

Sygnatura akt VI Ka 120/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **10 marca 2017** r.

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

Przewodniczący SSO Grażyna Tokarczyk

Protokolant Agata Lipke

przy udziale Wojciecha Czapczyńskiego

Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Z.

i M. H. funkcjonariusza (...)Urzędu Celno-Skarbowego w K.

po rozpoznaniu w dniu 10 marca 2017 r.

sprawy B. G. zd. P. córki E. i S.,

ur. (...) w S.

oskarżonej z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonej

od wyroku Sądu Rejonowego w Zabrze

z dnia 16 listopada 2016 r. sygnatura akt II K 535/16

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

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

2. zasądza od oskarżonej na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 20 zł (dwadzieścia złotych) i wymierza jej opłatę za II instancję w kwocie 800 zł (osiemset złotych).

sygn. akt VI Ka 120/17

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Zabrze wyrokiem z dnia 16 listopada 2016 roku sygn. akt II K 535/16 uznał B. G. za winną tego, że jako Prezes Zarządu Spółki (...) z siedzibą w S. przy ul. (...), w dniu 12 stycznia 2016 roku w lokalu (...) w Z. przy ul. (...), urządziła w celach komercyjnych gry o charakterze losowym na automatach do gier: (...) - 1 szt., (...) nr (...) - 1 szt., oraz (...) nr (...) - 1 szt., wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201/2009, poz. 1540 z późn. zm.) to jest przestępstwa skarbowego wyczerpującego znamiona opisane w art. 107 § 1 k.k.s. i za orzekł wobec oskarżonej karę grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 80,00 złotych, na mocy art. 30 § 5 k.k.s. orzekając przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci urządzeń elektronicznych: o nazwie (...) wraz z kablem, o nazwie (...) wraz z kablem oraz (...)wraz z kablem przechowywanych w magazynie depozytowym Urzędu Celnego w R. pod pozycją (...), a także kluczami do tychże automatów w liczbie 7 sztuk przechowywanych w magazynie depozytowym Urzędu Celnego w R. pod pozycją

(...), a ponadto polskie pieniądze obiegowe wyjęte z w/w urzędzenia w kwocie 2.680,00 złotych przechowywane na koncie sum depozytowych Izby Celnej w K. pod pozycją (...).

Apelację wniósł obrońca oskarżonej, zaskarżając go w całości, zarzucił naruszenie prawa materialnego, a to art. 14 ust. 1 oraz art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych poprzez przyjęcie, iż oskarżona może być pociągnięta na ich podstawie do odpowiedzialności z art. 107 kks, podczas gdy przepisy te (oraz inne przepisy tejże ustawy przywołane w uzasadnieniu wyroku) stoją w sprzeczności z prawem europejskim, albowiem mają charakter „przepisów technicznych”, które wobec braku notyfikacji nie mogą być stosowane przez organy państwa, art. 2 ust. 2 pkt 6 ustawy o grach hazardowych poprzez oparcie wyroku o ocenę funkcjonariusza celnego, podczas gdy władnym do wydawania opinii w tym zakresie jest Minister Finansów, art. 30 kk poprzez bezpodstawne pominięcie, iż oskarżona działała w usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności zarzucanego jej czynu, dodatkowo obrażę przepisów postępowania, a to art. 5 kpk, art. 7 kpk i art. 410 kpk, art. 5 § 2 kpk, a także błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia mający wpływ na jego treść.

Obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez uniewinnienie oskarżonej, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonej nie zasługuje na uwzględnienie, o czym przekonuje kontrola odwoławcza przeprowadzonego przez Sąd I instancji postępowania dowodowego, zaskarżonego orzeczenia, jego uzasadnienia oraz analiza uzasadnienia środka odwoławczego.

Zarzut naruszenia art. 7 k.p.k. wymaga wykazania wad w ocenie konkretnych dowodów dokonanej w zaskarżonym wyroku, prowadzących do wniosku, iż ocena ta przekracza granice swobodnej i jest dowolna (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19.01.2006 roku WA 38/05 OSNwSK 2006/1/178).

Przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną przepisu art. 7 k.p.k., jeśli tylko: - jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy, - stanowi wyraz rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, - jest zgodne ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, a nadto zostało wyczerpująco i logicznie uargumentowane w uzasadnieniu wyroku (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12.07.2006 roku II KK 12/06).

Kolejnym wyszczególnionym w apelacji przepisem, którego obrażę zarzuca ten apelujący to art. 5 kpk i art. 5 § 2 kpk. W pierwszej części zapewne chodzi o domniemanie niewinności, oczywiście obrońca ma rację i co do tego nie ma wątpliwości, że owo domniemanie ma obalać oskarżyciel, niemniej strony zapominają, że wraz z przedstawieniem dowodów na poparcie oskarżenia owo domniemanie zostaje przełamane i to po stronie obrony spoczywa powinność wykazania, chociażby argumentacyjnego, że przedstawione dowody i twierdzenia domniemanie nie obaliły w sposób pozwalający na przypisanie winy. W pierwszej kolejności poprzez odniesienie się do reguł wykazanych w art. 7 kpk, w następnej dopiero sięgać można po normę art. 5 § 2 kpk. Przypomnieć trzeba trafne stanowisko judykatury, że każdą niejasność w dziedzinie ustaleń faktycznych (m.in. w przypadku kilku wersji wydarzeń) należy w pierwszym rzędzie zredukować wszechstronną inicjatywą dowodową, a następnie wnikliwą analizą całokształtu materiału dowodowego zebranego w sprawie. Jeżeli zatem z materiału dowodowego wynikają różne wersje przebiegu zdarzenia objętego aktem oskarżenia, to nie jest to jeszcze jednoznaczne z zaistnieniem niedających się usunąć wątpliwości w rozumieniu art. 5 § 2 kpk (tak SN w postanowieniu z 12.12.2013 roku, III KK 420/13, LEX nr 1422119).

Naruszenia powołanych wyżej zasad nie tylko nie sposób dopatrzeć się analizując przebieg postępowania, zapadły wyrok oraz pisemne motywy zaskarżonego orzeczenia, apelująca nie wskazała również dających się zaakceptować racji świadczących o przekroczeniu przez Sąd I instancji granic swobodnej oceny dowodów, w szczególności poprzez wnioskowanie nielogiczne, sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego i wskazaniami wiedzy, bądź też poczynienie ustaleń nie znajdujących odzwierciedlenia w treści przeprowadzonych dowodów.

B. G. nie przyznała się do popełnienia zarzucanego jej czynu i skorzystała z przysługującego prawa do odmowy składania wyjaśnień.

Oskarżony oczywiście ma prawo składać wyjaśnienia, jak i odmówić ich złożenia, tym samym oskarżona w ramach swoich uprawnień skorzystała z tego ostatniego. W takiej jednak sytuacji ani pisma procesowe obrońcy, ani tym bardziej treść środka odwoławczego nie kreuje dowodu i nie może zastąpić wyjaśnień. Skoro takowych nie ma, a i brak jakichkolwiek innych dowodów, które relacjonowałyby fakty w sposób pożądaný w apelacji, nie sposób uznać za trafny zarzut nieuprawnionego oparcia się przez Sąd I instancji jedynie na dowodach dla oskarżonej niekorzystnych, skoro takich o innej wymowie brak, a te wspierające oskarżenie ocenione przez pryzmat art. 7 kpk uznane być musiały za wiarygodne.

Takim dowodem były z pewnością zeznania W. C. (2), wsparte dokumentacją kontroli, której obrona nie podważała. Kontestowanie sposobu i wyników eksperymentu z gry na przedmiotowych automatach, wobec braku rzetelnych argumentów, nie sposób uznać za podważające zeznania świadka, czy trafność jego spostrzeżeń. Oskarżona nie próbowała nawet wykazywać, w czym należy upatrywać np. zręcznościowego charakteru gier.

Jeżeli chodzi natomiast o zarzuty obrazy prawa materialnego, wypada się do nich odnieść w dalszej kolejności, są one bowiem powiązane z zakresem ustaleń faktycznych.

Po pierwsze przypomnieć trzeba, że w wypadku oskarżonej prowadzącej profesjonalną działalność gospodarczą w przedmiocie urządzania gier hazardowych, wymagana jest podwyższona staranność i podobnie szersza wiedza niż przeciętnego konsumenta. Znała zatem oskarżona regulacje odnoszące się do gier urządzanych na przedmiotowych automatach, co zresztą wynika z podnoszonych twierdzeń o stanie jej wiedzy, choć te uznać należy, że próbę odwiedzenia organów procesowych od wniosków dla oskarżonej niekorzystnych.

Jednym z zarzutów jest obraza art. 2 ust 6 ustawy o grach hazardowych, obrona ignoruje jednak, że brzmienie tej normy jest jasne, zgodnie z nią: Minister właściwy do spraw finansów publicznych rozstrzyga, w drodze decyzji, czy gra lub zakład posiadające cechy wymienione w ust. 1-5 są grą losową, zakładem wzajemnym albo grą na automacie w rozumieniu ustawy. Zatem to na urządzającym gry spoczywa powinność wystąpienia do Ministra. Brak takowego ze strony oskarżonej dowodzi, że nie miała ona wątpliwości, ale nie w takim jak chce wykazywać kierunku. Przeciwnie oskarżona zdawała sobie sprawę, że decyzja byłaby dla niej niekorzystna, a wtedy nie mogłaby kontynuować działalności.

Co więcej przepis ten odpowiada zapisowi art. 2 ust. 3 uprzednio obowiązującej Ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych, a zatem w porządku prawnym taki tryb postępowania nie jest nowością, a dla podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą w tym zakresie wiedza ta ma charakter powszechny. W tym zakresie jeszcze pod rządami uprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych, stanowisko orzecznictwa doprowadziło do jasnych wniosków, iż wygraną rzeczą może być również możliwość kontynuacji gry na automacie, przyjmowano też, że ową wygraną jest pula zdobytych punktów, która co prawda nie pozwalała na wydłużanie czasu gry, ale po opłaceniu kolejnego czasu pozostawała grającemu do wykorzystania. Takie stanowisko orzecznictwa doprowadziło zresztą do wprowadzenia odpowiednich zapisów w ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z dnia 30 listopada 2009 r.).

Problematyka, która legła u podstaw podnoszonych w praktyce zastrzeżeń oraz tych zgłoszonych w apelacji, a zatem skutków braku notyfikacji przepisów art. 6 i art. 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z dnia 30 listopada 2009 r.) została z kolei rozstrzygnięta, w trudny do podważenia sposób.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 października 2016 r. w sprawie C#303/15 rozwił problemy wynikające z kwestii notyfikacji ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z dnia 30 listopada 2009 r.). Po pierwsze TSUE wykazał, że taki jak art. 6 ust. 1 ustawy nie stanowi „przepisu technicznego” w rozumieniu dyrektywy 98/34, a taki charakter posiada wyłącznie art. 14 tej ustawy. Po wtóre potwierdzając, że art. 1

dyrektywy 98/34 należy interpretować w ten sposób, iż przepis techniczny w rozumieniu tej dyrektywy, podlegający obowiązkowi zgłoszenia na podstawie art. 8 ust. 1 tej samej dyrektywy, a nie notyfikowany poddany jest sankcji w postaci braku możliwości jego stosowania.

Wreszcie, gdy chodzi o powołane przez apelującego twierdzenie o potrzebie zastosowania art. 30 kk, na wstępie wypada wskazać, że Kodeks karny skarbowy posiada w tej mierze autonomiczną regulację w art. 10, z twierdzeń apelacji można co najwyżej wyprowadzić wniosek, że obrońcy chodzi o regulację § 4, który stanowi, że nie popełnia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności.

Podstawą uznania, że oskarżony działał ze świadomością bezprawności, jest abstrakcyjny, powinnościowy wzorzec. W doktrynie powszechnie przyjęto pogląd, zgodnie z którym w takiej sytuacji należy posłużyć się kryterium normatywnym miarodajnego obywatela, mającego identyczne jak sprawca doświadczenie, wiedzę, należycie wypełniającego swe obowiązki i należy ustalić, czy rozpoznałby on bezprawność czynu, a jeżeli nie - wówczas nieświadomość bezprawności trzeba uznać za usprawiedliwioną” (por. F. Prusak Kodeks karny skarbowy, Komentarz, Tom I, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2006 r., str. 215-216).

Powtórzyć należy, że badając formułę usprawiedliwienia na gruncie prawa karnego skarbowego w odniesieniu do profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który w celach zarobkowych prowadzi działalność ze świadomością jej reglamentowania przez państwo - w grę wchodzi model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań.

Owszem w orzecznictwie i doktrynie istniała rozbieżność, ale nie co do treści ustawy o grach hazardowych, lecz co do tego, jaką konsekwencją dla jednostki jest nienotyfikowanie przepisów technicznych.

Wskazany problem nie służył, co należy podkreślić, ochronie tezy o dowolności stosowania ustaw, ani tym bardziej nie był wsparciem dla urządzających gry hazardowe, miał naturę odmienną, choć przez branżę hazardową wykorzystywaną.

Dodatkowo owa problematyka była aktualna jedynie do czasu wejścia w życie zmiany ustawy z dniem 3 września 2015 r., albowiem ustawa nowelizująca poddana została procedurze notyfikacji.

Wobec powyższego nie sposób zaakceptować twierdzenia, że oskarżona mogłaby być przekonana, iż prowadzona przez nią działalność, ewidentnie sprzeczna z przepisami ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z dnia 30 listopada 2009 r.), mogła być postrzegana jako nie podlegająca karze z mocy art. 10 § 4 kks, a nie że jedynie pod płaszczykiem niejednoznaczności odnośnie skutków braku notyfikacji chciała po prostu dla zysku postępować wbrew obowiązującemu prawu.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy utrzymał zaskarżony wyrok w mocy w rozstrzygnięciu o karze nie dopatrując się surowości, szczególnie wobec ustalenia wysokości jednej stawki dziennej w wysokości zbliżonej do dolnej granicy.