

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 maja 2021 r.

Sąd Okręgowy w Elblągu VI Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: sędzia Natalia Burandt

Protokolant: st. sekr. sąd. Magdalena Popławska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Elblągu Barbary Kamińskiej

i przedstawiciela Naczelnika Warmińsko – Mazurskiego Urzędu Celno–Skarbowego w Olsztynie Piotra Szczudlińskiego

po rozpoznaniu w dniu 14 maja 2021 r. w Elblągu sprawy

1. K. M. (1), s. G. i B., ur. (...) w B.

oskarżonego o czyny z art. 107 § 1 kks

2. P. R., s. K. i A., ur. (...) w T.

oskarżonego o czyn z art. 107 § 1 kks

z powodu apelacji wniesionych przez obrońcę oskarżonego K. M. (1) i obrońcę oskarżonego P. R.

od wyroku Sądu Rejonowego w Iławie

z dnia 24 stycznia 2020 r. sygn. akt II K 509/19

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. uchyla punkt I oraz zawarte w punktach IV i VI rozstrzygnięcia o przepadku dowodów rzeczowych i kosztach w zakresie dotyczącym czynów oskarżonego K. M. (1) i na podstawie art. 11 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks umarza postępowanie karne przeciwko K. M. (1) wobec stwierdzenia, że orzeczenie wobec oskarżonego kary byłoby oczywiście niecelowe ze względu na rodzaj i wysokość kary prawomocnie orzeczonej wobec niego wyrokiem łącznym za inne przestępstwa,

2. w punkcie II wymiar orzeczonej wobec oskarżonego P. R. kary grzywny obniża do 20 (dwudziestu) stawek dziennych, zaś wysokość jednej stawki dziennej ustala na kwotę 60 (sześćdziesięciu) złotych,

3. na podstawie art. 340 § 2 kpk w zw. z art. 43 § 1 pkt 4 kks w zw. z art. 30 § 5 kks orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa stanowiących własność K. M. (1) trzech automatów do gier, opisanych w wykazie dowodów rzeczowych pod poz. 1 - 3 na k.16 i jednego automatu typu Kiosk opisanego w postanowieniu pod poz. 1b/ na k. 357 wraz z zabezpieczonymi w nich środkami pieniężnymi opisanymi w wykazie dowodów rzeczowych pod poz. 5 na k. 86 i w postanowieniu k. 377 – 378,

II. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części,

III. kosztami procesu w części umarzającej postępowanie obciąża oskarżonego K. M. (1),

IV. zwalnia oskarżonego P. R. w całości od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze,

V. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz Kancelarii Adwokackiej adw. M. S. (1) kwotę 516,60 zł. brutto tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu P. R. z urzędu w postępowaniu odwoławczym.

Sygn. akt VI Ka 189/21

UZASADNIENIE

UZASADNIENIE		
Formularz UK 2	Sygnatura akt	VI Ka 189/21
Załącznik dołącza się w każdym przypadku. Podać liczbę załączników:	2	
1. CZĘŚĆ WSTĘPNA		

1.1. Oznaczenie wyroku sądu pierwszej instancji

wyrok Sądu Rejonowego w Iławie z dnia 24 stycznia 2020r. sygn. akt II K 509/19

1.2. Podmiot wnoszący apelację

oskarżyciel publiczny albo prokurator w sprawie o wydanie wyroku łącznego

oskarżyciel posiłkowy

oskarżyciel prywatny

obrońcy oskarżonych K. M. (1) i P. R.

oskarżony albo skazany w sprawie o wydanie wyroku łącznego

inny

1.3. Granice zaskarżenia

1.3.1. Kierunek i zakres zaskarżenia		
# na korzyść # na niekorzyść	# w całości – apelacja obrońcy oskarżonego K. M. (1)	
# w części	#	co do winy
#	co do kary – apelacja obrońcy oskarżonego P. R.	
#	co do środka karnego lub innego rozstrzygnięcia albo ustalenia	
1.3.2. Podniesione zarzuty		
Zaznaczyć zarzuty wskazane przez strony w apelacji		
#	art. 438 pkt 1 k.p.k. – obraza przepisów prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu	
#	art. 438 pkt 1a k.p.k. – obraza przepisów prawa materialnego w innym wypadku niż wskazany w art. 438 pkt 1 k.p.k., chyba że pomimo błędnej podstawy prawnej orzeczenie odpowiada prawu	
#	art. 438 pkt 2 k.p.k. – obraza przepisów postępowania, jeżeli mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia	

#	art. 438 pkt 3 k.p.k. – błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, jeżeli mógł on mieć wpływ na treść tego orzeczenia	
#	art. 438 pkt 4 k.p.k. – rażąca niewspółmierność kary, środka karnego, nawiązki lub niesłusznego zastosowania albo niezastosowania środka zabezpieczającego, przypadku lub innego środka	
#	art. 439 k.p.k.	
#	brak zarzutów	

1.4. Wnioski

#	uchylenie	#	zmiana
---	-----------	---	--------

2. Ustalenie faktów w związku z dowodami przeprowadzonymi przez sąd odwoławczy

2.1. Ustalenie faktów

2.1.1. Fakty uznane za udowodnione					
Lp.	Oskarżony	Fakt oraz czyn, do którego fakt się odnosi	Dowód	Numer karty	
1.		K. M. (1)	1. Oskarżony K. M. (1) był już 149	Informacja o	(...)
2.		K. M. (1)	razy skazywany	osobie z	(...)
3.		P. R.		Krajowego	k. 1139 - 1152

			<p>za czyny z art. 107 § 1 kks</p> <p>2. Sąd Rejonowy w O. prawomocnym wyrokiem łącznym z dnia 18 czerwca 2020r. sygn. akt (...) połączył wobec K. M. (1):</p> <p>- 19 jednostkowych kar pozbawiania wolności i wymierzył karę łączną 4 lat pozbawienia wolności,</p> <p>- 104 jednostkowe kary grzywny i wymierzył karę łączną 1080 stawek dziennych grzywny przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej n kwotę 100zł.</p> <p>Wyrok łączny uprawomocnił się 26 czerwca 2020r.</p> <p>3. Oskarżony P. R. był 82 razy skazywany za czyny z art. 107 § 1 kks</p>	<p>Rejestru Karnego</p> <p>Odpis wyroku łącznego Sądu Rejonowego w O.</p> <p>sygn. akt (...)</p> <p>Informacja o osobie z Krajowego Rejestru Karnego</p>	
<p>2.1.2. Fakty uznane za nieudowodnione</p>					

Lp.	Oskarżony	Fakt oraz czyn, do którego fakt się odnosi	Dowód	Numer karty	

2.2. Ocena dowodów

2.2.1. Dowody będące podstawą ustalenia faktów		
Lp. faktu z pkt 2.1.1	Dowód	Zwięźle o powodach uznania dowodu
1 i 3 2	<p>Informacje o osobie z Krajowego Rejestru Karnego</p> <p>Odpis wyroku łącznego Sądu Rejonowego w O.z dnia 18 czerwca 2020r</p> <p>sygn. akt(...)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - dokumenty urzędowy sporządzony w przepisanej formie - sporządzone przez uprawniony organ w ramach swoich kompetencji - sporządzone zgodnie z procedurami - dokumenty nie kwestionowany przez żadną ze stron - dokument urzędowy wydany w przepisanej formie - wydany przez uprawniony organ w ramach swoich kompetencji - sporządzony zgodnie z procedurami - dokument nie kwestionowany przez żadną ze stron

2.2.2. Dowody nieuwzględnione przy ustaleniu faktów (dowody, które sąd uznał za niewiarygodne oraz niemające znaczenia dla ustalenia faktów)

Lp. faktu z pkt 2.1.1 albo 2.1.2	Dowód	Zwiąże o powodach nieuwzględnienia dowodu

3. STANOWISKO SĄDU ODWOŁAWCZEGO WOBEC ZGŁOSZONYCH ZARZUTÓW i wniosków		
Lp.	Zarzut	
1.	Apelacja obrońcy oskarżonego K. M. (1) - naruszenia przepisu postępowania – art. 7 kpk , mogącego mieć wpływ na treść orzeczenia, skutkującego dokonaniem - błędnych ustaleń faktycznych	# zasadny # częściowo zasadny # niezasadny
Zwiąże o powodach uznania zarzutu za zasadny, częściowo zasadny albo niezasadny		
1 Jako pozbawiony racji należało ocenić podniesiony w apelacji obrońcy zarzut naruszenia przepisu postępowania – art. 7 kpk, mający polegać na przekroczeniu zasady swobodnej oceny dowodów i dokonaniu dowolnej oceny wyjaśnień oskarżonego jako niewiarygodnych „w części w której oskarżony podniósł, iż nie miał świadomości braku legalności prowadzonej działalności, w sytuacji gdy wyjaśnienia te są konsekwentne, spójne wiarygodne, a zatem w całości powinny zostać uwzględnione”. W rezultacie nie zasługiwał także na uwzględnienie, mający wynikać z naruszenia art. 7 kpk, zarzut poczynienia przez sąd		

meriti błędnych ustaleń faktycznych, iż oskarżony miał świadomość braku legalności prowadzonej działalności, co stanowiło postawę uznania go winnym popełnienia przypisanego mu czynu.

Ustosunkowując się do istoty powyższego zarzutu, przede wszystkim należy podkreślić, że tak skonstruowany zarzut nie przystaje do realiów niniejszej sprawy i jest nie do pogodzenia z wymową zgromadzonych dowodów. Uszło bowiem uwadze apelującego, iż w poddanej kontroli sprawie oskarżony K. M. (1) zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i jurysdykcyjnego nie składał żadnych wyjaśnień. W fazie dochodzenia oskarżony ograniczył swoje stanowisko procesowe do nieprzyznania się do popełnienia zarzucanych mu czynów i skorzystał z przysługującego mu prawa do odmowy składania wyjaśnień. W rozprawie natomiast, pomimo prawidłowego zawiadomienia, nie brał on udziału, a sąd w trybie art. 389 § 1 kpk odczytał powyższe jego wyjaśnienia z postępowania przygotowawczego. obrońca, który został ustanowiony w tej roli przez oskarżonego już na etapie dochodzenia, nie dołączył do akt protokołu przesłuchania K. M. (1) z innej sprawy, ani też nie wnosił o przeprowadzenie tego rodzaju dowodu. W takich okolicznościach, nie sposób przyjąć, by wykazano dowodami, że oskarżony faktycznie znał przepisy ustawy o grach hazardowych, miał rozeznanie co do technicznego lub nietechnicznego ich charakteru, skutków nienotyfikacji przepisów technicznych, analizował orzecznictwo TSUE i krajowych sądów powszechnych oraz

stanowisko doktryny w okresie popełnienia zarzucanego mu czynu, a co za tym idzie brak jest możliwości stosowania także przepisu sankcjonującego urządzenie lub prowadzenie gier na automatach, tj. art. 107 § 1 k.k.s, skoro na ten temat się nie wypowiedział, a tym samym by oskarżony działał co najmniej w nieświadomości jego karalności. Wbrew zatem wywodom apelującego, nie można realnie ocenić zamiaru i winy oskarżonego przez pryzmat jego wiedzy w zakresie obowiązujących wykładni prawa w obszarze przepisów o grach hazardowych w czasie czynu i w okresie poprzedzającym. Brak jest możliwości realnego wykazania dowodami w niniejszej sprawie, że oskarżony opierał swoje przekonanie o legalności prowadzonej działalności w czasie czynów mu przypisanych na takich autorytetach jak TSUE, Sąd Najwyższy, sądy powszechne, przedstawiciele nauki czy interpretując obowiązanie art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 ugh, właśnie w taki sposób jak to zaprezentowano w apelacji. Stąd, wobec braku sygnałów od samego oskarżonego, by wiedzę w takich obszarach posiadał, należy uznać, że tego rodzaju argumenty nie znajdują żadnego umocowania i są nieprzekonujące. Odpierając powyższy zarzut, należy nadto wskazać, że o ile w orzecznictwie i doktrynie faktycznie istniała rozbieżność, to nie co do treści samej ustawy o grach hazardowych, lecz co do tego jaką konsekwencję dla jednostki powoduje nienotyfikowanie przepisów technicznych. W czasie popełnienia czynu przypisanego oskarżonemu obowiązywały zaś przepisy prawne składające się

na podstawie prawną jego odpowiedzialności, tj. art. 107§1kks i nietechniczne przepisy art. 6 ust. 1 ugh i art. 23a ugh, a część orzecznictwa i doktryny prezentowała pogląd, według którego przepis art. 6 ust. 1 ugh winien być stosowany. Treść art. 6 ugh była zaś jasna i wynikało z niej, że prowadzenie działalności polegającej na urządzaniu gier hazardowych jest możliwe wyłącznie w formie określonej spółki, po uzyskaniu koncesji na kasyno. Dla każdej osoby czytającej art. 6 ugh wynikało to w sposób klarowny i czytelny i nie trzeba było - dla zrozumienia tych wymogów - sięgać po wiedzę fachową dla dokonania wykładni zapisów z tego artykułu. Dlatego w zasięgu oskarżonego - który decydując się na działalność związaną z organizowaniem gier hazardowych winien zapoznać się z przepisami działalność taką regulującymi - leżało uświadomienie sobie bezprawności zachowania polegającego na zignorowaniu treści nie tylko art. 23a ugh, ale i art. 6 ugh, tj. działaniu wbrew przepisowi ustawy ugh, a w konsekwencji jego karalności z uwagi na treść art. 107 § 1 kks. Trudno więc zgodzić się z tym, że oskarżony, który prowadził ten rodzaj działalności na przestrzeni kilku lat, nie miał świadomości tej okoliczności i w sposób uzasadniony mógł przyjmować, że w czasie obowiązywania ustawy o grach hazardowych, przedsiębiorca prowadzący tego rodzaju działalność, nie musi posiadać stosownej koncesji. W ocenie sądu odwoławczego takie wnioskowanie byłoby nieuprawnione nawet w obliczu rozbieżności powstałych na tle dopuszczalności stosowania nienotyfikowanych przepisów ustawy o grach hazardowych.

Bowiem osoba zajmująca się tego rodzaju działalnością i to na znaczną skalę, będąc już uprzednio karana za tożsame czyny, nie powinna podejmować zachowań, o których wie, że nie tylko są sprzeczne z wolą ustawodawcy, ale wręcz skutkują odpowiedzialnością karną. Oskarżony, nie uzyskując koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie powstrzymał się jednak ze swoją działalnością do czasu ostatecznego wyjaśnienia omawianej kwestii, mimo tego, że nadal urzędy celne zajmowały kolejne automaty do gier i wszczynały postępowania karno – skarbowe, a mimo tego bazował tylko na poglądach doktryny czy orzecznictwie o wymowie dla niego korzystnej, a tym samym akceptował, że swoim zachowaniem narusza nie tylko przepisy art. 23a ugh, ale i normę art. 6 ust 1 ugh, a przez to popełnia przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks.

Stwierdzić należy, że sąd orzekający trafnie zatem przyjął na podstawie kompleksowo i prawidłowo ocenionego materiału dowodowego, iż oskarżony K. M. (1) swoim zachowaniem wyczerpał znamiona strony podmiotowej i przedmiotowej przypisanego mu czynu z art. 107 § 1 kks. Podmiotem urządzającym gry na zabezpieczonych automatach był ich dysponent - K. M. (1), który nie posiadał koncesji na kasyno gier, przy czym prowadzono je w punkcie gier i lokalu gastronomicznym, które to lokale w sposób oczywisty nie posiadały statusu kasyna. K. M. (1) urządził bowiem gry na automatach, tj. podjął się wyżej wymienionych czynności wpisujących się w pojęcie „urządzenia”, wstawiając do tych lokali owe urządzenie. Oczywistym jest zarazem, że już same miejsca czynów (lokal użytkowy i lokal

gastronomiczny) dowodziło, iż gry były urządzone i prowadzone poza kasynem, a organizujący gry - dysponent automatów - K. M. (1) nie miał też koncesji na kasyno. Kwestię charakteru zabezpieczonych w sprawie automatów potwierdziły dokumenty w postaci protokołów eksperymentów przeprowadzonych przez funkcjonariuszy celnych, dokumentacji fotograficznej, protokołów oględzin automatów, protokołów oględzin zatrzymanych automatów do gier oraz opinii biegłego, które to dowody jako zgodne i wzajemnie się uzupełniające, zasługiwały na wiarygodność. Wypada przypomnieć, że w ekspertyzach biegły jednoznacznie stwierdził, że badane automaty były urządzeniami oferującym gry w celach komercyjnych (gra wymaga opłat), automaty udostępniały gry komercyjne, miały możliwość bezpośrednich wypłat wygranych pieniężnych. Gry są grami zawierającymi element losowości - gry są realizowane przez program standardowo napisany z wykorzystaniem procedur losowych (pseudolosowych). Gry są grami o charakterze losowym - o układzie symboli na zatrzymanych bębnach decyduje algorytm realizowanej gry działający na zasadzie przypadku. Grający nie jest w stanie po uruchomieniu gry przewidzieć wyniku gry (przewidzieć układu symboli na samoczynnie zatrzymanych bębnach). Biegły skonstatował, że automaty oferowały gry, o których mówi ustawa o grach hazardowych. Nota bene charakter gier na zabezpieczonych automatach nie był kwestionowany przez oskarżonego ani jego obrońcę. Skoro zatem gry na tych automatach miały taki właśnie charakter, to

warunkiem ich legalnego urządzania i prowadzenia, było uzyskanie koncesji na kasyno, a dozwolonym miejscem urządzania i prowadzenia tych gier było wyłącznie kasyno, a nie lokal użytkowy – salon gier, lokal gastronomiczny, sklep itd. Oskarżony K. M. (1) urządzając gry na automatach o powyższym charakterze (art. 2 ugh), w sytuacji gdy nie dysponował koncesją na kasyno gry, poza miejscem do tego wyznaczonym, nie podporządkował się więc obligatoryjnym przepisom ustawy o grach hazardowych, w tym przede wszystkim art. 3, art. 4, art. 6 ust. 1 ugh, art. 23 ugh i art. 23a ugh (stan prawny obowiązujący do 2 września 2015r), a to powodowało, że zachodziły podstawy do przypisania mu popełnienia przestępstw z art. 107 § 1 kks polegających na działaniu wskazanym w opisie czynu ciągłego mu przypisanym.

Reasumując, zgromadzone i ujawnione w sprawie okoliczności i dowody, co do istoty nie zakwestionowane przez skarżącego – w pełni uprawniały sąd orzekający do dokonania ustalenia, że K. M. (1) „urządzał” gry na automatach.

Ponownie należy podkreślić, że wymowa ujawnionych w sprawie dowodów uprawniała do poczynienia ustalenia, iż oskarżony K. M. (1) w ramach prowadzonej działalności gospodarczej urządzał gry na automatach w rozumieniu art. 2 ustawy o grach hazardowych, naruszając przepisy tejże ustawy, w tym nie tylko art. 14 ust. 1 ugh, którego zastosowania należało jednak odmówić wobec braku notyfikacji Komisji Europejskiej tegoż przepisu technicznego (co też sąd orzekający uczynił, eliminując naruszenie tegoż przepisu z opisu

czynów przypisanych), ale również przepis art. 6 ust. 1 ugh w brzmieniu obowiązującym zarówno przed jak i po nowelizacji. Co istotne, dla pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności za czyn przewidziany w art. 107 k.k.s. wystarczające jest ustalenie, iż jego zachowanie polegało na prowadzeniu działalności w zakresie gier na automatach lub na urządzaniu gier na automatach bez koncesji na prowadzenie kasyna gry i eksploatacji w związku z tym niezarejestrowanych automatów do gier, co stanowi naruszenie normy art. 6 ust. 1 ugh, a także art. 23a ugh.

Co znamienne, skarżący nie kwestionował dokonanego przez sąd I instancji ustalenia, iż oskarżony K. M. (1) działał także wbrew przepisowi art. 23a ust. 1 ugh. W rezultacie, autor apelacji zgodził się ze stanowiskiem sądu orzekającego, iż oskarżony dopuścił się czynu z art. 107 § 1 kks albowiem działał przy zignorowaniu także treści przepisu art. 23a ust. 1 ugh, mimo zawartego tam warunku, że automaty i urządzenia do gier mogą być eksploatowane przez podmioty posiadające koncesję lub zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gier losowych lub gier na automatach oraz przez podmioty wykonujące monopol państwa, po ich zarejestrowaniu przez naczelnika urzędu celnego. Przypomnieć należy, że z dniem 14 lipca 2011 r. na skutek zmiany dokonanej art. 1 pkt 27 ustawy z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 134, poz. 779), wprowadzono obowiązek rejestracji automatów do gry przez naczelnika urzędu celnego (dodany art. 23a ust. 1 u.g.h.; obecnie od 1 kwietnia 2017 r.

chodzi o naczelnika urzędu celno-skarbowego). Jednocześnie na mocy tej samej nowelizacji niewykonanie tego obowiązku rejestracji dawało podstawę do wymierzenia kary pieniężnej na podstawie ówczesnego art. 89 ust.1 pkt u.g.h. (od dnia 1 kwietnia 2017 r. obowiązek ten został przesunięty do pkt 2 tego ustępu – por. art. 1 pkt 67 ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych – Dz. U. 2017, poz. 88). Z przepisów art. 23a ust.1 i 2 u.g.h. wynika, że każdy automat do gry, który ma być eksploatowany przez podmiot posiadający koncesję, musi zostać uprzednio zarejestrowany przez naczelnika urzędu celno-skarbowego (ust. 1) i dopiero rejestracja uprawnia do jego eksploatacji (ust. 2). Podstawą rejestracji jest stosowna opinia jednostki badającej (art. 23a ust. 3). Jeżeli zatem podmiot posiadający koncesję na prowadzenie kasyna urządziłby, w zgodzie z warunkami koncesji (art. 42 u.g.h.), grę na automacie, który nie został zarejestrowany w trybie art. 23a ust. 1-3 u.g.h., to nie tylko podlegałby karze pieniężnej (obecnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 u.g.h. – w zakresie możliwości nałożenia takiej kary wobec osoby skazanej z art. 107 § 4 k.k.s. por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2015 r., P 32/12, OTK-A 2015/9/148), ale także urządziłby grę na nim wbrew przepisom ustawy, a to wbrew przepisowi art. 23a ust. 1 u.g.h. Jasne jest więc, że relewantne z punktu widzenia odpowiedzialności karnej z art. 107 § 1 k.k.s. jest także zarejestrowanie określonego automatu do gry. Brak takiej rejestracji automatu do gry i urządzenie na nim gry, bez uzyskania przez osobę urządzającą

grę koncesji na kasyno (art. 6 ust. 1 u.g.h.), stanowi o wyczerpaniu znamion czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s. (lub § 4). Oczywistym jest, że oskarżony wbrew przepisowi art. 23a ust. 1 ugh nie zrealizował obowiązku zarejestrowania automatów, albowiem nie posiadali koncesji. Pomimo, że określony powyższym przepisem wymóg ma charakter wtórny wobec przewidzianego w art. 6 ust. 1 ugh obowiązku uzyskania koncesji, to jednak przepis ten, podobnie jak art. 6 ust. 1 ugh, obowiązywał, a oskarżony nie spełniając określonego w nim warunku, w konsekwencji dopuścił się też i jego naruszenia. Należy w tym miejscu też zwrócić uwagę na wyjątkową konsekwencję i nieustępliwość w działaniu oskarżonego, którą obrazuje informacja z KRK oraz fakt prowadzenia wielu innych postępowań wobec oskarżonego o czyn z art. 107 § 1 kks, co wskazuje na skalę wykonywanej przez niego działalności, jak również na to, że tego rodzaju działalność, mimo braku koncesji, oskarżony kontynuował przez kilka lat wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych (skoro nigdy nie uzyskał koncesji), a także po tym, jak w dniu 3 września 2015 roku weszła w życie ustawa z dnia 12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1201), której to przepisy zostały notyfikowane. Powyższe okoliczności jednoznacznie wykluczały wątpliwości odnośnie mocy obowiązującej przepisu art. 6 ust. 1 ugh. Nie spowodowało to jednak zaprzestania przez oskarżonego prowadzenia działalności w zakresie urządzania gier na automatach (i to gier o charakterze losowo-komercyjnym),

bez uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry i wbrew innym przepisom ustawy o grach hazardowych, w tym art. 23a ust.1 ugh.

Gry na automatach określonych w art. 2 ugh mogły być więc prowadzone i urządzone tylko po uzyskaniu koncesji na kasyno, a co wyraźnie postanowiono w treści przepisu art. 6 ust. 1 ugh. W świetle przepisów całej ustawy o grach hazardowych, ważne było bowiem nie tylko miejsce urządzania czy prowadzenia gier (gdyż art. 14 ust. 1 ugh dotyczy 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 tę prowadziła pomimo, że ani zezwolenia, ani koncesji na prowadzenie gry nigdy nie posiadała, ani też nie ubiegała się o nie (a jak wynika z akt sprawy podmiot, którego dotyczą dowodowe automaty, nie uzyskał koncesji na prowadzenie kasyna ani nie występował z wnioskami o wydanie decyzji o której mowa w art. 2 ust. 6 ugh – informacja Ministra Finansów – k. 437). 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 nawet w brzmieniu sprzed 03.09.2015r., uwalniało ją od podporządkowania się pozostałym obowiązkom wynikającym z ugh, w tym konsekwencjom wyrażającym się w powinności powstrzymania się od działań, na które nie uzyskała koncesji. Co także nader

istotne, działalność w zakresie organizowania i urządzania gier hazardowych z uwagi m.in. na towarzyszące jej ryzyka uzależnień, korupcji i przestępczości, nie może być przecież traktowana jako zwykła działalność gospodarcza, a rynek gier hazardowych, jako zwykły rynek gospodarczy, tym bardziej, 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 2481/VI).

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 i do art. 6 ust. 1 ugh i gratyfikować zupełnego braku poszanowania prawa w dziedzinie gier hazardowych, która ze względu na bezpieczeństwo i porządek publiczny wymagała reglamentacji.

2 Sąd odwoławczy nie stwierdził także, zarzucanego w apelacji, uchybienia w postaci naruszenia przepisu postępowania – art. 7 kpk, mającego polegać na przekroczeniu zasady swobodnej oceny dowodów i dokonaniu dowolnej oceny umowy najmu i zeznań świadków jako wiarygodnych „w zakresie przyjęcia okresu urządzania i prowadzenia gier przez oskarżonego, podczas gdy w/w dowody nie potwierdzają,

iż przez cały okres wskazany w wyroku oraz akcie oskarżenia – wykraczający poza dzień zatrzymania, oskarżony prowadził i urządzał gry, a w szczególności na przedmiotowych automatach”. W konsekwencji, nie zasługiwał także na uwzględnienie, mający wynikać z naruszenia art. 7 kpk, zarzut poczynienia przez sąd meriti błędnych ustaleń faktycznych, iż oskarżony urządzał i prowadził gry na automatach w okresie wykraczającym poza dzień zatrzymania.

Odpierają powyższy zarzut, należy przede wszystkim zaakcentować, że cała argumentacja autora skargi, przytoczona na poparcie tak sformułowanego zarzutu, sprowadza się do dwóch zdań o treści „Z materiału dowodowego nie wynika ponadto bezsprzecznie, iż zatrzymane automaty stały w lokalu przez dłuższy czas niż dzień zatrzymania. Należy wskazać, iż ani świadkowie, ani umowa najmu nie potwierdzili, iż przedmiotowe urządzenia stały przez cały okres ujęty w wyroku.” Z kolei sąd meriti w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku, dokonał analizy wszystkich zgromadzonych dowodów, w tym zeznań świadków m.in. M. S. (2) – współwłaścicielki lokalu przy ulicy (...) w L. oraz D. P. – pracownicy zatrudnionej w Zajeździe (...) w S. (...), stanowiącym własność jej ojca R. M., w których to lokalach K. M. (1) urządzał gry na automatach oraz dokumentów w postaci umów najmu lokali oraz przedstawił powody dokonania ustaleń stanu faktycznego w zakresie czasokresu inkryminowanego zachowania przypisanego oskarżonemu. Przypomnieć należy, że sąd orzekający w pełni zasadnie ustalił, że zgromadzone w sprawie dowody

pozwoliły na ustalenia, iż K. M. (1) w punkcie gier o nazwie (...) mieszczącym się w miejscowości L. przy ulicy (...) urządził gry na zabezpieczonych 3 automatach od dnia zawarcia umowy najmu, tj. od dnia 30 maja 2013r do dnia kontroli, tj. do dnia 10 marca 2015r., zaś w Zajeździe (...) w S.(...) urządził gry na zabezpieczonym 1 automacie od dnia zawarcia umowy najmu, tj. od dnia 16 lutego 2013r do dnia kontroli, tj. do dnia 11 lutego 2014r.

Wbrew lakonicznie wyrażonym przez apelującego zastrzeżeniom, prawidłowość poczynionych przez sąd I instancji ustaleń w tym aspekcie znajduje pełne w wsparcie w dowodach w postaci umów najmu zawartych przez K. M. (1) z M. S. (2) w dniu 30 maja 2013r oraz z R. M. w dniu 16 lutego 2013 „na czas nieokreślony” z możliwością ich rozwiązania „za 14 dniowym okresem wypowiedzenia”. W umowie z M. S. (2) strony ustaliły także m.in. czynsz w wysokości 600 zł. brutto miesięcznie, płatny do 14 dnia każdego miesiąca z dołu, a w umowie z R. M. strony ustaliły m.in. czynsz w wysokości 100 zł. brutto miesięcznie, także płatny do 14 dnia każdego miesiąca z dołu. Nota bene obie umowy zostały sporządzone na wzorze o tożsamej treści.

Właścicielka lokalu przy ulicy (...) w L., a zarazem strona umowy z dnia 30 maja 2013 – M. S. (2) składając zeznania potwierdziła wynikające w powyższego dokumentu okoliczności oraz wskazała, że oskarżony osobiście zawarł z nią umowę i tuż po jej podpisaniu, w czerwcu wstawił automaty do przedmiotowego lokalu. Świadek zaznaczyła także, że otrzymywała czynsz w umówionej wysokości, tj. w kwocie 600 zł. każdego miesiąca

gotówką do rąk własnych, przez cały okres najmu. Co nader istotne, ani świadek ani oskarżony nie podnieśli, że nastąpiła jakakolwiek przerwa w płatnościach czynszu, a wręcz przeciwnie M. S. (3) wskazała, że regularnie co miesiąc otrzymywała czynsz w pełnej wysokości przez cały okres najmu, aż do momentu wypowiedzenia przez nią firmie (...) umowy, co nastąpiło po kontroli służb celnych i zajęciu automatów. Uszły uwadze skarżącemu także zeznania K. B. – zatrudnionej w tym lokalu jako dozoruująca i sprzątaczką. Świadek zeznała, że od kiedy rozpoczęła pracę, tj. od dnia 8 marca 2015r. do dnia kontroli, wszystkie trzy automaty znajdował się w lokalu, działały, klienci grali na tych urządzeniach, które wypłacały im wygrane. Sama również w momencie kontroli grała na jednym automacie i wygrała 20 zł. Ustalenie, iż wszystkie trzy automaty także w dniu kontroli były podłączone do prądu i funkcjonowały, znajduje nadto wsparcie w zeznaniach funkcjonariuszy służb celnych, przeprowadzających kontrolę – K. J. i G. W..

Podobnie D. P. – pracująca od wielu lat, tj. 2007r w Zajeździe (...) w S. (...), stanowiącym własność jej ojca R. M., zeznała, że oba zabezpieczone w dniu 11 lutego 2014r. przez służby celne automaty (jeden typu (...) stanowił własność K. M. (1), drugi typu (...) stanowił własność P. R.) znajdowały się w tym lokalu cały czas, nieprzerwanie działały, prowadzone były na nich gry, a nadto urządzenia wypłacały wygrane. Okoliczność, że także w dniu kontroli, tj. w dniu 11 lutego 2014r oba automaty były podłączone do prądu i funkcjonowały, wynika także zeznań funkcjonariuszy Urzędy Celnego Z.

G. (1) i A. K., którzy przeprowadzali kontrolę oraz z zeznań klienta zajazdu - B. C., który w tym czasie grał na automacie. Co nader istotne, ani świadek D. P. ani oskarżony K. M. (1) ani współoskarżony R. M. (właściciel lokalu) nie podnieśli, że nastąpiła jakakolwiek przerwa w płatnościach czynszu.

Oczywistym jest przy tym, że gdyby oskarżony K. M. (1) nie prowadził swojej działalności, której przedmiotem było właśnie urządzenie gier na automatach, a nawet w sytuacji gdyby nastąpiła chociażby przerwa w jej kontynuowaniu, to niewątpliwie zaprzestałby uiszczania czynszu i wypowiedziałby umowy najmu.

Reasumując, wszystkie te dowody, całkowicie pominięte przez apelującego, a z kolei prawidłowo przeanalizowane i ocenione przez sąd I instancji, uprawniały do dokonania ustalenia, iż oskarżony K. M. (1) w okresie od dnia 30 maja 2013r do dnia 10 marca 2015r w punkcie gier o nazwie (...) mieszczącym się w miejscowości L. przy ulicy (...) oraz w okresie od dnia 16 lutego 2013r do dnia 11 lutego 2014r. w Zajeździe (...)w S. (...)urządzał gry na zabezpieczonych automatach wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych. Tym samym podniesione w apelacji zarzuty naruszenia art. 7 kpk i błędnych ustaleń faktycznych, należało ocenić krytycznie.

Wniosek

o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów

zasadny
częściowo zasadny
niezasadny

Związłe o powodach uznania wniosku za zasadny, częściowo zasadny albo niezasadny.		
Wobec nie stwierdzenia przez sąd odwoławczy zarzucanych uchybień naruszenia przepisu postępowania – art. 7 kpk oraz błędu w ustalaniach faktycznych, przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, a w konsekwencji także i obrazy prawa materialnego – art. 10 § 4 kks – brak było podstaw do uwzględniania wniosku o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów.		
Lp.	Zarzut	
2	<p>Apelacja obrońcy oskarżonego K. M. (1)</p> <p>zarzut obrazy prawa materialnego – art. 10 § 4 kks poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy okoliczności prawne niniejszej sprawy determinują wniosek, iż oskarżony dopuścił się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności.</p>	<p># zasadny</p> <p># częściowo zasadny</p> <p># niezasadny</p>
Związłe o powodach uznania zarzutu za zasadny, częściowo zasadny albo niezasadny		
Ustosunkowując się do zarzutu obrazy art. 10 § 4 kks , należy zwrócić uwagę na trzy konstrukcje zawarte w Kodeksie karnym skarbowym, tj. w art. 4 kks (dotyczy pojęć umyślności i nieumyślności), art. 10 § 1 kks (dotyczy skutków błędu sprawcy co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, tzw. error facti) i art. 10 § 4 kks (dotyczy błędu		

usprawiedliwionej nieświadomości karalności). Zarzucany bowiem oskarżonemu czyn z art. 107 § 1 kks można popełnić tylko z winy umyślnej (zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym), tj. nawet wówczas, gdy sprawca przewidując możliwość jego popełnienia na to się godzi.

Odpierając powyższy zarzut obraży art. 10 § 4 kks, czy art. 10 § 1 kks, należy podkreślić, że argumenty podnoszone w skardze apelacyjnej sprowadzają się do ogólnikowego odwołania się do orzecznictwa i poglądów doktryny, czy też własnej interpretacji skarżącego dotyczącej obowiązywania i charakteru art. 6 ust. 1 ugh, czy art. 14 ust. 1 ugh. Jednak autor apelacji nie nawiązał w żaden sposób do wymowy dowodów zgromadzonych w niniejszej sprawie, a sprawa karna ma za zadanie ustalić czy dany oskarżony popełnił zarzucane (a w efekcie przypisane) mu przestępstwa i jaki towarzyszył mu zamiar. Trzeba zaś wskazać, że w toku całego postępowania, oskarżony nie powoływał się na to, by w ogóle znane mu były przepisy ustawy o grach hazardowych, by śledził i analizował orzecznictwo sądów powszechnych, Sądu Najwyższego czy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczące charakteru technicznego przepisów ustawy o grach hazardowych w kontekście wynikającego z art. 1 pkt. 11 i art. 8 ust. 1 Dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (obecnie art. 1 ust. 1 lit. f oraz art. 5 Dyrektywy 2015/1535 Parlamentu

Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 roku) obowiązku ich notyfikacji Komisji Europejskiej oraz skutków jego niedopełnienia. Oskarżony K. M. (1) na etapie dochodzenia nie przyznawał się do popełnienia zarzucanych mu czynów i skorzystał z prawa odmowy składania wyjaśnień. Z kolei na rozprawę się nie stawił i sąd odczytał te jego wyjaśnienia z postępowania przygotowawczego, sprowadzające się do prostej negacji swojego sprawstwa. W takich okolicznościach, nie sposób przyjąć, by wykazano dowodami, że oskarżony faktycznie znał przepisu ustawy o grach hazardowych, miał rozeznanie co do technicznego lub nietechnicznego ich charakteru, skutków nienotyfikacji przepisów technicznych, analizował orzecznictwo TSUE i krajowych sądów powszechnych oraz stanowisko doktryny w okresie popełnienia zarzucanego mu czynu, a co za tym idzie brak jest możliwości stosowania także przepisu sankcjonującego urządzanie lub prowadzenie gier na automatach, tj. art. 107 § 1 k.k.s, skoro na ten temat się nie wypowiedział, a tym samym by oskarżony działał co najmniej w nieświadomości jego karalności. Wbrew zatem wywodom apelującego, nie można realnie ocenić zamiaru i winy oskarżonego przez pryzmat jego wiedzy w zakresie obowiązujących wykładni prawa w obszarze przepisów o grach hazardowych w czasie czynu i w okresie poprzedzającym. Brak jest możliwości realnego wykazania dowodami w niniejszej sprawie, że oskarżony opierał swoje przekonanie o legalności prowadzonej działalności w czasie czynu mu przypisanego na takich autorytetach jak

TSUE, Sąd Najwyższy, sądy powszechne, przedstawiciele nauki czy interpretując obowiązywanie art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 ugh, właśnie w taki sposób jak to zaprezentowano w apelacji. Stąd, wobec braku sygnałów od samego oskarżonego, by wiedzę w takich obszarach posiadał, należy uznać, że tego rodzaju argumenty nie znajdują żadnego umocowania i są nieprzekonujące. To zaś, że obrońca oskarżonego, który wstąpił w tym charakterze do procesu na etapie dochodzenia, powziął wiedzę w obszarze zaprezentowanym w środku odwoławczym, nie oznacza automatycznie, że wiedzę taką miał też oskarżony w chwili podjęcia przestępnego zachowania i że nią się kierował uznając, że działał legalnie z uwagi na wątpliwości, co do technicznego charakteru art. 6 ust. 1 ugh. Nie można zatem uwzględnić powołania się tylko przez obrońcę na jego własną, a nie przeprowadzoną przez oskarżonego, wykładnię przepisów w obszarze ustawy o grach hazardowych, czy ogólnie przytoczone orzeczenia lub poglądy z doktryny o konsekwencjach braku notyfikacji przepisów technicznych zawartych w ugh, a w efekcie przyznać, że doszło do naruszenia art. 10 § 1 kks czy art. 10 § 4 kks poprzez pominięcie tych przepisów. Należy bowiem wykazać i ustalić, że to nie obrońca, tylko oskarżony, pozostawał w usprawiedliwionej nieświadomości, tak bezprawności jak i karalności czynu z art. 107 § 1 kks. Sąd musi bowiem mieć podstawy, by ocenić zamiar oskarżonego w czasie czynu, a z pewnością brak stanowiska oskarżonego wyartykułowanego w wyjaśnieniach (do czego miał zresztą pełne prawo) co do postawionych mu zarzutów, nie pozwala na

zasadne przyjęcie, że oskarżony tak interpretował przepisy prawa, jak to zaprezentował w apelacji jego obrońca.

Z przedstawionych względów, argumenty przytoczone przez obrońcę oskarżonego, nie mogły być uwzględnione przez sąd odwoławczy. Ujawnione okoliczności sprawiają, że brak jest możliwości przyjęcia, że w świadomości oskarżonego w czasie czynów, istniało usprawiedliwione przekonanie, że czyn z art. 107 § 1 kks jest niekaralny, a także że nie można stosować art. 6 ust. 1 ugh. W tym miejscu należy ponownie zaakcentować, że skarżący nie sformułował natomiast zarzutu, by K. M. (1) pozostawał w błędzie co do możliwości stosowania art. 23a ugh, a tym samym zaakceptował możliwość stosowania tegoż przepisu, a już samo ustalenie, że oskarżony urządził gry hazardowe na zabezpieczonych automatach bez wymaganej koncesji oraz nie zrealizował obowiązku rejestracji tychże urządzeń, a więc z naruszeniem choćby tylko jednej z tych norm, stanowi wystarczającą podstawę i to samodzielną do skazania go za przestępstwo z art. 107 § 1 kks. Nieświadomość karalności czynu polega bowiem na przekonaniu sprawcy, że dane zachowanie nie jest penalizowane. Skoro zaś od odpowiedzialności karnej – w myśl art. 10 § 3 kks czy art. 10 § 4 kks - uwalnia tylko usprawiedliwione błędne przekonanie, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność czy usprawiedliwiona nieświadomość karalności, a oskarżony nie wskazał w wyjaśnieniach bądź w inny sposób, że dołożył starań by poznać przepisy ustawy o ugh, lub by ze wszystkich

orzeczeń, które zapadały na tle spraw dotyczących art. 107 § 1 kks wydawano wyłącznie orzeczenia umarzające czy uniewinniające, to nie można przyjąć, by to wystarczyło do przyjęcia „usprawiedliwionego” stanowiska oskarżonego w tym zakresie i by zanegować prawidłowość zamiaru przyjętego przez sąd I instancji. Z ustaleń faktów poczynionych przez sąd musi bowiem wynikać, że dany sprawca podjął starania, w wyniku których uzyskał pewne informacje, że jego czyn nie podlega odpowiedzialności karnoskarbowej. Tego zaś w ustalonych okolicznościach sprawy nie można było stwierdzić, a tym samym przyjąć by zaistniały podstawy do przyjęcia w omawianej sprawie możliwości zastosowania instytucji z art. 10 § 1, §3 kks czy art. 10 § 4 kks. Oskarżony, podejmując działania polegające na urządzaniu gry na automatach, w sytuacji gdyby chciał legalnie, bez narażania się na odpowiedzialność karnoskarbową, takie gry urządzać – co wynika ze stanowczych przepisów ustawy o grach hazardowych - musiałby prowadzić działalność w formie spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością art. 6 ust. 4 ugh (obecnie art. 6 ust. 5 ugh), po uzyskaniu koncesji na kasyno (art. 6 ust.1 ugh), w kasynie (art. 14 ust. 1 ugh), a w razie wątpliwości co do tego czy gra, którą chce urządzać jest grą na automatach, która musi być prowadzona po uzyskaniu koncesji na kasyno, to powinien zwrócić się do Ministra właściwego do spraw finansów publicznych o wydanie decyzji czy gra jest grą na automacie w rozumieniu ustawy czy też nie (co wynika z art. 2 ust. 6 ugh) i czy urządzenie takiej gry wymaga

spełnienia warunków z art. 6 ugh i 14 ugh.

Godzi się wskazać, że także okoliczności wynikające z ogólnie przywoływanych przez obrońcę opinii prawnych (bez wskazania tytułów opracowań i nazwisk ich autorów) oraz orzeczeń uniewinniających i umarzających, wydawanych w tożsamych rodzajowo sprawach - nie mogą doprowadzić do uwolnienia oskarżonego od przypisania mu inkryminowanego zachowania, w tym nie świadczą o zaistnieniu przesłanek kontratypów określonych w art. 10 kks, a to z uwagi na całokształt dowodów i okoliczności ujawnionych w sprawie jednoznacznie wskazujących na jego sprawstwo. Podobnie, tak bardzo akcentowana przez apelującego okoliczność, iż organy w licznych tożsamych sprawach rozstrzygały na korzyść umarzając postępowania lub wydając wyroki uniewinniające, nie implikuje konieczności uwolnienia go od czynu przypisanego mu w przedmiotowej sprawie. W inkryminowanym czasie kontynuowano wobec niego wiele innych procesów (już od września 2011r – wykaz spraw k. 197 – 201) i wszczynano kolejne, które skutkowały skierowaniem aktów oskarżenia i wydawaniem wyroków skazujących. Urzędy Celne wszczynały i prowadziły przeciwko K. M. (2) dziesiątki postępowań o tego samego rodzaju przestępstwa z art. 107 § 1 kks. Ponadto przeciwko K. M. (1) jeszcze w trakcie podejmowania przez niego przestępnych zachowań w niniejszej sprawie, Sąd Rejonowy w N. wydał wyrok skazujący za tożsamy czyn z art. 107 § 1 kks w dniu 13.02.2015r. sygn.. akt (...), a krótko potem Sąd Rejonowy w E. wydał wyrok

skazujący za tożsamy czyn z art. 107 § 1 kks w dniu 3.06.2015r sygn. akt (...) i Sąd Rejonowy w W. wydał wyrok skazujący za tożsamy czyn z art. 107 § 1 kks w dniu 18.12.2015r., sygn. akt (...). Wprawdzie te wyroki w wyniku wniesienia środków odwoławczych uprawomocniły się w 2017r., niemniej już sam fakt prowadzenia przeciwko niemu licznych postępowań karno – skarbowych, także już po skierowaniu aktów oskarżenia na etapie jurysdykcyjnym, wyklucza możliwość rozpatrywania zachowania oskarżonego w niniejszej sprawie w kategoriach „usprawiedliwionej” nieświadomości bezprawności czy karalności jego zachowania, co zarazem wzmocnia prawidłowość stanowiska co do braku podstaw do zastosowania kontratypów określonych w art. 10 kks. Oczywiście jest bowiem, że wszczynanie i prowadzenie licznych postępowań karno – skarbowych, kierowanie aktów oskarżenia do sądu, winno wywołać u każdego istotne wątpliwości co do legalności podejmowanych tożsamych zachowań i spowodować co najmniej zawieszenie dalszej działalności w tym zakresie do czasu jednoznacznego wyjaśnienia kontrowersyjnych kwestii. W tym miejscu należy wskazać, że zatrzymanie automatów, wydawanie decyzji administracyjnych, nakładanie grzywnie, prowadzenie postępowań karnych za tego samego rodzaju czyny, kierowanie aktów oskarżenia - już rodziło uzasadnione wątpliwości co do legalności prowadzonej przez oskarżonego działalności. Wydanie natomiast prawomocnego orzeczenia skazującego powodowało już wręcz stan pewności, który nie jest nawet wymagany w świetle

art. 10 § 3 kks czy art. 10 § 4 kks. Stwierdzone okolicznościami sprawy wątpliwości nie pozwalają na przyjęcie, że oskarżony mógł pozostawać w usprawiedliwionym błędzie w rozumieniu art. 10 § 1, § 3 kks czy 10 § 4 kks. Ponadto skoro „nieświadomość” wskazana w art. 10 § 4 kks jest stanem braku jakiegokolwiek wiedzy na dany temat, to należy odróżnić ją od wątpliwości co do legalności jego działalności, które wskazywały mu przecież na realną możliwość popełnienia przestępstwa.

Tym samym K. M. (1) miał świadomość nielegalności jego działalności, a to z kolei nie pozwala na stwierdzenie, że oskarżony mógł pozostawać w usprawiedliwionym błędzie w rozumieniu art. 10§ 1, §3 czy 10§4 kks.

Już tylko te okoliczności świadczyły o tym, że oskarżony nie mógł czuć się upewniony co do tego, że jego działalność w zakresie organizowania gier hazardowych jest niewątpliwie legalna.

Z powodu wynikającej z przedstawionych aspektów sprawy świadomości oskarżonego co do tego, że działa nielegalnie, skoro toczyły się przeciwko niemu inne liczne postępowania o tego samego rodzaju czyny i wszczynano kolejne, kierowano akty oskarżenia do sądu, zapadały nawet wyroki skazujące, choć nieprawomocne, a ponadto urządzał gry na automatach poza kasynem, nie posiadał wymaganej prawem koncesji na kasyno, a automaty nie były zarejestrowane - powstrzymał się on od zwrócenia się do organu finansowego, np. Ministra Finansów o wydanie interpretacji czy też decyzji. W przypadku bowiem nawet założenia

spółki zoo lub spółki akcyjnej i rzetelnego przedstawienia we wniosku skierowanym do takiego organu prowadzonej działalności i faktycznego charakteru gier na automatach (których skarżący nie kwestionował), miejsca urządzania gier oraz tego, że nie wystąpił o koncesję i nie pozyskał rejestracji automatów, z oczywistych względów nie mógł się realnie spodziewać, że organ finansowy taką działalność - sprzeczną z przepisami ustawy o grach hazardowych – zaakceptuje.

Należy też zaznaczyć, że oskarżony prowadząc działalność w obszarze organizowania gier hazardowych i to na skalę wynikającą z ujawnionych dowodów (m.in. orzeczeń różnych organów, informacji z KRK), nie mógł odwoływać się do wzorca zwykłego przeciętnego obywatela. Wzorzec taki można stosować na potrzeby oceny czynów wskazanych w kodeksie karnym, których społeczna szkodliwość jest dosyć powszechnie znana, stąd w tych wypadkach sama świadomość urzeczywistnienia znamion istoty czynu wskazuje co najmniej na możliwość uświadomienia sobie ich bezprawności, ale inaczej to wygląda w odniesieniu do prawa karnego-skarbowego.

To na oskarżonym, jako podmiocie prowadzącym działalność gospodarczą, ciążył obowiązek dostosowania się do obowiązujących reguł należytej staranności przy prowadzeniu działalności, i zachowania ostrożności tak, aby prowadzić tę działalność zgodnie z prawem (art. 18 i art. 46 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (w tym czasie Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095 ze zm.). Podejmując się prowadzenia działalności

gospodarczej w danym sektorze, określony podmiot wkracza bowiem w sferę regulowaną szczególnymi przepisami (patrz: pogląd z artykułu PP 2007/2/34-38 autorstwa M.Śpiewaka „Na nieświadomość karalności nie może powoływać się sprawca czynu, na którym ciąży obowiązek zaznajomienia się z określonymi przepisami w związku z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą.”). W sferze dotyczącej prawa karnego skarbowego nie można więc odnosić się do wzorca osobowego przeciętnego obywatela, gdyż w wypadku prawa karnego skarbowego i to w odniesieniu do takiej osoby jak K. M. (1) w grę wchodzi model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań dla profesjonalisty w obrocie gospodarczym, który w celu osiągnięcia dochodu prowadzi działalność ze świadomością jej reglamentowania przez państwo. Im zaś wyższe oczekiwania, jakie można stawiać wobec sprawcy, tym możliwość wystąpienia błędu, i to usprawiedliwionego, mniejsza. Z pewnością zajmując się działalnością w takim specyficznym obszarze oskarżony miał obowiązek zapoznać się ze wszystkimi przepisami regulującymi dziedzinę gier hazardowych (i z ich wykładnią). I o ile w orzecznictwie i doktrynie faktycznie istniała rozbieżność, to nie co do treści samej ustawy o grach hazardowych, lecz co do tego jaką konsekwencję dla jednostki powoduje nienotyfikowanie przepisów technicznych. W czasie popełnienia czynu przypisanego oskarżonemu obowiązywały zaś przepisy prawne składające się na podstawę prawną jego odpowiedzialności, tj. art. 107§1kks i nietechniczne przepisy art.

6 ust. 1 ugh i art. 23a ugh, a część orzecznictwa i doktryny prezentowała pogląd, według którego przepis art. 6 ust. 1 ugh winien być stosowany. Treść art. 6 ugh była zaś jasna i wynikało z niej, że prowadzenie działalności polegającej na urządzaniu gier hazardowych jest możliwe wyłącznie w formie określonej spółki, po uzyskaniu koncesji na kasyno. Dla każdej osoby czytającej art. 6 ugh wynikało to w sposób klarowny i czytelny i nie trzeba było - dla zrozumienia tych wymogów - sięgać po wiedzę fachową dla dokonania wykładni zapisów z tego artykułu. Dlatego w zasięgu oskarżonego - który decydując się na działalność związaną z organizowaniem gier hazardowych winien zapoznać się z przepisami działalność taka regulującymi - leżało uświadomienie sobie bezprawności zachowania polegającego na zignorowaniu treści nie tylko art. 23a ugh, ale i art. 6 ugh, tj. działaniu wbrew przepisowi ustawy ugh, a w konsekwencji jego karalności z uwagi na treść art. 107 § 1 kks. Trudno więc zgodzić się z tym, że oskarżony, który prowadził ten rodzaj działalności na przestrzeni kilku lat, nie miał świadomości tej okoliczności i w sposób uzasadniony mógł przyjmować, że w czasie obowiązywania ustawy o grach hazardowych, przedsiębiorca prowadzący tego rodzaju działalność, nie musi posiadać stosownej koncesji. W ocenie sądu odwoławczego takie wnioskowanie byłoby nieuprawnione nawet w obliczu rozbieżności powstałych na tle dopuszczalności stosowania nienotyfikowanych przepisów ustawy o grach hazardowych. Bowiem osoba zajmująca się tego rodzaju działalnością i to na znaczną skalę, będąc już uprzednio karana

za tożsame czyny, nie powinna podejmować zachowań, o których wie, że nie tylko są sprzeczne z wolą ustawodawcy, ale wręcz skutkują odpowiedzialnością karną. Oskarżony, nie uzyskując koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie powstrzymał się jednak ze swoją działalnością do czasu ostatecznego wyjaśnienia omawianej kwestii, mimo tego, że nadal urzędy celne zajmowały kolejne automaty do gier i wszczynały postępowania karno – skarbowe, a mimo tego bazował tylko na poglądach doktryny czy orzecznictwie o wymowie dla niego korzystnej, a tym samym akceptował, że swoim zachowaniem narusza nie tylko przepisy art. 23a ugh, ale i normę art. 6 ust 1 ugh, a przez to popełnia przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks. Skoro więc „nieświadomość” wskazana w art. 10 § 4 kks jest stanem braku jakiegokolwiek wiedzy na dany temat, to należy odróżnić ją od wątpliwości co do legalności jego działalności, które wskazywały mu przecież na realną możliwość popełnienia przestępstwa. Ponownie należy podkreślić, że art. 6 ust. 1 ugh obowiązywał w inkryminowanym czasie i w trakcie całej działalności oskarżonego. Wystąpienie zaś rozbieżności interpretacyjnych - co wynika z różnych orzeczeń czy opinii prywatnych - nie może automatycznie legitymizować działalności danego podmiotu, który prowadzi działalność w danym obszarze wbrew treści przepisów, które zostały uchwalone i obowiązują (a na co zwrócono uwagę w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego P 4/14 z 11 marca 2015r.). Stąd nie można było budować tezy o braku zawinienia oskarżonego na tle rozbieżności interpretacyjnych przepisów ugh, tym bardziej,

że rozbieżności te starano się wyjaśnić opiniami prywatnymi i korzystnymi orzeczeniami, a nie skorzystano z wiedzy organu do tego kompetentnego, tj. Ministra Finansów (z oczywistych względów, tj. obawiając się że może dojść do stwierdzenia nielegalności działalności prowadzonej przez oskarżonego bez koncesji). Należy jeszcze raz podkreślić, że poza tym, że zapadały orzeczenia korzystne, tj. uniewinniające czy umarzające, to nadal też zatrzymywano automaty i wszczynano kolejne postępowania, kierowano kolejne akty oskarżenia do sądu, a to powodowało zasadnicze wątpliwość co do tezy o legalności prowadzonej przez K. M. (1) działalności. Stąd nie można było podzielić poglądu apelującego, iż wyselekcjonowane, tylko korzystne dla oskarżonego poglądy, opinie i orzeczenia, pozwolą na wykazanie, że działał on w warunkach błędu z art. 10 kodeksu karnego skarbowego, w tym w postaci błędnego przekonania, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność (art. 10 § 3 kks) czy w postaci nieświadomości jego karalności (art. 10 § 4 kks) i to usprawiedliwionych.

Ponownie należy zaakcentować, że w sytuacji, gdy K. M. (1) gry na automatach urządzał w punkcie gier i innych lokalach, to oczywistym jest, że samo miejsce czynów wskazywało na to, że gry były urządzone poza kasynem, bez koncesji na kasyno. Ponadto z przeprowadzonych przez funkcjonariuszy celnych eksperymentów odnośnie zabezpieczonych urządzeń, oględzin zatrzymanych automatów do gier i z ekspertyzy jednoznacznie wynika losowy i komercyjny charakter gier na zatrzymanych automatach. Skoro zaś gry na tych automatach

miały taki właśnie charakter, to by je legalnie można było urządzić i prowadzić, należało uzyskać koncesję na kasyno, a dozwolonym miejscem urządzania i prowadzenia tych gier było wyłącznie kasyno a nie lokal użytkowy. Oskarżony urządzając gry o powyższym charakterze bez koncesji na kasyno, ale też przy zignorowaniu wymowy pozostałych przepisów ugh, nie podporządkował się więc obligatoryjnym przepisom ustawy o grach hazardowych, m.in. art. 6 ust. 1 ugh, i art. 23a ugh, a to powodowało, że zachodziły podstawy do przypisania mu popełnienia przestępstwa z art. 107§1kks.

Zdecydowanie należy również odeprzeć podniesiony w części motywacyjnej apelacji zarzut naruszenia art. 10 § 1 i § 4 kks przez przyzmat art. 6 list. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z dnia 09 marca 2016 roku w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym, poprzez jego niezastosowanie albowiem oskarżony „(...) dopuścił się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego karalności. (...)”. W tym miejscu należy przypomnieć, że przepis § 1 art. 10 kks dotyczy skutków błędu sprawcy co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego (tzw. error facti). Najogólniej mówiąc, błąd polega na rozbieżności między obiektywną rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości sprawcy. Błąd może polegać na nieświadomości sprawcy co do okoliczności faktycznych występujących w obiektywnej rzeczywistości lub

na urojeniu sobie określonych elementów rzeczywistości, które w obiektywnej rzeczywistości nie występują. Stwierdzenie błędu skutkuje tym, że nie można przypisać sprawcy umyślnego popełnienia przestępstwa, jeśli w jego świadomości, na skutek błędu, nie doszło do odzwierciedlenia wszystkich znamion czynu zabronionego i zamiaru ich zrealizowania. Wystarczy, że sprawca nie obejmuje swoją świadomością, chociażby jednego z zespołu znamion czynu zabronionego. Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego i jego konsekwencje zostały ujęte w Kodeksie karnym skarbowym tak samo jak w Kodeksie karnym powszechnym (art. 28 k.k.). Działanie sprawcy w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego wyklucza zatem odpowiedzialność sprawcy za czyn popełniony umyślnie. Nie można jednakże utożsamiać błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego z niewłaściwą interpretacją znaczenia zwrotów określających znamiona czynu.

Odnosząc powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy, należy stwierdzić, iż takie ujawnione w sprawie okoliczności, jak brak jakichkolwiek ze strony oskarżonego K. M. (1) sygnałów co do powzięcia wiedzy w obszarze przepisów ustawy o grach hazardowych, norm prawa unijnego, ich wykładni dokonywanej przez sądy powszechne, Sąd Najwyższy i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz przedstawicieli doktryny, a przede wszystkim odnośnie technicznego charakteru przepisów ugh, obowiązku ich notyfikacji i skutków jego niedopełnienia – wykluczają

potraktowanie działania oskarżonego także w kategoriach błędu do co okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego. Ponadto, skoro w czasie czynu przypisanego oskarżonemu obowiązywał m.in. przepis art. 23a ugh, którym oskarżony się nie podporządkował, a skarżący nawet nie zasygnalizował w apelacji, by oskarżony kwestionował obowiązywanie tegoż przepisu, to tym bardziej nie wykazano, by zaszyły podstawy do przyjęcia błędu po stronie oskarżonego, iż art. 107 § 1 kks w związku z naruszeniem art. 6 ust.1 ugh (a także z naruszeniem art. 23a ugh) nie może być stosowany. Tym samym również ten zarzut należy ocenić jako nieuprawniony.

Wypada jeszcze wskazać, że trzon prawa karnego stanowią czyny zabronione, których społeczna szkodliwość jest dosyć powszechnie znana, stąd w tych wypadkach sama świadomość urzeczywistnienia znamion istoty czynu wskazuje co najmniej na możliwość uświadomienia sobie ich bezprawności, ale inaczej to wygląda w odniesieniu do prawa karnego-skarbowego. To na oskarżonym, jako podmiocie prowadzącym działalność gospodarczą, ciążył obowiązek dostosowania się do obowiązujących reguł należytej staranności przy prowadzeniu działalności, i zachowania ostrożności tak, aby prowadzić tę działalność zgodnie z prawem (art. 18 i art. 46 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (w tym czasie Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095 ze zm.). Na nieświadomość karalności nie może powoływać się sprawca czynu, na którym ciąży obowiązek zaznajomienia się z określonymi przepisami w

związku z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą. Należy też przyjąć za Sądem Najwyższym, że jeżeli na sprawcy w związku z jego działalnością zawodową ciążył obowiązek zaznajomienia się z odpowiednimi przepisami i sprawca w sposób zawiniony tego obowiązku nie wypełnił to nieświadomość karalności czynu nie będzie usprawiedliwiona.

Przedstawione powyżej rozważania, uprawniają do potraktowania argumentów, przytoczonych przez obrońcę w apelacji, dla wykazania zasadności sformułowanych zarzutów, jedynie w kategoriach odmiennego poglądu opartego na własnej, wybiórczej i dowolnej ocenie zebranego materiału dowodowego oraz na przywołanych wybiórczo orzeczeniach i poglądach, które nie mogły jednak doprowadzić do zmiany wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu. W wyniku bowiem swobodnej oceny dowodów, utrzymanej w granicach racjonalności, Sąd I instancji wskazał, które z dowodów zasługują na wiarygodność, przy czym pogląd ten zasługuje na aprobatę sądu odwoławczego, gdyż ocena materiału dowodowego, dokonana przez pryzmat logicznego myślenia i doświadczenia życiowego pozwalała na przypisanie oskarżonemu występkę z art. 107 § 1 kks. Sąd Rejonowy zgromadził wystarczający do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy materiał dowodowy i ocenił go co do istoty właściwie, a w oparciu o tę ocenę poczynił prawidłowe zasadnicze ustalenia faktyczne i wyprowadził trafny wniosek co do winy oskarżonego w zakresie występkę z art. 107 § 1 kks (ten przepis blankietowy mógł być dopełniony nawet samodzielnie

tylko przepisem art. 23 a ugh, który oskarżony naruszył, nie dopełniając obowiązku zarejestrowania każdego automatu do gry, który miał być eksploatowany przez podmiot posiadający koncesję; dopiero rejestracja uprawniała do ich eksploatacji).

Reasumując należy stwierdzić, że skarżący nie wykazał żadnych konkretnych uchybień, a podniesione przez niego zarzuty naruszenia przepisu postępowania – art. 7 kpk, mającego skutkować błędem w ustaleniach faktycznych i obrazą art. 10 § 4 kks postępowania, sprowadzają się wyłącznie do polemiki z prawidłowymi ustaleniami sądu meriti i poczynioną przez niego wykładnią zastosowanych przepisów prawa materialnego, wyrażonymi w uzasadnieniu orzeczenia.

Sąd Rejonowy nie dopuścił się zatem naruszenia przepisu postępowania – art. 7 kpk, ani mającego być jego następstwem błędu w ustaleniach faktycznych, a w konsekwencji nie doszło też do obrazy art. 10 § 4 kks. Nie ma zatem podstaw do zdyskwalifikowania zaskarżonego rozstrzygnięcia i uniewinnienia oskarżonego od zarzucanego mu czynu.

Wniosek

o zmianę wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanych mu czynów,

zasadny
częściowo zasadny
niezasadny

Zwięźle o powodach uznania wniosku za zasadny, częściowo zasadny albo niezasadny.

<p>Wobec nie stwierdzenia przez sąd odwoławczy zarzucanej w apelacji obrazy prawa materialnego – art. 10 § 4 kks brak było podstaw do uwzględnienie wniosku o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanych mu czynów.</p>		
Lp.	Zarzut	
<p>3.</p>	<p>Apelacja obrońcy oskarżonego K. M. (1)</p> <p>zarzut rażącego naruszenia przepisu postępowania - art. 11 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, mogącego mieć wpływ na treść orzeczenia, polegającego na nieumorzeniu postępowania podczas gdy spełnione zostały wszelkie przesłanki uzasadniające umorzenie absorpcyjne, a orzeczenie wobec oskarżonego kary jest oczywiście niecelowe ze względu na rodzaj i wysokość kar prawomocnie orzeczonych wobec K. M. (1) za przestępstwo z art. 107 k.k.s., a ponadto za umorzeniem przemawiają fiskalne interesy Skarbu Państwa.</p>	<p># zasadny</p> <p># częściowo zasadny</p> <p># niezasadny</p>
<p>Zwięźle o powodach uznania zarzutu za zasadny, częściowo zasadny albo niezasadny</p>		
<p>Na uwzględnienie zasługiwał natomiast zarzut naruszenia przepisu postępowania - art. 11 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks, polegającego na nieumorzeniu postępowania, podczas gdy spełnione zostały wszelkie przesłanki uzasadniające umorzenie absorpcyjne.</p>		

Przewidzianą w art. 11 § 1 kpk instytucję umorzenia absorpcyjnego zalicza do ustawowych wyjątków od zasady legalizmu ścigania. Istotą umorzenia absorpcyjnego jest możliwość umorzenia postępowania ze względu na stwierdzenie niecelowości jego prowadzenia, wynikającej z niecelowości ukarania sprawcy z uwagi na jego uprzednią karalność, w sytuacji gdy ściganie jest prawnie dopuszczalne i faktycznie zasadne. Jak zauważa się w literaturze, ratio legis umorzenia absorpcyjnego opiera się na założeniu, iż nie jest celowe prowadzenie postępowania za relatywnie drobne przestępstwo przeciwko sprawcy, który już został skazany za inne poważniejsze przestępstwo na stosunkowo surową karę. Kara ta czyni już zadość społecznemu poczuciu sprawiedliwości. Prowadzenie w takim przypadku postępowania o czyn drobniejszy byłoby trwonieniem środków społecznych, które lepiej przeznaczyć na ściganie innych, poważniejszych przestępstw. Podstawowe przesłanki stosowania tej instytucji określone w art. 11 § 1 kpk muszą być spełnione łącznie:

1. występki jest zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 5,
2. orzeczenie wobec oskarżonego kary było oczywiście niecelowe ze względu na rodzaj i wysokość prawomocnie orzeczonej kary za inne przestępstwo,
3. umorzeniu nie sprzeciwia się interes pokrzywdzonego.

Wykładnia celowościowa pozwala na przyjęcie, że ustawodawca umorzeniu absorpcyjnemu chciał

poddać także czyny o łagodniejszym zagrożeniu karą.

Ponadto postępowanie można umorzyć, jeżeli orzeczenie wobec oskarżonego kary byłoby oczywiście niecelowe ze względu na rodzaj i wysokość kary prawomocnie orzeczonej za inne przestępstwo. W literaturze i orzecznictwie podnosi się, że oczywista niecelowość orzekania kary będzie zachodziła w sytuacji, gdy jej wymierzenie nie ma sensu ze względu zarówno na społeczne oddziaływanie kary, jak i na prewencję indywidualną. Na gruncie istniejącego uregulowania przyjmuje się, że oczywista niecelowość karania ma wynikać z porównania dwóch ukarań. Pierwszego egzystującego w rzeczywistości i wynikającego z prawomocnego wyroku skazującego, drugiego hipotetycznego (prognozowanego), mającego lub mogącego zapaść w toczącym się postępowaniu. Takie zestawienie powoduje konieczność wskazania, że przy ocenie niecelowości karania niezbędne jest dokonanie porównania poprzez pryzmat kar, a co za tym idzie – trzeba się odwołać do zasad łączenia kar i środków karnych. Należy podnieść, że zawsze kiedy organ procesowy w wyniku porównania uzyska stwierdzenie, iż oczekiwana kara zostanie pochłonięta (zastosowanie znajdzie zasada absorpcji) lub tylko nieznacznie będzie przewyższała już istniejącą karę, wówczas należy uznać, że spełniona jest przesłanka niecelowości (Z. Gostyński, Umorzenie..., s. 32). Ustawa wymaga zatem drastycznej dysproporcji pomiędzy rodzajem i wysokością kary już orzeczonej prawomocnie za inne przestępstwo a karą, która zostałaby orzeczona w postępowaniu podlegającym

umorzeniu. Stanowi bowiem o „oczywistej niecelowości”, która zachodzi wtedy, gdy nastąpiłoby całkowite pochłonięcie „nowej” kary przez karę już orzeczoną. Jest oczywiste, że ustalenie oczywistej niecelowości nie może ignorować zasad wymiaru kary i środków karnych przewidzianych w rozdziale VI k.k. Założenia instytucji absorpcyjnego umorzenia postępowania wynikają z zasad łączenia kar statuowanych w przepisach art. 86–89 k.k., które mają zastosowanie do wydania wyroku łącznego (art. 569 kpk). W literaturze podnosi się, że jeżeli w wyroku łącznym zastosowanoby zasadę absorpcji lub też wymierzona kara łączna tylko nieznacznie przekracza karę już prawomocnie orzeczoną, można byłoby mówić o niecelowości karania uzasadniającej umorzenie postępowania na podstawie § 1 art. 11 kpk (zob. Steinborn Sławomir Komentarz do art. 11 kpk). W literaturze przedmiotu prezentowane jest także stanowisko, że przesłanka ta powinna być rozumiana nawet szerzej, nie tylko przez pryzmat łączenia kar. Kara hipotetycznie orzeczoną powinna być bowiem rozpatrywana także pod kątem realności jej wykonania. Właśnie ta celowość może doprowadzić do wniosku, że choć jest to sprzeczne z zasadą równości wobec prawa, przy niektórych kategoriach sprawców zasadne i celowe będzie orzeczenie obok długoterminowych kar pozbawienia wolności (np. kary dożywotniego pozbawienia wolności) kary grzywny (wtedy, gdy będzie ściągalna), a przy innych już nie.

Zaakcentować należy, że umorzenie w trybie art. 11 nie może być jednak stosowane do prowadzonego

postępowania o przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 5, gdy „kara za inne przestępstwo nie została jeszcze prawomocnie orzeczona”. Chodzi tu zarówno o takie sytuacje, gdy nie zapadło jeszcze orzeczenie z konsekwencjami karnymi pozwalającymi na stwierdzenie niecelowości ukarania w innej prowadzonej sprawie, jak i sytuacje, gdy orzeczenie takie zapadło, ale nie jest jeszcze prawomocne (zob. Steinborn Sławomir Komentarz do art. 11 kpk).

Kolejną przesłanką niezbędną do zastosowania omawianej instytucji jest stwierdzenie, że takiemu zakończeniu postępowania nie sprzeciwia się interes pokrzywdzonego. Sąd odwoławczy podziela wyrażony w doktrynie pogląd, iż przesłanka niesprzeciwiania się interesowi pokrzywdzonego nie wymaga uzyskania od niego oświadczenia co do wyrażenia zgody na umorzenie, gdyż ocena zrealizowania wskazanej przesłanki leży po stronie organu procesowego i jest to kategoria o charakterze obiektywnym. Przyjmuje się także, że zawsze wtedy, kiedy czyn nie godzi w określony podmiot (przestępstwo bez ofiar), zasadne jest przyjęcie dopuszczalności stosowania tej instytucji. W sytuacji zaś związku podmiotowego po stronie pokrzywdzonego pomiędzy czynami, co do których orzeczono prawomocnie i co do których trwa postępowanie, należy uznać, iż wskazane zadośćuczynienie zostało zrealizowane w ukaraniu pierwotnym (Z. Gostyński, Umorzenie..., s. 33). Wskazać także należy, że do istoty czynów określonych w art. 107 § 1 k.k.s. nie należy interes pokrzywdzonego

jako osoby fizycznej czy osoby prawnej w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania karnego, lecz interes Skarbu Państwa. Ponadto z uwagi na jednoczesne orzeczenie tytułem środka zabezpieczającego przepadku stanowiących własność oskarżonego automatów wraz z ujawnionymi w nich środkami pieniężnymi – interes Skarbu Państwa został zabezpieczony.

Zaznaczyć także należy, że instytucja umorzenia absorpcyjnego, o jakiej mowa w przepisie art. 11 § 1 k.p.k., może mieć zastosowanie zarówno w fazie in personam postępowania przygotowawczego, jak i postępowania sądowego, w tym także dopiero na etapie sądowego postępowania odwoławczego, gdyż przepis art. 11 § 1 k.p.k. nie zawiera ograniczeń temporalnych. Nie istnieje bowiem przepis ograniczający stosowanie tej instytucji w sądowym postępowaniu odwoławczym, z tym zastrzeżeniem, że orzekanie w tej fazie postępowania zgodnie z art. 11 kpk może powodować konieczność szczegółowej analizy, czy za odstąpieniem od ścigania przemawia niecelowość kontynuowania postępowania. W wielu stanach faktycznych te same okoliczności ujawnione w pierwszej i drugiej instancji będą miały różny oddźwięk i w konsekwencji niecelowe może być na tym etapie postępowania odwoławczego korzystanie z tej instytucji. Jednakże nie można a priori wykluczyć jej stosowania również na gruncie postępowania odwoławczego. Nie ma prawnych przeszkód, aby zastosować tę instytucję w postępowaniu ponownym, czyli w postępowaniu które toczy się po uchyleniu zaskarżonego orzeczenia (tak: postanowienie Sądu

Najwyższego z dnia 12 stycznia 2021 r., II KK 372/20; Hofmański, Sazdik, Zgryzek, Kodeks, t. 1, 2011, s. 128; Kurowski Michał Komentarz do art. 11 kpk).

Relatywizując powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że w stosunku do K. M. (1) zaistniały wszystkie konieczne przesłanki do zastosowania instytucji określonej w art. 11 § 1 kk w postaci umorzenia absorpcyjnego, a tym samym na aprobatę zasługiwał zawarty w apelacji zarzut obrazy tegoż przepisu postępowania.

Oskarżony K. M. (1) dopuścił się występków kwalifikowanych z art. 107 § 1 kks, które zagrożone są karą grzywny w wysokości do 720 stawek dziennych, karą pozbawienia wolności do lat 3 albo obiema tymi karami łącznie.

Orzeczenie wobec oskarżonego kary w niniejszej sprawie było oczywiście niecelowe ze względu na rodzaj i wysokość prawomocnie orzeczonej kary za inne przestępstwo. Wobec K. M. (1) wydano już 149 prawomocnych wyroków skazujących go za czyny z art. 107 § 1 kks na kary grzywny w łącznej wysokości ponad 23.340 stawek dziennych, a także na kary pozbawienia wolności. Dodać należy, że w toku są jeszcze sprawy, niezakończone prawomocnymi wyrokami, również dotyczące czynów z art. 107 § 1 kks. Jednakże co najbardziej istotne w aspekcie stwierdzenia realizacji tejże przesłanki absorpcyjnego umorzenia, a co uszło uwadze zarówno sądu I instancji, jak i apelującego, to to, że wobec K. M. (1) wydano także prawomocny wyrok łączny. Sąd Rejonowy w

O. wyrokiem łącznym z dnia 18 czerwca 2020r. sygn. akt (...), który uprawomocnił się 26 czerwca 2020r., w punkcie I połączył jednostkowe kary pozbawienia wolności orzeczone 19 prawomocnymi wyrokami i wymierzył skazanemu K. M. (1) karę łączną 4 lat pozbawienia wolności, zaś w punkcie II połączył jednostkowe kary grzywny orzeczone 104 prawomocnymi wyrokami i wymierzył mu karę łączną 1080 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł. Podkreślić przy tym należy, że zgodnie z art. 39 § 1 k.k.s. sąd wymierza karę łączną grzywny w granicach od najwyższej z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa skarbowe do ich sumy nie przekraczając jednak 1080 stawek dziennych grzywny. Maksymalna liczba stawek dziennych grzywny, orzeczona w wyroku łącznym, nie może zatem przekroczyć 1080 stawek dziennych. Tak też, zgodnie z przytoczonym przepisem prawa materialnego, postąpił Sąd Rejonowy w O. w sprawie o sygn. akt (...), orzekając wobec K. M. (1) wyrokiem łącznym, stosując zasadę pełnej kumulacji, maksymalną liczbę stawek dziennych łącznej kary grzywny. Porównanie kary grzywny wymierzonej K. M. (1) wyrokiem Sądu Rejonowego wI. sygn. akt (...), zaskarżonym wyłącznie na jego korzyść, tj. 100 stawek dziennych, przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 80 zł. przez pryzmat wymierzonej mu już uprzednio prawomocnym wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w O. sygn. akt (...) maksymalnej kary łącznej grzywny 1080 stawek dziennych, przy ustaleniu wysokości jednej stawki na kwotę 100 zł.

– nakazuje stwierdzić, że kara grzywny orzeczona zaskarżonym wyrokiem została w całości popchnięta, na zasadzie pełnej absorpcji, przez istniejącą już karę łączną grzywny, wymierzoną prawomocnym wyrokiem łącznym funkcjonującym w obrocie prawnym prawie od roku. Z uwagi bowiem na jednoznaczną treść art. 39 § 1 kks, statuującego zasady łączenia kar za przestępstwa skarbowe, w kolejnym postępowaniu o wydanie wyroku łącznego, sąd nie mógłby już bowiem orzec surowszej kary niż wymierzana mu już prawomocnym wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w O. w sprawie o sygn. akt (...) kara 1080 stawek dziennych grzywny i kara ta w całości pochłonęłaby, przy zastosowaniu zasady pełnej absorpcji, karę jednostkową 100 stawek dziennych grzywny orzeczoną zaskarżonym wyrokiem. Oczywistym jest zarazem, że zachodzi, wymagana przez art. 11 § 1 kpk, drastyczna dysproporcja pomiędzy rodzajem i wysokością kary łącznej 1080 stawek dziennych grzywny, przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł, już orzeczonej prawomocnie za inne przestępstwa skarbowe, a karą 100 stawek dziennych, przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 80 zł., orzeczoną zaskarżonym wyrokiem w postępowaniu podlegającym umorzeniu.

Konsekwencją stwierdzenia, że kara grzywny orzeczona wobec oskarżonego K. M. (1) zaskarżonym wyrokiem zostanie całkowicie popchnięta (zastosowanie znajdzie zasada absorpcji) przez już istniejącą prawomocnie orzeczoną i maksymalną karę łączną 1080 stawek dziennych grzywny,

jest uznanie, że spełniona została przesłanka „oczywistej niecelowości” jej orzekania. Przyjmując bowiem za punkt odniesienia wysokość kary łącznej grzywny orzeczonej wobec K. M. (1) prawomocnym wyrokiem łącznym Sądu Rejonowego w O. z dnia 18 czerwca 2020r. sygn. akt (...) za inne przestępstwa skarbowe, oczywistym jest, że kara ta, z uwagi na treść art. 39 § 1 kks, w żaden sposób nie miałaby wpływu na wysokość „nowej” kary łącznej grzywny orzeczonej przyłączeniu kar grzywny dotychczas prawomocnie wymierzonych za przypisane K. M. (1) przestępstwa skarbowe.

Umorzeniu absorpcyjnemu nie sprzeciwia się także interes pokrzywdzonego. Ponownie należy wskazać, że do istoty czynów określonych w art. 107 § 1 k.k.s. nie należy interes pokrzywdzonego jako osoby fizycznej czy osoby prawnej w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania karnego, lecz interes Skarbu Państwa. Z uwagi zaś na jednoczesne orzeczenie tytułem środka zabezpieczającego przepadku stanowiących własność oskarżonego automatów wraz z ujawnionymi w nich środkami pieniężnymi – interes Skarbu Państwa został zabezpieczony.

Reasumując, należy stwierdzić, że zaistniały wszystkie konieczne przesłanki do zastosowania instytucji określonej w art. 11 § 1 kk w postaci umorzenia absorpcyjnego, co potwierdza zasadność podniesionego w apelacji zarzutu naruszenia przepisu postępowania – art. 11 § 1 1kpk, nie tylko mogącego, ale mającego

<p>istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku.</p>		
<p>Wniosek</p>		
<p>Apelacja obrońcy oskarżonego K. M. (1) o uchylenie zaskarżonego wyroku i absorpcyjne umorzenie postępowania karnego</p> <p>Pisemny wniosek oskarżonego P. R. ujawniony w trybie art. 453 § 2 kpk o uchylenie zaskarżonego wyroku i absorpcyjne umorzenie postępowania na podstawie art. 11 § 1 kpk</p>	<p># zasadny</p> <p># częściowo zasadny</p> <p># niezasadny</p> <p># zasadny</p> <p># częściowo zasadny</p> <p># niezasadny</p>	
<p>Zwięźle o powodach uznania wniosku za zasadny, częściowo zasadny albo niezasadny.</p>		
<p>Apelacja obrońcy oskarżonego K. M. (1)</p> <p>Konsekwencją stwierdzenia przez sąd odwoławczy zarzucanego w apelacji obrońcy oskarżonego K. M. (1) naruszenia przepisu postępowania – art. 11 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks - było uwzględnianie wniosku o uchylenie zaskarżonego wyroku i absorpcyjne umorzenie postępowania. Zaistniały bowiem wszystkie konieczne przesłanki do zastosowania instytucji określonej w art. 11 § 1 kk w zw. z art. 113 § 1 kks w postaci umorzenia absorpcyjnego. Powody wydania tego rodzaju rozstrzygnięcia, szczegółowo przedstawiono we wcześniejszych fragmentach niniejszego uzasadnienia, poświęconych zarzutowi naruszenia</p>		

przepisu art. 11 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks.

Pisemny wniosek oskarżonego P. R., ujawniony w trybie art. 453 § 2 kpk

Ustosunkowując się do pisma procesowego autorstwa oskarżonego P. R. należy wskazać, że, pomimo, iż był on 82 razy skazywany za czyny z art. 107 § 1 kks, nie zachodziły przesłanki absorpcyjnego umorzenia postępowania, a tym samym sformułowany w nim postulat o wydanie rozstrzygnięcia na podstawie art. 11 § 1 kpk nie zasługiwał na uwzględnienie. Nie zachodzi bowiem, wymagana przez art. 11 § 1 kpk, drastyczna dysproporcja pomiędzy rodzajem i wysokością jednostkowych kar grzywnien już prawomocnie orzeczonych wobec niego za inne przestępstwa skarbowe, a karą 20 stawek dziennych, przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 60 zł., orzeczoną przez sąd odwoławczy w niniejszym postępowaniu. Wszystkie poczynione powyżej uwagi wyjaśniające niezbędne warunki zastosowania instytucji absorpcyjnego umorzenia postępowania zachowują aktualność i nie zachodzi potrzeba ponownego ich przytaczania.

Dodać należy, że przepis art. 11 § 1 kpk ma charakter fakultatywny, a więc nie zawiera nakazu stosowania zawartej w nim normy. Przewidziana w tym artykule instytucja nie skutkuje koniecznością umorzenia postępowania karnego, ale jedynie umożliwia podjęcie takiej decyzji. Jest to zatem przepis ius dispositivum, który umożliwia

odstąpienie od prowadzenia postępowania, ale nie stanowi obligatoryjnego nakazu jego zakończenia” (tak: Komentarz do art. 11 kpk pod red. Dariusza Świeckiego, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany, Lex 2020). Jak już wyżej wskazano, możliwość zastosowania instytucji umorzenia absorpcyjnego z art. 11 § 1 kpk pojawia się w przypadku gdy sprawca popełnił dwa przestępstwa: jedno z nich to czyn poważny, za który orzeczono już surową, wysoką karę, a drugi to „lekki” występki zagrożony niską karą. Prawomocne orzeczenie za czyn poważny wysokiej znacznej kary, często powoduje, że nie ma już sensu karanie sprawcy jeszcze za ten drugi drobniejszy występki, co powoduje że istnieje możliwość by umorzyć postępowanie w sprawie lżejszego czynu. Właśnie do takich sytuacji, gdy występuje opisana niecelowość karania za lekki występki wobec wcześniejszego prawomocnego orzeczenia surowej wysokiej kary za inne przestępstwo, zastosowanie ma art. 11 § 1 kpk. Sąd odwoławczy we wcześniejszych fragmentach niniejszego uzasadnienia podkreślał także, że niecelowość karania jako przyczyna umorzenia musi być oczywista. Wskazany w art. 11 § 1 kpk układem odniesienia jest "rodzaj i wysokość kary prawomocnie orzeczonej za inne przestępstwo", a więc odnosi się to do sytuacji, gdy zachodzi drastyczna dysproporcja między surową co do rodzaju i wymiaru karą już prawomocnie orzeczoną w innej sprawie a dość łagodną karą, która byłaby orzeczona w ocenianym postępowaniu. W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, że niecelowość, o której mowa jest

w 11 § 1 kpk, będzie miała miejsce wówczas, gdy zachodzi drastyczna dysproporcja między surową, co do rodzaju i wymiaru, karą już prawomocnie orzeczoną a relatywnie łagodną karą, jaka prawdopodobnie byłaby orzeczona w postępowaniu podlegającym umorzeniu, kładąc nacisk na to, że musi istnieć i być prawomocna taka surowa kara, która będzie stanowiła podstawę do porównań z drugą łagodną karą (patrz: Komentarz do art. 11 KPK T. I red. Hofmański 2011, wyd. 4, Komentarz do art. 11 KPK Boratyńska 2009, wyd. 3/ Sakowicz, Świecki Dariusz (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany).

Odnosząc powyższe uwagi do sytuacji procesowej oskarżonego P. R., należy stwierdzić, że zastosowanie przepisu art. 11 § 1 kks byłoby uprawnione, gdyby wobec niego prawomocnie orzeczono już wcześniej za przestępstwa karno - skarbowe – nawiązując do treści art. 39 § 1 kks - karę 15 lat pozbawienia wolności lub 1080 stawek grzywny lub karę oscylującą wokół tych kar (tak jak to miało miejsce w odniesieniu do współoskarżonego K. M. (1), wobec którego prawomocnym wyrokiem łącznym orzeczono maksymalną karę 1080 stawek dziennych grzywny). Z kolei z danych o karalności oskarżonego P. R. wynika, że do chwili obecnej nie wydano wobec niego wyroku łącznego, zaś jednostkowe kary grzywny, pomimo wielości skazań, orzekano w wymiarze znacznie odbiegającym od górnej granicy, w tym od maksymalnej kary łącznej grzywny przewidzianej w art. 39 § 1 kks (1080 stawek dziennych). Z KRK nie wynika także by zapadły wobec niego wyroki skazujące go na bezwzględne drastycznie

wysokie kary pozbawienia wolności w wymiarze wielu lat. Nie zachodzi więc realnie owa drastyczna dysproporcja między surową co do rodzaju i wymiaru karą już prawomocnie orzeczoną w innej sprawie, a stosunkowo łagodną karą, która została orzeczona w niniejszym postępowaniu. Ustosunkowując się do argumentacji zawartej w piśmie procesowym oskarżonego P. R., godzi przyznać, że toczyło się wobec niego wiele postępowań karnych i zapadły aktualnie 92 prawomocne wyroki (82 za czyny z art. 107 § 1 kks, zaś pozostałe za przestępstwa przeciwko mieniu), ale to, że orzeczono wobec niego w nich wiele kar było przecież zawinione przez samego oskarżonego, który popełnił dziesiątki przestępstw, w wielu miejscowościach na terenie Polski, na przestrzeni wielu lat. I to właśnie było powodem - po kolejnym ujawnieniu, że oskarżony w danym lokalu, w danej miejscowości kolejny raz urządzał gry na automatach wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych – do wszczęcia i prowadzenia wielu postępowań i wydania 82 wyroków skazujących oskarżonego za czyny z art. 107 § 1 kks przez organy/sądy właściwe według miejsca popełnienia danego przestępstwa. Ponownie należy podkreślić, że wobec oskarżonego nie został wydany wyrok łączny za czyny z art. 107 § 1 kks, którym orzeczono by karę łączną grzywny na zasadzie kumulacji lub karę oscylującą w tym wymiarze. Dopiero w wyniku porównania kar łącznych z prawomocnego wyroku łącznego z karą za kolejny występki uzyska się pewność, że oczekiwana kara zostanie pochłonięta przez istniejącą już karę łączną, co ewidentnie pozwoli uznać, że spełniona jest przesłanka

niecelowości dalszego karania (taka zaś sytuacja miała miejsce w odniesieniu do współoskarżonego K. M. (1)). W konsekwencji należy przyjąć, że aktualnie brak jest prawomocnego wyroku, którym orzeczono by surową karę, a który mógłby stanowić punkt odniesienia do porównania z karą grzywny orzeczoną w rozpoznawanej sprawie. Doda należy, że orzekanie kar podlegających wykonaniu ma spełnić cel prewencji indywidualnej i ogólnej, tj. uświadomić i skazanemu i innym członkom społeczeństwa nieopłacalność popełniania wielu przestępstw. W sytuacji, gdy oskarżony okazał się być sprawcą niepoprawnym, gdyż, jak wynika z informacji z KRK, popełnił dziesiątki przestępstw kwalifikowanych z art. 107§1kks, za co został skazany w 82 wyrokach, to aktualnie umorzenie postępowania w oparciu o art. 11 § 1 kpk w tej sprawie naruszałoby społeczne poczucie sprawiedliwości i byłoby sprzeczne z celem prewencji ogólnej. Gdyby doszło nawet do wieloletniego osadzenia oskarżonego w wyniku orzeczenia i wykonania zastępczych kar za niewykonane grzywny, to nie można domagać się umorzenia z art. 11 § 1 kpk z powołaniem się na to, że Skarb Państwa zostanie obciążony kosztami pobytu P. R. w zakładzie karnym, bo zasadą jest przecież, że to Skarb Państwa ponosi takie koszty wykonania kar izolacyjnych, co jest społecznie akceptowalne.

Z przedstawionych powodów sąd odwoławczy nie stwierdził by w poddanej kontroli sprawie zaszczyły podstawy do zastosowania wobec P. R. fakultatywnej instytucji umorzenia absorpcyjnego z art. 11 § 1 kpk, jak o to wnosił on w swoim piśmie procesowym (apelacja

obrońcy skierowana była wyłącznie przeciwko rozstrzygnięciu o karze).		
Lp.	Zarzut	
4.	<p>Apelacja obrońcy oskarżonego P. R.</p> <p>rażącej niewspółmierność kary wymierzonej w postaci kary grzywny w wysokości 50 stawek dziennych, przy ustaleniu jednej stawki dziennej na kwotę 80 zł, podczas gdy wobec okoliczności popełnienia czynu i skala działania oskarżonego w ramach przypisanego mu czynu, tj. urządzania tylko na jednym automacie do gier i czasookresu czynu wynoszącego 5 tygodni, a także przy uwzględnieniu okoliczności łagodzących, tj. niestabilnej linii orzecznictwa w zakresie możliwości wyciągania prawnokarnych konsekwencji wobec osób urządzających gry na automatach, właściwości i warunków osobistych oskarżonego oraz nieprawidłowej oceny okoliczności obciążających oskarżonego, zasadne było zastosowanie kary znacznie łagodniejszej.</p>	<p># zasadny</p> <p># częściowo zasadny</p> <p># niezasadny</p>
Zwięźle o powodach uznania zarzutu za zasadny, częściowo zasadny albo niezasadny		
<p>W tym miejscu należy zwrócić uwagę na istotę zakresu kontroli odwoławczej. Mianowicie zgodnie z treścią art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 kks Sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, uwzględniając treść art. 447 § 1-3, a w zakresie szerszym w wypadkach wskazanych w art. 435, art. 439 § 1, art. 440</p>		

i art. 455 kpk. O tym zatem, jakie są granice rozpoznania sprawy decyduje sama treść złożonego środka odwoławczego, która określa zakres zaskarżenia, czyli te składniki orzeczenia Sądu I instancji, które są przez skarżącego kwestionowane. Obrońca oskarżonego P. R. zaskarżył wyrok Sądu Rejonowego w Iławie w sprawie o sygn. akt II K 509/19 z dnia 24 stycznia 2020r. w części dotyczącej orzeczenia o karze, nie kwestionując tym samym rozstrzygnięcia co do jego winy. W tej sytuacji przekroczenie granic apelacji możliwe jest w oparciu o szczególne przepisy wskazane w ustawie, a są to art. 439 § 1 kpk, art. 440 k.p.k, art. 435 kpk i art. 455 kpk. Jedynie zatem przez pryzmat tych ostatnich przepisów sąd odwoławczy był uprawniony do kontroli zapadłego wobec oskarżonych wyroku. W ocenie Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie nie występują żadne z tzw. bezwzględnych przyczyn odwoławczych, enumeratywnie wymienionych w art. 439 § 1 k.p.k. ani też nie ma podstaw do uznania, że przypisanie oskarżonemu winy w takim zakresie jak uczyniono to w zaskarżonym wyroku, jest rozstrzygnięciem rażąco niesprawiedliwym w rozumieniu art. 440 k.p.k., jak również nie wystąpiły okoliczności określone w art. 435 kpk i art. 455 kpk w z w. z art. 113 §1 kks.

Odnośnie sformułowanego w apelacji obrońcy oskarżonego P. R. zarzutu rażącej niewspółmierności kary, wskazać należy, iż zachodzi ona jedynie wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można było przyjąć, że wystąpiła wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez Sąd I

instancji, a karą jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej, w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary. Stwierdzić także należy, iż nie chodzi tu o każdą ewentualną różnicę w ocenach co do wymiaru kary ale o różnicę tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać byłoby można – również w potocznym tego słowa znaczeniu – „rażąco” niewspółmierną, tj. niewspółmierną w stopniu nie dającym się zaakceptować (OSNPG 1974/3-4/51; OSNPK 1995/6/18). W praktycznym ujęciu niewspółmierność kary w stopniu „rażącym”, tj. uprawniającym sąd odwoławczy do ingerencji w orzeczenie karne można zdefiniować negatywnie, to znaczy, że taka niewspółmierność nie zachodzi, gdy Sąd I instancji uwzględnił wszystkie istotne okoliczności, wiążące się z poszczególnymi ustawowymi dyrektywami i wskaźnikami jej wymiaru, inaczej ujmując, gdy granice swobodnego uznania sędziowskiego, stanowiącego ustawową zasadę sądowego wymiaru kary nie zostały przekroczone w kontekście wymagań, wynikających z ustawowych dyrektyw wymiaru kary (por. wyrok SN z dnia 8.07.1982r. Rw 542/82, OSNKW 1982/12/90).

Słowem niewspółmierność zachodzi wtedy, gdy orzeczona kara za przypisane przestępstwo nie uwzględnia należycie stopnia winy oskarżonego i społecznej szkodliwości czynu oraz nie realizuje w wystarczającej mierze celu kary w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, z jednoczesnym uwzględnieniem celów wychowawczych i zapobiegawczych

(vide wyroki SN z dn. 30.11.1990r., WR 363 / 90, OSNKW 1991, Nr 7-9, poz. 39, z dn. 02.02.1995r., II KRN 198 / 94, OSP 1995, Nr 6, poz. 18, wyrok SA w Poznaniu z dn. 06.04.1995r., II AKr 113/95, Prok. i Pr. 1995/11-12/30).

Podzielić należy stanowisko skarżącego, iż taka sytuacja w poddanej kontroli sprawie jednak występuje.

Tytułem wprowadzenia należy zaznaczyć, że w przyjętym przez kks systemie wymiar grzywny następuje w dwóch etapach. Najpierw sąd określa liczbę stawek dziennych grzywny, kierując się ogólnymi dyrektywami wymiaru kary określonymi w art. 12 kks i 13 kks, tzn. oceną stopnia społecznej szkodliwości popełnionego czynu i winy sprawcy oraz potrzebami w zakresie indywidualnoprewencyjnego i ogólnoprewencyjnego oddziaływania kary, przy czym powinien uwzględnić okoliczności wskazane w art. 12 kks i 13 kks. Przeprowadzona przez sąd I instancji ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu sprawcy, aby zasługiwała na uwzględnienie, powinna w odpowiedni sposób uwzględniać wszystkie elementy, o których mowa w definicji legalnej z art. 53 § 7 kks. W tym zakresie Sąd Rejonowy zobowiązany jest zaakcentować m.in. rodzaj i charakter naruszonego dobra, sposób i okoliczności popełnienia czynu oraz postać zamiaru sprawcy. W drugim etapie procesu orzekania sąd ustala wysokość jednej stawki dziennej grzywny, zgodnie ze wskazaniem określonym w art. 23 § 3 kks. Przepis § 3 art. 23 kks określa zasady ustalania wysokości stawki grzywny. Przyjmuje on inne

rozwiązanie niż nierecypowany tu art. 33 § 3 kk, wedle którego stawka ta nie może być niższa niż 10 złotych i wyższa niż 2000 złotych. W kodeksie karnym skarbowym dolną granicę jednej stawki ustalono na 1/30 minimalnego wynagrodzenia, górną zaś na 400-krotność tej części (tj. 1/30 minimalnego wynagrodzenia). Na tym etapie sąd musi brać pod uwagę okoliczności dotyczące danego sprawcy, obrazujące jego indywidualne i aktualne zdolności płatnicze, uwzględniając wymienione w art. 23 § 3 kks okoliczności. Ustalając wysokość stawki, sąd ma zatem obowiązek uwzględnić dochody sprawcy, jego warunki osobiste, rodzinne, stosunki majątkowe i możliwości zarobkowe.

Odnosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Sąd Rejonowy niewłaściwie ocenił okoliczności mające wpływ na zarówno na liczbę jak i na wymiar jednej stawki dziennej grzywny orzeczonej wobec oskarżonego P. R. za przypisanym mu czyn.

Zdaniem Sądu Okręgowego, stopień społecznej szkodliwości czynu oskarżonego P. R., przy uwzględnieniu wszystkich elementów, o których mowa w definicji legalnej z art. 53 § 7 kks, nadal ocenić należało jako znaczny, jednakże - wobec częściowej zasadności argumentacji skarżącego - zachodziła konieczność zweryfikowania skali natężenia owej społecznej szkodliwości przypisanego sprawcy czynu. Sąd meriti trafnie jednak zaakcentował m.in. rodzaj i charakter naruszonego dobra, postać zamiaru sprawcy oraz negatywne skutki społeczne uprawiania hazardu, urządzanego

m.in. przez P. R.. Wbrew wyrażonym przez apelującego zastrzeżeniom, zawinienia oskarżonego nie umniejsza okoliczność „niestabilnej linii orzecznictwa w zakresie możliwości wyciągnięcia prawnokarnych konsekwencji wobec osób zarządzających gry na automatach” i „niepewność co do stanu prawnego”, wobec faktu, że jeszcze przed popełnieniem przypisanego mu zaskarżonym wyrokiem czynu, był on już dwukrotnie prawomocnie skazany za tożsamo rodzajowo czyny z art. 107 § 1 kks (oba wyroku uprawomocniły się w 2013r), a ponadto toczyło się przeciwko niemu wiele innych postępowań karno – skarbowych, a służby celne konsekwentnie nadal przeprowadzały kontrole w lokalach i zatrzymywały stanowiące jego własność automaty. Nie przekonuje również zawarta w apelacji teza, że sąd merti wadliwie przyjął jako okoliczność obciążającą oskarżonego działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, skoro „prowadził działalność gospodarczą, która z zasady nastawiona jest na osiągnięcie zysku”. Uszło bowiem uwadze skarżącego, że działalność oskarżonego polegająca na urządzaniu gier komercyjno – losowych wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych nie była legalna i miała w efekcie charakter przestępny. Podobnie fakt wielokrotnej uprzedniej karalności oskarżonego (przed popełnieniem przypisanego mu czynu był 6 – krotnie karany, w tym 4 razy za przestępstwa przeciwko mieniu i 2 razy za czyny z art. 107 § 1kks) należy do kategorii okoliczności wpływających na zaostrenie kary.

W pełni natomiast zasadnie podniósł autor skargi, iż sąd orzekający całkowicie pominął, także limitujące stopień społecznej szkodliwości czynu, istotne okoliczności takie jak to, że oskarżony przypisanym mu czynem urządził gry na jednym automacie i zaledwie przez półtora miesiąca. Oczywistym jest, że okoliczności te stosunkowo umniejszają skalę stopnia społecznej szkodliwości czynu i muszą znaleźć odzwierciedlenie w wymiarze liczby stawek dziennych grzywien orzeczonych wobec oskarżonego. Tak zweryfikowana ocena dopiero wówczas jest jak najbardziej uprawniona, gdyż w odpowiedni sposób uwzględnia elementy, o których mowa w definicji legalnej z art. 53 § 7 kks. Nieuwzględnienie przez sąd I instancji wszystkich istotnych okoliczności, wiążących się z poszczególnymi ustawowymi dyrektywami kary i wskaźnikami jej wymiaru, nakazuje stwierdzić, iż wyrok w zaskarżonej części obarczony jest wadą rażącej niewspółmierności kary także w aspekcie liczby stawek dziennych, uprawniającą sąd odwoławczy do ingerencji w zakwestionowane w apelacji rozstrzygnięcie. Skoro sąd orzekający nie uwzględnił wszystkich istotnych okoliczności determinujących ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu, pomimo, że w systemie wymiaru grzywny jest zobligowany na pierwszym etapie określić liczbę stawek dziennych grzywny, kierując się ogólnymi dyrektywami wymiaru kary określonymi w art. 12 kks i 13 kks, tzn. prawidłowo dokonaną oceną stopnia społecznej szkodliwości popełnionego czynu i winy sprawcy

oraz potrzebami w zakresie indywidualnoprewencyjnego i ogólnoprewencyjnego oddziaływania kary, to zachodziła konieczność zaaprobowania zarzutu apelacyjnego i obniżenia wymiaru orzeczonej wobec P. R. w pkt II zaskarżonego wyroku kary grzywny do 20 stawek dziennych (z 50 stawek dziennych), tj. w wysokości nieznacznie odbiegającej od dolnej granicy ustawowego zagrożenia. Z uwagi natomiast na wskazane powyżej okoliczności zwiększające społeczną szkodliwość czynu przypisanego P. R. oraz obciążające oskarżonego, brak było podstaw do ustalenia liczby stawek dziennych w minimalnej wysokości 10 stawek.

Analiza wyroku w zaskarżonej przez obrońcę P. R. części, potwierdza także podniesiony w apelacji zarzut kwestionujący słuszność ustalonej przez I instancji wysokości jednej stawki dziennej grzywny orzeczonej wobec oskarżonego. Zaakceptować należy stanowisko skarżącego, iż Sąd Rejonowy, nie w pełni natomiast zastosował się do dyrektyw wymiaru kary grzywny, określonych w art. 23 kks, które odnoszą się dokonania właściwej oceny sytuacji osobistej, rodzinnej i finansowej P. R., determinującej wymiar jednej stawki dziennej. Ustalając wysokość jednej stawki dziennej grzywny orzeczonej wobec oskarżonego na kwotę 80 złotych, sąd I instancji, nie wywiązując się z powyższych obowiązków, nienależycie uwzględnił dochody oskarżonego, jego warunki osobiste, rodzinne, stosunki majątkowe oraz jego możliwości zarobkowe. Przede wszystkim zauważyć należy, że w rubryce 4 formularza pisemnego uzasadnienia, przeznaczonego do umotywowania rozstrzygnięcia o

karze, sąd orzekający nie przytoczył żadnej okoliczności dotyczącej sytuacji osobistej, zarobkowej, czy majątkowej oskarżonego, całkowicie pomijając dyrektywy wymiaru kary grzywny, określone w art. 23 § 3 kks. Do aspektów tych odniósł się jedynie w rubryce 7 formularza, w której wskazał, że oskarżony nie jest w stanie ponieść kosztów sądowych bez uszczerbku dla utrzymania siebie i rodziny. Jak słusznie natomiast podniósł apelujący, takie ujawnione w sprawie okoliczności, jak: skala zobowiązań finansowych oskarżanego, wynikających z orzeczonych wobec niego kar grzywn, nie dysponowanie przez niego żadnym majątkiem, nie osiąganie jakiegokolwiek dochodu oraz odbywanie przez niego kary pozbawiania wolności - przemawiają za obniżeniem wymiaru jednej stawki dziennej grzywny. Sąd odwoławczy, uwzględniając powyższe okoliczności, które zostały pominięte przez sąd I instancji, uznał, iż zachodzi konieczność poczynienia ustalenia wysokości jednej stawki dziennej grzywny w wysokości zbliżonej do dolnej granicy ustawowego zagrożenia, tj. na kwotę 60 zł. (w 2014r minimalne wynagrodzenie wynosiło 1680 zł., a zatem wysokość najniższej stawki dziennej wynosiła 56 zł., tj. 1/30 z kwoty 1680 zł. = 56 zł.).

Konkludując stwierdzić należy, iż ten sposób zmodyfikowana przez sąd odwoławczy kara grzywny wymierzona oskarżonemu P. R., jest jak najbardziej sprawiedliwa, uwzględniająca zarazem wszystkie dyrektywy wymiaru kary, o których mowa w art. 12 kks i 13 kks. W ocenie Sądu Okręgowego tak ukształtowana represja karna stwarza realne możliwości osiągnięcia korzystnych

<p>efektów poprawczych w zachowaniu oskarżonego. Powinna ona zarazem wywołać w świadomości oskarżonego przeświadczenie o nieuchronności kary oraz wyrobić poczucie odpowiedzialności i poszanowania prawa. Poza tym kara w tym wymiarze będzie oddziaływała właściwie na społeczeństwo, osiągając w ten sposób cele prewencji ogólnej, poprzez odstraszenie innych od popełniania tego typu przestępstw. Wymierzona oskarżonemu kara stanowi konieczną, a zarazem adekwatną do stopnia jego zawinienia oraz stopnia społecznej szkodliwości przedmiotowego czynu represję karną za popełnione przestępstwo i z tych powodów cele kary zarówno zapobiegawcze jak i wychowawcze zostaną zrealizowane.</p>		
<p>Wniosek</p>		
<p>o zmianą wyroku w zaskarżonej części poprzez wymierzenie oskarżonemu P. R. kary grzywny w wysokości dolnego ustawowego zagrożenia, w wysokości 10 (dziesięciu) stawek dziennych przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 56 PLN</p>	<p># zasadny # częściowo zasadny # niezasadny</p>	
<p>Związłe o powodach uznania wniosku za zasadny, częściowo zasadny albo niezasadny.</p>		
<p>Konsekwencją stwierdzenia przez sąd odwoławczy zarzucanego w apelacji obrońcy oskarżonego P. R. uchybienia w postaci rażącej niewspółmierności kary - było uwzględnienie co do istoty wniosku o złagodzenia orzeczonej wobec tegoż oskarżonego kary grzywny, jednakże nie do granic dolnego ustawowego</p>		

zagrożenia. Powody wydania tego rodzaju rozstrzygnięcia, szczególnie przedstawiono we wcześniejszych fragmentach niniejszego uzasadnienia, poświęconych zarzutowi rażącej niewspółmierności.

4. OKOLICZNOŚCI PODLEGAJĄCE UWZGLĘDNIENIU Z URZĘDU	
1.	
Zwięźle o powodach uwzględnienia okoliczności	
5. ROZSTRZYGNĘCIE SĄDU ODWOŁAWCZEGO	
5.1. Utrzymanie w mocy wyroku sądu pierwszej instancji	
1.	Przedmiot utrzymania w mocy
Punkt II w zakresie winy P. R. w popełnieniu przypisanego mu czynu i jego kwalifikacji prawnej z art. 107 § 1 kks - nie został zaskarżony przez jego obrońcę i wyrok w tej części uprawomocnił się w I instancji. - punkt IV w zakresie przepadku dowodów rzeczowych w postaci stanowiącego własność P. R. automatu A. nr (...) opisanego w postanowieniu pod poz. 1a/ na k. 357 wraz z ujawnionymi w nim środkami pieniężnymi opisanymi w postanowieniu k 379	
Zwięźle o powodach utrzymania w mocy	
zawarte w pkt IV zaskarżonego wyroku rozstrzygnięcie o przepadku dowodów rzeczowych w postaci, stanowiącego własność P. R., automatu A.nr (...) opisanego w postanowieniu pod poz. 1a/ na k. 357 wraz z ujawnionymi w nim środkami pieniężnymi opisanymi w postanowieniu k 379 – utrzymano w mocy albowiem rozstrzygnięcie to nie wywołuje żadnych zastrzeżeń co	

do prawidłowości i ma ono charakter obligatoryjny w przypadkach określonych w art. 107 § 1 kks, za popełnienie którego to przestępstwa oskarżony P. R. został prawomocnie skazany.	
5.2. Zmiana wyroku sądu pierwszej instancji	
1.	Przedmiot i zakres zmiany
wymiar orzeczonej wobec P. R. kary – złagodzenie kary grzywny Sąd odwoławczy zmienił zaskrzony wyrok w punkcie II w ten sposób, że wymiar orzeczonej wobec oskarżonego P. R. kary grzywny obniżył do 20 (dwudziestu) stawek dziennych, zaś wysokość jednej stawki dziennej ustalił na kwotę 60 (sześćdziesięciu) złotych,	
Zwięźle o powodach zmiany	
Konsekwencją stwierdzenia przez sąd odwoławczy zarzucanego w apelacji obrońcy oskarżonego P. R. uchybienia w postaci rażącej niewspółmierności kary - było wydanie orzeczenia reformatoryjnego w zakresie rozstrzygnięcia o karze, poprzez złagodzenia orzeczonej wobec tegoż oskarżonego kary grzywny, jednakże nie do granic dolnego ustawowego zagrożenia. Powody wydania tego rodzaju rozstrzygnięcia, szczegółowo przedstawiono we wcześniejszych fragmentach niniejszego uzasadnienia, poświęconych zarzutowi rażącej niewspółmierności.	

5.3. Uchylenie wyroku sądu pierwszej instancji	
5.3.1. Przyczyna, zakres i podstawa prawna uchylenia	
1.1.	# art. 439 k.p.k.
Zwięźle o powodach uchylenia	

2.1.	Konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu w całości	# art. 437 § 2 k.p.k.
Zwiąźle o powodach uchylenia		
3.1.	Konieczność umorzenia postępowania	# art. 437 § 2 k.p.k.
Zwiąźle o powodach uchylenia i umorzenia ze wskazaniem szczególnej podstawy prawnej umorzenia		
<p>Konsekwencją stwierdzenia przez sąd odwoławczy zarzucanego w apelacji obrońcy oskarżonego K. M. (1) naruszenia przepisu postępowania – art. 11 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks - było uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania. Zaistniały bowiem wszystkie konieczne przesłanki do zastosowania instytucji określonej w art. 11 § 1 kk w zw. z art. 113 § 1 kks w postaci umorzenia absorpcyjnego. Powody wydania tego rodzaju rozstrzygnięcia, szczegółowo przedstawiono we wcześniejszych fragmentach niniejszego uzasadnienia, poświęconych zarzutowi naruszenia przepisu art. 11 § 1 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks.</p>		
4.1.		# art. 454 § 1 k.p.k.
Zwiąźle o powodach uchylenia		
5.3.2. Zapatrywania prawne i wskazania co do dalszego postępowania		

5.4. Inne rozstrzygnięcia zawarte w wyroku		
Punkt rozstrzygnięcia z wyroku	Przytoczyć okoliczności	
I.3	Sąd odwoławczy uchylając zaskarżony wyrok w części dotyczącej czynów oskarżonego K. M. (1) (pkt I) oraz rozstrzygnięcia z nimi związane o przepadku dowodów rzeczowych (zawarte w pkt IV) oraz o kosztach (zawarte w pkt VI) i absorpcyjnie umarzając postępowanie wobec niego, jednocześnie zgodnie z treścią art. 340 § 2 kpk w zw. z art. 43 § 1 pkt 4 kks w zw. z art. 30 § 5 kks orzekł tytułem środka zabezpieczającego przepadek na rzecz Skarbu Państwa, stanowiących własność oskarżonego K. M. (3) trzech automatów do gier, opisanych w wykazie dowodów rzeczowych pod poz. 1 - 3 na k.16 i jednego automatu typu Kiosk opisanego w postanowieniu pod poz. 1b/ na k. 357 wraz z zabezpieczonymi w nich środkami pieniężnymi opisanymi w wykazie dowodów rzeczowych pod poz. 5 na k. 86 i w postanowieniu k. 377 – 378,	
6. Koszty Procesu		

Punkt rozstrzygnięcia z wyroku	Przytoczyć okoliczności
III IV. V.	Sąd odwoławczy obciążył oskarżonego K. M. (1) kosztami procesu w części umarzającej postępowanie zgodnie z treścią art. 632a § 2 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 kks, który stanowi, że w razie umorzenia postępowania sąd orzeka, że koszty procesu ponosi w całości lub części oskarżony, jeżeli umorzono przeciwko oskarżonemu postępowanie na podstawie art. 11 § 1 kpk. Z uwagi na korzystne dla oskarżonego rozstrzygnięcie w postaci uchylecia zaskarżonego wyroku (w tym także orzeczonej przez Sąd

I instancji kary grzywny) i absorpcyjnego umorzenia postępowania oraz uwzględniając jego sytuację rodzinną i majątkową, uiszczenie przez niego kosztów procesu nie będzie dla niego zbyt uciążliwe.

Sąd okręgowy na mocy art. 634 k.p.k. w zw. z art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 kks i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23.06.1973r. o opłatach w sprawach karnych zwolnił oskarżonego P. R. w całości od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, uwzględniając jego aktualną sytuację majątkową i rodzinną, wysokość ciężących na nim zobowiązań finansowych z tytułu orzeczonych kar grzywnien oraz okoliczność, iż obecnie odbywa on karę pozbawienia wolności i nie osiąga żadnego dochodu, a także na zasadzie słuszności wobec zasadności apelacji wywiedzionej na jego korzyść.

Na mocy art. 29 ustawy Prawo o Adwokaturze i § 4 ust. 1 i 3, § 17 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 03 października 2016r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz. U. 2016.1714), zgodnie z wnioskiem, Sąd Okręgowy zasądził od Skarbu Państwa na rzecz Kancelarii Adwokackiej adw. M. S. (1) kwotę 516,60 zł. brutto tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu P. R. z urzędu w postępowaniu odwoławczym.

7. PODPIS