

UZASADNIENIE

Apelacja obrońcy nie zasługuje na uwzględnienie.

Analizując całokształt ujawnionych w sprawie dowodów należy uznać, że sąd rejonowy zebrał je w sposób wystarczający do merytorycznego rozstrzygnięcia i należycie ocenił, co pozwoliło mu na wyprowadzenie prawidłowych ustaleń faktycznych co do sprawstwa oskarżonego. Ustalenia te nie były przez skarżącego kwestionowane, nie muszą więc podlegać szczegółowym analizom i ocenom sądu odwoławczego.

Odnosząc się do wywiedzionych przez obrońcę zarzutów należy stwierdzić, iż przedmiotem procesu nie jest opis czynu i jego kwalifikacja prawna zawarta w akcie oskarżenia, lecz czyn przestępny rozumiany jako historyczne zdarzenie faktyczne. Dlatego też sąd nie jest związany ani opisem czynu, ani kwalifikacją prawną czynu dokonaną przez oskarżyciela, a co więcej, jeżeli stwierdza, że ocena prawna czynu jest wadliwa, sąd nie tylko może, ale jest zobowiązany do jej weryfikacji i przyjęcia w wyroku prawidłowej kwalifikacji prawnej czynu przypisanego. Zmiana kwalifikacji prawnej czynu dokonana może być jedynie przy zachowaniu jego tożsamości faktycznej, a zatem w granicach określonych oskarżeniem.

Granice oskarżenia zostają utrzymane dopóty, jak długo w miejsce czynu zarzuconego, w ramach tego samego zdarzenia faktycznego (historycznego), można przypisać oskarżonemu czyn nawet ze zmienionym opisem i jego oceną prawną, ale mieszczący się w tym samym zespole zachowań człowieka, które stały się podstawą poddania w akcie oskarżenia przejawów jego działalności wartościowaniu z punktu widzenia przepisów prawa karnego materialnego. Elementami składowymi ułatwiającymi określenie ram tożsamości „zdarzenia historycznego” są zaś: identyczność przedmiotu zamachu, identyczność podmiotów oskarżonych o udział w zdarzeniu, identyczność podmiotów pokrzywdzonych, a wreszcie tożsamość czasu i miejsca zdarzenia, zaś w wypadku odmiennego niż w akcie oskarżenia określenia tej daty i miejsca, analiza strony przedmiotowej i podmiotowej czynu w kontekście związku przyczynowego pomiędzy ustalonym zachowaniem osoby oskarżonej i wynikającym z tego zachowania skutkiem takiego działania bądź zaniechania (tak SN w wyr. z 5.9.2006 r., IV KK 194/06, OSNwSK 2006, Nr 1, poz. 1663). Ramy określone w akcie oskarżenia wyznaczają zakres tożsamości „zdarzenia historycznego”, które w zależności od konkretnej sytuacji faktycznej może być podciągnięte pod właściwy przepis prawa karnego materialnego (zob. post. SN z 19.10.2006 r., II KK 246/06, OSNwSK 2006, Nr 1, poz. 1987; wyr. SA w Lublinie z 4.2.2003 r., II AKA 178/02, Prok. i Pr. - wkł. 2003, Nr 12, poz. 27). Nie wychodzi poza granice skargi uprawnionego oskarżyciela zamieszczenie w opisie czynu przypisanego przez sąd orzekający, odmiennych niż w czynie zarzuconym, ustaleń odpowiadającym znamionom ustawowym przestępstwa, a nawet inaczej precyzujących czas i miejsce jego popełnienia. Sąd nie jest związany opisem czynu zarzucanego, a po wyjaśnieniu wszystkich istotnych okoliczności może i powinien nadać mu w wyroku dokładne określenie (art. 413 § 2 pkt 1 kpk), które może odbiegać od opisu przyjętego w akcie oskarżenia. Dodać należy, że zmiana kwalifikacji prawnej dopuszczalna jest w granicach oskarżenia i nie decyduje o tym zbieżność opisu czynu ze wszystkimi czynnościami sprawczymi mogącymi wchodzić w zakres danego zdarzenia. Decydują o tym ramy określone w akcie oskarżenia, gdyż w konkretyzacji opisu czynu zarzucanego nie zawsze zachodzi potrzeba, przytaczania wszystkich znamion przestępczego działania sprawcy, które w jednych wypadkach mogą być całkowicie pochłaniane, a w innych stanowić wyłącznie okoliczności obciążające. Tak, więc ramy określone w uzasadnieniu aktu oskarżenia, wyznaczają zakres tożsamości „zdarzenia historycznego”, które w zależności od konkretnej sytuacji faktycznej, może być podciągnięte pod właściwy przepis prawa karnego materialnego.

A. W. został oskarżony o to, że „ w miesiącu październiku 2016 roku w lokalu w B. urządził gry na czterech automatach....., wbrew art. 14 ust 1 i art. 23 a ust. 1 Ustawy z dnia 19 .11. 2009 roku o grach hazardowych, tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 kks”.

Sąd I instancji przypisał mu, iż „w październiku 2016 roku w lokalu B., wbrew art. 6 ust.1 ustawy z 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych urządzał gry na czterech automatach do gier, tj. czynu z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 ust.1 ustawy z 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych ...”.

Poza sporem jest, że przepis art. 107 § 1 kks jest normą blankietową i odpowiedzialność karno-skarbowa w ramach tego przepisu może mieć miejsce tylko wówczas, gdy zostanie wykazane, że sprawca tego rodzaju czynu, swoim zachowaniem naruszył równocześnie obowiązujące normy innych ustaw dopełniające ten przepis prawa. W licznych orzeczeniach sądów powszechnych, jak i Sądu Najwyższego – sprzed nowelizacji - były prezentowane sporne poglądy, co do tego, czy przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.), mogą stanowić wypełnienie normy sankcjonowanej z art. 107 § 1 kks. Wynikało to z braku jednoznacznego ustalenia charakteru tych przepisów w kontekście obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej przepisów krajowych o charakterze technicznym. Obecnie jednak Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 17/16 (OSNKW 2017, nr 2, poz. 17) dokonał kompleksowej oceny prawnej tych przepisów zarówno w kontekście przepisu art. 91 ust. 3 Konstytucji RP jak i prawa unijnego, szczególnie wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 października 2016 r., sygn. C-303/15. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy potwierdził techniczny charakter przepisu art. 14 ust. 1 GryHazardU w aspekcie dyrektywy 98/34/WE. Oznacza to, że przepis art. 14 ust. 1 GryHazardU w brzmieniu obowiązującym przed 3 września 2015 r. z uwagi na to, że nie przeszedł procesu notyfikacji Komisji Europejskiej nie może mieć zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 kks. Przypomnieć należy, że właśnie z dniem 3 września 2015 r., zgodnie z ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r. poz. 1201), wszedł w życie znowelizowany art. 14 ust. 1 GryHazardU, którego projekt został notyfikowany Komisji Europejskiej.

Przedmiotowy czyn został popełniony w „październiku 2016 roku”; sąd I instancji nie musiał więc eliminować z jego opisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, albowiem jako notyfikowany w związku z nowelizacją z 3 września 2015 roku mógł dopełniać normę blankietową art. 107 § 1 kks.

Zgodnie z art.6 ust. 1 wymienionej ustawy 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.

Z kolei art. 14 ust. 1 stanowi, że urządzenie gier cylindrycznych, gier w karty, w tym turniejów gry pokera, gier w kości oraz gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gry na zasadach i warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów ustawy.

W opisie czynu zabronionego określonego w art. 107 § 1 kks, ustawodawca posłużył się znamionami „urządzenie” i „prowadzenie”. Oznacza to więc penalizację zarówno „urządzenia”, jak i „prowadzenia” gier na automatach wbrew przepisom ustawy albo warunkom koncesji lub zezwolenia. Zdaniem Sądu Najwyższego „urządzać”, to więcej niż tylko „prowadzić”, a zatem „urządzenie” jest pojęciem szerszym. Obejmuje całość podjętych działań (IV KK 174/16 - wyrok SN - Izba Karna z dnia 13-10-2016, Legalis).

Przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie dotyczy ograniczeń „lokalizacyjnych” dotyczących automatów do gier hazardowych, ale zakazu prowadzenia działalności w zakresie gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry. Jak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 października 2016, w sprawie Naczelnik Urzędu Celnego I w Ł. przeciwko G.M. i inni, C-303/15, „(...) nie należy uznać art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych za „inne wymagania” w rozumieniu art. 1 pkt 4 dyrektywy 98/34, ponieważ zezwolenie wymagane przez ten przepis krajowy na urządzenie gier hazardowych stanowi warunek nałożony względem prowadzenia działalności w zakresie organizowania takich gier w odróżnieniu od art. 14 ust. 1 tej ustawy, który ustanawia warunki względem danych produktów, zakazując ich użytkowania poza kasynami gry (teza 29)”.

Pomimo eliminacji art. 14 ust. 1 w zaskarżonym wyroku, sąd rejonowy uwzględnił, iż sprawca inkryminowanym mu zachowaniem naruszył równocześnie obowiązującą normę art. 6 ust 1 ustawy ... , czyli w urządzeniu wbrew

koncesji gier na automatach przyjął, iż mieści się w prowadzenie działalności odnośnie gier na automatach. Oskarżony urządzając inkryminowaną mu działalność poza kasynami gry, jednocześnie tym działaniem naruszył zakaz prowadzenia działalności w zakresie gier na automatach bez uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, czyli tym samym zachowaniem wypełniał również dyspozycję art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Rozpatrując zdarzenie historyczne, będące przedmiotem poczynionych przez sąd rejonowy w niniejszej sprawie ustaleń faktycznych, przez pryzmat wskazanych wyżej przesłanek warunkujących zachowanie granic skargi zakreślonych w akcie oskarżenia, w sposób jednoznaczny stwierdzić należy, że te podstawowe elementy składowe (które wymieniono wyżej), zarówno w wypadku czynu zarzucanego jak i przypisanego pokrywają się. Identyczna jest osoba oskarżonego. Taki sam jest podmiot pokrzywdzony, korespondujące ze sobą jest miejsce i data zdarzenia, sposób działania wbrew monopolowi państwa, a wreszcie analogiczny jest przedmiot zamachu (ochrony) na monopol państwa.

Zestawienie normy wynikającej z treści art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.) i przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych pozwala na wyprowadzenie wniosku, że urządzanie gry na automatach dozwolone jest tylko w kasynach gry, prowadzonych w ramach udzielonej koncesji. Zakaz prowadzenia tego rodzaju działalności poza warunkami koncesji jest adresowany do wszystkich podmiotów, a zatem zarówno osób fizycznych jak i prawnych niezależnie od tego, czy posiadają one koncesję na prowadzenie kasyna gry, czy też nie. Działalność w zakresie gier na automatach, bez względu na jej formę prawną, urządzana bez koncesji poza kasynem gry jest więc zawsze działalnością nielegalną, prowadzoną wbrew normie wynikającej z treści art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych i stanowi przestępstwo z art. 107 § 1 kks, zaś od dnia 3 września 2015 roku w ramach odesłania zawartego w art. 107 § 1 kks także narusza art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Uznać należy, że inkryminowane działania oskarżonego obejmowały w szczególności zorganizowanie i pozyskanie odpowiedniego miejsca na zamontowanie urządzeń, przystosowanie go do danego rodzaju działalności, umożliwienie dostępu do takiego miejsca nieograniczonej ilości graczy, utrzymywanie automatów w stanie stałej aktywności umożliwiające ich sprawne funkcjonowanie, czynności związane z obsługą urządzeń czy zatrudnieniem odpowiedniego przeszkolonego personelu. Podmiot wykonujący takie właśnie działania, może być uznany za urządzającego i prowadzącego działalność w zakresie gier na automatach w rozumieniu art. 6 ust. i 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Nie budzi wątpliwości zdaniem sądu okręgowego, że działania, które prowadził oskarżony w ramach zarzucanego mu czynu wchodzi też w zakres pojęcia „prowadzenia działalności” użytego przez ustawodawcę w art. 6 ustawy o grach hazardowych (stworzenia wszelkich niezbędnych i wystarczających warunków do odbywania gier, działań mających na celu umożliwienie odbywania gier hazardowych poza kasynem gry). Przepisy powyższe obowiązują wszystkie podmioty w państwie, jako reglamentujące działalność gospodarczą w zakresie udostępniania urządzeń losowych, między innymi gry na automatach, do czego konieczna jest koncesja na prowadzenie kasyna gry, gdyż automaty te mogą być użytkowane tylko w kasynach gry. Dlatego też, każdy kto spełnia powyższe kryteria zakwalifikowania go jako urządzającego grę hazardową, bez względu na formę prawną oraz gdy miejscem urządzenia gry nie będzie kasyno gry, narusza przepisy ustawy karnoskarbowej

W związku z tym sąd odwoławczy nie podzielił oceny skarżącego, iż sąd rejonowy zmieniając opis i kwalifikację prawną czynu przypisanego oskarżonemu naruszył zasadę skargowości.

Opis czynu ma przedstawić jego istotę, przy czym słowo dokładnie należy rozumieć jako konieczność objęcia opisem elementów istotnych, które mają znaczenie dla indywidualizacji czynu, nie zaś konieczność szczegółowego opisywania każdej z czynności sprawczych czy każdego z zachowań, jakie sprawca podjął. O indywidualizacji czynu decydują: podmiot czynu, przedmiot czynności wykonawczej, sposób zachowania, okoliczności czynu (czas, miejsce, sytuacja) oraz skutki czynu

Art. 413 § 2 pkt 1 kpk, normujący strukturę wyroku skazującego, nie formułuje wymogu, by w opisie czynu przytoczono *expressis verbis* brzmienie ustawowe wszystkich znamion czynu zabronionego. Wymogiem jest natomiast to, by określenie przypisanego czynu było dokładne, a kwalifikacja prawna była efektem subsumcji ustalonych faktów pod właściwy przepis prawa materialnego. Pominięcie ustawowego określenia znamienia przestępstwa w opisie czynu

przypisanego nie stanowi przeszkody w uznaniu, że wypełnia on znamiona konkretnego przestępstwa, jeśli opis ten mieści się w granicach pojęć, którymi przepis prawa materialnego określa te znamiona.

Wyrażenie „wbrew przepisom ustawy”, użyte w art. 107 § 1 kks, wymaga konkretyzacji w wyroku skazującym także przez wskazanie w opisie czynu i podstawie skazania przepisu, z którego wynika norma naruszona przez oskarżonego (art. 413 § 2 pkt 1 kpk), co sąd rejonowy zresztą zrobił.

Czyn zarzucony oskarżonemu w akcie oskarżenia, jasno przekazywał treść odpowiadającą wszystkim znamionom przestępstwa z art. 107 § 1 kks. Nie ma też podstaw do uznania, że opis czynu przypisanego oskarżonemu nie był wystarczający do zakwalifikowania go pod znamiona wymienionego przestępstwa skarbowego. Za wystarczające uznać należy, jeżeli w opisie czynu automaty do gry zostaną zindywidualizowane (np. poprzez podanie ich fabrycznych oznaczeń), zaś w świetle zebranych w sprawie dowodów nie będzie budzić wątpliwości, iż te konkretne urządzenia spełniały kryteria zawarte we ustawie „dopełniającej”. Wyniki eksperymentów, zawartych w protokołach sporządzonych w niniejszej sprawie przez kontrolujących funkcjonariuszy celnych nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że gry na przedmiotowych automatach, na których eksperymenty przeprowadzono, miały charakter gier definiowanych w art. 2 ust. 4 ustawy o grach hazardowych. Urządzanie lub prowadzenie na nich gier odbywało się „wbrew przepisom ustawy”, na co jednoznacznie wskazuje odesłanie do art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Z tych też względów sąd II instancji nie podzielił zarzutu obrońcy o obrazie art. art. 413 § 2 pkt 1 kpk.

Problematykę koncesji i zezwoleń na urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier i zakładów reguluje rozdział 4 ustawy o grach hazardowych. Koncesja ma charakter aktu uznaniowego, wobec czego organ koncesyjny nie jest zobligowany do jej wydania danemu podmiotowi, nawet jeśli spełnia on wszystkie warunki przewidziane prawem. Ponadto koncesja ustala prawo do podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej w określonej dziedzinie nie tylko na podstawie zasad wynikających z obowiązujących przepisów prawa, ale także zgodnie z warunkami określonymi przez organ koncesyjny, którym w przypadku hazardu jest minister właściwy do spraw finansów publicznych (zob. L. Wilk, Hazard, s. 122). Działalnością koncesjonowaną jest według ustawy „hazardowej” działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach. Może ona być prowadzona wyłącznie w kasynie gry na podstawie koncesji udzielonej na prowadzenie takiego kasyna. Działalność w zakresie gier na automatach, w rozumieniu art. 2 ust. 4 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.), urządzana bez stosownej koncesji oraz poza kasynem gry, jest zawsze działalnością nielegalną. Nie bez znaczenia pozostają także przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, które nakładają na podmioty prowadzące działalność gospodarczą obowiązek dostosowania się do reguł należytej staranności przy prowadzeniu takiej działalności. Przepisy art. 18 i art. 46 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej nałóżą na podmiot prowadzący działalność gospodarczą obowiązek dostosowania się do reguł należytej staranności przy prowadzeniu takiej działalności i zachowania ostrożności tak, aby prowadzić działalność gospodarczą zgodnie z przepisami prawa.

Bezspornym jest, iż A. W. takiej koncesji (o której mowa wyżej) nie posiadał i nawet się o nią nie ubiegał, nie rejestrował automatów u naczelnika urzędu celnego. Nie prowadził kasyna gry. Koncesja nie została okazana funkcjonariuszom urzędu celnego w czasie kontroli. Również w toku postępowania oskarżony, jak i jego obrońca takiej koncesji nie przedstawili, co więcej również w apelacji skarżący nie podnosi, że ją posiada. Bezczyność oskarżonego w tym zakresie świadczy jednoznacznie, iż takiej koncesji nie posiadał, bez potrzeby prowadzenia w tym zakresie dalszych czynności wykrywczych, które tylko przedłużałyby postępowanie. Jeżeli obrońca miałby na ten temat jakieś własne wiadomości, to działając na korzyść swojego mandata musiałby ten dokument złożyć w poczet materiału dowodowego albo wskazać, że został wydany. Brak takiej aktywności potwierdza, iż oskarżony nim nigdy nie dysponował. W takiej zaś sytuacji oskarżony nie miał prawa - bez naruszenia przepisów ustawy o grach hazardowych - w ogóle prowadzić jakiegokolwiek działalności w zakresie gier na automatach (ani w kasynie gry, ani poza nim).

Art. 107 § 1 kks stanowi, że sprawca podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karom łącznie. Wymierzając karę grzywny, sąd określa liczbę stawek oraz wysokość jednej stawki dziennej; jeżeli kodeks nie stanowi inaczej, najniższa liczba stawek wynosi 10, najwyższa – 720 (art. 23 § 1 kks).

Ustalając stawkę dzienną, sąd bierze pod uwagę dochody sprawcy, jego warunki osobiste, rodzinne, stosunki majątkowe i możliwości zarobkowe; stawka dzienna nie może być niższa od jednej Stawka dzienna nie może być niższa od 1/30 części minimalnego wynagrodzenia i nie może przekraczać jej czterystukrotności (art. 23 § 3 kks).

Jeżeli w 2017 r. minimalne wynagrodzenie wynosiło 2000,00 złotych to stawka dzienna nie może być niższa niż wynik dzielenia 2000: 30= 66,66 złotych. Jednocześnie stawka nie może przekroczyć kwoty stanowiącej wynik mnożenia najniższej stawki razy 400, tj. 66,66 złotych × 400 = 26 666,40 złotych. Kara grzywny w Kodeksie karnym skarbowym jest karą o znaczeniu priorytetowym. Sąd I instancji określając stawkę dzienną w kwocie 70 złotych, ustalił ją w dolnej granicy jej wymiaru, czyli siłą rzeczy uwzględnił ona sytuację materialną sprawcy, jego warunki i właściwości osobiste.

Z kolei liczba stawek dziennych odzwierciedla wagę przestępstwa skarbowego. Nie można się zgodzić, iż waga tego czynu powinna skutkować orzeczenia minimalnej ilości stawek dziennych grzywny (10). Czyn ten wymagał dużego wysiłku organizacyjnego, podjęcia i kontynuowania wielu czynności warunkujących funkcjonowanie salonu gier (o czym była mowa wcześniej). Sprawca uruchomił cztery automaty, umożliwiły one zamianę wygranej punktowej na wygraną rzeczową lub pieniężną; wagę tego czynu podnosi okres funkcjonowania salonu (około miesiąca), który powstrzymała dopiero kontrola celna. Ze strony oskarżonego występowało więc duże nasilenie złej woli wynikające w godzeniu w monopol państwa, jego dochody, z drugiej strony w zdrowie i funkcjonowanie społeczne klientów tego rodzaju „przybytku”. Dlatego nie może być mowy w tym przypadku o wypadku mniejszej wagi (art. 107 § 4 kks), jak również o łagodzeniu grzywny. Wystarczającym przejawem łagodniejszego potraktowania sprawcy jest wymierzenie mu wyłącznie kary grzywny. Brak jest jakichkolwiek argumentów, aby w tych realiach grzywna mogła być skorygowana w kierunku jej złagodzenia. Prawidłowa reakcja karna nie może służyć premiowaniu skazanego lecz rzeczywistemu oddaniu zawartości kryminalnej czynu, jakiego się dopuścił.

Ani sylwetka oskarżonego, ani waga popełnionego czynu, tego nie uzasadniają. Wymierzenie jeszcze łagodniejszej kary prowadziłoby do bezpodstawnego i niezrozumiałego w danych realiach traktowania sprawcy i nie osiągałoby zakładanych celów w zakresie prewencji indywidualnej i generalnej. W sprawie bowiem przeważają zdecydowanie okoliczności obciążające, które zresztą sąd I instancji nader umiarkowanie uwzględnił na niekorzyść oskarżonego przy wymiarze kary.

Z tych wszystkich względów sąd okręgowy orzekł, jak w sentencji; na podstawie przepisów powołanych w wyroku (nie znajdując podstaw do zwolnienia) zasądził od oskarżonego opłatę za drugą instancję i obciążył go wydatkami za postępowanie odwoławcze.