



Sygn. akt III KK 448/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 października 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Przemysław Kalinowski

SSN Marek Pietruszyński

Protokolant Dagmara Szczepańska-Maciejewska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Roberta Tarsalewskiego
w sprawie K.Z.M.

oskarżonego z art. 107 § 1 k.k.s

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 15 października 2019 r.,

kasacji, wniesionych przez Prokuratora Rejonowego w E. i Naczelnika (...) Urzędu
Celno-Skarbowego - na niekorzyść,

od wyroku Sądu Okręgowego w E.

z dnia 16 marca 2018 r., sygn. akt VI Ka (...)

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w E.

z dnia 27 września 2017 r., sygn. akt VIII K (...),

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

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w E. wyrokiem z dnia 27 września 2017 r., w sprawie zarejestrowanej pod sygnaturą VIII K (...), uznał oskarżonego K.M. za winnego tego, że w dniu 1 kwietnia 2015 r. w lokalu P. usytuowanym w P. przy ul. O., urządzał gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201 z 2009r. poz. 1540 z późn. zm.) w postaci urządzenia S. nr (...) wbrew przepisom art. 6 ust. 1 w/w ustawy o grach hazardowych, w szczególności bez wymaganej koncesji, tj. popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s. i za czyn ten 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 grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 złotych.

Z rozstrzygnięciem Sądu pierwszoinstancyjnego nie zgodził się obrońca oskarżonego, który w wywiedzionej na jego korzyść apelacji, zaskarżając wyrok Sądu Rejonowego w całości, zarzucił:

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

1. Art. 17 § 1 pkt. 7 k.p.k. polegające na prowadzeniu i nie umorzeniu przedmiotowego postępowania, podczas gdy postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone, mając na uwadze wyrok Sądu Rejonowego w T. z dnia 06.07.2017 r., sygn. akt VIII K (...), 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 01.04.2014 - 6.12.2015 roku, tj. popełnienia przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.

- co stanowi bezwzględną przesłankę odwoławczą, określoną w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k.

2. Naruszenie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. z 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 bezwzględną przesłankę odwoławczą, określoną w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k.”

Niezależnie od powyższego zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

„II. Na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 1 k.p.k. obrazę przepisów prawa materialnego, tj.:

1. Naruszenie art. 2 aktu dotyczącego warunków przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej stanowiącego integralną część traktatu z dnia 16 kwietnia 2003 roku podpisanego w Atenach, na mocy, którego Polska od dnia 01 maja 2004 roku związana jest z aktami prawnymi Wspólnot i Europejskiego Banku Centralnego przyjętymi przed dniem przystąpienia - poprzez jego niezastosowanie.

2. 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 2015/1535 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 2015/1535 - w kształcie wiążąco zinterpretowanym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - poprzez ich niezastosowanie.

3. 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 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009, 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.

4. 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 nic można ich zastosować.

5. 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 Fortuna 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.

6. Naruszenie art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych, poprzez jego pominięcie, w sytuacji, gdy ustawodawca wyznaczył termin do dostosowania się do wymogów wprowadzonych przez ustawę zmieniającą do dnia 1 lipca 2016 roku, co sprawia, iż art. 107 k.k.s., jako przepis blankietowy, odsyła do przepisów, które do 1 lipca 2016 roku nie nakładają obowiązków w nich wskazanych.

względnie:

7. Naruszenie art. 10 § 4 k.k.s. poprzez jego pominięcie, albowiem mając na uwadze orzecznictwo TSUE, 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 Karna z dnia 19 stycznia 2017 r. sygn. akt 1 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 i art. 14 ust. 1 u.g.h., do art. 107 § 1 k.k.s. i tej okoliczności nie można potraktować na jego niekorzyść.”

