

Sygn. akt **II AKa 174/12**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 października 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie, II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Olszewski (spr.)
Sędziowie:	SA Janusz Jaromin SA Piotr Brodniak
Protokolant:	sekr. sądowy Emilia Biegańska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Zdzisława Rynkiewicza

po rozpoznaniu w dniu 25 października 2012 r. sprawy

1) **R. B. (1)**,

2) **M. O. (1)**,

oskarżonych z art. 286 §1 k.k. w zb. z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw.  
z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

z powodu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 25 kwietnia 2012 r., sygn. akt III K 100/08

uchyla zaskarżony wyrok w stosunku do R. B. (1) i M. O. (1), i sprawę tych oskarżonych przekazuje Sądowi Okręgowemu w Szczecinie do ponownego rozpoznania.

**Sygn. akt II AKa 174/12**

## UZASADNIENIE

M. O. (1) i R. B. (1) zostali oskarżeni o to, że:

w dniu 7 października 2007 r. w S., działając czynem ciągłym, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu, po uprzednim wyłączeniu kamer monitoringu przez R. B. (1), dokonali ingerencji w mechanizm funkcjonowania automatu do gry w ruletkę automatyczną, skutkującą zakłóceniem w jej funkcjonowaniu jako błąd pokrywy koła od ruletki i mającą wpływ na losowość gry, uzyskując wygrane na czterech zajmowanych przez siebie stanowiskach w łącznej kwocie 468 940 zł, a następnie M. O. (1) zgłaszając się do kasy, wprowadził w błąd pracownika kasyna (...) co do losowości gry i rzetelności wygranej,

uzyskując wypłatę wygranej w kwocie 47340 zł, doprowadzając do niekorzystnego rozporządzenia mieniem (...) spółka z o.o. oraz usiłowali doprowadzić do niekorzystnego rozporządzenia mieniem ww. pokrzywdzonego poprzez żądanie M. O. (1) wypłaty pozostałej kwoty wygranej w wysokości 421.600 zł, lecz zamierzonego celu nie osiągnęli z uwagi na odmowę wypłaty wygranej przez pracownika kasyna oraz zatrzymanie przez policję, działając na szkodę (...) Spółka z o.o., w stosunku do mienia znacznej wartości,

**tj. o czyn z art. 286 § 1 kk w zb. z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk.**

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 kwietnia 2012 r., M. O. (1) i R. B. (1) uznano za winnych popełnienia zarzuconego im czynu i za ten

czyn, na podstawie art. 294 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk oraz art. 33 § 2 kk, wymierzono im kary po 1 (jednym) roku i 6 (sześć) miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywny w rozmiarze po 125 (sto dwadzieścia pięć) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na 50 (pięćdziesiąt) złotych.

Na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk oraz art. 70 § 1 pkt 1 kk wykonanie orzeczonych wobec oskarżonych kar pozbawienia wolności warunkowo zawieszono na okres 3 (trzech) lat próby.

Na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonych grzywien, zaliczono:

-M. O. (1) okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania od 7 października 2007 r. do 4 stycznia 2008 r.,

-R. B. (1) okres zatrzymania od 16 do 17 października 2007 r..

Nadto, na podstawie art. 230 § 2 i art. 232 a kpk:

1. nakazano wydać pokrzywdzonemu (...) Sp. z o. o. :

**a.** 269 (dwieście sześćdziesiąt dziewięć) banknotów o nominale 100 złotych

oraz 102 (sto dwa) banknoty o nominale 50 zł złotych, oraz 5 (pięć) pokwitowań, o numerach kolejnych od (...) do (...), opisanych w protokole przeszukania osoby z dnia 7.10.2007 r., k. 25-34, znajdujących się obecnie w depozycie (...) Oddział S.,

**b.** znajdujące się w aktach sprawy :płytkę CD-R P. M. (k.487), kasetę VHS P. (k.6-8), płytkę DVD V. (k. 381),

**c.** ruletkę wielostanowiskową o nr fabr. (...) - (...), dysk twardy W.(...) o nr (...), dysk twardy S. (...), nr (...),

**2.** nakazano wydać M. O. (1) drut metalowy o dł ok. 40 cm (k.214),

**3.** dowody rzeczowe w postaci: dwóch śladów biologicznych, śladów linii papilarnych oraz substancji koloru brunatnego nakazuje pozostawić w aktach sprawy (k.294), zaś ślad osmologiczny w konserwie zapachowej (k.210-213) zniszczyć.

