

Sygn. akt VI Ka 211/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 kwietnia 2017 r.

Sąd Okręgowy w Elblągu VI Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodnicząca:	SSO Natalia Burandt (spr.)
Sędziowie:	SSO Irena Linkiewicz SSO Piotr Żywicki
Protokolant	st.sekr.sądowy Kamila Obuchowicz

przy udziale pełnomocnika (...)Skarbowego w O. P. S.

po rozpoznaniu dnia 21 kwietnia 2017r., w E.

sprawy:

M. L., syna M. i D., ur. (...) w (...)

oskarżonego o czyn z art. 107 § 1 kks

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Iławie

z dnia 23 lutego 2015 r., sygn. akt II K 109/14

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Rejonowemu w Iławie do ponownego rozpoznania.

Sygn. akt VI Ka 211/15

## UZASADNIENIE

**M. L.** oskarżony został o to, że od nieustalonego dnia do dnia 2 lutego 2013 r. urządził i prowadził gry hazardowe na automatach do gier (...) b/n, (...) b/n, (...) b/n, w lokalu (...) w miejscowości (...)-(...) I., ul. (...), wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201 z 2009 r. poz. 1540 ze zmianami), tj. o czyn z art. 107 § 1 kks.

Sąd Rejonowy w Iławie wyrokiem z dnia 23 lutego 2015r. wydanym w sprawie o sygn. akt II K 109/14:

I. uznał oskarżonego M. L. w ramach zarzucanego mu czynu za winnego tego, że w bliżej nieustalonym czasie na przełomie lat 2012 i 2013, nie później niż 2 lutego 2013 roku w I. przy ul. (...), urządził gry hazardowe na automatach do gier (...), (...), (...) wbrew przepisowi art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, czyn ten zakwalifikował jako przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks, i za to na podstawie art. 107 § 1 kks wymierzył mu

karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz karę 120 (stu dwudziestu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość stawki na kwotę 60 (sześćdziesięciu) złotych,

II. na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk, art. 70 § 1 pkt 1 kk w zw. z art. 20 § 2 kks wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszono na okres 3 (trzech) lat próby,

III. na podstawie art. 30 § 5 kks orzekł przepadek dowodów rzeczowych w postaci automatów do gier (...) bez numeru fabrycznego, (...) bez numeru fabrycznego, (...) bez numeru fabrycznego oraz środków pieniężnych zabezpieczonych w wyżej wymienionych automatach - opisanych w postanowieniu w przedmiocie dowodów rzeczowych z dnia 26 lipca 2013 r. (karta 76-77 akt sprawy),

IV. zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w tym kwotę 1560 (jednego tysiąca pięciuset sześćdziesięciu) złotych tytułem opłaty.

Apelację od powyższego wyroku wniósł **obrońca oskarżonego M. L.** i zaskarżając go w całości, na podstawie art. 438 pkt 2 i 3 kpk zarzucił mu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych będących podstawą wydanego orzeczenia i mający wpływ na jego treść, polegający na niesłusznym uznaniu, że zebrany w sprawie materiał dowodowy, w oparciu o który został wniesiony do sądu akt oskarżenia o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. dowodowy zgromadzony na etapie postępowania sądowego był spójny, komplety i bezwzględnie wystarczający do wydania wyroku skazującego, podczas gdy analiza akt sprawy, a w szczególności, zeznania świadków: E. W., M. K., zgromadzonych w sprawie dokumentów w postaci umowy najmu wraz z wypowiedzeniem umowy, prowadzi do wniosku przeciwnego.

2. obrazę przepisów postępowania mającą istotny wpływ na treść orzeczenia poprzez naruszenie art. 366 § 1 k.p.k., który nakazuje przewodniczącemu kierowanie rozprawą i czuwanie nad jej prawidłowym przebiegiem bacząc, aby zostały wyjaśnione wszystkie istotne okoliczności sprawy. Tymczasem w przedmiotowej sprawie Sąd nie dopełnił spoczywającego na nim zgodnie z wyżej wymienionym artykułem kodeksu postępowania karnego obowiązku poprzez nie wyjaśnienie w sposób jednoznaczny okoliczności związanych z:

- zeznaniami świadka M. K., w zakresie wiedzy na temat osób zajmujących się rzeczywistą eksploatacją przedmiotowych automatów jak również sposobu oraz zakresu tej eksploatacji, uruchomienia czy też zaprowadzenia działalności hazardowej w lokalu, wynajęcia i przystosowania lokalu, zorganizowania samych urządzeń do gry, ustalenia zasad rozliczania przedsięwzięcia;

- przebiegu oraz prawidłowości czynności oględzin automatów zatrzymanych, przeprowadzonych przez funkcjonariuszy Urzędu Celnego w E., oraz procesu ich dokumentowania;

- wątpliwościami związanymi z bezstronnością rzetelnością oraz prawidłowością przeprowadzonych przez biegłego A. C. opinii sporządzonych na rzecz niniejszego postępowania,

co jest niezbędne dla prawidłowego rozpoznania niniejszej sprawy, a powinno być dokonane poprzez bezpośrednie przeprowadzenie przed Sądem I instancji dowodów w postaci:

- przesłuchanie w charakterze świadka M. K.

- przeprowadzenie konfrontacji pomiędzy oskarżonym M. L. a świadkiem M. K.,

- ewentualne dopuszczenie kolejnej opinii biegłego z zakresu automatów do gry, automatów o niskich wygranych (...).

3. obrazę przepisów postępowania mającą istotny wpływ na treść orzeczenia, poprzez naruszenie art. 2 § 2 k.p.k. przewidującego, że podstawę wszystkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne, tymczasem w niniejszym postępowaniu sąd wydał wyrok z pominięciem regulacji art. 2 § 2 k.p.k., albowiem nie wyczerpał on

wszystkich możliwych środków prowadzących do ustalenia prawdy materialnej w ten sposób, że nie przeprowadził on wymienionych w drugim zarzucie dowodów, które miały kluczowe znaczenie dla ustalenia okoliczności związanych z zarzuconym oskarżonemu czynem.

4. obrazę przepisów postępowania mającą istotny wpływ na treść orzeczenia, poprzez naruszenie art. 7 k.p.k. polegającego na przekroczeniu zasady swobodnej oceny dowodów i wydanie wyroku wbrew okolicznościom wynikającym jednoznacznie z treści zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, z naruszeniem zasad prawidłowego oraz logicznego rozumowania przejawiającego się w wyciąganiu wniosków nie znajdujących uzasadnienia w dowodach, oraz stawiania sprzecznych w stosunku do siebie tez oraz założeń, które przeczą podstawowym aspektom doświadczenia życiowego,

5. obrazę przepisów postępowania mającą istotny wpływ na treść orzeczenia, poprzez naruszenie art. 392 § 1 k.p.k. polegającego na zaniechaniu bezpośredniego przesłuchania świadka M. K., w sytuacji kiedy przesłuchanie wskazanego świadka w świetle okoliczności przedmiotowej sprawy uznać należało za niezbędne,

6. obrazę przepisów postępowania mającą istotny wpływ na treść orzeczenia, poprzez naruszenie art. 410 kp.k. w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 i 2 kp.k. poprzez brak wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, w oparciu o które dowody przyjęto za udowodnioną występującą po stronie oskarżonego świadomość naruszonych przez niego norm bazowych prawa hazardowego dopełniających znamiona czynu z art. 107 § 1 k.k.s. oraz w oparciu, o które dowody sąd ustalił, że oskarżony działała z zamiarem bezpośrednim lub zamiarem ewentualnym.

W konkluzji apelacji, obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

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

Apelacja wniesiona przez obrońcę oskarżonego M. L. jako zasadna co do istoty zasługiwała na uwzględnienie, przy czym z uwagi na rangę podniesionych w niej uchybień natury procesowej, których dopuścił się Sąd Rejonowy, rozpoznanie pozostałych zarzutów, sprowadzających się do kwestionowania poczynionej przez sąd meriti oceny wyjaśnień oskarżonego, zeznań świadków oraz analizy nieosobowego materiału dowodowego - byłoby przedwcześnie. Następstwem rozpoznania wywiedzionej apelacji stała się konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku w całości z jednoczesnym przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Wskazany przez skarżącego w wywiedzionym środku odwoławczym błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, stanowiący konsekwencję naruszenia przepisu prawa procesowego, jakiego dopuścił się Sąd Rejonowy, pozwala na stwierdzenie, że Sąd I instancji w sposób nieprawidłowy przeprowadził przewód sądowy, nie wyjaśnił wszystkich istotnych okoliczności sprawy, a w konsekwencji nie dokonał kompleksowej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Wyprowadzony przez Sąd I instancji wniosek co do winy oskarżonego w popełnieniu przypisanego mu czynu z art. 107 § 1 kks, należy uznać za przedwcześnie albowiem postępowanie przeprowadzone przez tenże sąd dotknięte jest istotnymi wadami natury procesowej, a tym samym nie sposób jednoznacznie wykluczyć – wskazywanej przez skarżącego - alternatywy, że gdyby nie doszło do wystąpienia stwierdzonego uchybienia, to ocena wszystkich dostępnych dowodów dokonana w sposób kompleksowy i prawidłowy byłaby zgoła odmienna.

W tym miejscu wypada poczynić ogólną uwagę tej treści, iż to do sądu należy sformułowanie rozstrzygnięcia w sprawie na podstawie zebranego materiału dowodowego, w oparciu o wiedzę i doświadczenie życiowe. Pomimo tego, że w sprawie prezentowane są całkowicie przeciwstawne wersje zdarzenia, a także zdarza się, iż zarówno w trakcie postępowania przygotowawczego jak i przed sądem uczestnicy często zeznają i wyjaśniają odmiennie, Sąd musi ustalić najbardziej prawdopodobny przebieg zdarzeń i swoją decyzję umotywować. Oczywiście jest więc polemika autora apelacji z argumentami przedstawionymi przez sąd w uzasadnieniu wyroku, lecz można ją zaakceptować jedynie wtedy, gdy skarżący na potwierdzenie swoich zarzutów przedstawił konkretne argumenty, a nie jedynie nie zgadza

się z wersją zdarzeń przyjętą przez Sąd. W ocenie sądu odwoławczego, autor skargi należycie wywiązał się ze swojego zadania.

Odnosząc się do konkretnych argumentów, przytoczonych na poparcie podniesionych w omawianej skardze apelacyjnej zarzutów, należy zgodzić się ze skarżącym, że Sąd I instancji przypisując oskarżonemu popełnienie czynu z art. 107 § 1 kks, nie wyjaśnił i nie ustosunkował się do wskazanych w środku odwoławczym okoliczności, które zdaniem jego autora, miały zasadnicze znaczenie dla końcowego rozstrzygnięcia.

W pierwszej kolejności, w pełni należy zaaprobować, zaprezentowaną przez obrońcę argumentację, przytoczoną na poparcie wyeksponowanego w skardze apelacyjnej zarzutu obrazu przepisu prawa procesowego - art. 391 § 1 kpk poprzez odstąpienie od zasady bezpośredniości i odczytanie zeznań M. K. złożonym przez tegoż świadka w postępowaniu przygotowawczym. W tym miejscu należy zaznaczyć, że podstawą prawną decyzji sądu meriti o odczytaniu zeznań M. K. był art. 391 § 1 kpk (niemożność doręczenia wezwania), jednakże błędne wskazanie w apelacji przepisu art. 392 § 1 kpk, którego naruszenia miał dopuścić się sąd orzekający, nie zwalnia sądu odwoławczego od rozpoznania istoty tego zarzutu. Analiza zakwestionowanego rozstrzygnięcia oraz decyzji procesowych podjętych przez sąd meriti, a utrwalonych w protokole odzwierciedlającym przebieg rozprawy, bezsprzecznie potwierdziła naruszenie przez Sąd Rejonowy powyższej normy postępowania.

Podstawowy zarzut apelacyjny wiąże się z bezzasadnym odstąpieniem przez Sąd I instancji od bezpośredniego przesłuchania na rozprawie świadka M. K. i poprzestaniem na odczytaniu jego zeznań złożonych na etapie postępowania przygotowawczego, przy braku ku temu podstaw, co w konsekwencji skutkowało dokonaniem w sprawie błędnych ustaleń faktycznych.

W tym miejscu należy wskazać na to, że zasada bezpośredniości jest jedną z naczelnych zasad procesowych w polskim procesie karnym. Wyjątki od tej zasady zostały przewidziane m.in. w przepisach art. 333 § 2 k.p.k., art. 391 k.p.k. i art. 392 kpk. Unormowanie zawarte m.in. w art. 391 kpk stanowi odstępstwo od podstawowej w polskim procesie karnym zasady bezpośredniości, zgodnie z którą orzekający w sprawie sąd zobowiązany jest opierać ustalenia faktyczne na dowodach bezpośrednio przeprowadzonych w czasie rozprawy, czyli w sposób pozwalający na bezpośrednie zetknięcie się z tymi dowodami. Bezpośrednie przeprowadzenie dowodu przez sąd orzekający ma nader istotne znaczenie dla prawidłowej oceny dowodu, dokonania trafnych ustaleń faktycznych oraz dla poszanowania zasady bezpośredniości. Przepis art. 391 kpk ma charakter wyjątkowy, w konsekwencji winien być interpretowany ściśle, a zatem może być stosowany tylko wówczas gdy zaistnieje określona w nim przesłanka i gdy nie koliduje z interesem dochodzenia prawdy. Z treści art. 391 § 1 kpk wynika, że występuje kilka grup przyczyn uzasadniających odejście od bezpośredniości. Chodzi mianowicie o sytuacje wynikłe z zachowania się samego świadka na rozprawie (bezpodstawna odmowa zeznań, zeznawanie odmienne lub tłumaczenie się niepamięcią), o przypadki związane z niemożnością dotarcia do świadka (pobyt za granicą, śmierć, niemożność doręczenia wezwania, niemożność stawienia się świadka) oraz związane z rezygnacją z wzywania świadka z uwagi na wagę okoliczności, odnośnie których zeznaje, a którym nie przeczy też oskarżony. W grę wchodzi więc trzy czynniki dopuszczalnej koniecznej pośredniości:

- a. niemożność uzyskania dowodu bezpośrednio (odmowa zeznań, pobyt za granicą, śmierć, niemożność stawiennictwa, niemożność doręczenia wezwania),
- b. potrzeba weryfikacji dowodu bezpośrednio przeprowadzanego (odmienność zeznań, niepamiętanie niektórych okoliczności) bądź wreszcie:
- c. wyjątkowo także zbędność bezpośredniego kontaktu z dowodem (zaniechanie wezwania). (tak: T. Grzegorzczuk, Komentarz do art. 391 kodeksu postępowania karnego (w:) T. Grzegorzczuk, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Zakamycze, 2003, wyd. III.).

W orzecnictwie Sądu Najwyższego podkreślano, że z uwagi na szczególny charakter tego przepisu nie może on być interpretowany w oderwaniu od pozostałych norm kodeksu, w szczególności od tych, które zobowiązują sądy, aby dążyły do wykrycia prawdy. Za niedopuszczalne należy więc uznać odstępstwo od zasady bezpośredniości w

wypadkach, gdy zeznania świadka mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a zwłaszcza dla ustalenia winy oskarżonego. Nie powinno się także stosować tego przepisu bez uprzedniego wykorzystania możliwości przesłuchania świadka na rozprawie, a więc przed stwierdzeniem, czy rzeczywiście zachodzą niedające się usunąć przeszkody w dochowaniu zasady bezpośredniości, tym samym również w zapewnieniu oskarżonemu rzetelnego procesu i prawa do obrony (wyroki SN: z dnia 15 maja 1978 r., I KR 91/78, OSNKW 1978, nr 11, poz. 135; z dnia 24 lutego 1984 r., IV KR 35/84, OSNPG 1984, nr 8, poz. 82, wyrok SN z dnia 19 listopada 2009 r., V KO 63/09, LEX nr 550553 oraz wyrok SN z dnia 23 czerwca 2010 r., III KK 265/09, LEX nr 598843). Niedopuszczalne jest więc odstępstwo od bezpośredniości w sytuacji, gdy dowód ma istotne znaczenie dla ustalenia winy bądź dla wymiaru kary, a jego przeprowadzenie z zachowaniem tej zasady nie napotyka niedających się usunąć przeszkód. Stwierdzenie niemożności doręczenia wezwania dopuszczalne jest zatem jedynie wówczas, gdy uprzednio podjęte zostały wszelkie próby jego doręczenia.

Relatywizując powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że w poddanej kontroli sprawie, sąd a quo przedwcześnie skorzystał z uprawnienia określonego w art. 391 § 1 kpk, a tym samym nie realizował zasady bezpośredniości w odniesieniu do świadka M. K.. Przypomnieć należy, że świadek M. K. nie został przesłuchany bezpośrednio przed sądem I instancji, a jego zeznania (nader lakoniczne) odczytano na rozprawie w dniu 22 grudnia 2014r. w trybie art. 391 § 1 kpk z uwagi na to, że "(...) nie można mu było doręczyć wezwania". Jak już podkreślono to we wcześniejszych akapitach niniejszego uzasadnienia, m.in. niemożność doręczenia świadkowi wezwania jest to przyczyna upoważniająca sąd do odczytania zeznań świadka, jednakże nie można tej przyczyny postrzegać w ten sposób, że zezwała ona na odejście od bezpośredniości, bez podjęcia konstruktywnych prób sprowadzenia świadka na rozprawę. W orzecznictwie utrwalił się pogląd, że w przypadku trudności w ustaleniu miejsca pobytu świadka, nie powinno się automatycznie stosować odstępstwa od zasady bezpośredniości, lecz należy dążyć do sprowadzenia go na rozprawę przy wykorzystaniu wszystkich prowadzących ku temu możliwości, zwłaszcza gdy zeznania owego świadka mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (por. wyrok SN z dnia 6 czerwca 1997r., III KKN 114/96, LEX nr 162239).

Przede wszystkim należy zgodzić się ze stanowiskiem apelującego, iż zeznania M. K., będącego jedynym naocznym świadkiem funkcjonowania lokalu, w którym zabezpieczono stanowiące dowód rzeczowy automaty do gier hazardowych, z całą pewnością mają właśnie taki charakter. W świetle okoliczności ujawnionych zarówno w postępowaniu przygotowawczym jak i na rozprawie, przed podjęciem zakwestionowanego postanowienia – nader jasno rysowała się potrzeba bezpośredniego przesłuchania owego świadka w toku przewodu sądowego, a nadto sąd nie wykorzystał wszelkich dostępnych środków i instrumentów pozwalających na ustalenie aktualnego miejsca pobytu M. K., a tym samym przedwczesnym było zastosowanie art. 391 § 1 kpk. Analiza dowodów zebranych w sprawie nie pozostawia bowiem żadnych wątpliwości co do tego, że M. K. jako jedyny naoczny świadek, będąc zatrudniony w lokalu przy ulicy (...) w I. (jak podał do jego obowiązków należało sprzątanie pomieszczenia i pilnowanie automatów), niewątpliwie dysponował najpełniejszą wiedzą odnośnie okoliczności o zasadniczym, wręcz kluczowym, znaczeniu dla zakresu odpowiedzialności karnej M. L.. Jak zasadnie wywodzi apelujący, skoro świadek przebywał i fizycznie wykonywał pracę w lokalu, w którym zabezpieczono przedmiotowe automaty – to niewątpliwie zaobserwował i powziął wiedzę przede wszystkim odnośnie osób zajmujących się eksploatacją, obsługą czy serwisowaniem automatów; mógłby potwierdzić bądź wykluczyć, że jedną z nich był M. L.; wskazać czy oskarżony w ogóle przychodził do owego lokalu, a jeżeli tak to jakie czynności wykonywał i na czym polegała jego rola. Nadto nie sposób wykluczyć, że świadek M. K. dysponował wiedzą co do zasad rozliczania przedsięwzięcia, a przede wszystkim zaobserwował kto opróżniał automaty z pieniędzy. Pomimo oczywistego ważkiego znaczenia powyższego źródła dowodowego, z niezrozumiałych powodów, zapisy protokołu przesłuchania M. K. z dochodzenia sprowadzają się jedynie do zarejestrowania trzech krótkich pytań ze strony organu procesowego i równie lakonicznych niepełnych odpowiedzi osoby przesłuchiwanej. Zeznania M. K. ograniczają się bowiem do podania, iż zna on tylko imię właściciela – M. (bez sprecyzowania kogo w tym znaczeniu miał na myśli świadek, czy właściciela lokalu, czy właściciela automatów, czy najemcę lokalu, czy był nim oskarżony M. L.); wskazania, iż do jego obowiązków należało sprzątanie pomieszczenia i pilnowanie automatów oraz zaprzeczenia aby posiadał numer telefonu do „właściciela”. Analiza tegoż dokumentu jednoznacznie dowodzi, że organ procesowy, wbrew obowiązkowi, nie dążył drogą szczegółowych pytań

kierowanych do świadka do uzyskania wszystkich możliwych a zarazem istotnych informacji, mających znaczenia dla przedmiotu sprawy, a ograniczono się do zadania dokładnie trzech krótkich pytań, na które świadek udzielił równie lakonicznych i niepełnych odpowiedzi.

Wobec oczywistych wad i niedostatków przeprowadzonej czynności przesłuchania M. K., w pełni zaaprobować należy pogląd wyrażony przez skarżącego, iż zachodziła konieczność bezpośredniego przeprowadzenia na rozprawie dowodu z zeznań tegoż świadka celem ich uzupełnienia, a następnie w zależności od ich treści przeprowadzenie konfrontacji z M. L. (o ile oskarżony nie skorzystałby z prawa odmowy składania wyjaśnień) oraz zarazem celem zweryfikowania stanowiska oskarżonego, sprowadzającego się do negowania swojego sprawstwa (nie przyznał się on do popełnienia zarzucanego mu czynu i skorzystał z przysługującego mu prawa do odmowy składania wyjaśnień). Potrzebę uzupełniającego przesłuchania M. K. dostrzegł nie tylko sąd orzekający, ale także sam oskarżyciel publiczny i to już na etapie postępowania przygotowawczego, ponawiając wezwania na przesłuchanie go w charakterze świadka, zaś prokurator uzasadniając postanowienie o przedłużeniu dochodzenia wprost wydał zalecenie o treści „w szczególności należy przesłuchać w charakterze świadka M. K.” k- 82.

Wadliwość rozstrzygnięcia wydanego w trybie art. 391 § 1 kpk potęguje - dostrzeżona przez autora skargi - okoliczność, iż skoro sąd meriti w wyroku przyjął, iż oskarżony „urządzał i prowadził gry hazardowe na automatach ...w lokalu V...”, to winien był poprzedzić swoją decyzję odebraniem zeznań od jedyne go naoczne go świadka owego procederu, tj. od M. K.. Co istotne, z tak skonstruowanego opisu przypisanego oskarżonemu czynu wynika, że oskarżony działał sam, a nie wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami. Jedynym znanym i zarazem bezpośrednim źródłem dowodowym umożliwiającym weryfikację tegoż ustalenia są właśnie zeznania M. K.. Jak słusznie zauważył obrońca, zeznania E. W. dowodzą jedynie, iż oskarżony najął od niej wyżej opisany lokal, jednakże ani w umowie najmu ani w rozmowie ze świadkiem nie wskazał on przeznaczenia tego pomieszczenia.

Reasumując, w kontekście przedstawionych w niniejszym uzasadnieniu oraz w apelacji obrońcy aspektów sprawy (co do istotności zeznań M. K.), przeprowadzenie bezpośredniego dowodu z jego zeznań, a nawet konfrontacji z oskarżonym (odnośnie tego kto był właścicielem automatów, kto obsługiwał i automaty i rodzaju tych czynności, czy tylko serwis, czy też wypłata wygranych) – było konieczne.

Z przytoczonych względów należało zatem w sprawie skoncentrować się przede wszystkim na doprowadzeniu do bezpośredniego przesłuchania M. K.. Zdaniem sądu odwoławczego, nie wystąpiły przesłanki odstąpienia od zasady bezpośredniości przewidziane w art. 391 § 1 kpk umożliwiające odczytanie wcześniejszych zeznań M. K., które to zeznania - jak skutecznie wykazał apelujący – wymagały nadto uzupełnienia w szerokim zakresie, albowiem sąd meriti nie wyczerpał wszelkich możliwości dotarcia do świadka. Analiza czynności i decyzji procesowych podjętych w toku rozprawy dowodzi bowiem, że sąd I instancji ograniczył się do pozyskania zaświadczenia systemu informatycznego sądów PESEL - SAD (k. 229) oraz prowadzenia korespondencji na podany przez M. K. do protokołu przesłuchania adres (korespondencję zwracano z adnotacją, iż adresat wyprowadził się). Sąd I instancji nie wykorzystał zatem realnych możliwości wezwania świadka, a jednocześnie wykazywał tylko formalne zainteresowanie treścią korespondencji uzyskiwanej od Policji przeprowadzającej zlecane wywiady, nie reagował na powielane informacje (policja ustaliła, iż M. K. nie mieszka pod wskazanym adresem), nie wysunął w rezultacie żadnych konstruktywnych wniosków w związku z podejmowanymi czynnościami, aby przesłuchać świadka na rozprawie. Zaniechano przede wszystkim sięgnięcia po dane i informacje, przydatne na potrzeby ustalenia miejsca pobytu osoby poszukiwanej, którymi dysponują urzędy i instytucje takie jak: Urząd Skarbowy, Urząd Miasta, Urząd Pracy, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych czy MOPS. Przytoczone zestawienie ma na celu zobrazowanie nieefektywności działań sądu orzekającego, bo w swej istocie zdecydowanie ekstensywnych, a w rezultacie wyeksponowanie konieczności dołożenia większych starań dla ustalenia rzeczywistego miejsca pobytu świadka i doprowadzenia do jego bezpośredniego przesłuchania. Możliwość taka bez wątpienia, bowiem istniała i istnieje nadal. Trzeba pozyskać informacje, którymi mogą dysponować inne instytucje.

Przeprowadzone w taki sposób czynności zaowocowały stwierdzeniem zawartym w protokole rozprawy z dnia 22 grudnia 2014r., że "nie można mu było doręczyć wezwania" i odczytaniem złożonych poprzednio przez świadka M. K. zeznań, które wymagają uzupełnienia co do istotnych okoliczności sprawy.

W przedstawionych warunkach korzystanie przez sąd z formalnych uprawnień, wynikających z art. 391 § 1 kpk należy potraktować za niedopuszczalne, obrażające zasady ustności i bezpośredniości procesu. Już tylko z tego powodu, sprawa w obecnym stanie, nie nadaje się do zajęcia merytorycznego stanowiska w instancji odwoławczej, gdyż została rozpoznana wadliwie i to w sposób mający wpływ na treść zaskarżonego wyroku.

Reasumując, sąd a quo nie wykorzystał możliwości bezpośredniego przesłuchania świadka M. K., a w konsekwencji przedwcześnie i niezasadnie przyjął, że zachodzą podstawy do odczytania składanych przez niego poprzednio zeznań.

W tym miejscu należy ponownie wskazać, że zeznania M. K. – jedyne naoczne świadka z całą pewnością mają charakter niepełnych i wymagają uzupełnienia, co wpisuje się jak najbardziej w pozostałe sformułowane przez skarżącego zarzuty. Przeprowadzenie tego dowodu w warunkach bezpośredniości jest zatem warunkiem sine qua non dokonania ustaleń pozwalających na prawidłowe wyrokowanie w sprawie.

Jednocześnie rozpatrzenie tylko tego zarzutu było już wystarczające do wydania orzeczenia kasatoryjnego. Stosownie bowiem do treści art. 436 k.p.k. ograniczenie rozpoznania wniesionej apelacji tylko do poszczególnych uchybień, podniesionych przez stronę, może nastąpić, jeżeli rozpoznanie w tym zakresie jest wystarczające do wydania orzeczenia, a rozpoznanie pozostałych uchybień byłoby przedwczesne lub bezprzedmiotowe dla dalszego toku postępowania.

Wobec znaczenia wskazanych dowodów i niezbędności weryfikacji zgromadzonego w sprawie materiału, a zrealizowanie których to czynności przez sąd odwoławczy przekraczałoby ramy określone w art. 452 § 2 kpk (w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015r., mającym zastosowanie na podstawie art. 36 pkt 2 ustawy z dnia 27 września 2013r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw; akt oskarżenia wniesiono w lutym 2014r.) – zaszła konieczność uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

W postępowaniu ponownym konieczne zatem jest podjęcie czynności zmierzających do ustalenia miejsca pobytu (zamieszkania) świadka M. K., doręczenia mu wezwania i przesłuchania go bezpośrednio na rozprawie. Nie można też wykluczyć przeprowadzenia stosownych konfrontacji, jeżeli zajdzie taka potrzeba, a oskarżony nie skorzysta z przysługującego mu prawa do odmowy składania wyjaśnień. Jest oczywiste, że wyniki przesłuchania tego świadka mogą skutkować koniecznością dokonania jeszcze innych czynności dowodowych.

Sąd orzekający w ramach postępowania ponownego winien mieć też jednocześnie na uwadze pozostałe argumenty, podnoszone przez skarżącego, wynikające ze sformułowanych w apelacji zarzutów. Chodzi bowiem o dokonanie w sprawie prawidłowych ustaleń faktycznych, co w konsekwencji winno się przełożyć na niebudzące wątpliwości rozstrzygnięcie kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego M. L..

Natomiast w zakresie tych dowodów, które nie miały wpływu na uchylenie wyroku, Sąd orzekający ponownie w pierwszej instancji może, stosownie do treści art. 442 § 2 kpk, poprzestać na ich ujawnieniu.

Dopiero po ponownym przeprowadzeniu postępowania dowodowego z uwzględnieniem powyższych zaleceń, Sąd I Instancji zobowiązany będzie orzec o winie oskarżonego bądź rozstrzygnąć o braku podstaw do pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej na podstawie całokształtu okoliczności prawidłowo ujawnionych na rozprawie głównej.

Na zakończenie rozważań, zachodzi konieczność zasygnalizowania problemu natury prawnej, z którą będzie musiał zmierzyć się sąd orzekający w sytuacji, gdy po ponownym rozpoznaniu sprawy, prawidłowo ustalone okoliczności faktyczne sprawy pozwolą na ustalenie, że przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych będzie miał zastosowanie i został naruszony. W zaskarżonym wyroku, sąd I instancji przypisując oskarżonemu popełnienie czynu polegającego

na tym, że w bliżej nieustalonym czasie na przełomie lat 2012 i 2013, nie później niż 2 lutego 2013 roku w I. przy ul. (...), urządził gry hazardowe na automatach do gier (...), (...), (...) wbrew przepisowi art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych i kwalifikując ten z czyn z art. 107 § 1 kks – wadliwie wywiódł, że brak notyfikacji projektu przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, nawet przy założeniu, że ma on charakter techniczny, nie może prowadzić do odmowy jego stosowania, albowiem „przyjęcie, że w każdej sytuacji sądy powinny pomijać nienotyfikowany przepis mogłoby prowadzić do chaosu prawnego, wynikającego z możliwości podważenia nieoznaczonej decyzji lub innych rozstrzygnięć indywidualnych”. Konstatacji zaprezentowanej przez sąd I instancji w odniesieniu do art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w pierwotnym brzmieniu, nie sposób bowiem pogodzić z wykładnią prawa unijnego, tj. art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, zmienionej dyrektywą 98/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998r, dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a następnie zaaprobowaną przez Sąd Najwyższy w uchwale w składzie 7 sędziów z dnia 19 stycznia 2017r. W tym miejscu należy przypomnieć, że art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych – w jego pierwotnym brzmieniu – nie był notyfikowany Komisji Europejskiej, a nastąpiło to dopiero w związku z jego nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 12 czerwca 2015r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. poz. 1201) i która to zmiana weszła w życie z dniem 3 września 2015r. Sama ustawa zmieniająca została notyfikowana Komisji Europejskiej w dniu 5 listopada 2014r. pod nr (...), zgodnie z § 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 września 2002r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz.U. Nr 239, poz. 2039 oraz z 2004r. Nr 65, zpo. 597), które wdraża dyrektywę 98/34/WE (druk sejmowy nr (...), adnotacja na tekście ustawy opublikowanym w Dz.U. z 2015, poz. 1201). Komisja zaś nie wniosła zastrzeżeń. Kwestia technicznego charakteru tego przepisu w aspekcie dyrektywy 98/34/WE nie budzi obecnie wątpliwości, albowiem co do ograniczeń „lokalizacyjnych” dotyczących wykorzystywania automatów do gier hazardowych, zawartych w jego treści, Trybunał Sprawiedliwości UE zajmuje jednolite stanowisko, co znalazło swój wyraz m in. w wyroku z dnia 26 października 2006 roku, C – 65 / 05 w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej, w wyroku z dnia 19 lipca 2012 roku, C – 213 / 11, C – 214 / 11, C – 217 / 11 w sprawie F. i in., czy w wyroku z dnia 11 czerwca 2015 roku, C – 98 / 14 w sprawie B.. Specyfika m.in. normy art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w pierwotnym brzmieniu, pod kątem jej technicznego charakteru, została ostatecznie kompleksowo zbadana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej także w wyroku z dnia 13 października 2016 roku w sprawie C – 303/15, który w uzasadnieniu wskazał, że przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych został zgłoszony Komisji jako „przepis techniczny” ze względu na fakt, że Trybunał już we wcześniejszych judykatach orzekł, po pierwsze, iż przepisy krajowe, które zastrzegają organizację niektórych gier losowych wyłącznie do kasyn, stanowią „przepisy techniczne” w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34 w zakresie, w jakim mogą mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów użytkowanych w tym kontekście i, po drugie, że zakaz użytkowania pewnych produktów poza kasynami może mieć istotny wpływ na sprzedaż tych produktów poprzez zmniejszenie liczby kanałów użytkowania. Trybunał Sprawiedliwości w swych orzeczeniach podkreślał nadto, że artykuł 1 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasady dotyczące usług społeczeństwa informacyjnego w brzmieniu zmienionym na mocy dyrektywy 98/48/ WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998 roku, należy interpretować w ten sposób, że przepis krajowy, taki jak art. 14 ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych, jako wchodzący w zakres pojęcia „przepisów technicznych” w rozumieniu tej dyrektywy, podlega obowiązkowi zgłoszenia Komisji Europejskiej (notyfikacji) na podstawie art. 8 ust 1 tej samej dyrektywy, którego naruszenie jest poddane sankcji w postaci braku możliwości stosowania takiego przepisu. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE nie pozostawia zatem żadnych wątpliwości co do tego, że dyrektywa 98/34/WE (a wcześniej – dyrektywa 83/189) zawiera normę, nakazującą organom państwa członkowskiego odmowę zastosowania przepisu krajowego, którego projektu – wbrew obowiązkowi – nie notyfikowano Komisji Europejskiej. Trybunał uznał, że dyrektywa powinna być interpretowana w ten sposób, że naruszenie obowiązku notyfikacji powoduje bezskuteczność przepisów technicznych, co oznacza że nie można się na nie powołać wobec jednostki.

Takich też wątpliwości nie miał także polski prawodawca, czego dowodem jest notyfikacja Komisji Europejskiej projektu nowelizacji ustawy o grach hazardowych, która weszła w życie w dniu 03 września 2015 roku - ustawa z dnia



12 czerwca 2015 roku o zmianie ustawy o grach hazardowych Dz.U. z 2015, poz. 1201 (v. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 roku, I KZP 17/16).

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 stycznia 2017r. sygn. akt I KZP 17/16 podzielił powyższe stanowisko zawarte w orzeczeniach (...), a dodatkowo w kwestii sankcji niestosowania przepisu technicznego w przypadku nienotyfikowania jego projektu Komisji Europejskiej zaakcentował, że „kolizja prawa krajowego z prawem unijnym, w świetle zasady bezpośredniego stosowania prawa Unii Europejskiej (art. 91 ust. 3 Konstytucji), może prowadzić do zastąpienia przepisów krajowych uregulowaniami prawa unijnego albo do wyłączenia normy prawa krajowego przez bezpośrednio skuteczną normę prawa Unii Europejskiej. W konsekwencji norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej, wynikająca z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21 lipca 1998 r. ze zm.), wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 kks przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r., poz. 612) w pierwotnym brzmieniu”.

Nie rozstrzygnięta natomiast pozostaje nadal kwestia możliwości wykładni art. 8 dyrektywy 98/34/WE w ten sposób, że pozwala on na stosowanie nienotyfikowanych przepisów technicznych przez sądy krajowe, jeżeli ich wprowadzenie było motywowane realizacją celów określonych w art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 13 października 2016 roku, wydanym w sprawie C – 303/15, uchylił się (z przyczyn formalnych) od jasnego i jednoznacznego wskazania, czy art. 8 dyrektywy 98/34/WE może być rozumiany w ten sposób, że pozwala on na stosowanie nienotyfikowanych przepisów technicznych przez sądy krajowe, jeżeli ich wprowadzenie było motywowane realizacją celów określonych w art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, co dotyczy obowiązywania przepisu, tj. art. 14 ust 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (tj. innej normy wypełniającej blankietowy charakter przepisu art. 107 § 1 kks ), w sytuacji gdy ten akurat przepis ma charakter techniczny i nie został notyfikowany. To zagadnienie aktualizuje się właśnie w sprawach o przestępstwo z art. 107 § 1 kks, w których zasłaby konieczność przyjęcia w ramach kwalifikacji prawnej czynu, jako naruszającego, jedynie art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 stycznia 2017r., sygn. akt I KZP 17/16 zauważył, że w takiej sytuacji, rozstrzygnięcie tej problematyki wymagałoby dokonania wykładni prawa unijnego, a to z kolei implikowałoby konieczność przedstawienia pytania prejudycjalnego Trybunałowi Sprawiedliwości UE. W tym miejscu należy nadto zasygnalizować, że w orzecznictwie prezentowane jest także stanowisko, iż samo stwierdzenie, że konkretny przepis ma charakter techniczny (a nie został prawidłowo notyfikowany) nie wyklucza możliwości powołania się przez państwo na którąkolwiek z wymienionych w art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej klauzul generalnych dotyczącą porządku publicznego, zdrowia publicznego czy moralności publicznej jako nadrzędnych wartości podlegających ochronie w państwie członkowskim, które ma prawo chronić obywateli (konsumentów) przed niepożądanymi szkodliwymi dla struktur społecznych zjawiskami. Należy wówczas rozważyć, czy skutki hazardu, którego uprawianie prowadzi niejednokrotnie do uzależnienia, a w konsekwencji do utracjuszostwa, pozbawienia rodziny środków do życia, upadłości, samobójstw, utraty zdrowia psychicznego, rozpadu więzi rodzinnych, zawodowych, społecznych, przestępczości etc. (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we W. z dnia 19 sierpnia 2015 roku, III SA / Wr 113 / 15 ) – mogą uprawniać – w kontekście art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – do zastosowania technicznego, ale nienotyfikowanego, przepisu art. 14 ust. 1 cyt. ustawy o grach hazardowych.