



Sygn. akt I KK 204/20

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 lutego 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Dariusz Kala

SSN Andrzej Tomczyk

Protokolant Łukasz Biernacki

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Małgorzaty Kozłowskiej,
w sprawie **M. W.**

skazanego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 § 2 k.k.s. i in.,

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 18 lutego 2022 r.

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w S.

z dnia 12 grudnia 2019 r., sygn. akt II Ka. [...],

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w S.

z dnia 31 października 2018 r., sygn. akt II K [...],

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego
rozpoznania Sądowi Okręgowemu w S. w postępowaniu
odwoławczym.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 31 października 2018 r., sygn. akt II K (...), w sprawie wieloosobowej, M.W. uznany został za winnego popełnienia

czynów zarzuconych mu w pkt I – XVI aktu oskarżenia polegających na tym, że: „pełniąc funkcję prezesa zarządu H. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w B. (...)”,

1. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 18.04.2016 r. w lokalu B. (...) przy ulicy (...) w S., urządzał gry na automacie do gier o nazwie A. (...) nr (...), wbrew przepisom art. 6 i art. 14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)”,
2. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 04.05.2016 r. w lokalu o nazwie Zajazd M. przy ul. (...) w miejscowości B., urządzał gry na automacie do gier o nazwie A. X. (...), wbrew przepisom art. 6 i art. 14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)”,
3. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 16.05.2016 r. w lokalu znajdującym się w S. przy ulicy (...), urządzał gry na automatach do gier o nazwie A. X. nr (...), A. X. nr (...) i H.(...) nr (...), wbrew przepisom art. 6 i art. 14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)”,
4. „(...) bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 18.05.2016 r. w lokalu znajdującym się w S. przy ulicy (...), urządzał gry na automatach do gier o nazwie A. X. nr (...), A. X. nr (...) i X.(...) nr (...), wbrew przepisom art. 6 i art. 14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)”,
5. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 18.05.2016 r. w lokalu o nazwie J. (...) znajdującym się w S. przy ul. (...), urządzał gry na automatach do gier o nazwie A. X. nr (...), A. X. nr (...) i K. nr (...), wbrew przepisom art. 6 i art. 14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)”,
6. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 30.05.2016 r. w lokalu o nazwie Bar A. ulicy (...) w S., urządzał gry na automacie do gier o nazwie A. X. nr (...), wbrew przepisom art. 6 i art.14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)”,

7. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 31.05.2016 r. w lokalu o nazwie Bar R. przy ulicy (...) w S., urządzał gry na automatach do gier o nazwie A. X. nr (...) i Y.(...) nr AP (...), wbrew przepisom art. 6 i art.14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)”,
8. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 02.06.2016 r. w lokalu znajdującym się w lokalu Bar K. przy ulicy (...) w S., urządzał gry na automacie do gier o nazwie A. X. nr (...), wbrew przepisom art. 6 i art.14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)”,
9. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 06.06.2016 r. w lokalu o nazwie O. (...) przy ulicy (...) w S., urządzał gry na automacie do gier o nazwie H. (...) nr (...), wbrew przepisom art. 6 i art.14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)”,
10. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 07.06.2016 r. w sklepie L. znajdującym się w miejscowości B. przy ulicy (...), urządzał gry na automacie do gier o nazwie A. X. (...), wbrew przepisom art. 6 i art.14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)”,
11. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 07.06.2016 r. w lokalu P. znajdującym się w miejscowości B. przy ulicy (...), urządzał gry na automacie do gier o nazwie Y. nr (...), wbrew przepisom art. 6 i art.14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)”,
12. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 10.06.2016 r. w lokalu o nazwie L. (...) przy ul. (...) w S., urządzał gry na automacie do gier o nazwie Y. nr (...), wbrew przepisom art. 6 i art.14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)”,
13. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 23.06.2016 r. w lokalu znajdującym się w S. przy ulicy (...) przy bloku nr 1, urządzał gry

na automacie do gier o nazwie Y. nr (...) wbrew przepisom art. 6 i art.14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)",

14. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 23.06.2016 r. w lokalu znajdującym się w S. przy ulicy (...), urządzał gry na automacie do gier o nazwie A. X. nr (...), wbrew przepisom art. 6 i art.14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)",
15. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 23.06.2016 r. w lokalu o nazwie J. zlokalizowanym w S. przy ulicy (...), urządzał gry na automatach do gier o nazwie A. X. nr (...) i A. X. nr (...), wbrew przepisom art. 6 i art.14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)",
16. „(...) w bliżej nieustalonym czasie, jednak nie później niż do dnia 28.06.2016 r. w lokalu o nazwie Bar P. przy ul. (...) w S., urządzał gry na automatach do gier o nazwie A. X. nr (...) i A. X. nr (...), wbrew przepisom art. 6 i art.14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry (...)",

„przy czym uczynił sobie z popełniania przestępstw skarbowych stałe źródło dochodu oraz czynu tego dopuścił się w ciągu przestępstw skarbowych, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny co do któregośkolwiek z nich i każdy z tych czynów wyczerpuje znamiona przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 § 1 k.k.s., a odstępy czasu pomiędzy nimi nie są długie” i kwalifikując każdy z tych czynów z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 2 i 3 k.k.s. w zw. z art. 2 § 2 k.k.s. wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wysokości 300 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł (pkt I wyroku).

Nadto, orzeczono wobec oskarżonego przepadek dowodów rzeczowych w postaci m.in. 25 automatów do gier (pkt XII wyroku) oraz przepadek środków pieniężnych w kwocie 32.730 zł (pkt XIII wyroku).

Wyrok Sądu pierwszej instancji zaskarżony został przez oskarżonego oraz jego obrońcę.

M.W. orzeczeniu temu zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., poprzez skazanie za 16 czynów stanowiących odrębne przestępstwa karnoskarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 2 i 3 k.k.s., których miał się dopuścić 18.04.2016r., 05.05.2016r., 16.05.2016r., 18.05.2016r., 30.05.2016r., 31.05.2016r., 02.06.2016r., 06.06.2016r., 07.06.2016r., 10.06.2016r., w związku z pełnieniem funkcji Prezesa Zarządu spółki H. (...) sp. z o.o., podczas gdy przed wydaniem zaskarżonego wyroku został wydany, a następnie uprawomocnił się:
 - wyrok Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...), skazujący oskarżonego za popełnienie czynu ciągłego polegający na dopuszczeniu się zachowań wypełniających znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., którego miał się dopuścić w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu tego samego zamiaru w okresie od dnia 3 września 2015 r. do dnia 27 czerwca 2017 r., w związku z pełnieniem funkcji m.in. Prezesa Zarządu H. (...) sp. z o.o., co stanowi uchybienie rangi bezwzględnej przyczyny odwoławczej, określonej w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s;
2. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku, a to art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodu z wyjaśnień oskarżonego, którym Sąd odmówił wiarygodności w zakresie odnoszącym się do przekonania o legalności prowadzonej działalności gospodarczej, przyjmując wbrew zasadom logiki, że wyjaśnienia nie zasługują na obdarzenie ich wiarą, podczas gdy: 1. złożone wyjaśnienia były spójne, rzeczowe i uwiarygodnione; 2. w toku postępowania karnego nie został ujawniony żaden dowód przeciwny (świadczący o działaniu przez oskarżonego w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym); 3. wyjaśnienia oskarżonego powinny być traktowane na równi z każdym innym dowodem i nie można odmówić im wiarygodności wyłącznie na podstawie subiektywnej opinii Sądu;
3. obrazę prawa materialnego, w postaci art. 37 § 1 pkt 2 i 3 k.k.s. poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, że oskarżony działał w warunkach ciągu przestępstw oraz że z popełnienia przestępstw uczynił sobie stałe źródło dochodu, co skutkowało nadzwyczajnym obostrzeniem kary i wymierzeniem na podstawie art. 38 § 1 pkt 3 k.k.s. kary pozbawienia wolności, podczas gdy przypisane mu zachowania popełnione zostały (a) w krótkich odstępach czasu lub nawet w tym samym czasie (zarzut XIV i XV) (b) z wykorzystaniem tego samego zamiaru oraz (c) z wykorzystaniem tej samej sposobności, w ramach art. 9 § 3 k.k.s. w zakresie pełnienia funkcji prezesa zarządu spółki H. (...) sp. z o.o., mogąc stanowić przez to wyłącznie jeden czyn ciągły zgodnie z art. 6 § 2 k.k.s., który to przepis winien być rozważany z urzędu i w

pierwszej kolejności, co uniemożliwia wskazanie liczby mnogiej przestępstw pozostających ze sobą w zbiegu i wyklucza działanie w warunkach ciągu przestępstw oraz uczynienia sobie z popełniania przestępstw stałego źródła dochodu;

4) obrazę prawa materialnego, tj. art. 10 § 4 k.k.s. poprzez brak jego zastosowania

i wadliwe przyjęcie, że oskarżony świadomie dopuścił się umyślnego przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s., podczas gdy w okresie czasu obejmującym popełnienie zarzucanego mu w niniejszym postępowaniu czynu, był wielokrotnie uniewinniany w podobnych przedmiotowo sprawach, dotyczących naruszenia art. 107 § 1 k.k.s., nadto umarzane były toczące się wobec niego postępowania, co stanowiło oficjalną i bezpośrednio dotyczącą oskarżonego informację ze strony sądów oraz przedstawicieli uprawnionych organów, że prowadzenie działalności polegającej na urządzaniu gier poza kasynem gry i bez uzyskania koncesji, było w tamtym czasie legalne i nie można było pociągnąć jednostki do odpowiedzialności karnej za naruszenie art. 14 i 6 u.g.h., w związku z brakiem wywiązania się przez Państwo polskie z obowiązku notyfikowania przepisów technicznych, a następnie wprowadzeniem art. 4 ustawy nowelizującej tzw. „okresu przejściowego”, który odnosił się nie tylko do podmiotów, które prowadziły działalność polegającą na eksploataowaniu automatów do gier, zgodnie z wymaganiami u.g.h. przed 3 września 2015 r., ale także dotyczył podmiotów, które kontynuowały prowadzoną wcześniej działalność legalnie, jednak ze względu na brak notyfikowania przepisów technicznych ustawy o grach hazardowych.

Niezależnie od powyższych zarzutów, na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 4 k.p.k., oskarżony zarzucił rażąco niewspółmierność kary polegającą na orzeczeniu kary 6 miesięcy bezwzględnego pozbawienia wolności wraz z karą grzywny w wymiarze 300 stawek po 100 zł, w sytuacji gdy prawidłowa ocena okoliczności wpływających na jej wymiar, w szczególności postawa oskarżonego po popełnieniu zarzucanych mu przestępstw, a więc zakończenie z końcem czerwca 2016 r. jakiejkolwiek współpracy z tzw. branżą hazardową, czynienie przezeń starań dotyczących wywiązania się ze wszystkich nakładanych na oskarżonego przez wymiar sprawiedliwości obowiązków i wykonywanie wymierzonych kar, brak uprzedniej karalności w momencie podejmowania zarzucanych mu czynów, jego aktualną sytuację materialną i życiową, a także ilość już orzeczonych wobec niego kar za naruszenie art. 107 k.k.s., wskazuje, że orzeczona kara, wyrokiem Sądu Rejonowego w S., jest karą rażąco surową.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł alternatywnie o: uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania, wobec zaistnienia bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 § pkt 8, zmianę tego wyroku poprzez: wydanie rozstrzygnięcia uniewinniającego w oparciu o kontratyp z art. 10 § 4 k.k.s. lub wyeliminowanie z podstawy skazania art. 37 § 1 pkt 2 i 3 k.k.s. oraz z podstawy wymiaru kary art. 38 § 1 pkt 3 k.k.s. i w konsekwencji tak ustalonej kwalifikacji prawnej czynu, orzeczenie samoistnej kary grzywny uwzględniającej aktualną sytuację materialną i życiową oskarżonego w wymiarze 50 stawek dziennych po 70 złotych każda albo zwolnienie z obowiązku ponoszenia kosztów procesu w niniejszej sprawie.

Z kolei obrońca M.W., zaskarżając wyrok sądu *meriti* w całości, w pierwszej kolejności wskazała na wystąpienie w sprawie – jej zdaniem – bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., wobec wydania przez ten Sąd wyroku skazującego pomimo wystąpienia ujemnej przesłanki procesowej związanej z wydanym w stosunku do oskarżonego prawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (...), skazującym go za popełnione w okresie 3.09.2015 – 27.06.2016 w warunkach czynu ciągłego przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s.

W apelacji podniesiono też zarzuty:

1. obrazy przepisów prawa materialnego:
1. art. 107 k.k.s. w zw. z art. 7 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności poprzez przyjęcie, iż art. 6 u.g.h. może stanowić podstawę skazania za czyn zarzucany w niniejszym postępowaniu, podczas gdy w chwili jego popełnienia powszechne było przekonanie, iż przepis ten pełni subsydiarną rolę w stosunku do art. 14 u.g.h. i ze względu na przekonanie o technicznym charakterze tych przepisów, ich naruszenie nie podlegało karalności na podstawie art. 107 k.k.s. (pkt 1 lit. a apelacji),
2. art. 107 § 1 k.k.s. względnie (alternatywnie) art. 10 § 3 i 4 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie i wadliwe uznanie, że oskarżony M. W. musiał godzić się z tym, że zgodnie z treścią ustawy o grach hazardowych, zarządzanie i prowadzenie gry losowej możliwe jest wyłącznie na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry i w konsekwencji, że w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz z wykorzystaniem takiej samej sposobności, taką działalność prowadził czyniąc sobie z popełniania przestępstw skarbowych stałe źródło dochodu w sytuacji, gdy oskarżony w dacie czynu pozostawał w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, ewentualnie w błędzie co do okoliczności wyłączającej bezprawność, która winna skutkować ich uniewinnieniem (pkt 1 lit. b apelacji),
3. art. 37 § 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. przez ich niewłaściwe zastosowanie i błędne przyjęcie, że wskazane zachowanie oskarżonego wyczerpuje znamiona czynu z art 37 § 1 pkt. 2 i 3 i w konsekwencji § 4 k.k.s.

w sytuacji, gdy z treści wyroku wynika wprost, iż zachowanie oskarżonego winno być zakwalifikowane jako zachowanie w ramach art. 6 § 2 k.k.s. czyli jako jedno przestępstwo popełnione w warunkach czynu ciągłego, a nie jak to przyjął sąd *a quo* ciąg przestępstw oraz uznanie, że oskarżony uczynił sobie z ww. zachowań stałe źródło dochodu, choć przyjęcie konstrukcji z art. 6 § 2 k.k.s. powyższe wyklucza (pkt 1 lit. c apelacji),

4. obrazy przepisów postępowania karnego:
 1. art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. mających istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia przez dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego i w konsekwencji odmówienie wiarygodności wyjaśnieniom złożonym przez oskarżonego i argumentom z ww. wyjaśnień wynikających, choć znajdowały one poparcie w złożonych do niniejszej sprawy dokumentach w szczególności opiniach prawnych, wyrokach uniewinniających, prawomocnych postanowieniach umarzających postępowania, które to dowody potwierdzały, iż oskarżony mógł i pozostawał w usprawiedliwionym przekonaniu, że prowadzona przez niego w dacie czynu działalność gospodarcza była działalnością zgodną z prawem (pkt 2 lit. a apelacji),
 2. art. 424 § 1 k.p.k. przez niewskazanie w uzasadnieniu wyroku jakich faktów podnoszonych przez obronę w związku z działalnością oskarżonego M.W. Sąd nie uwzględnił, w konsekwencji nieprzeanalizowanie stanowiska oskarżonego w ogóle w uzasadnieniu Sądu I instancji, treści jego wyjaśnień złożonych bezpośrednio przez Sądem i braku możliwości uznania oskarżonego za podmiot naruszający jakiekolwiek przepisy ustawy o grach hazardowych, nie odniesienie się zupełnie do stanu świadomości oskarżonego na datę czynu po wydaniu przez Sąd Najwyższy orzeczenia z dnia 27.11.2014 r., II KK 55/14, faktu niekaralności na datę wyrokowania, nieprzeanalizowaniu zupełnie sytuacji rodzinnej i majątkowej oskarżonego ani niewskazanie w uzasadnieniu wyroku, jakie okoliczności przemawiały za wymierzeniem oskarżonemu tak wysokich i rażąco niewspółmiernych kar grzywny i kar bezwzględnego pozbawienia wolności zwłaszcza przy uwzględnieniu, iż wobec samego M.W. na terenie kraju zapadło ponad 1300 orzeczeń uniewinniających i umarzających postępowania i nie ma żadnych podstaw do uznawania M.W. za podmiot, który winien być skazywany na karę bezwzględnego pozbawienia wolności (pkt 2 lit. b apelacji),
 3. błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia w sposób szczegółowo przedstawiony w opisie tego zarzutu (pkt 3 apelacji);
 4. rażącej niewspółmierność kary co polegało na wymierzeniu oskarżonemu kary 6 miesięcy bezwzględnego pozbawienia wolności oraz kary grzywny w wymiarze 300 stawek dziennych o wartości 100 zł każda, w sytuacji, gdy prawidłowa ocena okoliczności sprawy, w tym w szczególności chaos legislacyjny panujący w okresie zarzucanego czynu, brak uprzedniej

karalności w momencie podejmowania zarzucanych czynów, aktualna sytuacja materialna i życiowa oskarżonego, w tym zakończenie prowadzenia jakiejkolwiek działalności w branży rozrywkowej wskazuje, iż cele kary zostałyby spełnione poprzez wymierzenie samoistnej kary grzywny w jej dolnych ustawowych granicach, tak co do liczby stawek dziennych, jak i wysokości stawki dziennej oraz wskazaniu w uzasadnieniu Sądu, że przy wymiarze kary miał Sąd na względzie uprzednią karalność, w sytuacji, gdy M.W. nie był karany w dacie czynu, a wielość i powtarzalność przestępstw opisanych w zarzutach dotyczy działania przez spółkę w okresie, za który również Skarb Państwa pobierał daniny publicznoprawne (pkt 4 apelacji).

Przy tak sformułowanych zarzutach obrońca wniosła o:

- 1/ uchylenie zaskarżonego orzeczenia i umorzenie postępowania w sprawie z uwagi na wystąpienie bezwzględnej przesłanki odwoławczej;
- 2/ zmianę zaskarżonego orzeczenia przez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu;
- 3/ zmianę zaskarżonego orzeczenia przez odstąpienie od wymierzenia oskarżonemu kary;
- 4/ zmianę zaskarżonego orzeczenia i wymierzenie oskarżonemu kary grzywny w dolnych granicach ustawowego zagrożenia.

Subsydiarnie autorka apelacji, odwołując się do karty karnej dowodzącej skali ukarania oskarżonego za czyny z art. 107 § 1 k.k.s., wskazując, że wszystkie przypisane mu występki, za które już został skazany, popełnione zostały w tych samych okolicznościach, w tym samym okresie, z tej samej motywacji, przy tej samej sposobności i w tym samym zamiarze, także w ramach czynów ciągłych, co zarzucany mu występki z art. 107 § 1 k.k.s. urządzania gier na automatach bez koncesji na kasyno gry i poza kasynem gry w niniejszej sprawie, wskazała na całkowitą bezprzedmiotowość dalszego karania za zachowania mieszczące się w ramach powyższych skazań, zwłaszcza uwzględniając znaczną wielkość dolegliwości karnych i już zasądzonych wobec oskarżonego M.W. sankcji karnych - kar, środków karnych, kosztów sądowych, co wynika z karty karnej.

Z tego względu wniosła o umorzenie niniejszego postępowania na podstawie art. 11 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.

Po rozpoznaniu tych apelacji, Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 12 grudnia 2019 r., sygn. akt II Ka (...), w odniesieniu do oskarżonego M.W. zaskarżony wyrok Sądu Rejonowego w S. utrzymał w mocy.

Kasację w niniejszej sprawie wniosła obrońca skazanego. Zaskarżając wyrok Sądu odwoławczego w całości, zarzuciła w nim:

1. „rażącą obrazę przepisów dotyczących kontroli instancyjnej tj. art. 457 § 3 k.p.k. oraz 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.p.k. (powinno być k.k.s. – uwaga SN), która miała istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia polegającą na lakonicznym i pobieżnym odniesieniu się w

uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do zarzutów przedstawionych w apelacji skazanego poprzez niedostateczne - w świetle sformułowanych w orzecznictwie standardów w zakresie treści uzasadnienia wyroku Sądu Odwoławczego - rozważenie i przeanalizowanie stawianych w apelacji oraz jej uzasadnieniu zarzutów obrazu przepisów prawa materialnego oraz przepisów postępowania, mających wpływ na treść orzeczenia przez uznanie winy skazanego w części dotyczącej pominięcia przy wyrokowaniu istotnej części materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy (opinii prawnych, wyroków uniewinniających, postanowień umarzających postępowanie, interpretacji podatkowej oraz glos, artykułów przedstawicieli doktryny i judykatury) i przyjęciu, bez analizy wskazanych dowodów oraz przepisów prawa materialnego w zakresie działalności spółki H. (...) sp. z o.o., której prezesem był skazany, braku możliwości pozostawania przez skazanego w błędzie wyłączającym bezprawność, w sytuacji gdy w uzasadnieniu orzeczenia Sądu Okręgowego brak wskazania, by w czasookresie objętym zarzutami lub poprzedzającym sporządzenie aktu oskarżenia zapadł wobec skazanego wyrok skazujący, który skutecznie wyłączałby możliwość powoływania się przez skazanego na pozostawanie przez niego podczas swojej działalności na błąd co do bezprawności podejmowanych działań przy równoległym niezakwestionowaniu złożonych przez obronę zestawień ponad tysiąca prawomocnych umorzeń postępowań prowadzonych wobec skazanego oraz wyroków uniewinniających go od czynów z art. 107 § 1 k.k.s., co należy uznać za rażące naruszenie prawa bezspornie wpływające na zakwestionowane rozstrzygnięcie w zakresie umyślnego popełnienia przez M.W. czynów z art. 107 § 1 k.k.s., zwłaszcza przy uwzględnieniu sporządzenia treści uzasadniania w zakresie czynów M.W. bez analizy konkretnych zarzutów i dowodów wskazanych przez skazanego i z ogólnym odniesieniem się do zarzutów apelacyjnych oskarżonych, co uniemożliwia przeanalizowanie stanowiska Sądu Okręgowego w części dotyczącej wszystkich zarzutów skazanego M.W.;

2. rażącą obrazę przepisów dotyczących kontroli instancyjnej tj. art. 457 § 3 k.p.k. oraz 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 10 § 4 k.k.s. w

zw. 113 § 1 k.p.k. (powinno być k.k.s. – uwaga jak wyżej), które miało istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia polegające na nie odniesieniu się w uzasadnieniu orzeczenia Sądu Okręgowego do podnoszonego przez skazanego zarzutu pozostawania przez niego w dacie czynów w usprawiedliwionej nieświadomości karalności jego czynów i przyjęciu bez analizy wskazanych w środku odwoławczym dowodów, że skazany dopuścił się zarzucanych mu czynów nie pozostając w błędzie wyłączającym bezprawność, choć zarzut apelacyjny dotyczył również obrazy art. 10 § 4 k.k.s., co obligowało Sąd Okręgowy do rozpoznania apelacji również w zakresie dotyczącym art. 10 § 4 k.k.s. i co w sposób istotny wpłynęło na ocenę możliwości przypisania skazanemu umyślnego naruszenia art. 107 § 1 k.k.s. i bezsprzecznie na kwestionowane rozstrzygnięcie w części dotyczącej winy;

3. rażącą obrazę przepisów dotyczących kontroli instancyjnej tj. art. 457 § 3 k.p.k. oraz 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 11 § 1 k.k.s. (powinno być k.p.k. – uwaga SN) w zw. 113 § 1 k.k.s. przez nierozpoznanie i nie odniesienie się w żadnej części uzasadnienia orzeczenia Sądu Odwoławczego do złożonego przez skazanego wniosku o umorzenie absorpcyjne, co stanowi rażącą obrazę przepisu art. 11 § 1 k.p.k. mającą istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia oraz na możliwość ustalenia stanowiska Sądu Odwoławczego w zakresie złożonego przez skazanego wniosku o umorzenie absorpcyjne postępowania, bezspornie wpływającą na kwestionowane rozstrzygnięcie i wystąpienie w sprawie możliwości zastosowania ww. instytucji;
4. rażącą obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 37 § 1 pkt 2 i 3 k.p.k. (powinno być k.k.s. – uwaga SN jak wyżej) w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. poprzez jego zastosowanie i przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że zarzucane i przypisane skazanemu zachowania stanowią odrębne przestępstwa składające się na ciąg przestępstw skarbowych, będący podstawą do zastosowania instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary wymierzonej skazanemu, podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu

wystąpiły podstawy do uznania zachowań skazanego za zachowania podejmowane w ramach czynu ciągłego, przyjęcie którego wykluczało możliwość zastosowania instytucji ciągu przestępstw i uzupełnienia kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego skazanemu o art. 37 § 1 pkt 2, 3 k.k.s., co miało wpływ na treść rozstrzygnięcia - wymierzenie skazanemu kary 3 miesięcy (powinno być 6 miesięcy – uwaga SN) bezwzględnego pozbawienia wolności oraz kary grzywny, co ww. karę w sposób oczywisty czyni rażąco surową, zwłaszcza przy uwzględnieniu braku karalności M.W. w czasie zarzucanych mu zachowań, zakończenia przez skazanego jakiegokolwiek działalności związanej z branżą hazardową z dniem 31.06.2016 r. (czerwiec ma 30 dni – uwaga SN), wykonywania wszelkich ciążących na nim obowiązków związanych z wymierzonymi mu karami wolnościowymi, jak również jego aktualnej sytuacji rodzinnej i majątkowej, do której w uzasadnieniu Sądu Okręgowego jakiegokolwiek odniesienia się brak, co w sposób oczywisty wpłynęło na treść zaskarżonego wyroku oraz faktu przebywania przez skazanego w zakładzie karnym i wprowadzenia do wykonania wobec skazanego orzeczeń przekraczających aktualnie ponad 50 lat pozbawienia wolności;

5. rażącą obrazę przepisów dotyczących kontroli instancyjnej tj. art. 457 § 3 k.p.k. oraz 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 11 § 1 k.k.s. (powinno być k.p.k. – uwaga SN) w zw. (z art.) 113 § 1 k.k.s. przez nie odniesienie się w żadnej części uzasadnienia orzeczenia Sądu Odwoławczego do podnoszonego na etapie postępowania odwoławczego przez skazanego wniosku o umorzenie absorpcyjne postępowania wobec M.W., co stanowi rażącą obrazę przepisu art. 11 § 1 k.p.k. mającą istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia oraz na możliwość ustalenia stanowiska Sądu Odwoławczego w zakresie złożonego przez skazanego wniosku o umorzenie absorpcyjne postępowania, bezspornie wpływającą na kwestionowane rozstrzygnięcie pomimo złożonego przez skazanego wniosku na etapie postępowania odwoławczego w dniu 12.12.2019 r. pisemnego wniosku o umorzenie absorpcyjne”. Podnosząc te zarzuty, skarżąca postulowała uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy

Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

W pisemnej odpowiedzi na kasację zastępca Prokuratora Rejonowego w S. wniosła o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej, natomiast na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej wniósł o uwzględnienie kasacji z uwagi na zasadność zarzutów z pkt III i V, wyrażając pogląd, że pozostałe mają charakter oczywiście bezzasadnych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Wniesiony w tej sprawie przez obrońcę nadzwyczajny środek zaskarżenia skutkował orzeczeniem kasatoryjnym. Było to wynikiem podzielenia przez Sąd Najwyższy zarzutów podniesionych w pkt. III i V kasacji, związanych z dokonaną przez sąd *ad quem* kontrolą instancyjną, a w zasadzie jej brakiem, w tej części, w której w zwykłych środkach odwoławczych zgłoszony został postulat możliwości absorpcyjnego umorzenia w stosunku do M.W. postępowania karnego na podstawie art. 11 § 1 k.p.k.

Przed przystąpieniem do omówienia zarzutów skutkujących wydanym orzeczeniem uznać należy za konieczne syntetyczne odniesienie się do tych, których sąd kasacyjny nie podzielił. Takie postąpienie związane jest rodzajem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego oraz wynikającym z powyższego zakresem postępowania, które musi zostać na etapie apelacyjnym ponowione.

Zgodzić należy się z prokuratorem Prokuratury Krajowej oraz z zapatrywaniem wyrażonym przez oskarżyciela publicznego w pisemnej odpowiedzi na kasację, co do oczywistej bezzasadności zarzutów z pkt. I, II i IV kasacji, które pomimo rozbudowanej treści sprowadzają się zasadniczo do kwestii przeprowadzenia przez Sąd drugiej instancji niewłaściwej kontroli wyroku sądu *meriti*, w zakresie ustaleń co do wypełnienia przez skazanego M.W. strony podmiotowej czynu z art. 107 § 1 k.k.s., możliwości uznania, że działał on w warunkach kontratypu z art. 10 § 4 k.k.s. i wreszcie problematyki czynu ciągłego (art. 6 § 2 k.k.s.), którego nieprzyjęcie przez Sąd Rejonowy i zaakceptowanie tego

przez Sąd odwoławczy doprowadziło – zdaniem skarżącej – do błędnego skazania z zastosowaniem art. 37 § 1 pkt 2 i 3 k.k.s.

Już w tym miejscu nasuwa się pierwsza uwaga co do małej staranności w sporządzeniu pisma procesowego przez profesjonalnego pełnomocnika, który myli w nim przepisy k.k.s. z przepisami k.p.k. i odwrotnie. Porównanie treści tego nadzwyczajnego środka zaskarżenia i złożonych na rzecz skazanego w innych sprawach kasacji nie pozostawia też wątpliwości co do posługiwania się metodą „wytnij – wklej”, co nie jest zabronione, ale wymaga uwzględnienia materiału dowodowego zgromadzonego w każdym z tych postępowań oraz ustaleń co do czynów, które tymi postępowaniami były objęte.

Tymczasem autorka kasacji – kwestionując możliwość przypisania skazanemu czynu z art. 107 § 1 k.k.s., z powoływaniem się na brak po jego stronie zamiaru nie tylko bezpośredniego, lecz również ewentualnego, działanie w błędzie wyłączającym bezprawność i pozostawianiu przez niego w usprawiedliwionej nieświadomości karalności zarzucanych mu czynów oraz przedstawiając w tym zakresie argumentację odwołującą się do opinii prawnych, wyroków uniewinniających, postanowień umarzających postępowania, interpretacji podatkowej oraz glos, artykułów doktryny i judykatury dotyczących relacji pomiędzy przepisami art. 6 i art. 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (dalej w tekście u.g.h.), pomijając w tym miejscu inne kwestie – przeoczyła, że czyny objęte niniejszym postępowaniem dotyczyły ściśle określonego czasu, dla których zagadnienia braku notyfikacji Komisji Europejskiej przepisów u.g.h., czy też technicznego lub nietechnicznego charakteru zawartych w tych przepisach norm pozostają irrelewantne.

Czyny zarzucone, a następnie przypisane M.W. w wyroku Sądu Rejonowego w S. z dnia 31 października 2018 r., sygn. akt II K (...), popełnione zostały – poza pierwszym w dniu 18 kwietnia 2016 r. – w okresie od dnia 4 maja 2016 r. do dnia 28 czerwca 2016 r., a więc dla podnoszonych przez skarżącą kwestii znaczenie miała wyłącznie interpretacja art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz. U. z 2015, poz.1201 – dalej w tekście ustawa nowelizacyjna), gdyż w tym czasie przepisy u.g.h. przeszły już procedurę notyfikacji

i tym samym zdezaktualizowała się zasadnicza linia obrony związana z brakiem możliwości stosowania przez sądy krajowe tych przepisów u.g.h., które – mając właśnie charakter techniczny – temu procesowi notyfikacji poddane nie zostały.

Jeżeli więc nawet założyć, że przed dniem 3 września 2015 r. po stronie skazanego mogłoby istnieć chociażby subiektywne przekonanie co do legalności podejmowanych przez niego działań polegających na urządzaniu gier na automatach bez wymaganej koncesji i poza kasynem gry, chociaż z wielu wydanych w stosunku do M.W. orzeczeń – również Sądu Najwyższego – takie wnioskowanie nie wydaje się zasadne, to problematyka ta straciła na znaczeniu po dniu 3 września 2015 r.

Pozostaje w związku z tym do rozstrzygnięcia jedynie kwestia interpretacji tzw. okresu przejściowego, gdyż to wyłącznie w tym kontekście mogło wchodzić w grę inne, niż poczynione przez Sąd pierwszej instancji, ustalenie co do strony podmiotowej, w tym pozostawania przez skazanego w dacie czynów w usprawiedliwionej nieświadomości ich karalności oraz ustalenie, w którym sądzie *quo* odrzucił pozostawanie przez M.W. w błędzie wyłączającym bezprawność.

Zgodnie z treścią art. 4 ustawy nowelizacyjnej, obowiązek dostosowania się do dnia 1 lipca 2016 r. do nowych wymogów ustawy dotyczył tylko podmiotów prowadzących działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 lub art. 7 ust. 2 ustawy o grach hazardowych w dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej. Przepis art. 4 tej ustawy jest typowym przepisem przejściowym, a więc odnoszącym się do stosunków prawnych istniejących już w dniu wejścia w życie nowej ustawy. W tym wypadku w zasięgu jego regulacji mieściło się, między innymi, prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach, normowanej w art. 6 ust. 1 u.g.h. Podstawowym warunkiem zastosowania art. 4 było jednak to, by prowadzenie gier hazardowych przez konkretny podmiot odbywało się w dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej, tj. w dniu 3 września 2015 r. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2018 r., III KK 419/17). Chodziło więc tylko o te podmioty, które legalnie prowadziły działalność na podstawie koncesji (art. 6) lub zezwolenia (art. 7), a tylko prowadziły działalność w formie prawnej innej niż przewidziana w noweli. Przepis ten miał spowodować, że w okresie przejściowym te podmioty, które prowadziły legalnie

działalność, miały możliwość dostosowania formy prowadzonej działalności do wymogów określonych ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r. Natomiast nie stanowił on podstawy do zalegalizowania dotychczasowej nielegalnej działalności hazardowej. Treść normatywna noweli z dnia 12 czerwca 2015 r., w tym art. 4, nie miała charakteru abolicji podatkowej, czy też skutku konwalidacyjnego, jeżeli chodzi o nielegalnie działające dotychczas w sferze hazardu podmioty (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 30 listopada 2018 r r., III KK 515/17; z dnia 22 stycznia 2019 r., III KK 567/17). Oskarżony M. W. nie był w związku z tym uprawniony do oceny, że prowadzenie działalności dotyczącej gier na automatach poza miejscami dozwolonymi ustawą, nie powoduje negatywnych konsekwencji karnoskarbowych. Co więcej, w niniejszej sprawie prowadził tę działalność w okresie od 18 kwietnia 2016 r., z czego aż 15 spośród 16 zarzucanych mu czynów zostało popełnionych po dniu 28 kwietnia 2016 r. kiedy to Sąd Najwyższy w postanowieniu wydanym pod sygn. I KZP 1/16 (OSNKW 2016, z. 6, poz. 36), w sposób jednoznaczny określił jaki jest zakres normatywny art. 4 ustawy nowelizacyjnej, wprost wskazując, że przepis ten dotyczy wyłącznie podmiotów, które prowadziły taką działalność zgodnie z ustawą o grach hazardowych w brzmieniu sprzed dnia 3 września 2015 r., a więc na podstawie koncesji albo zezwolenia, których skazany bez wątpienia nie posiadał. Pogląd ten podtrzymany został w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2016 r., I KZP 8/16 (OSNKW 2016, z. 12, poz. 84), a jego trafność nie została nigdy podważona.

Słusznie w związku z tym Sąd odwoławczy, odrzucając tyczące tej problematyki zarzuty obu wniesionych apelacji skonstatował, że w realiach niniejszej sprawy wina umyślna oskarżonego w zakresie zarzucanych mu czynów nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, zaś powoływanie się przez obrońcę M.W. na tzw. „chaos orzeczniczy”, tj. niejednolite orzecznictwo, interpretacje podatkowe i opinie prywatne były wykorzystywane do osiągnięcia celu – kontynuowania działalności we wciąż zmienianych formach prawnych. Trudno też odmówić racji sądowi *ad quem*, gdy wywiódł brak podstaw do przyjęcia, aby M.W. działał w usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności bądź usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynu zabronionego skoro „jako przedsiębiorca - prezes prowadził przez długi okres (w tej i innych sprawach) działalność w zakresie gier na

automatach poza miejscami dozwolonymi ustawą, mając świadomość rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych, administracyjnych oraz Sądu Najwyższego i rozdźwięku części tego orzecznictwa z praktyką urzędów celnych, mimo to podejmował w dalszym ciągu ryzyko gospodarcze, dążąc do minimalizacji ewentualnej odpowiedzialności karnej, opierając swoje stanowisko wyłącznie na selektywnie wybranym orzecznictwie i jedynie korzystnych dla siebie zapatrywaniach prawnych”. W tej sprawie jest to tym bardziej oczywiste, jeżeli uwzględnieni się deklarowaną przez skazanego znajomość przepisów u.g.h. oraz dotyczącego tej problematyki orzecznictwa, a pomimo tego kontynuowanie swoich działań również po wydaniu powołanego wyżej postanowienia Sądu Najwyższego w sprawie I KZP 1/16.

Podobnie ocenić należy i te twierdzenia skarżące, w których kwestionowała sposób odniesienia się przez Sąd drugiej instancji do apelacyjnych zarzutów obrazy prawa materialnego, tj. art. 6 § 2 k.k.s. i ściśle z tym wiążącego się naruszenia – zdaniem obrońcy – art. 37 § 1 pkt 2 i 3 k.k.s. Odpowiedź Sądu Okręgowego związana z tymi zarzutami jest wprowadzie skomprimowana (s. 9 pkt 3 oraz s.11 pkt 8 uzasadnienia zaskarżonego wyroku sporządzonego w części dotyczącej M.W.), wyjaśnia ona wszelako powody uznania tych zarzutów za nietrafne.

Co więcej, pogląd Sądu odwoławczego pozostaje w zgodzie z wypracowaną w kolejnych latach linią orzecniczą Sądu Najwyższego. W judykatach tych, które Sąd Najwyższy w tym składzie w pełni oddziela, wykazano zarówno brak możliwości stosowania instytucji czynu ciągłego do przestępstw trwałych, wieloodmianowych, zbiorowych oraz przestępstw z reguły popełnianych powtarzającymi się zachowaniami, jak i brak podstaw do uznania, że uprzednie 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 okres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s., co do którego toczy się jeszcze postępowanie karne skarbowe stanowi przeszkodę procesową w postaci powagi rzeczy osądzonej, a to z uwagi na niespełniony warunek tożsamości czynów (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 19 września 2018 r., V KK 415/18, OSNKW 2018, z. 10, poz. 71; z dnia 29 stycznia 2019 r., V KK 478/18; z dnia 4

kwietnia 2019 r., IV KK 359/18; z dnia 11 czerwca 2019 r., III KK 196/18; z dnia 21 listopada 2019 r., III KK 324/19; z dnia 29 listopada 2019 r., III KK 128/19; z dnia 27 stycznia 2020 r., III KK 268/19; z dnia 13 lutego 2020 r., III KK 250/19; z dnia 25 czerwca 2020 r., III KK 201/19; z dnia 11 sierpnia 2020 r., IV KK 113/19; z dnia 17 marca 2021 r., III KK 19/21; postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 24 stycznia 2019 r., II KK 488/18; z dnia 3 kwietnia 2019 r., II KK 281/18; z dnia 22 października 2019 r., II KK 24/19; z dnia 8 stycznia 2020 r., III KK 457/18; z dnia 3 czerwca 2020 r., IV KK 357/19; z dnia 8 października 2020 r., III KK 448/19).

Reasumując, zarzuty kasacyjne kwestionujące poprawność kontroli instancyjnej przeprowadzonej przez Sąd Okręgowy w S. w omówionym wyżej zakresie okazały się całkowicie bezzasadne, o czym przekonują zwięzłe, ale klarowne wywody zawarte w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku, wskazujące na rozpoznanie wszystkich dotyczących tej problematyki zarzutów.

Ma natomiast rację skarżąca co do naruszenia przepisów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w tej części, w której w toku postępowania instancyjnego zgłoszono zarzut braku rozważenia przez sąd *meriti* wniosku o umorzenie postępowania wobec M.W. na podstawie art. 11 § 1 k.p.k., postulując jednocześnie zastosowanie instytucji umorzenia absorpcyjnego przez Sąd odwoławczy. Kwestia powyższa była przez skarżącą obrońcę zgłoszona jako subsydiarna wobec zasadniczych ostatecznie – jak to wykazało postępowanie przed Sądem Najwyższym – nietrafnych zarzutów, wszelako znalazła się w zwykłym środku odwoławczym i chociażby z tej przyczyny powinna pozostawać w polu zainteresowania Sądu drugiej instancji, czego Sąd ten nie uczynił.

Uchybienie powyższe miało więc bez wątpienia charakter rażący, a uwzględniając zawarte w aktach sprawy dane dotyczące skazań M.W., zweryfikowane przez Sąd Najwyższy w toku postępowania kasacyjnego w oparciu o informacje zawarte w systemie NOE-SAD, świadczące o wielości wydanych wobec wymienionego wyroków oraz orzeczonych nimi i wprowadzonych do wykonania kar pozbawienia wolności i grzywny, miało też istotny wpływ na treść orzeczenia, ponieważ wnikliwe rozpatrzenie tego zagadnienia w kontekście

podstaw ustawowych umorzenia absorpcyjnego mogło prowadzić do innego rozstrzygnięcia w instancji *ad quem* niż to jakie w tym wypadku zapadło.

Przypomnieć należy, że instytucja tzw. umorzenia absorpcyjnego na podstawie art. 11 § 1 k.p.k. stanowi odstępstwo od zasady legalizmu, gdzie rezygnacja ze ścigania podyktowana jest niemożnością osiągnięcia jakiegokolwiek celu kary za przypisane przestępstwo ze względu na znaczącą dysproporcję pomiędzy rodzajem i wysokością kary już orzeczonej prawomocnie za inne przestępstwo a karą, która zostałaby orzeczone w postępowaniu podlegającym umorzeniu (zob. np. S. Steinborn, w: S. Steinborn (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, Lex 2016, teza 2 do art. 11). Zakłada się tym samym, że brak celowości ukarania sprawcy za przypisane przestępstwo może stanowić wystarczające uzasadnienie dla odstąpienia od zastosowania państwowego prawa karania (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 września 2021 r., I KK 139/20). Co więcej, zastosowanie instytucji określonej w przepisie art. 11 § 1 k.p.k. (stosowanym odpowiednio – art. 113 § 1 k.k.s.) może nastąpić nie tylko w fazie *in personam* postępowania przygotowawczego oraz w postępowaniu sądowym w pierwszej instancji, lecz nawet w postępowaniu ponowionym tj. po uchyleniu orzeczenia i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2021 r., II KK 372/20, OSNK 2021, z. 6, poz. 24).

Jeżeli weźmie się pod uwagę, że na chwilę orzekania przez Sąd Najwyższy ostateczny koniec wykonania kar pozbawienia wolności wymierzonych M.W. przypada na dzień 29 listopada 2055 r., a suma orzeczonych wobec niego kar grzywny wielokrotnie przekracza górną granicę kary łącznej grzywny dopuszczalnej do orzeczenia na podstawie art. 39 § 1 k.k.s. (1080 stawek), możliwość umorzenia postępowania na podstawie art. 11 § 1 k.p.k. rysuje się co najmniej jako prawdopodobna.

Procedując powtórnie w postępowaniu odwoławczym, Sąd Okręgowy w S. skupi się wyłącznie na sygnalizowanej w zwykłym środku odwoławczym obrońcy problematyce możliwości zastosowania wobec M.W. w tej sprawie umorzenia absorpcyjnego. Zwolniony będzie natomiast od rozpoznawania pozostałych

zarzutów oskarżonego i obrońcy zawartych w apelacjach, które stały się następnie przedmiotem zarzutów kasacyjnych, a co do których wypowiedziano się w niniejszym uzasadnieniu, uznając je za oczywiście bezzasadne.

Nieodzowne będzie też, przy uznaniu, że istnieją przesłanki wynikające z art. 11 § 1 k.p.k. do umorzenia postępowania, rozważenie czy takie umorzenie w realiach tej sprawy jest dopuszczalne z uwagi na obligatoryjną konieczność orzeczenia przepadku przedmiotów i środków, o których mowa w art. 30 § 5 k.k.s.

Uwzględniając całokształt przeprowadzonych wyżej rozważań orzeczono jak w części dyspozytywnej wyroku.