



Sygn. akt V KK 264/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 listopada 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Andrzej Ryński

SSN Eugeniusz Wildowicz

Protokolant Katarzyna Wępa

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Barbary Nowińskiej,

w sprawie **D. K. i M. W.**

oskarżonych z art. 107 § 1 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 15 listopada 2018 r.,

kasacji wniesionych przez Prokuratora Okręgowego w K. i Naczelnika [...] Urzędu

Celno - Skarbowego w S. na niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w K.

z dnia 13 lutego 2018 r., sygn. akt V Ka [...],

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w K.

z dnia 13 października 2017 r., sygn. akt II K [...],

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

UZASADNIENIE

D. K. został oskarżony o to, że: „przez czas od dnia 01.04.2011 roku do dnia 13.12.2012 roku, w lokalu [...] Bar „C.” (dawniej „T.”) w D. przy ul. M. [...], przy użyciu elektromechanicznych automatów do gry o charakterze losowym o nazwie „A.” NUMER [...] ([...]), „A.” numer [...] ([...]) oraz przez cały czas nieokreślony do dnia 13.12.2012 roku w lokalu [...] Bar „C.” (dawniej „T.”) w D. przy ul. M. [...], przy użyciu elektromechanicznych automatów do gry o charakterze losowym o nazwie „H.” numer [...], „H.” numer [...], umieszczonych w ww. lokalu, w którym to automaty te udostępniono do publicznego korzystania, prowadził gry na ww. automatach, bez zezwolenia, tj. wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r., Nr 201, poz. 1540)”, tj. o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s.

M. W. został zaś oskarżony o to, że: „przez czas od dnia 01.04.2011 r. do dnia 13.12.2012 r. w D., pełniąc funkcję Prezesa Zarządu Sp. z o.o. „H.” z siedzibą w W. przy ul. C. [...], przy użyciu elektromechanicznych automatów do gry o charakterze losowym, o nazwie „A.” numer [...] ([...]), A. numer [...] ([...]), umieszczonych w [...] Barze „C.” w D. przy ul. M. [...], w którym to lokalu automaty te udostępniono do publicznego korzystania, urządził gry na ww. automatach, bez zezwolenia, tj. wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009r., Nr 201, poz. 1540)”, tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.

Wyrokiem z dnia 13 października 2017 r. Sąd Rejonowy w K. uniewinnił obu oskarżonych od popełnienia zarzucanych im czynów, a kosztami postępowania obciążył Skarb Państwa.

Z uzasadnienia tego wyroku wynika, że powodem takiego rozstrzygnięcia było zastosowanie wobec obu oskarżonych konstrukcji błędu co do prawa (art. 10 § 4 k.k.s.), choć w końcowej części wskazano także i na to, iż nie było możliwe wyczerpanie przez oskarżonych znamion czynu z art. 107 § 1 k.k.s., a to z uwagi na fakt, że przepisy art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych były przepisami technicznymi w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, które nie zostały notyfikowane Komisji Europejskiej (str. 11 uzasadnienia wyroku).

Apelacje od tego wyroku na niekorzyść obu oskarżonych wnieśli prokurator oraz Naczelnik Urzędu Celno-Skarbowego w S..

Prokurator zarzucił wyrokowi:

1. obrazę przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. przez dowolną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego, dokonaną z naruszeniem wskazań wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego, a przejawiającą się w szczególności w bezgranicznym obdarzeniu wiarą wyjaśnień oskarżonych co do braku świadomości charakteru prowadzonej przez nich działalności, dowolne uznanie przez Sąd Rejonowy, że oskarżeni dysponujący prywatnymi opiniami prawnymi, mieli prawo pozostawać w przekonaniu, że niejednolite orzecznictwo sądów, brak procedury notyfikacji ustawy o grach hazardowych uchyla bezprawność ich czynów pomimo doskonałej znajomości branży, w której oskarżeni prowadzili działalność gospodarczą oraz znajomości przepisów ustawy o grach hazardowych;
2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść polegający na ustaleniu, że czyn zabroniony został popełniony w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność wyłączająca jego bezprawność, a także przyjmując, że przepisy art. 6 i art. 14 ustawy o grach hazardowych, jako przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, które nie zostały notyfikowane Komisji Europejskiej są bezskuteczne, a w konsekwencji niesłuszne uniewinnienie oskarżonych od popełnienia zarzucanych im czynów, podczas gdy właściwa ocena zabranego materiału dowodowego prowadzi do wniosku, że oskarżeni dopuścili się zarzucanych im czynów wyczerpujących znamiona art. 107 k.k.s.

