

Sygnatura akt VI Ka 1357/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **9 maja 2017** r.

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

Przewodniczący SSO Grażyna Tokarczyk

Protokolant Sylwia Sitarz

przy udziale oskarżyciela publicznego (...) Urząd Celno-Skarbowy
w K. podkomisarza celnego G. G.

po rozpoznaniu w dniu 9 maja 2017 r.

sprawy **G. B.** ur. (...) w P.

syna H. i E.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego i jego obrońcę

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 18 października 2016 r. sygnatura akt III K 1371/14

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk, art. 636 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że na mocy art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 kk wykonanie orzeczonej w punkcie 1 kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesza oskarżonemu na okres próby 3 (trzech) lat;
2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;
3. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 20 zł (dwadzieścia złotych) i wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 1.120 zł (jeden tysiąc sto dwadzieścia złotych).

sygn. akt VI Ka 1357/16

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 18 października 2016 roku **sygn. akt IIIK1371/14** oskarżonego **G. B.** uznał za winnego tego, że w dniu **16** czerwca **2014** roku, jako właściciel firmy (...) z siedzibą w P. przy ulicy (...) urządził w lokalu (...) Bar (...) w K. przy ulicy (...) w celach komercyjnych gry o charakterze losowym na urządzeniach elektronicznych do gier C. G. bez (...) bez numeru wbrew przepisom ustawy z dnia **19** listopada **2009** roku o grach hazardowych (Dz **U Nr 201/2009**, poz **1540** z późn zm) tj. przestępstwa z art. 107 § 1 kks **i za to wymierzył** mu karę **6 miesięcy** pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze **100** stawek dziennych po **100** złotych każda; na mocy art. 30 §5 kks, 31 §1 a kks orzekając przepadek na rzecz Skarbu Państwa urządzeń elektronicznych do gier C. G. i B. H. bez numerów wraz z kablami zasilającymi, 13 sztuk kluczy do tych urządzeń, polskich pieniędzy obiegowych

w kwocie 3565 złotych; na podstawie art 230 §2 kpk zwracając S. K. oryginał umowy dzierżawy powierzchni (k 40 – 42 akt).

Apelacje wywiedli obrońca oraz oskarżony.

Obrońca oskarżonego zaskarżając wyrok zarzucił obrazę prawa procesowego a to art. 413 § 2 pkt 1 kpk przez zaniechanie określenia w kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu poprzez niepełne określenie jedynie, że czyn stanowi przestępstwo z art. 107 § 1 kks, podczas, gdy przepis ten jest przepisem blankietowym i bezwzględnie wymaga uzupełnienia o konkretne przepisy ustawy o grach hazardowych, art. 6 kpk w zw. z art. 337 § 1 kpk w zw. z art. 332 § 1 pkt 4 kpk poprzez zaniechanie zwrotu sprawy oskarżycielowi publicznemu w związku z brakiem dokładnego określenia w akcie oskarżenia zarzucanego oskarżonemu czynu, art. 17 § 1 pkt 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks w zw. z art. 4 ust 3 Traktatu o Unii Europejskiej, a nadto błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia a mający wpływ na treść orzeczenia polegający na przyjęciu, iż oskarżony dopuścił się zarzucanego mu występku umyślnie podczas, gdy w dacie czynu powszechnie obowiązująca i znaną była linia orzecznictwa z której wynikało, iż z uwagi na brak notyfikacji ustawy o grach hazardowych- przepisy zakazujące gry na automatach (...) mogą być stosowane, a zatem zakaz taki nie obowiązuje- tym bardziej, że jak oskarżony wskazał z chwilą notyfikacji ustawy we wrześniu 2015 roku zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej.

Obrońca wniósł o zmianę wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

W apelacji osobistej oskarżony zarzucił obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 107 § 1 i 4 kks, polegające na błędnym niezastosowaniu § 4 dotyczącego przypadku mniejszej wagi, podczas gdy w przyjętym opisie czynu, który ograniczał się do jednego punktu organizowania gier i jednego tylko dnia, uznać należy, że zachodzi przypadek mniejszej wagi, co winno skutkować łagodniejszą karą, dodatkowo rażąca niewspółmierność kary.

Oskarżony wniósł o zmianę wyroku poprzez zmianę kwalifikacji prawnej z art. 107 § 1 kks na art. 107 § 4 kks i wymierzenie grzywny za wykroczenie skarbowe, ewentualnie o wymierzenia kary w znacznie łagodniejszym wymiarze i z warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Apelacja obrońcy oskarżonego nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze podkreślić należy, że w istocie przepisy karne Kodeksu karnego skarbowego mają charakter blankietowy, nie tylko określone w rozdziale 9 tej ustawy, odnosi się to w podobnym stopniu min. do przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych przeciwko obowiązkom podatkowym i rozliczeniom z tytułu dotacji lub subwencji, czy przeciwko obowiązkom celnym oraz zasadom obrotu z zagranicą towarami i usługami. Przy tym ustawy szczególnie regulujące wskazane kwestie w wielu swoich przepisach wskazują na takie obowiązki, które składają się na prawidłowe- zgodne z ustawą działania, że niejednokrotnie nie sposób oczekiwać odwołania do wszystkich przepisów ustawy dopełniającej znamiona przestępstwa skarbowego, gdyż zarzut stawiany sprawcy stałby się nieczytelny. W wypadku oskarżonego w niniejszej sprawie nie może być wątpliwości, że skoro wprowadziła ona reglamentację prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na urządzaniu w celach komercyjnych gier hazardowych, istotnym dla realizacji znamion czynu zabronionego było badanie zgodności zachowania osoby urządzającej taką grę szczególnie z przepisami art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy.

Po drugie w zakresie tych przepisów ustawy i oceny, czy mają charakter techniczny, a dalej jaki miałyby być skutek niedochowania obowiązku notyfikacji normy technicznej, istniała rozbieżność w poglądach doktryny i judykatury i na pewno nie było tak, aby można było wywodzić, że powszechnie obowiązującym było stanowisko o nie stosowaniu tych norm i ocenie obu przepisów, jako technicznych. Przede wszystkim należy już na wstępie przypomnieć, że ów spór rozwinął się w zdecydowanej postaci po dacie czynu oskarżonego, a zatem trudno, aby mógł mieć wpływ na kształtowanie świadomości oskarżonego i jego utwierdzenie w „legalności” działania, zwłaszcza, że już wcześniej był

skazywany za tak samo kwalifikowane zachowania (osiem skazań stało się prawomocnymi przed datą czynu objętego niniejszym postępowaniem).

Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 17/16 (OSNKW 2017, Nr 2, poz. 17) dokonał oceny prawnej tych przepisów zarówno w kontekście przepisu art. 91 ust. 3 Konstytucji RP jak i prawa unijnego, szczególnie wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 października 2016 r., sygn. C-303/15. W orzeczeniu potwierdzając techniczny charakter przepisu art. 14 ust. 1 ugh w aspekcie dyrektywy 98/34/WE.

Następczo również w innych Sąd Najwyższy odnośnie art. 6 ust. 1 ugh, wyraźnie stwierdzał, że przepis ten uzależniający prowadzenie działalności w zakresie rodzaju gier w nim wskazanych, od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie stanowi przepisu technicznego w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, a zatem w odróżnieniu od przepisu art. 14 ust. 1 ugh w pierwotnym brzmieniu, może stanowić, samodzielnie, uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s.

W dacie sporządzania apelacji stanowisko Sądu Najwyższego nie było co prawda znane, jednak znany był już wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 października 2016 r. sygn. C-303/15.

Dla odpowiedzialności oskarżonego w niniejszej sprawie, warto nadmienić, że trzeba odróżnić obowiązywanie przepisu, rozumiane jako pozostawanie danego przepisu w systemie prawnym od stosowania bądź odmowy stosowania tego przepisu przez sąd w konkretnej sprawie. Nie chodzi zatem o takie stwierdzenie niezgodności przepisu ustawy z umową międzynarodową, czy z Konstytucją RP, którego konsekwencją byłoby uznanie, że przepis nie ma mocy obowiązującej, czy że Sąd orzeka o utracie mocy, ale takie, które prowadzi do odmowy jego zastosowania.

Dlatego nie mógł oskarżony twierdzić, że ustawa o grach hazardowych nie obowiązuje, czy też jednostkowo przepis art. 6 lub art. 14. Orzecznictwo TSUE jednoznacznie wskazuje, że nienotyfikowany przepis techniczny nie może rodzić negatywnych konsekwencji wobec jednostki, stąd konieczność odmowy jego zastosowania w takich warunkach, ale przecież gdyby oskarżony chciał dostosować warunki prowadzonej działalności do omawianej ustawy, również przepis art. 14 mógłby stać się podstawą pozytywnej decyzji. Dlatego nawet co do przepisów technicznych, nie można oceniać zachowania je naruszającego, jako legalnego- zgodnego z prawem.

Wreszcie, gdy chodzi o powołane przez apelującego twierdzenie o braku umyślności, trudno rozpoznać, czy chodzi o kwestie zamiaru, czy też błędu i jakiego.

Jeżeli chodzi o zamiar działania, przypomnieć wypada, że przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks można popełnić zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym, w realiach niniejszej sprawy niewątpliwie oskarżony miał świadomość ograniczeń wynikających z ustawy o grach hazardowych, a tym samym nie dostosowania się do jej norm, dlatego przyjęć trzeba, że miał zamiar popełnienia czynu zabronionego.

Ewentualne pozostawanie w błędzie, co do bezprawności i braku karalności, również nie przekonuje.

Podstawą uznania, że oskarżony działał ze świadomością bezprawności, jest abstrakcyjny, powinnościowy wzorzec. W doktrynie powszechnie przyjęto pogląd, zgodnie z którym w takiej sytuacji należy posłużyć się kryterium normatywnym miarodajnego obywatela, mającego identyczne jak sprawca doświadczenie, wiedzę, należycie wypełniającego swe obowiązki i należy ustalić, czy rozpoznałby on bezprawność czynu, a jeżeli nie - wówczas nieświadomość bezprawności trzeba uznać za usprawiedliwioną” (por. F. Prusak Kodeks karny skarbowy, Komentarz, Tom I, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2006 r., str. 215-216).

Co więcej, badając formułę usprawiedliwienia na gruncie prawa karnego skarbowego w odniesieniu do profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który w celach zarobkowych prowadzi działalność ze świadomością jej reglamentowania przez państwo - w grę wchodzi model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań.

Dlatego nie można mówić, aby oskarżony pozostawał w błędzie co do bezprawności i to błędzie usprawiedliwionym, jak i w błędzie co do karalności zachowania, skoro prawomocnie do daty czynu został skazany ośmiokrotnie. Dodać

można, że strona woluntatywna mogła być ustalana w oparciu o wyjaśnienia oskarżonego, ten złożył je w skąpej postaci, nie był zainteresowany zaprezentowaniem swoich twierdzeń, wręcz podejmował działania destrukcyjne dla procesu, co przekonuje, że nie zmierzał do wyjaśnienia okoliczności, które uważałby za korzystne dla niego, bo takich nie było.

Odnosząc się do apelacji oskarżonego, przypomnieć trzeba, że zgodnie z art. 53 § 8 kks- w rozumieniu tej ustawy wypadek mniejszej wagi jest to czyn zabroniony jako wykroczenie skarbowe, które w konkretnej sprawie, ze względu na jej szczególne okoliczności - zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe - zawiera niski stopień społecznej szkodliwości czynu, w szczególności gdy uszczuplona lub narażona na uszczuplenie należność publicznoprawna nie przekracza ustawowego progu z § 6, a sposób i okoliczności popełnienia czynu zabronionego nie wskazują na rażące lekceważenie przez sprawcę porządku finansowoprawnego lub reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach, albo sprawca dopuszczający się czynu zabronionego, którego przedmiot nie przekracza kwoty małej wartości, czyni to z pobudek zasługujących na uwzględnienie.

W odniesieniu do charakteru zachowania oskarżonego nie można wyprowadzać zatem okoliczności przemawiających za przyjęciem jego działania, jako wypadku mniejszej wagi z zachowania jednodniowego oraz w jednym punkcie. Oskarżony działał w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, pobudkami którymi się kierował był zysk z naruszania przepisów ustawy i jawnego jej rażącego lekceważenia, o czym przekonuje powoływanie się na korzystną dla siebie linię orzeczniczą, nie sposób zatem mówić o niskim stopniu społecznej szkodliwości.

W tym miejscu wskazać należy, że co prawda Sąd I instancji nie uwypuklił problemu zmiany ustawy, a to zasady wyrażonej w art. 4 § 1 kk, niewątpliwie zastosował ustawę nową, jako że taki jest obowiązek, a wyjątkiem jest stosowanie ustawy uprzednio obowiązującej o ile jest względniejsza dla sprawcy.

W niniejszej sprawie w stanie prawnym sprzed 1.07.2015 roku, ani też sprzed 3.09.2015 roku, czy 1.04.2017 roku nie sposób upatrywać względności, dlatego przyjmując należało stosowanie ustawy nowej.

W zakresie rozstrzygnięcia o karze Sąd odwoławczy dopatrył się cech surowości w wymiarze kary, a to w doborze kary najsurowszego rodzaju, to jest kary pozbawienia wolności oraz grzywny orzeczonej obok kary pozbawienia wolności. Niemniej takie orzeczenie jest w pełni uzasadnione i znamion rażącej niewspółmierności kary nie spełnia, gdy zważy się na okoliczności powołane przez Sąd I instancji w tym wielokrotną karalność poprzedzającą datę czynu, jak i następczą. Liczba stawek dziennych również jest adekwatnie do okoliczności czynu dobrana, przy uwzględnieniu granic tej kary, gdy zaś chodzi o wysokość jednej stawki dziennej, ta uwzględnia możliwości finansowe oskarżonego, który co prawda manifestować chce gorszą sytuację, w tym zdrowotną, przy czym ta w świetle opinii biegłego, nie wykracza poza choroby charakterystyczne dla wieku, trybu życia i częstotliwości zapadania na nie społeczeństwa, a same w sobie nie wyłączają człowieka z samodzielnego funkcjonowania, w tym zawodowego.

Rozważając jednak to czy niezbędnym dla spełnienia celów skazania jest wykonanie kary pozbawienia wolności, Sąd Okręgowy uznał, że w tym zakresie uzasadnionym jest odwołanie się do zasady prymatu kar wolnościowych. Nie tracąc z pola widzenia wielokrotnej karalności oskarżonego, zauważyć bowiem należy, że celowym ze względu na zasady wymiaru kary, jest aby wobec sprawcy powracającego na drogę przestępstwa miarkować dolegliwość stosowanych konsekwencji. Dlatego na obecnym etapie orzeczenie kary izolacyjnej, która podlegałaby efektywnemu wykonaniu uznać należy za rażąco niewspółmiernie surowe, a wystarczające warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności połączone z karą grzywny, co pozwoli w najdłuższym obecnie, przewidzianym w ustawie okresie próby należycie zbadać sylwetkę oskarżonego oraz jego wolę przestrzegania porządku prawnego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono po myśli art. 636 § 1 kpk. Przepis ten stanowi, że w sprawach z oskarżenia publicznego, w razie nieuwzględnienia środka odwoławczego, wniesionego wyłącznie przez oskarżonego lub oskarżyciela posiłkowego, koszty procesu za postępowanie odwoławcze ponosi na ogólnych zasadach ten, kto wniósł środek odwoławczy (...).

Zgodnie z art. 616. § 1. Do kosztów procesu należą: koszty sądowe i uzasadnione wydatki stron, w tym z tytułu ustanowienia w sprawie jednego obrońcy lub pełnomocnika. Apelację wniósł obrońca oskarżonego, zatem to oskarżony winien ponieść koszty sądowe postępowania odwoławczego, na które składają się: wydatki w kwocie 20 złotych (w wyroku nie uwzględniono kosztów opinii sąd konieczność skierowania sprawy na posiedzenie w przedmiocie ustalenia wysokości wydatków), jako ryczałt za doręczenie wezwań, a także opłata w kwocie 1120 złotych od orzeczonej kary pozbawienia wolności i grzywny obok niej wymierzonej.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.