

**Sygnatura akt VI Ka 492/18**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **29 czerwca 2018** r.

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

Przewodniczący SSO Piotr Mika

Protokolant Natalia Skalik-Paś

po rozpoznaniu w dniu 19 czerwca 2018 r.

przy udziale A. R. - przedstawiciela Naczelnika (...) Urzędu Celno – Skarbowego w K.

sprawy **A. U.** ur. (...) w O.

syna S. i B.

oskarżonego z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Rudzie Śląskiej

z dnia 11 stycznia 2018 r. sygnatura akt II K 27/18

na mocy art. 437 § 1 kpk, art. 636 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;
2. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 20 (dwadzieścia) złotych i wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 1800 (jeden tysiąc osiemset) złotych.

**Sygn. akt VI Ka 492/18**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 11 stycznia 2018 roku w sprawie o sygnaturze akt II K 27/18 Sąd Rejonowy w Rudzie Śląskiej:

1. uznał oskarżonego A. U. za winnego tego, że w okresie od dnia 4 listopada 2015 roku do dnia 21 grudnia 2015 roku w R. działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu tego samego zamiaru, pełniąc funkcję Prezesa Zarządu (...) Sp. o.o. z siedzibą w B., zajmujący się sprawami gospodarczymi Spółki, urządzał gry o charakterze losowym o wygranie pieniężne i rzeczowe, organizowane w celach komercyjnych, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, na automatach do gry :

- w dniu 30 listopada 2015 roku w lokalu (...) przy ul. (...) na automatach (...) nr (...) oraz (...) nr (...)

- w dniu 3 grudnia 2015 roku w lokalu (...) przy ul. (...), na automatach (...) nr (...) oraz (...) nr (...),

- w dniu 04.11.2015 r. w lokalu (...) się przy ul. (...), na automatach o nazwie (...) nr (...), (...) nr (...), (...) nr (...) oraz (...) nr (...),

- w dniu 16 grudnia 2015 roku w lokalu (...), przy ul. (...) na automatach (...) nr (...) oraz (...)nr (...),

- w dniu 21.12.2015 r. w lokalu (...) przy ul. (...) na automatach o nazwach (...) nr (...); (...)nr (...), (...) nr (...)

bez udzielonej koncesji oraz poza kasynem gry, tj. przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 roku ( Dz .U. z 2015 r. poz 612 z późn. zm.) w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i w zw. z art. 6 § 2 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. wymierzył oskarżonemu karę grzywny w wysokości 180 stawek dziennych przyjmując, iż jedna stawka dzienna jest równoważna kwocie 100 złotych;

2. na mocy art. 29 pkt 1 i 2 k.k.s. w zw. z art. 30 § 5 k.k.s. orzeka przepadek:

a) automatu do gier (...) nr (...), przechowywanego w depozycie Urzędu Celnego w K.,

b) automatu do gier (...) nr (...), przechowywanego w depozycie Urzędu Celnego w K.,

c) automatu do gier (...) nr (...), przechowywanego w depozycie Urzędu Celnego w K.

d) automatu do gier (...) nr (...), przechowywanego w depozycie Urzędu Celnego w K.

e) pieniędzy w kwocie 1120 złotych;

3. na podstawie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 113 §1 k.k.s. i art. 3 ust. 1 w zw. z art. 21 pkt 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1043,55 zł tytułem zwrotu wydatków i opłatę w wysokości 1800 złotych.

Apelację od wyroku wywiódł obrońca oskarżonego, który zaskarżając orzeczenie w całości zarzucił:

I. uchybienie z art. 439 k.p.k. § 1 pkt 8 k.p.k. poprzez wydanie rozstrzygnięcia skazującego w sytuacji, gdy oskarżony został skazany w warunkach czynu ciągłego z art. 6 § 2 wyrokiem Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej z dnia 30 stycznia 2018 r., sygn. IX K 246/16 za zachowania obejmujące czasokres od 17 sierpnia 2015 r. do 8 stycznia 2016 r. , w ramach którego zawiera się czasowo i merytorycznie zachowanie w postępowaniu niniejszym tj. od dnia 30 listopada 2015 r. do 21 grudnia 2015 r. ;

II. naruszenie przepisów postępowania, a to:

1) art. 7 k.p.k. w związku z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k. poprzez bezzasadne uznanie przez sąd I instancji wyjaśnień A. U. za niewiarygodnych w sytuacji, gdy stanowisko oskarżonego o zgodności prowadzonej przez niego działalności polegającej na urządzaniu gier na automatach w formie (...) Sp. z o.o. przed 3 września 2015 r. oraz po wejściu w życie nowelizacji u.g.h., znajduje podstawę w orzeczeniach zapadłych wobec A. U. zarówno w postępowaniach przygotowawczych i sądowych, na mocy których spółce oskarżonego zwracano automaty do gier. a wobec niego umarzano postępowanie karnoskarbowe lub uniewinniano go od zarzutu z art. 107 § 1 k.k.s..

