

**Sygnatura akt VI Ka 1044/18**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **26 lutego 2019** r.

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

Przewodniczący SSO Krzysztof Ficek

Protokolant Natalia Skalik-Paś

przy udziale Barbary Wilmowicz - Prokuratora Prokuratury Rejonowej w T. Ośrodek Zamiejscowy w P.

oraz

K. K. – funkcjonariusza (...) Urzędu Celno-Skarbowego w K.

po rozpoznaniu w dniu 26 lutego 2019 r.

sprawy **Ł. B.**, syna Z. i B.

ur. (...) w P.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionych przez prokuratora oraz Naczelnika(...) Urzędu Celno-Skarbowego w K.

od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach

z dnia 25 września 2018 r. sygnatura akt VI K 224/18

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

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

Sygn. akt VI Ka 1044/18

## UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach wyrokiem z dnia 25 września 2018 roku sygn. akt VI K 224/18 na mocy art.17 § 1 pkt 7 kpk w zw. z art.113 § 1 kks umorzył postępowanie karne wobec oskarżonego Ł. B. o zarzucane mu przestępstwo skarbowe z art.107 § 1 kks. Zasądził od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonego koszty ustanowienia w sprawie obrońcy z wyboru oraz kosztami procesu obciążył Skarb Państwa.

Od wyroku tego apelację wniósł prokurator oraz Naczelnik (...) Urzędu Celno-Skarbowego w K..

Ten pierwszy wyrok Sądu Rejonowego zaskarżył w całości na niekorzyść oskarżonego. Zarzucił wyrokowi obrazę przepisów postępowania, a to art.17 § 1 pkt 7 kpk mającą wpływ na treść orzeczenia poprzez przyjęcie, że w przedmiotowej sprawie zachodzi powaga rzeczy osądzonej i tym samym niezasadne umorzenie postępowania karnego prowadzonego przeciwko Ł. B. podejrzanemu o to, że w okresie od dnia 4 listopada 2013 roku do dnia 2 grudnia 2014 roku w P. w lokalu o nazwie (...) urządził gry na dwóch automatach bez wymaganego prawem zezwolenia, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, tj. o czyn z art.107 § 1 kks, podczas gdy

analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego prowadzi do wniosku, iż w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzi powaga rzeczy osądzonej z uwagi na brak tożsamości czynu, miejsca i przedmiotu służącego do jego popełnienia.

Prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i skierowanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach.

Naczelnik (...) Urzędu Celno-Skarbowego w K. również zaskarżył przedmiotowe orzeczenie w całości na niekorzyść oskarżonego. Zarzucił wyrokowi obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść wyroku, tj. art.17 § 1 pkt 7 kpk w zw. z art.113 § 1 kks polegającą na uznaniu, że w niniejszej sprawie doszło do powagi rzeczy osądzonej.

Podnosząc ten zarzut skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

### ***Sąd Okręgowy stwierdził, co następuje:***

Obie apelacje zasługiwały na uwzględnienie.

Sąd Rejonowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, z których wyprowadził trafny i stanowczy wniosek, że oskarżony Ł. B. w okresie od dnia 4 listopada 2013 roku do dnia 2 grudnia 2014 roku urządził w lokalu (...) w P. gry na dwóch automatach o nazwach (...) (numer (...)) i (...) (numer (...)) bez wymaganego prawem zezwolenia, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych. Uściślić przy tym trzeba, że chodzi o naruszenie art.6 ust.1 ustawy o grach hazardowych, który m. in. przewiduje, iż działalność w zakresie gier na automatach może być prowadzona po uzyskaniu koncesji na kasyno gry. Nadto, co wynika z protokołu kontroli w zakresie przestrzegania przepisów ustawy o grach hazardowych, gry na zatrzymanych automatach prowadzone były w celach komercyjnych, o wygrane pieniężne i rzeczowe (punkty) oraz zawierały element losowości.

Pomimo takich ustaleń Sąd Rejonowy uznał, że oskarżony nie może ponieść odpowiedzialności karnoskarbowej z powodu negatywnej przesłanki procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej. Stwierdził ją w oparciu o prawomocne skazanie Ł. B. przez Sąd Rejonowy w Radomsku wyrokiem z dnia 13 listopada 2017 roku sygn. akt II K 149/16 za przestępstwo z art.107 § 1 kks w zw. z art.6 § 2 kks popełnione również pomiędzy listopadem 2013 roku a grudniem 2014 roku.

W świetle wywodów apelacji oraz przywołanego orzecznictwa Sądu Najwyższego umorzenie postępowania było błędne. Stwierdzić trzeba, że pomiędzy zachowaniami przypisanymi oskarżonemu prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w Radomsku, uznanymi za jeden czyn ciągły (k.779-779v. – art.6 § 2 kks), a przestępstwem z niniejszego postępowania brak jest tożsamości tego rodzaju, by można uznać prawomocne skazanie za czyn ciągły za przeszkodę, o której mowa w art.17 § 1 pkt 7 kpk. Nie jest zatem tak, że czyn z niniejszej sprawy stanowi później ujawnione zachowanie, będące elementem tego samego czynu przyjętego przez Sąd Rejonowy w Radomsku, które nie było przedmiotem wcześniejszego osądzenia.

W apelacji prokurator podkreślił, że w sprawie nie zachodzi powaga rzeczy osądzonej z powodu braku tożsamości czynu, miejsca i przedmiotu służącego do jego popełnienia. Wskazał, że przestępstwo z niniejszej sprawy zostało popełnione w P. z wykorzystaniem innych automatów. Nie ma zatem jedności miejsca popełnienia i tożsamości przedmiotu czynności wykonawczej. Natomiast drugi ze skarżących zaakcentował, że czyn zabroniony został popełniony w konkretnej lokalizacji, w konkretnym lokalu, pod określonym adresem, na konkretnie wskazanych automatach do gry. Nie może więc stanowić części składowej czynu ciągłego ze sprawy Sądu Rejonowego w Radomsku. Na poparcie swojej tezy powołał szereg orzeczeń Sądu Najwyższego, z których wynika, że warunkiem przyjęcia stanu prawomocności materialnej jest tożsamość czynu, a nie tylko wzajemne podobieństwo, identyczna kwalifikacja prawna, czy pomieszczenie zachowań w tożsamym przedziale czasowym (orzeczenia Sądu Najwyższego o sygnaturach III KK 331/17, IV KK 92/18, V KS 5/18).

Najszerzą argumentację dotyczącą tego stanowiska Sąd Najwyższy przedstawił w wyroku z dnia 19 września 2018 roku V KK 415/18, którą powielono w późniejszym orzeczeniu z dnia 15 listopada 2018 roku V KK 268/18. Wydaje się zatem, że jest to stanowisko ugruntowane, zaś w orzecznictwie Sądu Najwyższego trudno znaleźć pogląd przeciwny.

Sąd odwoławczy w składzie obecnym podzielił argumenty zawarte w wyroku V KK 415/18. Warto zatem je przytoczyć, gdyż do tej pory w orzecznictwie instancji odwoławczej Sądu Okręgowego w Gliwicach dominował pogląd o tożsamości czynu, bez względu na miejsce popełnienia przestępstw skarbowych z art.107 § 1 kks i używanie różnych automatów do gier, w sytuacji zawierania się późniejszych zachowań w przedziale czasowym prawomocnie przypisanym z wykorzystaniem konstrukcji z art.6 § 2 kks.

Zgodnie z art.6 § 2 kks dwa lub więcej zachowań, podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności, uważa się za jeden czyn zabroniony. W przywołanym judykacie Sąd Najwyższy wskazał, że skoro 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., Dz. U. z 2018 r., poz. 165 ze zm.) wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry (art. 6 ust. 1 tej ustawy), 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 tej ustawy), 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 karne skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów. Sprawca, który wie o konieczności uzyskania koncesji na kasyno gry, ograniczonej do ściśle określonego miejsca, nie czyniąc zadość ustawowemu obowiązkowi i podejmując się urządzania gier hazardowych w innych miejscach, każdorazowo działa ze świadomością naruszenia po raz kolejny przepisów ustawy. Sąd Najwyższy wskazał też, że wprawdzie zamiar osoby organizującej tego rodzaju działalność cały czas ma tę samą ogólną postać, ale kształt regulacji ustawowych decyduje, że sprawca w chwili jego realizacji w każdym miejscu ma świadomość, że swoim zachowaniem narusza po raz kolejny, na nowo, regulacje ustawowe. Na gruncie art.6 § 2 kks chodzi bowiem o "ten sam" a nie "taki sam" zamiar. Zatem z uwagi na różne miejsce zachodzi przeszkoda do uznania takiego zachowania za ten sam czyn.

Sąd Najwyższy odniósł się także do przesłanki "z wykorzystaniem trwałej sposobności". Wskazuje, że zwrot ten oznacza powielanie analogicznych zachowań nagannych z wykorzystaniem takiej samej nadarzającej się okazji lub sprzyjających warunków czy okoliczności (por. V. Konarska-Wrzosek [w:] I. Zgoliński [red.], Kodeks karny skarbowy. Komentarz, WKP 2018, teza 2 do art. 6). W realiach spraw tego rodzaju co do zasady nie może być mowy o tym, by sprawca wykorzystywał sprzyjającą okazję. W realizacji takich zachowań (urządzenie 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 (jeśli rozumieć okazję jako sprzyjającą czemuś chwilę, sposobność, możliwość - por. np. Słownik języka polskiego, tom V, red. W. Doroszewski, Warszawa 1963).

Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać trzeba, że oskarżony nie posiadał koncesji na kasyno gry (art.6 ust.1 ustawy o grach hazardowych). W opisie zarzucanego mu czynu powołano się na brak przez oskarżonego zezwolenia na urządzenie gier. Pojęcie „zezwolenia” odwołuje się do art.6 ust.1 ustawy o grach hazardowych, nieprzywołanego wprawdzie wprost w zarzucie, ale wynikającego z uzasadnienia wyroku zaskarżonego na niekorzyść oskarżonego.

Z tych zatem powodów Sąd odwoławczy uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Tarnowskich Górach. Zgodnie z art.454 § 1 kpk w zw. z art.437 § 2 kpk sąd odwoławczy nie

może skazać oskarżonego, co do którego w pierwszej instancji umorzono postępowanie. Dlatego mógł jedynie uchylić zaskarżone orzeczenie.

W ponownym postępowaniu Sąd Rejonowy związany jest zapatrywaniem prawnym wyrażonym powyżej. W postępowaniu dowodowym może skorzystać z art.442 § 2 kpk i poprzestać na ujawnieniu dowodów, które nie miały wpływu na uchylene wyroku.