



Sygn. akt III KK 574/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 grudnia 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Kazimierz Klugiewicz (przewodniczący)

SSN Dariusz Kala

SSN Piotr Mirek (sprawozdawca)

Protokolant Danuta Bratkrajc

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jerzego Engelkinga

w sprawie **M. W. i T. S. Ł.**

oskarżonych z art. 107 § 1 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 17 grudnia 2019 r.,

kasacji, wniesionych przez Prokuratora Rejonowego w E. i Naczelnika (...) Urzędu

Celno-Skarbowego w O.- na niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w S.

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

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w E.

z dnia 28 grudnia 2017 r., sygn. akt II K (...),

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

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy E., wyrokiem z dnia 28 grudnia 2017 r., sygn. akt II K (...), uznał oskarżonego M. W. za winnego tego, że zajmując się sprawami finansowymi firmy H. sp. z o.o. z siedzibą w W. w dniu 8 września 2014 r., poprzez wydzierżawienie powierzchni w lokalu sklepu A. w P. pod działający tam automat do gier o nazwie A. o nr (...), urządzał na tymże automacie gry, bez wymaganego zezwolenia i w miejscu do tego nieprzeznaczonym, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201 poz. 1540 z późn. zm.), co zostało uznane za przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych w zw. z art. 2 ust. 2 k.k.s., za którego popełnienie wymierzono mu karę grzywny w wysokości 110 stawek dziennych ustalając, iż jedna stawka dzienna wynosi 70 zł.

Tym samym wyrokiem uznał oskarżonego T. Ł. za winnego tego, że na podstawie udzielonego przez prezesa firmy H. Sp. z o.o. z siedzibą w W. pełnomocnictwa, w dniu 8 września 2014 r., poprzez podpisanie umowy na dzierżawę powierzchni w lokalu sklepu A. w P. pod działający tam automat do gier o nazwie A. o nr (...). urządzał na tymże automacie gry, bez wymaganego zezwolenia i w miejscu do tego nieprzeznaczonym, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, co uznane zostało za przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych w zw. z art. 2 ust. 2 k.k.s. i za co wymierzono mu karę grzywny w wysokości 90 stawek dziennych ustalając, iż jedna stawka dzienna wynosi 70 zł.

Apelację od powyższego wyroku wniósł oskarżony M. W., zaskarżając wyrok w całości, co do rozstrzygnięcia dotyczącego jego osoby, podnosząc zarzut naruszenie powagi rzeczy osądzonej przez wydanie wyroku skazującego pomimo uprzedniego skazania za ten sam czyn przez Sąd Rejonowy w K. wyrokiem z 3 kwietnia 2017 r., sygn. II K (...), na mocy którego uznany został za winnego popełnienia przestępstwa z art. 107 k.k.s., gdzie zarzucanych czynów miał się dopuścić się w okresie między 19 sierpnia 2013 r. a 27 marca 2015 r., co z kolei przesądzać miało o wystąpieniu bezwzględnej przesłanki odwoławczej o której mowa w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. Niezależnie od tak

postawionego zarzutu, oskarżony M. W. zarzucił także 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 oraz 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.

Na podstawie powyższych zarzutów wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia oraz umorzenie postępowania, względnie o uniewinnienie.

Apelację wniósł także oskarżony T. Ł., zaskarżając wyrok w całości, w zakresie, w którym go dotyczył i formułując zasadniczo identyczne zarzuty, jak oskarżony M. W.. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie powagi rzeczy osądzonej przez wydanie wyroku skazującego pomimo uprzedniego skazania za ten sam czyn przez Sąd Rejonowy w K. wyrokiem z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. II K (...), na mocy którego uznany został za winnego popełnienia przestępstwa z art. 107 k.k.s., gdzie zarzucanych czynów miał się dopuścić się w okresie między 19 sierpnia 2013 r. a 27 marca 2015 r., co z kolei przesądzać miało o wystąpieniu bezwzględnej przesłanki odwoławczej o której mowa w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., a także obrazę prawa materialnego, a to art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 4 § 1 i § 4 k.k.s., względnie 10 § 3 albo § 4 k.k.s. Skarżący podniósł ponadto zarzut błędnych ustaleń faktycznych.

Mając na względzie powyższe zarzuty wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i umorzenie postępowania, względnie o uniewinnienie.

Obie apelacje zostały uwzględnione wyrokiem Sądu Okręgowego w S. z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt II Ka (...), który uchylił orzeczenie i umorzył postępowanie ze względu na wystąpienie bezwzględnej przesłanki odwoławczej w postaci naruszenia powagi rzeczy osądzonej.

Kasację od powyższego wyroku wniósł prokurator, zaskarżając go na niekorzyść obu oskarżonych. Orzeczeniu zarzucił rażące naruszenie prawa materialnego, a to art. 6 § 2 k.k.s. poprzez uznanie, iż w przypadku czynów z art. 107 § 1 k.k.s., dla stwierdzenia wystąpienia znamion „taka sama sposobność” i „tego samego zamiaru” o których mowa w tym przepisie nie jest niezbędne wykorzystywanie przez sprawców tych samych automatów, działanie na podobnym

obszarze czy tożsamy krąg podmiotów pośredniczących w urządzaniu tychże gier, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego umorzenia postępowania karnego.

Mając na względzie powyższe uchybienie, wnioskował o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu odwoławczego i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Od powyższego wyroku kasację wnioskował także Naczelnik (...) Urzędu Celno-Skarbowego, zaskarżając orzeczenie na niekorzyść M. W. oraz T. Ł. i zarzucając mu 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, a także 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., a ponadto 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. Na podstawie tak sformułowanych zarzutów skarżący wnioskował o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Obie kasacje uznać należy za zasadne, o czym przesądza zasadność zarzutu błędnego zastosowania art. 6 § 2 k.k.s., co stało się pierwotną przyczyną niesłusznego umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. Zarzut ten dotyczy obu oskarżonych i został podniesiony przez obu skarżących. Stwierdzenie, że w sprawie nie wystąpiła bezwzględna przyczyna odwoławcza, której błędne ustalenie determinowało treść rozstrzygnięcia Sądu odwoławczego, musiało skutkować uchyleniem zaskarżonego wyroku.

W zaistniałym w niniejszej sprawie układzie procesowym pozbawionym racji było natomiast podnoszenie przez drugiego ze skarżących zarzutu rażącego naruszenia przepisu art. 632 pkt 2 i art. 634 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s.

Skoro Sąd odwoławczy umorzył postępowanie karne w stosunku do oskarżonych, to nie dopuścił się zarzucanej mu obrazy prawa. Wobec umorzenia postępowania, wymienione przepisy nakazywały - niezależnie od trafności tego rozstrzygnięcia - obciążyć kosztami procesu Skarb Państwa

Skarżący mają rację, że Sąd *ad quem* rażąco naruszył przepis art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., bowiem błędnie przyjął zaistnienie w niniejszej sprawie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej. Sąd odwoławczy uznał, że w przedmiotowej sprawie zachodzi tożsamość między czynami zarzucanymi oskarżonym, a wcześniej osądzonymi przestępstwami, których dotyczył wyrok Sądu Rejonowego w K. z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. II K (...), ze względu na wystąpienie po stronie oskarżonych tego samego zamiaru oraz takiej samej sposobności, o których mowa w art. 6 § 2 k.k.s. Zdaniem Sądu odwoławczego zaistniała w tym przypadku zarówno przesłanka w postaci tego samego zamiaru, o czym świadczy podejmowanie wielu podobnych zachowań, jak i takiej samej sposobności, o czym z kolei przesądza podejmowanie zachowań w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Zaprezentowaną wyżej argumentację uznać trzeba za nietrafną.

Zagadnienie tożsamości czynu polegającego na urządzaniu gry hazardowej w postaci gry na automatach o charakterze losowym było przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 września 2018 r., V KK 415/18, (OSNKW 2018, z. 10, poz. 71), wskazał, 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. Zatem uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo skarbowe 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”.

Powyższy pogląd został zaaprobowany w szeregu późniejszych orzeczeń Sądu Najwyższego i należy go również podzielić na gruncie niniejszej sprawy.

Jak słusznie podnosi się w literaturze, wskazując na różnicę między sformułowaniem „ten sam zamiar” oraz zwrotem „taki sam zamiar”, 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 wprawdzie z takim samym zamiarem, lecz w odniesieniu do każdego zachowania innym, co wyklucza spełnienie warunku tożsamości określonego w art. 6 § 2 k.k.s. (tak P. Kardas, Komentarz do art. 6 Kodeksu karnego skarbowego, teza 34 [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, WKP 2017, Lex/el).

Odnosząc powyższe do realiów rozstrzyganej sprawy należy wskazać, że oskarżeni M. W. oraz T. Ł. nie działali ani z tym samym zamiarem, ani z wykorzystaniem tej samej sposobności.

Oskarżeni mieli opracowany ogólny plan działania, który wdrażali od przypadku do przypadku, wynajmując w tym celu nowe lokale i przeznaczając je na salony gier. Nic nie wskazuje jednak na to, by zarzucane oskarżonym w niniejszej sprawie zachowania, polegające na urządzaniu gier hazardowych na automacie w lokalu znajdującym się w miejscowości Prostki były podejmowane w ramach tego samego zamiaru, co w przypadku zachowań, których dotyczy wyrok Sądu Rejonowego w K.. Brak przesłanek, które pozwalałyby przyjąć tożsamość strony podmiotowej. Sąd Najwyższy odrzuca pogląd przyjęty przez Sąd odwoławczy, zgodnie z którym w przypadku art. 6 § 2 k.k.s. ten sam zamiar należy interpretować jako zamiar prowadzenia określonej działalności gospodarczej. W realiach niniejszej sprawy mamy do czynienia z sytuacją działania w warunkach takiego samego, ale nie tego samego zamiaru, a tylko ta ostatnia okoliczność stanowi przesłankę z art. 6 § 2 k.k.s.

Pod pojęciem „takiej samej sposobności”, na którą powołał się Sąd odwoławczy w swoim wyroku, rozumieć należy wszelkie specyficzne okoliczności

sprawy, które, mając charakter powtarzalny, w istotny sposób wpływają zarówno na decyzję o popełnieniu przestępstwa, jak i sposób jego popełnienia. Jednocześnie, muszą mieć one charakter zewnętrzny i nie mogą zostać wykreowane przez samego oskarżonego, niejako w celu podejmowania czynów uznanych za przestępne. Zgodzić należy się z Sądem Najwyższym, który we wspomnianym wyroku z dnia 19 września 2018 r., V KK 415/18, wskazał, że w realiach spraw tego rodzaju co do zasady nie może być mowy o tym, by sprawca wykorzystywał sprzyjającą okazję, skoro w realizacji takich zachowań, jak urządzanie gier na automatach bez posiadania koncesji, nie ma żadnego elementu już istniejącego, albo takiego, który pojawia się na początkowym etapie realizacji czynu przestępczego i jest później wykorzystywany. W takim razie sprawca niczego nie wykorzystuje dla realizacji znamion czynu zabronionego, a wykonuje od początku do końca czyn zabroniony według powstałego zamiaru.

Nie sposób zatem uznać, aby oskarżeni wykorzystywali taką samą sposobność. Nie wystąpiły żadne specyficzne i powtarzalne okoliczności sprawy, które mogłyby świadczyć o występowaniu tego elementu. Te okoliczności, które zdaniem Sądu odwoławczego świadczyć mają o istnieniu przesłanki czynu ciągłego, były zależne od oskarżonych i nie stanowiły o „sposobności”, o której mowa w art. 6 § 2 k.k.s., która ma charakter niejako zewnętrzny.

W konsekwencji nie można uznać, że przestępstwa, których dotyczył zaskarżony wyrok, stanowią ten same czyny, co przestępstwa przypisane wyrokiem Sądu Rejonowego w K.. Przyjęcie czynu ciągłego jest tutaj wykluczone ze względu na brak zachodzenia okoliczności stanowiących podstawę art. 6 § 2 k.k.s. To z kolei sprawia, że nie wystąpiła tutaj ujemna przesłanka procesowa w postaci powagi rzeczy osądzonej.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku. W ponownym postępowaniu Sąd odwoławczy uwzględni wskazane w niniejszym uzasadnieniu zapatrywania prawne.