



Sygn. akt III KK 359/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 czerwca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący)
SSN Małgorzata Gierszon (sprawozdawca)
SSN Przemysław Kalinowski

Protokolant Anna Korzeniecka-Plewka

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Barbary Nowińskiej,
w sprawie **M. W.**

oskarżonego z art. 107 § 1 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 26 czerwca 2019 r.,

kasacji, wniesionych przez prokuratora Prokuratury Rejonowej w E. i oskarżyciela
publicznego Naczelnika [...] Urzędu Celno -Skarbowego w O. na niekorzyść
od wyroku Sądu Okręgowego w E.

z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. akt VI Ka [...]

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w E.

z dnia 8 czerwca 2017 r., sygn. akt VIII K [...],

**uchyla zaskarżony wyrok w odniesieniu do M. W. i sprawę
przekazuje Sądowi Okręgowemu w E. do ponownego
rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 8 czerwca 2017 r., sygn. akt VIII K [...], Sąd Rejonowy w E. uznał M. W. za winnego tego, że w okresie od 3 września 2015 r. do 28 października 2015 w sklepie [...] „P.” przy ul. Ś. [...] będąc osobą odpowiedzialną jako prezes H. [...] sp. z o.o. z/s w O. do jej jednoosobowego reprezentowania, urządzał gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2015 r., poz. 612 ze zm.) w postaci automatów w łącznej ilości 3 sztuk: A. [...], H. [...], A. [...], będących w dyspozycji firmy H. [...] Sp. z o.o. z/s w O. wbrew przepisom art. 6, art. 14 ust. 1 w/w ustawy, to jest czynu z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i za ten czyn na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 23 § 1 i 3 k.k.s. wymierzył oskarżonemu karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 zł.

Sąd nadto na mocy art. 30 § 5 k.k.s. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa w/w automatów i na mocy art. 30 § 5 k.k.s. w zw. z art. 32 § 1 i § 3 k.k.s. orzekł solidarnie od M. W. i skazanych tym samym wyrokiem P. J., S. A. i K. S. środek karny w postaci ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku środków pieniężnych w łącznej kwocie 2210 zł ujawnionych w tych automatach.

Apelację od tego wyroku – w części dotyczącej M. W. – wniósł jego obrońca w której zarzucił temu orzeczeniu:

1. obrazę prawa materialnego w postaci błędnego przypisania oskarżonemu realizacji znamion art. 107 § 1 k.k.s., polegającego na działaniu wbrew przepisom art. 6 ust. 1 u.g.h. i art. 14 ust. 1 u.g.h., poprzez wydanie wyroku skazującego pomimo:
 - bezskuteczności przepisu z art. 14 ust. 1 u.g.h., który jako nienotyfikowany przepis techniczny, w braku przekazania Komisji Europejskiej projektu ustawy z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34, nie może być zastosowany wobec jednostek, co stanowi okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną, potwierdzoną wiążącą wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dokonaną wyrokami: z dnia 13 października 2013 r., w sprawie C-303/15 oraz z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C – 213/11, C – 214/11 i C 217/11 (Fortuna i inni), jak i wcześniejszym wyrokiem z dnia 26 października 2006 r.

w sprawie C – 65/05, a następnie wprowadzenia mocą art. 4 noweli u.g.h., która zastąpiła, nieskuteczną z powodu braku jej notyfikacji zgodnie z dyrektywą, treść tego przepisu z tekstu pierwotnego ustawy, jak też następne zastosowanie subsydiarnego przepisu art. 6 ust. 1 u.g.h., których zastosowanie możliwe byłoby jedynie w wypadku możliwości zastosowania przepisu art. 14 ust. 1 u.g.h.;

- braku strony podmiotowej w postaci umyślności oraz oczywistej i usprawiedliwionej nieświadomości tak bezprawności, jak i karalności naruszenia art. 6 ust. 1 u.g.h., a to ze względu na powszechne traktowanie tego przepisu jako tożsamego z art. 14 ust. 1 u.g.h., zarówno w orzecznictwie sądowym, jak i przez Komisję Europejską, co tym bardziej pozwala uznać, że przepis ten w usprawiedliwiony sposób mógł być traktowany jako bezskuteczny; jak też braku strony podmiotowej w postaci umyślności oraz oczywistej i usprawiedliwionej nieświadomości tak bezprawności, jak i karalności naruszenia art. 14 ust. 1 u.g.h., a to ze względu na techniczny charakter tego przepisu, który to pogląd był i nadal jest powszechny w orzecznictwie sądowym, jak też treść art. 4 ustawy zmieniającej ustawę o grach hazardowych, który oskarżony odczytywał jako wprowadzający okres przejściowy dla podmiotów nie dysponujących koncesją na prowadzenie gier na dostosowanie się do wymogów ustawy.

2. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść orzeczenia, mianowicie:

- art. 7 k.p.k. poprzez dowolną ocenę zgromadzonego materiału dowodowego i uznanie wyjaśnień oskarżonych za niewiarygodne, w sytuacji gdy wyjaśnienia ich są logiczne, spójne, konsekwentne i poparte szeregiem dowodów w postaci opinii prawnych, dokumentów i orzeczeń uniewinniających i umarzających wobec nich postępowanie o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. skutkiem czego było błędne ustalenie stanu faktycznego, przyjętego za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na treść wyroku, poprzez przyjęcie, iż oskarżeni nie działali w usprawiedliwionym błędzie, tj. ze świadomością, że prowadzona przez nich działalność nie jest sprzeczna z przepisami prawa.

Po rozpoznaniu tej apelacji Sąd Okręgowy w E. wyrokiem z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. akt VI Ka [...] zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchylił

pkt. 1 zaskarżonego wyroku w całości, pkt VI w części dotyczącej oskarżonego M. W. i na podstawie art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. umorzył postępowanie karne w zakresie czynu M. W., a kosztami procesu obciążył Skarb Państwa.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyli kasacjami prokurator oraz Naczelnik [...] Urzędu Celno – Skarbowego w O..

Prokurator zaskarżył ten wyrok w całości i zarzucił mu:

1. rażące naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. polegające na błędnym przyjęciu, iż zaistniała ujemna przesłanka procesowa w postaci powagi rzeczy osądzonej, gdyż oskarżony został wcześniej prawomocnie skazany za czyn, będący elementem czynu ciągłego przypisanego mu prawomocnymi wyrokami: Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K [...], Sądu Rejonowego w O. z dnia 6 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K [...], Sądu Rejonowego w M. z dnia 20 grudnia 2016 r., sygn. akt II K [...], Sądu Rejonowego w N. z dnia 6 lutego 20127 r., sygn. akt II K [...] oraz Sądu Rejonowego w L. z dnia 21 czerwca 2017 r., sygn. akt II K [...], w sytuacji gdy oskarżony nie został prawomocnie skazany w warunkach określonych w art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. z uwagi na przyjęcie tego samego zamiaru, lecz z uwagi na przyjęcie wykorzystania takiej samej sposobności, a tym samym nie było przeszkody prawnej do, orzekania w przedmiocie odpowiedzialności karnej skarbowej oskarżonego, za czyn zarzucany mu aktem oskarżenia;
2. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s., polegające na uznaniu, iż art. 6 § 2 k.k.s. obejmuje swą treścią normatywną i znajduje zastosowanie do przestępstw trwałych – wieloczynowych, do których należą czyny zabronione spenalizowane w art. 107 § 1 k.k.s.

Natomiast Naczelnik wskazanego powyżej Urzędu zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego:

1. rażące naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. polegające na błędnym przyjęciu, iż zaistniała ujemna przesłanka procesowa w postaci powagi rzeczy osądzonej,

gdyż oskarżony został wcześniej skazany za czyn, będący elementem czynu ciągłego przypisanego mu prawomocnymi – wskazanymi powyżej, przytoczonymi w I zarzucie kasacji prokuratora - wyrokami, w sytuacji gdy oskarżony nie został prawomocnie skazany w warunkach art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s., a tym samym nie było prawnej przeszkody do orzekania w przedmiocie odpowiedzialności karnej skarbowej oskarżonego, za czyny zarzucane mu w akcie oskarżenia;

2. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s., polegające na uznaniu, iż art. 6 § 2 k.k.s. obejmuje swą treścią normatywną i znajduje zastosowanie do przestępstw trwałych – wieloczynowych, do których należą czyny zabronione spenalizowane w art. 107 § 1 k.k.s.
3. rażące naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 632 pkt 2 i art. 634 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. polegające na błędnym przyjęciu, iż zaistniała podstawa do obciążenia Skarbu Państwa kosztami sądowymi w zakresie umorzonego postępowania w sytuacji, gdy nie było podstaw do takiej decyzji.

W obydwu kasacjach skarżący wniesli o uchylenie – w zaskarżonej części – wyroku Sądu Okręgowego w E. i przekazanie – w tym zakresie – sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacje są – w sposób oczywisty – zasadne.

Poza ostatnim zarzutem kasacji Naczelnika [...] Urzędu Celno – Skarbowego, podnoszą one tożsame zarzuty. Stąd też mogą być – w tym zakresie – łącznie omówione.

Przyznać należy rację skarżącym, że Sąd Odwoławczy dopuścił się rażącego naruszenia prawa procesowego, a mianowicie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., uznając zaistnienie w niniejszym sprawie wskazanej w tym przepisie przeszkody w postaci naruszenia powagi rzecz osądzonej. Problem tożsamości czynu polegającego na urządzaniu gry hazardowej w postaci gry na automatach o charakterze losowym, był już przedmiotem wnikliwych rozważań Sądu Najwyższego. W szczególności w wyroku

z dnia 19 września 2018 r., w sprawie V KK 415/18 (OSNKW 2018/10/71), Sąd Najwyższy trafnie stwierdził, że: „skoro urządzenie gry hazardowej w postaci gry na automatach (art. 1 ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h.) wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry (art. 6 ust. 1 u.g.h.), a koncesja taka udzielana jest w odniesieniu do jednego kasyna, prowadzonego w ściśle określonym (geograficznie) miejscu (art. 41 ust. 1, art. 42 pkt 3 i art. 35 pkt 5 u.g.h.), to zachowanie osoby, która nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna podejmuje działanie w postaci urządzania gry na automatach w różnych miejscach (miejscowościach, lokalach), stanowi każdorazowo - od strony prawnokarnej - inny czyn, podjęty z zamiarem naruszenia tych przepisów w każdym z tych miejsc. Uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s., popełnione w innym miejscu, w warunkach czynu ciągłego (art. 6 § 2 k.k.s.), w którym czas jego popełnienia obejmuje czasokres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s. co do którego toczy się jeszcze postępowanie karno - skarbowe, nie stanowi, w tym późniejszym procesie, przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów.” To stanowisko w pełni aprobuje skład rozpoznający niniejszą sprawę (jako rzetelnie wykazane), podobnie jak już zostało ono zaaprobowane także w innych orzeczeniach Sądu Najwyższego, m.in. w wyroku z dnia 19 września 2018 r., V KK 419/18, LEX nr 2573942. Stąd też – nie chcąc powtarzać tej samej argumentacji należy – w tym miejscu - do tych orzeczeń odesłać

Odnosząc zaś to stanowisko do rozpoznawanej sprawy, zauważyć należy, iż gry hazardowe, których dotyczy zaskarżony kasacjami wyrok urządzane były przez M. W. w sklepie [...] „P.” w E. przy ul. Ś. [...], w okresie od 3 września 2015 r. do dnia 28 października 2015 r. Z kolei wyrok Sądu Rejonowego w O. z dnia 6 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K [...], ustalał sprawstwo oskarżonego w zakresie urządzanie takich gier w okresie od 3 września 2015 r. do dnia 17 listopada 2015 r. w O. w dwóch różnych lokalach. Natomiast wyrok tego samego Sądu z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K [...], dotyczył urządzania przez oskarżonego gier hazardowych w okresach od 3 września 2015 r. do 27 czerwca 2016 r. w: M., B., w 11-tu różnych miejscach w O., N. i G.. Wyrok Sądu Rejonowego w M. z dnia 20 grudnia 2016 r., sygn. akt II K [...], dotyczył urządzania przez oskarżonego gier

hazardowych w okresie od 3 września 2015 r. do dnia 27 października 2015 r. w dwóch różnych lokalach w M.. Kolejny wymieniony przez Sąd II instancji wyrok - Sądu Rejonowego w N. z dnia 6 lutego 2017 r., II K [...], dotyczył urządzania przez M. W. gier hazardowych w okresie od 20 lipca 2015 r. do 28 października 2015 r. w K.. W końcu ostatni z wymienionych wyrok Sądu Rejonowego w L. z dnia 21 czerwca 2017 r., sygn. akt II K [...] wyrok dotyczył urządzania przez oskarżonego gier hazardowych w okresie od 3 września 2015 r. do 2 listopada 2015 r. w L..

Różne były zatem geograficzne miejsca popełnienia przypisanych M. W., w tych przywołanych przez Sąd Okręgowy sprawach, czynów z art. 107 § 1 k.k.s., różne (choć fragmentami krzyżujące się) okresy ich popełnienia, tak jak różne lokale w których były one realizowane.

Poza tym zwrócić należy uwagę i na to, że w zaskarżonym wyroku M. W. został skazany za urządzanie gier w ramach działalności gospodarczej prowadzonej w formie Spółki z o.o. pod nazwą H. [...] z/s w O.. Natomiast w sprawach: II K [...] Sądu Rejonowego w L., II K [...] Sądu Rejonowego w M., czy II K [...] Sądu Rejonowego w O. przypisanych mu przestępczych działań miał się dopuścić prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą H. [...] Sp. z o.o. z/s w W.. Różne też były – w tych poszczególnych, przywołanych sprawach – automaty na których oskarżony te gry hazardowe prowadził.

