

Sygn. akt V KK 476/19

POSTANOWIENIE

Dnia 28 sierpnia 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Puskarski

w sprawie **E. S.**

skazanej go za czyny z art. 107 § 1 k.k.s.,

po rozważeniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 28 sierpnia 2020 r.,

kwestii dopuszczalności kasacji wniesionej przez obrońcę skazanej

od wyroku Sądu Okręgowego w K.

z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt V Ka (...),

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w K.

z dnia 23 stycznia 2019 r., sygn. akt II K (...),

postanowił:

1. 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. pozostawić kasację bez rozpoznania;

2. zasądzić od skazanej E. S. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w K. wyrokiem z dnia 23 stycznia 2019 r., sygn. akt II K (...) uznał E. S. za winną popełnienia zarzucanych jej dwóch czynów z art. 107 § 1 k.k.s., polegających na prowadzeniu bez zezwolenia gier hazardowych przy użyciu automatów do takich gier i za każdy z tych czynów wymierzył jej karę grzywny w wysokości 60 stawek dziennych po 80 zł każda. Na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 86 § 2 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 39 § 1 k.k.s. połączył orzeczone jednostkowe kary grzywy i wymierzył jej karę łączną grzywny w

wymiarze 90 stawek dziennych po 80 zł każda. Zwolnił oskarżoną od zapłaty kosztów sądowych.

Według poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych, E. S. , która w miejscowości S. prowadziła sklep spożywczy, zawarła z A. G. , reprezentującym Kancelarię Prawną Prawa Finansowego „F.” z siedzibą w W. , umowę dzierżawy należącej do niej powierzchni użytkowej w lokalu, w którym prowadziła sklep i w oparciu o tę umowę w sklepie zostały posadowione dwa automaty do gier hazardowych, następnie podłączone do sieci i uruchomione.

Po rozpoznaniu apelacji obrońcy oskarżonej Sąd Okręgowy w K. wyrokiem z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt V Ka (...), utrzymał w mocy wyrok Sądu I instancji i zasądził od oskarżonej koszty sądowe za postępowanie odwoławcze, z tym że zwolnił ją od opłaty.

Kasację od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego wniosła obrońca skazanej. Zaskarżyła wyrok w całości, zarzucając:

„1. 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 (...) z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniającego rozporządzenie (UE) nr (...) z dnia 2013-06-26 w zw. z art. 1 Dyrektywy (...) Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady (...) i (...) i dyrektywę (...) Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady (...) 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 (...) Parlamentu Europejskiego i Rady (UE), odsyłającego do załącznika I do dyrektywy (...), 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 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”.

Podnosząc tak sformułowany zarzut, skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonej od zarzucanego jej czynu (skarżąca pominęła, że E. S. zarzucono dwa czyny).

W odpowiedzi na kasację, prokurator wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej, z czym nie zgodziła się obrońca skazanej, przedstawiając swoje stanowisko w tym zakresie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Wbrew stanowisku prokuratora optującego za oddaleniem kasacji jako oczywiście bezzasadnej, należało uznać, że przedmiotowa skarga jest niedopuszczalna z mocy ustawy. Wobec wymierzenia E. S. jedynie kary grzywny, z uwagi na uregulowania zawarte w art. 523 § 2 i 4 pkt 1 k.p.k. kasacja na jej korzyść mogła być wniesiona jedynie z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. Rzecz jednak w tym, że w takim wypadku skarżący ma obowiązek wskazać na uchybienie, które rzeczywiście mieści się w tym przepisie, a nie – zazwyczaj w celu obejścia wymienionego ograniczenia – dokonywać zabiegu polegającego na nazywaniu uchybieniem z art. 439 k.p.k. sytuacji, która w oczywisty sposób powinna być kwalifikowana jako względna przyczyna odwoławcza. Inaczej mówiąc, przy badaniu tej kwestii konieczna jest kontrola, czy treść postawionego zarzutu

odpowiada podniesionemu naruszeniu prawa (zob. np. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 23 sierpnia 2017 r., V KK 307/17; z dnia 1 czerwca 2016 r., IV KK 182/16; z dnia 27 września 2013 r., IV KK 205/13; z dnia 11 grudnia 2013 r., IV KK 402/13; z dnia 30 grudnia 2011 r., IV KK 403/11).

Przenosząc powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, że treść przedmiotowej kasacji nie pozostawia wątpliwości, iż postawiony w niej zarzut nie odpowiada podniesionemu naruszeniu art. 439 § 1 pkt (nie ust. – jak w kasacji) 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. Skarżąca dopatruje się w sprawie innej niż wymienione w art. 17 § 1 pkt 1-10 k.p.k. okoliczności wyłączającej ściganie, jednak w istocie kwestionuje poczynione przez Sąd I instancji ustalenia faktyczne wywodząc, że organ ten błędnie uznał, iż skazana swoim zachowaniem wyczerpała znamiona przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. Mianowicie, w sytuacji gdy Sąd Rejonowy uznał, „iż wszystkie dowody z dokumentów doprowadziły do ustalenia, że zabezpieczone w toku postępowania urządzenia stanowiły automaty do gier, o jakich mowa w art. 2 ust. 3-5 ustawy o grach hazardowych”, kwestionuje ustalenie, że skazana prowadziła gry hazardowe wbrew przepisom ustawy (o grach hazardowych) wywodząc, że gier takich nie prowadziła, zasadniczo dlatego, że ustawa o grach hazardowych nie miała do oceny prawnej jej zachowania zastosowania. Wobec tego nie bez racji w odpowiedzi na kasację prokurator zauważył, że podniesiony w tej skardze zarzut w istocie jest powtórzeniem w zmienionej formie zarzutów wskazanych w apelacji. Już bowiem w zwykłym środку odwoławczym, nie stawiając zarzutu naruszenia art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k., obrońca twierdziła m.in., że:

- „istotą sprawy jest dokonanie oceny, czy w sprawie występuje element losowości oraz czy mamy do czynienia z instrumentami finansowymi”,
- „ze wszystkich tych dowodów wprost wynika, iż platforma C. oferuje instrumenty finansowe i stanowią one dowód przeciwny do dowodów przedstawionych przez oskarżyciela, podważając ich wiarygodność i budząc wątpliwości w zakresie kwalifikacji prawnej”,
- „biegły w całkowitej sprzeczności z przepisami prawa kategoryzuje instrumenty finansowe, w tym opcje oferowane przez platformę C., jako losowe i hazardowe

pomimo, że art. 19 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowym i art. 7a ustawy Prawo bankowe wyraźnie wykluczają takie ich traktowanie”,

- „to właśnie określony związek i powiązanie rozliczenia z notowaniami walut nadaje tym instrumentom cech instrumentów finansowych”,

- „wskazane uchybienie doprowadziło do uznania, iż działalność prowadzona na zakwestionowanej platformie C. urządzeniach podlega pod przepisy ustawy o grach hazardowych (...), podczas gdy zgodnie z powołanymi przepisami działalność ta jest wyłączona spod działania przepisów ustawy o grach hazardowych; w istocie mamy tu do czynienia z opcjami binarnymi typu europejskiego (...), wymienionymi jako instrumentu finansowe (...), które są powszechnie spotykanym instrumentem pochodnym (...)”.

Stosownie do tych twierdzeń i zarzutów apelacji Sąd Okręgowy nie wypowiedział się co do zaistnienia uchybienia z art.439 § 1 pkt 9 k.p.k., ale zajął stanowisko w kwestii, czy oskarżona wyczerpała znamiona przypisanych jej przestępstw skarbowych. Wskazał nader zwięźle, jednak chwytając istotę sprawy, że „dokumentacja kontrolna i ekspertyza biegłego (...) nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że zabezpieczony u oskarżonej automat jest urządzeniem elektronicznym symulującym gry na automatach bębnowych i zawierają w sobie element losowy. Gracz praktycznie nie ma wpływu na wynik gry. Podnoszony w apelacji argument, że wynik gry na zabezpieczonym automacie uzależniony jest od kursów walut, nie może być uznany za skuteczny. Pomijając fakt, że postawione w punktach usługowych automaty nie mogą być uznane za narzędzie do spekulacji giełdowych, to przede wszystkim uzależnienie wyników wygranej od kursów giełdowych jest jedynie nieudolną próbą obejścia przepisów prawa. Oczywistym jest, że w zwykłym lokalu usługowym lub gastronomicznym nikt nie będzie prowadził analiz finansowych aby skutecznie podjąć grę na giełdzie. Niezależnie od budowy i zasad funkcjonowania przedmiotowych automatów, były one wykorzystywane wyłącznie jako automaty do gier losowych i jako takie muszą być oceniane w oparciu o ustawę o grach hazardowych”.

W konkluzji trzeba stwierdzić, że okoliczności wskazane w kasacji mogłyby podlegać ponownemu, uczynił to bowiem Sąd Okręgowy, rozważeniu tylko w kategoriach przesłanki określonej w art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. (zob. postanowienia

Sądu Najwyższego: z dnia 11 czerwca 2015 r., II KZ 22/15; z dnia 17 grudnia 2015 r., II KK 200/15), której jednak nie obejmuje art. 439 § 1 (w szczególności pkt 9) k.p.k.

Dodatkowo wypada zauważyć, że z tezą skarżącej o zaistnieniu w sprawie bezwzględnej przyczyny uchylenia orzeczenia nie koresponduje wniosek kasacji. Wszak przy zaistnieniu tego uchybienia, po uchyleniu wyroków sądów obu instancji (a nie tylko, jak postuluje się w kasacji, wyroku Sądu odwoławczego) stosownie do dyspozycji art. 17 § 1 k.p.k. należałoby umorzyć postępowanie, a nie uniewinnić E.S. od zarzucanych jej czynów. To postulowane rozstrzygnięcie odpowiada natomiast faktycznie postawionej przez obrońcę w kasacji tezie, że czyny których dopuściła się skazana nie zawierają znamion czynu zabronionego (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.).

Mając zatem na uwadze, że kasacja została tak zredagowana, aby spełniała wymogi kasacji dopuszczalnej, jednak podniesione w niej uchybienie nie jest objęte przepisem art. 439 § 1 k.p.k., niesłusznie przyjętą w Sądzie odwoławczym kasację należało pozostawić bez rozpoznania, zgodnie z 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 oparciu o art. 637 k.p.k. i art. 637 a k.p.k. obciążając skazaną kosztami postępowania kasacyjnego.