

Sygn. akt: **VII Kz 223/18**

POSTANOWIENIE

C., dnia 6 czerwca 2018 roku

Sąd Okręgowy w Częstochowie VII Wydział Karny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Beata Jarosz

Protokolant: sekr. sądowy Aleksandra Błachowicz - Drózdź

po rozpoznaniu na posiedzeniu

w sprawie przeciwko Ł. B. synowi Z. i B., urodz. (...) w P.,

oskarżonemu o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s.

zażalenia prokuratora

na postanowienie Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 13.03.2018r., sygn. akt II K 650/16

w przedmiocie umorzenia postępowania

na zasadzie art. 437 § 1 k.p.k.

postanawia:

uchylić zaskarżone postanowienie i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Zawierciu

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 13.03.2018r. Sąd Rejonowy w Zawierciu:

1. na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw.z art. 113§1 k.k.s i umorzył postępowanie karne wobec oskarżonego Ł. B. o zarzucane mu przestępstwo karnoskarbowe z art. 107§1 k.k.s w zw. z art. 9§3 k.k. z uwagi na to, że postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone.
2. na podstawie art. 29 pkt 2 k.k.s., art. 30 par. 5 k.k.s. art. 31 par. 5 k.k.s. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci automatu H. (...) nr (...)– typ wideo-multigrame, automatu (...) P. nr (...) – typ wideo-multigrame, automatu (...) nr (...) typ wideo – multigrame, opisanych w wykazie dowodów rzeczowych pod poz 1- 2 (k. 360), przechowywanych w magazynie Urzędu Celnego w R.;
3. na podstawie art. 29 pkt 2 k.k.s art. 30 par. 5 k.k.s orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowód rzeczowy w postaci kalendarze 2011 z zapiskami i umowy najmu powierzchni nr (...) z dnia 2.09.2013r. z załącznikami opisanych w wykazie dowodów rzeczowych znajdujących się w aktach sprawy na k. 13 i 14-23;
4. kosztami procesu obciążył Skarb Państwa

Zażalenie na powyższe postanowienie wniósł oskarżyciel publiczny, Naczelnik (...)(...) .

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczeni, tj. art. 17 par. 1 pkt 7 kpk polegającą na umorzeniu postępowania karnego skarbowego wobec oskarżonego o zarzucony mu czyn popełniony od d a 7.09.2014r. do dnia 29.01.2015r. w Barze (...) w S. w związku z ujawnieniem prawomocnego wyroku zapadłego przed Sądem Rejonowym w Rybniku sygn. III K 827/16, skazującego tego samego oskarżonego, w którym uznano czyny popełnione w dniach od 2 grudnia 2013r. do dnia 12 lipca 2016r. w innym lokali w R. na innym automacie za czyn ciągły w rozumieniu art. 107 par. 1 k.k.s w zw. z art. 6 par. 2 k.k.s., obrazę przepisów postępowania, art. 339 par. 3 k.k.s. przez skierowanie postępowania na posiedzenie w celu umorzenia postępowania, w oparciu o ocenę okoliczności, która nie powinna nastąpić w ramach wstępnej kontroli oskarżenia.

Stawiając powyższy zarzut wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Częstochowie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Zażalenie zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy podziela rozważania Sądu Rejonowego, że skazanie za czyn ciągły z art. 6 par. 2 k.k.s. rodzi powagę rzeczy osądzonej odnośnie czynu wchodzącego w skład tego czynu ciągłego, jeśli został on popełniony w ramach czasowych tego czynu. Od strony normatywnej konstrukcja czynu ciągłego z art. 12 KK czy z art. 6 par. 2 k.k.s, 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 czy z art. 6 par. 2 k.k.s.) 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 jednak przyjęcia stanu prawomocności materialnej jest jednak **tożsamość czynu**, a nie tylko wzajemne podobieństwo, identyczna kwalifikacja prawna, czy pomieszczenie zachowań w tożsamym przedziale czasowym.

W ocenie Sadu Okręgowego brak jest tożsamości czynu pomiędzy czynem za jaki został skazany Ł. B. w wyroku Sądu Rejonowego w Rybniku z dnia 25.10.2017r. sygn. akt III K 826/16.

Podnieść należy, że w tej sprawie Sąd Rejonowy skazał Ł. B. za czyn polegający na tym, że będąc Prezesem zarządu spółki sp. z o.o. (...) z siedzibą w K. w R. od 2 grudnia 2013r. do dnia 12 lipca 2016r. wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, w krótkich odstępach czasu z wykorzystaniem tej samej sposobności, urządzał bez stosownego zezwolenia, w celach komercyjnych gry o charakterze losowym o wygrane pieniężne na automatach do gry o nazwie C. (...) numer (...)

