

Sygn. akt V.2 Ka 272/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 sierpnia 2018 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku

Wydział V Karny Sekcja Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący: SSO Katarzyna Gozdawa-Grajewska

Protokolant: Lucyna Tomala

w obecności Anny Drzazgi Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Rybniku oraz Jarosława Jungi funkcjonariusza Śląskiego Urzędu Celno – Skarbowego w Katowicach

po rozpoznaniu w dniu 13 sierpnia 2018 r.

sprawy: **M. W. (1) /W./,**

syna P. i M.,

ur. (...) w W.

oskarżonego o przestępstwo z art. 107 §1 kks

na skutek apelacji, wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Rybniku

z dnia 1 lutego 2018r. sygn. akt III K 495/17

1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I w ten sposób, że z kwalifikacji prawnej czynu popełnionego w okresie od 26.05.2014r do 15.10.2014r w R. w lokalu Bar (...) eliminuje art. 6§2 kks i jednocześnie łagodzi wymierzoną za ciąg przestępstw karę pozbawienia wolności do 2 (dwóch) miesięcy;

2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20,00 zł (dwadzieścia złotych) oraz obciąża go jedną opłatą za obie instancje w kwocie 3.060,00 zł (trzy tysiące sześćdziesiąt złotych).

SSO Katarzyna Gozdawa-Grajewska

Sygn. akt. V.2 Ka 272/18

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Rybniku wyrokiem z dnia 1 lutego 2018 r. sygn. akt III K 495/17 uznał oskarżonego M. W. (1) za winnego tego, że:

- w dniu 29 listopada 2013r. jako Prezes Zarządu spółki (...) z siedzibą w W. przy ul. (...) (...) oraz jako Prezes Zarządu spółki H. (...) Polska z siedzibą w W. przy ul. (...) urządził w lokalu (...) (...)” w R. przy ul. (...) w celach komercyjnych gry o charakterze losowym na urządzeniach elektronicznych do gier (...) M. nr (...), A. G. nr (...) i (...) M. C. nr (...) wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych tj. za winnego przestępstwa skarbowego z art. 107 par. 1 kks

- w okresie od dnia 26 maja 2014r. do dnia 15 października 2014r. w R. w lokalu „(...) (...)” mieszczącym się przy ulicy (...) w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry tego samego zamiaru, pełniąc funkcję Prezesa Zarządu firmy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., Al. (...) (...), będąc na podstawie umowy zawartej z K. M. najemcą lokalu (...) (...) mieszczącego się w R. przy ul (...), urządził w wynajętej części ww lokalu gry o wygrane pieniężne , w których gra zawiera element losowości , na automacie do gier o nazwie A. G. o numerze (...), wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, tj. za winnego przestępstwa skarbowego z art. 107 par. 1 kks w zw z art. 6 par. 2 kks i przyjmując, że czynów tych dopuścił się działając ciągiem przestępstw w rozumieniu art. 37 par. 1 pkt. 3 kks na mocy art. 107 par. 1 kks przy zast. art. 37 par. 4 kks w zw z art. 38 par. 1 pkt. 3 kks wymierzył mu jedną karę 6 miesięcy pozbawienia wolności i karę grzywny w rozmiarze 200 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 150 zł.

Na mocy art. 69 par. 1 i 2 kk i art. 70 par. 1 kk w zw z art. 20 par. 2 kks warunkowo zawiesił wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności na okres próby 2 lat.

Na mocy art. 30 par. 5 kks orzekł wobec oskarżonego środek karny w postaci przepadku na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci automatu do gier A. G. o numerze A) (...) wraz z sześcioma sztukami kluczy do tego automatu, przechowywanych w magazynie dowodów rzeczowych Śląskiego Urzędu Celno-Skarbowego w K. Delegatura w R. pod nr. (...) pieniędzy w kwocie 445 zł przechowywanych na koncie sum depozytowych Izby Celnej w Katowicach pod poz. D/ (...),

Na mocy art. 32 par. 1 kks orzekł wobec oskarżonego środek karny ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów na rzecz Skarbu Państwa w postaci urządzeń elektronicznych do gier (...) M. nr P. (...), A. G. nr (...) i (...) M. C. nr (...) w łącznej kwocie 37.000 zł

W ostatnim punkcie wyroku Sąd obciążył oskarżonego opłatą sądową i wydatkami postępowania karnego.

Od powyższego wyroku apelację wniósł oskarżony M. W. (1), który zaskarżył wyrok w całości na swoją korzyść zarzucając:

1. wystąpienie bezwzględnej przesłanki odwoławczej, określonej w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., polegającej na uprzednim wydaniu przez Sąd Rejonowy w Krośnie w dniu 3 kwietnia 2017 roku (sygn. II K 569/16) wyroku skazującego (kopia w załączeniu), na mocy którego uznany został za winnego popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 k.k.s., gdzie zarzucanego czynu miał dopuścić się w okresie od 19 sierpnia 2013r. do 27 marca 2015r. roku - co powoduje zaistnienie stanu powagi rzeczy osądzonej w stosunku do wszystkich zdarzeń w tym okresie stanowiących czyn urządzania gier na automatach poza kasynem gry;

2. obrazę przepisów postępowania , która mogła mieć wpływ na treść wyroku, to jest art. 413 par. 2 pkt. 1 kpk polegającą na tym, że w opisie czynu zawartym w akcie oskarżenia, a następnie powtórzonym w sentencji wyroku Sądu I instancji nie wskazano jakie przepisy ustawy o grach hazardowych zostały przez niego naruszone, co wobec blankietowego charakteru przepisu art. 107 par. 1 kks, który dla zastosowania wymaga wypełnienia przepisami ustawy szczególnej (w tym wypadku ustawy o grach hazardowych) czyni zastosowaną kwalifikację prawną niepełną, nieczytelną dla oskarżonego naruszając tym samym prawo do obrony w rozumieniu art. 6 kpk

3. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku, a to art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw z art. 113 par. 1 kks . poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodu z wyjaśnień oskarżonego , którym sąd odmówił wiarygodności w zakresie odnoszącym się także do przekonania oskarżonego o legalności prowadzonej działalności

gospodarczej, przyjmując wbrew zasadom logiki, że wyjaśnienia nie zasługują na obdarzenie ich wiarą podczas gdy: 1. Odczytane wyjaśnienia są spójne, rzeczowe i uwiarygodnione; 2. W toku postępowania karnego nie został ujawniony żaden dowód przeciwny świadczący o zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym, 3. Wyjaśnienia oskarżonego powinny być traktowane na równi z każdym innym dowodem i nie można odmówić im wiarygodności wyłącznie na podstawie subiektywnej opinii Sądu.

4. Obrazę prawa materialnego tj. art. 37 par. 1 pkt. 3 kks poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, że działałem w warunkach ciągu przestępstw, co skutkowało nadzwyczajnym obostrzeniem kary i wymierzeniem na podstawie art. 38 par. 1 pkt. 3 kks kary pozbawienia wolności, podczas gdy zarzuty obejmujące zachowania od 29 listopada 2013r. do 15 października 2014r. (w tym 26 maja 2014r.) winny być zakwalifikowane jako jeden czyn ciągły zgodnie z art. 6 par. 2 kks co wyklucza przyjęcie działania w warunkach ciągu przestępstw.

5. Obrazę prawa materialnego tj. art. 32 par. 1 w zw z art. 29 pkt. 4 kks w zw z art. 15j ugh poprzez orzeczenie równowartości przypadku automatów losowych (...) M. nr (...), A. G. nr (...) i (...) M. C. nr PL (...) – objętych prohibicją skarbową i stąd wyłączonych spod zakresu art. 32 par. 1 kks jako przedmiotów objętych zakazem posiadania,

6. obrazę prawa materialnego, tj. art. 10 par. 4 kks poprzez brak jego zastosowania i brak przyjęcia, iż oskarżony działał w usprawiedliwionym błędzie co do braku karalności za działalność, którą podejmował:

-podczas gdy w czasie zarzucanych mu czynów organy wymiaru sprawiedliwości uprawnione do stosowania prawa już powszechnie przyjmowały stanowisko o niekaralności za tego typu działalność, o czym świadczy lista korzystnych rozstrzygnięć jak również treść aktualnej kary karnej z której wynika że prawomocne skazania miały miejsce już po zakończeniu prowadzenia przez mnie działalności, a zatem nie mogły mieć one wpływu na stan mojej świadomości w chwili zarzucanych mu czynów,

-jak również podczas gdy w chwili popełnienia zarzucanych oskarżonemu czynów powszechne było przekonanie, (w tym w orzecznictwie oraz doktrynie prawniczej) iż zarówno art. 14 jak i 6 ustawy o grach hazardowych były przepisami technicznymi w związku z tym nie można ich było stosować wobec jednostek (nie mogły być podstawą jakiegokolwiek sankcji administracyjnej, a tym bardziej karnej, co w sposób oczywisty świadczy o tym, że nawet profesjonalista funkcjonujący na rynku w sposób usprawiedliwiony mógł przyjmować, że prowadzenie tego typu działalności bez koncesji na kasyna gry i poza kasynem gry nie było karalne;

7. obrazę prawa materialnego tj. art. 107 kks w zw z art. 7 ustępn1 Konwencji o ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności:

-poprzez przyjęcie iż art. 6 ugh może stanowić podstawę skazania za czyn zarzucany w niniejszym postępowaniu, podczas gdy w chwili jego popełnienia powszechne było przekonanie, iż przepis ten pełni subsydiarną rolę w stosunku do art. 14 ugh i ze względu na przekonanie o technicznym charakterze tych przepisów, ich naruszenie nie podlegało karalności na podstawie art. 107 kks w zw z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ugh. Zdaniem oskarżonego skazanie na podstawie art. 107 kks stanowi więc naruszenie art. 7 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z tego względu, iż prawo nie spełniało w tym przypadku warunku przewidywalności, bowiem przestępstwo i wiążąca się z nim kara nie były wyraźnie zdefiniowane przez prawo. Nadto zarzucił:

8. rażącą niewspółmierność kary w sytuacji gdy prawidłowa ocena okoliczności sprawy, w tym w szczególności chaos legislacyjny panujący w okresie zarzucanego oskarżonemu czynu, brak karalności w momencie podejmowania zarzucanych czynów, aktualna sytuacja materialna i życiowa oskarżonego w tym zakończenie prowadzenia przez niego w aktualnym stanie prawnym przed 1 lipca 2016r. jakiegokolwiek działalności w branży rozrywkowej wskazuje, iż cele kary zostałyby spełnione poprzez wymierzenie samoistnej kary grzywny w jej dolnych ustawowych granicach tak co do liczby stawek dziennych jak i wysokości stawki dziennej,

9. rażąco niewspółmierność środka karnego w postaci ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku urządzeń do gier losowych w wysokości 37.000 zł podczas gdy prawidłowa ocena okoliczności dotyczących jego wymiaru w niniejszej sprawie uzasadnia orzeczenie go w niższej wysokości adekwatnej do rzeczywistej ich wartości.

W konkluzji swojego środka odwoławczego oskarżony wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania wobec zaistnienia bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k w zw z art. 113 par 1 kks. (res iudicata)., względnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wydanie rozstrzygnięcia uniewinniającego, w szczególności na podstawie art. 10 § 4 k.k.s. ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wyeliminowanie z ustalonej kwalifikacji prawnej art. 37 par. 1 pkt. 3 kks i odstąpienie od wymierzenia kary pozbawienia wolności, oraz orzeczenie w miejsce zasądzonej kary grzywny, kary grzywny uwzględniającej sytuację materialną i życiową oskarżonego w wymiarze 50 stawek dziennych po 70 zł każda stawka. Nadto wniósł o uchylenie środka karnego, alternatywnie obniżenie środka karnego ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku i określenie wartości przedmiotów przepadku biorąc pod uwagę średnią cenę tego rodzaju urządzeń zbywanych przez organy celne w kwocie 2000 zł za jeden automat, łącznie do kwoty 6000 zł. Nadto wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zwolnienie go z obowiązku ponoszenia kosztów procesu w sprawie.

S. oskarżony wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania na podstawie art. 11 par. 1 pkt w zw z art. 113 par. 1 kks. Składając ten wniosek podniósł że na podstawie karty karnej, która dowodzi skali ukarania oskarżonego za czyny z art. 107 par. 1 kks wszystkie przypisane oskarżonemu występki za które już został skazany popełnione zostały w tych samych okolicznościach i w tym samym zamiarze, także w ramach czynów ciągłych co zarzucany mi występki z art. 107 par. 1 kks urządzania gier na automatach bez koncesji na kasyno gry i poza kasynem gry w niniejszej sprawie co czyni całkowitą bezprzedmiotowość dalszego karania mnie za zachowania mieszczące się w ramach powyższych skazań.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

apelacja oskarżonego co do zasady (poza zarzutem rażącej surowości kary) nie zasługiwała na uwzględnienie. Stanowi ona bowiem jedynie gołosłowną polemikę z prawidłowymi ustaleniami i rozstrzygnięciami Sądu I instancji oraz prezentacją dokonanej wykładni wybranych przepisów u.g.h. i k.k.s. Poglądów tych Sąd odwoławczy nie podziela.

Stanowisko oskarżonego jakoby prawomocne skazanie oskarżonego wyrokiem Sądu Rejonowego w Krośnie z dnia 3 kwietnia 2017 r. sygn. akt II K 569/16 za czyn ciągły z art. 107 § 1 k.k.s. popełniony w okresie od dnia 19 sierpnia 2013 roku do dnia 27 marca 2015 roku stworzyło stan prawomocności materialnej w stosunku do czynu będącego przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie jest błędne. Tym samym w sprawie nie zaistniała bezwzględna przyczyna odwoławcza, orzeczenie nie zapadło z obrazą art. 439 § 1 punkt 8 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. Zgodnie z art. 6 § 2 k.k.s. dwa lub więcej zachowań popełnionych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności uważa się za jeden czyn zabroniony. Warunkiem przyjęcia stanu prawomocności materialnej jest tożsamość czynu, a nie tylko wzajemne podobieństwo, identyczna kwalifikacja prawna czy umieszczenie zachowań w tożsamym przedziale czasowym. Przedmiotem przestępstwa zarzucanego oskarżonemu w niniejszej sprawie było wprawdzie urządzanie gier na automatach w tożsamym czasie jak w sprawie Sądu Rejonowego w Krośnie sygn. akt II K 569/16 ale w innych miejscach (nie tylko w całkowicie odrębnych lokalach, znajdujących się pod innymi adresami, ale w innych miastach) oraz na innych, indywidualnie oznaczonych numerami seryjnymi automatach. Skazanie wyrokiem Sądu Rejonowego w Krośnie z dnia 3 kwietnia 2017 r. za czyn z art. 107 par. 1 kks odnosi się zatem do innego czynu jednostkowego. Nie zostały wyczerpane wszystkie przesłanki do zaistnienia tożsamości czynów. Tym samym Sąd odwoławczy podziela stanowisko przyjęte przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 maja 2018r. sygn. akt III K 331/17, jak również w postanowieniach z dnia 4 kwietnia 2018r. sygn. akt V Ks 5/18 oraz z dnia 17 maja 2017 r. sygn. akt IV KO 34/17.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów wskazanych w apelacji wskazać należy, iż Sąd meriti starannie zgromadził i przeprowadził wszelkie dowody, które mogły prowadzić do wyjaśnienia okoliczności popełnienia przez oskarżonego przypisanych mu czynów. Zgromadzony i ujawniony przez Sąd I instancji materiał dowodowy jest obszerny i

kompletny, a ustalenia faktyczne poczynione są w oparciu o całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego (art. 410 k.p.k.), który został oceniony z poszanowaniem reguł wynikających z art. 4, 5 i 7 k.p.k. Swoje stanowisko w sposób wyczerpujący Sąd Rejonowy uzasadnił w pisemnych motywach wyroku sporządzonych zgodnie z wymogami art. 424 § 1 i 2 k.p.k. Nietrafny jest zatem zarzut naruszenia przepisów postępowania, co w rezultacie miałyby mieć wpływ na treść wyroku.

