

Sygn. akt VIII Ka 289/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 września 2014 roku

Sąd Okręgowy w Białymstoku VIII Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

**Przewodniczący:** SSO Krzysztof Kamiński

SSO Przemysław Wasilewski

SSO Grażyna Zawadzka – Lotko - spr

Protokolant Agnieszka Malewska

Przy udziale Prokuratora Bożeny Romańczuk

po rozpoznaniu w dniu 18 września 2014 roku sprawy:

**Z. B.** oskarżonego o czyny z art. 107 § 1 k.k.s.

**J. W.** oskarżonego o czyn z art. 107 § 1 k.k.s.

**K. K.** oskarżonego o czyn z art. 107 § 1 k.k.s.

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego K. K. oraz pełnomocnika interwenientów (...) Sp. z o.o. oraz (...) Sp.k.

od wyroku Sądu Rejonowego w Białymstoku z dnia 11 grudnia 2013 roku sygnatura akt VII K 376/13

***Uchyła zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Rejonowemu w Białymstoku do ponownego rozpoznania.***

## UZASADNIENIE

Z. B. został oskarżony o to, że:

**I.** w bliżej nieustalonym czasie jednak nie później niż do dnia kontroli t. 18.11.2011 r. w lokalu (...)przy ul. (...)B.wspólnie i w porozumieniu z J. W.oraz nieustaloną osobą ze spółki (...). K. urządził gry o charakterze losowym w celach komercyjnych o wygrane pieniężne na urządzeniach terminal (...) G. (...)oraz (...)@S.wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201 poz. 1540 z zm.) naruszając dyspozycję określoną w art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy o grach hazardowych, tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s.

**II.** w bliżej nieustalonym czasie jednak nie później niż do dnia kontroli tj. 18.11.2011 r. w lokalu (...)przy ul. (...)w B.wspólnie i w porozumieniu z K. K.urządził gry o charakterze losowym w celach komercyjnych na urządzeniu (...) nr (...)naruszając dyspozycję określoną w art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201 poz. 1540 z zm.), tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s.

**J. W.** został oskarżony o to, że:

**III.** w bliżej nieustalonym czasie jednak nie później niż do dnia kontroli tj.18.11.2011 r. w lokalu (...)przy ul. (...)w B.wspólnie i w porozumieniu ze Z. B.oraz nieustaloną osobą ze spółki (...). K. urządził gry o charakterze losowym

w celach komercyjnych o wygrane pieniężne na urządzenia terminal (...) G.(...)nr (...)oraz (...)@S.wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201 poz. 1540 z zm.) naruszając dyspozycję określoną w art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy o grach hazardowych. tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s.

**K. K.** został oskarżony o to, że:

**IV.** w bliżej nieustalonym czasie jednak nie później niż do dnia kontroli tj. 18.11.2011 r. w lokalu (...)przy ul. (...)w B.wspólnie i w porozumieniu ze Z. B.urządzał gry o charakterze losowym w celach komercyjnych na urządzeniu (...) nr (...)naruszając dyspozycję określoną w art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201 poz. 1540 z zm.) tj. o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s.

Sąd Rejonowy w Białymstoku wyrokiem z dnia 11 grudnia 2013 r w sprawie VII K 376/13;

I. Oskarżonych **Z. B., J. W. i K. K.** uznał za winnych popełnienia zarzucanego im czynu i za to:

- oskarżonego **Z. B.** za czyn opisany w pkt. I na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. skazał na karę 100 (stu) stawek dziennych przyjmując, iż wysokość jednej stawki jest równa kwocie 60 (sześćdziesięciu) złotych, zaś za czyn opisany w pkt. II na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. skazuje na karę 100 (stu) stawek dziennych przyjmując, iż wysokość jednej stawki jest równa kwocie 60 (sześćdziesięciu) złotych.

- oskarżonego **J. W.** za czyn opisany w pkt. III na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. skazał na karę 100 (stu) stawek dziennych przyjmując, iż wysokość jednej stawki jest równa kwocie 100 (stu) złotych.

- oskarżonego **K. K.** za czyn opisany w pkt. IV na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. skazał na karę 100 (stu) stawek dziennych przyjmując, iż wysokość jednej stawki jest równa kwocie 80 (osiemdziesięciu) złotych.

