

Sygn. akt IXKa 172/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 czerwca 2017r.

Sąd Okręgowy w Toruniu - IX Wydział Karny - Odwoławczy w składzie :

Przewodniczący - **SSO Aleksandra Nowicka**

Sędziowie - **SSO Jarosław Sobierajski**

- **SSO Andrzej Walenta (spr)**

Protokolant - **stażysta Mateusz Holc**

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej Toruń Centrum – Zachód **Marcina Reszkowskiego**

po rozpoznaniu w dniu 16 czerwca 2017r.,

sprawy **K. M. (1)** oskarżonego o przestępstwo skarbowe z art. 107§1 kks w zw. z art. 6§2 kks, w zw. z art. 37§1 pkt 4 kks, **K. M. (2)** oskarżonej o przestępstwo skarbowe z art. 107§1 kk w zw. z art. 6§2 kks, **J. K. (1) i J. K. (2)** oskarżonych o przestępstwo skarbowe z art. 107§1 kks,

na skutek apelacji wniesionej przez **Naczelnika U. (...) w T.** oraz **obrońcę oskarżonego K. M. (1)** od wyroku Sądu Rejonowego w Toruniu z dnia 21 listopada 2016r., sygn. akt IIK 1438/14

I. **utrzymuje w mocy** zaskarżony wyrok;

II. **zasądza** od K. M. (1) na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Rejonowego w Toruniu) kwotę 340zł (trzysta czterdzieści złotych) tytułem opłaty za drugą instancję oraz obciąża go wydatkami postępowania odwoławczego w ¼ części, zaś w części dotyczącej K. M. (2), J. K. (1) i J. K. (2) kosztami procesu za postępowanie odwoławcze **obciąża Skarb Państwa.**

Sygn. akt IXKa 172/17

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 21 listopada 2016r. Sąd Rejonowy w Toruniu, sygn. akt IIK 1438/14, uniewinnił: **K. M. (2)** od popełnienia zarzucanego jej czynu z art. 107§1 kks w zw. z art. 6§2 kks, **J. K. (2) i J. K. (1)** od popełnienia zarzucanych im czynów z art. 107§1 kks, natomiast uznając **K. M. (1)** za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, stanowiącego przestępstwo skarbowe z art. 107§1 kks w zw. z art. 6§2 kks, w zw. z art. 37§1 pkt 4 kks, wymierzył mu za to w myśl art. 107§1 kks w zw. z art. 37§1 pkt 4 kks po zastosowaniu art. 38§1 pkt 3 kks, karę 3 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie, na podstawie art. 20§1kks w zw. z art. 69§1 i §2 kk w zw. z art. 70§1 kk, warunkowo zawiesił na okres 1 roku tytułem próby oraz na podstawie art. 107§1 kks w zw. z art. 23§1 i §3 kks karę grzywny w wymiarze 20 stawek dziennych po 70zł każda, a także na podstawie art. 20§1 kks w zw. z art. 72§1 pkt 1 kk zobowiązał go do informowania sądu o przebiegu okresu próby co 6 miesięcy.

Orzekając o kosztach postępowania, Sąd Rejonowy zasądził od K. M. (1) 200zł tytułem opłaty sądowej, obciążając go ¼ wydatków postępowania w wysokości 1807,51zł, a pozostałymi wydatkami postępowania obciążył Skarb Państwa.

Wyrok ten zaskarżyli w całości na niekorzyść oskarżonych K. M. (2), J. K. (2) i J. K. (1) oskarżyciel skarbowy oraz obrońca wszystkich oskarżonych w stosunku do K. M. (1).

Oskarżyciel skarbowy kwestionował prawidłowość przyjęcia, że oskarżeni pozostawali w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu o niekaralności zachowania polegającego na prowadzeniu gier na automatach, które do ich lokali wstawił K. M. (1) wywodząc, że przed rozpoczęciem tej działalności nie dołożyli należytej staranności.

Wskazując na powyższe w/w skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Obrońca K. M. (1) wywodził, że sąd meriti nie uwzględnił, że z uwagi na brak notyfikacji art. 14 ustawy o grach hazardowych, którego techniczny charakter przesądził TSUE oraz innych nie poddanych jego osądowi przepisów doszło do depenalizacji zachowań takich, jak to zarzucane oskarżonemu i pominął okoliczność, że z uwagi na wejście w życie po popełnieniu czynu, a przed wydaniem wyroku nowelizacji ustawy o grach hazardowych po myśli art. 2 kks i tak nie można było skazać na podstawie art. 107 kks za jej naruszenie oskarżonego, wobec którego sąd winien zastosować przepisy w najkorzystniejszym brzmieniu.

Na wypadek nieuwzględnienia w/w zarzutów obrońca podniósł o zarzut błędnego uznania, że oskarżony nie działał w usprawiedliwionym błędzie co do karalności zachowania polegającego na urządzaniu gier na automatach bez zachowania przepisów ustawy o grach hazardowych.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Ani apelacja oskarżyciela skarbowego wniesiona na niekorzyść oskarżonych J. K. (1), J. K. (2) i K. M. (2) uniewinnionych od popełnienia czynów z art. 107 kks, ani apelacja obrońcy wszystkich oskarżonych, który zaskarżył wyrok w odniesieniu do oskarżonego K. M. (1) nie zasługiwały na uwzględnienie.

Mając na uwadze, że wniosku o uzasadnienie nie złożył oskarżyciel skarbowy, sporządzając je sąd odwoławczy – po myśli art. 113 kks w zw. z art. 457§2 kpk - ograniczył się do wyjaśnienia, czym kierował się dokonując oceny zasadności argumentacji podniesionej przez drugiego ze skarżących.

Skarżący ów nieskutecznie wywodził, że rozstrzygnięcie, którym oskarżony K. M. (1) został uznany za winnego dopuszczenia się przestępstwa skarbowego z art. 107 kks, polegającego na urządzaniu gier wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, zapadło z obrazą szeregu wymienionych przez niego przepisów prawa materialnego.

W pisemnych motywach orzeczenia nie ma rozważań co do skutków braku notyfikacji art. 14 ustawy o grach hazardowych (w poprzednim brzmieniu), na których swą uwagę skoncentrował skarżący. Jednocześnie jasno wynika z nich jednak, że sąd I instancji – zgodnie z tym, czego oczekiwać należało od niego jako od sądu krajowego zobowiązanego do odmowy zastosowania przepisu pozostającego w sprzeczności z prawem unijnym i co niezwykle obszernie zostało wyjaśnione przez skarżącego – przepisu tego wcale nie zastosował skazując oskarżonego. Dostrzegając, że oskarżony urządzał gry na automatach nie tylko poza kasynem gry, ale bez posiadania stosownych zezwoleń, a przepis art. 6 ustawy o grach hazardowych, będący jednym z przepisów przewidujących wymóg posiadania zezwoleń, choć również nie został notyfikowany Komisji Europejskiej, to z uwagi na brak charakteru przepisu technicznego nie podlegał tej samej sankcji, co art. 14 w/w ustawy, sąd prawidłowo przyjął, że nie doszło do depenalizacji takich zachowań, jak zachowanie zarzucane oskarżonemu. Wskazana w uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego o sygn. akt P 4/14 okoliczność, że brak notyfikacji nie może być traktowany jako naruszenie trybu ustawodawczego, a więc, że uchwalone bez jego spełnienia przepisy mają moc obowiązującą, rzeczywiście nie mogła przesądzać sama w sobie o tym, że sąd winien je stosować rozstrzygając o odpowiedzialności oskarżonego. W

uchwale składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017r. (I KZP 17/16) potwierdzono, że dopuszczalna jest odmowa zastosowania przez sąd orzekający nienotyfikowanej normy technicznej, mimo braku jej uchylecia we właściwym trybie przez Trybunał Konstytucyjny. Bezsprzecznie dopiero dokonanie oceny nie tylko pod kątem spełnienia przewidzianych przez prawo krajowe wymogów stanowienia prawa, ale także przez pryzmat regulacji prawa unijnego dawało miarodajną podstawę do stwierdzenia, czy zachowanie takie, jak zarzucane oskarżonemu, jest bezprawne. Skoro jednak sąd meriti rozważał, czy brak notyfikacji art. 6 ustawy o grach hazardowych, który odnosił się do oskarżonego, nie powinien skutkować odmową zastosowania w/w przepisu, nie było mowy o tym, że do wydania rozstrzygnięcia doszło bez uwzględnienia odpowiednich regulacji prawa unijnego.

Skarżący - który sam zresztą nie miał żadnych wątpliwości, że art. 14 ustawy o grach hazardowych po wyroku TSUE w sprawie F., który przesądził tę kwestię, winien być traktowany jako przepis o charakterze technicznym - nieskutecznie twierdził też, że przyjmując na użytek niniejszego postępowania, że art. 6 w/w ustawy nie ma charakteru przepisu technicznego, sąd meriti nie był uprawniony do oparcia się na wyroku TSUE z 13 października 2016r. Wskazując na to, że „po pobieżnej analizie wydawać się może”, że przepis art. 6 ustawy o grach hazardowych w jeszcze szerszym zakresie, niż art. 14 ustanawia „inne wymogi”, mogące mieć wpływ na sprzedaż produktów, a jeden z sądów powszechnych nawet uznał go za techniczny w rozumieniu dyrektywy 98/34, skarżący błędnie wywodził, że na gruncie prawa karnego, które nie dopuszcza stosowania analogii, uwzględnienie wniosków TSUE co do charakteru art. 6 ustawy - jako poczynionych w oderwaniu od literalnego brzmienia przepisów - było wykluczone. Wnikliwa analiza samej treści obu w/w przepisów nie potwierdza, by TSUE w sposób nieuprawniony rozszerzył na niekorzyść podmiotów, prowadzących działalność gospodarczą z wykorzystaniem automatów, zakres przepisów niepodlegających notyfikacji. Z art. 6 ustawy o grach hazardowych wprost wynika, że ustanawia on samodzielny warunek odnoszący się nie do użytkowania określonych produktów (jak jej art. 14, który przewiduje zakaz użytkowania automatów do gry poza kasynem), ale do prowadzenia działalności w zakresie organizowania gier hazardowych (zakaz organizowania gier na automatach bez zezwolenia na prowadzenie kasyna gry). Mają one więc inny zakres zastosowania i pełnią inną funkcję. W związku z tym okoliczność, że w uzasadnieniu orzeczenia z 13 października 2016r., odwołując się do ugruntowanego orzecznictwa, TSUE dodatkowo stwierdził, że art. 6 ustawy o grach hazardowych nie można uznać za „inne wymagania” w rozumieniu art. 1 pkt 4 dyrektywy 98/34, gdyż zgodnie z nim przepisy krajowe, które ograniczają się do ustanowienia warunków zakładania przedsiębiorstw lub świadczenia usług przez przedsiębiorstwa, jak na przykład przepisy poddające wykonywanie jakiejś działalności zawodowej uprzedniemu uzyskaniu zezwolenia, nie stanowią przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34 (akapit 30), w żadnym razie nie uprawniała do stwierdzenia, że podzielać wyrażony przez TSUE, który jest organem władnym do dokonywania wykładni prawa unijnego, pogląd co do charakteru przepisu art. 6 ustawy o grach hazardowych sąd meriti w sposób niedopuszczalny rozszerzył zakres odpowiedzialności oskarżonego. Ze wspomnianej wcześniej uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego - w której sąd ten bez zastrzeżeń podzielił wyrażony przez TSUE pogląd o braku technicznego charakteru przepisu art. 6 ustawy o grach hazardowych - wyraźnie wynika, że jakkolwiek wyłączona jest możliwość stosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 kks przepisu art. 14 ustawy hazardowej w pierwotnym brzmieniu, to art. 6 ustawy hazardowej może stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 kks, o ile tylko okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten został naruszony.

