

UZASADNIENIE

K. M. został oskarżony o to, że prowadził i urządzał w dniu 26 maja 2015 roku w lokalu kontenerze w K. przy ulicy (...) bez wymaganej koncesji lub zezwolenia poza kasynem gry bez uprzedniego zarejestrowania gry na automacie o nazwie H. (...) (...) H., H. S. (...) H., B. H. o nr (...) dwóch jednomonitorowych automatach bez oznaczeń niezgodnie z art. 6, 14 i 23 a ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107§ 1 kks w zw. z art. 9§3 kks. Oraz o to, że prowadził i urządzał w dniu 1 września 2016 roku w kontenerze na ulicy (...) (...) (...) K. bez wymaganego zezwolenia poza kasynem gry na automacie o nazwie B. H. ozn. (...) G. (...) ozn. (...) automacie bez oznaczeń niezgodnie z art. 6, 14 i 23 a ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107§ 1 kks. A także o to, że prowadził i urządzał w dniu 18 października 2016 roku w kontenerze na ulicy (...) (...) (...) K. bez wymaganego zezwolenia poza kasynem gry na automacie o nazwie M. (...) ozn. (...) (...) B. H. ozn. (...) jednomonitorowym automacie bez oznaczeń niezgodnie z art. 6, 14 i 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107§1 kks.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w Łomży VII Zamiejscowy Wydział Karny w K. z dnia 27 października 2017 r. sygn. akt VII K 139/17 oskarżony K. M. został uznany za winnego tego, że w dniu 26 maja 2015 roku w lokalu kontenerze w K. przy ulicy (...) bez wymaganej koncesji lub zezwolenia urządzał i prowadził gry na automatach o nazwach H. S. (...) H., H. S. o nr (...) H., B. H. o nr (...) i dwóch jednomonitorowych automatach bez oznaczeń niezgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, to jest popełnienia czynu z art. 107§1 kks i za to na mocy art. 107§ 1 kks skazał go i wymierzył mu karę 120 /stu dwudziestu/ stawek dziennych grzywny ustalając wartość jednej stawki dziennej na 100 /sto/ złotych. Oskarżonego K. M. uznał za winnego tego, że w dniu 1 września 2016 r. w lokalu kontenerze na ulicy (...) (...) (...) K. wbrew przepisom art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych bez wymaganego zezwolenia lub koncesji poza kasynem gry urządzał i prowadził gry na automatach o nazwach B. H. ozn. (...) G. (...) ozn. (...) i jedno monitorowym automacie bez oznaczeń, to jest popełnienia czynu z art. 107§ 1 kks i za to na mocy art. 107§ 1 kks skazał go i wymierzył mu karę 120 /stu dwudziestu/ stawek dziennych grzywny ustalając wartość jednej stawki dziennej na 100 /sto/ złotych. Oskarżonego uznał także za winnego tego, że w dniu 18 października 2016 roku w lokalu kontenerze na ulicy (...) (...) (...) K. wbrew przepisom art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych bez wymaganego zezwolenia lub koncesji poza kasynem gry urządzał i prowadził gry na automatach o nazwach Magie G. (...) ozn. (...), B. H. ozn. (...) i jednomonitorowym automacie bez oznaczeń, to jest popełnienia czynu z art. 107§ 1 kks i za to na mocy art. 107§ 1 kks skazał go i wymierzył mu karę 120 /stu dwudziestu/ stawek dziennych grzywny ustalając wartość jednej stawki dziennej na 100 /sto/ złotych. Na podstawie art. 39§1 kks połączył oskarżonemu K. M. orzeczone kary grzywny wymierzył mu karę łączną 180 /stu osiemdziesięciu/ stawek dziennych grzywny ustalając wartość jednej stawki dziennej na 100 /sto/ złotych. Na podstawie art. 44§2 kk w zw. z art. 30§5 kks i art. 31 §5 kks orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci: automatów do gry B. H. ozn. (...) G. (...) ozn. (...), Magie G. (...) ozn. (...), B. H. ozn. (...) i 2 szt. jednomonitorowych automatów bez oznaczeń zarządzając ich zniszczenie oraz środków pieniężnych przechowywanych na koncie sum depozytowych Izby Celnej w B. do sprawy RKS 362/2016/312000/JP w łącznej kwocie 2131 zł /dwa tysiące sto trzydzieści jeden złotych/ wyszczególnionych w wykazie dowodów rzeczowych nr 2 k. 718 akt. Na podstawie art. 32§1 kks orzekł wobec oskarżonego K. M. środek karny w postaci równowartości pieniężnej przepadku środków pieniężnych uzyskanych w wyniku przestępstwa przypisanego w pkt. I w kwocie 3510 zł /trzy tysiące pięćset dziesięć złotych/. Zasadził od oskarżonego K. M. na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1800 /jeden tysiąc osiemset/ złotych opłaty i kwotę 2000 /dwa tysiące złotych/ tytułem części pozostałych kosztów sądowych zwalniając go od kosztów sądowych w pozostałej części.

