

Sygn. akt V .2 Ka 575/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 stycznia 2019 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku

Wydział V Karny Sekcja Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący: SSO Lucyna Pradelska-Staniczek

Protokolant: Lucyna Tomala

w obecności Agnieszki Polus-Klyszcz funkcjonariusza Śląskiego Urzędu Celno-
Skarbowego w Katowicach oraz Moniki Kubicy Prokuratora Prokuratury Rejonowej
w Wodzisławiu Śląskim

po rozpoznaniu w dniu 21 stycznia 2019r.

sprawy:

M. W. /W./

s. P. i M.

ur. (...) w W.

oskarżonego o przestępstwa z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Wodzisławiu Śląskim

z dnia 29 maja 2018r. sygn. akt II K 372/16

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok,

II. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20 (dwadzieścia)
złotych i obciąża go opłatą
za II instancję w kwocie 1.520 (jeden tysiąc pięćset dwadzieścia złotych) złotych.

SSO Lucyna Pradelska-Staniczek

Sygn. akt V 2 Ka 575/18

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 29 maja 2018 roku Sąd Rejonowy w Wodzisławiu Śląskim w sprawie o sygn. II K 372/16 uznał oskarżonego M. W. za winnego tego, że działając w warunkach ciągu przestępstw skarbowych, dopuścił się trzech czynów polegających na tym, że:

- w W. w barze (...) przy ulicy (...) w dniu 12 listopada 2015 roku urządził w celach komercyjnych gry o charakterze losowym na automacie do gier (...) 2 o numerze (...) wbrew przepisom art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. 201 z 2009 roku, poz. 1540 z późn. zmianami),

- w dniu 04 lutego 2016r. jako Prezes Spółki H. F. (...) z siedzibą w K. przy ul. (...) lok. 503 urządził w celach komercyjnych w lokalu Punkt sprzedaży Sklep (...) mieszczącym się w P. na os. J. T. b/n gry hazardowe o charakterze losowym na automacie do gier o nazwie A. (...) numer (...), wbrew przepisom art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201 poz. 1540 z późniejszymi zmianami),

- w dniu 10 lipca 2015 roku pełniąc funkcję Prezesa Zarządu spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. przy ulicy (...) II, urządził w lokalu W. K. w W. przy ulicy (...), w celach komercyjnych gry o charakterze losowym na automacie do gier A. G. o numerze (...) wbrew przepisom art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. 201 z 2009 roku, poz. 1540),

przy czym sąd przyjął, iż każdy z tych czynów wyczerpuje znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. i za to na mocy art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s. i art. 37 § 4 k.k.s. przy zastosowaniu art. 38 § 1 pkt 3 k.k.s. wymierzył oskarżonemu jedną karę 4 miesięcy pozbawienia wolności oraz jedną karę grzywny w wymiarze 70 stawek dziennych, przy przyjęciu, iż jedna stawka dzienna równa jest kwocie 100 złotych.

Na mocy art. 69 § 1 i § 2 k.k. oraz art. 70 § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 20 § 2 k.k.s. sąd warunkowo zawiesił wykonanie wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności na okres próby wynoszący 2 lata.

Na mocy art. 30 § 5 k.k.s. w zw. z art. 31 § 1 k.k.s. sąd orzekł środek karny w postaci przepadku przedmiotów w postaci automatu do gier o nazwie A. (...) o numerze (...) z przewodem zasilającym, a także pieniędzy obiegowych polskich w kwocie 425 zł (czterysta dwadzieścia pięć złotych), przechowywanych w magazynie depozytu (...) Skarbowego w K. Delegatura w R. pod poz. D (...), na koncie sum depozytowych Izby Celnej w K. pod poz. D (...).

Na mocy art. 627 k.p.k. i art. 2 ust. 1 pkt 2 i art. 3 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych sąd zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa opłatę w kwocie 1520 złotych oraz obciążył go wydatkami postępowania w kwocie 210 złotych.

Apelację od wyroku wniósł oskarżony, który zaskarżył wyrok w całości, zarzucając:

1) obrazę przepisów postępowania, tj. art. 17 § 1 punkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.p.k. poprzez skazanie go za ciąg przestępstw z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, popełnionych na terenie województwa (...), w lokalu o nazwie M. przy ul. (...), w sklepie (...) mieszczącym się w P. na osiedlu (...) oraz w lokalu W. Kebab w W. przy ul. (...) w dniach 10 lipca 2015 roku, 12 listopada 2015 roku oraz 4 lutego 2016 roku w związku z zajmowaniem przez niego funkcji Prezesa Zarządu spółki (...) Sp. z o.o. oraz (...) Sp. z o.o. podczas gdy przed wydaniem zaskarżonego wyroku został wydany, a następnie uprawomocnił się wyrok Sądu Rejonowego w Ostrołęce z dnia 26 kwietnia 2017 roku, sygn. akt II K 161/16 na mocy którego został skazany za czyn ciągły, polegający na dokonaniu szeregu czynów wypełniających znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. popełniony w okresie od dnia 3 września 2015 roku do dnia 27 czerwca 2016 roku jako Prezes Zarządu spółki prowadzącej działalność o profilu hazardowym w wykonaniu tego samego zamiaru, co stanowi uchybienie rangi bezwzględnej przyczyny odwoławczej, określonej w art. 439 § 1 punkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.,

