

Sygn. akt VII Ka 792/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 września 2018 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie w VII Wydziale Karnym Odwoławczym

w składzie:

Przewodniczący: SSO Małgorzata Tomkiewicz

Protokolant: st.sekr.sądowy Marzena Wach

przy udziale funkcjonariusza Warmińsko – Mazurskiego Urzędu Celno – Skarbowego w Olsztynie Edyty Uradzińskiej
po rozpoznaniu w dniu 19 września 2018 r.

sprawy **A. G. (1)**, ur. (...) w O., córki B. i R. z domu M.,

oskarżonej z art. 107§1 kks w zw. z art. 9§3 kks,

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonej,

od wyroku Sądu Rejonowego w N.,

z dnia 27 kwietnia 2018r., sygn. akt (...)

I. zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

II. zwalnia oskarżoną od kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

UZASADNIENIE

A. G. (1) została oskarżona o to, że:

będąc Prezesem Zarządu, tj. osobą odpowiedzialną za sprawy gospodarcze i (...) sp. z o. o. z siedzibą w O., poprzez swoje działanie polegające na zawarciu w dniu 25 sierpnia 2016 roku umowy o dzierżawę powierzchni w lokalu mieszczącym się w budynku Restauracji (...) przy ulicy (...) w N. celem organizowania w nim gier na automatach, w dniu 12 października 2016 roku urzędowała bez wymaganego zezwolenia i w miejscu do tego nie przeznaczonym, tj. w wymienionym lokalu gry na automacie o nazwie (...) o nr (...), naruszając dyspozycje określone w art. 6 ust. 1, w art. 14 ust. 1 oraz w art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 471), tj. o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

Sąd Rejonowy w N. w II Wydziale Karnym, wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2018 roku, w sprawie o sygn. akt (...) orzekł:

I. Oskarżoną A. G. (1) uznał za winną tego, że w dniu 12 października 2016 roku jako Prezes Zarządu, tj. osoba odpowiedzialna za sprawy gospodarcze i (...) sp. z o.o. z siedzibą w O., urzędowała bez wymaganego zezwolenia i w miejscu do tego nie przeznaczonym, tj. w objętym umową dzierżawy z dnia 25 sierpnia 2016 roku lokalu, mieszczącym się w budynku Restauracji (...) przy ulicy (...) w N., gry hazardowe na automacie o nazwie (...) o nr (...), naruszając dyspozycje określone w art. 6 ust. 1, w art. 14 ust. 1 oraz w art. 23a ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 471), t.j. popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i za to z mocy wymienionych przepisów skazał ją, a na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. wymierzył karę grzywny

w wysokości 50 (pięćdziesięciu) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100,00 (stu) złotych;

II. Na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. orzekł przepadek przedmiotu w postaci automatu do gier automatycznie o nazwie (...) nr (...), przechowywanego w magazynie depozytowym Urzędu(...) w O. oraz wyjętych z niego środków pieniężnych w kwocie 695,00 (sześćset dziewięćdziesiąt pięć) złotych;

III. Na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 ust. 1 Ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych /Dz. U. z 1983 r. Nr 49, poz. 223 ze zm./ i art. 627 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zwolnił oskarżoną od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych w całości.

Od powyższego wyroku apelację wniósł obrońca oskarżonej, który zaskarżył przedmiotowy wyrok całości.

W pierwszej kolejności, na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 2 k.p.k. wyrokowi temu skarżący zarzucił:

- **obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia - art. 17§1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.** poprzez skazanie Oskarżonej przedmiotowym wyrokiem podczas gdy **wyrokiem Sądu Rejonowego w T. z dnia 29 stycznia 2018 r., sygn. akt (...)**, A. G. (1) została uznana za winną przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9§3 k.k.s. z art. 6 §2 k.k.s., gdzie zarzucanego czynu Oskarżona dopuściła się w okresie od nieustalonego dnia we wrześniu 2016 r. do 20 grudnia 2016 r., co stanowi zaistnienie bezwzględnej przesłanki odwoławczej, z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k., warunkującej konieczność umorzenia niniejszego postępowania;

