. zm.), tj. poza kasynem gry, bez wymaganej koncesji i bez rejestracji przedmiotowych automatów do gier przez właściwego naczelnika urzędu celnego, to jest o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w Krośnie z dnia z dnia 11 sierpnia 2017 r., sygn. akt II K 855/16, oskarżonego M. W. (1) został uznany za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu aktami oskarżenia z tym iż Sad przyjął, że oskarżony urządził gry na automatach wymienionych w pkt. 1-5 z naruszeniem przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, a w okresie od 3.09.2015r. do 16.12.2015r. dodatkowo z naruszeniem przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, a nadto przyjął, że oskarżony działał w krótkich odstępach czasu w wykonaniu tego samego zamiaru, co stanowi przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. a od 3.09.2015r. do 22.09.2015r. dodatkowo w zw. art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Za przypisany czyn Sąd skazał oskarżonego, na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 23 § 1 i § 3 k.k.s na karę grzywny w liczbie 240 stawek dziennych, ustalając jedną stawkę dzienną na kwotę 100 zł.

Na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. Sąd orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci:

- automatu do gier (...) nr (...), pieniędzy obiegowych polskich zatrzymanych w w/w automacie, kluczy szczegółowo opisanych w postanowieniu w przedmiocie dowodów rzeczowych z dnia 08.04.2016r., RKS – (...) pod poz. I, 1-3 (k. 64 akt sygn. akt II K 855/16),
- automatu do gier (...), pieniędzy obiegowych polskich zatrzymanych w w/w automacie, kluczy szczegółowo opisanych w postanowieniu w przedmiocie dowodów rzeczowych z dnia 19.01.2016 r., RKS – (...) pod poz. I, 1-3 (k. 105 akt dawna sygn. II K 869/16),

- automatów do gier A. G. nr (...) i (...) nr (...), pieniędzy obiegowych polskich zatrzymanych w w/w automatach, kluczy szczegółowo opisanych w postanowieniu w przedmiocie dowodów rzeczowych z dnia 09.02.2016r. RKS – (...) pod poz. I, 1-3 (k. 82 akt dawna sygn. II K 939/16),
- automatów do gier (...) o nr (...) i A. G. o nr (...), pieniędzy obiegowych polskich zatrzymanych w w/w automatach, kluczy, listy aktualizacji urzędzeń do umowy dzierżawy szczegółowo opisanych w postanowieniu w przedmiocie dowodów rzeczowych z dnia 09.12.2015 r., RKS – (...) pod poz. I, 1-7 (k. 370 akt dawna sygn. II K 953/16) i zarządził pozostawienie w aktach sprawy dowodu rzeczowego opisanego w pkt. I, 7,
- automatu do gier M. L. nr (...) wraz z kluczami, środków pieniężnych szczegółowo opisanych w postanowieniu w przedmiocie dowodów rzeczowych z dnia 12.04.2016 r., RKS – (...) pod poz. I, 1-2 (k. 117 akt dawna sygn. II K 968/16).

Na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. Sąd zarządził zwrot (...) P. P. (2) ul. (...), (...)-(...) K. dowodów rzeczowych w postaci:

- ramowej umowy dzierżawy powierzchni szczegółowo opisanej w postanowieniu w przedmiocie dowodów rzeczowych z dnia 19.01.2016r., RKS – (...) pod poz. I, 4 (k. 105 dawna sygn. II K 869/16), a znajdującej się na karcie 17-18 akt dawna sygn. II K 869/16;
- listy aktualizacji urzędzeń do umowy dzierżawy powierzchni szczegółowo opisanej w postanowieniu w przedmiocie dowodów rzeczowych z dnia 09.02.2016 r. RKS – (...) pod poz. I, 4 (k. 82 dawna sygn. II K 939/16), a znajdującej się na karcie 20 akt dawna sygn. II K 939/16;

Jednocześnie, Sąd obciążył oskarżonego kosztami postępowania i opłatą.

Powyższy wyrok, w całości, zaskarżyła obrońca oskarżonego.

Apelacja zarzuciła orzeczeniu:

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 oskarżonemu dowodów z dokumentów, a to: 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 sporządzonej przez Dr A. A. z dnia 5 września 2015r. w sprawie skuteczności notyfikacji art. 14 ust. 1 UGH zawartego w ustawie z 12 czerwca 2015r., 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 A. A. 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. W. C. i dr M. T. w dniu 30 czerwca 2014r., Opinii dotyczącej określenia skutków prawnych art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015r. o zmianie ustawy o grach hazardowych z dnia 11 grudnia 2015r., które to dokumenty jednoznacznie wskazywały, że oskarżony przed rozpoczęciem działalności, a także w jej trakcie dopełnił należytej staranności w zakresie zapoznania się ze stanem prawnym tj. na bieżąco konsultował się z prawnikami, śledził orzecznictwo sądów powszechnych, Sądu Najwyższego, TSUE oraz zasięgał opinii specjalistów uznawanych za autorytety w dziedzinie prawa hazardowego, co jednoznacznie wskazuje na fakt, że przekonanie oskarżonego 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, zważywszy bowiem należy, iż ustrój prawny RP nigdy nie przewidywał i nadal nie przewiduje możliwości pobierania podatków od „działalności nielegalnej”;

- dowolną ocenę wyjaśnień oskarżonego, która skutkowałą wyprowadzeniem błędnego wniosku, że oskarżony miał świadomość mocy obowiązującej przepisów art. 6 i 14 ugh, 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 orzeczeń 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 2014 r., sygn. akt IIKK 55/14), a także z których wynikało, że art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych ma charakter abolicyjny i daje podmiotom urządzającym gry na automatach do gier prawo do dostosowania swojej działalności poprzez uzyskanie koncesji do dnia 1 lipca 2016r.;
- sprzeczne z zasadami prawidłowego rozumowania przyjęcie założenia, że oskarżony w dacie zarzucanego czynu tj. w dacie od 1 czerwca 2015r. do 16 grudnia 2015r., w okresie gdy na terenie całego kraju sądy powszechne wydawały wobec niego wyroki uniewinniające oraz orzeczenia o umorzeniu postępowania powołując się na brak znamion czynu zabronionego w zarzucanych oskarżonemu zachowaniach mógł przewidzieć, że w przyszłości zmieni się ugruntowana linia orzecznicza Sądu Najwyższego zaprezentowana w orzeczeniach tj. postanowieniu SN z dnia 27 listopada 2014r., II KK 55/14 oraz postanowieniu z dnia 14 października 2015r. w sprawie I KZP 10/15; 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 2016r., sygn. akt C-303/15 oceniając zachowanie oskarżonego pod kątem wypełnienia znamion strony podmiotowej czynu z art. 107 k.k.s. przez pryzmat tych orzeczeń, które nie mogły być znane oskarżonemu w dacie zarzucanych czynów. Zachowanie oskarżonego nie może być oceniane w kontekście poglądów, które pojawiły się w orzecznictwie dopiero kilka miesięcy po dacie stawianych oskarżonemu 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 oskarżonego, w szczególności poprzez pominięcie dowodów z dokumentów wymienionych w pkt a, które wskazywały w sposób jednoznaczny na brak wypełnienia znamion strony podmiotowej zarzucanego przestępstwa skarbowego;
- dowolnej i wadliwej ocenie zebranego materiału dowodowego oraz rozstrzygnięciu nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego przyjmując, że twierdzenia oskarżonego, który konsekwentnie nie przyznawał się do winy są niewiarygodne; Sąd I instancji w sposób dowolny i pochopny przypisał oskarżonemu działanie umyślne ze świadomością obejmującą wszystkie okoliczności faktyczne odpowiadające zespołowi ustawowych znamion zarzucanego czynu zabronionego, bowiem dokonał oceny zachowania oskarżonego opierając się na wykładni przepisów zawartej w orzeczeniach Sadu Najwyższego i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, które zapadły kilka miesięcy po okresie opisanym w aktach oskarżenia;
- braku odniesienia się w uzasadnieniu wyroku do dowodów z dokumentów w postaci przedłożonych Sądowi do oceny prawomocnych postanowień o umorzeniu postępowań i wyroków uniewinniających oskarżonego od popełnienia tożsamyh czynów wydanych przez sądy powszechne, które wskazywały w sposób jednoznaczny na brak wypełnienia znamion strony podmiotowej zarzucanego oskarżonemu przestępstwa skarbowego oraz dokumentów wymienionych w pkt a pomimo, iż dokumenty te mają istotne znaczenie dla ustalenia czy w niniejszej sprawie istnieje możliwość przypisania oskarżonemu umyślności na płaszczyźnie strony podmiotowej czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s, a także w oparciu o kontratypy z art. 10;

c) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, wynikający z naruszeń przepisów postępowania wskazanych w pkt a-b, polegający na bezpodstawnym przyjęciu, że oskarżony działał z zamiarem ewentualnym popełniania zarzucanego mu czynu, co miało wpływ na treść orzeczenia, bowiem skutkowało błędnym przypisaniem oskarżonemu winy i odpowiedzialności karnej w oparciu o art. 107 § 1 k.k.s., podczas gdy zgromadzony materiał dowodowy prowadzi do odmiennej konkluzji i brak jest możliwości przypisania oskarżonemu umyślności na płaszczyźnie strony podmiotowej czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s., jak również w oparciu o kontratyty z art. 10 § 1 i 4 k.k.s., a to ze względu fakt, że przepisy art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych w okresie objętym zarzutami były traktowane jako przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE i brak ich notyfikacji Komisji Europejskiej oznaczał, że nie mogą być one stosowane; Przepięstwo z art. 107 § 1 k.k.s. można popełnić tylko umyŝlnie, co oznacza, że sprawca musi chcieć jego popełnienia, albo przewidując moŝliwość popełnienia godzi się na to. W takiej sytuacji trudno jest przyjąć, że oskarŝony opierający swoje przekonanie o legalności prowadzonej działalności - na takich autorytetach prawnych jak TSUE poprzez Sąd Najwyższy, sądy powszechne, prokuratury, które to korzystnie rozstrzygały toŝsame przedmiotowo sprawy- działał w sposób umyŝlny, ŝwiadomie przeciwstawiając się zakazowi wynikającemu z 107 § 1 k.k.s;

a ponadto:

- 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 Ostrołęce z dnia 26 kwietnia 2017r. w sprawie II K161/16, wyrokiem Sądu Rejonowego w Kroŝnie, Wydział II Karny, sygn. akt II K 539/16 oraz wyrokiem Sądu Rejonowego w Kroŝnie, Wydział II Karny, sygn. akt II K 569/16 M. W. (1) został uznany winnym popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. polegającego na urzãdowaniu gier na automatach do gier z naruszeniem art. 6 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych; Czyny opisane w w/w wyrokach podobnie jak w niniejszej sprawie polegały na tym, że oskarŝony pełniąc funkcję prezesa zarzãdu firmy (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. urzãdował gry o charakterze losowym na automatach do gier z naruszeniem przepisów ustawy o grach hazardowych w róŝnych lokalizacjach na terenie kraju. We wszystkich sprawach Sady orzekające przyjęły kwalifikację czynu ciągłego. Postępowania karne w sprawach - RKS (...), RKS (...), RKS (...), RKS (...), RKS (...), RKS (...), RKS (...) zostały wszczęte przed rozpoczęciem niniejszego postępowania. W sprawie niniejszej o sygn. II K 855/16 zarzut obejmował okres od dnia 1 czerwca 2015r. do dnia 16 grudnia 2015r. zaś w sprawie o sygn. akt II K 539/16 i II K 569/16 - okres od 1 sierpnia 2013r. do 4 listopada 2015r. Z kolei prawomocny wyrok skazujący w sprawie II K 161/16 dotyczy działalności oskarŝonego w okresie od 3 września 2015 r. do 27 czerwca 2016r. To samo zachowanie oskarŝonego M. W. (1) polegające na udostępnieniu automatów do gier nieokreŝlonemu kręgowi osób (urzãdowanie 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 jednoŝci czynu, a oskarŝony został pociągnięty w kilku sprawach do odpowiedzialności karnej za ten sam czyn.