W konkluzji obrońca wniósł o uchylenie wyroku w całości i na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. bądź art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. umorzenie postępowania;

ewentualnie:

2) zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu,

ewentualnie:

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

Po rozpoznaniu wywiedzionej apelacji, Sąd Okręgowy w E. wyrokiem z dnia 16 marca 2018 r., sygn. akt VI Ka (...), uchylił zaskarżone orzeczenie i na podstawie art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. umorzył postępowanie wobec oskarżonego K.M.. W trybie art. 436 k.p.k. Sąd odwoławczy ograniczył rozpoznanie środka odwoławczego do podniesionego zarzutu bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. Odnosząc się do tego zarzutu Sąd wskazał, że w chwili orzekania dysponował prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w T. z dnia 6 lipca 2017 r., sygn. akt VIII K (...), którym skazano K.M. za popełnienie czynu z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w okresie od dnia 1 kwietnia 2014 r. do dnia 16 grudnia 2015 r. Ów prawomocny wyrok, zdaniem Sądu odwoławczego spowodował, „że oskarżony mógł być uznany za >>rozliczonego<< z działalności polegającej na tożsamyh naruszeniach art. 107 § 1 k.k.s. dokonanych w czasie czynu ciągłego, które zostały osądzone po tym, jak zapadł już prawomocny wyrok za czyn ciągły.” W sytuacji, gdy opisy czynów (okoliczności faktyczne, *modus operandi* sprawcy, naruszenie tej samej normy z art. 6 ust 1 ustawy o grach hazardowych w ramach tej samej działalności gospodarczej, w sposób powtarzający ten sam schemat) i kwalifikacje prawne zawierające art. 107 § 1 k.k.s. czynów z obu wyroków są podobne, to czyn przypisany w omawianym wyroku może być potraktowany jako element czynu już prawomocnie osądzanego przez Sąd Rejonowy w T. w sprawie

VIII K (...). We wszystkich czynach, jak podkreślił Sąd II instancji, chodziło bowiem o wykorzystanie przez oskarżonego tej samej sposobności, w ramach tego samego podmiotu, przy zlekceważeniu przepisów ustawy o grach hazardowych, a w szczególności art. 6 ust. 1 u.g.h., przy czym determinowany był on osiągnięciem tego samego sprecyzowanego celu. Zdaniem Sądu Okręgowego, nie miało znaczenia inne miejsce popełnienia czynów, czy urządzania gier na różnych automatach, skoro można przyjąć, że w ramach prowadzonej działalności oskarżony obejmował swoją świadomością i zamiarem urządzanie gier na automatach określonego typu w wielu miejscach, co spowodowało naruszenie ustawy o grach hazardowych. Przedstawione okoliczności pozwoliły Sądowi na zajęcie stanowiska, że prawomocne skazanie K.M. za czyn ciągły w sprawie VIII K (...) Sądu Rejonowego w T. rodzi powagę rzeczy osądzonej, co wykluczyło przypisanie mu kolejnych jednostkowych zachowań z okresu opisanego w prawomocnym wyroku, ujawniających się w tożsamym czasookresie.

Kasację na niekorzyść oskarżonego K.M. wniósł prokurator Prokuratury Rejonowej w E.. Zaskarżając wyrok Sądu odwoławczego w całości zarzucił:

„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 K.M. został wcześniej prawomocnie skazany za czyn, będący elementem czynu ciągłego przypisanego mu prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w T. z dnia 6 lipca 2017r., sygn. akt VIII K (...), w sytuacji gdy oskarżony nie został prawomocnie skazany w warunkach określonych w art. 6 § 2 k.k.s. w związku z art. 107 § 1 k.k.s., a tym samym nie było przeszkody prawnej 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 związku 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.”

W związku z podniesionymi zarzutami prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w E. i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżył w całości także Naczelnik (...) Urzędu Celno - Skarbowego w O., który we wniesionej kasacji zarzucił:

„1. rażące naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. i art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s. polegające na błędnym przyjęciu, iż zaistniała ujemna przesłanka procesowa w postaci powagi rzeczy osądzonej, gdyż oskarżony K.M. został wcześniej prawomocnie skazany za czyn, będący elementem czynu ciąglego przypisanego mu prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w T. z dnia 6 lipca 2017 r., sygn. akt VIII K (...), w sytuacji gdy oskarżony nie został prawomocnie skazany w warunkach określonych w art. 6 § 2 k.k.s. w związku 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 wyroku, a mianowicie art. 6 § 2 k.k.s. w związku 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 związku z art. 113 § 1 k.k.s. polegające na błędnym przyjęciu, iż zaistniała podstawa do obciążenia kosztami procesu Skarbu Państwa w pkt II sentencji wyroku sądu odwoławczego, w sytuacji, gdy oskarżony K.M. nie został prawomocnie skazany w warunkach określonych w art. 6 § 2 k.k.s. w związku 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 i skutkiem czego nie było podstaw do umorzenia postępowania w oparciu o art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. i art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s.”

W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w E. w tym zakresie do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacje prokuratora i Naczelnika (...) Urzędu Celno – Skarbowego w O. zasługują na uwzględnienie.

O zasadności tych nadzwyczajnych środków zaskarżenia zadecydował zarzut zawarty w pkt 1 kasacji, co spowodowało, że stosownie do art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. odnoszenie się do zarzutu z pkt 2 stało się zbędne. Podobnie rzecz się ma z zarzutem z pkt 3 kasacji Naczelnika (...) Urzędu Celno – Skarbowego w O., ponieważ dotyczy on rozstrzygnięcia o kosztach, które ma charakter akcesoryjny w stosunku do orzeczenia o umorzeniu postępowania (uchylenia rozstrzygnięcia o umorzeniu postępowania pociąga za sobą uchylenie rozstrzygnięcia o obciążeniu kosztami Skarbu Państwa).

Na wstępie należy zauważyć, że odczytywanie zarzutu z pkt 1 przez pryzmat przywołanej przez skarżących kwalifikacji prawnej uchybienia, a więc obrazy art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., pociągnęłoby za sobą konieczność uznania niezasadności tego zarzutu. Umorzenie postępowania w oparciu o przywołaną podstawę prawną było przecież jedynie konsekwencją stwierdzenia, że w sprawie doszło do zaistnienia bezwzględnej przyczyny uchylenia orzeczenia w postaci powagi rzeczy osądzonej. Rzecz sprowadza się zatem nie do wadliwości samej decyzji o umorzeniu postępowania, a do braku podstaw do stwierdzenia, że w sprawie zaistniały okoliczności pozwalające na przyjęcie konstrukcji powagi rzeczy osądzonej. Pomijając podstawę prawną omawianego zarzutu stwierdzić trzeba, że zarówno w samym zarzucie, jak i w uzasadnieniach kasacji, trafnie podniesiono, że w związku z błędnym rozumieniem czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s. Sąd odwoławczy niesłusznie uznał, że czyn przypisany oskarżonemu wyrokiem Sądu pierwszej instancji jest jedynie elementem (zachowaniem) czynu ciągłego, za K.M. został skazany wyrokiem przywołanym w uzasadnieniu wyroku Sądu odwoławczego.

Pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy pozostaje w sprzeczności, w szczególności zważywszy na charakter zarzucanego oskarżonemu czynu,

z właściwym rozumieniem art. 6 § 2 k.k.s. i utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego.

Sąd Najwyższy, rozpoznający przedmiotową sprawę, w pełni podziela stanowisko wyrażone w sprawie V KK 415/18, iż „Skoro urządzenie gry hazardowej w postaci gry na automatach (art. 1 ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r., Dz. U. z 2018 r., poz. 165 ze zm.) wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry (art. 6 ust. 1 tej ustawy), 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 tej ustawy), 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 czasookres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s., co do którego toczy się jeszcze postępowanie karne skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2018 r., OSNKW 2018, z. 10, poz. 71). W tym samym judykacie trafnie przedstawiono również właściwe rozumienie art. 6 § 2 k.k.s. wskazując, że „ w przypadku urządzania gier na automatach bez posiadania koncesji zamiar wprowadzić ma cały czas tę samą ogólną postać (urządzenie gry na automatach z naruszeniem wskazanych, tych samych przepisów ustawy), ale kształt normatywnej regulacji w u.g.h. decyduje, że sprawca takiego czynu w chwili jego realizacji w każdym miejscu, ma świadomość, iż swoim zachowaniem narusza po raz kolejny, na nowo, regulacje ustawowe, w tym dotyczące posiadania koncesji na prowadzenie kasyna w tym właśnie miejscu, a jednak do tego celu dąży”. W realiach spraw tego rodzaju jak przedmiotowa „nie może być mowy o tym, by sprawca wykorzystywał sprzyjającą okazję. W realizacji takich zachowań (urządzenie 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 wykorzystany. Sprawca niczego więc nie wykorzystuje dla realizacji znamion czynu zabronionego (...) a wykonuje od początku do końca czyn zabroniony według powstałego zamiaru”.

W zaistniałym stanie rzeczy konieczne było uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w E. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd ten winien mieć na uwadze przedstawione powyżej zapatrywania prawne (art. 442 § 3 k.p.k.).

as