

*Sygnatura akt VI Ka 977/17*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **25 stycznia 2018** r.

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

Przewodniczący SSO Marcin Mierz

Protokolant Monika Dąbek

po rozpoznaniu w dniu 12 stycznia 2018 r.

przy udziale przedstawiciela Naczelnika (...) Urzędu Celno-Skarbowego w K. i Prokuratora Prokuratury Rejonowej w T.

sprawy **G. G.** ur. (...) w Ż.

syna Z. i T.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżyciela publicznego

od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach

z dnia 9 października 2017 r. sygnatura akt VI K 331/16

na mocy art. 437 kpk i art. 438 kpk oraz art. 440 kpk

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Rejonowemu w Tarnowskich Górach do ponownego rozpoznania.

Sygn. akt VI Ka 977/17

## UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 25 stycznia 2018 roku

Apelacja prokuratora od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach z dnia 9 października 2017 roku (Sygn. akt VI K 331/16), którym sąd ten uniewinnił oskarżonego G. G. od popełnienia zarzuconego mu przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s., okazała się skuteczna o tyle, że w konsekwencji jej wniesienia, przy zastosowaniu normy art. 440 k.p.k., konieczne stało się uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Nie negując możliwości przyjęcia, także w niniejszej sprawie, działania oskarżonego w usprawiedliwionej nieświadomości karalności zachowań objętych zarzuconym oskarżonemu przestępstwem (art. 10 § 4 k.k.s.) z uwagi na wątpliwości interpretacyjne jakie pojawiły się w orzecznictwie sądów na tle stosowania ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, zwłaszcza w okresie po wydaniu w dniu 27 listopada 2014 roku postanowieniu Sądu Najwyższego (II KK 55/14, OSNKW 2015/4/37, LEX nr 1583503) w którym z jednej strony wskazał tenże sąd, iż przepisy u.g.h., w szczególności art. 14 ust. 1 oraz art. 6 tej ustawy, to "przepisy techniczne" w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, z drugiej strony zaś przesądził, że konsekwencją braku notyfikacji przepisów technicznych Komisji Europejskiej na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych, Dz. U. Nr 239, poz. 2039 z późn. zm., jest niemożność

stosowania norm prawnych zawartych w jednostkach redakcyjnych podlegających obowiązkowi notyfikacji, wskazać trzeba, iż zagadnienie działania oskarżonego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu o niekaralności zachowań, które objęte zostały zarzutem aktu oskarżenia, należy do sfery ustaleń faktycznych. Ustalenia te poprzedzone zostać powinny czynnościami dowodowymi zmierzającymi do ujawnienia całokształtu okoliczności istotnych dla oceny, czy zarzuconych mu zachowań oskarżony dopuścił się w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu o niekaralności podejmowanych działań. Rozstrzygając, czy oskarżony działał w usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynu, winien sąd poddać ocenie całokształt okoliczności mających wpływ na tę ocenę. Podniesiony w apelacji prokuratora zarzut błędu w ustaleniach faktycznych trafny pozostaje o tyle, że przeprowadzone dotychczas postępowanie dowodowe wymogom tym nie sprostało. Wymaga ono nie tyle nawet jego powtórzenia w całości, lecz wręcz jego pogłębienia w kierunku wyznaczonym wniesionym środkiem odwoławczym.

Błąd, którego przyjęcie stanowiło podstawę wydania zaskarżonego wyroku uniewinniającego, to błąd co do karalności przewidziany w art. 10 § 4 k.k.s. pod postacią usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynu. Podstawą jego przyjęcia pozostaje ustalenie, że zarzuconego mu czynu oskarżony dopuścił się działając w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu co do niekaralności zarzuconego mu zachowania. Ustalenie w tym względzie poczynione zostać musi na zasadach analogicznych, jak ma to miejsce w przypadku wszystkich innych ustaleń faktycznych dokonywanych w procesie karnym. Wyprowadzić je można wyłącznie w oparciu o wszechstronną analizę całokształtu zgromadzonych dowodów ocenianych w aspekcie wskazań wiedzy oraz zasad logiki i doświadczenia życiowego. Podkreślenia w tym aspekcie wymaga, iż błędne przekonanie o którym mowa w art. 10 § 4 k.k.s. stanowić musi przekonanie samego oskarżonego. Niewystarczające pozostaje w tym zakresie powołanie się tylko na to, że wątpliwości w istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy kwestiach prawnych mieli specjaliści profesjonalnie zajmujący się tymi zagadnieniami. Przyjęcie działania oskarżonego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu co do niekaralności jego zachowań uzależnione pozostaje zatem od uznania za wiarygodnych jego wyjaśnień, ewentualnie pism procesowych w których powołuje się on na swoje przekonanie w tej kwestii. To zaś na oskarżonym ciąży obowiązek wykazania, że zarzuconego mu czynu dopuścił się on w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu o niekaralności jego zachowania.

Jak już wspomniano, wydanie zaskarżonego wyroku poprzedzone zostało nie dość wystarczającą oceną zgromadzonych w sprawie dowodów, wymaga ono nadto uzupełnienia o informacje niezbędne do należytego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności oskarżonego za zarzucony mu czyn. Wydając wyrok uniewinniający, sąd pierwszej instancji rozstrzygnięcie swoje oparł o dosyć ogólne założenie wedle którego chaos prawny powstały na tle stosowania, także przez sądy powszechne, przepisów ustawy o grach hazardowych, był w okresie zarzuconego oskarżonemu czynu utrwalony. W oparciu o tę okoliczność sąd ten, stosując pewnego rodzaju automatyzm przyjął, iż trudno byłoby w takiej sytuacji od adresata przepisu, którego stosowanie budziło wątpliwości, oczekiwać rozeznania, czy prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach wymaga posiadania koncesji na prowadzenie kasyna gry, a co za tym idzie zdaniem sądu pierwszej instancji już tylko z tego powodu oskarżony miał prawo nie uświadamiać sobie karalności zachowania penalizowanego na gruncie art. 107 § 1 k.k.s. i była to okoliczność usprawiedliwiona.

Formułując twierdzenia prowadzące ostatecznie do przyjęcia tezy o usprawiedliwionym błędnym przekonaniu oskarżonego co do niekaralności zarzuconego mu czynu, sąd pierwszej instancji uczynił to w oderwaniu od konkretnych realiów niniejszej sprawy, które jak już wskazano, decydować powinny o ocenie, czy oświadczenie oskarżonego o pozostawaniu w usprawiedliwionym błędzie może zostać uznane za wiarygodne. Zgodnie z tym na co sąd odwoławczy się już powołał, wnioski w tym zakresie oparte zostać mogą wyłącznie o konkretne okoliczności sprawy i zgromadzone dowody. Tymczasem sąd pierwszej instancji wyprowadził je nie poddając ocenie szeregu okoliczności wynikających ze zgromadzonych w sprawie dowodów i nie pogłębiając postępowania dowodowego w kierunku wyjaśnienia okoliczności niezbędnych dla dokonania należytej oceny, czy w realiach sprawy możliwe pozostaje uznanie za wiarygodnych wyjaśnień oskarżonego o pozostawaniu w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu o niekaralności zarzuconych mu zachowań.

Wydając wyrok uniewinniający, sąd pierwszej instancji uznał wyjaśnienia oskarżonego za zasługujące na wiarę. Powołując się zaś przed sądem na swoje przekonanie o niekaralności zarzuconych mu zachowań oskarżony wyjaśnił, że przed rozpoczęciem działalności gospodarczej zasięgnął on opinii trzech różnych radców prawnych. Nie był jednak

w stanie wskazać ich nazwisk i nie został zapytany o chociażby przybliżone ich określenie (wskazanie miejsca w którym znajdowała się siedziba ich kancelarii, bądź jakiegokolwiek innej informacji). Badając formułę usprawiedliwienia należy odwoływać się do wzorca osobowego zachowania przeciętnego obywatela. Jednak w przypadku osoby podejmującej, a następnie prowadzącej przez lata działalność gospodarczą wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań. Taka też musi być miara dla profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który prowadzi działalność gospodarczą dla zarobku ze świadomością jej reglamentowania przez państwo. Stosując wobec oskarżonego wzorzec przeciętnego przedsiębiorcy wymagać od niego należałoby bieżącej kontroli legalności prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Tymczasem z wyjaśnień oskarżonego wynika, że zasięgnął on porady prawnej trzech różnych profesjonalistów wyłącznie w 2012 roku, gdy rozpoczął prowadzenie działalności gospodarczej, zatem na trzy lata przed zarzuconym mu czynem. O ile dać wiarę oskarżonemu, że uzyskał on poradę prawną radców prawnych, których nazwisk nie pamięta, to bez wątpienia uzyskanych przez niego informacji nie sposób traktować jako aktualnych w świetle ewoluującego od roku 2012 orzecznictwa sądów. Warto także zwrócić uwagę, że w załącznikach do zawartych w dniu 1 sierpnia 2015 roku umów, których podpisanie składało się na zarzucane oskarżonemu przestępstwo, powołane zostały jedynie cztery orzeczenia sądów rejonowych, i to z okresu w którym dopuszczalność stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego nie budziła wątpliwości. Oceniając wyjaśnienia oskarżonego sąd winien zatem wziąć pod uwagę także i to, czy zasięgnięcie porady prawnej profesjonalistów wyłącznie przy okazji rozpoczynania działalności gospodarczej stanowi wzorzec przedsiębiorcy pozwalający przyjąć usprawiedliwione błędne przekonanie o niekaralności zachowań podejmowanych przez niego w kolejnych latach prowadzonego przedsięwzięcia.

Istotnym czynnikiem w należytej ocenie świadomości oskarżonego w kwestii karalności zachowań objętych zarzuconym mu w niniejszej sprawie czynem pozostaje zbadanie jakiej treści orzeczenia sądów zapadały w sprawach prowadzonych przeciwko oskarżonemu. Wydając w październiku 2017 roku zaskarżone orzeczenie, sąd pierwszej instancji dysponował danymi o karalności G. G. z lutego 2016 roku (k. 81-83) z których nie wynikało, by był oskarżony karany za przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s.. Rozpoznając sprawę sąd pierwszej instancji traktował zatem oskarżonego jako osobę wobec której nigdy nie zapadł wyrok skazujący za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s., zaś niniejsza sprawa pozostaje postępowaniem o charakterze wyjątkowym. Tymczasem ze zaktualizowanej informacji Krajowego Rejestru Karnego wynika, iż oskarżony G. G. był już dziesięciokrotnie karany za przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s.. Bez wątpienia zaś staranność postępowania dowodowego w odniesieniu do takiej osoby powołującej się na nieświadomość karalności musi być znacząco wyższa niż w przypadku osoby, która nigdy nie podejmowała nielegalnej działalności. Rozważyć zatem należy, czy wobec oskarżonego może zostać przyjęty wzorzec obywatela, który dążąc do uniknięcia zachowań nielegalnych, przed podjęciem działalności, a następnie jej trakcie upewnia się, że bez wątpienia prowadzona przez niego działalność pozostaje legalna i prowadzi ją w przekonaniu o niekaralności zachowań podejmowanych w jej ramach. Dane o karalności dowodzą, że oskarżony prowadził działalność w branży hazardowej także w okresie w którym musiał być przekonany o nielegalności swoich działań. Dziesięciokrotnie udowodniono mu winę w zakresie przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s.. Pamiętać przy tym trzeba, że przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. popełnione być może także z zamiarem ewentualnym. Sprawca, który dotychczas świadomie i wbrew przepisom ustawy prowadził działalność w branży hazardowej, może w zmieniającej się rzeczywistości prawnej kontynuować tę działalność godząc się na to, że jej prowadzenie pozostaje nielegalne. Znamienny także w kontekście aktualności porady prawnej zasięgniętej przez oskarżonego w 2012 roku oraz jego świadomości w czasie zarzuconego mu czynu pozostaje w szczególności fakt, iż na krótko przed podjęciem przez oskarżonego działań objętych aktem oskarżenia w niniejszej sprawie zapadły wobec oskarżonego jednak dwa, wprawdzie wówczas jeszcze nieprawomocne, wyroki skazujące za przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s.. Celowe pozostaje zatem załączenie odpisów tych wyroków i ustalenie do którego okresu działalności oskarżonego odnoszą się czyny przypisane oskarżonemu, a dalej przy uwzględnieniu odebranych na tę okoliczność od oskarżonego wyjaśnień, czy skazania te mogły posiadać wpływ na ocenę świadomości oskarżonego w okresie objętym zarzuconym mu w niniejszej sprawie przestępstwem. Sygnatury akt wyroków skazujących figurujących w danych o karalności wskazują, że w 2015 roku zarejestrowane zostały w sądach trzy sprawy przeciwko G. G. o czyny z art. 107 § 1 k.k.s., a nie wykluczone, że spraw już toczących się przeciwko niemu w tym przedmiocie było więcej. Także i te okoliczności mogą posiadać wpływ na ocenę świadomości oskarżonego w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy. Celowe będzie także zbadanie, czy oskarżony nie został

skazany w innych sprawach za czyny popełnione w okresie zbliżonym, bądź wręcz tym samym co objęty aktem oskarżenia w niniejszej sprawie oraz jakiej treści wyjaśnienia składał on w sprawach prowadzonych przeciwko niemu o te czyny, w szczególności, czy w sprawach tych, zwłaszcza odnośnie okresu zbliżonego do zarzucanego mu w niniejszej sprawie przestępstwa, powoływał się on na okoliczności mogące świadczyć o usprawiedliwionej nieświadomości karalności zarzucanych mu zachowań. W złożonych przez siebie w niniejszej sprawie wyjaśnieniach oskarżony powołał się na wydawane w sprawach prowadzonych przeciwko niemu orzeczenia umarzające postępowania o czyny z art. 107 § 1 k.k.s., lecz twierdzenie to nie zostało w żaden sposób zweryfikowane w toku postępowania dowodowego. Postępowanie to wymaga także poszerzenia i w tym względzie.

Rozpoznając ponownie sprawę sąd pierwszej instancji będzie miał nadto w polu widzenia stanowisko w kwestii odpowiedzialności za zarzucony mu czyn prezentowane przez oskarżonego w przebiegu całego postępowania. Znamienne w tym względzie pozostaje stanowisko wyrażone przez obrońcę w złożonym w dniu 24 kwietnia 2017 roku wniosku o skierowanie sprawy na posiedzenie celem rozważenia umorzenia postępowania. Pismo obrońcy będące przecież emanacją stanowiska samego oskarżonego w sprawie, nie zawiera żadnego dosłownie choćby tylko napomknienia o okolicznościach mogących wskazywać na nieświadomość karalności zachowań objętych aktem oskarżenia w niniejszej sprawie. Obrońca nie odwołuje się w nim do staranności oskarżonego w czynnościach zmierzających do ustalenia, czy jego działalność pozostaje legalna. W sytuacji rzeczywistego błędnego przekonania obywatela o niekaralności zarzucanych mu zachowań niejako naturalnym odruchem pozostaje jego powoływanie się na swoje przekonanie o prawnej dopuszczalności podejmowanych przez niego działań. Tymczasem we wniosku o umorzenie postępowania próżno poszukiwać śladów twierdzeń mogących świadczyć o błędnym przekonaniu oskarżonego odnośnie niekaralności zachowań zarzucanych mu aktem oskarżenia. Znamienne jest przy tym, że pomimo całkowicie jasnej już wówczas – w kwietniu 2017 roku - kwestii stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, obrońca w dalszym ciągu, wbrew jednoznacznemu wówczas stanowisku sądów odnośnie stosowania przepisów tej ustawy twierdzi, iż przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych nie mogą stanowić podstawy pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności karnej. Czyni to przy tym powołując się na orzeczenie z dnia 19 stycznia 2017 roku (I KZP 17/16), w którym całkowicie przeciwnie odniósł się Sąd Najwyższy do powyższych okoliczności. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na powołaną przez oskarżyciela publicznego w apelacji, a istotną także w świetle dotychczasowej wielokrotnej karalności oskarżonego kwestię reakcji branży hazardowej na zmiany, jakie przyniosła ustawa z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych. Jej przedstawiciele, kontynuując działalność zakazaną w nowej ustawie, wszelkimi sposobami starali się wykazywać, że w dalszym ciągu pozostają w prawie. Najpierw dlatego, że posiadane automaty do gier służyły do legalnego urządzania gier zręcznościowych, a z czasem, iż nienotyfikowane Komisji Europejskiej przepisy ustawy o grach hazardowych nie mogą być stosowane jako sprzeczne z prawem Unii Europejskiej. Gdy się uwzględni te okoliczności, to nie sposób wykluczyć, iż tłumaczenia oskarżonego w kontekście sporu prawnego obliczone być mogły równie dobrze na pozorowanie nieświadomienia sobie nielegalności jego działalności polegającej na wstawianiu do lokali niebędących kasynami gry automatów do gier hazardowych.

Wydając wyrok uniewinniający sąd pierwszej instancji powołał się także na podniesioną w wyjaśnieniach oskarżonego okoliczność w postaci zaniechania kontynuacji przez oskarżonego działalności gospodarczej w branży hazardowej po dniu 3 września 2015 roku, kiedy to w życie weszła nowelizacja ustawy o grach hazardowych co do której nie może już być żadnych wątpliwości odnośnie jej stosowania. Jak wskazał oskarżony w wyjaśnieniach, działalności tej zaprzestał tego dnia, by nie popełnić przestępstwa (k. 159 odwrót). Okoliczność na którą Sąd Rejonowy się powołał nie została jednak w żaden sposób zweryfikowana w toku postępowania dowodowego. Wymaga ona wyjaśnienia także poprzez umożliwienie złożenia oskarżonemu wyjaśnień w tej kwestii. Twierdzenie o zaprzestaniu prowadzenia działalności w związku z nowelizacją przepisów obowiązującą od dnia 3 września 2015 roku wydaje się bowiem pozostawać w sprzeczności z oświadczeniem oskarżonego złożonym na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2017 roku (k. 149), kiedy wnosząc o ustanowienie obrońcy z urzędu podniósł, iż przyczyną zaprzestania prowadzenia firmy zajmującej się automatami było jej bankructwo.

Nie przesądzając zatem ostatecznego rozstrzygnięcia, sąd odwoławczy uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania. Prowadząc postępowanie, Sąd Rejonowy będzie miał w polu widzenia okoliczności wyżej zarysowane. Powtórzy zatem postępowanie dowodowe w całości, poszerzając je o dowody wskazane w niniejszym uzasadnieniu. Przesłucha także samego oskarżonego na okoliczności wyżej powołane. Całokształt tych okoliczności uwzględni sąd w postępowaniu dowodowym pamiętając, że kwestia ewentualnej usprawiedliwionej nieświadomości oskarżonego co do karalności zarzuconych mu zachowań stanowi sferę ustaleń faktycznych, których poczynienie poprzedzone zostać musi wnikliwym postępowaniem dowodowym uwzględniającym wszystkie okoliczności, które mogą posiadać wpływ na ocenę wiarygodności twierdzeń oskarżonego odnośnie stanu jego świadomości w kwestii niekaralności działalności polegającej na urządzaniu gier hazardowych na automatach do gry.