

Sygn. akt II KK 379/18

## POSTANOWIENIE

Dnia 25 października 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Puskarski

w sprawie **K. Z. M.**

skazanego z art. 107 § 1 i 3 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.,  
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.  
w dniu 25 października 2018 r.  
kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego  
od wyroku Sądu Okręgowego w P.  
z dnia 18 maja 2018 r., sygn. akt V Ka [...],  
utrzymującego w mocy wyrok wyroku Sądu Rejonowego w S.  
z dnia 24 stycznia 2018 r., sygn. akt II K [...]

### **p o s t a n o w i ł:**

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. zasądzić od skazanego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe postępowania kasacyjnego.**

### UZASADNIENIE

K. Z. M. został oskarżony o to, że prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą M. [...] z siedzibą w B., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu w okresie od dnia 21.10.2016 r. do dnia 29.11.2016 r. popełnił czyn zabroniony polegający na urządzaniu i prowadzeniu gier na automatach do gier bez koncesji na prowadzenie kasyna, wbrew przepisom art. 2 ust. 3-5, art. 3, art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (wtedy tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 471 z późn. zm.), w szczególności w ten sposób, że:

1. w dniu 21.10.2016 r. w lokalu usługowym zlokalizowanym w miejscowości I., ul. R. [...] urządzał i prowadził gry na automacie do gier o nazwie K. oznaczonym numerem [...];
2. w dniu 2.11.2016 r. w lokalu – kontenerze znajdującym się w magazynie Spółdzielni Kółek Rolniczych przy stacji paliw w miejscowości M., ul. S. [...], urządzał i prowadził gry na automatach do gier o nazwach H. bez numeru, B. oznaczonym numerem [...] oraz na automacie bez nazwy oznaczonym numerem 1 i automacie bez nazwy oznaczonym numerem 2;
3. w dniu 22.11.2016 r. w lokalu kontenerze znajdującym się w magazynie Spółdzielni Kółek Rolniczych przy stacji paliw w miejscowości M., ul. S. [...], urządzał i prowadził gry na automacie do gier o nazwie B. bez numeru;
4. w dniu 29.11.2016 r. w lokalu znajdującym się na Stacji Paliw [...] w M. przy ul. K. [...] urządzał i prowadził gry na automatach do gier o nazwach B. oznaczonym numerem [...], H. oznaczonym numerem [...] oraz S. oznaczonym numerem [...], to jest o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 i 3 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.

Sąd Rejonowy w S. wyrokiem z dnia 24 stycznia 2018 r., sygn. akt II K [...], uznał K. M. w ramach zarzucanego mu czynu za winnego tego, że prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą M. [...] z siedzibą w B., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu w okresie od 2 listopada 2016 r. do 29 listopada 2016 r. popełnił czyn zabroniony polegający na urządzeniu i prowadzeniu gier na automatach do gier bez koncesji na prowadzenie kasyna, wbrew przepisom art. 2 ust. 3 - 5, art. 3, art. 6 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 471 z późn. zm.) w ten sposób, że:

- 2 listopada 2016 r. w lokalu - kontenerze znajdującym się w magazynie Spółdzielni Kółek Rolniczych przy stacji paliw w miejscowości M., ul. S. [...], urządzał i prowadził gry na automatach do gier o nazwach H. bez numeru, B. oznaczonym numerem [...] oraz na automacie bez nazwy oznaczonym numerem [...] i automacie bez nazwy oznaczonym numerem [...];
- 22 listopada 2016 r. w lokalu - kontenerze znajdującym się w magazynie Spółdzielni Kółek Rolniczych przy stacji paliw w miejscowości M., ul. S. [...], urządzał i prowadził gry na automacie do gier o nazwie B. bez numeru;

- 29 listopada 2016 r. w lokalu znajdującym się na Stacji Paliw [...] w M. przy ul. K. [...] urządził i prowadził gry na automatach do gier o nazwach B. oznaczonym numerem [...], H. oznaczonym numerem [...] oraz S. oznaczonym numerem [...], to jest za winnego popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 i 3 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. i na tej podstawie skazał go, zaś na podstawie art. 107 § 3 k.k.s. wymierzył mu kary roku pozbawienia wolności i 300 stawek dziennych grzywny po 200 zł każda. Na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych oraz środków pieniężnych. Zasądził również od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe.

Wyrok ten zaskarżył w całości obrońca K. M., zarzucając:

„I. Obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na jego treść, tj.:

1. Naruszenie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. poprzez nieumorzenie postępowania ze względu na brak skargi uprawnionego oskarżyciela, tj. ze względu na dokonywanie czynności przed Sądem I instancji przez osobę, która nie jest oskarżycielem publicznym od 1 marca 2017 r., a to z uwagi na fakt, iż czynności procesowe dokonywał przedstawiciel Urzędu Celno-Skarbowego, a nie Naczelnik Urzędu Celno - Skarbowego, wyłącznie uprawniony zgodnie z art. 118, art. 121 § 1, art. 133 § 1 pkt 1 k.k.s. (w brzmieniu po 1 marca 2017 r.), do występowania przed sądem, co stanowi bezwzględną przesłankę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k.
2. Naruszenie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 155 § 1 k.k.s. w zw. z art. 113 k.k.s. polegające na prowadzeniu postępowania karnego mimo braku skargi uprawnionego oskarżyciela, z uwagi na wniesienie aktu oskarżenia przez Naczelnika Urzędu Celno - Skarbowego działającego jako finansowy organ postępowania przygotowawczego, podczas gdy prowadzenie dochodzenia powyżej sześciu miesięcy bez przedłużenia na podstawie art. 153 § 1 zdanie trzecie k.k.s. na okres powyżej sześciu miesięcy dochodzenia w sprawie o przestępstwo skarbowe, prowadzonego przez finansowy organ postępowania przygotowawczego i nadzorowanego przez organ nadrzędny nad tym organem, oznacza objęcie przez prokuratora nadzorem tego dochodzenia, obligując go do realizowania swoich uprawnień płynących z art. 298 § 1 i art. 326 k.p.k. w zw.

z art. 113 § 1 k.k.s. i powoduje, że jest ono kontynuowane już pod jego nadzorem i oznacza to, iż do niego wówczas, a nie do organu finansowego prowadzącego postępowanie przygotowawcze, należy wnoszenie aktu oskarżenia, co stanowi bezwzględną przesłankę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k.

II. Obrazę przepisów prawa materialnego, tj.:

1. Naruszenie art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej oraz art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zw. z art. 1 ust. 1 lit. f oraz art. 5 Dyrektywy 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. (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) ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego Dz. U. UE.L 2015.241.1 w kształcie wiążąco zinterpretowanym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – poprzez ich niezastosowanie.
2. Naruszenie art. 1 ust. 1 lit f oraz art. 5 Dyrektywy 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. 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.) w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (dalej u.g.h.) w zw. z art. 107 § 1 k.k.s., poprzez uznanie K. M. za 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. 2 ust. 3 i 5 oraz art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a u.g.h., a tym samym brak jest podstaw do przypisania odpowiedzialności za czyn zabroniony stypizowany w art. 107 § 1 k.k.s.
3. Naruszenie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 w zw. z art. 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, a co za tym idzie nie można ich zastosować.

4. Naruszenie art. 2 ust. 3 i 5 oraz art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a u.g.h. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż urządzenie 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.

Względnienie:

5. 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 u.g.h. powoduje niemożność stosowania przepisów ustawy, 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., przez co oskarżony działał co najmniej w nieświadomości jego karalności.

Ewentualnie:

6. (w oryginale zarzut ten omyłkowo oznaczono jako 7. – uwaga SN) Naruszenie art. 10 § 1 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie, albowiem mając na uwadze interpretację uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego 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. (podobnie jak zasadnie był przekonany co do niemożności zastosowania wobec niego art. 14 ust. 1 u.g.h.) i tej okoliczności nie można potraktować na jego niekorzyść.”

W przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów, obrońca zarzucił rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec K. M. kary pozbawienia wolności oraz kary grzywny przejawiającą się w:

- pominięciu istotnych okoliczności łagodzących, takich jak motywacja sprawcy działającego w chaosie prawnym, prowadzenie działalności zgodnie

z przepisami podatkowymi, tj. zarejestrowanie działalności i odprowadzanie podatków, posiadanie rodziny na utrzymaniu oraz braku dochodów na obecnym etapie rozwoju przedsiębiorstwa,

- uznaniu, iż oskarżony w chwili popełnienia przestępstwa był skazany prawomocnymi wyrokami za przestępstwa podobne, podczas gdy upłynął krótki okres od wyroków skazujących, w tym Sąd Najwyższy wstrzymał wykonanie wyroku Sądu Okręgowego w T. z dnia 18 czerwca 2015 r., sygn. akt IX Ka [...] oraz zmienionego nim wyroku Sądu Rejonowego w C. VII Zamiejskowy Wydział Karny z siedzibą w W. z dnia 10 lutego 2015 r., sygn. akt VII K [...] do czasu rozpoznania kasacji,
- co powinno skutkować orzeczeniem znacznie łagodniejszej kary.

W oparciu o tak postawione zarzuty obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. umorzenie postępowania, ewentualnie zmianę wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów, względnie uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

W odpowiedzi na apelację Naczelnik [...] Urzędu Celno -Skarbowego w W. wniósł o jej „oddalenie w całości jako bezzasadnej”.

Sąd Okręgowy P. wyrokiem z dnia 18 maja 2018 r., sygn. akt V Ka [...], zaskarżony wyrok utrzymał w mocy i częściowo obciążył oskarżonego kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze.

Kasację od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego wniósł obrońca aktualnie skazanego K. M.. Zaskarżył wyrok w całości, zarzucając:

- „1. Rażąco naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 4 ust. 3 i art. 19 Traktatu o Unii Europejskiej oraz art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu 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) ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących 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.

2. Rażąco naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 1 ust. 1 lit. f oraz 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 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009r., nr 201, poz. 1540 ze zm.) - dalej u.g.h. lub Ustawa w zw. z art. 107 § 1 k.k.s., poprzez uznanie, iż działalność prowadzona przez skazanego jest nielegalna, podczas gdy działalność polegająca na prowadzeniu gier na automatach nie stanowi czynu zabronionego, z uwagi na techniczny charakter art. 6 ust. 1, art. 2 ust. 3 i 5 oraz z art. 4 ust. 1 ppkt. a u.g.h., a tym samym brak jest podstaw do przypisania odpowiedzialności za czyn zabroniony stypizowany w art. 107 § 1 k.k.s.
3. Rażąco naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.: 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 urządzanie gier hazardowych na automatach bez zezwoleń i koncesji poza kasynami 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.
4. Rażąco naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 10 § 1 k.k.s. w zw. z art 6 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym (Dz.U.UE.L.2016.65.1), które miało istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia poprzez jego niezastosowanie, albowiem mając na uwadze interpretację uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. akt I KZP 17/16, w zakresie dotyczącym art. 6 ust.

1 u.g.h., skazany 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. (podobnie jak zasadnie był przekonany co do niemożności zastosowania wobec niego art. 14 ust. 1 u.g.h.) i tej okoliczności nie można było potraktować na jego niekorzyść.

5. Rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 10 § 4 k.k.s., które miało istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia poprzez jego niezastosowanie, albowiem mając na uwadze orzecznictwo TSUE, utrwalone orzecznictwo sądów powszechnych oraz stanowisko doktryny w okresie popełnienia zarzucanego skazanemu czynu, wskazujące, że brak notyfikacji Komisji Europejskiej przez rząd polski przepisów u.g.h. powoduje niemożność stosowania przepisów ustawy, 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., przez co skazany działał co najmniej w nieświadomości jego karalności.

W przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów, w zakresie w jakim stanowią podstawę uznania, iż skazanie jest oczywiście niesłuszne, konsekwencją powyższego rażącego naruszenia przepisów jest:

6. Rażąca niewspółmierność orzeczonej względem K. M. kary pozbawienia wolności, podczas gdy Sąd błędnie pominął obiektywne wątpliwości co do wykładni prawa oraz stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych i nie potraktował ich na korzyść skazanego, przez co błędnie ocenił jego motywację, gdyż w dacie czynu obiektywnie działał w „chaosie prawnym”, a przy tym prowadził działalność zgodnie z przepisami podatkowymi, tj. zarejestrował działalność i odprowadzał podatki, posiada rodzinę na utrzymaniu oraz nie uzyskuje dochodów, a także pominął okoliczność, iż pomimo tego, iż K. M. w chwili popełnienia przestępstwa był skazany prawomocnymi wyrokami za przestępstwa podobne, upłynął krótki okres od tych orzeczeń, w tym Sąd Najwyższy wstrzymał wykonanie wyroku Sądu Okręgowego w T. z dnia 18 czerwca 2015 roku, sygn. akt IX Ka [...], oraz zmienionego nim wyroku Sądu Rejonowego w C. VII Zamiejscowy Wydział Karny z siedzibą w W. z dnia 10 lutego 2015 r. sygn. akt VII K [...] do czasu rozpoznania kasacji, co bez

wątpienia przełożyło się na zbyt surowy wymiar kary, w szczególności w stosunku do innych wyroków skazujących za czyny popełnione przez skazanego w tożsamym okresie”.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i uniewinnienie skazanego od zarzucanego mu czynu. Z ostrożności, „w razie nieuwzględnienia przesłanek oczywistej niesłuszności skazania”, wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi II instancji. Jednocześnie złożył wniosek o wstrzymanie wykonania zaskarżonego orzeczenia.

Naczelnik [...] Urzędu Celno-Skarbowego w W. w pisemnej odpowiedzi na kasację stwierdził, że jest ona oczywiście bezzasadna.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Należało podzielić pogląd organu celno-skarbowego o oczywistej bezzasadności kasacji. Jej autor nie respektuje podstawowej zasady postępowania kasacyjnego wynikającej z art. 519 oraz art. 523 § 1 k.p.k., mianowicie tej, że zaskarżając prawomocny wyrok sądu odwoławczego kończący postępowanie, powinien wskazywać na rażące naruszenie prawa przez ten sąd. Nie jest natomiast dopuszczalne wskazywanie na uchybienia sądu pierwszej instancji i zmierzanie w ten sposób do rozpoznania sprawy przez Sąd Najwyższy niejako w trzeciej instancji. Następnie trzeba zauważyć, że skarżący, wbrew przepisowi art. 523 § 1 zd. drugie k.p.k. zakazującemu wnoszenia kasacji wyłącznie z powodu niewspółmierności kary (co nie znaczy, że jest to możliwe wtedy, gdy w kasacji zostanie zawarty też jakikolwiek inny zarzut), podniósł zarzut wymierzenia skazanemu rażąco niewspółmiernej kary pozbawienia wolności. Co prawda twierdził, że niewspółmierność kary jest konsekwencją rażącego naruszenia przepisów, jednak treść zarzutu nie pozostawia wątpliwości, iż skarżący nie wykazuje, że orzeczenie wobec K. M. kary roku pozbawienia wolności było następstwem naruszenia określonego przepisu prawa. W rzeczywistości podniósł „typowy” zarzut rażącej niewspółmierności kary (podobnie jak w apelacji, w której nie twierdził, że niewspółmierność kary jest skutkiem naruszenia prawa materialnego, bądź procesowego), wskazując na okoliczności łagodzące, które miały zostać pominięte przez sąd orzekający. Nadto i w tym wypadku chodzi

o zarzut kwestionujący rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji, ten bowiem organ wymierzył skazanemu kary, w żaden sposób nie modyfikowane przez Sąd odwoławczy.

Zwraca też uwagę brak spójności w piśmie skarżącego, skoro zarzut niewspółmierności kary podniósł na wypadek nieuwzględnienia zarzutów naruszenia prawa materialnego, co byłoby równoznaczne ze stwierdzeniem, iż naruszenie takie nie miało miejsca, a zarazem twierdził, że orzeczenie rażąco niewspółmiernej kary jest konsekwencją „powyższego rażącego naruszenia przepisów”. Nie sposób uznać też za prawidłowe podniesienie zarzutów zmierzających do wykazania błędności skazania w wyniku naruszenia prawa i postulowanie uniewinnienia oskarżonego, i zarazem twierdzenie, że konsekwencją naruszenia tegoż prawa było wymierzenie podsądnemu kary rażąco niewspółmiernej. Wypada również wspomnieć, że wnosząc o uchylenie wyroku zaskarżonego kasacją i uniewinnienie skazanego skarżący nie dostrzegł, iż w takim wypadku powinien też żądać uchylenia wyroku Sądu pierwszej instancji.

Rozwijając powyższe uwagi należy przypomnieć, że – pomijając zarzut rażącej niewspółmierności kary – wszystkie zarzuty kasacji podnoszą rażące naruszenie prawa materialnego. Wobec tego trzeba wskazać, że przepisy prawa materialnego stosował, względnie nie stosował, Sąd pierwszej instancji, nie zaś Sąd odwoławczy, który utrzymał w mocy poddany kontroli wyrok. W konsekwencji, podnosząc wspomniane zarzuty, obrońca powielił zarzuty, tylko nieznacznie je modyfikując, które wcześniej postawił w apelacji. I tak, zarzuty z pkt 1, 2, 3, 4 i 5 kasacji są tożsame z zarzutami odpowiednio z pkt II.1, II.2, II.4, II.6 oraz II.5 apelacji. W większym stopniu samodzielnym opracowaniem jest uzasadnienie kasacji, chociaż i ono w znacznym zakresie przytacza dokładnie część motywacyjną zwykłego środka odwoławczego (zob. np. pkt III oraz V uzasadnienia apelacji i odpowiednio pkt II. 2 i 3 uzasadnienia kasacji). Świadczy to dobitnie, iż kasacja kontynuowała polemikę z orzeczeniem pierwszoinstancyjnym, podobnie jak fakt, że skarżący nie podniósł, iż Sąd drugiej instancji rażąco naruszył przepisy mające zastosowanie w postępowaniu odwoławczym, w szczególności, że wbrew art. 433 § 2 k.p.k. nie rozważył wszystkich wniosków i zarzutów wskazanych w apelacji, względnie że nie respektował art. 457 § 3 k.p.k. nakazującego podanie,

czym kierował się sąd wydając wyrok oraz dlaczego zarzuty i wnioski apelacji uznał za zasadne albo niezasadne. Lektura uzasadnienia zaskarżonego wyroku pozwala zresztą przyjąć, że przepisów tych Sąd Okręgowy nie naruszył. O ile natomiast podniesienie wymienionych zarzutów obrońca motywował, chociaż wprost tego nie zaznaczył, twierdzeniem, iż z zaskarżonym wyrokiem „nie można się zgodzić, ponieważ godzi on w podstawowe zasady wykładni prawa i w konsekwencji skazał oskarżonego za czyn, który odsyła do przepisów blankietowych”, to najwyraźniej nie dostrzegł, że wyrok skazujący wydał Sąd pierwszej instancji, a nie Sąd odwoławczy. Nie jest też jasne, dlaczego obrońca uważa, że art. 107 k.k.s. odsyła do przepisów blankietowych.

Powyższe uwagi tłumaczyłyby powody oddalenia kasacji jako oczywiście bezzasadnej, celowe będzie jednak nadmienić, że treść zawartych w niej zarzutów, podobnie jak zarzutów apelacji, zdaje się wskazywać, iż skarżący nie wyciągnął dostatecznych wniosków z tego, że Sąd orzekający uznał, iż skazany popełnił przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 i 3 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w listopadzie 2016 r., kiedy to kontrowersje związane ze stosowaniem art. 107 k.k.s. i powiązanych z nim przepisów ustawy o grach hazardowych zasadniczo były już wyjaśnione. Wagę tego akcentował Sąd odwoławczy podkreślając, że w dniu 3 września 2015 r. weszła w życie ustawa z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz. U. poz. 1201), co wobec wcześniejszego dopełnienia obowiązku notyfikowania odpowiednich przepisów Komisji Europejskiej „doprowadziło do naprawy trybu ustawodawczego, umożliwiając pełne stosowanie norm znowelizowanej ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku oraz wprowadzenie możliwości egzekwowania odpowiedzialności karno-skarbowej z art. 107 k.k.s., ale począwszy od 3 września 2015 roku. Oznacza to, że zachowania wypełniające znamiona czynów stypizowanych w art. 107 k.k.s. zaistniały po dacie 3 września 2015 r. zostały objęte treścią notyfikowanych przepisów, m.in. art. 14 zmienionej ustawy o grach hazardowych” (cytat z uzasadnienia wyroku). Zwrócił też Sąd Okręgowy uwagę, powołując postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2016 r., I KZP 1/16 (OSNKW 2016, z. 6, poz. 36), że do skazanego nie miał zastosowanie art. 4 wspomnianej ustawy nowelizującej z dnia 12 czerwca 2015 r. wprowadzający, trwający do dnia 1 lipca 2016 r., okres dostosowawczy dla

podmiotów prowadzących działalność w zakresie gier hazardowych. W nawiązaniu do sugestii skarżącego, Sąd odwoławczy zaznaczył, że inaczej niż art. 14 ust. 1, art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie ma charakteru technicznego, co stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 17/16, a jeszcze przed popełnieniem przez ówczesnie oskarżonego zarzucanego mu czynu Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w wyroku z dnia 13 października 2016 r. w sprawie C - 303/15. W konsekwencji trafnie uznał, że notyfikacja przepisu art. 14 ust. 1 u.g.h. oraz brak technicznego charakteru przepisu art. 6 ust. 1 tej ustawy oznacza, że mogą one stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s. Odrzucił zatem Sąd *ad quem* możliwość uwolnienia oskarżonego od odpowiedzialności na zasadzie kontratypów ujętych w art. 10 k.k.s., co jest o tyle zrozumiałe, że K. M. jako przedsiębiorca prowadzący działalność w branży hazardowej śledził, względnie powinien śledzić aktualną sytuację prawną w tym zakresie. Nie bez racji Sąd zauważył, że stając w licznych procesach oskarżony musiał nabywać wiedzę, iż dokonana Komisji Europejskiej notyfikacja projektu zmienianego art. 14 u.g.h. usunęła wcześniejszy błąd legislacyjny. Sąd Okręgowy odrzucił też, motywując swoje stanowisko, pogląd skarżącego, że przepisy art. 2 ust. 3 i 5 oraz art. 4 ust. 1 pkt 1 lit. a mają charakter wymagających notyfikacji przepisów technicznych.

Skarżący nie wykazał skutecznie błędności tego stanowiska, natomiast uzasadnieniu skargi, jak wspomniano powielającym w niemałej części uzasadnienie apelacji, nadał cechę prawniczej publikacji na temat funkcjonowania prawa wspólnotowego, zwłaszcza przepisów Traktatu o Unii Europejskiej i powinnośc jego skrupulatnego stosowania przez sądy krajów członkowskich, jak też konsekwencji nienotyfikowania w swoim czasie przepisów ustawy o grach hazardowych. Odnotował co prawda wspomniany wyrok TSUE C - 303/15, jednak podjął z nim polemikę twierdząc, że „art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych ma charakter przepisu technicznego”. Wypada to skwitować uwagą, że skarżący ma prawo do takiej polemiki i wykazywać, że „wie lepiej”, jak interpretować prawo, jednak nie sposób uznać, iż wiążące rozstrzygnięcie TSUE mogło być ignorowane przez sądy orzekające w niniejszej sprawie, a respektując je rażąco naruszyły prawo, o czym mowa w art. 523 § 1 k.p.k. Nadal przekonywał też obrońca, że

również inne przepisy ustawy o grach hazardowych: art. 2 ust. 3 i 5, art. 4 ust. 1 pkt 1 lit. a (w uzasadnieniu skargi wymienił nadto art. 129 ust. 3) są przepisami o charakterze technicznym, wobec czego powinny być notyfikowane Komisji Europejskiej, a przy braku takiego postąpienia „ustanowiony ustawą o grach hazardowych system zakazów wynikający z systemu zezwoleń i licencji w polskim systemie prawnym jest bezskuteczny”. Widać, że skarżący, nie wspierając swojego stanowiska choćby publikacjami przedstawicieli nauki prawa, dążył do rozszerzenia pola sporu co do stosowania art. 107 k.k.s., które zasadniczo ograniczało się do charakteru art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. u.g.h. Wypada jednak odrzucić tendencję do doszukiwania się w ustawie o grach hazardowych kolejnych licznych przepisów o charakterze technicznym, z widoczną intencją zapewnienia bezkarności osób naruszających przepisy tej ustawy. Można zgodzić się z Sądem Okręgowym, że „normy art. 2 ust. 3 i 5 oraz art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a ustawy o grach hazardowych mają i na datę czynu przypisanego oskarżonemu miały charakter definicji legalnej, ich postać, aksjologia i potencjalne skutki stosowania zdecydowanie wykluczają, aby nadać im walor norm technicznych w rozumieniu dyrektywy 98/34 Parlamentu Europejskiego i Rady”. Stanowisko to nie jest w orzecznictwie odosobnione, przy czym warto wspomnieć, że jeden z sądów zauważył, iż skoro TSUE w wyroku z dnia 13 października 2016 r. C - 303/15 stwierdził, że przepis art. 6 ust. 1 u.g.h. nakładający obowiązek uzyskania koncesji, a w którym ustawodawca także odwołuje się jednocześnie zarówno do pojęcia „gier na automatach”, jak i „kasyna gry” nie ma charakteru technicznego, to tym bardziej przepisy zawierające wyłącznie definicje legalne tychże określeń, takie jak art. 2 ust. 3 i 5, art. 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, art. 129 ust. 3 u.g.h., nie należą do kategorii „przepisów technicznych” w rozumieniu wspomnianej dyrektywy (obecnie dyrektywy 2015/1525 z dnia 9 września 2015 r.), podlegających obowiązkowi zgłoszenia Komisji Europejskiej, którego naruszenie jest poddane sankcji w postaci braku możliwości stosowania takiego przepisu (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 22 grudnia 2017 r., VI Ka 550/17). Celowe będzie też wspomnieć, że w piśmiennictwie prawniczym zajęto stanowisko co do art. 129 ust. 3 u.g.h., wskazując na jego nietechniczny charakter (S. Babiarz /red./, K. Aromiński, Komentarz do art. 129 u.g.h., LEX/el.).

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu, co zgodnie z art. 636 § 1 i art. 637a k.p.k. skutkowało obciążeniem skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego. Oddalenie kasacji w trybie art. 535 § 3 k.p.k. czyniło zbędnym wydanie rozstrzygnięcie co do wstrzymania wykonania zaskarżonego wyroku.