- **obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia - art. 410 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k.** poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów wskazujących na charakter urzędnika A. G. (2) nr (...) i jego zakwalifikowanie jako urzędnika podlegającego pod ustawę o grach hazardowych, w szczególności poprzez przyjęcie, że uczestnik konkursu nie musiał udzielić odpowiedzi na pytanie aby kontynuować grę, że można było pomijać pytania, a w szczególności poprzez przyjęcie, że Konkurs Wiedzy Powszechnej nie wymagał zatwierdzenia regulaminu przed przystąpieniem do niego, **co w konsekwencji doprowadziło do błędnych ustaleń faktycznych**, zarówno w świetle wyjaśnień oskarżonej A. G. (1), przedstawionych przez obronę dokumentów, jak i również w świetle zeznań świadka G. Ł. (1)

Na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 1 k.p.k. **zarzucił** :

- **obrazę przepisów prawa materialnego - art. 10 § 4 k.k.s.** poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że w niniejszej sprawie A. G. (1) nie działała w usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynu, w sytuacji kiedy zgromadzony w aktach sprawy materiał dowodowy, m.in. opinie prawne, opinia techniczna Instytutu (...), oraz wyjaśnienia samej Oskarżonej uzasadnia przyjęcie działania Oskarżonej w błędzie, co stanowi o konieczności uniewinnienia A. G. (1) od zarzucanego jej czynu;

Na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 427 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 4 k.p.k. **zarzucił**:

- **rażącą niewspółmierność kary** polegającą na wymierzeniu kary grzywny w wysokości 50 stawek dziennych przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł w sytuacji, kiedy przy przyjęciu wystąpienia czynu ciągłego i braku działania Oskarżonej w warunkach ciągu przestępstw, przy uwzględnieniu sposobu zachowania się Oskarżonej tak przed zarzucanym jej przestępstwem, jak i po jego popełnieniu, okoliczności popełnienia czynu, właściwości i warunków osobistych Oskarżonej- cele dolegliwości karnej zostaną spełnione poprzez wymierzenie kary grzywny w wysokości 15 stawek dziennych przy ustaleniu jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł z wyłączeniem wymierzenia kary pozbawienia wolności;

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca oskarżonej na podstawie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 437 § 2 k.p.k. wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania, ze względu na wystąpienie bezwzględnej przesłanki odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k.,

w przypadku nieuwzględnienia wniosku wskazanego w pkt 1:

2. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wydanie rozstrzygnięcia uniewinniającego Oskarżoną od zarzucanych jej czynów, z uwagi na brak spełnienia się przesłanek warunkujących przyjęcie odpowiedzialności za zarzucane jej przestępstwo;

Alternatywnie, wnioś o:

3. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez odstąpienie od wymierzenia kary lub zmniejszenie wymiaru orzeczonej kary grzywny i orzeczenie kary 15 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości jednej stawki na kwotę 100 zł

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonej na uwzględnienie nie zasługuje. Zawarte w niej zarzuty są nietrafne.

Na wstępie stwierdzić należy, iż Sąd I instancji dokonał prawidłowych ustaleń zarówno w aspekcie okoliczności stanu faktycznego, winy oskarżonej i kwalifikacji prawnej przypisanego jej czynu, jak również w aspekcie kary. Dokonana przez ten Sąd analiza materiału dowodowego jest wnikliwa i jasna, w pełni odpowiada dyrektywom określonym w art. 4 k.p.k. a przeprowadzone w oparciu o tę analizę wnioskowanie jest logiczne, zgodne z przesłankami wynikającymi z art. 7 k.p.k. i przekonująco uzasadnione.

Apelacja pomimo swej rozbudowanej treści nie wskazuje na żadne okoliczności, które nie byłyby przedmiotem uwagi Sądu Rejonowego i nie zawiera też takiej, merytorycznej argumentacji, która wnioskowanie tego Sądu mogłaby skutecznie podważyć.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w wywiedzionym środku odwoławczym przede wszystkim nie sposób nie zauważyć, iż zawarty w tej apelacji zarzut dotyczący istnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej wskazanej w treści art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. a związanej z konstrukcją czynu ciągłego, jest zagadnieniem, które pojawiło się dopiero po zakończeniu postępowania jurysdykcyjnego w tej sprawie. Jak wynika z treści protokołu na k. 361a w uczestniczący w rozprawie przed Sądem I instancji profesjonalny pełnomocnik oskarżonej nie wnosił o umorzenie postępowania z przyczyn podnoszonych obecnie. Powyższe skonfrontować trzeba z treścią art. 427 § 3 k.p.k. i zawartym tam ograniczeniem dla odwołującego się odnośnie powoływania w środku zaskarżenia nowych faktów, a niewątpliwie okoliczności wskazywane w apelacji jako mające stanowić przesłanki do stosowania ciągłości, właśnie takimi nowymi faktami są i wymagają stosownych i nowych w tym zakresie ustaleń faktycznych. Zatem skoro skarżący nie wskazał przyczyn braku przedstawienia problemu ciągłości przez obronę przed Sądem Rejonowym, to obecnie w postępowaniu odwoławczym winien liczyć się i stosować do ograniczeń wynikających z treści art. 427 § 3 k.p.k..

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż nawet w sytuacji gdyby powyższe ograniczenie pominąć, to i tak brak jest podstaw do podzielenia stanowiska apelującego w zakresie ciągłości czynu i wskazanych jego prawnych konsekwencji w postaci zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Przede wszystkim, aby pogląd obrony zaakceptować należałoby uznać, że czyn zarzucany aktem oskarżenia pozostawał elementem czynu ciągłego przypisanego wyrokiem Sądu Rejonowego w T. z dnia 29 stycznia 2018 r. sygn. akt (...) (k. 393-395). W tym kontekście wypada przywołać treść art. 6 § 2 k.k.s. statuującego przesłanki ciągłości, który to dla przyjęcia takiej konstrukcji wymaga podjęcia przez sprawcę dwóch lub więcej zachowań, w krótkich odstępach czasu w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności. By z kolei ustalić jedną z tych dwóch przesłanek należałoby w tej kwestii dysponować dowodami pozwalającymi na taką ocenę, skoro wszelkie kwestie związane z elementem subiektywnym rozstrzygać należy identycznie jak w przypadku każdego przestępstwa umyślnego. Ten sam zamiar lub wykorzystanie takiej samej sposobności stanowi jeden z elementów znamion czynu ciągłego i podlega dowodzeniu w procesie karnym na zasadach ogólnych. Trafnie wskazuje Sąd Najwyższy, że zachowanie w wykonaniu

tego samego zamiaru musi znajdować odzwierciedlenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym i zarazem brak podstaw do „jakiegokolwiek dorozumianego czy domniemywanego przyjmowania działania” w wykonaniu tego samego zamiaru (wyrok SN z dnia 1 lutego 2006 r., II KK 127/05, LEX nr 173663). Zachowanie w wykonaniu tego samego zamiaru stanowi bowiem jeden z określonych w ustawie karnej, konstytucyjnych warunków czynu ciągłego. Niewątpliwie działanie w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności ustalać należy przede wszystkim na podstawie okoliczności i dowodów zebranych w sprawie. W efekcie ustalenie tego samego zamiaru lub takiej samej sposobności w sposób najpewniejszy można poczynić w oparciu o wyjaśnienia oskarżonego, iż miał taki zamiar lub wykorzystał taką sposobność. Rzecz jednak w tym, co całkowicie pomija apelujący, iż na gruncie przedmiotowego postępowania oskarżona o takim zamiarze lub sposobności w swych wyjaśnieniach nic nie wspominała i jak się wydaje nie sposób z jej wyjaśnień o takim zamiarze lub sposobności wnioskować, skoro nie przyznała się ona do stawianych jej zarzutów i wyjaśniła, iż w jej ocenie prowadziła ona prawem dozwoloną działalność, gdyż gry prowadzone na przedmiotowym urzędzeniu nie miały charakteru losowego, na co miały wskazywać posiadane ekspertyzy i opinie. Argumentacją skarżącego, iż mamy do czynienia z konstrukcją z art. 6 § 2 k.k.s., została oparta na założeniu, że oskarżona jako prezes określonego podmiotu, działając w warunkach art. 9 § 3 k.k.s., miała „podjęty z góry ten sam zamiar”, gdy w rzeczywistości obrońca nie przedstawił dowodów stanowiących podstawę takiego stanowiska, a jedynie prezentuje własną ocenę działalności oskarżonej, sprzeczną z jej wyjaśnieniami, a nawet linią obrony prezentowaną przed Sądem I instancji, na co wskazują przywoływane już wyżej wnioski końcowe na 361a v. Zresztą, trzeba także zauważyć, iż skarżący powiela przy tym błąd znajdujący się w wyroku Sądu Rejonowego w T. (k. 393-395), skoro operuje zawartym w nim sformułowaniem „z góry powziętym zamiarem”, gdy w treści art. 6 § 2 k.k.s. nie sposób takiej przesłanki czynu ciągłego doszukać się, albowiem wskazany przepis stanowi o wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności, a nie z góry powziętego zamiaru, który charakteryzuje wprawdzie podobną instytucję z art. 12, ale Kodeksu karnego.

Przechodząc do kolejnej kwestii należałoby poprzedzić ją rozważaniami dotyczącymi związania obecnie orzekającego Sądu wcześniejszym wyrokiem Sądu Rejonowego w T. z dnia 29 stycznia 2018 r. Wychodząc z zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego wskazanej w art. 8 k.p.k. należałoby wyrazić ocenę o braku związania sądu uprzednią oceną będącą podstawą prawomocnego orzeczenia. Stwierdzenie, że związanie takie nie występuje, jest oczywiście uzasadnione co do tego, iż sąd rozpoznający sprawę w drugim postępowaniu nie jest związany oceną dokonaną przez sąd orzekający poprzednio odnośnie spełnienia lub niespełnienia przesłanek określonych w art. 6 § 2 k.k.s., ale nie może on jednak ignorować faktu, że orzeczenie wydane w pierwszym postępowaniu jest prawomocne i wynikających z tego faktu określonych konsekwencji w tym i zakazu ponownego sądenia. Wobec powyższego, w dalszych rozważaniach skoncentrować się należy na zakresie powagi rzeczy osądzonej wykreowanej przez orzeczenie wydane w chronologicznie pierwszym postępowaniu, które wiąże Sąd obecnie orzekający jedynie w tym zakresie, ale nie wiąże w zakresie ustaleń samej ciągłości.

Odnosząc zatem powyższe rozważania do czynu zarzucanego oskarżonej w obecnym postępowaniu datowanego na dzień 12 października 2016 r. i według obrońcy mającego stanowić część czynu ciągłego, mając przy tym na uwadze fakt braku związania ustaleniami Sądu Rejonowego w T. w zakresie ciągłości poszczególnych zdarzeń, to stwierdzić należy, iż Sąd Okręgowy właśnie takich ustaleń w zakresie oceny ciągłości w rozumieniu art. 6 § 2 k.k.s. Sądu Rejonowego w T. wyrażonych w wyroku z dnia 29 stycznia 2018 r. nie podziela, choćby tylko z tego powodu, iż brak w tych ustaleniach jest znamienia wskazanego w art. 6 § 2 k.k.s., w postaci tego samego zamiaru lub wykorzystania takiej samej sposobności, skoro przywołany wyrok w opisie czynu operuje sformułowaniem „z góry podjętym zamiarem”, a więc znamieniem nieznanym ustawie karno – skarbowej. Oczywiście można dowodzić, iż sformułowanie „z góry powziętym zamiarem” jest tożsame z znamieniem ten sam zamiar, lecz po pierwsze taki wniosek można uznać logicznie za poprawny, lecz nie zawsze, a po wtóre, to przecież czy to Sąd Rejonowy w N. czy Sąd Okręgowy w O. nie jest uprawniony do poprawiania czy czynienia korygujących ustaleń w prawomocnym wyroku Sądu Rejonowego w T..

Ponadto uwzględniając różnicę między sformułowaniem „ten sam zamiar” oraz zwrotem „taki sam zamiar”, należy stwierdzić, że nie spełnia przesłanki subiektywnej czynu ciągłego przypadek, w którym sprawca podejmuje poszczególne zachowania z nowym, pojawiającym się przed rozpoczęciem kolejnych zachowań zamiarem. W takiej

sytuacji sprawca działa co prawda z takim samym zamiarem, lecz w odniesieniu do każdego zachowania innym, co wyklucza spełnienie warunku tożsamości określonego w art. 6 § 2 k.k.s. Trafnie podkreśla się w piśmiennictwie w odniesieniu do przesłanki subiektywnej czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s., że nie spełnia tego kryterium ciągłości przypadek, w którym sprawca w odniesieniu do każdego z realizowanych zachowań podejmuje nowy zamiar, a jednocześnie poszczególne zachowania wykonywane są przy wykorzystaniu zmienionych okoliczności (inne podmioty, inne miejsce, inny przedmiot umowy). Taka zróżnicowana konfiguracja okoliczności towarzyszących realizacji poszczególnych zachowań przesądza, że nie zostaje spełnione kryterium subiektywne z uwagi na brak możliwości przyjęcia działania w każdym przypadku w wykonaniu tego samego zamiaru i zarazem nie zostaje spełnione alternatywne kryterium obiektywne określone jako zachowanie z wykorzystaniem takiej samej sposobności (por. T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy 2006, s. 122). W ocenie Sądu Okręgowego takiemu stanowisku nie sprzeciwia się konstrukcja sprawstwa oskarżonej przyjęta w ramach art. 9 § 3 k.k.s., na co powoływał się skarżący.

Nie sposób również nie zasygnalizować, iż powoływanie się na art. 6 § 1 k.k.s. wydaje się zbędnym w wypadkach tzw. wieloczynowego określenia znamion, np. „urządza lub prowadzi grę” (art. 107 § 1 k.k.s.), „trudni się sprzedażą losów” (art. 110k.k.s.). Konstrukcja czynu ciągłego z art. 6 § 2 k.k.s. znajduje zastosowanie jedynie w odniesieniu do tych typów czynu zabronionego, w których znamię czynnościowe ujęte zostało w ten sposób, że jego wypełnienie możliwe jest jednym zachowaniem, nie znajduje natomiast zastosowania do przestępstw trwałych, wieloodmianowych, zbiorowych oraz przestępstw z reguły popełnianych powtarzającymi się zachowaniami (por. T. Grzegorzczak, Kodeks karny skarbowy 2006, s. 122–123). Dostrzegając podobieństwo konstrukcyjne czynu ciągłego do przestępstw trwałych, wieloodmianowych lub zbiorowych Sąd Apelacyjny w Krakowie trafnie podkreślał na gruncie prawa karnego, że „stosowanie art. 12 k.k. jest wyłączone w odniesieniu do tych przestępstw, których czasownikowe określenie strony przedmiotowej dopuszcza wielokrotność działania sprawcy, jak to jest przy występkach znechania” (wyrok SA w Krakowie z dnia 19 grudnia 2002 r., II AKa 274/02, KZS 2003, z. 3, poz. 35; zob. też A. Marek, Kodeks karny s. 43; A. Wąsek (w:) Kodeks karny t. I, 2005, s. 180; por. też postanowienie SA w Lublinie z dnia 12 września 2001 r., II AKo 161/01, OSA 2001, z. 12, poz. 90).

W orzecznictwie wskazuje się również, że warunkiem przyjęcia stanu prawomocności materialnej jest tożsamość czynu, a nie tylko wzajemne podobieństwo, identyczna kwalifikacja prawna, czy pomieszczenie zachowań w tożsamym przedziale czasowym. Analiza czynu prawomocnie przypisanego oskarżonej w wyroku Sądu Rejonowego w T. z dnia 29 stycznia 2018 r., sygn. akt (...), oraz zarzucanego w rozpoznawanej sprawie wskazuje, że nie ujawniła się przeszkoda wynikająca z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. zakazująca ponownego postępowania o inne ujawnione zachowanie sprawcy, będące elementem czynu ciągłego, stanowiącego przedmiot wcześniejszego osądzenia (brak tożsamości czynów). Przedmiotem obu przestępstw było co prawda urządzenie gier na automatach w tym samym czasie, jednak w przypadku czynu przypisanego w wyroku Sądu Rejonowego w T. chodziło o gry na automatach do gier: A. Q. o nr (...), (...), (...), (...), (...), urządzone we wrześniu 2016 roku do 20 grudnia 2016 w T. , w pizzerii A. ,natomiast przedmiotem czynu niniejszej sprawie było urządzenie przez oskarżoną w dniu 12 października 2016 r. gry na automacie (...), w lokalu Restauracji (...) w N. .

Zatem ani miejscowość, ani rodzaj automatów nie jest tożsamy. Podobne rozumowanie zaprezentował Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 17 maja 2017 r., IV KO 34/17, gdzie stwierdził, że nie będzie tym samym czynem, mimo jednolitości czasu, obrót narkotykami, jeżeli jeden czyn dotyczył amfetaminy, a drugi kokainy, a nadto gdy oba czyny zostały popełnione w innych miejscach.

Zdaniem sądu odwoławczego nie ma więc wątpliwości ,że obie sprawy dotyczą różnych czynów i nie można mówić ,że mamy do czynienia z „idem” .

Z tych względów Sąd odwoławczy nie podzielił argumentacji skarżącego, iż czyn przypisany oskarżonej w obecnie prowadzonym postępowaniu winien stanowić element czynu ciągłego prawomocnie osądzonego wyrokiem Sądu Rejonowego w T. z dnia 29 stycznia 2018 r. w sprawie (...) i w związku zachodzi bezwzględna przyczyna odwoławcza wskazana w treści art. 439 § pkt 8 k.p.k., co winno w ocenie obrońcy skutkować potrzebą umorzenia postępowania.

Na uwzględnienie na zasługują również twierdzenia apelującego w zakresie w jakim wskazywał, iż gry urządzone na zatrzymanym automacie o nazwie (...) nie miały charakteru losowego. Wbrew wywodom obrońcy, o tym, że zatrzymane w niniejszej sprawie „urządzenie do konkursu wiedzy powszechnej” było „automatem do gier losowych” o których mowa w Ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tj. Dz. U. 2016, poz. 471) świadczy jednoznacznie wynik przeprowadzonego eksperymentu procesowego, wnioski opinii biegłego A. C., zeznania świadków, w szczególności A. R. oraz zgromadzone w sprawie dokumenty, jak i sama logika wynikająca z faktów.

W odniesieniu do eksperymentu procesowego odnotować trzeba, iż eksperyment ten przeprowadzony został w okolicznościach maksymalnie obiektywnych tj. w warunkach i możliwościach dostępnych w dniu 12 października 2016 r. dla każdego, przypadkowego gracza. Został on przeprowadzony na urządzeniu „A. G. (2) nr (...)” przez starszego specjalistę Służby (...) G. Ł. (2). W trakcie jego przeprowadzania jednoznacznie wykazano, że gra na urządzeniu ma charakter losowy, gdyż jej wynik nie zależy ani od zdolności manualnych gracza, ani też od udzielania przez gracza prawidłowych odpowiedzi na pytania. Urządzenie pozwalało na udzielenie prawidłowej odpowiedzi na pytanie także w przypadku gdy grający nie znał nawet treści pytania (po skorzystaniu z „funkcji pomoc”). W trakcie eksperymentu kontrolnego wyraźnie ujawniono, że uczestnik gry nie musi wykazać się jakąkolwiek wiedzą, gdyż praktycznie nie musi odpowiadać na poszczególne pytania konkursowe. Zastosowany w urządzeniu element wiedzy jest pozorny, a o otrzymaniu nagrody w istocie decyduje tylko losowanie. W tym kontekście powoływanie się przez skarżącego, na wyrwane z kontekstu fragmenty zeznań świadka G. Ł. (1), które złożył przed Sądem, nie mogą zmienić trafnej oceny Sądu I instancji, że o wygranej gracza decydowała nie jego wiedza, a wyłącznie element losowości. Warto także dodać, iż sposób przeprowadzenia tego eksperymentu, zarejestrowany na zabezpieczonych nośnikach, żadnych zastrzeżeń nie budzi. Nie ma zatem żadnych podstaw do kwestionowania tego dowodu.

W odniesieniu do opinii biegłego sądowego z zakresu mechaniki technicznej, ogólnej budowy i eksploatacji maszyn, teorii maszyn, mechanizmów techniki komputerowej dr inż. A. C. (2) (k. 51-60) stwierdzić należy, iż również z opinii tej wyraźnie wynika, że badane urządzenie A. Q. nr (...) oferuje gry – wizualizacje wideo, które są komputerowymi emulacjami typowych gier hazardowych o charakterze losowym – gier typu (...) 3, 4 i 5-cie bębnowych. Prowadzenie gier wymaga od gracza wniesienia opłaty i gra umożliwia uzyskanie wypłaty równowartości punktów (...). Urządzenie, które jest terminalem oferuje w praktyce tylko opcje związane z opisanymi wyżej grami-wizualizacjami. Pojawiające się na ekranie urządzenia pytania nie mają żadnego związku z grą-wizualizacją. W praktyce – identyczny efekt osiąga się, jeśli zamiast treści pytania pojawi się jego wartość. Badane urządzenie oferuje gry (gry-wizualizacje) mające cechy gier na automatach, o których mowa w Ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tj. Dz. U. 2016, poz. 471). Opinia ta jest pełna, jasna i wewnętrznie spójna.

Tezy powyższej w żadnej mierze nie zmieniają powołane w apelacji wnioski zawarte w opinii technicznej Instytutu (...) w siedzibę w W. nr (...), która rozstrzygała wyłącznie o zgodności badanego urządzenia z wymogami rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 9 marca 2012 r. w sprawie szczegółowych warunków rejestracji i eksploatacji automatów i urządzeń do gier (k. 116-117v). Negatywny wynik opinii oznacza jedynie, że badane urządzenie nie spełnia wymogów w/w rozporządzenia, a więc nie może zostać zgodnie z prawem zarejestrowane i eksploatowane jako automat do gier. Przedmiotowa opinia nie stanowi o tym, czy urządzenie może zostać uznane za automat do gier w rozumieniu ustawy o grach hazardowych. Takie uprawnienie przysługuje, zgodnie z art. 6 ustawy, wyłącznie ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych. Dodatkowo należy zauważyć, że przedłożona opinia nie dotyczy automatu, który jest przedmiotem niniejszego postępowania.

Także prywatna opinii prof. M. W. nie może być uznana za miarodajną w niniejszej sprawie chociażby z tego względu, że – jak mocno podkreśla to nawet sam jej autor- została ona sporządzona wyłącznie na dokumentach i informacjach otrzymanych od zleceniodawcy (k. 97). Co więcej, udziela ona odpowiedzi wyłącznie na pytania i problemy postawione przez owego zleceniodawcę oraz – co istotne- odwołuje się do konkursu organizowanego na podstawie Regulaminu. Rzecz jednak w tym, że na owym urządzeniu można było grać z pominięciem zasad Regulaminu, do czego jednak opinia już się nie odnosi. Dla oceny wartości merytorycznej owej opinii znamienny wydaje się fakt, iż sam prof. M. W.

w opinii tej stwierdził, iż sporządzając jej wnioski ani nie badał ani też nie weryfikował „prawdziwości przedstawionego stanu faktycznego” (k. 97).

Analogiczne uwagi odnieść należałoby również do opinii prof. R. Z.. Także i ta opinia sporządzona została na podstawie opisu urządzenia przedstawionego przez zleceniodawcę (k. 138-141). Nie można zatem uznać, że opinie te były pełne, bowiem biegli je wydający opierali się na bardzo ograniczonym materiale badawczym, nie badali samych urządzeń na temat których wydawali opinie.

Odnosząc się natomiast do zgromadzonych w sprawie dokumentów, zeznań świadków oraz wspomnianej logiki wynikającej z faktów nie sposób nie zauważyć, iż oskarżona mimo, iż zatroszczyła się o to, aby wejść w posiadanie stanowisk i opinii pozornie legitymizujących jej działania, nigdy nie zwróciła się do kompetentnych organów władzy publicznej o wydanie decyzji stwierdzającej czy planowane przez nią gry są lub nie są grami losowymi albo grami na automacie w rozumieniu ustawy. Nie sposób też nie zauważyć i tego, że samo umieszczenie wymienionego wyżej urządzenia w takim lokalu jak Restauracja (...) w N., niejako już samo w sobie rodzi zasadniczą wątpliwość, czy faktycznie miało ono służyć amatorom konkursu wiedzy powszechnej. Wątpliwość tę dodatkowo pogłębia fakt, iż owo urządzenie optycznie nie odbiega wyglądem od typowych automatów oferujących gry hazardowe, a wizualizacja w trakcie gry podobieństwo to potęguje. Takich zaś wątpliwości nie można mieć w przypadku zeznań świadka A. R. (2), z których w sposób jasny i klarowny wynika, że pytania pojawiające się na urządzeniu nie miały żadnego wpływu na wynik gry (k.5v-6), a okoliczność ta była dla niego tak nieistotna, że wymieniony nawet o niej nie wspomniał będąc przesłuchiwany przed Sądem (k. 320v).

W świetle powyższych okoliczności, nie budzi zastrzeżeń Sądu Okręgowego ustalenie Sądu I instancji, iż oskarżona stworzyła możliwość udziału w losowej grze na automacie i że pozostałe twierdzenia oskarżonej w tej kwestii stanowiły jedynie podjętą przez nią próbę uchronienia się przed poniesieniem odpowiedzialności karnej za zarzucony jej, w niniejszej sprawie, czyn zabroniony.

Za nietrafny Sąd Okręgowy uznał zatem także pogląd skarżącego jakoby Sąd Rejonowy dopuścił się obrazy art. 10 § 4 k.k.s. poprzez nieuwzględnienie, iż oskarżona działała w usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynu. Ustosunkowując się do tego zarzutu przede wszystkim stwierdzić należy, iż w przypadku A. G. (1) - prezesa spółki wyspecjalizowanej w prowadzeniu określonej działalności w zakresie intensywnie regulowanym prawem - kryteria posiadania odpowiedniej wiedzy w tym zakresie są zdecydowanie wyższe niż dla każdego innego podmiotu nie prowadzącego w tym zakresie działalności. Zatem A. G. (1) nie może powoływać się na brak świadomości w sytuacji, gdy stosowne przepisy regulują tok postępowania i wskazują podmioty uprawnione do interpretacji prawa w zakresie prowadzonej działalności, których to procedur nie można zastąpić opiniami podmiotów, które nie posiadały ustawowych kompetencji do ocen w zakresie między innymi także losowego charakteru urządzeń i gier na nim prowadzonych. Działania oskarżonej tylko pozornie miały służyć „zalegalizowaniu” prowadzonej działalności gospodarczej.

Zdaniem Sądu oskarżona miała więc pełną świadomość, że urządza gry na automatach wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych, a na jej korzyść w żadnym wypadku nie mogą świadczyć pojedyncze opinie prawne czy wybiórczo wybrane jednostkowe orzecznictwo. Dodatkowo zajmując się organizowaniem gier oskarżona musiała sobie zdawać sprawę, że prowadzenie gry na takim oprogramowaniu jest możliwe tylko w formie kasyna gry i za zezwoleniem, a nie w formie dzierżawy niewielkiej powierzchni, na której ustawiono pojedyncze automaty. Wskazywane przez obronę argumenty należy więc uznać jedynie za przyjętą linię obrony.

Sąd Okręgowy nie znalazł również podstaw do kwestionowania rozstrzygnięcia Sądu I instancji w części dotyczącej wymiaru orzeczonej wobec oskarżonej grzywny. Wymierzona oskarżonej kara grzywny, w ocenie Sądu, jest karą słuszną i sprawiedliwą, kara ta nie przekracza stopnia winy oskarżonej oraz stopnia społecznej szkodliwości przypisanego oskarżonej czynu. Nadto kara ta spełni ogólnoprewencyjne cele kary. Wymierzając niniejszą karę, zasadnie miał na względzie Sąd Rejonowy uprzednią niekaralność oskarżonej oraz dotychczasowy sposób życia oskarżonej - funkcjonującej w społeczeństwie prawidłowo.

Kara ta, również zdaniem Sądu Okręgowego, winna zapobiec popełnieniu przez oskarżoną przestępstwa w przyszłości.

Ustalając wysokość jednej stawki grzywny, Sąd Rejonowy właściwie uwzględnił dochody oskarżonej, jej warunki osobiste i rodzinne a także jej stosunki majątkowe i możliwości zarobkowe.

W takiej zaś sytuacji nie sposób postrzegać orzeczonej kary jako rażąco surowej, jak to czyni apelujący, jedynie przez pryzmat ilości wydanych wobec oskarżonej wyroków skazujących za tożsame przestępstwa, co powoduje znaczne obciążenia finansowe wynikające z orzeczonych grzywn. Skoro oskarżona w pełni świadomie zdecydowała się prowadzić inkryminowaną działalność na taką skalę na terenie całej Polski to stwierdzić należy, iż obecnie ponosi ona jedynie stosowne konsekwencje swojego postępowania. Tym samym, wbrew postulatowi obrońcy, niemożliwa była jakakolwiek ingerencja odwoławcza w zakresie wymiaru orzeczonej grzywny.

Prawidłowo orzeczono przepadek automatu do gry oraz pieniędzy w kwocie 695 złotych, skoro służyły one do popełnienia przestępstwa skarbowego, a orzeczenie tego przepadku było, w tym stanie rzeczy, obligatoryjne.

Mając powyższe na uwadze i nie podzielając zarzutów ani wniosków zawartych w apelacji, zaskarżony wyrok jako prawidłowy i słuszny utrzymano w mocy (art. 437 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.).

Pomimo nie uwzględnienia apelacji wniesionej wyłącznie na korzyść oskarżonej, Sąd Okręgowy na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k. w zw. z art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zwolnił A. G. (1) od zapłaty kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze uznając, iż za takim rozstrzygnięciem przemawia jej obecna sytuacja majątkowa wynikająca z konieczności uregulowania licznych należności sądowych.