Powyższe rozważania wykazują niemożność przyjęcia przez Sąd Okręgowy – w przywołanych realiach niniejszej sprawy - że czyn przypisany M. W. przez Sąd Rejonowy w E. stanowił zachowanie objęte czynami ciągłymi stanowiącymi przedmiot wcześniejszego osądzenia w przywołanych powyżej sprawach. Tym samym i brak było warunków do przyjęcia zaistnienia przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej. Ta wszak zmaterializowałaby się tylko wówczas, gdyby wystąpiła tożsamość czynów tj. – w realiach niniejszej sprawy – procesowa możliwość uznania, że przedmiotowe zachowanie oskarżonego stanowiło część składową czynów ciągłych prawomocnie mu przypisanych w wyrokach wydanych w tych wskazanych sprawach. Tego zaś nie sposób stwierdzić zestawiając stan faktyczny ustalony *in concreto* z podstawą faktyczną orzeczeń wydanych w tych postępowaniach. Skonfrontowanie tych ustaleń pozwala

uznać, że M. W. urządzał gry losowe w różnych geograficznie miejscach, w różnych lokalach i poprzez różne (nie te same) podmioty gospodarcze, a nawet – w istocie – w różnych konfiguracjach osobowych, bo albo sam, albo we współdziałaniu z innymi osobami. Poza tym należy zauważyć, że dla zastosowania art. 6 § 2 k.k.s. wobec M. W. w niniejszej sprawie niezbędne byłoby ustalenie, że w każdym z tych przywołanych przypadków oskarżony miał ten sam zamiar, to jest od samego początku prowadzenia tego rodzaju działalności miał on świadomość zakresu tej działalności i obejmował nią wolę realizacji każdego ze znamion czynu zabronionego, w każdym z tych mu przypisanych działań. Tymczasem – poczynione *in concreto* ustalenia – pozwalają jedynie przyjąć, iż skazany realizował je w sposób przypadkowy, w różnych miejscach i bez z góry ustalonego planu. Za każdym razem oskarżony tworzył nowe warunki do popełniania kolejnych przestępstw i działania te obejmował odrębnym zamiarem. Nie było to więc – każdorazowo – zachowanie realizowane w ramach tego samego pierwotnego (zamiaru) – jak tego wymaga regulacja z art. 6 § 2 k.k.s. - ale jedynie w ramach takiego samego zamiaru. Nie można również przyjąć, że skazany wykorzystywał tę samą sposobność (o której też stanowi art. 6 § 2 k.k.s.), gdyż dla urządzania gier losowych nie było konieczne wystąpienie jakiejś określonej sposobności, do wykorzystania której miałoby dojść. Trafnie we wspomnianym wyroku z dnia 19 września 2018 r. Sąd Najwyższy skonstatował, że w realiach spraw tego rodzaju, co do zasady nie może być mowy o tym, by sprawca wykorzystywał sprzyjającą okazję. W realizacji takich zachowań (urządzanie gier na automatach bez posiadania koncesji) nie ma przecież żadnego elementu już istniejącego, albo takiego, który pojawia się na początkowym etapie realizacji czynu przestępczego i jest później wykorzystywany. Sprawca więc niczego nie wykorzystuje dla realizacji znamion czynu zabronionego. Dlatego należy podzielić pogląd, że uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. w warunkach czynu ciągłego (art. 6 § 2 k.k.s.), popełnione w innym miejscu, z wykorzystaniem innych podmiotów gospodarczych, w którym czas jego popełnienia obejmuje czasookres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s. co do którego jeszcze toczy się postępowanie karno – skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie

przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów.

Zasadność, podniesionych w obydwu kasacjach, zarzutów naruszenia art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. przesądza - o konieczności uchylenia wyroku Sądu Odwoławczego i przekazania sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Stosownie do brzmienia art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. należało tylko do tych zarzutów ograniczyć rozpoznanie kasacji, bowiem jest to wystarczające do wydania orzeczenia, a rozpoznanie ostatniego zarzutu kasacji Naczelnika [...] Urzędu Celno – Skarbowego w O. stało się bezprzedmiotowe. Tym bardziej, że rozstrzygnięcie o kosztach – w tym zarzucie kwestionowane – jest następstwem wadliwego zastosowania przez Sąd Okręgowy przepisu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.

Z tych to względów orzeczono jak wyżej.

a