

Sygn. akt VII Ka 819/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 września 2018 roku

Sąd Okręgowy w Olsztynie w VII Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący: SSO Leszek Wojgienica

Protokolant: st. sekr. sąd. Marzena Wach

po rozpoznaniu w dniu 13 września 2018 roku sprawy A. G. (1), córki B. i R. z d. M., urodzonej (...) w O., oskarżonej z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks, na skutek apelacji obrońcy od wyroku Sądu Rejonowego w Kętrzynie z dnia 12 czerwca 2018 roku, w sprawie II K 258/17

I. Zaskarżony wyrok zmienia w ten sposób, że wymiar orzeczonej wobec A. G. (1) w pkt II kary łącznej grzywny łagodzi do 100 (stu) stawek dziennych, a w pozostałym zakresie wyrok ten utrzymuje w mocy;

II. Obciąża oskarżoną kosztami procesu za postępowanie odwoławcze, w tym jedną opłatą za obie instancje w kwocie 1000 (jednego tysiąca) zł.

Sygn. akt VII Ka 819/18

UZASADNIENIE

A. G. (1) została oskarżona o to, że:

I. realizując umowę dzierżawy powierzchni, zawartą z A. Z., jako prezes zarządu i osoba odpowiedzialna za sprawy gospodarcze i finansowe firmy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w O., w dniu 21.09.2016 r. w lokalu bez nazwy usytuowanym przy ul. (...) w K., urzędzała gry na automatach do gry typu (...) o nazwie A. G. (2) nr (...) oraz A. G. (2) nr (...) poprzez dzierżawę części powierzchni lokalu pod umieszczenie ww. automatów i eksploatując je w miejscu do tego nieprzeznaczonym i bez wymaganego zezwolenia naruszając dyspozycję określoną w art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23 a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2015 r. poz. 612), tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

II. realizując umowę dzierżawy powierzchni, zawartą ze S. C. jako prezes zarządu i osoba odpowiedzialna za sprawy gospodarcze i finansowe firmy (...) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w O., w dniu 21 września 2016 r. w K. w lokalu bez nazwy przy ul. (...), urzędzała gry na automatach A. G. (...) i A. G. (...) poprzez dzierżawę części powierzchni lokalu pod umieszczenie ww. automatów i eksploatując je w miejscu do tego nieprzeznaczonym i bez wymaganego zezwolenia naruszając dyspozycję określoną w art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23 a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. 2016, poz. 471), tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

III. realizując umowę dzierżawy powierzchni, zawartą ze S. C. jako prezes zarządu i osoba odpowiedzialna za sprawy gospodarcze i finansowe firmy (...) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w O., w dniu 02 listopada 2016 r. w K. w lokalu bez nazwy przy ul. (...), urzędzała gry na automatach A. G. (...) i A. G. (...) poprzez dzierżawę

części powierzchni lokalu pod umieszczenie ww. automatów i eksploatując je w miejscu do tego nieprzeznaczonym i bez wymaganego zezwolenia naruszając dyspozycję określoną w art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23a ust. 1, ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. 2016, poz. 471), tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

IV. realizując umowę dzierżawy powierzchni, zawartą ze S. C. jako prezes zarządu i osoba odpowiedzialna za sprawy gospodarcze i finansowe firmy (...)

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w O., w dniu 21 listopada 2016 r. w

K. w lokalu bez nazwy przy ul. (...), urządziła gry na automatach

A. G. (...) i A. G. (...), A. G.

(...) poprzez dzierżawę części powierzchni lokalu pod umieszczenie ww.

automatów i eksploatując je w miejscu do tego nieprzeznaczonym i bez wymaganego zezwolenia naruszając dyspozycję określoną w art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. 2016, poz. 471), tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

Sąd Rejonowy wK. wyrokiem z dnia 12 czerwca 2018 r. w sprawie sygn. akt (...) orzekł :

- oskarżoną A. G. (1) uznał za winną popełnienia zarzucanych jej czynów i za to:

- za czyn z pkt I a/o, z mocy art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. skazał,

zaś na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. wymierzył jej karę grzywny w wysokości 80 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 złotych,

- za czyn z pkt II a/o, z mocy art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. skazał, zaś na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. wymierzył jej karę grzywny w wysokości 80 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 złotych,

- za czyn z pkt III a/o, z mocy art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. skazał, zaś na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. wymierzył jej karę grzywny w wysokości 80 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 złotych,

- za czyn z pkt IV a/o, z mocy art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. skazał, zaś na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. wymierzył jej karę grzywny w wysokości 80 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 złotych;

- na podstawie art. 39 § 1 k.k.s. połączył orzeczone wobec oskarżonej A. G. (1) jednostkowe kary grzywny i w ich miejsce orzekł karę łączną grzywny w wysokości 200 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 złotych;

- na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. i art. 29 pkt 2 k.k.s. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci automatów do gry oraz wyjętych z nich środków pieniężnych zapisanych pod pozycją 79/17 księgi przechowywanych przedmiotów tutejszego Sądu, zaś pozostałe dowody rzeczowe w postaci ramowej umowy dzierżawy z dnia 25.08.2016 r., aneksu do ramowej umowy dzierżawy i faktur VAT nr (...) pozostawił w aktach sprawy;

- na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonej A. G. (1) na rzecz Skarbu Państwa zwrot kosztów sądowych w 1/2 części, w tym opłatę w wysokości 2000 złotych.

Apelację od powyższego wyroku złożył obrońca oskarżonej A. G. (1), zaskarżając przedmiotowe orzeczenie w całości.

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. przez skazanie oskarżonej przedmiotowym wyrokiem podczas gdy prawomocnym 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. przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów, przede wszystkim dowodu z wyjaśnień oskarżonej w świetle stanu jej świadomości co do charakteru urządzeń A. Q. w zarzucanym okresie i przyjęcie działania oskarżonej z zamiarem bezpośrednim podczas gdy z wyjaśnień, będących jedynym dowodem w zakresie strony podmiotowej czynu, jednoznacznie wynika, że A. G. (1) była przekonana co do legalności prowadzonej działalności, a ponadto upewniały ją w tym opinie prawne i opinia techniczna Instytutu (...), co dla niej, jako osoby nie będącej biegłym specjalistą w zakresie urządzeń elektronicznych, było potwierdzeniem, że urządzenie konkursów na urządzeniach A. Q. nie narusza prawa;

- obrazę przepisów prawa materialnego - art. 10 § 4 k.k.s. przez 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;

- rażąco niewspółmierność kary polegającą na wymierzeniu kary grzywny w łącznej wysokości 200 stawek dziennych przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł w sytuacji, kiedy 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 przez odstąpienie od wymierzenia kary, ostatecznie również przez wymierzenie kary grzywny w wysokości 90 stawek dziennych przy ustaleniu jednej stawki dziennej na kwotę 50 zł.

W oparciu o powyższe obrońca oskarżonej 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 wniósł o:

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

Alternatywnie wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez odstąpienie od wymierzenia kary lub zmniejszenie wymiaru orzeczonej kary grzywny i orzeczenie kary 90 stawek dziennych przy przyjęciu wysokości jednej stawki na kwotę 50 zł.

Jednocześnie, na podstawie art. 11 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.p.k. sformułował wniosek o umorzenie postępowania ze względu na niecelowość orzeczenia kary wobec A. G. (1). Podkreślił, że A. G. (1), jak wynika z karty karnej aktualnej na 3 lipca 2018 r., została już 81-krotnie skazana za naruszenie art. 107 § 1 k.k.s., a łączna kwota wymierzonych kar wynosi 1 milion 544 tysięcy złotych. Dodatkowo oskarżona zobowiązana jest do pokrywania kosztów postępowań sądowych. Zdaniem skarżącego cele postępowania karnego zostały osiągnięte, albowiem A. G. (1) już od 10 marca 2017 r. nie prowadzi działalności jako prezes spółki (...), przestrzega porządku prawnego oraz wykonuje wymierzone kary. Skarżący skonstatował ostatecznie, że w świetle tych okoliczności, oraz faktu, że prezesem spółki (...) oskarżona była zaledwie 9 miesięcy, już wymierzone kary są odpowiednią dolegliwością, co czyni dalsze karanie niecelowym.

Sąd Okręgowy rozważył, co następuje:

Apelacja zasługiwała na uwzględnienie jedynie w części, to jest w zakresie kwestionującym wymiar orzeczonej wobec oskarżonej kary łącznej grzywny, która w obliczu innych ciężących na oskarżonej zobowiązań, wynikających z kilkudziesięciu skazań m.in. na kary grzywny, jawi się jako rażąco niewspółmiernie surowa.

Nim przyjdzie się odnieść do stawianych w apelacji zarzutów wypada podkreślić prawidłowość tych ustaleń sądu a quo, które dotyczą losowego charakteru gier urządzanych na automatach opisanych w treści czynów przypisanych, albowiem konkurs wiedzy, urządzany na urządzeniach A. G., w świetle wyników eksperymentu, miał wyłącznie pozorny charakter.

Odnosząc się do zarzutów środka odwoławczego nie sposób nie zauważyć, iż kwestia dotycząca przyjęcia konstrukcji czynu ciągłego, co w efekcie zdaniem apelującego winno skutkować umorzeniem postępowania wobec zaistnienia tzw. bezwzględnej przyczyny odwoławczej wskazanej w treści art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k., pojawiła dopiero na gruncie przedmiotowej apelacji, skoro jak wynika z treści protokołu na k. 527v. uczestniczący w rozprawie przed Sądem I instancji obrońca oskarżonej nie prezentował wcześniej takiego stanowiska i wnosił o uniewinnienie oskarżonej, a nie o umorzenie postępowania z przyczyn podnoszonych obecnie. Uwaga powyższa wydaje się być konieczną w konfrontacji 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 apelacja nie wskazała przyczyn braku przedstawienia problemu ciągłości przez obronę przed Sądem Rejonowym, to obecnie w postępowaniu odwoławczym winna liczyć się i stosować do ograniczeń wynikającymi z treści art. 427 § 3 k.p.k..

Jednocześnie Sąd odwoławczy pragnie zasygnalizować, iż nawet w sytuacji gdyby powyższe ograniczenie pominąć, to i tak nie znajduje podstaw do podzielenia stanowiska apelacji w zakresie ciągłości i jego wskazanych prawnych konsekwencji w postaci zaistnienia tzw. bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Przede wszystkim by pogląd obrony zaakceptować należałoby wpiąć, że czyny wskazane aktem oskarżenia pozostawały elementami czynu ciągłego i to zarówno w kontekście tylko tych z obecnego oskarżenia jak i w kontekście przypisanego czynu wyrokiem Sądu Rejonowego w T.. Jedynie dla przypomnienia wypada przywołać treść art. 6 § 2 k.k.s. statuującego przesłanki ciągłości, który dla przyjęcia takiej konstrukcji wymaga między innymi podjęcia przez sprawcę więcej niż dwóch zachowań (...) 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 apelacja, 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. Wprawdzie apelacja w pisemnych motywach starała się przekonać instancję odwoławczą, iż mamy do czynienia z konstrukcją z art. 6 § 2 k.k.s., lecz jest to argumentacja oparta, jak się wydaje, na założeniu, że oskarżona miała „podjęty z góry ten sam zamiar” urządzania bez wymaganego zezwolenia gier na automatach, gdy w rzeczywistości obrońca nie przedstawia dowodów stanowiących podstawę takich ocen, a jedynie prezentuje własną, poprzedzoną wywodem ocenę działalności oskarżonej i to nawet sprzeczną z jej wyjaśnieniami i

linią obrony aprobowaną wcześniej także przez obrońcę, na co wskazują przywoływane już wcześniej końcowe jego wnioski na k. 527v.. Zresztą, co również nie może pozostawać obojętnym, nawet z powielaniem błędu znajdującego się w wyroku Sądu Rejonowego w T. k. 579, skoro operuje się w nim sformułowaniem „z góry powziętym zamiarem”, gdy w treści art. 6 § 2 k.k.s. nie sposób takiej przesłanki czynu ciąglego doszukać się, skoro cytowany przepis stanowi o wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności, a nie z góry powziętego zamiaru, który zdaje się charakteryzować wprawdzie podobną instytucję z art. 12 ale Kodeksu karnego.

Przechodząc do kolejnej kwestii należałoby ją poprzedzić 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 sądzenia. 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. Punktem wyjścia tych rozważań musi być fundamentalne stwierdzenie, że powaga rzeczy osądzonej jest następstwem materialnej prawomocności orzeczenia, w związku z czym nie może być mowy o jakiegokolwiek powadze rzeczy osądzonej poza zakresem tego, o czym prawomocnie orzeczono.

W przypadku czynów zarzucanych oskarżonej które zaistniały w dniu 21 września 2016 r. (czyny I i II), 2 listopada 2016 r. (czyn III) i 21 listopada 2016 r. (czyn IV), posiłkując się zawartym wyżej stanowiskiem Sądu odwoławczego orzekającego w niniejszej sprawie odnośnie braku związania ustaleniami Sądu Rejonowego w T. w zakresie ciągłości poszczególnych zdarzeń, wypada stwierdzić, 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 jest w tych ustaleniach 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 karnej–skarbowej. Oczywiście można dowodzić, iż sformułowanie „z góry powziętym zamiarem” jest tożsame z znamieniem ten sam zamiar, ale wniosek taki nie zawsze będzie poprawny. Po wtóre, Sąd Okręgowy w Olsztynie nie jest uprawniony do poprawiania czy czynienia korygujących ustaleń w prawomocnym wyroku Sądu Rejonowego w T..

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 ciąglego, 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 czynów w niniejszej sprawie było urządzenie przez oskarżoną w dniach 21.09.2016 r. i 02.11.2016 r. gry na automatach nr (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) i (...) w lokalach bez nazwy usytuowanych przy ul. (...) i przy ul. (...) w K..

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 czyny przypisane oskarżonej w obecnie prowadzonym postępowaniu winny stanowić element czynu ciąglego prawomocnie osądzonego wyrokiem Sądu Rejonowego w T. z dnia 29 stycznia 2018 r. w sprawie (...), co skutkować miałyby wystąpieniem bezwzględnej przyczyny odwoławczej, wskazanej w treści art. 439 § pkt 8 k.p.k.

Na uwzględnienie nie zasługują również twierdzenia apelującego w zakresie w jakim wskazywał, iż oskarżona działała w usprawiedliwionym błędzie co do karalności czynów.

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 wymienionych wyżej urządzeń w takim lokalu jak wymienione w akcie oskarżenia, niejako już samo w sobie rodzi zasadniczą wątpliwość, czy faktycznie miało ono służyć amatorom konkursu wiedzy powszechnej. Wątpliwość tę dodatkowo pogłębia fakt, iż owe urządzenia optycznie nie odbiegały wyglądem od typowych automatów oferujących gry hazardowe, a wizualizacja w trakcie gry podobieństwo to potęguje.

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 zarzucone jej w niniejszej sprawie czyny zabronione.

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.

Przy czym na tle dokonanej przez Sąd meriti prawidłowej oceny dowodów i opartych na niej ustaleń faktycznych i prawnych, stwierdzić jednak należy, że rozstrzygnięcie o karze łącznej wymierzonej oskarżonej jawi się jako orzeczenie rzeczywiście zbyt surowe, mając na uwadze wszystkie okoliczności niniejszej sprawy. Dostrzegając sprzeczność z prawem postulatów apelacji by zmniejszyć nie tylko wymiar stawek dziennych ale również wysokość jednej stawki do kwoty 50 złotych, co przecież w obliczu regulacji przewidzianej w art. 23 § 3 kks nie jest możliwe, należało ocenić jako zasadne te argumenty środka odwoławczego, w których bliski związek przedmiotowo – podmiotowy oraz czasowy wszystkich czynów czynił zasadnym orzeczenie kary łącznej na zasadzie zbliżonej do asperacji.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów: decydując o ostatecznym kształcie kary łącznej sąd winien, zgodnie z art. 85a k.k., brać pod uwagę przede wszystkim dyrektywy prewencji indywidualnej oraz generalnej. Jako że przepis ten nie zawiera enumeratywnego katalogu przesłanek decydujących o wymiarze kary łącznej, to użycie zwrotu "przede wszystkim" pozwala uwzględnić relacje zachodzące pomiędzy prawomocnie osądzonymi czynami, które prowadzą się do łączącego je związku przedmiotowo-podmiotowego oraz dzielących je odstępów czasowych, tak aby orzeczona kara łączna zawierała w sobie całościową ocenę przestępczej działalności skazanego i we właściwy sposób miarkowała zastosowaną wobec niego represję karną. Im bliższe są te relacje, tym bardziej wyrok łączny powinien być zbliżony do dopuszczalnego minimum, uwarunkowanego wysokością kar orzeczonych za przestępstwa objęte tym wyrokiem. (tak Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia z dnia 24 maja 2018 r., sygn. akt II AKa 49/18, LEX nr 2531896)

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy złagodził oskarżonej karę łączną grzywny do 100 stawek dziennych, dostrzegając przede wszystkim bardzo bliski związek przedmiotowo-podmiotowy i czasowy czynów przypisanych oskarżonej.

W ocenie Sądu Okręgowego tak ukształtowana kara łączna realizuje cele zapobiegawcze i wychowawcze, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

Nie zasługiwał na uwzględnienie wniosek zawarty w apelacji o umorzenie postępowania wobec oskarżonej na podstawie art. 11§1 kpk w zw. z art. 113§1 kks. Zwrócić należy uwagę, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 11§1 kpk niecelowość karania jako przyczyna umorzenia musi być oczywista. Ustalonym w § 1 art. 11 k.p.k. układem odniesienia jest "rodzaj i wysokość kary prawomocnie orzeczonej za inne przestępstwo". Sąd zatem może przyjąć, że z wypadkiem oczywistej niecelowości karania ma do czynienia wówczas, gdy na przykład zachodzi drastyczna dysproporcja między surową co do rodzaju i wymiaru karą już prawomocnie orzeczoną a relatywnie łagodną karą, która przypuszczalnie byłaby orzeczona w postępowaniu podlegającym umorzeniu. W niniejszej sprawie ostatecznie wymierzona kara grzywny nie odbiega ona od innych kar grzywnien wymierzonych oskarżonej. A zatem nie zachodzi dysproporcja pomiędzy wcześniej orzeczonymi karami i tą w niniejszej sprawie. Również analiza przyszłych skutków ukarania m.in. przez przyzmat ewentualnego wyroku łącznego nie pozwala na przyjęcie ustalenia oczywistej niecelowości karania oskarżonej. Z uwagi na skalę prowadzonej przez oskarżoną działalności i liczbę skazań za przestępstwo z art. 107§1 kks nie może ona liczyć na to, że w razie wydania wyroku łącznego zostanie zastosowana wobec niej zasada absorpcji.

W ocenie sądu odwoławczego przy ustalaniu oczywistej niecelowości postępowania należy mieć także na uwadze takie okoliczności, jak procesowe i społeczne koszty postępowania, jego znaczenie dla wymiaru sprawiedliwości, a zwłaszcza to, czy umorzenie postępowania nie będzie naruszać społecznego poczucia sprawiedliwości. Właśnie ta skala prowadzonej przez oskarżoną działalności i jej zawodowy charakter prowadzą do wniosku, że umorzenie postępowania na podstawie art. 11§1 kpk naruszałoby społeczne poczucie sprawiedliwości.

Rekapitułując całokształt wskazanych okoliczności i zapatrywań, w rezultacie dzieląc apelację obrońcy oskarżonej jedynie częściowo, Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że orzeczoną w punkcie II tego wyroku karę łączną grzywny złagodził do 100 stawek dziennych, w pozostałym zakresie wyrok ten utrzymując w mocy (art. 437 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 438 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.).

Na podstawie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k. w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych (t.j. Dz. U. Nr 49 poz. 223 z późn. zm.) zasądzono od A. G. (1) na rzecz Skarbu Państwa koszty procesu za postępowanie odwoławcze, w tym jedną opłatę za obie instancje w kwocie 1000 złotych.