

Sygn. akt V.2 Ka 144/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 maja 2019 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku

Wydział V Karny Sekcja Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący: SSO Jacek Myśliwiec

Protokolant: Beata Pinior

w obecności Edyty Szewczyk - funkcjonariusza (...)Urzędu Celno –Skarbowego w K.

po rozpoznaniu w dniu 27 maja 2019 r.

sprawy: **M. W. /W./**

s. P. i M.

ur. (...) w W.

oskarżonego o przestępstwo z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Raciborzu

z dnia 25 października 2018r. sygn. akt II K 286/18

I.utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

II.obciąża oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa opłatą za II instancje w kwocie 1000 (jeden tysiąc) złotych i zasądza od niego wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 20 (dwadzieścia) złotych.

SSO Jacek Myśliwiec

Sygn. akt V. 2 Ka 144/19

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Raciborzu wyrokiem z dnia 25 października 2019r., sygn. akt II K 286/18, uznał oskarżonego M. W. za winnego tego, że w dniu

1 marca 2011 roku pełniąc funkcję prezesa zarządu i zajmując się sprawami gospodarczymi spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. przy ulicy (...), urządził w celach komercyjnych gry hazardowe w lokalu

o nazwie (...) w miejscowości R. przy ulicy (...), o charakterze losowym, tj. gry na automacie - urządzeniu o nazwie:

A.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) czym wyczerpał znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

i za to na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 23 § 1 i 3 k.k.s. skazał go na karę

100 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 złotych.

Na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. Sąd orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa automatu do gier o nazwie A.o numerze (...) wraz z kablem zasilającym oraz kluczami (3 sztuki).

Na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 230 § 2 kpk Sąd zarządził zwrot osobie uprawnionej - B. G. przedmiotów w postaci:

- umowy o wspólnym przedsięwzięciu z 10.11.2010 r.– 3 kartki (A4) oraz załącznik do tej umowy nr (...) z 10.11.2011r. – 1 kartka;
- protokołu wydania do umowy z dnia 10.11.2010 r.;
- Faktury VAT nr (...) z dnia 2011.01.31

szczegółowo opisanych w protokole (k. 3 akt), a przechowywanych w aktach sprawy na kartach 10-15.

Na podstawie art. 627 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks Sąd zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe obejmujące wydatki w kwocie 50 złotych i opłatę w kwocie 1000 złotych.

Apelację od tego wyroku wniósł oskarżony, który na podstawie art. 444 kpk oraz art. 425 §1 i 2 kpk w zw. z art. 113 §1 kks zaskarżył w całości wyrok Sądu Rejonowego w Raciborzu z dnia 25.10.2018r., na mocy którego został uznany winnym popełnienia umyślnego przestępstwa skarbowego z art. 107 §1 kks w zw. z art. 9 §3 kks.

W pierwszej kolejności, niezależnie od przedstawionych poniżej zarzutów, oskarżony wskazał na możliwość wystąpienia w zaskarżonym wyroku bezwzględnej przesłanki odwoławczej, określonej w art. 439 §1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., polegającej na uprzednim wydaniu przez Sąd Rejonowy w Jastrzębiu-Zdroju w dniu 25 listopada 2016 r. (sygn. II K 412/13) wyroku skazującego, na mocy którego uznany został za winnego popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 k.k.s., gdzie zarzucanego czynu miał dopuścić się od dnia 1 czerwca 2010 r. do dnia 11 października 2011 r. - w czasie obejmującym zarzucany mu w niniejszym postępowaniu okres, co powoduje zaistnienie stanu powagi rzeczy osądzonej.

Oskarżony zaskarżonemu wyrokowi, na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 2 k.p.k., zarzucił:

1) obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku, tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodu z wyjaśnień oskarżonego, którym Sąd odmówił wiarygodności w zakresie odnoszącym się do jego przekonania o legalności prowadzonej działalności gospodarczej podczas gdy: 1. odczytane wyjaśnienia są spójne, rzeczowe i uwiarygodnione; 2. w toku postępowania karnego nie został ujawniony żaden dowód przeciwny (świadczący o działaniu przez niego w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym); 3. wyjaśnienia oskarżonego powinny być traktowane na równi z każdym innym dowodem i nie można odmówić im wiarygodności wyłącznie na podstawie subiektywnej opinii Sądu.