2) art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. w wyniku niepełnej i błędnej oceny materiału dowodowego zebranego w sprawie, jako pozwalającego na stwierdzenie umyślnej realizacji znamion z art. 107 k.k.s. w sytuacji, gdy przekonanie oskarżonego o zgodności prowadzonej przezeń działalności gospodarczej w zakresie urządzania gier na automatach wynikało przede wszystkim wprost z powszechnie dostępnych opinii przedstawicieli doktryny, zwłaszcza zaś poparł przedłożonymi już w trakcie kontroli przez funkcjonariuszy celnych oraz w toku postępowania sądowego orzeczeniami umarzającymi postępowanie lub uniewinniającymi go od zarzutu z art. 107 k.k.s., wydanych przed 3 września 2015 r., które wskazywały na nieskuteczność przepisów technicznych, które nie zostały poddane obowiązkowej procedurze notyfikacji jaki i po tej dacie, które przyjmowały wykładnię art. 4 noweli u.g.h. jako zezwalającego podmiotom takim jak (...) Sp. z o.o. na dostosowanie działalności do wymogów u.g.h. do dnia 1 lipca 2016 r. , który to fragment materiału

dowodowego Sąd I instancji całkowicie pominął i nie odniósł się w żaden sposób w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku;

3) art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dowolną ocenę dowodu z przesłuchania świadków: A. F. i S. U. polegającą na przyjęciu przez Sąd a quo nietrafnego poglądu, że „twierdzenia tych świadków o przekonaniu oskarżonego o legalności prowadzonej działalności były wynikiem powtarzania przez świadków takich informacji, jakie oskarżony chciał im przekazać” w sytuacji gdy opinia oskarżonego o zgodności prowadzonej przezeń działalności była konsekwentna i poparta licznymi orzeczeniami wydanymi również przed datą zarzucanych mu czynów przez podmioty profesjonalne: sądy powszechne, jednostki prokuratury, na mocy których zgodnie z dominującą w okresie zarzucanych mu czynów wykładnią przepisów u.g.h. oskarżony był uniewinniany lub postępowania były wobec niego umarzane, a automaty do gier zwracane (...) Sp. z o.o., przy uwzględnieniu faktu, że oskarżony nie był karany prawomocnie w okresie zarzucanych mu czynów.

W przypadku uwzględnienia zarzutu z punktu I. obrońca wniósł o uchylenie rozstrzygnięcia i umorzenie postępowania, a w przypadku uwzględnienia zarzutów z punktu II. - o zmianę zaskarżonego wyroku i wydanie rozstrzygnięcia uniewinniającego.

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

Apelacja obrońcy okazała się bezpodstawna.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do powołanego w apelacji uchybienia stanowiącego bezwzględną przyczynę odwoławczą, wskazać należy, że dla przyjęcia stanu powagi rzeczy osądzonej z uwagi na wcześniejsze skazanie za czyn ciągły w rozumieniu art. 6 § 2 k.k. nie jest wystarczające jedynie ustalenie, że czyn, którego dotyczy kolejne postępowanie, popełniony został w granicach czasowych wcześniej przypisanego czynu ciągłego. Istnienie przeszkody procesowej w postaci rei iudicatae uzależnione jest w takim przypadku od równoczesnego ustalenia pozostałych innych niż krótkie odstępy czasu elementów statuujących czyn ciągły, w szczególności łączącego wszystkie zachowania będące przedmiotem osądu w obu postępowaniach tego samego zamiaru lub wykorzystania takiej samej sposobności. Tymczasem mający stanowić przeszkodę procesową wyrok Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej z dnia 30 stycznia 2018 r., sygn. IX K 246/16, którym skazano oskarżonego za czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. obejmujący zachowania od 17 sierpnia 2015 r. do 8 stycznia 2016 r. za podstawę przyjętej konstrukcji czynu ciągłego przyjął taką samą sposobność, którą było, jak wynika z pisemnych motywów wyroku Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej wykorzystanie do popełnienia wszystkich czynów tego samego lokalu przy ul. (...) w B.. Nie może więc ulegać wątpliwości, że czyny objęte postępowaniem w sprawie Sądu Rejonowego w Rudzie Śląskiej jako popełnione w 5 różnych lokalach na terenie R. nie mogą być uznane za popełnione z wykorzystaniem takiej samej sposobności, co czyny objęte skazaniem z wyroku Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej. Jak słusznie przyjmuje się w orzecznictwie konstrukcja jednego czynu zabronionego, o którym mowa w art. 12 k.k., co odnieść należy także do czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s. egzystować może w przestrzeni prawnej tylko o tyle, o ile przyjęto ją w orzeczeniu sądu. (por. uzasadnienie uchwały SN z dnia z dnia 15 czerwca 2007 r. I KZP 15/07) Dla oceny tożsamości czynów istotne są więc te elementy, które legły u podstaw przyjęcia konstrukcji czynu ciągłego we wcześniejszym wyroku. Brak zatem podstaw prawnych, aby dla badania przesłanek istnienia tożsamości czynu ponownie dokonywać łącznej oceny wszystkich zachowań objętych oboma postępowaniami. Tym samym nie ma znaczenia dla ustalenia tożsamości czynu okoliczność, czy wszystkie zachowania, których dotyczyły sprawy zarówno Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej, jak i Sądu Rejonowego w Rudzie Śląskiej można uznać za jeden czyn ciągły z uwagi na podjęcie wszystkich zachowań z tym samym zamiarem lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności, w szczególności innej niż ta, którą za podstawę konstrukcji czynu ciągłego przyjął w swoim wyroku Sąd Rejonowy w Bielsku-Białej. Mając na uwadze powyższe okoliczności powołanie się w apelacji na uchybienie z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. uznać należy za bezzasadne.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia prawa procesowego, wskazać należy, że wskazane uchybienia miały zdaniem skarżącego prowadzić do błędnego ustalenia, że oskarżony miał świadomość niezgodności z prawem inkryminowanych działań. Tymczasem w niniejszej sprawie istnienie w świadomości oskarżonego przekonania o tym,