Jak wynika z powyższego opisu zupełnie inne jest miejsce działania oskarżonego – w R., w niniejszej sprawie w S., inny jest także automat na którym urządzano grę – C. G. nr (...), zaś w niniejszej sprawie H. (...) nr (...) – typ wideo-multigame, automatu (...) P. nr (...) – typ wideo- multigrame, automatu (...) nr (...) typ wideo – multigame. W sprawie dotyczącej art. 107 k.k.s. w postanowieniu z dnia 23 maja 2018r. w sprawie IVKs 9/18 Sąd Najwyższy wskazał: „ **jeżeli przy tym zachodzi odmiennność miejsca, czy też rodzajów automatów, to nie mamy do czynienia z idem** (...) Typizacja zachowania oskarżonego ujawnionego w różnych okresach i różnych miejscach nie może ograniczyć się do jednego czynu”. Takie samo stanowisko zajął Sąd Najwyższy w odniesieniu do niezastnienia powagi rzeczy osądzonej na gruncie art. 107 k.k.s w postanowiniue z dnia 4.04.2018r., VKs 5/18, gdzie także wskazał, że „ analiza czynu prawomocnie przypisanego A.U. w wyroku Sądu Rejonowego w B. z dnia 14 lipca 2015r., sygn. akt (...).../15 oraz zarzucanego w rozpoznawanej sprawie wskazuje, że nie ujawniła się przeszkoda wynikająca z art. 17 par. 1 pkt 7 kpk, zakazująca ponownego postępowania o inne ujawnione zachowanie sprawcy, będące elementem czynu ciągłego stanowiącego przedmiot wcześniejszego osądzenia (brak tożsamości czynów). Przedmiotem obu przestępstw

było co prawda urządzenie gier na automatach w tym samym czasie, jednak w przypadku czynu przypisanego w wyroku Sądu Rejonowego w B. z dnia 14 lipca 2015r. sygn. IXK 219/15 chodziło o gry na automatach do gier (...), (...), (...), (...), urządzone w okresie od dnia 1 stycznia 2014r. do dnia 22 sierpnia 2014r. w B., w lokali J, natomiast przedmiotem czynu od dnia dokonania którego A.U. został uniewinniony wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 29 marca 2017r. II K .../16 było urządzenie w okresie od dnia 1 lipca 2014r. do dnia 16 lipca 2014r. gry na automatach do gier H. (...) nr (...), (...) nr (...), (...) 42 nr (...)i (...) S. nr (...) w lokalu J. w K. **Zatem ani miejscowość ani rodzaj automatów nie jest tożsamy”**

Podobne rozumowanie zaprezentował Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 17 maja 2017r. (...) 34/17, gdzie stwierdził, 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.

Zgodzić się przy tym należy ze skarżącym, że powoływanie się na treść art. 6 par. 2 k.k.s. jest zbędne w wypadkach tzw. wieloczynowego określenia znamion, np. „urządza lub prowadzi grę” (art. 107 par. 1 k.k.s) „trudni się sprzedażą losów: (art. 100 k.k.s.), bowiem w takich sytuacjach mamy do czynienia także z jednym przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym, którego znamiona realizowane są jednokrotnie przez wiele zachowań, o czym przesądza wieloczynowość jego znamion (por. T. Grzegorzyc, kodeks karny skarbowy 2006. s 124). Instytucja czynu ciągłego z art. 6 par. 2 k.k.s znajduje zastosowanie jedynie w odniesieniu do tych typów czynu, w których znamię czynnościowe ujęte zostało w ten sposób, że jego wypełnienie możliwe jest jednym zachowaniem, nie znajduje natomiast podstaw do zastosowania do przestępstw trwałych, wieloodmianowych, zbiorowych oraz przestępstw z reguły popełnianych powtarzającymi się zachowaniami (por. T. Grzegorzyc, Kodeks karny skarbowy 2006, s 122-123). Stąd też uznać należy, że Sąd Rejonowy w Rybniku błędnie powołał art. 6 par. 2 k.k.s w odniesieniu do zachowania polegającego na urządzaniu gier za pomocą jednego automatu w jednym lokalu w R.. Oczywiście z uwagi na to, że konstrukcja z art. 6 par. 2 k.k.s. ma charakter pewnej fikcji prawnej, nawet błędne jej zastosowanie może zrodzić powagę rzeczy osądzonej. Samo jednak błędne zastosowanie art. 6 par. 2 k.k.s. nie zrodziło powagi rzeczy osądzonej w odniesieniu do urządzania gier na innych automatach, w innych miejscach, a jedynie do urządzania gier w R. przy ul. (...) na automacie C. G. w okresie wskazanym w wyroku Sądu Rejonowego w Rybniku.

