

Sygn. akt V KK 396/21

POSTANOWIENIE

Dnia 22 grudnia 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Małgorzata Wąsek-Wiaderek

w sprawie **B. W.**,
skazanego za czyn 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 22 grudnia 2021 r.,
kwestii dopuszczalności kasacji obrońcy skazanego
od wyroku Sądu Okręgowego w P.
z dnia 18 marca 2021 r., sygn. akt IV Ka (...),
utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w N.
z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt. II K (...),
na podstawie art. 531 § 1 k.p.k. w zw. z art. 530 § 2 k.p.k. w zw. z art. 429 § 1 k.p.k.
i art. 523 § 2 k.p.k. w zw. z art. 523 § 4 pkt 1 k.p.k.,

p o s t a n o w i ł:

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

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt II K (...), Sąd Rejonowy w N. uznał B. W. za winnego tego, że w okresie od dnia 1 kwietnia 2017 r. do dnia 10 kwietnia 2017 r. będąc prezesem zarządu spółki M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B., w punkcie gier – kontenerze mieszczącym się w miejscowości P., N., na podstawie umowy najmu fragmentu powierzchni nieruchomości gruntowej oraz umowy najmu lokalu z dnia 1 kwietnia 2017 r. urządzał gry na automatach do gier o nazwie „C.” o numerze (...), „C.” o numerze

(...) oraz „G.” o numerze (...), wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 471 ze zm.), naruszając art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 oraz art. 23a wskazanej ustawy, tj. przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s., za który wymierzył mu karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych, przyjmując wysokość jednej stawki na kwotę 100 złotych (pkt 1). Wyrok zawierał także rozstrzygnięcie w przedmiocie przepadku (pkt 2) i kosztów sądowych (pkt 3).

Powyższy wyrok został zaskarżony przez obrońcę B. W. w całości. Apelacja zawierała zarzuty obrazy prawa procesowego, mającej wpływ na treść orzeczenia, dotyczącej przepisów o postępowaniu dowodowym i ocenie dowodów, a także wniosek o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie.

Wyrokiem z dnia 18 marca 2021 r., w sprawie o sygn. akt IV Ka (...), Sąd Okręgowy w P. utrzymał zaskarżony wyrok w mocy (pkt I).

Od powyższego prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego kasację wniosła obrońca skazanego, zaskarżając go w całości i zarzucając „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 finansowymi w zw. z art. 7a w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo bankowe (dalej jako: „*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 zmieniającej dyrektywę Rady 85/611 /EWG i 93/6/EWG /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 zostało wyłączone na mocy:

- art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, 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,

- 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 Prawa bankowego przez „*instytucję finansową*” rozumie się instytucję, 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 Kancelaria Prawa Finansowego 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 pozostałe wyłączone.”

W oparciu o powyższy zarzut obrońca skazanego wniosła o „uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i uniewinnienie skarżącego od zarzucanego mu czynu”. Wniosła także o zasądzenie na rzecz B. W. kosztów postępowania, w tym kosztów obrony za obie instancje i w postępowaniu kasacyjnym, zgodnie z normami przepisnymi.

W pisemnej odpowiedzi na kasację Naczelnik (...) Urzędu Celno-Skarbowego w P. wniósł o „oddalenie kasacji przez Sąd i utrzymanie wyroku w mocy”.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Wniesiona przez obrońcę skazanego kasacja okazała się niedopuszczalna, dlatego też Sąd Najwyższy pozostawił ją bez rozpoznania.

W niniejszej sprawie wobec B. W. została prawomocnie orzeczona kara grzywny. Wobec tego dopuszczalnymi zarzutami kasacyjnymi były tylko te, które odwoływały się do uchybień o randze tzw. bezwzględnych przyczyn odwoławczych

z art. 439 § 1 k.p.k. (art. 523 § 2 i § 4 pkt 1 k.p.k.). Jest jednak rzeczą oczywistą, że samo formalne powołanie się na takie uchybienia w zarzutach kasacji nie stanowi jeszcze wystarczającej przesłanki do jej merytorycznego rozpoznania. 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. (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2018 r., III KK 687/18).

Problem prawny polegający na możliwości wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w sprawie z powodu niedopuszczalności „uzupełnienia normy blankietowej art. 107 § 1 k.k.s. przepisem art. 6, 14 oraz 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych” ze względu na wyłączenie działania tej ustawy z mocy powołanych w zarzucie kasacji przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe i art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, był już kilkakrotnie przedmiotem rozstrzygnięć Sądu Najwyższego. W sytuacji, gdy sprawca nie został skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, Sąd Najwyższy pozostawiał kasacje wskazujące wyłącznie na wystąpienie takiej bezwzględnej przyczyny odwoławczej bez rozpoznania jako niedopuszczalne (zob. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2020 r., V KK 86/20; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2020 r., V KK 476/19; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2020 r., III KK 94/20). Sąd Najwyższy w niniejszym składzie w pełni podziela wykładnię art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. zaprezentowaną we wskazanych judykatach.

W realiach niniejszej sprawy zarzut kasacyjny dotyczy uchybienia z art. 439 § 1 k.p.k. jedynie w sposób pozorny. W rzeczywistości skarżąca kwestionuje prawidłowość prawnokarnej oceny zachowań skazanego, czyli zastosowanie wobec niego art. 107 § 1 k.k.s. i dopełniających ten blankietowy przepis uregulowań art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 23a ustawy o grach hazardowych podnosząc, że działalność skazanego opisywały przepisy dotyczące instrumentów finansowych. Przedmiotem zarzutu kasacyjnego nie jest zatem przeszkoda w prowadzeniu

postępowania, należąca do katalogu zawartego w art. 439 § 1 k.p.k. Jak już wielokrotnie podkreślał Sąd Najwyższy, kwestia zastosowania właściwego przepisu prawa krajowego jako elementu skutecznego wypełnienia blankietu z art. 107 § 1 k.k.s., powinna być oceniana przez pryzmat art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., tj. braku znamienia czynu zabronionego, a nie jako inna okoliczność wyłączająca ściganie w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. (por. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2020 r., V KK 86/20). Wystąpienie negatywnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. nie mieści się w katalogu bezwzględnych przyczyn odwoławczych, bowiem art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. dotyczy wyłącznie wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 17 § 1 pkt 5, 6 i 8-11 k.p.k.

Niewątpliwie także art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., odnoszący się do „innej okoliczności wyłączającej ściganie”, nie dotyczy sytuacji braku znamion czynu zabronionego. W orzecznictwie słusznie przyjmuje się, że tą „inną okolicznością wyłączającą ściganie” w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. są 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, quasi list żelazny, czy też ograniczenia wynikające z zasady specjalności w procedurze europejskiego nakazu aresztowania (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 listopada 2018 r., V KK 497/18). Uchybienie podniesione w zarzucie kasacyjnym w tej sprawie nie koresponduje z prawidłową wykładnią art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. i nie sposób uznać, że stanowi jego realizację.

Sformułowanie zarzutu kasacyjnego w sposób taki, jak w kasacji obrońcy b. W., stanowi próbę obejścia ograniczenia sprecyzowanego w art. 523 § 2 i § 4 pkt 1 k.p.k. Raz jeszcze trzeba podkreślić, że jedynie pozorne podniesienie zarzutu bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 k.p.k. musi prowadzić do uznania kasacji za niedopuszczalną z mocy ustawy, a w konsekwencji, na podstawie art. 531 § 1 k.p.k. w zw. z art. 530 § 2 k.p.k. w zw. z art. 429 § 1 k.p.k. i art. 523 §§ 2 i 4 pkt 1 k.p.k., do pozostawienia jej bez rozpoznania.

Mając na względzie rozstrzygnięcie zawarte w niniejszym postanowieniu, a także zasady rządzące ponoszeniem kosztów postępowania karnego, wniosek obrońcy o zasądzenie na rzecz skazanego kosztów postępowania nie zasługiwał

na uwzględnienie. Z kolei rozstrzygnięcie o kosztach z pkt II uzasadnia art. 637a k.p.k. w zw. z art. 637 § 1 k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k.

Mając na uwadze powyższe, należało orzec jak w części dyspozytywnej postanowienia.