

Sygnatura akt VI Ka 153/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **27 kwietnia 2018** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Marcin Mierz

Protokolant Barbara Szkabarnicka

po rozpoznaniu w dniach: 23 marca 2018r., 20 kwietnia 2018 r.

przy udziale Tomasza Międlara Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Z. i L. C. funkcjonariusza (...) Urzędu Celno – Skarbowego w K.

sprawy **R. T.** ur. (...) w O.

syna A. i W.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Zabrze

z dnia 6 listopada 2017 r. sygnatura akt VII K 227/15

na mocy art. 437 k.p.k., art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k., art. 632 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.

1. uchyla zaskarżony wyrok w punkcie 1 oraz w części dotyczącej oskarżonego R. T. w punkcie 4 i na mocy art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. umarza wobec oskarżonego R. T. postępowanie o zarzucone mu przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.;
2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;
3. kosztami procesu w sprawie obciąża Skarb Państwa.

Sygn. akt VI Ka 153/18

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 27 kwietnia 2018 roku

R. T. oskarżony został o to, że od dnia 2 grudnia 2013 roku do dnia 29 sierpnia 2014 roku w Z. w lokalu (...) mieszczącym się na ulicy (...), działając jako właściciel firmy (...), z siedzibą w O. przy ulicy (...), urządził w wynajętej części ww lokalu gry losowe o wygrane pieniężne, na 2 automatach do gier o nazwie (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 z 2009, poz. 1540), tj. o popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s..

Tym samym aktem oskarżenia E. M. oskarżona została o to, że od dnia 2 grudnia 2013 roku do dnia 29 sierpnia 2014 roku w Z. swoim zachowaniem tj. świadomą zgodą na urządzanie w jej lokalu nielegalnej działalności z której czerpała dodatkowe dochody ułatwiła popełnienie czynu zabronionego R. T., który od dnia 2 grudnia 2013 roku do dnia 29

sierpnia 2014 roku w Z. w lokalu (...) mieszczącym się na ulicy (...), działając jako właściciel firmy (...), z siedzibą w O. przy ulicy (...), urządził w wynajętej części ww lokalu gry losowe o wygrane pieniężne, na 2 automatach do gier o nazwie (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 z 2009, poz. 1540), tj. o popełnienie przestępstwa z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s.

Wyrokiem z dnia 6 listopada 2017 roku (sygn. akt VII K 227/15) Sąd Rejonowy w Zabrze orzekł, co następuje:

1. uznaje oskarżonego R. T. za winnego tego, że od dnia 2 grudnia 2013 roku do dnia 29 sierpnia 2014 roku w Z., w lokalu (...) urządził wbrew przepisom art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, gry na automatach o nazwie (...) o numerze (...) oraz (...) o numerze (...) to jest przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. i za to na mocy art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 23 § 1 i 3 k.k.s. skazuje go na karę grzywny w wymiarze 100 (stu) stawek dziennych określając wysokość jednej stawki na kwotę 100 zł (stu złotych);

2. uznaje oskarżoną E. M. za winną tego, że od dnia 2 grudnia 2013 roku do dnia 29 sierpnia 2014 roku w Z., w lokalu (...) w zamiarze, by R. T. dokonał czynu zabronionego polegającego na urządzaniu wbrew przepisom ustawy art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych gier na automatach o nazwie (...) o numerze (...) oraz (...) o numerze (...) ułatwiła mu jego popełnienie poprzez udostępnienie lokalu (...) to jest przestępstwa skarbowego z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. i za to na mocy art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 23 § 1 i 3 k.k.s. skazuje ją na karę grzywny w wymiarze 50 (pięćdziesięciu) stawek dziennych określając wysokość jednej stawki na kwotę 100 zł (stu złotych);

3. na mocy art. 30 § 5 k.k.s. orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa:

- automatów do gier o nazwie (...) nr (...), i (...) nr (...) (przechowywanych w magazynie pod pozycją (...)),
- pieniędzy w kwocie 2.400 zł (przechowywanych na koncie sum depozytowych Izby Celnej w K. pod poz. (...));

4. na podstawie art. 627 k.p.k., art. 633 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. i art. 3 ust 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych w zw. z art. 21 pkt 1 tej ustawy zasądza od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe, obejmujące wydatki w kwocie po 70 zł (siedemdziesiąt złotych) i opłatę w kwotach od oskarżonego R. T. 1.000 zł (jednego tysiąca złotych) a od oskarżonej E. M. 500 zł (pięćset złotych).

Wyrok w części dotyczącej oskarżonej E. M. uprawomocnił się, natomiast w części dotyczącej oskarżonego R. T. zaskarżony został apelacją obrońcy oskarżonego, który zaskarżonemu wyrokowi zarzucił obrazę:

1. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. poprzez zaniechanie umorzenia postępowania przez Sąd I Instancji w sytuacji gdy na mocy prawomocnego wyroku Sądu Rejonowego w Olkuszu z dnia 16 listopada 2016 r R. T. został uznany za winnego popełnienia występku z art. 107 § 1 k.k.s. w warunkach art. 6 § 2 k.k.s., którego oskarżony dopuścić się miał w okresie od dnia 19.11.2013r. do dnia 27.04.2014 r., a czyn zarzucany oskarżonemu w niniejszym postępowaniu w znacznym zakresie mieści się w w/w okresie, za który oskarżony został już skazany co winno było skutkować umorzeniem postępowania.

Na wypadek przyjęcia przez Sąd Okręgowy, iż Sąd I instancji nie dopuścił się zarzucanego powyżej naruszenia, obrońca zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na treść orzeczenia polegający na przyjęciu, iż oskarżony R. T. dopuścił się zarzucanego mu występku umyślnie, co jest koniecznym do poniesienia odpowiedzialności z art. 107 § 1 k.k.s. podczas gdy w dacie czynu powszechnie obowiązującą i znaną była linia orzecznictwa Sądów Powszechnych z której wynikało, iż zarówno art. 6 ust. 1, jak i art. 14 ust 1. ustawy o grach hazardowych są przepisami technicznymi które z uwagi na brak ich notyfikacji nie mogą być stosowane w okresie zbliżonym do daty czynu linia orzecznicza była powszechnie akceptowana, linia ta obowiązywała jeszcze długo później gdy w październiku 2015 r. Sąd Najwyższy nadal stał na takim stanowisku, stwierdzając w składzie 7 sędziów SN dnia

14.10.2015 r., sygn. akt I KZP 10/15, str. 8 uzasadnienia iż "kwestia technicznego charakteru przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w aspekcie dyrektywy 98/34/WE nie może budzić wątpliwości, natomiast uchwała Sądu Najwyższego sygn. akt I KZP 17/16 wskazująca na to, iż art. 6 ust 1 nie jest jednak przepisem technicznym - została wydana dopiero 3 lata po dacie czynu zarzucanego oskarżonemu, przez co uchwała ta nie mogła mieć wpływu na świadomość prawną oskarżonego, gdzie o świadomości prawnej R. T. co do skutków braku notyfikacji świadczy "Preambuła" umowy powołująca się na prawo unijne (dostrzeżona przez Sąd I Instancji w uzasadnieniu wyroku) oraz to, że z chwilą wejścia w życie notyfikowanej nowelizacji ustawy o grach hazardowych zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej związanej z jakimikolwiek automatami do gier.

Wskazując na powyższe zarzuty obrońca wniósł o:

1) Umorzenie postępowania wobec R. T. na zasadzie art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.

względnie o:

2. Uniewinnienie oskarżonego R. T. od „przypisanego mu zarzutu”;

3. Uchylenie zaskarżonego wyroku do ponownego rozpoznania przed Sądem I Instancji.

Sąd zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy okazała się zasadna w zakresie podniesionego w jej treści zarzutu obrazy art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., którego uwzględnienie skutkowało uchyleniem zaskarżonego orzeczenia w części dotyczącej rozstrzygnięć odnoszących się wyłącznie do oskarżonego R. T. i umorzeniem postępowania o zarzucony mu czyn.

Zarzut podniesiony w punkcie 1) apelacji oceniony zostać musiał jako trafny z tym jedynie zastrzeżeniem, że na etapie orzekania przez sąd pierwszej instancji prawomocność wyroków wydanych w innych sprawach prowadzonych przeciwko R. T. rodziła nie tyle konieczność umorzenia postępowania, co czasowego ograniczenia przypisanego mu czynu z uwagi na objęcie innym prawomocnym skazaniem za czyn ciągle jedynie części okresu przestępstwa zarzucanego oskarżonemu w niniejszej sprawie. W czasie wyrokowania przez sąd odwoławczy prawomocne wyroki wydane wobec skazanego za czyny ciągle z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. obejmowały już cały czyn zarzucony R. T. w niniejszej sprawie, co w konsekwencji prowadzić musiało do stwierdzenia negatywnej przesłanki procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej o której mowa w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. i stanowiącej bezwzględną przyczynę odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.. Choć stwierdzenie przez sąd odwoławczy zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej rodzić musiało konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku w części dotyczącej rozstrzygnięć odnoszących się wyłącznie do oskarżonego R. T. i umorzenia postępowania o zarzucony mu czyn czyniąc w ten sposób pozostałe zarzuty bezprzedmiotowymi dla dalszego toku postępowania, sąd odwoławczy odnie się pokrótce do podniesionego w apelacji zarzutu w ramach którego obrońca kwestionuje merytorycznie zasadność wyroku skazującego oskarżonego w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do podniesionego w apelacji zarzutu oznaczonego numerem 2 na wstępie należy wskazać, iż kwestia technicznego charakteru przepisów art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych została rozstrzygnięta wyrokami TSUE w których w zasadzie przesądził tenże Trybunał z jednej strony, iż przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych stanowi przepis techniczny ze wszystkimi tego konsekwencjami, zaś w sposób jednoznaczny rozstrzygnął, że przepis art. 6 ust. 1 tej ustawy nie pozostaje przepisem technicznym, przez co winien on być stosowany. W sprawie C-303/15 TSUE orzekł, iż zgodnie z jego utrwalonym orzecznictwem (m.in. wyrok z dnia 21 kwietnia 2005 r. w sprawie C-267/03) „ Artykuł 1 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego w brzmieniu zmienionym na mocy dyrektywy 98/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998 r. należy interpretować w ten sposób, że przepis krajowy, taki jak ten będący przedmiotem postępowania głównego (art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych), nie wchodzi w zakres

