

Sygn. akt VI Ka 626/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 marca 2018 r.

Sąd Okręgowy w E. VI Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

|                        |                                       |
|------------------------|---------------------------------------|
| <b>Przewodnicząca:</b> | <b>SSO Elżbieta Kosecka - Sobczak</b> |
| <b>Protokolant:</b>    | <b>st. sekr. sądowy Ilona Narusz</b>  |

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w E. J. M.

przy udziale przedstawiciela Naczelnika (...) - (...) Skarbowego w O. E. G.

po rozpoznaniu dnia 16 marca 2018r. w E. sprawy:

K. M. (1) s. G. i B. ur. (...) w B.

oskarżonego z art.107§1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w E.

z dnia 27 września 2017 r., sygn. akt VIII K 511/17

I. uchyla zaskarżony wyrok i na podstawie art. 439 §1 pkt. 8 kpk w zw. z art. 113§1kks umarza postępowanie karne,

II. kosztami procesu obciąża Skarb Państwa.

Sygn. akt VI Ka **626/17**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w E. z dnia 27 września 2017r. w sprawie VIII K 511/17 oskarżonego K. M. (1) uznano za winnego tego, że w dniu 01 kwietnia 2015 roku w lokalu: Punkt Gier usytuowanym w P. przy ul. (...), urządził gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 z 2009r. poz. 1540 z późn. zm.) w postaci urządzenia Silver S. nr (...), wbrew przepisom art. 6 ust. 1 w/w ustawy o grach hazardowych, tj. w szczególności bez wymaganej koncesji, czyn ten kwalifikując jako przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks i za czyn ten na podstawie art. 107 § 1 kks w zw. z art. 23 § 1 i 3 kks wymierzono oskarżonemu karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 złotych; orzeczono przepadek dowodów rzeczowych; zasądzono od oskarżonego koszty postępowania i opłatę.

Z wyrokiem tym nie zgodził się obrońca oskarżonego adw. M. K., który wniósł apelację i w wywiedzionym środku odwoławczym zarzucił obrazę wielu przepisów (prawa materialnego i postępowania), ale przede wszystkim podniósł, że nie uwzględniono bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439§1 pkt. 8 kpk.

Sąd II instancji ograniczył rozpoznanie środka odwoławczego do tego zarzutu.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Apelacja obrońcy oskarżonego co do wniesionego zarzutu obrazy art. 17§1 pkt. 7 kpk i przyjęcia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439§1 pkt. 8 kpk zasługiwała na uwzględnienie, przy czym dopiero w czasie rozpoznania sprawy przez sąd II instancji, to wyrok w sprawie Sądu Rejonowego w T. VIII K 862/17 stał się prawomocny.

Na wstępie należy stwierdzić, że nie podlegały uwzględnieniu inne zarzuty:

- iż akt oskarżenia został sporządzony przez organ do tego nieuprawniony, gdyż w świetle obowiązujących przepisów kodeksu karnego skarbowego, to a/o został sporządzony przez upoważnionego przedstawiciela organu postępowania przygotowawczego (art. 118§1i §3 kks) , a zarówno kodeks karny skarbowy jak i wydane na jego podstawie akty wykonawcze nie odnoszą się w żaden sposób do kwestii przedmiotowego upoważnienia, stąd też w odniesieniu do jego formy, treści, sposobu udzielenia będą miały zastosowanie zarządzenia i regulacje wewnętrzne funkcjonujące w organach. ( patrz publikacja autorstwa K. M. (2), publ. Prok.i Pr.2017.3.106 „Rola i zadania niefinansowych organów postępowania przygotowawczego” (...)), natomiast prokurator zatwierdził i wniósł a/o do sądu,

- iż doszło do naruszeń wielu wskazanych w apelacji przepisów zawartych m.in. w dyrektywach, wskutek czego naruszono też art. 107§1kks, albowiem kwestia możliwości wypełnienia blankietowego przepisu art. 107§1kks stwierdzeniem naruszenia art. 6 ust. 1 ugh została już przesądzona w uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 17/16 (OSNKW 2017, nr 2, poz. 7) – którą orzekający w niniejszej sprawie skład sądu odwoławczego podziela- w której przeprowadzono wywód zarówno w obszarze przepisów krajowych, jak i prawa unijnego, także w kontekście przepisu art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, w związku z treścią wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 października 2016 r. w sprawie C-303/15 i ostatecznie przyjęto, że przepis art. 6 ust. 1 ugh nie miał charakteru technicznego. Charakter przepisu art. 6 ust. 1 ugh został zbadany w sprawie C-303/15 (...) i w wyroku z dnia 13 października 2016 r. w tej sprawie wyraźnie wskazano, że przepis ten, uzależniający prowadzenie działalności w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie stanowi przepisu technicznego w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, w związku z czym projekt tego uregulowania nie podlegał notyfikacji Komisji Europejskiej. A to oznacza to, że art. 6 ust. 1 ugh mógł stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 kks, o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalały na ustalenie, że przepis ten został naruszony (patrz: też wyroki Sądu Najwyższego w sprawach V KK 23/17, (...) 26/17, V KK 28/17, V KK 24/17, IV KK 282/16, II KK 346/16, V KK 21/17) , a tak się stało w omawianej sprawie, skoro urządzający gry na automacie oskarżony nie posiadał wymaganej koncesji na kasyno,

- iż doszło do naruszenia art. 10§4kks czy art. 10§1kks, skoro oskarżony nie składał w sprawie wyjaśnień i ograniczył się tylko do stwierdzenia, że nie przyznaje się do popełnienia zarzucanego czynu i że korzysta z prawa do odmowy składania wyjaśnień. A to powoduje, że brak jest możliwości przyjęcia za wykazane dowodem, że w świadomości oskarżonego w czasie czynu tj. w dniu 01 kwietnia 2015r., istniało usprawiedliwione przekonanie, że czyn z art. 107§1kks jest niekaralny, a także że z pewnością nie można stosować art. 6 ust. 1 ugh, że pozostawał on w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu. Dla wykazania czy zachodzą warunki z art. 10 kks konieczne są bowiem ustalenia co do świadomości oskarżonego- a trudno takie ustalenia czynić- gdy dany sprawca nie wyjaśniał, stąd w oczywisty sposób nie powoływał się w wyjaśnieniach na takie okoliczności jakie przytoczył w apelacji jego obrońca. Nadto w okolicznościach, gdy zajmowano wiele automatów tego oskarżonego, wszczynano wobec niego postępowania karne dot. naruszenia art. 107§1kks w zw. z przepisami ustawy o grach hazardowych (co wynika z informacji z k.266-299), a nawet – w okresie poprzedzającym czyn z 01 kwietnia 2015r.- zapadł nieprawomocny wyrok SR w Wąbrzeźnie z 10 lutego 2015r. w sprawie VII K 404/14 skazujący go za czyn z art. 107§1kks, to w świetle tego K.M. nie mógł być upewniony, że jego czyn z 01 kwietnia 2015r. nie podlega odpowiedzialności karno-skarbowej. Tym bardziej, że nie wszystkie przepisy ustawy o grach hazardowych podlegały notyfikacji, istniała rozbieżność (w orzecznictwie i doktrynie) a nie pewność co do technicznego charakteru art. 6 ust. 1 ugh, stąd nie można się było skutecznie powoływać w apelacji, że istniała niemożność stosowania przepisów tej ustawy, a co za tym idzie, że brak było i możliwości stosowania art. 107§1kks.

Należy tu też zaznaczyć, że z uwagi na datę czynu przypisanego oskarżonemu w niniejszej sprawie tj. 01 kwietnia 2015r. zarzut obrazy art. 4 ustawy z 12 czerwca 2015r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, jako niemający zastosowania co do oceny czynu sprzed uchwalenia tej ustawy, to nie podlegał uwzględnieniu.

Natomiast w chwili orzekania przez sąd odwoławczy dysponowano już prawomocnym wyrokiem SR w T. z 06 lipca 2017r. w sprawie VIII K 826/16, którym skazano K.M. za czyn ciągły z art. 107§1kks w zw. z art. 6§2kks popełniony w okresie od 01.04.2014r. do 16.12.2015r. Pozytywnym skutkiem prawomocnego orzeczenia jest zaś to, że nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach w ustawie przewidzianych także inne osoby muszą brać pod uwagę fakt istnienia i całą treść prawomocnego orzeczenia sądu, nawet gdy doszło do błędów w jego treści, tj. nawet gdy przestępstwo trwałe z art. 107§1 kks zakwalifikowano jako czyn ciągły z art. 107§1 kks w zw. z art. 6§2 kks.

Taki prawomocny wyrok skazujący K.M. za czyn ciągły z art. 107§1kks w zw. z art. 6§2kks popełniony w okresie od 01.04.2014r. do 16.12.2015r., powodował, że oskarżony mógł być uznany za „rozliczonego” z działalności polegającej na tożsamych naruszeniach art. 107§1kks dokonanych w czasie czynu ciągłego, które zostały osądzone po tym, jak zapadł już prawomocny wyrok za czyn ciągły. A w sytuacji gdy opisy czynów (okoliczności faktyczne, modus operandi sprawy, naruszenie tej samej normy z art. 6 ust. 1 ugh w ramach prowadzenia tej samej działalności gospodarczej, w sposób powtarzający ten sam schemat) i kwalifikacje prawne zawierające art. 107§1kks czynów z obu wyroków są podobne, to czyn przypisany w omawianym wyroku może być potraktowany jako element czynu już prawomocnie osądzanego wyrokiem SR w T. z 06 lipca 2017r. w sprawie VIII K 826/16. We wszystkich tych czynach chodziło przecież o wykorzystanie przez K. M. tej samej sposobności wynikającej z prowadzenia określonego typu działalności gospodarczej polegającej na urządzaniu gier na automatach, w ramach tego samego podmiotu, przy zlekceważeniu przepisów ustawy o grach hazardowych, a w szczególności art. 6 ust. 1 ugh, przy czym determinowany był on osiągnięciem tego samego sprecyzowanego celu.

I nie ma tu znaczenia inne miejsce popełnienia czynów, czy urządzanie gier na różnych automatach, skoro można było przyjąć, że w ramach prowadzonej działalności, to oskarżony obejmował swoją świadomością i zamiarem urządzanie gier na automatach określonego typu w wielu miejscach, co powodowało naruszenie ustawy o grach hazardowych.

Konsekwencją więc prawomocnego skazania K.M. za czyn ciągły kwalifikowany z art. 107§1kks w zw. z art. 6§2 kks wyrokiem SR w T. z 06 lipca 2017r. w sprawie VIII K 826/16, stało się przyjęcie, że doszło do spełnienia przesłanek z art. 17§1 pkt. 7 kpk i z art. 439§1 pkt. 8 kpk na tle skazania oskarżonego w zaskarżonym wyroku. Bowiem w realiach rozpoznawanej sprawy zostały spełnione przesłanki powodujące potraktowanie określonego zachowania tego oskarżonego z dnia 01 kwietnia 2015r. jako fragmentu osądzanego już prawomocnie czynu ciągłego (co do którego, wobec treści prawomocnego wyroku, to sąd odwoławczy nie mógł zignorować tego, że zastosowano w nim opis i kwalifikację z art. 107§1 kks w zw. z art. 6§2 kks). A przepis art. 17 § 1 pkt 7 kpk nakazuje nie wszczynać postępowania lub wszczęte umorzyć, gdy postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone. W treści tego przepisu ujęta jest prawomocność formalna, tj. niemożność zaskarżenia orzeczenia w drodze zwykłych środków odwoławczych, oraz materialna, ujmowana jako niedopuszczalność wszczęcia i prowadzenia kolejnego postępowania, jak i kontynuowania tego samego postępowania już prawomocnie (formalnie) zakończonego. Prawomocność w aspekcie materialnym stwarza więc zakaz ne bis in idem przy tożsamości czynu i osoby. Prawomocne skazanie za czyn ciągły w innym wyroku zrodziło więc powagę rzeczy osądzonej, co wyklucza przypisanie K.M. kolejnego jednostkowego tożsamego zachowania zakwalifikowanego z art. 107§1kks, z okresu przypisanego prawomocnym wyrokiem SR w T. z 06 lipca 2017r. w sprawie VIII K 826/16, a osądzanego w późniejszym czasie w zaskarżonym wyroku, a to z uwagi na bezwzględną przyczynę odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 8 kpk.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy, przy zastosowaniu art. 113§1 kks, na mocy art. 437 § 1 i 2 kpk uchylił zaskarżony wyrok i na podstawie art. 439§1 pkt. 8 kpk umarzył postępowanie karne, a w konsekwencji tego na podstawie art. 632 pkt. 2 kpk rozstrzygnął o obciążeniu Skarbu Państwa kosztami procesu.