Apelację od powyższego wyroku złożyli obrońca oskarżonego oraz oskarżyciele publiczni.

Obrońca oskarżonego na podstawie art. 444 k.p.k. w zw. z art. 425 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zaskarżył powyższy wyrok w całości na korzyść oskarżonego i wyrokowi temu zarzucił:

I. Obrazę przepisów prawa procesowego, tj.:

1. Art. 17 § 1 pkt. 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. polegającą na prowadzeniu i nie umorzeniu postępowania w zakresie zarzucanego czynu w pkt I aktu oskarżenia w sytuacji, gdy postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone, mając na uwadze wyrok Sądu Rejonowego w Toruniu z dnia 06.07.2017, sygn. akt: VIII K 862/16, w którym K. M. został uznany za winnego urządzania gier na automatach działając w krótkich odstępach czasu z góry powziętym zamiarem w okresie od dnia 01.04.2014 - 16.12.2015 roku, tj. popełnienia przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. oraz wyrok Sądu Rejonowego Szczecin P. z dnia 30.03.2017 roku, sygn. akt: IV K 145/15 utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w Szczecinie z dnia 13 października 2017 roku, sygn. akt: IV K 983/17, w którym K. M. został uznany za winnego urządzania gier na automatach w okresie od 19.02.2014 do 09.05.2014 r. oraz od 05.07.2013 do 27.05.2014 r., tj. popełnienia przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., co stanowi bezwzględną przesłankę odwoławczą, określoną w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k.

1. Art. 17 § 1 pkt. 11 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 118 § 3 k.k.s. w zw. z art. 7 Konstytucji RP poprzez nieumorzenie postępowania w sytuacji, gdy akt oskarżenia nie został sporządzony przez organ do tego uprawniony

- co stanowi bezwzględną przesłankę odwoławczą, określoną w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. Niezależnie od powyższego zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

I. Na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 1 k.p.k. obrazę przepisów prawa materialnego, tj.:

1. Naruszenie art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej oraz art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej w związku z art. 1 ust. 1 lit. f oraz art. 5 Dyrektywy 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 roku (dawniej art. 1 pkt. 11 i art. 8 ust. 1 Dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. Dz. U. UE L z dnia 21 lipca 1998 r. - uchylona nową dyrektywą (...) w dniu 7 października) ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego Dz.U.U.E.L.2015.241.1 – dalej Dyrektywy (...) - w kształcie wiążąco zinterpretowanym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - poprzez ich niezastosowanie.

1. Naruszenie art. 1 ust. 1 lit. f oraz art. 5 Dyrektywy 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. U. UE L z dnia 21 lipca 1998 r.) – dalej Dyrektywy 98/34/WE, w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009r., nr 201, poz. 1540 ze zm.) - dalej u.g.h. lub Ustawa w zw. z art. 107 § 1 k.k.s., poprzez uznanie K. M. winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, podczas gdy działalność oskarżonego, polegająca na prowadzeniu gier na automatach nie stanowi czynu zabronionego, z uwagi na techniczny charakter art. 6 ust. 1, art. 2 ust. 3 i 5 oraz z art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt. a u.g.h. a tym samym brak jest podstaw do przypisania odpowiedzialności za czyn zabroniony stypizowany w art. 107 § 1 k.k.s.

2. Naruszenie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust.1 w zw. 2 ust. 3 i 5 oraz z art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a u.g.h., poprzez jego zastosowanie, w sytuacji gdy część przepisów ustawy o grach hazardowych potrzebnych do zrekonstruowania pozostałych – będących przepisami technicznymi - nie została notyfikowana, a co za tym idzie nie można ich zastosować.

3. Naruszenie art. 2 ust. 3 i 5 oraz z art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt.a u.g.h., poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż, urządzanie gier hazardowych na automatach bez zezwoleń i koncesji poza kasynem gry jest zakazane, podczas gdy przepisy te nie były notyfikowane Komisji Europejskiej oraz nie były przedmiotem pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości w sprawie F. i inni oraz C-303/15, wskutek czego zignorowano zasadę pełnej skuteczności prawa wspólnotowego w zakresie systemu zakazów i licencji, który wobec braku notyfikacji jest bezskuteczny.