Z ostroŝności procesowej zaskarŝonemu wyrokowi zarzucono takŝe raŝącą niewspółmiernoŝć kary poprzez orzeczenie wobec oskarŝonego kary w wymiarze przekraczającym stopień winy i społecznej szkodliwoŝci czynu, nieadekwatnej w stosunku do celów zapobiegawczych i wychowawczych, co jest równieŝ wynikiem nienależytego rozwaŝenia przez Sąd pierwszej instancji wszystkich okolicznoŝci przemawiających na korzyŝć oskarŝonego, dotyczãcych osoby oskarŝonego i przypisanego mu czynu(krótkie okresy eksploatacji urzãdzeń), a takŝe braku dokonania oceny kwestii zwiãzanych z nowelizacją ustawy o grach hazardowych, która weszła w ŝycie z dniem 1 kwietnia 2017r. przy formułowaniu tezy o wysokim stopniu społecznej szkodliwoŝci czynu; Sąd wymierzył oskarŝonemu karę grzywny znacząco przewyŝszającã karę ŝãdanã przez oskarŝyciela publicznego; Ponadto Sąd ustalając wysokoŝć stawki dziennej nie wziął pod uwagę aktualnej sytuacji majątkowej oskarŝonego zwiãzanej z ciãŝącym nad nim obowiãzkiem uiszczenia orzeczonych kar grzywny w innych postępowaniach. Okolicznoŝci te były Sądowi orzekającemu znane z urzãdu.

Obrońca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego M. W. (1) od zarzucanego mu czynu 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 oskarżonego M. W. (1) nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji oraz rozważania prawne uznając, że postępowanie dowodowe wyczerpało zakres sprawy, zaś ocena dowodów oraz wyciągnięte z nich wnioski są uprawnione. Nie ma natomiast podstaw aby zebrane dowody ocenić w sposób odmienny i zarazem wygodny dla oskarżonego.

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, a tym samym 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 w pełni odpowiada treści art. 410 k.p.k. i w żaden sposób nie narusza zasady obiektywizmu z art. 4 k.p.k.

Zebrane dokumenty i dowody wbrew sugestiom obrony nie wskazywały, jakoby oskarżony przed rozpoczęciem działalności, a także w jej trakcie dopełnił należytej staranności w zakresie zapoznania się ze stanem prawnym. Wobec tego jego przekonanie o legalności prowadzonej działalności było nieusprawiedliwione oraz obiektywnie rzecz ujmując – niesłuszne. Przecież przepis art. 107 § 1 k.k.s. obowiązywał, nie został uchylony i w związku z tym przepisu tego nie należało naruszać i należało wręcz unikać wszystkiego, co mogłoby go naruszać, a to samo odnosi się do ustawy o grach hazardowych. Ustawodawca jasno i wyraźnie zaznaczył, co dotarło chyba do każdego obywatela, że nie życzy sobie hazardu poza wymienionymi przypadkami, a reguła ta dla większości obywateli była jasna i zrozumiała. M. W. (1) postanowił zaryzykować i za to odpowiada.

