

Sygn. akt V KK 134/19

POSTANOWIENIE

Dnia 28 marca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Małgorzata Gierszon

w sprawie **A. U.**

skazanego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w dniu 28 marca 2019 r.

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w O.

z dnia 21 września 2018 r., sygn. akt VII Ka [...],

zmieniającego w części wyrok Sądu Rejonowego w S.

z dnia 13 września 2017 r., sygn. akt II K [...],

na podstawie art. 531 § 1 k.p.k. w zw. z art. 530 § 2 k.p.k. i art. 429 § 1 k.p.k.

postanowił:

- 1) pozostawić kasację obrońcy skazanego bez rozpoznania;**
- 2) obciążyć skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 13 września 2017 r., sygn.. akt II K [...], Sąd Rejonowy w S. uznał oskarżonego A. U. za winnego występku z 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. wymierzył mu karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych, przyjmując, iż jedna stawka dzienna grzywny jest równoważna kwocie 100 zł.

Apelację od tego wyroku wniosła obrońca skazanego w której zarzuciła:

1. rażące naruszenie art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych poprzez jego niezastosowanie;

2. rażące naruszenie art. 6. 10 § 1 k.k.s. oraz art. 10 § 4 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie;
3. rażące naruszenie art. 49 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej poprzez jego niezastosowanie;
4. naruszenie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 4 ust. 3 TUE przez błędne przyjęcie, że art. 107 § 1 k.k.s. może stanowić podstawę odpowiedzialności karnoskarbowej osób organizujących gry na automatach wbrew postanowieniom art. 14 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201, poz. 1540), podczas gdy obowiązkiem Sądu, wynikającym z zasady legalizmu była odmowa zastosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, których projekt został, w świetle dyrektywy 98/34/WE, nieprawidłowo notyfikowany Komisji Europejskiej i wobec tego nie mógł być zastosowany;
5. naruszenie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 56 TFUE i art. 4 ust. 3 TUE przez błędne przyjęcie, że art. 107 § 1 k.k.s. może stanowić podstawę odpowiedzialności karnoskarbowej osób organizujących gry na automatach wbrew postanowieniom art. 14 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201, poz. 1540), podczas gdy obowiązkiem Sądu, wynikającym z zasady legalizmu, była odmowa zastosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, które sprzeczne z art. 56 TFUE wprowadzają nieproporcjonalne ograniczenie swobody przepływu usług na rynku wewnętrznym i wobec tego nie powinny być podstawą odpowiedzialności karnoskarbowej;
6. naruszenie art. 127 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 4 ust. 3 TUE przez błędne przyjęcie, że art. 107 § 1 k.k.s. może stanowić podstawę odpowiedzialności karnoskarbowej osób organizujących gry na automatach wbrew postanowieniom art. 14 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201, poz. 1540), podczas gdy obowiązkiem Sądu, wynikającym z zasady legalizmu, była odmowa zastosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, których projekt został, w świetle dyrektywy 98/34/WE, nieprawidłowo notyfikowany Komisji Europejskiej i nie powinien stanowić podstawy odpowiedzialności karnoskarbowej.

Nadto obrońca zarzuciła błędy w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku.

Sąd Okręgowy w O. wyrokiem z dnia 21 września 2018 r., sygn. akt VII Ka [...], zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że z podstawy prawnej orzeczenia o przepadku zawartego w pkt II części dyspozytywnej wyeliminował przepis art. 49 § 2 k.k.s.; w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Od tego wyroku Sądu Okręgowego kasację wniosła obrońca skazanego.

Zarzuciła w niej rażące naruszenie prawa, mające istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, to jest:

1. art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt. 11 k.p.k. w postaci naruszenia przepisu art. 4 ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych z dnia 12 czerwca 2015 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 1201), który ma charakter abolicyjny i wyłącza możliwość karania na podstawie art. 107 § 1 k.k.s., tj. naruszenia w okresie przejściowym przewidzianym w tym przepisie, wynikającego z art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych zakazu urządzania gier na automatach poza kasynami gry, przez podmioty, które w dniu wejścia w życie ustawy zmieniającej legalnie prowadziły działalność w zakresie organizowania gier poza kasynami, który to przepis nie został zastosowany przez sąd odwoławczy;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 3 TUE przez błędne przyjęcie, że przepis ten może stanowić podstawę odpowiedzialności osób urządzających gry na automatach wbrew postanowieniom art. 14 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201, poz. 1540) w brzmieniu po 3 września 2015 r. podczas gdy obowiązkiem organów państwa członkowskiego Unii Europejskiej, jakim jest Rzeczypospolita Polska, wynikającym z zasady legalizmu, była odmowa zastosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, których projekt został nieprawidłowo notyfikowany Komisji Europejskiej z naruszeniem celów dyrektywy 98/34/WE wobec tego nie mógł on być zastosowany;
3. rażące naruszenie przepisów postępowania w postaci niedopełnienia zobowiązań ciążących na organach państwa na mocy art. 4 ust. 3 TUE i art. 288 TFUE przez błędne przyjęcie, że art. 5. 2 ust. 3 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201,

poz. 1540), ma zastosowanie dla oceny czy oferowane przez skarżącą gry są grami na automatach, podczas gdy przepis ten nie mógł być stosowany, ponieważ jego wymóg techniczny w rozumieniu art. 1 ust. 11 dyrektywy 98/34/WE stanowi przepis techniczny, którego projekt nie został notyfikowany Komisji Europejskiej, a zatem obowiązkiem Sądu, wynikającym z zasady legalizmu, była odmowa zastosowania art. 2 ust. 3 ustawy o grach hazardowych;

4. obrazę przepisów prawa materialnego w postaci art. 56 TFUE poprzez zastosowanie sprzecznego z nim art. 6 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, który zawiera nieproporcjonalne ograniczenie fundamentalnej dla stosowania prawa Unii w krajowych porządkach prawnych zasady prymatu prawa Unii nad prawem krajowym potwierdzonej w art. 91 ust. 1 i 2 Konstytucji RP i wniosła o uchylenie wyroków Sądów obydwu instancji oraz uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator Prokuratury Rejonowej delegowany do Prokuratury Okręgowej w O. wniosł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasację obrońcy skazanego jako niedopuszczalną z mocy ustawy należało pozostawić bez rozpoznania.

W świetle – nie budzącej interpretacyjnych wątpliwości – treści 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. To ograniczenie wniesienia na korzyść skazanego kasacji nie dotyczy kasacji wniesionej z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. (§ 4 pkt 1 art. 523). Odnosząc te regulacje do realiów rozpoznawanej sprawy, bezsporne jest, iż z racji na skazanie A. U. za przypisany mu występki z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. na karę grzywny jego obrońca mogła wnieść kasację jedynie z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. W konsekwencji – (formalnie) dopuszczalny jest wyłącznie pierwszy zarzut wniesionej przez nią kasacji – oparty na (rzekomym) zaistnieniu wskazanej w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Pozostałe trzy zarzuty tej kasacji są – wobec

nierespektowania owych przywołanych ustawowych ograniczeń - niedopuszczalne z mocy prawa i jako takie nie mogłyby podlegać w ogóle rozpoznaniu. Nie ulega więc też wątpliwości, że w zakresie tych zarzutów kasacja obrońcy skazanego jest niedopuszczalna w sposób oczywisty, skoro te jej zarzuty nawet już formalnie nie respektują przywołanych ograniczeń dopuszczalności wniesienia kasacji w przypadku skazania oskarżonego na inną karę aniżeli pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania.

Natomiast pierwszy zarzut kasacji (ale tylko) formalnie respektuje te ograniczenia. Wprawdzie wskazuje on naruszenie art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., niemniej jednak przywołanie tej podstawy kasacji jest oczywiście wadliwe, bowiem to opisane w tym zarzucie (rzekome) uchybienie nie może mieć takiej postaci procesowej. Tymczasem uchybienie opisane w kasacji musi w sposób rzeczywisty mieścić się w formule tych uchybień, które określone są w przepisie art. 439 k.p.k. (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 10 grudnia 2014 r., IV KK 215/14, OSNKW 2015, nr 5, poz. 43). Konieczne jest zatem stwierdzenie, iż treść postawionego zarzutu rzeczywiście odpowiada podniesionemu naruszeniu prawa (por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 6 grudnia 2002 r., IV KK 376/02, OSNKW 2003, nr 2, poz. 18; z dnia 11 grudnia 2013 r., IV KK 402/13, OSNKW 2014, nr 5, poz. 39; z dnia 1 czerwca 2016 r., IV KK 182/16, Lex nr 214 2488).

Analiza treści pierwszego zarzutu kasacji obrońcy skazanego prowadzi do wniosku, że skarżąca bezwzględnej przyczyny odwoławczej (z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.) upatruje w naruszeniu art. 4 ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych z dnia 12 czerwca 2015 r., który to przepis wyłącza możliwość karania na podstawie art. 107 § 1 k.k.s., to jest „naruszenia w okresie przejściowym (przewidzianym w tymże art. 4) wynikającego z art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych zakazu urządzania gier na automatach poza kasynami gry”. Przy czym – według obrońcy – stan prawny obowiązujący do dnia wejścia w życie ustawy z 12 czerwca 2015 r. nie pozwalał na karanie osób prowadzących działalność polegającą na organizowaniu gier na automatach poza kasynami gry, bowiem zarówno sam zakaz (art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych), jak i wymóg posiadania koncesji (art. 6 ust. 1 ustawy o grach

hazardowych) pozostawały bezskuteczne z powodu braku ich notyfikacji Komisji Europejskiej. W związku z taką treścią samego pierwszego zarzutu kasacji (w istocie dalekiej od wymogu klarowności i jednoznaczności, tym bardziej wymaganego w przypadku powoływania się na bezwzględną przyczynę odwoławczą) oraz przywołanych na uzasadnienie tego zarzutu w dalszej części skargi argumentów uprawnione jest stwierdzenie, że w istocie opiera się on na pierwotnym założeniu o braku notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych, czyniącym niemożliwym zastosowanie wobec skazanego przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 tej ustawy, a tym samym i art. 107 § 1 k.k.s. Tymczasem ów brak notyfikacji wspomnianych przepisów ustawy o grach hazardowych może mieć znaczenie tylko z punktu widzenia wypełniania znamion normy art. 107 § 1 k.k.s. Trafnie bowiem Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 24 października 2018 r., V KK 406/18 zauważył, że niewłaściwe implementowanie przepisów ustawy o grach hazardowych skutkowałoby niemożnością przypisania sprawcy występkowi z art. 107 § 1 k.k.s. wskutek dekompletacji znamion czynu. W tym aspekcie przywołane w pierwszym zarzucie okoliczności – odczytane w kontekście argumentów wskazanych w kasacji na jego uzasadnienie - mogą podlegać rozważaniu tylko jako ujemna przesłanka określona w art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. (por. np. postanowienia Sądu Najwyższego z: dnia 11 czerwca 2015 r., II KZ 22/15, czy z dnia 17 grudnia 2015 r., II KK 200/15) i tak ją w istocie obrońca potraktowała w apelacji. Te wyeksponowane przez skarżącą okoliczności nie zostały jednak wskazane w art. 439 § 1 k.p.k. jako bezwzględne przyczyny odwoławcze. W sytuacji w której należą one do kategorii objętej dyspozycją art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., nie sposób ich uznać (tak jak to uczyniła skarżąca, chociaż dopiero w kasacji) za „inną okoliczność wyłączającą ściganie” w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. Tą bowiem stanowią przeszkody prawne nie mieszczące się w katalogu zamieszczonym w art. 17 § 1 pkt 1 – 10 k.p.k., wynikające z ustawy albo umów międzynarodowych takie jak: abolicja, konsumpcja skargi publicznej, list żelazny, czy też ograniczenia wynikające z zakresu przekazania osoby przekazanej w wykonaniu Europejskiego Nakazu Aresztowania.

Słuszności powyżej prezentowanego przekonania nie podważa to, że skarżąca w pierwszym zarzucie kasacji nadaje przepisowi art. 4 „charakter

abolicyjny”. Czyni to bowiem w sposób oczywiście bezzasadny, nie wskazując przy tym żadnych przekonujących powodów – zwłaszcza odwołujących się do przepisów ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. – które rzeczywiście świadczyłyby o tym, iż prawodawca w przepisie tym przewidział przesłankę abolicji w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. Tą jednak kreuje tylko ustawowy zakaz wszczynania i nakaz umorzenia postępowań już wszczętych w określonych ustawowo sprawach (por. wyrok Sądu Najwyższego z 14 sierpnia 1983 r., V KRN 197/83, OSNKW 1983, poz. 40). Znamienne jest i to, iż w apelacji obrońca nie zarzucała zaistnienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. „w postaci naruszenia art. 4 ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych”. Podnosiła bowiem (tylko) zarzut naruszenia tegoż art. 4 ustawy z 12 czerwca 2015 r. (pierwszy zarzut apelacji), przy czym równocześnie w kasacji przytoczyła tę samą argumentację uzasadniającą ten zarzut apelacji w związku z pierwszym jej zarzutem, już przedstawionym w kasacji w formule uchybienia wymienionego w art. 439 k.p.k. (por. zapisy apelacji w zakresie pkt. 1 uzasadnienia nazwanego jako: „Brak podstawy materialnej wydania orzeczenia skazującego” z zapisami od strony 5 kasacji ujęte w części poprzedzonej stwierdzeniem: „obrona pragnie wskazać na uchybienia związane z wydaniem wyroków bez podstawy materialnej”), Ta stwierdzona sytuacja, podobnie jak samo zakwalifikowanie przez obrońcę zgłaszanego (rzekomego) uchybienia jako mającego charakter „materialny” pozwala wnioskować o tym, iż nadany temu zgłaszanemu uchybieniu w kasacji charakter procesowy był spowodowany tylko wspomnianymi ustawowymi ograniczeniami odnośnie podstaw kasacji możliwej do wniesienia przez obrońcę ze względu na charakter orzeczonej wobec skazanego kary. Tym bardziej dowodzi to niedopuszczalności pierwszego zarzutu kasacji. Równocześnie przypomnieć należy jako trafne wyrażone konsekwentnie przez Sąd Najwyższy m.in. w postanowieniu z dnia 25 października 2018 r., sygn. akt II KK 375/18, czy wcześniej w postanowieniu z 29 listopada 2016 r., I KZP 8/16 przekonanie, że o ile art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. odnosi się m.in. do abolicji, to już połączenie tej przesłanki z art. 4 ustawy z 12 czerwca 2015 r. i uznanie, iż ma charakter abolicyjny jest całkowicie błędne. Przepis ten jednak stanowi, że podmioty

prowadzące działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 – 3 lub w art. 7 ust. 2 ustawy o grach hazardowych w dniu wejścia w życie tej ustawy, tj. 3 września 2015 r., miały obowiązek dostosowania się do wymogów określonych w ustawie o grach hazardowych, w brzmieniu nadanym tą nowelizującą ustawą – do dnia 1 lipca 2016 r. Nadto w tych orzeczeniach równie zasadnie Sąd Najwyższy podniósł, że już chociażby na podstawie uzasadnienia projektu ustawy i przebiegu prac legislacyjnych, w trakcie których nic nie wspomniano o jakiegokolwiek abolicji (zob. Sejm VII kadencji, druk nr 2927), należy odrzucić pogląd, że ustawodawca czasowo – na okres przejściowy – wyłączył możliwość karania za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. osób, które przed 3 września 2015 r. prowadziły nielegalnie działalność polegającą na urządzaniu lub prowadzeniu wymienionych w tym przepisie gier. Przy tak jednoznacznej i konsekwentnej ocenie przepisu art. 4 ustawy nowelizującej ustawę o grach hazardowych, uporczywe nadawanie mu charakteru normy kreującej przesłankę abolicji, jest niczym innym tylko próbą obejścia – tak jak to ma miejsce w niniejszej sprawie – owych ustawowych ograniczeń i jest procesowo niedopuszczalne.

Wobec takiej oceny charakteru podniesionych w kasacji zarzutów i stwierdzeniu, że kasacja ta oparta jest na uchybieniach, które z uwagi na swoją istotę nie mieszczą się w przepisie art. 439 § 1 k.p.k. uznać należało niedopuszczalność tej kasacji, a wobec jej przyjęcia – z mocy przywołanych na wstępie przepisów – pozostawić ją bez rozpoznania.

Stosownie do treści art. 637 § 1 k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k. i art. 637a k.p.k. obciążono skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego, nie znajdując podstaw do zwolnienia go pod ich ponoszenia.

Z tych wszystkich względów orzeczono jak wyżej.