

POSTANOWIENIE

Dnia 20 grudnia 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras

w sprawie **K. M.**

skazanego z art. 107 § 1 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej

na posiedzeniu w dniu 20 grudnia 2018 r.,

w kwestii dopuszczalności kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w S.

z dnia 16 maja 2018 r., sygn. akt IV Ka [...]

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w S.

z dnia 5 października 2017 r., sygn. akt V K [...]

- 1. oddala jako oczywiście bezzasadną kasację obrońcy skazanego w części określonej w drugim zarzucie kasacji, tj. zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt. 8 k.p.k.;**
- 2. pozostawia bez rozpoznania kasację obrońcy skazanego K. M. w pozostałej części;**
- 3. obciąża skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 5 października 2017 r. Sąd Rejonowy w S., sygn. akt V K [...], uznał K. M. za winnego popełnienia występku z art. 107 § 1 k.k.s. i wymierzył mu karę 100 stawek dziennych grzywy po 100 zł każda.

Apelację od wyroku złożył obrońca oskarżonego, zaskarżając wyrok w całości. W apelacji podniesiono szereg zarzutów, w tym zarzut naruszenia art. 17

§ 1 pkt 7 k.p.k. i art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., a także zarzuty naruszenia prawa materialnego, w tym te dotyczące kwestii prawidłowości implementacji przepisów ustawy o grach hazardowych w kontekście wyczerpania znamion czynu z art. 107 § 1 k.k.s. (np. zarzut II.3 i 4).

Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 16 maja 2018 r., sygn. akt IV Ka [...], zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Od wyżej wymienionego wyroku kasację wywiódł obrońca skazanego, zaskarżając go w całości. W kasacji obrońca zarzucił rażące naruszenie prawa i wskazał na następujące uchybienia, którymi dotknięty jest wyrok sądu odwoławczego:

„1. Art. 17 § 1 pkt. 11 k.p.k. z zw. z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. poprzez nieumorzenie postępowania ze względu na brak możliwości zastosowania krajowego przepisu technicznego, który nie został notyfikowany zgodnie z dyrektywą 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r (Dz.U.U.E.L. 1998.204.37 - ze zm.), a co za tym idzie depenalizacją czynu zabronionego przepisem zawartym w art. 6 ust. 1 art. 2 ust. 3 i 5 oraz z art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 1540 z późn. zm.) w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. co powoduje, iż przedmiotowe uchybienie obowiązkowi notyfikacji przy przyjmowaniu danych przepisów technicznych stanowi uchybienie proceduralne, powodujące bezskuteczność tych przepisów, a więc mieści się w pojęciu „innych okoliczności wyłączających ściganie” w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., w szczególności, iż wynikają one z prawa europejskiego, którego zastosowanie jest indywidualnie rozpatrywane w każdej sprawie.

2. Naruszenie art. 17 § 1 pkt. 7 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. poprzez nieumorzenie postępowania, w sytuacji, gdy postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało zakończone a ponadto wcześniej wszczęte toczyło się w trakcie wyrokowania - mając na uwadze wyrok Sądu Rejonowego w T. z dnia 06.07.2017, sygn. akt: VIII K [...], w którym K. M. został uznany za winnego urządzania gier na automatach działając w krótkich odstępach czasu z góry powziętym zamiarem w okresie od dnia 01.04.2014 - 16.12.2015 roku, tj. popełnienia przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.”

Podnosząc powyższe obrońca wniósł o uniewinnienie oskarżonego ewentualnie o uchylenie wyroków Sądu I oraz II instancji oraz o umorzenie postępowania w przedmiotowej sprawie.

Kasacja ta została przyjęta i przedstawiona Sądowi Najwyższemu.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasację obrońcy skazanego w zakresie dotyczącym drugiego zarzutu wymienionego w kasacji, a to zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej tj. art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. należało uznać za oczywiście bezzasadną, w pozostałej części kasację, jako niedopuszczalną z mocy ustawy należało pozostawić bez rozpoznania. Możliwość uznania, niedopuszczalności kasacji w odniesieniu do niektórych zarzutów, wynika z treści postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2001 r. (II KKN 175/99, OSNKW 2002/5-6/47).

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że zgodnie z treścią art. 523 § 2 k.p.k. kasację na korzyść oskarżonego można wnieść jedynie w razie skazania za przestępstwo na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, a w sytuacji skazania na inną karę niż kara bezwzględnego pozbawienia wolności, dla możliwości wniesienia kasacji przez stronę, konieczne jest podniesienie zarzutu opartego na jednej z przesłanek wymienionych w art. 439 § 1 k.p.k. (art. 523 § 4 pkt 1 k.p.k.). Wobec K. M. zapadł prawomocny wyrok skazujący na karę grzywny. Respektując wskazane powyżej ograniczenia obrońca mógł wnieść kasację tylko w sytuacji dostrzeżenia zaistnienia bezwzględnych przesłanek odwoławczych z art. 439 k.p.k.

Tego rodzaju zarzuty skarżący formalnie podniósł w kasacji, choć merytorycznej ocenie podlegał jedynie zarzut z punktu 2 skargi, albowiem rzeczywiście uchybienie w nim opisane kwalifikowane musi być z art. 439 § 1 k.p.k. (tzw. powaga rzeczy osądzonej). Uchybienie opisane w kasacji wskazujące na fakt, iż zachowanie skazanego było już przedmiotem rozpoznania przez Sąd Rejonowy w T. w sprawie o sygn. akt VII K [...], w sposób rzeczywisty mieści się w formule uchybień, określonych w przepisie art. 439 § 1 k.p.k., zatem w tym zakresie zarzut kasacji jest dopuszczalny i może być przedmiotem merytorycznej oceny. Odnosząc się do tego zarzutu stwierdzić trzeba, że jest on oczywiście bezzasadny, a w kwestii tej odniósł się w swoim uzasadnieniu sąd odwoławczy wskazując, dlaczego nie

można mówić o tożsamości tych zachowań; wykazał zatem brak *idem*. Dodatkowo trzeba wskazać na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2018 r. w sprawie V KK 415/18, w którym obszernie wykazano, że konstrukcja z art. 6 § 2 k.k.s. nie może być stosowana do zachowań polegających na urządzaniu gier na automatach w różnych miejscach, bez koncesji. Skoro zatem w sprawie tej zachowanie objęte skazaniem dotyczyło innego miejsca i innych automatów, to nie mogło być mowy o istnieniu przeszkody z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. do prowadzenia postępowania w sprawie V K [...] Sądu Rejonowego w S..

Zarzut w pkt 1 formalnie dotyczy obrazu art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., ale w istocie to jest ten sam zarzut, który podnoszony był w apelacji w formule obrazu prawa materialnego i dotyczył kwestii prawidłowości implementacji przepisów ustawy o grach hazardowych. Od strony formalnoprawnej, kwestia prawidłowej implementacji przepisu krajowego, jako element skutecznego wypełnienia blankietu z art. 107 § 1 k.k.s., a zatem i przypisania odpowiedzialności karnej, lokuje się w obszarze art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., tj. braku znamienia czynu zabronionego a nie w art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., jako inna okoliczność wyłączająca ściganie. Przepis art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. nie stanowi zaś uchybienia, które jest wymienione w art. 439 § 1 k.p.k., a zakwalifikowanie tego uchybienia z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. miało na celu ominięcie „blokady” wyrażonej w art. 523 § 2 k.p.k., z uwagi na uregulowanie w art. 423 § 4 pkt 1 k.p.k.

Jeżeli zatem okoliczność wskazana w kasacji, należy do kategorii objętej dyspozycją art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., to nie sposób uznać ją za „inną okoliczność wyłączającą ściganie” w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. Ten charakter mają bowiem przeszkody prawne spoza katalogu zamieszczonego 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. Wobec powyższego, skoro kasacja wniesiona przez obrońcę skazanego w tej części została oparta na uchybieniu, które nie mieści się – ze swojej istoty – w przepisie art. 439 § 1 k.p.k., to w tym jest niedopuszczalna, a wobec jej przyjęcia, konieczne było obecnie pozostawienie jej bez rozpoznania.

Sąd Najwyższy obciążył skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego, nie znajdując podstaw do zwolnienia go od obowiązku ich uiszczenia. Z powyższych względów Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji.