



Sygn. akt V KK 508/18

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 **A. P.**

oskarżonego z art. 107 § 1 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 15 listopada 2018 r.,

kasacji wniesionej przez Prokuratora Generalnego - na niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w O.

z dnia 15 listopada 2017 r., sygn. akt VII Ka (...)

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w O.

z dnia 22 czerwca 2017 r., sygn. akt VII K (...),

I. uchyla zaskarżony wyrok i sprawę oskarżonego A. P. przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w O.;

II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M.S., Kancelaria Adwokacka w W. 738 zł (siedemset trzydzieści osiem złotych) w tym 23% podatku VAT, za udzieloną z urzędu obronę

oskarżonego w postępowaniu kasacyjnym przed Sądem Najwyższym.

UZASADNIENIE

A. P. został oskarżony to, że: jako dyrektor Spółki „R.” Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w K. przy ul. C. z mocy prawa zajmujący się sprawami gospodarczymi Spółki, urządził w okresie od 9 listopada 2015 roku do dnia 25 listopada 2015 roku, w Barze „P.” mieszczącym się w O. przy ul. M., gry na 2 automatach do gier o nazwach:

- „H.” nr Z.,
- „H.” nr Z.,

określone w art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, wbrew art. 6 i 14 tej ustawy, tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. przy zast. art. 9 § 3 k.k.s.

Wyrokiem z dnia 22 czerwca 2017 r., w sprawie VII K (...), Sąd Rejonowy w O. uznał oskarżonego A. P. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, przy czym w miejsce słów ”określone w art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych wbrew art. 6 i art. 14 tej ustawy” przyjął „określone w art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych w brzemieniu obowiązującym na dzień 25 listopada 2015 r. wbrew art. 6 i 14 tej ustawy”, a w miejsce daty „9 listopada 2015 roku” przyjął datę ”1 listopada 2015 roku”, oraz ustalił, że czyn ten stanowi wypadek mniejszej wagi i jednocześnie wykroczenie skarbowe określone w art. 107 § 4 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. i za to na podstawie art. 107 § 4 k.k. w zw. z art. 2 § 2 k.k.s. wymierzył mu karę grzywny w wysokości 2000 zł. Rozstrzygnął także o kosztach tego postępowania.

Na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego, Sąd Okręgowy w O., wyrokiem z dnia 15 listopada 2017 r., w sprawie sygn. akt VII Ka (...), uniewinnił oskarżonego a kosztami postępowania obciążył Skarb Państwa. Z uzasadnienia wyroku wynika, że powodem zmiany wyroku i uniewinnienie oskarżonego było uznanie, że wobec oskarżonego miał zastosowania przepis art. 10 § 4 k.k.s., a zatem, iż nie miał on świadomości karalności tego czynu, co wyłączało możliwość przypisania mu winy.

Kasację od tego wyroku wniósł Prokurator Generalny. Zaskarżając wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego, skarżący zarzucił mu: „rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., polegające na tym, że Sąd Okręgowy w O., orzekając odmiennie co do istoty, zaniechał przeprowadzenia wnikliwej i kompletnej oceny ujawnionego w toku rozprawy materiału dowodowego, co skutkowało błędnym przyjęciem, iż oskarżony, wskutek nieprecyzyjności i niejasności przepisów wypełniających normę blankietową art. 107 § 1 k.k.s., w tym zwłaszcza art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U 2015, poz. 1201) oraz powstałych na tym tle kontrowersji orzeczniczych pozostawał w usprawiedliwionym, błędnym przekonaniu, że prowadzona przez niego działalność jest zgodna z przepisami prawa, albowiem obejmuje go okres przejściowy, wskazany w powyższym przepisie i w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego zastosowania art. 10 § 4 k.k.s. oraz uniewinnienia A. P. od popełnienia wykroczenia skarbowego.”

Podnosząc taki zarzut skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi odwoławczemu.

