

Sygn. akt V.2 Ka 118/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 kwietnia 2019 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku

Wydział V Karny Sekcja Odwoławcza

w składzie:

Przewodniczący: SSO Jacek Myśliwiec

Sędziowie: SSO Sławomir Klekocki (spr.)

SSO Lucyna Pradelska-Staniczek

Protokolant: Justyna Napiórkowska

w obecności Wojciecha Zielińskiego Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Jastrzębiu – Zdroju oraz Zbigniewa Wawrzyczka funkcjonariusza Śląskiego Urzędu Celno – Skarbowego w Katowicach

po rozpoznaniu w dniu 8 kwietnia 2019 r.

sprawy: **K. P. /P./,**

syna L. i U.,

ur. (...) w D.

oskarżonego o przestępstwo z art. 107 § 1 kk

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Jastrzębiu - Zdroju

z dnia 10 grudnia 2018r. sygn. akt II K 937/14

I.utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

II.zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki za postępowanie odwoławcze w kwocie 20zł (dwadzieścia złotych) i obciąża go opłatą za II instancję w kwocie 760zł (siedemset sześćdziesiąt złotych).

SSO Jacek Myśliwiec

SSO Sławomir Klekocki (spr.) SSO Lucyna Pradelska-Staniczek

Sygn. akt V.2 Ka 118/19

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 10 grudnia 2018 r. Sąd Rejonowy w Jastrzębiu Zdroju uznał K. P. za winnego tego, że:

I. w okresie od dnia 01 czerwca 2013r. do dnia 10 czerwca 2013r. w J., będąc właścicielem firmy (...) z/s w O. przy ul. (...), a zarazem najemcą lokalu bez nazwy mieszczącego się w J. przy ul. (...), urządzał gry o wygrane pieniężne, zawierające element losowości, organizowane w celach komercyjnych na automacie do gier o nazwie H. (...) bez numeru wbrew przepisom art. 6 ust. 1 Ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 z 2009r. poz. 1540),

II. w okresie od dnia 02 sierpnia 2013r. do dnia 27 sierpnia 2013r. jako właściciel firmy (...) z/s w O. przy ul. (...) urządzał w lokalu Sklep (...) w J. przy Os. (...) gry o charakterze losowym w celach komercyjnych na urządzeniu elektronicznym do gier B. bez numeru wbrew przepisom Ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 z 2009r., poz. 1540 z późn. zm.),

III. w okresie od dnia 11 października 2013r. do dnia 09 grudnia 2013r. jako właściciel firmy (...) z/s w O. przy ul. (...) urządzał w lokalu Kawiarnia (...) w J. przy ul. (...) gry o charakterze losowym w celach komercyjnych na urządzeniach elektronicznych do gier H. S. P. o nr (...) i B. S. o nr (...) przepisom Ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 z 2009r., poz. 1540 z późn. zm.),

IV. w dniu 19 listopada 2013r. w lokalu o nazwie L. (...) mieszczącym się w J. przy ul. (...) urządzał w celach komercyjnych gry o charakterze losowym o wygrane pieniężne na urządzeniach elektronicznych do gier o nazwie :. (...) o nr (...), H. (...) o nr (...) oraz urządzał w celach komercyjnych gry o charakterze losowym na urządzeniu elektronicznym do gier o nazwie H. (...) o nr (...) wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201, poz. 1540 z późn. zm.),

tj. popełnienia przestępstw z art. 107 § 1 kks przyjmując, że oskarżony działał wbrew art. 6 ust. 1, 14 ust. 1 oraz art. 23a ust. 1 Ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, jak również przyjmując że działał on w warunkach ciągu przestępstw o jakim mowa w treści art. 40 § 1 kks i za to na podstawie art. 107 § 1 kks w zw. z art. 40 § 1 kks wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wysokości 40 stawek dziennych po 80,00 zł każda.

Na podstawie art. 30 § 5 kks oraz art. 29 pkt 2 kks orzekł wobec oskarżonego przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci:

- automatu do gier H. (...) bez numeru wraz z kablem zasilającym, przechowywanym w magazynie (...) pod poz. D/ (...),
- oryginału umowy najmu nr (...) wraz z załącznikami, znajdujących się w aktach sprawy k. 17-24,
- polskich pieniędzy obiegowych w kwocie 3.665,00 zł (trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt sześć złotych) przechowywanych w kasie (...) w K. pod poz. D/ (...),
- automatu do gier (...) bez numeru wraz z kablem zasilającym, przechowywanym w magazynie (...) pod poz. D/ (...),
- oryginału umowy najmu nr (...), znajdującej się w aktach sprawy k. 213,
- polskich pieniędzy obiegowych w kwocie 1.948,00 zł (jeden tysiąc dziewięćset czterdzieści osiem złotych) , przechowywanych w kasie (...) w K. pod poz. D/ (...),
- automatu do gier H. (...) P. o nr (...) wraz z przewodem zasilającym, przechowywanym w magazynie (...) pod poz. D/ (...),
- automatu do gier (...) o nr (...) wraz z przewodem zasilającym przechowywanym w magazynie (...) pod poz. D/ (...),
- umowy najmu nr (...), znajdujących się w aktach sprawy k. 352 oraz 353,

- polskich pieniędzy obiegowych w kwocie 9.705,00 zł (dziewięć tysięcy siedemset pięć złotych), przechowywanych w kasie (...) w K. pod poz. D/ (...),

- automatu do gier H. (...) o nr (...) wraz z przewodem zasilającym, przechowywanym w magazynie (...) pod poz. D/ (...),

- automatu do gier H. (...) o nr (...) wraz z przewodem zasilającym, przechowywanym w magazynie (...) pod poz. D/ (...),

- automatu do gier VIDEO G. o nr EM/10/13/CI wraz z przewodem zasilającym, przechowywanym w magazynie (...) pod poz. D/ (...),

- polskich pieniędzy obiegowych w kwocie 3.905,00 zł (trzy tysiące dziewięćset pięć złotych) przechowywanych w kasie (...) w K. pod poz. D/ (...);

Na podstawie art. 627 kpk oraz art. 2 ust. 1 pkt 2 i art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 23.06.1973r. o opłatach w sprawach karnych (tekst jedn. Dz. U. z 1983r., Nr 49, poz. 223 z późn. zm.) w zw. z art. 113 § 1 kks zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania obejmujące opłatę w kwocie 640,00zł oraz wydatki w kwocie 1.554,40 zł .

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonego K. P. zaskarżając wyrok w całości zarzucając mu :

1. art.17 § 1 pkt 7 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks poprzez zaniechanie umorzenia postępowania przez Sąd I instancji w sytuacji gdy na mocy wyroku Sądu Rejonowego w Sanoku z dnia 13 marca 2017r. sygn.. akt II K 84/17 K. P. został uznany za winnego popełnienia występku z art. 107 § 1 kks w warunkach art. 6 § 2 kks, którego oskarżony dopuścić się miał w okresie od dnia 30 lipca 2013r. do 5 grudnia 2013r., a przy przyjęciu, że krótki okres czasu w rozumieniu art. 6 § 2 kks wynosi 6 miesięcy, to czynny zarzucane oskarżonemu w niniejszym postępowaniu mieszczą się w ww. okresie, za który oskarżony został już skazany, co winno było skutkować umorzeniem postępowania;

2. naruszenie art. 40 § 1 kks poprzez błędne przyjęcie, iż czynny zarzucane oskarżonemu stanowią ciąg przestępstw, podczas gdy analiza dowodów zebranych w sprawie prowadzi do wniosku, iż oskarżony co najwyżej dopuścił się jednego czynu przy zastosowaniu art. 6 § 2 kks, albowiem oskarżony wszystkie występkę popełnił w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu tego samego zamiaru (prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na urządzaniu gier na automatach pod nazwą (...)), z wykorzystaniem tej samej sposobności jaką jest brak notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych, w konsekwencji czego art. 40 § 1 kks i związane z nim nadzwyczajne zaostrezenie kary nie powinno mieć miejsca, lecz czynny opisane w akcie oskarżenia należało uznać za jeden czynny popełniony w warunkach art. 6 § 2 kks w różnych miejscach (różne lokale), ale w ramach tego samego zamiaru, sposobności i tej samej działalności gospodarczej. Niesłuszne zastosowanie art. 40 § 1 kks zaważyło na surowości kary orzeczonej wobec oskarżonego;

3.naruszenie art. 107 § 1 kks w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, poprzez uzupełnienie blankietowego przepisu art. 107 § 1 kks przepisem 14 ust. 1 ugh, podczas gdy z uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego , sygn.. akt I KZP 10/15, art. 14 ust. 1 ugh wynika, że art. 14 ust. 1 ugh nie może mieć zastosowania do występku z art. 107 § 1 kks popełnionych przed 3 września 2015r. z uwagi na brak ich notyfikacji.

Niezależnie od powyższego , zaskarżonemu wyrokowi zarzucił także:

4.błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na treść orzeczenia polegający na przyjęciu, iż oskarżony K. P. dopuścił się zarzucanego mu występku umyślnie podczas gdy aktualna w dacie czynu linia orzecznictwa sądów powszechnych wskazywała na to, iż z uwagi na brak notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych – zakaz urządzania gier na automatach poza kasynem nie obowiązuje i nie może być stosowany, co powodowało, iż oskarżony który w tamtym czasie nie był karany za występkę z art. 107 § 1 kks mógł dopuścić się zarzucanego mu przestępstwa pozostając w błędnym lecz usprawiedliwionym przekonaniu, że nie popełnia przestępstwa.

5. rażąco niewspółmierność kary orzeczonej wobec oskarżonego poprzez orzeczenie kary 6 miesięcy pozbawienia wolności bez możliwości warunkowego zawieszenia jej wykonania, w sytuacji gdy w dacie czynu oskarżony nie był karany za występki z art. 107 § 1 kks, czyny których się dopuścił w tym i innych postępowaniach dotyczą okresu sprzed 2014r., od 2014r. oskarżony nie wchodzi w konflikt z prawem, a nadto w sytuacji gdy fakt, iż oskarżony został już skazany przez inny Sąd przy zastosowaniu art. 6§ 2 kks za taki sam czyn z tego samego okresu, to o ile nie będzie skutkowało umorzeniem postępowania, winno powodować orzeczenie łagodniejszej kary, a to w związku z tym, że gdyby oskarżony był sądzony za oba czyny w jednym procesie, kara łączna byłaby łagodniejsza niż kary orzekane osobno w poszczególnych postępowaniach, dodatkowo nie można tracić z pola widzenia okoliczności, iż czyn był popełniony 5 lat temu, od tego czasu oskarżony nie wchodzi w konflikt z prawem.

W oparciu o w/w zarzuty obrońca oskarżonego wnosil o :

1.umorzenie postępowania wobec K. P. na zasadzie art. 439 § 1 pkt 9 kpk w zw. z art. 17 §1 pkt 7 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks,

względnie o

2.zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego K. P. od stawianego mu zarzutu,

względnie o

3.eliminację z opisu czynu art. 14 § 1 ugh oraz zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wyeliminowanie z podstawy skazania art. 40 § 1 kks i przyjęcie kwalifikacji prawnej z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks i w konsekwencji zmianę wyroku w części dotyczącej kary poprzez nieorzeczenie kary bezwzględnej pozbawienia wolności,

względnie o

4.orzeczenie łagodniejszej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Sąd Okręgowy zważył co następuje :

apelacja obrońcy oskarżonego nie zasługuje na uwzględnienie. Nie trafny okazał się zarzut obrazy prawa materialnego podniesiony przez obrońcę w apelacji określony w art. 439 § 1 pkt 8 kpk w zw. z art.113 § 1 kks polegający na uznaniu oskarżonego za winnego zarzucanego mu czynu pomimo, że oskarżony wyrokiem Sądu Rejonowego w Sanoku z dnia 13 marca 2017 r. został uznany za winnego przestępstw skarbowych z art. 107 kks, gdzie zarzucanych czynów miał się dopuścić w czasie obejmującym zarzucany mu w niniejszej sprawie. Przepis art. 6 § 2 kks nie ma jednak zastosowania do art. 107 § 1 kks przestępstwo to ma charakter przestępstwa trwałego, wiele czynowego. Sądowi odwoławczemu znane są orzeczenia Sądu Najwyższego odnośnie powagi rzeczy osadzonej jednak w realiach niniejszej sprawy nie mają one zastosowania. W orzecznictwie wskazuje się, że warunkiem przyjęcia stanu prawomocności materialnej jest tożsamość czynu, a nie tylko wzajemne podobieństwo, identyczna kwalifikacja prawna , czy popełnienie zachowań w tożsamym przedziale czasowym. W realiach niniejszej sprawy analizując czyn prawomocny przypisany oskarżonemu w wyroku Sądu Rejonowego w Sanoku z dnia 13 marca 2017 r. sygn. akt II K 84/17 oraz zarzucanego w rozpoznawanej sprawie wynika, że nie ujawniła się przeszkoda wynikająca z art. 17 § 1 pkt 7 kpk zakazująca ponownego postępowania o inne ujawnione zachowanie sprawcy, będącego elementem czynu ciągłego, stanowiącego przedmiot wcześniejszego osądzenia (brak tożsamości czynów). Jak wynika z akt sprawy przedmiotem obu przestępstw było co prawda urządzenie gier na automatach w tym samym czasie , jednak w przypadku czynu przypisanego w wyroku Sądu Rejonowego w Sanoku z dnia 13 marca 2017 r. , sygn. akt II K 84/17 chodziło o gry na innych automatach Wynika z tego, że ani miejscowość, ani rodzaj automatów nie jest tożsamy. Takie stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego vide postanowienia z dnia 17 maja 2017 r. sygn. akt IV KO 34/17 oraz z dnia 4 kwietnia 2018 r. sygn. akt V KS 5/18,wyrok z dnia 22 maja 2018 r. sygn. akt III K 331/17. Podkreślić należy, że o obrazie prawa materialnego można mówić wtedy, gdy do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego (gdy ustalenia faktyczne nie są kwestionowane), sąd wadliwie zastosował

normę prawną lub bezzasadnie jej nie zastosował, bądź gdy zarzut dotyczy zastosowania lub niezastosowania przepisu zobowiązującego sąd do jego bezwzględnego respektowania. Jeśli zaś zarzucona wadliwość zaskarżonego orzeczenia polega na przyjęciu za jego podstawę błędnych ustaleń, co ma miejsce w niniejszej apelacji, to ocenie instancyjnej podlega trafność ustaleń faktycznych, a nie obraza przepisów prawa materialnego. Podniesiony przez obrońcę w apelacji zarzut błędu w ustaleniach faktycznych byłoby zasadny jedynie wówczas, gdyby sąd I instancji oparł swój wyrok na faktach, które nie znajdują potwierdzenia w wynikach postępowania dowodowego, albo też z faktów tych wyciągnął wnioski niezgodne ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego. Takich uchybień sąd rejonowy w przedmiotowej sprawie się nie dopuścił, albowiem wskazał dowody, na których oparł swoje ustalenia jednocześnie wskazując przesłanki, którymi się kierował odmawiając wiary dowodom przeciwnym przy czym dokonanych ustaleń dokonał zgodnie z zasadami swobodnej oceny dowodów. Obrońca oskarżonego w swojej apelacji powieli linię obrony oskarżonego prezentowaną w trakcie trwania postępowania sądowego, polegającą na twierdzeniu, że oskarżony dopuścił się zarzucanego mu przestępstwa pozostając w błędnym lecz usprawiedliwionym przekonaniu, że nie popełnia przestępstwa. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego urządzenie gry na automatach dozwolone jest tylko w kasynach gry prowadzonych w ramach udzielonej koncesji. Zakaz prowadzenia tego rodzaju działalności poza warunkami koncesji dotyczy wszystkich podmiotów, zarówno osób fizycznych jak i prawnych, niezależnie od tego, czy posiadają koncesję na prowadzenie kasyna gry, czy też takiej koncesji nie posiadają. Z treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. sygn. I KZP 17/16 wynika, że czyn polegający na urządzeniu wbrew normie z art. 6 ust. 1 u.g.h. gier na automatach pomimo nie posiadania koncesji na prowadzenie kasyna stanowi przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. nawet przed wejściem w życie w dniu 3 września 2015r. nowelizacji ustawy o grach hazardowych. Oskarżony nie posiadał przed wejściem w/w ustawy zezwolenia albo koncesji tak więc przepis art. 4 tej ustawy nie ma do niego zastosowania. Rozstrzygnięcia Sądu I instancji znajdują oparcie w prawidłowo dokonanej ocenie całokształtu materiału dowodowego, zgromadzonego i ujawnionego w toku całego postępowania (art. 410 kpk). Wnikliwe i obszernie pisemne motywy zaskarżonego wyroku uzasadniają twierdzenie, że ocena materiału dowodowego, dokonana przez sąd I instancji w pełni uwzględnia reguły wyrażone w art. 4 kpk, art. 5 kpk oraz art. 7 kpk. Oskarżony wiedząc, że konieczne jest uzyskanie stosownych koncesji nie starał się spełnić któregokolwiek z wymogów określonych prawem lub uzyskać wymaganą prawem koncesję. Jak słusznie podkreślił w swoim uzasadnieniu sąd I instancji, oskarżony działał co najmniej z zamiarem ewentualnym, zajmowanie przez funkcjonariuszy celnych kolejnych automatów należących do oskarżonego, powinno wzbudzić u niego wątpliwości co do legalności charakteru gier prowadzonych na takich urządzeniach. Jak wykazał zebrany materiał dowodowy oskarżony jako osoba prowadząca działalność gospodarczą na szeroką skalę w zakresie automatów. Był świetnie zorientowany, że jego działanie jest bezprawne, świadomie podejmował ryzyko i działalność sprzeczną z przepisami. Urządzenie gry na automatach dozwolone jest tylko w kasynach gry prowadzonych w ramach udzielonej koncesji. Zakaz prowadzenia tego rodzaju działalności poza warunkami koncesji jest adresowany do wszystkich podmiotów, a zatem zarówno osób fizycznych jak i prawnych: niezależnie od tego, czy posiadają one koncesję na prowadzenie kasyna gry, czy też nie. Działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, w tym turniejów gry pokera, gier w kości oraz gier na automatach, bez względu na jej formę prawną, urządzana bez koncesji poza kasynem gry jest zawsze działalnością nielegalną, prowadzoną wbrew normie wynikającej z treści art. 6 ust. 1 u.g.h. i stanowi przestępstwo z art. 107 § 1 kks. Sąd rejonowy dokonał oceny dowodów zgromadzonych zarówno w toku postępowania przygotowawczego jak i sądowego w sposób bezstronny, nie przekraczając granic swobodnej oceny dowodów, a przy tym uwzględnił zasady doświadczenia życiowego, a swój pogląd na ostateczne wyniki przewodu sądowego przekonująco uzasadnił w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku. Tym samym zarzuty podniesione w apelacji obrońcy oskarżonej mają w ocenie Sądu Okręgowego charakter czysto polemiczny i sprowadzają się do negowania właściwych ocen i ustaleń sądu, przeciwstawiając im własne oceny i wnioski, które w żadnym razie nie mogą podważyć trafności rozstrzygnięcia sądu rejonowego. W tych okolicznościach w ocenie Sądu Okręgowego nie ulega wątpliwości, iż zachowanie oskarżonego K. P. wyczerpało znamiona zarzucanego mu czynu z art. 107 § 1 kks. Nie zasługuje również na uznanie zarzut rażącej niewspółmierności wymierzonej oskarżonemu kary. Wymierzona oskarżonemu kara 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz kara grzywny 40 stawek dziennych po 80 zł każda jest sprawiedliwa, odpowiednia do stopni winy i społecznej szkodliwości. Biorąc pod uwagę, że czyn z art. 107 § 1 kks zagrożony jest karą grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karą łącznie, trudno uznać, że wymierzenie oskarżonemu kara, będącego osobą już karaną jest karą rażąco niewspółmiernie surową, a tylko wymierzenie takiej kary uzasadniałoby

ingerencję sądu odwoławczego. Wymierzona oskarżonemu kara jest sprawiedliwa, odpowiednia do stopni winy i społecznej szkodliwości zarzucanego mu czynu. Z tych też względów Sąd Okręgowy nie uznał zasadności zarzutów apelacji obrońcy oskarżonego, nie podzielił przytoczone na ich poparcie argumentów zaskarżony wyrok utrzymał w mocy. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 636 § 1 kpk.

SSO Jacek Myśliwiec

SSO Sławomir Klekocki /spr./ SSO Lucyna Pradelska-Staniczek