

Sygnatura akt VI Ka 392/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **25 czerwca 2019** r.

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

Przewodniczący SSO Piotr Mika

Protokolant Barbara Szkabarnicka

przy udziale D. K. przedstawiciela Naczelnika (...) Urzędu Celnego - Skarbowego w K. (składa do akt upoważnienie)

po rozpoznaniu w dniu 25 czerwca 2019 r.

sprawy **G. G.** ur. (...) w Ż.

syna Z. i T.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego i jego obrońcę

od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach

z dnia 15 stycznia 2019 r. sygnatura akt II K 33/17

na mocy art. 437 § 1 kpk i art. 636 § 1 kpk

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;
2. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. D. kwotę 516,60 zł (pięćset szesnaście złotych i sześćdziesiąt groszy) obejmującą kwotę 96,60 zł (dziewięćdziesiąt sześć złotych i sześćdziesiąt groszy) podatku VAT, tytułem zwrotu nieuiszczonych kosztów obrony oskarżonego z urzędu w postępowaniu odwoławczym;
3. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 536,60 zł (pięćset trzydzieści sześć złotych i sześćdziesiąt groszy) i wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 480 zł (czteryście osiemdziesiąt złotych).

Sygn. VI Ka 392/19

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 15 stycznia 2019 r. w sprawie o sygn. II K 33/17 Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach:

1. uznał oskarżonego G. G. za winnego tego, że w dniu 9 czerwca 2014 roku, prowadząc działalność gospodarczą pod firmą (...) G. G. z siedzibą w K., urządził w lokalu (...) mieszczącego się w T. przy ulicy (...) w celach komercyjnych gry o charakterze losowym na elektronicznym urządzeniu do gier o nazwie (...) o numerze (...), prowadząc działalność bez stosownej koncesji, to jest wbrew przepisowi art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. nr 201/2009, poz. 1540, z późn. zm.), to jest przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. i za to na mocy art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 23 § 1 i 3 k.k.s. wymierzył mu karę grzywny w wysokości 60 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 80 złotych;

2. na mocy art. 32 § 1 k.k.s. w związku z art. 30 § 5 k.k.s. orzekł wobec oskarżonego środek karny w postaci ściągnięcia na rzecz Skarbu Państwa równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów - urządzenia elektronicznego do gier o nazwie (...) o numerze (...) – w kwocie 6.000 zł.;

3. na mocy art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze zasądził od Skarbu Państwa na rzecz Kancelarii Adwokackiej adwokata M. D. wynagrodzenie netto w kwocie 1008 złotych oraz tytułem podatku VAT kwotę 231,84 złotych, łącznie wynagrodzenie brutto w kwocie 1239,84 złotych tytułem nieopłaconej obrony oskarżonego z urzędu

4. na podstawie art. 627 k.p.k. i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa opłatę w kwocie 480 złotych, a na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonego od ponoszenia wydatków, którymi obciążył Skarb Państwa.

Apelacje od wyroku wywiedli: oskarżony i jego obrońca.

Oskarżony, zaskarżając wyrok w całości zarzucił orzeczeniu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a mający wpływ na jego treść polegający na przyjęciu, iż oskarżony zarzuconego mu występku dopuścił się umyślnie, na co nie pozwala ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego, a to chociażby wyjaśnień oskarżonego i zażaleń oskarżonego na zatwierdzenie zatrzymania rzeczy, treść umów zawieranych pomiędzy oskarżonym, a właścicielami lokali, gdzie w dacie czynu oskarżonemu znane były postanowienia sądów rejonowych i okręgowych, zgodnie z którymi art. 14 u.g.h. zakazujący urządzania gier na automatach poza kasynami gry nie obowiązywał, przez co oskarżony w dacie czynu był przekonany o tym, że przepisy zabraniające organizowania gier nie mogą być stosowane z uwagi na brak ich notyfikacji Komisji Europejskiej, wobec czego w świetle ww. postanowień sądów okręgowych i Sąd Najwyższego aktualnych w dacie czynu przeświadczenie oskarżonego, o tym, że działa on legalnie i nie narusza przepisów prawa było w pełni uzasadnione przez co, zdaniem oskarżonego, nie może być mowy o tym, że zarzucanego mu występku oskarżony dopuścił się umyślnie z zamiarem bezpośrednim bądź ewentualnym, czego ustalenie jest konieczne do przypisania winy oskarżonemu, tym bardziej, że uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego w sprawie I KZP 17/16, która wskazała na art. 6 u.g.h. jako możliwy do zastosowania w tego typu sprawach, została uchwalona dopiero 4 lata po dacie czynów zarzucanych oskarżonemu, a więc nie mogła mieć wpływu na umyślność oskarżonego w dacie czynu, nadto oskarżony w dacie czynu nie był karany za występki z art. 107 § 1 k.k.s., co również miało wpływ na jego przekonanie o legalności działalności związanej z automatami w czasie braku notyfikacji ustawy o grach hazardowych. O linii orzecznictwa w dacie czynu i przekonaniu oskarżonego co do zgodności jego działalności z prawem świadczy i to, że automat do gier został mu zwrócony, gdzie sąd zwracając automat wskazał, że urządzanie takich gier nie jest przestępstwem;

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku mający wpływ na jego treść polegający na błędnym przyjęciu, iż urządzenie do gier H. (...), jest warte 6000 zł., co skutkowało orzeczeniem przepadku właśnie takiej kwoty, w sytuacji gdy automat na pewno nie przedstawia takiej wartości, wycena nie została dokonana przez biegłego sądowego, lecz jest to jedynie szacunkowa wartość wpisana przez celnika w chwili zatrzymania sprzętu, gdzie celnik nie jest nawet rzeczoznawcą i nie może szacować wartości sprzętu, a sąd nie poczynił w tym zakresie żadnych rozważań ani żadnych ustaleń.

W oparciu o powyższe zarzuty oskarżony wniósł o zmianę wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzuconego mu czynu, względnie uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Obrońca oskarżonego zaskarżając wyrok w całości zarzucił orzeczeniu błąd w ustaleniach faktycznych, który miał wpływ na treść wyroku polegający na bezzasadnym przyjęciu, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwala na stwierdzenie, że oskarżony G. G. dopuścił się zarzuconego mu czynu, podczas gdy prawidłowa ocena dowodów

oparta na spójnych i konsekwentnych wyjaśnieniach oskarżonego prowadzi do wniosku przeciwnego, znajdującego swoje uzasadnienie w braku świadomości oskarżonego co do bezprawności przypisanego mu czynu.

W oparciu o tak postawiony zarzut obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzuconego mu czynu, względnie uchylenie tego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Tarnowskich Górach.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacje uznać należało za bezzasadne.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że podnoszona przez oskarżonego nieświadomość nielegalności i karalności jego zachowania, nie wskazuje na brak zamiaru i nieumyślność działania. W wypadku klauzuli typu czynu zabronionego "wbrew przepisom ustawy" - a ma to miejsce w odniesieniu do tzw. norm blankietowych zawartych chociażby właśnie w art. 107 § 1 k.k.s. - raz mamy do czynienia z elementem określającym bezprawność czynu, a raz z elementem indywidualizującym podmiot. Jeżeli sprawa nie zna w ogóle treści przepisu prawa finansowego wypełniającego blankiet "wbrew przepisom ustawy", to taka nieświadomość jest nieświadomością znamienia czynu (znamienia podmiotu, sprawa nie wie bowiem, że jest podmiotem czynu zabronionego) wyłączająca umyślną realizację znamion. Jeżeli jednak sprawa zna treść przepisu prawa finansowego, wie zatem, w jakich okolicznościach zachowanie naruszy ten przepis, nie wie tylko, że zachowanie takie jest karalne, to nieświadomość tego rodzaju jest kwalifikowana wedle art. 10 § 4 k.k.s., co oznacza, że mamy do czynienia z błędem co do karalności (G. Łabuda (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski: Kodeks karny skarbowy. Komentarz, WKP 2017, teza 9)

Forsowana w obu apelacjach teza o działaniu oskarżonego w usprawiedliwiony błędzie co do legalności działań będących podstawą przypisanego mu w niniejszej sprawie czynu, a więc w istocie co do działania w warunkach kontratypu określonego w art. 10 § 4 k.k.s. została przez sąd I instancji rozważona, a jej odrzucenie zostało szczegółowo uzasadnione w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku. Odwołując się do rozważań sądu meriti w tej materii w pełni należy zaaprobować stanowisko, że za działanie w warunkach usprawiedliwionego błędu co do karalności zachowania nie można uznać zachowania przedsiębiorcy, który przy ocenie legalności podejmowanej działalności bierze pod uwagę wyłącznie opinie prawne, bądź też orzeczenia sądów korzystne dla siebie, w sytuacji ewidentnej rozbieżności stanowisk w tej materii organów państwa, jak też doktryny prawniczej. Od odpowiedzialności karnej uwalnia tylko usprawiedliwiona nieświadomość karalności. Badając formułę usprawiedliwienia należy odwoływać się do wzorca osobowego zachowania przeciętnego obywatela, przy czym w wypadku prawa karnego skarbowego odnośnie osoby prowadzącej działalność gospodarczą, w grę może wchodzić model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 1997 r., II KKN 124/96, OSNKW 1997, z. 5 - 6, poz. 46). Oskarżony prowadził działalność o profilu hazardowym i nie tylko był zobowiązany do znajomości ustawy o grach hazardowych, ale przede wszystkim także do zweryfikowania legalności prowadzonych przez siebie działań. Przypomnieć należy, że art. 6 ust. 1 u.g.h. wyraźnie uzależnia prowadzenie działalności w zakresie rodzaju gier w nim wskazanych, od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, natomiast naruszenie ustawy o grach hazardowych, karalne jest przez kodeks karny skarbowy. Oskarżony nie posiadał natomiast koncesji, a więc miał pełną świadomość, że prowadzenie w takiej sytuacji działalności, nie jest legalne. Stwierdzić należy, że na ocenę prawną późniejszego działania oskarżonego nie mogą mieć jakiegokolwiek wpływu problemy interpretacyjne dotyczące stanu prawnego obowiązującego w czasie przed 3 września 2015 r., a które związane były ze znaczeniem braku notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych Komisji Europejskiej dla możliwości karania za naruszenie przewidzianych w nich zakazów. Podkreślić należy, że brak notyfikacji miał wpływ jedynie na możliwość karania za prowadzenie takiej działalności, która jednak zawsze pozostawała nielegalna w przypadku braku stosownych pozwoleń. Wynikająca z tych przepisów norma zachowania, którego przepisy te zakazywały, nie budziła jednak wątpliwości. O ile może się zdarzyć, iż na skutek zmiany dotychczas stabilnej i jednolitej linii orzeczniczej, określone zachowanie zostanie zakwalifikowane jako czyn karalny w rozumieniu prawa karnego skarbowego, i wówczas sprawca takiego zachowania, który był przeświadczony na podstawie poprzednio wydawanych orzeczeń, iż nie popełnia przestępstwa, może w sposób zasadny powołać się na konstrukcję błędu co do prawa, to nie sposób takiej konstrukcji przyjąć jako prawidłowej