Ponadto, zaskarżonemu wyrokowi, na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1 i 2 k.p.k., oskarżony zarzucił:

2) obrazę prawa materialnego, tj. art. 10 § 4 k.k.s. poprzez brak jego zastosowania i brak przyjęcia, iż działał w usprawiedliwionym błędzie co do braku karalności za działalność, której się podejmował:

- podczas gdy w okresie zarzucanych mu czynów organy uprawnione do stosowania prawa przyjmowały stanowisko o niekaralności za tego typu działalność, o czym świadczy lista korzystnych rozstrzygnięć znajdująca się w aktach sprawy, jak również treść jego aktualnej Karty Karnej, z której wynika, iż prawomocne skazania miały miejsce już po zakończeniu prowadzenia przez niego działalności, a zatem nie mogły one mieć wpływu na stan jego świadomości w chwili zarzucanych mu czynów;

- jak również podczas gdy w chwili popełnienia zarzucanych mu czynów powszechne było przekonanie (w orzecznictwie oraz doktrynie), iż zarówno art. 14 i 6 u.g.h. były przepisami technicznymi, w związku z tym, nie można ich było stosować wobec jednostek, co w sposób oczywisty świadczy o tym, że nawet profesjonalista funkcjonujący na rynku w sposób usprawiedliwiony mógł przyjmować, że prowadzenie tego typu działalności, bez koncesji na kasyna gry, nie było karalne;

3) obrazę prawa materialnego, tj. art. 107 k.k.s. w zw. artykułem 7 ustęp 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

- poprzez przyjęcie, iż art. 6 u.g.h. może stanowić podstawę skazania za czyn zarzucany w niniejszym postępowaniu, podczas gdy w chwili jego popełnienia powszechne było przekonanie, iż przepis ten pełni subsydiarną rolę 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. Skazanie go na podstawie art. 107 k.k.s. stanowi więc naruszenie artykułu 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.

Niezależnie od powyższych zarzutów, na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 4 k.p.k., oskarżony M. W. wskazanemu wyrokowi zarzucił:

4) rażącą niewspółmierność kary 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 czynów, jego aktualna sytuacja materialna i życiowa, w tym zakończenie prowadzenia przez niego jakiegokolwiek działalności w branży rozrywkowej wskazuje, iż cele kary zostałyby spełnione poprzez wymierzenie samoistnej kary grzywny w jej dolnych ustawowych granicach.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, na mocy art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 437 § 1 i 2 k.p.k. oskarżony wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania wobec zaistnienia bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 § pkt 8

alternatywnie, wniósł o:

2. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wydanie rozstrzygnięcia uniewinniającego, w szczególności na podstawie art. 10 § 4 k.k.s.

W przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt 1. i 2. oskarżony wniósł o :

3. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez odstąpienie od wymierzenia kary, alternatywnie poprzez jej zmianę i orzeczenie w miejsce zasądzonej kary grzywny uwzględniającej jego aktualną sytuację materialną i życiową w wymiarze 50 stawek dziennych po 70 złotych każda.

4. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zwolnienie jego osoby z obowiązku ponoszenia kosztów procesu w niniejszej sprawie.

Subsydiarnie oskarżony podniósł, odwołując się do karty karnej dowodzącej skali ukarania już jego osoby za czyny z art. 107 § 1 k.k.s., że wszystkie przypisane mu występki, za które już został skazany, popełnione zostały w tych samych okolicznościach, w tym samym czasookresie, z tej samej motywacji, przy tej samej sposobności i w tym samym zamiarze, także w ramach czynów ciągłych, co zarzucany mu występki z art. 107 § 1 k.k.s. urządzania gier na automatach bez koncesji na kasyno gry i poza kasynem gry w niniejszej sprawie, co czyni całkowitą bezprzedmiotowość dalszego karania go za zachowania mieszczące się w ramach powyższych skazań. Zwłaszcza uwzględniając znaczną wielkość dolegliwości karnych i już zasądzonych wobec niego sankcji karnych - kar, środków karnych, kosztów

sądowych, co wynika z karty karnej. Z tego względu oskarżony wniósł o uchylenie wyroku i umorzenie niniejszego postępowania na podstawie art. 11 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

apelacja osobista oskarżonego na uwzględnienie nie zasługuje.

W pierwszej kolejności należało się odnieść do argumentów skarżącego wskazujących na potrzebę umorzenia postępowania toczącego się w jego sprawie w związku z zaistnieniem – jego zdaniem bezwzględnej przyczyny odwoławczej.

Wbrew sugestiom zawartym w apelacji nie doszło do zaistnienia okoliczności określonej w art. 17 §1 pkt 7 kpk - wyrok Sądu Rejonowego w Jastrzębiu - Zdroju z dnia 25 listopada 2016r., sygn. akt II K 412/13 dotyczył bowiem czynów popełnionych w okresie od 1 czerwca 2010r. do 11 października 2011r. dokonanych w innych miejscowościach niż R. i na innych automatach, a więc innych przestępstwach niż to, które było przedmiotem osądu Sądu Rejonowego w Raciborzu z dnia 25 października 2018r.

Z orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że warunkiem przyjęcia stanu prawomocności materialnej jest tożsamość czynów, a nie wyłącznie wzajemne podobieństwo, identyczna kwalifikacja prawna, czy umieszczenie zachowań w tym samym przedziale czasowym. Przedmiotem przestępstwa zarzucanego oskarżonemu było wprowadzenie urządzenia gier na automatach w tożsamym czasie ale w innej miejscowości oraz na innych indywidualnie oznaczonych numerami seryjnymi automatach.

Z tych powodów należy uznać, że skazanie za czyn z art. 107 §1 kks przez Sąd Rejonowy w Raciborzu odnosi się do innych czynów jednostkowych i nie zostały wyczerpane wszystkie przesłanki do stwierdzenia zaistnienia tożsamości czynów (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4/04/2018r. V Ks 5/18).

Analogicznie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 września 2018r. sygn. akt V KK 415/218 stwierdzając, iż skoro urządzenie gry hazardowej w postaci gry na automatach wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry (art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r.) a koncesja taka udzielana jest w odniesieniu do jednego kasyna prowadzonego w ściśle określonym (geograficznie) miejscu, 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, podjęty z zamiarem naruszenia tych przepisów w każdym z tych miejsc. Uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 §1 kks popełnione w innym miejscu, w warunkach czynu ciągłego (art. 6 §2 kks), w którym czas jego popełnienia obejmuje czasookres popełnienia czynu z art. 107 §1 kks co do którego toczy się jeszcze postępowanie karne skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów.

Także pozostałe zarzuty odnoszące się do stanu wiedzy i świadomości oskarżonego nie zasługiwały na uwzględnienie. Należy przypomnieć, iż konstrukcja art. 10 §4 kks nawiązuje do przyjętej na gruncie prawa wykroczeń okoliczności wyłączającej karalność ujętej jako nieświadomość tego, że czyn zagrożony jest karą w świetle literalnego brzmienia art. 10 §4 kks warunkiem odpowiedzialności jest możliwość uświadamiania sobie karalności (a nie bezprawności jak w kodeksie karnym) czynu nie wystarcza już aby sprawca miał świadomość, że czyn jest niedozwolony w świetle przepisów prawa. Teraz sprawca musi mieć świadomość karalności czynu, tzn. świadomość tego, że czyn jest zabroniony pod groźbą kary. Ten typ błędu opiera się na formule usprawiedliwienia i jeśli wyczerpuje on znamiona wskazane w art. 10 §4 kks – uchyla winę, a tym samym znosi odpowiedzialność karną. Analizując formułę usprawiedliwienia należy odwoływać się do wzorca osobowego przeciętnego obywatela, który przykłada się do zachowania sprawcy dokonując tym samym oceny, czy tak jak sprawca, zachowałby się również ów model osobowy. Od odpowiedzialności karnej uwalnia zatem tylko usprawiedliwiona nieświadomość karalności.

Nie da się jednak nie zauważyć, że oskarżony od którego należy oczekiwać większej staranności prowadził przez wiele lat działalność dotyczącą gier na automatach mając świadomość rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych,

administracyjnych oraz Sądu Najwyższego i rozdzwiewku części tego orzecznictwa z praktyką urzędów celnych. Podejmował więc ryzyko gospodarcze dążąc do minimalizacji ewentualnej odpowiedzialności karnej. W tym celu przecież gromadził opinie prawne, świadomie kalkulując ryzyko odpowiedzialności karnej podejmując jednak próbę jej minimalizacji. Tego rodzaju wyrachowane, wręcz cyniczne postępowanie nie może być postrzegane jako działanie w błędzie, co do karalności ewidentnie sprzecznych z ustawą o grach hazardowych poczynić.

Istnienie w świadomości sprawcy wątpliwości co do charakteru norm określonych w art. 6 i art. 19 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych to nic innego jak fakt uświadamiania sobie niepewności co do rzeczywistości prawej, gdy tymczasem błąd co do prawa (art. 10 §4 kks) to przecież mylne przekonanie (pewność) o istniejącym stanie prawnym. O ile zatem może się zdarzyć że 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 takiej stabilnej i jednolitej linii orzeczniczej nie ma.

Przechodząc do kolejnego zarzutu stwierdzić należy, iż nie ulega najmniejszej wątpliwości iż art. 6 ust 1 ugh i art. 14 ust. 1 ugh stanowią odrębne przepisy, które regulują dwie różne kwestie.

Art. 6 ust. 1 ugh 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 urządzenia 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 ugh. Zatem gdyby nie istniał art. 14 ust. 1 ugh to osoba posiadająca koncesję na kasyno gry mogłaby urządzać gry hazardowe w dowolnie wybranych przez siebie miejscach.

Natomiast art. 14 ust. 1 ugh stanowi, że urządzenie gier cylindrycznych, gier w karty, w tym turnieju 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 wynikającym z przepisów ustawy z wyjątkiem ustępu 4 i 5, a zatem szczegółowo wskazane 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 dla zajmującego się na szeroką skalę działalnością hazardową oskarżonego, który na co dzień korzysta z pomocy prawników. Przecież M. W. był prezesem zarządu spółki której zasadniczym przedmiotem działalności było dystrybuowanie automatów do gier i która z udostępniania automatów do użytkowania właścicielom lokali czerpała dochody. Była to działalność prowadzona na dużą skalę. Świadczy to o tym, iż 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 automaty do gry w profesjonalnych przedsięwzięciach gospodarczych przynoszących mu zysk. Z tych też względów twierdzenia oskarżonego, iż z uwagi na treść prawa europejskiego oraz niespójność orzecznictwa pozostawał w błędzie co do znamion czynu zabronionego z art. 107 kks, czy też z zakresu jego obowiązywania., należy ocenić krytycznie i uznać, że stanowią one jedynie nieudolną linię obrony zmierzającą do uniknięcia odpowiedzialności karnej. Taki pogląd wyrażony został również w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2017r. sygn. akt IV KK 225/15. 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 teje działalności nie zamierzał zrezygnować. 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 iż w działaniach oskarżonego brak było znamienia umyślności lub że działał on w błędzie co do bezprawności jak i karalności swojego czynu.

Odnosząc się z kolei do wymierzonej kary to stwierdzić należy, iż jest ona odpowiednia do stopnia winy i społecznej szkodliwości czynu oraz uwzględnia te wszystkie elementy jakie są istotne dla jej wymiaru. Rolą kary jest nie tylko odpłata oskarżonego za popełnienie przestępstwo, czy zapewnienie jego resocjalizacji, ale również prewencja szczególna i ogólna, która winna zapewnić ochronę społeczeństwu przed przestępnymi działaniami oskarżonego i innych osób, którzy muszą mieć świadomość, że dopuszczanie się takich przestępstw pociąga za sobą konkretną i wymierną karę. Oskarżony co prawda nie był wcześniej karany, ale równocześnie w trakcie prowadzonego wobec niego postępowania zajmował się on analogiczną przestępczą działalnością przynoszącą mu konkretny i wymierny zysk. W tym kontekście kara jakkolwiek surowa nie może być postrzegana jako rażąco niewspółmierna.

Z tych powodów Sąd Okręgowy orzekł jak w części dyspozytywnej.

SSO Jacek Myśliwiec