



Sygn. akt IV KK 322/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 stycznia 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Świecki (przewodniczący)

SSN Kazimierz Klugiewicz

SSN Andrzej Stępka (sprawozdawca)

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Andrzeja Pogorzelskiego
w sprawie **M. S.**

uniewinnionego od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z
art. 9 § 3 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 24 stycznia 2019 r.,

kasacji, wniesionych przez prokuratora i oskarżyciela publicznego Naczelnika [...] Urzędu Celno-Skarbowego w K. - na niekorzyść
od wyroku Sądu Okręgowego w K.

z dnia 25 września 2017 r., sygn. akt IV Ka [...],

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w K.

z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt II K [...],

**uchyła zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Okręgowemu w K. do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 28 marca 2017 r., w sprawie II K [...], Sąd Rejonowy w K. uznał oskarżonego M. S. za winnego przestępstwa karnego skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. polegającego na tym, że od dnia 3 marca 2015 r. do dnia 29 marca 2015 r. w lokalu o nazwie „K. [...]”, znajdującym się przy ul. U. [...] w K., będąc Prezesem Zarządu C. Sp. z o.o. z siedzibą w W., wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r., nr 201, poz. 1540 z późn. zm.) określonym w art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 oraz art. 23a ust. 1, to jest, bez wymaganej koncesji, poza kasynem gry urządzał i prowadził gry hazardowe na jednym automacie do gier o nazwie H. numer [...], który nie został zarejestrowany przez właściwego Naczelnika Urzędu Celnego, i za to na mocy art. 107 § 1 k.k.s. wymierzył oskarżonemu karę grzywny w wysokości 150 stawek dziennych, ustalając na mocy art. 23 § 3 k.k.s. wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 70 zł.

Apelację od tego wyroku wywiódł obrońca oskarżonego M. S., który na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 1 i 2 k.p.k. zarzucił:

I. obrazę prawa materialnego poprzez błędne przypisanie oskarżonemu realizacji znamion art. 107 § 1 k.k.s., polegającego na działaniu wbrew przepisom: art. 6 ust. 1 u.g.h., art. 14 ust. 1 u.g.h. oraz art. 23a ust. 1 u.g.h. w sytuacji bezskuteczności przepisu z art. 14 ust. 1 u.g.h., który jako nienotyfikowany przepis techniczny, w braku przekazania Komisji Europejskiej projektu ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych zgodnie z obowiązkiem z art. 3 ust. 1 dyrektywy 98/34, nie może być zastosowany wobec jednostek, co stanowi okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną, potwierdzoną wiążącą wykładnią TSUE, dokonaną m.in. wyrokami: z dnia 13 października 2016 r. w sprawie C -303/15 oraz z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C - 213/11, C -214/11 i C- 217/11 (FORTUNA i inni), a także braku naruszenia i możliwości zastosowania w stanie faktycznym sprawy art. 6 ust. 1 u.g.h. oraz art. 23a u.g.h., wymagalnych w zakresie kasyna gry i nie mogących stanowić obowiązku możliwego do naruszenia przez oskarżonego w niniejszej sprawie;

II. obrazę przepisów postępowania karnego mającą wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia poprzez naruszenie art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. w wyniku błędnej oceny zebranego materiału dowodowego sprawy, jako pozwalającego na stwierdzenie umyślnej realizacji znamion z art. 107 k.k.s., w sytuacji rzeczywiście uzasadniającej przekonanie o legalności eksploatacji automatów poza kasynem gry wynikającej z bezskuteczności nie notyfikowanych przepisów technicznych zawartych w u.g.h., w tym zwłaszcza art. 14 ust. 1 u.g.h., stanowiącego podstawowy przepis zakazujący jego działalności: urządzania gier na automatach poza kasynem gry.

W konkluzji obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego M. S. od przypisanego mu czynu.

Po rozpoznaniu apelacji obrońcy Sąd Okręgowy w K. wyrokiem z dnia 25 września 2017 r., w sprawie IV Ka [...], zaskarżony wyrok zmienił w ten sposób, że uniewinnił oskarżonego M. S. od popełnienia zarzucanego mu czynu.

W sprawie zostały wniesione dwie kasacje od wyroku Sądu odwoławczego na niekorzyść oskarżonego M. S., a mianowicie, przez Prokuratora Rejonowego w K. oraz przez Naczelnika [...] Urzędu Celno-Skarbowego w K..

