

POSTANOWIENIE

Dnia 9 listopada 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Wiesław Kozielowicz (przewodniczący)

SSN Rafał Malarski (sprawozdawca)

SSN Piotr Mirek

Protokolant Edyta Demiańczuk - Komoń

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jerzego Engelkinga
w sprawie M. P.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 9 listopada 2021 r.,

przekazanego na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Okręgowy w Ł.,
postanowieniem z dnia 23 czerwca 2021 r., sygn. akt II Ka (...), zagadnienia
prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy:

„1. Czy "losowy charakter gry" oraz "element losowości" o jakich mowa w art. 2 ust. 3 i 5 Ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201 poz. 1540 z późn. zm.) do których odsyła art. 107 § 1 Ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (Dz. U. Nr 83 poz. 930 z późn. zm.) w zakresie w jakim penalizuje nielegalne urządzenie i prowadzenie gier hazardowych, oznacza nieprzewidywalność wyniku gry dla osoby korzystającej z takiego urządzenia bez względu na budowę automatu do gier w tym i programu sterującego takim urządzeniem?

2. Czy w przypadku stwierdzenia, że "element losowości" oraz "losowy charakter gry" w przepisach prawa i urządzeniach o których mowa w pkt 1 oznacza nieprzewidywalność wyniku gry

dla grającego, wprowadzenie do takiego urządzenia możliwości pełnego sprawdzenia przez grającego wszystkich wyników przyszłych gier w sytuacji kiedy może, ale nie musi skorzystać z takiej opcji oprogramowania, pozbawia gry na takich urządzeniach charakteru losowego znosząc w automatach także i element losowości w rozumieniu art. 2 ust. 3 i 5 Ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201 poz. 1540 z późn. zm.) w zakresie znamion art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego?”

p o s t a n o w i ł odmówić podjęcia uchwały.

UZASADNIENIE

Przedstawione zagadnienie prawne wyłoniło się na tle sprawy, w której M. P. został oskarżony o to, że:

1. W bliżej nieustalonym czasie, nie później niż do dnia 13 lutego 2019 r., w lokalu zlokalizowanym przy ul. (...) w Z., pełniąc funkcję prezesa L. sp. z o.o. z/s w W., urządził bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry na automatach F. o wskazanych w akcie oskarżenia oznaczeniach, wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, co stanowi naruszenie przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, przy czym popełnił dwa przestępstwa skarbowe, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny co do któregośkolwiek z nich i każdy z tych czynów wyczerpuje znamiona przestępstwa skarbowego określonego w tym samym przepisie, a odstępy czasu pomiędzy nimi nie są długie, to jest o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 w zw. z art. 9 § 3, art. 7 § 1 i art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s.
2. W bliżej nieokreślonym czasie, nie później niż do dnia 6 marca 2019 r., w lokalu zlokalizowanym przy Al. (...) w Ł., pełniąc funkcję prezesa L. Sp. z o.o. z/s w W., urządził bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry na automatach F. o wskazanych w akcie oskarżenia oznaczeniach, wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, co stanowi naruszenie przepisów

art. 6 ust 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, przy czym popełnił dwa przestępstwa skarbowe, zanim zapadł pierwszy wyrok chociażby nieprawomocny co do któregośkolwiek z nich i każdy z tych czynów wyczerpuje znamiona przestępstwa skarbowego określonego w tym samym przepisie, a odstępy czasu pomiędzy nimi nie są długie, to jest o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 w zw. z art. 9 § 3, art. 7 § 1 i art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s.

Sąd Rejonowy w Z., po rozpoznaniu sprawy, wyrokiem z dnia 25 listopada 2020 r., II K (...), uniewinnił M. P. od popełnienia zarzucanych mu czynów.

Apelację od powyższego rozstrzygnięcia wniósł prokurator oraz Naczelnik (...) Urzędu Celno-Skarbowego. Pierwszy z nich zarzucił orzeczeniu naruszenie art. 7 k.p.k. poprzez dowolną ocenę materiału dowodowego, wyrażającą się w całkowitym pominięciu opinii biegłego A. C. oraz decyzji Ministra Finansów, Inwestycji i Rozwoju rozstrzygających, że gry urządzone na urządzeniach F. są grami na automatach w rozumieniu przepisów ustawy o grach hazardowych, a także naruszenie art. 167 i art. 201 k.p.k. poprzez zaniechanie dopuszczenia z urzędu dowodu z opinii uzupełniającej biegłego z zakresu mechaniki technicznej, ogólnej budowy i eksploatacji maszyn, teorii maszyn i mechanizmów techniki komputerowej. Nadto zarzucił wyrokowi błąd w ustaleniach faktycznych na skutek przyjęcia, że zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał na przypisanie oskarżonemu popełnienia zarzucanych mu czynów. Podnosząc te zarzuty, prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania.

Drugi z oskarżycieli publicznych wyrokowi Sądu pierwszej instancji zarzucił obrazę art. 7 w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 113 k.k.s. przez przeprowadzenie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów oraz błąd w ustaleniach faktycznych na skutek oparcia ustaleń na niewiarygodnych dowodach. Podnosząc te zarzuty, Naczelnik Urzędu Celno-Skarbowego wniósł także o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w Ł., po przeprowadzeniu uzupełniającego postępowania dowodowego w postępowaniu apelacyjnym, uznał, że w sprawie wyłoniło się

zagadnienie prawne wymagające dokonania zasadniczej wykładni ustawy, któremu dał wyraz w dwóch przytoczonych na wstępie pytaniach, zawartych w postanowieniu z dnia 23 czerwca 2021 r., II Ka (...).

Pismem z dnia 13 sierpnia 2021 r., Zpk (...), prokurator Prokuratury Krajowej wniósł o odmowę podjęcia uchwały.

W piśmie z dnia 15 października 2021 r. jeden z obrońców oskarżonego wniósł o podjęcie uchwały następującej treści: *„Pojęcie „losowości”, do którego odnoszą się sformułowania „losowy charakter gry” oraz „element losowości”, o których mowa w art. 2 ust. 3 i 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (...), do których odsyła art. 107 § 1 (...) [k.k.s. – dop. SN], oznacza obiektywną cechę gry, polegającą na nieprzewidywalności jej wyniku dla gracza, bez względu na budowę automatu do gier w tym i programu sterującego takim urządzeniem, jak również bez względu na subiektywną decyzję gracza o nieskorzystaniu z możliwości przewidywania wyniku gry lub o prowadzeniu rozgrywki z naruszeniem jej zasad, zaakceptowanych przez gracze przed przystąpieniem do gry”*. Do pisma tego załączono także wyroki uniewinniające tego oskarżonego, wydane w innych sprawach, w których zarzucono mu popełnienie występku z art. 107 § 1 k.k.s.

Drugi z obrońców, w piśmie z 21 października 2021 r., postulował podjęcie uchwały następującej treści:

1. „Zgodnie z art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2094 z późn. zm.) gra na automacie „zawiera element losowości”, jeżeli jej wynik jest obiektywnie nieprzewidywalny dla grającego, a więc nie jest możliwy do przewidzenia, nie zależy od jego obiektywnie ocenianej wiedzy, umiejętności lub zręczności oraz nie istnieje strategia umożliwiająca polepszenie wyniku bez złamania zasad gry. Nieprzewidywalność tę należy oceniać przez pryzmat warunków standardowych, w jakich znajduje się taki grający, nie zaś przez pryzmat warunków szczególnych (atypowych).
2. Ocena, czy gra na automacie zawiera element losowości, o którym mowa w art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2094 z późn. zm.) – do którego to przepisu odsyła art. 107 § 1

k.k.s. w zakresie, w jakim penalizuje nielegalne urządzenie i prowadzenie gier hazardowych – należy do sfery badania technicznego automatu do gier, w związku z czym wymaga posiadania wiadomości specjalistycznych co do strony technicznej działania automatów do gier, ich oprogramowania i kodu źródłowego, a co za tym idzie może zostać oceniona jedynie w fachowej opinii przez jednostkę upoważnioną, na podstawie art. 23f ww. ustawy, przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych, do badań technicznych automatów do gier, urzędzeń losujących i urzędzeń do gier.”

