



Sygn. akt III KK 331/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 listopada 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Wiesław Kozielowicz (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Michał Laskowski

SSN Marek Pietruszyński

Protokolant Łukasz Biernacki

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Andrzeja Pogorzelskiego
w sprawie **M. W.**

oskarżonego z art. 107 § 1 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 22 listopada 2019 r.,

kasacji wniesionej przez Naczelnika Urzędu Celno-Skarbowego w O.

na niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w E.

z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. akt VI Ka (...),

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w O.

z dnia 1 sierpnia 2017 r., sygn. akt II K (...),

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

UZASADNIENIE

1. M. W. został oskarżony o to, że w okresie od dnia 1 sierpnia 2013 r. do dnia 11 maja 2015 r. jako prezes firmy „H.” Spółka z o. o. w W. oraz T. Spółka z o.o. w W. urządził w Punkcie Gier pod sklepem spożywczym „P.” w O. przy ul. C., gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych – dalej powoływana jako u.g.h. w postaci urządzeń A. nr (...) w okresie od dnia 1 sierpnia 2013 r. do dnia 11 maja 2015 r., A. w okresie od dnia 20 marca 2015 r. do dnia 11 maja 2015 r. oraz A. okresie od dnia 15 marca 2014 r. do dnia 11 maja 2015 r. pozostających w dyspozycji firmy T. w W. oraz w okresie od dnia 31 marca 2014 r. do dnia 11 maja 2015 r. na automacie D., pozostającego w dyspozycji firmy H. Sp. z o.o. w W., wbrew przepisom art. 3, art. 4 ust. 1a, art. 6 ust. 1, art. 9, art. 14 ust. 1 oraz art. 23a u.g.h., tj. w szczególności bez wymaganej koncesji oraz poza kasynem gry, tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.
2. M. Z. został oskarżony o to, że w okresie od dnia 1 sierpnia 2013r. do dnia 11 maja 2015 r. jako dzierżawca lokalu P. pod sklepem spożywczym „P.” w O., prowadził gry na automatach w rozumieniu art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h., w postaci czterech urządzeń, tj. na automacie A. w okresie od 1 sierpnia 2013r. do 11 maja 2015 r., A. w okresie od dnia 20 marca 2015r. do dnia 11 maja 2015 r. oraz A. w okresie od dnia 15 marca 2014 r. do dnia 11 maja 2015 r. pozostających w dyspozycji firmy T. w W. oraz w okresie od dnia 31 marca 2014 r. do dnia 11 maja 2015 r. na automacie D., pozostającego w dyspozycji firmy H. Sp. z o.o. w W., wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 6 ust. 1, art. 9, art. 14 ust. 1 oraz art. 23a u.g.h., tj. w szczególności bez wymaganej koncesji oraz poza kasynem gry, tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 par. 1 k.k.s.,
3. Z. B. został oskarżony o to, że w okresie od dnia 1 sierpnia 2013 r. do dnia 11 maja 2015 r. w P. pod sklepem spożywczym „P.” w O., będąc osobą odpowiedzialna jako serwisant, urządził gry na automatach w rozumieniu art. 2 u.g.h. w postaci urządzeń w łącznej ilości czterech sztuk, tj. na automacie A. w okresie od dnia 1 sierpnia 2013 r. do dnia 11 maja 2015 r., A. w okresie od dnia 15 marca 2014 r. do dnia 11 maja 2015 r. oraz A. w okresie od dnia 4 listopada 2014r. do dnia 11 maja 2015 r. pozostających w dyspozycji firmy T. w

W. oraz w okresie od 31 marca 2014 r. do 11 maja 2015 r. na automacie D. pozostającego w dyspozycji firmy H. Sp. z o. o. w W., wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23 i 23a u.g.h., tj. w szczególności bez wymaganej koncesji oraz poza kasynem gry,
tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.

Sąd Rejonowy w O. wyrokiem z dnia 1 sierpnia 2017r., sygn. akt II K. (...) uznał:

1. oskarżonego M.W. za winnego tego, że w okresie od dnia 1 sierpnia 2013 r. do dnia 11 maja 2015 r., jako prezes firmy „H.” Sp. z o.o. w W. przy ul. C. oraz T. Sp. z o.o. w W., prowadził i urządzał w P. pod sklepem spożywczym „P.” w O. przy ul. C., gry na automatach w rozumieniu art. 2 u.g.h. w postaci urządzeń A. w okresie od dnia 1 sierpnia 2013r. do dnia 11 maja 2015 r., A. w okresie od dnia 20 marca 2015 r. do dnia 11 maja 2015 r. oraz A. w okresie od dnia 15 marca 2014 r. do dnia 11 maja 2015 r., pozostających w dyspozycji firmy T. Sp. z o.o, w W. oraz w okresie od dnia 31 marca 2014 r. do dnia 11 maja 2015 r. na automacie D., pozostającego w dyspozycji firmy H. Sp. z o.o. w W., wbrew przepisom art. 3, art. 4 ust. 1a, art. 6 ust. 1, art. 9 oraz art. 23a u.g.h., tj. w szczególności bez wymaganej koncesji oraz poza kasynem gry, czyn ten zakwalifikował z art. 107 § 1 k.k.s., w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i za to na mocy art. 107 par. 1 k.k.s. w zw. z art. 23 par. 1 i 3 k.k.s. wymierzył mu karę grzywny w wysokości 180 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 złotych,
- II. oskarżonego Z.B. za winnego zarzucanego mu przestępstwa z art. 107 § 1 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 mu karę grzywny w wysokości 120 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 90 złotych,
- III. oskarżonego M.Z. za winnego zarzucanego mu przestępstwa z art. 107 § 1 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 mu karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 90 złotych.

Apelację od powyższego wyroku wniósł oskarżony M.W., zaskarżając go w całości. Wskazał na możliwość przyjęcia wystąpienia w zaskarżony 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 B. dnia 16 grudnia 2016 r, sygn. akt II K(...) wyroku skazującego, na mocy którego został uznany on za winnego popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 k.k.s., gdzie zarzucanego czynu miał dopuścić się w okresie od dnia 1 listopada 2014 r. do dnia 21 lipca 2015 r., co powoduje zaistnienie stanu powagi rzeczy osądzonej w stosunku do wszystkich zdarzeń w tym czasokresie stanowiących czyn urządzania gier na automatach poza kasynem gry.

Ponadto wyrokowi temu zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść wyroku, tj. art. 7 k.p.k. oraz 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 oskarżonego i stanu świadomości, że prowadzona działalność była ówczas działalnością legalną, w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia były spójne, rzeczowe i uwiarygodnione złożonymi do sprawy dokumentami- nie tylko prywatnymi opiniami prawnymi, ale także indywidualną interpretacją podatkową dotyczącą prowadzonej wówczas działalności, tożsamej co zawarte w opisie czynu przypisanego oskarżonemu w niniejszej sprawie jako przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.; komunikatem do funkcjonariuszy służby celnej; przykładowymi wyrokami sądów powszechnych w wydziałach cywilnych zasądzającymi odszkodowania za bezprawne zatrzymywanie automatów eksploatowanych w ramach tej samej działalności, co zawarta w opisie czynu przypisanego w niniejszej sprawie jako przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.; następnie przykładowymi wyrokami sądów w wydziałach karnych uniewinniających oskarżonego od zarzucanych czynów oraz prawomocnymi postanowieniami sądów w wydziałach karnych umarzających postępowania, również tożsamymi co czyn przypisany w niniejszej sprawie jako przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s., a które to dowody łącznie wskazują na uzasadnione przekonanie, że prowadzona przez oskarżonego działalność w tamtym okresie była działalnością legalną,

