



Sygn. akt V KK 516/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 grudnia 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Rafał Malarski

SSN Andrzej Ryński

Protokolant Anna Korzeniecka-Plewka

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jacka Radoniewicza,

w sprawie **G. W.**

uniewinnionego od popełnienia przestępstwa

z art. 107 § 1 k.k.s. przy zastosowaniu art. 9 § 3 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 5 grudnia 2018 r.,

kasacji, wniesionej przez prokuratora Prokuratury Okręgowej w O. na niekorzyść
od wyroku Sądu Okręgowego w O.

z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt VII Ka [...]

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w P.

z dnia 15 listopada 2016 r., sygn. akt II K [...],

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę oskarżonego G. W.
przekazuje do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym Sądowi Okręgowemu w O.**

UZASADNIENIE

G. W. został oskarżony o to, że: „jako Prezes Zarządu Spółki „W.” Sp. z o.o. z mocy prawa zajmujący się sprawami gospodarczymi Spółki urządził w okresie od dnia 01 listopada 2014 roku do dnia 12 listopada 2015 roku, w lokalu: „J.” mieszczącym się w G. przy ul. M. [...], gry na dwóch automatach do gier o nazwie B. nr [...], H. nr [...], 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 czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

Wyrokiem z dnia 15 listopada 2016 r., w sprawie II K [...], Sąd Rejonowy w P. orzekł, co następuje:

„I. uznaje oskarżonego G. W. za winnego tego, że działając umyślnie z zamiarem bezpośrednim, jako Prezes Zarządu Spółki „W.” Sp. z o.o., zajmując się sprawami gospodarczymi w/w spółki, urządził w okresie od dnia 3 września 2015 roku do dnia 12 października 2015 roku, w lokalu „J.” mieszczącym się w G. przy ul. M. [...], gry na dwóch automatach do gier o nazwie B. nr [...], H. nr [...], określone w art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, wbrew przepisom art. 6 i 14 tej ustawy tj. bez udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry oraz poza kasynem do gry tj. przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks i za to na podstawie art. 107 § 1 kks wymierza mu karę grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 70 (siedemdziesiąt) złotych;

II. na podstawie art. 30 § 5 kks orzeka na rzecz Skarbu Państwa przepadek automatów do gier o nazwie „B.” numer ewidencyjny [...] oraz o nazwie „H.” numer ewidencyjny [...];

III. na podstawie art. 627 kpk i art. 113 kks w zw. z art. 3 ust.1 ustawy z dnia 23.06.1973r. o opłatach w sprawach karnych zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1023,48zł zł tytułem zwrotu kosztów sądowych w tym 700 zł tytułem opłaty.”

Apelację od tego wyroku, zaskarżając go w całości, wniósł obrońca oskarżonego. Sformułował w niej szereg zarzutów naruszenia prawa procesowego (w tym, art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.), prawa materialnego (m.in. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych; art. 10 § 1 i 4 k.k.s.; art. 6 § 2 k.k.s.) i wniósł o zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie, o

uchylenie wyroku i umorzenie postępowania, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Po rozpoznaniu tej apelacji Sąd Okręgowy w O. wyrokiem z dnia 29 września 2017 r., w sprawie sygn. akt VII Ka [...], zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uniewinnił oskarżonego od zarzutu popełnienia przestępstwa skarbowego z art.107 § 1 k.k.s. i rozstrzygnął o kosztach postępowania.

Z uzasadnienia tego wyroku wynika, że podstawą wydania wyroku było ustalenie, iż oskarżony działał w warunkach określonych w art. 10 § 1 i 4 k.k.s., a to, że organy postępowania prowadziły przeciwko oskarżonemu szereg postępowań karnych o tożsame czyny, nie wyklucza przyjęcia, iż oskarżony działał pod wpływem błędu, tym bardziej, że nie prowadziły one do skazania oskarżonego (str. 18 uzasadnienia).

Kasację od tego wyroku na niekorzyść oskarżonego wywiódł Prokurator Okręgowy w O.. Zaskarżając wyrok w całości, zarzucił mu:

„I. rażące naruszenie prawa materialnego, to jest art.10 § 4 kks, mające istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, polegające na wyrażeniu przez Sąd Okręgowy w O. błędnego poglądu prawnego, że do przyjęcia po stronie oskarżonego usprawiedliwionej nieświadomości karalności przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks wystarczające jest wystąpienie rozbieżności interpretacyjnych w orzecznictwie i doktrynie oraz niejasność przepisów, wypełniających blankietową normę art. 107 § 1 kks, co doprowadziło sąd odwoławczy do uznania, że oskarżony nie miał świadomości karalności swojego zachowania z uwagi na istniejące wówczas wątpliwości w zakresie stosowania art.6 i art. 14 ustawy o grach hazardowych, art. 4 ustawy nowelizującej z dnia 12.06.2015 r. i wynikający z rozbieżności interpretacyjnych brak możliwości ustalenia zakresu penalizacji art.107 § 1 kks, nawet przy przyjęciu podwyższonych w przypadku zawodowej działalności gospodarczej standardów „modelowego obywatela”, a zatem nie można przypisać oskarżonemu winy, co doprowadziło do uniewinnienia oskarżonego G. W., podczas gdy prawidłowa interpretacja art.10 § 4 kks prowadzi do wniosku, że wyłączenie odpowiedzialności za przestępstwo skarbowe jest możliwe tylko w przypadku stwierdzenia po stronie oskarżonego usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynu, rozumianej jako rozbieżność

między rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości oskarżonego, a taka okoliczność nie zaistniała, gdyż zachowanie oskarżonego było następstwem dokonania przezeń świadomego wyboru najkorzystniejszej interpretacji wskazanych przepisów, z pominięciem literalnego ich brzmienia, co wskazuje na to, iż co najmniej godził się on na popełnienie przestępstwa skarbowego, świadomie kalkulując ryzyko odpowiedzialności karnej i z góry podejmując kroki do zabezpieczenia przed odpowiedzialnością karną

II. rażące naruszenie przepisów prawa karnego procesowego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, to jest art.437 § 1 i 2 kpk w związku z art.410 kpk oraz art. 7 kpk, polegające na tym. iż sąd odwoławczy, orzekając odmiennie co do istoty sprawy, dowolnie ocenił materiał dowodowy, wywodząc wnioski o braku zawinienia oskarżonego li tylko z treści pism procesowych jego obrońcy i z twierdzeń apelacji, nie odnosząc się do zebranego materiału dowodowego, w którym zabrakło istotnych dla ustalania strony podmiotowej zarzucanego oskarżonemu zachowania wyjaśnień G. W., podczas gdy do oceny przesłanek, zdolnych do wyłączenia zawinienia po stronic oskarżonego, niezbędne jest przeanalizowanie stanu jego świadomości tempore criminis w kontekście błędu co do prawa, objętego uregulowaniem art.10 § 4 kks, a stan ten winien znajdować potwierdzenie w treści wyjaśnień oskarżonego”.

Podnosząc te zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznani sądowi odwoławczemu do postępowania odwoławczego.

W trakcie rozprawy kasacyjnej kasację poparł prokurator Prokuratury Krajowej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się zasadna, przy czym o takim jej skutku przesądził zarzut zawarty w pierwszym jej punkcie. Przyjęta przez sąd drugiej instancji 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 (dalej jako u.g.h.), tj. przepisów art. 6 i 14 u.g.h., zaistniały zasadnicze rozbieżności w zakresie wykładni tych przepisów w

orzecznictwie sądów i organów podatkowych (stanowczo na str. 15 uzasadnienia), a dodatkowo, zważywszy na przypisany oskarżonemu w wyroku czas działania, w dacie czynu nie było jasne, jak należy interpretować normę art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. 2015, poz. 1201 – dalej, jako nowela), zwłaszcza, gdy norma ta stanowiła przedmiot pytania prawnego do Sądu Najwyższego, a samo rozstrzygnięcie tego zapytania nastąpiło dopiero w dniu 28 czerwca 2016 r. (str. 13-17). Sąd odwoławczy wskazał, że dopiero uchwała Sądu Najwyższego w sprawie I KZP 16/17, wydana w dniu 16 stycznia 2017 r., rozstrzygnęła wątpliwości co do charakteru przepisów art. 6 i 14 u.g.h., a wcześniej sądy, a także Sąd Najwyższy, niejednokrotnie odmiennie interpretowały te przepisy, co oznacza, iż pogląd prezentowany przez oskarżonego nie był odosobniony. Te rozbieżności uniemożliwiały, nawet przyjmując, iż jest on osobą o podwyższonym standardzie wymogów w zakresie świadomości prawnej z uwagi na zawodowe zajmowanie się dystrybuowaniem automatów do gier oraz ich udostępnianie, postawienie oskarżonemu zarzutu, co do tego, że takie zachowanie jest karalne.

Na wstępie przypomnieć trzeba, 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 Katowicach 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 – związek 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 takiej stabilnej i jednolitej linii orzeczniczej nie ma. To, że wobec oskarżonego nie zakończyło się prawomocnym wyrokiem skazującym żadne postępowanie o czyn z art. 107 § 1 k.k.s., nie jest równoznaczne, z tym, iż był on nieświadomy, że wykładnia przepisów art. 6 u.g. i art. 14 u.g.h. w orzecznictwie sądowym na tle zachowania tożsamego – tzn. prowadzenia gier poza kasynem (art. 107 k.k.s.), jest rozbieżna. Z różnych pism procesowych składanych w toku tego postępowania karnego wynikało, że istnieją wątpliwości, co do wykładni tych przepisów, a **kwestię istnienia tych wątpliwości orzeczniczych podkreślił również sąd II instancji**. Przy takich ustaleniach i przy tym jak sąd odwoławczy dostrzegł istnienie wątpliwości u oskarżonego, co do stosowania przepisów u.g.h. jako tych, które skutecznie mogą wypełnić blankiet z art. 107 § 1 k.k.s., kluczowe staje się dokonanie oceny, czy mając świadomość istniejących wątpliwości co do charakteru tych przepisów, można zastosować konstrukcję z art. 10 § 4 k.k.s.

