



Sygn. akt III KK 502/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 października 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Świecki (przewodniczący)

SSN Małgorzata Gierszon (sprawozdawca)

SSN Barbara Skoczowska

Protokolant Marta Brylińska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Małgorzaty Kozłowskiej,
w sprawie **M.D.W.**

oskarżonego o popełnienie czynu z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 17 października 2019 r.,

kasacji, wniesionej przez oskarżyciela publicznego Naczelnika Urzędu Celno-
Skarbowego w Warszawie - na niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w S.

z dnia 23 kwietnia 2018 r., sygn. akt II Ka (...)

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w M.

z dnia 7 sierpnia 2017 r., sygn. akt II K (...),

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

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 7 sierpnia 2017 r., sygn. akt III K (...), Sąd Rejonowy w M. uznał M.W. za winnego tego, że będąc prezesem zarządu spółki H. Spółka z o.o. w W., w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu tego samego zamiaru, w okresie od września 2013 r. do dnia 19 listopada 2014 r. urządzał gry o wygrane pieniężne i rzeczowe w następujących miejscach i na następujących automatach:

- od listopada 2013 r. do dnia kontroli, tj. 14 października 2014 r. na automacie H. nr (...)1 oraz w dniu 14 października 2014 r. na automatach S. nr (...)1, S. nr (...)2 w lokalu „S.” przy ul. P., w M.;
- w dniu 12 listopada 2014 r. w lokalu „M.” w miejscowości P., ul. K. na automatach: A. nr (...)1, A. nr (...)2 oraz A. nr (...)3;
- od września 2013 r. do dnia kontroli, tj. 19 listopada 2014 r. na automatach: A. nr (...)4, A. nr (...)5, H. nr (...)2 oraz w dniu 19 listopada 2014 r. na automacie A. nr (...)6 w lokalu „R.” przy ul. B., M.,

przy czym automaty te działały w celach komercyjnych, prowadzone gry miały charakter losowy oraz zawierały element losowości, udostępnione były do publicznego korzystania, czym działał wbrew art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r., nr 201, poz. 1540 z późn. zm.), nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna gry, tj. czynu z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 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 grzywny w wymiarze 80 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 zł.

Apelacje od tego wyroku wnieśli: obrońca oskarżonego oraz pełnomocnik interwenienta H. Sp. z o.o.

Obrońca oskarżonego zarzucił:

obrazę prawa materialnego w postaci błędnego przypisania oskarżonemu realizacji znamion art. 107 § 1 k.k.s. polegającej na działaniu wbrew przepisom: art. 6 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 dnia 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 2016 r. w sprawie C-305/15 oraz z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213/1, 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,

- 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.

Nadto wskazał na występującą w zaskarżonym wyroku bezwzględną przyczynę odwoławczą, z uwagi na zaistnienie okoliczności, o której mowa w art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., a to z powodów szczegółowo wskazanych w uchwale Sądu Najwyższego o sygn. I KZP 13/15, polegających na wyłącznej kompetencji prokuratora do wniesienia oskarżenia w sprawie.

Natomiast pełnomocnik interwenienta m.in. zarzucił wyrokowi: naruszenie przepisów prawa materialnego:

1. rażące naruszenie prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 u.g.h., art. 14 ust. 1 u.g.h. poprzez wydanie wyroku skazującego w stosunku do oskarżonego pomimo bezskuteczności przepisów współtworzących zestaw znamion zarzuconych mu czynów zabronionych 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 subsydiarnego względem niego art. 6 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 wobec oskarżonego w tej sprawie, co stanowi okoliczność wyłączającą ściganie, potwierdzoną wiążącą wykładnią TSUE dokonaną wyrokiem z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213, C-214 i C-217/11 (Fortuna i inni) oraz wcześniejszym wyrokiem z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05, a z kolei art. 6 ust. 1 u.g.h. nie może znaleźć zastosowania jako przepis subsydiarny względem bezskutecznego art. 14 ust. 1 u.g.h., w konsekwencji czego fakt prowadzenia postępowania i nie umorzenia go przez sąd *meriti* stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k.;

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 w stosunku do oskarżonego, pomimo, iż znamię strony przedmiotowej typu czynu zabronionego, tj. „urządza lub prowadzi grę na automacie”, jest zdefiniowane w przepisach technicznych (art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5 u.g.h.) podlegających obowiązkowi notyfikacji, a w związku z brakiem przeprowadzenia procesu notyfikacyjnej w tym zakresie powołane przepisy są bezskuteczne i nie mogą być stosowane, a tym samym oskarżony nie zrealizował jednego ze znamion czynu zabronionego;
3. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej w zw. z bezpośrednio skutecznym 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, poprzez ich niezastosowanie i uznanie, że sąd krajowy nie ma obowiązku natychmiastowej i samodzielnej odmowy zastosowania przepisów krajowych (w postaci wypełniającego blankietową normę art. 107 § 1 k.k.s. przepisu technicznego u.g.h., tj. art. 14 ust. 1 u.g.h. i subsydiarnego względem niego art. 6 ust. 1 u.g.h.), które nie zostały notyfikowane Komisji Europejskiej wbrew dyspozycji dyrektywy 98/34/WE.

Apelacje te rozpoznał Sąd Okręgowy w S. w dniach 22 lutego 2018 r. i 23 kwietnia 2018 r.

