



Sygn. akt V KK 428/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 grudnia 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący)

SSN Rafał Malarski

SSN Andrzej Ryński (sprawozdawca)

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jacka Radoniewicza,
w sprawie **M. W.**
oskarżonego z art. 107 § 1 k.k.s i in.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 5 grudnia 2018 r.,
kasacji, wniesionej przez Naczelnika [...] Urzędu Celno-Skarbowego w S.
na niekorzyść oskarżonego
od wyroku Sądu Okręgowego w S.
z dnia 20 marca 2018 r., sygn. akt IV Ka [...],
uchylającego wyrok Sądu Rejonowego w S.
z dnia 30 stycznia 2017 r., sygn. akt V K [...] i umarzającego postępowanie,

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

UZASADNIENIE

M. W. został oskarżony o to, że

1. pełniąc funkcję prezesa sp. z o.o. H. z siedzibą przy ul. M. [...] w S., w okresie od dnia 1 października 2015 r. do dnia 16 października 2015 r. w lokalu V. mieszczącym się w S. przy ul. N. [...], wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, urządzał gry na 2 automatach do gier o nazwach A. nr PLD [...] oraz G. nr [...], tj. o czyn z art. 107 § 1 k.k.s.
2. pełniąc funkcję prezesa zarządu spółki H. sp z o.o. w okresie bliżej nieustalonym do dnia 19 listopada 2015 r. na automacie do gry X. [...] w lokalu L. przy ul. P. [...] w S. urządzał gry wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, tj. o czyn z art. 107 § 1 k.k.s.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 30 stycznia 2017 r., sygn. akt V K [...], uznano oskarżonego za winnego tego, że:

1. pełniąc funkcję prezesa sp. z o.o. H. z siedzibą przy ul. M. [...] w S., w okresie od dnia 1 października 2015 r. do dnia 16 października 2015 r. w lokalu V. mieszczącym się w S. przy ul. N. [...], wbrew przepisom art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, urządzał gry na 2 automatach do gier o nazwach A. nr [...] oraz G. nr [...], bez udzielonej koncesji poza kasynem gry, tj. o czynu z art. 107 § 1 k.k.s.

2. pełniąc funkcję prezesa zarządu spółki H. sp z o.o. w okresie bliżej nieustalonym nie wcześniej niż od dnia 20 października 2015 r. nie później niż do dnia 18 listopada 2015 r. urządzał gry wbrew przepisom art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, bez udzielonej koncesji poza kasynem gry na automacie do gry X. [...] w lokalu „L.” przy ul. P. [...] w S. tj. czynu z art. 107 § 1 k.k.s.

i za te przestępstwa, na podstawie art. 107 § 1 k.k. w zw. z art. 37 § 1 pkt 3 i § 4 k.k.s. w zw. z art. 38 § 1 pkt 3 k.k.s. wymierzono oskarżonemu karę miesiąca pozbawienia wolności oraz karę grzywny 80 stawek dziennych po 80 złotych każda,

Na podstawie art. 41 § 4 k.k.s. w zw. z art. 41 § 2 k.k.s. w zw. z art. 69 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 70 § 1 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. warunkowo zawieszono wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności na okres roku próby, zaś na podstawie art. 72 § 1 pkt 1 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. zobowiązano oskarżonego w tym okresie do informowania sądu o jego przebiegu.

Nadto orzeczono przepadek zabezpieczonych w sprawie dowodów rzeczowych w oparciu o przepisy art. 30 § 5 k.k.s. i art. 31 § 5 k.k.s.

Po rozpoznaniu apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonego Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 20 marca 2018 r., sygn. akt IV Ka [...], uchylił zaskarżony wyrok i na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. postępowanie karne skarbowe wobec oskarżonego M. W. o zarzucane mu przestępstwo umorzył.

Kasację od tego orzeczenia, na niekorzyść oskarżonego, wywiódł Naczelnik [...] Urzędu Celno – Skarbowego w S. zarzucając rażące naruszenie:

1. przepisu prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s., polegające na przyjęciu przez Sąd II instancji, że czyn z art. 107 § 1 k.k.s. może być kwalifikowany z art. 6 § 2 k.k.s., jako fragment tego samego czynu ciągłego, podczas gdy czyn z art. 107 § 1 k.k.s. jako trwały (tzw. wieloczynowa konstrukcja znamion) nie może być kwalifikowany z art. 6 § 2 k.k.s.

