

Warszawa, dnia 19 lipca 2018 r.

Sygn. akt VI Ka 1584/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie VI Wydział Karny Odwoławczy w składzie :

Przewodniczący: SSO Agnieszka Wojciechowska-Langda

Sędziowie: SO Anita Jarząbek - Bocian

SR del. Justyna Dołhy (spr.)

protokolant: protokolant sądowy stażysta Paulina Sobota

przy udziale prokuratora Anety Ostromeckiej

po rozpoznaniu dnia 19 lipca 2018 r.

sprawy M. W., syna P. i M., ur. (...) w W.

oskarżonego o przestępstwo z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi - Północ w Warszawie

z dnia 31 lipca 2017 r. sygn. akt VIII K 297/16

na podstawie art. 439 § 1 pkt 9 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks uchyla zaskarżony wyrok i na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks postępowanie przeciwko M. W. o czyn z art. 107 § 1 kks umarza; kosztami procesu w sprawie obciąża Skarb Państwa.

SSO Anita Jarząbek-Bocian SSO Agnieszka Wojciechowska-Langda SSR del. Justyna Dołhy

Sygn. akt VI Ka 1584/17

UZASADNIENIE

M. W. wyrokiem Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi – Północ w Warszawie z dnia 31 lipca 2017 r. w sprawie o sygn. akt VIII K 297/16 został uznany za winnego tego, że będąc prezesem firmy (...) Sp. z o.o., w dniu 4.12.2015 r. w lokalu (...) usytuowanym przy ul. (...) w W., bez wymaganego zezwolenia urządził gry na automatach w rozumieniu art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201 poz. 1540 z późn. zm.), tj. na automatach do gier: H. (...)nr (...), A. (...) nr (...) oraz A. (...) nr (...) nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna gry, wbrew art. 6 ust. 1 wymienionej ustawy, tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 kks. Sąd Rejonowy za powyższe przestępstwo wymierzył oskarżonemu karę 200 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 zł, orzekł przepadek dowodów rzeczowych oraz obciążył oskarżonego kosztami procesu.

Od powyższego wyroku apelację wniósł oskarżony, który zaskarżył orzeczenie Sądu Rejonowego w całości, zarzucając naruszenie przez Sąd m. in. art. 7 kpk w zakresie oceny złożonych przez niego wyjaśnień i nieuwzględnienie błędu co do usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynu na płaszczyźnie podmiotowej. Podnosząc powyższy zarzut oskarżony wniósł o zmianę wyroku i uniewinnienie.

Pismem z dnia 11 lipca 2018 r. M. W. wniósł o umorzenie postępowania w niniejszej sprawie z uwagi na wystąpienie negatywnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 7 kpk polegającej na prawomocnym skazaniu go za tożsamy czyn wyrokiem Sądu Rejonowego w Ostrołęce z dnia 26 kwietnia 2017 r. w sprawie II K 161/16.

Sąd Okręgowy zważył co następuje.

Apelację oskarżonego należało uznać za zasadną. W realiach niniejszej sprawy doszło bowiem do naruszenia art. 17 § 1 pkt 7 kpk, co stanowi bezwzględny przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 8 kpk. Na podstawie art. 436 kpk Sąd ograniczył rozpoznanie środka odwoławczego tylko do zarzutu związanego w powyższym naruszeniu, bowiem rozpoznanie w tym zakresie jest wystarczające do wydania orzeczenia, a rozpoznanie pozostałych wskazanych uchybień należy w tej sytuacji uznać za bezprzedmiotowe.

M. W. wyrokiem Sądu Rejonowego w Ostrołęce z dnia 26 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt II K 161/16 został prawomocnie skazany za popełnienie w okresie od 3 września 2015 r. do 27 czerwca 2017 r. jednego przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 kks poprzez podejmowanie wymienionych w akcie oskarżenia zachowań w krótkich odstępach czasu w wykonaniu tego samego zamiaru, tj. przestępstwa z art. 107 § 1 kkw w zw. z art. 9 § 3 kks w zw. z art. 6 § 2 kks. Zachowania objęte tym orzeczeniem, jak wynika z jego treści, polegały na urządzaniu we wskazanym okresie czasu gier na różnych automatach przez M. W. jako Prezesa Zarządu Spółek z o.o. (...) oraz (...), bez wymaganej prawem koncesji oraz poza kasynem gry, co stanowiło naruszenie przepisów art. 3, art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Oskarżony został zatem skazany powyższym prawomocnym wyrokiem za przestępstwo skarbowe mające charakter czynu ciągłego. Zgodnie z treścią 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. Przepis ten nawiązuje do konstrukcji czynu ciągłego z art. 12 kk lecz charakteryzuje się odmiennymi po wprowadzeniu jego nowelizacji ustawą z dnia 28 lipca 2005 r., kiedy to zastąpiono brzmienie „dwa lub więcej zachowań, podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, uważa się za jeden czyn zabroniony” brzmieniem przywołanym wyżej. Po pierwsze zatem sprawca musi podjąć dwa lub więcej zachowań, po drugie odmiennie od instytucji czynu ciągłego z art. 12 kk nie musi mieć z góry powziętego zamiaru lecz musi działać w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności. Czyn ciągły jest jednym czynem zabronionym i stanowi jednolitą całość z punktu widzenia procesu karnego. Podstawą odpowiedzialności za ten czyn są wszystkie objęte znamieniem ciągłości zachowania, a granice wyznacza początek pierwszego i zakończenie ostatniego z zachowań.

W zakresie konstrukcji czynu ciągłego i konieczności stosowania reguły wyrażonej w art. 17 § 1 pkt 7 kpk wypowiedział się wielokrotnie Sąd Najwyższy.

W uchwale z dnia 21 listopada 2001 r. I KZP 29/01 Sąd Najwyższy stwierdził, iż przyjęcie konstrukcji „czynu ciągłego” przesądza o konieczności stosowania zasady *ne bis in idem* procedatur wyrażonej w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., stwierdzającej, iż nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone. Ocena stopnia szkodliwości społecznej wcześniej ujawnionych i osądzonych prawomocnie zachowań składających się na czyn ciągły oraz zachowań ujawnionych później nie ma zatem znaczenia dla kwestii prawomocności czynu ciągłego. W związku z tym, Sąd Najwyższy wyraża pogląd, iż prawomocne skazanie za czyn ciągły (art. 12 k.k.) stoi na przeszkodzie, ze względu na treść art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., ponownemu postępowaniu o później ujawnione zachowania, będące elementami tego czynu, które nie były przedmiotem wcześniejszego osądzenia, niezależnie od tego, jak ma się społeczna szkodliwość nowo ujawnionych fragmentów czynu ciągłego do społecznej szkodliwości zachowań uprzednio w ramach tego czynu osądzonych.

W wyroku z dnia 15 września 2005 r. w sprawie II KK 15/05 Sąd Najwyższy uznał, że czyn ciągły został uznany w przepisie art. 12 kk jako jeden czyn zabroniony i stanowi z punktu widzenia procesu karnego jednolitą całość. Podstawą odpowiedzialności za ten czyn są wszystkie objęte znamieniem ciągłości zachowania, a granicę wyznacza początek

pierwszego i zakończenie ostatniego z zachowań, jeśli wszystkie zostały podjęte z góry powziętym zamiarem. Przyjęcie tej konstrukcji "czynu ciągłego" przesądza o konieczności stosowania zasady *ne bis in idem* procedatur wyrażonej w art. 17 § 1 pkt 7 kpk. Z uzasadnienia wyroku wynika, iż Sąd Najwyższy uznał zachowania oskarżonego za jeden czyn zabroniony porównując sposób działania oskarżonego w obu sprawach i uznając, że działał on w realizacji z góry powziętego zamiaru.

Z kolei w postanowieniu z dnia 23 stycznia 2018 r. w sprawie III KO 71/17 Sąd Najwyższy stwierdził, że od strony normatywnej konstrukcja czynu ciągłego z art. 12 kk, chociaż składa się z wielu zachowań (elementów), to stanowi konstrukcję jednego czynu przestępnego, co z kolei ma ten skutek, iż prawomocne skazanie za czyn ciągły (art. 12 kk) stoi na przeszkodzie, ze względu na treść art. 17 § 1 pkt 7 kpk, ponownemu postępowaniu o później ujawnione zachowania, będące elementami tego czynu, które nie były przedmiotem wcześniejszego osądzenia, niezależnie od tego, jak ma się społeczna szkodliwość nowo ujawnionych fragmentów czynu ciągłego do społecznej szkodliwości zachowań uprzednio w ramach tego czynu osądzonych. Prawomocne skazanie za czyn ciągły stwarza stan materialnej prawomocności w stosunku do okresu objętego tym skazaniem, także w odniesieniu do jednostkowych zachowań, które nie zostały objęte opisem czynu przypisanego. Warunkiem przyjęcia stanu prawomocności materialnej jest jednak tożsamość czynu, a nie tylko wzajemne podobieństwo, identyczna kwalifikacja prawna, czy pomieszczenie zachowań w tożsamym przedziale czasowym. Z uzasadnienia tego orzeczenia wynika, że Sąd Najwyższy uznał, iż skazany w obydwu postępowaniach karnych został uznany za winnego popełnienia w warunkach czynu ciągłego przestępstw opisanych w art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a okres popełnienia przestępstwa przypisanego skazanemu wyrokiem Sądu Okręgowego w (...) (jesień 2009 r.) wpisuje się w okres popełnienia przestępstwa przypisanego wyrokiem Sądu Rejonowego w K. (od lipca 2009 r. do maja 2010 r.). Same te jednak okoliczności nie przesądzają jeszcze o tym, że w tych dwóch postępowaniach osądzono „ten sam czyn” tej samej osoby. Trzeba byłoby bowiem wykazać, że te przecież różne jednak zachowania skazany podjął „w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru”. Zamiaru zaś nie można domniemywać, ale należy go dowieść w sposób pewny, niezbędny w postępowaniu karnym. Zebrane natomiast w omawianych sprawach dowody i poczynione na tej podstawie ustalenia sądów nie dają podstaw ku temu, by zasadnie twierdzić, że w obydwu odrębnych przecież postępowaniach, osądzony został „ten sam czyn” skazanego. Jak widać Sąd Najwyższy kolejny raz nacisk położył na przesłankę działania w wykonaniu z góry powziętego zamiaru. W niniejszej sprawie Sąd Najwyższy uznał, że skazany wprawdzie uczestniczył w obu sprawach w obrocie środkami narkotycznymi, jednak chodziło o różne środki, różne czynności wykonawcze, różne miejsca popełnienia przestępstw, różne konfiguracje osobowe i dlatego oba prawomocne skazania dotyczą różnych czynów ciągłych, w związku z czym nie ma w sprawie naruszenia zakazu *ne bis in idem*. Sąd Najwyższy odwołał się do innego orzeczenia tj. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2017 r. w sprawie IV KO 34/17, w której również uznano, że w sprawie nie zachodzi naruszenie wymienionej wyżej reguły, ponieważ przedmiotem obu przestępstw było wprawdzie uczestniczenie w obrocie środkami narkotycznymi, jednak w przypadku jednego czynu przypisanego skazanemu chodziło o amfetaminę, zaś zachowanie polegało na pośredniczeniu w wynajmie pomieszczeń umożliwiających produkcję amfetaminy, pośredniczeniu w organizacji przyjazdów chemika, a następnie na wprowadzeniu tego środka, wraz z innymi członkami grupy przestępczej, do obrotu na terytorium Polski, w szczególności w Z., N. i G. Z kolei przedmiotem drugiego czynu przypisanego skazanemu było uczestniczenie w obrocie inną substancją, tj. kokainą, poprzez inne czynności wykonawcze, tj. ograniczone do nabywania jej, przygotowania do zbycia poprzez porcjowanie i zbywania, jak również przekazywania wielokrotnie w ilościach każdorazowo po 100g innej ustalonej osobie w celu przewiezienia tego narkotyku z Polski do Austrii, zaś miejscem jego popełnienia były - oprócz N. i Z., także inne miejscowości na terenie Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Austrii. Ponadto oba wyżej opisane przestępstwa popełnione zostały w różnych konfiguracjach osobowych, przy czym tylko czyn obejmujący uczestniczenie w obrocie amfetaminą został popełniony „w warunkach zorganizowanej grupy przestępczej, kierowanej przez ustaloną osobę”.

W niniejszej sprawie oskarżyciel wniósł o nieuwzględnienie apelacji powołując się na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2018 r. w sprawie V KS 5/18, w którym stwierdzono, że warunkiem przyjęcia stanu prawomocności materialnej jest tożsamość czynu, a nie tylko wzajemne podobieństwo, identyczna kwalifikacja prawna, czy pomieszczenie zachowań w tożsamym przedziale czasowym. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Najwyższy

stwierdził, że nie mógł uznać, iż w realiach sprawy dotyczącej czynu z art. 107 § 1 kks doszło do zaistnienia przesłanki z art. 439 § 1 pkt 8 kpk - powagi rzeczy osądzonej, ponieważ ani miejscowość, ani rodzaj automatów nie był tożsamy. Sąd ten odwołał się do wskazanego już wyżej postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2017 r. wydanego w sprawie IV KO 34/17, gdzie 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 zostały popełnione w innych miejscach. Zdaniem Sądu Najwyższego, nie ma więc wątpliwości, że oba skazania dotyczą różnych czynów i nie ma tutaj do czynienia z „idem”.

Z zaprezentowanym stanowiskiem nie można się zgodzić. Tożsamość czynu (tożsamość przedmiotowa) dotyczy czynu w rozumieniu historycznym przy uwzględnieniu ustawowych znamion przestępstwa i łączy się koniunkcyjnie z tożsamością osoby (tożsamość podmiotowa). M. W. został skazany za czyn z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks oraz oskarżony o czyn z art. 107 § 1 kks, które to czyny polegały na urządzaniu przez niego wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych gier na automatach tj. bez koncesji w tym samym okresie czasu. W obu sprawach znamiona przestępstwa były tożsame, również modus operandi sprawcy był identyczny. W niniejszej sprawie nie można tracić z pola widzenia również odmienności konstrukcji art. 6 § 2 kks od art. 12 kk. Art. 6 § 2 kks wymaga, aby zachowania podejmowane w krótkich odstępach czasu były zachowaniami podejmowanymi w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności. W niniejszej sprawie nie może ulegać wątpliwości, że M. W. podejmował tożsame zachowania z zachowaniami, za które został już skazany w warunkach z art. 6 § 2 kk przez Sąd Rejonowy w Ostrołęce. Odwoływanie się zaś do braku tożsamości miejscowości i rodzaju automatów jak i spraw związanych z różnorodnym obrotem narkotykami nie jest zasadne w realiach niniejszej sprawy. Jak wynika ze szczegółowej treści uzasadnienia w sprawie IV KO 34/17, nie tylko inny rodzaj narkotyków oraz miejsc dokonywania obrotu nimi stanowił o niemożności uznania wielu zachowań za będące tym samym czynem lecz złożone i nie identyczne okoliczności związane z działalnością skazanego. W ocenie Sądu Okręgowego, zachowanie M. W. w niniejszej sprawie jak i w sprawie osądzonej przez Sąd Rejonowy w Ostrołęce stanowiło jeden czyn zabroniony z art. 107 § 1 kks w rozumieniu art. 6 § 2 kks. Oskarżony bowiem za każdym razem działał jako Prezes Zarządu spółek (...) i (...), które były ściśle ze sobą powiązane właśnie jego osobą i profilem działalności prowadzonej przez niego na terenie całego kraju. Oskarżony zatem zawsze działał jako prezes jednoosobowego zarządu w odniesieniu do każdego lokalu i każdego automatu znajdującego się w nim. W imieniu spółek to oskarżony zawierał umowy o dzierżawę lokali, gdzie wstawiał użytkowane przez spółkę automaty zawierając umowy w zakresie obsługi tych urządzeń. Działalność spółek oskarżonego nakierowana była zatem na urządzenie gier na automatach. Za każdym razem w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej oskarżony działał wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, bowiem nie posiadał koncesji. Powyższe okoliczności jednoznacznie świadczą o tym, że oskarżony działał w wykonaniu tego samego zamiaru i z wykorzystaniem takiej samej sposobności polegającej na prowadzeniu działalności gospodarczej o wskazanym wyżej charakterze, a sposób jego działania i okoliczności towarzyszące czynom były za każdym razem identyczne. Oskarżony działał bez koncesji, a zatem wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych tj. m. in. art. 6 ust. 1, który uzależnia możliwość prowadzenia takiej działalności od uzyskania koncesji na kasyno gry. Należy również zauważyć, że nawet przepisy dotyczące warunków udzielania koncesji przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych, zarówno obowiązujące w dacie popełnienia czynu zarzucanego oskarżonemu w niniejszej sprawie jak i obecnie nie zawierają wymogu co do wskazania indywidualnie określonych konkretnych automatów przez podmiot ubiegający się o nią. Podmiot taki ma wskazać jedynie przewidywany rodzaj oraz liczbę gier (art. 35 ust. 8 ustawy o grach hazardowych) zaś udzielona koncesja w swej treści również nie obejmuje konkretnych automatów lecz rodzaj i minimalną oraz maksymalną liczbę gier (art. 42 ust. 4 ustawy o grach hazardowych).

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Sądu Okręgowego, zachowanie zarzucane oskarżonemu w niniejszej sprawie należy zatem uznać za fragment zachowania przypisanego mu w prawomocnym wyroku Sądu Rejonowego w Ostrołęce z dnia 27 kwietnia 2017 r. jako tożsame z czynem przypisanym w tym orzeczeniu, a nie tylko podobne. Tym samym, zgodnie z treścią art. 17 § 1 pkt 7 kpk, niedopuszczalne było w niniejszym postępowaniu skazanie oskarżonego za fragment czynu zabronionego wchodzącego w skład czynu ciągłego z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks, za który został skazany w innym postępowaniu karnym.

Mając na uwadze powyższe, zaskarżony wyrok uchylono i postępowanie przeciwko M. W. o czyn z art. 107 § 1 kks umorzono kosztami procesu obciążając Skarb Państwa.

SSO Anita Jarząbek-Bocian SSO Agnieszka Wojciechowska-Langda SSR del. Justyna Dolhy