Wyrokiem z dnia 23 kwietnia 2018 r., sygn. akt II Ka 767/17: 1.zaskarżony wyrok uchylił i na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. postępowanie wobec

oskarżonego umorzył;

2. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił oskarżonemu automaty do gier oraz pieniądze w kwocie 6633 zł.

Kasację od tego wyroku wniósł Naczelnik (...) Urzędu Celno - Skarbowego w W., który zarzucił rażące i mające wpływ na treść wyroku naruszenie prawa, a mianowicie:

1. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 414 § 1 k.p.k., polegającego na umorzeniu postępowania karnego skarbowego wobec oskarżonego o zarzucany mu czyn w związku z ujawnieniem w toku rozprawy apelacyjnej, prawomocnego od dnia 3 listopada 2017 r., wyroku zapadłego przed Sądem Rejonowym w K. z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn.. akt II K (...), skazującego tego samego oskarżonego, w którym uznano czyny popełnione w okresie od dnia 19 sierpnia 2013 r. do dnia 21 lipca 2015 r. za czyn ciągły w rozumieniu art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.
 2. obrazę przepisów postępowania z art. 230 § 2 k.p.k. poprzez orzeczenie zwrotu oskarżonemu automatów do gier (wskazanych w opisie zarzucanych czynów), a także kwoty 6633 zł. ujawnionych wewnątrz tych automatów, w sytuacji, gdy nie posiada oskarżony uprawnień do posiadania takich przedmiotów wynikających z przepisu art. 15 j ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych
- i wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w S..

Prokurator Prokuratury Rejonowej w M. wniósł odpowiedź na kasację w której postulował uznanie tej kasacji za zasadną i uchylenie zaskarżonego nią wyroku oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w S..

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Rację ma skarżący twierdząc, iż zaskarżony wyrok jest dotknięty bezwzględną przyczyną odwoławczą, wskazaną w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. Jest ona następstwem rażącego naruszenia przez sąd odwoławczy prawa procesowego, a mianowicie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., w wyniku błędnego uznania, iż w tej sprawie zaistniała przeszkoda procesowa w postaci

naruszenia powagi rzecz osądzonej. Odnośnie problemu tożsamości czynu polegającego na urządzaniu gry hazardowej, to w wyroku z dnia 19 września 2018 r., w sprawie V KK 415/18 (OSNKW 2018/10/71), 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 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 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 należy w pełni zaaprobować, tym bardziej, że zostało uznane trafnym i zaaprobowane w innych, i to licznych, orzeczeniach Sądu Najwyższego (por. m.in. wyroki tego Sądu z: z dnia 15 listopada 2018 r., V KK 268/18, LEX nr 2585068; dnia 4 kwietnia 2019 r., IV KK 359/18, Lex nr 2657468; 16 kwietnia 2019 r., IV KO 119/18, Lex nr 2657508; 11 czerwca 2019 r., III KK 196/18, Lex nr 2687818).

Odnosząc to stanowisko do badanej sprawy, to gry hazardowe, których dotyczył zaskarżony wyrok urządzane były przez oskarżonego w: M. w lokalach: „S.” przy ulicy P. oraz „Restauracja K.” przy ul. B. oraz miejscowości P. w lokalu „M.”. Natomiast wyrok Sądu Rejonowego w K. z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...) dotyczył urządzania przez oskarżonego gier hazardowych w: R. w lokalu B. sp. z o.o. przy ulicy B., w K. w lokalach L., ulica G. oraz M. ul. R., a także w I. w Sanatorium Uzdrowiskowym „W.” przy ul. R.

Różne były zatem geograficzne miejsca popełnienia przypisanych M.W., w tej przywołanej przez Sąd Okręgowy sprawie 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 urządzenie gier w ramach działalności gospodarczej prowadzonej w formie Spółki z o.o. pod nazwą H. w W.. Natomiast w sprawie: II K (...) Sądu Rejonowego w K. przypisanych mu przestępczych działań miał się on dopuścić prowadząc działalność gospodarczą pod tą samą nazwą, ale także jako Prezes Spółki T. Sp. z o.o. w W., Spółki H. Sp. z o.o. w W. oraz jako Prezes Spółki H. w R.. Różne też były – w tych poszczególnych, przywołanych sprawach – automaty na których oskarżony te gry hazardowe prowadził.

Powyższe rozważania wykazują niemożność przyjęcia przez Sąd Okręgowy – we wskazanych realiach niniejszej sprawy - że czyn przypisany M.W. przez Sąd Rejonowy w M. stanowił zachowanie objęte czynem ciągłym stanowiącym przedmiot wcześniejszego osądzenia w tej sprawie Sądu Rejonowego w K.. 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 czynu ciągłego prawomocnie mu przypisanego w wyroku wydanym w tej wskazanej sprawie. Tego zaś nie sposób stwierdzić zestawiając stan faktyczny ustalony *in concreto* z podstawą faktyczną orzeczenia wydanego w przywołanym przez Sąd Okręgowy postępowaniu. 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 inną osobą (T.Ł.). 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, podniesionego w kasacji, zarzutu 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 tego zarzutu ograniczyć rozpoznanie kasacji, bowiem jest to wystarczające do wydania orzeczenia, a rozpoznanie drugiego zarzutu kasacji Naczelnika (...) Urzędu Celno – Skarbowego w W. stało się bezprzedmiotowe. Tym bardziej, że rozstrzygnięcie o dowodach rzeczowych – 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.

as