1. Naruszenie art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych, poprzez jego pominięcie, w sytuacji, gdy ustawodawca wyznaczył termin do dostosowania się do wymogów wprowadzonych przez

ustawę zmieniającą do dnia 1 lipca 2016 roku, co sprawia, iż art. 107 k.k.s., jako przepis blankietowy, odsyła do przepisów, które do 1 lipca 2016 roku nie nakładają obowiązków w nich wskazanych. Względnie:

1. Naruszenie art. 10 § 4 k.k.s. poprzez jego pominięcie, albowiem mając na uwadze orzecznictwo (...), utrwalone orzecznictwo sądów powszechnych oraz stanowisko doktryny w okresie popełnienia zarzucanego oskarżonemu czynu, wskazujące, że brak notyfikacji Komisji Europejskiej przez rząd polski przepisów u.g.h. powoduje niemożność stosowania przepisów Ustawy, a co za tym idzie brak jest możliwości stosowania także przepisu sankcjonującego urządzanie lub prowadzenie gier na automatach tj. art. 107 § 1 k.k.s., przez co oskarżony działał co najmniej w nieświadomości jego karalności. Ewentualnie:

1. Naruszenie art. 10 § 1 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie, albowiem mając na uwadze interpretację uchwały Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Karna z dnia 19 stycznia 2017 r. sygn. akt I KZP 17/16 w zakresie dotyczącym art. 6 ust. 1 u.g.h., oskarżony pozostawał w czasie popełnionego czynu w błędzie co do okoliczności dotyczącej możliwości stosowania art. 6 ust. 1 u.g.h., do art. 107 § 1 k.k.s. (podobnie jak zasadnie był przekonany co do niemożności zastosowania wobec niego art. 14 ust. 1 u.g.h.) i tej okoliczności nie można potraktować na jego niekorzyść. W oparciu o powyższe zarzuty, na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. oraz 437 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. wniósł o:

1. uchylenie wyroku w całości i na podstawie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. umorzenie postępowania; bądź

1. uchylenie wyroku w części dotyczącej pkt I wyroku i na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. umorzenie postępowania, ewentualnie:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów, ewentualnie:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Prokurator działając na zasadzie art. 425 § 1 i 2 k.p.k. i art. 444 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zaskarżył powyższy wyrok na niekorzyść oskarżonego K. M. w części dotyczącej kary grzywny w wymiarze 120 stawek dziennych po 100 złotych każda stawka, za każdy z trzech zarzucanych mu czynów i wymierzenie kary łącznej grzywny w wymiarze 180 stawek dziennych po 100 złotych każda stawka Powołując się na art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 4 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. wyrokowi temu zarzucił rażąca niewspółmierność orzeczonej kary grzywny w stosunku do stopnia społecznej szkodliwości zarzucanych mu czynów, podczas gdy znaczny stopień szkodliwości społecznej przypisanych mu czynów, stopień zawinienia oraz wzgląd na cele zapobiegawcze i wychowawcze jakie kara powinna osiągnąć w odniesieniu do skazanego jak i potrzeby kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa przemawiają za wymierzeniem mu kary surowszej Stawiając powyższy zarzut na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. i art. 437 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie orzeczenia w zakresie kar jednostkowych i kary łącznej oraz wymierzenie oskarżonemu kary grzywny w wymiarze 150 stawek dziennych po 200 złotych każda stawka za każdy czyn i kary łącznej grzywny w wymiarze 250 stawek dziennych po 200 złotych każda stawka, zaś w pozostałym zakresie o utrzymanie wyroku w mocy.

W imieniu (...)Skarbowego w B. apelację wniósł Naczelnik Oddziału Celnego w Ł.. Na podstawie art. 444 k.p.k. i 447 § 2 k.p.k. zaskarżył powyższy wyrok w części dotyczącej kary na niekorzyść oskarżonego. Na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1 i 4 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił, niewspółmierność orzeczonej kary grzywny w stosunku do stopnia społecznej szkodliwości popełnionego przestępstwa, oraz w relacji do celów jakie kara ta winna spełnić w zakresie prewencji szczególnej. Ponadto zarzucił obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 32 § 1 i 2 kks poprzez brak orzeczenia ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku automatów do gry stanowiących przedmiot czynu zabronionego. Działając na podstawie art. 437 § 1 i 2 k.p.k. wniósł o zmianę orzeczenia w zaskarżonej części poprzez orzeczenie kary grzywny w wysokości 250 stawek dziennych po 200 zł, która zdaniem skarżącego jest współmierna do stopnia społecznej szkodliwości i jest adekwatna w relacji do celów w zakresie prewencji szczególnej oraz zmianę

orzeczenia w zaskarżonej części poprzez orzeczenie ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku automatów do gry, które zwrócono oskarżonemu, w kwocie 36000 zł

Sąd okręgowy zważył co następuje.

Apelacje obrońcy oskarżonego i prokuratora okazały się niezasadne w całości. W części zasadna okazała się apelacja Naczelnika Oddziału Celnego w Ł., podnosząca obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 32 § 1 i 2 kks poprzez brak orzeczenia ściągnięcia równowartości przepadku automatów do gry stanowiących przedmiot czynu zabronionego.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do zarzutów apelacji obrońcy oskarżonego jako wniesionej do całości wyroku. Ustosunkowując się do zarzutu apelacji najdalej idącego, czyli podnoszenia przesłanki bezwzględnej przyczyny odwoławczej, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. skarżący tej przesłanki upatrywał w obrazie prawa procesowego art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 kks. Na poparcie powyższego zarzutu powoływał wyroki Sądu Rejonowego w Toruniu (VIII K 862/16) i Sądu Rejonowego Szczecin-P. w S. (IV K 983/17). Oczywiście zarzut ten w przypadku jego zasadności skutkowałby uchYLENIEM kontestowanego wyroku i umorzeniem postępowania co do czynów przypisanych oskarżonemu.

