



Sygn. akt III KK 381/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 listopada 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik (przewodniczący)

SSN Tomasz Artymiuk (sprawozdawca)

SSN Małgorzata Gierszon

Protokolant Łukasz Biernacki

w sprawie **K.M. i M.W.**

oskarżonych z art. 107 § 1 k.k.s.,

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w trybie art. 535 § 5 k.p.k.
w dniu 29 listopada 2019 r.

kasacji wniesionej przez Naczelnika (...) Urzędu Celno-Skarbowego w O., na
niekorzyść oskarżonych,

od wyroku Sądu Okręgowego w E. z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt VI Ka (...),
uchylającego wyrok Sądu Rejonowego w D. z dnia 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt II
K (...), w odniesieniu do wyżej wymienionych oskarżonych i umarzającego
postępowanie w ich sprawie,

**uchyla zaskarżony wyrok w części dotyczącej K.M. oraz M.W.
i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania
Sądowi Okręgowemu w E. w postępowaniu odwoławczym.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w D. z dnia 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt II K (...), M.W. został uznany za winnego tego, że od nieustalonego dnia 2013 r. do 12 grudnia 2013 r. w lokalu "V." w D. przy ul. C. urządzał gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r., Nr 201, poz. 1540 ze zm. – dalej w uzasadnieniu u.g.h.) w postaci urządzeń: A. nr (...), A. nr (...) i A. nr (...), wbrew przepisom określonym w art. 3, art. 4 ust. 1a, art. 6 ust. 1, art. 9, art. 14 ust. 1 oraz art. 23a ust. 1 wyżej wymienionej ustawy o grach hazardowych, tj. popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. i za to wymierzono mu karę 100 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 150 zł.

Tym samym wyrokiem K.M. został uznany za winnego tego, że od nieustalonego dnia 2013 r. do 12 grudnia 2013 r. w lokalu "V." w D. przy ul. C. urządzał gry na automacie w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 z 2009 r. poz. 1540 z późn. zm.) w postaci urządzenia H. nr (...), wbrew przepisom określonym w art. 3, art. 4 ust. 1a, art. 6 ust. 1 art. 9, art. 14 ust. 1 oraz art. 23a ust. 1 wyżej wymienionej ustawy o grach hazardowych tj. popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. i za to wymierzono mu karę 100 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł.

Od tego wyroku apelację wnieśli m.in.: osobiście oskarżony M.W. oraz obrońca K.M..

Oskarżony M.W. zaskarżył wyrok Sądu Rejonowego w całości co do swojej osoby, podnosząc zarzuty:

1. naruszenia art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego i w konsekwencji odmówienie wiarygodności złożonym przezeń wyjaśnieniom w zakresie odnoszącym się do przekonania oskarżonego, że prowadzona działalność była ówczasie działalnością legalną a złożone wyjaśnienia były spójne i uwiarygodnione złożonymi w sprawie dokumentami: w szczególnością opiniami prawnymi: dr A.F.A., z dnia 14 stycznia 2014 r., dotyczącej skutków braku notyfikacji przepisów technicznych w rozumieniu dyrektywy (...), prof. dr hab. W.C. z dnia 30 czerwca 2014 r., dotyczącej skutków braku notyfikacji art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych,

interpretacją podatkową z 8 listopada 2013r., komunikatem do funkcjonariuszy służby celnej z dnia 27 października 2014 r., przykładowymi wyrokami uniewinniającymi od zarzucanych mu czynów w okresach zbliżonych do stawianych w niniejszym postępowaniu oraz przykładowymi postanowieniami umarzającymi, co wskazuje na daleko idące, uzasadnione przekonanie, oparte na stanowiskach prezentowanych tak przez specjalistów z dziedziny prawa, jak i sądy oraz organy ścigania, że prowadzona przezeń działalność w tamtym okresie była działalnością legalną, i w konsekwencji pominięcie przy wyrokowaniu istotnej części materiału dowodowego.

Nadto oskarżony zarzucił obrazę prawa materialnego w postaci błędnego przypisania realizacji znamion przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s., polegającego na działaniu wbrew regulacji zawartej w art. 14 ust. 1 u.g.h., art. 6 ust. 1 u.g.h. oraz art. 23a u.g.h. pomimo:

1. bezskuteczności przepisu z art. 14 ust. 1 u.g.h., który jako nienotyfikowany przepis techniczny, przy braku przekazania Komisji Europejskiej projektu ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 8 ust. 1 dyrektywy 98/34, nie mógł być zastosowany, co stanowi okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną, potwierdzoną wiążącą wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dokonaną wyrokami: z dnia 13 października 2016 r. w sprawie C-303/15 oraz z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213/11, C-214/11 i C-217/11 (FORTUNA i inni), jak i wcześniejszym wyrokiem z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 (Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej);
2. braku realizacji znamion strony podmiotowej w postaci umyślności oraz oczywistej i usprawiedliwionej nieświadomości tak bezprawności, jak i karalności naruszenia art. 6 ust. 1 u.g.h., a to ze względu na powszechne traktowanie tego przepisu, jako tożsamego z art. 14 ust. 1 u.g.h., co znajduje wyraz w prezentowanym w toku postępowania orzecznictwie sądowym z całego okresu prowadzenia przezeń działalności, jak i stanowisku Komisji Europejskiej i pozwala uznać, że przepisy u.g.h. w usprawiedliwiony sposób mogły być traktowane jako bezskuteczne, co w okolicznościach niniejszej sprawy

bezpodstawnym czyni przypisanie umyślności dotyczącej działania wbrew obowiązującym przepisom prawa;

3. braku możliwości wywiązania się z obowiązku rejestracji automatów do gier, zgodnie z art. 23a ust 1 u.g.h., co wynika wprost z założenia ustawy o grach hazardowej, której spójna treść nie przewiduje możliwości funkcjonowania automatów do gier poza kasynem gry (*vide*: art. 14 ust. 1 u.g.h.) oraz poza koncesją na kasyno gry (*vide*: art. 6 ust. 1 u.g.h.);
4. naruszenia art. 10 ust. 1 dyrektywy 98/34 w zw. z art. 114 TFUE poprzez błędne przyjęcie przez Sąd *meriti*, że nawet w przypadku uznania, że wprowadzenie do porządku prawnego regulacji o charakterze technicznym dokonane zostało z naruszeniem wymogu uprzedniej notyfikacji, spełniają one wymogi wynikające z TFUE, *podczas gdy* tzw. klauzule generalne, które zwalniają państwa członkowskie z obowiązku notyfikowania wprowadzanych przepisów, odnoszą się do przyjmowania przez owe państwa środków harmonizujących wprowadzonych na mocy unijnego aktu wtórnego dotyczących ustanowienia i funkcjonowania rynku wewnętrznego na podstawie art. 114 TFUE, co wyklucza możliwość zastosowania owego wyjątku w przedmiotowej sprawie, odnoszącej się do spornych przepisów u.g.h. oraz stanowi zakwestionowanie przez Sąd I instancji wagi orzeczenia interpretacyjnego z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C - 213/11, C - 214/11 i C - 217/11 jako części wspólnotowego porządku prawnego - *acquis communautaire* - obejmującego wykładnię prawa unijnego o charakterze powszechnym, wyroku stanowiącego, że przepisy u.g.h. o charakterze technicznym bezwzględnie podlegały obowiązkowi notyfikacji.

W konsekwencji oskarżony wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wydanie rozstrzygnięcia uniewinniającego.

Adw. M.K., obrońca K.M. zaskarżył wyrok Sądu Rejonowego w całości, zarzucając:

I. naruszenie prawa materialnego poprzez:

1. naruszenie art. 2 aktu dotyczącego warunków przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej stanowiącego integralną część traktatu z dnia 16 kwietnia 2003 r. podpisanego w Atenach, na mocy, którego Polska od dnia 1 maja 2004 r. związana jest aktami prawnymi Wspólnot i Europejskiego Banku

Centralnego przyjętymi przed dniem przystąpienia – poprzez jego niezastosowanie;

2. naruszenie art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej oraz art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej w związku z art. 1 ust. 1 lit. f oraz art. 5 Dyrektywy 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 roku (dawniej art. 1 pkt. 11 i art. 8 ust. 1 Dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. Dz. U. UE L z dnia 21 lipca 1998 r. - uchylona nową dyrektywą 2015/1535 w dniu 7 października 2015 r.) ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego Dz.U.U.E.L. 2015.241.1 - dalej Dyrektywy 2015/1535 - w kształcie wiążąco zinterpretowanym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - poprzez ich niezastosowanie i uznanie, iż nienotyfikowane przepisy techniczne można zastosować z uwagi na tzw. klauzule generalne;
3. naruszenie art. 1 ust. 1 lit. f oraz art. 5 Dyrektywy 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. U. UE L z dnia 21 lipca 1998 r.) - dalej Dyrektywy 98/34/WE, w zw. z art. 6 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009 r., Nr 201, poz. 1540 ze zm.) - dalej u.g.h. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s., poprzez uznanie K. M. winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, podczas gdy działalność oskarżonego, polegająca na prowadzeniu gier na automatach nie stanowi czynu zabronionego, z uwagi na techniczny charakter art. 6 ust 1. art. 14 ust. 1, art. 2 ust. 3 i 5 oraz z art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (dalej: u.g.h.), a tym samym brak jest podstaw do przypisania odpowiedzialności za czyn zabroniony stypizowany w art. 107 § 1 k.k.s.;
4. naruszenie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 w zw. 2 ust. 3 i 5 oraz z art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a u.g.h., poprzez jego zastosowanie, w sytuacji, gdy

część przepisów ustawy o grach hazardowych potrzebnych do zrekonstruowania pozostałych - będących przepisami technicznymi - nie została notyfikowana;

5. naruszenie art. 6 ust. 1 i art 14 ust. 1 u.g.h., w zw. z art. 107 § 1 k.k.s., poprzez jego błędne zastosowanie, gdyż przepis dotyczy wyłącznie prowadzenia działalności w zakresie gier na automatach, inaczej niż art. 14 ust. 1, który ustanawia właściwy zakaz urządzania gier na automatach, a który w niniejszej sprawie nie mógł zostać zastosowany, co oznacza, że art. 6 ust. 1 u.g.h., nie może stanowić samodzielnego dopełnienia, a ewentualnie tylko uzupełnienie, normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s., a ponadto okoliczności faktyczne niniejszej sprawy nie pozwalają na ustalenie, iż mógł zostać naruszony art. 6 ust 1 u.g.h., gdyż jest to przepis ustalający podstawę prowadzenia działalności - w szerokim rozumieniu - w zakresie gier na automatach;
6. naruszenie art. 2 ust. 3 i 5 oraz z art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt. a u.g.h., poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż urządzanie gier hazardowych na automatach bez zezwoleń i koncesji poza kasynem gry jest zakazane, podczas gdy przepisy te nie były notyfikowane Komisji Europejskiej oraz nie były przedmiotem pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Fortuna i inni oraz C- 303/15, wskutek czego zignorowano zasadę pełnej skuteczności prawa wspólnotowego w zakresie systemu zakazów i licencji, który wobec braku notyfikacji jest bezskuteczny;
7. naruszenie art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, poprzez jego pominięcie, w sytuacji, gdy ustawodawca wyznaczył termin do dostosowania się do wymogów wprowadzonych przez ustawę zmieniającą do dnia 1 lipca 2016 r., co sprawia, iż art. 107 k.k.s., jako przepis blankietowy, odsyła do przepisów, które do 1 lipca 2016 r. nie nakładają obowiązków w nich wskazanych;
8. naruszenie art. 10 § 4 k.k.s. poprzez jego pominięcie, albowiem mając na uwadze orzecznictwo TSUE, utrwalone orzecznictwo sądów powszechnych oraz stanowisko doktryny w okresie popełnienia zarzucanego oskarżonemu czynu, wskazujące, że brak notyfikacji Komisji Europejskiej przez rząd polski przepisów ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r., powoduje

niemożność stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, a co za tym idzie brak jest możliwości stosowania także przepisu sankcjonującego urządzenie lub prowadzenie gier na automatach tj. art. 107 § 1 k.k.s., oskarżony działał co najmniej w nieświadomości jego karalności;

9. naruszenie art. 10 § 1 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie, albowiem mając na uwadze interpretację uchwały składu siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Kasa z dnia 19 stycznia 2017 r. sygn. akt I KZP 17/16 w zakresie dotyczącym art. 6 ust. 1 u.g.h., oskarżony pozostawał w czasie popełnionego czynu w błędzie co do okoliczności dotyczącej możliwości stosowania art. 6 ust. 1 u.g.h., do art. 107 § 1 k.k.s. i tej okoliczności nie można potraktować na jego niekorzyść;

II. naruszenie prawa procesowego, mające wpływ na treść orzeczenia:

1. naruszenie art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., w myśl których obowiązkiem sądu jest wyjaśnienie wszystkich istotnych okoliczności sprawy, które to zaniechanie doprowadziło do braku dokładnego określenia czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. 2 wyroku poprzez posłużenie się w opisie czynu zwrotem niedookreślonym, tj. „od nieustalonego dnia 2013 r.”, co w efekcie doprowadziło do nieprawidłowego przyjęcia przez sąd orzekający czasookresu czynu przypisanego oskarżonemu.

