

UZASADNIENIE

K. M. został oskarżony o to, że prowadził i urządził w dniu 12 stycznia 2016 r. w lokalu na ulicy (...) w W. powiat (...) należącym do firmy (...) ul. (...) lok. 67, (...)-(...) B. bez wymaganej koncesji poza kasynem gry na automacie o nazwach : (...) ozn. „105SS”; (...) ozn. „315 H.” połączony na stałe z (...) ozn. (...) niezgodnie z art. 6, 14 i 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych tj. o czyn z art. 107§1kks w zw. z art. 9§3kks.

Prowadził i urządził w dniu 5 lipca 2016 roku w lokalu w Starym (...) powiat (...) należącym do firmy (...) ul. (...) lok. 67, (...)-(...) B. bez wymaganej koncesji poza kasynem gry na automacie o nazwach (...) ozn. (...), „B. H.” ozn. „118 BH” niezgodnie z art. 6, 14 i 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych tj. o czyn z art. 107§1kks w zw. z art. 9§3kks.

Prowadził i urządził w dniu 15 lutego 2016 roku w lokalu na ulicy (...) w M. powiat (...) należącym do firmy (...) ul. (...) lok. 67, (...)-(...) B. bez wymaganej koncesji poza kasynem gry na automacie o nazwach (...) ozn. „34SS”,jednomonitorowe urządzenie bez oznaczeń, „B. H.” ozn. „224 BH” niezgodnie z art. 6, 14 i 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych tj. o czyn z art. 107§1kks w zw. z art. 9§3kks

Prowadził i urządził w dniu 3 marca 2016 roku w lokalu na ulicy (...) w K. należącym do firmy (...) ul. (...) lok. 67, (...)-(...) B. bez wymaganej koncesji poza kasynem gry na automacie o nazwach „B. H.” ozn. „58 BH”, (...) ozn. „44SS”, „B. H.” ozn. „390 BH” jednomonitorowe urządzenie bez oznaczeń niezgodnie z art. 6, 14 i 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych tj. o czyn z art. 107§1kks w zw. z art. 9§3kks

Prowadził i urządził w dniu 10 maja 2016 roku w lokalu adresem ul. (...) II 7 w Z. należącym do firmy (...) ul. (...) lok. 67, (...)-(...) B. bez wymaganej koncesji poza kasynem gry na automacie o nazwach „B. H.” ozn. „BH 13”, (...) ozn. „61SS”,jednomonitorowe urządzenie bez oznaczeń, (...) ozn. „H. (...)/12/01/2015”, „B. H.” ozn. „BH 21”, (...) ozn. „139/H.” niezgodnie z art. 6, 14 i 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych tj. o czyn z art. 107§1kks w zw. z art. 9§3kks

Prowadził i urządził w dniu 04 października 2016 roku w lokalu w P. na ul. (...) bez wymaganej koncesji lub zezwolenia poza kasynem gry uprzedniego zarejestrowania gry na automacie o nazwie B. H. o numerze 461BH, H. P. o numerze 236H. i jednomonitorowym automacie bez oznaczeń niezgodnie z art 6, 14 i 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, tj. o czyn z art. 107§1kks w zw. z art. 9§3kks.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w Łomży z dnia 29 marca 2018 r. sygn. akt II K 597/17 oskarżony K. M. został uznany za winnego tego, w zakresie zarzutu 1 oskarżonego uznano za winnego tego, że prowadził i urządził w dniu 12 stycznia 2016 roku w lokalu na ulicy (...) w W. powiat (...) należącym do firmy (...) ul. (...) lok. 67, (...)-(...) B. bez wymaganej koncesji na kasyno, poza kasynem oraz bez wymaganej rejestracji przez naczelnika urzędu celnego gry na automacie o nazwach (...) ozn. „105SS”; (...) ozn. „315 H.” połączony na stałe z (...) ozn. (...) niezgodnie z art.6ust.1, art.14ust.1 i art.23a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych i za to z mocy art. 107 § 1kks w zw. z art. 9 § 3kks został skazany, a z mocy art.107 § 1kks w zw. z art.23 § 1 i 3kks wymierzono mu karę grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość każdej stawki na kwotę 200 (dwieście) złotych. W zakresie zarzutu 2 uznano go za winnego tego, że prowadził i urządził w dniu 5 lipca 2016 r. w lokalu w Starym (...) powiat (...) należącym do firmy (...) ul. (...) lok. 67, (...)-(...) B. bez wymaganej koncesji na kasyno, poza kasynem oraz bez wymaganej rejestracji przez naczelnika urzędu celnego gry o nazwach (...) ozn. (...), „B. H.” ozn. „118 BH” niezgodnie z art.6ust.1, art.14ust.1 i art.23a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych i za to z mocy art. 107 § 1kks w zw. z art. 9§3kks został skazany, a z mocy art.107 § 1kks w zw. z art.23 § 1 i 3 kks wymierzono mu karę grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość każdej stawki na kwotę 200 (dwieście) złotych. W zakresie zarzutu 3 uznano go za winnego tego, że prowadził i urządził w dniu 15 lutego 2016 r. w lokalu na ulicy (...) w M. powiat (...) należącym do firmy (...) ul. (...) lok. 67, (...)-(...) B. bez wymaganej koncesji na kasyno,

poza kasynem oraz bez wymaganej rejestracji przez naczelnika urzędu celnego gry na automacie o nazwach (...) ozn. „34SS” ;jednomonitorowe urządzenie bez oznaczeń, “B. H.” ozn. “224 BH” niezgodnie z art.6ust.1, art.14ust.1 i art.23a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych i za to z mocy art. 107§1kks w zw. z art. 9§3kks skazuje go, a z mocy art.107§1kks w zw. z art.23§1i3kks wymierza mu karę grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość każdej stawki na kwotę 200 (dwieście) złotych. W zakresie zarzutu 4 uznano go za winnego tego, że prowadził i urządzał w dniu 3 marca 2016 r. w lokalu na ulicy (...) w K. należącym do firmy (...) ul. (...) lok. 67, (...)-(...) B. bez wymaganej koncesji na kasyno, poza kasynem oraz bez wymaganej rejestracji przez naczelnika urzędu celnego gry na automacie o nazwach “B. H.” ozn. “58 BH”, (...) ozn. „44SS”, “B. H.” ozn. “390 BH” jednomonitorowe urządzenie bez oznaczeń niezgodnie z art.6ust.1, art.14ust.1 i art.23a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych i za to z mocy art. 107 § 1kks w zw. z art. 9 § 3kks skazano go, a z mocy art.107 § 1kks w zw. z art.23 § 1 i 3kks wymierzono mu karę grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość każdej stawki na kwotę 200 (dwieście) złotych. W zakresie zarzutu 5 uznano go za winnego tego, że prowadził i urządzał w dniu 10 maja 2016 r. w lokalu adresem ul. (...) II 7 w Z. należącym do firmy (...) ul. (...) lok. 67, (...)-(...) B. bez wymaganej koncesji na kasyno, poza kasynem oraz bez wymaganej rejestracji przez naczelnika urzędu celnego gry na automacie o nazwach “B. H.” ozn. “BH 13”, (...) ozn. „61SS” jednomonitorowe urządzenie bez oznaczeń, (...) ozn. „H. (...) /12/01/2015”, “B. H.” ozn. “BH 21”, (...) ozn. „139/ H.” niezgodnie z art.6 ust.1, art.14 ust.1 i art.23a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych i za to z mocy art. 107 § 1kks w zw. z art. 9 § 3kks skazano go, a z mocy art.107§1kks w zw. z art.23 § 1 i 3kks wymierzono mu karę grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość każdej stawki na kwotę 200 (dwieście) złotych. W zakresie zarzutu 6 uznano go za winnego tego prowadził i urządzał w dniu 04 października 2016 r. w lokalu w P. na ul. (...) należącym do firmy (...) ul. (...) lok. 67, (...)-(...) B., bez wymaganej koncesji na kasyno, poza kasynem oraz bez wymaganej rejestracji przez naczelnika urzędu celnego gry na automacie o nazwie B. H. o numerze 461BH, H. P. o numerze 236H. i jednomonitorowym automacie bez oznaczeń niezgodnie z art.6ust.1, art.14ust.1 i art.23a ust.1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych i za to z mocy art. 107 § 1kks w zw. z art. 9 § 3kks skazano go, a z mocy art.107 § 1kks w zw. z art.23 § 1 i 3kks wymierzono mu karę grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość każdej stawki na kwotę 200 (dwieście) złotych.

Na podstawie art. 85 § 1 kk w zw. z art. 20 § 2 kks i art. 39 § 1 kks połączył oskarżonemu orzeczone pkt I, II, III, IV, V i VI wyroku jednostkowe kary i orzekł karę łączną grzywny w wymiarze 500 /pięćset/ stawek dziennych ustalając wartość każdej stawki na kwotę 200 (dwieście) złotych.

Na podstawie art.30§5kks, art.31§5kks orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa urządzeń w postaci: Silver S.” ozn. „105SS”; (...) ozn. „315 H.” połączony na stałe z (...) ozn. (...) „A. P.” ozn. (...); “B. H.” ozn. “118 BH, Silver S.” ozn. „34SS”;jednomonitorowe urządzenie bez oznaczeń;“B. H.” ozn. “224 BH, B. H.” ozn. “58 BH”, (...) ozn. „44SS”; “B. H.” ozn. “390 BH”, jednomonitorowe urządzenie bez oznaczeń, “B. H.” ozn. “BH 13”, (...) ozn. „61SS”, jednomonitorowe urządzenie bez oznaczeń, (...) ozn. „H. (...) /12/01/2015”, “B. H.” ozn. “BH 21”, (...) ozn. „139/ H.” , B. H. o numerze 461BH, H. P. o numerze 236H., jednomonitorowy automat bez oznaczeń wraz z kablami zasilającymi i zarządza ich zniszczenie. Na podstawie art.30§5kks orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa środków pieniężnych w kwocie 5.663 zł / pięć tysięcy sześćset sześćdziesiąt trzy złote /.

