

Sygn. akt VI Ka 287/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 października 2018 r.

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze w VI Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

***Przewodniczący SSO Andrzej Tekieli***

***Protokolant Katarzyna Witkowska***

przy udziale Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Jeleniej Górze M. S.

po rozpoznaniu w dniu 5.10.2018 r.

sprawy I. D. (1) ur. (...) w C. - U.

s. J. i M. z domu M.

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

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżyciela publicznego Naczelnika (...)Skarbowego we W.

od wyroku Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze

z dnia 21 lutego 2018 r. sygn. akt II K 228/17

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego I. D. (1) w ten sposób, że uchyla rozstrzygnięcia z punktu II i III części dyspozytywnej;

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. stwierdza, że koszty sądowe za postępowanie odwoławcze ponosi Skarb Państwa.

Sygn. akt VI Ka 287/18

## UZASADNIENIE

I. D. (1) został oskarżony o to, że:

pełniąc funkcję prezesa zarządu spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. ul. (...) i będąc z tego tytułu na podstawie prawa uprawnionym i zobowiązanym do prowadzenia spraw gospodarczych tej spółki, nie mając koncesji urządził gry o charakterze losowym w celach komercyjnych:

- w dniu 20 listopada 2014 roku na automatach: H. F. nr (...) (...), H. F. nr (...), H. F. nr (...), H. F. nr (...), B. H. nr (...), H. V. G. nr (...), B. S. nr (...), H. S. P. nr H. (...) w lokalu o nazwie (...) mieszczącym się w J. (...) przy ulicy (...) (...)

- w dniu 26 listopada 2014 roku na automatach: H. S. P. nr H. (...) oraz H. F. nr (...) w lokalu o nazwie Bar (...) mieszczącym się w J.(...) przy ul. (...),

- w dniu 3 lutego 2015 roku na automatach: H. F. nr (...), H. F. nr (...), H. F. nr (...) (...), H. S. P. nr H. (...), B. S. nr (...), w lokalu o nazwie (...) mieszczącym się w J. (...) przy ul. (...),

- w dniu 17 lutego 2015 roku na automatach: H. F. nr (...), H. F. nr (...), H. F. nr (...), H. F. nr (...), H. S. P. nr H. (...), H. S. nr (...) oraz H. S. P. nr H. (...) w lokalu o nazwie Bar (...) mieszczącym się w J. (...) przy ulicy (...),

- w dniu 10 marca 2015 roku na automatach: H. F. nr (...) (...), H. F. nr (...), H. V. G. nr (...) w lokalu o nazwie (...) mieszczącym się w J.(...) przy ulicy (...),

czym naruszył przepisy art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych ( Dz. U. z 2015 r., poz. 612 ze zm. ),

**tj. o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.**

Sąd Rejonowy w Jeleniej Górze wyrokiem z dnia 21 lutego 2018 r. w sprawie o sygn. II K 228/17:

I. umorzył postępowanie przeciwko oskarżonemu I. D. (1);

II. na podstawie art. 231 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., złożył do depozytu sądowego urządzenia do gier, opisane w wykazie dowodów rzeczowych z k. 1394-1395 wraz z kluczami do tych urządzeń;

III. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., zwrócił (...) sp. z o.o. we W. 6.940 złotych stanowiące dowód rzeczowy w sprawie;

IV. na podstawie art. 632 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. stwierdził, iż koszty procesu w sprawie ponosi Skarb Państwa.

Apelację od powyższego wyroku na podstawie art. 425 § 1 i § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. oraz art. 444 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. wywiódł oskarżyciel publiczny - Naczelnik (...) Skarbowego we W., zaskarżając wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego. Powołując się na treść art. 438 pkt 3 k.p.k. i art. 427 § 1 i § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., wyrokowi temu zarzucił:

- obrazę przepisów postępowania mających wpływ na treść orzeczenia tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. poprzez błędne przyjęcie, że I. D. (1) w zakresie zarzucanego mu czynu, o którym mowa w art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks działał w warunkach czynu ciągłego, a tym samym zaistniała negatywna przesłanka procesowa w postaci powagi rzeczy osądzonej skutkująca umorzeniem postępowania,

- obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia tj. art. 230 § 2 k.p.k. w zw. z art. 414 § 2 k.p.k. w zw. z art. 323 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. oraz art. 231 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. poprzez zarządzenie złożenia do depozytu sądowego urządzeń do gier, opisanych w wykazie dowodów rzeczowych z k. 1394-1395 wraz z kluczami do tych urządzeń oraz zwrocie środków pieniężnych w kwocie 6.940 złotych podczas gdy o przedmiotach tych już prawomocnie rozstrzygnięto postanowieniem Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z 8 lutego 2017 roku w sprawie II K 373/16.

Stawiając powyższe zarzuty, oskarżyciel publiczny wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

***Sąd Okręgowy zważył co następuje:***

Apelacja oskarżyciela publicznego co do zasady nie zasługiwała na uwzględnienie, zasadny był jedynie drugi z zawartych w niej zarzutów.

Nietrafny był wymieniony jako pierwszy z zarzutów apelacji dotyczący naruszenia art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. Zauważyć należy, że prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w Krośnie z dnia 23 marca 2017 r. w sprawie II K 584/15 I. D. (1) uznany został winnym popełnienia zarzucanego mu w aktach oskarżenia czynu (opisanych jako odrębne czyny w pkt 1 – 3 części wstępnej wyżej wymienionego wyroku) przy przyjęciu iż w okresie od dnia 1 października 2013 r. do

dnia 9 kwietnia 2015 r. popełnił jeden czyn zabroniony podejmując wymienione w aktach oskarżenia zachowania w krótkich odstępach czasu w wykonaniu tego samego zamiaru i kwalifikując ten czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. (k. 1485 – 1488). Z opisu czynów z części wstępnej wyroku wynika, że I. D. jako Prezes (...) (...) Sp. z o.o. z/s we W., w miejscowości K., urządzał gry na automatach do gier zawierające element losowości, z naruszeniem przepisów art. 14 ust. 1, art. 6 ust. 1 i art. 23a ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, tj. poza kasynem gry, bez wymaganej koncesji i bez rejestracji tych automatów do gier przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego.

W niniejszej sprawie oskarżonemu I. D. (1) zarzucono popełnienie przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w okresie od dnia 20 listopada 2014 r. do 10 marca 2015 r., a więc w okresie objętym czynem ciągłym prawomocnie przypisanym oskarżonemu w sprawie II K 584/15 Sądu Rejonowego w Krośnie. Czyn ciągły może być popełniony w różnych miejscach w odniesieniu do poszczególnych zachowań wchodzących w jego skład. Nawet gdy jakieś zachowanie ujawniono później niż wydano wyrok skazujący i doszło do niego w innym miejscu niż miejsce zachowań objętych konstrukcją z art. 12 k.k. (art. 6 § 2 k.k.s.) w zapadłych wcześniej prawomocnych wyrokach to zachowanie to należy potraktować jako fragment czynu ciągłego. Prawomocne skazanie za czyn ciągły rodzi powagę rzeczy osądzonej, co wyklucza przypisanie skazanemu kolejnych takich samych jednostkowych zachowań z okresu opisanego w prawomocnym wyroku (zob. m.in. wyrok SN z dnia 22 stycznia 2014 r. III K 439/13 LEX 1427468, postanowienie SN z dnia 17 maja 2017 r. IV KO 34/17). Wyklucza to przypisanie skazanemu już prawomocnie wyrokiem Sądu Rejonowego w Krośnie w sprawie II K 584/15 kolejnego jednostkowego zachowania kwalifikowanego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. z okresu objętego wyżej wymienionym wyrokiem.

Zdaniem skarżącego zachowanie I. D. (1) takie jak w sprawie „ (...)” i w niniejszej sprawie wykazuje raczej podobieństwo do przestępstw trwałych lub o charakterze trwałym niż do czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s., co w konsekwencji czyniłoby niezasadnym zaistnienie negatywnej przesłanki procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej. Skarżący przywołał w tym zakresie liczne poglądy przedstawicieli doktryny zgodnie, z którymi przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. traktować należy jako trwałe, rozumiane jako zachowanie złożone z jedno lub wieloczynowych czynności naruszających różne dobra, systematycznie powtarzających się (np. przestępstwo znęcania się z art. 207 § k.k.). Sąd Okręgowy stoi jednak na stanowisku, że w okolicznościach niniejszej sprawy to oskarżony I. D. kilkakrotnie, w krótkich odstępach czasu, podejmował zachowania w wykonaniu tego samego z góry powziętego zamiaru, urządzając z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy o grach hazardowych, gry na wyżej określonych automatach. Tym bardziej, że poszczególne jego zachowania wykonywane były przy wykorzystaniu podobnego sposobu działania, skoro na podstawie umów o najem powierzchni udostępniał automaty do gier wbrew przepisom ustawy i organizował automaty, na których prowadzono gry, przy czym determinowany był osiągnięciem tego samego sprecyzowanego celu. Powyższe dowodzi, że oskarżony I. D. nie podejmował kolejnych zachowań w sposób przypadkowy, ale w sposób zaplanowany i powtarzający ten sam schemat, z wykorzystaniem podobnych okoliczności i sposobności, w ramach prowadzonej tej samej działalności, jako prezes spółek wskazanych w opisach czynów (osądzonych i wskazanego w niniejszej sprawie), stąd czyn zarzucany i przypisany mu w niniejszej sprawie mógł być uznany za element czynów ciągłych (tj. odnoszący się do elementów konstrukcji z art. 6 § 2 k.k.s.) przypisanym mu prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w Krośnie zawierający kwalifikację z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. (skoro przez ciągłość należy rozumieć powtarzające się w opisanych zarysach zachowania sprawcy składające się na tą samą działalność przestępczą, kontynuowaną przez I. D. w okresie wynikającym z treści prawomocnego wyroku Sądu Rejonowego w Krośnie skazującego go za czyn ciągły). Dla Sądu Okręgowego przesądzającym przy tym jest fakt, że wyrok w sprawie II K 584/15 Sądu Rejonowego w Krośnie przyjmujący konstrukcję przestępstwa ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s. jest prawomocny, nie został wzruszony i nie sposób w niniejszej sprawie abstrahować od jego treści.

Sąd Okręgowy dostrzega również, że wydane zostało Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2018 r. V KS 5/18 (LEX 2482586) odnoszące się – choć skrótowo, lakonicznie – do wyżej wymienionej kwestii. W judykacie tym Sąd Najwyższy podkreślił, że warunkiem przyjęcia stanu prawomocności materialnej jest tożsamość czynu a nie tylko wzajemne podobieństwo, identyczna kwalifikacja prawna czy pomieszczenie zachowań w tym samym przedziale czasowym. Sąd Najwyższy wskazał że przedmiotem sprawy, do której odwołuje się skarga było urządzenie nielegalnych

gier na różnego rodzaju automatach do gier w różnych miejscowościach. Sąd Najwyższy odwołał się przy tym do innego swojego judykatu, (przywołanego przez skarżącego w środku odwoławczym) tj. postanowienia z dnia 17 maja 2017 r., IV KO 34/17 w którym stwierdzono, że nie będzie tym samym czynem mimo jednolitości czasu obrót narkotykami jeżeli jeden czyn dotyczył amfetaminy a drugi kokainy a nadto gdy oba czyny popełnione zostały w innych miejscach.

Zdaniem Sądu Okręgowego pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z 4 kwietnia 2018 roku w sprawie V KS 5/18 nie może mieć wprost zastosowania w niniejszej sprawie. Pomija specyfikę działalności oskarżonego, który organizował taką działalność w większym rozmiarze, z góry zakładając prowadzenie jej w różnych miejscach, przy użyciu wielu urządzeń. Powołany zaś w treści tego postanowienia inny judykat – w sprawie IV KO 34/17 – wprost odnosi się do porównania czynów o różnym charakterze, dokonanych w różny sposób, we współdziałaniu z różnymi osobami. Wspomniane orzeczenia nie mogą zatem znaleźć zastosowania w rozważaniach, przeprowadzonych w niniejszej sprawie. Przede wszystkim tak w sprawie II K 584/15 Sądu Rejonowego w Krośnie jak i w niniejszej sprawie oskarżony I. D. (1) urządził gry na określonych automatach, zawierające element losowości. W każdej ze spraw działał bez wymaganej koncesji i naruszał te same przepisy tj. art. 6 ust.1, art. 14 ust.1 i art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Nie jest to więc sytuacja taka sama jak w przypadku obrotu przez sprawcę przestępstwa raz amfetaminą, innym razem kokainą. Zarówno w sprawie „ (...)” jak i w sprawie niniejszej oskarżony czynów tych miał się dopuścić w ramach wykonywanej funkcji prezesa (...) sp. z o.o. z siedzibą we W., a więc w ramach tego samego podmiotu. Oskarżony urządził nielegalnie gry na automatach w różnych miejscowościach, w sprawie II K 584/15 było to K., w niniejszej zaś sprawie była to J. jednakże w przekonaniu Sądu Okręgowego ta okoliczność sama w sobie nie stoi na przeszkodzie przyjęcia konstrukcji prawnej czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s. Sąd Okręgowy opiera się tutaj na powoływanym już powyżej wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2014 r. III K 439/13. Dodać również należy, że odwoływanie się przez oskarżyciela publicznego do wybiórczego zresztą orzecznictwa dotyczącego art. 12 k.k. jest nietrafne, gdyż zamiar będący klamrą dwóch lub większej liczby zachowań podjętych w krótkich odstępach czasu uregulowany na gruncie Kodeksu karnego jest istotnie odmienny od tego, którego wymaga regulacja art. 6 § 2 k.k.s.

W konsekwencji Sąd Rejonowy doszedł do trafnego przekonania, że niedopuszczalnym było, by w niniejszym postępowaniu I. D. (1) został skazany za zachowania będące elementami czynu ciągłego - przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 6 § 2 k.k.s., za który to czyn ciągły został już skazany w innym postępowaniu. Istnieje zatem zbieżność czasowa oraz tożsamość przedmiotowa, jak również jedność, co do realizowania tego samego, z góry powziętego zamiaru, pomiędzy przestępstwami skarbowymi I. D. (1), o których mowa w wyroku w sprawie II K 584/15 Sądu Rejonowego w Krośnie i czynami zarzucanymi mu w niniejszym procesie. Działania, których dotyczył zaskarżony wyrok, stanowiły zatem elementy ciągu przestępstw, za które wymierzono już oskarżonemu karę we wcześniej wydanym wyroku. 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.

Trafny był wymieniony jako drugi z zarzutów apelacji. Sąd Rejonowy w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku wskazał, że rozstrzygnięcie w przedmiocie dowodów rzeczowych było wynikiem pomyłki, ponieważ o tych przedmiotach już prawomocnie rozstrzygnięto w postanowieniu Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z 8 lutego 2017 roku w sprawie II K 373/16 (k. 1421). Z wyżej wskazanych względów Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok wobec oskarżonego I. D. (1) (art. 437 § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.) w ten sposób, że uchylił rozstrzygnięcia z pkt II i III części dyspozytywnej.

Nie znajdując podstaw do zmiany zaskarżonego wyroku w zakresie szerszym Sąd Okręgowy w pozostałej części na podstawie art. 437 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. utrzymał go w mocy.

Na podstawie art. 632 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. Sąd Okręgowy stwierdził, że koszty sądowe w sprawie ponosi Skarb Państwa.