że jego działania związane z urządzaniem gry o charakterze losowym o wygranie pieniądze i rzeczowe, mają charakter legalny, tj. nie naruszają przepisów ustawy o grach hazardowych, nie może być podstawą uwolnienia oskarżonego od odpowiedzialności karnej za przypisany czyn, skoro błędne przekonanie oskarżonego w tym zakresie oceniać można wyłącznie jako prowadzące do przyjęcia nieświadomości oskarżonego co do karalności jego zachowania. Tymczasem zgodnie z art. 10 § 4 k.k.s. nieświadomość karalności czynu tylko wtedy sprawia, że czyn nie jest przestępstwem skarbowym, gdy ma charakter nieświadomości usprawiedliwionej. O usprawiedliwionej nieświadomości karalności danego zachowania można mówić wtedy, gdy nie można sprawcy zarzucić braku należytej staranności w ustalaniu obowiązującego prawa. Z usprawiedliwioną nieświadomością karalności danego typu zachowania będziemy mieli do czynienia w szczególności wtedy, gdy jego sprawca bez swojej winy nie mógł zorientować się co do faktu jego karalności, w szczególności gdy uzyskał oficjalną informację od przedstawicieli uprawnionych organów, że dany czyn jest zgodny z prawem i nie jest karalny. Powoływanie się oskarżonego na opinie prawne, których autorami nie były organy państwa, w ocenie sądu odwoławczego w żadnym razie nie może czynić nieświadomości oskarżonego usprawiedliwioną, zważywszy na fakt, że opinie te sporządzane zazwyczaj na zamówienie podmiotów parających się działalnością hazardową z gruntu skazane są na zarzut braku obiektywizmu. W zakresie, w jakim oskarżony odwołuje się do orzeczeń, którymi uniewinniano go od zarzutów z art. 107 § 1 k.k.s. czy też umarzono postępowanie, wskazać należy, że w znakomitej większości orzeczenia te zapadały na gruncie stanu prawnego obowiązującego do dnia 3 września 2015 roku, tj. wejścia w życie nowelizacji ustawy o grach hazardowych poprzedzonej notyfikacją jej przepisów Komisji Europejskiej, stąd nie mogły stanowić źródła usprawiedliwionego przekonania oskarżonego o niekaralności jego zachowań objętych aktem oskarżenia w sprawie niniejszej. Z kolei sprzeczne z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2016 r. I KZP 1/16 z orzeczenia prokuratury, którymi umarzono postępowania karnego przeciwko oskarżonemu o czyny z art. 107 § 1 k.k.s. bądź też którymi odmawiano zatwierdzenia zatrzymania automatów do gry, z powołaniem na art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U z 2015 poz. 1201) dotyczące działalności oskarżonego po 3 września 2015 roku wydawane były dopiero w roku 2016, stąd i w tym przypadku nie miały wpływ na stan świadomości oskarżonego co do jego działań po 3 września 2015 roku a przed rokiem 2016.

Z wyżej wskazanych przyczyn przy równoczesnym niestwierdzeniu uchybień podlegających uwzględnieniu z urzędu zaskarżony wyrok należało utrzymać w mocy.

Wobec nieuwzględnienia apelacji wywiezionej wyłącznie na korzyść oskarżonego zgodnie z art. 636 § 1 k.p.k. kosztami sądowymi za postępowanie przed sądem drugiej instancji należało obciążyć oskarżonego. Na koszty te złożyły się:

- wydatki postępowania w kwocie 20 złotych ryczałtu za doręczenie pism i wezwań,
- orzeczona w oparciu o art. 8 ustawy o opłatach w sprawach karnych opłata za nieuwzględnioną apelację skierowaną przeciwko rozstrzygnięciu o winie w wysokości należnej za postępowanie przed sądem I instancji, a więc w wysokości 10 % orzeczonej grzywny.