

**Sygnatura akt VI Ka 385/19**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **11 czerwca 2019** r.

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

Przewodniczący SSO Piotr Mika

Protokolant Monika Dąbek

przy udziale Marii Mizery Prokuratora Prokuratury Rejonowej G. w G. oraz B. S. przedstawiciela Naczelnika (...) Urzędu Celno – Skarbowego w K.

po rozpoznaniu w dniu 11 czerwca 2019 r.

sprawy **P. F.** ur. (...) w K.

syna W. i K.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 4 lutego 2019 r. sygnatura akt IX K 1015/18

na mocy art. 437 § 1 kpk i art. 636 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;
2. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 20 zł (dwadzieścia złotych) i wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 1.000 zł (tysiąc złotych).

**Sygn. VI Ka 385/19**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 4 lutego 2019 roku w sprawie o sygn. IX K 1015/18 Sąd Rejonowy w Gliwicach:

1. oskarżonego P. F. uznał za winnego tego, że w okresie od co najmniej 11 lipca 2016 roku do 21 lipca 2016 roku, będąc prezesem zarządu Spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. – współnika (...)Sp. k. z siedzibą w Z. i w związku z tym osobą uprawnioną do reprezentowania tej ostatniej spółki, w lokalu o nazwie (...) mieszczącym się w G. przy ulicy (...) urządził gry na automatach: (...) nr (...), S. (...) nr (...) oraz automacie bez nazwy o nr (...) (będące gramami na urządzeniach komputerowych, o wygrane pieniężne, zawierającymi element losowości) wbrew przepisom art. 6 ustęp 1 i art. 14 ustęp 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, to jest przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. i za to na mocy powołanego przepisu w związku z art. 23 § 1 i 3 k.k.s. skazał go na karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych, przy przyjęciu wysokości jednej stawki na kwotę 100 złotych;
2. na mocy art. 30 § 5 k.k.s. orzekł przepadek automatów: (...) nr (...), S. (...) nr (...) i automatu bez nazwy o nr (...) oraz pieniędzy w kwocie 1610 (tysiąca sześciuset dziesięciu) złotych – dowodów przechowywanych w magazynie depozytowym Delegatury (...)Urzędu Celno – Skarbowego w R. pod pozycją (...);

3. na podstawie art. 627 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s. i art. 3 ustęp 1 w związku z art. 21 punkt 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki w kwocie 110 złotych oraz obciążył go opłatą w wysokości 1000 złotych.

Apelację od wyroku wywiódł obrońca oskarżonego, który zaskarżając orzeczenie w całości zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść rozstrzygnięcia, a to naruszenie przepisu art. 390 § 1 k.p.k. w zw. z art. 392 § 1 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. (prawo do obrony) poprzez rozpoznanie sprawy bez udziału oskarżonego;

2. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, a to art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. poprzez nieuwzględnienie w należyтым stopniu całokształtu okoliczności ujawnionych w toku rozprawy oraz nieuprawnione przyjęcie, że oskarżony był świadom bezprawności swoich działań, podczas gdy z uwagi na brak jasnych i pewnych przepisów w zakresie tejże działalności pozostawał w błędzie co do okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego, a w konsekwencji brak jest możliwości przypisania mu zamiaru popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s.;

3. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a to art. 5 § 2 k.p.k. przejawiającą się rozstrzygnięciem wszelkich wątpliwości niedających się usunąć na niekorzyść oskarżonego (w tym istotnej okoliczności niedziałania automatów, co potwierdza sąd I instancji – w trakcie kontroli urządzenia były nieaktywne), a w konsekwencji przypisanie mu zamiaru popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s.

4. wynikający z tej obrazę błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, że oskarżony dopuścił się zarzucanego mu czynu, podczas gdy właściwa ocena zgromadzonych w sprawie dowodów, w tym treść wyjaśnień oskarżonego złożonych w toku postępowania przygotowawczego, zeznań świadków (A. D., M. S.) oparta na wskazaniach wiedzy, logicznym rozumowaniu i doświadczeniu życiowym oraz ustalonych na ich podstawie okoliczności, prowadzi do odmiennego wniosku (zatrzymane w lokalu automaty nie działały, były niesprawne)

5. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść poprzez przyjęcie, że oskarżony popełnił przestępstwo skarbowe i nie dopuścił się go w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności, zgodnie z art. 10 § 4 k.k.s., podczas gdy z okoliczności sprawy oraz prawidłowej i całościowej oceny materiału dowodowego wynika wniosek zgoła odmienny;

6. z ostrożności procesowej rażącą niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary grzywny, w sytuacji gdy chaos legislacyjny panujący w okresie zarzucanego oskarżonemu czynu, aktualna sytuacja materialna i życiowa, w tym konieczność opuszczenia kraju w celach zarobkowych (w Polsce oskarżony posiadał status bezrobotnego), zakończenie prowadzenia jakiegokolwiek działalności w branży rozrywkowej (złożenie rezygnacji z funkcji prezesa) uzasadniają odstąpienie od wymierzenia kary, ewentualnie wymierzenie jej w dolnych granicach ustawowych.

W oparciu o tak postawione zarzuty obrońca wniósł o zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonego w oparciu o kontratyp z art. 10 § 4 k.k.s. , a na wypadek nieuwzględnienie pierwszego wniosku o zmianę wyroku i odstąpienie od wymierzenia kary lub wymierzenie kary grzywny w dolnych granicach ustawowych, w tym także o zmianę kwalifikacji prawnej czynu, z przyjętej przez sąd I instancji kwalifikacji z art. 107 § 1 k.k.s. na art. 107 § 4 k.k.s., tj. przyjęcia wypadku mniejszej wagi, nadto o zwolnienie oskarżonego z obowiązku poniesienia kosztów procesu.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Apelację uznać należało za bezzasadną.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 390 § 1 k.p.k., zgodnie z którym oskarżony ma prawo być obecny przy wszystkich czynnościach postępowania dowodowego, wskazać należy, że o wskazanym naruszeniu przepisu można by mówić wyłącznie w sytuacji usprawiedliwionej nieobecności oskarżonego na rozprawie.

Tymczasem oskarżony za pośrednictwem swojego obrońcy poinformował sąd o tym, że przebywa na stałe za granicą i nie będzie mógł otrzymać od swojego pracodawcy urlopu, który umożliwiłby jego udział w rozprawie. Wskazać należy, że twierdzenia oskarżonego w kwestii niemożności uzyskania urlopu nie zostały potwierdzone jakimkolwiek dowodem, w szczególności oświadczeniem jego pracodawcy o niemożności udzielenia urlopu. W takiej sytuacji nieobecność oskarżonego uznać należało po prostu za nieusprawiedliwioną. Co więc rozprawa nie zakończyła się na jej pierwszym terminie w dniu 29 listopada 2018 roku. O jej drugim terminie 21 stycznia 2019 roku oskarżony został prawidłowo zawiadomiony i wówczas również nie stawił się na niej, nie usprawiedliwiając swojej nieobecności, jak też nie formułując wniosku o jej odroczenie w celu umożliwienia mu udziału w rozprawie i złożenia wyjaśnień. Stosownych wniosków na rozprawie w dniu 21 stycznia 2019 roku nie sformułował także obecny na niej obrońca oskarżonego. W sytuacji gdy obecność oskarżonego na rozprawie nie jest obowiązkowa, zaś oskarżony bądź to nie stawia się na rozprawie nie usprawiedliwiają należycie swojej nieobecności, jak też nie formułuje wniosków o przerwę bądź odroczenie rozprawy w celu umożliwienia mu skorzystania z uprawnienia do złożenia wyjaśnień, nie sposób nakładać na sąd obowiązku tolerowania nieusprawiedliwionej nieobecności, jak też przewidywania nieujawnionych zamiarów dotyczących wzięcia udziału w rozprawie oraz złożenia wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutu obrazy przepisów postępowania, a to art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. uznać, należy go za nietrafny w sytuacji gdy ocena wiarygodności poszczególnych dowodów przeprowadzonych w toku postępowania została przez sąd dokonana bez podpadania w kolizję z regułami rozumowania, zasadami doświadczenia życiowego, jak też wskazaniem wiedzy i przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności ujawnionych w toku postępowania. Nie sposób zarzucać sądowi I instancji braku logiki w stwierdzeniu, że wyjaśnieniom oskarżonego, który utrzymywał, że nie był aktywnie zaangażowany w urządzenie gier hazardowych, przeczy fakt złożenia przez niego zażalenia na dokonane w toku postępowania przygotowawczego zatrzymanie automatów. Co więcej fakt, aktywnego uczestnictwa oskarżonego w tym procederze potwierdzają także dowody zgromadzone w prowadzonych przeciwko niemu sprawach Sądu Rejonowego w Gliwicach o sygn. III K 398/18 i IX K 1034/17 i Sądu Rejonowego w Zabrzu o sygn. II K 198/17, z których jednoznacznie wynika, że to oskarżony a nie jego pełnomocnik w imieniu spółki (...) sp. k. z siedzibą w Z. zawierał umowy dzierżawy z właścicielami lokali w celu urządzania i prowadzenia gier w latach 2015 -2016.

Nie sposób kwestionować również prawidłowości oceny wiarygodności zeznań świadka J. B., powołując się wyłącznie na fragment jego wypowiedzi z rozprawy, gdzie m. in. zeznał; „nie wie o jaki lokal chodzi”, skoro w dalszej części jego zeznania odwołują się jednoznacznie do jego obserwacji dokonanych m.in. w lokalu (...) w G., a w odczytanych na rozprawie i podtrzymanych przez tego świadka zeznaniach złożonych w postępowaniu przygotowawczym świadek ten jednoznacznie wskazał adres jednego z lokali, w którym urządzane są gry na automatach, tj. ul. (...). Świadek ten był m.in. w tym lokalu bezpośrednio przed zawiadomieniem złożonym przez niego na Policji w dniu 17 czerwca 2016 roku. Próba dyskredytowania świadka z odwołaniem się do jego doświadczeń związanych z uzależnieniem od hazardu jego syna razi swoją arbitralnością i dowolnością. Świadek wskazał przecież szczegółowo lokale i czas w których zaobserwowała eksploatację automatów do gry przez klientów lokali. Brak jest jakichkolwiek okoliczności świadczących o tym, że jego osobiste zaangażowanie w walkę z nielegalnym hazardem przybrało postać przekazywania organom ścigania informacji nieprawdziwych i nierzetelnych

To właśnie relacja tego świadka pozwala uznać za całkowicie niewiarygodne zeznania świadków A. D. (2) i M. S. (2) w zakresie, w jakim utrzymywali oni, że znajdujące się w lokalu (...) automaty do gry nie były włączane i użytkowane zgodnie z ich przeznaczeniem. Wiarygodność tych świadków nie wytrzymuje zresztą krytyki w związku z faktem, że także w dniu 20 października 2016 roku w tym samym lokalu funkcjonariusze Urzędu Celnego dokonali zajęcia działających automatów do gry będących własnością spółki (...)sp. k. z siedzibą w Z.. Także opinia biegłego w pełni potwierdziła, że automaty zabezpieczone w dniu 21 lipca 2016 roku były sprawne i mogły być prowadzone na nich gry. Tym samym jednoznacznego zaprzeczenia znalazły twierdzenie świadka A. D. (2) o rzekomej niesprawności zabezpieczonych automatów. Okoliczność, że w momencie kontroli dokonanej przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego automaty nie były włączone, w żadnym razie nie przeczy ich eksploatacji zgodnie z komercyjnym przeznaczeniem w okresie wcześniejszym. Gdyby w istocie zabezpieczone automaty miały być niesprawne, to z jednej strony całkowicie

sprzeczne z logiką i doświadczeniem życiowym byłoby ich umieszczenie w lokalu (...) przed dokonaniem naprawy, z drugiej strony niezrozumiałe jest, dlaczego w niesprawnych automatach umieszczonych w lokalu wciąż znajdowały się środki pieniężne. Tak więc co do okoliczności, czy automaty były przed ich zajęciem eksploatowane zgodnie z ich przeznaczeniem, wątpliwości należało rozstrzygnąć w oparciu o informacje wynikające bezpośrednio z dowodów oraz doświadczenie życiowe, zasady logiki i wskazania wiedzy, a więc przy użyciu instrumentów wskazanych w art. 7 k.p.k. Wątpliwość ta nie miała charakteru wątpliwości nie dającej się usunąć w rozumieniu art. 5 § 2 k.p.k., brak więc było konieczności odwołania się do dyspozycji tego przepisu, nakazującej rozstrzygać tego rodzaju wątpliwości na korzyść oskarżonego.

Polemika z pozostałymi zarzutami apelacji okazuje się o tyle utrudniona, że nie zostały one w żaden sposób wytłumaczone w uzasadnieniu apelacji. Nie wytłumaczono w szczególności, dlaczego oskarżony miałby nie być świadom bezprawności swoich działań i że z uwagi na brak jasnych i pewnych przepisów w zakresie tejże działalności pozostawał w błędzie co do okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego. Stawianie zarzutów w tym zakresie, w szczególności zarzutu naruszenia art. 10 § 4 k.k.s. dziwić musi w sytuacji, gdy w żadnym fragmencie swoich wyjaśnień oskarżony nie powoływał się na swoje przekonanie o legalność zarzuconych mu działań. Niezależnie od tego jednak w aktualnym i obowiązującym w chwili czynu stanie prawnym wymóg posiadania koncesji na prowadzenie kasyna, jako bezwzględny wymóg legalności urządzania gier na automatach nie może budzić już jakichkolwiek rozsądnych wątpliwości. W odniesieniu do czynów popełnionych po 1 lipca 2016 roku nie sposób już powoływać się nawet na rzekome wątpliwości co zakresu zastosowania art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U.2015.1201), skoro okres obowiązkowego dostosowania się do wymogów określonych w znowelizowanej ustawie ograniczono do dnia 1 lipca 2016 r.

Brak również jakichkolwiek podstaw dla uznania wymierzonej oskarżonemu kary za rażąco surową. Twierdzenia o mającym umniejszać stopień winy oskarżonego rzekomym chaosie prawnym dotyczącym jego inkryminowanej działalności z wyżej wskazanych przyczyn nie mają już żadnego rozsądnego uzasadnienia. Aktualna pozytywna postawa oskarżonego związana z zaprzestaniem działalności w zakresie urządzania gier hazardowych pozwalała co najwyżej na orzeczenie wobec niego kary rodzajowa najłagodniejszej. Jednakże zarówno stopień społecznej szkodliwości przypisanego mu czynu wyznaczony w szczególności liczbą automatów przy użyciu których urządzano gry, jak też dotychczasowa 5-krotna karalność za czyny z art. 107 § 1 k.k.s. sprawiają, że grzywna w wysokości 100 stawek dziennych uznana musi być za całkowicie adekwatną w stosunku do czynu oskarżonego, jak i potrzeb związanych z zapobiegawczym oddziaływaniem kary na oskarżonego. Aktualna sytuacja materialna oskarżonego rzutować mogła co najwyżej na wysokość ustalonej stawki dziennej grzywny. Mając na uwadze treść art. 23 § 3 k.k.s. zgodnie z którym stawka dzienna nie może być niższa od jednej trzydziestej części minimalnego wynagrodzenia ani też przekraczać jej czterystukrotności, ustalenie stawki dziennej na poziomie 100 złotych uznać należy za adekwatną do jego dochodów, warunków osobistych, rodzinnych, stosunków majątkowych i możliwości zarobkowych. Na aprobatę zasługuje stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2012 r., sygn. III KK 397/11, , zgodnie z którym przy określaniu wysokości stawki dziennej w oparciu o przepis art. 23 § 3 k.k.s. należy brać pod uwagę minimalne wynagrodzenie obowiązujące w czasie ostatniego z działań przestępczych. Minimalne wynagrodzenie w roku 2016 zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2015 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r. wynosiła 1850 zł. Jego jedna trzydziesta część to niespełna 62 złote. Ustalenie jednej stawki dziennej w takiej sytuacji na poziomie 100 złotych przy uwzględnieniu posiadanego przez oskarżonego wykształcenia, dochodów uzyskiwanych z pracy za granicą, własności jednego mieszkania i braku obowiązków alimentacyjnych uznać należy za całkowicie prawidłowe.

Odnosząc się do konkludentnie wynikającego z wniosków apelacji zarzutu naruszenia art. 107 § 4 k.k.s. polegającego na nieuznaniu czynu oskarżonego za wypadek mniejszej wagi, wskazać jedynie wypada, że taką kwalifikację czynu oskarżonego wyklucza liczba automatów użytych do urządzania gier hazardowych wyznaczająca poziom społecznej szkodliwości czynu oskarżonego.

Mając na uwadze powyższe argumenty i nie dostrzegając także innych niż podniesione w apelacji obrońcy uchybień podlegających uwzględnieniu z urzędu, zaskarżony wyrok utrzymano w mocy.

Wobec nieuwzględnienia apelacji wywiedzionej przez obrońcę oskarżonego zgodnie z art. 636 § 1 k.p.k. obciążono oskarżonego wydatkami postępowania odwoławczego, na które to wydatki złożył się jedynie ryczałt za doręczenie pism i wezwań wynoszący 20 złotych. Zgodnie z art. 8 ustawy o opłatach w sprawach karnych oskarżonego obciążono także opłatą za nieuwzględnioną apelację skierowaną przeciwko rozstrzygnięciu o winie. Wysokość tej opłat odpowiada wysokości opłaty za karę orzeczoną przez sąd I instancji, tj. 10% kwoty grzywny.