



Sygn. akt V KK 478/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 stycznia 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Tomczyk (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Krzysztof Cesarz

SSN Eugeniusz Wildowicz

Protokolant Patrycja Kotlarska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jacka Radoniewicza,
w sprawie **M. W.**

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

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 29 stycznia 2019 r.,

kasacji wniesionych przez prokuratora Prokuratury Rejonowej w J. i Naczelnika [...]

Urzędu Celno - Skarbowego we W. - na niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w J.

z dnia 13 lipca 2018 r., sygn. akt VI Ka [...],

uchylającego wyrok Sądu Rejonowego w J.

z dnia 8 grudnia 2017 r., sygn. akt II K [...] i umarzającego postępowanie

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

UZASADNIENIE

M. W. oskarżony został o to, że:

pełniąc funkcję Prezesa Zarządu spółki z o.o. „H. [...]” z siedzibą we W. ([...]) przy ul. L. [...] lok. [...] i będąc z tego tytułu na podstawie prawa uprawnionym i zobowiązanym do prowadzenia spraw gospodarczych tej spółki, bez wymaganej koncesji urządził i prowadził w dniu 13 października 2015 r. gry na automatach: A. [...] w J. przy ul. P. [...] wbrew przepisom art. 6 ust. 1 art. 14 ust. 1 i art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r. poz. 471 ze zm.),

tj. o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

Sąd Rejonowy w J. wyrokiem z dnia 8 grudnia 2017 r. w sprawie II K [...], uznał oskarżonego M. W. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, przyjmując, że urządził i prowadził gry na automatach A. nr [...] i G. nr [...], tj. przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i za to na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. wymierzył mu karę 100 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość stawki na kwotę 100 zł.

Apelację od powyższego wyroku złożył oskarżony M. W..

Na wstępie wskazał, niezależnie od pozostałych poniżej opisanych zarzutów, na możliwość przyjęcia wystąpienia w zaskarżonym wyroku bezwzględnej przesłanki odwoławczej, określonej w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., polegającej na uprzednim wydaniu przez Sąd Rejonowy w O. w dniu 26 kwietnia 2017 roku (sygn. II K [...]) wyroku skazującego, na mocy którego uznany został za winnego popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 k.k.s., gdzie zarzucanego czynu miał dopuścić się w czasie obejmującym zarzucany mu w niniejszym postępowaniu okres, co powoduje zaistnienie stanu powagi rzeczy osądzonej w stosunku do wszystkich zdarzeń w tym czasookresie stanowiących czyn urządzania gier na automatach poza kasynem gry.

Dodatkowo zaskarżonemu wyrokowi, na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1 12 k.p.k., zarzucił:

1) obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku, to jest: art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego i w konsekwencji odmówienie wiarygodności odczytanym wyjaśnieniom w zakresie odnoszącym się do przekonania i stanu świadomości

oskarżonego, że prowadzona przez niego działalność była ówczesnie działalnością legalną, w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia były spójne, rzeczowe i które wskazują na jego uzasadnione przekonanie, że prowadzona przez niego działalność w tamtym okresie była działalnością legalną;

2) obrazę prawa materialnego w postaci błędnego przypisania oskarżonemu realizacji znamion przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 4 § 1 i § 4 k.k.s., względnie 10 § 4 k.k.s. przez nieuwzględnienie błędu co do karalności, poprzez wydanie wyroku skazującego pomimo:

a) bezskuteczności krajowej regulacji technicznej w rozumieniu dyrektywy 98/34, polegającej na zakazie urządzania gier na automatach poza kasynem gry i bez koncesji na kasyno gry rozumianej jako miejsce urządzania tych gier, wyrażanej w szczególności przepisem z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009 r. poz. 1540; dalej: u.g.h.), który jako nienotyfikowany przepis techniczny, do czasu ponownego uchwalenia już notyfikowaną ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r. poz. 1201) nie mógł być zastosowany wobec jednostek, co stanowi okoliczność wyłączającą odpowiedzialność kamą, potwierdzoną wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dokonaną wyrokami: z dnia 13 października 2016 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, jak i wcześniejszymi wyrokami z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 i z dnia 11 czerwca 2015 r. w sprawie C-98/14, a następnie wprowadzenia mocą art. 4 noweli u.g.h., celem umożliwienia dostosowania się do nowej regulacji prawnej z art. 14 ust. 1 u.g.h., która zastąpiła, nieskuteczną z powodu braku jej notyfikacji zgodnie z dyrektywą, treść tego przepisu z tekstu pierwotnego ustawy;

