

Sygnatura akt VI Ka 21/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **16 lutego 2018** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Krzysztof Ficek

Protokolant aplikant adwokacki Marcin Bartkiewicz

przy udziale funkcjonariusza L. C. - przedstawiciela Naczelnika (...)Urzędu Celno-Skarbowego w K.

po rozpoznaniu w dniu 16 lutego 2018 r.

sprawy **K. Z. córki J. i J.,**

ur. (...) w G.

oskarżonej z art. 18§3 kk w zw. z art. 107§1 kks w zw. z art. 20§2 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonej

od wyroku Sądu Rejonowego w Zabrze

z dnia 19 października 2017 r. sygnatura akt VII K 101/14

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk i art. 632 pkt 2 kpk w zw. art. 113§1 kks

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że uniewinnia oskarżoną K. Z. od popełnienia zarzucanego jej przestępstwa skarbowego z art. 18§3 kk w zw. z art. 107§1 kks w zw. z art. 20§2 kks;
2. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonej K. Z. kwotę 1344 zł (jeden tysiąc trzysta czterdzieści cztery złote) tytułem kosztów poniesionych w związku z udziałem obrońcy z wyboru w sprawie;
3. kosztami procesu w sprawie obciąża Skarb Państwa.

Sygn. akt VI Ka 21/18

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Zabrze wyrokiem z dnia 19 października 2017 r. sygn. akt VII K 101/14 uznał oskarżoną K. Z. za winną tego, że w okresie od 10 maja 2013 roku do dnia 13 maja 2013 roku w Z., w zamiarze aby inna osoba dokonała czynu zabronionego polegającego na urządzaniu wbrew przepisom art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, gier hazardowych na niezarejestrowanym elektronicznym automacie do gier bez nazwy i numeru, ułatwiła jej jego popełnienie poprzez udostępnienie lokalu usytuowanego w Z. o nazwie (...) mieszczącego się przy ulicy (...), tj. przestępstwa skarbowego wyczerpującego znamiona opisane w art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. i za to z mocy art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. skazał ją na karę grzywny w wymiarze 50 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 80 zł. oraz orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci urządzenia do gier wraz z kablem zasilającym oraz polskich pieniędzy obiegowych w kwocie 120,00 zł. Sąd zasądził ponadto od oskarżonej na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania w wysokości 70 zł. oraz opłatę w wysokości 400 zł.

Apelację od powyższego orzeczenia wywiódł obrońca oskarżonej. Na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 113 §1 k.k.s. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił obrazę przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na jego treść, a to art. 366 § 1 k.p.k. oraz art. 7 k.p.k. przez niewyjaśnienie wszystkich istotnych okoliczności przedmiotowej sprawy i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, w tym:

- dokonanie istotnych dla sprawy ustaleń faktycznych w zakresie winy i świadomości działania oskarżonej w sposób sprzeczny z zasadami prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, przez uznanie oskarżonej za winną pomocnictwa do urządzania nielegalnych gier na automacie tylko i wyłącznie w oparciu o fakt zawarcia cywilnoprawnej umowy najmu powierzchni 3m² w lokalu użytkowym;
- bezzasadne przyjęcie, że skoro „oskarżona zobowiązała się do nie prowadzenia działalności konkurencyjnej i do nie wynajmowania lokalu osobom prowadzącym taką działalność” to tym samym „musiała sobie zdawać sprawę z tego, jaka działalność była prowadzona w jej lokalu”, w sytuacji gdy powyższe nie polega na prawdzie i nie znajduje żadnego oparcia w treści zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a ww. klauzule są klauzulami powszechnie używanymi w umowach cywilno-prawnych;
- bezzasadne przyjęcie, że skoro „oskarżona nie dysponowała dokumentacją, z której wynikałoby, że właściciel wskazanego urządzenia do gier bez nazwy i numeru posiadałaby odpowiednią koncesję czy zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie gier losowych lub automatach”, to tym samym miała świadomość nielegalnego urządzania gier, w sytuacji gdy powyższe nie polega na prawdzie, a żaden przepis prawa nie nakładał na oskarżoną obowiązku gromadzenia dokumentacji dotyczącej prowadzonej przez podmiot trzeci działalności gospodarczej;
- bezzasadne uznanie, że oskarżona „musiała zdawać sobie sprawę z tego, jaka działalność była prowadzona w jej lokalu (...)”, ponieważ „(...) przebywała na co dzień w lokalu i widziała grających klientów”, w sytuacji gdy powyższe nie polega na prawdzie, a sam fakt przebywania oskarżonej w lokalu i oglądania osób grających nie oznacza, bo oznaczać z oczywistych względów nie może, że oskarżona uzyskała tym samym wiedzę techniczną, prawną, informatyczną itd., która pozwoliłaby jej na ocenę charakteru prowadzonej działalności;
- uznanie wyjaśnień oskarżonej „(...) nie przyznającej się do popełnienia zarzucanego jej czynu, w których oskarżona wskazała że nie wiedziała, że jest to nielegalne, że były to gry zabawowe, że ten który wstawiał te urządzenia, zapewniał ją że są to gry legalne, gry zabawowe, a ona tak myślała, bo się na tym nie zna” jako sprzecznych z zebrany i ocenionym materiałem dowodowym, w sytuacji gdy żaden dowód w sprawie nie pozostaje z powyższymi twierdzeniami oskarżonej w sprzeczności;
- niewykazanie za pomocą jakiegokolwiek dowodu, że oskarżona miała świadomość prowadzenia gier z naruszeniem ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009 r. nr 201, poz. 1540), podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje na brak świadomości oskarżonej;

Obrońca zarzucił zaskarżonemu wyrokowi ponadto błędy w ustaleniach faktycznych, które miały istotny wpływ na jego treść:

- wadliwym przyjęciu, że oskarżona miała świadomość faktu nielegalnego funkcjonowania wstawionego do jej lokalu urządzenia, w sytuacji gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy temu przeczy, w szczególności zeznania kontrolujących lokal funkcjonariuszy celnych i treść zawartej przez oskarżoną umowy najmu powierzchni lokalu;
- przez nieuzasadnione przyjęcie przez Sad I Instancji, że na podstawie samego wyglądu przedmiotowego urządzenia, oskarżona mogła stwierdzić, że działa ono w sposób sprzeczny z ustawą o grach hazardowych z dnia 19.11.2011 r. (Dz. U. z 2009 r. nr 201, poz. 1540), podczas gdy dla oceny charakteru ww. urządzenia niezbędne jest przeprowadzenie eksperymentu przez wykwalifikowane do tego osoby.

Na wypadek zaś nieuwzględnienia powyższych zarzutów, zarzucił obrońca naruszenie prawa materialnego:

- a to treści art. 107 k.k.s., przez jego błędne zastosowanie na skutek dokonania przez Sąd I instancji wykładni rozszerzającej, tj. uznanie, że znamię czynu zabronionego „nielegalnego urządzania gier” obejmuje swym zakresem podnajmowanie powierzchni lokalu firmie zewnętrznej ;
- przez niezastosowanie przy wyrokowaniu dyspozycji art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 107 § 4 k.k.s. w zw. z art. 53 § 8 k.k.s., a tym samym wydanie wyroku skazującego oskarżoną za przestępstwo skarbowe, w sytuacji gdy całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego zezwała na uznanie, że w sprawie zachodzą podstawy do przyjęcia, że przypisany oskarżonej czyn stanowił wypadek mniejszej wagi, a przez to zachowanie takie stanowi wyłącznie wykroczenie skarbowe.

Wskazując na powyższe zarzuty obrońca wniósł o uniewinnienie oskarżonej od przypisanego treścią wyroku przestępstwa oraz zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonej zwrotu poniesionych kosztów z tytułu wynagrodzenia ustanowionego w sprawie obrońcy. Względnie, w razie nieuwzględnienia powyższego wniosku, o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Zabrzu.

Sąd Okręgowy stwierdził, co następuje:

Wywiedziona apelacja zasługiwała na uwzględnienie i to w najdalej idącym zakresie, czyli co do żądania uniewinnienia oskarżonej K. Z. od zarzucanego jej pomocnictwa do popełnienia przez inną osobę przestępstwa skarbowego z art.107 § 1 k.k.s. Zebrany w sprawie materiał dowodowy, oceniony w zgodzie z zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, nie dał bowiem podstaw do przyjęcia umyślności zachowania oskarżonej.

Oskarżonej zarzucono i przypisano popełnienie czynu z art.18 § 3 k.k. w zw. z art.107 § 1 k.k.s. Przypomnieć trzeba, że odpowiada za pomocnictwo, kto w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, swoim zachowaniem ułatwia jego popełnienie, w szczególności dostarczając narzędzie, środek przewozu, udzielając rady lub informacji. Ze sformułowania "w zamiarze" wyprowadza się wniosek, że stroną podmiotową pomocnictwa jest umyślność zarówno w postaci zamiaru bezpośredniego, jak i ewentualnego. Prowadzi to do wniosku, że zachowanie nieumyślne wyklucza odpowiedzialność za pomocnictwo.

Przedstawione w akcie oskarżenia i przeprowadzone na rozprawie dowody nie wystarczają do przyjęcia po stronie oskarżonej umyślności, a tym samym nie doszło do zrealizowania strony podmiotowej zarzucanego jej czynu.

Nie ma racji obrońca, że uzasadnienie zaskarżonego wyroku dotknięte jest taką wadą, iż nie można poznać motywów, jakimi kierował się Sąd I instancji wydając zaskarżone rozstrzygnięcie. Te motywy wynikają z treści tego dokumentu, zaś inną kwestią pozostaje, że nie sposób uznać je za przekonujące. W środku odwoławczym obrońca szczegółowo przeanalizował wywody Sądu Rejonowego, powołując przy tym trafnie argumenty przeciwko przedstawionemu rozumowaniu tego organu. Trzeba zgodzić się ze skarżącym, że możliwe byłoby przypisanie oskarżonej pomocnictwa do przestępstwa skarbowego z art.107 § 1 k.k.s. w razie wykazania, że K. Z. działała w zмовie z podmiotem urządzającym nielegalne gry, czy też ewentualnie wykonywała przy urządzeniu jakiegokolwiek czynności związane z jego obsługą. Tymczasem dowodów na to wskazujących brak. Według umowy najmu z dnia 10 maja 2013 roku podpisanej przez oskarżoną ze spółką (...), tę ostatnią reprezentował prezes zarządu Ł. S., który z przyczyn obiektywnych (niemożność ustalenia jego miejsca pobytu - k.53), nie został przesłuchany w postępowaniu przygotowawczym, ani w późniejszym czasie. Pozostało zatem oparcie się na dokumentach oraz twierdzeniach oskarżonej i świadków - funkcjonariuszy celnych, którzy kontrolowali lokal oskarżonej w dniu 13 maja 2013 roku.

Na gruncie postępowania karnego dopuszczalne jest ustalenie okoliczności strony podmiotowej w oparciu o okoliczności natury przedmiotowej. Tak też zrobił w niniejszej sprawie Sąd I instancji, który chcąc skazać oskarżoną nie mógł oprzeć się na jej wyjaśnieniach, skoro K. Z. nie przyznała się do winy i złożyła wyjaśnienia, z których wynika,

że nie miała świadomości nielegalności urządzanych gier na automacie wstawionym do jej lokalu. Rzecz jednak w tym, że ustalenia te nie przekonują, zaś interpretacja okoliczności faktycznych jawi się jako dowolna a nie swobodna.

