

Sygnatura akt VI Ka 1007/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **11 grudnia 2018** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Marcin Schoenborn

Protokolant: Igor Ekert

przy udziale Barbary Mocek Prokuratora Prokuratury Rejonowej w T. i G. Z. przedstawiciela Naczelnika (...) Urzędu Celno-Skarbowego w K.

po rozpoznaniu w dniu 11 grudnia 2018 r.

sprawy **A. U.** ur. (...) w O.

syn S. i B.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionych przez Prokuratora Prokuratury Rejonowej w T. oraz Naczelnika (...) Urzędu Celno-Skarbowego w K.

od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach

z dnia 18 września 2018 r. sygnatura akt II K 1023/16

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Tarnowskich Górach.

Sygn. akt VI Ka 1007/18

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 11 grudnia 2018 r. w całości

A. U. został oskarżony jeszcze przez Urząd Celny w R. o popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks polegającego na tym, że w dniu 27 sierpnia 2015 r. w T., w lokalu mieszczącym się przy ul. (...), pełniąc funkcję prezesa zarządu firmy (...) sp. z o. o. z siedzibą w W., ul. (...), urządził w celach komercyjnych w ww. lokalu gry o charakterze losowym na automatach do gier o nazwie: (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), (...) o numerze (...), (...) o numerze (...) wbrew przepisom art. 6 ust. 1, art. 23a ust.1 ustawy z dnia 19.11.2009r. o grach hazardowych.

Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach wyrokiem z dnia 18 września 2018 r. sygn. akt II K 1023/16 na mocy art. 17 § 1 pkt 7 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks umorzył postępowanie karne wobec oskarżonego A. U. o czyn wyżej opisany wyczerpujący znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks z uwagi na to, że postępowanie karne co do tego samego czynu oskarżonego zostało prawomocnie zakończone, a na mocy art. 616 § 1 pkt 2 kpk i art. 632 pkt 2 kpk kosztami sądowymi obciążył Skarb Państwa.

Apelację od tego wyroku złożyli oskarżyciele publiczni, zarówno prokurator Prokuratury Rejonowej w T., jak i Naczelnik (...)Urzędu Celno-Skarbowego. Zaskarżyli orzeczenie w całości na niekorzyść oskarżonego, zgodnie domagając się uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Wedle prokuratora skarżone orzeczenie dotknięte jest błędnym ustaleniem przyjętym za jego podstawę i mającym wpływ na jego treść, polegającym na niezasadnym przyjęciu, iż zarzucany oskarżonemu czyn został popełniony w warunkach art. 6 § 2 kks, a postępowanie karne co do zarzucanego mu czynu zostało już prawomocnie zakończone i tym samym istnieje podstawa do umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 kpk, podczas gdy prawidłowa ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego prowadzi do wniosku odmiennego. Natomiast drugi z oskarżycieli podniósł zarzut rażącej obrazy art. 17 § 1 pkt 7 kpk polegającej na uznaniu, że wobec oskarżonego w niniejszej sprawie doszło do powagi rzeczy osądzonej, albowiem postępowanie karne co do tego samego czynu oskarżonego zostało prawomocnie zakończone.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Wywiedzione apelacje zasługiwały na uwzględnienie. Zgodzić należało się z odwołującymi, że błędnym było przyjęcie przez Sąd a quo, iż objęte zarzutem aktu oskarżenia zachowanie oskarżonego jako prezesa zarządu firmy (...) Sp. z o. o. z/s w W. polegające na urządzaniu w dniu 27 sierpnia 2015 r. w T. w lokalu mieszczącym się przy ul. (...) gier hazardowych na wskazanych wyżej sześciu urządzeniach bez posiadania na tego rodzaju działalność koncesji na prowadzenie kasyna gry, a zatem wbrew art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, stanowiło fragment osądzonego wyrokiem Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej z dnia 30 stycznia 2018 r. sygn. akt IX K 246/16 czynu ciągłego w rozumieniu art. 6 § 2 kks kwalifikowanego z art. 107 § 1 kks. Tym samym nie mogło być mowy o zaistnieniu przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej. W konsekwencji został naruszony art. 17 § 1 pkt 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, a związane z tym uchybienie ewidentnie miało wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Co więcej nakazywało uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Tarnowskich Górach jako rzeczowo i miejscowo właściwemu. Przecież wedle Sądu I instancji przedstawione wyżej zachowanie zostało oskarżonemu dowiedzione, ponadto realizowało przedmiotowe i podmiotowe znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 kks, a tylko wskazana wyżej przeszkoda procesowa w postaci rei iudicatae nie pozwoliła na wydanie wyroku skazującego. Sąd Okręgowy dzieląc tego rodzaju ocenę i to z przyczyn, na które wskazał Sąd I instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, był zaś ograniczony zakazem ne peius z art. 454 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, zgodnie z którym sąd odwoławczy nie może skazać oskarżonego, który został w pierwszej instancji uniewinniony lub co do którego w pierwszej instancji umorzono lub warunkowo umorzono postępowanie.