2) obrazę przepisu prawa materialnego, w postaci art. 37 § 1 punkt 3 k.k.s. poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, że działał w warunkach ciągu przestępstw, co skutkowało nadwyzwyczajnym obostrzeniem kary i wymierzeniem na podstawie art. 38 § 1 punkt 3 k.k.s. kary pozbawienia wolności, podczas gdy przypisane mu zachowania podejmowane były w krótkich odstępach czasu, z wykorzystaniem tego samego zamiaru oraz z wykorzystaniem tej samej sposobności, w ramach art. 9 § 3 k.k.s. w zakresie pełnienia tej samej funkcji: prezesa zarządu spółek, mogąc stanowić przez to wyłącznie jeden czyn ciągły zgodnie z art. 6 § 2 k.k.s., który to przepis winien być rozważany z urzędu

i w pierwszej kolejności, a którego zastosowanie uniemożliwia wskazanie liczby mnogiej przestępstw pozostających ze sobą w zbiegu i wyklucza działalnie w warunkach ciągu przestępstw,

3) obrazę prawa materialnego, tj. art. 10 § 4 k.k.s. poprzez brak jego zastosowania i brak przyjęcia, iż działał w usprawiedliwionym błędzie co do karalności za działalność, której się podejmował, podczas gdy w chwili popełnienia zarzucanych mu czynów, składających się na ciąg przestępstw (dotyczących czasu zarówno przed 3 września 2015 roku jak i po tej dacie), powszechne było przekonanie (w orzecznictwie oraz doktrynie), że zarówno art. 14 jak i art. 6 u.g.h. były przepisami technicznymi, a wprowadzony art. 4 ustawy nowelizującej tzw. „okres przejściowy”, odnosił się nie tylko do podmiotów, które prowadziły działalność polegającą na eksploatowaniu automatów do gier, zgodnie z wymaganiami u.g.h. przez 3 września 2015 roku, ale także dotyczył podmiotów, które kontynuowały prowadzoną wcześniej działalność również leganie (w zakresie, o jakim mowa w art. 6 ust. 1-3 u.g.h.), w związku z brakiem wywiązania się przez państwo polskie z obowiązku notyfikowania przepisów technicznych, na co zwrócił uwagę m. in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 maja 2018 roku, sygn. III K 419/17,

4) obrazę prawa materialnego, tj. art. 107 k.k.s. w zw. z art. 7 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności:

- poprzez przyjęcie, że art. 6 u.g.h. może stanowić samodzielną podstawę skazania za czyn zarzucany w niniejszym postępowaniu, podczas gdy w chwili jego popełnienia powszechne było przekonanie, iż przepis ten pełni rolę subsydiarną w stosunku do art. 14 u.g.h. i ze względu na przekonanie o technicznym charakterze tych przepisów, ich naruszenie nie podlegało karalności na podstawie art. 107 k.k.s.,

- jak również poprzez przyjęcie, iż art. 4 ustawy nowelizującej nie stosuje się do takich podmiotów jak Spółki, których Prezesem Zarządu był, podczas gdy w chwili popełnienia zarzucanego czynu prezentowane było stanowisko o abolicyjnym charakterze tego przepisu, które uzasadniło przyjęcie, iż przepis ten dotyczył również Spółek, które nie prowadziły działalności przed 3 września 2015 roku w oparciu o ustawę z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych i dawał im czas na dostosowanie swojej działalności do nowej sytuacji prawnej.

Skarżący podniósł, iż skazanie go na podstawie art. 107 k.k.s. stanowi więc naruszenie art. 7 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z tego względu, iż prawo nie spełniało w tym przypadku warunku przewidywalności, bowiem przestępstwo i wiążąca się z nim kara nie były wyraźnie zdefiniowane przez prawo.

Nadto skarżący wniósł o zaliczenie w poczet materiału dowodowego dokumentów wymienionych w treści apelacji na okoliczność pozytywnej prognozy kryminologicznej i jego aktualnej sytuacji życiowej i majątkowej.