b) braku realizacji znamion strony podmiotowej w postaci umyślności oraz 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 i powiązanego z art. 14 ust. 1 u.g.h., tworzących łącznie regulację techniczną w rozumieniu dyrektywy 98/34, co znajduje wyraz w prezentowanym w toku postępowania orzecznictwie sądowym z całego okresu prowadzenia przez niego działalności, jak i stanowisku Komisji Europejskiej, i pozwala uznać, że

przepisy u.g.h. w usprawiedliwiony sposób mogły być traktowane jako nieskuteczne, co w okolicznościach niniejszej sprawy niezasadnym czyni przypisanie oskarżonemu „umyślności” w rozumieniu art. 4 § 2 k.k.s. dotyczącej działania wbrew obowiązującym przepisom prawa;

c) występowania przesłanek do uznania w niniejszej sprawie usprawiedliwionej nieświadomości karalności, w świetle okoliczności faktycznych ze sfery stosunku psychicznego, wskazujących na występowanie po jego stronie błędu co do karalności, w tym niejasność prawa i występujące z tego powodu wątpliwości interpretacyjne co do skuteczności wskazanego w prawie krajowym zakazu urządzania gier na automatach poza kasynem i bez koncesji, potwierdzone nie tylko opiniami prawnymi, ale także zapadającymi licznymi wyrokami uniewinniającymi oraz postanowieniami o umorzeniu postępowań przygotowawczych, czy postanowieniami odmawiającymi zatwierdzenia zatrzymania eksploatowanych automatów lub zarządzającymi ich zwrot, co utwierdzało go w przekonaniu, że prowadzenie działalności, polegającej na urządzaniu gier na automatach poza kasynem bez koncesji było wówczas legalne, nie było karalne, zwłaszcza jeśli uznamy, że kryterium „usprawiedliwienia” w znaczeniu art. 10 § 4 k.k.s. winno uwzględniać przede wszystkim okoliczności obiektywne w postaci zamętu legislacyjnego, jaki wytworzył się przez lata wokół ustawy o grach hazardowych.

Ponadto, na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 4 k.p.k. zarzucił rażąco niewspółmierność orzeczonej kary w postaci 100 stawek dziennych grzywny, przyjmując wartość każdej stawki dziennej w kwocie 100 złotych, podczas gdy prawidłowa ocena okoliczności dotyczących przedmiotowego postępowania uzasadniała zastosowanie art. 36 § 1 pkt 1 – 3 k.k.s., co w konsekwencji stanowiło podstawę do odstąpienia od wymierzenia kary, alternatywnie wymierzenia kary w granicach jej dolnego ustawowego zagrożenia.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, na mocy art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 437 § 1 i 2 k.p.k. oskarżony wniósł o

1. uchylenie zaskarżonego wyroku i jego umorzenie, wobec zaistnienia bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 8;

alternatywnie o

2. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wydanie rozstrzygnięcia uniewinniającego, w szczególności z uwagi na brak możliwości przypisania mu umyślności na płaszczyźnie strony podmiotowej czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s., jak również w oparciu o kontratyp z art. 10 § 3 k.k.s. lub ewentualnie w oparciu o kontratyp z art. 10 § 4 k.k.s.;

alternatywnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt. 1. i 2., wniosk o:

3. zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 1. jego sentencji poprzez odstąpienie od wymierzenia kary, ułtymatywnie poprzez zmniejszenie jej wymiaru.

Sąd Okręgowy w J. wyrokiem z dnia 13 lipca 2018 r. uchylił zaskarżony wyrok wobec oskarżonego M. W. i na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. postępowanie w sprawie umorzył; na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych wymienionych na k. 368 akt, tj. automatu A. nr [...], automatu G. nr [...], zatrzymanych za pokwitowaniem [...], oraz środków pieniężnych wyciągniętych z automatów w kwotach 835,00 zł oraz 1.245 zł - dowody wpłaty [...] oraz [...]; stwierdził, że koszty sądowe w sprawie ponosi Skarb Państwa.