2. przepisu prawa procesowego, tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., poprzez uznanie przez Sąd Okręgowy, że zaistniała przesłanka z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w z art. 113 § 1 k.k.s., tj. powaga rzeczy osądzonej, bowiem o odpowiedzialności karnej oskarżonego rozstrzygnięto, co do tego samego czynu kwalifikowanego 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. w innym postępowaniu (wyrok Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., w sprawie II K. [...]), podczas, gdy w niniejszym postępowaniu czyny kwalifikowane z art. 107 § 1 k.k.s., nie są tożsame pod względem miejsca, automatów oraz funkcji oskarżonego jako prezesa zarządu w różnych podmiotach (H. sp. z o.o. z siedzibą w S.), z czynami kwalifikowanym z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w powołanym wyżej wyroku.

W oparciu o tak sformułowany zarzut skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Uwagi kasacji podzielił Prokurator Prokuratury Rejonowej w S., który w pisemnej odpowiedzi na kasację wniósł o jej uwzględnienie skargi w całości

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacja Naczelnika [...] Urzędu Celno – Skarbowego w S. okazała się w

pełni zasadna.

Nie można odmówić racji skarżącemu, że Sąd odwoławczy dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., uznając zaistnienie przeszkody procesowej określonej formułą *res iudicata* (powaga rzeczy osądzonej), co skutkowało niezasadnym uchYLENIEM zaskarżonego wyroku Sądu *meriti* i umorzeniem postępowania karnego o czyny tam opisane.

Wyrażając swój pogląd Sąd odwoławczy ustalił, że M. W., został prawomocnie skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K [...], za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w warunkach przewidzianych w art. 6 § 2 k.k.s., na które składało się piętnaście działań popełnionych w okresie od dnia 3 września 2015 r. do dnia 27 czerwca 2016 r. Natomiast Sąd I instancji przyjął w przedmiotowej sprawie, że M. W. dopuścił się przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w okresie od 1 października 2015 r. do 16 października 2015 r. oraz od 20 października 2015 r. nie później niż do 18 listopada 2015 r. Zatem określone zachowania wskazane w przyjętym czynie należy potraktować jako fragment już prawomocnie osądzonych czynów ciągłych.

Odnosząc się do zarzutów kasacji podnieść należy, że ich uzasadnienie wskazuje, iż istotą problemu nie są wadliwe poglądy prawne wyrażone przez Sądy we wskazanych orzeczeniach, ale przyjęcie tożsamości czynu w rozumieniu art. 6 § 2 k.k.s. w prawomocnym wyroku Sądu odwoławczego, zaskarżonym obecnie kasacją (art. 526 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). W kasacji, zatem forsowana jest teza, że przepis art. 6 § 2 k.k.s. nie może być stosowany do przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. z uwagi na jego charakter, by następnie na tej podstawie wywieść stwierdzenie, iż umorzenie postępowania w niniejszej sprawie przy zastosowaniu konstrukcji *res iudicata* było wadliwe, a tym samym naruszało przepis art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. Zatem, w realiach tej sprawy nie doszło do wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. Przy takim rozumieniu wywiedzionej skargi, wprost sformułowanym w zarzucie 2, skarżący słusznie zakwestionował fakt, że przypisane oskarżonemu w wyroku Sądu pierwszej instancji zachowania, mające miejsce w okresie od 1 października 2015 r. do 18 listopada 2015 r., a polegające na urządzaniu, w ściśle wskazanych miejscach, gier na opisanych szczegółowo automatach do gier wbrew

przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tj. Dz. U. z 2018, poz. 165 ze zm. powoływanej dalej także skrótem u.g.h.), stanowi zachowanie normatywnie tożsame z czynami, za które skazano go w wyrokach w sprawie II K [...] Sądu Rejonowego w O., a zatem stanowi element osądzonego już czynu ciągłego. Zgodzić się należy ze skarżącym, że przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. ma charakter trwały, ponieważ polega m.in. na wywołaniu i utrzymaniu stanu przestępnego (zob. uzasadnienie uchwały 7 sędziów SN z dnia 7 września 2000 r., I KZP 22/00, OSNKW 2000/9-10/79 i powołane tam orzecznictwo). Zatem w odniesieniu do konkretnego automatu i jego lokalizacji działania sprawcy nie mogą wchodzić w skład czynu ciągłego. W uzasadnieniu kasacji jej autor słusznie wskazał, że choć przedmiotem przestępstw było urządzenie gier na automatach do gier w zazębiającym się czasookresie, to jednak w tych sprawach inne były zarówno miejsca urządzania gier, inne automaty, jak również i to, że oskarżony działał w imieniu innych odrębnych podmiotów gospodarczych. Tym samym nie sposób w realiach przedmiotowej sprawy przypisać oskarżonemu tego samego zamiaru popełnienia przestępstwa skarbowego opisanego w wyroku wydanego w sprawie II K [...], a następnie będącego przedmiotem sprawy o sygn. akt II K V K [...]. Oskarżony od samego początku prowadzenia tego rodzaju działalności musiałby mieć bowiem świadomość zakresu tej działalności i obejmować nią wolę realizacji każdego ze znamion czynu zabronionego. Oskarżony realizował natomiast działania w sposób przypadkowy, w zależności od nadarzającej się okazji, w różnych miejscach i bez z góry ustalonego planu. Za każdym razem tworzył on w ten sposób nowe warunki do popełniania kolejnych przestępstw i działanie to obejmował odrębnym zamiarem.

W kwestii tej wypowiedział się już zresztą kilkakrotnie Sąd Najwyższy na kanwie spraw o zbliżonym stanie faktycznym, rozstrzygając identyczny problem prawny (zob. wyroki SN z dnia 19 września 2018 r. w sprawach o sygn. akt V KK 415/18 oraz V KK 419/18, wyroki z dnia 15 listopada 2018 r. w sprawach o sygn. akt V KK 334/18 oraz V KK 314/18 baza orzeczeń Supremus). Dlatego też Sąd Najwyższy w składzie obecnym podziela to stanowisko uznając za zasadne przywołanie zamieszczonych w tych orzeczeniach poglądów prawnych, tyczących przyjętych przez Sądy orzekające w tych sprawach czynów ciągłych z art.

107 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w kontekście przesłanki *res iudicata*, albowiem zachowują one swoją aktualność do rozstrzygnięcia zapadłego w tej sprawie.

Nie ulega wątpliwości, że Sąd *ad quem* dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. oraz art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., uznając niezasadnie zaistnienie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, co doprowadziło do niesłusznego uchylenia orzeczenia Sądu pierwszej instancji i umorzenia postępowania. Jak to zostało zaakcentowane we wskazanych wyżej orzeczeniach Sądu Najwyższego, 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 (Dz.U. z 2018 r., poz. 165) 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.). Z kolei, automaty do gier eksploatowane przez podmioty posiadające koncesję na prowadzenie kasyna muszą być zarejestrowane przez naczelnika urzędu celno-skarbowego, co oznacza dopuszczenie automatu do eksploatacji (art. 23a u.g.h.). Dlatego też zachowanie osoby, która nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna podejmuje działanie w postaci urządzania gry na automatach w różnych miejscach (miejscowościach, lokalach) i utrzymuje taki stan w określonym czasie, tak jak to było w analizowanych przypadkach, stanowi każdorazowo - od strony prawnokarnej - inny czyn, podjęty z zamiarem naruszenia tych przepisów w każdym z tych miejsc. Nadto trafnie zauważył Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie V KK 415/18, że w odniesieniu do zachowania oskarżonego nie sposób przyjąć określonej w art. 6 § 2 k.k.s. przesłanki „z wykorzystaniem takiej samej sposobności”, bowiem zwrot ten oznacza powielanie analogicznych zachowań nagannych z wykorzystaniem takiej samej nadarzającej się okazji lub sprzyjających warunków czy okoliczności. Dlatego Sąd Najwyższy trafnie 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 wykorzystany. Sprawca niczego więc nie wykorzystuje dla realizacji znamion czynu zabronionego.

Reasumując, nie ulega wątpliwości, że prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s., popełnione w innym miejscu, nawet w sytuacji, gdy sąd przyjmuje, iż zostało ono dokonane 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.

Biorąc pod uwagę powyższe, a także fakt wystąpienia rażącego naruszenia wskazanych wyżej przepisów prawa procesowego, które miało oczywisty wpływ na treść orzeczenia, a w konsekwencji niezasadnego umorzenia postępowania, zaskarżony wyrok należało uchylić i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w postępowaniu odwoławczym. Sąd odwoławczy będąc związany wyrażonym poglądem prawnym (art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.) i mając na uwadze treść przepisu art. 44 § 6 k.k.s., rozpozna apelację wniesioną przez obrońcę oskarżonego.

Uwzględniając całokształt przeprowadzonych wyżej rozważań na podstawie art. 537 § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. orzeczono, jak w części dyspozytywnej wyroku.