Pisemne motywy zaskarżonego wyroku nie pozostawiają wątpliwości, że działanie oskarżonego polegające na urządzaniu w celach komercyjnych gier o charakterze losowym na urządzeniu elektronicznym do gier wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych Sąd I instancji wiązał z naruszeniem przepisów art. 6 ust. 1 u.g.h., to jest z brakiem koncesji, z naruszeniem art. 14 ust. 1 u.g.h. tj. urządzaniem gier poza kasynem oraz art. 23a ust. 1 u.g.h. tj. bez odpowiedniej rejestracji urządzeń do gier. Czyn polegający na urządzaniu gier na automatach, pomimo nieposiadania koncesji na prowadzenie kasyna gier, stanowi już sam w sobie przestępstwo i takim przestępstwem był również przed wejściem w życie w dniu 3 września 2015 roku nowelizacji ustawy o grach hazardowych.

Art. 107 § 1 k.k.s., w wersji obowiązującej w dacie czynu, stanowi, że kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urządza lub prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karom łącznie. Zatem dla przypisania sprawcy czynu z art. 107 § 1 k.k.s. koniecznym jest wykazanie, iż urządzał lub prowadził on grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny wbrew przepisom ustawy.

Zgodnie z utrwalonymi już w tej mierze poglądami doktryny zakres pojęcia „urządza” jest szerszy od „prowadzi”. Osoba, która grę lub zakład „urządza”, najczęściej układa system gry, określa wysokość wygranych, wynajmuje i przystosowuje lokal, zatrudnia i szkoli pracowników, organizuje grę, rozlicza przedsięwzięcie itp. Natomiast osoba, która grę lub zakład wzajemny „prowadzi”, ogranicza się najczęściej do wykonywania bezpośrednich czynności przy tych grach (tak pogląd zawarty w Komentarzu do art. 107 k.k.s. W. Kotowskiego i B. Kurzępy). Natomiast w komentarzu do art. 107 k.k.s. T. Grzegorzczak stwierdził, iż czym innym jest tu urządzenie gry i zakładu wzajemnego lub prowadzenie działalności w zakresie gier i zakładów, a czym innym prowadzenie gry lub zakładu. To pierwsze wymaga bycia określonym podmiotem uprawnionym do uzyskania zezwolenia na urządzenie gry lub zakładu lub na prowadzenie działalności w zakresie gier i zakładów, a wcześniej ustalenia ich regulaminu, z określeniem w nim także wygranych, terminu i miejsca gry lub zakładu oraz praw i obowiązków ich uczestników, zapewnienia stosownych zabezpieczeń i spełnienia określonych warunków, od jakich ustawa uzależnia zorganizowanie (urządzenie) danej gry lub zakładu lub działalności w tym zakresie (zob. np. art. 3, 4 ust. 1, art. 5-7, 11 ust. 2, 5 i 5a, art. 13-15b, art. 22, 24, 32-36 czy 39 u.g.z.w.). To drugie, czyli prowadzenie gry bądź zakładu wzajemnego, a nie działalności w tym zakresie, wiąże się z samym ich realizowaniem, co wymaga też uwzględnienia przez prowadzącego konieczności przestrzegania wymogów prawidłowego organizowania gry lub zakładu zarówno od strony technicznej, organizacyjnej, realizacji wygranych itd. (np. art. 11 ust. 1, 3 i 4, art. 17-19 czy 23 u.g.z.w.). W konsekwencji uznać należy, że urządzenie gier lub zakładów zdaje się jednak pojęciem szerszym niż samo ich prowadzenie.

Oczywistym jest, że w dacie popełnienia zarzucanego czynu oskarżony pełnił funkcję prezesa zarządu spółek (...) Sp. z o.o. i (...) których działalność związana była z urządzaniem gier losowych oraz w posiadaniu których znajdowały się zatrzymane automaty. Zawarł on umowę pomiędzy wymienioną spółką, a K. M. umowa najmu części lokalu umożliwiająca zainstalowanie urządzeń do gier, na których wskazana spółka miała prowadzić działalność gospodarczą. Na dzierżawione powierzchni zostały wstawione przedmiotowe urządzenia elektroniczne do gier. Oskarżony będący Prezesem Zarządu wymienionych spółek odpłatnie udostępniał wskazany automat do gier nieograniczonej liczbie osób i z tego tytułu osiągał korzyści majątkowe. Inaczej mówiąc, to właśnie oskarżony stworzył warunki do prowadzenia gier na automacie i umożliwił prowadzenie takich gier, z czego czerpał stały dochód. Tym samym nie ma wątpliwości, iż oskarżony urządzał gry w celach komercyjnych na automacie. To, iż oskarżony osobiście nie wstawił automatu do wynajętego pomieszczenia i nie wykonywał czynności związanych z codziennym

prowadzeniem gier na automatach, nie oznacza, że nie urządził na nich gier, gdyż jak wskazano powyżej, pojęcie „urządzenia” jest szersze od pojęcia „prowadzenia” i nie pokrywa się z nim.

Nie ulega wątpliwości, iż przedmiotowe automaty zawierały gry o charakterze losowym, co wynika z protokołu kontroli. W trakcie kontroli przeprowadzono eksperymenty gier kontrolnych, których wyniki jednoznacznie wskazywały, że gry zainstalowane na urządzeniu mają charakter tylko i wyłącznie losowy, gdyż zarówno ich przebieg i jak i wynik był całkowicie niezależny od jakichkolwiek działań lub umiejętności gracza. Przebieg i wyniki tych eksperymentów zostały udokumentowane protokołami kontroli. Jednocześnie należy wskazać, iż funkcjonariusze przeprowadzający te kontrole przeszli specjalistyczne szkolenie w tym zakresie. Z dowodami tymi pozostaje zbieżna opinia biegłego z zakresu mechaniki technicznej, ogólnej budowy i eksploatacji maszyn, teorii maszyn i mechanizmów i techniki komputerowej – A. C.. W swojej opinii biegły kategorycznie stwierdził że gry oferowane na zatrzymanych urządzeniach mają charakter losowy, były prowadzone w celach komercyjnych, a zatem oferują gry w rozumieniu ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009r.

Oskarżonemu zarzucono popełnienie przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. Przepis ten odsyła do przepisów ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 roku (Dz. U. z 2009 roku, nr 201, poz. 1540 z późn. zm.). Przepisy powołanej ustawy definiują pojęcie gier hazardowych, dopuszczalność organizowania i prowadzenia działalności w tym zakresie oraz wymagania, jakie muszą być spełnione, by działalność taka mogła być prowadzona. Zatem przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. może polegać między innymi na naruszeniu art. 6 ust. 1, tj. na urządzaniu gier na automatach bez posiadanej koncesji na prowadzenie kasyna, lub art. 14 ust. 1 ugh, tj. na urządzaniu gier na automatach poza kasynem gry. Tym samym urządzenie gier losowych na automatach z naruszeniem któregośkolwiek z tych przepisów wypełnia znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.

Jednocześnie w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 października 2016 r. wydanym w sprawie C-303/15 stwierdzono, że art. 6 ust.1 ustawy o grach hazardowych nie stanowi przepisu technicznego w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r., podlegającego obowiązkowi notyfikacji na podstawie art. 8 ust.1 tej dyrektywy. To jednoznaczne rozstrzygnięcie ETS czyni wszelkie zarzuty odwołujące się do kwestii techniczności w/w przepisu u.g.h. bezpodstawnymi.

Pogląd wyrażony w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 października 2016 r. wydanym w sprawie C-303/15 został również podzielony w uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. (I KZP 17/16). Z powołanej uchwały Sądu Najwyższego należy wnosić, że o wypełnieniu normy blankietowej art. 107 § 1 k.k.s. stanowi już samo naruszenie art. 6 ust.1 u.g.h. i możliwym jest przypisanie odpowiedzialności karnej za czyn z art. 107 § 1 k.k.s., który polega na naruszeniu wyłącznie lub również art. 6 ust.1 ustawy o grach hazardowych, nawet jeśli czyn ten zostałby popełniony przed wejściem w życie nowelizacji ustawy o grach hazardowych.

W rozpoznawanej sprawie czyn z art. 107 § 1 k.k.s. zarzucany oskarżonemu polegał na urządzaniu gier hazardowych na automacie poza kasynem gry oraz bez wymaganego zezwolenia, czyli koncesji na prowadzenie kasyna gry. Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego, spółki, których oskarżony M. W. (1) był prezesem zarządów, nie posiadały wymaganej prawem koncesji na prowadzenie tego typu działalności wydanej przez właściwy organ. W związku z powyższym zachowanie oskarżonego naruszyło art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych Nadto naruszył także art. 14 ust. 1 ugh albowiem przedmiotowe gry prowadził poza kasynem gry.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut obrazy art. 413 par. 2 pkt. 1 kpk. Co prawda w opisie czynu Sąd Rejonowy nie wskazał konkretnie jakie przepisy ustawy o grach hazardowych M. W. (1) naruszył zawierając jedynie ogólne stwierdzenie że : „działał „wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009r” jednakże w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wyraźnie wskazał jakie konkretnie normy ustawy zostały przez oskarżonego naruszone. Oczywiście jest że art. 107 par. 1 kks jest przepisem blankietowym, a opis czynu winien jak najbardziej dokładnie odzwierciedlać zachowanie oskarżonego jednakże brak odwołania w wyroku do konkretnie naruszonych przepisów - wbrew twierdzeniom oskarżonego- nie czyni opisu przestępstw nieczytelnym, czy niezrozumiałym. Zarzut naruszenia art. 6 kpk w tym kontekście jest wręcz kuriozalny. Oskarżony doskonale wiedział jaki czyn jest mu zarzucany i jakie normy ustawy o

grach hazardowych miał naruszyć. Trudno żeby tego nie wiedział skoro na terenie Polski toczyły się przeciwko niemu setki postępowań karno-skarbowych o takie same występki z art. 107 par. 1 kks. Nadto oskarżony na różnych etapach postępowania korzystał w tych sprawach z pomocy najbardziej znanych kancelarii prawniczych w Polsce. Natomiast z treści jego osobistych pism procesowych wynika, że doskonale orientuje się w materii prawniczej odnoszącej się do art. 107 par. 1 kks i ustawy o grach hazardowych.

Nie zasługuje również na uwzględnienie argument, iż oskarżony działał w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s. Przecież M. W. (1) był prezesem zarządu spółek, których zasadniczym przedmiotem działalności było udostępnianie automatów do użytkowania właścicielom lokali gastronomicznych, z czego spółki czerpały dochody. Była to działalność prowadzona na dużą, wręcz ogromną skalę. Świadczy to o tym, iż styczność oskarżonego z automatami do gier nie była przypadkowa, czy incydentalna, zaś z racji pełnionej funkcji oskarżony nie mógł nie wiedzieć o rygorach prawnych, którym poddana jest działalność w zakresie gier hazardowych. Musiał wiedzieć, że do prowadzenia gier hazardowych w celach komercyjnych na terenie Polski wymagana jest koncesja. Oskarżony nie był osobą przypadkową, ale przedsiębiorcą mającym wykorzystywać zakwestionowane automaty do gry w profesjonalnych przedsięwzięciach gospodarczych, przynoszących mu zysk, a określenie tego zysku przymiotnikiem "niemały" stanowiłoby co najmniej eufemizm. Z tych też względów twierdzenia oskarżonego, iż z uwagi na treść prawa europejskiego oraz niespójność orzecznictwa pozostawał w błędzie co do znamion czynu zabronionego z art. 107 k.k.s. należy ocenić krytycznie i uznać, iż stanowią one jedynie nieudolną linię obrony zmierzającą do uniknięcia odpowiedzialności karnej za zarzucany występki karnoskarbowy. Taki pogląd wyrażony został również w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2017 roku w sprawie o sygn. IV KK 225/15. Z całą pewnością oskarżony zdawał sobie sprawę z faktu niekorzystnego dla jego działalności uregulowania kwestii gry na automatach w ustawie hazardowej, ale z uwagi na duże korzyści majątkowe osiągnane z tejże działalności nie zamierzał z niej zrezygnować.

Niezasadny jest również zarzut braku strony podmiotowej w postaci umyślności oraz oczywistej i usprawiedliwionej nieświadomości tak bezprawności, jak i karalności naruszenia art. 6 ust. 1 u.g.h., a to ze względu na powszechne traktowanie tego przepisu jako subsydiarnego, do art. 14 ust. 1 u.g.h. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż art. 6 ust. 1 u.g.h. i art. 14 ust. 1 u.g.h. stanowią odrębne przepisy, które regulują dwie różne kwestie. Art. 6 ust. 1 u.g.h. stanowi, że działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości i gier na automatach może być prowadzona po uzyskaniu koncesji, (...). Zatem jego istotą jest uzależnienie możliwości urządzania gier od posiadania koncesji. Przepis ten nie stawia żadnych wymagań co do miejsca, w którym są lub mają być urządzane gry, co z kolei reguluje art. 14 ust. 1 u.g.h. Zatem gdyby nie istniał art. 14 ust. 1 u.g.h., to osoba posiadająca koncesję na kasyno gry mogłaby urządzać gry hazardowe w dowolnie wybranych przez siebie miejscach. Natomiast art. 14 ust. 1 u.g.h. stanowi, że urządzenie gier cylindrycznych, gier w karty, w tym turniejów gry w pokera, gier w kości oraz gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gier na zasadach i warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów ustawy, z wyjątkiem ust. 4 i 5, a zatem szczegółowo wskazuje miejsce i warunki urządzania gier hazardowych. Zatem oczywistym jest, iż zakresy tych przepisów choć się uzupełniają, to regulują dwie odmienne kwestie. Jednocześnie treść tych przepisów jest prosta, przejrzysta i jednoznaczna, nie sposób zatem uznać, iż jest ona niezrozumiała dla przeciętnego obywatela, a co dopiero dla oskarżonego jako prowadzącego działalność gospodarczą w wyżej opisanym zakresie.

Fakt, iż inne sądy rejonowe i okręgowe na terenie Polski w podobnych sprawach wydawały wyroki uniewinniające oskarżonego M. W. (1) od zarzutu popełnienia czynu z art.107 k.k.s., nie może bezpośrednio wpływać na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy. Tak samo nie mają na to wpływu opinie prawne, którymi oskarżony dysponował, ani postanowienia o umorzeniu postępowań przygotowawczych czy też postanowienia odmawiające zatwierdzenia zatrzymania eksploatowanych automatów lub zarządzające zwrot zatrzymanych automatów. W Polsce nie obowiązuje system prawa oparty na precedensach (jaki panuje w krajach anglosaskich). Każda sprawa jest rozpatrywana indywidualnie przez niezawisły Sąd na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w aktach konkretnej sprawy. Samodzielność jurysdykcyjna sądu stanowi podstawową zasadę działania organu wymiaru sprawiedliwości w Polsce.

Odnosząc się do zarzutu obrazy prawa materialnego tj. art. 37 par. 1 pkt. 3 kks to oskarżony nie ma racji kwestionując ustalenie Sądu Rejonowego, że oskarżony działał w warunkach ciągu przestępstw. Prawidłowo Sąd Rejonowy przyjął, iż oskarżony dopuszczając się dwóch występków z art. 107 par. 1 kks jednego popełnionego w dniu 29 listopada 2013r., a drugiego w okresie od dnia 26 maja 2014r. do dnia 15 października 2014r. działał w warunkach ciągu przestępstw w rozumieniu art. 37 par. 1 pkt. 3 kks. Popełnił bowiem dwa przestępstwa skarbowe zanim zapadł pierwszy wyrok chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z nich i każdy z tych czynów wyczerpał znamiona przestępstwa skarbowego określonego w tym samym przepisie, a odstępy pomiędzy nimi nie były długie.

Nie miał racji natomiast Sąd Rejonowy przyjmując, iż drugie z zachowań przypisanych oskarżonemu należało kwalifikować z art. 6 par. 2 kks. Zgodnie z art. 6 par. 2 kks dwa lub więcej zachowań, podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności uważa się za jeden czyn zabroniony. Jednakże przywołany przepis art. 6 par. 2 kks nie może mieć zastosowania do art. 107 par. 1 kks albowiem to przestępstwo skarbowe ma charakter przestępstwa trwałego, wieloczynowego. Zauważyć należy, że od czynu ciągłego należy odróżnić tzw. przestępstwo trwałe które polega na utrzymywaniu przez dłuższy czas stanu niezgodnego z prawem np. przechowywanie towaru stanowiącego przedmiot czynu zabronionego w myśl art. 91 par. 1 kks czy też uporczywe niepłacenie podatku o jakim mowa w art. 57 par. 1 kks. Nie należy także mylić czynu ciągłego z tzw. przestępstwami wieloczynowymi gdzie znamiona określone są wieloczynowo. Wyrażona w art. 6 par. 2 kks konstrukcja czynu ciągłego wykazuje daleko idące podobieństwo do przestępstw trwałych, wieloodmianowych lub zbiorowych oraz przestępstw popełnianych z reguły powtarzającymi się zachowaniami dopuszczającymi jednak możliwość ich popełnienia jednym zachowaniem rozciągniętym w czasie. Trafnie natomiast wskazuje się w piśmiennictwie, że powoływanie się na treść art. 6 par. 2 kks jest zbędne w wypadkach tzw. wieloczynowego określenia znamion np. „urządza lub prowadzi grę” (art. 107 par. 1 kks), „trudni się sprzedażą losów” (art. 100 kks) bowiem w takich sytuacjach mamy do czynienia także z jednym przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym, którego znamiona realizowane są jednokrotnie przez wiele zachowań o czym przesądza ustawowa wieloczynowość jego znamion (por. T. Grzegorzczak Kodeks Karny Skarbowy, 2006, s. 124) Różnica między czynem ciągłym, a wymienionymi wyżej odmianami przestępstw sprowadza się do tego, że w przypadku tych ostatnich uznanie, iż wielość zachowań stanowi jednokrotne wypełnienie znamion, wynika z kształtu znamion typu określonych w przepisie części szczególnej w przypadku zaś czynu ciągłego podstawą uznania wielości zachowań za tożsamą (jednorodną) podstawę kwalifikacji prawnej jest treść art. 6 par. 2 kks. (por. wyrok SN z dnia 7 lutego 1999r. IV KKN 28/99, Prok. I Pr. 1999, nr 10 poz2) Instytucja czynu ciągłego z art. 6 par. 2 kks znajduje zastosowanie jedynie w odniesieniu do tych typów czynu zabronionego, w których znamię czynnościowe ujęte zostało w ten sposób, że jego wypełnienie możliwe jest jednym zachowaniem, nie znajduje natomiast zastosowania do przestępstw trwałych, wieloodmianowych, zbiorowych oraz przestępstw z reguły popełnianych powtarzającymi się zachowaniami. (por. T. Grzegorzczak Kodeks Karny Skarbowy, 2006, s. 124) W kontekście tych uwag występki skarbowe z art. 107 par. 1 kks można porównać do występku z art. 207 par. 1 kk lub 209 par. 1 kk. Zatem w ocenie Sądu Odwoławczego zastosowana przez Sąd Rejonowy odnośnie drugiego z przypisanych M. W. (1) czynów kwalifikacja prawna jest błędna i w tym zakresie należało wyeliminować z czynu popełnionego w okresie od 26 maja 2013r. do 15 października 2014r. art. 6 par. 2 kks uznając, że wystarczającą i prawidłową będzie kwalifikacja z art. 107 par. 1 kks, jako że opisane zachowanie oskarżonego w tym okresie jako występki wieloczynowe nie może być kwalifikowane z art. 6 kks.

Tym samym również zarzut oskarżonego M. W. (1), że Sąd Rejonowy zamiast art. 37 par. 1 pkt. 3 kks winien przyjąć, że oskarżony działał w ramach art. 6 par. 1 kks odnośnie tak zachowania z 29 listopada 2013r. i odnośnie zachowania w okresie od dnia 26 maja 2014r. do 15 października 2014r. jest całkowicie chybiona. Sąd Rejonowy prawidłowo zastosował konstrukcję z art. 37 par. 1 pkt. 3 kks. Nadzwyczajne obostrzenie kary w tym przypadku było konieczne gdyż kodeks karny skarbowy przewiduje w takich sytuacjach obligatoryjne wymierzenie kary pozbawienia wolności na podstawie art. 38 par. 1 pkt 3 kks. Sąd Okręgowy uznał za zasadne obniżenie oskarżonemu orzeczonej kary 6 miesięcy pozbawienia wolności do 2 miesięcy uznając, że kara w wymiarze ustalonym przez Sąd Rejonowy jest rażąco surowa. Za takim stanowiskiem przemawia to, iż oskarżony w chwili popełniania zarzucanych mu czynów był osobą niekaraną. Nadto oba przypisane mu czyny zostały popełnione w krótkich odstępach czasowych i dotyczyły tylko dwóch lokali. Zatem zasadnym jest wymierzenie M. W. (1) za przypisany mu ciąg dwóch występków skarbowych w

niższym wymiarze – zbliżonym do dolnej granicy zagrożenia ustawowego. Sąd Okręgowy w ramach postępowania odwoławczego zawsze winien baczyć, by kara wymierzona sprawcy nie była nadmiernie surowa tak w aspekcie indywidualnym jak i w odczuciu społecznym. Stąd też złagodzone wymiar kary pozbawienia wolności do 2 miesięcy uznając równocześnie, że wymierzona obok tej kary kara grzywny jest karą słuszną i sprawiedliwą. Nie razi swoją surowością ilość stawek dziennych grzywny. Kara w takim wymiarze przy zastosowaniu warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności uwzględnia zarówno stopień winy oskarżonego jak i stopień społecznej szkodliwości jego czynu. W odczuciu społecznym jest karą sprawiedliwą i wyważoną. Jednocześnie nie sposób uznać, by stawka dzienna grzywny w wysokości 150 złotych była nazbyt wygórowana i nieadekwatna do sytuacji materialnej lub rodzinnej oskarżonego, który przez wiele lat czerpał ogromne zyski z procederu urządzania gier hazardowych. O skali procederu świadczy aktualna karta karna M. W. (2) z dnia 18 lipca 2018r. Figuruje w niej 330 wyroków karnych skazujących oskarżonego za przestępstwa z art. 107 par. 1 kks. (k. 1682-1750)

Wymierzona ostatecznie oskarżonemu kara 2 miesięcy pozbawienia wolności wraz z grzywną uwzględnia dyrektywy wymiaru kary określone treścią art. 53 k.k. Rolą kary jest nie tylko odpłata oskarżonemu za popełnione przestępstwo, czy zapewnienie jego resocjalizacji, ale również prewencja szczególna i ogólna, winna ona zapewnić ochronę społeczeństwu przed przestępnymi działaniami oskarżonego i innych ludzi, którzy muszą mieć świadomość, że dopuszczenie się takiego przestępstwa pociąga za sobą konkretną i wymierną karę.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut oskarżonego odnośnie orzeczenia względem oskarżonego środka karnego ściągnięcia równowartości pieniężnej przypadku przedmiotów tj. urządzeń do gier (...) M., A. G. i (...) C. w łącznej wysokości 37.000 zł. Urządzenia te zostały w toku postępowania karnego zwrócone oskarżonemu zatem na mocy art. 32 par. 1 kks Sąd Rejonowy zobowiązany był wydać orzeczenie o ściągnięciu równowartości tych urządzeń. Omawiany środek zastępuje przypadek przedmiotów, gdy ten ostatni nie jest możliwy, czy to ze względów faktycznych, czy prawnych. W takiej sytuacji orzeczenie środka karnego ściągnięcia równowartości przypadku przedmiotów jest obligatoryjne. W aktach sprawy znajdowała się wycena tych urządzeń wskazana w pokwitowaniu przyjęcia k. 12 akt. sprawy. To ta wartość stanowiła podstawę ustalenia kwoty w pkt. 4 zaskarżonego wyroku. Pogląd Sądu I instancji w tym przedmiocie należy zaakceptować jako słuszny. Kwota równowartości proponowana przez oskarżonego nie może natomiast zostać uznana za prawidłową. Obecnie posiadanie automatów do gier (poza ściśle wymienionymi odstępstwami) jest zabronione co wynika z art. 15j ustawy o grach hazardowych. Przepis ten ogranicza katalog podmiotów uprawnionych do posiadania automatów do podmiotów posiadających koncesję na prowadzenie kasyna gry, spółki wykonującej monopol państwa w zakresie gier na automatach do gier, jednostek badających posiadających odpowiednie upoważnienie, jednostek organizacyjnych administracji publicznej nadzorujących lub kontrolujących wykonywanie przepisów ustawy o grach hazardowych, przedsiębiorców dokonujących napraw zarejestrowanych automatów producentów i dystrybutorów automatów do gier posiadających siedzibę na terytorium kraju oraz przedsiębiorców dokonujących w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej przewozu automatów do gier na zlecenie spółki wykonującej monopol państwa w zakresie gier na automatach do gier, podmiotów posiadających koncesję na prowadzenie kasyna gry lub producentów i dystrybutorów automatów do gier. Komentowany przepis usankcjonowuje obrót automatami do gier i wprowadza ich ewidencję. Przepis ten de facto delegalizuje posiadanie automatów do gier, pomijając wyjątki wymienione w art. 15j u.g.h. Zakazane bowiem jest posiadanie automatów do gier przez nieuprawnione podmioty. Z całą pewnością powyższe regulacje wpłynęły też na wartość rynkową wspomnianych automatów do gier. Dlatego też kwoty za jakie automaty są obecnie zbywane przez Urzędy Celne nie mogą stanowić podstawy do określenia równowartości wartości przypadku urządzeń do gier. Jednocześnie w chwili popełnienia przestępstwa przez oskarżonego przepis art. 15 j ugh nie obowiązywał. Zatem wówczas posiadanie automatów do gier nie było zabronione. Stąd też wyłączenie zawarte w art. 32 par. 1 a kks odnoszące się do art. 29 pkt. 4 kks nie może mieć zastosowania.

Sąd Okręgowy nie znalazł też podstaw do umorzenia postępowania na podstawie art. 11 par. 1 kpk. Prawdą jest, że oskarżony M. W. (1) był wielokrotnie skazywany za występki skarbowe z art. 107 par. 1 kks. (w aktualnej karcie karnej z 25 lipca 2018r. figuruje 330 prawomocnych skazań) Jednakże w ocenie Sądu odwoławczego nie jest to podstawa do umorzenia absorpcyjnego. Do tej pory wobec oskarżonego nie zapadł wyrok łączny. Argumenty, na które powołuje się

oskarżony stawiając taki wniosek mogłyby być ewentualnie brane pod uwagę gdyby zapadły wyrok łączny orzekał karę łączną w maksymalnych granicach przewidzianą przez kodeks karny skarbowy, a kara ta podlegałaby wykonaniu. W obecnej sytuacji brak jest przesłanek do zastosowania art. 11 par. 1 kpk.

Biorąc pod uwagę powyższe i uznając ustalenia dokonane przez Sąd Rejonowy w Rybniku za prawidłowe, Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do zmiany wyroku w pozostałym zakresie lub też uchylenia zaskarżonego wyroku.

Mając na względzie sytuację osobistą i finansową oskarżonego, zasądzono od niego na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20 złotych i obciążono go jedną opłatą za obie instancje w kwocie 3.060 złotych (art. 10 ustawy o opłatach w sprawach karnych z dnia 23 czerwca 1973r).

SSO Katarzyna Gozdawa-Grajewska