Sygn. akt III KK 201/19

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 czerwca 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Małgorzata Gierszon (przewodniczący)
SSN Paweł Wiliński
SSN Jacek Błaszczyk (sprawozdawca)

Protokolant Jolanta Grabowska

w sprawie **M. W.**
oskarżonego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 4 k.k.s.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w dniu 25 czerwca 2020 r.,
w trybie art. 535 § 5 k.p.k.
kasacji, wniesionej przez Prokuratora Generalnego, na niekorzyść oskarżonego,
od wyroku Sądu Okręgowego w L.
z dnia 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt XI Ka (…),
utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w R.
z dnia 23 listopada 2017 r., sygn. akt II K (…),

1. uchyla zaskarżony wyrok oraz utrzymany nim w mocy wyrok Sądu Rejonowego w R. i przekazuje sprawę Sądowi Rejonowemu w R. do ponownego rozpoznania;

2. obciąża Skarb Państwa wydatkami za postępowanie kasacyjne.

UZASADNIENIE

M. W. został oskarżony o to, że będąc prezesem Zarządu spółki z o.o. H.z/s w L., w dniu 16.12. 2015 r. w sklepie Spożywczo-Przemysłowym w miejscowości P. urządzał bez wymaganego zezwolenia gry hazardowe na urządzeniu do gry o nazwie B.nr (…) wbrew przepisom art. 3, art. 6 ust. 1, art. 9, art. 11 ust. 1 i art. 23 a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (t.j. Dz.U. z 2015, poz. 612), przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po uiszczeniu grzywny wynoszącej 120 stawek dziennych wymierzonej za umyślne przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w E., sygn. akt VIII K (…), tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 4 k.k.s.

Wyrokiem z dnia 23 listopada 2017 r. Sąd Rejonowy w R., sygn. akt II K (…), na podstawie art. 414 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. umorzył postępowanie karne wobec M. W.; określił, że wydatki postępowania w sprawie ponosi Skarb Państwa.

Po rozpoznaniu apelacji wywiedzionych przez prokuratora i Urząd Celno – Skarbowy Sąd Okręgowy w L. wyrokiem z dnia 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt XI Ka (…) utrzymał zaskarżony wyrok w mocy, obciążając wydatkami postępowania odwoławczego Skarb Państwa.

Kasację od tego orzeczenia, na niekorzyść, wniósł Prokurator Generalny, który zarzucił rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa procesowego - art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., polegające na nieprzeprowadzeniu prawidłowej kontroli odwoławczej i nienależytym rozważeniu i ustosunkowaniu się w uzasadnieniu orzeczenia do zarzutów podniesionych w apelacjach oskarżycieli, w następstwie czego doszło do utrzymania w mocy

wadliwego wyroku Sądu I instancji - zapadłego z rażącą obrazą art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. oraz art. 6 § 2 k.k.s., polegającą na błędnym uznaniu, że uprzednie prawomocnie skazanie M. W. wyrokiem Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 roku, sygn. II K (…), za czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., tj. popełniony w warunkach przestępstwa ciągłego, stanowi o zaistnieniu ujemnej przesłanki procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej - i w konsekwencji niezasadnego umorzenia postępowania wobec oskarżonego M. W..

W oparciu o tak sformułowany zarzut skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Rejonowego w R. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasację, z uwagi na słusznie podniesiony w niej zarzut obrazy art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § k.k.s., uznać należało za oczywiście zasadną w rozumieniu art. 535 § 5 k.p.k., co pozwalało na jej uwzględnienie na posiedzeniu bez udziału stron.

Przed merytorycznym odniesieniem się do zarzutu podniesionego w kasacji poczynić należy uwagi natury ogólnej odnoszące się do kwestii związanej ze specyfiką zarzucanego oskarżonemu przestępstwa kwalifikowanego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. W tym kontekście przypomnieć należy, że tzw. przestępstwa trwałe polegają na utrzymaniu pewnego stanu rzeczy. Przykładowo, chodzi o pozbawienie człowieka wolności (art. 189 § 1 k.k.), nielegalne posiadanie broni (art. 263 § 2 k.k.), dezercję (art. 339 § 1 k.k.). Natomiast przestępstwo określone w art. 107 § 1 k.k.s. zalicza się do tzw. przestępstw wieloczynnościowych (nieprecyzyjnie – wieloczynowych). Nie chodzi tu przecież o wywołanie pewnego stanu, a następnie tylko utrzymywanie go, ale o alternatywne działania, złożone z wielu

czynności dokonujących zmian w świecie zewnętrznym, aktywnie więc realizujących znamiona „urządzania” lub „prowadzenia” gier hazardowych. Druga, konieczna uwaga dotyczy poglądów wyrażonych w piśmiennictwie, tj., że instytucja z art. 6 § 2 k.k.s. nie znajduje zastosowania do przestępstw trwałych, wieloodmianowych, zbiorowych, czy przestępstw z reguły popełnionych powtarzającymi się zachowaniami (zob. P. Kardas [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski: Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2017, s. 80). Zgodnie ze stanowiskiem tych komentatorów „powoływanie się na art. 6 § 2 k.k.s.” jest zbędne w wypadkach tzw. wieloczynowego określenia znamion np. „urządza lub prowadzi grę” (art. 107 § 1 k.k.s.), „trudni się sprzedażą losów” (art. 110 k.k.s.), „nabywa, przechowuje lub przewozi” (art. 65 § 1 i § 2 k.k.s., art. 91 § 1 i § 2 k.k.s.); jest to także jedno przestępstwo ze względu na wieloczynnowość jego znamion (T. Grzegorczyk: Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2009, s. 58, P. Kardas, op. cit., s. 79). Zbędność ta, polegająca na zaniechaniu powoływania do kwalifikacji przepisu art. 6 § 2 k.k.s., wynika z redukcji wielu działań sprawcy do jednego zachowania. Jeżeli więc sprawca w określonym czasie prowadził bez koncesji grę na jednym automacie, to jego zachowanie należy kwalifikować tylko z art. 107 § 1 k.k.s. (bez „w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.”). Przy przestępstwach wieloodmianowych, w których alternatywne zachowania są jednoaktowe, redukcja ta następuje w razie kumulatywnego wypełnienia znamion czynnościowych, np. gdy sprawca „nabywa”, a następnie „przewozi” wyroby akcyzowe (np. art. 65 § 1 i § 2 k.k.s.). Gdy idzie o czyn z art. 107 § 1 k.k.s., to jak wyżej wspomniano – na „urządzanie” lub „prowadzenie” gier hazardowych składa się wiele działań. Istota tego przestępstwa polega jeszcze na tym, że jest zarazem przestępstwem wieloodmianowym. Zostanie ono dokonane już w razie wypełnienia jednego ze wskazanych wyżej znamion czynnościowych, np. w postaci urządzania gier hazardowych bez koncesji.

Jeżeli jednak następnie sprawca w innym miejscu, na innym automacie nie tylko urządzi grę hazardową, ale będzie ją również prowadził, to popełni nowy czyn pozostający w zbiegu realnym z poprzednim czynem. Nie zostanie bowiem zachowana tożsamość czynów w rozumieniu art. 6 § 2 k.k.s. To drugie zachowanie będzie już innym czynem, choć także kwalifikowanym z art. 107 § 1 k.k.s. Zapatrywanie takie zostało wyrażone w szeregu orzeczeniach Sądu Najwyższego, w tym w wyroku z dnia 19 września 2018 r., V KK 415/18, OSNKW 2018, z. 10, poz. 71. Należy je wywieść z istoty czynu ciągłego uregulowanego w art. 6 § 2 k.k.s., będącego odpowiednikiem art. 12 zd. pierwsze k.k. (zob. uzasadnienie rządowego projektu Kodeksu karnego skarbowego w: Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny skarbowy, Warszawa 1999, zeszyt 25, s. 144). Konstrukcja czynu ciągłego określonego w art. 12 k.k. dotyczyć ma przestępstw popełnianych na raty (zob. Nowe Kodeksy Karne – z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 124). Przy czym, jeżeli w różnych miejscach i z użyciem różnych automatów dochodziło tylko do urządzania gier hazardowych, zaś inne czyny polegały zarówno na urządzaniu, jak i na prowadzeniu gier hazardowych jeszcze w innych miejscach oraz przy użyciu innych automatów, to czyny te różniły się zachowaniami, wykluczającymi objęcie ich konstrukcją czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s., pomimo wypełnienia tymi zachowaniami również znamion z art. 107 § 1 k.k.s. W takim układzie dochodzi nie tylko do użycia różnych przedmiotów czynności wykonawczych i w różnych geograficznie miejscach, ale również do skumulowania czynności czasownikowych (urządzania i prowadzenia gier).

Sąd odwoławczy, wydając finalną decyzję procesową, pominął orzecznictwo Sądu Najwyższego, w tym już powołane, dotyczące zagadnienia powagi rzeczy osądzonej w odniesieniu do czynów ciągłych. Przesłanką wyznaczającą możliwość zaistnienia powagi rzeczy osądzonej jest tożsamość czynu, i dla jej zaistnienia nie jest wystarczające tylko wzajemne

podobieństwo, identyczna kwalifikacja prawna lub umieszczenie zachowań w tym samym przedziale czasu. Z tych powodów nie należy przyjmować, że doszło do wystąpienia przesłanki powagi rzeczy osądzonej w odniesieniu do czynów z art. 107 § 1 k.k.s., dotyczących innych automatów instalowanych w innych miejscowościach (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2018 r., V KS 5/18, LEX nr 2482586 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2018 r., III KK 320/18).

Wnikliwie w tej kwestii wypowiedział się Sąd Najwyższy w powołanym już wyroku z dnia 19 września 2018 r., V KK 415/18 - wskazując, że skoro urządzanie gry hazardowej w postaci gry na automatach (art. 1 ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r., Dz. U. z 2018 r., poz. 165 ze zm. – dalej u.g.h.) 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. 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 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.

Sąd Najwyższy, w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę, przedstawiony pogląd prawny w pełni podziela.

O zasadności kasacji zadecydowało skuteczne zakwestionowanie poglądu prawnego uznającego, że zarzucane M. W. zachowanie, mające miejsce w miejscowości P., w dniu 16 grudnia 2012 r., a polegające na urządzaniu, w ściśle wskazanym miejscu, gry na opisanym szczegółowo automacie do gier wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych stanowi zachowanie normatywnie tożsame z czynem, za który skazano go w wyroku Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (…), a zatem stanowi od strony normatywnej element osądzonego już czynu ciągłego. Zarzucony oskarżonemu M. W. występek nie był, od strony jurydycznej, tożsamym czynem – w rozumieniu art. 6 § 1 i 2 k.k.s. – z przestępstwem przypisanym w wyroku Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (…).

W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego, w sprawie V KK 415/18, wskazano, że o granicach tożsamości czynu, przede wszystkim decyduje sam ustawodawca określając kształt znamion czynu zabronionego w ustawie karnej (kryterium prawne). Na ten aspekt ustalenia granic tożsamości czynu wskazuje się w literaturze oraz orzecznictwie (por.: P. Kardas [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy …, teza 8-12 do art. 6; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2002 r., I KZP 4/02, OSNKW 2002, z. 5 - 6, poz. 37). Jednocześnie jednak określenie „ten sam czyn" odnosi się do tego samego fragmentu aktywności lub pasywności człowieka. Ten fragment aktywności (lub pasywności), to nic innego, jak wyodrębniony wycinek ludzkiego zachowania, wytyczonego na gruncie znamion danego czynu zabronionego (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2011 r., III KK 145/11, OSNKW 2012, z. 2, poz. 13). Dla oceny co do tożsamości czynu należy posłużyć się odniesieniem do czynu naturalnego, traktowanego jako wycinek określonego *continuum*, aby następnie dokonać jego oparcia w normatywnym (funkcjonalnym) ujęciu tego zjawiska, przy

czym podstawę ocen stanowić może całokształt formułowanych w literaturze prawniczej i orzecznictwie kryteriów (por. np. J. Giezek [w:] J. Giezek [red.], Kodeks karny. Część ogólna. WKP 2012, teza 5 do art. 11 i wskazane tam orzeczenia Sądu Najwyższego). Kwestia wytyczenia tych kryteriów jest zagadnieniem złożonym, i ujmuje się ją m.in. przez pryzmat jedności miejsca i czasu, czy nastawienia sprawcy zmierzającego do osiągnięcia tego samego istotnego z punktu widzenia prawa karnego celu, bądź wyodrębnienia zintegrowanych zespołów jego aktywności. Z tych też względów nie można w poruszonym aspekcie abstrahować od konstrukcji znamion czynu opisanego w przepisie art. 107 § 1 k.k.s. To na tle tej konstrukcji prawnokarnej winno oceniać się, na ile określone zachowania (w znaczeniu ontologicznym) stanowią ten sam czyn w znaczeniu normatywnym (art. 6 § 1 i 2 k.k.s.), a zatem, w danym przypadku, relewantne znaczenie w kontekście przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. uzyskują takie okoliczności jak: miejsce zachowania, czyli miejsce urządzania gier, a także dane identyfikujące automaty do gier losowych. Ponadto, odnosząc się do argumentów zaprezentowanych w skardze nadzwyczajnej, podkreślić trzeba, że na tle regulacji art. 6 § 2 k.k.s. akcentuje się w doktrynie, iż czyn ciągły musi się cechować jednym zamiarem; chodzi o „ten sam”, a nie „taki sam” zamiar. Przepis art. 107 § 1 k.k.s. ma charakter normy karnej blankietowej, albowiem w zakresie strony przedmiotowej przestępstwa odsyła do regulacji zawartej w ustawie o grach hazardowych. Nie można więc określać granic tożsamości czynu bez odwołania do tego zachowania, które zostało opisane w akcie oskarżenia, a następnie w granicach wytyczonych w zarzucie aktu oskarżenia, przypisane w wyroku skazującym – w kontekście zachowania naruszającego konkretne przepisy ustawy lub warunki koncesji lub zezwolenia. W sprawie niniejszej zarzucono M. W. w akcie oskarżenia urządzanie gry na konkretnym automacie (opisanym numerem identyfikacyjnym i nazwą własną), w konkretnym geograficznie

miejscu, bez posiadania koncesji na prowadzenie kasyna, a zatem, naruszenie normy sankcjonowanej nastąpiło z uwagi na uchybienie normie zawartej w art. 6 ust.1 u.g.h. Przepis art. 6 ust. 1 u.g.h. w części odnoszącej się do działalności w zakresie gier hazardowych określa stronę podmiotową takiej działalności, wskazując, że może ją prowadzić tylko podmiot posiadający koncesję na prowadzenie kasyna.

Skoro zatem oskarżonemu przypisano urządzanie gry wbrew przepisom art. 6 ust. 1 u.g.h. (w zw. z art. 2 ust. 3 i art. 3 u.g.h.), to ustalono, że urządzona przez niego, jako prezesa podmiotu gospodarczego prowadzonego w formie sp. z o.o., gra na konkretnym automacie, była grą hazardową, na urządzanie której wymagana była koncesja na kasyno gry, zgodnie z treścią art. 3 u.g.h. Wymóg uzyskania koncesji na kasyno gry, jako warunku formalnego urządzania gier hazardowych, przepisy u.g.h. wiążą nie tylko z określonymi wymaganiami co do podmiotu, który może ubiegać się o koncesję (por. art. 7a, art. 10 ust.1 pkt 1 u.g.h.; co do wspólników spółek – por. art. 11, art.12 u.g.h.), ale także obejmują warunki dotyczące liczby kasyn w danym województwie, liczby kasyn, które mogą być prowadzone w określonej miejscowości (art. 15. ust. 1 – np. w mieście o liczbie mieszkańców 400.000 kasyn może być maksymalnie dwa), jak i ilość zainstalowanych automatów w kasynie (art. 4 ust. 1 pkt 1 lit. a u.g.h.). We wniosku o udzielenie koncesji na prowadzenie kasyna gry należy m.in. dokładnie opisać usytuowanie geograficzne budynku lub miejsca usytuowania kasyna, określić jego rozmiary, przedstawić plan budynku (art. 35 pkt 6), a nadto określić przewidywaną liczbę gier (art. 35 pkt 8). Jedna koncesja może dotyczyć jednego tylko kasyna (art. 41 ust.1) i obejmuje m.in. miejsce urządzania gier oraz rodzaj i minimalną oraz maksymalną liczbę gier (art. 42 pkt 3 i 4). Z kolei, automaty do gier eksploatowane przez podmioty posiadające koncesję na prowadzenie kasyna muszą być zarejestrowane przez naczelnika urzędu celno-skarbowego, co

oznacza dopuszczenie automatu do eksploatacji (art. 23a u.g.h.). Treść tych unormowań winna być wzięta pod uwagę przy analizowaniu podjętego przez oskarżonego zachowania, w kontekście odpowiedzialności z art. 107 § 1 k.k.s. Naruszenie przepisu art. 107 § 1 k.k.s. może mieć postać urządzania lub prowadzenia gry hazardowej wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia. W piśmiennictwie trafnie wskazuje się, że: „Realizacja znamienia czasownikowego *wbrew przepisom ustawy* obejmuje dwie kategorie zachowań: po pierwsze, urządzanie lub prowadzenie gier bez koncesji lub zezwolenia oraz, po drugie, urządzanie lub prowadzenie gier za zezwoleniem (przy koncesji), jednak w sposób naruszający przepisy ustawy o grach hazardowych. Z kolei urządzanie lub prowadzenie wbrew warunkom koncesji lub zezwolenia, jest niejako postacią kwalifikowaną urządzania lub prowadzenia wbrew przepisom ustawy: trzeba bowiem przyjąć, że każda koncesja i zezwolenie muszą odpowiadać unormowaniom ustawowym, skoro zaś tak, to każde urządzanie lub prowadzenie wbrew warunkom koncesji lub zezwolenia jest zarazem urządzaniem lub prowadzeniem *wbrew przepisom ustawy* (ale nie na odwrót)" (G. Łabuda [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy …, teza 11 do art. 107). W rozpoznawanej sprawie M. W. zrealizował pierwszą ze wskazanych kategorii zachowań, albowiem w ogóle nie posiadał koncesji na prowadzenia kasyna, a urządzał gry na automatach, które zgodnie z ustawą o grach hazardowych, mogły być urządzane tylko przez osoby mające koncesję na kasyno. Z uwagi na wskazane powyżej zapisy u.g.h., (zwłaszcza art. 15 ust. 1 w zw. z art. 41 ust. 1 i art. 42 pkt 3 i 4), urządzanie gry w określonej miejscowości, w danym lokalu, było przez M. W. podejmowane każdorazowo ze świadomością naruszenia swoim zachowaniem po raz kolejny przepisów ustawy (wyczerpania wszystkich znamion czynu zabronionego), nawet jeżeli już wcześniej takie gry urządzane

były przez niego w innych miejscowościach lub w tej samej miejscowości, ale w innym (określonym geograficznie) miejscu.

Oskarżony miał świadomość, że na każde nowe miejsce określone geograficznie (miejscowość, lokalizacja w danej miejscowości), w którym chciałby urządzać gry na automatach jako gry hazardowe, wymagana byłaby od niego nowa koncesja na kasyno gry (art. 41 ust. 1 w zw. z art. 42 pkt 3 w zw. z art. 35 pkt 5 u.g.h.). Nie występując o nią i urządzając gry w nowym miejscu, postępował po raz kolejny wbrew wskazanym przepisom ustawy. W odniesieniu do strony podmiotowej czynu, tj. zamiaru, przypomnieć trzeba, iż ujmuje się go jako proces świadomej realizacji przedmiotowych znamion określonego czynu zabronionego. Chodzi o takie ukierunkowane zachowanie, które zmierza do osiągnięcia określonego celu (strona intelektualna), i sterowaniu swoim zachowaniem w taki sposób, by cel ten osiągnąć (strona woluntatywna). W przypadku urządzania gier na automatach bez posiadania koncesji, zamiar wprawdzie ma cały czas tę samą <u>ogólną postać</u> (podkreślenie – SN), czyli urządzenie gry na automatach z naruszeniem wskazanych, tych samych, przepisów ustawy, ale kształt normatywnej regulacji w u.g.h. decyduje, że sprawca takiego czynu w chwili jego realizacji w każdym miejscu, ma świadomość, iż swoim zachowaniem narusza po raz kolejny, na nowo, regulacje ustawowe, w tym dotyczące posiadania koncesji na prowadzenie kasyna w tym właśnie miejscu, a jednak do tego celu dąży.

To w okoliczności jaką jest miejsce czynu, a więc miejsce, w którym sprawca urządza gry na automatach, dostrzec należy przeszkodę do uznania, że takie zachowanie stanowi od strony prawnokarnej ten sam czyn, za którego popełnienie sprawca został już skazany prawomocnie w innym, wcześniejszym postępowaniu karnym, w którym przyjęto działanie w innym miejscu w warunkach z art. 6 § 2 k.k.s., a czas przypisanego wówczas czynu ciągłego zawierał w sobie czas zachowania w innym miejscu. W odniesieniu do

opisanego zachowania nie można przyjąć także przesłanki „z wykorzystaniem trwałej sposobności”. Trafnie bowiem wskazuje się, że zwrot ten oznacza powielanie analogicznych zachowań nagannych z wykorzystaniem takiej samej nadarzającej się okazji lub sprzyjających warunków czy okoliczności (por. V. Konarska – Wrzosek, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, WKP 2018, teza 2 do art. 6). W realiach spraw tego rodzaju co do zasady nie może być mowy o tym, by sprawca wykorzystywał sprzyjającą okazję. W realizacji takich zachowań (urządzanie gier na automatach bez posiadania koncesji) nie ma przecież żadnego elementu już istniejącego, albo takiego, który pojawia się na początkowym etapie realizacji czynu przestępczego, i jest później wykorzystany. Sprawca niczego więc nie wykorzystuje dla realizacji znamion czynu zabronionego (jeśli rozumieć *okazję* jako sprzyjającą czemuś chwilę, sposobność, możliwość), a wykonuje od początku do końca czyn zabroniony według powstałego zamiaru. W kontekście odpowiedzialności z art. 107 § 1 k.k.s. istotne jest także uregulowanie zawarte w art. 23a ust. 1 i 2 u.g.h. Z treści tych przepisów wynika, że każdy automat do gry, który ma być eksploatowany przez podmiot posiadający koncesję, musi zostać uprzednio zarejestrowany przez naczelnika urzędu celno-skarbowego (ust. 1), i dopiero rejestracja uprawnia do jego eksploatacji (ust. 2). Podstawą rejestracji jest stosowna opinia jednostki badającej (art. 23a ust. 3). Relewantne z punku widzenia odpowiedzialności karnej z art. 107 § 1 k.k.s. jest zarejestrowanie określonego automatu do gry. Brak takiej rejestracji automatu do gry i urządzenie na nim gry, bez uzyskania przez osobę urządzającą grę koncesji na kasyno (art. 6 ust. 1 u.g.h.), stanowi o wyczerpaniu znamion czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s. (lub § 4). Konkludując powyższe rozważania, stwierdzić trzeba, co wymaga ponownego podkreślenia, 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

czasokres realizacji znamion czynu z art. 107 § 1 k.k.s. co do którego toczy się jeszcze postępowanie karno - skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów.

Z analizy zaskarżonego kasacją orzeczenia wynika, że Sąd Okręgowy w L. stwierdził, że zarówno zarzucony oskarżonemu w niniejszym postępowaniu, jak również czyny objęte wyrokiem Sądu Rejonowego w O., przy wykorzystaniu konstrukcji czynu ciągłego, stanowią jednolitą całość. W związku z tym Sąd odwoławczy podzielił pogląd Sądu meriti, że wydanie orzeczenia przez Sąd Rejonowy w O., w sprawie o sygn. akt II K (…), stworzyło stan materialnej prawomocności w stosunku do okresu objętego czynem zarzuconym M. W. w sprawie niniejszej i skutkować musiało umorzeniem postępowania stosownie do treści art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. Sąd Okręgowy podzielił stanowisko, że każde z zachowań M. W. charakteryzowało wykorzystanie tej samej sposobności, wynikającej z prowadzenia określonej działalności gospodarczej, dotyczącej urządzania gier na automatach.

Zaprezentowana m. in. w powołanych powyżej judykatach Sądu Najwyższego argumentacja prawna, w zestawieniu z realiami ustalonymi w wyroku Sądu Rejonowego w O. z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt II K (…), prowadzi do wniosku, że brak jednolitości miejsc urządzania gry oraz rodzajów automatów, a nadto zakres przypisanego oskarżonemu działania uzasadniają pogląd, iż rozstrzygnięcia dotyczą różnych czynów w rozumieniu prawa karnego, a więc nie można przyjąć, że w tym wypadku zaistniała powaga rzeczy osądzonej. Porównanie opisu skazań ze wskazanych wyroków dowodzi bowiem tego, że nie mamy tutaj do czynienia z „*idem*”.

Mając powyższe na uwadze, nie można uznać, że przestępstwo, którego dotyczył wyrok Sądu Rejonowego w R. stanowi ten sam czyn w rozumieniu

art. 6 § 2 k.k.s. co przestępstwo przypisane oskarżanemu wyrokiem Sądu Rejonowego w O.. To z kolei sprawia, że nie wystąpiła ujemna przesłanka procesowa w postaci powagi rzeczy osądzonej.

Z tych też względów, Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w L. i utrzymany nim mocy wyrok Sądu Rejonowego w R. i sprawę przekazał temu ostatniemu Sądowi do ponownego rozpoznania.

W ponownym postępowaniu Sąd *a quo* uwzględni wskazane zapatrywanie prawne (art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.), będące powodem wydania orzeczenia kasatoryjnego.

Na podstawie art. 638 k.p.k. rozstrzygnięto o kosztach postępowania kasacyjnego.