



Sygn. akt III KK 646/18

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.,

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

kasacji wniesionych przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego
oraz Prokuratora Okręgowego w L., na niekorzyść oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w L. z dnia 27 lutego 2018 r., sygn. akt XI Ka (...),
uchylającego wyrok Sądu Rejonowego w B. z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt
VII K (...) i umarzającego postępowanie w sprawie,

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

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w B. z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt VIII K (...), M.W. został uznany za winnego tego, że w dniu 12 kwietnia 2016 r. będąc Prezesem zarządu firmy H. Sp. z o.o. z siedzibą w L., urządził w lokalu oznaczonym jako G. mieszczącym się przy sklepie D. ul. N. w miejscowości J., woj. (...), nielegalne gry hazardowe na urządzeniach o nazwie: A. – (...), A. – (...), A. – (...), C. – (...) wbrew przepisom art. 3, art. 6 ust. 1, art. 9, art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2016, poz. 471), tj. popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. i za to wymierzono mu karę 200 stawek dziennych grzywny po 100 zł każda oraz na podstawie art. 29 ust. 2 k.k.s. i art. 30 § 5 k.k.s. orzeczono przepadek dowodów rzeczowych wymienionych w wykazie dowodów rzeczowych w postaci urządzeń: A. – (...), A. – (...), A. – (...), C. – (...), nakazując na mocy art. 31 § 5 k.k.s. ich zniszczenie.

Od tego orzeczenia apelację wniósł samodzielnie oskarżony M.W., który zaskarżył wyrok całości, podnosząc zarzut obrazy prawa materialnego w postaci błędnego przypisania realizacji znamion przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s., polegającego na działaniu wbrew regulacji zawartej w art. 14 ust. 1 u.g.h., art. 6 ust. 1 u.g.h. oraz art. 23a u.g.h. i wydanie wyroku skazującego pomimo:

1. 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 z art. 14 ust. 1 u.g.h., co znajduje wyraz w orzecznictwie sądowym jak i stanowisku Komisji Europejskiej i pozwala uznać, że przepisy u.g.h. w usprawiedliwiony sposób mogły być traktowane, jako bezskuteczne, nadto w związku z prowadzeniem działalności w tzw. okresie przejściowym wprowadzonym przez art. 4 ustawy nowelizującej, a to ze względu na powszechne przyjmowanie przez organy ścigania i sądy powszechne, że wprowadzony okres przejściowy, odnosi się nie tylko do podmiotów, które prowadziły działalność polegającą na eksploatowaniu automatów do gier, zgodnie z wymaganiami u.g.h. przed 3 września 2015 r., ale także dotyczył podmiotów, które prowadziły taką działalność również legalnie (w zakresie,

o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 u.g.h.), w związku z brakiem wywiązania się przez państwo polskie z obowiązku notyfikowania przepisów technicznych, co w okolicznościach niniejszej sprawy bezpodstawnym czyni przypisanie mu umyślności dotyczącej działania wbrew obowiązującym przepisom prawa;

2. 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-303/15 oraz z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213/11, 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 (Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej), 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;
3. braku możliwości wywiązania się z obowiązku rejestracji automatów do gier, zgodnie z art. 23a ust. 1 u.g.h., co wynika wprost z założenia ustawy o grach hazardowej, której spójna treść nie przewiduje możliwości funkcjonowania automatów do gier poza kasynem gry (*vide*: art. 14 ust. 1 u.g.h.) oraz poza koncesją na kasyno gry (*vide*: art. 6 ust. 1 u.g.h.).

W konsekwencji oskarżony wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wydanie rozstrzygnięcia uniewinniającego, 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.

Ustanowiony w toku postępowania międzyinstancyjnego obrońca oskarżonego w piśmie z dnia 19 lutego 2018 r. zasygnalizował wystąpienie w przedmiotowej sprawie przeszkody procesowej w postaci *res iudicata* (art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.).

Rozpoznawszy tak skonstruowaną apelację Sąd Okręgowy w L. wyrokiem z dnia 27 lutego 2018 r., sygn. akt XI Ka (...), uchylił na podstawie art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. zaskarżone orzeczenie i umorzył postępowanie w sprawie, zaś na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił H. Sp. z.o.o. dowody rzeczowe opisane w wykazie wraz ze środkami pieniężnymi w kwocie 9587 zł.

Od tego wyroku kasację wniósł Prokurator Okręgowy w L., który zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonego M.W. w części dotyczącej orzeczenia w przedmiocie dowodów rzeczowych. W kasacji tej podniesiono zarzut obrazy art. 30 § 5 k.k.s. i art. 15j ustawy o grach hazardowych (Dz.U. z 2018 r., poz. 165), polegający na zwróceniu dowodów rzeczowych w postaci automatów do gier oraz środków pieniężnych w kwocie 9587 zł mimo, że przedmioty te służyły do popełnienia czynu zabronionego lub pochodziły z przestępstwa przypisanemu oskarżonemu przez Sąd Rejonowy w O. wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...). W konsekwencji w kasacji wniesiono o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania.