Podnosząc te zarzuty prokurator wnosił o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Z kolei Naczelnik Urzędu Celno-Skarbowego w S. zaskarżył wyrok także w całości i zarzucił mu obrazę przepisów – „prawa materialnego i błąd w ustaleniach faktycznych, tj.:

- naruszenie przepisu art. 7 k.p.k. z uwagi na brak prawidłowej oceny wszystkich przeprowadzonych dowodów, a przede wszystkim zeznań przesłuchanych świadków i powiązaniu ich zeznań z zebraniem materiałem dowodowym, a w szczególności z opinią niezależnego biegłego sądowego, przeprowadzonym

eksperymentem procesowym z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego,

- naruszenie zasady obiektywizmu wyrażonej w art. 4 k.p.k. poprzez niezachowanie równego stosunku do obu stron procesu - tj. pominięcie dowodów; wskazanych przez oskarżenie,
- naruszenie zasady samodzielności jurysdykcyjnej wyrażonej w art. 8 k.p.k., poprzez to, że Sąd nie rozstrzygnął samodzielnie zagadnień faktycznych i prawnych tylko związał się rozstrzygnięciami innych sądów, w tym rozstrzygnięciami tylko korzystnymi dla oskarżonych, pomijając orzeczenia przeciwnie,
- art. 107 § 1 k.k.s., mającą wpływ na treść orzeczenia, polegającą na uniewinnieniu oskarżonych z uwagi na brak możliwości stosowania wobec oskarżonych przepisów ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych,
- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a mający wpływ na jego treść polegający na uznaniu, że oskarżeni działali w usprawiedliwionej nieświadomości”.

Po rozpoznaniu obu tych apelacji Sąd Okręgowy w K. wyrokiem z dnia 13 lutego 2018 r., w sprawie o sygn. akt V Ka [...], zaskarżony wyrok utrzymał w mocy, a kosztami postępowania odwoławczego obciążył Skarb Państwa.

Kasacje od tego wyroku na niekorzyść obu oskarżonych wniosli: prokurator oraz Naczelnik Urzędu Celno-Skarbowego w S..

Prokurator Okręgowy w K. zaskarżając wyrok w całości zarzucił mu:

„1. obrazę prawa procesowego, tj. art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. poprzez błędne przyjęcie, że finansowy organ postępowania przygotowawczego, tj. Urząd Celny w K. był uprawniony do złożenia w dniu 30 lipca 2015 roku skutecznego oświadczenia w trybie art. 346 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. o podtrzymaniu poprzedniego aktu oskarżenia w tej sprawie z dnia 23 czerwca 2014 roku, a w konsekwencji do samodzielnego wniesienia aktu oskarżenia bez konieczności uprzedniego przedłożenia go prokuratorowi sprawującemu nadzór nad dochodzeniem celem jego zatwierdzenia i wniesienia do sądu, podczas gdy analiza akt sprawy winna prowadzić do uchylenia z urzędu

wyroku Sądu Rejonowego w K., w sprawie o sygn. akt II K [...], i umorzenia postępowania z uwagi na brak skargi uprawnionego oskarżyciela,

2. obrazę prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., mającą wpływ na treść wyroku, polegającą na niedostatecznym rozważeniu przez Sąd Okręgowy w K. w pisemnym uzasadnieniu wyroku z dnia 13 lutego 2018 roku, sygn. akt V Ka [...] zarzutów apelacji dotyczących błędu w ustaleniach faktycznych oraz obrazy przepisu art. 7 k.p.k. w zakresie pozostawania obu oskarżonych w usprawiedliwionym błędzie co do prawa, a także obrazy prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s., polegającej na przyjęciu braku możliwości stosowania wobec oskarżonych przepisu art. 6 Ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, podczas gdy prawidłowa analiza i ocena zarzutów apelacyjnych z uwzględnieniem zebranego materiału dowodowego, dokonana zgodnie z zasadami logicznego rozumowania, wskazaniami wiedzy oraz doświadczenia życiowego prowadzić winna do wniosku odmiennego, tj. do stwierdzenia, że ustalenia Sądu Rejonowego w K., w zakresie pozostawania obu oskarżonych w usprawiedliwionym błędzie co do prawa, jak również w zakresie niedopuszczalności zastosowania wobec nich przepisu art. 6 Ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, były ustaleniami błędnymi, dowolnymi, dokonanymi z przekroczeniem granic swobodnej oceny dowodów, co w konsekwencji winno skutkować uchyleniem wyroku Sądu Rejonowego w K. w sprawie II K [...] i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji.”