Jednak mając na uwadze treść art. 6 § 2 k.k.s. i jego odpowiednik na gruncie prawa karnego art. 12 k.k. stwierdzić należy, że pomimo tego, że stanowią one instytucję czynu ciągłego to znamiona z art. 6 § 2 kks nie są tożsame z art. 12 k.k. albowiem zawierają pewne odrębności w zakresie tak okoliczności działania jak również dookreślony jest krótki odstęp czasu (6 miesięcy). Pomimo wskazanych różnic przepisy tych artykułów odnoszą się do jednolitości czynu, co pozwala na porównawcze odwołanie się do orzecznictwa z art. 12 k.k.

i pomocnicze stosowanie orzecznictwa w tym zakresie. W przypadku czynu ciągłego, uprzednie prawomocne skazanie stanowi przeszkodę dla późniejszego sądenia tego samego sprawcy za inne fragmenty tego samego czynu. W tym wypadku chodzi więc o jednorodne działania oskarżonego, które stanowią zamach na to samo dobro prawem chronione. Innymi słowy prawomocne skazanie za czyn ciągły stoi na przeszkodzie, ze względu na treść art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., ponownemu postępowaniu o później ujawnione zachowania, będące elementami tego czynu, które nie były przedmiotem wcześniejszego osądzenia (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2014 r. III KK 439/1, uchwała Sądu Najwyższego

z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 29/01). Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 10 lipca 2013 r. sygn. akt II KK 14/13 wyraził stanowisko, że z punktu widzenia ocen związanych

z zasadą *ne bis in idem*, nie można utożsamiać przedmiotu rozpoznawania sprawy

z przedmiotem rozstrzygnięcia wydanego w tej sprawie. O ile bowiem dla oceny zaistnienia negatywnej przesłanki procesowej w postaci stanu zawisłości sprawy istotne jest jedynie porównanie przedmiotów rozpoznawania w obu sprawach, o tyle dla oceny zaistnienia negatywnej przesłanki procesowej w postaci rzeczy osądzonej konieczne jest porównanie przedmiotów (zakresu) rozstrzygnięcia wydanego w odniesieniu do tej samej osoby w obu sprawach. Punktem odniesienia będzie zatem prawomocne skazanie, które rodzi powagę rzeczy osądzonej tylko w zakresie, w jakim sąd orzekł o odpowiedzialności karnej za zachowania będące przedmiotem zarzutu. Analiza zaś czynów prawomocnie przypisanych K. M. w cytowanych wyżej wyrokach wskazuje, że nie ujawniła się przeszkoda wynikająca z art. 17 § 1 pkt. 7 k.p.k.

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 413 § 1 pkt. 4 k.p.k. każdy wyrok powinien zawierać przytoczenie opisu i kwalifikacji prawnej czynu, którego popełnienie oskarżyciel zarzucił oskarżonemu. Stwierdzając zaś powagę rzeczy osądzonej istotne jest zatem aby opis czynu z prawomocnego skazania w zakresie zarówno znamion jak i innych elementów konkretyzujących obejmował swoim zakresem w całości opis czynu nowo ujawnionego. Zatem w niniejszym układzie procesowym, nie znajduje oparcia twierdzenie skarżącego, że oskarżenie K. M. na gruncie niniejszej sprawy jest fragmentem czynu będącego przedmiotem prawomocnego skazania z wyroku Sądu Rejonowego w Toruniu z dnia 6 lipca 2017 r., sygn. akt VIII K 862/16 i Sądu Rejonowego Szczecin P. w S. z dnia 30 marca 2017 r., sygn. akt IV K 145/15 albowiem opis czynów z tych prawomocnych wyroków dotyczy odmiennych stanów faktycznych, a łączy je jedynie osoba oskarżonego. Ponadto chociaż przestępstwa w wyżej wymienionych sprawach polegały na urządzaniu i prowadzeniu gier na automatach, jednak były to całkowicie inne maszyny, zlokalizowane w innych miejscowościach

kraju. Inne okoliczności towarzyszyły organizacji obu procederów (znalezieniu lokalu, podpisaniu umów dzierżawy). Identyfikacja czynu jest wyłączona, jeśli w porównywanych jego określeniach zachodzą tak istotne różnice, że według rozsądnej życiowej oceny nie można ich uznać za określenia tego samego zdarzenia faktycznego (vide postanowienie SN z 29 kwietnia 2010 III KK 368/09).

