

Sygn. akt V.2 Ka 279/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 czerwca 2018 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku

Wydział V Karny Sekcja Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący: SSO Jacek Myśliwiec

Protokolant: Beata Pinior

w obecności Witolda Janiec Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Rybniku

po rozpoznaniu w dniu 28 czerwca 2018 r.

sprawy: **M. W. /W./**

s. 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 Wydziału III Karnego

z dnia 28 lutego 2018r. sygn. akt III K 521/17

I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

II. obciąża oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa opłatą za II instancję w kwocie 1000 (jeden tysiąc) złotych i zasądza od niego wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 20 (dwadzieścia) złotych.

SSO Jacek Myśliwiec

Sygn. akt V.2 Ka 279/18

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Rybniku wyrokiem z dnia 28 lutego 2018r., sygn. akt III K 521/17, uznał oskarżonego M. W. za winnego tego, że w R., w lokalu gastronomicznym przy ul. (...) co najmniej od dnia 2 lutego 2015r. do dnia 5 lutego 2015r. na podstawie zawartej w dniu 26 maja 2014r. pomiędzy (...) Sp. z o. o., (...)-(...) R., ul. (...), a spółką (...) z siedzibą w W. przy ul. (...) II 27, umowy dzierżawy powierzchni oraz faktycznego wykonywania czynności związanych ze sprawami gospodarczymi i finansowymi na rzecz spółki (...) z siedzibą w W. przy ul. (...) II 27 urządził gry o wygrane pieniężne możliwe do realizowania bezpośrednio z automatu, na urządzeniu elektronicznym do gier o nazwie A. (...) o numerze (...) wbrew przepisom art. 6 ust. 1, art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. 201 z 2009 roku, poz 1540), tj. za winnego popełnienia przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 §1 kks

i za to na mocy tego przepisu wymierzył mu karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych, określając wysokość jednej stawki na kwotę 100 zł.

Na podstawie art. 627 kpk w zw. z art. 113 §1 kks i art. 21 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 z dnia 23/06/1973r. o opłatach w sprawach karnych Sąd zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe tj. wydatki w wysokości 70 zł oraz opłatę w wysokości 1000 zł.

Apelację od tego wyroku wniósł oskarżony, który na podstawie art. 444 kpk oraz art. 425 §1 i 2 kpk w zw. z art. 113 §1 kks zaskarżył wyrok w całości.

Oskarżony w pierwszej kolejności wskazał na możliwość wystąpienia w zaskarżonym wyroku bezwzględnej przesłanki odwoławczej, określonej w art. 439 §1 pkt 8 kpk w zw. z art. 113 §1 kks polegającej na uprzednim wydaniu przez Sąd Rejonowy w Krośnie w dniu 3 kwietnia 2017r. (sygn. II K 569/16) wyroku skazującego, na mocy którego uznany został za winnego popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 kks, gdzie zarzucanego czynu miał dopuścić się w czasie obejmującym zarzucany mu w niniejszym postępowaniu okres, co powoduje zaistnienie stanu powagi rzeczy osądzonej w stosunku do wszystkich zdarzeń w tym okresie stanowiących czyn urządzania gier na automatach poza kasynem gry.

Nadto, na podstawie art. 438 pkt 2 kpk, skarżący zarzucił obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku, a to art. 7 kpk w zw. z art. 410 kpk poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodu z wyjaśnień oskarżonego, którym sąd odmówił wiarygodności w zakresie odnoszącym się do przekonania oskarżonego o legalności prowadzonej działalności gospodarczej, przyjmując wbrew zasadom logiki, że wyjaśnienia nie zasługują na obdarzenie ich wiarą, podczas gdy odczytane wyjaśnienia są spójne, rzeczowe i uwiarygodnione; w toku postępowania karnego nie został ujawniony żaden dowód przeciwny (świadczący o działaniu oskarżonego w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym); wyjaśnienia oskarżonego powinny być traktowane na równi z każdym innym dowodem i nie można odmówić im wiarygodności wyłącznie na podstawie subiektywnej opinii Sądu.

Ponadto oskarżony na podstawie art. 113 §1 kks w zw. z art. 427 §1 i 2 kpk i art. 438 pkt 1 kpk zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. obrazę prawa materialnego, tj. art. 10 §4 kks poprzez brak jego zastosowania i brak przyjęcia, iż działał w usprawiedliwionym błędzie co do braku karalności za działalność, której się podejmował:

- podczas gdy w okresie zarzucanych mu czynów organy uprawnione do stosowania praw a przyjmowały stanowisko o niekaralności za tego typu działalność, o czym świadczy lista korzystnych rozstrzygnięć znajdująca się w aktach sprawy, jak również treść jego aktualnej karty karnej, z której wynika, iż prawomocne skazania miały miejsce już po zakończeniu prowadzenia przez niego działalności, a zatem nie mogły one mieć wpływu na stan jego świadomości w chwili zarzucanych mu czynów,
- podczas gdy w chwili popełnienia zarzucanych mu czynów powszechne było przekonanie (w orzecznictwie oraz doktrynie), iż zarówno art. 14 i 6 ugh były przepisami technicznymi, w związku z tym nie można ich było stosować wobec jednostek, 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, nie było karalne;

2. obrazę prawa materialnego, tj. art. 107 kks w zw. z art. 7 ust. 1 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. Skazanie oskarżonego na podstawie art. 107 kks stanowiło

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;

3. obrażę prawa materialnego, tj. art. 23a ugh poprzez jego zastosowanie w niniejszej sprawie i przyjęcie, iż przepis ten może być uzupełnieniem blankietowej normy z art. 107 kks podczas gdy możliwość jego zastosowania jest powiązana z możliwością przyjęcia jako podstawy skazania art. 107 kks w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ugh. W sytuacji kiedy w momencie popełnienia zarzucanych czynów dominowało stanowisko o technicznym charakterze zarówno art. 6 ust. 1 ugh, jak i art. 14 ust. 1 ugh, powoływanie się na jego naruszenie należy traktować jako również popełnione w warunkach usprawiedliwionego błędu co do braku karalności.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, na mocy art. 113 §1 kks w zw.z art. 437 §1 i 2 kpk skarżący wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania, wobec zaistnienia bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 pkt 8,

alternatywnie o:

2. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wydanie rozstrzygnięcia uniewinniającego, w szczególności na podstawie art. 10 §4 kks.

Oskarżony subsydiarnie podniósł – odnosząc się do karty karnej dowodzącej skali ukarania jego osoby za czyny z art. 107 §1 kks, że wszystkie przypisane mu występki, za które już został skazany, popełnione zostały w tych samych okolicznościach, w tym samym okresie, z tej samej motywacji, przy tej samej sposobności i w tym samym zamiarze, także w ramach czynów ciągłych, co zarzucany mu występki z art. 107 §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. Zwłaszcza uwzględniając znaczną wielkość dolegliwości karnych i już zasądzonych wobec niego sankcji karnych – kar, środków karnych, kosztów sądowych, co wynika z karty karnej.

Z tego względu skarżący wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 11 §1 kpk w zw art. 113 §1 kks.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

apelacja osobista oskarżonego na uwzględnienie nie zasługuje.

W pierwszej kolejności należało się odnieść do argumentów skarżącego wskazujących na potrzebę umorzenia postępowania toczącego się w jego sprawie w związku z zaistnieniem – jego zdaniem bezwzględnej przyczyny odwoławczej.

Wbrew sugestiom zawartym w apelacji nie doszło do zaistnienia okoliczności określonej w art. 17 §1 pkt 7 kpk. wyrok Sądu Rejonowego w Krośnie z dnia 3 kwietnia 2017r. dotyczył bowiem czynów popełnionych w okresie od 19 sierpnia 2013r. do dnia 25 marca 2015r. dokonanych w innych miejscowościach niż R. i na innych automatach, a więc innych przestępstw niż to które było przedmiotem Sądu Rejonowego w R. z dnia 28 lutego 2018r.

Z orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że warunkiem przyjęcia stanu prawomocności materialnej jest tożsamość czynów, a nie wyłącznie wzajemne podobieństwo, identyczna kwalifikacja prawna, czy pomieszczenie zachowań w tym samym przedziale czasowym. Przedmiotem przestępstwa zarzucanego oskarżonemu było wprawdzie urządzanie gier na automatach w tożsamym czasie ale w innej miejscowości oraz na innych indywidualnie oznaczonych numerami seryjnymi automatach.

Z tych powodów należy uznać, że skazanie za czyn ciągły z art. 107 §1 kks przez Sąd Rejonowy w R. odnosi się do innych czynów jednostkowych i nie zostały wyczerpane wszystkie przesłanki do stwierdzenia zaistnienia tożsamości czynów. (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4/04/2018r. V Ks 5/18).

Także pozostałe zarzuty odnoszące się do stanu wiedzy i świadomości oskarżonego nie zasługiwały na uwzględnienie. Należy przypomnieć, iż konstrukcja art. 10 §4 kks nawiązuje do przyjętej na gruncie prawa wykroczeń okoliczności wyłączającej karalność ujętej jako nieświadomość tego, że czyn zagrożony jest karą w świetle literalnego brzmienia art. 10 §4 kks warunkiem odpowiedzialności jest możliwość uświadamiania sobie karalności (a nie bezprawności jak w kk) czynu nie wystarczy już aby sprawca miał świadomość, że czyn jest niedozwolony w świetle przepisów prawa. Teraz sprawca musi mieć świadomość karalności czynu, tzn. świadomość tego, że czyn jest zabroniony pod groźbą kary. Ten typ błędu opiera się na formule usprawiedliwienia i jeśli wyczerpuje on znamiona wskazane w art. 10 §4 kks – uchyla winę, a tym samym znosi odpowiedzialność karną. Analizując formułę usprawiedliwienia należy odwoływać się do wzorca osobowego przeciętnego obywatela, który przykłada się do zachowania sprawcy dokonując tym samym oceny, czy tak jak sprawca, zachowałby się również ów model osobowy. Od odpowiedzialności karnej uwalnia zatem tylko usprawiedliwiona nieświadomość karalności.

Nie da się jednak nie zauważyć, że oskarżony od którego należy oczekiwać większej staranności prowadził przez wiele lat działalność dotyczącą gier na automatach mając świadomość rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych, administracyjnych oraz Sądu Najwyższego i rozdzwieńku części tego orzecznictwa z praktyką urzędów celnych. Podejmował więc ryzyko gospodarcze dążąc do minimalizacji ewentualnej odpowiedzialności karnej. W tym celu przecież gromadził opinie prawne, świadomie kalkulując ryzyko odpowiedzialności karnej podejmując jednak próbę jej minimalizacji. Tego rodzaju wyrachowane, wręcz cyniczne postępowanie nie może być postrzegane jako działanie w błędzie, co do karalności ewidentnie sprzecznych z ustawą o grach hazardowych poczynają.

Przechodząc do kolejnego zarzutu stwierdzić należy, iż nie ulega najmniejszej wątpliwości iż art. 6 ust 1 ugh i art. 14 ust. 1 ugh stanowią odrębne przepisy, które regulują dwie różne kwestie.

Art. 6 ust. 1 ugh stanowi że działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości i gier na automatach może być prowadzona po uzyskaniu koncesji na kasyno gry. Zatem jego istotą jest uzależnienie możliwości urządzenia gier od posiadania koncesji na kasyno gry. Przepis ten nie stawia żadnych wymagań co do miejsca, w których są lub mają być urządzone gry, co z kolei reguluje art. 14 ust. 1 ugh. Zatem gdyby nie istniał art. 14 ust. 1 ugh to osoba posiadająca koncesję na kasyno gry mogłaby urządzać gry hazardowe w dowolnie wybranych przez siebie miejscach.

Natomiast art. 14 ust. 1 ugh stanowi, że urządzenie gier cylindrycznych, gier w karty, w tym turnieju 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 wynikającym z przepisów ustawy z wyjątkiem ustępu 4 i 5, a zatem szczegółowo wskazane miejsce i warunki urządzania gier hazardowych. Zatem oczywistym jest, iż zakresy tych regulacji nie tylko nie zachodzą na siebie, ale regulują one 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 zajmującego się na szeroką skalę działalnością hazardową oskarżonego, który na co dzień korzysta z pomocy prawników. Dziwi kolejny zarzut, a to braku możliwości wywiązania się przez oskarżonego z obowiązku rejestracji automatów do gier zgodnie z treścią art. 23 a ust. 1 ugh, co wynika wprost z założenia ustawy o grach hazardowych której spójna treść nie przewiduje możliwości funkcjonowania automatów do gier poza kasynem gry oraz poza koncesją na kasyno gry. Absurdalnym byłoby przyjęcie, że skoro ugh nie przewiduje możliwości uzyskania koncesji ani zezwolenia na urządzenie gier na automatach poza kasynami gry to nie ma możliwości spełnienia wymogu uzyskania koncesji na urządzenie gier na automatach poza kasynami gry, a tym samym działanie polegające na urządzaniu gier na automatach poza kasynem gry i bez posiadania koncesji na kasyno było legalne. Nie sposób podzielić poglądu, iż skoro oskarżony urządzał gry na automatach poza kasynem gry i nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna gry, to nie mógł wywiązać się z

obowiązku rejestracji automatów do gier zgodnie z art. 23a ust. 1 ugh w konsekwencji czego nie można mu przypisać przestępstwa z art. 107 §1 kks.

Odnosząc się z kolei do wymierzonej kary to stwierdzić należy, iż jest ona odpowiednia do stopnia winy i społecznej szkodliwości czynu oraz uwzględnia te wszystkie elementy jakie są istotne dla jej wymiaru. Oskarżony był już wcześniej karany, a mimo to z pełną świadomością i premedytacją dopuścił się zarzucanego mu czynu, który zresztą stanowił jedynie wycinek jego działalności w tym zakresie. W tym kontekście kara jakkolwiek surowa nie może być postrzegana jako rażąco niewspółmierna.

Z tych powodów Sąd Okręgowy orzekł jak w części dyspozytywnej.

SSO Jacek Myśliwiec