2. obrazę prawa materialnego w postaci błędnego przypisania mu realizacji znamion przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 4 § 1 i 4 k.k.s., względnie (alternatywnie) 10 § 4 k.k.s. poprzez 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 art. 14 ust. 1 u.g.h., który jako nienotyfikowany przepis techniczny, w 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 98/34, do czasu ponownego uchwalenia, już notyfikowaną, ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, nie mógł być zastosowany wobec jednostek, co stanowi okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną, 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 dnia 26 października 2006 r. w sprawie C- 65/05 i C-98/14,
 - b) braku realizacji znamion 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 i powiązanego z art. 14 ust. 1 u.g.h. utożsamiającego ten sam zakaz urządzania gier na automatach poza kasynem gry i bez koncesji na kasyno gry, rozumianego jako miejsce urządzania gier, tworzących łącznie regulację techniczną w rozumieniu dyrektywy 98/34, co znajduje wyraz w prezentowanym w toku postępowania orzecznictwie sądowym z całego okresu prowadzenia przez oskarżonego działalności, jak i stanowisku Komisji Europejskiej i pozwala uznać, że przepisy u.g.h., choć obowiązujące, w usprawiedliwiony sposób mogły być traktowane jako nieskuteczne, co w okolicznościach niniejszej sprawy niezasadnym czyni przypisanie oskarżonemu „umyślności” w rozumieniu art. 4 par. 2 k.k.s. dot. 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 stronie oskarżonego błędu co do karalności, w tym niejasności prawa i występujące z tego powodu wątpliwości interpretacyjne co do skuteczności wskazanego w prawie krajowym zakazu urządzania gier na automatach poza kasynem gry i bez koncesji na kasyno gry, potwierdzone nie tylko opiniami prawnymi, którymi oskarżony dysponował, ale także zapadającymi licznymi wyrokami uniewinniającymi oraz postanowieniami o umorzeniu postępowań przygotowawczych, czy postanowieniami odmawiającymi zatwierdzenia zatrzymania eksploatowanych automatów lub zarządzającymi zwrot zatrzymanych automatów, co sposób oczywisty mogło utwierdzać każdego w przekonaniu, że prowadzenie działalności, polegającej na urządzaniu gier na automatach poza kasynem, bez koncesji na kasyna gry było wówczas, tj. przed dniem 3 września 2015 r. 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.

Podnosząc te zarzuty M. W. wniósł o zmianę wyroku poprzez uniewinnienie go od stawianego zarzutu, w szczególności z uwagi na brak możliwości przypisania 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.

W odpowiedzi na apelację Prokurator Rejonowy w O. wniósł o utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku.

Po rozpoznaniu apelacji m. in. oskarżonego M. W. Sąd Okręgowy w E. wyrokiem z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. akt VI Ka (...):

I. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- a) uchylił pkt I wyroku w całości dotyczący M. W., i na podstawie art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. umorzył postępowanie karne w zakresie czynu M.W.,
- b) utrzymał w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części,

II. zwolnił oskarżonych M.Z. i Z.B. od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, zaś kosztami procesu w części umarzającej obciąża Skarb Państwa.

Kasację od tego wyroku złożył Naczelnik (...) Urzędu Celno – Skarbowego w O.. **Zaskarżył** wyrok na niekorzyść M. W.. **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 M. W. został wcześniej prawomocnie skazany za czyn, będący elementem czynu ciągle przypisanego mu prawomocnymi wyrokami Sądu Rejonowego w K. z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...) i z dnia 8 czerwca 2017 r., sygn. akt II K (...), prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w B. z dnia 16 grudnia 2016 r, sygn. akt II K (...) , w sytuacji gdy M. W. 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 jego odpowiedzialności karnej skarbowej, 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 zwolnienia odnośnie kosztów i opłat (kosztów procesu) dotyczących M. W. ; w sytuacji, gdy nie został on 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 jego odpowiedzialności karnej skarbowej, 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. Podnosząc te zarzuty **wniósł** o uchylenie zaskarżonego wyroku w pkt I. a) oraz w pkt II w części dotyczącej obciążenia Skarbu Państwa kosztami procesu w części umarzającej postępowanie karać w zakresie czynu M. W. i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w E. w tym zakresie, do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Prokurator Rejonowy w O. w pisemnej odpowiedzi na kasację wniósł o jej uznanie za zasadną.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja zasługuje na uwzględnienie.

W realiach niniejszej sprawy nie sposób bowiem uznać, aby oskarżony M. W. działał z tym samym zamiarem popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. - tożsamym z zamiarem popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., za które wcześniej został skazany prawomocnymi wyrokami, wymienionymi w zarzucie z pkt 1. Przypomnieć zatem trzeba, że warunkiem niezbędnym dla przyjęcia konstrukcji czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s., są występujące łącznie: tożsamość sprawcy, bliskość czasowa zachodząca pomiędzy poszczególnymi jego nagannymi zachowaniami oraz podejmowanie dwóch lub więcej zachowań w wykonaniu tego samego zamiaru. Sprawca musi zatem zachowywać się nagannie, realizując ten sam zamiar, a nie taki sam zamiar. Uwzględniając różnice między sformułowaniem „ten sam zamiar” oraz zwrotem „taki sam zamiar”, należy stwierdzić, że nie spełnia przesłanki subiektywnej czynu ciągłego przypadek, w którym sprawca podejmuje poszczególne zachowania z nowym, pojawiającym się przed rozpoczęciem kolejnych zachowań zamiarem. W takiej sytuacji sprawca działa co prawda z takim samym zamiarem, lecz w odniesieniu do każdego zachowania innym, co wyklucza spełnienie warunku tożsamości, określonego w art. 6 § 2 k.k.s. (por. Piotr Kardas, Kodeks karny skarbowy, Komentarz, WKP, 2017; Wioletta Konarska - Wrzosek, Kodeks karny skarbowy, Komentarz, WKP, 2018).

Podkreślenia wymaga, iż przepis art. 107 § 1 k.k.s. - przyjęty w kwalifikacji prawnej czynów zarzuconych M. W. - ma charakter normy blankietowej, odsyłając w zakresie określenia strony podmiotowej przestępstwa do przepisów u.g.h.

W niniejszej sprawie M. W. stanął pod zarzutem urządzania w określonym miejscu, bez posiadania wymaganej koncesji, gier hazardowych na wskazanym konkretnym automacie, oznaczonym nazwą własną i numerem identyfikacyjnym, co miało miejsce z naruszeniem przepisów art. 6 ust. 1, art. 23a ust. 1 i art. 32 ust. 1 u.g.h.

Zważyć nadto należy, że zgodnie z przepisami u.g.h. urządzenie gry hazardowej w postaci gry na automatach, dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry na zasadach i warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji, a automaty do gry mogą być eksploatowane przez podmioty posiadające takie koncesje. Prowadzenie działalności mającej postać urządzania gry na automatach wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry, a koncesja taka udzielana jest w odniesieniu do jednego kasyna, prowadzonego w ściśle określonym miejscu.

W tej sytuacji zachowanie osoby, która nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna podejmuje działanie w postaci urządzania gry na automatach w różnych miejscach (miejscowościach i lokalach), stanowi każdorazowo - od strony prawnokarnej - inny czyn, podjęty z zamiarem naruszenia przepisów w każdym z tych miejsc.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego jednolicie przyjmuje się, 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. Upřednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s., popełnione w innym miejscu, w warunkach przestępstwa ciągłego opisanego w 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, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody

procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów (por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 19 września 2018 r. sygn. akt V KK 415/18, LEX nr 2572694; z dnia 19 września 2018 r. sygn. akt V KK 419/18, LEX nr 25 73942; z dnia 15 listopada 2018 r., sygn. akt V KK 268/18, LEX nr 2585068; z dnia 15 listopada 2018 r., sygn. akt V KK 278/18, LEX nr 2591510). W przypadku, gdy przedmiotem zarzuconego przestępstwa jest urządzenie gry na automatach w tożsamym czasie, ale w innych miejscowościach, oraz na innych indywidualnie oznaczonych numerami seryjnymi automatach, brak jest spełnienia wszystkich przesłanek, pozwalających na przyjęcie zaistnienia tożsamości czynów (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2018 r., sygn. akt III KK 331/17, postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 4 kwietnia 2018 r., sygn. akt V KS 5/18, oraz z dnia 17 maja 2017 r., sygn. akt IV KO 34/17).

Kierując się przedstawionymi motywami Sąd Najwyższy, z mocy art 573 § 2 k.p.k., orzekł jak w wyroku.

as