Wbrew sugestii apelacji, Sąd nie pominął faktu dostarczenia dokumentacji, opinii czy pism, a jedynie uznał, że nie czynią one działania oskarżonego legalnym. Przywoływane w toku sprawy dokumenty w postaci pism mających charakter wewnętrzny, zaleceń służbowych, korespondencji pomiędzy organami, interpretacji indywidualnych czy opinii prawnych wykonanych na zlecenie zainteresowanych podmiotów – nie mogą stanowić podstawy do przyjęcia, że po stronie oskarżonego brak było zamiaru popełnienia przestępstw przypisanych mu w wyroku. Już sam fakt, iż opinie te jako przepis techniczny wskazywały jednoznaczny w swej treści przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nakazuje podchodzić do nich jako wydawanych na konkretne zlecenie podmiotów zainteresowanych taką, a nie inną interpretacją tych przepisów. Jak wspomniano, wola ustawodawcy była jasna, zrozumiała dla ogółu – nie życzył sobie hazardu i z nim walczył. Skoro oskarżony zaufał uznanym przez siebie autorytetom, których opinie okazały się nietrafne, to nie zwalnia go to z odpowiedzialności karnej.

Oskarżony zajmował się prowadzeniem działalności gospodarczej w zakresie gier hazardowych profesjonalnie, znane mu było zróżnicowane orzecznictwo w tym zakresie sądów, prokuratur i urzędów celnych, co samo w sobie powinno poddawać w wątpliwość legalność działania i powinno skłaniać do unikania czegokolwiek, co może być nielegalne. Oskarżony urządzaniem gier na automatach zajmował się od wielu lat, pełniąc funkcje w organach zarządzających liczących podmiotów, 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. Jeśli mimo tego prowadził taką działalność, to musi podlegać za to karze, bo tego chciał ustawodawca. Orzecznictwo odnośnie tej tematyki nie było jednolite i spójne co nie może ekskulpować oskarżonego. To pozwala na przypisanie oskarżonemu zamiaru ewentualnego popełnienia przestępstwa (art. 6 § 2 k.k.s.). Przewidując możliwość

popelnienia czynu zabronionego godził się na to, wiedział, że może to być nielegalne i wiedział, że państwo walczy z hazardem oraz grą na automatach.

Nie może mieć również znaczenia dla oceny zamiaru oskarżonego indywidualna interpretacja Ministra Finansów z dnia 8 listopada 2013r. Oskarżony M. W. (1) był osobą zawodowo zajmująca się tą dziedziną działalności, która co do zasady, jak i też każda sfera aktywności gospodarczej, winna nie tylko przynosić zyski, ale i być zgodna z prawem. Naturalnym jest podejmowanie przez takie osoby czynności korzystnych ekonomicznie, a powstrzymanie się od działań, które mogłyby przynieść straty. Oskarżony dążył natomiast do maksymalizacji zysku osiąganego z gier hazardowych za wszelką cenę, co najdobitniej widać w rozpoznawanych sprawach, w których, gdy w konkretnym lokalu Urząd Celný zatrzymywał automaty do gier hazardowych, już w następnych dniach wstawiono do tych lokali nowe (o tych samych cechach) automaty do gier hazardowych, co jest faktem znanym Sądowi Odwoławczemu z innych prowadzonych postępowań. Utwierdza to w poczuciu, że oskarżony co najmniej mógł przewidzieć i że godził się z tym, iż działalność będzie nielegalna. Można odnieść wrażenie, iż ewentualną karę wliczał sobie w koszty i uznawał, że nadal mu się to opłaca.

Za stanowiskiem wyrażonym w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Krośnie z dnia 27 października 2017 r., sygn. akt II Ka 332/17, przytoczyć należy, że „nie sposób również skutecznie w ocenie Sądu Odwoławczego powołać się na w/w błąd poprzez, czy to treść pism mających charakter wewnętrznych zaleceń, a nie obowiązujących powszechnie interpretacji w ramach określonych podmiotów, czy też organów (Komunikat do Funkcjonariuszy Celných), sugerujące możliwość zaistnienia naruszenia norm prawnych (pismo Dyrektora Generalnego UE do Stałego Przedstawicielstwa RP / UE w Brukseli z dnia 28 stycznia 2010r. o którym mowa w piśmie Stałego Przedstawicielstwa Rzeczypospolitej Polskiej przy Unii Europejskiej), interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w W. dotyczącej o podatku od towarów i usług z dnia 8 listopada 2013r., jak i też pisma Ministerstwa Gospodarki z dnia 4 listopada 2009r. Charakter i ranga tych dokumentów oraz zawarte w nich oceny wynikające z takiej a nie innej wykładni prawa do której w/w podmioty nie są i nie były uprawnione (albo też obejmujące zakres przedmiotowy pozostający poza normą art. 107 k.k.s.- interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w W. z dnia 8 listopada 2013r.) lub też odwołujące się generalnie jedynie do konieczności przestrzegania określonych procedur bez wskazania konkretnych naruszeń - pismo Ministerstwa Gospodarki z dnia 4 listopada 2009r)” – nie mogą mieć w tej sytuacji znaczenia dla ekskulpowania się oskarżonego.