W ocenie sądu odwoławczego sytuacja wskazana przez skarżącego w ramach niniejszego postępowania wskazuje, że nie ujawniła się ujemna przeszkoda określona w treści art. 17 § 1 pkt. 7 k.p.k., nie zaistniała bowiem także w tym przypadku tożsamość przedmiotowa. Zaznaczyć należy, że za elementy wyznaczające tożsamość „zdarzenia historycznego”, należy przyjąć: identyczność zamachu, identyczność kręgu podmiotów oskarżonych o udział w zdarzeniu, tożsamość miejsca i czasu zdarzenia, jak też zachowanie choćby części wspólnych znamion w opisie czynu zarzucanego i przypisanego, które powinny się ze sobą pokrywać, mając jakiś obszar wspólny. O jedności czynu, jako jedyne go impulsu woli, świadczy ponadto jedność zamiaru (lub planu) sprawcy (sprawców) przestępstwa (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2010 roku III KK 97/10).

Wprawdzie zarzucane oskarżonemu przestępstwa podobnie jak poprzednio polegały na urządzaniu i prowadzeniu gier na automatach, jednak były to również całkowicie inne maszyny, zlokalizowane w innych miejscowościach kraju. Inne okoliczności towarzyszyły organizacji obu procederów (znalezieniu lokalu, podpisaniu umów dzierżawy). Zatem nie można mówić o identyczności czynu, która także jest wyłączona albowiem w porównywanych jego określeniach zachodzą tak istotne różnice, że według rozsądnej życiowej oceny nie można ich uznać za określenia tego samego zdarzenia faktycznego.

Tym samym w ocenie sądu odwoławczego, sam jedynie fakt, że analizowane przestępstwa będące przedmiotem innych prawomocnie zakończonych postępowań zostały popełnione w okresie, w którym dopuścił się on innych czynów, czy też w związku z którymi toczy się postępowanie nie może przesądzać o tym, że stanowił on ten sam czyn ciągły. Przyjęcie toku rozumowania oskarżonego, który podniósł zarzuty *res iudicata* oraz *lis pendens*, prowadziłoby do kuriozalnej sytuacji, w której bezkarnym pozostałyby zachowania niezgodne z prawem podjęte w tym samym czasie, z użyciem innych środków, w innych okolicznościach i miejscu tylko dlatego, że zapadł już prawomocny lub nieprawomocny wyrok do określonego zachowania oskarżonego w okresie obejmującym datę innego przestępczego działania. Założenie takie sprzeczne byłoby z celem postępowania karnego jakim jest to, aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej.

W odniesieniu do zarzutu związanego z przesłanką z art.17 § 1 pkt.11 k.p.k. to wskazać należy, że Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 czerwca 2017r V KK 27/17 wskazał że po zmianach wprowadzonych ustawą z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U. 2016 r. poz. 1947), oskarżycielem publicznym w takich sprawach jak niniejsza, właściwym do działania na podstawie art. 118 kks, jest właśnie Naczelnik Urzędu C. – Skarbowego. W niniejszej sprawie akt oskarżenia został złożony do sądu przez Naczelnika (...)Skarbowego w B. czyli podmiot mający w rozpatrywanej sytuacji procesowej uprawnienia do wniesienia skargi zasadniczej inicjującej postępowanie sądowe. W okolicznościach niniejszej sprawy urząd celny posiadał określoną przepisami prawa legitymację do złożenia skargi (aktu oskarżenia) o dany czyn. Tym samym wbrew zarzutom apelacji, nie została zrealizowała ujemna przesłanka procesowa wynikająca zarówno z treści art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. jak też w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela - art.17 § 1 pkt 9 k.p.k.

W ocenie sądu okręgowego nie zasługują na uwzględnienie także zarzuty obrazy prawa materialnego podnoszone przez obrońcę oskarżonego w postaci błędnego przypisania oskarżonemu realizacji znamion art. 107 § 1 k.k.s. polegającego na działaniu wbrew art. 6 ust. 1 u.g.h. pomimo bezskuteczności tegoż przepisu jako nienotyfikowanego przepisu technicznego, są także nie do przyjęcia. Otóż wbrew przekonaniu skarżącego, sąd rejonowy w granicach zarzucanych oskarżonemu czynów, przypisał mu występki z art. 107 § 1 k.k.s. ustalając, że prowadził on i urządzał gry hazardowe niezgodnie z art. 6 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Odnośnie zarzutów dotyczących art. 6 ust. 1 u.g.h. stwierdzić trzeba, że obecnie kwestia charakteru przepisu art. 6 u.g.h. została przesądzona. Wobec bowiem rozbieżności w dotychczasowym orzecznictwie Sąd Okręgowy w Łodzi postanowieniem z dnia 24 kwietnia 2015 r. w sprawie sygn. akt IV Kz 142/15, zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym: „Czy przepis