Na rozprawie kasacyjnej stanowisko prezentowane w kasacji poparł prokurator Prokuratury Krajowej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest zasadna. Przyjęta przez sąd odwoławczy konstrukcja działania oskarżonego w warunkach błędu co do prawa (art. 10 § 4 k.k.s.), skutkująca zmianą wyroku i uniewinnieniem oskarżonego, oparta została w zasadniczej swej części na ustaleniu, że na tle uregulowań ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (daje jako u.g.h.), tj. przepisów art. 6 i 14 u.g.h., a zwłaszcza art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. 2015, poz. 1201 – dalej jako nowela), zaistniały zasadnicze rozbieżności w zakresie wykładni tych przepisów zarówno w orzecznictwie sądów, jak i wydawanych przez organy podatkowe decyzjach. Te rozbieżności uniemożliwiały oskarżonemu, nawet przyjmując, iż jest on osobą o podwyższonym standardzie wymogów w zakresie świadomości prawnej, należyte rozeznanie, czy jest on w kręgu podmiotów objętych regulacją z art. 4 noweli, zwłaszcza w układzie, gdy rozstrzygnięcie zakresu adresatów przepisu art. 4 tej ustawy nastąpiło dopiero

w kwietniu 2016 r. w uchwale I KZP 1/16, zaś czas działania objęty zarzutem dotyczył listopada 2015 r. (uzasadnienie str. 7 - 10). Co istotne, sąd drugiej instancji przyjął, że do oskarżonego należy przyjąć wyższy miernik staranności w zakresie urządzania i prowadzenia gier na automatach, skoro zajmował się działalnością gospodarczą w wyspecjalizowanym, wąskim, zakresie. Tenże sąd ustalił również, że oskarżony poprzez swoich obrońców podejmował próby ustalenia zakresu unormowania opisanego w przepisie art. 4 noweli, a dowodzi tego sięgnięcie do orzecznictwa sądów krajowych oraz weryfikacja kwestii notyfikacji (str. 9 uzasadnienia).

Odnosząc się do zarzutu zawartego w kasacji podnieść na wstępie trzeba, że już w pierwszej części uzasadnienia kasacji jej Autor wykazał, iż wskazywanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku na wątpliwości co do normatywnej treści przepisu art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r., jest chybione. Jest to uwaga istotna, albowiem zachowanie opisane aktem oskarżenia miało miejsce już po wejściu w życie nowelizacji ustawy o grach hazardowych, dokonanej ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r. (Dz.U. z 2015 r., poz. 1201). Kluczem dla oceny zachowania oskarżonego stało się – według skarżącego – prawidłowe ustalenie treści art. 4 noweli, który to przepis nawiązywał wprost do podmiotów prowadzących działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust.1-3 lub art. 7 ust. 2, w dniu wejścia w życie tej ustawy. Skoro przepis art. 4 noweli nawiązywał wprost do art. 6 u.g.h., to chodziło tylko o te podmioty, które legalnie prowadziły działalność na podstawie koncesji. W dalszej części argumentacji w kasacji wskazano na to, że w sprawie I KZP 1/16 Sąd Najwyższy nie znalazł podstaw do podjęcia uchwały, podnosząc, iż art. 4 noweli dotyczył obszaru, który był już regulowany, a ustalenie normy zawartej w tym przepisie było możliwe przy zastosowaniu wykładni operatywnej. Już sama treść przepisów ustawy nowelizującej, dowodziła, według skarżącego, że art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. nie mógł stanowić podstawy do zalegalizowania działalności prowadzonej bez koncesji i zezwoleń.

