

*Sygn. akt. IV Ka 471/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 25 września 2014r.*

*Sąd Okręgowy we Wrocławiu Wydział IV Karny Odwoławczy w składzie:*

*Przewodniczący: SSO Joanna Żelazny*

*Sędziowie: SSO Krzysztof Głowacki (spr.)*

*(...) del do SO Piotr Wylegalski*

Protokolant: Jowita Sierańska

przy udziale Moniki Jakubowskiej przedstawiciela Urzędu (...) we W.

po rozpoznaniu w dniu 25 września 2014r.

sprawy **M. C.**

oskarżonego z art.107§1 k.k.s. w zw. z art.9§3 k.k.s.

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego dla Wrocławia - Śródmieścia

z dnia 3 lutego 2014 roku sygn. akt V K 1329/12

***uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Rejonowemu dla Wrocławia - Śródmieścia do ponownego rozpoznania.***

## UZASADNIENIE

Urząd (...) we W. oskarżył **M. C.** o to, że:

od połowy maja 2011 roku do 6 czerwca 2011 roku jako pełnomocnik firmy (...) sp. z o.o. z siedzibą w B. przy ul. (...), kod (...), w sklepie (...) we W. przy ul. (...), urządził gry na automacie do gry o nazwie H. (...) nr 8/o/ (...) z naruszeniem art.6 ust.1 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 roku (Dz. U. Nr 201, poz. 1540),

tj. o przestępstwo skarbowe z art.107§1 kks. w zw. z art.9§3 kks.

***Sąd Rejonowy dla Wrocławia – Śródmieścia wyrokiem z dnia 3 lutego 2014 r., sygn. akt V K 1329/12:***

I. uznał oskarżonego M. C. za winnego popełnienia czynu opisanego w części wstępnej wyroku, stanowiącego przestępstwo skarbowe z art.107§1 kks. w zw. z art.9§3 kks. i za to na podstawie art.107§1 kks. wymierzył mu karę grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 50 (pięćdziesięciu) złotych;

II. na podstawie art.24§1 kks. za karę grzywny wymierzoną M. C. w pkt I wyroku uczynił w całości odpowiedzialną posiłkowo (...) z siedzibą w B.;

III. na podstawie art.30§5 kks. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych wskazanych w pokwitowaniu Seria (...)nr (...);

IV. na podstawie art.627 kpk. w zw. z art.113§1 kks. oraz art.3 ust.1 w zw. z art.21 pkt 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w całości, w tym wymierzył 500 złotych opłaty.

***Apelację od wyroku wniósł obrońca oskarżonego i zaskarżając go w całości zarzucił:***

I. błąd w ustaleniach faktycznych, będący wynikiem mającej wpływ na treść orzeczenia niepełności postępowania dowodowego oraz dowolnej oceny zebranych dowodów, jak również obrazy przepisów postępowania, a to art.4 kpk., art.5§2 kpk., art.7 kpk. i 170§1 pkt.3 kpk. w zw. z art.424 kpk., przy czym błąd ten wyraża się w przyjęciu tezy, że zgromadzony materiał dowodowy pozostawia całkowitą pewność i pozwala jednoznacznie przyjąć, że w urządzeniu o nazwie H. (...) (...)o/ (...) zlokalizowanym w sklepie (...) (...)” przy ul. (...) we W. zainstalowane były gry o charakterze losowym oraz że oskarżony M. C. już w chwili zawierania z K. W. umowy użyczenia, tj. w maju 2011 r. miał wiedzę i świadomość na temat tego, jakie oprogramowanie, a przez to jaki rodzaj gier zainstalowany został w tym konkretnym urządzeniu, jak również, że gry te mają charakter losowy, podczas gdy w opozycji do tak postawionej tezy stoi brak sporządzenia opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność losowości zainstalowanych gier w urządzeniu o nazwie H. (...) (...)o/ (...), a powoływane jako dowód na świadomość oskarżonego akta Sądu Rejonowego dla Wrocławia - Śródmieścia V W 50/12 świadczą o tym, że oskarżony dopiero dnia 14 maja 2012 r. mógł mieć pierwsze, ewentualne wątpliwości, co do możliwego losowego charakteru innego urządzenia o nr 85, albowiem tego dnia wydana została dopiero opinia biegłego A. W.;

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, będący wynikiem mającej wpływ na treść orzeczenia niepełności postępowania dowodowego i dowolnej oceny zebranego materiału dowodowego oraz obrazy przepisów prawa procesowego, a to art.193 kpk. w zw. z art.7 kpk. w zw. z art.424 kpk., który to błąd wyraża się w przyjęciu tezy, że w urządzeniu o nazwie H. (...) nr 8/o/ (...) mamy z całą pewnością do czynienia z grami hazardowymi koncesjonowanymi przez przepisy ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. (Dz.U. nr 201, poz.1540), a to grami na automatach opisanymi w art.2 ust.5 powołanej ustawy, podczas gdy w sprawie nie występuje żaden dowód wskazujący na komercyjny cel gier realizowanych na tym konkretnym urządzeniu H. (...) nr 8/o/ (...), jak również na to, że na tym konkretnym urządzeniu zainstalowane były gry o losowym charakterze, co winno być ustalone w drodze specjalistycznej opinii biegłego z zakresu informatyki i oprogramowania komputerowego;

III. obrazy przepisów postępowania, a to art.7 kpk. w zw. z art.424 kpk. w zw. z art.5§2 kpk., polegającą na dowolnej i wadliwej ocenie zebranego materiału dowodowego oraz rozstrzygnięciu nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego przyjmując, że twierdzenia oskarżonego, który konsekwentnie nie przyznawał się do winy są niewiarygodne i nie znajdują potwierdzenia w zasadach logicznego rozumowania, jak i w zgromadzonym materiale dowodowym. Sąd I instancji nie wskazał jednocześnie, na jakich w tej mierze oparł się dowodach, przypisując oskarżonemu w sposób dowolny i pochopny działanie umyślne ze świadomością obejmującą wszystkie okoliczności faktyczne odpowiadające zespołowi ustawowych znamion zarzucanego czynu zabronionego;

IV. obrazy przepisów postępowania, a to art.7 kpk. w zw. z art.424 kpk. polegającą na dowolnej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym dowolnym przyjęciu, że oskarżony M. C., jako pełnomocnik firmy (...) Sp. z o.o., „urządził” gry na automacie do gry H. (...) (...)o/ (...) w sklepie (...) (...) przy ul. (...) we W., z naruszeniem art.6 ust.1 ustawy o grach hazardowych, podczas gdy oskarżony w dniu 6 maja 2011 r. nie był pełnomocnikiem podmiotu uprawnionego do uzyskania zezwolenia na urządzenie gry lub zakładu lub na prowadzenie działalności w zakresie gier i zakładów, a wcześniej ustalonego dla nich regulaminu, z określeniem w nim także wygranych, terminu i miejsca gry lub zakładu oraz praw i obowiązków ich uczestników, zapewnienia stosownych zabezpieczeń i spełnienia określonych warunków, od jakich ustawa uzależnia zorganizowanie (urządzenie) danej gry lub zakładu lub działalności w tym zakresie;

V. obrazy przepisów postępowania, a to art.7 kpk. w zw. z art.424 kpk. polegającą na dowolnej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym dowolnym przyjęciu w sentencji wyroku, że oskarżony M. C., w dniu 6 maja 2011 r. działał jako pełnomocnik firmy (...) Sp. z o.o., podczas gdy oskarżony w tym okresie pełnił funkcję Prezesa Zarządu Spółki, nigdy nie pełniąc funkcji pełnomocnika spółki.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego M. C. od zarzucanego mu czynu, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

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

Nie ustosunkowując się na etapie postępowania odwoławczego do kwestii winy oskarżonego, analiza akt rozpoznawanej sprawy prowadzi do wniosku, iż doszło w niej do naruszenia przepisu art.193§1 kpk. poprzez pominięcie dowodu z opinii biegłego w sytuacji, gdy stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy wymagało wiadomości specjalnych. Ograniczenie rozpoznania wniesionego przez obrońcę oskarżonego środka odwoławczego tylko do powyższego uchybienia jest wystarczające do wydania orzeczenia. Uchybienie to powoduje bowiem, że zaskarżone orzeczenie nie może się ostać, natomiast rozpoznanie pozostałych zarzutów byłoby przedwczesne.

Z przebiegu postępowania w niniejszej sprawie wynika, że funkcjonariusze Urzędu (...) we W. ujawnili w sklepie (...) Delikatesy (...) we W. przy ul. (...) automat do gier H. (...) – (...) (...). Automat ten należy do (...) sp. z o.o. z siedzibą w B., która to spółka nie posiada koncesji na prowadzenie działalności w zakresie urządzania gier na automatach.

Przeprowadzony przez funkcjonariuszy celnych eksperyment wykazał, że wynik gry na tym urządzeniu zawiera element losowości, nie zależy od umiejętności manualnych i zdolności psychomotorycznych indywidualnego grającego. Jednocześnie w barze ujawniono zeszyt z zapisami o wypłatach wygranych pieniężnych osobom grającym.

Przedstawione fakty stwarzały wystarczającą podstawę do powzięcia uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa z art.107§1 kks. Urząd (...) we W., kierując do sądu akt oskarżenia przeciwko M. C. poprzestał na wynikach zrealizowanego przez funkcjonariuszy celnych eksperymentu, mimo iż podejrzany nie przyznawał się do popełnienia zarzucanego mu czynu podnosząc w kierowanych do (...) pismach, że automat do gry nie jest automatem(...)ani o wysokich czy niskich wygranych.

Prowadzący postępowanie Sąd Rejonowy nie podszedł z należyłą dbałością do obowiązku wykazania cech gry na opisywanym automacie, stanowiących komponentę znamienia ustawowego czynu z art.107§1 kks.

Zrezygnował z przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki i oprogramowania komputerowego, mimo iż oskarżony konsekwentnie kwestionował swoje sprawstwo a obrońca oskarżonego o dopuszczenie takiego dowodu wnosił.

Sąd meriti na podstawie art.193 kpk. oddalił przedmiotowy wniosek uznając, że w niniejszej sprawie nie zachodziła potrzeba skorzystania z wiedzy specjalistycznej biegłego.

Rozumowanie Sądu meriti jest jednak wewnętrznie sprzeczne, bowiem dokonując ustaleń w sprawie odnośnie losowości zainstalowanych w zabezpieczonym urządzeniu gier Sąd ten oparł się na opinii biegłego A. W. z dnia 14 maja 2012 r. wydanej na potrzeby postępowania w sprawie V W 50/12. Tym samym uznał więc, że ustalenie istotnej okoliczności wymagało wiedzy specjalnej.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, iż podejmując decyzję o winie i sprawstwie oskarżonego Sąd Rejonowy posłużył się opinią biegłego złożoną w innej sprawie, która w żadnej mierze nie może przesądzać o losowym charakterze gier i samego urządzenia zabezpieczonego w niniejszej sprawie.

Na poparcie swojej tezy Sąd I instancji wskazał, że na badanym przez biegłego w sprawie V W 50/12 urządzeniu zainstalowany był pakiet oprogramowania H. (...) 3 PL V3.2-2 wskazujący, że automat ten jest automatem do gier o niskich wygranych.

Istotne jest jednak to, że w postępowaniu V W 50/12 badaniu podlegało urządzenie numer(...), a więc urządzenie inne niż zabezpieczone w toku niniejszego postępowania. Ponadto Sąd w ogóle nie ustalił, jakie oprogramowanie było zainstalowane na zabezpieczonym w niniejszej sprawie urządzeniu, a nie wynika to ani z protokołu kontroli ani z jakiegokolwiek innego dokumentu dotyczącego urządzenia. Tymczasem to właśnie oprogramowanie ma decydujące znaczenie dla uznania, czy prowadzone na automacie gry mają charakter losowy. Jednocześnie z oświadczeń oskarżonego wynika, że urządzenie było przez niego modyfikowane, przez co niewątpliwie posiada zindywidualizowany charakter.

Ustalając winę i sprawstwo oskarżonego Sąd winien był precyzyjnie ustalić powyższe okoliczności w odniesieniu do konkretnego urządzenia, zabezpieczonego w toku kontroli w dniu 8 czerwca 2011 r. i na tej podstawie formułować dopiero wnioski o przestępnym zachowaniu oskarżonego. Nie ulega przy tym wątpliwości, że jednoznaczne ustalenie rodzaju i charakteru gier zainstalowanych na urządzeniu zabezpieczonym w niniejszym postępowaniu, oraz czy gry te mają charakter losowy w rozumieniu art.2 ust.5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, wymaga wiadomości specjalnych i dopuszczenia w tym celu dowodu z opinii biegłego.

Poprzestanie przez Sąd meriti na ujawnieniu opinii biegłego złożonej w innej sprawie dotyczącej innego urządzenia nie jest wystarczające dla ustalenia sprawstwa i winy oskarżonego w niniejszej sprawie.

Powyższe okoliczności obligowały Sąd Okręgowy do uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji celem usunięcia zaistniałego uchybienia. Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd uzyska opinię biegłego obejmującą powyższe zagadnienie. Po uzyskaniu opinii spełniającej wymagania art.201 kpk. dokona ponownej oceny zgromadzonego w sprawie materiału zgodnie z regułami określonymi w art.7 kpk.