Pełnomocnik interwenienta L. Sp. z o.o. z siedzibą w W. domagał się również podjęcia uchwały, w której należało stwierdzić konieczność wąskiego interpretowania pojęć „element losowości” oraz „losowy charakter gry”, odnosząc „losowość” do obiektywnej nieprzewidywalności wyniku gry dla osoby korzystającej z danego urządzenia w warunkach standardowych, w jakich odbywa się dana gra.

Sąd Najwyższy wskazał, co następuje.

Na wstępie, przed odniesieniem się do przedstawionego zagadnienia prawnego, wskazać należy, że poza rozważaniami Sądu Najwyższego znaleźć musiały się wyroki przedstawione przez obrońcę oskarżonego, gdy przedmiotem postępowania określonego w trybie art. 441 § 1 k.p.k. nie jest ocena prawidłowości orzeczeń wydanych przez sądy powszechne czy wojskowe, a ewentualne rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego, a więc kwestii wymagającej zasadniczej wykładni ustawy.

W doktrynie procesu karnego i bogatym orzecznictwie Sądu Najwyższego na gruncie art. 441 k.p.k. wskazuje się, że przekazanie Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy uzależnione jest od spełnienia kilku warunków. Po pierwsze, musi wyłonić się ono przy rozpoznawaniu środka odwoławczego przez sąd. Po drugie, w zagadnieniu takim musi wystąpić istotny problem interpretacyjny związany z wykładnią przepisu, który w praktyce sądowej jest rozbieżnie interpretowany, albo też przepisu, który sformułowany jest wadliwie lub niejasno. Po trzecie, w sprawie takiej musi zachodzić konieczność dokonania „zasadniczej wykładni ustawy”, czyli sytuacja, w której przepis taki umożliwia rozbieżne interpretacje, co byłoby niekorzystne dla funkcjonowania prawa w praktyce. Po czwarte, między przedstawionym

zagadnieniem prawnym a dokonanyimi w sprawie ustaleniami faktycznymi musi zachodzić związek, który oznacza, że wyjaśnienie wątpliwości interpretacyjnych musi być niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy (zob. R. A. Stefański, *Instytucja pytań prawnych do Sądu Najwyższego w sprawach karnych*, Kraków 200, s. 254-261, 352-371). Przekazanie zagadnienia prawnego, jako stanowiące wyjątek od określonej w art. 8 § 1 k.p.k. zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego, musi być przy tym poprzedzone przez sąd pytający dokonaniem próby usunięcia podniesionych wątpliwości interpretacyjnych w drodze wykładni operatywnej (R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 357).

Przedmiotem pytania prawnego nie mogą być kwestie związane z ustaleniami faktycznymi, oceną dowodów czy też dotyczące możliwości zastosowania określonej normy do ustalonego w sprawie stanu faktycznego. Tryb wskazany w art. 441 k.p.k. nie służy także temu, by sądy odwoławcze, przy pomocy Sądu Najwyższego, upewniały się co do prawidłowości przyjmowanego przez nie stanowiska interpretacyjnego (zob. np. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2010 r., I KZP 17/10, OSNKW 2010, z. 10, poz. 88, z dnia 29 marca 2006 r., I KZP 58/05, LEX 180755, z dnia 29 września 2004 r., I KZP 22/04, R-OSNKW 2004, poz. 1691, z dnia 7 września 2000 r., I KZP 27/00, LEX 146182).

Tak określonych wymogów przedstawione przez Sąd Okręgowy w Ł. pytanie prawne nie spełnia, na co trafnie wskazuje się w stanowisku Prokuratury Krajowej, choć rzeczywiście wyłoniło się ono w toku rozpoznawania przez ten Sąd wniesionych w sprawie środków odwoławczych.

Po pierwsze, przedstawione pytanie prawne w dużej mierze zasadza się na kwestii ustalenia charakteru i sposobu funkcjonowania maszyn, na których – wedle aktu oskarżenia – oskarżony urządzać miał gry hazardowe. Czynności te, jako należące do sfery dokonywania w sprawie ustaleń faktycznych, także przy pomocy biegłych, jak i następnie dokonywania subsumcji należą do wyłącznej kompetencji sądu orzekającego, a art. 441 § 1 k.p.k. w tym zakresie nie stanowi wyjątku od zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego. Nadzór judykacyjny Sądu Najwyższego, mający prowadzić do zapewnienia jednolitości orzecznictwa sądów powszechnych i sądów wojskowych, a sprawowany w ramach instytucji pytań prawnych (konkretnych – art. 441 § 1 k.p.k. i abstrakcyjnych – art. 83 ust. 1 ustawy

o Sądzie Najwyższym) dokonywany jest w płaszczyźnie wykładni, nie zaś stosowania prawa (na co wyraźnie wskazuje odwołanie się przez ustawodawcę do kwestii wykładni prawa: zasadniczej w ramach konkretnych pytań prawnych i rozbieżności w wykładni w ramach abstrakcyjnych pytań prawnych).

W tej mierze Sąd odwoławczy, prowadząc postępowanie apelacyjne, powinien rozważyć skorzystanie z pewnych uwag poczynionych w stanowisku prokuratora Prokuratury Krajowej (s. 8-11), a w szczególności wyjaśnić, ewentualnie także z udziałem biegłym, jakie automaty do gier miał wykorzystywać oskarżony – czy te, o których mowa w art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 2094, dalej: u.g.h.), a więc czy były to automaty do gier, które zawierały element losowości (przy spełnieniu pozostałych kryteriów wskazanych w tym przepisie), czy te, o jakich mowa w art. 2 ust 5 u.g.h. – a więc automaty, w których gra ma charakter losowy (przy spełnieniu pozostałych wymogów określonych w tym unormowaniu).

Powyższa kwestia ma istotne znaczenie dla dokonania w sprawie oceny prawnokarnej czynów zarzucanych oskarżonemu, albowiem pojęcia gry zawierającej element losowości oraz gry o charakterze losowym nie są tożsame i nie można stosować ich zamiennie.

Po drugie, na co także trafnie zwraca się uwagę w stanowisku Prokuratury Krajowej, Sąd odwoławczy nie wykazał, iżby ujawniło się zagadnienie wymagające zasadniczej wykładni ustawy i nie podjął próby usunięcia powstałych w sprawie (na gruncie przeprowadzonych dowodów z opinii biegłego) wątpliwości co do treści obowiązującego prawa.

Wobec powyższego, jedynie na marginesie, zauważyć wypada, że zarówno w orzecznictwie sądowym, jak i literaturze przedmiotu podkreśla się, że pojęcie „elementu losowości” (które występuje w art. 2 ust. 3 u.g.h.) jest węższe od określenia „charakter losowy” (którym ustawodawca posłużył się w art. 2 ust. 5 u.g.h.). Oznacza to, że w ramach gier, o których mowa w pierwszym z przepisów, dopuszczalne jest wprowadzenie do nich, obok elementu losowości, także innych elementów istotnych dla gry, takich jak umiejętność gracza, jego zręczność czy wiedza. W grze o charakterze losowym natomiast wskazane elementy mogą mieć jedynie charakter marginalny wobec elementu losowości. Dominującym elementem

musi pozostawać „losowość” rozumiana jako sytuacja, w której wynik gry zależy od przypadku, a rezultat jest nieprzewidywalny dla grającego (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 grudnia 2016 r., VIII SA/Wa 353/16, S. Babiarczy, K. Aromiński, *Komentarz do ustawy o grach hazardowych*, Lex/el. 2021, teza 2.1-2.7 oraz 5.1-5.14 do art. 2, R. Stanisławski, M. Wierzbowski (red.), *Ustawa o grach hazardowych. Komentarz*, Lex/el. 2021).

Ponadto, na co celnie zwraca się powszechnie uwagę w orzecznictwie sądów administracyjnych na gruncie ustawy o grach hazardowych, bez znaczenia dla kwalifikacji urządzenia jako automatu do gier pozostaje okoliczność, że na urządzeniu tym rozgrywanych jest wiele gier i nie wszystkie muszą mieć charakter losowy. Literalna wykładnia przepisów ustawy o grach hazardowych prowadzi do wniosku, że wystarczającą przesłanką zastosowania art. 3 u.g.h., zgodnie z którym urządzenie gier losowych, zakładów wzajemnych, gier w karty i gier na automatach oraz prowadzenie działalności w tym zakresie jest dozwolone na podstawie właściwej koncesji, zezwolenia lub dokonanego zgłoszenia, jest, aby przynajmniej jedna gra zainstalowana na urządzeniu miała charakter losowy (zawierała element losowości). W kontekście powyższego, nawet gdyby zainstalowane na spornym automacie gry o charakterze czasowo-zręcznościowym przeważały, to okoliczność ta pozostaje bez wpływu na kwalifikację urządzenia jako automatu do gier hazardowych w świetle ustawy o grach hazardowych (por. m.in. wyroki Wojewódzkich Sądów Administracyjnych: w Gliwicach z dnia 15 czerwca 2016 r., III SA/Gl 2189/15, w Warszawie z dnia 6 czerwca 2018 r. V SA/Wa 2021/17, w Poznaniu z dnia 3 grudnia 2019 r., III SA/Po 614/19, w Szczecinie z dnia 30 stycznia 2020 r., II SA/Sz 522/19, w Poznaniu z dnia 19 stycznia 2021 r., III SA/Po 244/20). Podkreśla się także, że dla uznania gry za losową nie jest konieczne, aby zawierała ona tylko i wyłącznie komponenty losowe; wystarczające jest, aby w ogóle zawierała takie elementy. Tak więc nawet w sytuacji, gdy w danej grze współistnieją elementy wiedzy, refleksu, spostrzegawczości itd. oraz elementy przypadkowe, narzucone przez program gry, to jest to równoznaczne z tym, że zawiera ona element losowości, który przesądza, że jest grą na automatach w rozumieniu u.g.h., a więc że dane urządzenie może być eksploatowane jedynie w kasynie (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 3

kwietnia 2019 r., III SA/GI 1050/18) oraz że znajomość sekwencji kolejnych układów może co najwyżej wpłynąć na długofalową strategię gracza przy obstawianiu kolejnych gier lub na decyzję o rozegraniu kolejnej gry. Gracz nie ma więc wpływu na wynik żadnej z gier, może co najwyżej zdecydować się grać dalej lub zakończyć grę. Możliwość podjęcia takiej decyzji nie jest jednak ani istotą pojedynczej gry, ani nie dowodzi żadnego udziału gracza i jego wpływu na przebieg gry (por. wyroki Wojewódzki Sądów Administracyjnych: w Poznaniu z dnia 3 grudnia 2019 r., III SA/Po 538/19, w Poznaniu z dnia 4 grudnia 2019 r., III SA/Po 622/19, w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 22 lipca 2020 r., II SA/Go 101/20).

Ponadto, nie ma jakichkolwiek podstaw do utożsamiania pojęcia nieprzewidywalności wyniku gry, jako cechy znamionującej jej losowość, z wiedzą gracza albo możliwością jej zdobycia co do puli wyników, jakimi gra może się zakończyć.

Za w pełni trafne zatem wypada uznać podsumowujące cały wywód prokuratora Prokuratury Krajowej stwierdzenie, że **pojęcia „losowy charakter gry” oraz „element losowości”, o których mowa w art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h., oznaczają „nieprzewidywalność” wyniku gry dla osoby korzystającej z urządzenia do gier hazardowych bez względu na budowę takiego automatu, w tym oprogramowania nim sterującego; stan „nieprzewidywalności” nie jest przy tym eliminowany wskutek możliwości uprzedniego sprawdzenia wyniku gry za pomocą dostępnej funkcji oprogramowania.**

Mając powyższe na uwadze, rozstrzygnięto jak na wstępie.