art. 8 ustęp 1 Dyrektywy nr 98/34/WE z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.U. UE L 98.204.37 ze zmianami) może być interpretowany w ten sposób, że brak notyfikacji przepisów uznanych za mające charakter techniczny dopuszcza możliwość zróżnicowania skutków, tj. dla przepisów dotyczących swobód nie podlegających ograniczeniom przewidzianym w art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej brak notyfikacji skutkować powinien tym, że nie mogą być one stosowane w konkretnej sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia, zaś dla przepisów odnoszących się do swobód podlegających ograniczeniom z art. 36 Traktatu dopuszczalna jest ich ocena przez sąd krajowy, będący jednocześnie sądem unijnym, czy mimo nie notyfikacji są one zgodne z wymogami art. 36 Traktatu i nie podlegają sankcji braku możliwości ich stosowania”. W związku z powyższym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wydanym w sprawie C-303/15 wyroku z dnia 13 października 2016 roku, jednoznacznie stwierdził, że przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie wchodzi w zakres pojęcia „przepisów technicznych” w rozumieniu art. 1 dyrektywy 98/34.

Aktualnie nie budzi więc wątpliwości, iż art. 14 ust. 1 w brzmieniu obowiązującym do dnia 3 września 2015 r. rzeczywiście był przepisem technicznym objętym obowiązkiem notyfikacji, którego państwo polskie nie dopełniło i z tymi tezami skarżącego nie sposób się nie zgodzić. Skutek tej sytuacji w postaci odmowy zastosowania tego przepisu nie może prowadzić do wniosku o braku możliwości przypisania oskarżonemu odpowiedzialności z art. 107 § 1 kks. W ustawie o grach hazardowych istnieją przecież inne przepisy, które penalizują urządzenie gier hazardowych wbrew przepisom ustawy wskazując prawnie wymagane warunki dla urządzania gier na automatach. Przepis art. 107 § 1 kks penalizuje zachowanie polegające na urządzeniu gier hazardowych, w tym gier na automatach, wbrew przepisom ustawy – czyli wbrew któremukolwiek przepisowi ustawy o grach hazardowych również przy pominięciu technicznego art. 14 ust.1 ustawy o grach hazardowych. Wystarczające dla przypisania odpowiedzialności oskarżonego jest odwołanie się do treści art. 6 ust 1 ustawy

o grach hazardowych. Art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych mógł i może nadal stanowić bowiem samodzielne uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 kks. o ile okoliczności faktyczne danej sprawy pozwalają na ustalenie, iż przepis ten ma zastosowanie i został naruszony.

Sąd Najwyższy w wielu judykatach z 2017 r. jednoznacznie wskazał, iż w zakresie zachowania przypisanego oskarżonemu: urządził i prowadził gry na automatach bez wymaganej koncesji na prowadzenie kasyna, wbrew przepisom ustawy: że zakresem odniesienia jest całokształt uregulowań tej ustawy, także zawartych w art. 3 w brzmieniu obowiązującym w czasie wskazanym w akcie oskarżenia. Przepis ten stanowił, że urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie. Podstawowa zasada została określona w art. 6 ust. 1 ustawy. Zgodnie z jego brzmieniem tempore criminis, działalność w zakresie gier na automatach mogła być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry. Ten przepis nie miał, i także po zmianie treści obowiązującej od dnia 3 września 2015 r., nie ma charakteru technicznego, co wykazano

w powołanej wyżej uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2017 (vide także postanowienie SN z 16 marca 2017 roku V KK 20/17, postanowienie SN z 12 lipca 2017r III KK 269/17). Nie ulega jednocześnie wątpliwości, że żaden z tych przepisów nie stanowi przepisu technicznego w zarówno w rozumieniu dyrektywy 98/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998 r., jak i jej aktualnie obowiązującej następczyni (dyrektywy (...) stanowiącej ujednolicenie obowiązującej uprzednio dyrektywy).

W żadnym z tych przepisów – art. 3 i 6 ustawy - nie zawarto bowiem norm, które niosłyby ze sobą zakazy lub ograniczenia nadające ich treści charakter przepisów technicznych.

Ponadto we wskazanym wyżej wyroku z dnia 13 października 2016 r. (...) przesądził również, z czym zgadza się sąd odwoławczy, iż nie ma podstaw do przyjęcia istnienia ścisłego związku między dwoma analizowanymi przepisami, to jest art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Trafnie wskazano przy tym, że oba przepisy pełnią różną funkcję i mają różny zakres zastosowania, a element opisowy znajdujący się w art. 6 ust. 1 tej ustawy, który służy wskazaniu analizowanej w niniejszej sprawie koncesji, jako koncesji „na prowadzenie kasyna”, nie zmienia tego