Nawiązując do tego problemu w dalszej części uzasadnienia kasacji skarżący wykazał, że sąd drugiej instancji z obrazą wskazanych w zarzucie przepisów prawa procesowego, nienależycie ocenił takie elementy, jak m.in. trzykrotna (w latach 2013-2015) karalność oskarżonego za przestępstwa z art. 107

§ 1 k.k.s., która wskazywała na stan świadomości oskarżonego co do tego, jak oceniano jego zachowania wcześniej oraz to, iż pomimo tych skazań oskarżony dalej, po dniu 2 września 2015 r., kontynuował swoją działalność. Skarżący podał także, że ta okoliczność wyznaczała stan świadomości oskarżonego oraz przesuwiała jego zachowania – realizowane także przez obrońców, a nastawione na prezentowanie określonych orzeczeń sądów – na obszar pewnego ryzyka gospodarczego i działania w płaszczyźnie instrumentalnego traktowania orzeczeń sądowych, jako elementu przyjętej linii obrony. Jako konieczny element, który nie został wzięty pod uwagę przy ocenie stanu świadomości prawnej, Autor kasacji wymienił również to, że w okresie po wejściu w życie noweli z dnia 12 czerwca 2015 r. oskarżony nie podjął starań o udzielenie koncesji w okresie przygotowawczym, a zatem, nie dążył on w ogóle do realizacji zachowania, które miałyby być zgodne z prawem (według alternatywnego wyniku prezentowanej przez niego wykładni, brzmienia normy zawartej w art. 4 ustawy nowelizującej). To pozwala twierdzić, że miało to jedynie służyć dla usprawiedliwienia nielegalnej działalności także po dniu 2 września 2015 r.

Przedstawiona przez skarżącego powyższa argumentacja w sposób skuteczny zakwestionowała uznanie, że oskarżony działał w warunkach usprawiedliwionej nieświadomości karalności wykroczenia skarbowego z art. 107 § 4 k.k.s. Na wstępie trzeba podnieść okoliczność w tej sprawie zasadniczą, a niedostrzeżoną przez sąd odwoławczy. Otóż oskarżony o ile miał wiedzę o tym, że w roku 2015 w orzecznictwie sądowym nie było jednolitej wykładni w odniesieniu do możliwości przyjęcia odpowiedzialności z art. 107 § 1 k.k.s., wobec wątpliwości co do charakteru przepisów art. 6 i 14 u.g.h. i kwestii ich notyfikacji, to wobec skazania go za takie przestępstwo miał świadomość, iż takie zachowanie, które uprzednio prowadził – stanowi jednak czyn karalny na gruncie art. 107 § 1 k.k.s. Przypomnieć należy, że w piśmiennictwie co do zasady przyjmuje się, iż błąd co do ceny 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-Wrzošek [red.], Kodeks karny. Komentarz, WKP 2018, teza 7 do art. 30 i przywołany wyrok SA w K. z dnia 29 listopada 2006 r., II AKa 96/06). Na tle tej konstrukcji wypowiedzany 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 – lub też mają luźny – związku 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 do oceny prawnej czynu (*error iuris*) – art. 30 k.k., Prok. I Pr. 2002, nr 9, s.19). O ile zatem może się zdarzyć, że na skutek zmiany dotychczas stabilnej i jednolitej linii orzeczniczej, określone zachowanie zostanie zakwalifikowane jako czyn karalny w rozumieniu prawa karnego skarbowego, i wówczas sprawca takiego zachowania, który był przeświadczony na podstawie poprzednio wydawanych orzeczeń, iż nie popełnia przestępstwa, może w sposób zasadny powołać się na konstrukcję błędu co do prawa, to nie sposób takiej konstrukcji przyjąć jako prawidłowej wtedy, gdy 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 ustawowego blankietu. W odniesieniu do oskarżonego należy zatem odwrócić tezę co do kwestii świadomości. Przecież był on świadomy tego, postępując w sposób tożsamy po dniu 2 września 2015 r., że popełnia przestępstwo z art. 107 § 1 k.k., albowiem zmiana stanu prawnego jaka nastąpiła z dniem 3 września 2015 r. nie miała takiego charakteru (przywoływany już art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r.), z której by wynikało, iż prowadzenie lub urządzenie gier losowych bez koncesji jest działalnością legalną. Przepis art. 4 noweli był w swojej treści powiązany tylko z art. 6 i art. 7 u.g.h. (a nie już z art. 14 u.g.h.), a już prosta analiza zmiany, jaka została dokonana w art. 6 u.g.h., tj. ograniczenie form prawnych, w jakich mogła być prowadzona działalność w zakresie gier losowych (art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. – Dz.U. z 2015, poz. 1201) dawała czytelny obraz normatywnej zmiany, jaką niósł ze sobą przepis art. 4 noweli. Z przepisów noweli nie wynikało

przecież, że państwo rezygnowało z koncesjonowania, reglamentowania tej działalności. Co istotne, a na co trafnie wskazuje skarżący, oskarżony nie uczynił niczego po dniu 2 września 2015 r., aby ustalić, czy od dnia 3 września tego roku rzeczywiście prowadzenie lub urządzenie gier losowych jest w jego sytuacji (brak koncesji) dozwolone przez prawo, pomimo, iż miał wiedzę co do stanu poprzedniego i miał szereg możliwości wyjaśnienia charakteru tej zmiany (np. zwrócenie się do organów celno-skarbowych z prośbą o interpretację; zaprzestanie działalności do czasu ustalenia treści normatywnej jaką za sobą nosi zmiana – por. np. P. Pałka, *Błąd...*, s. 14; wyrok SN z dnia 3 lutego 1997 r., II KKN 124/96, OSNKW 1997, nr 5-6, poz. 46; wyrok SN z dnia 18 maja 2018 r., III KK 426/17, LEX nr 2556098). Tymczasem, ocena czy sprawca mógł uniknąć błędu musi być oparta na całokształcie okoliczności związanych z danym zdarzeniem (wyrok SN z dnia 13 marca 1974 r., I KR 362/73, OSP 1975, nr 4, poz. 79), a więc nie tylko na treści jaką niósł przepis art. 4 noweli, ale także na poprzednich ocenach prawnokarnych takiego zachowania, jak również na pozycji oskarżonego i prowadzonej przez niego działalności (str. 9 uzasadnienia sądu II instancji) oraz tym, iż nie podjął on żadnych działań aby ustalić, czy zmiana dokonana ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r. ma wpływ na ocenę bezprawności zachowania polegającego na urządzeniu lub prowadzeniu gier losowych bez koncesji (por. np. wyrok SN z dnia 10 maja 2005 r., WA 11/05, R - OSNKW 2005, poz. 948; wyrok SN z dnia 18 maja 2018 r., III KK 426/17, LEX nr 2556098). Błąd usprawiedliwiony to taki błąd, co do którego nie można sprawcy postawić zarzutu, że przy zachowaniu należytej przezorności mógł tego błędu uniknąć. W judykaturze przyjmuje się, że kryteria usprawiedliwienia takiego błędu 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 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).

Jeżeli zaś dostrzeże się wskazane okoliczności, a zwłaszcza pełną świadomość oskarżonego, że tożsame poprzednie zachowania stanowiły czyny karalne, przy zajmowaniu się przez oskarżonego zawodowo działalnością nastawioną na prowadzenie gier losowych, a także brak jakichkolwiek czynności oskarżonego, które miałyby postać próby ustalenia, na czym polega zmiana, o której mowa w art. 4 noweli do ustawy o grach hazardowych, to trzeba zgodzić się ze skarżącym, iż sąd odwoławczy dokonał niewłaściwej, niepełnej analizy okoliczności istotnych dla oceny, czy oskarżony działał pod wpływem błędu co do prawa. Rację ma więc skarżący, że całokształt wskazanych okoliczności dowodzi, iż oskarżony mając świadomość możliwości popełnienia po raz kolejny przestępstwa podjął ryzyko i prowadził dalej swoją działalność.

W konsekwencji sąd odwoławczy dopuścił się również wadliwego zastosowania przepisu art. 10 § 4 k.k.s., którego efektem było uniewinnienie oskarżonego.

Z tych względów konieczne stało się uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi odwoławczemu, który rozpoznając apelację weźmie pod uwagę wszystkie okoliczności mające znaczenie dla prawidłowych ustaleń, co do działania w zakresie błędu co do prawa (art. 10 § 4 k.k.s.).