Prokurator zarzucił na podstawie art. 523 k.p.k. i art. 526 § 1 k.p.k. rażące naruszenie prawa materialnego, a to art. 10 § 3 i § 4 k.k.s., poprzez ich niewłaściwą wykładnię i stosowanie oraz przyjęcie, że w sprawie ma zastosowanie art. 10 § 3 k.k.s., nadto przyjęcie, iż oskarżony M. S. działał pod wpływem błędu, gdy prawidłowa ocena okoliczności sprawy wskazuje, że żaden z przepisów art. 10 k.k.s., w tym przepis art. 10 § 4 k.k.s., mówiący o „usprawiedliwionej nieświadomości karalności przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego”, nie mógł stanowić podstawy uniewinnienia oskarżonego M. S., które to uchybienie miało istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia.

W konkluzji Prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w K. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Naczelnik [...] Urzędu Celno-Skarbowego w K. na podstawie art. 523 § 1 k.p.k., art. 526 § 1 k.p.k. i art. 113 § 1 k.k.s. zarzucił w kasacji:

I) rażące i mające istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku naruszenie przepisów prawa karnego procesowego, a mianowicie:

- 1) naruszenie art. 424 § 1 k.p.k. w zw. z art. 437 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., polegające na tym, iż orzekając odmiennie niż Sąd I instancji co do istoty sprawy, Sąd odwoławczy przedstawił - w kontekście stwierdzenia, że oskarżony pozostawał w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, iż zachodziła okoliczność wyłączająca bezprawność jego działania polegającego na urządzaniu i prowadzeniu gier, bez wcześniejszego uzyskania koncesji na kasyno gry i poza kasynem gry, na niezarejestrowanym przez właściwego naczelnika urzędu celnego automacie do gry - argumentację, która w istotnym zakresie jest niepełna.
- 2) naruszenie art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. polegające na tym, że orzekając odmiennie niż Sąd I instancji co do istoty sprawy, Sąd odwoławczy nadał dowodom i faktom znaczenie, które nie znajduje oparcia w ujawnionym materiale dowodowym.

II) rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 10 § 3 k.k.s. poprzez jego błędną wykładnię i w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie.

W konkluzji autor kasacji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym Sądowi Okręgowemu w K..

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Obie kasacje okazały się zasadne i doprowadziły w efekcie do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu w K. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Należy jednak zauważyć, iż kasacja Naczelnika [...] Urzędu Celno-Skarbowego w K. podniosła też chybiony zarzut w pkt I) 1) dotyczący braku odwołania się przez Sąd Okręgowy do odpowiednich poglądów doktryny i orzecznictwa na poparcie stanowiska co do wystąpienia po stronie oskarżonego błędu z art. 10 § 3 k.k.s. Nie doszło bowiem do wskazanych w tym zarzucie uchybień. Na sądzie odwoławczym nie spoczywa obowiązek odniesienia się do całokształtu orzecznictwa dotyczącego danego problemu prawnego. Podobnie, nie ma on obowiązku wykazania, które orzeczenia wspierają jego linię

argumentacji. Wymienione przez skarżącego przepisy nakazują jedynie: wskazanie, jakie fakty sąd uznał za udowodnione lub nieudowodnione, na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych; wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku; podanie, czym kierował się sąd wydając wyrok oraz dlaczego zarzuty i wnioski apelacji sąd uznał za zasadne albo niezasadne – czyli rzetelne ustosunkowanie się do zarzutów apelacyjnych. Natomiast brak oczekiwanych przez skarżącego informacji z pewnością nie może być uznany za „rażące naruszenie prawa”, o którym mowa w art. 523 § 1 k.p.k.

Dla uporządkowania kwestii natury ogólnej, należy w pierwszej kolejności zarysować tło prawne rozważań, zanim Sąd Najwyższy przejdzie do omówienia głównej kwestii podniesionej bezpośrednio w zarzutach kasacyjnych, a mianowicie działania oskarżonego w błędzie i naruszenia art. 10 k.k.s. przez Sąd odwoławczy. Zagadnienie dotyczące tego, jaka istnieje podstawa prawna penalizacji zachowania oskarżonego, ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy w ogóle można mówić o działaniu w usprawiedliwionym błędzie co do wypełnienia znamion przestępstwa z art. 107 k.k.s. Należy zwrócić uwagę, że czyn zarzucony oskarżonemu M. S. dotyczył okresu od 3 marca 2015 r. do 29 marca 2015 r., czyli przed wejściem w życie nowelizacji ustawy o grach hazardowych (ustawa z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych – Dz.U. z 2015 r., poz. 1201) i przed rozpoczęciem okresu przejściowego określonego w art. 4 tej ustawy. O ile zatem problem niemożności stosowania przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2015 r., poz. 612 j.t., dalej także jako u.g.h.) został usunięty na skutek dokonanej notyfikacji oraz związanej z tym nowelizacji ustawy o grach hazardowych, która weszła w życie 3 września 2015 r., to problem ten dotyczył – i nadal może dotyczyć – spraw, w których zarzut niezgodnego z prawem działania odnosi się do zachowań przed tą datą.

Na wstępie trzeba zauważyć, że art. 107 § 1 k.k.s. jest normą blankietową i odpowiedzialność karna za określone w tym przepisie przestępstwo skarbowe może mieć miejsce tylko wówczas, gdy zostanie wykazane, iż sprawca swoim zachowaniem naruszył równocześnie obowiązujące normy innych ustaw, dopełniające ten przepis. Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z 19 stycznia 2017 r., I KZP 17/16 (OSNKW 2017, z. 2, poz. 7), w ślad za wyrokiem Trybunału

Sprawiedliwości UE z 13 października 2016 r., sygn. C-303/15, rozstrzygnął charakter prawny przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h. Mianowicie, potwierdził techniczny charakter art. 14 ust. 1 u.g.h. (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 3 września 2015 r.), co wobec braku notyfikacji Komisji Europejskiej oznaczało niemożność jego zastosowania w sprawie o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s., a nadto stwierdził, że art. 6 ust. 1 u.g.h. takiego charakteru technicznego w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE nie ma, co z kolei sprawia, iż mógł on i może nadal stanowić - i to samodzielnie - 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. Ujmując rzecz skrótowo: w związku z art. 107 § 1 k.k.s. może być stosowany tylko art. 6 ust. 1 u.g.h., natomiast nie może pozostawać art. 14 ust. 1 u.g.h. *(podobnie: wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 22 lutego 2017 r., IV KK 304/16, LEX nr 2248735; z dnia 16 marca 2017 r., V KK 21/17, LEX nr 2258063; z dnia 29 marca 2017 r., IV KK 396/16, LEX nr 2281267; z dnia 20 września 2017 r., III KK 66/17, LEX nr 2397574; z dnia 5 października 2017 r., III KK 68/17, LEX nr 2397575; postanowienia SN: z dnia 5 października 2017 r., III KK 86/17, LEX nr 2397576; z dnia 20 września 2017 r., III KK 63/17, Prok. i Pr.-wkł. 2017, Nr 12, poz. 7).*

Stanowisko to zostało zaakceptowane również w piśmiennictwie prawniczym. W głosie do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 października 2016 r., C-303/15 (LEX/el 2016), A. Knade – Plaskacz stwierdziła: „Głosowane orzeczenie w sposób jednoznaczny rozstrzyga nakreślony spór doktryny i judykatury, gdyż przyjęto, że art. 6 ust. 1 u.g.h., wprowadzający obowiązek posiadania koncesji przez przedsiębiorstwa prowadzące działalność polegającą na prowadzeniu gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach, nie stanowi przepisu technicznego w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE. (...) Zasadnicza teza głosowanego orzeczenia mówiąca o tym, że art. 6 ust. 1 u.g.h. nie należy do „przepisów technicznych” w rozumieniu art. 1 dyrektywy 98/34/WE, nie tylko nie budzi żadnych zastrzeżeń, ale wydaje się być – w świetle dotychczasowego orzecznictwa TS – tezą oczywistą. (...) Odnosząc się natomiast do konsekwencji wynikających z omawianego wyroku dla polskiej praktyki orzeczniczej, należy podkreślić przede wszystkim możliwość

przypisania odpowiedzialności karno-skarbowej za urządzenie lub prowadzenie gier hazardowych z naruszeniem warunków koncesji lub bez wymaganej koncesji. Na gruncie obecnie obowiązującej ustawy działalność w zakresie gier hazardowych jest dozwolona wyłącznie na zasadach w niej określonych. Artykuł 6 ust. 1 u.g.h. przewiduje zaś, że „działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach może być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry. Urządzanie lub prowadzenie takich gier lub zakładów przez podmioty, które takiej koncesji nie posiadają lub naruszają jej warunki, wypełnia więc znamiona strony przedmiotowej przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. Podsumowując, skoro ustanowiony w art. 6 ust. 1 u.g.h. wymóg posiadania koncesji na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach nie stanowi przepisu technicznego w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE (a obecnie dyrektywy 2015/1535), to kwestia braku jego notyfikacji pozostaje bez znaczenia dla możliwości przypisania odpowiedzialności karno-skarbowej za jego naruszenie”.

