

Sygn. akt **XI Ka 846/15**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lutego 2016r.

Sąd Okręgowy w Lublinie XI Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Włodzimierz Śpiewła

Sędziowie SO Magdalena Kurczewska – Śmiech (spr.)

SO Elżbieta Daniluk

p.o. Protokolanta Wojciech Czajkowski

przy udziale Prokuratora Urszuli Komor

po rozpoznaniu dnia 4 lutego 2016r.

sprawy **B. K.** urodzonej (...) w S. c. M.

i H. z d. Ś.

oskarżonej o czyn z art. 107 § 10 k.k.s.

na skutek apelacji wniesionych przez Urząd Celny w B. i prokuratora

od wyroku Sądu Rejonowego w Łukowie

z dnia 26 maja 2015r. sygn. akt **II K 1223/13**

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchyla rozstrzygnięcie wydane na podstawie art. 43 § 1 pkt 4 k.k.s. w zw. z art. 31 § 4 k.k.s.;

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. wydatkami postępowania odwoławczego obciąża Skarb Państwa.

Magdalena Kurczewska-Śmiech Włodzimierz Śpiewła Elżbieta Daniluk

XI Ka 846/15

UZASADNIENIE

B. K. została oskarżona o to, że w dniu 26.09.2013 roku w lokalu BAR (...) przy ulicy (...) w S. prowadziła gry hazardowe na automacie o nazwie V. (...) wbrew przepisom art. 3, art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych,

to jest o czyn z art. 107 § 1 k.k.s.

Wyrokiem z dnia 26 maja 2015 r. Sąd Rejonowy w Łukowie oskarżoną B. K. uniewinnił od popełnienia zarzucanego jej czynu;

- na podstawie art. 43 § 1 pkt 4 k.k.s. w związku z art. 31 § 4 k.k.s. orzekł tytułem środka zabezpieczającego przepadek na rzecz Skarbu Państwa przedmiotu w postaci symulatora do gry o nazwie V. (...) bez numerów identyfikacyjnych, opisany w protokole zdawczo-odbiorczym na k. 28 akt;

- na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w związku z art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił oskarżonej B. K. oryginał umowy widniejący na k. 21 akt sprawy, stwierdzając jej zbędność dla postępowania i zastępując ją poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopią;

- na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w związku z art. 632 pkt 2 k.p.k. kosztami postępowania w sprawie obciążył Skarb Państwa.

Apelacje od powyższego wyroku wniosli: Urząd Celny w B. oraz prokurator.

Apelacja pochodząca od oskarżyciela publicznego – Urzędu Celnego zarzuca zaskarżonemu wyrokowi obrazę prawa materialnego, to jest art. 107 § 1 k.k.s. poprzez bezzasadne uznanie, iż oskarżona swoim zachowaniem nie wypełniła znamion zarzucanego jej czynu, określonego w art. 107 § 1 k.k.s. i wnosi o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w Łukowie do ponownego rozpoznania.

Z kolei prokurator zarzucił zaskarżonemu orzeczeniu:

I. obrazę przepisów prawa procesowego art. 4, 5 § 2, 7, 366 § 1 k.p.k. przez:

- wadliwą, dokonaną w sposób sprzeczny z zasadami prawidłowego rozumowania, wskazaniem wiedzy oraz doświadczenia życiowego, ocenę całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego, uwzględnienie jedynie okoliczności i dowodów przemawiających na korzyść oskarżonej, bez badania i uwzględnienia oraz należytej oceny dowodów przemawiających na jej niekorzyść w postaci: zeznań R. M., który na automacie przeprowadzał w toku oględzin grę i stwierdzonych w tymże urządzeniu ilości środków pieniężnych w toku komisijnego otwarcia automatu do gier oraz danych dotyczących operacji hopperowych z dnia 25 września 2012 r., nadto bezpodstawne zaniechanie przeprowadzenia dopuszczonego przez Sąd w dniu 17 marca 2015 r. dowodu w postaci informacji od firmy stargame, brak decyzji Sądu odnośnie dopuszczonego dowodu w postaci informacji od firmy (...), zaniechanie dopuszczenia dowodu w postaci informacji od firmy (...) w Z., co miało wpływ na treść orzeczenia i w konsekwencji skutkowało niezasadnym uniewinnieniem oskarżonej od popełnienia zarzucanego jej czynu;

- obrazę przepisów prawa materialnego pod postacią art. 30 § 5 k.k.s. przez niesłuszne nieorzeczenie obligatoryjnego przypadku środków pieniężnych, w sytuacji gdy z ustaleń faktycznych w sprawie wynika, że zabezpieczone środki pieniężne były środkami uzyskanymi ze sprzedaży udziału w grze.

Podnosząc powyższe zarzuty domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Rejonowemu w Łukowie do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacje nie zasługiwały na uwzględnienie.

Sąd odwoławczy podziela stanowisko Sądu Rejonowego, iż w przedmiotowej sprawie nie można twierdzić o wyczerpaniu przez oskarżoną znamion zarzucanego jej czynu z art. 107 § 1 k.k.s. Wskazać jednak należy, iż jakkolwiek uniewinnienie oskarżonej od dokonania zarzucanego jej czynu jest decyzją w pełni słuszną, to przyczyny tego stanu rzeczy są zgoła odmienne od tych, którymi zaskarżone orzeczenie uzasadnił Sąd Rejonowy.

Stan faktyczny sprawy został prawidłowo ustalony przez Sąd I instancji i nie był kwestionowany.

Co się zaś tyczy przyczyn, które uniemożliwiają przypisanie B. K. zarzucanego jej czynu, to powodem tego stanu rzeczy jest to, że przepis art. 107 § 1 k.k.s., na którym opiera się zarzut wniesionego aktu oskarżenia, w aktualnym stanie

prawnym nie może być podstawą skazania za nieprzestrzeganie zasad określonych w art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, jako, że nie określa znamion karalnego zachowania – wobec nieskuteczności wskazanych przepisów ustawy hazardowej.

Za przestępstwo karnoskarbowe, o którym mowa w art. 107 § 1 k.k.s., odpowiada ten, kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urzędu lub prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny. Istotą tego przestępstwa jest urządzenie lub prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, gier na automatach lub zakładów wzajemnych wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz.U. z dnia 30 listopada 2009 r. Nr 201, poz. 1540).

Redakcja przepisu art. 107 § 1 k.k.s. prowadzi do wniosku, że ma on charakter blankietowy. Opis znamion czynu zabronionego znajduje się bowiem w przepisach w/w ustawy o grach hazardowych. Przepisami precyzyjnymi znamiona zarzucanego oskarżonej czynu są art. 3, art. 6 ust. 1 i art.14 ust.1 ustawy, które określają warunki urządzania gier między innymi na automatach w ten sposób, że ich urządzenie jest dozwolone wyłącznie w kasynach gry i tylko na podstawie udzielonej koncesji.

Polska, przystępując do Unii Europejskiej z dniem 1 maja 2004 roku, na podstawie art. 2 Traktatu dotyczącego przystąpienia do UE została związana w szczególności dyrektywą 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r., ustanawiającą procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.). Należy w tym miejscu zasygnalizować, iż w dniu 7 października 2015 r. weszła w życie dyrektywa (UE) (...) Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (ujednoczenie Dz.U.U.E.L.2015.241.1, opublikowany dnia 17 września 2015 r.) i z tą datą uchylona została Dyrektywa 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.U.U.E.L.1998.204.37). Obecnie obowiązująca dyrektywa – z punktu widzenia zagadnienia będącego przedmiotem osądu w niniejszej sprawie – nie wprowadziła jakichkolwiek odmiennych regulacji, a została przyjęta dla zachowania przejrzystości i zrozumiałości kilkakrotnie znacząco zmienianej dyrektywy 98/34/WE i w celu jej ujednoczenia.

Stosownie do treści art. 8 Dyrektywy 98/34/WE, którego odpowiednikiem jest art. 5 obecnie obowiązującej dyrektywy (...), przepisy uznane w jej rozumieniu za techniczne wymagają dopełnienia procedury informacyjnej, tj. powinny podlegać notyfikacji Komisji Europejskiej.

Pojęcie "przepisy techniczne" zostało wyjaśnione w treści art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE. Pod pojęciem tym należy rozumieć specyfikacje techniczne i inne wymagania, włącznie z odpowiednimi przepisami administracyjnymi, których przestrzeganie jest obowiązkowe w wypadku wprowadzenia do obrotu lub stosowania w państwie członkowskim lub przeważającej części tych państw, jak również przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne państw członkowskich, z wyjątkiem tych określonych w art. 10, zakazujących produkcji, przywozu, obrotu lub użytkowania produktu (art. 1 pkt 9 dyrektywy 98/34/WE). Przepisy techniczne obejmują de facto przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne państwa członkowskiego, które odnoszą się do specyfikacji technicznych bądź innych wymagań lub zasad dotyczących usług bądź też do kodeksów zawodowych lub kodeksów postępowania, które z kolei odnoszą się do specyfikacji technicznych bądź do innych wymogów lub zasad dotyczących usług, zgodność z którymi pociąga za sobą domniemanie zgodności z zobowiązaniami nałożonymi przez wspomniane przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne. Ponadto obejmują one - jak wskazano w dyrektywie - dobrowolne porozumienia, w których władze publiczne są stroną umawiającą się, a które przewidują w interesie ogólnym zgodność ze specyfikacjami technicznymi lub innymi wymogami albo zasadami dotyczącymi usług, z wyjątkiem specyfikacji odnoszących się do przetargów przy zamówieniach publicznych. Wreszcie, do przepisów technicznych należą w myśl przywołanej treści art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE "specyfikacje techniczne lub inne wymogi bądź zasady dotyczące usług, które powiązane są ze środkami fiskalnymi lub finansowymi mającymi wpływ na konsumpcję produktów lub usług przez wspomaganie przestrzegania takich specyfikacji technicznych lub innych wymogów bądź zasad dotyczących usług.

Terminem „przepisy techniczne” nie zostały objęte specyfikacje techniczne lub inne wymogi bądź zasady dotyczące usług powiązanych systemami zabezpieczenia społecznego.

Kwestia technicznego charakteru przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h. w aspekcie dyrektywy 98/34/WE nie budzi wątpliwości Sądu odwoławczego.

O tym, że przepisy krajowe, m.in. takie jak ten stanowiące na kanwie niniejszej sprawy dopełnienie normy art. 107 § 1 k.k.s., stanowią przepisy techniczne w rozumieniu art. 1 pkt 11 cytowanej wyżej dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady przesądził wyrok prejudycjalny Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 12 lipca 2012 r. (w sprawach połączonych C-213/11, C-214/11, C-217/11) w tezie 25. W sentencji wyroku Trybunał stwierdził bowiem, że przepisy krajowe tego rodzaju jak przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, które mogą powodować ograniczenie, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, stanowią potencjalnie "przepisy techniczne" w rozumieniu w/w przepisu, w związku z czym ich projekt powinien zostać przekazany Komisji zgodnie z art. 8 ust. 1 akapit pierwszy wskazanej dyrektywy, w wypadku ustalenia, że przepisy te wprowadzają warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów. Co do rodzajowych ograniczeń w prowadzeniu działalności w zakresie urządzenia i prowadzenia gier hazardowych, jak zawartych w art. 14 u.g.h., Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się też w wyroku z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 Komisja przeciwko Grecji, wskazując, iż „przepisy zakazujące prowadzenia gier elektrycznych, elektromechanicznych i elektronicznych w jakichkolwiek miejscach publicznych i prywatnych z wyjątkiem kasyn należy uznać za przepisy techniczne w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34. Kwestia ta została też rozstrzygnięta przez Trybunał w wyroku z dnia 11 czerwca 2015 r., C- 98/14, w uzasadnieniu którego orzekł on iż „w odniesieniu do przepisów krajowych takich jak ustawa zmieniająca z 2012 r. (dotyczy węgierskiej ustawy o grach losowych zastrzegającej wyłączne prawo użytkowania automatów do gier dla kasyn), przepisy krajowe, które zastrzegają organizację niektórych gier losowych wyłącznie dla kasyn, stanowią „przepisy techniczne” w rozumieniu wspomnianego art. 1 pkt 11, w zakresie, w jakim mogą mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów użytkowanych w tym kontekście dodając, że „zakaz użytkowania automatów do gier poza kasynami, taki jaki ustanowiła ustawa zmieniająca z 2012 r., może mieć istotny wpływ na sprzedaż tych automatów, które stanowią towary, które mogą być objęte zakresem stosowania art. 98/ 34 (...), poprzez zmniejszenie liczby kanałów użytkowania”.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 Konstytucji RP w związku z 260 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Polska jako kraj członkowski ma obowiązek przestrzegania wyroków luksemburskich przez władze publiczne, w tym sądy, a obowiązek ten ma rangę pozaustawową.

W sprawie nie budzi wątpliwości Sądu odwoławczego fakt, że przedmiotowa ustawa o grach hazardowych, ani przepisy art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 tej ustawy nie były notyfikowane. Tym samym Polska nie przedstawiając przepisów technicznych ustawy o grach hazardowych Komisji Europejskiej nie wypełniła zobowiązania członkowskiego w zakresie notyfikacji. W świetle zaś orzecznictwa luksemburskiego obowiązek notyfikacji jest bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny, aby jednostki mogły się na niego powoływać przed sądem krajowym. Skutkiem powyższego uchybienia, polegającego na niezrealizowaniu obowiązku notyfikacyjnego, jest niemożność zastosowania przepisów technicznych, na którą można powoływać się w „postępowaniu między jednostkami” (wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 8 listopada 2007 r. w sprawie C 443/98, LEX nr 326053). Powyższe skutkować musi uznaniem tych przepisów jako nieskutecznych, czego konsekwencją jest brak możliwości uczynienia ich podstawą rozstrzygnięć sądów krajowych wobec obywateli. Opisana konstatacja ma swój dalszy skutek w postaci niemożności zastosowania przepisu art. 107 § 1 k.k.s. w zakresie, w którym odwołuje się on do ustawy o grach hazardowych, sankcjonując naruszenie zawartego w jej treści art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1.

Jak już podniesiono wyżej, art. 107 § 1 k.k.s., jako przepis tzw. „blankietowy” w swojej treści nie określa znamion czynu zabronionego pod groźbą kary, ale odsyła w tym zakresie do innej ustawy – ustawy o grach hazardowych, która stanowić ma jego dopełnienie. Skoro zaś w przedmiotowej sprawie art. 107 § 1 k.k.s. odsyła do przepisu nieskutecznego, to uznać go należy za przepis niekompletny, pozbawiony dyspozycji normy sankcjonowanej.

Znamiona czynu zabronionego zarzucanego B. K. sprecyzowane są w zakwestionowanych przepisach technicznych. Skoro zaś są one bezskuteczne, to art. 107 § 1 k.k.s. pozbawiony jest znamion czynu zabronionego, stanowiących podstawowy opis zachowania karalnego, z którego zbudowany jest dany typ czynu zabronionego. To zaś uniemożliwia przypisanie B. K. zarzucanego jej czynu.

W stanie prawnym obowiązującym w dacie czynu przepis ustawy karnej skarbowej nie zabraniał prowadzenia gier na automatach poza kasynem gry i to jest powodem dla którego nie można przypisać oskarżonej dokonania przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. wobec braku znamion czynu zabronionego. Stanowisko wyżej przytoczone sformułowane zostało w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 roku w sprawie o sygn. akt II KK 55/14. To z tych względów należało uniewinnić B. K. od popełnienia zarzucanego jej czynu, co w istocie uczynił Sąd Rejonowy.

W przedmiotowej sytuacji rozpatrywanie zasadności zarzutów podniesionych w apelacjach jest bezprzedmiotowe, albowiem rozważania w kwestii winy oskarżonej, działania umyślnego bądź nieumyślnego w tej sytuacji nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Przejście do takich rozważań miałoby sens po wcześniej ustaleniu, że czyn zabroniony pod groźbą kary w ogóle został popełniony, czyli że sprawca swoim działaniem lub zaniechaniem wypełnił znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary. W analizowanym zaś przypadku czyn znamion nie zawiera.

Niezależnie od powyższego Sąd odwoławczy stoi na stanowisku, iż nie do zaakceptowania się rozstrzygnięcie wydane na podstawie art. 43 § 1 pkt 4 k.k.s. w zw. z art. 31 § 4 k.k.s. Abstrahując od tego, iż tego rodzaju rozstrzygnięcie ma charakter fakultatywny, to przepis art. 43 § 1 pkt 4 k.k.s. przewiduje możliwość orzeczenia przepadku rzeczy tytułem środka zabezpieczającego, gdy zachodzi okoliczność wyłączająca ukaranie sprawcy czynu zabronionego. Przesłanką orzeczenia przepadku jest więc ustalenie, że czyn zabroniony był w ogóle popełniony i że osoba, której przepadek dotyczy jest sprawcą czynu zabronionego. Sąd winien zatem przed orzeczeniem przepadku na tej podstawie, stwierdzić, że czyn zabroniony został popełniony, że osoba, której dotyczy przepadek jest jego sprawcą, że wreszcie zachodzi ustawowa okoliczność wyłączająca ukaranie sprawcy. O ile zaś przepisy prawa nie przewidują obowiązku ustalenia tych wszystkich okoliczności, to orzeczenie przepadku nie powinno mieć miejsca.

Z tych względów Sąd Okręgowy uchylił w/w rozstrzygnięcie.

Nie stwierdzając jednocześnie przesłanek z art. 439 § 1 k.p.k. i 440 k.p.k., Sąd Okręgowy orzekł, jak w części dyspozytywnej swego wyroku.

O wydatkach postępowanie odwoławczego orzeczono na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 632 pkt 2 k.p.k.

Magdalena Kurczewska-Śmiech Włodzimierz Śpiewła Elżbieta Daniluk