



Sygn. akt III KK 611/18

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.W.**

oskarżonego o popełnienie czynu z art. 107 § 1 k.k.s

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 17 października 2019 r.,

kasacji, wniesionych na niekorzyść przez prokuratora i Naczelnika (...) Urzędu
Celno-Skarbowego w B.

od wyroku Sądu Okręgowego w S.

z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt II Ka (...)

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w A. VI Zamiejscowy Wydział Karny z
siedzibą w S. z dnia 19 grudnia 2017 r., sygn. akt VI K (...),

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

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 19 grudnia 2017 r., sygn. akt VI K (...) Sąd Rejonowy w A. z/s w S. uznał oskarżonego M.D.W. za winnego tego, że w bliżej nieokreślonym czasie jednak nie później niż do dnia 4 grudnia 2014 r., działając wspólnie i w porozumieniu z T.M.J., będąc prezesem spółki „T.” Sp. z o.o. w miejscowości Sejny w lokalu „K.” przy ul. M., urządził gry na automatach do gier o nazwie A. nr (...) oraz A. o nr (...), bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry wbrew przepisom art. 6 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych tj. czynu z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 § 2 k.k.s. i za to skazał go, a na mocy art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 23 § 1 i 3 k.k.s. w zw. z art. 2 § 2 k.k.s. wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności i karę 100 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na 80 zł. Na podstawie art. 69 § 1 i § 2 k.k., art. 70 § 1 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres trzech lat.

Wyrok ten zaskarżył oskarżony.

W swojej apelacji zarzucił w pierwszej kolejności:

bezwzględna przesłankę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., polegającą na uprzednim skazaniu prawomocnym wyrokiem za czyny stanowiące „czyn ciągły” z art. 107 § 1 k.k.s., pochłaniający czyn z części wstępnej wyroku, to jest wyrokiem wydanym przez Sąd Rejonowy w K. z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...), na mocy którego skazany został za popełnienie przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s., gdzie zarzucanego czynu miał się dopuścić w okresie od dnia 19 sierpnia 2013 r. do dnia 27 marca 2015 r., a przypisane mu zachowanie stanowić miał czyn ciągły.

Nadto oskarżony zarzucił obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść wyroku, tj. art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego i w konsekwencji odmówienie wiarygodności stanowisku w zakresie odnoszącym się do jego przekonania i stanu świadomości, że prowadzona przez niego działalność była ówczesznie działalnością legalną, w sytuacji gdy złożone przez niego stanowisko na piśmie było spójne, rzeczowe i uwiarygodnione złożonymi do akt sprawy dokumentami – przykładowymi wyrokami sądów powszechnych uniewinniającymi go od zarzucanych mu czynów oraz przykładowymi prawomocnymi postanowieniami

sądów powszechnych umarzającymi 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 jego uzasadnione przekonanie, że prowadzona przez niego działalność w tamtym okresie była legalna.

Ponadto zarzucił:

1. obrazę prawa materialnego , tj. art. 10 § 4 k.k.s. poprzez brak jego zastosowania z uwagi na uznanie, że musiał mieć świadomość, że w okresie zarzucanych mu czynów istniały także odmienne stanowiska, podczas gdy w okresie jego działalności szeroko prezentowane przez organy uprawnione do stosowania prawa – w tym sądy i prokuratury na terenie całego kraju – było stanowisko, wskazujące, że zarówno art. 14, jak i art. 6 u.g.h. są przepisami technicznymi, a w związku z tym nie można ich stosować wobec jednostki, co w sposób oczywisty świadczy o tym, że nawet profesjonalista funkcjonujący na rynku, w sposób usprawiedliwiony mógł przyjmować, że prowadzenie tego typu działalności, bez koncesji na kasyna gry było wówczas legalne, nie było karalne, zwłaszcza jeśli uznamy, że kryterium „usprawiedliwienia” w rozumieniu 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, a który znajduje odzwierciedlenie w aktualnie zapadających wyrokach, a także mając na uwadze, że *de facto* do końca 2016 r., w zakresie prawomocnie orzeczonych wyroków, nie istniała rozbieżność orzecznicza i do tego czasu zapadały w stosunku do niego jedynie prawomocne wyroki uniewinniające;
2. obrazę prawa materialnego w postaci błędnego przypisania mu realizacji znamion przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s., poprzez wydanie wyroku skazującego pomimo 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 w zarzucanym okresie 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 tych 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 niego 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 mu „umyślności” w rozumieniu art. 4 § 2 k.k.s. dotyczącej działania wbrew obowiązującym przepisom prawa;

3. rażąco niewspółmierność kary poprzez orzeczenie kary 6 miesięcy pozbawienia wolności w zawieszeniu na 3 lata w sytuacji, gdy prawidłowa ocena okoliczności sprawy, fakt braku uprzedniej karalności, zakończenie prowadzenia przez niego działalności, wykonanie wielu z wymierzonych mu już kar, wymierzona przez Sąd kara jawi się jako rażąco niewspółmierna.

Apelację rozpoznał Sąd Okręgowy w S. w dniu 10 maja 2018 r. Wyrokiem tego dnia wydanym, sygn. akt II Ka (...), zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

na mocy art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. uchylił orzeczenia o uznaniu winy oskarżonego oraz o karze wobec niego orzeczonej i na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. postępowanie co do M.D.W. umorzył.

Kasacje od tego wyroku wnieśli: Prokurator Rejonowy w S. oraz Naczelnik (...) Urzędu Celno – Skarbowego w B..

Prokurator zarzucił: rażące naruszenie prawa materialnego i prawa procesowego mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

- 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. poprzez ich błędne zastosowanie, polegające na przyjęciu, że w sytuacji w której M.D.W. został skazany prawomocnym wyrokiem, Sądu Rejonowego w K. z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt I K (...) za czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., zachodzi bezwzględna przyczyna odwoławcza w postaci powagi rzeczy osądzonej, podczas gdy w niniejszej sprawie stan określony w tym przepisie nie miał miejsca, gdyż oskarżony popełniając zarzucony mu czyn nie kierował się tym samym zamiarem, lecz takim samym zamiarem, a czyn został popełniony w innym miejscu, w innej konfiguracji osobowej i za pomocą innych narzędzi w postaci automatów do gry;

- art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s., poprzez błędną ich wykładnię, której konsekwencją było umorzenie postępowania w stosunku do oskarżonego, podczas gdy art. 6 § 2 k.k.s. nie znajduje zastosowania do przestępstw skarbowych, których czasownikowe określenie strony przedmiotowej dopuszcza wielokrotność i trwałość działania sprawcy, a więc m.in. do przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s.

Identyczne w swojej treści zarzuty podniósł w kasacji także Naczelnik (...) Urzędu Celno – Skarbowego w B..

Obaj skarżący wniesli o uchylenie zaskarżonego wyroku – w zaskarżonej części – i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w S..

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacje są zasadne. Trafne są bowiem podnoszone w obydwu kasacjach jako pierwsze (tożsame w swojej treści) zarzuty.

Zaskarżony nimi wyrok zapadł z oczywistą (a przy tym niewątpliwie rażącą) obrazą tych przepisów postępowania, które zostały wskazane w podstawie prawnej tych zarzutów.

Rację mają bowiem 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 ugruntowane, bo 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 S. w lokalu „K.” przy ulicy M.. Natomiast wyrok Sądu Rejonowego w K. z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...), dotyczył urządzania przez oskarżonego gier hazardowych w okresie od 19 sierpnia 2013 r. do dnia 4 listopada 2015 r. w: R. w lokalu PPHU 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 na pewno fragmentami krzyżujące się) okresy ich popełnienia, tak jak różne lokale w których były one realizowane, czy też różne osoby z którymi współdziałał (w sprawie Sądu Rejonowego w K. z T.Ł., w sprawie niniejszej z T.J.).

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 T. 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 H. Sp. z o.o. w W. oraz jako Prezes Spółki H. Sp. z o. o. 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 A. VI Zamiejscowy Wydział Karny w S. 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 jednak 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 różnych konfiguracjach osobowych. 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 w zaskarżonej części wyroku Sądu Okręgowego w S. 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 obydwu kasacji, bowiem jest to wystarczające do wydania orzeczenia, a rozpoznanie drugich ich zarzutów – wobec przyczyny uwzględnienia kasacji – stało się bezprzedmiotowe.

Z tych to względów orzeczono jak wyżej.