Nadto niezależnie od powyższych zarzutów skarżący na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 punkt 4 k.p.k. zarzucił rażąco niewspółmierność kary polegającą na orzeczeniu kary 4 miesięcy pozbawienia wolności w zawieszeniu na 2 lata wraz z karą grzywny w wymiarze 70 stawek po 100 złotych, w sytuacji gdy prawidłowa ocena okoliczności sprawy, w tym w szczególności chaos legislacyjny panujący w okresie zarzucanego mu czynu, brak jego uprzedniej karalności w momencie podejmowania zarzucanych mu czynów, jego aktualna sytuacja materialna i życiowa, w tym zakończenie prowadzenia przez niego jakiegokolwiek działalności w branży rozrywkowej wskazuje, że cele kary zostałyby spełnione przez wymierzenie samoistnej kary grzywny w jej dolnych granicach ustawowego zagrożenia.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie wyroku i umorzenie postępowania, wobec zaistnienia bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 § 1 punkt 8 k.p.k., alternatywnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wydanie rozstrzygnięcia uniewinniającego w oparciu o kontratyp z art. 10 § 4 k.k.s., a w wypadku nieuwzględnienia tych wniosków o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wyeliminowanie z podstawy skazania art. 37 § 1 punkt 3 k.k.s. i z podstawy wymiary kary art. 38 § 1 punkt 3 k.k.s. i w konsekwencji tak ustalonej kwalifikacji prawnej czynu, orzeczenie samoistnej kary grzywny uwzględniającej jego aktualną sytuację materialną i życiową w

wymiarze 50 stawek dziennych po 70 złotych każda, zmianę wyroku poprzez zwolnienie z obowiązku ponoszenia kosztów procesu w niniejszej sprawie.

Alternatywnie skarżący wniósł, odwołując się do karty karnej dowodzącej skali ukarania jego osoby za czyny z art. 107 § 1 k.k.s., za wszystkie przypisane mu występki, za które już został skazany, popełnione zostały w tych samych okolicznościach, w tym samym czasokresie, wynikające z tej samej motywacji, przy tej samej sposobności i w tym samym zamiarze, co zarzucany mu występki z art. 107 k.k.s. urządzania gier na automatach poza kasynem gry w niniejszej sprawie, co czyni całkowitą bezprzedmiotowość dalszego karania go za zachowania mieszczące się w ramach powyższych skazań. Z tego względu wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 11 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

apelacja oskarżonego nie zasługiwała na uwzględnienie. Stanowi ona jedynie gołosłowną polemikę z prawidłowymi ustaleniami i rozstrzygnięciami sądu I instancji oraz prezentację dokonanej wykładni wybranych przepisów u.g.h. i k.k.s. Poglądów tych sąd odwoławczy nie podziela.

Stanowisko oskarżonego jakoby prawomocne skazanie oskarżonego wyrokiem Sądu Rejonowego w Ostrołęce z dnia 26 kwietnia 2017 r. sygn. akt II K 161/16 za czyn z art. 107 § 1 k.k.s. popełniony w okresie od 3 września 2015 roku do 27 czerwca 2016 roku stworzyło stan prawomocności materialnej w stosunku do czynów będących przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie jest błędne. Tym samym w sprawie nie zaistniała bezwzględna przyczyna odwoławcza, orzeczenie nie zapadło z obrazą art. 439 § 1 punkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.

Należy zwrócić uwagę na pogląd zawarty w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2018 roku, sygn. V KK 415/18, zgodnie z którym 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 punkt 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 prawno karnej – inny czyn, podjętym 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 czasookres 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. Z naprowadzonych wyżej względów podziela pogląd wyrażony w przywołanym judykacie a także w orzeczeniach Sądu Najwyższego o sygn. V KS 5/18 oraz III KK 331/17 wskazać należy, iż – wbrew twierdzeniom skarżącego – w sprawie nie zaistniała przeszkoda procesowa określona formułą *res iudicata*. Fakt skazania oskarżonego prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w Ostrołęce, sygn. akt II K 161/16 nie skutkuje wystąpieniem bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 438 § 1 punkt 8 k.p.k. Czyny objęte tym wyrokiem zostały bowiem popełnione w innych miejscach, aniżeli czyny objęte postępowaniem w niniejszej sprawie.

Mając na względzie przytoczone powyższej poglądy stwierdzić należy, że sąd I instancji prawidłowo przyjął, iż zarzucanych mu czynów – popełnionych w różnych miejscach – oskarżony dopuścił się w warunkach ciągu przestępstw skarbowych określonego w art. 37 § 1 punkt 3 k.k.s. Jednego z czynów oskarżony dopuścił się w K., dwóch pozostałych w dwóch różnych lokalach na terenie W.. Oskarżonemu nie udzielono koncesji w stosunku do żadnego z wymienionych, ściśle określonych geograficznie miejsc. Skoro tak, to – wbrew postulatowi oskarżonego – zastosowanie art. 6 § 2 k.k.s. nie było możliwe. W konsekwencji koniecznym było zastosowanie instytucji z art. 37 § 1 punkt 3 k.k.s., a w konsekwencji nadzwyczajne obostrzenie kary określone w art. 38 § 1 punkt 3 k.k.s., a więc wymierzenie kary pozbawienia wolności w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, nie niższej niż jeden miesiąc. Nadzwyczajne obostrzenie kary pozbawienia wolności nie wyłączało możliwości wymierzenia także

kary grzywny grożącej za to przestępstwo obok kary pozbawienia wolności. Zupełnie niezasadny jest zatem także zarzut podniesiony w apelacji jako drugi w kolejności.

Pozostałe zarzuty zawarte w apelacji także okazały się nieskuteczne. Sąd meriti starannie zgromadził i przeprowadził wszelkie dowody, które mogły prowadzić do wyjaśnienia okoliczności popełnienia przez oskarżonego przypisanych mu czynów.

Zarówno sentencja wyroku jak i pisemne motywy zaskarżonego wyroku nie pozostawiają wątpliwości, że działanie oskarżonego polegające na urządzaniu w celach komercyjnych gier o charakterze losowym na urządzeniach elektronicznych do gier wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych sąd I instancji wiązał z naruszeniem przepisów art. 6 ust. 1 u.g.h., art. 14 ust. 1 oraz art. 23 a ust. 1 u.g.h. Przy czym sąd meriti wskazał, mając na względzie daty popełnienia poszczególnych czynów, iż jedynie czyn popełniony 10 lipca 2015 roku polegał na urządzaniu w celach komercyjnych gier o charakterze losowym na konkretnym automacie do gier wbrew przepisowi art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Czyn polecający na urządzaniu gier na automatach, pomimo nieposiadania koncesji na prowadzenie kasyna gier, stanowił bowiem przestępstwo również przed wejściem w życie w dniu 3 września 2015 roku nowelizacji ustawy o grach hazardowych, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części uzasadnienia.

Art. 107 § 1 k.k.s., w wersji obowiązującej w dacie czynów, stanowi, że kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urządza lub prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karom łącznie. Zatem dla przypisania sprawcy czynu z art. 107 § 1 k.k.s. koniecznym jest wykazanie, iż urządzał lub prowadził on grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny wbrew przepisom ustawy.

Zgodnie z utrwalonymi już w tej mierze poglądami doktryny zakres pojęcia „urządza” jest szerszy od „prowadzi”. Osoba, która grę lub zakład (...), najczęściej układa system gry, określa wysokość wygranych, wynajmuje i przystosowuje lokal, zatrudnia i szkoli pracowników, organizuje grę, rozlicza przedsięwzięcie itp. Natomiast osoba, która grę lub zakład wzajemny „prowadzi”, ogranicza się najczęściej do wykonywania bezpośrednich czynności przy tych grach (tak pogląd zawarty w Komentarzu do art. 107 k.k.s. W. K. i B. K.). Natomiast w komentarzu do art. 107 k.k.s. T. G. stwierdził, iż czym innym jest tu urządzenie gry i zakładu wzajemnego lub prowadzenie działalności w zakresie gier i zakładów, a czym innym prowadzenie gry lub zakładu. To pierwsze wymaga bycia określonym podmiotem uprawnionym do uzyskania zezwolenia na urządzenie gry lub zakładu lub na prowadzenie działalności w zakresie gier i zakładów, a wcześniej ustalenia ich regulaminu, z określeniem w nim także wygranych, terminu i miejsca gry lub zakładu oraz praw i obowiązków ich uczestników, zapewnienia stosownych zabezpieczeń i spełnienia określonych warunków, od jakich ustawa uzależnia zorganizowanie (urządzenie) danej gry lub zakładu lub działalności w tym zakresie (zob. np. art. 3, 4 ust. 1, art. 5-7, 11 ust. 2, 5 i 5a, art. 13-15b, art. 22, 24, 32-36 czy 39 u.g.z.w.). To drugie, czyli prowadzenie gry bądź zakładu wzajemnego, a nie działalności w tym zakresie, wiąże się z samym ich realizowaniem, co wymaga też uwzględnienia przez prowadzącego konieczności przestrzegania wymogów prawidłowego organizowania gry lub zakładu zarówno od strony technicznej, organizacyjnej, realizacji wygranych itd. (np. art. 11 ust. 1, 3 i 4, art. 17-19 czy 23 u.g.z.w.). W konsekwencji uznać należy, że urządzenie gier lub zakładów zdaje się jednak pojęciem szerszym niż samo ich prowadzenie.

W dacie popełnienia zarzucanych czynów oskarżony pełnił funkcję Prezesa Zarządu spółek (...) oraz (...). W sprawie nie ulega żadnym wątpliwości, że będąc Prezesem Zarządu wymienionych spółek odpłatnie udostępniał wskazane automaty do gier nieograniczonej liczbie osób i z tego tytułu osiągał korzyści majątkowe. Inaczej mówiąc, to właśnie oskarżony stworzył warunki do prowadzenia gier na automatach i umożliwił prowadzenie takich gier, z czego czerpał stały dochód. Tym samym nie ma wątpliwości, iż oskarżony urządzał gry na automatach – a na co wprost wskazał sąd I instancji w pisemnych motywach rozstrzygnięcia.

Nie ulega wątpliwości, iż przedmiotowe automaty zawierały gry o charakterze losowym, co wynika z protokołów kontroli, czego zresztą skarżący nie kwestionował.

Oskarżonemu zarzucono popełnienie przestępstw skarbowych z art. 107 § 1 k.k.s. Przepis ten odsyła do przepisów ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 roku (Dz. U. z 2009 roku, nr 201, poz. 1540 z późn. zm.). Przepisy powołanej ustawy definiują pojęcie gier hazardowych, dopuszczalność organizowania i prowadzenia działalności w tym zakresie oraz wymagania, jakie muszą być spełnione, by działalność taka mogła być prowadzona. Zatem przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. może polegać między innymi na naruszeniu art. 6 ust. 1 u.g.h., tj. na urządzaniu gier na automatach bez posiadanej koncesji na prowadzenie kasyna, lub art. 14 ust. 1 u.g.h., tj. na urządzaniu gier na automatach poza kasynem gry lub art. 23 a ust. 1 u.g.h., tj. urządzaniu gier na niezarejestrowanych automatach. Tym samym urządzenie gier losowych na automatach z naruszeniem któregośkolwiek z tych przepisów wypełnia znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.

W wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 października 2016 r. wydanym w sprawie C-303/15 stwierdzono, że art. 6 ust.1 ustawy o grach hazardowych nie stanowi przepisu technicznego w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r., podlegającego obowiązkowi notyfikacji na podstawie art. 8 ust.1 tej dyrektywy. To jednoznaczne rozstrzygnięcie ETS czyni wszelkie zarzuty odwołujące się do kwestii techniczności w/w przepisu u.g.h. bezpodstawnymi.

Pogląd wyrażony w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 października 2016 r. wydanym w sprawie C-303/15 został również podzielony w uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. (I KZP 17/16). Z powołanej uchwały Sądu Najwyższego należy wnosić, że o wypełnieniu normy blankietowej art. 107 § 1 k.k.s. stanowi już samo naruszenie art. 6 ust.1 u.g.h. i możliwym jest przypisanie odpowiedzialności karnej za czyn z art. 107 § 1 k.k.s., który polega na naruszeniu wyłącznie lub również art. 6 ust.1 ustawy o grach hazardowych, nawet jeśli czyn ten zostałby popełniony przed wejściem w życie nowelizacji ustawy o grach hazardowych. Zgodnie z tym poglądem, który Sąd Odwoławczy w pełni podziela, norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej na podstawie dyrektywy 98/34/WE, wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. przepisu art. 14 ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. w pierwotnym brzmieniu, natomiast art. 6 ust. 1 tej ustawy mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s., o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony. Kwestia technicznego charakteru przepisu art. 14 ust.1 u.g.h. nie podlegała zdaniem Sądu Najwyższego dyskusji, przy czym problem, czy dopuszczalna jest odmowa stosowania nienotyfikowanego przepisu technicznego, jako niezgodnego z prawem unijnym, aktualizuje się jedynie w tych sprawach o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s., w których zaszłaby konieczność przyjęcia w ramach kwalifikacji prawnej czynu, jako naruszonego, jedynie art. 14 ust. 1 ugh w pierwotnym brzmieniu. (W tym miejscu wskazać bowiem należy, że mocą ustawy zmieniającej z dnia 12 czerwca 2015 roku, z dniem 3 września 2015 roku wszedł w życie znowelizowany art. 14 ust. 1 u.g.h, którego projekt został notyfikowany Komisji Europejskiej, która nie wniosła do niego zastrzeżeń).

W rozpoznawanej sprawie czyny z art. 107 § 1 k.k.s. zarzucane oskarżonemu polegały na urządzaniu gier hazardowych na automacie poza kasynem gry oraz bez wymaganego zezwolenia, czyli koncesji na prowadzenie kasyna gry, nadto sąd I instancji przyjął, iż czyn z zarzutu II także bez rejestracji i opinii jednostki badającej, o której mowa w art. 23 a ust. 3 w.w. ustawy. Jak to już wyżej wskazano, z uwagi na datę czynu z zarzutu III (został on popełniony przed datą 3 września 2015 roku) Sąd Rejonowy zasadnie przyjął, że oskarżony działał jedynie wbrew przepisom art. 6 ust. 1 u.g.h. Powtórzyć należy, że w świetle powołanej wyżej uchwały Sądu Najwyższego czyn polegający na urządzaniu wbrew normom z art. 6 ust. 1 u.g.h. pomimo nieposiadania koncesji na prowadzenie kasyna stanowił przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. nawet przed wejściem w życie w dniu 3 września 2015 r. nowelizacji ustawy o grach hazardowych. Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego spółki, których oskarżony M. W. był prezesem zarządu, nie posiadały wymaganej prawem koncesji na prowadzenie tego typu działalności wydanej przez właściwy organ. Kontrolującym w żadnym przypadku nie przedstawiono dokumentów poświadczających rejestrację przedmiotowych urządzeń, ani opinii technicznych z badań poprzedzających rejestrację, wykonywanych przez upoważnioną jednostkę badającą, do czego obligował art. 23 a ustawy o grach hazardowych.

W związku z powyższym zachowanie oskarżonego każdorazowo naruszyło art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Oskarżony działał również wbrew przepisowi art. 23a ust. 1 u.g.h., bowiem kontrolującym nie przedstawiono dokumentów dotyczących rejestracji urządzeń spełniających definicję automatu do gry w myśl art. 2 ust. 3 u.g.h., na co również wskazał Sąd I instancji w pisemnym uzasadnieniu wyroku, a nadto odnośnie czynów I i II także wbrew przepisowi art. 14 ust. 1 u.g.h.

Zupełnie niezasadny jest również zarzut obrazy prawa materialnego opisany w apelacji jako 4 w kolejności. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż art. 6 ust. 1 u.g.h. i art. 14 ust. 1 u.g.h. stanowią odrębne przepisy, które regulują dwie różne kwestie. Art. 6 ust. 1 u.g.h. stanowi, że działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości i gier na automatach może być prowadzona po uzyskaniu koncesji na kasyno gry, (...). Zatem jego istotą jest uzależnienie możliwości urządzania gier od posiadania koncesji na kasyno gry. Przepis ten nie stawia żadnych wymagań co do miejsca, w których są lub mają być urządzone gry, co z kolei reguluje art. 14 ust. 1 u.g.h. Art. 14 ust. 1 u.g.h. stanowi, że urządzenie gier cylindrycznych, gier w karty, w tym turniejów gry w pokera, gier w kości oraz gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gier na zasadach i warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów ustawy, z wyjątkiem ust. 4 i 5, a zatem szczegółowo wskazuje miejsce i warunki urządzania gier hazardowych. Zatem oczywistym jest, iż zakresy tych regulacji nie tylko nie zachodzą na siebie, ale regulują one dwie odmienne kwestie. Jednocześnie treść tych przepisów jest prosta przejrzysta i jednoznaczna, nie sposób zatem uznać, iż jest ona niezrozumiała dla przeciętnego obywatela, a co dopiero do zajmującego na szeroką skalę działalnością hazardową oskarżonego, który na co dzień korzystał z pomocy licznych prawników i dysponował różnymi ekspertyzami prawnymi. To, iż niektóre polskie sądy miały wątpliwości co do technicznego charakteru obu tychże przepisów, lub fakt, że Komisja Europejska postulowała by (...) wypowiedział się w kwestii techniczności obu tych przepisów, które pomimo swej odrębności są ze sobą powiązane, nie oznacza, że podmioty te traktowały przepisy z art. 6 ust. 1 u.g.h. i art. 14 ust. 1 u.g.h. jako tożsame, czy subsydiarne. M. W. był prezesem zarządu spółek, których zasadniczym przedmiotem działalności od dłuższego czasu było urządzenie gier losowych na automatach, z czego czerpał stałe dochody. Była to działalność prowadzona na dużą, wręcz ogromną skalę. Styczność oskarżonego z automatami do gier nie była przypadkowa czy incydentalna, zaś z racji pełnionej funkcji oskarżony nie mógł nie wiedzieć o rygorach prawnych, którym poddana jest działalność w zakresie gier hazardowych. Oskarżony nie był osobą przypadkową, ale przedsiębiorcą mającym wykorzystywać zakwestionowane automaty do gry w profesjonalnych przedsięwzięciach gospodarczych, przynoszących mu zysk, a określenie tego zysku przymiotnikiem "niemały" stanowiłoby by co najmniej eufemizm.

Twierdzenia oskarżonego, że pozostawał w błędzie, o jakim mowa w art. 10 § 4 k.k.s. k.k.s. należy ocenić krytycznie i uznać, że stanowią jedynie nieudolną linię obrony zmierzającą do uniknięcia odpowiedzialności karnej za zarzucane występki skarbowe. Z całą pewnością oskarżony zdawał sobie sprawę z faktu niekorzystnego dla jego działalności uregulowania kwestii gry na automatach w ustawie hazardowej, ale z uwagi na duże korzyści majątkowe osiąmane z tejże działalności nie zamierzał z niej rezygnować. Oskarżony pomimo toczących się wobec niego licznych postępowań nadal w profesjonalny i zakrojony na szeroką skalę sposób organizował gry na automatach. Nie ma zatem żadnych podstaw do przyjęcia, że w działaniach oskarżonego brak było znamienia umyślności lub że działał on w błędzie co do karalności swojego czynu. Co istotne oskarżony zaniechał zwrócenia się do Ministra Finansów o wydanie decyzji w trybie art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych, co wymagałoby poddania badaniom technicznym zindywidualizowanego urządzenia. Jednoznacznie wskazuje to na to, że oskarżony orientował się, iż posiadane automaty podlegają uregulowaniom ustawy o grach hazardowych. Dokonując samodzielnej interpretacji przepisów prawa doszedł do wniosku, że do przepisów ustawy o grach hazardowych stosować się nie musi. Całkowicie świadomie powodów braku karalności swojej działalności oskarżony doszukiwał się w korzystnych dla siebie orzeczeniach, wspartych prywatnymi opiniami, które przecież pozbawione były mocy powszechnie obowiązującej. Oskarżony prowadził działalność gospodarczą w zakresie gry na automatach na terenie całego kraju, nie był „przeciętnym obywatelem”, który nie był świadomy obowiązujących przepisów regulujących rynek hazardu. Miał świadomość obowiązujących przepisów prawa w zakresie prowadzonej przez siebie działalności, jako od przedsiębiorcy należało od niego wymagać i oczekiwać znacznie więcej, aniżeli od zwykłego obywatela. Oskarżony pomimo, że zwracał się o określone opinie prawne i opinie takie uzyskał, nie podjął żadnych działań w kierunku uzyskania decyzji, o której mowa

w art. 2 ust. 6 u.g.h. Nieświadomość jest stanem braku wiedzy na dany temat i należy odróżnić ją od wątpliwości, które mogły wskazywać oskarżonemu, że prowadzona przez niego działalność jest niezgodna z obowiązującym prawem. Brak zwrócenia się o wyjaśnienie takich wątpliwości w przewidzianym w u.g.h. trybie świadczy co najmniej o przewidywaniu przez oskarżonego możliwości popełnienia czynu zabronionego i godzeniu się na jego popełnienie. (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2018 roku, sygn. III KK 426/17).

Myli się skarżący podnosząc, że w chwili popełnienia zarzucanych mu czynów powszechne było przekonanie, że zarówno art. 14 jak i art. 6 u.g.h. były przepisami technicznymi (należy przy tym podkreślić, że dwa z trzech przypisanych czynów popełnione zostały po 3 września 2015 roku), zaś art. 4 ustawy nowelizującej z dnia 12 czerwca 2015 roku wprowadzał tzw. „okres przejściowy”. Zgodnie z przywołanym przepisem podmioty prowadzące działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 lub w art.7 ust. 2, mają obowiązek dostosowania się do wymogów określonych w ustawie o grach hazardowych w brzmieniu nadanym wskazaną nowelizacją w terminie do dnia 1 lipca 2016 r. Jak zaznaczył Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 kwietnia 2016r. (I KZP 1/16, OSNKW 2016/6/36) powołany przepis dotyczy podmiotów, które prowadziły taką działalność zgodnie z ustawą o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015 r. (na podstawie koncesji albo zezwolenia). Przepis art. 4 ustawy nowelizującej żadnej treści o charakterze abolicyjnym nie zawiera. Również wykładnia celowościowa nie pozwala na aprobatę poglądu skarżącego. Przeciż ustawodawca nie rezygnowałby dobrowolnie z okresowej reglamentacji rynku gier hazardowych. Taki pogląd wypowiedział w cytowanym wyżej orzeczeniu Sąd Najwyższy, a Sąd Okręgowy w pełni go podziela.

Fakt, iż inne sądy rejonowe i okręgowe na terenie Polski w podobnych sprawach wydawały wyroki uniewinniające oskarżonego M. W. od zarzutu popełnienia czynu z art. 107 k.k.s., nie może bezpośrednio wpływać na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy. Tak samo nie mają na to wpływu opinie prawne, którymi oskarżony dysponował, ani postanowienia o umorzeniu postępowań przygotowawczych czy też postanowienia odmawiające zatwierdzenia zatrzymania eksploatowanych automatów lub zarządzające zwrot zatrzymanych automatów. W Polsce nie obowiązuje system prawa oparty na precedensach (jaki panuje w krajach anglosaskich). Każda sprawa jest rozpatrywana indywidualnie przez niezawisły sąd na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w aktach konkretnej sprawy. Samodzielność jurysdykcyjna sądu stanowi podstawową zasadę działania organu wymiaru sprawiedliwości w Polsce.

Sąd odwoławczy nie podziela także poglądu, jakoby w niniejszej sprawie mogła znaleźć zastosowanie instytucja tzw. umorzenia absorpcyjnego przewidziana w art. 11 § 1 k.p.k. Ratio legis umorzenia absorpcyjnego opiera się na założeniu, iż nie jest celowe prowadzenie postępowania za relatywnie drobne przestępstwo przeciwko sprawcy, który już został skazany za inne poważniejsze przestępstwo na stosunkowo surową karę. Kara ta czyni już zadość społecznemu poczuciu sprawiedliwości. Prowadzenie w takim przypadku postępowania o czyn drobniejszy byłoby trwonieniem środków społecznych, które lepiej przeznaczyć na ściganie innych, poważniejszych przestępstw. Prawomocnie wymierzona kara za inne przestępstwo ma charakter quasi-ryczałtowy, gdyż odpowiada nie jednemu czynowi, lecz całemu przestępczemu zachowaniu sprawcy. Odnosząc te uwagi na realia niniejszej sprawy wskazać należy, iż z danych o karalności dotyczących oskarżonego nie wynika, by został on skazany na taką karę, której wymiar skutkowałby przyjęciem, że kara orzeczona w niniejszej sprawie miała znaczenie symboliczne, nie realne. Dodatkowo wskazać należy, iż zupełnie czym innym jest instytucja kary łącznej uregulowana w rozdziale IX kodeksu karnego. To, że mogą w przyszłości zachodzić warunki do objęcia kar z niniejszej sprawy z innymi karami pozbawienia wolności, czy grzywnami dotychczas nie wykonanymi, w żadnej mierze nie stanowi argumentu za absorpcyjnym umorzeniem postępowania.

Odnosząc się z kolei do wymierzonych kar przyjąć należy, że są one sprawiedliwe, odpowiednie do stopnia winy i społecznej szkodliwości czynu. Zauważyć należy, iż karę pozbawienia wolności zgodnie z treścią art. 37 § 1 punkt 3 k.k.s. i art. 38 §1 punkt 3 k.k.s. należało wymierzyć z nadzwyczajnym obostrzeniem jej wykonania. W świetle kategoriycznego brzmienia przepisu art. 37 § 1 k.k.s. niemożliwym było wymierzenie jedynie samoistnej kary grzywny, o co wnioskuje skarżący.

Wymierzone kary pozbawienia wolności oraz kara grzywny uwzględniają te wszystkie elementy, jakie są istotne dla ich wymiaru. Zostały one wymierzone w dolnych granicach ustawowego zagrożenia, stąd w żadnej mierze nie sposób uznać ich za kary rażąco niewspółmiernie surowe a tylko wymierzenie takich kar uzasadniałoby ingerencję sądu odwoławczego. Nie sposób uznać, by stawka dzienna grzywny w wysokości 100 złotych była nazbyt wygórowana i nieadekwatna do sytuacji materialnej lub rodzinnej oskarżonego, który przez wiele lat czerpał ogromne zyski z procederu urządzania gier hazardowych. Wymierzona oskarżonemu kara grzywny uwzględnia dyrektywy wymiaru kary określone treścią art. 53 k.k. Rolą kary jest nie tylko odpłata oskarżonemu za popełnione przestępstwo, czy zapewnienie jego resocjalizacji, ale również prewencja szczególna i ogólna, winna ona zapewnić ochronę społeczeństwu przed przestępnymi działaniami oskarżonego i innych ludzi, którzy muszą mieć świadomość, że dopuszczenie się takiego przestępstwa pociąga za sobą konkretną i wymierną karę.

Sąd I instancji uwzględnił pozytywną prognozę kryminologiczną zachodzącą wobec oskarżonego (na zachodzenie takiej pozytywnej prognozy powołuje się oskarżony w apelacji) pozwalającą na warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej wobec niego kary 4 miesięcy pozbawienia wolności, a wyrażającą się w przekonaniu, iż nie popełni on ponownie przestępstwa i będzie przestrzegać porządku prawnego. Sąd I instancji warunkowo zawiesił wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności na okres 2 lat tytułem próby, co dodatkowo świadczy o łagodności orzeczonej względem oskarżonego kary.

Konsekwencją skazania za przestępstwo skarbowe z art. 107 §1 k.k.s. było obligatoryjne orzeczenie przepadku (art. 30 § 5 k.k.s. w zw. z art. 31 § 1 k.k.s.).

Wbrew twierdzeniom skarżącego zasadnie obciążono go kosztami sądowymi obejmującymi opłatę w wysokości 1520 złotych oraz wydatki postępowania w wysokości 210 złotych. Obciążenie oskarżonego kosztami postępowania stanowi konsekwencję wydania wyroku skazującego, to oskarżony swym nagannym zachowaniem zainicjował wszczęcie, a następnie prowadzenie przeciwko niemu niniejszego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe i uznając ustalenia dokonane przez Sąd Rejonowy w Wodzisławiu Śląskim za prawidłowe, Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do zmiany lub uchylecia zaskarżonego wyroku.

Mając na względzie sytuację osobistą i finansową oskarżonego, zasądzono od niego na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20 złotych i obciążono go opłatą za II instancję w kwocie 1520 złotych.

Z naprowadzonych względów orzeczono jak w sentencji.

SSO Lucyna Pradelska-Staniczek