



Sygn. akt III KK 493/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 listopada 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik (przewodniczący)

SSN Tomasz Artymiuk (sprawozdawca)

SSN Małgorzata Gierszon

Protokolant Łukasz Biernacki

w sprawie **M.W.**

oskarżonego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.,

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w trybie art. 535 § 5 k.p.k.
w dniu 29 listopada 2019 r.

kasacji, wniesionej przez Naczelnika (...) Urzędu Celno-Skarbowego w O., na
niekorzyść oskarżonego,

od wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt II Ka (...),

uchylającego wyrok Sądu Rejonowego w O. z dnia 28 lipca 2017 r., sygn. akt II K
(...), w odniesieniu do M.W. i umarzającego postępowanie w jego sprawie,

**uchyla zaskarżony wyrok w części dotyczącej M.W. i w tym
zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi
Okręgowemu w S. w postępowaniu odwoławczym.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w O. z dnia 28 lipca 2017 r., sygn. akt II K (...), M.W. został uznany za winnego tego, że w dniu 14 maja 2014 r. w miejscowości O. w „S.” przy P., będąc osobą odpowiedzialną za sprawy gospodarcze i finansowe firmy T. Sp. z o.o. z siedzibą w W., urządzał gry na automatach o nazwie: A. o nr (...), A. o nr (...), wbrew przepisom art. 6 ust 1 i art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201 poz. 1540 ze zm. – dalej w uzasadnieniu powoływanej jako u.g.h.) bez wymaganego zezwolenia, tj. popełnienia przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i za to wymierzono mu karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł.

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca M.W., który zaskarżył orzeczenie to w całości i zarzucił w odniesieniu do skazania tego oskarżonego (apelacją objęci byli także inni oskarżeni w tej sprawie):

1. „obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 u.g.h. i art. 23a ust. 1 u.g.h. poprzez wydanie wyroku skazującego w stosunku do oskarżonych pomimo bezskuteczności przepisów współtworzących zestaw znamion zarzucanego mu czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s., uwzględniając blankietowy charakter tego przepisu karnego oraz konieczność jego wypełnienia w drodze zastosowania art. 14 ust.1 u.g.h. i subsydiarnymi względem niego art. 6 ust. 1 u.g.h. i art. 23a ust. 1 u.g.h., który to art. 14 ust. 1 u.g.h. jako nienotyfikowany przepis techniczny, wobec braku przekazania Komisji Europejskiej projektu ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 8 ust. 1 dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 2 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.U.UE.L.98.204.37 ze zm.), nie może być zastosowany w niniejszej sprawie, co stanowi inną okoliczność wyłączającą ściganie”;
2. „obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust. 3-5 u.g.h. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wydanie wyroku skazującego, pomimo że znamię strony przedmiotowej „urządza lub prowadzi (...) grę na automacie” jest zdefiniowane w przepisach technicznych podlegających

obowiązkowi notyfikacji, a w związku z brakiem przeprowadzenia procedury notyfikacyjnej w tym zakresie przepisy są bezskuteczne i nie mogą być stosowane, a tym samym oskarżony nie zrealizował jednego ze znamion typu czynu zabronionego”;

3. „obrazę przepisów postępowania, mających istotny wpływ na treść wyroku, tj. art. 410 k.p.k., art. 4 k.p.k., art. 5 § 1 k.p.k. polegającą na wydaniu wyroku skazującego w oparciu o część ujawnionego materiału dowodowego, złamaniu zasady domniemania niewinności i obiektywizmu poprzez pominięcie załączonych postanowień sądów powszechnych, urzędów celnych, prokuratur, stanowiska doktryny i Ministra Gospodarki z 4 listopada 2009 r., skierowanym do Ministra Finansów, stanowiska Komisji Europejskiej z dnia 2 stycznia 2010 r., które to dokumenty mają istotny wpływ na stan świadomości w zakresie legalności prowadzonej działalności gospodarczej”;
4. „błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający istotny wpływ na treść orzeczenia, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że:
 - a. oskarżeni działali umyślnie wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, podczas gdy ze zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności z wyjaśnień oskarżonych, powołanych dokumentów wynika, że oskarżeni nie mieli zamiaru popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s.;
 - b. oskarżony M.W. działał z zamiarem popełnienia czynu zabronionego z uwagi na uprzednią karalność, podczas gdy jedyny wyrok skazujący zapadły w czasookresie przypisywanego mu czynu, tj. wyrok Sądu Rejonowego w E. z dnia 17 kwietnia 2014 r., sygn. akt VIII K (...), utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w E. wyrokiem z dnia 21 stycznia 2015 r., sygn. akt VI Ka (...), został oparty na błędnej ocenie stanu prawnego co do braku możliwości sądu karnego zastosowania nienotyfikowanych przepisów oraz obowiązku oczekiwania na prejudykat Trybunału Konstytucyjnego, a także uległ zatarciu z mocy prawa, a więc skazanie uznaje się za niebyłe.

Alternatywnie, w razie nieuwzględnienia w/w zarzutów apelacji, skarżący zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 10 § 3 k.k.s. (błąd co do usprawiedliwionego przekonania o okoliczności wyłączającej bezprawność) poprzez jego niezastosowanie;
2. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 10 § 4 k.k.s. (błąd co do usprawiedliwionej nieświadomości karalności) poprzez jego niezastosowanie.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu.

Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt II Ka (...), uchylił zaskarżony wyrok w części dotyczącej M.W. i postępowanie karne co do tego oskarżonego umorzył na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. (pkt I), a co do pozostałych oskarżonych orzeczenie sądu *a quo* utrzymał w mocy.

Od wyroku Sądu odwoławczego kasację wywiódł Naczelnik (...) Urzędu Celno-Skarbowego w O. zaskarżając orzeczenie to w całości na niekorzyść M.W. i podnosząc zarzuty:

1. rażącego naruszenia prawa procesowego, mającego istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. i art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. polegającego na błędnym przyjęciu, że w sprawie zaistniała ujemna przesłanka procesowa w postaci stanu powagi rzeczy osądzonej, gdyż oskarżony M.W. został wcześniej prawomocnie skazany za czyn będący elementem czynu ciągłego przypisanego mu prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...), 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. rażącego naruszenia przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść wyroku, tj. art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. polegającego na uznaniu, że art. 6 § 2 k.k.s. obejmuje treścią normatywną i znajduje zastosowanie do przestępstw trwałych – wieloczynowych do których należą czyny zabronione spenalizowane w art. 107 § 1 k.k.s.;

3. rażącego naruszenia prawa procesowego, mającego istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 632 pkt 2 k.p.k. i art. 634 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. polegającego na błędnym przyjęciu, że zaistniała podstawa do uchylenia wyroku Sądu I instancji odnośnie kosztów procesu, w sytuacji gdy oskarżony M.W. nie został prawomocnie skazany w warunkach określonych w 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 aktem 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 zw. z art. 113 § 1 k.k.s.

W konsekwencji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w oznaczonej części odnośnie M.W. i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Wniesiona kasacja jest oczywiście zasadna, w związku z czym możliwe było jej uwzględnienie na posiedzeniu bez udziału stron stosownie do treści art. 535 § 5 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od dnia 5 października 2019 r. (art. 1 pkt 93 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2019, poz.1694).

Nie ulega wątpliwości, że przyjęcie w zaskarżonym wyroku przez Sąd Okręgowy w S., iż w niniejszej sprawie zaistniała wskazana w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. przeszkoda w postaci naruszenia powagi rzeczy osądzonej, jest poglądem całkowicie błędnym. Oparty on został na twierdzeniu, że czyn popełniony przez oskarżonego w dniu 14 maja 2014 r. w „S.” w O. przy P. stanowił element czynu ciągłego popełnionego w okresie od dnia 19 sierpnia 2013 r. do dnia 4 listopada 2015 r., a objętego wyrokiem z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...), Sądu Rejonowego w K.. Tożsamość czynu, co do którego zapadł wyrok Sądu Rejonowego w O., z czynami wcześniej osądzonymi, popełnionymi w krótkim odstępie czasu, w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności oznacza – zdaniem sądu *ad quem* – że czyn ten wchodził w skład czynu ciągłego określonego w art. 6 § 2 k.k.s. co do którego zapadło już prawomocne orzeczenie Sądu Rejonowego w K.. W związku z tym Sąd ten uznał,

że zaskarżony wyrok sądu *meriti* dotknięty jest bezwzględną przyczyną odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k., co skutkować musiało jego uchyleniem i umorzeniem postępowania w oparciu o przesłankę *res iudicata*. Tymczasem w realiach tej sprawy o wystąpieniu ujemnej przesłanki procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej – co zasadnie zarzucił autor kasacji – mowy być nie może.

Problem tożsamości czynu polegającego na urządzaniu gry hazardowej w postaci gry na automatach o charakterze losowym był w ostatnim czasie przedmiotem szeregu wypowiedzi Sądu Najwyższego, które uznać należy za jednolitą i niewątpliwie już utrwaloną linię orzecznictwa. W szczególności w wyroku z dnia 19 września 2018 r., V KK 415/18 (OSNKW 2018, z. 10, poz. 71) Sąd Najwyższy trafnie stwierdził, że „skoro urządzanie 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. o grach hazardowych, obecnie tj.: Dz. U. 2019, poz. 847 – dalej w tekście jako u.g.h.) wymaga 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 późniejszym procesie, przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów”. Pogląd ten potwierdzony został w szeregu kolejnych orzeczeń (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 15 listopada 2018 r., V KK 314/08; z dnia 5 grudnia 2018, V KK 399/18; z dnia 29 stycznia 2019 r., V KK 562/18; z dnia 4 kwietnia 2019 r., IV KK 359/18; z dnia 11 czerwca 2019 r., III KK 307/18; z dnia 26 czerwca 2019 r., III KK 359/18), a skład Sądu Najwyższego rozpoznający niniejszą sprawę, dzieląc zarówno interpretacją przepisów Kodeksu karnego skarbowego

oraz ustawy o grach hazardowych dokonaną w powołanych orzeczeniach (i do niej się w tym miejscu odwołując), jak i wynik dokonanej w ten sposób wykładni, nie znajduje podstaw faktycznych oraz prawnych aby od poglądu tego odstępować.

Przechodząc na grunt przedmiotowego postępowania wskazać w związku z tym należy, że czyny objęte wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...), popełnione zostały w zupełnie innych miejscach geograficznych (R., K., I.) niż czyn objęty wydanym w niniejszej sprawie wyrokiem sądu *a quo* (O.), gry były urządzane w różnych lokalach i na różnych automatach, inne były osoby, z którymi oskarżony zawierał umowy na wynajem powierzchni użytkowej, a nawet w części inne były podmioty, które reprezentował M.W. (poza T. Sp. z o.o. z siedzibą w W. ze sprawy Sądu Rejonowego w O., także i H. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz H. Sp. z o.o. z siedzibą w R.). Powyższe wskazuje, że *in concreto* nie było możliwe przyjęcie, tożsamości czynu, którego dotyczył zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w S. z czynem ciągłym osądzonym prawomocnie przez Sąd Rejonowy w K., a tylko wówczas można byłoby mówić o zaistnieniu przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej.

Nadto podnieść należy, co również trafnie zauważy autor kasacji, że dla zastosowania niniejszej sprawie wobec M.W. art. 6 § 2 k.k.s. niezbędne byłyby ustalenia, iż w każdym z 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 przypisanych mu działań. Tymczasem poczynione w tej sprawie przez Sąd pierwszej instancji ustalenia faktyczne pozwalają jedynie przyjąć, że oskarżony realizował swoje działania w sposób przypadkowy, w różnych miejscach i bez z góry ustalonego planu. Za każdym razem oskarżony tworzył nowe warunki do popełnienia kolejnych przestępstw i działania te obejmował odrębnym zamiarem. W związku z tym nie było to – każdorazowo – zachowanie realizowane w ramach tego samego pierwotnego zamiaru (jak wymaga tego art. 6 § 2 k.k.s.), lecz jedynie w ramach takiego samego zamiaru. Oczywiście jest też, że nie istnieje w tej sprawie możliwość przyjęcia, aby oskarżony wykorzystywał tę samą sposobność, o jakiej mowa

w powołanym wyżej przepisie, ponieważ dla urządzania gier losowych nie było konieczne wystąpienie jakieś określonej sposobności, do wykorzystania której miałoby dojść. W realiach spraw tego rodzaju, przy realizacji określonych zachowań w postaci urządzania gier na automatach bez posiadania koncesji, nie ma wszak żadnego elementu już istniejącego albo takiego, który pojawia się na początkowym etapie realizacji czynu przestępczego i jest później wykorzystywany (zob. powołane już wyżej wyroki Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2018 r., V KK 415/18 i z dnia 26 czerwca 2019 r., III KK 359/18). M.W. w ramach złożonej i wielokierunkowo kontynuowanej aktywności przy urządzaniu gier hazardowych na kolejnych, indywidualnie oznaczonych automatach, realizował zróżnicowane scenariusze, wymagające nawiązywania różnych kontaktów oraz czynienia odrębnych porozumień, a nawet szczegółowych uzgodnień z wieloma dysponentami lokali (sklepów, punktów gastronomicznych, itp.) przy których lokalizowane były poszczególne urządzenia hazardowe. Jego kolejne, liczne działania nie stanowiły prostego powielenia uprzednich zachowań, gdyż każdorazowo odmienne były szczegółowe warunki i okoliczności towarzyszące takim zachowaniom, jak również inne były występujące w tym zakresie podmioty (jednostki gospodarcze, osoby fizyczne), z którymi kontaktował się oraz podejmował pertraktacje organizacyjne i finansowe dotyczące ustawiania automatów i urządzania na nich gier.

Należy wreszcie zauważyć, że w odniesieniu do poszczególnych działań, w tym tych realizowanych w „S.” w O., oskarżony nigdy nie posiadał odrębnych koncesji na kasyna gry w konkretnym miejscu, a co więcej, nawet o uzyskanie takich koncesji w każdym z omawianych przypadków się nie ubiegał.

Zasadność podniesionych w kasacji zarzutów rażącego naruszenia art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. i art. 439 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. (pkt 1) oraz art. 6 § 2 k.k.s., który – jak trafnie zauważył skarżący – nie ma odniesienia do przestępstw trwałych-wieloczynowych (pkt 2), co bez wątpienia mało istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia (umorzenie postępowania w oparciu o przesłankę *res iudicata* w sytuacji braku podstaw do przyjęcia takiej okoliczności) implikowała uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. Z

uwagi na uchylenie wyroku w odniesieniu do oskarżonego M.W. w całości zbędne było odnoszenie się do zarzutu sformułowanego w pkt. 3 kasacji (art. 436 k.p.k.).

Procedując повторно Sąd ten, uwzględniając zapatrywania prawne Sądu Najwyższego poczynione wyżej (art. 442 § 3 k.p.k.), rozpozna ponownie apelację obrońcy oskarżonego M.W..

Mając to na uwadze orzeczono jak w części dyspozytywnej wyroku.

as