Kasację od tego orzeczenia wniosk prokurator oraz Naczelnik [...] Urzędu Celno - Skarbowego we W..

Prokurator zarzucił:

„a) rażąco obrazę prawa procesowego, która mogła mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, 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., polegającą na niezasadnym uznaniu, iż w sprawie zaistniała negatywna przesłanka procesowa powagi rzeczy osądzonej, a tym samym powiązana z nią bezwzględna przesłanka odwoławcza, podczas gdy pomiędzy czynem przypisanym oskarżonemu w wyroku Sądu Rejonowego w J. z dnia 8 grudnia 2017 r., sygn. II K [...] oraz w wyroku Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. II K [...] nie zachodziła tożsamość miejsca, przedmiotu wykonawczego oraz podmiotu organizacyjnego wykorzystanego do popełnienia czynu, niezbędna do uznania ich za elementy jednego czynu ciągłego w rozumieniu art. 6 § 2 k.k.s.,

b) rażąco obrażając prawa materialnego, która mogła mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, tj. art. 6 § 2 k.k.s. oraz art. 107 § 1 k.k.s., polegającą na niezasadnym uznaniu, iż analizowany czyn zabroniony stanowi czyn ciągły, podczas gdy w istocie jest on tzw. występkiem trwałym, a wskazana norma prawna nie ma do niego zastosowania”.

W oparciu o przytoczone zarzuty, wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w J. - Wydział VI Karny Odwoławczy i przekazanie zakończonej nim sprawy do ponownego rozpoznania temu sądowi.

Naczelnik [...] Urzędu Celno - Skarbowego we W. zarzucił:

„I. rażąco obrażając przepisów postępowania, a to art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. polegającą na ich zastosowaniu i w konsekwencji uchyleniu wyroku Sądu Rejonowego w J. i umorzeniu przez Sąd Odwoławczy postępowania wobec oskarżonego M. W. o czyn opisany w części wstępnej wyroku, a stanowiący przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s., wadliwie przyjmując za podstawę umorzenia zaistnienie negatywnej przesłanki procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, to jest skazania M. W. wyrokiem Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r. w sprawie sygn. akt II K [...] za urządzenie gier na automatach w imieniu H. [...] Sp. z o.o. w W. w okresie od 3.09.2015 r. do 27.06.2016 r., tj. czynu z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.;

II. rażąco obrażając przepisów prawa materialnego a to art. 6 § 2 k.k.s. poprzez błędne zastosowanie konstrukcji czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s. do przestępstw skarbowych z art. 107 § 1 k.k.s., w sytuacji gdy przestępstwo skarbowe pomieszczone w art. 107 § 1 k.k.s. jest przestępstwem trwałym, do którego nie ma zastosowania konstrukcja czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s., co doprowadziło do bezzasadnego uchylenia zaskarżonego wyroku i umorzenia postępowania wobec oskarżonego M. W. z uwagi na zaistnienie przesłanki w postaci powagi rzeczy osądzonej;

III. naruszenie art. 632 § 2 k.p.k. poprzez jego zastosowanie i obciążenie kosztami sądowymi Skarbu Państwa w sytuacji braku podstaw do umorzenia postępowania”.

W konkluzji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w odniesieniu do pkt. I. i III. oraz przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Okręgowemu w J. do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacje okazały się skuteczne.

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Sąd odwoławczy uznał, iż oskarżony M. W. przed wydaniem wyroku objętego postępowaniem apelacyjnym, został skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., II K [...], za urządzenie gier na automatach w imieniu H. [...] Sp. z o.o. w W., w okresie od dnia 3 września 2015 r. do dnia 27 czerwca 2016 r., tj. za czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., a czyn przypisany mu w wyroku Sądu Rejonowego w J. z dnia 8 grudnia 2017 r., II K [...], popełniony w dniu 13 października 2015 r., zawierał się w okresie objętym czynem ciągłym. Zdaniem Sądu Okręgowego w J., wszystkie zachowania M. W. polegały na wykorzystaniu przez niego takiej samej sposobności, będącej rezultatem prowadzenia działalności gospodarczej, dotyczącej nielegalnego urządzania gier na automatach. W tej sytuacji Sąd ten uznał, że zachowanie M. W. powinno być potraktowane jako element czynu ciągłego, a prawomocne skazanie za czyn ciągły skutkuje zaistnieniem przesłanki, w postaci *res iudicata*. Niemożliwe było zatem – według tego Sądu - przypisanie następnych, jednostkowych zachowań z czasu objętego prawomocnym wyrokiem.