W przedmiotowej sprawie M. S. został uniewinniony wyrokiem Sądu odwoławczego od popełnienia zarzucanego mu czynu, polegającego – skrótowo rzecz ujmując - na tym, że w miejscu i czasie wskazanymi w części wstępnej wyroku Sądu I instancji, wbrew przepisom określonym w art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 oraz art. 23a ust. 1 u.g.h., a więc bez wymaganej koncesji, poza kasynem gry urządzał i prowadził gry hazardowe na automacie do gier, który to czyn był kwalifikowany z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

Sąd Okręgowy w K. podkreślił w uzasadnieniu wyroku - „zarzucony oskarżonemu czyn miał polegać na "prowadzeniu i urządzeniu" gier hazardowych na automacie nie tylko wbrew art. 14 ust. 1, ale także wbrew przepisom art. 6 ust. 1 i art. 23a ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Czyn ten nie wyczerpuje się zatem wyłącznie w zachowaniu naruszającym omówioną wyżej normę (art. 14 ust. 1 u.g.h. – uwaga SN), ale miał przejawiać się także relewantnym w świetle art. 107 § 1 k.k.s. naruszeniem norm z art. 6 ust. 1 i art. 23a ust. 1 ustawy o grach hazardowych. (...) trzeba w tej perspektywie podkreślić, iż uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s. *in abstracto*, zarówno w czasie czynu oskarżonego, jak i obecnie, mogą stanowić normy z art. 6 ust. 1 i 23a ust. 1 ustawy o grach hazardowych, oczywiście o tyle, o ile okoliczności faktyczne konkretnej

sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony. (...) Obrońca nie kwestionuje zaś równocześnie w ogóle kwestii realizacji poszczególnych postaci znamion czynności wykonawczej, co prowadzi do przyjęcia, że skoro oskarżony zarówno urządził, jak i prowadził gry hazardowe, to swoim zachowaniem naruszył on normy z art. 6 ust. 1 i z art. 23a ust. 1 ustawy o grach hazardowych, a tym samym zrealizował znamiona przedmiotowe zarzuconego mu typu” (s. 5 – 6). To stanowisko Sądu Okręgowego należy w pełni zaaprobować. Sąd ten trafnie bowiem uznał, że możliwe było przypisanie oskarżonemu M. S. popełnienia czynu z art. 107 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 23a ust. 1 u.g.h. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. W tym zakresie pogląd ten jest częściowo zbieżny ze stanowiskiem Sądu I instancji, który podobnie widział możliwość zastosowania wobec oskarżonego przepisów art. 6 ust. 1 i art. 23a ust. 1 u.g.h., jednak nie wyeliminował z kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu art. 14 ust. 1 u.g.h.

Mimo wyrażenia stanowiska o możliwości przypisania oskarżonemu zarzucanego czynu (po wyeliminowaniu art. 14 ust. 1 u.g.h.), Sąd odwoławczy uniewinnił oskarżonego, przyjął bowiem, że sprawca działał w usprawiedliwionym błędzie z art. 10 § 3 k.k.s. Podniósł w tym zakresie – „Wyłączenie odpowiedzialności karnej oskarżonego następuje nie na poziomie stwierdzenia bezprawności, ale na etapie wtórnym poprzez wyłączenie winy. Nie można bowiem, przy rozważaniu możliwości przypisania owej odpowiedzialności, pominąć okoliczności, że kwestia możliwości wypełnienia przez relewantne normy blankietu zawartego w typie art. 107 § 1 k.k.s., już w czasie czynu oskarżonego, budziła zasadnicze wątpliwości. (...) Oskarżony miał świadomość z jednej strony, że jego zachowanie narusza normy ustawy o grach hazardowych, co pozwala na stwierdzenie, że działał on umyślnie z zamiarem bezpośrednim, jednakże jednocześnie pozostawał on w błędnym, ale usprawiedliwionym bacząc na powyższe rozbieżności doktryny i judykatury, przekonaniu, że możliwość ich zastosowania jest wyłączona ze względu na kolizję z prawem unijnym. Prowadzi to toteż do wniosku, iż zachodzi okoliczność określona w art. 10 § 3 k.k.s. a tym samym oskarżony nie popełnił przestępstwa ze względu na okoliczność wyłączającą winę” (s. 6 – 7 uzasadnienia).