pojęcia „przepisów technicznych” w rozumieniu tej dyrektywy, podlegających obowiązkowi zgłoszenia na podstawie art. 8 ust. 1 tej samej dyrektywy, którego naruszenie jest poddane sankcji w postaci braku możliwości stosowania takiego przepisu”. TSUE wskazał, że przepisy krajowe, które ograniczają się do ustanowienia warunków zakładania przedsiębiorstw lub świadczenia usług przez przedsiębiorstwa poddające wykonywanie jakiegokolwiek rodzaju działalności zawodowej uprzedniemu uzyskaniu zezwolenia, nie stanowią przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34 (aktualnie dyrektywy 2015/1535 stanowiącej ujednolicenie obowiązującej uprzednio dyrektywy). Z orzeczenia tego wynika zatem wprost, że przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie stanowi przepisu technicznego i winien być stosowany. O ile zaś kwestia technicznego charakteru przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w aspekcie dyrektywy 98/34/WE (aktualnie dyrektywy 2015/1535 stanowiącej ujednolicenie obowiązującej uprzednio dyrektywy) została ostatecznie przesądzona, kiedy co do ograniczeń w nim zawartych wypowiedział się jednolicie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (podobna teza w postanowieniu SN z 19 stycznia 2017 r., I KZP 17/16 i powołane tam orzecznictwo TSUE), o tyle co do art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w konsekwencji stanowiska TSUE zaprezentowanego w wyroku z dnia 13 października 2016 r. w sprawie C-303/15 nie może być wątpliwości, iż przepis ten, uzależniający prowadzenie działalności m.in. w zakresie gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie stanowi przepisu technicznego w rozumieniu Dyrektywy 98/34/WE (aktualnie dyrektywy 2015/1535). W konsekwencji projekt tego przepisu nie podlegał notyfikacji Komisji Europejskiej. Mając okoliczności te na względzie przyjąć należy bez najmniejszej wątpliwości, że brak notyfikacji przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie uchybiał obowiązkowi jej przeprowadzenia na podstawie art. 8 ust. 1 powołanej dyrektywy, a zatem nie doszło do naruszenia tego obowiązku, który w orzecznictwie TSUE sankcjonowany jest niemożnością powoływania się wobec jednostek na nienotyfikowany przepis techniczny. W konsekwencji nie może budzić wątpliwości stwierdzenie, iż przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych mógł zostać w niniejszej sprawie zastosowany.

Istota jednak podniesionego przez obrońcę zarzutu opierała się nie tyle o kwestionowanie możliwości stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych w niniejszej sprawie, ile i twierdzenie o działaniu oskarżonego w błędzie co do dopuszczalności ich zastosowania w okresie objętym zarzuconym mu czynem. Odnosząc się do argumentacji podniesionej w tym względzie w apelacji wskazać trzeba, że błąd na który powołuje się apelujący, to błąd co do karalności przewidziany w art. 10 § 4 k.k.s. pod postacią usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynu. Podstawą jego przyjęcia pozostaje ustalenie, że zarzuconego mu czynu oskarżony dopuścił się działając w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu co do niekaralności zachowania objętego aktem oskarżenia. Zagadnienie działania oskarżonego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu o niekaralności zachowań, które objęte zostały zarzutem aktu oskarżenia, należy do sfery ustaleń faktycznych. Ustalenie w tym względzie poczynione zostać musi na zasadach analogicznych, jak ma to miejsce w przypadku wszystkich innych ustaleń dokonywanych w procesie karnym. Wyprowadzić je można wyłącznie w oparciu o wszechstronną analizę całokształtu zgromadzonych dowodów ocenianych w aspekcie wskazań wiedzy oraz zasad logiki i doświadczenia życiowego. W takim też kontekście oceniana być musi wiarygodność twierdzeń oskarżonego R. T. o działaniu w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu co do niekaralności jego zachowania oraz argumentacja podniesiona w tym zakresie w wywiedzonej apelacji. Podkreślenia w tym aspekcie wymaga przede wszystkim twierdzenie, iż przekonanie o którym mowa w art. 10 § 4 k.k.s. stanowić musi przekonanie samego oskarżonego. Niewystarczające pozostaje powołanie się tylko na to, że wątpliwości w istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy kwestiach prawnych mieli specjaliści profesjonalnie zajmujący się tymi zagadnieniami. Przyjęcie działania oskarżonego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu co do niekaralności jego zachowań uzależnione pozostaje zatem od uznania za wiarygodnych jego wyjaśnień w tym zakresie. Badając natomiast formułę usprawiedliwienia należy odwoływać się do wzorca osobowego zachowania przeciętnego obywatela. Jednak w przypadku osoby podejmującej, a następnie prowadzącej przez lata działalność gospodarczą wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań. Taka też musi być miara dla profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który prowadzi działalność gospodarczą dla zarobku ze świadomością jej reglamentowania przez państwo.

Nie przekonuje argumentacja zaprezentowana w wywiedzionym przez obrońcę środku odwoławczym na poparcie twierdzenia o działaniu oskarżonego w usprawiedliwionym błędzie o niekaralności jego zachowania. Powołane przez

obrońcę w apelacji judykaty wyrażone zostały już po tym, jak dopuścił się oskarżony czynu przypisanego mu w niniejszej sprawie. Nie mogły zatem być one oskarżonemu znane w czasie popełnienia zarzucanego jego osobie czynu, a co za tym idzie nie mogły one wpływać na kształtowanie jego świadomości w tym względzie. Pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w sprawie o sygnaturze II KK 55/14 do którego odwołuje się apelujący, wyartykułowany został dopiero w dniu 27 listopada 2014 roku, kiedy to wydane zostało postanowienie Sądu Najwyższego w tej sprawie. Nie mógł on zatem być oskarżonemu znany w czasie zarzucanego jego osobie w niniejszej sprawie czynu, który popełniony być miał przed tą datą. Podobnie powołane przez obrońcę postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2015 roku (I KZP 10/15).

Istotne natomiast dla oceny świadomości oskarżonego w kwestii możliwości stosowania wobec jego osoby przepisów ustawy o grach hazardowych pozostawać będzie stanowisko prezentowane w tym zakresie w czasie poprzedzającym zarzucany mu czyn, czy też w czasie tego czynu. Oceniając podniesioną przez obrońcę argumentację mającą skłonić sąd odwoławczy do wniosku o usprawiedliwionym błędnym przekonaniu oskarżonego o legalności podejmowanego przez niego działania z uwagi na brak możliwości stosowania wobec obywateli przepisów ustawy o grach hazardowych o charakterze technicznym, zważyć zatem trzeba na stanowisko Sądu Najwyższego zajmowane w tej istotnej kwestii w okresie bezpośrednio poprzedzającym czyn oskarżonego oraz w okresie objętym tym czynem, zatem w okresie od dnia 2 grudnia 2013 roku do dnia 29 sierpnia 2014 roku. Analizując wypowiedzi judykatury, które oskarżony powinien mieć na względzie kształtując swoją świadomość w kwestii karalności zachowania objętego aktem oskarżenia w niniejszej sprawie zważyć trzeba na fakt, iż przypisanego mu czynu dopuścił się on w we wskazanym wyżej okresie. Ani orzecznictwo Sądu Najwyższego, ani poglądy wyrażane w tym okresie przez TSUE nie dawały podstaw do wniosku o usprawiedliwionym błędnym przekonaniu oskarżonego odnośnie niekaralności zarzucanego jego osobie przestępstwa. Orzeczenia Sądu Najwyższego wydane w czasie poprzedzającym czyn oskarżonego oraz w okresie objętym tym czynem nie stwarzały podstaw do wnioskowania o braku możliwości stosowania przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. W licznych wydanych wówczas judykatach Sąd Najwyższy wypowiadał się wręcz przeciwnie wskazując na brak jakichkolwiek podstaw do odmowy stosowania przepisów ustawy hazardowej. Oskarżony nie miał zatem usprawiedliwionych powodów do twierdzeń odmiennych. Tezę o braku podstaw do odmowy stosowania art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, w okresie bezpośrednio poprzedzającym przypisany oskarżonemu czyn Sąd Najwyższy wypowiedział w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 r. ((I KZP 15/13) OSNKW 2013/12/101, Prok.i Pr.-wkl. 2014/2/9, LEX nr 1393793, Biul.PK 2013/11/8, Biul.SN 2013/12/28-29). Do sierpnia 2014 roku stanowisko swoje Sąd Najwyższy jeszcze kilkakrotnie podtrzymywał, między innymi w wyrokach z dnia 3 grudnia 2013 r. (V KK 82/13, LEX nr 1400596) i 8 stycznia 2014 r. (IV KK 183/13, LEX nr 1409532, KZS 2014/5/56, POP 2014/3/292-296). Zarzucanego mu czynu oskarżony dopuścił się w okresie w którym Sąd Okręgowy w Gliwicach, z powołaniem na stanowisko wyrażone w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 roku (I KZP 15/13) jednoznacznie opowiadał się za brakiem podstaw do umarzania postępowań o czyny z art. 107 § 1 k.k.s., bądź wydawania wyroków uniewinniających oskarżonych o przestępstwa z tego przepisu. Niezależnie od dokonywanej z aktualnej perspektywy oceny trafności wszystkich z wypowiedzianych w tych orzeczeniach twierdzeń Sądu Najwyższego, bez wątpienia nie dawały one oskarżonemu podstaw do wnioskowania, iż przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie może być stosowany, a co za tym idzie, działania podejmowane wbrew temu przepisowi pozostają legalne. Z drugiej zaś strony, wyrażane w powołanych orzeczeniach twierdzenie o braku podstaw do odmowy stosowania przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych aktualność zachowało do dnia dzisiejszego. W tych warunkach nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że oskarżony pozostawał w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu co do niekaralności podejmowanego przez niego zachowania. Jak już w niniejszym uzasadnieniu wspomniano, w wywiedzionej apelacji obrońca oskarżonego nie wskazał na przekonujące powody uzasadniające wniosek o pozostawieniu oskarżonego w usprawiedliwionym błędzie w czasie popełnienia przypisanego mu przestępstwa.

Działalność oskarżonego podejmowana była przez niego świadomie wbrew jasnej treści przepisom ustawy o grach hazardowych oraz jednoznacznej i stanowczej w owym czasie linii orzeczniczej Sądu Najwyższego. Ani przepisy prawa obowiązujące w czasie popełnienia przez oskarżonego zarzucanego mu czynu, ani też orzecznictwo Sądu Najwyższego nie dawały oskarżonemu żadnych podstaw do twierdzenia, iż przepisy ustawy o grach hazardowych, w szczególności art. 6 ust. 1 tej ustawy, nie mogą być stosowane. Podstawy do takiego twierdzenia nie dają opinie

prywatne załączone do akt sprawy. W sytuacji, gdy tak jednoznacznie i wielokrotnie wypowiedziała się w tym względzie najwyższa instancja sądowa RP, opinie prywatne przeciwne tezom wypowiedianym przez Sąd Najwyższy nie mogą uzasadniać błędnego przekonania oskarżonego w zakresie objętym tymi opiniami i orzeczeniami Sądu Najwyższego. Podobnie odnieść się trzeba do orzeczeń sądów powszechnych zapadających w jednostkowych sprawach. Zważając na liczbę i różnorodność prawnych opinii prywatnych wydawanych na zlecenie szeregu podmiotów, nie sposób przyjąć, iż w obliczu jednoznacznych, odmiennych wypowiedzi Sądu Najwyższego, opinie te prowadzić mogłyby do potraktowania błędu oskarżonego jako usprawiedliwionego, czy w ogóle przyjęcie, że oskarżony pozostawał w tym zakresie w błędzie. Akceptacja bowiem odmiennego w tym względzie wniosku oznaczałaby w praktyce możliwość przyjęcia usprawiedliwionego błędu co do prawa także w odniesieniu do kwestii prawnych co do których orzecznictwo sądów, w tym Sądu Najwyższego, jest stanowcze i utrwalone.

Oceniając podniesiony przez obrońcę w tym zakresie zarzut należy także zwrócić uwagę na wyjaśnienia oskarżonego stanowiące przecież najlepszy dowód tego jaką świadomość w kwestii obowiązujących go przepisów prawa mógł oskarżony posiadać w czasie zarzuconego mu czynu. Powołując się przed sądem na swoje przekonanie o niekaralności zarzuconych mu zachowań oskarżony wyjaśnił, że przed rozpoczęciem działalności gospodarczej zasięgnął on opinii „niektórych kancelarii adwokackich” nie wskazując konkretnie żadnej z tych kancelarii. Badając formułę usprawiedliwienia należy co do zasady odwoływać się do wzorca osobowego zachowania przeciętnego obywatela, jednakże w przypadku osoby podejmującej, a następnie prowadzącej przez lata działalność gospodarczą w grę wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań. Taka też musi być miara dla profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który prowadzi działalność gospodarczą dla zarobku ze świadomością jej reglamentowania przez państwo. Stosując wobec oskarżonego wzorzec przeciętnego przedsiębiorcy wymagać od niego należałoby bieżącej kontroli legalności prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Tymczasem z wyjaśnień oskarżonego wynika, że zasięgnął on miał porady prawnej bliżej niesprecyzowanych profesjonalistów wyłącznie w 2013 roku, gdy rozpoczynał prowadzenie działalności gospodarczej. O ile dać wiarę oskarżonemu, że uzyskał on poradę prawną adwokatów bez wątplenia uzyskanych przez niego informacji nie sposób traktować jako aktualnych w całym okresie zarzuconego mu czynu w którym to okresie utrwaleniu ulegało stanowisko Sądu Najwyższego co do braku podstaw do odmowy stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych. Rozbieżność interpretacyjna w Sądzie Najwyższym do której w apelacji odwołuje się obrońca, zaistniała dopiero począwszy od listopada 2014 roku, zatem w okresie który nastąpił już po zakończeniu działania objętego aktem oskarżenia w niniejszej sprawie, zatem na świadomość oskarżonego w czasie zarzuconego mu czynu wpływu żadnego mieć nie mogła. Czyn oskarżonego objęty zaskarżonym wyrokiem swój początek datuje na dzień 2 grudnia 2013 roku, a zatem na krótko po dniu 28 listopada 2013 r., kiedy to Sąd Najwyższy wydał orzeczenie w sprawie I KZP 15/13 OSNKW 2013/12/101, Prok.i Pr.-wkl. 2014/2/9, LEX nr 1393793, Biul.PK 2013/11/8, Biul.SN 2013/12/28-29 wskazujące na brak podstaw do odmowy stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych. Z uwagi na żywotne zainteresowanie całej branży prawnymi aspektami prowadzenia tego rodzaju działalności wyrok ten musiał być znany także i oskarżonemu oraz doradzającym mu prawnikom. Cytowany w apelacji wywód komentatora do przepisów kodeksu karnego skarbowego, jako wyłącznie teoretyczny i nie odnoszący się do realiów niniejszej sprawy, nie może posiadać znaczenia dla jej rozstrzygnięcia.

Z tych powodów drugiego z zarzutów apelacji obrońcy nie można było uwzględnić. Trafny okazał się natomiast podniesiony jako pierwszy w środku odwoławczym zarzut powagi rzeczy osądzonej, której stwierdzenie na etapie postępowania odwoławczego prowadzić musiało do uchylecia zaskarżonego wyroku w części rozstrzygnięć, które odnosiły się wyłącznie do oskarżonego R. T. i umorzenia postępowania w tym zakresie.

W realiach niniejszej sprawy doszło bowiem do zaistnienia ujemnej przesłanki procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej o której mowa w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. jako następstwa wcześniejszego, prawomocnego skazania oskarżonego R. T. za przestępstwa skarbowe o charakterze czynów ciągłych w rozumieniu regulacji art. 6 § 2 k.k.s., które nie tylko swym zakresem czasowym, lecz także charakterem objętej nimi działalności i rodzajem podejmowanych czynności oraz zamiarem obejmowały zachowania objęte czynem zarzuconym oskarżonemu w niniejszej sprawie. Jak trafnie podnosił to obrońca w toku postępowania odwoławczego, Wyrokiem Sądu Rejonowego w Gorlicach z dnia 1 lutego 2018 roku (II K 603/18), prawomocnym z dniem 8 marca 2018 roku R.

T. uznany został za winnego popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., obejmującego zachowania których dopuścił się on w okresie od dnia 20 stycznia 2014 roku do dnia 24 kwietnia 2015 roku oraz od dnia 12 marca 2014 roku do dnia 11 maja 2015 roku. Z kolei wyrokiem Sądu Rejonowego w Olkuszu z dnia 16 listopada 2016 roku (sygn. akt II K 113/15) prawomocnym z dniem 11 maja 2017 roku, R. T. przypisano popełnienie czynu ciągłego wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1-3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (t.j. Dz.U. z 2016r., poz. 471) zw. z art. 6 § 2 k.k.s. popełnionego w ramach czynu ciągłego w okresie od dnia 19 listopada 2013 roku do dnia 27 kwietnia 2014 roku.

Analiza treści nie tylko wskazanych wyżej wyroków, lecz także pisemnych motywów orzeczenia wydanego przez Sąd Rejonowy w Olkuszu w dniu 16 listopada 2016 roku (sygn. akt II K 113/15) oraz utrzymującego to orzeczenie w mocy wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 11 maja 2017 roku (IV Ka 113/17), w szczególności jednak akt spraw Sądu Rejonowego w Gorlicach (II K 603/18) oraz Sądu Rejonowego w Olkuszu (sygn. akt II K 113/15) i zgromadzonych w tych sprawach dowodów prowadzić musiała do jednoznacznego wniosku o pełnej tożsamości okoliczności przestępstw przypisanych oskarżonemu R. T. w tych sprawach oraz czynu zarzucanego jego osobie w niniejszej sprawie, w tym tożsamości sposobu działania oskarżonego oraz jego zamiaru. Sposób i okoliczności popełnienia przez oskarżonego R. T. przestępstw objętych wskazanymi powyżej wyrokami wskazują na działanie oskarżonego w czasie popełniania tych przestępstw w realizacji tego samego zamiaru, co zamiar realizowany przez oskarżonego w ramach czynu zarzucanego mu w niniejszej sprawie. W każdym z tych trzech przypadków (w sprawach Sądu Rejonowego w Gorlicach (II K 603/18) oraz Sądu Rejonowego w Olkuszu (sygn. akt II K 113/15) oraz w niniejszej sprawie) oskarżony dopuszczał się zarzuczonych mu czynów w ramach prowadzenia przez niego tej samej działalności gospodarczej, a to firmy (...) z siedzibą w O. przy ulicy (...), której był jedynym właścicielem. Reprezentując tę firmę oskarżony każdorazowo jako jej właściciel podpisywał umowy realizując cele związane z tym samym przedsięwzięciem gospodarczym. Znamienne i wymagające przez to szczególnego podkreślenia jest to, że wszystkie te umowy sporządzane były na takim samym druku z zachowaniem kontynuacji numeracji tych umów, co dowodzi ciągłości realizacji zamiaru oskarżonego. W każdym z tych wypadków R. T. działając jako właściciel (...) z siedzibą w O. przy ulicy (...) zawierał z właścicielami lokali położonymi w różnych miejscowościach umowy na podstawie których wynajmował części ich powierzchni, gdzie umieszczał następnie elektroniczne automaty do gier, przy wykorzystaniu których urządzał w celach komercyjnych gry hazardowe o losowym charakterze. Działania oskarżonego następowały zarazem w takich samych realiach faktycznych i identyczną „metodą”, w zbliżonym do siebie czasie. Całokształt tych okoliczności przemawia za wnioskiem o pełnej identyczności i tożsamości czynu rozpatrywanego w niniejszej sprawie z czynami ciągłymi, za jakie został on już prawomocnie skazany w powołanych sprawach.

Okresy, za jakie doszło do prawomocnych skazań przez Sąd Rejonowy w Olkuszu oraz Sąd Rejonowy w Gorlicach „pochłaniają” czas, w jakim R. T. dopuścił się miał przestępstwa skarbowego zarzucanego jego osobie w niniejszej sprawie. Czyn zarzuczony oskarżonemu w niniejszej sprawie obejmował okres od dnia 2 grudnia 2013 roku do dnia 29 sierpnia 2014 roku. Wyrokiem Sądu Rejonowego w Gorlicach z dnia 1 lutego 2018 roku (II K 603/18) przypisano oskarżonemu czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. obejmujący zachowania których dopuścił się on w okresie od dnia 20 stycznia 2014 roku do dnia 24 kwietnia 2015 roku oraz od dnia 12 marca 2014 roku do dnia 11 maja 2015 roku. Z kolei wyrokiem Sądu Rejonowego w Olkuszu z dnia 16 listopada 2016 roku (sygn. akt II K 113/15) R. T. przypisano popełnienie czynu ciągłego wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. popełnionego w ramach czynu ciągłego w okresie od dnia 19 listopada 2013 roku do dnia 27 kwietnia 2014 roku. Okresy zatem prawomocnie przypisanych oskarżonemu w innych sprawach czynów ciągłych z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w całości pokrywają okres objęty zarzutem postawionym oskarżonemu w niniejszej sprawie. Hipotetycznie zatem w sytuacji łącznego rozpoznawania niniejszej sprawy ze sprawami wskazanymi wyżej istniały wszelkie warunki objęcia wszystkich tych zachowań konstrukcją czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s. i potraktowania czynu zarzucanego w niniejszej sprawie w kategoriach fragmentu, części składowej objętej analogicznymi aktywnościami podjętymi przez oskarżonego w ramach czynów zarzuczonych mu w innych sprawach, a będących wyrazem realizacji tego samego zamiaru. Nic bowiem nie wskazywało, by oskarżony zamiar taki podejmował na nowo i ponownie w odniesieniu do każdej kolejnej umowy najmu zawieranej z każdym kolejnym właścicielem lokalu, bądź też każdej z grupy zachowań przypisanych jego osobie w każdym ze skazujących wyroków, które wobec niego zapadały. Specyfika

owych przypadków przekonuje zdecydowanie, iż raz założył on prowadzenie działalności o określonym charakterze i profilu i zamiar ów systematycznie, „na raty” realizował w następstwie zawierania kolejnych umów najmu. Tym samym żadnego znaczenia dla powyższych ocen nie odgrywała okoliczność odmienności miejscowości, w jakich znajdowały się poszczególne lokale, odmienności samych lokali i ich właścicieli, a wreszcie odmienności w zakresie wykorzystywanych automatów.

Nawet gdyby stanowisko sądu o realizacji przez oskarżonego tego samego zamiaru w przypadku wszystkich trzech przestępstw uznane zostało za nietrafne, to w realiach tych przestępstw za niepodważalne uznać należy, że wszystkie one popełniane były w ramach wykorzystywania tej samej sposobności polegającej na każdorazowym podpisywaniu przez oskarżonego umów wynajmu powierzchni na których realizowana była przez oskarżonego działalność hazardowa, kiedy tylko uzyskana została ku temu sposobność w postaci nawiązania kontaktu z dysponującą lokalem osobą, która wyraziła wolę prowadzenia w tym lokalu działalności hazardowej. Oskarżyciele nie przedstawili przy tym żadnych konkretnych argumentów, które podważałyby tezę apelującego o zaistniałej w niniejszej sprawie powadze rzeczy osądzonej.

Prawomocne skazanie za czyn ciągły stoi na przeszkodzie ponownemu postępowaniu o później ujawnione zachowania będące elementem tego czynu, które nie były przedmiotem wcześniejszego osądzenia. Czyn ciągły obejmuje wielość zachowań podjętych w wykonaniu z góry powziętego zamiaru (na gruncie art. 6 § 2 kks – odmianą jest działanie sprawcy z wykorzystaniem takiej samej sposobności). Kompleks zachowań podejmowanych przez sprawcę jest jedną i nierozzerwalną całością. Taki stan rzeczy wystąpił w niniejszej sprawie (a z całą pewnością też i działanie oskarżonego z wykorzystaniem takiej samej sposobności). W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że istota czynu ciągłego i powaga rzeczy osądzonej powodują, że nie jest możliwe prowadzenie postępowania wtedy, gdy miałyby ono dotyczyć zachowania będącego elementem i mieszczącego się w ramach czasowych czynu ciągłego, za który sprawca został już prawomocnie skazany. Nie ma przy tym znaczenia, czy postępowanie miałyby się toczyć z powodu późniejszego ujawnienia takich zachowań, czy też z innego powodu, np. określonego rozstrzygnięcia sądu odwoławczego (por. wyrok SN z 5.01.2011 r., V KK 64/10, OSNKW 2011/2, poz. 14). Ponadto podkreśla się, że prawomocne skazanie rodzi powagę rzeczy osądzonej tylko w takim zakresie, w jakim sąd orzekł o odpowiedzialności karnej za zachowania będące przedmiotem zarzutu. Jedynie wówczas, gdy sąd uznał, że objęte jednolitym zamiarem zachowania oskarżonego stanowią jeden czyn zabroniony w rozumieniu art. 12 k.k. (odpowiednio art. 6 § 2 k.k.s.), zakres powagi rzeczy osądzonej wyznaczony jest ustalonym w wyroku skazującym lub warunkowo umarzającym czasem jego popełnienia (por. uchwała SN z 15.06.2007 r., I KZP 15/17, OSNKW 2007/7–8, poz. 55). Przyjęcie konstrukcji czynu ciągłego przesądzało w realiach niniejszej sprawy o konieczności stosowania zasady *ne bis in idem* procedatur wyrażonej w art. 17 § 1 pkt 7 kp.k. (vide: uchwała SN z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 29/01, OSNKW 2002/1-2/2). Powyższe rodziło ujemną przesłankę procesową powagi rzeczy osądzonej, której zakres wyznaczony został wcześniejszymi wyrokami. Prawomocne skazanie za przestępstwo popełnione czynem ciągłym stwarza stan materialnej prawomocności w stosunku do okresu objętego skazaniem, także w odniesieniu do jednostkowych zachowań, które nie zostały objęte opisem czynu przypisanego, co wyklucza przypisanie sprawcy kolejnych takich samych zachowań z okresu opisanego w prawomocnym wyroku (vide: uchwała SN z dnia 15 czerwca 2007 r., I KZP 15/07, OSNKW 2007/7-8/55 i wyrok SN z dnia 2 lipca 2015 r., V KK 45/15, LEX nr 1755925). Zaskarżony wyrok należało zatem uchylić w zakresie rozstrzygnięć, które odnosiły się do oskarżonego R. T., a to w punkcie 1 oraz w części dotyczącej oskarżonego R. T. w punkcie 4 i na mocy art. 17 § 1 pkt 7 kp.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. umorzyć postępowanie o zarzucone R. T. przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s..

W pozostałej natomiast części zaskarżony wyrok utrzymany został w mocy. Zaskarżone orzeczenie w jego punkcie 2, wobec niezaskarżenia w części dotyczącej uznania winy współoskarżonej E. M., stało się prawomocne. Przesłanka, która legła u podstaw umorzenia postępowania wobec oskarżonego R. T. nie znajdowała zastosowania wobec tej oskarżonej. Nie było także podstaw do uchylenia zaskarżonego wyroku w zakresie rozstrzygnięcia z punktu 3 w którym na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. sąd orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa automatów zabezpieczonych na potrzeby niniejszej sprawy oraz pieniędzy. Z treści wyroku nie wynika, by ów przepadek orzeczony został wyłącznie w odniesieniu do oskarżonego R. T.. Zamieszczenie tego rozstrzygnięcia w punkcie 3 wyroku, a zatem po orzeczeniu

o skazaniu obojga oskarżonych, w tym E. M., nie zaś po uznaniu winy oskarżonego R. T. w punkcie 1 zaskarżonego orzeczenia, poza brakiem odniesienia tego przypadku wyraźnie do któregośkolwiek z czynów przypisanych oskarżonym dowodzi, iż przypadek z punktu 3 zaskarżonego wyroku orzeczony został w związku z dwoma przestępstwami przypisanymi tym wyrokiem każdemu z oskarżonych. Zgodnie z powołanym w punkcie 3 wyroku przepisem art. 30 § 5 k.k.s. przypadek urządzenia do gry na automacie, a także znajdujących się w nich środków pieniężnych orzeka się "w wypadkach określonych w art. 107 § 1-3" k.k.s.. Przepis ten nakazuje zatem orzeczenie takiego przypadku ogólnie – w przypadkach określonych w art. 107 § 1 k.k.s., a zatem także wobec pomocników do popełnienia przestępstwa wyczerpującego znamiona z tego przepisu. Gdyby zatem postępowanie toczyło się wyłącznie przeciwko E. M. oskarżonej o popełnienie przestępstwa z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s., do orzeczenia zabezpieczonych w tym postępowaniu automatów do gry oraz znajdujących się w nich środków pieniężnych także musiałyby dojść. Zastosowania nie znajdował bowiem także żaden z warunków wyłączających orzeczenie tego przypadku określonych w art. 31 k.k.s.. Automaty do gier hazardowych, z mocy art. 15j ust. 1 ustawy o grach hazardowych stanowią przedmioty, których posiadanie jest zabronione (art. 29 pkt 1 k.k.s.), zaś w realiach niniejszej sprawy zaistniały warunki o których mowa w art. 31 § 1a k.k.s.. Ponadto przepis art. 30 § 5 k.k.s. stanowi regulację szczególną, odrębną w stosunku do ogólnych zasad orzekania o przypadku przedmiotów o których mowa w art. 29 pkt 1-4 k.k.s.. W swojej treści nie odwołuje się on do żadnej z kategorii przedmiotów przewidzianych w tym przepisie. Z tych względów nie było zatem podstaw do objęcia orzeczeniem uchylającym zaskarżony wyrok także rozstrzygnięcia z punktu 3 tego wyroku o przypadku przedmiotów i także w tym zakresie zaskarżony wyrok utrzymany został w mocy.

O kosztach postępowania w sprawie R. T. obciążając nimi Skarb Państwa sąd rozstrzygnął w oparciu o powołany w wyroku przepis art. 632 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s..