

Sygn. akt III KK 136/21

POSTANOWIENIE

Dnia 20 maja 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik

po rozpoznaniu na posiedzeniu w Izbie Karnej w dniu 20 maja 2021 r.,
sprawy **B. W.**

skazanego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego,
od wyroku Sądu Okręgowego w Z.
z dnia 22 grudnia 2020 r., sygn. akt II Ka (...),
utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w H.
z dnia 1 października 2020 r., sygn. akt II K (...),

p o s t a n o w i ł

**pozostawić kasację bez rozpoznania i obciążyć skazanego
B.W. kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 1 października 2020 r., sygn. akt II K (...), Sąd Rejonowy w H. uznał oskarżonego B. W. za winnego, tego że w okresie od 8 września 2016 r. do 15 września 2016 r. w H. przy ul. (...) w lokalu Sklep Spożywczo - Przemysłowy „R.” K. S. pełniąc funkcję prezesa zarządu i będąc w związku z tym upoważnionym do zajmowania się sprawami gospodarczymi firmy M. Sp. z o.o. z siedzibą w B., ul. (...), (...) B., wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych urządzał gry hazardowe na dwóch automatach do gier o nazwie C. oznaczonych numerami (...) oraz (...) w ten sposób, że w oparciu o umowę dzierżawy powierzchni użytkowej z dnia 8 września 2016 r. podjął decyzję o wstawieniu do wyżej wymienionego lokalu przedmiotowych automatów, serwisowaniu ich i rozliczaniu, umożliwiając tym samym graczom rozgrywanie na

tych automatach gier hazardowych oraz uzyskiwanie wygranych pieniężnych w związku z tymi grami tj. dokonania czynu wyczerpującego dyspozycję art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i za to na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 23 § 1 i § 3 k.k.s. skazał go na karę grzywny w wymiarze 80 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na 100 zł oraz orzekł przepadek dowodów rzeczowych w postaci dwóch automatów do gier bliżej opisanych w wykazie dowodów rzeczowych.

Z rozstrzygnięciem Sądu Rejonowego nie zgodził się obrońca skazanego, który we wniesionej apelacji zarzucił obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia w postaci:

„1. art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie sprzecznej z zasadami prawidłowego rozumowania oceny dowodu z opinii sporządzonej przez biegłego sądowego z zakresu automatów elektronicznych do gier zabawowych, zręcznościowych i losowych G. G., polegającej na uznaniu, że ww. opinia została sporządzona w oparciu o wiedzę fachową, a wnioski z niej wynikające zasługiwały na podzielenie, w sytuacji, w której opinia została sporządzona w sposób wręcz uderzająco skrótowy, bez uprzedniego zbadania urządzeń o nazwie C. o nr (...) oraz (...) i ograniczała się do sporządzenia prostych opisów tego co widać na przedstawionych obrazkach, a nadto biegły, który ją sporządził nie był w stanie odpowiedzieć na wszystkie zadane przez Sąd I instancji pytania (w zakresie charakteru produktów oferowanych przez platformę C.) z uwagi na fakt, że nie posiadał wiadomości specjalnych z zakresu instrumentów finansowych, co doprowadziło Sąd do nieprawidłowego ustalenia, że ww. urządzenia służą do rozgrywania gier hazardowych, podczas gdy w rzeczywistości urządzenia te służyły do nabywania krótkoterminowych opcji walutowych;

2. art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie sprzecznej z zasadami prawidłowego rozumowania oceny dowodu z opinii sporządzonej przez biegłego sądowego z zakresu mechaniki technicznej, ogólnej budowy i eksploatacji maszyn A. C., polegającej na uznaniu, że ww. opinia w sposób jednoznaczny udziela odpowiedzi na postawione pytania, w sytuacji, w której biegły w treści opinii wskazywał na potrzebę powołania biegłego z zakresu instrumentów finansowych, zaznaczył swoje

wątpliwości związane z jednoznacznym określeniem charakteru produktów oferowanych przez platformę C., możliwością wyłączenia urządzeń o nazwie C. o nr (...) i (...) oraz ww. platformy z zakresu zastosowania ustawy o grach hazardowych na mocy art. 7a Prawa bankowego, co doprowadziło Sąd do nieprawidłowego ustalenia, że ww. urządzenia służą do rozgrywania gier hazardowych, podczas gdy w rzeczywistości urządzenia te służyły do nabywania krótkoterminowych opcji walutowych;

3. art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie sprzecznej z zasadami prawidłowego rozumowania oceny dowodu z dokumentu w postaci protokołu z przeprowadzonych przez funkcjonariuszy celnych czynności kontrolnych, polegającej na przyznaniu mu mocy dowodowej w zakresie ustalenia charakteru działania urządzeń o nazwie C. o nr (...) oraz (...) oraz uznaniu go za niekwestionowany przez żadną ze stron, w sytuacji w której obrona od początku postępowania kwestionowała treść ww. dokumentu, wskazywała na pobieżność przeprowadzonych czynności kontrolnych i oględzin i sporządzonych zeń protokołu, wskazywała na brak odniesienia się w treści protokołu do wymagań sieciowych urządzeń o nazwie C. o nr (...) oraz (...) oraz wizualizowanych na ekranach tych urządzeń wykresów, kwestionowała kompetencje funkcjonariuszy celnych sporządzających protokół w zakresie dokonywania przez nich oceny w zakresie hazardowego charakteru ww. urządzeń oraz wskazywała na brak specjalistycznej wiedzy po stronie funkcjonariuszy, co doprowadziło Sąd do nieprawidłowego ustalenia, że ww. urządzenia służą do rozgrywania gier hazardowych podczas gdy w rzeczywistości urządzenia te służyły do nabywania krótkoterminowych opcji walutowych;

4. art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie sprzecznej z zasadami prawidłowego rozumowania oceny dowodu z zeznań świadka P. M., polegającej na przyznaniu im mocy dowodowej w zakresie ustalenia charakteru urządzeń o nazwie C. o nr (...) oraz (...) w sytuacji, w której z zeznań tych w sposób jednoznaczny wynikało, że świadek nie miał żadnego merytorycznego przygotowania do dokonywania oceny charakteru ww. urządzeń, nie badał ich oprogramowania, serwera, na którym działały ww. urządzenia, mechanizmu działania ww. urządzeń, charakteru produktów oferowanych za pośrednictwem platformy C., zależności pomiędzy

wykresem a wizualizacją bębnową, nie posiadał specjalistycznej wiedzy w zakresie oprogramowania, co doprowadziło Sąd do nieprawidłowego ustalenia, że ww. urządzenia służą do rozgrywania gier hazardowych podczas gdy w rzeczywistości urządzenia te służyły do nabywania krótkoterminowych opcji walutowych;

5. art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie sprzecznej z zasadami prawidłowego rozumowania oceny przedstawionych przez obronę dowodów z dokumentów w postaci: Wydruku ze strony C..com; zaświadczenia wydanego przez Komisję Nadzoru Finansowego potwierdzającego fakt prowadzenia przez M. Sp. z o.o. działalności biura usług płatniczych, interpelacji poselskiej nr (...) z dnia 1 kwietnia 2014 r. wraz z odpowiedzią Ministra Finansów z dnia 13 maja 2014 r., interpelacji poselskiej nr (...) z dnia 5 maja 2014 r. wraz z odpowiedzią Ministra Finansów z dnia 27 maja 2014 r., Interpelacji do Parlamentu Europejskiego z dnia 19 grudnia 2016 r. ((...)), wraz z odpowiedzią Komisji Europejskiej z dnia 17 lutego 2017 r., interpelacji eurodeputowanego do Parlamentu Europejskiego z dnia 19 grudnia 2016 r. (((...))) wraz z odpowiedzią Komisji Europejskiej z dnia 9 marca 2017 r., opinii jednostki badającej G. wraz z korespondencją e-mail, opinii dr nauk prawnych A. N., Ekspertyzy S. J., C. L. — w zakresie kwalifikacji instrumentów oferowanych przez platformę C. jako instrumentów finansowych, polegającej na odmowie przyznaniu im wiarygodności i mocy dowodowej z uwagi na fakt, że zdaniem Sądu I instancji „skoro nie dotyczą one kontrolowanych automatów to nie mogą stanowić dowodu przeciwnego dla dowodów przeprowadzonych w niniejszej sprawie i podważyć ustaleń faktycznych poczynionych w niniejszej sprawie”, w sytuacji, w której choć przedstawione przez obronę dowody nie dotyczyły bezpośrednio urządzeń o nazwie C. o nr (...) oraz (...), to możliwe było ich bezpośrednie odniesienie do ww. urządzeń i zastosowanie na gruncie niniejszej sprawy, a to z uwagi na okoliczność, stosownie do której działały one w ramach tej samej platformy C. i na tożsamej zasadzie (co zresztą wynikało z przedstawionych przez obronę dokumentów, ale także z uznanej przez Sąd I instancji za w pełni wiarygodną opinii biegłego sądowego A. C.), a dowody te wykazywały rzeczywisty (niehazardowy) charakter ww. urządzeń, co doprowadziło Sąd do nieprawidłowego ustalenia, że ww. urządzenia służą do rozgrywania gier hazardowych podczas gdy w rzeczywistości urządzenia te służyły do nabywania krótkoterminowych opcji walutowych;

6. art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie sprzecznej z zasadami prawidłowego rozumowania oceny dowodu z zeznań świadka A. G., polegającej na odmowie przyznaniu im wiarygodności i mocy dowodowej z uwagi na fakt, że zdaniem Sądu I instancji „skoro nie dotyczą one kontrolowanych automatów to nie mogą stanowić dowodu przeciwnego dla dowodów przeprowadzonych w niniejszej sprawie i podważyć ustaleń faktycznych poczynionych w niniejszej sprawie”, w sytuacji, w której choć przedstawione przez obronę dowody nie dotyczyły bezpośrednio urządzeń o nazwie C. o nr (...) oraz (...), to możliwe było ich bezpośrednie odniesienie do ww. urządzeń i zastosowanie na gruncie niniejszej sprawy, a to z uwagi na okoliczność, stosownie do której działały one w ramach tej samej platformy C. i na tożsamej zasadzie (co zresztą wynikało z przedstawionych przez obronę dokumentów, ale także z uznanej przez Sąd I instancji za w pełni wiarygodną opinii biegłego sądowego A. C.), a dowody te wykazywały rzeczywisty (niehazardowy) charakter ww. urządzeń, co doprowadziło Sąd do nieprawidłowego ustalenia, że ww. urządzenia służą do rozgrywania gier hazardowych podczas gdy w rzeczywistości urządzenia te służyły do nabywania krótkoterminowych opcji walutowych;

7. art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie sprzecznej z zasadami prawidłowego rozumowania oceny dowodu z wyjaśnień oskarżonego B. W., polegającej na odmowie przyznania im wiary, z uwagi na fakt, iż zdaniem Sądu I instancji wyjaśnienia te stanowiły jedynie przyjętą przez oskarżonego linię obrony, w sytuacji, w której wyjaśnienia te były spójne i logiczne, a także znajdowały odzwierciedlenie w treści dokumentów przedstawionych przez obronę, zeznaniach świadka A. G. oraz uznanych przez Sąd I instancji za wiarygodne zeznaniach świadka L. J. i świadka K. S., co doprowadziło Sąd do nieprawidłowego ustalenia, że urządzenia o nazwie C. o nr (...) oraz (...) służą do rozgrywania gier hazardowych podczas gdy w rzeczywistości urządzenia te służyły do nabywania krótkoterminowych opcji walutowych;

8. art. 193 § 1 k.p.k. poprzez jego błędne niezastosowanie, polegające na niedopuszczeniu i nieprzeprowadzeniu dowodu z opinii biegłego z zakresu instrumentów finansowych, pomimo wniosków obrony w sytuacji, w której

stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy — tj. charakteru i mechanizmu działania urządzeń o nazwie C. o nr (...) oraz (...) oraz charakteru i istoty produktów oferowanych za ich pośrednictwem, wymagało wiadomości specjalnych zarówno w zakresie znajomości oprogramowania i informatyki, jak i instrumentów finansowych, co doprowadziło do nieprawidłowego ustalenia przez Sąd charakteru ww. urządzeń oraz produktów oferowanych za ich pośrednictwem, a w konsekwencji przypisania oskarżonemu odpowiedzialności za czyn stypizowany w art. 107 § 1 k.k.s., podczas gdy w rzeczywistości urządzenia te służyły do nabywania krótkoterminowych opcji walutowych.”

Powołując się na te zarzuty obrońca wniósł o zmianę w całości zaskarżonego orzeczenia poprzez uniewinnienie B. W. od popełnienia zarzucanego mu czynu. Skarżący zawnioskował także o dopuszczenie i przeprowadzenie szeregu dowodów, szczegółowo wymienionych na k. 735-735/tom IV.

Po rozpoznaniu wywiedzionej apelacji, Sąd Okręgowy w Z. wyrokiem z dnia 22 grudnia 2020 r. utrzymał w mocy zaskarżone rozstrzygnięcie.

Zaskarżając kasacją w całości rozstrzygnięcie Sądu odwoławczego obrońca skazanego, na podstawie art. 523 § 1 i 4 ust 1 k.p.k. i art. 526 § 1 k.p.k. zarzucił „naruszenie art. 439 § 1 ust. 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowym w zw. z art. 7a ustawy prawo bankowe w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo bankowe w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 26 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 648/2012 z dnia 2013-06-26 w zw. z art. 1 Dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady 93/22/EWG poprzez uzupełnienie normy blankietowej art. 107 § 1 k.k.s. przepisem art. 6, 14 oraz 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, podczas gdy w sprawie niniejszej stosowanie ustawy o grach hazardowych wyłączone zostało przez brzmienie art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o

obrocie instrumentami finansowym, zgodnie z którym transakcja, której przedmiotem jest nabycie lub zbycie instrumentów finansowych lub która prowadzi do powstania takich instrumentów, nie stanowi gry ani zakładu w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, ani gry losowej lub zakładu wzajemnego w rozumieniu przepisów o grach hazardowych, jak też przez brzmienie art. 7a ustawy z dnia 29.08.1997 r. Prawo bankowe, zgodnie z którym do terminowych operacji finansowych, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 7 lit. h oraz w art. 5 ust. 2 pkt 4 będących przedmiotem umów zawartych przez bank lub instytucję finansową, nie stosuje się przepisów o grach hazardowych. Zgodnie z treścią art. 4 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo bankowe przez instytucję finansową rozumie się instytucję finansową, o której mowa w art. 4 ust. 1 pkt 26 rozporządzenia nr 575/2013 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE), odsyłającego do załącznika I do dyrektywy 2013/36/UE, zgodnie z którym instytucją finansową jest przedsiębiorstwo, którego podstawową działalnością jest m.in. obrót na własny rachunek lub na rachunek klienta opcjami i terminowymi umowami na instrumenty finansowe typu „futures”. W takim stanie prawnym M. /F. jest instytucją finansową, bowiem jej głównym rodzajem działalności jest zajmowanie się terminowymi operacjami finansowymi w postaci opcji, do których nie stosuje się ustawy o grach hazardowych, w związku z czym ściganie czynu pozostaje wyłączone.” Skarżący ostatecznie wniósł o uchylenie wyroku w całości i uniewinnienie skazanego od zarzucanego mu czynu.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 523 § 2 k.p.k. kasację na korzyść można wnieść jedynie w razie skazania oskarżonego za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Ograniczenie przewidziane w § 2 tego przepisu nie dotyczy jednak kasacji wniesionej z powodu uchybień wymienionych w art. 439 (§ 4 pkt 1 k.p.k.). Podniesienie przez obrońcę skazanego zarzutu bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. „przełamało” ograniczenie wynikające z art. 523 § 2 k.p.k., albowiem wobec skazanego B. W. nie

orzeczono kary bezwzględnego pozbawienia wolności. Jednak wniesiona kasacja, mimo wagi podniesionego zarzutu, tylko pozornie jawi się jako dopuszczalna.

Z przepisu art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. wynika, iż katalog negatywnych przesłanek procesowych, nie jest zamknięty. Regulacja ta stanowi, iż nie wszczyna się postępowania a wszczęte umarza, gdy „zachodzi inna okoliczność wyłączająca ściganie.” Z kolei art. 439 § 1 przewiduje, że niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia sąd odwoławczy na posiedzeniu uchyla zaskarżone orzeczenie, jeżeli m.in. zachodzi jedna z okoliczności wyłączających postępowanie, określonych w art. 17 § 1 pkt 5, 6 i 8 -11, a więc m.in. w przypadku, gdy „zachodzi inna okoliczność wyłączająca ściganie” (pkt 11). Pod pojęciem „innej okoliczności wyłączającej ściganie” rozumie się te wszystkie sytuacje, które nie zostały wymienione we wcześniejszych punktach. W literaturze wskazuje się przykładowo, że tą okolicznością może być abolicja, konsumpcja skargi publicznej bądź quasi – list żelazny (tak m.in. D. Świecki, Komentarz do art. 17 k.p.k. w: Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021). Niewątpliwie jedynie formalne powołanie się na uchybienie przewidziane w art. 439 § 1 k.p.k. bądź całkowicie bezpodstawne nazwanie takim uchybieniem sytuacji, która bez wątpienia nie stanowi naruszenia prawa wymienionego w tym przepisie, nie czyni dopuszczalną kasacji podlegającej ograniczeniom określonym w art. 523 § 2 k.p.k. (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2014 r., IV KK 215/14, OSNKW 2015, nr 5, poz. 43). W rozpoznawanej sprawie żadna z „innych okoliczności wyłączających ściganie” nie miała miejsca. Analizując treść kasacji wskazać należy, że skarżący stoi na stanowisku, iż działalność skazanego B. W. opisały przepisy dotyczące instrumentów finansowych, a nie, jak zostało to ustalone przez Sądy obu instancji – gier hazardowych (Sąd ustalił, że zatrzymane urządzenia umożliwiały przeprowadzenie gier losowych w rozumieniu ustawy o grach hazardowych a przedmiotem prowadzonego postępowania nie był obrót terminowymi operacjami finansowymi, instrumentami rynku pieniężnego lub papierami wartościowymi, że działanie osób korzystających z przedmiotowych urządzeń ograniczało się do wrzucenia pieniędzy do automatu i uruchomienia urządzenia za pomocą pola dotykowego). Podniesiony w kasacji zarzut w rzeczywistości dotyczy więc ustaleń

faktycznych, a w konsekwencji naruszenia prawa materialnego w kontekście trafności przyjętej oceny karnej zachowania skazanego, co z kolei postrzegane być powinno na płaszczyźnie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., a nie jako „inna okoliczność wyłączająca ścigane” w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. (zob. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia: 20 grudnia 2018 r., V KK 522/18, 7 maja 2020 r., III KK 94/20 i 13 maja 2020 r., V KK 86/20).

Postawiony przez obrońcę skazanego zarzut jest kolejną próbą – w podobnych sprawach – obejścia ograniczenia wynikającego z przepisu art. 523 § 2 k.p.k. Orzeczenie wobec B. W. kary grzywny wykluczało bowiem wniesienie kasacji na podstawie innych naruszeń, niż te, które wymieniono w art. 439 § 1 k.p.k. Mając na uwadze treść kasacji (Sąd Najwyższy nie jest bowiem związany jedynie wskazaną przez skarżącego oceną prawną zarzutu) podniesiony zarzut nie odnosi się do żadnej z okoliczności stanowiących bezwzględną przyczynę odwoławczą z art. 439 k.p.k. Stosownie więc do art. 523 § 2 w zw. z art. 523 § 4 pkt 1 k.p.k., 531 § 1 k.p.k. w zw. z art. 530 § 2 i 429 § 1 k.p.k. kasację należało uznać za niedopuszczalną z mocy ustawy i w konsekwencji pozostawić ją bez rozpoznania.