Zdaniem Sądu, w sytuacji w jakiej znajdował się oskarżony, jak uczy doświadczenie życiowe, każda przeciętna o podobnym doświadczeniu zawodowym i wiedzy osoba, a tym bardziej profesjonalista zajmująca się tego typu działalnością, powstrzymałaby się od jej kontynuowania do czasu ukształtowania jednolitego stanowiska w orzecznictwie sądowym. Oczywiście to ograniczyłoby na jakiś czas zyski, ale i też zapewniłoby niekaralność. Oskarżony miał wybór i go dokonał. W takiej sytuacji nie może skutecznie powołać się na brak zamiaru popełnienia czynu, względnie na błąd co do prawa albowiem nie był on usprawiedliwiony. M. W. miał pełne podstawy, by liczyć się z tym, że jego działalność może wyczerpywać znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. Wskazywało na to wiele czynników, wyroki, decyzje organów, działania oskarżyciela, wola ustawodawcy jako podstawa do interpretacji niejasnego prawa. Postawę oskarżonego można by określić jako stwarzanie pozorów legalności prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, po to by w bezprawny sposób prowadzić do maksymalizacji zysku z prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej.

Ocena dowodów nie była dowolna, lecz właściwa. O intencji sprawcy świadczyła niereformowalność, brak jakiegokolwiek refleksji po kolejnych niekorzystnych rozstrzygnięciach. Apelacja jest tylko subiektywna polemiką z trafnym wyrokiem, ale w tej postaci nie może być skuteczna. Podkreślano w orzecznictwie, iż „sama tylko możliwość przeciwstawienia ustaleniom dokonany w zaskarżonym wyroku odmiennego poglądu uzasadnionego odpowiednio dobranym materiałem dowodowym nie świadczy, że dokonując tych ustaleń sąd popełnił błąd. Dla skuteczności zarzutu błędów w ustaleniach faktycznych niezbędne jest wykazanie nie tylko wadliwości ocen i wniosków wyprowadzonych przez sąd, ale i wykazanie konkretnych uchybień w ocenie materiału dowodowego, jakich dopuścił się sąd” [wyrok S.A. w Krakowie z dnia 8 czerwca 2004r. II AKa. 112/04, KZS 2004/7-8/60].

Sąd odrzuca zatem zarzuty błędnej oceny dowodów, nieprawidłowych ustaleń faktycznych czy niewłaściwego zastosowania przepisów. Stan faktyczny był jasny, a ocenę zachowania oskarżonego Sąd Rejonowy przeprowadził właściwie. Nie naruszył także zasady *in dubio pro reo*, ponieważ po całościowej ocenie dowodów, żadne wątpliwości nie pozostały do rozstrzygnięcia. Nawet jeśli autorka apelacji wskazuje na jakieś własne wątpliwości, to w realiach rozpoznawanej sprawy nie są one wątpliwościami w rozumieniu art. 5 § 2 k.p.k., bo dotyczą prawa, a nie stanu faktycznego, a przecież przepis art. 5 § 2 k.k. dotyczy ustaleń faktycznych, nie zaś tego czy ktoś dobrze czy źle pojmuje przepisy. Wedle judykatury wynikająca z zasady domniemania niewinności zasada *in dubio pro reo* (art. 5 § 2 k.p.k.) ma zastosowanie tylko wtedy, gdy pomimo przeprowadzenia wszystkich dostępnych dowodów, pozostają w dalszym ciągu niewyjaśnione okoliczności. W takiej sytuacji niedające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego. Wówczas wybiera się wersję, która dla oskarżonego jest najkorzystniejsza, choć nie wyklucza to tego, że mogło być inaczej, ale nie zdołano tego ustalić w sposób stanowczy. Skuteczne posłużenie się przez skarżącego zarzutem naruszenia przepisu art. 5 § 2 k.p.k. może przynieść skarżącemu oczekiwany efekt jedynie wówczas, gdy zostanie wykazane, że orzekający w sprawie Sąd rzeczywiście miał wątpliwości o takim charakterze i rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego. Dla zasadności tego zarzutu nie wystarczy zaś zaprezentowanie przez stronę własnych wątpliwości co do stanu dowodów. Dodać także należy, że przepis art. 5 § 2 k.p.k. wprost odnosi się do istnienia wątpliwości przy ustalaniu stanu faktycznego po stronie Sądu orzekającego. O naruszeniu tego przepisu można zatem mówić wówczas, gdy Sąd - ustalając, że zachodzą nie dające się usunąć wątpliwości - rozstrzygnie je na niekorzyść skazanego [wyrok Sądu Najwyższego z 6.06.2014r., V KK 358/13, Prokuratura i Prawo 2014/9/5].

Niczego takiego nie zaobserwowano w omawianej sprawie. Oskarżony miał mnóstwo powodów, by zachować ostrożność i masę dowodów na to, że jego działalność nie jest uznawana za legalną. Dokonał takiego wyboru, bo przynosiło mu to zysk. Te wątpliwości interpretacyjne M. W. (1) rozstrzygał wewnętrznie z nastawieniem na zysk i godził się na ryzyko popełnienia kolejnego już przestępstwa.

Przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. może być popełnione zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i też ewentualnym. Słusznie Sąd Rejonowy podnosi i przekonująco argumentuje istnienie po stronie oskarżonego w dacie popełnienia zarzuconych mu czynów zamiaru ewentualnego. Wprawdzie wobec oskarżonego w tym okresie zapadały także korzystne rozstrzygnięcia, co wbrew twierdzeniom apelacji zauważa Sąd Rejonowy, jednakże linia orzecznicza w tego rodzaju sprawach nie była jednolita, zaś poglądy doktryny także prezentowały różne stanowiska w przedmiotowej materii. Jasna też wydaje się idea, jaka przyświecała ustawodawcy, a była nią walka z automatami do gier, jako element szeroko zakrojonej walki z hazardem.

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 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 [wyrok SN z dnia 3 lutego 1997 r., II KKN 124/96, OSNKW 1997, nr 5-6, poz. 46].

Apelacja zarzuca także sprzeczne z zasadami prawidłowego rozumowania przyjęcie założenia, że oskarżony działał z zamiarem co najmniej ewentualnym i godził się, że takie działanie może stanowić przestępstwo, w sytuacji gdy w/w przepis ma charakter normy blankietowej, a jego dopełnieniem są art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych, które w okresie objętym zarzutami traktowane były jako przepisy techniczne. Istotne było więc ustalenie, czy w/w przepisy tj. art. 6 ust.1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych uzupełniają normę blankietową zawartą w art. 107§1 k.k.s mają charakter techniczny w aspekcie dyrektywy 98/34/WE, czy też nie.

Sąd Odwoławczy w tym zakresie w pełni podziela argumentację Sądu orzekającego, znajdującą oparcie w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego [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, wyrok SN z dnia 11 października 2017 r. V KK 141/17 Legalis.www.sn.pl]. O ile wcześniej w tym zakresie

orzecznictwo nie było jednolite, to obecnie Sąd Najwyższy 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 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 1998r. 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 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2015r., 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”. Reasumując, przepis art. 6 ust. 1 ustawy nigdy nie był przepisem technicznym i nie podlegał notyfikacji.

Sąd Odwoławczy w pełni podziela to stanowisko oraz argumentację przedstawioną na jego poparcie. Oznacza to, że podnoszone przez apelującą zarzuty 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 chybiony. 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. Natomiast prawdą jest, iż do dnia 3 września 2015r. przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie mógł być podstawą uzupełnienia normy blankietowej z art. 107§1 k.k.s. Z tego też powodu, Sąd Rejonowy zaznaczył w opisie czynu, iż przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych był naruszany tylko od dnia 3 września 2015r., a wcześniej nie. Autorka apelacji wydaje się zupełnie tej kwestii nie zauważać, a przecież Sąd to dostrzegł i zastosował, zmieniając opis przypisanego czynu z korzyścią dla oskarżonego.

Obrońca oskarżonego zarzuciła także złamanie reguły *ne bis in idem*, poprzez nieuwzględnienie wyroków innych sądów, ale z zarzutem tym nie sposób się zgodzić. Wskazane w apelacji wyroki, pomimo iż zarzuty były podobne, dotyczyły innych zachowań sprawczych. M. W. (1) został skazany za wiele podobnych czynów, ale nie jest to podstawą do uznania, że nie może odpowiadać za te konkretne, za które wcześniej nie był sądzony.

Podsumowując, Sąd Rejonowy w Krośnie nie dopuścił się zarzucanych mu uchybień, a sama apelacja sprowadza się tylko do odmiennej oceny materiału dowodowego przez oskarżonego oraz jego obrońcę i jest jedynie polemiką ze słusznymi i trafnymi ustaleniami faktycznymi poczynionymi przez Sąd orzekający.

Także kara okazuje się adekwatna do czynu. „Rażąca niewspółmierność kary” zachodzi tylko wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć wpływ na wymiar kary, można przyjąć, iż zachodziłyby wyraźne różnice pomiędzy karą wymierzoną przez Sąd pierwszej instancji a karą, którą należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowej oceny dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art. 53 k.k. Na gruncie cytowanego przepisu nie chodzi o bowiem o każdą ewentualną różnicę w ocenach co do wymiaru kary ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać by można „rażąco” niewspółmierną w stopniu nie dających się zaakceptować” [wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi, sygn. akt II AKa 116/00, Prok i Pr. 2002 /1/29].

Przenosząc te twierdzenia na grunt przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, iż kara jest adekwatna i zasłużona. Oskarżony wiedział, jaki jest cel regulacji dotyczących zwalczania hazardu i gier na automatach, ale działał dla zysku. Liczba stawek dziennych odzwierciedla duży stopień winy, zaś wysokość stawki jest wynikiem oceny sytuacji materialnej oskarżonego, którego stać będzie na zapłatę tejże kary. Oczywiście przestępstwa czy wykroczenia skarbowe należy zawsze oceniać nieco inaczej niż np. czyny zwrócone przeciwko zdrowiu i życiu, ale nie zmienia to faktu, iż w kategoriach oceny tego konkretnego zjawiska, czyn oskarżonego charakteryzował się wysokim stopniem społecznej szkodliwości. Państwo uznało, że nie chce hazardu w takiej postaci, określiło reguły, a oskarżony je złamał dla własnego zysku, dlatego kara musi go tegoż zysku pozbawić. Inaczej powstałoby mylne wrażenie, że kary można sobie wliczać w koszty działalności, bo są na tyle niskie, że nadal opłaca się łamać przepisy. Zaskarżone orzeczenie ma natomiast

przekonać, że popełnianie czynów zabronionych się nie opłaca, bo przynosi więcej straty niż zysku. To pierwszy krok do resocjalizacji sprawcy i do zapobiegania takim zjawiskom w przyszłości.

Biorąc to wszystko pod uwagę 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 orzeczono na podstawie art.113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k. i art. 8 w zw. z art. 21 pkt 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych.