

POSTANOWIENIE

Dnia 15 lipca 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)

SSN Jacek Błaszczyk

SSN Małgorzata Gierszon (sprawozdawca)

po rozpoznaniu na posiedzeniu w Izbie Karnej w dniu 15 lipca 2020 r.,

w trybie art. 535 § 5 k.p.k.

sprawy **M. W.**

oskarżonego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.,

z powodu kasacji wniesionej przez Prokuratora Generalnego - na niekorzyść
oskarżonego,

od postanowienia Sądu Okręgowego w K. z dnia 14 czerwca 2019 r., sygn. akt IV
Kz (...),

utrzymującego w mocy postanowienie Sądu Rejonowego w K. z dnia 18 grudnia
2018 r., II K (...)

p o s t a n o w i ł

**1. uchylić zaskarżone postanowienie oraz utrzymane nim w
mocy postanowienie Sądu Rejonowego w K. i sprawę przekazać
temu Sądowi do ponownego rozpoznania;**

**2. obciążyć Skarb Państwa wydatkami postępowania
kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

M. W. został oskarżony o popełnienie czynu polegającego na tym, że pełniąc funkcję prezesa zarządu H. sp. z o.o. z siedzibą w K. w dniu 12 kwietnia 2016 r. prowadził i urządził gry na stacji Paliw P. sp. z o.o. przy ul. K. w miejscowości S. na automatach do gier o nazwach: A. numer (...) A. numer (...) - wbrew przepisom ustawy o grach

hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. (Dz. U. z 2009 r. nr 201, poz. 1540) określonym w art. 6 ust. 1, w art. 14 ust. 1 oraz w art. 23a ust. 1 ustawy tj. poza kasynem gry, bez wymaganej koncesji, na automatach, które nie zostały zarejestrowane przez właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego, tj. przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

W wyniku ponownego rozpoznania niniejszej sprawy postanowieniem z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt II K (...), Sąd Rejonowy w K.: I. na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. umorzył postępowanie karne przeciwko oskarżonemu M. W. o zarzucany mu czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s., II. na zasadzie art. 632 pkt 2 k.p.k. i art. 632a § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. orzekł, że koszty procesu w części obejmującej wydatki związane z ustanowieniem obrońcy ponosi oskarżony, a w pozostałej części koszty te ponosi Skarb Państwa. Na postanowienie to zażalenie wniósł zarówno Prokurator Rejonowy w K., jak i Naczelnik Urzędu Celno - Skarbowego w K..

Prokurator, zaskarżając to postanowienie w całości na niekorzyść oskarżonego, zarzucił mu błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę, mający wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, iż czyn zarzucany oskarżonemu stanowi ten sam czyn tej samej osoby, co do którego postępowanie zostało prawomocnie zakończone wyrokiem Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt. II K (...), co w efekcie doprowadziło do niezasadnego umorzenia postępowania wobec oskarżonego M. W. o zarzucany mu czyn realizujący znamiona z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s., podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie prowadzi do takiego wniosku, w szczególności z uwagi na brak tożsamości podmiotu urządzającego gry na automatach, miejsca jego działania, podmiotu, z którym zawarł umowę oskarżony jak i urządzenia, na którym gry były prowadzone. W oparciu zaś o tak sformułowany zarzut, na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. oraz art. 437 § 1 i § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. wniósł o uchylenie tego postanowienia i przekazanie niniejszej sprawy Sądowi Rejonowemu w K. do ponownego rozpoznania.

Z kolei Naczelnik Urzędu Celno - Skarbowego w K., zaskarżając również to postanowienie w całości na niekorzyść oskarżonego, zarzucił mu obrazę przepisów prawa procesowego mającą bezpośredni wpływ na jego treść oraz błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę, który niewątpliwie miał wpływ na jego, a mianowicie przepisu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., w konsekwencji domagając się także

uchylenia go i przekazania niniejszej sprawy do rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy w K. , postanowieniem z dnia 14 czerwca 2019 r., w sprawie IV Kz (...), utrzymał zaskarżone postanowienie w mocy oraz stwierdził, że wydatki związane z postępowaniem odwoławczym ponosi Skarb Państwa.

Postanowienie to zostało zaskarżone kasacją Prokuratora Generalnego wniesioną na podstawie art. 521 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.

Prokurator Generalny zaskarżył je w całości na niekorzyść M. W. i sformułował zarzut rażącego i mającego istotny wpływ na treść postanowienia naruszenia przepisów prawa – art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. oraz art. 6 § 2 k.k.s., polegającego na błędnym uznaniu, że uprzednie prawomocne skazanie M. W. wyrokiem Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...), za czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., stanowi o zaistnieniu ujemnej przesłanki procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej w rozpoznawanej sprawie i w konsekwencji niezasadnym umorzeniu postępowania wobec M. W., oskarżonego o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. Na tej podstawie skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia oraz utrzymanego nim w mocy postanowienia Sądu Rejonowego w K. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest oczywiście zasadna i jako taka podlegała uwzględnieniu w trybie art. 535 § 5 k.p.k. Orzekając o utrzymaniu w mocy postanowienia o umorzeniu postępowania karnego wobec oskarżonego M. W. Sąd Okręgowy w K. nie rozpoznał w należyty sposób zarzutów sformułowanych we wniesionych w sprawie zażaleniach. Przyjął bowiem nietrafnie, że w niniejszej sprawie zaistniała ujemna przesłanka procesowa powagi rzeczy osądzonej, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k., gdyż czyn objęty zarzutem w niniejszej sprawie stanowi ten sam czyn tej samej osoby, co do którego postępowanie zostało prawomocnie zakończone wyrokiem Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt. II K (...) Tym samym Sąd odwoławczy błędnie zaakceptował pogląd Sądu I instancji, iż powyższa okoliczność uzasadnia umorzenie postępowania karnego przeciwko M. W. ze względu na treść art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. Sąd ten przyjął, w ślad za sądem *meriti*, że w niniejszej sprawie zachodzi tożsamość czynu zarzucanego oskarżonemu z czynem ciągłym opisanym w art. 6 § 2 k.k.s, którego popełnienie zostało oskarżonemu wcześniej prawomocnie przypisane.

Tymczasem wbrew stwierdzeniom zawartym w postanowieniu Sądu II instancji, zachowania badane w niniejszej sprawie nie stanowiło elementu czynów ciągłych, co do których wydano prawomocny wyrok. Oprócz porównania czasu, w jakim miały miejsce

poszczególne zachowania oskarżonych, konieczne jest zbadanie także innych kryteriów tożsamości czynu. W badanej sprawie sprawca nie działał z tym samym zamiarem. W uzasadnieniu postanowienia Sąd Okręgowy w K. stwierdził, że w chwili podjęcia pierwszego z zachowań składających się na czyn ciągły przypisany M. W. w wyroku Sądu Rejonowego w O. oskarżony miał świadomość regulacji normatywnej zawartej w przepisach ustawy o grach hazardowych jako dopełniającej blankietowy przepis art. 107 § 1 k.k.s. i jego z góry powziętym zamiarem było urządzenie gier bez względu na to ile razy i w ilu miejscach, bez zezwolenia. W konsekwencji - zdaniem Sądu Okręgowego - każda próba fragmentaryzacji zamiaru oskarżonego dla potrzeb kwalifikacji jego czynu z art. 107 § 1 k.k.s. z odwołaniem do takich okoliczności jak czas i miejsce realizacji czynu uznana być musi za wyznaczenie granic tożsamości synu z odwołaniem do kryteriów pozanormatywnych wbrew treści art. 6 § 2 k.k.s.

Z tym stanowiskiem nie można się zgodzić.

Ten sam zamiar sprawca musi przejawiać od początku swojej działalności przestępczej w zakresie prowadzenia gier hazardowych, co oznacza, że M. W. musiałby już wówczas mieć świadomość zakresu tej działalności i obejmować swą wolą każde ze znamion czynu zabronionego. Tymczasem realizował on swe działania przestępne w zależności od nadarzającej się okazji, bez jakiegoś określonego planu. Każdorazowo pojawiająca się okazja prowadziła do zaistnienia po jego stronie nowych zamiarów.

W badanej sprawie nie zaistniała także druga przesłanka zastosowania konstrukcji czynu ciągłego, a mianowicie wykorzystanie takiej samej sposobności. Wbrew stwierdzeniom zawartym w uzasadnieniu postanowienia Sądu II instancji, oskarżonemu nie towarzyszył żaden przyjęty plan prowadzonej działalności. W związku z zachodzącymi między poszczególnymi zachowaniami różnicami (różne miejsca urządzenia gier, inne indywidualnie oznaczone numerami seryjnymi automaty, urządzenie gier w ramach działalności prowadzonej przez inne spółki) należy przyjąć, że każdorazowo wykorzystywał on nową, inną sposobność. W realizacji takich zachowań (urządzenie 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 wykorzystany. Sprawca niczego więc nie wykorzystuje dla realizacji znamion czynu zabronionego, a wykonuje od początku do końca czyn zabroniony według nowopowstałego zamiaru (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2018 r., V KK 415/18, OSNKW 2018, z. 10. poz. 71).

Podkreślić również należy, że wbrew zawartym w uzasadnieniu postanowienia Sądu II instancji stwierdzeniom o odwołaniu się do kryteriów pozanormatywnych przy

stwierdzeniu braku tożsamości czynu, to wskazane wcześniej okoliczności mają znaczenia z perspektywy znamion przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. W odniesieniu do przestępstwa stypizowanego w art. 107 § 1 k.k.s. należy stwierdzić, że skoro urządzenie gry hazardowej w postaci gry na automatach wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry (art. 6 ust. 1 tej 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 urządzenia 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. W konsekwencji, 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 karne skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2018 r., sygn. V KK 415/18, Lex Nr 2572694).

Analiza czynu prawomocnie przypisanego M. W. w nadmienionym wcześniej wyroku Sądu Rejonowego w O. wskazuje, że nie ujawniła się przeszkoda wynikająca z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. zakazująca ponownego postępowania o inne ujawnione zachowanie sprawcy, będące elementem czynu ciągłego, stanowiącego przedmiot wcześniejszego osądzenia (brak tożsamości czynów). Przedmiotem tych przestępstw było, co prawda, urządzenie gier na automatach w tym samym czasookresie, jednak chodziło o gry na innych automatach, w innych miejscach, miejscowościach. Kolejne zachowania M. W. podejmowane były w sposób zupełnie przypadkowy, uzależniony od tego, czy i kiedy nadarzy się okazja do wynajęcia powierzchni pod automaty do gier, bez jakiegoś określonego planu. Każdorazowo pojawiająca się okazja prowadziła do pojawienia się u M. W. nowego zamiaru. Nie sposób bowiem przyjąć, że na etapie zakładania różnych spółek przewidywał on urządzenie gier w różnym czasie, z różnymi dostawcami automatów do gier kolejnych umów dzierżawy pod automaty, kolejnych umów serwisowych. Każdorazowo podejmował swoje działanie z wykorzystaniem innej, a nie takiej samej sposobności.

Uzasadniając swoje stanowisko skarżący wskazał również, że konstrukcja czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s. nie może znaleźć zastosowania do przestępstw wieloczynowych, czyli takich, na które składa się wiele zachowań. Także w tym zakresie

należy przyznać rację skarżącemu (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 31 stycznia 2020 r., I KK 72/19, Lex 2797360). Gdy prawodawca określa znamiona typu czynu zabronionego jako np. urządza lub prowadzi grę (art. 107 § 1 k.k.s.), bądź trudni się sprzedażą losów (art. 100 k.k.s.), to w takich sytuacjach mamy do czynienia także z jednym przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym, którego znamiona realizowane są jednokrotnie przez wiele zachowań, o czym przesądza ustawowa wieloczynowość jego znamion (T. Grzegorzczak, Kodeks Karny Skarbowy. Komentarz, Warszawa 2006, s. 124.).

Różnica między czynem ciągłym a wymienionymi powyżej odmianami przestępstw (wieloczynowych) sprowadza się do tego, że w przypadku tych ostatnich uznanie, iż wielość zachowań stanowi jednokrotne wypełnienie znamion, wynika z kształtu znamion określonych w przepisie części szczególnej (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 12 września 2001 r., II AKo (...), OSA 201, z. 12, poz. 90), w przypadku zaś czynu ciągłego podstawą uznania wielości zachowań za tożsamą (jednorodną) podstawę kwalifikacji prawnej jest treść art. 6 § 2 k.k.s. (por. wyrok SN z dnia 26 marca 1999 r., IV KKN 28/99, Prok. i Pr. 1999, nr 10, poz. 2; wyrok SN z dnia 07 lutego 1975 r., IV KR 340/74, OSNKW 1975, nr 6, poz. 73; A. Zoll, glosa do wyroku SN z dnia 09 marca 2006 r., VKK 271/05, OSP 2007, z. 1, s. 6 i in.).

Brak zastosowania konstrukcji czynu ciągłego nie przesądza jednak o tym, że w przypadku rozpoznawania w odrębnych sprawach poszczególnych zachowań składających się na czyn wypełniający znamiona przestępstwa wieloczynowego nie może dojść do naruszenia zasady *ne bis in idem*. Znaczenie dla stwierdzenia, czy te zachowania stanowią jeden czyn kwalifikowany jako przestępstwo wieloodmianowe mają znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. Skoro penalizuje on zachowania polegające na „urządzaniu” lub „prowadzeniu” gier hazardowych wbrew przepisom ustawy, to przedmiotem czynności wykonawczej, niezbędnym dla realizacji znamienia czynnościowego tego typu przestępstwa jest konkretny automat do gier. Czasem popełnienia przestępstwa jest okres funkcjonowania, wykorzystywania tego konkretnego automatu do gier (zob. postanowienie Sądu najwyższego z dnia 31 stycznia 2020 r., I KK 72/19, Lex 2797360).

Mając powyższe na uwadze, w badanej sprawie nie było podstaw do umorzenia postępowania karnego na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. Dlatego Sąd Najwyższy uchylił zaskarżone postanowienia i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Orzeczenie o wydatkach uzasadnia treść art. 638 k.p.k.