wniosku. (...) stwierdził także, że: 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. Ponadto zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepisy krajowe, które ograniczają się do ustanowienia warunków zakładania przedsiębiorstw lub świadczenia usług przez przedsiębiorstwa, jak na przykład przepisy poddające wykonywanie jakiejś działalności zawodowej uprzedniemu uzyskaniu zezwolenia, nie stanowią przepisów technicznych

w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34 (zob. podobnie wyrok z dnia 4 lutego 2016r., I, C-336/14, EU:C:2016:72, pkt 76 i przytoczone tam orzecznictwo). W ocenie sądu odwoławczego nie ma charakteru technicznego w rozumieniu Dyrektywy 98/34/WE również art. 2 ust. 3 i 5 ustawy o grach hazardowych (tak m.in. Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyrokach z dnia 20 lutego 2014 roku w sprawie VIII Ka 758/13, z dnia 16 maja 2014 r. w sprawie o sygn. akt VIII Ka 840/13, z dnia 20 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. akt VIII Ka 643/14, z dnia 22 stycznia 2015 r. w sprawie o sygn. akt VIII Ka 594/14).

Obrońca oskarżonego nie podnosił zarzutu w zakresie poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych, iż oskarżony takowe gry na automatach urządzał i prowadził poza kasynem bez koncesji. Zachowaniem wyczerpującym znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 kks będzie zatem urządzenie gier na automatach wbrew warunkowi określönemu w art. 6 ust.1 ustawy o grach hazardowych czyli pomimo nie posiadania koncesji na prowadzenie kasyna gry, co trafnie przyjął sąd orzekający – co powoduje nietrafność argumentów apelacji w zakresie znaczenia tego przepisu dla oceny zaskarżonego orzeczenia.

Odnosząc się zaś do naruszenia art. 10 § 4 k.k.s. i 10 § 1 k.k.s. poprzez ich niezastosowanie wobec oskarżonego to wskazać należy, że nie każda nieświadomość karalności czynu jest prawnie relewantna wedle art. 10 § 4 k.k.s., a tylko usprawiedliwiona, a usprawiedliwiony błąd sprawcy to taki, którego nie można było obiektywnie uniknąć (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2016 r., V KK 402/14, LEX nr 1999823). Mając na uwadze stanowisko obrońcy oskarżonego, odnoszące się do niemożliwości jego karalności z uwagi na brak notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych, niemożliwym jest uznanie, że jego działania są usprawiedliwione z racji jego błędnego przekonania o braku karalności podejmowanych przez niego działań. Jednocześnie nie można powoływać się na usprawiedliwioną nieświadomość bezprawności czynu, gdy sprawca miał możliwość uzyskania wiedzy niezbędnej dla jej uniknięcia i to w sposób nie wymagający podejmowania żadnych specjalnych zabiegów - vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2005 r. w sprawie WA 11/05, OSNwSK 2005/1/948” (z uzasadnienia wyroku SA w Warszawie z dnia 7 kwietnia 2014 r. II AKa 74/14).

Ponadto w wypadku prawa karnego skarbowego często w grę wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań, bowiem inna będzie miara przykładowo dla podatnika nieprowadzącego działalności gospodarczej, inna zaś dla prowadzącego taką działalność, jeszcze zaś inna dla osoby zawodowo zajmującej się wyspecjalizowanym obszarem np. urządzeniem gier hazardowych. BOWIEM im wyższe oczekiwania od sprawcy, tym możliwość wystąpienia błędu usprawiedliwionego mniejsza (vide wyrok SN z dnia 3 lutego 1997 r., II KKN 124/96, OSNKW 1997, nr 5-6, poz. 46). A skoro oskarżony prowadził działalność gospodarczą w zakresie gier hazardowych to również i ta okoliczność przemawiała za tym, że nie można było stwierdzić by doszło do usprawiedliwionej nieświadomości karalności. W ocenie sądu odwoławczego w sprawie nie zaistniały kontratypy określone w treści art. 10 § 1 i 4 kks. przywołanego przepisu określa, iż nie popełnia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność, natomiast § 4 stanowi, że nie popełnia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności.

Fakt rozbieżności interpretacyjnych co do prawa, na które powołuje się skarżący, dotyczył przede wszystkim tego, czy przepisy prawne odnoszące się do takiej działalności, jaką prowadził oskarżony, podlegają notyfikacji Komisji Europejskiej jako przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE oraz ewentualnych skutków braku notyfikacji przepisu technicznego. Jednak w żadnym razie konsekwencji braku notyfikacji nie wiązano z eliminacją