Prezentowane przez Sąd odwoławczy poglądy, na co słusznie zwrócili uwagę skarżący, stoją w opozycji do - ugruntowanej już w analizowanych kwestiach - linii orzeczniczej Sądu Najwyższego, którą członkowie składu orzekającego w niniejszej sprawie, w pełni podzielają.

Otóż przypomnieć wypada, że w postanowieniu z dnia 4 kwietnia 2018 r., V KS 5/18, Sąd Najwyższy wskazał, że warunkiem przyjęcia zaistnienia *res iudicata* jest tożsamość czynu, a nie wyłącznie wzajemne podobieństwa, identyczna kwalifikacja prawna, jak też umieszczenie zachowań w tożsamym przedziale czasowym. W ten właśnie sposób wyłączona została możliwość wystąpienia powagi rzeczy osądzonej w stosunku do czynów z art. 107 § 1 k.k.s., w odniesieniu do innych automatów i działań w różnych miejscowościach. Stanowisko to nie miało

charakteru jednostkowego i zostało powtórzone z poszerzoną argumentacją także w innych judykatach Sądu Najwyższego (zob. np. wyrok z dnia 22 maja 2018 r., III KK 331/17). Wprawdzie z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Sąd odwoławczy, jednak w kolejnych orzeczeniach Sądu Najwyższego przedstawiono także inną, uzupełniającą w stosunku do już przytoczonej, argumentację odnoszącą się do badanej problematyki. A mianowicie, w wyroku z dnia 19 września 2018 r., V KK 415/18 (podobnie w wyroku z dnia 15 listopada 2018 r., V KK 268/18) stwierdzono, że „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 czasokres 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”.

Mając na uwadze przedstawione poglądy prawne oraz lekturę wyroku Sądu Rejonowego w J. z dnia 8 grudnia 2017 r., II K [...] i wyroku Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., II K [...], z których wynika również jednoznacznie przypisanie M. W. różnych działań (w wyroku Sądu Rejonowego w J. przypisano mu urządzanie i prowadzenie - podkr. SN – gry na automatach, podczas gdy w wyroku Sądu Rejonowego w O. „tylko” urządzenie gry), co umknęło uwadze Sądu *ad quem*, bezsprzecznie należy uznać, że skoro zakres przedsięwziętego działania, miejsca urządzania gry, rodzaje automatów nie są tożsame, to oba skazania odnoszą się do innych czynów, co wyklucza ustalenie, iż doszło w tym wypadku

do zaistnienia „idem”. Zarzuty sformułowane w pkt. 1. obu kasacji, a dotyczące obrazy art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., okazały się zatem trafne, tym bardziej że nie można w odniesieniu do zachowań oskarżonego przyjąć zrealizowania przesłanki wykorzystania tej samej sposobności (art. 6 § 2 k.k.s.), ponieważ każdorazowo działał on z wykorzystaniem takiej sposobności jaka się pojawiała wraz z możliwością instalowania automatu do gry w kolejnej, nowej lokalizacji. Wówczas podejmował cały szereg czynności polegających na zawieraniu umowy najmu części lokalu, sprowadzeniu automatu do gier, instalowaniu go, określaniu sposobu odbioru należności itp. działań również o charakterze technicznym, rozróżniających konwencjonalne, ale każdorazowo odmienne postępowanie.

Jako że rozpoznanie zarzutów rażącego naruszenia przepisów art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. okazało się wystarczające do wydania orzeczenia (art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.), Sąd Najwyższy uznał, że rozpoznanie pozostałych byłoby bezprzedmiotowe.

W tej sytuacji, w postępowaniu ponownym Sąd odwoławczy rozpozna apelację M. W. z uwzględnieniem stanowiska przedstawionego przez Sąd Najwyższy (art. 442 § 3 k.p.k.).

Z przytoczonych powodów należało orzec jak na wstępie.