Brak też podstaw do przyjęcia, że art. 6 ustawy o grach hazardowych nie może znaleźć zastosowania wobec oskarżonego z uwagi na fakt, że oceniany w powiązaniu z innymi, wymienionymi w apelacji (zawierającymi w istocie katalog definicji ustawowych, m.in. automatów do gry i kasyna gry) regulacjami ustawy o grach hazardowych „stanowi o dużym zakresie ograniczenia nałożonym na produkty”. Przewidziane nim ograniczenie nie dotyczy jednak zakresu użytkowania produktów w postaci automatów do gier, tak, jak to przewidziane w art. 14 ustawy o grach hazardowych, który został wyrokiem z 2012 roku uznany przez TSUE za przepis techniczny, tylko strony podmiotowej działalności w zakresie zarządzania gier hazardowych, skoro przewiduje, że może ją prowadzić wyłącznie podmiot posiadający koncesję na prowadzenie kasyna (podmiotowa reglamentacja działalności).

Wreszcie, skarżący niezasadnie wywodzi też, że sąd meriti, który w razie zmiany ustawy zobowiązany jest do stosowania tej ustawy, która jest względniejsza dla sprawcy, zobowiązany był do uniewinnienia oskarżonego z uwagi

na to, że nowelizacja ustawy o grach hazardowych, która weszła w życie w 2015 roku, przewidziała dla podmiotów prowadzących działalność m.in. w zakresie przewidzianym w art. 6 ustawy o grach hazardowych, półroczny okres na dostosowanie się do wprowadzonych nią wymogów. Skarżący całkowicie błędnie uważa, że okoliczność, iż ustawodawca przewiduje dla podmiotów, do których ustawa może mieć zastosowanie, okres na dostosowanie się do wprowadzonych nią wymogów, oznacza, że do czasu upływu wyznaczonego terminu działalność w tym przedmiocie może prowadzona być w sposób zupełnie dowolny. Do tego momentu należy ją jednak prowadzić z zachowaniem wymogów dotychczasowych. Kwestia „zmiany ustawy” w odniesieniu do art. 6 ustawy o grach hazardowych, którego zastosowanie wchodziło w grę wobec oskarżonego (skarżący sam wywodził, że art. 14, któremu nowelizacja nadała nowe brzmienie, w ogóle nie mógł być brany pod uwagę przy rozstrzygnięciu o jego odpowiedzialności), w realiach sprawy nie miała zresztą żadnego praktycznego znaczenia z uwagi na to, że przez cały czas obowiązywania przepis ten ustanawiał wymóg posiadania koncesji na prowadzenie kasyna przez osobę prowadzącą działalność w zakresie urządzania gier na automatach.

Za chybiony uznać należało również ewentualny zarzut sformułowany przez skarżącego. Z wyjaśnień nieprzyznającego się do winy oskarżonego nie wynikało by miał on działać w błędzie co do tego, że prowadzenie działalności hazardowej bez zezwolenia na prowadzenie kasyna jest bezprawne. Skoro zaś brak było konkretnych okoliczności, które wskazywałyby na to, że nie posiadający zezwolenia na prowadzenie kasyna gry oskarżony właśnie dlatego zdecydował się na urządzenie gier na automatach, że „wobec wielości judykatów i poglądów doktryny wskazujących, że przepisy dotyczące urządzania i prowadzenia gier na automatach są przepisami technicznymi i dlatego nie należy ich stosować” pozostawał w przekonaniu, że urządzenie gier hazardowych bez posiadania zezwolenia na prowadzenie kasyna jest legalne, nie sposób było czynić sądowi zarzutu z tego, że nie przypisał oskarżonemu działania w ramach kontraktu przewidzianego w art. 10§3 kks. Z uwagi na to, że o łagodniejszym traktowaniu osoby działającej w błędzie przesądza okoliczność, że w momencie podejmowania decyzji o działaniu wypełniającym znamiona przestępstwa znajdowała się ona w okolicznościach ją usprawiedliwiających, zaistnienia błędu nie można domniemywać. Chodzi jednak o rzeczywisty stan, w jakim sprawca znajdował się w momencie podejmowania decyzji o przestępnym działaniu. W realiach przedmiotowej sprawy nie sam fakt braku jednolitego orzecznictwa i wielość judykatów wskazujących na to, że zachowanie takie, jak podjął oskarżony nie jest bezprawne, ale dopiero stwierdzenie, że orzecznictwo to było mu znane w momencie przystąpienia do prowadzenia działalności hazardowej i ustalenie, że nim właśnie się kierował, pozostając zarazem w usprawiedliwionym przekonaniu, że przyjęta przez niego po jego analizie interpretacja prawa jest właściwa, prowadziłyby do stwierdzenia, że nie popełnił on przestępstwa z art. 107 kks. Jedynie na marginesie zauważyć można, że oskarżony, który nie jest wprawdzie prawnikiem, jednakże od lat zarobkowo zajmuje się prowadzeniem działalności w zakresie urządzania gier na automatach, a w 2012 roku został skazany za przestępstwo z art. 107 kks, w istocie na własne ryzyko zdecydował się na kontynuowanie tejże działalności bez spełnienia wymogów przewidzianych ustawą o grach hazardowych. Jego sytuacja z uwagi na to, że przed popełnieniem czynu objętego aktem oskarżenia dostał on od wymiaru sprawiedliwości jednoznaczny sygnał o karalności zachowań polegających na urządzaniu gier na automatach bez stosownych zezwoleń i zachowania innych wymogów nałożonych tą ustawą zasadniczo różniła się zatem od tej, z jaką mieliśmy do czynienia w wypadku pozostałych oskarżonych. Załączone do apelacji orzeczenia, którymi umarzane były prowadzone w stosunku do oskarżonego sprawy o czyny z art. 107 kks, nie mogły usprawiedliwiać jego objętego aktem oskarżenia postępowania z uwagi na to, że zapadły dopiero po popełnieniu czynu (lipiec 2015 roku, listopad 2015 roku, wrzesień 2016 roku).

Na pełną aprobatę zasługiwało także rozstrzygnięcie o karze. Mając na uwadze społeczną szkodliwość czynu oskarżonego i jego zawinienie, sąd meriti doszedł do słusznego wniosku, że osiągnięcie wszystkich celów postępowania wobec będącego osobą karaną oskarżonego zapewni jedynie łączne orzeczenie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem oraz stanowiącej faktyczną dolegliwość kary grzywny. Ich wysokość ukształtowana została przy uwzględnieniu istotnych dla prawidłowego ustalenia wymiaru kar okoliczności czynu oraz okoliczności dotyczących osoby oskarżonego. Sąd meriti trafnie ocenił też możliwości płacnicze oskarżonego.

Sąd odwoławczy nie dopatrył się w zaskarżonym orzeczeniu żadnych uchybień mogących stanowić bezwzględne przyczyny odwoławcze, będących podstawą do uchylenia wyroku z urzędu, dlatego też – jako słuszny – został on utrzymany w mocy.

Na podstawie art. 113§1 kk w zw. z art. 636 kpk w zw. z art. 627 kpk oraz art. 8 ustawy z dnia 23.06.1973r. o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. z 1983, nr 49, poz. 223 ze zm.) oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003r. w sprawie wysokości i sposobu obliczania wydatków Skarbu Państwa w postępowaniu karnym (Dz.U.2013.663), sąd odwoławczy zasądził na rzecz Skarbu Państwa od oskarżonego K. M. (1) kwotę 340zł tytułem opłaty sądowej za drugą instancję oraz obciążył go wydatkami postępowania odwoławczego w 1/4 części, a w zakresie dotyczącej pozostałych oskarżonych kosztami procesu za postępowanie odwoławcze po myśli art. 113§1 kks w zw. z art. 636 kpk obciążył Skarb Państwa.