Zasądził od oskarżonego K. M. kwotę 10.000 (dziesięć tysięcy) złotych tytułem opłaty na rzecz Skarbu Państwa i obciążył go pozostałymi kosztami procesu;

Apelację od powyższego wyroku złożył obrońca oskarżonego. Na podstawie art. 444 § 1 k.p.k. w zw. z art. 425 § 1, 2 i 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zaskarżył wyżej opisany wyrok w całości i wyrokowi temu zarzucił:

Na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 2 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na jego treść, tj.:

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 bezwzględny przesłankę odwoławczą, określoną w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k.

2. Art. 17 § 1 pkt. 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. polegającą na prowadzeniu i nie umorzeniu postępowania co do czynu określonego w wyroku w pkt 6, w sytuacji, gdy postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone lub wcześniej wszczęte toczy się, mając na uwadze wyrok Sądu Rejonowego w Działdowie z dnia 24 stycznia 2018 roku, sygn. akt: II K 305/17, 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 21 września 2016 r. do 12 lutego 2017 r., tj. popełnienia przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.

- co stanowi bezwzględny przesłankę odwoławczą, określoną w art. 439 § 1 pkt 8 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.:

3. 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.

4. 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.

5. 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.

6. 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, urządzenie 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.

Względnie:

7. 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 urządzenie lub prowadzenie gier na automatach tj. art. 107 § 1 k.k.s., przez co oskarżony działał co najmniej w nieświadomości jego karalności.

Ewentualnie:

8. Naruszenie art. 10 § 1 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie, albowiem mając na uwadze interpretację uchwały Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba K. 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,
- 2) uchylenie wyroku w części co do punktu 6 wyroku i na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. umorzenie postępowania w tym zakresie,

ewentualnie:

- 3) zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu

czynu; ewentualnie:

- 4) uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd okręgowy zważył co następuje.

Apelacja obrońcy oskarżonego jest niezasadna w całości. W pierwszej kolejności należało odnieść się do zarzutów apelacji najdalej idących, czyli podnoszenia przesłanki bezwzględnej przyczyny odwoławczej, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 9 i 8 k.p.k. skarżący tych przesłanek upatrywał w obrazie prawa procesowego (dot. pkt 9) art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 113 k.k.s. powołując się także na naruszenie art. 7 Konstytucji RP podnosząc, że akt oskarżenia został sporządzony przez organ nieuprawniony i (dot. pkt 8) art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 kks, na poparcie powyższego zarzutu powołał wyrok Sądu Rejonowego w Działdowie (II K 305/17). Oczywiście zarzuty te w przypadku ich zasadności skutkowałyby uchyleniem kontestowanego wyroku i umorzeniem postępowania w pierwszym przypadku co do całości postępowania, zaś w drugim co do czynów przypisanych oskarżonemu w zaskarżonym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu związanego z przesłanką z art.17 § 1 pkt.11 k.p.k. to podnieść 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.

Odnosząc się do zarzutu kolejnego, 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 kk albowiem zawierają pewne odrębności w zakresie tak okoliczności działania jak również dookreślony jest krótki odstępczasu (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, że 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 cytowanym wyżej wyroku 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 Działdowie z dnia 24 stycznia 2018 r., sygn. akt II K 305/1 albowiem opis czynów w tym prawomocnym wyroku dotyczy odmiennego stanu faktycznego, a łączy jedynie osoba oskarżonego. Ponadto chociaż przestępstwa w wyżej wymienionej sprawie 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: identyfikacja zamachu, identyfikacja kręgu podmiotów oskarżonych o udział w zdarzeniu, tożsamość miejsca i czasu zdarzenia, jak też zachowanie choćby części wspólnych znamion w opisie czynu zarzuconego i przypisanego, które powinny się ze sobą pokrywać, mając jakiś obszar wspólny. O jedności czynu, jako jedyne impulsu woli, świadczy ponadto jedność zamiaru (lub planu) sprawcy (sprawców) przestępstwa (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2010 roku III KK 97/10).

Tym samym w ocenie sądu odwoławczego, sam jedynie fakt, że analizowane przestępstwa będące przedmiotem innych prawomocnie zakończonych postępowania 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 obrońcy 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 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 zarzuconych 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: urządzał 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.

Sąd okręgowy mając na uwadze powyższe nie znalazł podstaw do zmiany wyroku. Sąd rejonowy prawidłowo wskazał na podstawy swojej decyzji. Orzeczona kara i środki karne z pewnością nie noszą cech rażącej surowości.

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.).