



Sygn. akt V KK 197/20

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 czerwca 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Kazimierz Klugiewicz (przewodniczący)

SSN Dariusz Kala (sprawozdawca)

SSN Paweł Wiliński

Protokolant Katarzyna Wępa

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jolanty Rucińskiej,

w sprawie **G. Ł. (Ł.)**

skazanego z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 11 czerwca 2021 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w L.

z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt IV Ka (...)

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w Z.

z dnia 9 maja 2019 r., sygn. akt II K (...),

**uchyla zaskarżony wyrok w stosunku do skazanego G. Ł. oraz -
na podstawie art. 435 k.p.k w zw. z art. 536 k.p.k. - w stosunku do
skazanej M. W. i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi
Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 9 maja 2019 r., sygn. akt II K (...), Sąd Rejonowy w Z.:

I. uznał oskarżoną M. W. za winną tego, że w okresie od 02.11.2017 r. do 08.11.2017 r. będąc prezesem Zarządu C. Spółka z o.o. ul. K., K. i będąc z tego tytułu na podstawie prawa osobą uprawnioną i zobowiązaną do prowadzenia spraw gospodarczych tego podmiotu, w lokalu bez nazwy w Z. przy ulicy M., urządziła i prowadziła gry o charakterze losowym, organizowane w celach komercyjnych, na urządzeniach elektronicznych o nazwach: F. nr 1, F. nr 2 oraz F. nr 3, które dokonywały wypłaty wygranych w postaci środków pieniężnych, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tekst jednolity Dz.U. z 2016 r. poz. 471 z późn. zm.), a w szczególności art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, tj. czynu z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s., oraz uznał oskarżoną M. W. za winną tego, że w okresie od dnia 01.12.2017 r. do dnia 27.02.2018 r. w lokalu bez nazwy w C. przy ulicy P., urządziła i prowadziła gry o charakterze losowym, organizowane w celach komercyjnych, na urządzeniach elektronicznych o nazwach: F. nr (...) i F.. b/n, które dokonywały wypłaty wygranych w postaci środków pieniężnych, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r. poz. 471 z późn. zm.), a w szczególności art. 6 ust. 1. art. 14 ust. 1 oraz art. 23 a ust. 1. tj. czynu z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i za to na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s. i art. 38 § 1 pkt 3 k.k.s. wymierzył jej karę 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności;

II. uznał oskarżonego G. Ł. za winnego tego, że pełniąc funkcję prezesa Zarządu R. Spółka z o.o., ul. H., W. i będąc z tego tytułu na podstawie prawa osobą uprawnioną i zobowiązaną do prowadzenia spraw gospodarczych tego podmiotu, w okresie od 02.11.2017 r. do 08.11.2017 r. udzielił pomocnictwa M. W. pełniącej funkcję prezesa Zarządu C. Spółka z o.o. ul. K., K. w urządzeniu i prowadzeniu gier o charakterze losowym, organizowanych w celach komercyjnych, na urządzeniach elektronicznych o nazwach: F. nr 1, F. nr 2 oraz F. nr 3, w lokalu bez nazwy w Z. przy ulicy M., które dokonywały wypłaty wygranych w postaci środków pieniężnych,

wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tekst jednolity Dz.U. z 2016 r. poz. 471 z późn. zm.), a w szczególności art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 23 a ust. 1, tj. czynu z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 3 kks, oraz uznał oskarżonego G. Ł. za winnego tego, że w okresie od dnia 01.12.2017 r. do dnia 27.02.2018 r. udzielił pomocnictwa M. W. pełniącej funkcję prezesa Zarządu C. Spółka z o.o. ul. K., K., w urządzaniu i prowadzeniu gier o charakterze losowym, organizowanych w celach komercyjnych, na urządzeniach elektronicznych o nazwach: F. nr (...) i F., w lokalu bez nazwy w C. przy ulicy P., które dokonywały wypłaty wygranych w postaci środków pieniężnych, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r. poz. 471 z późn. zm.), a w szczególności art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 oraz art. 23 a ust. 1, tj. czynu z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. i za to na podstawie art. 19 § 1 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s. i art. 38 § 1 pkt 3 k.k.s. wymierzył mu karę 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności;

III. na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 kk wykonanie kary pozbawienia wolności wobec oskarżonej M. W. warunkowo zawiesił na okres próby 3 (trzech) lat;

IV. na podstawie art. 73 § 1 kk w okresie próby oddał oskarżoną M. W. pod dozór kuratora sądowego;

V. na podstawie art. 72 § 1 pkt 1 kk zobowiązał oskarżoną M. W. do informowania kuratora o przebiegu okresu próby;

VI. na podstawie art. 29 § 5 kks orzekł przepadek dowodów rzeczowych w postaci

automatów do gier o nazwach:

- F. nr 1 zajętego za pokwitowaniem (...) z

dn. 08.11.2017 r.

- F. nr 2 zajętego za pokwitowaniem (...) z

dn. 08.11.2017 r.

- F. nr 3 zajętego za pokwitowaniem (...) z

dn. 08.11.2017 r.

- FOX - F. nr (...) zajętego za pokwitowaniem (...) z dn. 27.02.2018 r.
- FOX - F. bez numeru zajętego za pokwitowaniem (...) z dn. 27.02.2018 r.

oraz pieniędzy polskich w kwocie 1.025 złotych zajętych za pokwitowaniem (...) z dn. 12.03.2018 r. i pieniędzy polskich w kwocie 1.770 złotych zajętych za pokwitowaniem (...) z dn. 28.08.2018 r.;

VII. na podstawie art. 34 § 2 kks orzekł wobec oskarżonej M. W. zakaz prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na urządzaniu i prowadzeniu gier hazardowych na okres 3 (trzech) lat;

VIII. na podstawie art. 627 kpk zasądził od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe i wymierzył im opłaty po 60 złotych.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł obrońca oskarżonych, który zaskarżył orzeczenie w całości, zarzucając mu:

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

- przyjęcie przez Sąd I instancji, iż urządzenia do gier zatrzymane w lokalach znajdujące się w C. przy ulicy P. oraz w lokalu w Z. przy ul. M. są automatami do gier w rozumieniu ustawy z dn. 19.11.2003 r. o grach hazardowych, podczas gdy z opinii biegłego sądowego B., którą dysponowała oskarżona M. W., znajdującej się w aktach sprawy, jednoznacznie wynika, że oprogramowanie urządzeń „F.” nie zawiera losowości w rozumieniu ustawy o grach hazardowych;

- ustalenie stanu faktycznego sprawy m.in. na podstawie uznanych za wiarygodne zeznań T. M., podczas gdy świadek ten nie posiadał wiedzy specjalnej w zakresie budowy i funkcjonowania automatów do gier, aby stwierdzić, że urządzenia znajdujące się w skontrolowanych lokalach były automatami do gier w rozumieniu ustawy o grach hazardowych;

2. przyjęcie przez Sąd I instancji, iż urządzenia do gier znajdujące się w lokalu bez nazwy przy ul. M. w Z., podczas kontroli dokonanej przez funkcjonariuszy celno-skarbowych w dniu 08.11.2017 r., znajdowały się tam w okresie od 02.11.2017 r. do 08.11.2017 r., w sytuacji, w której powyżej wymienione urządzenia znajdowały się tam bezspornie tylko podczas kontroli funkcjonariuszy celno-skarbowych w dniu 08.11.2017 r., zatem nie można uznać bez żadnych wątpliwości, że urządzenia te znajdowały się w lokalu przez cały okres wskazywany w pkt. I zaskarżonego wyroku;

- przyjęcie przez Sąd I instancji, iż urządzenia do gier znajdujące się w lokalu bez nazwy przy ul. P. w C. podczas kontroli dokonanej przez funkcjonariuszy celno-skarbowych w dniu 27.02.2018 r. znajdowały się tam w okresie od 01.12.2017 r. do 27.02.2018 r., w sytuacji w której powyżej wymienione urządzenia znajdowały się tam bezspornie tylko podczas kontroli funkcjonariuszy celno-skarbowych w dniu 27.02.2018 r., zatem nie można uznać bez żadnych wątpliwości, że urządzenia te znajdowały się w lokalu przez cały okres wskazywany w pkt. I zaskarżonego wyroku;

- uznanie przez Sąd I instancji, że oskarżona M. W. nie miała zezwolenia na prowadzenie gier hazardowych, a takie urządzała i prowadziła w różnych lokalach, w sytuacji, w której w świetle opinii biegłego sądowego B. B. dotyczącej urządzeń „F.” nie podlegają one reżimowi przewidzianemu w ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych;

- uznanie przez Sąd I instancji, że naiwnym byłoby ustalenie, jakoby oskarżony (G. Ł.) nie wiedział o przeznaczeniu obu lokali w sytuacji, gdy były one bardzo charakterystyczne, gdyż szyby były zaklejone tak, że nie było widać wnętrza, co cechuje wszystkie lokale, w których prowadzone są gry hazardowe, podczas gdy

w aktach sprawy brak jest dowodów wskazujących na to, że oskarżony G. Ł. wiedział jakiego rodzaju działalność będzie prowadzona w przedmiotowych lokalach;

- uznanie przez Sąd I instancji, że z uwagi na dotychczasową karalność oskarżonego (G. Ł.) brak podstaw prawnych (a także faktycznych) do orzeczenia warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, w sytuacji, w której oskarżony nie był uprzednio karany za przestępstwo karno-skarbowe, w szczególności za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s.;

- ustalenie, że oskarżona M. W. swoim działaniem wypełniła znamiona strony podmiotowej czynu zabronionego (umyślność), w sytuacji, kiedy oskarżona jako Prezes Zarządu była przekonana o legalności wstawionych przez C. Sp. z o.o. w K. urządzeń do lokali w Z. oraz C., gdyż przed rozpoczęciem prowadzenia działalności gospodarczej dysponowała opinią biegłego sądowego B. B. potwierdzającą legalność urządzeń, a zatem nie miała ona zamiaru popełnienia przestępstwa karno-skarbowego,

- ustalenie, że wobec faktu niezłożenia przez oskarżoną M. W. wyjaśnień brak było podstaw do przyjęcia, że oba zachowania podjęła w wykonaniu tego samego zamiaru lub z wykorzystaniem takiej samej sposobności i wobec tego nie można było utrzymać kwalifikacji prawnej określonej pierwotnie przez oskarżyciela, tj. z zastosowaniem art. 6 § 2 k.k.s., w sytuacji w której charakter jej działalności jako prezesa zarządu C. Sp. z o.o. z siedzibą w K. uzasadniał przyjęcie takiej konstrukcji prawnej;

2. obrazę przepisów postępowania, tj. art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. poprzez oddalenie wniosku dowodowego obrońcy oskarżonych o przesłuchanie w charakterze świadka dra inż. B. B., biegłego sądowego który wydał opinię techniczną dotyczącą urządzenia do gier o nazwie „F.”, która potwierdzała legalny charakter urządzenia i na której opierała się oskarżona M. W., na okoliczność treści sporządzonej opinii i charakteru urządzeń do gier, w sytuacji gdy wniosek powyższy dotyczył istotnych okoliczności sprawy, w szczególności strony przedmiotowej oraz

podmiotowej czynu zarzucanego oskarżonym, a nadto, że brak było podstaw dla przyjęcia, że dowód jest nieprzydatny do stwierdzenia danej okoliczności;

3. 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 biegłego sądowego R. R. na rozprawę celem przesłuchania na okoliczność wydanych opinii, które w ocenie obrony są niepełne i niejasne, czego konsekwencję stanowiło naruszenie prawa oskarżonych do obrony;

4. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s. poprzez jego wadliwą wykładnię i przyjęcie w ustalonym stanie faktycznym, że oskarżona M. W. jako Prezes Zarządu C. Sp. z o.o. w K. wypełniła znamiona tego czynu prowadząc i urządzając w okresach wskazanych w pkt. I wyroku Sądu I instancji gry hazardowe, w sytuacji w której oskarżona działała będąc w uzasadnionym okolicznościami przekonaniu, że oferowane przez nią urządzenia do gier nie są automatami do gier hazardowych w rozumieniu ustawy z dnia 19.11.2009 r. (u.g.h.), gdyż dysponowała opinią techniczną potwierdzającą ich legalność sporządzoną przez podmiot posiadający wiadomości specjalne, wobec czego nie można jej przypisać zarzucanego czynu, gdyż przestępstwo stypizowane w art. 107 § 1 k.k.s. można popełnić wyłącznie umyślnie;

5. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. poprzez jego wadliwą wykładnię i przyjęcie w ustalonym stanie faktycznym, że oskarżony G. Ł. jako Prezes Zarządu R. Sp. z o.o. w W. wypełnił znamiona pomocnictwa do tego czynu, w sytuacji w której oskarżony wydzierżawił C. Sp. z o.o. w K. lokale znajdujące się przy ul. M. w Z. oraz w lokalu przy ul. P. w C., nie zajmując się prowadzeniem gier na automatach, a tym samym swym zachowaniem mógł on wyczerpać jedynie znamiona wykroczenia stypizowanego w art. 128 § 1 k.w.;

6. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 6 § 2 k.k.s. poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że oskarżeni działali w warunkach ciągu przestępstw, w sytuacji, w której oskarżeni spełnili warunki, aby uznać, że ich zachowania stanowiły jedno przestępstwo;

7. 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 oskarżeni działali w warunkach ciągu przestępstw, w sytuacji w której oskarżeni spełnili warunki, aby uznać, że ich zachowanie stanowiło jedno przestępstwo, w konsekwencji czego Sąd zastosował wobec oskarżonych nadzwyczajne obostrzenie kary;

8. naruszenie przepisu prawa materialnego - art. 56 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zw. z art. 107 § 1 k.k.s., poprzez uznanie oskarżonych za winnych popełnienia występku karno-skarbowego stypizowanego w art. 107 § 1 k.k.s., to jest przyjęcia, że urządzali oni gry na automatach, bez koncesji, bez zezwolenia lub bez dokonania wymaganego zgłoszenia, w sytuacji gdy przepisy ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 kwietnia 2017 r., zastrzegające monopol państwa w zakresie urządzania gier na automatach w salonach gier, w tym art. 5 ust. 1 przywołanej ustawy, z uwagi na faktyczne niewykonywanie tego monopolu przez spółkę T. S.A. z siedzibą w W., nie osiągnęły zakładanych celów, dla których hipotetycznie mogło być uzasadnione naruszenie traktatowych swobód w tym swobody przedsiębiorczości i w konsekwencji ustanowienie monopolu państwowego na urządzanie gier na automatach w salonach gier, wobec czego przepisy sankcjonujące naruszenie tego monopolu nie mają zastosowania;

9. rażącą niewspółmierność kary pozbawienia wolności przy zastosowaniu wadliwych kryteriów jej wymiaru, z pominięciem uwzględnienia sytuacji osobistej i rodzinnej oskarżonych oraz okoliczności podmiotowych oraz przedmiotowych czynu.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uniewinnienie oskarżonych od popełnienia zarzucanych im czynów,

ewentualnie o:

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

ewentualnie o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonym łagodniejszych kar.

Jednocześnie apelujący wniósł o przeprowadzenie w postępowaniu odwoławczym dowodu z przesłuchania świadka oraz biegłego sądowego:

1. dra inż. B. B. - na okoliczność charakteru wydanej przez siebie opinii technicznej dotyczącej urządzenia „F.”, metodyki i zakresu badań wyżej wymienionego urządzenia, jak również charakteru gier na przedmiotowym urządzeniu;

2. biegłego sądowego R. R. - na okoliczność sporządzonej przez siebie opinii.

Wyrokiem z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt IV Ka (...), Sąd Okręgowy w L. utrzymał zaskarżony wyrok w mocy i orzekł o kosztach procesu.

Od powyższego wyroku kasację wywiódł obrońca skazanych, który zaskarżył wyrok w całości, zarzucając mu:

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 oskarżonych 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;

2) rażąco obrazę przepisów postępowania, tj. art. 6 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie wniosku dowodowego w postępowaniu apelacyjnym o przesłuchanie w charakterze świadka dra inż. B. B., biegłego sądowego, który wydał opinię techniczną dotyczącą urządzenia do gier o nazwie „F.”, która potwierdzała legalny charakter urządzenia i na której opierała się oskarżona M. W., na okoliczność treści sporządzonej opinii i charakteru urządzeń do gier, w sytuacji gdy wniosek powyższy dotyczył istotnych okoliczności sprawy, w szczególności strony przedmiotowej oraz podmiotowej

czynu zarzucanego oskarżonym, a nadto, że brak było podstaw dla przyjęcia, że dowód jest nieprzydatny do stwierdzenia danej okoliczności, czego konsekwencję stanowiło naruszenie prawa oskarżonych do obrony;

3) rażącą obrazę przepisów postępowania, tj. art. 6 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie wniosku dowodowego w postępowaniu apelacyjnym, tj. wezwanie biegłego sądowego R. R. na rozprawę apelacyjną celem przesłuchania na okoliczność wydanych opinii, które w ocenie obrony są niepełne i niejasne, czego konsekwencję stanowiło naruszenie prawa oskarżonych do obrony;

4) rażącą niewspółmierność kary polegającą na utrzymaniu w mocy wyroku Sądu I instancji wymierzającego oskarżonym kary pozbawienia wolności, w stosunku do oskarżonego G. Ł. bezwzględnej kary pozbawienia wolności, w sytuacji, gdy z okoliczności podnoszonych w apelacji wynika, że kara ta była nieadekwatna i niewspółmierna.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w L. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Zarządzeniem z dnia 11 lutego 2020 r., sygn. akt IV WKK (...), upoważniony sędzia Wydziału IV Karnego Odwoławczego Sądu Okręgowego w L. „odmówił przyjęcia kasacji w sprawie przeciwko M. W.”.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się zasadna.

Skarżący ma bowiem rację wskazując, że przy przeprowadzaniu kontroli odwoławczej Sąd Okręgowy dopuścił się rażącej obrazę przepisów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., w konsekwencji czego rozpoznał zarzuty apelacyjne w sposób daleko odbiegający od standardów wyznaczanych przez te regulacje. Ponadto organ ad quem rażąco obraził przepisy art. 6 k.p.k. i art. 170 § 1 k.p.k. poprzez bezpodstawne oddalenie zawartych w apelacji wniosków o przesłuchanie na rozprawie odwoławczej biegłego R. R. oraz – w charakterze świadka – autora opinii technicznej z dnia 30 maja 2017 r. – B. B..

Na wstępie należy stwierdzić, że w judykaturze wyrażany jest trafny pogląd, że oddalenie wniosku o bezpośrednie przesłuchanie biegłych na rozprawie i uniemożliwienie oskarżonemu i jego obrońcy zadawania biegłym pytań, rażąco narusza prawo oskarżonego do obrony (art. 6 k.p.k. w zw. z art. 200 § 3 k.p.k.) i pozostaje w oczywistej sprzeczności z zasadą kontradyktoryjności (tak trafnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 31 marca 2006 r., III KK 241/05, LEX nr 186751). Tego rodzaju procedowanie uważa się również za naruszenie dyspozycji art. 170 § 1 k.p.k. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2008 r., III KK 383/07, LEX nr 359243).

W analizowanej sprawie zaś, wnioski o przesłuchanie biegłego R. R. na rozprawie, zostały oddalone zarówno przez sąd pierwszej, jak i drugiej instancji. Co więcej, oba sądy decyzje o oddaleniu wniosków dowodowych w tej sprawie oparły na tezie, że zmierzają one do przedłużenia postępowania (k. 444 v., 509 v.). Takie uzasadnienie tych decyzji procesowych absolutnie nie może zyskać akceptacji, skoro w postępowaniu głównym obrońca zgłosił ów wniosek już na drugim (merytorycznym) terminie rozprawy, tj. w dniu 25 kwietnia 2019 r., na którym doszło do pierwszego przesłuchania oskarżonej w postępowaniu jurysdykcyjnym. Co więcej, na tym terminie rozprawa się nie zakończyła, albowiem została przerwana do dnia 9 maja 2019 r. (k. 444 – 445). Jeśli chodzi natomiast o postępowanie odwoławcze, to wniosek o przesłuchanie ww. biegłego na rozprawie został przez obrońcę zawarty już w apelacji (poprzedzono go stosownym zarzutem), która do Sądu Okręgowego w L. wpłynęła w dniu 9 lipca 2019 r. (k. 483). Rozprawa odwoławcza, na której doszło do oddalenia owego wniosku dowodowego na podstawie art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k., odbyła się zaś dopiero w dniu 10 grudnia 2019 r. (k. 509). W tej sytuacji nie sposób twierdzić, by wskazany wyżej wniosek dowodowy obrońcy „w sposób oczywisty zmierzał do przedłużenia postępowania” głównego lub odwoławczego.

Przy tej okazji należy wspomnieć, że w kasacji, przy konstruowaniu zarzutu poświęconego tej kwestii, obrońca powołał się na obrazę art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. a nie na obrazę art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. Trudno się jednak temu dziwić, wobec tak dalece niekonsekwentnego w tym zakresie stanowiska sądu

odwoławczego. Organ ten w pisemnych motywach swojego orzeczenia – odnosząc się do zarzutów podniesionych w apelacji – stwierdził, nie uzasadniając bliżej tego stanowiska, że oddalenie wniosku dowodowego o przesłuchanie biegłego R. R. przez sąd pierwszej instancji w oparciu o tezę, że dowód ten jest nieprzydatny do stwierdzenia danych okoliczności (art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k.), było trafne. Zwrócenie uwagi na tę kwestię Sąd Najwyższy uważa za konieczne, albowiem zgodnie z utrwalonym w judykaturze poglądem, oddalenie wniosku dowodowego na podstawie art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. może nastąpić tylko wówczas, gdy nie zachodzi podstawa do oddalenia tego wniosku na podstawie art. 170 § 1 pkt 1-4 k.p.k. Zasadnie wskazuje się bowiem, że analiza wniosku dowodowego, przed podjęciem decyzji co do jego uwzględnienia, w pierwszej kolejności winna być dokonywana przez pryzmat podstaw ujętych w treści art. 170 § 1 pkt 1-4 k.p.k. (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2007 r., IV KK 481/06, OSNwSK 2007/1/624). Uznanie przez sąd odwoławczy, że dowód z przesłuchania biegłego R. R. jest nieprzydatny do stwierdzenia okoliczności, które miały być za jego pomocą udowodnione, skutkowałoby zatem niemożnością oddalenia wspomnianego wniosku dowodowego w oparciu o treść art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. Powyższe uwagi o tyle jednak nie mają przesądzającego znaczenia, że decyzja organu ad quem o oddaleniu wniosku dowodowego o przesłuchanie na rozprawie biegłego R. R. nie może zostać uznana za trafną zarówno, gdyby przyjąć, że wyznaczyła ją treść przepisu art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k., jak i wówczas, gdyby uznać, że oparto ją na treści art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. Skoro bowiem obrońca składał zastrzeżenia do opinii biegłego, wskazywał, że są one niepełna i niejasne, to bez wątpienia przesłuchanie biegłego na rozprawie odwoławczej było nie tylko przydatne, ale wręcz konieczne do wyjaśnienia zgłaszanych przez obrońcę wątpliwości oraz zagwarantowania oskarżonemu realnego prawa do obrony i urzeczywistnienia zasady bezpośredniości i kontradiktoryjności. Uwag obrońcy zgłaszanych pod adresem tych opinii nie sposób przy tym uznać za bezpodstawne choćby i z tego powodu, że biegły R. R. w obu opiniach pisemnych wyraźnie stwierdzał, że w trakcie przeprowadzania przez niego ekspertyz nie udało się przełączyć badanych urządzeń w tryb umożliwiający rozgrywanie gier hazardowych, przy czym w opinii z dnia 28 czerwca 2018 r. nie wskazał jednoznacznie, co było

przyczyną tego stanu rzeczy (k. 173 – 182). Obrońca podnosił tę kwestię w apelacji wskazując, że biegły R. R. nie przeprowadzał samodzielnego eksperymentu na zatrzymanych urządzeniach. Sąd odwoławczy do tego problemu w istocie się nie odniósł. Za takowe odniesienie nie mogą być bowiem uznane lakoniczne i arbitralne stwierdzenia o treści „po przeprowadzeniu gier kontrolnych automatów poddanych kontroli i zabezpieczonych biegły sądowy R. R. wydał opinię, w której stwierdził, iż te automaty, wbrew twierdzeniom skarżącego, należą do automatów do gier losowych i podlegają reżimowi cytowanej wyżej ustawy” oraz „(...) biegły R. R., który wydał w przedmiotowej sprawie opinię, w której w sposób jasny, rzetelny i przekonujący, wbrew twierdzeniom skarżącego, wskazuje, że urządzenia do gier zabezpieczone w lokalach wynajmowanych przez oskarżoną podlegają reżimowi ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych” (pkt 3.1. i 3.2. uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego).

Przy tej okazji należy nadmienić, że sposób, w jaki sąd odwoławczy odniósł się do zarzutów podniesionych w punktach 2 i 3 apelacji, w pełni potwierdza także zasadność zarzutu podniesionego w punkcie 1 kasacji, wskazującego na wadliwe, niespełniające standardów z art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., rozpoznanie zwyczajnego środka zaskarżenia. Z treści apelacji jednoznacznie wynika wszak, że podstawą zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania biegłego sądowego R. R. na rozprawę w celu przesłuchania była obraza przepisów art. 170 § 1 k.p.k. w zw. z art. 200 § 3 k.p.k. i art. 6 k.p.k., a nie obraza samego art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k., który pojawił się w podstawie zarzutu dotyczącego oddalenia wniosku dowodowego o przesłuchanie w charakterze świadka B. B.. Sąd odwoławczy nie zwrócił na powyższe różnice uwagi.

Odnosząc się do ostatnio wspomnianej kwestii, tj. zaniechania przeprowadzenia dowodu z przesłuchania B. B. w charakterze świadka, eksponowanej przez obrońcę wprost w punkcie 2 kasacji, a pośrednio w punkcie 1 kasacji, należy wskazać, że i w tym zakresie postępowanie sądu odwoławczego, z niemal identycznych, jak przywołane wyżej względów, musi być uznane za nieprawidłowe. W powyższym kontekście dodatkowego podkreślenia wymaga, że B. B. w dniu 30 maja 2017 r. wydał dla firmy F. sp. z o.o. opinię techniczną nr (...), na

temat urządzenia F.. Z dokumentu tego jednoznacznie wynikało, że badany symulator należy do katalogu gier opartych na umiejętnościach uczestnika i jego zręczności. Skoro zaś ta opinia znajdowała się w posiadaniu zarządzanej przez oskarżoną spółki, to dla wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy, kluczowych z perspektywy możliwości przypisania oskarżonym zarzucanych im czynów, bez wątpienia należało przesłuchać jej autora na rozprawie. Tylko w drodze takiego przesłuchania sąd mógł pozyskać m.in. dokładne informacje na temat tego, jakie badania poprzedziły wydanie ww. opinii, czy też na temat zakresu przedmiotowego tej ekspertyzy (tj. czy odnosi się ona do wszystkich urządzeń typu F., czy tylko określonego ich rodzaju lub typu). Pozyskane w ten sposób wiadomości umożliwiłyby sądowi poczynienie stanowczych, a nie opartych w istocie jedynie na domysłach, ustaleń na temat przyczyn rozbieżności pomiędzy ww. opinią techniczną, a opinią biegłego R. R.. Przy tej okazji, należy również podkreślić, że wniosek o przesłuchanie w charakterze świadka B. B. obrońca oskarżonego składał już na pierwszej rozprawie głównej, tj. w dniu 14 lutego 2019 r. Już na tej rozprawie sąd pierwszej instancji oddalił go jako „zmierzający do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania” (k. 421). Dopiero w uzasadnieniu wyroku organ a quo wskazał, że „opinia biegłego B. B.” nie była przydatna w przedmiotowej sprawie (k. 468), co również z przyczyn wskazanych wyżej, nie może być uznane za trafne.

W tym stanie rzeczy należało stwierdzić, że także w odniesieniu do powyższego dowodu sąd odwoławczy dopuścił się dwojakiego rodzaju uchybienia, tj. wadliwie i pobieżnie, rażąco nie dochowując standardów z art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., rozpoznał zarzut podniesiony w punkcie 2 apelacji, a nadto z rażącą obrazą art. 6 i art. 170 § 1 pkt 3 i 5 k.p.k. oddalił na rozprawie, zawarty w apelacji, wniosek o przeprowadzenie w postępowaniu odwoławczym dowodu z przesłuchania świadka B. B..

Powyższe ustalenia były wystarczające do stwierdzenia, że w przedmiotowej sprawie zaktualizowała się podstawa kasacyjna z art. 523 § 1 k.p.k., nakazująca wydanie orzeczenia o charakterze kasatoryjnym.

W związku z tym, że opisane wyżej uchybienia wyznaczyły treść rozstrzygnięcia zapadłego nie tylko przeciwko G. Ł., ale i M. W., Sąd Najwyższy,

stosownie do treści art. 435 k.p.k. w zw. z art. 536 k.p.k., uchylił zaskarżony wyrok zarówno co do G. Ł., jak i M. W. i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w L. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. Wspomnieć przy tej okazji wypada, że użyte na gruncie art. 435 k.p.k. sformułowanie „choćby nie wnieśli środka odwoławczego” odnosi się zarówno do współoskarżonych, którzy środka nie wnieśli, jak i do tych, którzy ów środek cofnęli lub z nim nie wystąpili, gdyż im nie przysługiwał, a także do tych przypadków, w których wniesiony przez współoskarżonych środek zaskarżenia, w granicach podniesionych przez nich zarzutów, okazał się bezzasadny (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2001 r., II KKN 18/99, LEX nr 51454).

W postępowaniu ponownym sąd odwoławczy, tym razem z dochowaniem standardów wynikających z treści art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., przeprowadzi kontrolę instancyjną, a następnie wyda orzeczenie, które – jeśli zaktualizuje się taka potrzeba - uzasadni w sposób respektujący wszelkie wymogi proceduralne.

Z uwagi na powyższe, Sąd Najwyższy orzekł jak w części dyspozytywnej wyroku.