Podnosząc te zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz wyroku sądu pierwszej instancji i umorzenie postępowania.

Naczelnik Urzędu Celno-Skarbowego zaskarżając wyrok także w całości co do obu oskarżonych, zarzucił mu: „rażące naruszenie przepisów postępowania, które to uchybienie miało istotny wpływ na treść orzeczenia, tj.: art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. polegające na:

- nierozważeniu części argumentów zaprezentowanych w apelacji na poparcie podniesionych w niej zarzutów jak i lakonicznym i powierzchownym ustosunkowaniu się w uzasadnieniu wyroku przez Sąd odwoławczy do wszystkich zarzutów i wniosków podniesionych i szczegółowo uzasadnionych w apelacji,

w szczególności zarzutu dotyczącego błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych przez Sąd I instancji za podstawę orzeczenia, mającego istotny wpływ na jego treść polegającego na uznaniu, że oskarżeni działali w usprawiedliwionej nieświadomości karalności, co w konsekwencji doprowadziło do uznania, że nie zostały spełnione znamiona czynu określonego w art. 107 § 1 k.k.s. oraz zarzutu braku prawidłowej oceny przez Sąd I instancji wszystkich przeprowadzonych dowodów z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego,

- istnieniu wewnętrznej sprzeczności w uzasadnieniu wyroku Sądu odwoławczego, co sprawiło, że nie jest możliwe zapoznanie się przez skarżącego z rozumowaniem Sądu odwoławczego, jakie przywiodło ten Sąd do zaskarżonego kasacją rozstrzygnięcia, podczas gdy dopiero wnikliwe rozważenie wszystkich zarzutów apelacji i przywołanych w związku z nimi argumentów, pozwoliłoby dokonać merytorycznej słuszności zaskarżonego wyroku”.

Stawiając tak sformułowany zarzut skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku co do obu oskarżonych i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi odwoławczemu.

W trakcie rozprawy kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej poparł obie kasacje, przy czym w odniesieniu do pierwszego zarzutu kasacji prokuratora podniósł, iż zarzut ten jest na korzyść oskarżonego a ponadto, iż jest on na granicy dopuszczalność, zaś merytorycznie chybiony, a to z uwagi na fakt, że pismo stanowiące podtrzymanie aktu oskarżenia wpłynęło do sądu pierwszej instancji przed dniem 1 lipca 2015 r. (data wpływu 22 czerwca 2015 r.); stanowisko takie zaprezentował także pełnomocnik oskarżyciela publicznego.

Obrońca oskarżonego wniósł o oddalenie obu kasacji, a przypadku uwzględnienia kasacji w zakresie podstawowych zarzutów, wniósł o uchylenie obu wyroków i umorzenie postępowania z uwagi na brak skargi uprawnionego oskarżyciela.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Obie kasacje są zasadne w części, w jakiej podnoszą zarzut rażącego naruszenia prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., w odniesieniu do niedostatecznego rozważenia zarzutów