II. Na podstawie art. 39 § 1 k.k.s. wymierzył oskarżonemu **Z. B.** karę łączną 100 (stu) stawek dziennych grzywny przyjmując, iż wysokość jednej stawki jest równa kwocie 60 (sześćdziesięciu) złotych.

III. Na podstawie art. 29 pkt. 1 k.k.s. w zw. z art. 30 § 1 i 5 k.k.s. orzekł przepadek dowodów rzeczowych opisanych w wykazie dowodów rzeczowych nr 1 na karcie 490 akt pod pozycją 1- 7, 10 – 12 jako służących do popełnienia przestępstwa, zaś na podstawie art. 29 pkt. 2 k.k.s. w zw. z art. 30 § 1 i 5 k.k.s. orzekł przepadek dowodów rzeczowych opisanych w wykazie dowodów rzeczowych nr 1 na karcie 490 akt pod pozycją 8-9, 13 – 19 jako pochodzących z popełnionego przestępstwa

IV. Zasądził od oskarżonego **J. W.** na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1000 (jednego tysiąca) złotych tytułem opłaty, od oskarżonego **K. K.** kwotę 800 (ośmiuset) złotych tytułem opłaty i obciążył ich pozostałymi kosztami sadowymi w części im przypadającej, tj. w kwotach po 797,30 (siedemset dziewięćdziesiąt siedem 30/100) złotych, zaś oskarżonego **Z. B.** zwolnił od ponoszenia kosztów sądowych obciążając nimi Skarb Państwa.

Powyższy wyrok w imieniu oskarżonego K. K., zaskarżył w całości jego obrońca.

Zarzucił wyrokowi:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 107 k.ks. w zw. z art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy o grach hazardowych polegającą ich niewłaściwym zastosowaniu i przyjęciu, iż w polskim porządku prawnym dopuszczalne jest skazanie w oparciu o powołane powyżej przepisy w sytuacji, gdy przepisy ustawy o grach hazardowych ograniczające dopuszczalność urządzania gier na automatach wyłącznie do kasyn gry pozostają w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa Unii Europejskiej co do trybu ich uchwalenia i nie mogą stanowić podstawy do skazania,

2. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 10 kks., polegającą na przyjęciu, że zachowanie skazanego K. K. stanowiło przestępstwo skarbowe pomimo pozostawania w usprawiedliwionej nieświadomości karalności czynu zabronionego.

W oparciu o powyższe wniósł o uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu lub umorzenie postępowania w stosunku do K. K. w całości

Natomiast pełnomocnik interwenientów (...) z.o.o. i M. (...) na podstawie art. 444 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks zaskarżył powyższy wyrok - w części dotyczącej przestępstw skarbowych opisanych w pkt I i III części wstępnej wyroku, na korzyść interwenientów.

Wyrokowi temu na podstawie art. 438 pkt 3 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę, mający wpływ na treść tego wyroku poprzez przyjęcie popełnienia przez oskarżonych przestępstw skarbowych, polegający na przyjęciu przez Sąd I instancji, że oskarżeni Z. B. i J. W. urządzali gry automatach do gier, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy w tym zwłaszcza dane pochodzące z eksperymentu przeprowadzonego w dniu 18 listopada 2011 r przez funkcjonariuszy celnych oraz jednoznaczna treść opinii i z zeznań biegłego dr inż. A. C. wskazują jedynie na możliwość urządzania gier na automatach, zarazem zaś żaden inny dowód przeprowadzony w toku postępowania nic dal podstaw do przyjęcia urządzania takich gier, z czego wniosek, że możliwość urządzania gier jest zdarzeniem faktycznym różnym od samego ich urządzania, a jednocześnie nie jest to zachowanie wyczerpujące znamiona jakiegokolwiek przestępstwa skarbowego, w tym zarzucanego oskarżonym.

Na podstawie art. 437 § 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks pełnomocnik interwenientów wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonych Z. B. i J. W. od popełnienia przestępstw skarbowych z pkt I i III części wstępnej wyroku oraz poprzez zwrot na rzecz interwenientów wszystkich zatrzymanych do postępowania przedmiotów.

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

Apelacje okazały się skuteczne w zakresie w jakim pozwoliły na kontrolę orzeczenia i w konsekwencji jego uchylenie.

Sąd Okręgowy dokonując kontroli zaskarżonego wyroku w granicach jego zaskarżenia, dostrzegł z urzędu uchybienia, w tym takie, które nie mogły zostać konwalidowane w postępowaniu odwoławczym i które zdeterminowały konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, poza zarzutami wywiedzionymi w apelacjach.

Zdaniem Sądu Okręgowego postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie nie zostało przeprowadzone dostatecznie wnikliwie i nie zostały w należnym zakresie wyjaśnione wszystkie wątpliwości, co w konsekwencji mogło doprowadzić do błędnych ustaleń faktycznych.

W tym miejscu podkreślić należy, że nie jest celem niniejszych wywodów kompleksowa ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, m.in. z racji sposobu merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, a jedynie zwrócenie uwagi na uchybienia, które legły u podstaw uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Jednak rozważania przede wszystkim należy rozpocząć od wskazania, iż uzasadnienie zaskarżonego wyroku zostało sporządzone w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 424 k.p.k., co zasadniczo wpłynęło na treść orzeczenia Sądu II instancji. Zważyć bowiem należy, że jakkolwiek uzasadnienie powstaje już po wydaniu wyroku, stanowi jego integralną część i ma istotne merytoryczne znaczenie. Uzasadnienie przedstawia bowiem tok rozumowania Sądu poprzedzający wydanie orzeczenia i ma umożliwić jego kontrolę odwoławczą. Dlatego też powinno zawierać wyniki narady - wyłożone w sposób uporządkowany, z dokładnym wskazaniem, co Sąd uznał za udowodnione, jak ocenił poszczególne dowody i dlaczego oparł się na jednych dowodach, a odrzucił inne. Nie jest wystarczające, gdy uzasadnienie zawiera jedynie

streszczenie dowodów, zamiast przytoczyć dokonane ustalenia faktyczne i wskazać, na jakich dowodach zostały oparte (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 3 listopada 2010 roku, Lex nr 78340). Nadto uzasadnienie wyroku winno korespondować z ustaleniami Sądu zawartymi w jego części dyspozytywnej. Rozbieżności w tym zakresie mogą nasuwać wątpliwości, co do wnikliwości i rzetelności Sądu przy ocenie materiału dowodowego, a przede wszystkim, odnośnie tego, czy wnioski wysnute przez Sąd są logiczne i prawidłowe.

Analiza uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego, dokonana w świetle powyższych rozważań, doprowadziła Sąd Okręgowy do przekonania o konieczności uchylenia zaskarżonego orzeczenia. Lektura pisemnych motywów rozstrzygnięcia implikuje wniosek, iż Sąd I instancji, uznając oskarżonych za winnych popełnienia zarzuconych im czynów, odstąpił od poczynienia szeregu ustaleń - istotnych z punktu widzenia ich odpowiedzialności.

Nie sposób doszukać się w uzasadnieniu wyroku wyjaśnienia, na czym miało polegać porozumienie pomiędzy oskarżonymi Z. B. i J. W. oraz Z. B. i K. K., kiedy miało do niego dojść i w jakich okolicznościach, jakich czynności sprawczych mieli dokonywać w ramach owego porozumienia.

Nadto należy podkreślić, że wedle sentencji wyroku oskarżeni Z. B. i J. W. mieli działać wspólnie i w porozumieniu z jeszcze inną - nieustaloną osobą, co do której w uzasadnieniu wyroku brak choćby najmniejszej wzmianki.

Generalnie można stwierdzić, że kwestię współsprawstwa Sąd Rejonowy całkowicie pominął, co powoduje sprzeczność pomiędzy sentencją wyroku, a jego częścią motywacyjną.

Jednocześnie uzasadnienie wyroku nie zawiera żadnych rozważań na temat strony podmiotowej przypisanego wszystkim oskarżonym przestępstwa. Co przy tym istotne - przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. można popełnić umyślnie w obu postaciach zamiaru - bezpośrednim i ewentualnym (por. Kardas P., Łabuda G., Razowski T., Kodeks karny skarbowy. Komentarz, WKP 2012, Lex/wersja elektroniczna 2014). To zaś oznacza, że Sąd, uznając oskarżonych za winnych popełnienia zarzuconych im czynów, powinien wskazać, z jakim zamiarem działali - jeśli nie w opisie czynu, to z pewnością w części motywacyjnej orzeczenia. Tymczasem z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nic takiego nie wynika pomimo, że kwestia rodzaju zamiaru ma istotne znaczenie także przy wymiarze kary.