W konsekwencji obrońca oskarżonego K.M. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Apelacje w tej sprawie wnieśli także obrońcy dwóch pozostałych oskarżonych M.L. i P.M. oraz pełnomocnik interwenientów.

Sąd Okręgowy w E. wyrokiem z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt VI Ka (...), zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że za czasookresy czynów przypisanych oskarżonemu ustalił: w stosunku do K.M. dzień 1 grudnia 2013 r. do dnia 12 grudnia 2013 r., zaś w stosunku do M.W. dzień 12 lipca 2013 r. do dnia 12 grudnia 2013 r. oraz wyeliminował z opisu czynów ustalenie, że oskarżeni działali wbrew przepisowi art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Nadto Sąd Okręgowy w zakresie dotyczącym K.M. i M.W. uchylił zaskarżony wyrok

i umorzył postępowanie karne z uwagi na wystąpienie w sprawie przesłanki z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. (pkt I lit. b wyroku SO). W pozostałej części orzeczenie sądu *a quo* utrzymano w mocy.

Od tego wyroku kasację wniósł Naczelnik (...) Urzędu Celno-Skarbowego w O. zaskarżając je w części dotyczącej uchylenia wyroku Sądu pierwszej instancji i umorzenia postępowania w stosunku do K.M. i M.W.. W kasacji podniesiono zarzuty:

1. rażącego naruszenia prawa procesowego, mającego istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. i art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s., polegającego na błędnym przyjęciu, że w sprawie zaistniała ujemna przesłanka procesowa w postaci powagi rzeczy osądzonej, gdyż:
 - oskarżony M.W. został wcześniej prawomocnie skazany za czyn będący elementem czynu ciągłego przypisanego mu prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w G.. z dnia 5 lipca 2017 r., sygn. akt II K (...), prawomocnymi wyrokami Sądu Rejonowego w K. z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K [...] i z dnia 8 czerwca 2017 r., sygn. akt II K (...),
 - oskarżony K.M. został wcześniej prawomocnie skazany za czyn będący elementem czynu ciągłego przypisanego mu prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w T. z dnia 21 listopada 2016 r., sygn. akt II K (...), w sytuacji, gdy oskarżeni nie zostali prawomocnie skazani w warunkach określonych w art. 6 § 2 k.k.s. w związku z art. 107 § 1 k.k.s., a tym samym nie było prawnej przeszkody do orzekania w przedmiocie odpowiedzialności karnej skarbowej oskarżonych, za czyny zarzucane im w akcie oskarżenia,
2. rażącego naruszenia przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 6 § 2 k.k.s. w związku z art. 107 § 1 k.k.s., polegające na uznaniu, że art. 6 § 2 k.k.s. obejmuje swą treścią normatywną i znajduje zastosowanie do przestępstw trwałych wieloczynowych, do których należą czyny zabronione spenalizowane w art. 107 § 1 k.k.s.,
3. rażącego naruszenia prawa procesowego, mającego istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 632 pkt 2 i art. 634 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s., polegającego na błędnym przyjęciu, iż zaistniała podstawa do zwolnienia odnośnie kosztów i opłat (kosztów procesu) dotyczących K.M. i M.W. w sytuacji,

gdy oskarżeni K.M. i M.W. nie zostali prawomocnie skazani w warunkach określonych w art. 6 § 2 k.k.s. w związku z art. 107 § 1 k.k.s., a tym samym nie było prawnej przeszkody do orzekania w przedmiocie odpowiedzialności karnej skarbowej oskarżonych, za czyny zarzucane im w akcie oskarżenia i skutkiem czego nie było podstaw do umorzenia postępowania w oparciu o art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. i art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s.

W konsekwencji w kasacji wniesiono o uchylenie zaskarżonego wyroku w pkt I. b) oraz w pkt II w części dotyczącej obciążenia Skarbu Państwa kosztami procesu w części umarzającej postępowanie karne w zakresie czynów K.M. i M.W. i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w E. w tym zakresie, do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Wniesiona kasacja jest oczywiście zasadna, co wobec treści art. 535 § 5 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od dnia 5 października 2019 r. (zmienionej przez art. 1 pkt 93 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2019, poz.1694), umożliwiło jej uwzględnienie na posiedzeniu bez udziału stron.

Orzekający w niniejszej sprawie Sąd Okręgowy w E. dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., bezzasadnie przyjmując zaistnienie w niniejszej sprawie przeszkody procesowej w postaci przesłanki powagi rzeczy osądzonej, w oparciu o którą doszło – na podstawie art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. – do uchylenia wyroku Sądu pierwszej instancji w zakresie zarzutów stawianych K.M. oraz M.W. i do umorzenia postępowania karnego w tym zakresie.

Uzasadniając zaskarżone orzeczenie Sąd odwoławczy wyraził zdecydowanie błędny pogląd, że czyny przypisane oskarżonym K.M. i M.W. w niniejszej sprawie przez Sąd Rejonowy w D. należało zdefiniować jako element czynów ciągłych przypisanych im już innymi prawomocnymi wyrokami.

W tym kontekście należy przypomnieć, że czyn z art. 107 § 1 k.k.s., polega na „urządzaniu” lub „prowadzeniu” gier hazardowych. Specyfika tego przestępstwa wyklucza zatem dokonywanie go „na raty”, co byłoby charakterystyczne dla czynu ciągłego – art. 6 § 2 k.k.s., który jest odpowiednikiem art. 12 k.k. (zob. uzasadnienie

rządowego projektu Kodeksu karnego skarbowego, Warszawa 1999, z. 25, s. 144 czy Nowe Kodeksy Karne – z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 124).

Na działalność oskarżonych nie da się nałożyć „siatki” czynu ciągłego, ponieważ ich zachowania były podejmowane równocześnie na terenie całego kraju i w istocie niezależnie od siebie, a kolejne z nich, nie wynikały z już wykonanych. Nie były więc one podejmowane sukcesywnie, po to by ich suma ostatecznie zrealizowała jakiś z góry powzięty zamiar. Nie był to więc jeden zamiar nielegalnego urządzania gier na automatach w ramach prowadzonych przez siebie spółek, ale szereg zamiarów jednocześnie realizowanych w różnych miejscach (lokalach) całego kraju.

Sąd w niniejszym składzie w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2018 r., V KK 415/18 (OSNKW 2018, z. 10, poz. 71), że „skoro urządzanie 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. Upřednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s., popełnione w innym miejscu, w warunkach czynu ciągłego (art. 6 § 2 k.k.s.), w którym czas jego popełnienia obejmuje czasokres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s., 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”. Pogląd ten potwierdzony został w szeregu kolejnych orzeczeń (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 15 listopada 2018 r., V KK 314/08; z dnia 5 grudnia 2018, V KK 399/18; z dnia 29 stycznia 2019 r., V KK 562/18; z dnia 4 kwietnia 2019 r., IV KK 359/18; z dnia 11 czerwca 2019 r., III KK 307/18; z dnia 26 czerwca 2019 r., III KK 359/18), a skład Sądu

Najwyższego rozpoznający niniejszą sprawę, dzieląc zarówno interpretacją przepisów Kodeksu karnego skarbowego oraz ustawy o grach hazardowych dokonaną w powołanych orzeczeniach (i do niej się w tym miejscu odwołując), jak i wynik dokonanej w ten sposób wykładni, nie znajduje podstaw faktycznych oraz prawnych aby od poglądu tego odstąpić.

Nie można zatem zgodzić się ani z twierdzeniem, że czyn zarzucony w niniejszej sprawie wyczerpuje znamiona czynu ciągłego w rozumieniu art. 6 § 2 k.k.s., ani z tym, iż wcześniejsze skazania za urządzenie gier hazardowych, nawet w tym samym czasie co opisany w niniejszej sprawie, stanowi podstawę, do przyjęcia, że również taki „nowy” czyn został już osądzony i że rodzi to skutek procesowy w postaci *res iudicata*.

W przypadku K.M. przesłanką przyjęcia przez Sąd Okręgowy wystąpienia okoliczności określone w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. był wyrok Sądu Rejonowego w T. z dnia 21 listopada 2016 r., sygn. akt II K (...) dotyczący czynów z art. 107 § 1 k.k.s. popełnionych przez oskarżonego w okresie od 28 lutego 2013 r. do dnia 20 stycznia 2014 r., a polegających na urządzeniu gier na wskazanych w tym wyroku automatach w lokalu P. w T. przy ul. P. oraz w Lokalu Gastronomicznym K. w T. przy ul. S.

Oczywiste w związku z tym jest, że czyny objęte wyrokiem Sądu Rejonowego w T. popełnione zostały w zupełnie innej miejscowości geograficznej (T.) niż czyn objęty wyrokiem sądu *a quo* (D.), gry były urządzone w różnych lokalach i na różnych automatach, inne były osoby, z którymi oskarżony zawierał umowy na wynajem powierzchni użytkowej.

Identyczna konkluzja dotyczy M.W.. W jego przypadku podstawą przyjęcia przez Sąd drugiej instancji przesłanki *res iudicata* były wyroki:

- Sądu Rejonowego w G.. z dnia 5 lipca 2017 r., sygn. akt II K (...), obejmującego okres od nieustalonego dnia do dnia 19 maja 2015 r. i dotyczącego urządzania gier na automatach w lokalu P. mieszczącym się w G.. przy ul. S. oraz lokalu V. w G.. przy ul. S.,
- Sądu Rejonowego w K. z dnia 8 czerwca 2017 r., sygn. akt II K (...), obejmującego okres od dnia 1 sierpnia 2013 r. do dnia 30 października 2014 r. i dotyczącego urządzania gier na automatach w lokalach: H. Spółka Jawna C.

- ul. S. w I., A. ul. L. w S., L. ul. G. w K., „W.” Sp. z o.o. Stacja Paliw „M.” ul. S. w J., „D.” R. ul. S. w R., sklep Firmy Usługowo – Handlowej „B.” C. w S., Bar Piwny M. ul. K. w L., „G.” ul. K. w S., „P.” ul. C. w P., „W.” Sp. z o.o. S. ul. R. w R., Bar na stacji paliw własności D.M. ul. P. w J., Restauracji „R.” ul. R. w P., wydzielone pomieszczenia dworca P. u. N. w K., Bar przy Stacji Paliw „L.” w B.,
- Sądu Rejonowego w K. z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...), obejmującego okres od dnia 19 marca 2013 r. do dnia 4 listopada 2015 r. i dotyczącego urządzania gier na automatach w lokalach: PPHU B. Sp. z o.o. ul. B. w R., L. ul. G. w K., M. ul. R. w K., Sanatorium Uzdrowskie „W.” ul. R. w I..

I w tym wypadku, podobnie jak u oskarżonego K.M., czyny popełnione zostały w zupełnie innych miejscach geograficznych niż czyn objęty wydanym w niniejszej sprawie wyrokiem sądu *a quo*, gry były urządzane w różnych lokalach i na różnych automatach, inne były osoby, z którymi oskarżony zawierał umowy na wynajem powierzchni użytkowej, a nawet w części inne były podmioty, które reprezentował M.W. (poza H. Sp. z o.o., także T. Sp. z o.o.). Powyższe wskazuje, że *in concreto* nie było możliwe przyjęcie, tożsamości czynu, którego dotyczył zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w E. z czynami osądzonymi prawomocnie przez Sądy Rejonowe w G. i w K., a tylko wówczas można byłoby mówić o zaistnieniu przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej.

Należy wreszcie zauważyć, że w odniesieniu do poszczególnych działań, w tym tych realizowanych w lokalu V. w D., oskarżeni nigdy nie posiadali odrębnych koncesji na kasyna gry w konkretnym miejscu, a co więcej, nawet o uzyskanie takich koncesji w każdym z omawianych przypadków się nie ubiegali. Opisane naruszenie prawa miało charakter rażący i w sposób istotny wpłynęło na treść wydanego w sprawie wyroku (niezasadne uchylenie wyroku Sądu Rejonowego i umorzenie postępowania w oparciu o błędnie przyjętą przesłankę *res iudicata*).

Zważywszy na powyższe, kasację należało uznać za oczywiście zasadną i uchylić wyrok w części dotyczącej K.M. i M.W. do ponownego rozpoznania przez Sąd drugiej instancji.

Wobec treści zapadłego orzeczenia zbędne było odnoszenie się do zarzutu zawartego w pkt 3 kasacji (art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.).

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy, Sąd winien rozstrzygnąć ją w przekazanym mu zakresie uwzględniając pogląd prawny zawarty w wyroku Sądu Najwyższego.

as