Rację ma w kasacji prokurator, że **istnienie w świadomości oskarżonego 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 oskarżony miał pełną wiedzę o rzeczywistości w tym zakresie, świadom bowiem był tego, że wykładnia tych przepisów może także prowadzić do uznania takiego zachowania za karalne na gruncie art. 107 § 1 k.k.s. Nie był więc przekonany o innej rzeczywistości prawnej, a tylko miał wątpliwości co do stanu prawnego, przy prawidłowej (niezakłóconej w świadomości) ocenie istnienia dwóch różnych stanowisk. Konstrukcja błędu nie mogła więc być zastosowana. Przy takiej argumentacji nie sposób, w kontekście zarzutu kasacji, uznać, że nie doszło do naruszenia wskazanego w pierwszym zarzucie kasacji przepisu prawa. Odniesić

trzeba się także do art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r., chociaż w uzasadnieniu zaskarżonego kasacją wyroku sąd ten nie poświęcił wiele uwagi temu przepisowi. Istotne jest to wszakże z tego powodu, że w wyroku sądu pierwszej instancji oskarżonemu przypisano zachowanie już po wejściu w życie tej noweli (od 3 września 2015 r.). Kluczem dla oceny zachowania oskarżonego stało się 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 u.g.h., 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. Ma rację skarżący, że przepis art. 4 noweli nie powstał w próżni normatywnej i nie dotyczył obszaru, który do tej pory nie był regulowany. W odniesieniu do oskarżonego należy zatem odwrócić tezę co do kwestii świadomości. Przecież był on świadomy tego - postępując w sposób tożsamy, jak wcześniej w wielu innych sprawach (dowodzi tego szereg innych postępowań karnych) - że po dniu 2 września 2015 r. także może popełniać przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s., skoro zmiana stanu prawnego, jaka nastąpiła z dniem 3 września 2015 r. nie miała takiej treści, z której by wynikało, iż prowadzenie lub urządzanie gier losowych bez koncesji jest działalnością legalną. Wskazano już powyżej, że 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 w kasacji, oskarżony nie uczynił niczego po dniu 2 września 2015 r., aby ustalić, czy od dnia 3 września tego roku rzeczywiście prowadzenie lub urządzanie 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 o pisemną interpretację na gruncie ustawy Ordynacja podatkowa lub ustawy o swobodzie działalności gospodarczej; 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). Już tylko na zakończenie trzeba podkreślić na tle stanu prawnego po dniu 2 września 2015 r., że nawet gdyby przyjąć założenie, iż to tylko w tej nowej rzeczywistości doszło u oskarżonego do mylnego przekonania (pewność) o istniejącej rzeczywistości normatywnej, to problem musiałby z kolei zejść na płaszczyznę oceny, czy błędu takiego sprawca mógłby uniknąć przy zachowaniu należytej przeczorności. Ocena taka 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 (rozbieżnych) ocenach prawno-karnych takiego zachowania, jak również na pozycji oskarżonego i prowadzonej przez niego działalności. Musiałaby zatem być dokonana ocena i tego, że 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 urzadzeniu 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 przeczorności mógł tego błędu uniknąć. W orzecznictwie 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).

Odnosząc te spostrzeżenia istotne dla zastosowania konstrukcji z art. 10 § 4 k.k.s. wypada stwierdzić, że sąd odwoławczy, po pierwsze, zastosował tę konstrukcję normatywną opierając ją na elemencie, który co do istoty wyłącza posłużenie się błędem (nie doszło do zakłócenia obrazu rzeczywistości w umyśle sprawcy - miał wiedzę o rozbieżnościach w ocenie prawnej zachowania), a po drugie, nawet gdyby teza uzasadniająca zastosowanie tej konstrukcji byłaby zasadna, to w sposób niewłaściwy ocenił oba wskazane powyżej kryteria, skoro dostrzegając wysoki poziom wiedzy oskarżonego w tej sferze działalności oraz posiadanie pełnej informacji co do wątpliwości w zakresie wykładni wskazanych przepisów, uznał, że oskarżonemu nie można postawić zarzutu odnoszącego się do możliwości uniknięcia błędu. 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 rażącego naruszenia normy zawartej w art. 10 § 4 k.k.s., którego efektem było zmiana wyroku i uniewinnienie oskarżonego. W tej sytuacji zbędne było ustosunkowanie się do drugiego zarzutu kasacji. Można jedynie dodać, że w kontekście zawartych w aktach sprawy materiałów i odpisów orzeczeń, składanych przez obrońcę oskarżonego – zapewne za wiedzą i znajomością problematyki ze strony oskarżonego – uchybienie opisane w tym zakresie w kasacji nie mogło mieć istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia wydanego w tej sprawie. Z tych wszystkich względów konieczne było uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. W postępowaniu tym sąd II instancji rozpozna wniesioną apelację, przy czym w zakresie przepisu art. 10 § 4 k.k.s. będzie miał na uwadze zapatrywanie prawne poczynione powyżej (art. 442 § 2 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.).

