

Sygn. akt V.2 Ka 683/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 stycznia 2019 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku

Wydział V Karny Sekcja Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący: SSO Katarzyna Gozdawa-Grajewska

Protokolant: Justyna Napiórkowska

w obecności Marii Bartkowiak Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Raciborzu

oraz Kariny Biada funkcjonariusza Śląskiego Urzędu Celno-Skarbowego
w Katowicach

po rozpoznaniu w dniu 21 stycznia 2019 r.

sprawy:

W. T. /T./

s. A. i M.

ur. (...) w C.

oskarżonego o czyn z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Raciborzu

z dnia 25 lipca 2018r. sygn. akt II K 396/17

1. uchyla zaskarżony wyrok w pkt. 1 i na zasadzie art. 17 § 1 pkt. 9 kpk w zw z art. 113 § 1 kks postępowanie karne wobec oskarżonego W. T. umarza, a kosztami procesu w tym zakresie obciąża Skarb Państwa;

2. zmienia zaskarżony wyrok:

-w pkt. 2 w ten sposób, że w miejsce orzeczonej kary pozbawienia wolności wymierza oskarżonemu na podstawie art. 107 § 1 kks karę 100 (sto) stawek dziennych grzywny ustalając wartość jednej stawki na kwotę 100 (sto) złotych;

-uchyla rozstrzygnięcie o karze łącznej zawarte w pkt 3;

-w pkt. 4 uchyla rozstrzygnięcie dotyczące przypadku na rzecz Skarbu Państwa automatów do gier o nazwie: ‘ (...) o nr (...), (...) o nr (...) oraz (...) o nr (...)H. wraz z kluczami oraz pieniędzy w kwocie 2.400 zł ,

- w pkt. 5 w ten sposób, że zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych w całości;

3. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

4. zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego obciążając nimi Skarb Państwa.

SSO Katarzyna Gozdawa-Grajewska

Sygn. akt. V.2 Ka 683/18

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Raciborzu wyrokiem z dnia 25 lipca 2018 r. sygn. akt II K 396/17 uznał oskarżonego W. T. za winnego tego, że:

1. pełniąc funkcję prezesa zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w B. w dniu 17 sierpnia 2015 r. w lokalu Salon (...) 24H w R. przy ul. (...) urządził w celach komercyjnych gry hazardowe o charakterze losowym na automacie do gier o nazwie: (...) o numerze (...), 'E.' o numerze (...) oraz (...) o numerze (...)/H.

wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz.U. 201 z 2009r. poz 1540) prowadząc działalność bez stosownej koncesji o której mowa w art. 6 ust. 1 oraz bez poświadczenia rejestracji, o którym mowa w art. 23a ust. 1 w/w ustawy tj. za winnego przestępstwa z art. 107 par. 1 kks i za to wymierzył mu karę 4 miesięcy pozbawienia wolności.

2. pełniąc funkcję prezesa zarządu spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w B. w dniu 16 listopada 2016 r. w lokalu Salon (...) 24H w R. przy ul. (...) urządził w celach komercyjnych gry hazardowe o charakterze losowym na automacie do gier o nazwie: H. S. P. o numerze (...)/H. i K. o numerze (...), B. (...) o numerze (...), H. S. o numerze (...), A. o numerze (...), H. S. o numerze (...), B. H. o numerze (...) oraz 42 G. o numerze (...) wbrew przepisom art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz.U. 201 z 2009r. poz 1540) tj. popełnienia przestępstwa z art. 107 par. 1 kks i za to wymierzył mu karę 4 miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 par. 1 i 2 kk w zw z art. 20 par. 2 kks i art. 39 par. 1 kks połączył orzeczone w pkt. I i II kary pozbawienia wolności i wymierzył oskarżonemu karę łączną 6 miesięcy pozbawienia wolności;

Na podstawie art. 30 par. 5 kks orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa automatów do gier szczegółowo wymienionych w pkt. 1 i 2 zaskarżonego wyroku wraz z kluczami do automatów oraz pieniędzy w kwotach: 7350 zł i 2400 zł;

Na podstawie art. 624 kpk w zw z art. 17 ust. 1 i art. 21 pkt. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych zwolnił oskarżonego z kosztów sądowych ponad kwotę 5000 zł w pozostałej części obciążając Skarb Państwa.

Od powyższego wyroku apelację wniósł obrońca oskarżonego, który zaskarżył wyrok w całości zarzucając:

I. Rażąco naruszenie art. 17 par. 1 pkt. 9 kpk w zw z art. 155 par. 1 i 2 kks w zw z art. 151c par. 2 kks w zw z art. 79 par. 1 kpk tj. brak umorzenia postępowania mimo braku skargi prokuratora jako jedyne podmiotu uprawnionego do wniesienia aktu oskarżenia w sprawie niniejszej, a to z uwagi na jego obligatoryjny i ustanowiony z mocy prawa nadzór nad postępowaniem przygotowawczym, związany z wątpliwościami co do poczytalności oskarżonego, które wystąpiły w postępowaniu przygotowawczym;

II. rażąco naruszenie art. 17 par. 1 pkt 9 kpk w zw z art. 155 par. 1 i 2 kks tj. brak umorzenia postępowania mimo braku skargi prokuratora jako jedyne podmiotu uprawnionego do wniesienia aktu oskarżenia w sprawie niniejszej, a to z uwagi na jego obligatoryjny nadzór nad postępowaniem przygotowawczym, które toczyło się powyżej 6 miesięcy od chwili wszczęcia,

III. z ostrożności procesowej zarzucił również:

- naruszenie art. 107 par. 1 kks poprzez jego zastosowanie, mimo iż w toku postępowania nie wykazano, by oskarżony dopuścił się popełnienia takiego przestępstwa, czyli w szczególności brak w kwestionowanym wyroku jakiegokolwiek wskazania, które konkretnie zachowania oskarżonego wyczerpywały jego znamiona;

- naruszenie art. 107 par. 1 kks w zw z art. 4 par. 2 kks, a to poprzez niczym nieuzasadnione przyjęcie, iż oskarżony dopuścił się wskazanego przestępstwa działając umyślnie, chociaż takie ustalenie faktyczne nie znajduje jakiegokolwiek oparcia w materiale dowodowym,

- naruszenie art. 107 par. 1 kks poprzez wadliwe przyjęcie, iż ową normę blankietową można wypełnić regulacją art. 23a ust. 1 ugh, chociaż przepis ten formułuje – w okolicznościach faktycznych sprawy- wymóg obiektywnie niewykonalny, tj. stawia oskarżonemu taki warunek, którego spełnić on nigdy nie mógł, gdyż zasadniczo nie był jego adresatem;

- naruszenie art. 10 par. 3 i 4 kks poprzez ich niezastosowanie, mimo iż okoliczności prawne sprawy determinują wniosek iż oskarżony z pewnością kierował się usprawiedliwionym przekonaniem, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność czynu, a już w ostateczności dopuścił się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności,

z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia wcześniejszych zarzutów:

IV. rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary tj. 6 miesięcy pozbawienia wolności w relacji do wagi czynu mu zarzucanego co wynika z braku uwzględnienia przy orzekaniu dyrektyw wymiaru kary ujętych w art. 13 par. 1 kks, zamiast których Sąd Rejonowy wadliwie zastosował regulację art. 53 kk, który jednak w sprawie zastosowania nie miał. Nadto przy orzekaniu naruszono też art. 10 par. 5 kks, a to poprzez jego niezastosowanie, mimo iż jeśli błąd, na który powołuje się oskarżony w swojej linii obrony ma okazać się nieusprawiedliwionym, to skutkować on powinien zastosowaniem dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary – czego Sąd Rejonowy jednak nie wziął pod uwagę.

Stawiając powyższe zarzuty wniósł o :

1. uchylenie kwestionowanego wyroku i umorzenie postępowania z uwagi na brak skargi uprawnionego oskarżyciela.

W dalszej kolejności wniósł o :

2. zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanych mu czynów,

3. alternatywnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji,

4. na wypadek uwzględnienia zarzutu dot. rażącej niewspółmierności kary o zmianę orzeczonej wobec oskarżonego kary poprzez orzeczenie wyłącznie kary grzywny w rozsądnej, adekwatnej wysokości a w ostateczności co najmniej poprzez warunkowe zawieszenie orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

apelacja obrońcy oskarżonego zasługiwała częściowo na uwzględnienie, mianowicie zasadnym okazał się zarzut bezwzględnej przyczyny odwoławczej odnośnie czynu I popełnionego w dniu 17 sierpnia 2015r. oraz co do zarzutu rażącej surowości kary wymierzonej za II czyn. W pozostałej części apelacja obrońcy nie zasługiwała na uwzględnienie. Stanowiła ona bowiem jedynie głośną polemikę z prawidłowymi ustaleniami i rozstrzygnięciami Sądu I instancji oraz prezentację dokonanej przez obrońcę wykładni wybranych przepisów u.g.h. i k.k.s. Poglądów tych Sąd odwoławczy jednakże nie podziela.

Na wstępie należy zaznaczyć, że w niniejszej sprawie połączono do wspólnego rozpoznania dwa akty oskarżenia przeciwko W. T. każdy o czyn z art. 107 par. 1 kks. Obie sprawy na etapie postępowania przygotowawczego toczyły się pod różnym reżimem prawnym, akty oskarżenia były wniesione w dwóch różnych datach, a tok postępowań przygotowawczych również odmienny. Dlatego każdy z aktów oskarżenia należy oceniać odrębnie z uwzględnieniem

obowiązujących na ten czas przepisów. Odrębna ocena da odpowiedź, czy były one wniesiony przez uprawniony podmiot.

A. Rozważania co do czynu popełnionego w dniu 17 sierpnia 2015r. Akt oskarżenia wniesiony w dniu 21 czerwca 2016r przez Naczelnika Urzędu Celnego.

W tej sprawie niewątpliwie zarzut bezwzględnej ujemnej przesłanki procesowej jest trafny. W niniejszej sprawie wystąpiła bezwzględna przyczyna odwoławcza i w efekcie skutkowało uchynieniem zaskarżonego wyroku w pkt. 1 i umorzeniem postępowania karnego wobec W. T. w tym zakresie oraz zmianą rozstrzygnięcia w zakresie przypadku przedmiotów odnoszących się do tego czynu.

W niniejszej sprawie toczącej się pod numerem (...) postanowienie o wszczęciu dochodzenia wydano w dniu 19 sierpnia 2015r. Prokurator nie przedłużał toczącego się dochodzenia. (Brak takich postanowień w aktach dochodzenia) W dniu 21 czerwca 2016r. Naczelnik Urzędu Skarbowego wniósł do Sądu Rejonowego w Raciborzu akt oskarżenia przeciwko W. T. o czyn z art. 107 par. 1 kks popełniony w dniu 17 sierpnia 2015r. Akt oskarżenia w tej sprawie nie został zatwierdzony przez prokuratora ani też wniesiony przez niego do sądu.

Tymczasem uprawnienie do wniesienia aktu oskarżenia do sądu po dniu 30 czerwca 2015r. w sprawie, w której finansowy organ postępowania przygotowawczego prowadził dochodzenie objęte nadzorem prokuratora, oceniać należy według unormowania zawartego w art. 155 kks w brzmieniu nadanym mu przez ustawę nowelizującą z 27 września 2013r. (Dz.U. poz 1247 z późn. zmianami) Oznacza to, że od dnia 1 lipca 2015r. akt oskarżenia w sprawach o przestępstwa skarbowe prowadzone w formie dochodzenia objęte prokuratorskim nadzorem wnosi do sądu prokurator. Niniejsza sprawa nie została objęta nadzorem prokuratorskim gdyż prokurator nie przedłużał w tej sprawie dochodzenia.

W układzie procesowym, który wystąpił w niniejszej sprawie jawi się więc pytanie jaki skutek procesowy ma prowadzenie postępowania przygotowawczego z naruszeniem przepisu art. 153 par. 1 kks, a także to jak należy ocenić sytuację, w której akt oskarżenia sporządził i wniósł finansowy organ postępowania przygotowawczego, pomimo że czynności tych - jako że dochodzenie toczyło się dłużej niż 6 miesięcy – nie był władny samodzielnie dokonać. W niniejszej sprawie nie można abstrahować od tego, że z niewiadomych powodów finansowy organ postępowania przygotowawczego nie przedstawił prokuratorowi akt sprawy w celu przedłużenia dochodzenia ponad okres 6 miesięcy, ale jednak czynności dochodzenia dalej prowadził i w oparciu o nie sporządził i wniósł akt oskarżenia. Czynności dochodzenia podjęte w tej sprawie były zatem w sensie procesowym nielegalne (uzyskane sprzecznie z prawem procesowym – niezgodne z normą art. 153 par. 1 kks) co musiało skutkować ustaleniem, że czynność procesowa nielegalna nie może tworzyć uprawnienia do przyznania organowi naruszającemu prawo procesowe takich kompetencji, których nie byłoby się dysponentem także wtedy gdyby czynności dochodzenia w tej sprawie były prowadzone w sposób zgodny z przepisami procesowymi. Ocena dokonywanych czynności procesowych musi być restrykcyjna albowiem przepisy określające ramy ich przeprowadzania stanowią jednocześnie gwarancje rzetelnego procesu dla stron. Skoro zatem uwzględniając czasokres trwania dochodzenia tylko prokurator miał uprawnienia do zatwierdzenia aktu oskarżenia sporządzonego przez finansowy organ postępowania przygotowawczego, a następnie do wniesienia go do sądu (art. 155 par. 2 kks w brzmieniu obowiązującym w czerwcu 2016r.) to brak zatwierdzenia przez prokuratora aktu oskarżenia wniesionego przez Naczelnika Urzędu Celnego stanowi brak skargi uprawnionego oskarżyciela w rozumieniu art. 17 par. 1 pkt. 9 kpk w zw z art. 113 par. 1 kks w zw z art. 155 par. 2 kks. Jest oczywistym, że oceny tych czynności należy dokonywać na każdym etapie postępowania. Sąd Rejonowy tego nie dokonał i wydał wyrok mimo istniejącej ujemnej przesłanki procesowej. Sąd II instancji błąd ten naprawił i uchylił zaskarżony wyrok odnośnie czynu popełnionego w dniu 17 sierpnia 2015r. i umorzył postępowanie w tym zakresie. Po myśli art. 632 kpk w zw z art. 113 par. 1 kks kosztami postępowania w tym zakresie obciążono Skarb Państwa. (w analogicznej sprawie orzekł Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 20 września 2017r. sygn. akt. V KK 196/17)

Jednocześnie Sąd II instancji był zmuszony zmienić rozstrzygnięcie Sądu Rejonowego zawarte w pkt. 4 dotyczące przypadku automatów do gier i wyeliminować z tego rozstrzygnięcia te automaty, które przez organy celne zostały

zatrzymane w związku z popełnieniem występku w dniu 17 sierpnia 2015r. Przepadek przedmiotów orzeczony na podstawie art. 30 par. 5 kks jako środek karny może być bowiem wymierzony tylko w razie skazania oskarżonego u którego zatrzymano nielegalne automaty do gier. Zresztą automaty te zostały W. T. zwrócone na mocy postanowienia Sądu Rejonowego z dnia 18 listopada 2015r uwzględniające zażalenie oskarżonego. (karta 87 akt) Konsekwencją umorzenia postępowania odnośnie czynu I było też uchylene rozstrzygnięcia o karze łącznej zawartego w pkt. 3 zaskarżonego wyroku.

B. Rozważania co do czynu popełnionego w dniu 16 listopada 2016r. Akt oskarżenia wniesiony w dniu 26 września 2017r przez Naczelnika Urzędu Celnego zatwierdzony przez Prokuratora Rejonowego w Raciborzu.

Odnośnie tego czynu nie ma racji obrońca, że w niniejszej sprawie również wystąpiła bezwzględna przyczyna odwoławcza także nakazująca uchylene zaskarżonego wyroku w tej części i umorzenie postępowania karnego.

Odmienne niż w poprzednim przypadku akt oskarżenia w niniejszej sprawie został zatwierdzony przez Prokuratora i przez niego wniesiony do Sądu Rejonowego w Raciborzu. Prokurator zresztą wykonywał czynności w sprawie, wydawał wytyczne i ocenił, czy istnieje konieczność dopuszczenia opinii z biegłych lekarzy psychiatrów odnośnie stanu zdrowia psychicznego W. T.. Nadzór prokuratorski został więc uruchomiony w postępowaniu i akt oskarżenia z godnie z art. 155 par. 1 kks został zatwierdzony i wniesiony przez Prokuratora. Nie ma racji obrońca zarzucając naruszenie procedury i brak w sprawie postanowienia o przedłużeniu dochodzenia po upływie 6 miesięcy przez Prokuratora. Przecież z dniem 1 marca 2017r. zmieniono teś art. 153 par. 1 kks i przyznano finansowemu organowi postępowania przedłużanie dochodzeń **na okres do 1 roku**. Niniejsze postępowanie nie toczyło się powyżej 1 roku gdyż wszczęto je 25 października 2016r. (k. 5) a akt oskarżenia wniesiono 26 września 2017r. Zatem Prokurator nie był obowiązany przedłużać dochodzenia w niniejszej sprawie z uwagi na upływ 6 miesięcy. Miał natomiast prawo wnieść akt oskarżenia, bo w końcowym etapie dochodzenia (w związku z oświadczeniem oskarżonego o jego stanie zdrowia) objął je nadzorem.

Stąd też Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska obrońcy, iż również ten akt oskarżenia (z dnia 26 września 2017r.) został wniesiony przez osobę nieuprawnioną. Bezwzględna przesłanka procesowa w tym przedmiocie nie występuje.

Obrońca podnosi, że oskarżony W. T. w toku postępowania przygotowawczego podał, iż leczył się psychiatrycznie (tj. odwykowo i w kierunku depresji) wskazując przychodnię w Ż. jako miejsce korzystania z tego rodzaju świadczeń opieki zdrowotnej. Zarzucił, iż prokurator w nieuprawniony sposób samodzielnie zweryfikował stan zdrowia psychicznego oskarżonego podczas gdy leży to wyłącznie w kompetencji biegłych lekarzy psychiatrów.

Zdaniem Sądu Odwoławczego zarzut ten nie może być utożsamiony z istnieniem bezwzględnej przesłanki odwoławczej określonej w art. 439 par. 1 pkt 10 kpk. Oskarżony bowiem na etapie postępowania sądowego był reprezentowany przez obrońcę, który aktywnie występował w sprawie. Powstaje natomiast pytanie, czy istotnym błędem procesowym Prokuratury było niedopuszczenie dowodu z opinii dwóch biegłych lekarzy psychiatrów na okoliczność stanu zdrowia oskarżonego i jego poczytalności w chwili czynu. Zdaniem Sądu Odwoławczego odpowiedź jest negatywna. Faktycznie W. T. podał, że leczył się psychiatrycznie w przychodni w Ż.. Wobec powyższego finansowy organ postępowania przygotowawczego pismem z dnia 23.06.2017r. wystąpił do Prokuratury Rejonowej w Raciborzu z wnioskiem o powołanie biegłych lekarzy psychiatrów celem wydania stosownej opinii- co z pewnością było czynnością prawidłową. Następnie organ ten realizując stosowne wytyczne Prokuratora zgromadził stosowną dokumentację medyczną po czym ponowił wniosek o powołanie biegłych. Prokurator natomiast pismem z dnia 11 września 2017r. ocenił zaburzenia lękowe oskarżonego i zadecydował, że nie jest konieczne powoływanie biegłych lekarzy psychiatrów do wydania opinii odnośnie stanu zdrowia psychicznego oskarżonego. Postępowanie Prokuratora (aczkolwiek odważne procesowo) nie było do końca nieprawidłowe. Zdaniem Sądu Okręgowego nie każde leczenie psychiatryczne oznacza konieczność powzięcia ze strony organu procesowego tzw. „uzasadnionych wątpliwości” co do poczytalności oskarżonego w rozumieniu art. 79 par. 1 pkt 3 i 4 kpk, a tym samym konieczność powoływania biegłych lekarzy psychiatrów na podstawie art. 202 kpk do wydania opinii psychiatrycznej. Przyjmuje się, że sformułowanie uzasadnienia wątpliwości co do poczytalności oznacza, że nie chodzi tu o czyjekolwiek lub

jakiegokolwiek wątpliwości lecz o wątpliwości wynikające w obiektywnych przesłankach, powzięte przez organ procesowy, a więc przez sąd lub prokuratora. Wątpliwości te muszą być zatem oparte na konkretnych dowodach lub na konkretnych okolicznościach ustalonych w sprawie. Przykładowo będą to zaświadczenia stwierdzające chorobę psychiczną lub upośledzenie umysłowe, długotrwały pobyt w szpitalu psychiatrycznym z rozpoznaniem świadczącym o mankamentach zdrowia psychicznego, a także wyjątkowo nietypowy przebieg przestępstwa, albo nietypowy sposób zachowania się oskarżonego zarówno w chwili popełnienia czynu jak i toku postępowania sądowego lub przygotowawczego. W toku niniejszej sprawy zdiagnozowano natomiast u oskarżonego T. jedynie zaburzenia lękowe, a oskarżony leczył się jedynie ambulatoryjnie. Powyższa okoliczność więc przekonuje, iż w rzeczywistości kłopoty zdrowotne oskarżonego i jego wizyty u lekarza psychiatry nie mogły zrodzić w tej sprawie przekonania o występowaniu uzasadnionych wątpliwości co do poczytalności W. T.. Zauważyć należy, że oskarżony w toku drugiej ze spraw nie podniósł okoliczności, że się leczył psychiatrycznie. Zresztą złożył on rzeczowe wyjaśnienia. Prowadził działalność gospodarczą. Zarzucane mu czyny mają związek z prowadzeniem właśnie tej działalności. Sąd I instancji miał bezpośredni kontakt z oskarżonym podczas rozprawy i na podstawie jego zachowania również nie powziął żadnych wątpliwości co do tego, że odbiega on od normy lub nie jest w stanie zrozumieć swojego przestępczego postępowania. Poza tym oskarżony znał swoje uprawnienia i realizował je ustanawiając sobie chociażby obrońcę. Nie ma więc racji apelujący, że w sprawie ujawniły się okoliczności wskazujące na istnienie uzasadnionych wątpliwości co do poczytalności oskarżonego zarówno w chwili czynu jak i w toku postępowania karnego.

Przechodząc do kolejnych zarzutów apelacji należy stwierdzić że są one niezasadne.

Sąd meriti starannie zgromadził i przeprowadził wszelkie dowody, które mogły prowadzić do wyjaśnienia okoliczności popełnienia przez oskarżonego przypisanego mu czynu. 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 w dniu 16 listopada 2016r. 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, oraz art. 23a ust. 1 u.g.h. tj. tj bez odpowiedniej rejestracji urządzeń do gier.

Art. 107 § 1 k.k.s., 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. K. i B. K.). Natomiast w komentarzu do art. 107 k.k.s. T. G. 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.).

Oczywistym jest, że w dacie popełnienia zarzucanego czynu oskarżony pełnił funkcję prezesa zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) z siedzibą w B., której działalność związana była między innymi z urządzaniem gier losowych oraz w posiadaniu, której znajdowały się zatrzymane automaty. Oskarżony będący prezesem zarządu wymienionej spółki odpłatnie udostępniał wskazane automaty 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 urządził na automatach gry w celach komercyjnych na wstawionych do lokalu przy ul (...) w R..

Nie ulega wątpliwości, iż przedmiotowe automaty zawierały gry o charakterze losowym co wynika z opinii 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 urządzanie gier losowych na automatach z naruszeniem któregokolwiek 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.

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. Przeciwnie W. T. był prezesem zarządu spółki, której przedmiotem działalności było udostępnianie automatów do użytkowania właścicielom lokali gastronomicznych, z czego spółki czerpały dochody. Była to działalność prowadzona na sporą 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 wymierny zysk. 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 osiąmane z tejże działalności nie zamierzał z niej rezygnować.

Podobnie należy ocenić zarzut obrazy prawa materialnego tj. art. 23a ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Sąd meriti w wyczerpujący sposób uzasadnił że oskarżony naruszył swoim postępowaniem także art. 23a ust. 1 wspomnianej ustawy. Sąd Okręgowy tę argumentację w pełni podziela. Prezentowany przez obrońcę pogląd na interpretację art. 23a ust.1 wydaje się być odosobniony i mało przekonujący. Zatrzymane przez organy celne automaty do gier nie były w odpowiednim urzędzie zarejestrowane a z przepisów w/w ustawy taki obowiązek na oskarżonym ciąży. Nawet zaś gdyby przyjąć interpretację obrońcy za słuszną to i tak nie zmienia to postaci rzeczy że oskarżony dopuścił się przestępstwa z art. 107 par. 1 kks bowiem złamał swoim zachowaniem normę art. 6 ustawy o grach hazardowych. Przepis ten samodzielnie wypełnia normę blankietowa art. 107 par. 1 kks o czym była już mowa wyżej. Ewentualne wyeliminowanie z opisu czynu art. 23a ustawy o grach hazardowych nie ma znaczenia dla odpowiedzialności oskarżonego

Natomiast fakt, iż inne sądy rejonowe i okręgowe na terenie Polski w podobnych sprawach wydawały wyroki uniewinniające od zarzutów popełniania tożsamyh czynów z art.107 k.k.s., nie może bezpośrednio wpływać na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy. Tak samo nie mają na to wpływu postanowienia o umorzeniu postępowań przygotowawczyh, 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.

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 z 4 miesięcy pozbawienia wolności do 100 stawek dziennych grzywny przy określeniu wartości jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł, uznając równocześnie, że tak wymierzona kara grzywny będzie karą słuszną i sprawiedliwą. Powodem wymierzenia wobec oskarżonego przez Sąd I instancji kary pozbawienia wolności był przede wszystkim fakt, że W. T. był uprzednio karany. Należy jednak zwrócić uwagę, że za czyn z art. 107 par. 1 kks oskarżony przed popełnieniem przypisanego mu w niniejszej sprawie czynu był prawomocnie karany tylko dwa razy , mianowicie wyrokiem z dnia 10 czerwca 2013r. w sprawie III K 634/13 Sądu Rejonowego w Bielsku Białej i wyrokiem z dnia 3 lutego 2015r. Sądu Rejonowego w Dąbrowie Tarnowskiej sygn. akt II K 7/15 na kary grzywny. Pozostałe wyroki figurujące w danych o karalności dotyczyły skazań za przestępstwa z art. 178 a par 1 kk i 244 kk oraz z art. 110a kks. Zdaniem Sądu Odwoławczego orzeczona przez Sąd Rejonowy w takim wypadku kara bezwzględna pozbawienia wolności w wymiarze 4 miesięcy razi swoją surowością. W odczuciu tak indywidualnym jak i społecznym nie jest karą sprawiedliwą i wyważoną. Zdaniem Sądu Odwoławczego uznać natomiast należy, że kara grzywny wysokości 100 stawek dziennych będzie karą adekwatną do stopnia winy oskarżonego i stopnia społecznej szkodliwości czynu. Odpowiada ona dyrektywom określonym w art. 13 kks. Również stawka dzienna grzywny w wysokości 100 złotych nie jest wygórowana, a zarazem jest adekwatna do sytuacji materialnej lub rodzinnej oskarżonego, który przez wiele lat przecież czerpał zyski z procederu urządzania gier hazardowych o czym świadczą kolejne skazania za czyny z art. 107 par. 1 kk zapadłe w latach 2015-2018. O skali procederu świadczy aktualna karta karna W. T..

Wymierzona ostatecznie oskarżonemu kara grzywny uwzględnia dyrektywy wymiaru kary określone treścią art. 13 k.k.s i 12 kks Rolą kary jest nie tylko odplata 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.

Biorąc pod uwagę powyższe i uznając ustalenia dokonane przez Sąd Rejonowy w Raciborzu za prawidłowe, Sąd Okręgowy znalazł odnośnie drugiego z czynów podstawy jedynie do zmiany wyroku w zakresie orzeczonej kary oraz w zakresie orzeczenia o kosztach postępowania przed sądem I instancji. W pozostałej części utrzymując w mocy zaskarżony wyrok.

Mając na względzie sytuację osobistą i finansową oskarżonego, a zwłaszcza fakt że obecnie odbywa karę pozbawienia wolności odstąpiono od obciążania oskarżonego kosztami postępowania odwoławczego po myśli art. 624 w zw z art. 634 kpk.

SSO Katarzyna Gozdawa-Grajewska