Orzeczenie Sądu odwoławczego w całości na niekorzyść M.W. zaskarżył natomiast wniesioną w dniu 24 października 2018 r. kasacją Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny. W kasacji podniesiono zarzut rażącego i mającego istotny wpływ na treść wyroku naruszenia przepisów prawa procesowego, tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. i art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. i uznanie, że czyn którego popełnienie zarzucono oskarżonemu M.W. jest tożsamy i został popełniony w wykonaniu z góry powziętego tego samego zamiaru z czynem, do którego postępowanie karne przeciwko temu samemu oskarżonemu zostało prawomocnie zakończone wyrokiem Sądu Rejonowego w O. o sygn. akt II K (...), w związku z czym zachodzą podstawy do umorzenia postępowania z uwagi na zaistnienie ujemnej przesłanki procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej. W konsekwencji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w L. w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja wniesiona przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego na niekorzyść M.W. jest oczywiście zasadna. Ponieważ złożona została ona z zachowaniem terminu określonego w art. 524 § 3 k.p.k., uwzględniając obecne (od dnia 5 października 2019 r.) brzmienie art. 535 § 5 k.p.k. (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), możliwe było jej uwzględnienie na posiedzeniu bez udziału stron.

Jednocześnie, wobec – będącego skutkiem uwzględnienia kasacji podmiotu określonego w art. 521 § 1 k.p.k. – uchylenia zaskarżonego wyroku Sądu drugiej instancji w całości, bezprzedmiotowe stało się rozpoznawanie zarzutu podniesionego w kasacji Prokuratora Okręgowego w L., który – skierowany również na niekorzyść, obejmował jedynie wąski zakres orzeczenia, co do którego rozstrzygnięto kasatoryjnie.

Rację przyznać należy Ministrowi Sprawiedliwości – Prokuratorowi Generalnemu, że w niniejszej sprawie Sąd odwoławczy niezasadnie uznał wystąpienie w sprawie ujemnej przesłanki procesowej *res iudicata*.

Pogląd Sądu Okręgowego w S. o zaistnieniu w tym postępowaniu okoliczności wskazanej w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. (powaga rzeczy osądzonej), czego efektem było z kolei uchylenie na podstawie art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. wyroku sądu *meriti* i umorzenie postępowania jest całkowicie błędny. Oparty on został na twierdzeniu, że czyn popełniony przez oskarżonego w dniu 12 kwietnia 2016 r. w sklepie „D.” w J. przy ul. N., stanowił element czynu ciągłego popełnionego w okresie od dnia 3 września 2015 r. do dnia 27 czerwca 2016 r., a objętego wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...), Sądu Rejonowego w O..

W skomprimowanym, w tym przedmiocie, fragmencie uzasadnienia sąd *ad quem* odwołał się wyłącznie do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 29/01, zgodnie z którą „prawomocne skazanie za czyn ciągły (art. 12 k.k.) stoi na przeszkodzie, ze względu na treść art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., ponownemu postępowaniu o później ujawnione zachowania, będące elementami tego czynu, które nie były przedmiotem wcześniejszego osądzenia, niezależnie od tego jak ma się społeczna szkodliwość nowo ujawnionych fragmentów czynu ciągłego do społecznej szkodliwości zachowań uprzednio w ramach tego czynu

osądzonych” (OSNKW 2002, z. 1-2, poz. 25). Nie poddał więc w ogóle pod swoją rozważę, że przesłanki umożliwiające przyjęcie w konkretnym wypadku czynu ciągłego zostały w art. 6 § 2 k.k.s. w części określone odmiennie niż to uczynił ustawodawca w art. 12 k.k., a w szczególności nie przeprowadził jakichkolwiek rozważań w przedmiocie tożsamości czynu objętego wyrokiem Sądu Rejonowego w B., a „czynu ciągłego”, którego dotyczył wyrok Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...), będący podstawą stwierdzonej przez Sąd odwoławczy ujemnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.

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 orzecniczą. 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 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. 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 czyn objęty wyrokiem Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...), popełniony został w zupełnie innych miejscach geograficznych (M., B., N., G.) niż czyn objęty wydanym w niniejszej sprawie wyrokiem sądu *a quo* (L.), gry były urządzone w różnych lokalach i na różnych automatach, inne były osoby, z którymi oskarżony zawierał umowy na wynajem powierzchni użytkowej, a nawet inne były podmioty, które reprezentował M.W. (H. Sp. z o.o. z siedzibą w L. w przedmiotowej sprawie oraz H. Sp. z o.o. z siedzibą w W. w sprawie Sądu Rejonowego w O.). Powyższe wskazuje, że *in concreto* nie było możliwe przyjęcie, tożsamości czynu, którego dotyczył zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w L. z czynem ciągłym osądzonym prawomocnie przez Sąd Rejonowy w Ostrołęce, a tylko wówczas można byłoby mówić o zaistnieniu przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej.

Trafnie zauważa 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 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 miałyby 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, stacji paliw), w 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 sklepie „D.” w J., 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 podniesionego w kasacji zarzutu rażącego naruszenia art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., 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 w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

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

Mając to na uwadze orzeczono jak w części dyspozytywnej wyroku.

as