normy prawnej z systemu prawnego. W tej mierze wskazać można na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 roku w sprawie o sygn. akt II KK 55/14, w którym wskazano, że niezgodność z prawem unijnym normy prawa krajowego nie powoduje, iż norma ta przestaje istnieć, a jedynie sąd krajowy ma w takiej sytuacji obowiązek odstąpić od jej stosowania. Aby dokonać oceny, czy oskarżony miał możliwość uniknięcia błędu w postaci nieświadomości bezprawności czynu, należy zastosować kryterium obiektywne, polegające na porównaniu zachowania oskarżonego z zachowaniem wzorcowego obywatela. W ocenie sądu odwoławczego oskarżony jako osoba trudniąca się już wcześniej tego typu działalnością, powinien dopełnić należytych aktów staranności w zbadaniu aktualnej sytuacji prawnej. Zauważyć jednak należy, że oskarżony co wynika z akt sprawy, posiadał wiedzę w zakresie wątpliwości prawnych w stosunku do przepisów ustawy o grach hazardowych. Owe wątpliwości dotyczyły zaś między innymi skutków niedopełnienia obowiązku notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych, wynikającego z dyrektywy 98/34/WE w przypadku stwierdzenia, że są one przepisami technicznymi. W momencie dopuszczenia się przez oskarżonego zarzucanych mu czynów istniały rozbieżne orzeczenia, oraz wskazania Sądu Najwyższego. Istniały, co należy podkreślić, rozbieżności, a nie jednolita linia orzecznicza, która ulegała zmianie.

W odniesieniu natomiast do poniesionego w apelacjach oskarżycieli zarzutu dotyczącego rażącej niewspółmierności kary wymierzonej oskarżonemu w postaci kary grzywny, to w ocenie sądu okręgowego zarzut ten nie jest zasadny. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w orzecznictwie trafnie podkreśla się, że zarzut niewspółmierności kary, jako zarzut z kategorii ocen, można zasadnie podnosić wówczas, gdy „kara jakkolwiek mieści się w granicach ustawowego zagrożenia, nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i osobowości sprawcy, innymi słowy, – gdy w społecznym odczuciu jest karą niesprawiedliwą”. (zob. wyrok SN z 11 kwietnia 1985 r., V KRN 178/85, OSNKW 1985 Nr 7 – 8 poz. 60). Przy czym nie chodzi o każdą ewentualną różnicę co do wymiaru kary, ale o „różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać można byłoby – również w potocznym znaczeniu tego słowa – „rażąco” niewspółmierną, to jest niewspółmierną w stopniu nie dającym się zaakceptować” (zob. wyrok SN z 2 lutego 1995 r., II KRN 198/94, OSNPP 1995 r. Nr 6 poz. 18). Oceniając przez pryzmat powyższego karę wymierzoną oskarżonemu przez sąd pierwszej instancji za przypisane mu przestępstwa nie sposób podzielić przekonania apelujących w tym zakresie, że jest ona niewspółmiernie łagodna w stopniu rażącym, a przez to niesprawiedliwa.

Za zasadny w części, sąd okręgowy uznał zarzut wskazany w punkcie II ppkt. 2 apelacji oskarżyciela publicznego (Naczelnika Urzędu C.-Skarbowego w B.) w zakresie obrazy art. 32 § 1 i 2 kks. Skoro bowiem sąd rejonowy uznał oskarżonego K. M. za winnego popełnienia wszystkich zarzucanych mu czynów to zgodnie z treścią art. 32 § 1 i 2 kks miał obowiązek orzec o ściągnięciu równowartości pieniężnej automatów, które zostały zwrócone oskarżonemu. W zaistniałej sytuacji procesowej sąd był zobowiązany do orzeczenia przepadku równowartości pieniężnej automatów opisanych w punkcie I aktu oskarżenia. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem sądu I instancji, że brak było podstaw do wydania orzeczenia w tym zakresie z uwagi na to, że oskarżyciel nie wykazał wiarygodnie ich wartości. Takiemu stanowisku sądu I instancji przeczy wprost treść przepisu art. 32 § 2 kks, który określa, że jeżeli równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów nie można określić dokładnie, oznacza się ją w przybliżeniu.. W związku z tym na podstawie załączonych do akt sprawy wydruków ogłoszeń internetowych można dokonać wyceny zatrzymanych, a następnie zwróconych oskarżonemu automatów.

Konsekwencją powyższego była zmiana zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie ściągnięcia od oskarżonego równowartości pieniężnej przepadku automatów opisanych w pkt. I wyroku w kwocie 24 000 zł. Zmieniając wyrok w tym zakresie sąd odwoławczy przyjął za wiarygodne dowody przedstawione przez oskarżyciela co do szacunkowej wartości tych urządzeń (k.52).

Sąd okręgowy nie znalazł podstaw do zmiany wyroku w pozostałym zakresie tj. orzeczonej kary jak też pozostałych rozstrzygnięć. Sąd rejonowy prawidłowo w tym zakresie wskazał na podstawy swojej decyzji. Orzeczona kara i środki karne z pewnością nie noszą cech rażącej łagodności.

Z tych też względów sąd odwoławczy na podstawie art. 437 § 1 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s. orzekł jak w sentencji.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., a o opłacie za drugą instancję art. 8 w zw. z art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. z 1983r. Nr 49, poz. 223 ze zm.).