

POSTANOWIENIE

Dnia 29 listopada 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Cezar (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Dariusz Kala

SSN Michał Laskowski

Protokolant Jarosław Kasiński

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej - Aleksandra Herzoga

w sprawie z zażalenia pełnomocnika M. sp. z o.o. w P.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 29 listopada 2016 r.,

przekazanego na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. przez Sąd Rejonowy w L., postanowieniem z dnia 15 czerwca 2016 r., zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy:

„Czy wobec braku notyfikacji przepisu art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tekst jedn. Dz.U.2016, poz. 471), który to przepis stanowiący uzupełnienie normy blankietowej z art. 107 § 1 k.k.s. był dotychczas uznawany za przepis techniczny, a tym samym wymagający notyfikacji, istnieją podstawy do stosowania w sprawach karnych art. 107 § 1 k.k.s. w sytuacji gdy: notyfikacji poddano zbieżny z art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1-3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, zmieniony ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U.2015, poz.1201), także uznawany dotychczas za przepis techniczny i przepis stanowiący uzupełnienie normy blankietowej z art. 107 § 1 k.k.s., powoływany w sprawach karnych o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. łącznie z art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych?”

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

UZASADNIENIE

Zagadnienie prawne zostało przedstawione na tle następującej sytuacji procesowej.

W dniu 17 listopada 2015 r. o godz. 20.30 funkcjonariusze Urzędu Celnego w L. przeszukali punkt gier „O.” mieszczący się w L., a następnie zatrzymali dwa automaty do gier (bez numerów) z przewodami zasilającymi, wskazując w protokole przeszukania, jako podstawę swego działania, art. 219 § 1 k.p.k., 220 § 1 k.p.k., 308 § 1 k.p.k. i art. 143 § 1 pkt 6 k.p.k., w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., 122 § 1 k.k.s. i art. 133 § 1 pkt 1 k.k.s. oraz odnotowując w protokole nieobecność osoby nadzorującej punkt gier, niemożność ustalenia właściciela tego miejsca i osoby prowadzącej w nim działalność gospodarczą, zaś w załączniku do protokołu – zabranie na podstawie art. 228 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zatrzymanych automatów.

W drodze eksperymentu przeprowadzonego tego samego dnia na podstawie art. 32 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o służbie celnej (. Dz. U. 2015, poz. 990) stwierdzono, że gra na dowodowych automatach zawiera element losowości w rozumieniu art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. 2015, poz. 612 – dalej u.g.h.).

W dniu 19 listopada 2015 r. Urząd Celny w L. postanowił wszcząć dochodzenie w sprawie o urządzenie w czasie bliżej nieokreślonym, ale przed dniem 17 listopada 2015 r., w lokalu punkt gier „O.” w L. gier na przedmiotowych automatach wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. grach hazardowych przez naruszenie w szczególności art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 tej ustawy, to jest o popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s.

Postanowieniem z tego samego dnia – 19 listopada 2015 r. prokurator Prokuratury Rejonowej w N. w uwzględnieniu wniosku Urzędu Celnego w L. na podstawie art. 220 § 3 k.p.k. i art. 228 k.p.k.: 1) zatwierdził przeszukanie punktu gier „O.” w L., dokonane w dniu 17 listopada 2015 r. i 2) zatrzymał automaty ujawnione i zabezpieczone w toku tego przeszukania.

W dniu 26 listopada 2015 r. pełnomocnik dzierżawcy tych automatów, tj. spółki M. z siedzibą w P. – adw. K. A. złożyła zażalenie „na czynność zatrzymania automatów do gier mającą miejsce w dniu 16 listopada 2015 r.” (w rzeczywistości 17 listopada 2015 r. – przyp. SN), dodając, że na podstawie art. 236 k.p.k. wnosi zażalenie „na czynność Urzędu Celnego w L.” i zarzucając:

1) „obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art 14 ust 1 ustawy o grach hazardowych i w zw. z art 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 2 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych (...) (Dz.U.UE.L98.204.37 ze zm.) [aktualnie art. 1 ust. 1 lit f] dyrektywy UE nr 2015/1535] poprzez bezpodstawne przyjęcie, że eksploatacja automatów do gier poza kasynem gry, a więc z naruszeniem przepisu art.14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, stanowi przestępstwo z art 107 k.k.s., podczas gdy z uwagi na doniosłe uchybienie w procedurze prawotwórczej, tj. brak prawidłowej (jawnej) notyfikacji projektu przepisu art 14 ust. 1 Komisji Europejskiej przepis ten nie może być stosowany, w związku z czym nie dookreśla strony przedmiotowej przestępstwa skarbowego stypizowanego w art 107 § 1 k.k.s., wobec czego nawet hipotetyczna działalność polegająca na eksploatacji automatów do gier nie jest czynem zabronionym, wobec czego niniejsze postępowanie nie powinno być wszczęte z uwagi na treść art 17 § 1 pkt 1 k.p.k., zaś jako już wszczęte winno zostać niezwłocznie umorzone i w konsekwencji podejmowanie jakichkolwiek innych czynności w niniejszym postępowaniu jest niedopuszczalne”,

2) „obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art 107 § 1 k.k.s. w zw. z art 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych i w zw. z art. 34 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TfUE – przyp. SN) poprzez bezpodstawne przyjęcie, że eksploatacja automatów do gier poza kasynem gry, a więc z naruszeniem przepisu art 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, stanowi przestępstwo z art 107 k.k.s., podczas gdy z uwagi na uchwalenie przepisu art.14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z naruszeniem zasady proporcjonalności, który jako środek o skutku równoważnym stanowi ograniczenie swobody przepływu towarów, wyrażonej w art. 34 TfUE, przepis art. 14 ustawy o grach hazardowych, (...) zgodnie z zasadą pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej, nie może być stosowany względem

jednostek, a tym samym niniejsze postępowanie nie powinno być wszczęte z uwagi na treść art 17 § 1 pkt 1 k.p.k., zaś jako już wszczęte winno zostać niezwłocznie umorzone i w konsekwencji podejmowanie jakichkolwiek innych czynności w niniejszym postępowaniu jest niedopuszczalne”,

3) obrazę przepisów postępowania, tj. art 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych, Dz.U. poz. 1201 (...) poprzez jego niezastosowanie i wobec tego błędne przyjęcie, że skarżący nie może prowadzić działalności w zakresie gier na automatach (o której mowa w art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych), podczas gdy działalność taką zgodnie z ww. przepisem art. 4 ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych, *mógł* (dod. – SN) prowadzić do dnia 1 lipca 2016 r. bez konieczności uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna oraz bez ograniczeń miejscowych na prowadzenie takiej działalności, przewidzianych w art. 6 ust. 1 oraz art 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, a więc na zasadach, na jakich działalność tę prowadził przed wejściem w życie ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych, w związku z nieskutecznością nienotyfikowanych przepisów art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.”

W konkluzji pełnomocnik wniosła o „uchylenie zaskarżonego postanowienia w całości, nakazanie niezwłocznego zwrotu rzeczy, uznanych za dowód w sprawie, skarżącemu jako osobie uprawnionej i umorzenie postępowania”.

W dniu złożenia zażalenia, to jest 23 listopada 2015 r., pełnomocnik Spółki odrębnym pismem wezwała Urząd Celny do zwrotu automatów do gier zatrzymanych 17 listopada 2015 r., podnosząc, że „zatrzymanie rzeczy zostało dokonane w sposób bezprawny, gdyż brak jest podstaw do przyjęcia, iż prowadzona przez Spółkę działalność na zatrzymanym urządzeniu może stanowić przestępstwo z art. 107 k.k.s.”

Rozpoznając zażalenie „na czynność zatrzymania automatów do gier w dniu 17 listopada 2015 r.” Sąd Rejonowy w L. uznał, że wyłoniło się przedstawione Sądowi Najwyższemu na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy. Odpowiedź na sformułowane w nim pytanie ma – zdaniem tego Sądu – istotne znaczenie dla rozpoznania zażalenia z uwagi na konieczność rozstrzygnięcia, czy możliwe jest

przypisanie czynu z art. 107 § 1 k.k.s. „wobec uchybień proceduralnych powstałych przy uchwalaniu ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych”. Przepisy tej ustawy, w szczególności art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 uzupełniające zespół znamion występku z art. 107 § 1 k.k.s., mają charakter techniczny (tak Sąd Najwyższy w postanowieniach: z dnia 27 listopada 2014 r., II KK 55/14 – OSNKW 2015, z. 4, poz. 37 i z dnia 14 października 2015 r., I KZP 10/15). Brak notyfikacji Komisji Europejskiej wskazanych przepisów wykluczał możliwość ich stosowania, a więc uzupełnienia nimi blankietowej normy zawartej w art. 107 § 1 k.k.s., co stwierdzono w powołanym postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 r. W trakcie prac nad nowelą do ustawy o grach hazardowych, procedurze notyfikacji Komisji Europejskiej nie został poddany art. 6 ust. 1 u.g.h. w brzmieniu nadanym nowelą „którego treść była i jest zbieżna z art. 14 ust. 1 u.g.h.”, zaś oba przepisy były dotychczas łącznie powoływane przez oskarżycieli „w sprawach o czyny z art. 107 § 1 k.k.s.”, zawisłych przed Sądem Rejonowym w L. Zdaniem Sądu występującego, wyrażonym w końcowej części uzasadnienia postanowienia, „wobec notyfikacji art. 14 ust. 1 u.g.h. rodziło się zatem pytanie o możliwość rozpoznawania spraw o czyny z art. 107 § 1 k.k.s. w sytuacji niedopełnienia procedury notyfikacyjnej względem art. 6 ust. 1 u.g.h.”

Prokurator Prokuratury Krajowej w pisemnym stanowisku wniósł o odmowę podjęcia uchwały. W toku posiedzenia przed Sądem Najwyższym w dniu 29 listopada 2016 r. prokurator ten podtrzymał stanowisko wyrażone na piśmie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Trafnie Sąd Rejonowy w Lesznie zidentyfikował warunki przekazania Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego w trybie art. 441 § 1 k.p.k. Pierwszy warunek (wymieniony przez Sąd jako trzeci) wynika *expressis verbis* z początkowej frazy tego przepisu, stanowiącej, że „Jeżeli przy rozpoznaniu środka odwoławczego wyłoni się zagadnienie prawne... (podkr. – SN). Sąd nie dostrzegł jednak, że przy rozpoznawaniu zażalenia „na czynność zatrzymania automatów do gier w dniu 17 listopada 2015 r.”, wniesionego na podstawie art. 236 § 1 k.p.k., nie mogło wyłonić się przedstawione zagadnienie prawne. Wskazany przez pełnomocnika Spółki przedmiot zaskarżenia, prawidłowo odnotowany w części wstępnej postanowienia Sądu Rejonowego, określał ramy kognicji tego Sądu. W jej ramach Sąd

obowiązany był sprawdzić, czy w zażaleniu podniesiono zarzuty kwestionujące legalność czynności zatrzymania. Bowiem w myśl art. 467 § 2 in princ. k.p.k. zażalenie może być uznane za zasadne tylko wtedy, gdy organ odwoławczy (tu – sąd) stwierdzi niezgodność tej czynności z prawem. Jako podstawę prawną zatrzymania automatów (nie posiadających numerów, które zostały wskazane dopiero w zażaleniu) Urząd Celny podał art. 308 § 1 k.p.k. w zw. z art. 122 § 1 k.k.s. i art. 228 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. Zatem w grę wchodziło kwestionowanie, że zachodził wypadek niecierpiący zwłoki i konieczne było zabezpieczenie dowodów w postaci automatów przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem (art. 308 § 1 k.p.k.) oraz niezbędne było zabranie tych automatów zamiast oddania osobie godnej zaufania (art. 228 § 1 k.p.k.). Z zasady racjonalności ustawodawcy wynika potrzeba zróżnicowania przesłanek podważania zatrzymania w zależności od tego, czy chodzi o osobę, czy rzecz. W razie zatrzymania osoby może się ona domagać zbadania nie tylko legalności, ale również zasadności i prawidłowości tej czynności. Niespełnienie tych warunków powoduje stwierdzenie w orzeczeniu ich braku (art. 246 § 1 i 3 k.p.k.). W przypadku zaskarżenia zatrzymania rzeczy sąd nie ma obowiązku stwierdzić niezasadności lub nieprawidłowości tej czynności, a więc uznać, iż należy zapewnić taką samą ochronę posiadaniu rzeczy i wolności osobistej człowieka (jak można by wywodzić ze stanowiska przedstawionego w piśmiennictwie – zob. T. Grzegorzczuk: Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1 – 467, Warszawa 2014, s. 817). Trzeba też pamiętać, że rozpoznanie zażalenia wniesionego na podstawie art. 236 § 1 k.p.k. na postanowienie wydane lub czynność dokonaną w postępowaniu przygotowawczym jest incydentalną (wpadkową) czynnością sądu w tym postępowaniu. Sąd nie jest gospodarzem tego postępowania. Ma zatem obowiązek orzekać w ramach określonych przez ustawę procesową, które nie zostały tu poszerzone przez wskazanie na potrzebę odpowiedniego zastosowania art. 440 k.p.k. Nie zaktualizował się więc kolejny warunek wystąpienia w trybie art. 441 § 1 k.p.k. w postaci związku między przedstawionym zagadnieniem a rozpoznawaną sprawą, a zatem - istotne znaczenie odpowiedzi na zadane pytanie dla rozstrzygnięcia tej sprawy.

Przedstawione zagadnienie prawne nie wyłoniło się przy rozpoznawaniu środka odwoławczego od czynności zatrzymania również dlatego, że w podstawie tej czynności nie wskazano żadnego przepisu ustawy o grach hazardowych, w szczególności art. 6 ust. 1 tej ustawy (tego przepisu nie powołano także w postanowieniu o wszczęciu dochodzenia). Nie można też nie dostrzec, że Sądowi pytającemu chodzi raczej o stosowanie prawa niż jego wykładnię, skoro już w zagadnieniu zawarte jest pytanie o stosowanie art. 6 ust. 1 u.g.h. wobec niepoddania go notyfikacji.

Związanie Sądu przedmiotem zaskarżenia, którym była faktyczna czynność zatrzymania przedmiotów, dokonana określonego dnia, wykluczało potraktowanie zażalenia jako złożonego na postanowienia wydane po tej czynności, w szczególności na postanowienie z dnia 19 listopada 2015 r. o wszczęciu dochodzenia. Wprawdzie w myśl art. 433 § 1 k.p.k. sąd rozpoznaje sprawę także w granicach podniesionych zarzutów, ale w tej sprawie z trzech względów to nie one wyznaczały przedmiot zaskarżenia. Po pierwsze, odwołujący się jasno wskazał, co zaskarżył, stosując odpowiednio art. 427 § 1 k.p.k. i przywołując art. 236 k.p.k., po drugie, ten ostatni przepis przez jego umiejscowienie w rozdziale 25 działu V Kodeksu postępowania karnego wyczerpująco określa rodzaj postanowień podlegających zaskarżeniu przez osoby, których prawa zostały naruszone, i po trzecie, na postanowienie o wszczęciu postępowania przygotowawczego nie przysługuje zażalenie, ponieważ nie mieści się w zbiorze postanowień (na które przysługuje zażalenie) określonym w art. 459 § 1 i 2 k.p.k. Na zamysł wyprzedzającego zaskarżenia postanowienia o wszczęciu postępowania przygotowawczego wskazują identyczne fragmenty dwóch pierwszych zarzutów zażalenia: „niniejsze postępowanie nie powinno być wszczęte z uwagi na treść art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k., zaś jako już wszczęte winno zostać niezwłocznie umorzone” oraz treść uzasadnienia zażalenia, z wyjątkiem pierwszego zdania, które koresponduje ze wskazanym w części wstępnej przedmiotem zaskarżenia. Z niejasnych powodów Sąd Rejonowy przeszedł nad nim (przedmiotem zaskarżenia) do porządku, natomiast ostatecznie uznał – o czym świadczy przedstawione zagadnienie prawne – że rzeczywistym przedmiotem zaskarżenia jest postanowienie o wszczęciu dochodzenia. Jednak w takim wypadku zażalenie jako

niedopuszczalne z mocy ustawy należałoby pozostawić bez rozpoznania (art. 430 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.) wobec przyjęcia go przez Urząd Celny w L. Dlatego też chybiony był wniosek zażalenia o „uchylenie zaskarżonego postanowienia”, a bezprzedmiotowy – o „umorzenie postępowania”.

Podsumowując, **incydentalne postępowanie sądowe, zainicjowane zażaleniem złożonym na podstawie art. 236 § 1 k.p.k. na czynność zatrzymania rzeczy, a rozpoznawanym na podstawie art. 329 § 1 k.p.k. i art. 467 § 2 k.p.k. nie stwarza możliwości blokowania wszczęcia postępowania przygotowawczego ani tamowania biegu tego postępowania.** Dodatkowo, procedowanie sądu w razie ujawnienia się – po dokonaniu czynności zatrzymania, na którą złożono zażalenie – okoliczności wyłączającej postępowanie musi uwzględniać dyspozycję art. 323 § 3 k.p.k. w zw. z art. 45a k.k. oraz art. 43 § 1 i 2 k.k.s. i 47 § 4 k.k.s., w tym fakt, że sąd nie jest gospodarzem tego postępowania.

Na marginesie należy zwrócić uwagę, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 października 2016 r. C – 303/15, w pkt. 31 stwierdził, że „...przepis taki jak art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie stanowi >>przepisu technicznego<< w rozumieniu dyrektywy 98/34” co wyraził – w ogólniejszej formie – również w orzeczeniu.

Z przytoczonych względów odmówiono podjęcia uchwały.