Nie budzi najmniejszej wątpliwości, że wyrokiem Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej z dnia 30 stycznia 2018 r. sygn. akt IX K 246/16 A. U. został skazany za stanowiący przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks czyn ciągle zamykający się ramami czasowymi 17 sierpnia 2015 r. i 8 stycznia 2016 r. składający się z trzech zachowań polegających na urządzaniu gier na automatach wbrew art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, za każdym razem z wykorzystaniem wprawdzie innych urządzeń, nie mniej zawsze w tym samym lokalu, tj. w B. przy ul. (...) w lokalu o nazwie „(...)”, przy czym w przypadku zachowań z 17 września 2015 r. i 8 stycznia 2016 r. jako prezes Zarządu przedsiębiorstwa (...) Sp. z o. o. z/s w B., a w odniesieniu do zachowania z 17 sierpnia 2015 r. jako prezes Zarządu przedsiębiorstwa (...) Sp. z o. o. z/s w W.. Przywołane orzeczenie nie pozostawia też wątpliwości, iż wszystkich tych trzech zachowań A. U. miał się dopuścić w krótkich odstępach czasu, z wykorzystaniem takiej samej sposobności. Jak naprowadzają pisemne motywy tamtego wyroku, ową sposobnością było dopuszczenie się tych zachowań w tym samym lokalu, czyli w lokalu o nazwie „(...)” w B. przy ul. (...) (k. 842 akt Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej IX K 246/16).

Tymczasem poza sporem być musi, że zachowania z dnia 27 sierpnia 2015 r. mieszczącego się w ramach czasowych w/w opisanego czynu ciągłego dopuścić się miał oskarżony ewidentnie w innej lokalizacji.

Ponadto nie zostało dostrzeżonym przez Sąd Rejonowy, iż czyn ciągle przypisany oskarżonemu przez Sąd Rejonowy w Bielsku-Białej polegał na urządzaniu gier hazardowych poza kasynem gry, na to bowiem wskazuje postępowanie wbrew art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. W niniejszym postępowaniu Sąd I

instancji ustalił natomiast, że oskarżony tożsamego zachowania w innym miejscu z wykorzystaniem innych urządzeń dopuścił się nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna gry.

Niewątpliwie dla przyjęcia stanu powagi rzeczy osądzonej z uwagi na wcześniejsze skazanie za czyn ciągły w rozumieniu art. 6 § 2 kks nie byłoby wystarczającym ustalenie jedynie, że czyn, którego dotyczy kolejne postępowanie, popełniony został w granicach czasowych wcześniej przypisanego czynu ciągłego. Istnienie przeszkody procesowej w postaci rei iudicatae uzależnione jest w takim przypadku od równoczesnego ustalenia pozostałych innych niż krótkie odstępy czasu elementów statuujących czyn ciągły, w szczególności łączącego wszystkie zachowania będące przedmiotem osądu w obu postępowaniach tego samego zamiaru lub wykorzystania takiej samej sposobności. Sąd Rejonowy stwierdził, że zachowanie z dnia 27 sierpnia 2015 r. z pozostałymi stanowiącymi jeden czyn ciągły popełniony w okresie od 17 sierpnia 2015 r. do 8 stycznia 2016 r. łączyła wyłącznie taka sama sposobność.

