

POSTANOWIENIE

Dnia 11 lipca 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Małgorzata Gierszon

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 11 lipca 2018 r.,
sprawy **M. S.** skazanego z art. 107 § 1 k.k.s.
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Okręgowego w E.
z dnia 22 grudnia 2017 r., sygn. akt VI Ka [...]
zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w D.
z dnia 20 lipca 2017r., sygn. akt II K [...],

p o s t a n o w i ł

- 1) oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną,**
- 2) obciążyć skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w D. wyrokiem z dnia 20 lipca 2017 r., sygn. akt II K [...], uznał M. S. winnym popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. i wymierzył mu karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych po 100 złotych.

Wyrok ten został zaskarżony w całości apelacją wniesioną na korzyść skazanego przez jego obrońcę. W apelacji podniesiono zarzuty:

I. Naruszenia prawa materialnego poprzez naruszenie: art. 107 § 1 k.k.s. poprzez jego zastosowanie jak i błędną wykładnię; art. 2 aktu dotyczącego warunków wystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej; art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej oraz art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu

Unii 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 r. (...) poprzez ich niezastosowanie i uznanie, iż nienotyfikowane przepisy techniczne można zastosować z uwagi na tzw. klauzule generalne; 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 (...) w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (...) w zw. z art. 107 § 1 k.k.s.; art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 oraz z art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a u.g.h.; art. 6 ust. 1 u.g.h., w zw. z art. 107 § 1 k.k.s., poprzez jego błędne zastosowanie; art. 2 ust. 3 i 5 oraz z art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a u.g.h.; art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych; art. 10 § 4 k.k.s. poprzez jego pominięcie; art. 10 § 1 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie;

II. Naruszenia prawa procesowego w postaci art. 4, 5 § 2, 7 k.p.k. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę zgromadzonych w sprawie dowodów (...).

W związku z tymi zarzutami skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 22 grudnia 2017 r., sygn. akt VI Ka [...], Sąd Okręgowy w E. Wydział VI Karny Odwoławczy zmienił wyrok w ten sposób, że z opisu czynu wyeliminował, iż M. S. działał wbrew przepisowi art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych i w pozostałej części wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od tego wyroku wniósł obrońca M. S. Wyrokowi temu zarzucił naruszenie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w 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. UE.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.

W związku z tym zarzutem obrońca wniósł o uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu, a z ostrożności procesowej o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w E. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na kasację Prokurator wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest oczywiście bezzasadna.

Zaistniały w sprawie układ procesowy, wynikły z orzeczenia wobec skazanego jedynie kary grzywny powoduje, iż zgodnie z regulacją art. 523 § 2 k.p.k. w zw. z art. 523 § 4 pkt 1 k.p.k., kasacja obrońcy skazanego mogła być wniesiona (tylko) z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. Obrońca skazanego dopełnił tego wymogu, ale tylko formalnie, jako że zarzucił Sądowi Okręgowemu uchybienie, które rzeczywiście nie zaistniało.

Przepis art. 439 k.p.k. normuje tzw. bezwzględne przyczyny (powody, podstawy) odwoławcze, a więc takie, które skutkują uchyleniem (i tylko uchyleniem) orzeczenia, bez względu na to, czy mogły wyrzucić lub wywarły wpływ na treść orzeczenia. Podstawy bezwzględne to z zasady najpoważniejsze uchybienia prawu procesowemu, ale jest wśród nich jedno naruszenie prawa materialnego, tj. orzeczenie kary lub środka karnego bądź zabezpieczającego nieznanego ustawie (§ 1 pkt 5). Wspomniany „bezwzględny” charakter następstw będących skutkiem zaistnienia sytuacji stanowiących tego rodzaju podstawy odwoławcze powoduje, że nie można przepisu, który je określa, tj. art. 439 k.p.k. poddawać wykładni rozszerzającej. Podobnie jak i przepisu art. 17 k.p.k., który z kolei statuuje tzw. przesłanki procesowe, a więc stany (sytuacje), które warunkują dopuszczalność procesu. W § 1 pkt 1 - 2 tego przepisu ujęto przesłanki

materialnoprawne, stanowiące w rozumieniu prawa karnego materialnego warunki odpowiedzialności karnej, których brak eliminuje przestępność zachowania z uwagi na brak czynu, brak znamion przestępstwa w czynie, lub uchylenie odpowiedzialności z uwagi na brak bezprawności, błąd lub niepoczytalność. „Brak znamion czynu zabronionego” obejmuje sytuacje, gdy czyn zaistniał, ale brak jest w nim wszystkich znamion wymaganych przez naruszony rzekomo przepis ustawy. Przepis art. 439 § 1 k.p.k. nie wskazuje przesłanek materialnych wskazanych w art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. jako bezwzględnych przyczyn odwoławczych, skoro w § 1 pkt 9 k.p.k. wprost stanowi, że są nimi tylko te okoliczności wyłączające postępowanie, określone w art. 17 § 1 pkt 5, 6, i 8 – 11 k.p.k. Oczywiście przy tym jest, iż tenże przepis art. 17 § 1 pkt 11 statuuje „inną okoliczność wyłączającą ściganie” jako jedną z tzw. przesłanek procesowych. Zamieszczenie tak ogólnego zwrotu określającego charakter przesłanki procesowej powoduje, że racjonalne jest wnioskowanie o tym, iż katalog przesłanek procesowych wymienionych w art. 17 § 1 k.p.k. nie ma charakteru zamkniętego. Według prezentowanych poglądów w orzecznictwie i piśmiennictwie ta inna okoliczność wyłączająca ściganie może wynikać ze szczególnych norm kodeksu albo z przepisów innych ustaw lub umów międzynarodowych. Do tego więc rodzaju przeszkód należą: abolicja, konsumpcja skargi publicznej oraz wygaśnięcie prawa oskarżyciela publicznego do oskarżania, *quasi* - list żelazny, zasada specjalności (por. T. Grzegorzczuk, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Tom I 6 wydanie, s. 152 - 153; A. Sakowicz (red.) Kodeks postępowania karnego. Komentarz. 6 wydanie, s. 97 i 98 oraz wskazane tam orzeczenia).

Obrońca skazanego w kasacji podnosił, że (rzekomy) 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. depenalizuje czyn zabroniony przepisem art. 6 ust.1, art. 2 ust. 3 oraz art. 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a ustawy z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych i stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą wskazaną w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. Co znamienne, już w apelacji kwestie objęte zakresem zarzutu kasacji podnosił w ramach i postaci zarzutów obrazy prawa materialnego (por. szczególnie zarzut 5). Sam więc obrońca zarzucaną okoliczność

(nie notyfikowania przepisów uznanych przez niego za techniczne, co skutkowało depenalizacją przypisanego skazanemu czynu) przyjął za podstawę postawienia w apelacji zarzutu obrazy prawa materialnego, nie zaś jako bezwzględną przyczynę odwoławczą, tak jak to już uczynił w kasacji, ze względu na przywołane na wstępie ograniczenia procesowe związane z rodzajem możliwych do podniesienia przez niego zarzutów, z uwagi na prawomocne orzeczenie wobec skazanego (tylko) kary grzywny. Takich rzeczywistych intencji obrońcy skazanego dowodzi, oprócz tych rozbieżności w prezentowanej przez niego kwalifikacji zgłaszanego (rzekomego) uchybienia, także równoczesna nietrafność zawartego w zarzucie kasacji twierdzenia o technicznym charakterze wskazanych tam przepisów ustawy o grach hazardowych. Twierdzenia, które warunkowały możliwość postawienia w kasacji przez obrońcę zarzutu o charakterze bezwzględnej przyczyny odwoławczej.

W związku z tym odnosząc się do podniesionego w kasacji zarzutu przede wszystkim podkreślić należy, że stwierdzenie naruszenia przepisów wymienionych w zarzucie kasacyjnym i tym samym dopuszczalność kasacji – w związku z orzeczeniem wobec skazanego kary grzywny – zależą (i to wyłącznie) od wykładni art. 6 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tj. Dz.U. 2018 poz. 165 ze zm., zwanej dalej u.g.h.).

Wykładnia tego przepisu dokonana przez Sąd I instancji została zakwestionowana także w apelacji obrońcy. Sąd Okręgowy w E. do podniesionych przez niego argumentów odniósł się w uzasadnieniu wyroku na s. 15 - 21, w sposób wręcz wzorowy. Trafnie przyjął tam, że charakter techniczny ma jedynie art. 14 ust. 1 u.g.h. Podzielił stanowisko zajęte przez Trybunał Sprawiedliwości UE w przedmiocie wykładni art. 6 u.g.h. zawarte w wyroku z dnia 13 października 2016 r., w sprawie C - 303/15. Przypomnieć jedynie należy, że uzasadniając swoje stanowisko Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził, iż przepisy art. 14 ust. 1 u.g.h. i art. 6 ust. 1 tej ustawy pełnią różną funkcję i mają różny zakres zastosowania. Element opisowy znajdujący się w art. 6 ust. 1 tej ustawy, który służy wskazaniu koncesji jako koncesji „na prowadzenie kasyna”, nie zmienia tego wniosku. Wymóg dotyczący zezwolenia (art. 6 ust. 1 u.g.h.) oraz ograniczenie dotyczące lokalizacji (art. 14 ust. 1 u.g.h.) nie są tożsame i równoznaczne. Zezwolenie wymagane przez ten przepis „stanowi warunek nałożony względem prowadzenia działalności

w zakresie organizowania takich gier w odróżnieniu od art. 14 ust. 1 tej ustawy, który ustanawia warunki względem danych produktów, zakazując ich użytkowania poza kasynami gry.”

Tożsame stanowisko zostało przyjęte w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 17/16 (OSNKW 2017 z. 2, poz. 7), w której stwierdzono, że art. 6 ust. 1 u.g.h. mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s., o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony. Argumenty te zasługują na akceptację.

Zupełnie dowolne są też twierdzenia obrońcy o technicznym charakterze pozostałych przepisów ustawy o grach hazardowych wskazanych (obok art. 6) w zarzucie kasacji. Szczegółowo i przez to w sposób zasługujący na pełną akceptację odniósł się do tej problematyki Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (por. s. 25). Brak jest zatem podstaw do podważenia słuszności tego stanowiska. Nie stanowią ich z pewnością te argumenty, które podnosi skarżący w kasacji, skoro nie respektują ani rzeczywistej treści owych (uznanych przez obrońcę za techniczne) przepisów zawierających jedynie definicje legalne pojęć zastosowanych przez ustawodawcę, ani też wymogów, które muszą być spełnione dla przyjęcia technicznego charakteru przepisu w rozumieniu dyrektywy 98/34.

Wszystkie te względy implikowały koniecznością uznania oczywistej bezzasadności kasacji obrońcy skazanego.

Orzeczenie o kosztach uzasadnia treść art.637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.