

Sygn. akt V KK 146/21

POSTANOWIENIE

Dnia 29 kwietnia 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Tomczyk

w sprawie **B. M. B.**

skazanej z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 107 § 3 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.

i art. 9 § 3 k.k.s. przy zast. art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s.,

po rozpoznaniu na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.,

w Izbie Karnej w dniu 29 kwietnia 2021 r.

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanej

od wyroku Sądu Okręgowego w O.

z dnia 26 października 2020 r., sygn. akt VII Ka (...),

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w O.

z dnia 16 grudnia 2019 r., sygn. akt II K (...),

1. oddała kasację jako oczywiście bezzasadną;

2. obciążyła skazaną kosztami postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

B. B. została oskarżona o to, że:

I. w okresie od dnia 26.09.2007 r. do dnia 07.09.2011 r. w O., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu tego samego zamiaru, pełniąc funkcję Prezesa Zarządu G. Sp. z o.o. z siedzibą w W. urzędowała i prowadziła gry na automatach do gier o niskich wygranych wbrew przepisom ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, w ten sposób, że:

- powierzyła obowiązki nadzorowania gier hazardowych i obsługi automatów w zakresie wypłat wygranych z klucza osobom bez świadectwa zawodowego, wbrew

wymogom przepisu art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych, a następnie art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych,

- urzędowała i prowadziła gry na automatach do gier o niskich wygranych, które w rzeczywistości nie zostały poddane wymaganiom badaniom upoważnionej jednostki badającej - po wymianie i aktualizacji oprogramowania, co stanowiło naruszenie 14 ust. 6 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 03.06.2003 r. w sprawie warunków urządzania gier i zakładów wzajemnych,

- urzędowała i prowadziła gry na automatach, wbrew wymogom przepisu art. 2 ust. 2b ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych, a następnie art. 129 ust. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, wiedząc, że automaty te nie są automatami o niskich wygranych zgodnie z wydanymi przez Ministerstwo Finansów poświadczeniami rejestracji GL-1, odpowiednio na automatach:

1. G. o numerze fabrycznym (...), numer poświadczenia rejestracji (...) w okresie od 26.09.2007 r. do 02.04.2009 r. w lokalach C. P. i C. B. w O. przy ul. (...),
 2. H. o numerze fabrycznym (...), numer poświadczenia rejestracji (...) w okresie od 29.09.2008 r. do 02.04.2009 r. w lokalu C. B. w O. przy ul. (...),
 3. H. I. o numerze fabrycznym (...), numer poświadczenia rejestracji (...) w okresie od 29.09.2008 r. do 02.04.2009 r. w lokalu C. Bingo w O. przy ul. (...),
 4. H. o numerze fabrycznym (...), numer poświadczenia rejestracji (...) w okresie od 10.03.2008 r. do 17.12.2009 r. w lokalu C. P. w O. przy ul. (...),
 5. G. o numerze fabrycznym (...), numer poświadczenia rejestracji (...) w okresie od 02.01.2007 r. do 07.09.2011 r. w lokalach C. B., C. L. w O. przy ul. (...),
- tj. o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.;

II. W bliżej nieustalonym okresie, co najmniej od drugiej połowy 2011 r. do dnia 13.09.2012 r. w O., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu tego samego zamiaru, zajmując się faktycznie sprawami gospodarczymi spółki I. Sp. z o.o. z siedzibą w O. wspólnie i w porozumieniu z G. B. i G. G. urzędowała i prowadziła wbrew wymogom przepisu art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych - gry na automatach należących do tej spółki:

1. H. IV o numerze identyfikacyjnym (...), który realizował gry opisane w art. 2 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a gracz miał możliwość uzyskania wygranej pieniężnej, w okresie od drugiej połowy 2011 r. do dnia 13.09.2012 r., w lokalu C. P.,
2. D. o numerze identyfikacyjnym (...), który realizował gry opisane w art. 2 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a gracz miał możliwość uzyskania wygranej pieniężnej, w okresie od drugiej połowy 2011 r. do dnia 13.09.2012 r. w lokalu C. B.,
3. H. IV o numerze identyfikacyjnym (...), który realizował gry opisane w art. 2 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a gracz miał możliwość uzyskania wygranej pieniężnej, w okresie od drugiej połowy 2011 r. do dnia 10.10.2012 r. w lokalu C. B.,
4. H. IV o numerze identyfikacyjnym (...), który realizował gry opisane w art. 2 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a gracz miał możliwość uzyskania wygranej pieniężnej, w okresie od drugiej połowy 2011 r. do dnia 10.10.2012 r. w lokalu C. P.,
5. H. III o numerze identyfikacyjnym (...), który realizował gry opisane w art. 2 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a gracz miał możliwość uzyskania wygranej pieniężnej, w okresie od drugiej połowy 2011 r. do dnia 07.09.2011 r. w lokalu C. L.
6. H. III o numerze identyfikacyjnym (...), który realizował gry opisane w art. 2 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a gracz miał możliwość uzyskania wygranej pieniężnej, w okresie od drugiej połowy 2011 r. do dnia 07.09.2011 r. w lokalu C. L.,
7. H. III o numerze identyfikacyjnym (...), który realizował gry opisane w art. 2 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a gracz miał możliwość uzyskania wygranej pieniężnej, w okresie od drugiej połowy 2011 r. do dnia 07.09.2011 r. w lokalu C. L.,
8. H. III o numerze identyfikacyjnym (...) , który realizował gry opisane w art. 2 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a gracz miał możliwość uzyskania wygranej pieniężnej, w okresie od drugiej połowy 2011 r. do dnia 07.09.2011 r. w lokalu C. L.,

9. o numerze identyfikacyjnym (...), który realizował gry opisane w art. 2 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a gracz miał możliwość uzyskania wygranej pieniężnej, w okresie od drugiej połowy 2011 r. do dnia 07.09.2011 r. w O. w lokalu C. P.,

10. automacie o numerze identyfikacyjnym (...), który realizował gry opisane w art. 2 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a gracz miał możliwość uzyskania wygranej pieniężnej, w okresie od drugiej połowy 2011 r. do dnia 07.09.2011 r. w lokalu C. P.,

11. automacie o numerze identyfikacyjnym (...), który realizował gry opisane w art. 2 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a gracz miał możliwość uzyskania wygranej pieniężnej, w okresie od drugiej połowy 2011 r. do dnia 07.09.2011 r. w O. w lokalu C. P.,

12. automacie o numerze identyfikacyjnym (...), który realizował gry opisane w art. 2 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a gracz miał możliwość uzyskania wygranej pieniężnej, w okresie od drugiej połowy 2011 r. do dnia 07.09.2011 r. w lokalu C. B.,

13. automacie H. IV o numerze identyfikacyjnym (...), który realizował gry opisane w art. 2 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a gracz miał możliwość uzyskania wygranej, pieniężnej w okresie od drugiej połowy 2011 r. do dnia 27.09.2011 r. w lokalu N.,

14. H. IV o numerze identyfikacyjnym (...), który realizował gry opisane w art. 2 ust. 3 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, a gracz miał możliwość uzyskania wygranej pieniężnej, w okresie od drugiej połowy 2011 r. do dnia 27.09.2011 r. w lokalu N.,

tj. o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

Wyrokiem z dnia 16 grudnia 2019 r. Sąd Rejonowy w O., sygn. akt II K (...):

I. uznał oskarżoną B.B. za winną popełnienia zarzucanych jej czynów, opisanych w pkt I i II części wstępnej wyroku, z tym że przyjął ponadto, iż czyny te zostały popełnione w warunkach ciągu przestępstw z art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s. oraz, że czynów tych oskarżona dopuściła się w celu osiągnięcia korzyści majątkowej z organizowania zbiorowego uczestnictwa w grach na automatach o niskich wygranych oraz przyjął kwalifikację prawną z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 107 § 3

k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. i art. 9 § 3 k.k.s., przy zast. art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s., tj. przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 107 § 3 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. i art. 9 § 3 k.k.s. przy zast. art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s. i za to na podstawie art. 107 § 3 k.k.s. przy zast. art. 37 § 4 k.k.s. w zw. z art. 38 § 1 pkt 3 k.k.s. wymierzył karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności, a także karę grzywny w wymiarze 200 (dwustu) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 150 (stu pięćdziesięciu) złotych,

II. na podstawie art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 k.k. wykonanie orzeczonej wobec oskarżonej B. B. kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby 2 (dwóch) lat,

III. na podstawie art. 33 § 1 k.k.s. orzekł wobec oskarżonej B.B. ściągnięcie równowartości korzyści majątkowej, w kwocie 289.274,00 zł,

IV. na podstawie art. 34 § 1, 2 i 4 k.k.s. orzekł wobec oskarżonej M. B. środek karny w postaci zakazu prowadzenia działalności gospodarczej związanej z urządzaniem i prowadzeniem gier hazardowych na okres 2 (dwóch) lat,

V. na podstawie art. 24 § 1, 2 k.k.s. za karę grzywny orzeczoną wobec oskarżonej B.B. oraz równowartość korzyści majątkowej w kwocie 289.274,00 zł, uczynił w całości odpowiedzialną posiłkowo Sp. z o.o. G. z/s w W.

Apelację od tego orzeczenia wniósł obrońca B. B. i zaskarżając je w całości, na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k., art. 438 pkt 1, 2 i 4 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa procesowego w postaci art. 399 § 2 k.p.k. w zw. 175 § 1 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. mających wpływ na treść zaskarżonego wyroku poprzez zaniechanie zarządzenia przerwy w rozprawie celem umożliwienia oskarżonej B. B. przygotowania się do obrony, tj. do złożenia wyjaśnień uzupełniających i ewentualnych wniosków dowodowych, w sytuacji w której oskarżona z uwagi na stan zdrowia, dysponując zaświadczeniem od lekarza sądowego nie mogła stawić się na rozprawach w dniach 28.11.2019 r. oraz 16.12.2019 r., co w konsekwencji uniemożliwiło oskarżonej realizację prawa do obrony;

2. obrazę przepisów prawa procesowego w postaci art. 424 § 1 pkt. 1) i 2) k.p.k., mających wpływ na treść zaskarżonego wyroku poprzez zaniechanie

należytego uzasadnienia wyroku, które wskazywałoby na podstawy prawne i faktyczne sprawstwa i winy oskarżonej B. B., przez co nie może być ono poddane kontroli instancyjnej z uwagi na jego lakoniczność;

3. obrazę przepisów prawa procesowego w postaci art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a polegającą na tym, iż w opisie czynu zawartym w akcie oskarżenia nie wskazano w ogóle znamion czynu z art. 107 § 3 k.p.k., a w opisie czynu przypisanego oskarżonej w sentencji wyroku Sądu I instancji nie wskazano wszystkich ustawowych znamion zarzucanego jej przestępstwa określonego w art. 107 § 3 k.k.s. poprzez brak dokładnego opisu czynu przypisanego oskarżonej w zakresie ustalenia przedmiotu i strony przedmiotowej przestępstwa, tj. wskazania, jakie gry zainstalowane na automacie wskazanym w treści wyroku stanowiły gry hazardowe w rozumieniu ustawy, albowiem wstawienie samego automatu do gier nie stanowi znamienia czynu zabronionego, a przypisanie odpowiedzialności karnej może nastąpić wyłącznie w przypadku urządzania określonych gier, nadto nie wskazano jakim osobom nieposiadającym świadectwa zawodowego oskarżona powierzała dokonywanie wypłat z automatów do gier;

4. obrazę przepisów prawa procesowego w postaci art. 424 § 1 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., 5 § 1 k.p.k. i 7 k.p.k., mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, polegającą na braku wskazania w uzasadnieniu kompleksowej oceny zebranego materiału dowodowego i niedostatecznym uzasadnieniu stanowiska Sądu oraz na złamaniu zasady domniemania niewinności oraz zasady obiektywizmu nakazującej uwzględnianie okoliczności także na korzyść oskarżonego, a także zasady swobodnej oceny dowodów, a w szczególności poprzez:

- dowolną ocenę i pominięcie okoliczności pozostawiania przez oskarżoną w błędzie co do stanu prawnego z uwagi na rozbieżną wykładnię przepisów technicznych ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, a także poprzez czynienie nieuzasadnionych domniemań faktycznych w zakresie motywacji oskarżonej oraz uznaniu za udowodniony zamiar oskarżonej,

- dowolną ocenę i przypisanie oskarżonej B. B. zamiaru kierunkowego działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej z organizowania zbiorowego

uczestnictwa w grze, przy czym Sąd nie poczynił żadnych ustaleń co do tego, jakie zachowania oskarżonej zmierzały do organizowania zbiorowego uczestniczenia w grze automatach oraz na czym to zbiorowe uczestniczenie w grze miało polegać w okolicznościach sprawy,

- dowolną ocenę i ustalenie, że oskarżona B. B. powierzyła pracownikom bez świadectw zawodowych czynności wypłacania wygranych z klucza, w sytuacji w której część z pracowników posiadała stosowne świadectwa i dokonywała tych czynności zgodnie z prawem,

- dowolną ocenę i ustalenie, że automaty do gier znajdujące się w dyspozycji G. Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu nie zostały poddane badaniom upoważnionej jednostki badającej po wymianie i aktualizacji oprogramowania, podczas gdy prawidłowa analiza materiału dowodowego znajdującego się w aktach sprawy prowadzi do wniosków przeciwnych,

- dowolną ocenę i ustalenie, że oskarżona B. B. urządziła i prowadziła gry na automatach do gier znajdujących się w dyspozycji G. Sp. z o.o. z siedzibą w W., wiedząc, że automaty te nie są automatami o niskich wygranych,

- dowolną ocenę i ustalenie, że oskarżona zajmowała się faktycznie sprawami gospodarczymi I. Sp. z o.o. z siedzibą w O., co dało podstawę do przypisania jej odpowiedzialności za urządzenie i prowadzenie gier na automatach należących do tej spółki, w sytuacji, w której oskarżona nie była uprawniona do reprezentacji spółki, a tym samym podejmowania decyzji w jej imieniu,

- ustalenie stanu faktycznego na podstawie zeznań świadka Ł. F., w sytuacji w której świadek ten został zwolniony przez oskarżoną B. B. z pracy, i pozostawał z nią w konflikcie, nadto nie posiadał on istotnej wiedzy, przez co jego zeznania nie są wiarygodne;

5. przy czym powyższe naruszenia przepisów postępowania doprowadziły do błędnych ustaleń faktycznych polegających na wadliwym i dowolnym, niepopartym jakimikolwiek dowodami ustaleniu, iż oskarżona działała umyślnie z zamiarem kierunkowym organizowania gier hazardowych w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, pomimo że istnieją przesłanki do twierdzenia, że działała ona w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiących

znamiona przypisanego jej czynu, a nadto żaden dowód nie wskazuje, by w grze na wskazanym automatach mieli uczestniczyć gracze w sposób zbiorowy;

6. obrazę przepisów prawa procesowego, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia tj. art. 170 § 1 k.p.k. w zw. z art. 200 § 3 k.p.k. i art. 6 k.p.k. poprzez:

- zaniechanie wezwania biegłych sądowych R. R. oraz A.C. na rozprawę celem ich przesłuchania na okoliczność wydanych opinii, które w ocenie obrony są niepełne i niejasne, czego konsekwencję stanowiło naruszenie prawa oskarżonej do obrony;

7. obrazę przepisów prawa procesowego, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, tj. art. 170 § 1 k.p.k. w zw. z art. 177 § 1 k.p.k. i art. 6 k.p.k. poprzez:

- oddalenie wniosku dowodowego obrońcy B. B. o przesłuchanie w charakterze świadków A. S. oraz M. B., czego konsekwencję stanowiło naruszenie prawa oskarżonej do obrony;

8. obrazę przepisów prawa procesowego, która miała wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, tj. art. 392 § 1 k.p.k. poprzez zaniechanie wezwania i bezpośredniego przesłuchania świadków wskazanych w akcie oskarżenia, i poprzestanie jedynie na ujawnieniu treści ich zeznań, w sytuacji sprzeciwu wyrażonego przez obrońcę B. B. co do ograniczenia postępowania dowodowego w tym zakresie;

9. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s. poprzez jego wadliwą wykładnię i przyjęcie w ustalonym stanie faktycznym, że oskarżona wypełniła znamiona tego czynu, w sytuacji, w której oskarżona wykonywała swoje obowiązki z należytą starannością, mając przekonanie, iż prowadzi działalność gospodarczą w sposób legalny;

10. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 6 § 2 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że oskarżona działała w warunkach ciągu przestępstw, w sytuacji, w której oskarżona spełniła warunki, aby uznać, że jej zachowania stanowiły jedno przestępstwo;

11. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s. w zw. z art. 38 § 1 pkt 3 k.k.s. poprzez błędne zastosowanie i uznanie, że oskarżona

działała w warunkach ciągu przestępstw, w sytuacji, w której oskarżona spełniła warunki, aby uznać, że jej zachowanie stanowiło jedno przestępstwo, w konsekwencji czego Sąd zastosował wobec oskarżonej nadzwyczajne obostrzenie kary;

12. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 33 § 1 k.k.s. poprzez błędne zastosowanie i orzeczenie wobec oskarżonej równowartości korzyści majątkowej, w sytuacji, w której oskarżona nie osiągnęła korzyści majątkowej z popełnienia przestępstwa ani nawet nie działała w celu osiągnięcia korzyści majątkowej;

13. rażącą niewspółmierność kary grzywny i kary pozbawienia wolności przy zastosowaniu wadliwych kryteriów jej wymiaru, z pominięciem uwzględnienia sytuacji finansowej i rodzinnej oskarżonej oraz okoliczności podmiotowych oraz przedmiotowych czynu.

W konkluzji autor środka odwoławczego wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uniewinnienie oskarżonej od popełnienia zarzucanego mu czynu;

ewentualnie:

- uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji;

ewentualnie:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonej łagodniejszej kary.

Wyrokiem z dnia 26 października 2020 r. Sąd Okręgowy w O., sygn. akt VII Ka (...), zaskarżony wyrok wobec oskarżonej B. B. utrzymał w mocy.

Kasację od tego orzeczenia wniósł obrońca skazanej, który zaskarżając je w całości, zarzucił obrazę przepisów postępowania, tj. art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. poprzez rozpoznanie sprawy podczas nieobecności oskarżonej, której obecność była obowiązkowa, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą.

Niezależnie od istnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej, zaskarżone orzeczenie – zdaniem obrońcy - jest dotknięte również poniżej wskazanymi uchybieniami, w związku z tym na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1) rażąco obrazę przepisów postępowania, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. polegającą na rozpoznaniu apelacji oskarżonej bez wnikliwego rozważenia wszystkich wniosków i zarzutów w niej wskazanych, a także poprzez zaniechanie należytego uzasadnienia wyroku, które wskazywałoby na to, czym kierował się Sąd II instancji utrzymując w mocy zaskarżony apelacją wyrok, nadto bez należytego wskazania, dlaczego zarzuty i wnioski apelacji Sąd uznał za niezasadne, a przede wszystkim utrzymanie zaskarżonego wyroku w mocy, w sytuacji gdy doszło do rażącej obrazę przepisów postępowania, mającej wpływ na treść wyroku, tj. naruszenia:

a) art. 6 k.p.k. w zw. z art. 117 § 1 - 2 k.p.k. mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, poprzez nieprawidłowe zawiadomienie oskarżonej o rozprawie w dniu 16.12.2019 r. oraz kierowanie wszelkiej korespondencji w sprawie na błędny adres oskarżonej, pomimo podania właściwego adresu przez oskarżoną na rozprawie w dniu 28.03.2019 r., przez co prawo oskarżonej do obrony zostało rażąco naruszone;

b) art. 6 k.p.k. w zw. z art. 16 k.p.k., oraz w zw. z art. 378a § 4 - 5 i 7 k.p.k. poprzez nieskuteczne pouczenie oskarżonej o możliwości złożenia wniosku o uzupełniające przeprowadzenie dowodu przeprowadzonego podczas jej nieobecności oraz o treści przepisów art. 378a § 4 i 5 k.p.k., a także umożliwienia jej wypowiedzenie się co do tej kwestii, przez co prawo oskarżonej do obrony zostało rażąco naruszone;

c) art. 6 k.p.k. w zw. z art. 392 § 1 k.p.k. mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, poprzez uznanie za ujawnione bez odczytania zeznań nieobecnych świadków, pomimo sprzeciwu wszystkich obrońców oskarżonych, w tym obrońcy oskarżonej B. B., przez co prawo oskarżonej do obrony zostało rażąco naruszone;

d) art. 6 k.p.k. w zw. z art. 404 k.p.k. mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, poprzez oddalenie wniosku obrońcy oskarżonej o odroczenie rozprawy wyznaczonej na dzień 28.11.2019 r. z uwagi na niemożność stawiennictwa na rozprawie oskarżonej spowodowanej wcześniej zaplanowaną operacją onkologiczną i hospitalizacją, co zostało potwierdzone dokumentacją medyczną, a przede wszystkim zaświadczeniem wystawionym przez lekarza

sądowego, pomimo sygnalizowania na każdym etapie sprawy przez oskarżoną, iż wyraża ona wolę czynnego i osobistego uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności w czynności przesłuchania świadków, w sytuacji gdy:

- Sąd po rozpoznaniu wniosku o zarządzenie przerwy obrońcy innego oskarżonego – G. B., z powodu hospitalizacji oskarżonego, zarządził przerwę, a następnie z uwagi na dalszą jego hospitalizację rozprawę z dnia 10.06.2019 r. odroczył, co wskazuje na nierówne traktowanie stron postępowania przez Sąd I instancji i rażące naruszenie prawa do obrony oskarżonej;

- 2. rażącą niewspółmierność kary polegającą na utrzymaniu w mocy wyroku Sądu I instancji wymierzającym oskarżonej karę pozbawienia wolności, w sytuacji gdy z okoliczności podnoszonych w apelacji wynika, że kara ta była nieadekwatna i niewspółmierna.

W związku z podniesionymi zarzutami, wnioskował o:

- 1. uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w O., VII Wydział Karny - Odwoławczy z dnia 26 października 2020 r., sygn. akt VII Ka (...) i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania;

- 2. uwzględnienie kasacji na posiedzeniu bez udziału stron z uwagi na jej oczywistą zasadność;

- 3. wstrzymanie wykonania zaskarżonego orzeczenia;

- 4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

- listy płac oskarżonej, na okoliczność: dochodów osiągniętych przez oskarżoną, jej sytuacji finansowej i osobistej, niemożności wniesienia opłaty od kasacji bez uszczerbku dla siebie i swojej rodziny;

- 5. zwolnienie oskarżonej od opłaty od kasacji.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator wnioskował o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Wniesiona kasacja jest bezzasadna w stopniu oczywistym, przy czym w części w jakiej zarzuca naruszenie prawa niestanowiącego uchybienia wymienionego w art. 439 k.p.k. - niedopuszczalna.

B. B. wymierzono karę pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono oraz karę grzywny. Zgodnie z art. 523 § 2 k.p.k. kasację na korzyść

można wnieść jedynie w razie skazania oskarżonego za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Ograniczenie to nie dotyczy jedynie kasacji wniesionej z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. Nie oznacza to jednak, że do kasacji spełniającej wymaganie określone w art. 523 § 4 pkt 1 k.p.k. można dołączyć także inne zarzuty. W tej bowiem części nie będzie to kasacja wniesiona z powodów wymienionych w art. 439 k.p.k., lecz odwołująca się do innych uchybień, które w takiej sytuacji procesowej nigdy z mocy przepisów ustawy, nie mogą być podstawą kasacji, a tym samym podlegać kontroli kasacyjnej (zob. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 5 grudnia 2006 r., II KK 138/16, R-OSNKW 2006, poz. 2347; z dnia 24 stycznia 2008 r., II KK 271/07, LEX nr 371769; z dnia 13 października 2010 r., IV KK 214/10, R-OSNKW 2010, poz. 1927). Z tych względów niniejsze uzasadnienie musiało być ograniczone wyłącznie do tej części kasacji, w której jej autor wskazuje na wystąpienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej.

Natomiast zarzut taki, sformułowany w pkt 1. kasacji, nie zasługiwał na uwzględnienie. Analiza akt sprawy wprawdzie wykazała, że korespondencja kierowana do B. B. nie zawsze była właściwie adresowana. Dotyczyło to między innymi pisma zawierającego zawiadomienie skazanej o terminie rozprawy wyznaczonej na dzień 16 grudnia 2019 r. Rzecz jednak w tym, iż B. B. musiała posiadać informację o tym terminie rozprawy, skoro w dniu 15 grudnia 2019 r. stawiała się na badanie lekarskie, celem uzyskania zaświadczenia usprawiedliwiającego jej nieobecność na tej rozprawie (k. 3474). Zgodnie zaś z art. 374 § 1 k.p.k. oskarżony ma prawo, a nie obowiązek udziału w rozprawie. Jak słusznie też zaznaczył prokurator w pisemnej odpowiedzi na kasację, rozpoznanie sprawy pod nieobecność oskarżonego stanowi obecnie względną przyczynę odwoławczą z art. 438 pkt 2 k.p.k. dotyczącą naruszenia art. 117 § 1 i 2 k.p.k. co do zawiadamiania o czasie i miejscu rozprawy (art. 117 § 1 k.p.k.) i nieprzeprowadzania rozprawy pod nieobecność oskarżonego w warunkach określonych w art. 117 § 2 k.p.k., które w konsekwencji prowadzi do pozbawienia go prawa do udziału w rozprawie głównej (art. 374 § 1 k.p.k.). Zgodzić się także trzeba z twierdzeniem, że to uchybienie procesowe dla skuteczności zarzutu odwoławczego wymaga również wykazania możliwego wpływu na treść orzeczenia.

W postępowaniu kasacyjnym, co do tego rodzaju zarzutu, jeżeli w ogóle podlegałby on rozpoznaniu, niezbędne jest wykazanie, że uchybienie procesowe, inne niż wymienione w art. 439 k.p.k., miało charakter rażącego naruszenia prawa i jako takie mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Tego jednak autor kasacji nie uczynił.

Ponadto w myśl art. 377 § 3 k.p.k. jeżeli oskarżony, którego obecność na rozprawie lub posiedzeniu jest obowiązkowa, zawiadomiony o nich osobiście nie stawia się na rozprawę lub posiedzenie bez usprawiedliwienia, sąd może prowadzić postępowanie bez jego udziału. Nie ma zatem znaczenia w jaki sposób oskarżony pozyskał wiadomość o terminie rozprawy, byleby nastąpiło to stosownie do powołanego przepisu „osobiście”. Tak też stało się w rozpoznawanej sprawie. Chociaż bowiem korespondencja nie została właściwie adresowana, to i tak B. B. wiedziała, że rozprawa w jej sprawie zostanie przeprowadzona w dniu 16 grudnia 2019 r. Dlatego też nie można uznać, że doszło do uchybienia wskazanego w omawianym zarzucie nadzwyczajnego środka zaskarżenia.

Z przytoczonych więc powodów Sąd Najwyższy orzekł jak na wstępie.

Na marginesie należy także wspomnieć, że nie można podzielić stanowiska, jakoby w rozpoznawanej sprawie doszło do zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k., na co wskazywał drugi z obrońców w piśmie z dnia 26 kwietnia 2021 r., które zostało doręczone sędziemu sprawozdawcy w dniu 6 maja 2021 r., a więc już po rozpoznaniu sprawy (k. 27 - 30 akt SN). Obrońcy temu wyraźnie bowiem umknęło, że wyrok Sądu Rejonowego w O. z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. akt II K (...) „Ks” (k. 2179), obejmował swoim zakresem czyny dotyczące innych automatów niż te, które odnoszą się do postępowania prawomocnie zakończonego wyrokiem Sądu Okręgowego w O. z dnia 26 października 2020 r., sygn. akt VII Ka (...). Poza tym w rozpoznawanej sprawie B. B. została skazana nie tylko za urządzenie gier, tak jak w wypadku sprawy objętej postępowaniem o sygn. II K (...) „Ks”, ale i prowadzenie gier hazardowych na automatach i to w celu osiągnięcia korzyści majątkowej z organizowania zbiorowego uczestnictwa w grach na automatach o niskich wygranych. Nie ma więc wątpliwości, że oba skazania dotyczą różnych czynów i nie ma tutaj do czynienia z „idem” (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17

maja 2017 r., IV KO 34/17; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2018 r., V KS 5/18).