



Sygn. akt V KK 485/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 stycznia 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Tomczyk (przewodniczący)

SSN Krzysztof Cesarz (sprawozdawca)

SSN Eugeniusz Wildowicz

Protokolant Patrycja Kotlarska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jacka Radoniewicza,

w sprawie **M. W.**

oskarżonego z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 29 stycznia 2019 r.,

kasacji wniesionej przez Naczelnika Urzędu Celno - Skarbowego we W. –

na niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w J.

z dnia 10 kwietnia 2018 r., sygn. akt VI Ka [...],

uchylającego wyrok Sądu Rejonowego w L.

z dnia 8 grudnia 2017 r., sygn. akt II K [...] i i umarzającego postępowanie,

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

UZASADNIENIE

M. W. został oskarżony o dwa czyny pozostające w zbiegu realnym i wypełniające dyspozycję art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s., polegające na tym, że:

I. będąc prezesem „H. [...]” sp. z o.o. z siedzibą w W. ul. C. [...] i będąc na podstawie prawa uprawnionym i zobowiązanym do prowadzenia spraw gospodarczych tej spółki, prowadził i urządzał co najmniej w dniu 19 lutego 2016 r. w klubokawiarni „Ś.” L., Ś. [...], gry na urządzeniach do gier o nazwie: G. nr fabryczny [...] i A. nr fabryczny [...], wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.),

II. będąc prezesem „H.” sp. z o.o. z siedzibą w W. ul. C. [...] i będąc na podstawie prawa uprawnionym i zobowiązanym do prowadzenia spraw gospodarczych tej spółki, prowadził i urządzał co najmniej w dniu 9 marca 2015 r. w kawiarni „C.” w L., gry na urządzeniu do gier o nazwie M. nr fabryczny [...], wbrew przepisom ustawy z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych.

Sąd Rejonowy w L. wyrokiem z dnia 8 grudnia 2017 r., II K [...], uznał oskarżonego za winnego zarzucanych mu czynów i za każdy z nich na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. wymierzył grzywnę 70 stawek dziennych, przyjmując jedną stawkę za równoważną kwocie 100 zł, a następnie orzekł karę łączną 100 stawek dziennych grzywny po 100 zł za stawkę, na podstawie art. 29 pkt 1 k.k.s. orzekł przepadek kwoty 880 zł, zaś na podstawie art. 32 § 1 k.k.s. orzekł środek karny w postaci ściągnięcia kwoty 24.000 zł stanowiącej równowartość dwóch zwróconych automatów do gier i zwolnił oskarżonego od kosztów sądowych.

Apelację od tego wyroku złożył oskarżony, który podniósł zarzuty:

1. wystąpienia tzw. bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., ponieważ uprzednio został prawomocnie skazany:

a) wyrokiem Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., II K [...], za czyn ciągły popełniony od dnia 3 września 2015 r. do 27 czerwca 2017 r. wyczerpujący dyspozycję art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i 6 § 2 k.k.s., a zatem czyn z pkt I był osądzonym już fragmentem tego czynu ciągłego,

b) wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z dnia 3 kwietnia 2017 r., II K [...], za czyn ciągły dokonany od dnia 19 sierpnia 2013 r. do 27 marca 2015 r., a więc czyn z pkt II stanowił fragment tego, osądzanego już, czynu ciągłego,

2. obrazy art. 7 k.p.k., 410 k.p.k. i 413 § 2 pkt 1 k.p.k.,

3. obrazy art. 107 § 1 k.k.s.,

4. rażącej surowości kary grzywny i środka karnego ściągnięcia równowartości urzędzeń do gier.

Skarżący się wniósł o uchylenie wyroku i umorzenie postępowania z uwagi na przeszkodę procesową powagi rzeczy osądzonej (*rei iudicatae*) albo zmianę wyroku: przez uniewinnienie oskarżonego albo przez odstąpienie od wymierzenia kary, alternatywnie – o wymierzenie jej w dolnych granicach i obniżenie wysokości środka karnego.

Wyrokiem z dnia 10 kwietnia 2018 r., VI Ka [...], Sąd Okręgowy w J. uchylił zaskarżony wyrok i na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 *in princ* k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. umorzył postępowanie w sprawie.

Kasację na niekorzyść M. W. złożył naczelnik [...] Urzędu Celno – Skarbowego we W., zarzucając:

„I. rażąco obrazę przepisów postępowania, a to 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. polegającą na ich zastosowaniu i w konsekwencji uchyleniu wyroku Sądu Rejonowego w L. i umorzeniu przez Sąd odwoławczy postępowania wobec oskarżonego M. W. o czyn opisany w części wstępnej wyroku, a stanowiący przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s., wadliwie przyjmując za podstawę umorzenia zaistnienie negatywnej przesłanki procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, to jest skazania M. W. wyrokiem Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r. w sprawie sygn. akt II K [...] oraz Sądu Rejonowego w K. z dnia 3 kwietnia 2017 r. w sprawie II K [...] (...)”,

„II. rażąco obrazę przepisów prawa materialnego a to art. 6 § 2 k.k.s. poprzez błędne zastosowanie konstrukcji czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s. do przestępstw skarbowych z art. 107 § 1 k.k.s., w sytuacji gdy przestępstwo skarbowe pomieszczone w art. 107 § 1 k.k.s. jest przestępstwem trwałym, do którego nie ma zastosowania konstrukcja czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s., co

doprowadziło do bezzasadnego uchylenia zaskarżonego wyroku i umorzenia postępowania wobec oskarżonego M. W. z uwagi na zaistnienie przesłanki w postaci powagi rzeczy osądzonej.

III. naruszenie art. 632 p. 2 k.p.k. poprzez jego zastosowanie i obciążenie kosztami sądowymi Skarbu Państwa w sytuacji braku podstaw do umorzenia postępowania.”

Skarżący wniósł o uchylenie wyroku Sądu odwoławczego i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Obu zarzutom nie można odmówić słuszności, jakkolwiek zauważyć należy, że uchybienie wskazane w pierwszym z nich aktualizuje się dopiero w razie podzielenia drugiego zarzutu.

Poczynając więc od tego ostatniego (naruszenia art. 6 § 2 k.k.s.), pierwsza, choć tylko porządkująca, uwaga jest taka, że tzw. przestępstwa trwale polegają na utrzymaniu pewnego stanu rzeczy. Przykładowo, chodzi o pozbawienie człowieka wolności (art. 189 § 1 k.k.), nielegalne posiadanie broni (art. 263 § 2 k.k.), dezercję (art. 339 § 1 k.k.). Natomiast przestępstwa określone w art. 107 § 1 k.k.s. należy zaliczyć do tzw. przestępstw wieloczynnościowych (nieprecyzyjnie – wieloczynowych). Nie chodzi tu przecież o wywołanie pewnego stanu, a następnie tylko utrzymywaniu go, ale o alternatywne działania, złożone z wielu czynności dokonujących zmian w świecie zewnętrznym, aktywnie więc realizujących znamiona „urządzania” lub „prowadzenia” gier hazardowych. Druga, konieczna uwaga dotyczy poglądów wyrażonych w piśmiennictwie, a przytoczonych w uzasadnieniu skargi, że instytucja z art. 6 § 2 k.k.s. nie znajduje zastosowania do przestępstw trwałych, wieloodmianowych, zbiorowych, czy przestępstw z reguły popełnionych powtarzającymi się zachowaniami (zob. P. Kardas [w] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski: Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2017, s. 80 z powołaniem się na T. Grzegorzczaka). W kasacji nie wspomniano już, że zdaniem tych komentatorów „powoływanie się na art. 6 § 1 (k.k.s. – przyp. SN) jest zbędne (podkr. – SN) w wypadkach tzw. wieloczynowego określenia znamion np. >>urządza lub prowadzi grę<<” (art. 107 § 1), >> trudni się sprzedażą losów” (art. 110), >> nabywa, przechowuje lub przewozi << (art. 65 § 1 i 2, art. 91 § 1 i 2);

jest to także jedno przestępstwo ze względu na wieloczynowość jego znamion” (T. Grzegorzczak: Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2009, s. 58, p. Kardas, op. cit., s. 79). Zbędność ta, polegająca na zaniechaniu powoływania do kwalifikacji przepisu art. 6 § 2 k.k.s., wynika z redukcji wielu działań sprawcy do jednego zachowania. Jeżeli więc sprawca np. w określonym czasie prowadził bez koncesji grę na jednym automacie, to jego zachowanie należy kwalifikować tylko z art. 107 § 1 k.k.s. (bez „w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.”). Dodać jedynie trzeba, że przy przestępstwach wieloodmianowych, w których alternatywne zachowania są jednoaktowe, redukcja ta następuje w razie kumulatywnego wypełnienia znamion czynnościowych, np. gdy sprawca „nabywa”, a następnie „przewozi” wyroby akcyzowe (np. art. 65 § 1 i 2 k.k.s.).

Gdy idzie o czyn z art. 107 § 1 k.k.s., to jak wyżej wspomniano – na „urządzanie” lub „prowadzenie” gier hazardowych składa się wiele działań. Wszelako specyfika tego przestępstwa polega jeszcze na tym, że jest zarazem przestępstwem wieloodmianowym. Zostanie ono dokonane już w razie wypełnienia jednego ze wskazanych wyżej znamion czynnościowych np. w postaci urządzania gier hazardowych bez koncesji. Jeżeli jednak następnie sprawca w innym miejscu, na innym automacie nie tylko urządzi grę hazardową, ale będzie ją również prowadził, to popełni nowy czyn pozostający w zbiegu realnym z poprzednim czynem. Nie zostanie bowiem zachowana tożsamość czynów w rozumieniu art. 6 § 2 k.k.s. To drugie zachowanie będzie już innym czynem, choć także kwalifikowanym z art. 107 § 1 k.k.s. Zapatrywanie takie zostało już wyrażone w szeregu judykatach Sądu Najwyższego, w tym w wyroku z dnia 19 września 2018 r., V KK 415/18 (OSNKW 2018, z. 10, poz. 71). Należy je wywieść z istoty czynu ciągłego uregulowanego w art. 6 § 2 k.k.s., będącego odpowiednikiem art. 12 zd. pierwsze k.k. (zob. uzasadnienie rządowego projektu Kodeksu karnego skarbowego w: Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny skarbowy, Warszawa 1999, zeszyt 25, s. 144). Konstrukcja czynu ciągłego określonego w art. 12 k.k. dotyczyć ma przestępstw popełnianych na raty (zob. Nowe Kodeksy Karne – z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 124). Jeżeli w różnych miejscach i z użyciem różnych automatów dochodziło tylko do urządzania gier hazardowych (czyn z pkt X wyroku Sądu Rejonowego w O. mający objąć czyn z pkt I tej sprawy i czyn z pkt I

wyroku Sądu Rejonowego w K. mający objąć czyn z pkt II), zaś czyny z pkt I i II niniejszej sprawy polegały i na urządzaniu i na prowadzeniu gier hazardowych jeszcze w innych miejscach i przy użyciu innych automatów niż we wskazanych wyżej sprawach, to czyny te różniły się zachowaniami, wykluczającymi objęcie ich klamrą czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s., pomimo wypełnienia tymi zachowaniami również znamion z art. 107 § 1 k.k.s. W niniejszej sprawie doszło więc nie tylko do użycia różnych przedmiotów czynności wykonawczych i w różnych geograficznie miejscach, ale również do skumulowania czynności czasownikowych (urządzania i prowadzenia gier).

Jest jeszcze inny, istotniejszy powód uznania drugiego zarzutu kasacji za zasadny.

Oskarżony, który odmówił złożenia wyjaśnień, napisał w apelacji: „podkreślam, że jako prezes spółek hazardowych, prowadziłem działalność na terenie całego kraju. Z mojej perspektywy bez znaczenia pozostawała lokalizacja danych punktów, jako że sam w zdecydowanej większości tych miejsc nigdy nie byłem. Miejscem mojej pracy pozostawała głównie W.. To w tym miejscu dochodziło do podpisywania przeze mnie umów, które następnie trafiały do poszczególnych właścicieli lokali, nie brałem też osobistego, fizycznego udziału w rozmieszczaniu automatów w konkretnych punktach. Od początku do końca (czerwiec 2016 r.), działalność ta była objęta jednym zamiarem, prowadzenia działalności polegającej na urządzeniu gier na urządzeniach w lokalach, na terenie całego kraju. Koncepcja prowadzenia tej działalności, od początku była spójna i jednolita.”

Sąd odwoławczy przyjął stanowisko oskarżonego za motyw swojego rozstrzygnięcia, stwierdzając: „czyny zarzucane oskarżonemu w niniejszym postępowaniu i te, przypisane mu już wcześniej, polegały na kierowaniu przez niego działalnością spółek. Jego faktyczne zachowanie sprowadzało się zatem do kierowania funkcjonowaniem tych podmiotów, podpisywaniem w ich imieniu oświadczeń woli, decydowania o kierunkach działania przedsiębiorstw. Nie polegało natomiast na osobistym instalowaniu automatów do gry, ich obsłudze, czy włączaniu. Nie on kontaktował się z właścicielami lokali, nie zajmował się umieszczaniem i obsługą urządzeń do gier. M. W. zamiarem swoim obejmował

więc całość tych elementów, stanowiących niezbędne części działalności gospodarczej polegającej na prowadzeniu gier na automatach. Nie rozdzielał swoich aktów woli na konkretne umowy, czy instalacje. W odniesieniu do każdego z takich zdarzeń nie decydował osobno, by wziąć udział w organizowaniu gier, ale z góry założył, że będzie się tym zajmował i dążył do sukcesu gospodarczego prowadzonych przedsiębiorstw. Oznacza to, że jego opisywana działalność, niezależnie od tego, ilu automatów do gry dotyczyła i w imieniu jakich podmiotów była prowadzona, stanowiła jeden czyn, podjęty ze z góry powziętym zamiarem. Odpowiada to dyspozycji art. 6 § 2 k.k.s.

Znany jest sądowi odwoławczemu pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z 4 kwietnia 2018 roku w sprawie V KS 5/18. Pomija on jednak specyfikę działalności oskarżonego, który nie zajmował się osobiście urządzaniem gier na automatach, a organizował taką działalność w większym rozmiarze, z góry zakładając prowadzenie jej w różnych miejscach, przy użyciu wielu urządzeń. (...)

Istnieje zatem zbieżność czasowa oraz tożsamość przedmiotowa, jak również jedność, co do realizowania tego samego, z góry powziętego zamiaru, pomiędzy przestępstwami skarbowymi M. W., o których mowa w wyrokach w sprawach II K [...] Sądu Rejonowego w O. i II K [...] Sądu Rejonowego w K. i czynami zarzucanymi mu w niniejszym procesie. Działania, których dotyczył zaskarżony wyrok, stanowiły zatem elementy ciągów przestępstw, za które wymierzono już oskarżonemu kary we wcześniej wydanych orzeczeniach. Nie mogły być w tej sytuacji przedmiotem osobnego, kolejnego postępowania - musiało ono ulec umorzeniu, zgodnie z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s."

Zgodzić się można z Sądem odwoławczym, że „ten sam zamiar”, o którym mowa w art. 6 § 2 k.k.s., to również z góry powzięty zamiar; inaczej mówiąc, to pierwsze pojęcie mieści się w drugim. Ale poza analizą Sądu znalazła się fraza, że przepis ten dotyczy zachowań „podjętych w krótkich **odstępach** czasu”. Sąd był zobowiązany rozważyć, czy tak opisane zachowania oskarżonego spełniają wspomniany warunek. Regulacja zawarta w art. 6 § 2 k.k.s. przewidziana została – jak wspomniano – dla czynów popełnianych „na raty”. Chodzi o zachowania podejmowane sukcesywnie – jedno po drugim.

Tymczasem, jak podał sam oskarżony, jego ogólny zamiar miał być realizowany nie stopniowo, krok po kroku, ale jednocześnie w różnych miejscach (lokalach) całego kraju. Tylko siłą rzeczy (z istoty) ta „działalność” (określenie oskarżonego z apelacji – k. 761) miała być rozciągnięta w czasie, a nie z woli oskarżonego. W podanych przez niego okolicznościach, przyjętych i rozwiniętych przez Sąd odwoławczy, na działalność oskarżonego nie da się nałożyć „siatki” czynu ciągłego, tj. objąć tej działalności konstrukcją art. 6 § 2 k.k.s., ponieważ warunek **odstępu** między zachowaniami w rozumieniu tego przepisu nie został spełniony. Należałoby ewentualnie rozważyć, czy taka działalność nie urzeczywistnia instytucji szczególnego ciągu przestępstw (art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s.). Nasuwa się pytanie, czy zamysł działalności na skalę ogólnokrajową, jeżeli uznać ją za przestępczą, przynoszącą znaczne zyski, a zarazem uchylającą się od opodatkowania, powinien skutkować objęciem tej działalności konstrukcją zwalniającą od części odpowiedzialności nie tylko ze względu na niewydolność organów ścigania ale, i z uwagi na rozmiary działalności przestępczej; innymi słowy, jest to pytanie o *ratio legis* instytucji art. 6 § 2 k.k.s., na które nie odpowiedział Sąd odwoławczy.

Podsumowując, doszło przed tym Sądem do rażącego naruszenia art. 6 § 2 k.k.s. z przyczyn podanych wyżej, które mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Skoro bezpodstawnie Sąd odwoławczy przyjął, że zarzucane oskarżonemu czyny zostały pochłonięte wyrokami Sądów Rejonowych w O. i K., to nie było podstaw do stwierdzenia przeszkody procesowej określonej w art. 17 § 1 pkt 7 *in princ.* k.p.k. i umorzenia postępowania. Trafny zatem okazał się również drugi zarzut kasacyjny.

Ponownie rozpoznając sprawę, Sąd Okręgowy będzie miał w polu uwagi zapatrywania wyrażone w niniejszych motywach, pozostałe zarzuty apelacyjne, a nadto szczególną konstrukcję odpowiedzialności przewidzianą w art. 9 § 3 k.k.s. i w efekcie kwestię jej adekwatności do opisu zarzucanych czynów.