

**Sygnatura akt VI Ka 619/16**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **16 grudnia 2016** r.

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

Przewodniczący SSO Ewa Trzeja-Wagner

Sędziowie SSO Agata Gawron-Sambura (spr.)

SSO Kazimierz Cieślikowski

Protokolant Mateusz Pietuch

po rozpoznaniu w dniu 6 grudnia 2016 r.

przy udziale:

Adama Szewca Prokuratora Prokuratury Rejonowej G.w G.

starszego aspiranta celnego Z. W. przedstawiciela Urzędu Celnego w R.

sprawy **K. P. syna L. i U.,**

**ur. (...) D.**

oskarżonego z art. 107§1 kks w zw. z arty. 6§2 kks

na skutek apelacji wniesionych przez prokuratora i Urząd Celny w R.

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 8 marca 2016 r. sygnatura akt IX K 639/14

na mocy art. 437 kpk, 438 kpk, 440 kpk i 113 § 1 kks

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Rejonowemu w Gliwicach.

**Sygn. akt VI Ka 619/16**

## UZASADNIENIE

K. P. został oskarżony przez Urząd Celny w R. o popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks polegającego na tym, że urządził w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu tego samego zamiaru, z wykorzystaniem tej samej sposobności w okresie od dnia 1 września 2013 r. do dnia 3 grudnia 2013 r. gry o charakterze losowym w celach komercyjnych na automacie do gier (...) bez numeru w lokalu (...) w G. przy ul. (...), bez stosownego zezwolenia, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych.

Sąd Rejonowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 8 marca 2016 r. sygn. akt IX K 639/ 14 uniewinnił oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu, a na mocy art. 632 pkt 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks zasądził od Skarbu Państwa na jego rzecz kwotę 672 złotych tytułem zwrotu poniesionych wydatków, a także obciążył Skarb Państwa kosztami postępowania.

Apelacje od tego wyroku złożyli oskarżyciele publiczni - Urząd Celny w R. oraz Prokurator Rejonowy w Gliwicach. Zaskarżając orzeczenie w całości na niekorzyść oskarżonego apelujący zarzucili mu rażące i mające wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa materialnego, mianowicie art. 1 § 1 kk w zw. z art. 107 § 1 kk w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych polegające na uznaniu, że zachowanie oskarżonego polegające na urządzaniu i prowadzeniu gier o charakterze losowym na automacie do gier nie było działaniem podjętym wbrew obowiązującym przepisom ustawy, a czyn zarzucony oskarżonemu nie nosi znamion czynu zabronionego, gdyż ten popełnił go w usprawiedliwionej nieświadomości. Z powołaniem się zaś na ten zarzut skarżący wniesli o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Obie apelacje zasługiwały na uwzględnienie.

Tytułem wstępnych uwag zaznaczenia wymaga, iż wbrew dosłownemu sformułowaniu podniesionego w nich zarzutu, nie mogło budzić najmniejszych wątpliwości, że rzeczywista treść środków odwoławczych sprowadzała się do kwestionowania ustaleń faktycznych przyjętych przez Sąd I instancji za podstawę zaskarżonego wyroku, stąd Sąd II instancji .

Jak wynika z pisemnych jego motywów, powodem uniewinnienia oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu było ustalenie, iż w ramach działalności gospodarczej prowadzonej bez koncesji na prowadzenie kasyna gry, urządzając poza kasynem gry o charakterze losowym w celach komercyjnych na automacie wstawionym do wynajętej części lokalu (...) w G. w inkryminowanym okresie nie czynił tego wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, gdyż zdaniem orzekającego sądu przepisy ustawy o grach hazardowych jako przepisy techniczne nie mogą być stosowane, a to w kontekście sporów prawnych toczonych na tle skutków braku notyfikacji Komisji Europejskiej rzekomo technicznych przepisów tej ustawy w postaci art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1, nadto miał pozostawać K. P. w usprawiedliwionej nieświadomości karalności tego typu zachowań, co już tylko z mocy art. 10 § 4 kks nie pozwalało na przypisanie mu popełnienia przestępstwa skarbowego, niezależnie od tego, czy zrealizował również przedmiotowe i podmiotowe znamiona zarzucanego mu czynu.

Bez wątpienia apelacje oskarżycieli publicznych są także wyrazem braku akceptacji dla tego rodzaju ustalenia, o czym muszą przekonywać wywody zawarte w uzasadnieniach tychże środków odwoławczych odwołujące się do kwestii stanu świadomości oskarżonego.

Tymczasem o obrazie prawa materialnego można bowiem mówić wtedy, gdy do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego (gdy ustalenia faktyczne nie są kwestionowane), sąd wadliwie zastosował normę prawną lub bezzasadnie jej nie zastosował, bądź gdy zarzut dotyczy zastosowania lub niezastosowania przepisu zobowiązującego sąd do jego bezwzględego respektowania. Jeśli zaś zarzucona wadliwość zaskarżonego orzeczenia polega na przyjęciu za jego podstawę błędnych ustaleń, to ocenie instancyjnej podlega trafność ustaleń faktycznych, a nie obraza przepisów prawa materialnego (por. wyrok SA w Krakowie z 4 sierpnia 2009 r., II AKa 143/09, KZS 2009/7-8/60). Przepis art. 118 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks nakazuje przecież oceniać znaczenie czynności procesowej według treści złożonego oświadczenia, a przyjmuje się, iż ma on również istotne znaczenie przy ocenie rzeczywistej treści środka odwoławczego, a zwłaszcza zawartych w nim zarzutów odwoławczych (por. postanowienie SN z 2 kwietnia 2009 r., II KZ 17/09, LEX nr 507952).

Tymczasem nie sposób nie przyznać racji skarżącym jakoby nie można być przekonany odnośnie prawidłowości ustalenia, że oskarżony był przekonany i to z przyczyn usprawiedliwionych, że urządzenie gier na automatach, nawet gdy dokonuje się wbrew obowiązującym przepisom ustawy o grach hazardowych poza kasynem gry i bez posiadania koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie jest zachowaniem karalnym. O takim usprawiedliwionym błędzie oskarżonego wedle Sądu Rejonowego miały świadczyć w zasadzie jedynie spory prawne toczone od wielu lat na tle konsekwencji braku notyfikacji przepisów technicznych ustawy o grach hazardowych, a w związku z którymi

oskarżony K. P. przed rozpoczęciem działalności w zakresie gier hazardowych miał zapoznać się z orzecnictwem TSUE oraz poglądami doktryny i na ich podstawie oraz znanej mu opinii prawnej prof. K. przyjąć, że nienotyfikowane przepisy techniczne, pomimo dalszego formalnego obowiązywania, nie mogą być wobec niego stosowane, toteż nie mogą mu niczego zakazywać i nakazywać, a zatem dla działalności w zakresie gier na automatach nie musiał w ogóle posiadać koncesji na prowadzenie kasyna gry, ani też urządzać tych gier wyłącznie w kasynach.

Nie może być jednak niewątpliwym ze względu na toczony w Polsce od wielu lat spory prawne odnośnie skutków braku notyfikacji Komisji Europejskiej przepisów ustawy o grach hazardowych, konkretnie jej art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 w pierwotnym brzmieniu, że mógł być rzeczywiście oskarżony pewnym, że prowadzoną przez siebie działalność, ewidentnie sprzeczną z przywołanymi wyżej uregulowaniami ustawy o grach hazardowych, postrzegał jako niepodlegającą karze, czy wręcz legalną, a nie że jedynie pod pozorem niejednoznaczności odnośnie skutków braku notyfikacji chciał po prostu dla zysku postępować wbrew obowiązującemu prawu, względnie iż z takim stanem rzeczy się godził. Pominął Sąd Rejonowy reakcje branży hazardowej na zmiany, jakie przyniosła ustawa z dnia 19 listopada 2009 r., które powinny być mu znane przynajmniej urzędowo. Jej przedstawiciele kontynuując działalność zakazaną w nowej ustawie różnymi sposobami starali się wykazywać, że ich działania odpowiadają prawu. 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, zasady logiki oraz wskazania doświadczenia życiowego uznać trzeba, iż zachowanie oskarżonego w kontekście naprowadzonego sporu prawnego obliczone być mogło równie dobrze na fingowanie nieuświadomienia sobie karalności jego działalności polegającej na wstawieniu do lokalu niebędącego kasynem gry automatu do gier hazardowych i czerpaniu z tego procederu korzyści majątkowych w sytuacji, gdy na tego rodzaju aktywność nie posiadał w ogóle koncesji na prowadzenie kasyna gry.

Sąd Rejonowy nie zainteresował się też wiedzą oskarżonego odnośnie orzeczeń, w których prowadzona przez niego działalność oceniana była przez organy państwa, w tym sądy, nie tylko jako sprzeczna z ustawą o grach hazardowych, ale również jako podlegająca karze na podstawie art. 107 § 1 kks (kwestia nieświadomości bezprawności będącej kategorią szerszą od nieświadomości karalności, na gruncie Kodeksu karnego skarbowego jest nieistotną – por. art. 20 § 2 kks, który nie pozwala na odpowiednie stosowanie do przestępstw skarbowych art. 30 kk). Już zaś tylko z glosy W. G. i G. G. do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2013 r. w sprawie I KZP 14/13, na którą oskarżony się również powoływał, wynikałoby, że musiało mu być znane stanowisko najwyższej instancji sądowej wyrażone w glosowanym orzeczeniu na tyle, iż powinien się orientować, że brakiem notyfikacji przepisów technicznych ustawy o grach hazardowych nie można skutecznie usprawiedliwiać nieprzestrzegania wynikających z nich zakazów i nakazów. Przeciwnie w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 r. w sprawie I KZP 15/13 (OSNKW z 2013 r. Nr 12 poz. 101) Sąd Najwyższy wyraźnie stwierdził, że naruszenie wynikającego z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r. (Dz. U. L. 363, s. 81) obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Podkreślił przy tym, iż Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie jest właściwy do dokonywania wykładni lub stwierdzania, że przepisy prawa wewnętrznego państwa członkowskiego nie obowiązują, nawet jeśli prawo to zostało ustanowione celem wykonania przez to państwo zobowiązań unijnych. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zajmuje się bowiem wykładnią prawa unijnego, a nie prawa krajowego. Z treści art. 267 traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej jasno wynika, że do kompetencji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej należy orzekanie w trybie prejudycjalnym o wykładni Traktatów oraz o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii. A zatem wykładnia prawa krajowego należy do stosujących to prawo organów krajowych, w tym przypadku do sądów powszechnych. Jakkolwiek więc polskie sądy rozstrzygają samodzielnie kwestie prawne (zasada samodzielności jurysdykcyjnej z art. 8 kpk) i są niezależne, podlegają tylko Konstytucji RP oraz ustawom (art. 178 ust. 1 Konstytucji RP), to jednak nie mają prawa samoistnie stwierdzić niezgodności przepisu ustawy z umową międzynarodową, czy z Konstytucją RP. Cięży bowiem na nich konstytucyjny obowiązek poszanowania i przestrzegania ustaw tak długo, dopóki ustawa ta nie utraciła mocy obowiązującej. Również organy władzy wykonawczej nie mogą odmawiać stosowania i egzekwowania przepisów, dopóki uprawnione organy nie stwierdzą niezgodności danego aktu prawnego z Konstytucją RP lub z normami prawa

międzynarodowego. Zgodnie z art. 7 Konstytucji RP "Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa". Oznacza to, że organy władzy publicznej nie mogą w sposób dowolny odmawiać stosowania prawa, zwłaszcza gdy normy prawne nakładają na nie obowiązek określonego działania. Obowiązek ten dotyczy wszystkich aktów normatywnych, które zgodnie z Rozdziałem III Konstytucji RP stanowią źródła prawa w Rzeczypospolitej Polskiej. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej, zakwestionowane przepisy mogą być niestosowane dopiero wtedy, gdy Trybunał wydał wyrok usuwający te przepisy z porządku prawnego stwierdzając ich niekonstytucyjność. Ponadto z treści art. 91 ust. 3 Konstytucji RP wynika, że ujęta w nim reguła kolizyjna nie ma zastosowania w przypadku niedochowania przez organy Państwa Polskiego obowiązku notyfikacji projektu regulacji prawnej mającej charakter przepisu technicznego. Treść regulacji prawnej uchwalonej bez spełnienia obowiązku notyfikacji nie pozostaje w „kolizji” z obowiązkiem notyfikacji. Obowiązek ten odnosi się bowiem do fazy procesu legislacyjnego i jego adresatem są odpowiednie organy państwa odpowiadające za ten proces. W momencie, w którym aktualizuje się norma nakazująca notyfikację, brak jest jeszcze normy prawnej o charakterze ustawowym, która mogłaby wejść w kolizję z tą pierwszą normą. Z reguły odmienny jest także ich zakres zastosowania. Kolizja pomiędzy obowiązkiem notyfikacji, a ustawą (lub innym aktem prawnym) zachodziłaby wówczas, gdyby ten akt prawny stanowił regulacje przewidujące wyłączenie lub ograniczenie obowiązku notyfikacji w sposób odmienny od tego zakresu, który wynikałby z prawa unijnego.

Zatem wedle orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawie I KZP 14/13, z uwagi na treść art. 7 Konstytucji RP możliwość niestosowania obowiązujących aktów normatywnych przez organy władzy publicznej musi również posiadać podstawę konstytucyjną, nie może zaś wynikać z aktu prawnego niższej rangi, a za taki w myśl art. 8 ust. 1 Konstytucji RP musi przecież uchodzić dyrektywa unijna.

Tymczasem skutek w postaci odmowy stosowania prawa krajowego uchwalonego wbrew obowiązkowi notyfikacji jego projektu Komisji Europejskiej, został wyinterpretowany przez uprawniony do tego organ z treści dyrektywy 98/34/WE, a więc z prawa stanowionego przez organizację międzynarodową ukonstytuowane na mocy ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą umowy. Do aktów normatywnych stanowionych przez takie organizacje międzynarodowe należy niewątpliwie zaliczyć dyrektywy przyjęte przez Parlament Europejski i Radę. Kolizji z takim prawem dotyczy zaś art. 91 ust. 3 Konstytucji RP.

Dodać trzeba, iż przeciwne powyższemu stanowisko Sąd Najwyższy zajął dopiero wiele miesięcy po popełnieniu zarzucanego oskarżonemu czynu w postanowieniu z dnia 27 listopada 2014 r. w sprawie II KK 55/14 (Biul.PK 2015/1/26-39) wskazując, że konsekwencją braku notyfikacji jest brak możliwości stosowania i to nie tylko przez sądy norm prawnych, które nie zostały notyfikowane, a zostały zawarte w jednostkach redakcyjnych podlegających obowiązkowi notyfikacji. Bynajmniej nie jest jednak to pogląd, który dominuje. W orzecznictwie sądów krajowych także nie ma bowiem zgody w kwestii skutków braku notyfikacji Komisji Europejskiej przepisów technicznych. W tym zakresie zapadały rozbieżne orzeczenia na różnych szczeblach sądownictwa powszechnego, jak i w orzecznictwie administracyjnym i przed Sądem Najwyższym, nie wyłączając nawet Trybunału Konstytucyjnego (vide: połączone sprawy P 4/14 oraz P 6/14 oraz zapadły w niej wyrok wraz ze zdaniem odrębnym sędziego Stanisława Biernata). Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie II KK 55/14 wcale nie wyznaczał w tym zakresie linii orzeczniczej najwyższej instancji sądowej, o czym musi również przekonywać wniosek Prokuratora Generalnego z dnia 3 lipca 2015 r. inicjujący postępowanie w sprawie I KZP 10/15. Rzeczywiście doszło w tym zakresie do rozbieżności w wykładni art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, a konkretnie użytego w nim pojęcia „kolizji”. Mianowicie czy należy je ograniczać wyłącznie do takich konkurujących norm, które posiadają wspólny zakres zastosowania (hipotezę) i kolidujący zakres normowania (dyspozycję), a zastosowanie reguły kolizyjnej spowoduje zastąpienie treści normatywnych wynikających z normy ustawowej regulacją prawną wynikającą z prawa organizacji międzynarodowych, czy też może obejmuje ono także wypadek konkurencji unijnej normy wyłączającej (także z przyczyn formalnych) zastosowanie normy wynikającej z prawa krajowego. Wypowiedzi w tej materii Sądu Najwyższego spodziewać należy się przy okazji rozpoznania zagadnienia prawnego w sprawie I KZP 10/15, co nastąpi dopiero w dniu 19 stycznia 2017 r. (vide: za informacją na stronie internetowej Sądu Najwyższego).

Pamiętać również trzeba, iż nie każda nieświadomość karalności czynu jest prawnie relewantna wedle art. 10 § 4 kks, a tylko usprawiedliwiona. Sytuacja, w której oskarżony braku karalności swej działalności doszukiwał się li tylko w korzystnych dla siebie orzeczeniach i poglądach doktryny, wspartych sporządzoną na konkretne potrzeby prywatną opinią prawnika, która wszakże z założenia miała z góry zaspokoić jego oczekiwania, bagatelizując natomiast, a nawet lekceważąc wszystkie te autorytatywne wypowiedzi organów państwa, które byłyby dla niego niekorzystne, nie podobna zaś byłoby uważać za usprawiedliwiającą jego ewentualnie błędne przekonanie co do miarodajności konsekwencji braku notyfikacji przepisów technicznych wynikających z orzecznictwa TSUE. Badając formułę usprawiedliwienia, należy przecież odwoływać się do wzorca osobowego zachowania przeciętnego obywatela. W wypadku prawa karnego skarbowego często jednak w grę wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań. Taka też być musi miara dla profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który dla zarobku zamierza prowadzić działalność z świadomością jej reglamentowania przez państwo. Im zaś wyższe oczekiwania od sprawcy, tym możliwość wystąpienia błędu usprawiedliwionego mniejsza (por. wyrok SN z dnia 3 lutego 1997 r., II KKN 124/96, OSNKW 1997/5-6/46).

Rzeczywiście jednak właściwym trybem wyjaśnienia wątpliwości co do stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych nie byłby tryb postępowania uregulowany w art. 2 ust. 6 tejże ustawy. Dotyczyłyby on bowiem uzyskania autorytatywnej wypowiedzi wskazanego w nim organu państwa (ministra właściwego do spraw finansów publicznych) co do charakteru przedmiotowego urządzenia wykorzystanego przez oskarżonego w prowadzonej działalności, a mianowicie, czy służy ono do urządzania gier na automatach w rozumieniu ustawy o grach hazardowych. W tym zakresie oskarżony miał przecież nie mieć wątpliwości, że przedmiotowe urządzenie jest automatem go gier w rozumieniu w/w ustawy. Kwestii niestosowania jej przepisów do prowadzonej przez niego działalności gospodarczej upatrywał zaś w czymś zgoła innym.

Już tylko z przyczyn wyżej wskazanych skutecznie zostało zakwestionowane ustalenie o działaniu oskarżonego w usprawiedliwionej nieświadomości karalności. Jeśli się zaś uwzględni, że oskarżony miał być świadom obowiązujących przepisów ustawy o grach hazardowych i tego że postępuje wbrew ich treści, a przynajmniej co do art. 6 ust. 1, który miał naruszyć prowadząc działalność bez posiadania przez zarządzany podmiot koncesji na prowadzenie kasyna gry, obecnie nie powinno być żadnych wątpliwości, że nie ma on charakteru technicznego, tak bowiem po raz pierwszy i jedyny w tej kwestii wypowiedział się TSUE w wyroku z dnia 13 października 2016 r. w sprawie C 303-15, obszernie przy tym uzasadniając zajęte stanowisko, w dużej mierze podzielające również zapatrywanie wyrażone w wydanej na potrzeby sprawy opinii Rzecznika Generalnego, argumenty tam przywołane w pełni zaś przekonują i należy do nich odesłać bez potrzeby ich powtarzania, nie pozostało Sądowi Okręgowemu nic innego jak uchylić zaskarżony wyrok kierując się rygorami art. 440 k.p.k. i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Zebrane dotychczas dowody nie pozwalały na reformatoryjne orzeczenie w instancji odwoławczej (tak art. 437 § 2 kpk w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r., który miał zastosowanie z mocy art. 36 pkt 2 i art. 44 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, por. uchwałę 7 sędziów SN z 29 listopada 2016 r., I KZP 10/16, internetowa baza orzeczeń SN). Poza tym zgodnie z regułą *ne peius* z art. 454 § 1 kpk Sąd odwoławczy nie może skazać oskarżonego, który został uniewinniony w pierwszej instancji, a takiego rozstrzygnięcia nie sposób wykluczyć.

W dalszym postępowaniu Sąd Rejonowy obowiązany jest do powtórzenia postępowania dowodowego w pełnym dotychczasowym zakresie oraz jego pogłębienia w kierunku i zakresie wyżej wskazanym.

Dopiero zgromadzony prawidłowo materiał dowodowy podda następnie Sąd Rejonowy wszechstronnej i wnikliwej analizie oraz swobodnej ocenie zgodnie z zasadami prawidłowego rozumowania, wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego, po czym wyciągnie prawidłowe wnioski końcowe. O ile zajdzie taka konieczność, w sposób przekonywający obowiązany będzie również uzasadnić na piśmie stanowisko zajęte w ponownym postępowaniu.

Nie przesądzając więc w niczym ostatecznego rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy orzekł jak w części dyspozytywnej swego wyroku.