Należy jednak stwierdzić, iż nie można zaakceptować tego stanowiska Sądu Okręgowego w K.. W pierwszej kolejności trzeba zauważyć, że w apelacji obrońcy oskarżonego nie podniesiono pod adresem Sądu pierwszej instancji zarzutu obrazy prawa materialnego w postaci art. 10 k.k.s. Jest oczywiste, że przesłanką zmiany orzeczenia na korzyść oskarżonego albo uchylenia niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów jest uznanie sądu odwoławczego, że utrzymanie orzeczenia w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe w rozumieniu art. 440 k.p.k. W takiej jednak sytuacji na sędzie drugiej instancji ciąży obowiązek wyczerpującego uzasadnienia tej decyzji i wykazania, na czym owa „rażąca niesprawiedliwość” polegała, czego w niniejszej sprawie brak.

Po drugie, zapewne omyłkowo, Sąd odwoławczy uniewinniając oskarżonego M. S. powołał się na błąd określony w art. 10 § 3 k.k.s. Przepis ten stanowi: - „Nie popełnia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność”. Tymczasem w przepisie tym unormowano „błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność”, tzw. błąd co do kontratypu. Jest to jednak kontratyp tylko w zakresie eksperymentu ekonomicznego lub technicznego (art. 27 § 1 k.k. w zw. z art. 20 § 2 i 5 k.k.s.), gdyż Kodeks karny skarbowy nie przewiduje instytucji określonych np. w art. 25 k.k. i art. 26 k.k. o obronie koniecznej i stanie wyższej konieczności (por. art. 20 § 2 k.k.s.). Innymi słowy, w art. 10 § 3 k.k.s. chodzi o „błąd wynikający z błędnego przekonania, a więc z urojenia, a nie błąd z nieświadomości, gdyż ta jest tu w istocie niemożliwa. Dla uchylenia odpowiedzialności błąd musi być usprawiedliwiony” (zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 71 – 72, teza 2). Błąd co do bezprawności czynu, o którym mowa w art. 10 § 3 k.k.s., to „błąd związany z urojeniem sprawcy, że zachodzi okoliczność kontratypowa, czyli legalizująca ten czyn, która w rzeczywistości nie zachodzi. Jeżeli ten błąd jest usprawiedliwiony, to – zgodnie z postanowieniami art. 10 § 3 k.k.s. – sprawca nie popełnia przestępstwa skarbowego ani wykroczenia skarbowego, a więc nie będzie ponosił za popełniony przez siebie czyn wyczerpujący znamiona czynu określonego w Kodeksie karnym skarbowym odpowiedzialności karnej skarbowej. Kodeks karny skarbowy przewiduje tylko jeden rodzaj kontratypu związany z działaniami

eksperymentatorskimi w zakresie eksperymentu ekonomicznego lub technicznego (zob. art. 27 § 1 k.k. w zw. z art. 20 § 2 i 5 k.k.s.). Na podstawie wskazanych powyżej przepisów bezkarne będzie naruszenie normy prawa karnego skarbowego zawartej w części szczególnej tytułu I Kodeksu karnego skarbowego zarówno wtedy, gdy sprawca rzeczywiście działa w warunkach dozwolonego kontratypu, jak i wtedy, gdy uroił sobie, że działa w ramach takiego kontratypu i było to usprawiedliwione” (zob. V. Konarska-Wrzošek [w:] *Kodeks karny skarbowy. Komentarz do art. 10, pod red. I. Zgolińskiego, WKP 2018, Lex, teza 4*). Nie sposób w niniejszej sprawie mówić o „urojeniu kontratypu” po stronie oskarżonego M. S..

W przedmiotowej sprawie, Sąd odwoławczy uniewinniając oskarżonego na podstawie art. 10 § 3 k.k.s., miał zapewne na uwadze błąd co do prawa, określony w art. 10 § 4 k.k.s., jako nieświadomość karalności czynu, jakiego dopuścił się sprawca. Przepis ten stanowi - „Nie popełnia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności”. Jednak i w tym przypadku brak możliwości zastosowania tego przepisu do realiów niniejszej sprawy.

Jak podnosi się w doktrynie – „Błąd taki dotyczy przekonania, że czyn, który sprawca popełnił, nie podlega karze. Przekonanie sprawcy musi być usprawiedliwione. Gdy karalność czynu jest dla sprawcy nierozpoznawalna, to wówczas należy uznać nieświadomość karalności za usprawiedliwioną. (...) Sprawca nie uświadamia sobie, że jego czyn podlega karze, może natomiast uświadamiać sobie, że jego zachowanie sprzeczne jest z przepisami prawa podatkowego, prawa administracyjnego itp.” (por. F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz. Tom I, Zakamycze 2006, s. 220 – 221, teza 24*; podobnie: T. Grzegorzczak, *Kodeks ... op.cit. s. 72, teza 3*; G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A. R. Światłowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz. Gdańsk 2007, s. 45 – 46*). Innymi słowy, nieświadomość karalności czynu polega na przekonaniu sprawcy, że dane zachowanie nie jest penalizowane, zaś od odpowiedzialności karnej uwalnia tylko usprawiedliwiona nieświadomość karalności. Chociaż podnosi się, że - „Badając formułę usprawiedliwienia, należy odwoływać się do wzorca osobowego zachowania przeciętnego obywatela, który – metaforycznie ujmując – przykłada się do zachowania sprawcy, dokonując tym samym oceny, czy tak jak sprawca

zachowałby się również ów model osobowy”, to jednak w wypadku prawa karnego skarbowego „często w grę wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań, bowiem inna będzie miara przykładowo dla podatnika nieprowadzącego działalności gospodarczej, inna zaś dla prowadzącego, jeszcze zaś inna dla osoby zawodowo zajmującej się podatkami (np. doradcy podatkowego, biegłego rewidenta). Im wyższe oczekiwania od sprawcy, tym możliwość wystąpienia błędu usprawiedliwionego mniejsza” (por. G. Łabuda [w:] *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*. P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Warszawa 2017, s. 281, teza 21).

Nie ulega zatem wątpliwości, że nie można powoływać się na nieświadomość karalności w sytuacji, gdy na sprawcy ciąży obowiązek zaznajomienia się z określonymi przepisami w związku z jego działalnością, na przykład zawodową. Z poczynionych przez sąd ustaleń faktycznych musi więc wynikać, że sprawca podjął odpowiednie starania, aby zapoznać się z obowiązującymi w danej dziedzinie przepisami (zob. F. Prusak, *Kodeks... op.cit.* s. 221; A. Wielgolewska, A. Piaseczny, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*. Warszawa 2012, s. 45, teza 4). Innymi słowy, o usprawiedliwionej nieświadomości karalności danego zachowania można mówić wtedy, gdy nie można sprawcy zarzucić braku należytej staranności w ustalaniu obowiązującego prawa.

Jest faktem, iż podnosi się również, że „z usprawiedliwioną nieświadomością karalności danego typu zachowania będziemy mieli do czynienia w szczególności wtedy, gdy jego sprawca bez swojej winy nie mógł zorientować się co do faktu jego karalności, a tym bardziej wtedy, gdy uzyskał oficjalną informację od przedstawicieli uprawnionych organów, że dany czyn jest zgodny z prawem i nie jest karalny. Usprawiedliwiona nieświadomość karalności popełnionego czynu może mieć miejsce zwłaszcza wtedy, gdy przepisy prawa podatkowego, celnego, dewizowego lub hazardowego wypełniające blankietowe dyspozycje prawa karnego skarbowego są często zmieniane i wprowadzane w życie bez żadnego lub z bardzo krótkim *vacatio legis* oraz bez odpowiedniego upowszechnienia dokonanych zmian w społeczeństwie”. Wszakże podkreślić trzeba, że wymagane jest wówczas, by jednocześnie na sprawcy nie ciążył szczególny obowiązek śledzenia tychże przepisów ze względu na prowadzenie działalności gospodarczej, wykonywany

zawód lub pełnienie określonej funkcji (zob. V. Konarska-Wrzošek [w:] *Kodeks karny skarbowy...op.cit. teza 5*).

Powyższe poglądy doktryny aprobowane są w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Zgadzając się co do zasady, iż usprawiedliwiona nieświadomość karalności danych zachowań może mieć miejsce w sytuacjach częstej i zaskakującej zmiany regulacji z zakresu szeroko rozumianego prawa finansowego lub ich interpretacji, które rzutują na zakres penalizacji zachowań stypizowanych jako przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe, to jednak przyjęcie takiego błędu wymaga pogłębionej analizy na gruncie realiów procesowych danej sprawy. Sąd Najwyższy konsekwentnie podkreślał w swoim orzecznictwie, że nie można powoływać się skutecznie na niezawinioną nieświadomość stanu prawa, jeżeli z ustalonych faktów wynika, że sprawca nie tylko nie starał się w sposób należyty zapoznać z obowiązującym uregulowaniem, choć miał możliwość to uczynić u przedstawicieli właściwych organów, ale wręcz wyraźnie z takiej możliwości zrezygnował (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 1997 r., II KKN 124/96, OSNKW 1997, z. 5 – 6, poz. 46; podobnie wyroki SN: z dnia 15 maja 2018 r., III KK 392/17, LEX nr 2553870; z dnia 15 listopada 2018 r., V KK 76/18, LEX nr 2587094). Z kolei w wyroku z dnia 18 maja 2018 r., w sprawie III KK 426/17 (LEX nr 2556098), Sąd Najwyższy wskazał, że „Art. 107 § 1 k.k.s. ma charakter normy blankietowej, a jej uzupełnienie stanowią przepisy ustawy o grach hazardowych. Błąd w postaci nieświadomości, że działa się wbrew przepisom wskazanej ustawy oznacza, że sprawca nie zna dopełniającego normę blankietową przepisu prawa i nie wie tym samym, że jego naruszenie jest zabronione przez prawo karno-skarbowe, bądź też sprawca zna przepisy u.g.h. i wie, że jego zachowanie jest w świetle tych przepisów bezprawne, nie wie tylko, że naruszenie konkretnego przepisu podlega sankcji karno-skarbowej. Nieświadomość karalności określona w art. 10 § 4 k.k.s. nawiązuje do okoliczności wyłączającej karalność ujętej jako nieświadomość tego, że czyn tego rodzaju jest zagrożony karą. Błąd tego rodzaju jeżeli wystąpił wyłącza winę. Wyłączenie winy przy błędzie co do karalności następuje jednak wyłącznie wówczas, gdy błąd ten jest usprawiedliwiony”. Wreszcie, należy przytoczyć zasługujące również na pełną aprobatę stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 grudnia 2018 r., w sprawie V KK

516/17 (niepublikowany) – „Istnienie w świadomości sprawcy wątpliwości co do charakteru norm określonych w art. 6 i art. 14 ustawy o grach hazardowych to nic 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”.

Przechodząc na grunt przedmiotowej sprawy należy przypomnieć ustalenia Sądu I instancji, które przemawiają wprost przeciwko przyjęciu po stronie oskarżonego M. S. usprawiedliwionej nieświadomości karalności zarzucanego mu czynu. Stwierdził ten Sąd między innymi – „Skoro więc M. S. dostarczył automat do gry w wersji zmodyfikowanej wraz z pilotem umożliwiającym blokadę urządzenia, a jak wynika z ww. faktów blokada taka miała być dokonana na wypadek kontroli ze strony funkcjonariuszy celnych, to fakty te świadczą o tym, iż M. S. bardzo dobrze zdawał sobie sprawę z tego, że działa wbrew prawu i popełnia przestępstwo karno skarbowe. Gdyby było inaczej, gdyby M. S. był przekonany, iż działa *lege artis*, a jego zachowanie nie nosi znamion przestępstwa z racji toku procesu legislacyjnego przeprowadzonego w tej materii, to nie miałby powodu ukrywać charakteru urządzenia jakie umieścił w tej kawiarni na wypadek kontroli ze strony funkcjonariuszy urzędu celnego. A takie działania podjął, czego dowodem jest właśnie dostarczenie urządzenia z wbudowanym modułem umożliwiającym blokadę automatu do gier oraz pilota zdalnie sterującego, przy pomocy, którego taka blokada była dokonana. (...) Okoliczności te świadczą także o tym, iż oskarżony działał umyślnie. Mając na uwadze doświadczenie w ramach działalności gospodarczej, którą prowadzi, poziom wiedzy, kampanię medialną poprzedzającą wprowadzenie omawianych zakazów, nie budzi wątpliwości, iż wiedział on, że urządzenie i prowadzenie gier na takim automacie, jak ten, który został zatrzymany w K. [...] jest nielegalne, a mimo to postąpił tak jak mu to zostało zarzucone” (s. 6 i 13 uzasadnienia).

Trafnie zwrócił uwagę prokurator w kasacji, że podmiot prowadzący profesjonalną działalność gospodarczą obowiązuje podwyższony wzorzec staranności w działaniu. Zachowanie zasad należytej staranności w zakresie zapoznania się z regulacjami prawnymi dotyczącymi danej dziedziny działalności gospodarczej wymaga zapoznania się sprawcy z przepisami, czy zwrócenia się do

właściwego organu co do zakresu stosowania prawa w jego indywidualnej sprawie. Słusznie też autor tej skargi zauważa – „W realiach niniejszej sprawy mamy do czynienia z osobą która podjęła działalność gospodarczą w zakresie urządzania gier hazardowych, a więc w dziedzinie aktywności gospodarczej co do zasady restrykcyjnie regulowanej. W świetle obowiązującej w czasie czynu oskarżonego ustawy o grach hazardowych, działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach mogła być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry (art. 6). Ustawa nakładała szereg dalszych obowiązków i obostrzeń na podmioty które zamierzały podjąć czy prowadziły działalność w zakresie m.in. urządzania gier hazardowych na automatach. Treść przepisu art. 107 § 1 k.k.s. i dalsze odnośne przepisy ustawy o grach hazardowych zostały opublikowane w Dzienniku Ustaw, były powszechnie dostępne, nie zostały uchylone, były prawem obowiązującym. (...) Oskarżony miał możliwość zapoznania się z treścią właściwych przepisów i zachowania się zgodnie z normami z tych przepisów wynikających. (...) oskarżony organizował (a przynajmniej firmował swoją osobą) gry losowe na automatach na skalę ogólnopolską. Nie stosował się do obowiązujących przepisów, nie podjął działań polegających na uzyskaniu od właściwego organu potwierdzenia legalności planowanego przedsięwzięcia. Po zatrzymaniu należącego do jego firmy automatu do gry (...) niezwłocznie umieścił w tym lokalu kolejne urządzenie”.

Podsumowując dotychczasowe rozważania należy stwierdzić, że zarówno cytowane ustalenia Sądu pierwszej instancji, jak i okoliczności przytoczone przez prokuratora w kasacji, zaprzeczają możliwości wystąpienia po stronie oskarżonego M. S. usprawiedliwionego błędu określonego w art. 10 § 4 k.k.s.

Jak już wskazano wcześniej, przy ocenie, czy nieświadomość karalności czynu zabronionego była usprawiedliwiona, należy brać pod uwagę całokształt okoliczności związanych z rozpoznawanym zdarzeniem, a także osobę sprawcy. Oskarżony M. S. prowadząc działalność w zakresie gier hazardowych musiał mieć świadomość tego, że w polskim porządku prawnym działalność polegająca na urządzaniu gier na automatach zawsze była działalnością koncesjonowaną, reglamentowaną przez państwo. Brak również podstaw, by zasadnie móc twierdzić, że brak notyfikacji wskazanych przepisów ustawy o grach hazardowych miał

zmienić tego rodzaju stan prawny. Nie można więc bezkrytycznie przyjąć, by oskarżony mógł na tej podstawie uważać, że w czasie obowiązywania przedmiotowej ustawy, a więc od dnia 1 stycznia 2010 r., przedsiębiorca prowadzący działalność w zakresie gier hazardowych, nie musi posiadać koncesji. Oskarżony zresztą o jej uzyskanie nigdy się nawet nie starał. Nadto, jako profesjonalista w tej branży powinien przykładać podwyższoną staranność przy realizacji uprawnień i obowiązków związanych z uczestnictwem w obrocie gospodarczym, czego także nie uczynił. Z dokonanych przez Sąd Rejonowy ustaleń nie wynika, aby oskarżony nie miał świadomości istnienia norm ustawy o grach hazardowych uzupełniających blankietowy przepis art. 107 § 1 k.k.s., a wręcz przeciwnie - dokonując samodzielnej, subiektywnej interpretacji przepisów prawa doszedł do wniosku, że do przepisów tej ustawy stosować się nie musi. Oskarżony ten prowadził działalność gospodarczą w zakresie gry na automatach i nie był tzw. "przeciętnym obywatelem", nieświadomym obowiązujących przepisów regulujących rynek hazardu. Przeciwnie, miał świadomość obowiązujących przepisów prawa w zakresie prowadzonej przez siebie działalności i od niego, jako od przedsiębiorcy, należało wymagać i oczekiwać znacznie więcej, niż w wypadku zwykłego obywatela. W rezultacie więc, nie można zasadnie twierdzić, iż oskarżony działał w sposób „legalny” w sytuacji, gdy nie posiadał wymaganej przepisami prawa koncesji na prowadzenie działalności hazardowej i o taką koncesję nawet nie wystąpił.

W konsekwencji, Sąd odwoławczy dopuścił się rażącego naruszenia normy zawartej w art. 10 § 3 i § 4 k.k.s., którego efektem była zmiana wyroku i uniewinnienie oskarżonego M. S..

Z tych wszystkich względów, które zostały przedstawione powyżej, konieczne było uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym Sądowi Okręgowemu w K.. W postępowaniu tym Sąd drugiej instancji rozpozna wniesioną apelację, przy czym w zakresie przepisu art. 10 § 4 k.k.s. będzie miał na uwadze zapatrywanie prawne poczynione w niniejszym uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego (art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.).