

Sygnatura akt VI Ka 581/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **20 września 2018** r.

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

Przewodniczący: SSO Arkadiusz Łata

Protokolant: Monika Dąbek

po rozpoznaniu w dniu 14 września 2018 r

przy udziale K. K. Przedstawiciela Naczelnika (...) Urzędu Celno-Skarbowego w K.

sprawy **D. M.** ur. (...) we W.

syna S. i S.

oskarżonego z art. 107§1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Zabrze

z dnia 14 marca 2018 r. sygnatura akt II K 98/18

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk, art. 624 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks

1. zmienia punkt 1 zaskarżonego wyroku poprzez ustalenie wysokości jednej stawki dziennej grzywny na kwotę 30 (trzydzieści) złotych;
2. w pozostałej części utrzymuje zaskarżony wyrok w mocy;
3. zwalnia oskarżonego od wydatków postępowania odwoławczego oraz od jednej opłaty za obie instancje, wydatkami obciążając Skarb Państwa.

Sygn. akt VI Ka 581/18

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy stwierdził, co następuje.

Apelacja obrońcy okazała się zasadna tylko w ograniczonym stopniu, toteż w następstwie jej wywiedzenia Sąd odwoławczy zmienił punkt 1 zaskarżonego wyroku poprzez ustalenie wysokości jednej stawki dziennej grzywny na kwotę 30-zł.

Co do zasady natomiast apelacja trafna nie jest i na akceptację nie zasługuje.

Sąd I instancji nie dopuścił się bowiem błędów w ustaleniach faktycznych, ani też nie naruszył prawa procesowego, jak i prawa materialnego. Nie nasuwa wątpliwości rozstrzygnięcie w kwestii sprawstwa i winy oskarżonego, jak również prawnej kwalifikacji przypisanego mu czynu.

Za rażąco i niewspółmiernie surową nie mogła nadto uchodzić wymierzona kara samoistnej grzywny – pod kątem określenia ilości jej stawek dziennych.

Sąd Rejonowy starannie i w prawidłowy sposób przeprowadził postępowania dowodowe, a wyczerpująco zgromadzony materiał dowodowy poddał następnie wszechstronnej i wnikliwej analizie oraz ocenie wyprowadzając trafne i logiczne wnioski końcowe. Tok rozumowania i sposób wnioskowania Sądu jurysdykcyjnego przedstawiony w części sprawozdawczej zapadłego wyroku jest prawidłowy i zgodny ze wskazaniami wiedzy oraz doświadczenia życiowego. Nie przekroczono przy tym ram swobodnej oceny dowodów, jak i nie popełniono uchybień tego rodzaju, że mogłyby one spowodować konieczność uchylecia wyroku i przekazania sprawy do rozpoznania ponownego.

Sąd orzekający wskazał na jakich oparł się dowodach, dlaczego dał im wiarę oraz należycie wytłumaczył z jakich przyczyn odmówił wiary wyjaśnieniom D. M., gdy nie przyznawał się on do postawionego zarzutu.

Sąd Okręgowy nie doszukał się najmniejszych podstaw do odmiennej aniżeli Sąd I instancji oceny przeprowadzonego na rozprawie głównej materiału dowodowego, jak również do podważenia ustaleń faktycznych i ocen prawnych poczynionych w postępowaniu rozpoznawczym. Także pisemne motywy orzeczenia w pełni odpowiadają wszelkim wymogom formalnym zakreślonym przez obowiązujące przepisy prawa, co umożliwia kontrolę odwoławczą.

W pierwszym rzędzie – wbrew odmiennym wywodom obrońcy – gry na zabezpieczonych w sprawie automatach miały charakter losowy. Zasada działania przedmiotowych urządzeń sprowadzała się bowiem do uruchomienia gry przyciskiem „start” w momencie jego podświetlenia, zaś następnie wynik gry zależał już wyłącznie od działania algorytmu. Grający od tej chwili na wynik ów nie miał żadnego dosłownie wpływu i nic już nie zależało od jego „zręczności”. Zmiany symulatorów bębnowych obrotowych były na tyle szybkie, iż uniemożliwiały w praktyce graczowi rozpoznanie poszczególnych symboli. Symbole zatrzymywały się w dowolnej konfiguracji bez jakiegokolwiek udziału osoby grającej.

Podświetlenie przycisku „start” pozostawało przy tym stosunkowo długotrwałe i nie było większej trudności z trafieniem palcem w przycisk w odpowiednim momencie nawet dla niewprawnego gracza. Element „zręcznościowy” był tu minimalny, faktycznie nie istniał i stanowił jedynie „kamufaż” dla ukrycia rzeczywistego charakteru gry, gdzie przeważały i dominowały elementy losowe.

Uruchomienie automatu nie było ponadto możliwe bez „zabankowania” odpowiedniej kwoty pieniężnej, w braku czego przeprowadzenie gry nie wchodziło w rachubę. Automaty nie wydawały oczywiście pieniędzy. Wysokość wygranej klient zapisywał na kartce, w oparciu o którą pracownik lokalu, gdzie znajdowały się urządzenia – J. P. – wypłacał wygrane.

W swych zeznaniach wyraźnie podkreślał, iż widywał w lokalu osoby grające. W wypadku wygranej zapisywał ją w specjalnie prowadzonym wykazie, zaś kartkę pozostawiał grającemu. Istniała przy tym „pula” środków pieniężnych przeznaczonych na wygrane. Wszystko to czynił na polecenie właściciela lokalu. Robili tak również pozostali pracownicy.

Niezależnie od powyższego występowała możliwość uzyskania wygranej rzeczowej w postaci przedłużenia gry bez konieczności wpłacenia kolejnej stawki za udział w grze, a także możliwość rozpoczęcia nowej gry poprzez wyzyskanie punktów uzyskanych w grze wcześniejszej.

Jasno i jednoznacznie przekonywały o tym wyniki gier kontrolnych przeprowadzonych przez jednego z funkcjonariuszy celnych, co utrwalono w protokołach. Przycisk „stop” – odnosząc się w tym miejscu do zarzutów obrońcy – służył właśnie (poza wyborem przez gracza danej aplikacji) „przelaniu” wygranych punktów na licznik (...).

Zważywszy wszystko powyższe nie ulegało wątpliwości, iż przedmiotowe gry miały charakter losowy i urządzano je w celach komercyjnych. Nie była zarazem niezbędna szczegółowa wiedza techniczna dla odkrycia i ustalenia rzeczywistej

zasady działania automatów, skoro mógł to uczynić nawet sam grający. Do identycznych wniosków prowadziła również opinia biegłego sądowego A. C..

Powoływaną przez oskarżonego i jego obrońcę – pozaprosesową opinię rzeczoznawcy Z. S. trudno przeto uznać – w świetle elementarnych zasad logiki, wiedzy i doświadczenia życiowego – za przekonującą i rzetelną. Jej treść może świadczyć jedynie negatywnie o autorze.

Na marginesie trzeba zaznaczyć, że praktyka uzyskiwania podobnych opinii „prywatnych” była wręcz powszechna po wejściu w życie ustawy o grach hazardowych i służyła nadaniu pozorów legalności działaniom nielegalnym. Wypada ponadto zauważyć, iż opinia ta nosi datę dużo późniejszą aniżeli data umowy, na gruncie której doszło do umieszczenia przedmiotowych automatów w lokalu (...) w Z.. D. M. nie dysponował tym samym wspomnianą opinią w czasie, gdy rozpoczynał swój proceder. Nietrafnie tym samym oskarżony i jego obrońca przytaczają powyższe stanowisko rzeczoznawcy jako czynnik mający przekonywać i utwierdzać D. M. w momencie przystępowania do działalności w sferze gier na automatach – o legalności tychże działań.

Sąd I instancji nie popełnił zarazem błędu oddalając wniosek dowodowy o przesłuchanie Z. S. w charakterze świadka na okoliczności postulowane przez obrońcę.

Z kolei, funkcjonariusz celny przeprowadzający gry kontrolne posiadał wystarczający zakres wiedzy i umiejętności praktycznych, aby czynności te przeprowadzić rzetelnie i w sposób pozwalający na stwierdzenie faktycznych cech owych gier. W zakresie powyższym uzyskał również dostateczne i należyte przeszkolenie.

Nie miało przy tym znaczenia – pod kątem realizacji znamion ustawowych rozpatrywanego przestępstwa skarbowego – liczba punktów niezbędna dla uzyskania wygranej rzeczowej (tj. możliwości kontynuacji gry, czy też rozpoczęcia nowej gry bez konieczności ponoszenia opłaty). Istotna była sama techniczna możliwość jej osiągnięcia. Nie było też bezwzględnej potrzeby precyzyjnego ustalania wysokości wygranej pieniężnej uzależnionej od liczby punktów.

Nietrafnie zarzuca również obrońca brak zbadania jakie konkretnie kwoty pieniężne zabezpieczone zostały w poszczególnych automatach. Nie tylko bowiem kwoty pieniężne wydatkowane przez kolejnych graczy stanowią przesłankę decydującą o uznaniu danego przypadku za wypadek mniejszej wagi w rozumieniu przepisu art. 107 § 2 kks, lecz całość okoliczności zdarzenia.

W badanej sprawie rozchodziło się o proceder urządzenia w jednym i tym samym lokalu gier hazardowych o losowym charakterze aż na sześciu automatach. Jakkolwiek popełnienie przestępstwa skarbowego ograniczone zostało do daty kontroli, to jednak podobna działalność oskarżonego rozciągała się na kilka lat i miała charakter trwały oraz zorganizowany i zaplanowany. Wyrazem tego były następujące po sobie, liczne wyroki skazujące za czyny z art. 107 § 1 kks. Na tle wszystkiego powyższego zachowań D. M. nie sposób było ocenić w kategoriach mniejszej wagi.

Nie są nadto trafne uwagi obrońcy, gdy zarzuca on brak podstaw do przypisania oskarżonemu, iż we wspomnianym lokalu urządzał w celach komercyjnych gry na automatach o charakterze losowym, skoro na terenie lokalu nie był widywany i wręcz nie znały go osoby w lokalu zatrudnione. Urządzanie rzeczonych gier oznacza proces o znamionach organizacyjnych. To tyle, co zorganizowanie takich gier. Należy przez to rozumieć wszelkie aktywności i działania ukierunkowane na spowodowanie odbywania się owych gier w tymże lokalu. W grę wchodzić może zatem zawarcie umowy z właścicielem obiektu, nabycie urządzeń i zadbanie, by dotarły na miejsce, zorganizowanie ich przewiezienia, zainstalowania, podłączenia do sieci, uruchomienia, itp. Czynności te sprawca nie musi zatem realizować „własnoręcznie”. Wystarczy, że wykonają je wynajęte przezeń i działające w jego imieniu osoby. Odnosnie D. M. można było z całą pewnością przyjąć zawarcie umowy najmu części powierzchni lokalu oraz podjęcie działań typu organizacyjnego, co w zupełności mieściło się w zakresie pojęcia „urządzał” i zakresem czasowym obejmował datę kontroli.

Nie ma natomiast wymogu, by lokal ten systematycznie odwiedzał, by osobiście „wybierał” pieniądze z automatów, czy też regulował czynsz.

Zupełnie chybione pozostawały z kolei wywody obrońcy – podniesione dopiero w ostatnim słowie przed Sądem odwoławczym, jakoby oskarżony wyzbył się przedmiotowych urządzeń i nie był ich właścicielem na moment kontroli, jak również nie prowadził już wówczas działalności pod dotychczasową firmą.

Nade wszystko obrońca nie dysponował żadnymi bliższymi informacjami w owych materiałach, a wręcz nie potrafił sensownie wytłumaczyć dlaczego, skoro D. M. nie był już właścicielem urządzeń – zaskarżał właśnie w imieniu tego mandanta, nie zaś kogokolwiek innego – postanowienie prokuratora z dnia 8 grudnia 2016 r. o zatwierdzeniu zatrzymania rzeczy (tj. przedmiotowych automatów), zaś treść zażalenia wręcz sugeruje istnienie ich własności po stronie firmy oskarżonego (vide: k 142-156). Podobne czynności procesowe obrońcy w odniesieniu do rzeczy dla D. M. cudzych byłyby pozbawione podstaw prawnych i wszelkiego sensu. Zostały jednak podjęte.

Po wtóre, sam oskarżony w toku postępowania przygotowawczego – jeszcze w roku 2017, a zatem po dacie kontroli (tj. po dniu 2 grudnia 2016 r.) przedstawiał własną osobę jako prowadzącą działalność pod firmą dotychczasową i nic nie wspominał o zakończeniu tej działalności gospodarczej, a tym bardziej o „wyzbyciu” się urządzeń. Identycznie – podczas przewodu sądowego.

Tymczasem najprostszą metodą obrony byłoby wykazanie, że D. M. nie był właścicielem automatów w dniu 2 grudnia 2016 r. i z procederem urządzania gier na nich nie miał już na ten moment nic wspólnego. Ze strony oskarżonego i obrońcy wcześniej tego rodzaju stwierdzenia nigdy nie padły.

Po trzecie, zgromadzona w sprawie dokumentacja (vide: k 17-18) jednoznacznie wskazywała na rozpoczęcie przez oskarżonego z dniem 15 lipca 2013 r. działalności gospodarczej pod firmą (...). Brak natomiast wszelkich danych o ewentualnym jej zamknięciu.

Oskarżony był przedsiębiorcą. Działalność gospodarczą w dziedzinie automatów do gier prowadził od połowy 2013 r., czyli na długo przed zawarciem umowy najmu części lokalu (...) oraz przed rozpatrywanymi zdarzeniami. Dysponował już doświadczeniem we wskazanej branży.

W kontekście wszystkich nagromadzonych wyżej faktów i okoliczności trudno zgodzić się z tezami obrońcy, iżby D. M. mógł zasadnie przyjmować, że podejmowane przezeń działania były w pełni legalne. Od oskarżonego – jako od przedsiębiorcy należało wymagać i oczekiwać zachowania standardów wyższych i idących dalej aniżeli w przypadku tzw. przeciętnego obywatela w zakresie dostosowania swych działań do obowiązującego porządku prawnego.

Istniała droga rzetelnego i jednoznacznego rozstrzygnięcia, czy automaty i gry, o które rozchodziło się w przedmiotowym przypadku podlegały wyłączeniu spod stosowania ustawy o grach hazardowych. Mianowicie przewidziany w niej art. 2 ust. 6 tryb zwrócenia się do Ministra Finansów o ostateczne stwierdzenie charakteru posiadanych urządzeń – otwarty także dla indywidualnego przedsiębiorcy.

D. M. z możliwości takiej jednak nie skorzystał. Najmniej wątpliwe jest nadto powoływanie się na poradę prawną w kancelarii adwokackiej, w ramach której oskarżony miał uzyskać informację o pełnej zgodności z prawem planowanych działań.

D. M. nie prowadził działalności gospodarczej w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością – zarejestrowanej na terenie kraju. Takie natomiast podmioty uprawnione są (obok spółek akcyjnych) do działalności w branży gier na automatach (przy spełnieniu dalszych ustawowych warunków).

Już choćby z tej przyczyny adwokat udzielający porady prawnej nie mógł poinformować oskarżonego o pełnej legalności przedsięwziętych przezeń działań.

Kroki podjęte przez oskarżonego w żadnym wypadku nie były zatem wystarczające, by zakładać usprawiedliwioną nieświadomość karalności, tym bardziej iż w okresie, jakiego dotyczył zarzut zapadały również i uzyskiwały walor prawomocności orzeczenia skazujące za czyny z art. 107 § 1 kks.

Sąd Rejonowy prawidłowo też ustalił, wskazał oraz ocenił wszystkie okoliczności wpływające na ustalenie ilości stawek dziennych wymierzonej grzywny, dostosowując rozstrzygnięcie w tym zakresie do stopnia zawinienia oskarżonego oraz stopnia szkodliwości społecznej przypisanego mu czynu. Orzeczenie w tej części nie budziło żadnych zastrzeżeń.

Sąd Okręgowy dążył z drugiej strony do dostosowania rozmiaru jednej stawki dziennej grzywny do realnych możliwości finansowych i majątkowych D. M., który aktualnie jest bezrobotny i nie ma stałych dochodów. Ustalił zatem ów rozmiar na kwotę 30-zł.

Nie wziął jednak pod uwagę uregulowania art. 23 § 3 kks przewidującego, że stawka dzienna nie może być niższa od jednej trzydziestej części minimalnego wynagrodzenia. Powyższe rozstrzygnięcie nie jest przeto prawidłowe.