

Sygn. akt IV KK 369/14

POSTANOWIENIE

Dnia 3 marca 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Wiesław Kozielowicz (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Jan Bogdan Rychlicki

SSN Eugeniusz Wildowicz

Protokolant Jolanta Grabowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Zbigniewa Siejbika

w sprawie **G. M.**

oskarżonego z art. 107 § 1 kks

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 3 marca 2015 r.,

kasacji, wniesionej przez Prokuratora Generalnego na niekorzyść

od postanowienia Sądu Okręgowego w K.

z dnia 23 lipca 2014 r.,

utrzymującego w mocy postanowienie Sądu Rejonowego w D.

z dnia 23 kwietnia 2014 r.,

uchyla zaskarżone postanowienie oraz utrzymane nim w mocy postanowienie Sądu Rejonowego w D. i sprawę oskarżonego G. M. przekazuje temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

UZASADNIENIE

G. M. został oskarżony przez Urząd Celny w K. o to, że:

od dnia 1 października 2012 r do dnia 9 października 2012 r. urzędował w lokalu o nazwie K. usytuowanym w D., gry mające charakter losowy na automatach: Hot Spot nr HS 547, Multi Gaminator 42 nr CW/MGE/004, Hot Spot nr CW/HS 401, Hot

Spot nr CW/HS 016, bez wymaganego zezwolenia, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, tj. o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

W dniu 5 marca 2014 r. obrońca G. M. złożył do Sądu Rejonowego w D. wnioski o umorzenie postępowania wobec braku znamion czynu zabronionego, gdyż oskarżony nie działał umyślnie, bowiem kierował się przekonaniem o braku bezprawności swojego zachowania (k. 262).

Sąd Rejonowy postanowieniem z dnia 23 kwietnia 2014 r., na podstawie art. 17 § 1 pkt. 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. umorzył postępowanie, a kosztami procesowymi obciążył Skarb Państwa (k. 263).

W zażaleniu na to postanowienie, wniesionym na niekorzyść, Urząd Celny w K., **zarzucił** obrazę prawa materialnego oraz błęd w ustaleniach faktycznych przyjętych na podstawie orzeczenia, i wniósł o jego uchylenie.

Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 23 lipca 2014 r., utrzymał w mocy zaskarżone postanowienie.

Od w/w postanowienia Sądu Okręgowego kasację złożył Prokurator Generalny. Zaskarżył to postanowienie w całości na niekorzyść oskarżonego G. M. i **zarzucając** rażące oraz mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie przepisów prawa karnego procesowego – art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. polegające na zaniechaniu wszechstronnej kontroli odwoławczej oraz należytego rozważenia i ustosunkowania się w uzasadnieniu orzeczenia do wszystkich zarzutów podniesionych w środku odwoławczym, w następstwie czego doszło do utrzymania w mocy postanowienia sądu I instancji zapadłego z rażącą obrazą art. 339 § 3 pkt. 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1. k.k.s., polegającą na przeprowadzeniu oceny dowodów, skutkującym niezasadnym umorzeniem postępowania przeciwko G. M. na podstawie art. 17 §1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., wskutek wyrażenia błędnego poglądu, że w sprawie występuje ujemna przesłanka procesowa w postaci braku znamion czynu zabronionego, **wniósł** o uchylenie zaskarżonego postanowienia oraz utrzymanego nim w mocy postanowienia Sądu Rejonowego w D. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja zasługuje na uwzględnienie.

Uzasadniając stanowisko o braku znamion przestępstwa w zachowaniu G. M. Sąd Rejonowy, stwierdził, że zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do przypisania zachowaniu oskarżonego umyślnego charakteru, co jest niezbędnym warunkiem popełnienia przestępstwa określonego w art. 107 § 1 k.k.s. Sąd Rejonowy podniósł, że G. M. podejmując decyzję o umieszczeniu kwestionowanych urządzeń w lokalu K., nie miał świadomości bezprawności swojego działania, bowiem swoje przekonanie o zręcznościowym charakterze maszyn do gier opierał na tym, iż dysponował opiniami technicznymi z 2012 r. rzeczoznawcy mgr inż. Z. S., z których wynikało, że przedmiotowe urządzenia mają charakter zręcznościowy i w związku z tym nie podlegają rygorom ustawy o grach hazardowych.

Sąd Rejonowy stwierdził też, że w przeświadczeniu o legalności swojego postępowania oskarżony G. M. dodatkowo wspierał się licznymi, korzystnymi dla niego, orzeczeniami dotyczącymi takich samych urządzeń zakwestionowanych w innych sprawach, a to m.in. postanowieniu Sądu Rejonowego w G. z dnia 1 grudnia 2011 r., sygn. akt II Kp .../11, o częściowym uwzględnieniu zażalenia na zatrzymanie rzeczy, postanowieniu Sądu Rejonowego w C. z dnia 25 stycznia 2012 r. sygn. III Kp .../11, o uchyleniu postanowienia Urzędu Celnego w przedmiocie dowodów rzeczowych, postanowieniu Urzędu Celnego w B. z dnia 27 lipca 2012 r. o umorzeniu dochodzenia z uwagi na brak znamion czynu zabronionego określonych w art. 107 § 1 k.k.s. w działaniach polegających na urządzaniu gry na automacie Hot - Spot nr seryjny CW/HS/230 (k. 264v).

W uzasadnieniu zażalenia Urząd Celny podniósł, że Sąd Rejonowy niezasadnie uznał, iż G. M., opierając się na posiadanych opiniach, działał w przekonaniu, że automaty Hot Spot i Multi Gaminator są urządzeniami zręcznościowym, które nie podlegają rygorom ustawy o grach hazardowych. Zakwestionowano trafność przeprowadzonej przez Sąd oceny opinii w aspekcie ich przydatności dla poczynionych w sprawie ustaleń akcentując, iż zostały one wydane na prywatne zamówienie i dotyczą bliżej indywidualnie nieokreślonych urządzeń o zbieżnych z zakwestionowanymi maszynami nazwach, przy równoczesnym pominięciu opinii wywołanej przez Urząd Celny I, z której wynikało,

że automaty ujęte w zarzucie podlegają przepisom ustawy o grach hazardowych (k. 150- 163,165 - 169). Nadto skarżący podkreślał, iż prawna dopuszczalność umorzenia postępowania, na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., przed rozprawą uzależniona jest od uprzedniego stwierdzenia, że zarówno opis zarzucanego oskarżonemu czynu jednoznacznie wskazuje na brak znamion przestępstwa, jak i treść zgromadzonych dowodów przemawia za tym w sposób niebudzący wątpliwości.

Po rozpoznaniu tego zażalenia Sąd Okręgowy w uzasadnieniu swojego postanowienia odnosząc się do kwestii, podniesionych w zażaleniu wskazał, że sąd I instancji prawidłowo ustalił, iż oskarżonemu G. M. nie można przypisać winy, co oznacza, iż stosownie do treści art. 1 § 3 k.k.s. nie popełnił on zarzucanego mu aktem oskarżenia przestępstwa skarbowego. Sąd odwoławczy podkreślił, że konstrukcja przepisu art. 107 k.k.s. nie przewiduje możliwości popełnienia tego przestępstwa w postaci nieumyślnej. Dla pociągnięcia do odpowiedzialności karnej - skarbowej z tego tytułu konieczne jest bowiem wykazanie przez oskarżyciela, iż działanie sprawcy miało charakter umyślny, tj. że sprawca był świadomy postępowania wbrew przepisom ustawy. Podniósł, że Sąd Rejonowy w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności na podstawie przedłożonych przez oskarżyciela dokumentów, oraz dokumentów załączonych przez oskarżonego, prawidłowo ocenił, iż oskarżonemu nie można przypisać winy zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym, gdyż oskarżony dołożył wszelkiej staranności, aby przed urządzeniem gry na automacie sprawdzić czy spełnia on wymagania do prowadzenia gry bez konieczności uzyskania koncesji, bądź zezwolenia zgodnie z przepisami ustawy o grach hazardowych. W dalszej części uzasadnienia Sąd Okręgowy podkreślił, że oskarżony G. M. uzyskał od biegłego sądowego opinie, z których jasno i w sposób nie budzący wątpliwości wynikało, iż urządzenia Hot Spot i Multi Gaminator, są urządzeniami technicznymi nie służącymi do gry hazardowej. Zarazem jako nieuzasadnione Sąd Okręgowy ocenił twierdzenia oskarżyciela, odnośnie tego, iż ta opinia, z uwagi na jej prywatny charakter, nie ma mocy charakteru obiektywnego. Wskazana okoliczność, zdaniem Sądu Okręgowego, nie może być bowiem brana pod uwagę przy ocenie zamiaru oskarżonego, ponieważ z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania i

doświadczenia życiowego trudno oczekiwać, aby osoba składająca zamówienie o wydanie opinii przez fachowca zajmującego się daną dziedziną i posiadającego w tej mierze wiadomości specjalne, powinna powziąć uzasadnione wątpliwości co do znaczenia takiej opinii (k.292).

Rację ma Prokurator Generalnej gdy podnosi, że omówione postanowienie Sądu Okręgowego zostało wydane z rażącym naruszeniem przepisów prawa procesowego wskazanych w zarzucie kasacji.

Poza sporem jest bowiem, że zakres wstępnej kontroli oskarżenia, przeprowadzanej w trybie art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k., nie obejmuje merytorycznej oceny poszczególnych dowodów oraz ich wartościowania i przesądzania o winie oskarżonego.

W uzasadnieniu postanowienia z dnia 13 września 2005 r., V KK 143/05, Sąd Najwyższy stwierdził, że umorzenie postępowania przed rozprawą na posiedzeniu w trybie art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k. może nastąpić w oparciu o art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. tylko wówczas, gdy w sposób oczywisty z zebranego w postępowaniu przygotowawczym materiału dowodowego wynika, że zarzucony oskarżonemu czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego. Takie orzeczenie opierać się musi wyłącznie na niebudzących wątpliwości materiałach postępowania przygotowawczego. Gdy jednak zebrane dowody nie mają jednoznacznego wyrazu, gdy dokonanie trafnych ustaleń faktycznych, co do istotnych okoliczności czynu wymaga gruntownego zbadania i wieloaspektowej krytycznej oceny materiału dowodowego, to oczywiste jest, że umorzenie postępowania na posiedzeniu przed rozprawą nie jest dopuszczalne (R-OSNKW 2005, poz. 1650).

Trafna jest konstatacja Prokuratora Generalnego, że w niniejszej sprawie brak było podstaw do umorzenia postępowania bez przeprowadzenia rozprawy, albowiem zgromadzony materiał dowodowy, w zakresie odnoszącym się do istotnych okoliczności czynu zarzucanego G. M., nie ma jednoznacznego charakteru.

Przecież Sąd Rejonowy dokonał oceny zgromadzonych dowodów, w aspekcie winy G. M., w sytuacji, gdy nie dysponował wyjaśnieniami oskarżonego (przez sądem nie udzielono mu głosu a w postępowaniu przygotowawczym skorzystał z prawa do odmowy złożenia wyjaśnień). Waleru pisemnych wyjaśnień,

o których mowa w art. 176 § 1 k.p.k., z pewnością nie może spełniać sporządzone drukiem komputerowym oświadczenie podejrzanego G. M. noszące datę 1 sierpnia 2013 r., załączone do protokołu przesłuchania (k. 185-185v). Zgodnie z tym protokołem, czynność przesłuchania trwała, wraz z odebraniem danych osobowych, niespełna 30 minut. Nie jest zatem możliwe aby w jej toku, przy obecności funkcjonariusza organu procesowego i w warunkach wyłączających możliwość kontaktowania się z innymi osobami podejrzanym, złożył pisemne dwustronicowe wyjaśnienia, które zawierają szczegóły takie jak daty i sygnatury orzeczeń (k. 185v). Opisany dokument nie może więc zastępować dowodu z wyjaśnień oskarżonego.

Oprócz tego, w skład materiału dowodowego, będącego przedmiotem osądu, wchodziły opinie zawierające wzajemnie wykluczające się wnioski co do charakteru urządzenia Hot Spot i Multi Gaminator. Stanowisko w kwestii niemożności przypisania oskarżonemu umyślnego działania Sąd Rejonowy zajął opierając się wyłącznie na opiniach uznających przedmiotowe urządzenie za automat o charakterze zręcznościowym, nieposiadający funkcji umożliwiającej prowadzenie gier o charakterze losowym.

Opinie te zostały sporządzone przez rzeczoznawcę - biegłego z listy Prezesa Sądu Okręgowego z dziedziny m. in. automatów elektronicznych do gier zabawowych, zręcznościowych i losowych mgr inż. Z. S. i nie dotyczą zindywidualizowanych egzemplarzy automatów do gier zabezpieczonych w postępowaniu. Stanowią jedynie opinie techniczne do określonego nazwą modelu urządzenia Hot Spot oraz Multi Gaminator. Równocześnie Sąd nie odniósł się, do wywołanej w niniejszej sprawie opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki, telekomunikacji i automatów do gier, mgr inż. R. R., z której wynikało, iż badane konkretnie zindywidualizowane automaty typu Hot Spot i Multi Gaminator są urządzeniami elektronicznymi, w których zainstalowany program umożliwia rozgrywanie gier o charakterze losowym w rozumieniu ustawy o grach hazardowych (k. 150- 162 i 165 - 168).

Sąd Okręgowy, rozpoznając zażalenie na postanowienie Sądu Rejonowego, nie dostrzegł, że Sąd ten dokonał niedopuszczalnej w ramach trybu określonego w

art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k. oceny dowodów, a nadto potraktował zebrane dowody w sposób wybiórczy.

Sąd Okręgowy w swoim uzasadnieniu nie odniósł się do wywodów skarżącego o pominięciu przez sąd *meriti* dowodu z opinii biegłego R. R. Równocześnie Sąd ten zaakceptował fakt dokonania przez Sąd I instancji ustaleń odnoszących się do zamiaru oskarżonego wyłącznie w oparciu o opinię pozaprocesową wydaną przez rzeczoznawcę i dotyczącą określonego modelu automatów, nie dysponując przy tym wyjaśnieniami G. M., który - czego nie można wykluczyć – mógłby zdecydować się na złożenie dowodowo przydatnych wyjaśnień przed sądem. Sąd Okręgowy nie odniósł się także do argumentów z zażalenia odnośnie niewykorzystania przez oskarżonego trybu art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych, który pozwalał na uzyskanie decyzji Ministra Finansów ostatecznie ustalającej charakter urządzeń którymi się posługiwał. W kontekście przypadków kwestionowania legalności automatów do gier w wielu sprawach dotyczących działalności oskarżonego na rozległym terenie byłoby to zachowanie racjonalne i świadczące o braku zgody na ewentualność naruszania prawa. Przy rozważaniach co do kwestii umyślności w działaniu oskarżonego, Sądy obu instancji nie wzięły pod uwagę, że fakt zlecenia i kompletowania opinii prywatnych, przy braku wykorzystania sposobów prawem przewidzianych, może prowadzić do wniosku, że oskarżony miał świadomość charakteru posiadanych automatów do gier (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r., sygn. V KK 344/13, opubl. www.sn.pl) Kierując się powyższym Sąd Najwyższy, z mocy art. 537 § 2 k.p.k., orzekł jak w postanowieniu.