Z oczywistych względów musiał jednak pozostawać w błędzie, kiedy ową sposobnością dla Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej była tożsama lokalizacja zachowań naruszających w identyczny sposób przepisy ustawy o grach hazardowych. W tym miejscu trzeba zaś przypomnieć, iż konstrukcja jednego czynu zabronionego, o którym mowa w art. 12 kk, co odnieść należy także do czynu ciągłego z art. 6 § 2 kks, egzystować może w przestrzeni prawnej tylko o tyle, o ile przyjęto ją w orzeczeniu sądu (por. uzasadnienie uchwały SN z dnia z dnia 15 czerwca 2007 r. I KZP 15/07, OSNKKW 2007/7-8/55). Dla oceny tożsamości czynów istotne są więc te elementy, które legły u podstaw przyjęcia konstrukcji czynu ciągłego we wcześniejszym wyroku. Brak zatem podstaw prawnych, aby dla badania przesłanek istnienia tożsamości czynu ponownie dokonywać łącznej oceny wszystkich zachowań objętych oboma postępowaniami. Tym samym nie miałyby znaczenia dla ustalenia tożsamości czynu okoliczność, czy wszystkie zachowania, których dotyczyły sprawy zarówno Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej, jak i Sądu Rejonowego w Gliwicach można uznać za jeden czyn ciągły z uwagi na podjęcie wszystkich zachowań z tym samym zamiarem lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności, lecz innej niż ta, którą za podstawę konstrukcji czynu ciągłego przyjął w swoim wyroku Sąd Rejonowy w Bielsku-Białej.

Już tylko mając na uwadze powyższe okoliczności nie mogło być mowy o tożsamości czynów będących przedmiotem osądu w obu w/w sprawach, a w konsekwencji zaistnieniu w niniejszym postępowaniu przeszkody procesowej, o której mowa w art. 17 § 1 pkt 7 kpk.. Zachowania oskarżonego z dnia 27 sierpnia 2015 r. nie można bowiem potraktować jako fragmentu czynu ciągłego. Prawomocne skazanie za czyn ciągły nie rodziło zatem powagi rzeczy osądzonej wykluczającej przypisanie kolejnych, takich samych jednostkowych zachowań z okresu przyjętego w prawomocnym wyroku. Nie mamy więc tutaj do czynienia z „idem”.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w kwestii stanowiącej problem prawny odnoszący się do zagadnienia tożsamości czynów na gruncie art. 107 § 1 kks Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 września 2018 r. w sprawie V KK 415/18 (OSNKKW 2018/10/71) stwierdził m.in., 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. Uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 kks popełnione w innym miejscu, w warunkach czynu ciągłego (art. 6 § 2 kks), w którym czas jego popełnienia obejmuje czasokres popełnienia czynu z art. 107 § 1 kks, 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". Z tego orzeczenia wynika, że w odniesieniu do zachowania oskarżonego nie sposób byłoby przyjąć określonej w art. 6 § 2 kks przesłanki „z wykorzystaniem trwałej sposobności” z innego jeszcze względu niż wyżej przedstawiony. Zwrot ten oznacza powielanie analogicznych zachowań nagannych z wykorzystaniem takiej samej nadarzającej się okazji lub sprzyjających warunków czy okoliczności. W realiach spraw tego rodzaju, jak przedmiotowa, co do zasady nie może być mowy o tym, by sprawca wykorzystywał sprzyjającą okazję. W realizacji takich zachowań, jak 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.

Wartym odnotowania jest, iż wyżej zaprezentowany pogląd stanowiący w istocie rozwinięcie stanowiska, że o tożsamości czynu nie decyduje tylko wzajemne podobieństwo, identyczna kwalifikacja prawna, czy pomieszczenie zachowań w tożsamym przedziale czasowym (zob. wyrok SN z dnia 4 kwietnia 2018 r., V KS 5/18, LEX nr 2482586; wyrok SN z dnia 22 maja 2018 r., III KK 331/17, LEX nr 2518853), został zaprezentowany również w dwóch innych ostatnio wydanych judykatach najwyższej instancji sądowej (zob. wyrok SN z dnia 19 września 2018 r., V KK 419/18, LEX nr 2573942; wyrok SN z dnia 15 listopada 2018 r., V KK 268/18, LEX nr 2585068).

Sąd Okręgowy w składzie orzekającym w niniejszej sprawie przedstawiony pogląd prawny w pełni podziela. Nie powtarzając obszernej i uwzględniającej wszystkie aspekty normatywne argumentacji zawartej w uzasadnieniu tego wyroku, z której wynika niemożność przyjęcia konstrukcji tożsamości czynu w rozumieniu art. 6 § 1 i 2 kks w odniesieniu do innego, wcześniej prawomocnie osądzonego przestępstwa z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks, popełnionego w innym miejscu, odsyła do uzasadnienia tego orzeczenia.

Z tych wszystkich względów, wobec stwierdzenia uchybień podniesionych w środka odwoławczych, Sąd Okręgowy uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, który w dalszym postępowaniu powtarzając przewód sądowy w całości i na podstawie jego wyników wyciągając wnioski co do odpowiedzialności oskarżonego za zarzucany mu czyn związany będzie wyrażonym poglądem prawnym (art. 442 § 3 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks).