

Sygn. akt VI Ka 285/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 listopada 2018 r.

Sąd Okręgowy w E. VI Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodnicząca: SSO Elżbieta Kosecka – Sobczak (spr.)

Sędziowie: SSO Irena Linkiewicz

SSO Irena Śmietana

Protokolant: sekr. sądowy Aneta Zembrzuska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w E. K. P.

przy udziale przedstawiciela Naczelnika (...) - (...) Skarbowego w O. J. B.

po rozpoznaniu dnia 30 listopada 2018r., w E. sprawy:

M. W. (1) s. P. i M. ur. (...) w W.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w O.

z dnia 21 lutego 2018 r., sygn. akt II K 643/17

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) w pkt. I w ten sposób, że eliminuje z opisu czynu przypisanego M. W. (1) działanie w warunkach art. 37§1 pkt. 4 kks na tle skazania go wyrokiem Sądu Rejonowego w E. w sprawie VIII K 504/12 i za czyn mu przypisany wymierza karę 60 (sześćdziesięciu) stawek grzywny ustalając wysokość jednej stawki na 100 (sto) złotych,

b) uchyla rozstrzygnięcie z pkt. II,

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,

III. zwalnia oskarżonego M. W. (1) od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie przed sądem II instancji, w tym od ponoszenia opłaty za obie instancje.

Sygn. akt **VI Ka 285/18**

UZASADNIENIE

M. W. (1) został oskarżony o czyn z art. 107§1kks

Sąd Rejonowy w O. wyrokiem z dnia 21 lutego 2018r. w sprawie II K 643/17 rozstrzygnął, iż:

I. oskarżonego M. W. (1) uznaje za winnego tego, że w dniu 01 czerwca 2015r. w lokalu w miejscowości B. 2a, będąc osobą odpowiedzialną jako prezes (...) Sp. z o.o. z/s w W. upoważniony do jej jednoosobowego reprezentowania,

urządzał gry losowe na automacie do gry; (...) nr (...) wbrew przepisom art. 3, art. 4, art. 23, art. 23a ustawy z dnia 19.11.2009r. o grach hazardowych (Dz. U. 2015r. poz. 612 ze zm.), przy czym czynu tego dopuścił się działając w warunkach określonych w art. 37 § 1 pkt. 4 kks, tj. skazany za umyślne przestępstwo skarbowe, w ciągu 5 lat po uiszczeniu w dniu 13.05.2015r. grzywny wynoszącej 120 stawek po 100,00 złotych orzeczonej prawomocnym wyrokiem Sadu Rejonowego w E. z dnia 17.04.2014r. sygn. akt VIII K 504/12, popełniając umyślne przestępstwo skarbowe tego samego rodzaju i czyn ten kwalifikuje z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks i za to na podstawie art. 107 § 1 kks w zw. z art. 23 § 1 i 3 kks w zw. z art. 37 § 1 pkt 4 kks i art. 38 § 1 pkt 3 kks wymierza mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wysokości 60 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł,

II. wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego M. W. (1) kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszona na okres próby lat 3,

IV. orzeka przepadek dowodu rzeczowego,

V. zwalnia oskarżonego od zapłaty kosztów sądowych.

Z wyrokiem tym nie zgodził się oskarżony M. W., który wniósł apelację i w wywiedzionym środku odwoławczym zarzucił obrazę wielu przepisów tj. art. 7 kpk, art. 410 kpk, art. 107§1kks, 10§4kks, przepisów ustawy o grach hazardowych, art. 37§1pkt.4 kks oraz rażąco surową karę grzywny, ale przede wszystkim podniósł, że nie uwzględniono bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439§1 pkt. 8 kpk w zw. z art. 113§1kks.

A stawiając takie zarzuty wniósł alternatywnie albo o zmianę wyroku i umorzenie postępowania (wobec zaistnienia przesłanki z art. 439§1pkt.8 kpk) lub uniewinnienie albo o zmianę wyroku poprzez wyeliminowanie z ustalonej kwalifikacji prawnej art. 37§1 pkt. 4 kks i odstąpienie od wymierzenia kary lub obniżenie kary grzywny do 50 stawek dziennych po 70zł.

Natomiast na rozprawie obrońca oskarżonego wniósł o umorzenie absorpcyjne z art. 11§1kpk.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Wniesiona apelacja co do zarzutów, które miały skutkować uniewinnieniem oskarżonego M. W., nie zasługiwała na jej uwzględnienie. Nie podlegał też uwzględnieniu zarzut dot. bezwzględnej przyczyny odwoławczej czy wnioszek o umorzenie absorpcyjne. Natomiast sąd odwoławczy dostrzegł podstawy do uwzględnienia zarzutu obrazę art. 37§1 pkt. 4 kks, a także do korekty kary orzeczonej.

Na wstępie należy stwierdzić, że co do zarzutów obrazę przepisów wskazanych w apelacji, to w ocenie sądu nie mogły one podważyć wniosków o zasadności stwierdzenia, że oskarżony M. W. popełnił przypisany mu czyn z art. 107§1kks i że wynika to z prawidłowej oceny zgromadzonego materiału dowodowego, która nie nastąpiła z naruszeniem art. 7 kpk ani nie wpłynęła na błędy w ustaleniach faktycznych.

Bezsporne w sprawie jest to, że w lokalu w miejscowości B. 2a funkcjonariusze służby celnej ujawnili w dniu 01.06.2015r. automat do gier będący w dyspozycji spółki (...). Po przeprowadzonym eksperymencie i po uzyskaniu opinii biegłego A. C. ustalono, że automat ten oferował gry o charakterze losowym i komercyjnym, czyli gry hazardowe tj. takie, których warunki urządzania i zasady prowadzenia działalności w tym zakresie określają przepisy ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (w skrócie - ugh).

Sąd I instancji stwierdził w wyroku, że oskarżony urządzał gry na tym automacie wbrew przepisom ustawy z 19.11.2009r. o grach hazardowych, tj. wbrew art. 3 ugh, art. 4 ugh, art. 23 ugh i art.23a ugh.

Wyrok w tym zakresie należy uznać za słuszny.

Nie można bowiem zgodzić się z argumentacją M. W. z apelacji, że oskarżony ten nie miał świadomości, iż może podejmować działalność, która może pozostawać sprzeczna z prawem. Wbrew bowiem sugestiom co do tego, że

oskarżony ten miał być upewniany, że działa zgodnie z prawem, a co miało przekonać, że oskarżony ten miał podstawy by uznać, że nie popełnia przestępstw z art. 107§1kks, to cały zebrany materiał dowodowy, a nie tylko argumenty przytoczone przez oskarżonego, temu przeczą.

Już choćby dane o karalności oskarżonego świadczą o tym, że powinien on mieć uzasadnione wątpliwości co do tego czy jego działalność związana z urządzaniem gier hazardowych, bez podporządkowania się regułom z ustawy o grach hazardowych, jest legalna. Mimo bowiem przytoczenia w wyjaśnieniach tego, że były wątpliwości- na tle orzecznictwa sądów, opinii czy poglądów doktryny co do możliwości stosowania nienotyfikowanych przepisów technicznych, a w szczególności art. 14 ust. 1 ugh, to oskarżony pomija to, że istniały też i poglądy, które dopuszczały obowiązywanie nienotyfikowanego przepisu z ustawy o grach hazardowych. Dla przykładu należy wskazać, że Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 r. sygn. akt I KZP 15/13 stwierdził, że orzeczenie (...) w kwestii potencjalnego charakteru technicznego normy prawa krajowego przy braku wypełnienia przez organ ustawodawczy obowiązku notyfikacji wynikającego z Dyrektywy 98/34/WE, nie jest równoznaczne z utratą mocy prawnej tego aktu. Z kolei w wyroku z dnia 23 lipca 2013 r. w sprawie P 4/11 Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 135 ust. 2 ugh jest zgodny z art. 2 Konstytucji RP. Badając konstytucyjność tego przepisu Trybunał miał na uwadze także wyrok (...) z dnia 19 lipca 2012 r., stwierdził jednak, że ewentualna niezgodność ustawy hazardowej z prawem unijnym, zwłaszcza zaś niezgodność wynikająca z zaniedbań formalnoprawnych odpowiedzialnych polskich organów, nie wpływa automatycznie na ocenę zgodności treści zakwestionowanego przepisu ugh z Konstytucją RP. W ocenie sądu odwoławczego stanowisko prezentowane przez SN i TK w tych orzeczeniach ma bezpośredni wpływ na rozstrzygnięcie w niniejszym postępowaniu, gdyż przekonuje, że gdyby oskarżony faktycznie interesował się i zapoznał i z treścią przepisów ustawy o grach hazardowych i z orzecznictwem dotyczącym interpretacji ich obowiązywania, to skoro z orzeczeń takich autorytetów jak SN i TK nie wynikało jednoznacznie, by przepisy z ustawy o grach hazardowych, a w szczególności art. 6 ust. 1 ugh, nie obowiązywały, to nie miał on pewności, że przepisy te nie mają mocy wiążącej, a przede wszystkim nie wynikało z nich, że można wszystkie przepisy z tej ustawy ignorować.

Ponadto cały czas służby celne zajmowały automaty wstawione przez spółki, których prezesem był M. W. -na mocy ramowych umów dzierżawy powierzchni tj. takich jak ramowa umowa z 31.05.2015r. zawarta w aktach niniejszej sprawy-, do lokali nie będących kasynami, na tle tych zatrzymań były wszczynane postępowania przygotowawcze, stawiane zarzuty M. W., a nawet zapadały wyroki (choć nieprawomocne w SR w B. B. w sprawie III K 241/14 z dnia 14.10.2014r., w SR w E. w sprawie VIII K 326/14 z 29.05.2015r. czy w SR w Świebodzinie w sprawie II K 39/12 z 02.10.2012r.). A w takich okolicznościach oskarżony nie mógł zasadnie przypuszczać, że jego działalność jest legalna, stąd nie działał w warunkach art. 10§4kks tj. usprawiedliwionej nieświadomości karalności (a wobec tego, to dalsze, uporczywe opieranie się tylko na wymowie wyselekcjonowanych, korzystnych dla niego orzeczeń, opinii czy poglądów doktryny, to nie mogło służyć do skutecznego wykazania, że M. W. pozostawał w usprawiedliwionej nieświadomości karalności). Uwzględniając i to, że skoro oskarżony M. W., jako działający za spółkę będącą stroną umowy z 31.05. (...), zapewnił S. D. pomoc prawną na wypadek problemów ze wstawionymi automatami, to wręcz dobitnie przekonuje, że M. W. zdawał sobie sprawę z tego, że jego działalność dot. organizowania z i innymi osobami gier na automatach bez zachowania i wymogów z ustawy o grach hazardowych, to może pociągnąć za sobą odpowiedzialność, która będzie wymagała skorzystania z pomocy prawnej i w pełni to akceptował. Stąd brak też było podstaw do przypisania jego wyjaśnieniom waloru wiarygodności i nadania im takiej rangi aby uniewinnić oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Skoro zaś oskarżony w takich okolicznościach musiał sobie zdawać sprawę z tego, że nie poddając się rygorom ustawy o grach hazardowych, to może odpowiadać karnie z art. 107§1kks, to nie doszło do zarzucanej obrazy art. 7 kpk w zw. z art.410 kpk na tle oceny wyjaśnień oskarżonego czy na tle zastosowania art. 107§1kks czy też odmowy stosowania art. 10§4kks.

Należy też zaznaczyć, że w realiach rozpoznawanej sprawy nie doszło do obrazy art. 6 ust. 1 ugh poprzez przyjęcie go jako podstawy skazania. Mimo bowiem tego, że przepis ten został wymieniony w zarzucie postawionym M. W., to nie znalazł się w opisie czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. I wyroku. Natomiast co do przepisu art. 23 ugh czy art. 23a ugh, które w tym opisie zostały zawarte, to należy skarżącemu wskazać, że nie było takich zastrzeżeń co do

charakteru tych przepisów jakie wysuwano względem art. 14 ust. 1 ugh czy art.6 ust. 1 ugh, przepisy te obowiązywały w czasie czynu przypisanego oskarżonemu, a skoro i tym przepisom oskarżony się nie podporządkował, to słusznie sąd przyjął, że wypełniają one normę blankietową z art. 107§1kks. Przy czym uchwała SN z 19.01.2017r. wydana w sprawie I KZP 17/16 ostatecznie przekonuje o tym, że art. 6 ust. 1 ugh nie miał charakteru technicznego, nie wymagał notyfikacji i też obowiązywał przez cały czas od wejścia w życie ustawy z 19.11.2009r. o grach hazardowych.

Gry na automatach określonych w art. 2 ugh mogły być bowiem prowadzone i urządzane tylko na warunkach określonych w ustawie. W świetle przepisów całej ustawy o grach hazardowych ważne było nie tylko miejsce urządzania czy prowadzenia gier (bo art. 14 ust. 1 ugh dot. lokalizacji urządzania gier na automatach w kasynach), ale i to czy osoba prowadząca działalność regulowaną ustawą o grach hazardowych w ogóle poddała się działaniu zasad określonych tą ustawą, czy też przeciwnie, zasady te zignorowała i działalność tą prowadziła pomimo, że ani zezwolenia, ani koncesji na prowadzenie kasyna nigdy nie posiadano, ani też nie ubiegano się o nie, a także np. nie doprowadzono do zarejestrowania automatów do gier. A skoro dana osoba ignorowała wszystkie obowiązki wynikające z przepisów ugh, to nie mogła skutecznie powoływać się na to, że samo stwierdzenie technicznego charakteru nienotyfikowanego art. 14 ust. 1 ugh, który miał według skarżącego być sprzężony z obowiązywaniem art. 6 ust. 1 ugh, to uwalniało ją od podporządkowania się pozostałym obowiązkom wynikającym z ugh, w tym konsekwencjom wyrażającym się w powinności powstrzymania się od działań, na które nie uzyskano koncesji. Tym bardziej, że przecież działalność w zakresie organizowania i urządzania gier hazardowych z uwagi, między innymi, na towarzyszące jej ryzyka uzależnień, korupcji i przestępczości, nie mogła być traktowana jako zwykła działalność gospodarcza, a rynek gier hazardowych, jako zwykły rynek gospodarczy, zwłaszcza, że celem polityki państwa było poddanie tego rodzaju aktywności gospodarczej ścisłej regulacji i kontroli, z położeniem szczególnego nacisku na zapobieganie uzależnieniom od hazardu, ochronę konsumentów i ich rodzin oraz zwalczanie przestępczości, w tym zorganizowanej, i innego rodzaju nielegalnej działalności (co jasno i wyraźnie ujawnione zostało w uzasadnieniu projektu do ustawy o grach hazardowych – patrz: druk sejmowy nr (...), a także wynikało z przekazów medialnych). Skoro zaś nietechniczny przepis art. 6 ust. 1 ugh obowiązywał cały czas, to z pewnością skutek niedopełnienia procedury notyfikacji przepisu technicznego art. 14 ust. 1 ugh (w brzmieniu sprzed 03.09.2015r.) nie mógł odnosić się do całej ustawy, w tym do art. 23 czy 23a ugh i gratyfikować zupełnego braku poszanowania prawa w dziedzinie gier hazardowych, która ze względu na bezpieczeństwo i porządek publiczny wymagała reglamentacji. Bowiem „Wprowadzone ustawą o grach hazardowych zmiany prowadzące do ograniczenia możliwości prowadzenia działalności gospodarczej na rynku hazardowym, a tym samym, do ograniczenia wolności obywateli zostały ustanowione w ustawie ze względu na konieczność ochrony porządku publicznego oraz moralności publicznej. Nie można dopatrzeć się naruszenia przez ustawę o grach hazardowych zasad demokratycznego państwa prawnego, w tym zasady zaufania obywateli do państwa, zasady pewności prawa czy przyzwoitej legislacji” (patrz: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w W. z dnia 15 lipca 2010 r. w spr. (...) SA/Wa 737/10, publ. Legalis nr 266684)

Jeszcze raz należy podkreślić, że nie wszystkie przepisy ustawy o grach hazardowych miały charakter techniczny i wymagały notyfikowania. Wynikające z przedstawionych w sprawie dokumentów, orzeczeń, zapatrywań, wątpliwości co do obowiązywania przepisów dotyczyły nie wszystkich przepisów ustawy o grach hazardowych, tylko głównie art. 14 ust. 1 ugh. Stąd same wywody z apelacji, że skoro nie obowiązywał art. 6 ust. 1 ugh, to nie obowiązywał i art. 23a ugh nie podlegał uwzględnieniu. Jeszcze raz bowiem należy stwierdzić, że ustawa o grach hazardowych zawierała wiele przepisów, a stwierdzenie, że jeden z nich nie obowiązywał, bo miał charakter techniczny i nie został notyfikowany (co dotyczyło art. 14 ust. 1 ugh w brzmieniu sprzed 03.09.2015r.), nie mogło prowadzić do wniosku, że oskarżony był tym samym zwolniony od respektowania i innych przepisów z tej ustawy. Tym bardziej, że nie można się zgodzić z argumentem by przepisy ustawy o grach hazardowych były względem siebie subsydiarne.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że aktualnie nie zachodzą też podstawy do stwierdzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439§1 pkt. 8 kpk wynikającej z uprzedniego skazania M. W. za czyn ciągły z art. 107§1kks w okresie obejmującym czas czynu z niniejszej sprawy. Ze stanowiska Sądu Najwyższego z wyroku SN z dnia 19 września 2018 r. w sprawie V KK 415/18 oraz podobnego stanowiska wskazanego w postanowieniu SN z 13.11.2018r. w

sprawie V KK 391/18 (opublikowanych na stronie Sądu Najwyższego) wynika, że „Skoro urządzenie gry hazardowej w postaci gry na automatach (art. 1 ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h.) wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry (art. 6 ust. 1 u.g.h.), a koncesja taka udzielana jest w odniesieniu do jednego kasyna, prowadzonego w ściśle określonym (geograficznie) miejscu (art. 41 ust. 1, art. 42 pkt 3 i art. 35 pkt 5 u.g.h.), to zachowanie osoby, która nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna podejmuje działanie w postaci urządzania gry na automatach w różnych miejscach (miejscowościach, lokalach), stanowi każdorazowo - od strony prawnokarnej - inny czyn, podjęty z zamiarem naruszenia tych przepisów w każdym z tych miejsc. Uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s., popełnione w innym miejscu, w warunkach czynu ciągłego (art. 6 § 2 k.k.s.), w którym czas jego popełnienia obejmuje czasokres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s. co do którego toczy się jeszcze postępowanie karno-skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów.” A z uwagi na argumentację wskazaną w ww orzeczeniach Sądu Najwyższego, na którą zwróciła też uwagę w piśmie załączonym do akt I Prezes SN odnosząc się do sygnalizacji co do rozbieżności w orzecznictwie dot. tej kwestii, to brak było obecnie podstaw do uwzględnienia zarzutu bezwzględnej przyczyny odwoławczej wskazanego w części wstępnej apelacji oskarżonego M. W..

A w świetle powyższego, to należało stwierdzić, że generalnie nie potwierdziły się zarzuty z apelacji M. W., a skarżący nie przytoczył tego rodzaju argumentacji, która uzasadniałyby podważenie prawidłowości rozstrzygnięcia sądu I instancji co do przypisania mu sprawstwa w zakresie popełnienia czynu z art. 107§1kks.

Natomiast rację miał M. W. podnosząc zarzuty obrazy art. 37§1pkt.4 kks w związku z jego zastosowaniem. Analiza danych o karalności M. W. przekonuje, że faktycznie doszło do zatarcia skazania wynikającego z wyroku Sądu Rejonowego w E. w sprawie VIII K 504/12, a adnotacja o tym wyroku nie figuruje już w danych o karalności M. W. i nie można obecnie powoływać się na treść ww wyroku, a nadto traktować go jako podstawy do stosowania wobec M. W. art. 37§1pkt.4 kks. Tożsame stanowisko wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w P. z dnia 4 stycznia 2017 r. w sprawie II AKa 76/16, w którym stwierdzono: „Wreszcie aktualnie brak jest podstaw do uznania, iż oskarżony A. K. (1) powinien za to przestępstwo odpowiadać w warunkach recydywy określonej w art. 37 § 1 pkt 4 KKS. Okazuje się bowiem, iż uprzednie skazanie A. K. (1) za umyślne przestępstwo skarbowe tego samego rodzaju na grzywnę wynoszącą co najmniej 120 stawek dziennych, uległo już zatarciu, co wynika z aktualnych danych o karalności oskarżonego (k. 12020-12022). Powyższe zaś oznacza niemożność przypisania oskarżonemu przestępstwa w warunkach recydywy określonej we wskazanym przepisie, mimo że ponowne przestępstwo zostało popełnione przed upływem terminu przewidzianego dla zatarcia poprzedniego skazania (por. uchwała SN z dnia 15 grudnia 1987 r., VI KZP 39/87, OSNKW rok 1988, nr 3-4, poz. 19; wyrok SN z dnia 27 kwietnia 1988 r., V KRN 72/88, OSNPG rok 1988, nr 11, poz. 111). Powyższa okoliczność wynika z faktu, że skazanie, które uległo zatarciu, uważane jest za niebyłe (art. 106 KK w zw. z art. 20 § 2 KKS). ...Powyższe okoliczności związane z niezasadnymi ustaleniami Sądu I instancji w zakresie podstaw do nadzwyczajnego obostrzenia kary spowodowały, na podstawie art. 440 KPK w zw. z art. 438 punkty 1 i 3 KPK w zw. z art. 437 § 2 KPK w zw. z art. 113 § 1 KKS, zmianę tego orzeczenia poprzez wyeliminowanie z opisu tego czynu tych elementów, które świadczyły o występowaniu przesłanek do nadzwyczajnego obostrzenia kary.”. Również w poglądzie z komentarza do art. 37 kks, (...), 2017, autorzy K. P., Ł. G., R. T. wskazano, że „Dla recydywy nie jest wystarczające takie skazanie, które uległo już zatarciu, ponieważ uważa się je za niebyłe (art. 106 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s.). Dotyczy to obu form zatarcia skazania – wnioskowego i z urzędu (art. 107 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s.). Trafnie konkluduje Sąd Najwyższy, gdy stwierdza, że jeżeli w chwili orzekania poprzednie skazanie uległo zatarciu, nie może ono uzasadniać przyjęcia powrotności do przestępstwa (skarbowego), nawet wtedy, gdy kolejne przestępstwo (skarbowe) zostało popełnione przed upływem terminu przewidzianego dla zatarcia poprzedniego skazania (uchwała SN z dnia 15 grudnia 1987 r., VI KZP 39/87, OSNKW 1988, nr 3-4, poz. 19; wyrok SA w Krakowie z dnia 16 grudnia 1993 r., II AKr 211/93, KZS 1994, z. 1, poz. 19; wyrok SN z dnia 27 kwietnia 1988 r., V KRN 72/88, OSNPG 1988, nr 11, poz. 111; wyrok SN z dnia 23 grudnia 1976 r., IV KRN 69/75, OSP 1987, z. 2, poz. 31).”

Nie można też nie dostrzec, że decydując się na wymierzenie M. W. kary pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem oraz kary grzywny, to sąd I instancji uwzględnił jako okoliczność znacznie zaostrzającą wymiar kary a wynikającą z recydywy karno-skarbowej z art. 37§1pkt.4 kks, która aktualnie nie ma racji bytu. A wobec tego, że doszło

do zatarcia skazania wynikającego z wyroku Sądu Rejonowego w E. w sprawie VIII K 504/12, to należało uwzględnić zarzut obrazy art. 37§1pkt.4 kks podniesiony w apelacji przez M. W. i zmienić zaskarżony wyrok w pkt. I w ten sposób, że dokonać eliminacji z opisu czynu przypisanego M. W. (1) działanie w warunkach art.37§1 pkt. 4 kks na tle skazania go wyrokiem Sądu Rejonowego w E. w sprawie VIII K 504/12, a w konsekwencji tego- dokonać znacznego złagodzenia wymierzonej mu kary. W ocenie sądu odwoławczego nieaktualność najbardziej obciążającej okoliczności dot. działania w warunkach recydywy karno-skarbowej, to w sytuacji gdy naganna działalność M. W. przyjęta przez sąd I instancji trwała tylko 1 dzień i dotyczyła 1 automatu, to za czyn mu przypisany nakazywała wymierzyć tylko karę grzywny w postaci 60 stawek grzywny ustalając wysokość jednej stawki na 100 złotych, bez orzekania kary pozbawienia wolności (co spowodowało też nieaktualność rozstrzygnięcia z pkt. II wyroku), gdyż kara w takiej postaci i wymiarze będzie realną odpłatą za przypisany mu czyn, a także spełni cele prewencji ogólnej.

Natomiast nie było podstaw do postulowanego przez obrońcę umorzenia absorpcyjnego. W ocenie sądu odwoławczego, przepis art. 11§1kpk ma charakter fakultatywny, a więc nie zawiera nakazu stosowania zawartej w nim normy. Ponadto niecelowość karania jako przyczyna umorzenia musi być oczywista. Wskazaniem w art. 11 §1kpk układem odniesienia jest "rodzaj i wysokość kary prawomocnie orzeczonej za inne przestępstwo". Sąd zatem może przyjąć, że z wypadkiem oczywistej niecelowości karania ma do czynienia wówczas, gdy na przykład zachodzi drastyczna dysproporcja między surową co do rodzaju i wymiaru karą już prawomocnie orzeczoną w innej sprawie czy sprawach a dość łagodną karą, która byłaby orzeczona w ocenianym postępowaniu. Tymczasem z danych o karalności oskarżonego nie wynika by zapadły wobec niego wyroki skazujące go na bezwzględne kary pozbawienia wolności w wymiarze wielu lat czy też na grzywny stanowiące wielokrotność grzywny, którą ostatecznie orzekł w tej sprawie sąd odwoławczy. Ponadto w sytuacji, gdy oskarżony M. W. okazał się być sprawcą niepoprawnym, który popełnił setki przestępstw kwalifikowanych z art. 107§1kks, to umorzenie postępowania w oparciu o art. 11§1kpk w tej sprawie naruszałoby społeczne poczucie sprawiedliwości.

Mając więc na uwadze wymowę zgromadzonych w sprawie dowodów i powyższe rozważania, to na mocy art. 437 kpk w zw. z art. 113§1kks, sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok w pkt. I w ten sposób, że dokonał eliminacji z opisu czynu przypisanego M. W. (1) działanie w warunkach art.37§1 pkt. 4 kks na tle skazania go wyrokiem Sądu Rejonowego w E. w sprawie VIII K 504/12 i za czyn mu przypisany wymierzył karę 60 stawek grzywny ustalając wysokość jednej stawki na 100 złotych, a w konsekwencji odstąpienia od orzekania kary pozbawienia wolności, uchylił odnoszące się do tej kary rozstrzygnięcie z pkt. II, a w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Natomiast okoliczność, że oskarżony będą musiał zapłacić wysokie kary grzywny wynikające i z omawianej sprawy i wynikające z danych o jego karalności, to jedynie wpłynęła na to, że zwolniono go od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie przed sądem II instancji, w tym od ponoszenia opłaty za obie instancje. (art. 624§1kpk, art.634 kpk w zw. z art. 636§1 kpk i art. 113§1kks).