wtedy, gdy taka stabilna i jednolita linia orzecznictwa nie istniała. Słusznie Sąd Rejonowy podkreślił, że w chwili popełnienia przez oskarżonego przypisanego mu czynu nie zapadły jeszcze judykaty Sądu Najwyższego, które mogły być podstawą przekonań o niekaralności czynu oskarżonego. Ponadto wypada i w tym przypadku odwołać się do stabilnych w tej materii judykatów Sądu Najwyższego, w których przedstawiono pogląd, że istnienie w świadomości sprawcy wątpliwości co do charakteru norm określonych w art. 6 i art. 14 u.g.h. to nic innego jak fakt uświadamiania sobie niepewności co do rzeczywistości prawnej, gdy tymczasem błąd co do prawa (art. 10 § 4 k.k.s.) to przecież mylne przekonanie (pewność) o istniejącym stanie prawnym. (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 5 grudnia 2018 r., V KK 516/17, OSNK 2019, z. 2, poz. 11; z dnia 7 lutego 2019 r., III KK 603/17; z dnia 6 marca 2019 r., III KK 585/17 i III KK 597/17; z dnia 7 marca 2019 r., III KK 599/17 i III KK 632/17, z dnia 13 marca 2019 r., III KK 8/18).

Bezzasadny jest również zarzutu dotyczący oparcie ustaleń sądu I instancji w zakresie wartości automatu (...), która to wartość była podstawą orzeczenia ściągnięcia od oskarżonego równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów. Wartość ta nigdy nie była kwestionowana przez oskarżonego i jego obrońcę w toku postępowania. Stawianie dopiero w apelacji zarzutu kwestionującego wartość automatu zbliżone jest do powoływania się w środku odwoławczym na nową okoliczność, które to działanie uprawnione jest jedynie wtedy, gdy skarżący nie mógł powołać jej w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji. Niezależnie od tego uznać należy, że doświadczenie funkcjonariuszy służby celnej zdobyte w toku licznych czynności związanych z zabezpieczaniem automatów do gier, dają rękojmię właściwego ustalenia wartości zajętego automatu. W sytuacji gdy wartość ta nie była przez strony postępowania problematyzowana, nie sposób przyjąć, aby w toku postępowania zaktualizował się obowiązek sądu wynikający z art. 366 § 1 k.p.k. zbadania tej okoliczność poprzez dopuszczenie dowodu z opinii właściwego biegłego.

Mając na uwadze powyższe argumenty i nie dostrzegając także innych niż podniesione w apelacjach uchybień podlegających uwzględnieniu z urzędu, zaskarżony wyrok utrzymano w mocy.

Wobec wniosku i stosownego oświadczenia obrońcy z urzędu zasądzono na jego rzecz od Skarbu Państwa wynagrodzenie za obronę oskarżonego z urzędu w postępowaniu odwoławczym w wysokości określonej w § 17 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz. U. z 2016 r. poz. 1714)

Wobec nieuwzględnienia apelacji wywiedzionych jedynie przez oskarżonego i jego obrońcę zgodnie z art. 636 § 1 k.p.k. obciążono oskarżonego wydatkami postępowania odwoławczego, na które to wydatki złożył się wyżej wskazane wynagrodzenie obrońcy z urzędu oraz ryczałt za doręczenie pism i wezwań wynoszący 20 złotych. Zgodnie z art. 8 ustawy o opłatach w sprawach karnych oskarżonego obciążono także opłatą za nieuwzględnioną apelację skierowaną przeciwko rozstrzygnięciu o winie. Wysokość tej opłat odpowiada wysokości opłaty za karę orzeczoną przez sąd I instancji, tj. 10% kwoty grzywny.