obu apelacji w zakresie zawartych w nich uchybień, polegających na wadliwym przyjęciu działania obu oskarżonych w warunkach błędu co do prawa (art. 10 § 4 k.k.s.) i niedopuszczalności stosowania wobec nich przepisu art. 6 ustawy o grach hazardowych (kasacja Naczelnika Urzędu Celno-Skarbowego oraz w zarzut drugi w kasacji prokuratora). Stwierdzenie to trzeba jednak od razu uzupełnić o kwestię, która jawi się jako bardzo istotna. Otóż rację ma obrońca oskarżonego M. W. (wystąpienie podczas rozprawy kasacyjnej), że czasokres popełnionego czynu jest w tej sprawie niezmiernie ważki w kontekście okoliczności z art. 10 § 4 k.k.s. Oskarżonym zarzucono bowiem działanie w czasie do 13 grudnia 2012 r., a w obu wniesionych na niekorzyść apelacjach nie wskazano, by w tym czasie, kiedy działalność objęta aktem oskarżenia była realizowana, zapadł wobec któregoś z oskarżonych jakiegokolwiek wyrok skazujący, choćby nieprawomocny. Zatem, skoro takiego ustalenia nie było w uzasadnieniu wyroku sądu pierwszej instancji i w apelacjach na niekorzyść także nie wskazano na istnienie takiego orzeczenia, to kwestia istnienia świadomości możliwych rozbieżnych interpretacji w zakresie norm art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych jawi się jako wątpliwa, bo przecież nie podano żadnego orzeczenia sądu, które by skazywało oskarżonych za to przestępstwo. W tym miejscu trzeba podkreślić, że w doktrynie co do zasady przyjmuje się, iż błąd co do oceny prawnej może być usprawiedliwiony, gdy polega na przyjęciu wadliwej interpretacji przepisu i braku świadomości, że sądy stosują inną wykładnię, albo w sytuacji, gdy sprawca działa pod wpływem dotychczasowego stanowiska judykatury, które nagle uległo zmianie (np. A. Zoll [w:] W. Wróbel [red.], A. Zoll [red.], Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52, wyd. V, Lex /el – teza 6 do art. 30; J. Lachowski [w:] V. Konarska - Wrzosek [red.], Kodeks karny. Komentarz, WKP 2018, teza 7 do art. 30 i przywołany wyrok SA w Katowicach z dnia 29 listopada 2006 r., II AKa 96/06). Wypowiadany jest również pogląd, że do przestępstw z kategorii *male prohibita* (taki charakter ma przepis art. 107 § 1 k.k.s.), które obejmują zakresem kryminalizacji nowe zachowania, które nie mają penalistycznej tradycji i nie mają związku (lub też mają luźny) z moralnymi lub obyczajowymi normami, może być stosowana konstrukcja błędu z art. 30 k.k. (odpowiednik art. 10 § 4 k.k.s.), ale w zakresie nowych zachowań uznawanych za przestępstwa (P. Pałka, Błąd co od

oceny prawnej czynu (error iuris) – art. 30 k.k., Prok. I Pr. 2002, nr 9, s. 19). Może się zatem zdarzyć, że na skutek zmiany stabilnej i jednolitej linii orzeczniczej, określone zachowanie zostanie zakwalifikowane – po raz pierwszy – jako czyn karalny w rozumieniu prawa karnego skarbowego, to 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. Natomiast nie sposób takiej konstrukcji przyjąć jako prawidłowej wtedy, gdy sprawca tożsamego zachowania, za które już był uprzednio karany, prowadzi dalej swoją działalność, pomimo tego, iż norma prawna typizująca określone przestępstwo nie została uchylona wprost albo – w przypadku przestępstw blankietowych – gdy nie uległy uchyleniu przepisy, które stanowiły podstawę wypełnienia takiego blankietu. Gdyby zatem ta okoliczność stała się podstawą dokonywania ocen w płaszczyźnie art. 10 § 4 k.k.s. przez sąd odwoławczy, to nie sposób wykluczyć, że wyrok sądu pierwszej instancji mógłby zostać utrzymany w mocy, zważywszy na ustalenie, iż oskarżeni nie mieli w czasie podejmowanego działania możliwości zorientowania się co do karalności zachowania przez nich realizowanego (brak odmiennej linii orzeczniczej), zwłaszcza, gdyby w tym czasie zapadały orzeczenia sądów dla nich korzystne, a sami mieli określone opinie prawne, których wnioski były jednoznaczne.

Jednak w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji zawarto uwagi, które nie pozawalają na przyjęcie takiej koncepcji. Otóż na str. 6 uzasadnienia znalazło się stwierdzenie, które w istocie niweczy możliwość przyjęcia konstrukcji błędu co do prawa. Wskazano bowiem, że *"wątpliwości związane z funkcjonującymi wówczas licznymi interpretacjami przepisów ustawy i różnorodnością orzecznictwa sądowego wskazujące na problem notyfikacji przepisów ustawy z 19 listopada 2009 roku mogły im te wątpliwości uświadamiać (...). Przy takich rozbieżnościach i wątpliwościach w judykaturze trudno wymagać od oskarżonych pełnej znajomości tej materii. Nie można mówić o umyślności w ich działaniach i trudno im w sposób nie budzący wątpliwości udowodnić zamiar umyślny"*. Przy takich ustaleniach i argumentacji, kładąc nacisk na fakt posiadania przez oskarżonego M. W. tzw. prywatnych opinii dotyczących kwestii notyfikowania przepisów art. 6 i 14 u.g.h., sąd odwoławczy dostrzegł istnienie wątpliwości u oskarżonych co do stosowania

przepisów u.g.h. jako tych, które skutecznie mogą wypełnić blankiet z art. 107 § 1 k.k.s. Nie rozważył zaś, że **istnienie w świadomości oskarżonych wątpliwości co do charakteru norm art. 6 i 14 u.g.h. i zdolności do skutecznego - dla skazania za przestępstwo - wypełniania normy art. 107 § 1 k.k.s., to przecież nic innego jak fakt uświadamiania sobie niepewności co do rzeczywistości prawnej, gdy tymczasem błąd co do prawa, to przecież mylne przekonanie (pewność) o istniejącej rzeczywistości.** W takiej sytuacji oskarżeni nie byli więc przekonani o innej rzeczywistości prawnej, ale mieli wątpliwości co do stanu prawnego. Przy takiej argumentacji nie sposób, w kontekście zarzutów obu kasacji, uznać, że nie doszło do naruszenia wskazanych w kasacjach przepisów prawa i to w sposób rażący. W tym zakresie rozwinięcie argumentacji nastąpi w dalszej części uzasadnienia.

W tym miejscu trzeba bowiem ustosunkować się do kwestii zawartej w pierwszym zarzucie wniesionej przez prokuratora kasacji. Wprawdzie zarzut ten nie został poparty w trakcie rozprawy kasacyjnej, ale nie zwalnia to Sądu Najwyższego od ustosunkowania się do niego, skoro nie jest możliwe skutecznie cofnięcie określonego zarzutu kasacji. Z treści tego zarzutu wynika, że skarżący dostrzega istnienie w tej sprawie przeszkody procesowej w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela, co powinno skutkować na etapie postępowania odwoławczego uchyleniem z urzędu wyroku sądu pierwszej instancji oraz umorzeniem postępowania. Tak postawiony zarzut nie jest jednak trafny i nie poparty analizą procesowych okoliczności tej sprawy. Otóż w sytuacji, gdy wyrok wydany w pierwszej instancji był wyrokiem uniewinniającym, to sąd odwoławczy nie mógł z urzędu uchylić tego wyroku i umorzyć postępowania, albowiem przepis art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., który zawiera przeszkodę procesową w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela (art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.) i nakazujący uchylenie orzeczenia, może być stosowany tylko na korzyść oskarżonego i to wówczas, gdy ma to nastąpić **tylko z tego powodu** (art. 439 § 2 k.p.k.). Zatem, sąd odwoławczy nawet gdyby dostrzegł istnienie przeszkody w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela, to przy istnieniu wyroku uniewinniającego powinien rozpoznać zarzuty apelacji na niekorzyść, a dopiero gdyby uwzględnienie zarzutów apelacji miało prowadzić do uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania,

to stwierdzenie przeszkody w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela musi wówczas prowadzić do umorzenia postępowania karnego, po uprzednim – na skutek zasadności apelacji – uchyleniu zaskarżonego wyroku; wówczas tylko przeszkoda taka działa na korzyść oskarżonego (art. 439 § 2 k.p.k.; por. szerzej J. Matras [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz, K. Dudka [red.], Warszawa 2018, s. 1005-1006; wyrok SN z dnia 11 października 2017 r., V KK 142/17). Jeżeli zaś zarzuty apelacji okazały się niezasadne, to nie było procesowej możliwości zastosowania art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., albowiem byłoby to rozwiązanie dla oskarżonych niekorzystne (obraza art. 439 § 2 k.p.k.). **Skoro więc sąd odwoławczy uznał, że zarzuty obu apelacji są chybione to nie mógł zastosować przepisów wskazanych w zarzucie pierwszym kasacji prokuratora.** Problem braku skargi może się aktualizować tylko w sytuacji, gdyby doszło do uchylenia prawomocnego wyroku, a następnie sąd odwoławczy w toku postępowania odwoławczego uznałby zasadność apelacji na niekorzyść oskarżonych.

Po tej uwadze trzeba przejść do istoty obu zarzutów kasacji. Rację mają skarżący, że sposób kontroli zarzutów obu apelacji odbył się z rażącym naruszeniem przepisu art. 433 § 2 k.p.k., o czym przekonuje treść uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego (art. 457 § 3 k.p.k.). To przecież z tego uzasadnienia wynikać powinno w jaki sposób zarzuty apelacji zostały rozpoznane i dlaczego – z uwagi na utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku – nie zostały uwzględnione. Przedstawiono już powyżej powód wydania wyroku uniewinniającego przez sąd pierwszej instancji (zastosowanie art. 10 § 4 k.k.s. oraz niemożność zastosowania art. 6 i 14 u.g.h. jako przepisów technicznych nienotyfikowanych Komisji Europejskiej). W obu apelacjach, aczkolwiek w różnej formule zarzutów (np. błędu w ustaleniach faktycznych w apelacji Naczelnika Urzędu Celno - Skarbowego), skarżący zgodnie wskazali, że z uwagi na charakter prowadzonej przez obu oskarżonych działalności w zakresie urządzania gier i znajomości tej branży, dysponowanie przez nich prywatnymi opiniami oraz niejednolite orzecznictwo sądów (choć nie wiadomo w jakim okresie – uw.SN) w zakresie oceny przepisów art. 6 i 14 u.g.h. nie dawało podstawy do uznania, iż zachodzi sytuacja usprawiedliwionej nieświadomości karalności zachowań polegających

na urządzaniu lub prowadzeniu gier losowych bez koncesji. W apelacji Naczelnika Urzędu Celno-Skarbowego podkreślano, że wobec M. W. toczyło się szereg postępowań karnoskarbowych, które zakończyły się wyrokami skazującymi. Także prokurator w apelacji swojej wskazywał, że obaj oskarżeni od kilku lat prowadzili działalność w zakresie urządzania gier hazardowych (str. 6-8 apelacji), a istniejący spór w orzecznictwie musiał także wskazywać na ich świadomość przyjęcia, iż takie zachowanie stanowi czyn karalny na gruncie art. 107 k.k.s. Oznaczało to, według nich, że sąd pierwszej instancji winien rozważyć działanie oskarżonych w formule przewidywania i godzenia się na taką właśnie ocenę prawną, a takiej oceny sąd ten nie przeprowadził. Podnosili obaj apelujący, że fakt posługiwania się przez oskarżonych prywatnymi opiniami, które miały dowodzić legalności ich działań, to przecież nic innego, jak wyraz ich świadomości co do rozbieżności w ocenach prawnych, a zatem, istnienie także takich ocen, które lokowały zachowanie przez nich podejmowane na płaszczyźnie odpowiedzialności za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. (por. str. 5-8 apelacji prokuratora i dwie ostatnie strony apelacji Naczelnika Urzędu Celno-Skarbowego). Przyznać należy, że w obu apelacjach zakwestionowano w istocie prawidłowość ustalenia, iż co do oskarżonych można było przyjąć istnienie usprawiedliwionej nieświadomości bezkarności, a argumenty przytoczone w środkach odwoławczych miały dowodzić wadliwej ustalenia tego normatywnego elementu, który zadecydował o uniewinnieniu obu oskarżonych. Ponadto w obu apelacjach kwestionowano również ocenę prawną sądu pierwszej instancji wyrażoną w końcowej części uzasadnienia wyroku. Sąd ten przyjął, że przepisy art. 6 i 14 u.g.h. w dacie zarzuconych oskarżonym czynów były przepisami technicznymi w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE i nie zostały notyfikowane Komisji Europejskiej, co oznaczało według niego, iż nie mogły one skutecznie wypełnić normy blankietowej z art. 107 § 1 k.k.s. Uznał zatem, że czyny oskarżonych nie mogły być czynem zabronionym (str. 11 uzasadnienia). Nietrudno dostrzec wewnętrzną sprzeczność stanowiska tego sądu. Skoro bowiem w zachowaniu oskarżonych brak było znamion czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s. wobec technicznego charakteru przepisów art. 6 i 14 u.g.h. i ich nienotyfikowania, to przecież nie ma sensu prowadzenia wywodu w zakresie działania w błędzie co do prawa (art. 10 § 4 k.k.s.), a tym przede wszystkim uzasadnił swoje rozstrzygnięcie

ten sąd. O ile jeszcze w uzasadnieniu wyroku sądu pierwszej instancji można było znaleźć wywód co do technicznego charakteru przepisu art. 14 u.g.h., z odwołaniem się do orzeczeń TSUE i Sądu Najwyższego (I KZP 17/16 – str. 9), to nie przedstawiono stanowiska, iż przepis art. 6 u.g.h. miałby mieć także techniczny charakter. Odwołano się do postanowienia Sądu Najwyższego wydanego w sprawie II KK 55/14, ale pominięto zupełnie stanowisko zawarte w wyroku TSUE z dnia 13 października 2016 r. w sprawie C-303/15, który to organ przesądził o tym, iż przepis art. 6 ust. 1 u.g.h. nie stanowi przepisu technicznego, jak i uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. w sprawie I KZP 17/16, w której Sąd Najwyższy stwierdził, iż przepis art. 6 u.g.h. nie miał technicznego charakteru. Zupełnie także bez znaczenia były uwagi, co do charakteru normatywnego przepisu art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1201), skoro działanie zarzucone obu oskarżonym miało miejsce w okresie do 13 grudnia 2012 r.

Odnosząc się do zarzutów apelacji sąd odwoławczy stwierdził, że przepis art. 6 u.g.h. nie miał charakteru przepisu technicznego (str. 4 uzasadnienia). Zatem, faktycznie uznał on zarzuty obu apelacji w zakresie naruszenia przepisu art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 u.g.h. za zasadne, choć w końcowej części uzasadnienia stanowisku temu wprost zaprzeczył (ostatnia strona uzasadnienia). Niesłuszność obu apelacji ocenił więc li tylko w oparciu o zaakceptowane ustalenie sądu pierwszej instancji co do działania obu oskarżonych w warunkach błędu co do prawa (art. 10 § 4 k.k.s.). W tym zakresie stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku jest jednak rażąco wadliwe, co już sygnalizowano powyżej. Kładąc nacisk na fakt posiadania przez oskarżonego M. W. tzw. prywatnych opinii dotyczących kwestii notyfikowania przepisów art. 6 i 14 u.g.h., **sąd odwoławczy stwierdził jednak u oskarżonych istnienie wątpliwości** co do stosowania przepisów u.g.h. jako tych, które skutecznie wypełniają blankiet z art. 107 § 1 k.k.s. W tym układzie, według tego ustalenia, oskarżony M. W. nie był przekonany o innej rzeczywistości prawnej, ale miał świadomość wątpliwości co do stanu prawnego, a więc i tego, że jego zachowanie może stanowić przestępstwo, a prowadząc taką działalność godził się na taką ocenę. Jeżeli zaś w tym okresie nie zapadły wobec oskarżonych wyroki skazujące, to należałoby rozważyć, czy dla oceny w płaszczyźnie art. 10 § 4 k.k.s.

miały znaczenie ewentualnie toczące się postępowania karnoskarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.; tej okoliczności w ogóle sąd odwoławczy nie wziął pod uwagę przy ustosunkowaniu się do apelacji Naczelnika Urzędu Celno-Skarbowego. Podsumowując, o ile ustalenie w świadomości oskarżonego istnienia rozbieżności orzeczniczej sądów (skazywanie, uniewinnianie) w wykładni przepisów art. 6 i 14 u.g.h. w dacie zarzucanych czynów (przed dniem 3 września 2015 r. - problem notyfikacji), ułatwiało oskarżonemu M. W. obronę w procesach karnoskarbowych, o tyle nie mogło przecież skutkować brakiem świadomości, iż jednak zachowanie to może być przestępstwem. Co do drugiego z oskarżonych podkreślić trzeba, że w obu apelacjach wskazano na wyjątkową wiedzę co do mechanizmu prowadzenia gier losowych, która także winna zostać uwzględniona przy ocenie, czy jego zachowanie w realiach sprawy było usprawiedliwione i czy zachował się zgodnie z wzorcem wypracowanym na gruncie instytucji błędu co do prawa. Na okoliczności wskazujące, że przedstawiane M. K. przez oskarżonego M. W. prywatne opinie dotyczyły innych automatów, wskazywał w apelacji Naczelnik Urzędu Celno-Skarbowego. W uzasadnieniu sądu odwoławczego nie sposób znaleźć rzeczowej kontrargumentacji, co dowodzi nierzetelnego odniesienia się do zarzutów obu apelacji; uchybienie to mogło skutkować odmienną oceną, co do trafności zastosowania art. 10 § 4 k.k.s., także co do tego oskarżonego.

Przypomnieć wypada, że w judykaturze przyjmuje się, iż kryteria usprawiedliwienia błędu co do prawa (art. 30 k.k.; art. 10 § 4 k.k.s.) mają charakter obiektywno-subiektywny, a zatem, o ile w pierwszym elemencie należy odwołać się do standardu osobowego wzorowego obywatela, to następnie uwzględnić trzeba kryterium subiektywne, a więc indywidualną możliwość uniknięcia błędu (postanowienie SN z dnia 14 maja 2003 r., II KK 331/02, R-OSNKW 2003, poz. 969). Nie bez racji jednak podnosi się, że działanie w usprawiedliwionym błędzie co do prawa winno odnoszone być do konkretnego, zindywidualizowanego wzorca osobowego, który winien być oparty na elementach charakteryzujących sprawcę, co w istocie pozwala na ocenę jednopłaszczyznową, opartą na przesłankach związanych z osobą sprawcy, jak i na okolicznościach zdarzenia (por. P. Kardas, Problem usprawiedliwienia błędu a podstawy wyłączenia winy [w:] Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium

karnistycznego, J. Majewski [red.], Toruń 2010, s. 112 - 113). W tym układzie istotne są podnoszone w apelacjach okoliczności dotyczące specjalistycznej wiedzy obu oskarżonych co do urządzania gier losowych. Te elementy winny być szczególnie istotne przy prowadzeniu ocen w zakresie prawidłowości zastosowania normy art. 10 § 4 k.k.s.

Uwzględniając powyższe stwierdzić trzeba, że sąd odwoławczy dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 433 § 2 k.p.k. albowiem do niektórych istotnych argumentów obu apelacji nie odniósł się w ogóle, a do niektórych uchybień odniósł się bardzo pobieżnie. Uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na treść wyroku, skoro analiza tych argumentów mogłaby skutkować ustaleniem niemożności działania M. W. w warunkach z art. 10 § 4 k.k., a taka ocena mogła być wyrażona także w odniesieniu do D. K..

Przy ponownym rozpoznaniu obu apelacji sąd odwoławczy wnikliwie i rzetelnie odnieść się do zarzutów tych apelacji oraz argumentów użytych na ich poparcie, a dokonując ocen zachowania obu oskarżonych na płaszczyźnie art. 10 § 4 k.k.s. weźmie pod rozwagę uwagi poczynione powyżej, co do charakteru konstrukcji art. 10 § 4 k.k. oraz okoliczności, które muszą być w tym kontekście oceniane. Rozważy także wnikliwie, czy w dacie zarzucanych czynów oskarżenia mieli świadomość i wiedzę, co do zapadłych wyroków skazujących w tych sprawach z art. 107 § 1 k.k.s.

Jeżeli sąd odwoławczy dojdzie do przekonania, że zarzuty apelacji są zasadne, to uchylając wyrok winien rozważyć podnoszoną w kasacji kwestię braku skargi uprawnionego oskarżyciela. W tej sferze ocen konieczne musi być wówczas zajęcie stanowiska, czy pismo znajdujące się na k. 704 jest pismem podtrzymującym poprzedni akt oskarżenia w trybie art. 346 k.p.k. (przepisu, który obowiązywał do 30 czerwca 2015 r., a potem od dnia 15 kwietnia 2016 r. – przepis art. 344b k.p.k.) i czy o jego ocenie przesądza treść zarządzenia na k. 705.

Z tych wszystkich powodów orzeczono jak w wyroku.