Jeśli zaś chodzi o stronę przedmiotową, to Sąd I instancji poczynił, co prawda, pewne ustalenia w tym zakresie - jednakże nie sposób uznać ich za wyczerpujące. Zważyć bowiem należy, że Sąd Rejonowy skupił swoją uwagę jedynie na kwestii „losowości” gry, określając dokładniej, iż spór dotyczy „losowych gier o charakterze komercyjnym” (str. 6 uzasadnienia), natomiast dla przyjęcia, że mamy do czynienia z urządzaniem gry na automatach, koniecznym jest spełnienie także innych warunków.

Sąd Rejonowy jak wynika to z treści zarzutów, uznał, iż zachowanie wszystkich oskarżonych stanowiło naruszenie art. 2 ust. 5 ustawy o grach hazardowych. W swoich rozważaniach skoncentrował się jedynie na ustaleniu losowości gier i możliwości uzyskiwania wygranych. Jednak zgodnie z art. 2 ust. 5 powołanej ustawy grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy, a gry są organizowane w celach komercyjnych. Wobec tego koniecznym było ustalenie, czy gry, które urządzać mieli oskarżeni, były organizowane w celach komercyjnych. I właśnie w tym zakresie Sąd Rejonowy nie poczynił żadnych ustaleń. Rozważał natomiast czy gra na automatach (...)i terminal (...) G(...)oraz (...)@S.dają możliwość uzyskania wygranej. Bez wątplenia jedno ze znamion dotyczące wygranej określone zostało w art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 10 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. 2009, Nr 201, poz. 1540), który stanowi, iż grami na automatach są gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości. Ale to nie ten przepis ustawy o grach hazardowych, jak to wynika z orzeczenia oraz uzasadnienia Sądu Rejonowego, wypełnił blankietowy charakter art. 107 § 1 k.k.s.

Wobec powyższego koniecznym jest ustalenie, czy gry, które urządzać mieli oskarżeni, dawały potencjalną możliwość wygranej. Jeśli nie - należały ustalić, czy gry te były organizowane w celach komercyjnych. W przypadku uznania, że z korzystaniem z gier losowych za pośrednictwem jednego z urządzeń znajdujących się w lokalu (...), nie wiązała

się wygrana, koniecznym jest zbadanie, czy oskarżeni umożliwiając swoim działaniem dostęp do hazardu nastawieni byli na osiągnięcie zysku. To zaś wymaga zbadania, czy ich zamiarem było **czерpanie dochodu** z organizowania gier hazardowych (za pośrednictwem Internetu), czy może taki cel przyświecał właścicielowi urządzeń, zaś intencje Z. B. były zgoła odmienne. Czyniąc tego rodzaju ustalenia koniecznym wydaje się sięgnięcie do umów, które wiązały oskarżonego Z. B. ze spółką (...). K i (...) Sp. z o.o oraz firmą (...) „usługi internetowe P.” dokonanie ich oceny, czego Sąd Rejonowy zaniechał.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku zabrakło również wnikliwej analizy, jak podnosił to skarżący pełnomocnik interwientów, na czym, wobec uznania oskarżonych za winnych zarzuconych im czynów, polegać miało urządzenie gier. W szczególności Sąd Rejonowy jeśli nie pominął, to z pewnością zbagatelizował okoliczność, iż z gier na urządzeniach terminal (...)G.(...)oraz (...)@S., na które wskazywał w swojej opinii biegły, można było korzystać jedynie przez Internet. Urządzenia te zabezpieczone w lokalu oskarżonego Z. B., nie dawały możliwości korzystania z gier bez podłączenia do Internetu. W takiej zaś sytuacji, jak podkreśla się w piśmiennictwie, istnieje niebezpieczeństwo łatwego przypisywania prowadzącym lokale oferujące dostęp do Internetu (np. kafejki internetowe) realizacji znamion przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. tylko z tego powodu, że klienci mogą - przy pomocy komputerów zainstalowanych w lokalach - uczestniczyć w grach hazardowych urządzanych przez Internet. W wielu sytuacjach nie jest wykluczone prawnokarne przypisanie nielegalnego urządzania gier właścicielowi komputera (czy też osobie, która umożliwia dostęp do cudzego urządzenia) - wyłącznie na zasadzie ryzyka - na tej podstawie, że skoro pozwala używać komuś swego komputera, musi liczyć się z tym, że weźmie on udział w grze hazardowej (por. Kardas P., Łabuda G., Razowski T., Kodeks karny skarbowy. Komentarz, WKP 2012, Lex/wersja elektroniczna 2014). Dlatego też, aby uniknąć tego rodzaju sytuacji w niniejszej sprawie, koniecznym było poczynienie szczegółowych rozważań, co do działania oskarżonych Z. B. oraz J. W., w szczególności zaś, co do zamiaru, jaki im towarzyszył, od czego Sąd Rejonowy odstąpił. Nie można, jak to uczynił Sąd Rejonowy, oprzeć tezy o winie Z. B. jedynie na tej podstawie, że (...) oraz (...) (...) znalazły się w lokalu za jego zgodą i dzięki niemu można było grać na tych urządzeniach. Koniecznym jest bowiem zbadanie, czy wynajmując powierzchnię lokalu pod te urządzenia i umożliwiając ich instalację, chciał umożliwić innym osobom dostęp do gier hazardowych przez Internet, ewentualnie, czy przewidywał taką możliwość i godził się na to. Ta sama uwaga dotyczy J. W.. To, że oskarżony jako jedyna osoba w spółce był odpowiedzialny za wszelkie zawierane umowy dotyczące terminali (...) nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że działał z takim zamiarem, który umożliwia przypisanie przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s.. Rozstrzygając o odpowiedzialności oskarżonych nie można było pomijać, że właścicielem urządzenia terminal (...) był J. W., jednakże (...)@S. i jego oprogramowanie nie należało do żadnego z oskarżonych, a spółka (...), która wdzierżawia urządzenia jest jedynie agentem (...) spółki (...) na rzecz której dokonuje zbierania środków z urządzeń P.@S. i przekazuje je do właściciela. Tymczasem, jak już wspomniano powyżej, w uzasadnieniu wyroku brak jest jakiegokolwiek oceny tychże umów, jak też wyjaśnienia, czy osoby działające w imieniu spółki mogły mieć związek z urządzaniem gier wbrew przepisom ustawy.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, iż uzasadnienie zaskarżonego wyroku, ze względu na jego ogólnikowość i stwierdzone w nim braki nie spełnia wymagań z art. 424 k.p.k.. To jednakże nie zwalniało Sądu Okręgowego od dokonania oceny trafności ustaleń Sądu I instancji w oparciu o całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie. Jak bowiem zaznaczył Sąd Apelacyjny w Lublinie, znaczenie uzasadnienia wyroku stanowiącego całość z dyspozytywną częścią orzeczenia, nie może poddawać w wątpliwość tezy, iż o trafności rozstrzygnięcia nie decyduje uzasadnienie, lecz materiał dowodowy stanowiący jego podstawę. Uzasadnienie w ramach kontroli odwoławczej stanowi jedynie punkt wyjścia do zbadania zasadności rozstrzygnięcia i jest oczywiste, że tak jak będąc formalnie nienaganne, nie może przesłaniać wad wyroku niezajdującego podstaw w materiale dowodowym, tak też wadliwe uzasadnienie nie może przesądzać niezbędności korekty dyspozytywnej części orzeczenia. Dlatego też niedoskonałość uzasadnienia wyroku, sama w sobie, nie wyłącza konieczności weryfikacji podstaw, na których Sąd oparł swe rozstrzygnięcie poprzez sięgnięcie do materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie. Dopiero tak przeprowadzona weryfikacja zaskarżonego orzeczenia może wskazać na potrzebę ingerencji w rozstrzygnięcie Sądu I instancji (por. wyrok z dnia 26 lutego 2004 roku w sprawie o sygn. akt II Aka 413/0, Lex nr 138573).

Weryfikując materiał dowodowy zgromadzony w sprawie Sąd Okręgowy doszedł do przekonania o jego niepełności, jak też, po części, o wadliwości wniosków wysnutych na jego podstawie.

Wydaje się kluczowe ustalenie, które Sąd Rejonowy całkowicie pominął, czy urządzenie (...)@S.może pracować samodzielnie i służyć tylko do rozmieniania pieniędzy, czy też pracuje tylko i wyłącznie w połączeniu z terminalem (...) G(...). Biegły A. C.opiniujący w tej sprawie, wskazał, iż nie sprawdzał takich możliwości urządzenia. Koniecznym jest także ustalenie kto dokonał instalacji tych urządzeń w lokalu oskarżonego B.. Oskarżony J. W.wyjaśniając wskazał, iż jest w stanie, na podstawie dokumentów znajdujących się w firmie, ustalić komu została zlecona instalacja terminala. Przesłuchanie tej osoby wydaje się niezbędne w celu ustalenia kto dokonał połączenia terminala z urządzeniem (...)@S.na czyje zlecenie i czemu to połączenie miało służyć.

Stąd też, jeśli stwierdzono na urządzeniach oprogramowanie umożliwiające hazard przez Internet, koniecznym jest ustalenie, kiedy zostało zainstalowane - czy przed wstawieniem urządzeń do lokalu oskarżonego, czy w czasie ich eksploatacji w lokalu oskarżonego były zabezpieczone przed instalacją oprogramowania przez przypadkowe osoby. W sytuacji, gdy urządzenie gier wbrew przepisom ustawy miałyby się sprowadzać do stwarzania warunków korzystania z takich gier przez Internet, przy pomocy stosownego oprogramowania, dla przyjęcia odpowiedzialności oskarżonych z art. 107 § 1 k.k.s. niezbędnym jest, mówiąc najogólniej, wykazanie, że owo oprogramowanie zostało przez nich w takim właśnie zamiarze zainstalowane (czy też w takim zamiarze zlecieli instalację innej osobie), ewentualnie, że nie mieli zamiaru pośredniczenia między dostarczającym gry z urządzenia nadawczego a potencjalnymi uczestnikami, jednakże mieli świadomość, że urządzenia są do tego przystosowane i godzili się na taki stan rzeczy.

Niewątpliwie dodatkowe ustalenia powinny być poczynione także w zakresie urządzenia (...)Przede wszystkim należy dokładnie ustalić od kiedy urządzenie znajduje się w lokalu, czy funkcjonowało jeszcze przed datą podpisania umowy dzierżawy, czy też dopiero po jej podpisaniu. Bowiem, jak wynika z akt, umowa dzierżawy została podpisana w dniu 14 listopada 2011r (k. 218), zaś w opinii biegłego A. C.znajdują się rejestry wpłat i wypłat z automatu zarejestrowane już 8 listopada 2011r (k. 239). Jednocześnie w automacie zostały zabezpieczone banknoty w ilości 1150 zł, a w opinii biegły wskazał, iż do automatu (...) zostało wpłacone 1400 zł. Należy więc ustalić, czy zapis wykonanych gier od dnia zawarcia umowy dzierżawy urządzenia do dnia kontroli odpowiada ilości zabezpieczonych pieniędzy, czy też występuje brak pewnej kwoty, która może świadczyć o tym, że rozliczono wygraną poza automatem.

Poza tym biegły w sporządzonej pisemnej opinii w ustaleniach wstępnych wskazał, iż urządzenie (...)zostało zmodyfikowane. Należy więc ustalić za czyją zgodą doszło do takiej modyfikacji, czy właściciel lokalu, w którym znajdowało się urządzenie mógł mieć wiedzę w tym zakresie, a przede wszystkim należy ustalić czy Z. B.mógł chociaż przypuszczać, iż urządzenie to – fabrycznie przystosowane do gry zręcznościowej, może być wykorzystywane do gier hazardowych. Także winna zostać wyjaśniona kwestia wypłaty z automatu (...) wygranych za pomocą „klucza” czy były one wykonywane, czy jest to jedynie zapis w pamięci urządzenia dokonania innej czynności wykonanej o takiej nazwie.

Sąd Rejonowy ponownie rozpoznający sprawę winien przeprowadzić postępowanie zgodne z regułami postępowania karnego, uwzględniając postawione wyżej uwagi, jak też uzupełnić je we wspomnianym wyżej zakresie, nie pomijając zasady prawdy materialnej wyrażonej w art. 2 § 2 k.p.k., która obliuguje do podjęcia maksymalnych starań i wszelkich dostępnych środków, by podstawę rozstrzygnięcia stanowiły prawdziwe ustalenia faktyczne. Zadaniem Sądu będzie ustalenie niebudzącego wątpliwości stanu faktycznego i dokonanie jego oceny w świetle ustawowych znamion przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s., co winno doprowadzić do wydania w niniejszej sprawie sprawiedliwego wyroku.

Z racji, iż stwierdzone powyżej uchybienia były wystarczające do wydania orzeczenia, Sąd Okręgowy pominął pozostałe z podnoszonych przez skarżących uchybień, uznając ich rozpoznanie za przedczesne (art. 436 k.p.k.). Celowym natomiast jest odniesienie się do stawianych w apelacji obrońcy oskarżonego K. K. zarzutów obrazy prawa materialnego, podważających możliwość stosowania przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Zdaniem Sądu Okręgowego zarzut ten należy uznać za chybiony, zaś stanowisko Sądu I instancji, iż brak jest podstaw do niestosowania wymienionego wyżej przepisu, nie budzi wątpliwości. Możliwość jego stosowania była już niejednokrotnie przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego. Postanowieniem z dnia 28 listopada 2013 roku

Sąd Najwyższy, w odpowiedzi na zagadnienie prawne przedstawione w trybie art. 441 § 1 k.p.k., stwierdził, iż „Naruszenie wynikającego z dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r. (Dz.U. L. 363, s. 81) obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Jeżeli w konkretnym postępowaniu sąd dochodzi do wniosku, że doszło do takiej wadliwości trybu ustawodawczego, może nie stosować tych przepisów tylko w ten sposób, że zawiesi prowadzone postępowanie, w którym miałyby one zostać zastosowane i skieruje stosowne pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego. Jednak do czasu zainicjowania tej kontroli lub podjęcia przez Trybunał Konstytucyjny stosownego rozstrzygnięcia brak jest podstaw do odmowy stosowania przepisów ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 154), w tym jej art. 6. ust 1 i art. 14 ust. 1.” (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2013 roku w sprawie I KZP 15/13, Lex nr 1393793). Tożsame stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 stycznia 2014 roku w sprawie o sygn. akt IV KK 183/13 (Lex nr 1409532), w którym wprost odnosił się do cytowanego wyżej postanowienia.

Uzasadniając powyższe orzeczenia Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, iż w wyroku z dnia 19 lipca 2012 roku, na który powołują się skarżący, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie wypowiedział się kategorycznie o charakterze przepisów ustawy o grach hazardowych, a stwierdził jedynie, iż „stanowią potencjalne przepisy techniczne”. Podkreślił przy tym, że ostateczne ustalenie charakteru przepisów ustawy z 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych należy do sądów krajowych, a nie Trybunału, który zajmuje się wykładnią prawa unijnego. Jednocześnie stwierdził, że nawet ewentualne przyjęcie, że przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych mają charakter przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 roku, nie oznacza, że sądy mogą odmówić stosowania tychże przepisów (jako regulacji, do których odsyła art. 107 § 1 k.k.s.). W ocenie Sądu Najwyższego naruszenie obowiązku notyfikacji, ustanowionego w powyższej dyrektywie, nie powoduje kolizji norm prawa wewnętrznego z regulacjami unijnymi, którą można by rozstrzygnąć w oparciu o reguły kolizyjne, a stanowi o wadliwości procesu stanowienia prawa. Natomiast przy naruszeniu trybu ustawodawczego, konstytucyjność przepisów, a co za tym idzie - możliwość ich stosowania - może być rozstrzygana jedynie przez Trybunał Konstytucyjny.

Każda ustawa korzysta bowiem z domniemania konstytucyjności, co oznacza, że uznawana jest ona za niewadliwą dopóki owo domniemanie nie zostanie skutecznie wzruszone, czy przełamane.

Podzielając powyższe zapatrywania, Sąd Okręgowy stwierdza, iż wbrew oczekiwaniom skarżących, przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych może być stosowany. Jak bowiem zaznaczył Sąd Najwyższy, konstytucyjny obowiązek poszanowania i przestrzegania ustaw ciąży na nich tak długo, dopóki ustawa ta nie utraci mocy obowiązującej.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji.