

WYROK Z DNIA 7 MAJA 2012 R.

V KK 420/11

1. Zgodnie z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.), gra na automacie „ma charakter losowy”, jeżeli jej wynik jest nieprzewidywalny dla grającego. Nieprzewidywalność tę oceniać należy przez pryzmat warunków standardowych w jakich znajduje się grający, nie zaś przez pryzmat warunków szczególnych (atypowych).

2. Zainstalowanie w automacie do gry, o jakim stanowi art. 2 ust. 5 przywołanej ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, generatora liczb pseudolosowych i w konsekwencji zaistnienie stanu tzw. sztucznej losowości, nie pozbawia gry „charakteru losowego”.

Przewodniczący: sędzia SN H. Gradzik.

Sędziowie: SN B. Skoczowska, SA (del. do SN) D. Kala (sprawozdawca).

Prokurator Prokuratury Generalnej: Z. Siejbik.

Sąd Najwyższy w sprawie Wiesława K., oskarżonego z art. 107 § 1 k.k.s., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 7 maja 2012 r. kasacji, wniesionej przez Urząd Celny w L. od wyroku Sądu Okręgowego w P. z dnia 21 czerwca 2011 r., zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w G. z dnia 15 lutego 2011 r.,

u c h y l i ł zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w P. z dnia 21 czerwca 2011 r. i p r z e k a z a ł sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w G. wyrokiem z dnia 15 lutego 2011 r. uznał oskarżonego Wiesława K. za winnego tego, że w czasie bliżej nieokreślonym, ale przed dniem 16 kwietnia 2010 r. w restauracji „U.” w miejscowości P. urządzał gry hazardowe na automatach: „Hot Slot”, „Random Runner” oraz „Jolly Joker” wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540), w szczególności naruszając art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy, tj. przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s., i za to na podstawie wskazanego artykułu wymierzył mu karę grzywny w wysokości 70 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 50 zł. Na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. sąd orzekł przepadek dowodów rzeczowych w postaci trzech automatów do gier o nazwach: „Hot Slot” oznaczonego numerem (...) wraz z ośmioma kluczami do zamków automatu, „Random Runner” oznaczonego numerem fabrycznym (...) wraz z jednym kluczem do zamka automatu oraz „Jolly Joker” nieoznaczonego numerem fabrycznym wraz z dwoma kluczami do zamków automatu. Powyższym wyrokiem rozstrzygnięto także o kosztach procesu, obciążając nimi oskarżonego.

Apelację od tego wyroku – zaskarżając go w całości – wywiódł obrońca oskarżonego. Wyrokowi zarzucił naruszenie prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s., poprzez jego zastosowanie mimo braku ustawowych przesłanek. Odwołując się do tego zarzutu obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku Sądu Rejonowego w G. i uniewinnienie oskarżonego.

W sytuacji uznania przez Sąd odwoławczy powyższego zarzutu za chybiony, obrońca podniósł:

– „błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku mający wpływ na jego treść przez przyjęcie, że oskarżony dopuścił się

zarzucanego czynu pomimo braku materiału dowodowego w tym zakresie i istniejących wątpliwości co do sprawstwa oskarżonego, w szczególności przyjęcie, że gry na automatach jakie posiada oskarżony mają charakter losowy,

– obrazę przepisów prawa procesowego mającą wpływ na treść wyroku (art. 4, art. 7 i art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k.) przez brak wskazania w uzasadnieniu kompleksowej oceny zebranego materiału dowodowego poprzez niedostateczne uzasadnienie swego stanowiska, a w szczególności wewnętrzne sprzeczności uzasadnienia wskazujące na błędy logiczne w rozumowaniu i ocenie materiału dowodowego, w szczególności opinii biegłego”.

Odwołując się do powyższych zarzutów obrońca wniósł o zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w G. do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w P. wyrokiem z dnia 21 czerwca 2011 r. zmienił zaskarżony wyrok Sądu Rejonowego w G. i uniewinnił oskarżonego Wiesława K. od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s., a kosztami postępowania za obie instancje obciążył Skarb Państwa.

Kasację od powyższego, prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w P., wniósł oskarżyciel publiczny – Urząd Celny w L. W skardze kasacyjnej wskazał, że zaskarża ten wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego.

Na podstawie art. 523 k.p.k. i art. 526 § 1 k.p.k. autor kasacji wyrokowi zarzucił „rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r. Nr 201, poz. 1540 ze zm.), polegające na uznaniu, że w odniesieniu do urządzeń do gier «Hot Slot», «Random

Runner» oraz «Jolly Joker» nie jest wymagana koncesja, mimo tego, że umożliwiają one programowo i technicznie prowadzenie gier o charakterze losowym, przy czym losowość zastosowana w tych urządzeniach jest losowością sztuczną (pseudolosowością), co stanowiło o tym, iż opisywane urządzenia zostały wyłączone spod uregulowań ustawy o grach hazardowych, a w rezultacie było podstawą uniewinnienia Wiesława K. od zarzucanego mu czynu”.

Odwołując się do tak sformułowanego zarzutu Urząd Celny w L. wniósł o uchylenie powyższego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w P. w postępowaniu odwoławczym.

W pisemnej odpowiedzi na kasację obrońca oskarżonego domagał się jej oddalenia jako oczywiście bezzasadnej.

Na rozprawie kasacyjnej przedstawicielka Urzędu Celnego w L. wniosła o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w P. w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania temu sądowi w postępowaniu odwoławczym.

Powyższe stanowisko poparł Prokurator Prokuratury Generalnej.

Obrońca oskarżonego domagał się oddalenia kasacji jako oczywiście bezzasadnej i zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja Urzędu Celnego w L. okazała się zasadna w zakresie w jakim domagano się w niej uchylenia zaskarżonego wyroku w całości i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w P. w postępowaniu odwoławczym. Uwzględnienie przez Sąd Najwyższy wniosku oskarżyciela publicznego sformułowanego w *petitum* skargi kasacyjnej stanowiło pochodną podzielenia zarzutu sformułowanego w nadzwyczajnym środku zaskarżenia, wskazującego na dopuszczenie się przez organ odwoławczy naruszenia przepisu prawa materialnego, tj. art.

107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych.

Przechodząc do rozważań szczegółowych należy najpierw poczynić dwie uwagi o charakterze wprowadzającym w dalszy wywód. Po pierwsze wypada stwierdzić, że w art. 107 § 1 k.k.s. mamy do czynienia z tzw. dyspozycją blankietową (szerzej na temat tego rodzaju dyspozycji zob. L. Morawski: Wstęp do prawoznawstwa, Toruń 2011, s. 56; A. Marek: Prawo karne, Warszawa 2009, s. 63). W powyższym przepisie sformułowano bowiem jedynie ogólną „ramę” (blankiet) zabronionego zachowania, zaś treść tej „ramy” wypełniają przepisy innej ustawy. Z art. 107 § 1 k.k.s. wynika, że odpowiedzialności z tego przepisu podlega osoba (...) urządzająca grę na automacie „wbrew przepisom ustawy”. Chodzi tutaj o ustawę z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (powoływana dalej jako ustawa hazardowa), na co wskazuje jednoznacznie treść art. 53 § 35 k.k.s. W przepisie tym stanowi się, iż: użyte w rozdziale 9 kodeksu określenia, a w szczególności: "gra bingo fantowe", "gra losowa", "gra na automacie", "loteria audiotekstowa", "loteria fantowa", "loteria promocyjna", "zakłady wzajemne", "koncesja", "zezwolenie", mają znaczenie nadane im w ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540).

Wobec powyższego zgodzić się trzeba ze stanowiskiem autora kasacji, iż ustalenie, czy oskarżony zarzucanym mu zachowaniem w istocie wyczerpał dyspozycję art. 107 § 1 k.k.s., nie jest możliwe bez wyjaśnienia pojęcia gry na automatach, które zdefiniowano w art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej.

Druga uwaga sprowadza się do tego, że Trybunał Konstytucyjny badając dyspozycję art. 107 § 1 i 4 k.k.s. na płaszczyźnie jej zgodności z art. 42 ust. 1 Konstytucji, który to przepis konstytucyjny formułuje zasadę określoności czynu zabronionego pod groźbą kary, stwierdził zgodność art.

107 § 1 i 4 k.k.s. z powyższym wzorcem konstytucyjnym (*vide* wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 stycznia 2005 r., P 15/02, OTK-A 2005, nr 1, poz. 4). Co prawda przywołane rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego zapadło na gruncie przepisów ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych (Dz. U. z 2004 r. Nr 4, poz. 27), jednak zawarty w jego uzasadnieniu wywód Trybunału Konstytucyjnego, dotyczący dopuszczalności dookreślenia dyspozycji przepisu karnego regulacjami innej ustawy, uznać trzeba za uniwersalny. Zachowuje więc on swoją aktualność także *de lege lata*.

Po poczynieniu tych uwag wprowadzających wypada przejść do analizy sytuacji prawnej, w jakiej znalazł się oskarżony Wiesław K. Oskarżony ten, pierwotnie skazany przez Sąd Rejonowy w G. za popełnienie przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s., został uniewinniony od popełnienia tego przestępstwa przez Sąd Okręgowy w P., który to sąd, zmieniając wyrok sądu *meriti* przyjął, iż urządzenie przez Wiesława K. gier na automatach „Hot Slot”, „Random Runner” oraz „Jolly Joker” zabezpieczonych w prowadzonej przez niego restauracji „U.”, nie podpadało pod dyspozycję art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej, a tym samym oskarżony ten nie dopuścił się przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s.

Sąd Okręgowy w P. uzasadniając swoje rozstrzygnięcie o przedmiocie procesu stwierdził, iż nie można uznać za synonimiczne zwrotów „element losowości” oraz „charakter losowy” zawartych odpowiednio w art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej i z tym stanowiskiem trzeba się zgodzić.

Nie sposób natomiast zaakceptować tego, kluczowego dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy poglądu Sądu Okręgowego w P., zgodnie z którym w sytuacji zainstalowania w danym automacie do gier generatora liczb pseudolosowych, co skutkuje przyjęciem istnienia tzw. sztucznej losowości (jak to miało miejsce w przypadku automatów zabezpieczonych

w restauracji oskarżonego), nie jest możliwe uznanie gry na automacie za grę o charakterze losowym w rozumieniu art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej.

Już w tym miejscu trzeba nadmienić, że Sąd Okręgowy w P. wadliwie odwołuje się do zwrotu „automaty o charakterze losowym”, gdy tymczasem ustawodawca w art. 2 ust. 5 ustawy używa zwrotu „gra o charakterze losowym”. Rozróżnienie tych pojęć jest istotne, na co trafnie zwraca uwagę autor kasacji, przywołując rozwiązania ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych, które nie zostały przeniesione do treści obecnie obowiązującej ustawy hazardowej. Zgodnie z art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej, to gra ma mieć charakter losowy, nie zaś automat do gry. Już ta okoliczność pozwala na rozpatrywanie analizowanego zagadnienia („losowego charakteru gry”) właśnie z perspektywy gracza. Ta kwestia będzie jeszcze przedmiotem rozważań w dalszych fragmentach niniejszego uzasadnienia.

Sąd Okręgowy w P. wadliwie utożsamiał pojęcie „losowości” jedynie z przypadkiem. Sąd ten wskazał, że z perspektywy zasad, które rządzą grami na automatach należących do oskarżonego, nie mają one z losowością nic wspólnego, bowiem na wygraną nie wpływa ślepy los, ale określony algorytm. Tymczasem, jak wykazane zostanie poniżej, na gruncie języka ogólnego (naturalnego) pojęciom „los”, „losowy” nadawane są również inne znaczenia niż „przypadek” („przypadkowy”), zaś o losowości danej sytuacji (gry, zdarzenia) można także mówić w znaczeniu jej nieprzewidywalności z perspektywy uczestnika tej sytuacji (gry, zdarzenia).

Odnosząc się kompleksowo do kwestii zasadności wyroku Sądu Okręgowego w P., przy uwzględnieniu treści zarzutu kasacyjnego oraz wywodów zawartych w uzasadnieniu skargi kasacyjnej, należy najpierw nadmienić, że zgodnie z przyjętymi w teorii prawa dyrektywami percepcyjnej fazy wykładni (zob. M. Zieliński: Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki, Warszawa 2008, s. 335 i n.), przy braku definicji legalnej

danego zwrotu języka prawnego oraz w sytuacji nienadania temu zwrotowi określonego (ugruntowanego) znaczenia w języku prawniczym, należy ustalić jego znaczenie na gruncie języka ogólnego (powszechnego, naturalnego). W tym wypadku trzeba dobitnie stwierdzić, że ustawowy zwrot „charakter losowy”, o jakim stanowi art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej, nie został zdefiniowany w sposób legalny, jak też nie nadano mu w języku prawniczym jednoznacznego znaczenia.

Odwołując się do słowników języka polskiego należy nadmienić, że jakieś zdarzenie (sytuacja, stan rzeczy) ma charakter „losowy”, jeśli: „dotyczy nieprzewidzianych wydarzeń; jest oparte na przypadkowym wyborze lub na losowaniu; dotyczy losu, doli, kolei życia; zależne jest od losu” [M. Bańko (red.): Słownik języka polskiego, Warszawa 2007, tom 2, s. 424; M. Szymczak (red.): Słownik języka polskiego, Warszawa 1988, tom 2, s. 53; E. Sobol (red.): Mały Słownik języka polskiego, Warszawa 1994, s. 396]. Z kolei w słowniku wyrazów obcych czytamy, że „los” to „dola, kolej życia, bieg wydarzeń, przeznaczenie, fatum, traf, przypadek” (E. Sobol (red.): Słownik wyrazów obcych, Warszawa 1997, s. 664). Natomiast w słowniku frazeologicznym współczesnej polszczyzny określenie „los” pojawia się jako element szerszych zwrotów języka naturalnego związanych z sytuacjami, w których: „coś się rozstrzyga”, „coś się decyduje”, „coś zachodzi”, „istnieje stan niepewności” (S. Bąba, J. Liberek: Słownik frazeologiczny języka polskiego, Warszawa 2002, s. 346). I wreszcie w Słowniku synonimów autorstwa A. Dąbrówki, E. Geller, R. Turczyńska (Warszawa 2004, s. 80), jako określenia synonimiczne dla pojęcia „los” przywołuje się: „fortunę”, „przypadek”, „zrządzenie”, „traf”, „zbieg okoliczności”, „splot wydarzeń”, „koincydencję”, „zbieżność”.

Z kolei zwrot „charakter” w słownikach języka polskiego tłumaczony jest jako „zespół cech właściwych danej osobie, przedmiotowi lub zjawisku” [S. Skorupka, H. Auderska, Z. Łempicka (red.): Mały słownik języka

polskiego pod red., Warszawa 1989, s. 72; M. Bańko (red.): Słownik języka polskiego, Warszawa 2007, tom 1, s. 199].

Językowa płaszczyzna egzegezy ustawowego zwrotu „charakter losowy”, zawartego w art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej, prowadzi do wniosku, że wbrew stanowisku Sądu Okręgowego w P. oraz pogładowi obrońcy oskarżonego, uprawnione jest utożsamianie powyższego zwrotu języka prawnego nie tylko z sytuacją, w której wynik gry zależy od przypadku, ale także z sytuacją, w której wynik gry jest nieprzewidywalny dla grającego, choć nie jest obiektywnie przypadkowy, gdyż powstał jako pochodna zaprogramowania w określony sposób generatora liczb pseudolosowych. Nieprzewidywalność wyniku gry, brak pewności co do tego jaki wynik padnie, wobec niemożności przewidzenia „procesów” zachodzących *in concreto* w danym urządzeniu, pozostaje immanentną cechą tego rodzaju gry na automacie (zob. też M. Nawacki: Karalność gier na automatach, *Studia Prawnoustrojowe* 2008, nr 8, s. 284; M. Pawłowski: Gry losowe i zakłady wzajemne, *Prawo Spółek* 1997, nr 7-8, s. 78).

Podkreślić już w tym miejscu trzeba, iż odwołując się do pojęcia „nieprzewidywalności”, rozumieć należy pod tym pojęciem nieprzewidywalność w normalnych (typowych), nie zaś w szczególnych (wyjątkowych, ekstremalnych) warunkach. Trafnie zwrócono na tę kwestię uwagę w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 maja 1999 r., II SA 453/99, LEX nr 46205, akcentując, iż pojęcie „losowości” rozumianej jako niemożliwość przewidzenia rezultatu, odnosić należy do normalnych, nie zaś ekstremalnych warunków. W uzasadnieniu tego wyroku dodatkowo zasadnie akcentowano, że inne podejście do tego zagadnienia byłoby nielogiczne, skoro w istocie „możliwe jest rozszyfrowanie każdego systemu gry, to tylko kwestia czasu i kosztów”. Oczywiście powyższy judykat zapadł na gruncie przepisów ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych. Zawarte w nim uwagi

zachowują jednak swoją aktualność także obecnie, w zakresie w jakim dotyczą pojęcia „losowości” oraz akcentują konieczność odnoszenia tego pojęcia do normalnych, nie zaś wyjątkowych warunków w jakich znajduje się osoba grająca.

W kontekście powyższych wywodów, nie może być uznane za istotne z punktu widzenia oceny danej gry na automacie jako gry o charakterze losowym, stanowisko opiniującego w tej sprawie biegłego d/s informatyki, który stwierdził, że „gracz pseudolosowość uzna za losowość, nie znając sposobu funkcjonowania urządzenia «Hot Slot», «Random Runner» oraz «Jolly Joker», specjalista już nie”; „dla postronnego obserwatora gra przyjmuje charakter losowy, ale dla kogoś znającego algorytm nie jest problemem jednoznaczne określenie jaki będzie kolejny wyraz ciągu”. Po pierwsze, grający na urządzeniach, które zabezpieczono u oskarżonego, nie posiadali z pewnością wiedzy specjalistycznej biegłego i nie po to przystępowali do gry, aby „rozpracować” jej zasady. Po drugie, nielogiczne byłoby zaznajamianie grającego z algorytmem, według którego zaprogramowano dany automat, gdyż godziłoby to w istotę prowadzonej przez oskarżonego działalności komercyjnej. Sam biegły przyznaje zresztą, że algorytm, który stanowi podstawę generowania danych przez automat do gry jest najściślej strzeżoną tajemnicą właściciela/programisty”.

W tym miejscu warto wspomnieć, iż zaprezentowany dotychczas w niniejszym uzasadnieniu sposób rozumowania doznaje wsparcia w stanowisku sądów administracyjnych. W uzasadnieniu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 sierpnia 2011 r., II GSK 763/10, LEX nr 1068860, oraz w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 września 2006 r., VI SA/Wa 1000/06, LEX nr 247553, wskazywano, że „dla uznania gry za losową nie ma znaczenia fakt, iż wybór wygrywających liczb dokonywany jest za pomocą algorytmu (komputerowe wyłanianie nagradzanych liczb za pomocą odpowiedniego programu)...”. Co

prawda powyższe orzeczenia odnosiły się do stanów faktycznych zaistniałych w okresie obowiązywania ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych, jednak zawarte w nich uwagi dotyczące pojęcia „losowości” uznać należy za uniwersalne, a tym samym nie straciły one aktualności także *de lege lata*.

Pozostając w obszarze dyrektyw wykładni językowej wypada przypomnieć, iż w art. 2 ust. 3 ustawy hazardowej ustawodawca definiując grę na automatach odwołuje się do zwrotu „element losowości”, zaś na gruncie art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej do zwrotu „charakter losowy”. Jak już wcześniej wskazano, zasadnie Sąd Okręgowy w P. akcentuje, że tym zwrotom musi być nadane różne znaczenie. Rozwijając powyższy wątek należy stwierdzić, że konieczność takiego właśnie podejścia do tego zagadnienia stanowi pochodną przyjęcia założenia racjonalności prawodawcy, który po to różnicuje określone zwroty języka prawnego w ramach tego samego aktu prawnego, aby przy ich pomocy wyrazić różną treść normatywną. Jak czytamy w § 10 Zasad techniki prawodawczej (załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie "Zasad techniki prawodawczej" – Dz. U. Nr 100, poz. 908), „do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami”. Nie jest przy tym trafne stanowisko Sądu Okręgowego w P., będące pochodną wyводу obrońcy oskarżonego zawartego w apelacji, iż ustawodawca wprowadzając do art. 2 ust. 3 ustawy hazardowej zwrot „gra zawiera element losowości” dopuszczał funkcjonowanie w automacie do gry generatora liczb pseudolosowych, zaś stanowiąc w art. 2 ust. 5 ustawy o „grze mającej charakter losowy” nakazał, aby automat do gry zawierał jedynie generator liczb losowych. Zwraca na to uwagę trafnie autor kasacji podkreślając, że z art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej nie wynikają żadne treści dotyczące rodzaju generatora liczb jaki powinien zostać zastosowany w

automacie do gry. Zagadnienie to zostanie rozwinięte i pogłębione w trakcie analizy systemowej regulacji art. 2 ust. 5 ustawy.

W teorii prawa zasadnie wskazuje się, iż odwoływanie się do innych niż językowa dyrektyw wykładni służy nie tylko rozstrzygnięciu wątpliwości, których nie usuwa wykładnia językowa (semantyczna) oraz modyfikacji językowego sensu przepisu, ale także sprawdzeniu (potwierdzeniu, zaprzeczeniu) prawidłowości rezultatu wykładni semantycznej (L. Morawski: Zasady wykładni prawa, Toruń 2010, s. 76). Akceptując powyższą tezę należy poddać art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej wykładni systemowej wewnętrznej oraz zewnętrznej.

Przechodząc do analizy systemowej wewnętrznej trzeba najpierw nadmienić, że definicja „wyjściowa” gier na automatach znajduje się w art. 2 ust. 3 ustawy hazardowej. Przepis ten stanowi, że „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”. Ustawodawca poszerzył pojęcie „gry na automatach” zdefiniowane w art. 2 ust. 3 ustawy hazardowej, wskazując w art. 2 ust. 5 wspomnianej ustawy, że „grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy”.

W żadnym z powyższych przepisów nie znajdujemy bezpośredniego nawiązania do treści art. 2 ust. 1 ustawy hazardowej, w tym do użytego tam pojęcia „przypadek”. Zaakcentować w tym miejscu trzeba, iż art. 2 ust. 1 ustawy definiuje pojęcie gier losowych wskazując, że: „są to gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których wynik w szczególności zależy od przypadku, a warunki gry określa regulamin”. Tak więc definicje sformułowane w art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej należy

traktować, ze względu na specyficzny przedmiot regulacji tych przepisów, jako autonomiczne wobec definicji gier losowych zamieszczonej w art. 2 ust. 1 ustawy hazardowej.

Jak wynika z porównania definicji zawartych w art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5 tej ustawy, mają one element wspólny („gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych”) oraz elementy rozbieżne. W art. 2 ust. 3 wymagane jest, aby gra „toczyła” się o wygraną pieniężną lub rzeczową, którego to wymogu nie ma w art. 2 ust. 5. Z kolei w art. 2 ust. 5 wskazuje się, iż gra ma być organizowana w celach komercyjnych, zaś grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej. W art. 2 ust. 3 stanowi się, że gra ma „zawierać element losowości”, zaś zgodnie z art. 2 ust. 5 gra ma mieć „charakter losowy”.

Z punktu widzenia dalszych rozważań nie może budzić wątpliwości, że automaty do gier, które zabezpieczono u oskarżonego, to urządzenia komputerowe, mające zamontowane elementy elektroniczne, elektromechaniczne oraz peryferyjne mechaniczne. Jak wskazał biegły informatyk, nie służyły one do prowadzenia gier zręcznościowych, lecz losowych (losowość sztuczna). Automaty te nie umożliwiały uzyskiwania wygranych pieniężnych lub rzeczowych. Jednocześnie bezsporne jest, iż gry na tych automatach były organizowane w celach komercyjnych. Tak więc zachowanie oskarżonego w istocie może być rozpatrywane jedynie na płaszczyźnie art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej, oczywiście pod warunkiem uznania, że gry na automatach „miały charakter losowy”. Zdaniem obrońcy oskarżonego oraz Sądu Okręgowego w P., automaty te – uwzględniając zainstalowane w nich generatory liczb pseudolosowych – nie pozwalały na grę o charakterze losowym (art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej), a jedynie na grę „zawierającą element losowości” w rozumieniu art. 2 ust. 3 ustawy. Skoro zaś „automaty te nie umożliwiały uzyskiwania wygranej pieniężnej

lub rzeczowej w rozumieniu wskazanym w art. 2 ust. 3 ustawy, nie może być mowy o odpowiedzialności oskarżonego na płaszczyźnie art. 107 § 1 k.k.s.”

Odnosząc się do powyższej kwestii należy najpierw dobitnie nadmienić, że uszło uwadze Sądu Okręgowego w P. (podobnie zresztą jak Sądu Rejonowego w G.), że pierwotnie, w projekcie rządowym ustawy hazardowej skierowanym do Sejmu dnia 12 listopada 2009 r. (druk nr 2481), zarówno w art. 2 ust. 3, jak i w art. 2 ust. 5 mowa była o „grze zawierającej element losowości”. Dopiero w procesie legislacyjnym (na etapie prac sejmowych), w związku z wątpliwościami wyrażonymi przez Dyrektora Biura Analiz Sejmowych, co do zgodności z Konstytucją art. 2 ust. 5 projektu ustawy hazardowej, właśnie z uwagi na zawarty tam zwrot „element losowości”, zastąpiono ten zwrot określeniem „charakter losowy” (*vide* notatka Dyrektora Biura Analiz Sejmowych z dnia 17 listopada 2009 r. w sprawie kolizji z Konstytucją rozwiązań prawnych zawartych w projekcie ustawy o grach hazardowych – druk sejmowy nr 2481; stenogram z posiedzenia Komisji Finansów Publicznych [nr 231] z dnia 18 listopada 2009 r.; dodatkowe sprawozdanie Komisji Finansów Publicznych z dnia 19 listopada 2009 r. [druk 2508-A]).

W przywołanej notatce Dyrektora Biura Analiz Sejmowych z dnia 17 listopada 2009 r., w zakresie odnoszącym się do art. 2 ust. 5 projektu ustawy hazardowej wskazano, że: „art. 2 ust. 5 projektu przewiduje włączenie w zakres pojęcia gier na automatach wszystkich „gier na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, organizowanych w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra zawiera element losowości”. Tym samym projektodawca rezygnuje z podstawowego elementu definicji gier poddanych regulacjom ustawowym, a mianowicie konieczności uzyskiwania przez ich uczestników korzyści

pieniężnej lub rzeczowej. Jakkolwiek wskazuje on w uzasadnieniu, że celem wprowadzenia tego rozwiązania jest wyłączenie stosowania przepisów „ustawy hazardowej do popularnych symulatorów samochodowych albo innych gier zręcznościowych, takich jak np. pump it up” – a więc popularnych wśród dzieci i młodzieży gier niemających nic wspólnego z hazardem (w potocznym znaczeniu tego słowa) – to faktycznie osiąga się skutek odmienny, tzn. rozszerzenie zakresu ustawy na dostępne w sieci internetowej gry, których wynik, jak np. pasjansów lub scrabble, zależy od elementu losowości. W rezultacie proponowany art. 2 ust. 5 sprawia, że nawet te gry internetowe, które nie są oceniane negatywnie ze względu na potencjalne powodowanie uzależnień, jak gry podane w powyższym przykładzie, byłyby poddane rygorom reglamentacyjnym ustawy. Faktu tego nie sposób wyjaśnić podstawowym celem ustawy, jakim jest przeciwdziałanie uzależnieniom od hazardu. Tymczasem to ów cel stanowi przesłankę uzasadniającą – na gruncie art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji – ograniczenie wolności działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia gier objętych ustawą. Omawiany przepis może pozostawać w tym zakresie w sprzeczności ze wskazanym wzorcem konstytucyjnym”. Z treści tej notatki wynika więc wyraźnie, iż sugerowano w niej nieprawidłowość zwrotu „element losowości” w odniesieniu do gier organizowanych na automatach w celach komercyjnych, w ramach których to gier nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej. Zwrócono w szczególności uwagę, że powyższy zwrot zamieszczony w art. 2 ust. 5 projektu ustawy hazardowej doprowadzi do poszerzenia oddziaływania tej ustawy także na gry na automatach, które nie mają nic wspólnego z hazardem, a więc gry, w których dominuje element wiedzy, zręczności lub umiejętności, nie zaś element losowości.

W trakcie posiedzenia Komisji Finansów Publicznych [nr 231] z dnia 18 listopada 2009 r., kontynuując powyższy wątek zarysowany w

analizowanej notatce Dyrektora Biura Analiz Sejmowych z dnia 17 listopada 2009 r., zwrócono uwagę na konieczność zastąpienia zawartego w art. 2 ust. 5 projektu ustawy hazardowej zwrotu „element losowości” zwrotem wyrażającym to, że gra ma zawierać w „przeważającym” lub „decydującym” stopniu ten element. Finalnie, jak wynika z analizy dodatkowego sprawozdania Komisji Finansów Publicznych z dnia 19 listopada 2009 r. [druk 2508-A]), zdecydowano się wnioskować o przyjęcie przez Sejm treści art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej w brzmieniu: „Grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy”. Sejm tę wnioskowaną poprawkę przyjął, a wobec tego treść art. 2 ust. 5 ustawy, w stosunku do pierwotnego brzmienia tego przepisu zawartego w projekcie ustawy, uległa zmianie poprzez zastąpienie zwrotu „gra zawiera element losowości”, zwrotem „gra ma charakter losowy”. Ten kierunek zmian miał umożliwić uniknięcie poszerzenia oddziaływania przepisów ustawy na te gry na automatach, które są organizowane w celach komercyjnych, grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, zaś wynik gry zależy przede wszystkim od wiedzy, zręczności lub umiejętności (gra nie ma więc charakteru losowego).

W świetle analizy treści uzasadnienia do projektu ustawy hazardowej z 2009 r. (druk sejmowy nr 2481) oraz zarysowanego wyżej przebiegu procesu legislacyjnego nad tym projektem, nie sposób łączyć wprowadzenia do treści art. 2 ust. 5 ustawy zwrotu „charakter losowy” z zagadnieniem rodzaju generatora liczb, który zainstalowany jest w danym automacie do gry. Tak więc zestawienie zamieszczonych w art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5 zwrotów „gra zawiera element losowości” oraz „gra ma charakter losowy” prowadzi do uprawnionego systemowo wniosku, że o ile

na gruncie art. 2 ust. 3, poza losowością gry na automacie, możliwe jest jeszcze wprowadzenie do gry, jako istotnych, elementów umiejętności, zręczności lub wiedzy, o tyle na gruncie art. 2 ust. 5 te elementy (umiejętność, zręczność, wiedza) mogą mieć jedynie charakter marginalny, aby zachowała ona charakter losowy w rozumieniu tego przepisu. Dominującym elementem gry musi być „losowość”, rozumiana jako nieprzewidywalność rezultatu tej gry.

O tym, że powyższy sposób rozumienia zwrotów „gra zawiera element losowości” oraz „gra ma charakter losowy” jest uprawniony, świadczy dalsza lektura uzasadnienia projektu ustawy hazardowej. Czytamy w nim, że projekt ten opracowano w szczególności „na podstawie kształtującej się w tym zakresie linii orzecznictwa polskich sądów administracyjnych”. W orzecznictwie tych sądów odwoływano się zaś wielokrotnie do zwrotu „element losowości” wprowadzonego następnie do art. 2 ust. 3 ustawy. Istnienie „elementu losowości” w grze przyjmowano wówczas, gdy wynik całej gry zależny był od przypadku (nie dało się go przewidzieć), choćby w tej grze zawarte były także „elementy zręczności” lub „elementy wiedzy” (zob. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 27 października 1999 r., II SA 1095/99, LEX nr 46207; z dnia 27 października 1999 r., II SA 1359/99, LEX nr 46208; z dnia 6 grudnia 1999 r., II SA 1513/99, Biul. Skarb. 2001, nr 1, s. 29). Z odmienną sytuacją będziemy mieli do czynienia na gruncie art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej, gdzie w grze elementy zręczności, wiedzy, bądź umiejętności mogą występować jedynie jako elementy marginalne. Ma ją zaś cechować i dominować w niej losowość rozumiana jako nieprzewidywalność rezultatu oceniana z perspektywy grającego.

Analizując przedmiotowe zagadnienie na płaszczyźnie systemowej zewnętrznej należy respektować nakaz wykładni przepisów ustawy w sposób zgodny z unormowaniami Konstytucji w art. 8 ust. 1), a w

szczegółności z konstytucyjnymi zasadami systemu prawa (szerzej L. Morawski: Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz, Toruń 2002, s. 168). Zaproponowana wyżej wykładnia art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej pozwala uznać, że regulacja ta pozostaje w zgodzie z treścią art. 22 Konstytucji, który stanowi, iż „ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”. W tym wypadku ten ważny interes publiczny sprowadzał się będzie do konieczności ochrony społeczeństwa i poszczególnych jego obywateli przed uzależnieniem od hazardu i skutkami tego uzależnienia (zob. też A. Bartosiewicz: Konkurs promocyjny a loteria promocyjna – czyli jak uniknąć ewentualnej odpowiedzialności karnej skarbowej, Monitor Podatkowy 2011, nr 10, s. 23). Jednocześnie powyższa interpretacja art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej umożliwi wyłączenie z zakresu jej oddziaływania tych gier na automatach, które nie mają nic wspólnego z hazardem.

Przechodząc do egzegezy funkcjonalnej (tę płaszczyznę wykładni Sąd Okręgowy w P. z niezrozumiałych powodów pominął), trzeba najpierw poczynić pewną uwagę wstępną. Istnieją określone ograniczenia w stosowaniu tego rodzaju wykładni w obszarze prawa penalnego. Sprowadzają się one w szczególności do konieczności respektowania zasady określoności pojęcia czynu zabronionego (art. 42 ust. 1 Konstytucji) oraz do zakazu dokonywania wykładni przepisu prawa karnego w sposób rozszerzający na niekorzyść sprawcy. Te zastrzeżenia należy mieć na względzie pamiętając o blankietowym charakterze art. 107 § 1 k.k.s. oraz fakcie, iż dyspozycja powyższego przepisu prawa karnego skarbowego dekodowana jest m.in. na podstawie treści art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej.

Ustalając cel (założenia aksjologiczne) ustawy hazardowej należy sięgnąć do uzasadnienia projektu tej ustawy. Z uzasadnienia tego wynika, iż przygotowanie i wprowadzenie nowej ustawy regulującej rynek gier i

zakładów wzajemnych było konieczne ze względu na potrzebę „naprawy obecnego stanu i wzmocnienia kontroli państwowej” nad tym rynkiem. Jak czytamy dalej w uzasadnieniu projektu ustawy hazardowej, „uzasadniony interes państwa w monitorowaniu i regulowaniu rynku gier hazardowych wynika z zagrożenia uzależnieniem od hazardu, który to problem dotyczy zarówno dorosłych jak i nastolatków; (...) problemy osobiste będące następstwem hazardu przynoszą uszczerbek na zdrowiu psychicznym (depresje), skutkują wyalienowaniem społecznym uzależnionych osób, współuzależnieniem bliskich, kosztami finansowymi (zadłużeniem, bankructwem, utratą dochodów). Koszty społeczne i ekonomiczne tego uzależnienia ponoszą nie tylko rodziny hazardzistów czy ich pracodawcy, ale całe społeczeństwo. Państwo nie może pozostać obojętne wobec zagrożeń wpływających z dostępności hazardu i ryzyka uzależnienia od niego swoich obywateli. Zagrożenie to jest na tyle wysokie, że niezbędne jest podjęcie radykalnych działań i zastosowanie ograniczeń dotyczących tej branży”. Jak wskazano w kolejnych fragmentach uzasadnienia powyższego projektu, „do podstawowych, systemowych zmian zaproponowanych w niniejszym projekcie należy zaliczyć zwiększenie ochrony społeczeństwa i praworządności przed negatywnymi skutkami hazardu, w tym odstąpienie od możliwości urządzania gier na wszelkich automatach z elementem losowości poza kasynami gry”. W kontekście tego ostatniego zdania wypada jedynie przypomnieć, że w projekcie ustawy hazardowej z 2009 r., zarówno w art. 2 ust. 3, jak i w art. 2 ust. 5 tej ustawy, operowano pojęciem „gry z elementem losowości”. Ostatecznie w art. 2 ust. 5 znalazł się zwrot „gra ma charakter losowy”. Oczywiście ten stan rzeczy, będący pochodną konieczności zapewnienia zgodności art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej z Konstytucją, nie podważa racji przemawiających za poddaniem także „gier o charakterze losowym” realizowanych na automatach, dyspozycji art. 4 ust. 1 pkt 1a i art. 6 ust. 1 ustawy hazardowej,

a więc wymogowi ich przeprowadzania w kasynie gry na podstawie udzielonej koncesji. I wreszcie, zgodnie z wolą projektodawcy, wprowadzenie do ustawy hazardowej art. 2 ust. 5 jest uzasadnione także koniecznością „walki z szarą strefą”.

Idea wprowadzenia takich, a nie innych regulacji do ustawy hazardowej, w tym w szczególności regulacji art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5, jest więc jasna. Poszerzenie kontroli Państwa nad hazardem, w celu zapobiegania uzależnieniu od hazardu oraz minimalizowania jego negatywnych skutków w odniesieniu do osób uzależnionych, ich rodzin, jak też całego społeczeństwa oraz „walka z szarą strefą” w sferze hazardu. Wobec tego należy dobitnie nadmienić, że interpretacja dyspozycji art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej, dokonana przez Sąd Okręgowy w P., pozostaje w całkowitej sprzeczności z tymi celami. Skutkuje ona bowiem tym, iż żaden automat do gier nie pozwalający na uzyskiwanie wygranej pieniężnej lub rzeczowej (choć wykorzystywany do celów komercyjnych), w którym zainstalowany został generator liczb pseudolosowych (co należy uznać za standard w automatach tego typu jak te zabezpieczone u oskarżonego), nie byłby objęty działaniem przepisów ustawy hazardowej, a w konsekwencji organizowanie lub urządzenie gier na tych automatach nie podlegałoby penalizacji na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. Wykładnia powyższych przepisów zastosowana przez organ *ad quem* wpisuje się w formułę *argumentum ad absurdum*. Należy odrzucić zaś taką interpretację danego unormowania, która prowadzi do konsekwencji niemożliwych do zaakceptowania z logicznego punktu widzenia.

Zasadnie zaakcentowano powyższą okoliczność w kasacji, przy czym jako jeden z argumentów na poparcie prezentowanego stanowiska nietrafnie przywołano treść art. 1 pkt 6 ustawy z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz. U. Nr 134, poz. 779). Przepisem tym wprowadzono do art. 18 ustawy hazardowej ustęp 3 w brzmieniu: „w

grach na automatach zaprogramowana wartość wygranych na automacie nie może być niższa niż 75% kwoty wpłaconych stawek”. Powyższe unormowanie odnosi się wprost do regulacji art. 2 ust. 3 ustawy hazardowej, gdyż ten przepis stanowi o wygranych pieniężnych. Treść art. 18 ust. 3 ustawy nie może być natomiast wykorzystana jako argument w procesie dekodowania dyspozycji art. 2 ust. 5 ustawy, skoro nie dotyczy tego przepisu.

Słusznie podkreślono w nadzwyczajnym środku zaskarżenia, iż idealnej losowości nie sposób uzyskać przy pomocy komputera lub innego urządzenia elektronicznego. Ten stan rzeczy skutkowałby zaś niemożnością uznania takich urządzeń za pozwalające na przeprowadzanie gry o charakterze losowym, a tym samym gry na wszystkich tych urządzeniach byłyby grami nie podpadającymi pod regulację ustawy hazardowej. Taka sytuacja pozostawałaby zaś w sprzeczności z celem tej ustawy.

W świetle powyższego wywodu wypada uznać, iż wykładnia art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej dokonana na płaszczyźnie dyrektyw systemowych oraz funkcjonalnych, potwierdza prawidłowość treści art. 2 ust. 5 zdekodowanej w oparciu o dyrektywy językowe. W konsekwencji należy przyjąć, że:

1. Zgodnie z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.), gra na automacie „ma charakter losowy”, jeśli jej wynik jest nieprzewidywalny dla grającego. Nieprzewidywalność tę oceniać należy przez pryzmat warunków standardowych w jakich znajduje się grający, nie zaś przez pryzmat warunków szczególnych (atypowych).

2. Zainstalowanie w automacie do gry, o jakim stanowi art. 2 ust. 5 przywołanej ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych,

generatora liczb pseudolosowych i w konsekwencji zaistnienie stanu tzw. sztucznej losowości, nie pozbawia gry „charakteru losowego”.

Sąd Okręgowy w P., dokonując interpretacji art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej niezgodnie z powyższymi wskazaniem, dopuścił się rażącego naruszenia przepisu prawa karnego skarbowego, które to naruszenie, uwzględniając jego materialnoprawny charakter, miało istotny wpływ na treść orzeczenia. Skutkowało bowiem uwzględnieniem apelacji, zmianą wyroku skazującego i uniewinnieniem oskarżonego Wiesława K. od popełnienia zarzucanego mu przestępstwa. Wobec tego zgodzić się należy z autorem kasacji, iż zaktualizowała się w tej sprawie podstawa kasacyjna o jakiej mowa w art. 523 § 1 k.p.k.

Konsekwencją powyższego musiało być uchylene zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w P. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania temu sądowi w postępowaniu odwoławczym (art. 537 § 1 i 2 k.p.k.).

Powyższemu rozstrzygnięciu, co do wniesionej kasacji na niekorzyść oskarżonego, nie stała na przeszkodzie treść art. 524 § 3 k.p.k. Przepis ten zakazuje uwzględnienia kasacji na niekorzyść osoby oskarżonej, wniesionej po upływie 6 miesięcy od daty uprawomocnienia się orzeczenia. W niniejszej sprawie termin ten nie został przekroczony.

Organ odwoławczy, będąc związany zapatrywaniami prawnymi Sądu Najwyższego (art. 518 k.p.k. w zw. z art. 442 § 3 k.p.k.), ponownie rozpozna apelację obrońcy oskarżonego, a następnie wyda w tym zakresie stosowne orzeczenie zgodne z treścią art. 437 k.p.k.

Na zakończenie trzeba jeszcze nadmienić, że uwzględniając brzmienie sentencji wyroku Sądu Najwyższego, nie było podstaw do zamieszczenia w tym wyroku rozstrzygnięcia o kosztach procesu, w tym kosztach za obronę oskarżonego przed Sądem Najwyższym (mimo złożonego w tym zakresie przez obrońcę wniosku). Tego rodzaju

rozstrzygnięcie zamieszcza się jedynie w wyroku kończącym postępowanie (art. 626 § 1 k.p.k.). Takiej cechy nie ma zaś wyrok Sądu Najwyższego uchylający zaskarżone orzeczenie i przekazujący sprawę do ponownego rozpoznania.