Zgoła odmienna sytuacja jawi się jeśli chodzi o wyroki przywoływane w judykatach powołanych przez obrońcę, w których umorzono postępowanie karne wobec Ł. B. na podstawie art. 17 par. 1 pkt 7 kpk. W orzeczeniach tych odwoływano się bowiem do wyroków Sądu Rejonowego w Sosnowcu z dnia 16.10.2017r. w sprawie III K 190/17 i Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach z dnia 28.08.2017r. w sprawie II K 566/17. W sprawie zaś Sądu Rejonowego w Sosnowcu III K 190/17 Ł. B. został skazany za urządzenie czynem ciągłym gier na różnych automatach w różnych miejscach – S., C., J., B.. Z opisu tego czynu wynika jednoznacznie, że Sąd skazał go za czyn podjęty w wykonaniu tego samego zamiaru prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na urządzaniu gier na automatach bez koncesji na prowadzenia kasyna i eksploataowaniu jak największej liczby automatów, w różnego rodzaju lokalach położonych na terenie kraju, w celu osiągnięcia jak największego zysku, bez rejestracji tych urządzeń. To skazanie zatem zrodziło w ramach czasowych wyznaczonych tym wyrokiem powagę rzeczy osądzonej w odniesieniu do kolejnych zachowań polegający na urządzaniu gier za pomocą różnych automatów, w różnych miejscach na terenie kraju. Podobnie został ukształtowany czyn w wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach sygn. akt II K 566/17. W tymże wyroku węzłem konstrukcji z art. 6 par. 2 k.k.s. objęto zachowania polegające na urządzaniu gier na różnych automatach w okresie od 4.05.2015r. do 5.10.2015r. - w różnych lokalach w T. i w miejscowości T..

Mając na uwadze powyższe rozważania uchylono zaskarżone orzeczenie i przekazano sprawę do ponownego rozpoznania.

Przy ponownym rozpoznaniu Sąd Rejonowy rozważy, czy w niniejszej sprawie może zastosować jako wypełnienie normy z art. 107 k.k.s. art. 14 ustawy o grach hazardowych., skoro w dacie czynu przepis ten nie był notyfikowany i jako taki nie mógł być stosowany wobec obywateli. Ponadto rozważy, że oskarżony działał w usprawiedliwionym czy nieusprawiedliwionym błędzie co do karalności zarzucanego mu czynu jaki miał popełnić od 17.09.2014r.

do 29.01.2015r. W realiach niniejszej sprawy jest niewątpliwym, że oskarżonemu przyszło prowadzić działalność gospodarczą specjalizującą się w urządzeniu gier na automatach w niejasnym i skomplikowanym stanie prawnym.

W okresie kiedy czyn oskarżonego miał być popełniony doszło do absolutnie bezprecedensowych w polskim porządku prawnym okoliczności związanych z interpretacją na przestrzeni kolejnych lat, zagadnień związanych z urządzeniem i prowadzeniem gier o charakterze losowym, technicznym charakterem przepisów art. 6 i art. 14 ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych i koniecznością ich notyfikacji Komisji Europejskiej, konsekwencją nienotyfikowania tych przepisów technicznych jaką jest przyjmowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej norma niestosowania przez państwo wobec jednostek nienotyfikowanych przepisów technicznych, co powodowało niemożność doprecyzowania tymi nienotyfikowanymi przepisami technicznymi blankietowego przepisu art. 107 § 1 k.k.s. Nawet osoba o podwyższonym standardzie wymogów dla przeciętnego obywatela, z racji prowadzenia profesjonalnej działalności dotyczącej wykorzystywania gier na automatach, nie mogła posiadać wiedzy o rzeczywistym stanie prawnym i wiążącej wykładni w zakresie obowiązującego porządku odnośnie bezprawności i karalności, skoro była ona tak zmienna. Nawet w Sądzie Najwyższym doszło do rozbieżności w uzyskanych rezultatach interpretacyjnych co do zagadnienia legalności/bezprawności urządzania i prowadzenia gier na automatach. Także tutejszy Sąd (podobnie jak inne sądy) prezentował w okresie, w którym oskarżony dopuścił się zarzucanego mu czynu, linię orzecniczą, zgodnie z którą dokonywał interpretacji przepisów na korzyść osób oskarżonych o czyny z art. 107 § 1 k.k.s.