

**Sygnatura akt VI Ka 279/19**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **10 maja 2019** r.

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

Przewodniczący SSO Piotr Mika

Protokolant Monika Dąbek

przy udziale Barbary Wilnowicz Prokuratora Prokuratury Rejonowej w T. i A. G. przedstawiciela Naczelnika (...) Urzędu Celno – Skarbowego w K.

po rozpoznaniu w dniu 10 maja 2019 r.

sprawy **Ł. B.** ur. (...) w P.

syna Z. i B.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach

z dnia 12 grudnia 2018 r. sygnatura akt VI K 710/18

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

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;
2. 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 800 zł (osiemset złotych).

**Sygn. VI Ka 279/19**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 12 grudnia 2018 roku w sprawie o sygn.. VI K 710/18 Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach:

1. oskarżonego Ł. B. uznał za winnego tego, że w okresie od dnia 16 grudnia 2015 roku do dnia 13 października 2016 roku, w krótkich odstępach czasu z wykorzystaniem takiej samej sposobności, w lokalu o nazwie "(...)" położonym w P. przy ul. (...) urządził i prowadził gry na automatach o nazwach: H. (...) nr (...), (...) nr (...), zawierające gry z elementami losowości, gdzie występują wygrane rzeczowe polegające na możliwości przedłużania gry bez konieczności wpłaty stawki za udział w grze oraz możliwość zamiany zdobytych punktów kredytowych na środki pieniężne i dokonania ich wypłaty bezpośrednio z automatów, wbrew przepisom art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych tj. popełnienia czynu wyczerpującego znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 §1 k.k.s. w związku z art. 6 § 2 k.k.s. i za to na mocy art. 107 § 1 k.k.s. orzekł wobec oskarżonego grzywnę w rozmiarze 100 stawek dziennych, ustalając na mocy art. 23 § 3 k.k.s. wysokość jednej stawki na kwotę 80 złotych;
2. na mocy art. 30 § 5 kks orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa urządzeń: H. (...) numer (...) i (...) numer (...) wraz z przynależnościami;

3. zasądził na mocy art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych (tekst jedn. Dz. U. z 1983 r. Nr 49, poz. 223 z późn. zm.) i art. 627 k.p.k. od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 800 złotych tytułem opłaty i obciążył go wydatkami postępowania w kwocie 70 złotych.

Apelację od wyroku wywiódł obrońca oskarżonego, który zaskarżając orzeczenie w całości zarzucił:

1. bezwzględną przyczynę odwoławczą opisaną w przepisie art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k., albowiem Sąd Rejonowy wydał orzeczenie uznające winę oskarżonego, pomimo że zachodzi negatywna przesłanka procesowa, bowiem postępowanie karne co do tego samego czynu i tej samej osoby w tym samym zakresie czasowym zostało prawomocnie zakończone na mocy wyroku Sądu Rejonowego w Sosnowcu w sprawie o sygn. III K 190/17;

2. obrazę przepisów prawa materialnego w postaci blankietowego przepisu art. 107 § 1 k.k.s. polegającą na jego zastosowaniu wobec czynu zarzucanego oskarżonemu, a w konsekwencji skazanie oskarżonego, mimo że w jego zachowaniu brak jest znamiona umyślności, o której mowa w treści art. 4 § 2 k.k.s., podczas gdy od strony podmiotowej delikty z art. 107 § 1-2 i 4 k.k.s. mogą zostać popełnione wyłącznie umyślnie;

3. obrazę przepisów prawa materialnego w postaci przepisu art. 10 § 4 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie, albowiem nie ulega wątpliwości, że oskarżony Ł. B. pozostawał co najmniej w usprawiedliwionym przekonaniu o niekaralności czynu, o ile w ogóle nie w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, o którym mowa w art. 10 § 1 k.k.s., co z kolei powinno skutkować uznaniem, że sprawca nie dopuścił się popełnienia przestępstwa skarbowego, bowiem nie można przypisać oskarżonemu winy w zakresie zarzucanego mu czynu;

4. mającą wpływ na treść rozstrzygnięcia rażąco obrazę przepisów prawa procesowego w postaci art. 167 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k., poprzez zaniechanie przez sąd I instancji zasięgnięcia opinii specjalisty, a zatem dopuszczenia dowodu z opinii biegłego w celu ustalenia okoliczności wymagających wiadomości specjalnych, a mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy w stosunku do zatrzymanych urządzeń do gier pod kątem posiadania przez nie cech losowości oraz komercyjności i oparciu rozstrzygnięcia wyłącznie na eksperymencie przeprowadzonym przez funkcjonariusza celnego, nie posiadającego wiadomości specjalnych w tym zakresie;

a w konsekwencji:

5. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść, a polegający na niezasadnym przyjęciu, iż zatrzymane w sprawie urządzenia do gier są automatami do gry wykazującymi cechy losowości, a gry na tym urządzeniu są grami na automatach w rozumieniu przepisu art. 2 ust. 3 ustawy o grach hazardowych.

W oparciu o powyższe zarzuty obrońca wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania z uwagi na fakt wystąpienia negatywnej przesłanki procesowej opisanej w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., albowiem postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone,

ewentualnie

2. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego Ł. B. od zarzucanego mu czynu

lub

3. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Apelacja obrońcy jest bezzasadna.

Twierdzenie o zaistnieniu w sprawie negatywnej przesłanki procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej oparto na treści wyroku Sądu Rejonowego w Sosnowcu w sprawie o sygn. III K 190/17, którym Ł. B. uznany został za winnego tego, że działając czynem ciągłym w wykonaniu tego samego zamiaru w okresie od 3 września 2015 roku do 25 października 2016 roku w S., C., J. i B. urządzał gry łącznie na 11 automatach bez numerów poświadczenia rejestracji i bez numerów zezwolenia, które powodowały wygrane rzeczowe i zawierały element losowości i bez koncesji na prowadzenie kasyna gry, tj. czynu z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. Tymczasem dla stwierdzenia tożsamości czynów wyczerpujących znamiona przestępstwa skarbowego wymagane jest ustalenie co najmniej tożsamości miejsca przestępczych zachowań, z uwagi na to, że "skoro urządzenie gry hazardowej w postaci gry na automatach (art. 1 ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h.) wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry (art. 6 ust. 1 u.g.h.), a koncesja taka udzielana jest w odniesieniu do jednego kasyna, prowadzonego w ściśle określonym (geograficznie) miejscu (art. 41 ust. 1, art. 42 pkt 3 i art. 35 pkt 5 u.g.h.), to zachowanie osoby, która nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna podejmuje działanie w postaci urządzania gry na automatach w różnych miejscach (miejscowościach, lokalach), stanowi każdorazowo - od strony prawnokarnej - inny czyn, podjęty z zamiarem naruszenia tych przepisów w każdym z tych miejsc. Uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s., popełnione w innym miejscu, w warunkach czynu ciągłego (art. 6 § 2 k.k.s.), w którym czas jego popełnienia obejmuje czasokres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s. co do którego toczy się jeszcze postępowanie karno-skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów". (por. wyrok SN z dnia 19 września 2018 r. w sprawie V KK 415/18.) Tym samym wobec popełnienia przez oskarżonego przypisanego mu w sprawie niniejszej czynu w P., a więc w innej miejscowości i w innych lokalach niż czyn przypisany w sprawie Sądu Rejonowego w Sosnowcu III K 190/17, brak możliwości podzielenia stanowiska skarżącego co do zaistnienia w sprawie negatywnej przesłanki procesowej w postaci res iudicata.

Teza skarżącego o braku znamienia umyślności w przypisanym oskarżonemu czynie oparta została na twierdzeniach oskarżonego, że przed przystąpieniem do pełnienia funkcji prezesa spółki zapoznał się z szeregiem dokumentów, orzeczeń oraz opinii prawnych, które kwestionowały możliwość stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych i utwierdzały go w przekonaniu, iż przeprowadzona przez niego działalność jest całkowicie legalna. Tymczasem ewentualne przekonanie oskarżonego o legalności jego działań, to nie błąd co do faktu w rozumieniu art. 10 § 1 k.k.s., lecz błąd co do prawa (error iuris) określony w art. 10 § 4 k.k.s. jako nieświadomość karalności czynu, jakiego się dopuścił sprawca. Chodzi w tym przypadku o sprawcę, który nie wie (nie zdaje sobie sprawy z tego), że to, co robi, stanowi bezprawie penalizowane jako przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe. Brak świadomości co do karalności podjętego zachowania, jeśli jest usprawiedliwiony, skutkuje niemożnością uznania czynu sprawcy wypełniającego ustawowe znamiona czynu zabronionego przez Kodeks karny skarbowy za przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe, a w konsekwencji niemożnością pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej skarbowej. O usprawiedliwionej nieświadomości karalności danego zachowania można mówić jedynie wtedy, gdy nie można sprawcy zarzucić braku należytej staranności w ustalaniu obowiązującego prawa. Przypomnieć wypada pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 15 listopada 2018 roku w sprawie V KK 76/18: „O ile może się zdarzyć, że na skutek zmiany dotychczas stabilnej i jednolitej linii orzeczniczej, określone zachowanie zostanie zakwalifikowane - po raz pierwszy - 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 sprawca tożsamego zachowania, za które już był uprzednio karany, prowadzi dalej swoją działalność, pomimo tego, iż norma prawna typizująca określone przestępstwo nie została uchylona wprost albo - w przypadku przestępstw blankietowych - gdy nie uległy uchyleniu przepisy, które stanowiły podstawę wypełnienia takiego blankietu.” Wobec oskarżonego co prawda w przeszłości zapadały orzeczenia uniewinniające lub umarzające postępowania o zarzucane mu czynu z art. 107 § 1 k.k.s., lecz jak wskazano w uzasadnieniu apelacji z przyczyn związanych z nienotyfikowaniem przepisów art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych, które to przyczyny odpadły z momentem wejścia w życie notyfikowanej nowelizacji powołanej ustawy obowiązującej od 3 września 2015 roku. Istnienie rozbieżności w wykładni przepisów art. 6 i 14 u.g.h. przed dniem 3 września 2015 r. (problem notyfikacji) o ile skutkowało rozbieżnymi orzeczeniami sądów i ułatwiało oskarżonym o czyny z art. 107 § 1 k.k.s. obronę

w procesach karnoskarbowych, o tyle nie mogło skutkować brakiem świadomości, iż jednak zachowanie to może być przestępstwem i tak jest kwalifikowane. Istnienie w świadomości sprawcy wątpliwości co do charakteru norm określonych w art. 6 i art. 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. (Dz. U. z 2018 r., poz. 165 ze zm.) o grach hazardowych to nie 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. Oceny stanu świadomości oskarżonego co do karalności jego zachowanie nie można zmienić z uwagi na unormowanie zawarte w art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 1201) i fakt, że oskarżony prowadził swoją działalność w zakresie gier losowych, opisaną aktem oskarżenia, po dniu 2 września 2015 r., a więc po wejściu w życie noweli z dnia 12 czerwca 2015 r. Przepis ten nawiązuje wprost do podmiotów prowadzących działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 lub art. 7 ust. 2, w dniu wejścia w życie tej ustawy. Chodzi więc tylko o te podmioty, które legalnie prowadziły działalność na podstawie koncesji (art. 6) lub zezwolenia (art. 7), a tylko prowadziły działalność w formie prawnej innej niż przewidziana w noweli. Przepis ten miał spowodować, że w okresie przejściowym te podmioty, prowadzące legalnie działalność, miały możliwość dostosowania formy prowadzonej działalności do wymogów określonych ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r. (por. art. 1 ust. 2 i 3 noweli). Treść przepisów ustawy nowelizującej dowodzi, iż art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. nie mógł stanowić podstawy do zalegalizowania działalności prowadzonej bez koncesji i zezwoleń.

Standardu należytej staranności, który mógłby usprawiedliwić błąd oskarżonego co do karalności przypisanego mu czynu, nie spełnia oparcie się wyłącznie na opiniach prawnych wydawanych zazwyczaj na zamówienie podmiotów prowadzących działalność zbliżoną do działalności oskarżonego. Orzeczenia uniewinniające i umarzające postępowania z uwagi na nienotyfikowanie przepisów ustawy o grach hazardowych przed 2 września 2015 roku w żadnym razie nie mogły być odnoszone przez oskarżonego do działań po wejściu w życie ustawy nowelizującej. Co prawda wykładnia art. 4 ustawy z 12 czerwca 2015 r. stała się przedmiotem pytania prawnego skierowanego do Sądu Najwyższego, to jednak nie sposób - z samego tego faktu - wyprowadzać daleko idących konsekwencji dla ustaleń co do stanu świadomości oskarżonego w przedmiocie karalności czynu, w czasie jego popełnienia. Nie sposób czynić i przyjmować tego rodzaju następstwa, w przypadku każdego - kierowanego przez sady w trybie art. 441 k.p.k. - pytania prawnego, nawet dotyczącego wątpliwości co do wykładni przepisu prawa materialnego zawierającego znamiona typów przestępstw. Wydając postanowienie z dnia 28 kwietnia 2016 r., I KZP 1/16, Sąd Najwyższy jednoznacznie dał wyraz temu, że wykładnia wskazanego przepisu nie może budzić uprawnionych wątpliwości. Stąd i nie można było zasadnie przyjmować istnienia wątpliwości odnośnie tego, czy przywołany przepis dotyczy tylko podmiotów prowadzących działalność zgodnie z ustawą o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015 r. Ustawodawca wszak wprost odniósł się w tymże art. 4 do podmiotów prowadzących działalność w zakresie o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 lub w art. 7 ust. 2 w dniu wejścia w życie zmienionej ustawy. Sąd Najwyższy uznając właśnie brak podstaw do powoływania się na te interpretacyjne wątpliwości odmówił przecież udzielenia odpowiedzi na postawione pytanie.

Brak również podstaw dla uwzględnienia zarzutu apelacji dotyczącego oparcia ustaleń w zakresie właściwości urzędów do gier pod kątem posiadania przez nie cech losowości oraz komercyjności i oparciu rozstrzygnięcia wyłącznie na eksperymencie przeprowadzonym przez funkcjonariusza celnego. Przypomnieć wypada, że w toku całego postępowania kwestia ta nie była przez oskarżonego i jego obrońcę problematyzowana. Wywiedzenie z przebiegu eksperymentu procesowego takich a nie innych cech badanych automatów do gry w żadnym razie nie świadczy o przekroczeniu przez sąd granic swobodnej oceny dowodów. Skarżący nie wskazuje nawet w apelacji powodów, dla których wyniki eksperymentu procesowego mogłyby zostać uznane za niemiarodajne dla ustalenia losowego i komercyjnego charakteru badanych automatów, jak i powodów, dla których wiedza i doświadczenie funkcjonariuszy celnych okazać mogłyby się niewystarczające dla stwierdzenia losowego charakteru gier na badanych automatach. Przy braku argumentów skarżącego w tym zakresie Sąd odwoławczy uznał, że dla stwierdzenia losowego charakteru gier na zajętych automatach nie jest niezbędne dysponowanie wiedzą fachową.

Wobec faktu, że zarzut błędu w ustaleniach faktycznych sformułowany został w postaci błędu będącego wynikiem uchybień wskazanych w pozostałych zarzutach apelacji, Sąd odwoławczy nie dopatrzwszy się tych uchybień konsekwentnie nie mógł uwzględnić ostatniego z zarzutów. Zaznaczyć jednak wypada, że w ocenie Sądu odwoławczego z uchybieniem w postaci błędu w ustaleniach faktycznych mamy do czynienia wówczas, gdy prawidłowo ujawniono

dowody stanowiące podstawę orzeczenia, a także dokonano prawidłowej ich oceny, a sąd, ustalając stan faktyczny, wziął pod uwagę wszystkie dowody ujawnione w postępowaniu, a także prawidłowo je ocenił, lecz ustalając stan faktyczny na podstawie tych dowodów, pominął wynikające z nich fakty istotne w sprawie albo ustalił fakty, które wcale z danego dowodu nie wynikają (błąd braku) lub wynikają, ale zostały zniekształcone (błąd dowolności), przy czym błąd dowolności może polegać również na wadliwym wnioskowaniu z prawidłowo ustalonych faktów (tzw. faktów ubocznych) co do istnienia lub nieistnienia faktu głównego (kwestii sprawstwa). Mając świadomość istnienia również poglądów, które możliwość stawiania zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych wiążą także z przypadkami, gdy źródłem tego błędu są uchybienia natury procesowej, w szczególności naruszenia art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., Sąd odwoławczy stoi na stanowisku, że stawianie zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych wywodzonego z naruszenia prawa procesowego ma charakter wtórny i jest całkowicie zbędne, podobnie jak stawianie zarzutu naruszenia prawa materialnego z równoczesnym kwestionowaniem prawidłowości ustaleń faktycznych.

Z wyżej wskazanych przyczyn, dokonując kontroli także pod kątem innych bezwzględnych przyczyn odwoławczych, Sąd okręgowy utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Wobec nieuwzględnienia apelacji wywiedzionej wyłącznie przez obrońcę oskarżonego, stosownie do regulacji art. 636 § 1 k.p.k. kosztami postępowania odwoławczego obciążonego oskarżonego. Na koszty te złożyły się: wydatki tego postępowania ograniczone do ryczału w wysokości 20 złotych za doręczenie pism i wezwań zgodnie z § 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie wysokości i sposobu obliczania wydatków Skarbu Państwa w postępowaniu karnym (Dz.U. 2013.663 j.t.) oraz opłata za nieuwzględnioną apelację skierowaną przeciwko rozstrzygnięciu o winie w wysokości opłaty należnej za postępowanie przed sądem I instancji, stosownie do art. 8 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (j.t. Dz.U. z 1983 r., nr 49 poz. 223 z późn. zm.)