Zasądzone także, od oskarżonych na rzecz oskarżyciela posiłkowego, po połowie, kwotę 2518,80 ,- złotych tytułem zwrotu kosztów ustanowienia pełnomocnika, a także po połowie obciążono M. O. (1) i R. B. (1) kosztami postępowania i wymierzono im po 1550 ,- złotych opłaty.

Powyższy wyrok zaskarżył obrońca obu oskarżonych. Wyrokowi zarzucił:

„**A.** obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a to:

- art. 4 KPK w zw. z art. 7 KPK w zw. z art. 5 § 2 KPK poprzez nieobiektywną i dowolną ocenę zebranego materiału dowodowego m.in. w części nakazującej przyjęcie, zgodnie ze wskazaniem art. 7 KPK i 5 § 2 KPK, że

przypisywane oskarżonym okoliczności faktyczne są na tyle wątpliwe, że nie można ich kategorycznie - wskutek zaistnienia nie dających się usunąć wątpliwości - przyporządkować zachowaniu tych oskarżonych, zwłaszcza, że: w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie ma żadnego bezpośredniego dowodu wskazującego na ingerowanie oskarżonych w działanie ruletki, obchodzenie reguł gry, w celu uzyskania dla siebie korzystnego wyniku

a ponadto

- art. 397 § 1, 3 i 4 KPK poprzez najpierw bezpodstawne odroczenie rozprawy i zakreszenie oskarżycielowi publicznemu terminu do przedstawienia dowodu z opinii biegłego, a następnie kilkukrotne przedłużenie Prokuratorowi zakreszonego terminu, i wreszcie nie rozstrzygnięcie na korzyść oskarżonych wątpliwości wynikających z niedostarczenia przez Rzecznika oskarżenia oczekiwanej opinii,

ponadto

art. 196 § 2 i 3 KPK poprzez dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego A. S. pomimo ujawnienia się przyczyn do jego wyłączenia oraz powodów osłabiających zaufanie co do bezstronności,

art. 196 § 2 i 3 KPK poprzez dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego K. P. pomimo ujawnienia się powodów osłabiających zaufanie co do jego wiedzy i bezstronności,

a w konsekwencji oparcie swych ustaleń przez Sąd Okręgowy na wadliwie przeprowadzonych dowodach z opinii biegłych, którzy powinni podlegać wyłączeniu,

nadto

**B.** będący następstwem powyższych uchybień - zarzut błędu w poczynionych przez Sąd ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę skarżonego orzeczenia, mający wpływ na jego treść, a polegający na przypisaniu oskarżonym zarówno sprawstwa jak i winy w zakresie zarzucanego im czynu.”

Mając powyższe na względzie, skarżący wniósł o „zmianę skarżonego wyroku oraz uniewinnienie M. O. (1) i R. B. (1) od zarzucanego i przypisanego im czynu.”

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja okazała się częściowo uzasadniona, choć niektóre zarzuty apelacyjne nie zasługiwały na uwzględnienie, a wniosek o zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonych od popełnienia przypisanego im przestępstwa – stanowczo przedwczesny.

Na wstępie Sąd Apelacyjny stwierdza, że nie będzie się odnosił do „wniosków, twierdzeń i zarzutów zgłoszonych w pismach procesowych, jak i do protokołów rozpraw”, jak tego oczekuje obrońca. Art. 427 § 2 k.p.k. jasno określa, co powinien zawierać środek odwoławczy, a art. 433 k.p.k. precyzuje obowiązki sądu odwoławczego.

W związku z tezą o naruszeniu prawa do obrony oskarżonych, poprzez niepowiadomienie obrońcy w terminie oględzin ruletki, przeprowadzonych w dniu 25 października 2007 r., ( zgłoszoną w uzasadnieniu apelacji, jak i pisemnym oświadczeniu M. O. (1) złożonym na rozprawie odwoławczej ), Sąd Apelacyjny zauważa, że w aktach sprawy brak jest oryginału pełnomocnictwa udzielonego adw. K. K. przez żonę M. O. (1), do wykonywania czynności obrońcy tego oskarżonego. Na karcie 255 akt jest jedynie faks takiego pełnomocnictwa, mającego zresztą bardzo ogólny charakter ( por. także notatką z k. 1681 akt ).

Oględziny przeprowadzone w dniu 25.10.2012 r. nie były ( w tamtym czasie ) czynnością niepowtarzalną. Obrońcy występujący na wstępnym etapie postępowania przygotowawczego nie wnosili również o informowanie ich i dopuszczenie do takich czynności. W tym zakresie, prokurator prowadzący sprawę, udzielił obszerniej, pisemnej informacji oskarżonemu M. O. (1) ( por. k. 352 – 353 akt ). Tak więc zarzut naruszenia prawa do obrony jest chybiony.

Na marginesie Sąd Apelacyjny zauważa, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z linią obrony przyjętą przez każdego z oskarżonych, może zachodzić kolizja ich interesów, a tym samym nie jest możliwe reprezentowanie obu oskarżonych przez tego samego obrońcę.

Sąd Odwoławczy, w działaniu sądu rozstrzygającego, nie dostrzega także obrazy art. 397 p 1,3 i 4 k.p.k.. Sąd Okręgowy prawidłowo skorzystał z uprawnienia wynikającego z tego przepisu, miał też prawo przedłużyć zakreślony termin. W zakresie, w jakim nakazano uzupełnienie postępowania dowodowego, i nie udało się tego uczynić – sąd pierwszej instancji winien postąpić zgodnie z art. 397 § 4 k.p.k.. To jednak nie oznaczało, że sąd z urzędu nie mógł przeprowadzić dowodu z opinii K. P..

Dzięki działaniom prokuratora udało się stwierdzić, że nie da się przeprowadzić oględzin ruletki, gdyż została ona źle zdemontowana ( a przez to uszkodzona ). Była jednak możliwość odczytania zapisów przebiegu gry na poszczególnych stanowiskach.

Sąd Okręgowy, realizując swoje uprawnienie ( ale i obowiązek ), wynikające z art. 167 k.p.k., słusznie dopuścił dowód z opinii biegłego K. P., przy czym zmienił tezę dowodową. A więc nie przeprowadzał takiego samego dowodu, poszukiwanie jakiego wcześniej zlecił prokuratorowi. Dlatego i ten zarzut obrońcy uznano za chybiony.

Opinie biegłych A. S., jak i K. P., podlegały ocenie sądu, jak każdy inny dowód. I takiej oceny Sąd Okręgowy dokonał.

Należy podkreślić, że rzeczywiście powiązanie zawodowe A. S. z poszkodowaną firmą mogło wpłynąć na ocenę jego obiektywizmu. Te wątpliwości pogłębiają się po analizie protokołu oględzin ruletki przeprowadzonych w dniu 25.10.2012 r., zeznań osób biorących udział w tej czynności, zeznań L. H. i opinii tego biegłego. Dotyczą one ustalenia, że na jednym z sensorów stwierdzono luz 4 – 5 mm. Z jednej strony, L. H. nie dostrzegł takiej usterki, nie została ona też opisana w cytowanym protokole oględzin ( vide k. 285 – 289 akt ), a jednocześnie rodzaj przeprowadzonego w trakcie oględzin eksperymentu ( por. k. 286 odw. akt ) sugeruje, że taki luz był.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy nie dołożył maksymalnej staranności przy przesłuchaniu osób biorących udział w tym eksperymencie, w celu ustalenia jego przebiegu. A to mogło mieć wpływ na ocenę, czy luz na sensorze, w dniu 7 października 2007 r., był czy też nie.

Jednocześnie podkreślić należy, że nawet ocena, choćby poprzez art. 5 § 2 k.p.k., iż takiego luzu nie było, i nie przesądza jeszcze o braku możliwości wpływu , nawet w nieustalony sposób, na losowość prowadzonej gry.

Nie ma podstaw do kwestionowania dokonanego przez A. S. odczytu przebiegu gry w dniu 7.10.2012 r. na jednym ze stanowisk ( zresztą obrońca i oskarżeni tego nie czynili ). W tym zakresie konieczna stała się także druga opinia – biegłego K. P.. W ocenie Sądu Apelacyjnego, zarzuty co do obiektywizmu tego biegłego nie znajdują żadnego potwierdzenia w aktach sprawy. Natomiast konieczne jest rozważenie czy ten biegły prawidłowo odczytał przebieg gier na pozostałych trzech stanowiskach. Wątpliwości rodzą się z powodu używania wyrażenia „błąd 255”. Takiego też sformułowania, w pisemnym uzasadnieniu, używa sąd rozstrzygający ( przykładowo: str. 12 uzasadnienia ). Słusznie zauważa skarżący, że nie ma czegoś takiego, jak „błąd 255”. Ruletka pokazywała cyfrę „255” w miejscu, gdzie wyświetlana była wygrywająca cyfra ( winnumber ), natomiast gdy gra była unieważniana z powodu błędu, oprócz tej cyfry ( 255 ), pod hasłem „błąd” ( error ) – ukazywała się cyfra „1”. Tak przynajmniej wynika z odczytu jednego stanowiska dokonanego przez biegłego A. S. ( por. k. 526 – 540 akt ).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, z opinii K. P. nie wynika wprost czy taki sam błąd nr 1 występował na pozostałych stanowiskach, na których udało się odczytać przebieg gry w krytycznym okresie. Zaś brak tego ustalenia ( i jego oceny ) czyniło przedwczesne uznanie oskarżonych za sprawców przypisanego im przestępstwa.

Wreszcie, rację ma skarżący ( i oskarżony M. O. (1) ), że jednoznacznie nie ustalono czy błąd nr 1 ( error 1 ) należy wiązać z podnoszeniem kopuły, czy też z inną ingerencją w działanie urządzenia.

Brak wyżej przytoczonych ustaleń i ocen spowodował, mimo widocznego zaangażowania sądu rozstrzygającego w wyjaśnienie sprawy, konieczność uchylecia zaskarżonego wyroku.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy należy przeprowadzić postępowanie dowodowe w niezbędnym zakresie, w szczególności przy uwzględnieniu przytoczonych uwag.

Sąd winien dążyć do ustalenia czy w trakcie gry na ruletce w dniu 7.10.2007 r. pojawiał się tylko komunikat ( przy grach unieważnionych ) o błędzie „1” i czy można go powiązać z ewentualnym unoszeniem kopuły.

W przypadku braku możliwości jednoznacznych ustaleń w tym zakresie, bądź oceny dokonanej w oparciu o regułę art. 5 § 2 k.p.k., konieczna będzie też ocena, czy możliwe byłoby wygrywanie przez okres około 2,5 godziny, gdy jest unieważnianie po kilkadziesiąt gier na każdym stanowisku, gracze nie zgłaszają żadnych reklamacji i nie było **żadnej** przegranej gry ( poza początkiem, opisanym przez biegłego A. S. ), **bez możliwości niedozwolonej ingerencji w przebieg gry.**

Oczywiście, na wstępie, Sąd Okręgowy rozważy kwestię dopuszczalności obrony obu oskarżonych przez jednego obrońcę, jak i wyegzekwuje prawidłowe pełnomocnictwo do obrony.