Dla Sądu Rejonowego o winie oskarżonej świadczy treść umowy najmu oraz jej pobyt w lokalu każdego dnia, połączony z obserwacją grających. Nadto Sąd meriti powołuje się również na nieposiadanie przez K. Z. zezwolenia ani dokumentów rejestracyjnych urzędzenia ani opinii technicznych z badań poprzedzających rejestrację, wykonanych przez upoważnioną jednostkę badającą. Z tego Sąd I instancji wyprowadził wniosek, że oskarżona musiała mieć pełną świadomość tego, jaka działalność jest prowadzona w jej lokalu. Z tezą tą nie sposób się zgodzić, gdyż obwarowana ona jest szeregiem założeń - wymogów stawianych oskarżonej jako wynajmującej niewielką powierzchnię swoje lokalu, których nie sposób wymagać od prowadzącego działalność w ramach swobody gospodarczej.

Przedmiotem wskazanej umowy najmu było wynajęcie najemcy przez wynajmującego części lokalu będącego we władaniu wynajmującego, „w celu umiejscowienia automatów zabawowych”. Nie ma mowy o automatach do prowadzenia gier hazardowych. Dopóki zatem nie zostaną przedstawione przekonujące dowody świadczące o fikcyjności tego zapisu (w celu ukrycia rzeczywistego charakteru urzędzenia), dopóty wykluczona jest inna interpretacja przywołanego § 1 umowy najmu. Tak jak i nie zostały podważone słowa oskarżonej, że była zapewniana przez najemcę o legalności przedsięwzięcia. Trudno też sobie wyobrazić sytuację, by firmy prowadzące nielegalną działalność gospodarczą informowały o wątpliwościach dotyczących jej zgodności z prawem. Zgodzić trzeba się z obrońcą, że firmy te zawsze zapewniały właścicieli lokali o tym, że ich działalność i ich automaty są legalne. Sądowa praktyka twierdzenie to w pełni potwierdza. Nie trzeba przy tym sięgać do argumentu posiadania przez prowadzących tego rodzaju działalność gospodarczą orzeczeń umarzających czy uniewinniających, tym bardziej, że na taką sytuację oskarżona nigdy się nie powoływała.

Nie ma racji Sąd Rejonowy twierdząc, że wyjaśnienia oskarżonej nie wytrzymują krytyki w świetle zasad doświadczenia życiowego. Zgodzić trzeba się z obrońcą, że nie jest penalizowane samo zawieranie umów cywilnoprawnych. Wydaje się oczywiste, że przepisy prawa nie nakładają na wynajmującego obowiązku gromadzenia, kontrolowania i weryfikowania dokumentacji, która dotyczy działalności innego podmiotu. Dlatego ma rację skarżący, że błędne jest opieranie skazania na zarzucie, iż oskarżona nie dysponowała koncesjami i zezwoleniami innego podmiotu.

Obrońca przekonująco wykazał również i to, że o winie oskarżonej nie może świadczyć zawarty w umowie najmu zakaz konkurencji. Zgodzić trzeba się ze skarżącym, że zakaz urządzania działalności konkurencyjnej lub zakaz podnajmu lokalu podmiotom prowadzącym identyczną działalność jest klauzulą powszechnie używaną w umowach cywilnoprawnych. Nie wiadomo zatem dlaczego, brak w uzasadnieniu wyroku szerszego wywodu, miałyby to zrodzić w świadomości oskarżonej przekonanie o nielegalności urządzanych gier. To samo należy odnieść do argumentu Sądu I instancji o codziennym przebywaniu oskarżonej w lokalu i obserwacji grających. Skoro postępowanie dowodowe wykazało, że oskarżona oprócz tego, iż wynajęła część powierzchni lokalu, nie miała nic wspólnego z obsługą grających i wstawionego urzędzenia, to dalej idące wnioski należało formułować z dużą ostrożnością. Trafnie pisze obrońca, że sam fakt przebywania oskarżonej w lokalu i oglądania osób grających nie oznacza, że tym samym uzyskała wiedzę techniczną, prawną, czy inną, która pozwoliłaby jej na ocenę charakteru prowadzonej działalności. Przekonuje też i ten argument apelującego, że gdyby obserwacja przez laika graczy pozwalała na ocenę charakteru urządzanej na automatach działalności, to zapewne zbędne byłyby eksperymenty funkcjonariuszy celnych i badania przeprowadzone przez biegłych sądowych z zakresu informatyki i automatyki. W niniejszej sprawie jeden z kontrolujących funkcjonariuszy przeprowadził grę kontrolną, zaś biegły A. C. wydał opinię. Ocena legalności prowadzenia tego rodzaju działalności w kontekście świadomości oskarżonej nie sprowadza się tylko i wyłącznie do kwestii notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych, ustalenia czy dany przepis ma charakter techniczny oraz konsekwencji braku notyfikacji, ale odnosi się również do szeregu problemów interpretacyjnych związanych z definicjami zawartymi w ustawie o grach hazardowych z dnia 19.11.2009 roku. Chodzi m.in. o pojęcia elementu losowego, charakteru losowego gier, wygranej rzeczowej. Jeśli zatem oskarżona tego rodzaju działalności nie prowadziła, to nie sposób stawiać jej wymogów wykraczających poza zdolności i umiejętności, jak pisze obrońca, "normalnego człowieka". Nie bez znaczenia jest również i to, na co zwrócił uwagę apelujący, że w powszechnej świadomości automaty hazardowe kojarzą się z tymi, z użyciem których wiąże się wygrana pieniężna, zaś pozostałe

to urządzenia zabawowe. Postępowanie sądowe wykazało, że korzystając z zabezpieczonego w lokalu oskarżonej czynnego automatu można było uzyskać wygraną w postaci punktów zasilających licznik (...), przedłużając w ten sposób grę (k.9v.).

Na rozprawie apelacyjnej w wypowiedzi przedstawiciela oskarżyciela publicznego pojawiło się stwierdzenie, że nie był to pierwszy kontakt oskarżonej z tego rodzaju urządzeniami. Wcześniej w jej lokalu takie urządzenia się znajdowały (k.270v.). Z pewnością twierdzenie to wynika z protokołu kontroli (k.3). Zapisano w nim, że według oświadczenia K. Z. w przeszłości w lokalu funkcjonowały (...) należące do spółki (...) z K.. W zakresie tego zapisu nie prowadzono żadnych czynności wyjaśniających w postępowaniu przygotowawczym czy sądowym. Nie ustalił tego Sąd I instancji. Nie wiadomo zatem w jakim okresie to było, czy wiązało się z naruszeniem przepisów prawa i czy prowadzono postępowanie karnoskarbowe. Tym bardziej, że oskarżona do tej pory nie była karana (k.262). Fakt ten może być tłumaczony i w ten sposób, że upewnił oskarżoną w legalności przedsięwzięcia. Nie można również zapominać, że apelację wniesiono wyłącznie na korzyść oskarżonej i stąd niemożliwe jest czynienie ewentualnych nowych ustaleń dla niej niekorzystnych.

Z tych zatem wszystkich powodów Sąd Okręgowy podzielił wskazane wyżej twierdzenia apelacji i uznał, że postępowanie nie wykazało umyślności po stronie oskarżonej i dlatego uniewinnił K. Z. od popełnienia zarzucanego jej przestępstwa skarbowego z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s.

Na podstawie art.632 pkt 2 k.p.k. w zw. z art.113 § 1 k.k.s. kosztami procesu w sprawie obciążył Skarb Państwa. Na rzecz oskarżonej od Skarbu Państwa zasądził kwotę 1344 złotych tytułem kosztów obrony z wyboru za obie instancje.

W wyniku uniewinnienia nie mógł się ostać przepadek dowodów rzeczowych orzeczonej wobec oskarżonej jako dodatkowa dolegliwość w postaci środka karnego. Sąd odwoławczy o tych dowodach nie orzekł, pozostawiając tę kwestię Sądowi I instancji. Dowody te dotyczą bowiem innego postępowania (zostały zatrzymane w związku z urządzaniem gier hazardowych przez inną osobę niż oskarżona), o którym nie wiadomo jaki jest jego przebieg. Oskarżona do tych dowodów rzeczowych nie rości sobie żadnych praw.