

## UZASADNIENIE

Apelacje A. G. i obrońcy obu oskarżonych okazały się zasadne w takim zakresie, iż skutkowały uchynieniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Sąd odwoławczy odniósł się do wszystkich apelacji łącznie, co pozwoli uniknąć powielania tych samych rozważań i ocen.

Przed rozważaniami szczegółowymi należy podnieść, że przekonanie sądu o wiarygodności innych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną prawa procesowego, a więc mieści się w ramach swobodnej oceny dowodów jedynie wtedy, gdy:

a) jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy całokształtu okoliczności i to w sposób podyktowany obowiązkiem dochodzenia prawdy;

b) stanowi wynik rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego;

c) jest wyczerpująco i logicznie – z uwzględnieniem wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego – argumentowane w uzasadnieniu ( zobacz: OSNKW 7 – 9/1991, poz.41 ).

Organy procesowe w ramach swobodnej oceny dowodów są ustawowo zobligowane do ukształtowania przekonania dopiero na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów ocenianych według zasad prawidłowego rozumowania z pełnym wykorzystaniem dostępnej wiedzy i doświadczenia życiowego (art. 7 kpk ). Zgodnie z kształtem polskiej procedury, podstawą wszelkich rozstrzygnięć są tylko prawdziwe ustalenia faktyczne ( art. 2 § 2 kpk). W toku prowadzonych czynności uprawnione organy mają obowiązek wnikliwego zbadania i uwzględnienia wszystkich okoliczności zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego ( art. 4 kpk).

Przepisy Kodeksu postępowania karnego mają na celu (art. 2 kpk) ukształtowanie postępowania w taki sposób, aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej. Równocześnie jednak nie może z tego powodu ponosić konsekwencji osoba niewinna, tzn. być uwikłana w tok postępowania w charakterze oskarżonego oraz ponieść niesłusznie odpowiedzialności. W praktyce jednak nierzadko „swobodna ocena dowodów”, będąca domeną organu orzekającego, przekształca się w nieistniejącą w polskiej procedurze wykroczeniowej „dowolną ocenę dowodów”, która wprost prowadzi do błędnych rozstrzygnięć sądowych.

Wyrok musi być wynikiem analizy całokształtu ujawnionych okoliczności, a więc i tych które go podważają. Pominięcie istotnych dla sprawy okoliczności, mogących mieć wpływ na rozstrzygnięcie w kwestii winy, stanowi oczywistą obrazę przepisu art. 410 kpk. Zaniechanie przeprowadzenia i wnikliwej analizy dostępnych dowodów jest naruszeniem przepisów postępowania, mającym wpływ na treść orzeczenia.

Po przypomnieniu tych uwag ogólnych sąd odwoławczy musi się odnieść do sposobu procedowania sądu I instancji w niniejszej sprawie. Sąd rejonowy skazał oskarżonych, powielając materiał dowodowy przeprowadzony w postępowaniu przygotowawczym, przypisał im zarzucone czyny – bez jakiegokolwiek modyfikacji, a z uzasadnienia wyroku wynika, iż uwzględnił tylko dowody obciążające oskarżonych, bez jakiegokolwiek ich analizy, z drugiej strony pominął rozważenie okoliczności, w tym podnoszonych przez oskarżonych i ich obrońcę ( rozwiniętych w postępowaniu odwoławczym ), które odwoływały się do innej oceny faktycznej i prawnej inkryminowanych zachowań; dopuścił się zatem naruszenia przepisów postępowania art. 7 i 410 kpk. Rozbieżności tych nie wyjaśniono w toku przewodu sądowego, a uzasadnienie wyroku nie zawiera żadnych argumentów, które dyskwalifikowałyby linię obrony oskarżonych.

Na wstępie w kontekście badania odpowiedzialności za zarzucone oskarżonym przestępstwa skarbowe wskazać należy, że przepis art. 107 § 1 kks jest normą blankietową i odpowiedzialność karno-skarbowa w ramach tego przepisu może

mieć miejsce tylko wówczas, gdy zostanie wykazane, że sprawca tego rodzaju czynu, swoim zachowaniem naruszył równocześnie obowiązujące normy innych ustaw dopełniające ten przepis prawa. W licznych orzeczeniach sądów powszechnych, jak i Sądu Najwyższego, były prezentowane sporne poglądy, co do tego, czy przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 1540 ze zm. ) mogą stanowić wypełnienie normy sankcjonowanej z art. 107 § 1 kks. Wynikało to z braku jednoznacznego ustalenia charakteru tych przepisów w kontekście obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej przepisów krajowych o charakterze technicznym. Obecnie jednak Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 17/16 (OSNKW 2017, nr 2, poz. 17) dokonał kompleksowej oceny prawnej tych przepisów zarówno w kontekście przepisu art. 91 ust. 3 Konstytucji RP jak i prawa unijnego, szczególnie wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 października 2016 r., sygn. C-303/15. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy potwierdził techniczny charakter przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w aspekcie dyrektywy 98/34/WE. Oznacza to, że przepis art. 14 ust. 1 w brzmieniu obowiązującym przed 3 września 2015 r. z uwagi na to, że nie przeszedł procesu notyfikacji Komisji Europejskiej nie może mieć zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 kks. Przypomnieć należy, że właśnie z dniem 3 września 2015 r., zgodnie z ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. z 2015, poz. 1201), wszedł w życie znowelizowany art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, którego projekt został notyfikowany Komisji Europejskiej.

Sąd I instancji w wyroku przyjął, iż przedmiotowe czyny zostały popełnione „w maju 2015 roku”, naruszały art. 14 ust. 1 i art. 23a ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Powiązał art. 107 § 1 kks z przepisem art. 14 ust. 1 z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych i nie analizował tych kwestii. Naruszenia art. 107 § 1 kks nie powiązał zaś z art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, co - z uwagi na blankietowy charakter art. 107 § 1 kks - w realiach tej sprawy było warunkiem koniecznym dla ewentualnego kształtowania odpowiedzialności karnoskarbowej oskarżonych. Odpowiedzialność karna skarbową z art. 107 kks może mieć miejsce tylko wówczas, gdy zostanie wykazane, że sprawca tego rodzaju czynu, swoim zachowaniem naruszył równocześnie obowiązujące normy innych ustaw, dopełniające ten przepis prawa. Art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie mógł przed 3 września 2015 roku stanowić wypełnienie normy blankietowej art. 107 § 1 kks. Inna sytuacja byłaby wówczas, gdyby sąd I instancji art. 107 § 1 kks powiązał z art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, skoro ten przepis nie ma i nie miał charakteru technicznego, co jasno zostało wywiedzione w powołanej uchwale Sądu Najwyższego, i notyfikacji nie wymagał; mógł stanowić, samodzielnie, uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 kks. Sąd I instancji poza zakresem swoich rozważań pozostawił tę problematykę. Nie uwzględnił w zarzucie, iż działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości i gier na automatach może być prowadzona po uzyskaniu koncesji na kasyno gry ( art. 6 ust. 1 ); jednocześnie przypisał oskarżonym art. 23 a ust. 1, który stanowi, iż: „Automaty do gier, urządzenia losujące i urządzenia do gier mogą być eksploatowane przez podmioty posiadające koncesję lub zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gier losowych lub gier na automatach oraz przez podmioty wykonujące monopol państwa, po ich zarejestrowaniu przez naczelnika urzędu celno-skarbowego” ( dotyczący podmiotu posiadającego koncesję ).

Apelacje zostały wniesione tylko na korzyść oskarżonych. Sąd odwoławczy (a w ślad za nim sąd I instancji ponownie rozpoznający sprawę) może orzec na niekorzyść oskarżonego jedynie: 1) wtedy, gdy wniesiono na jego niekorzyść środek odwoławczy, oraz 2) w granicach zaskarżenia, chyba że ustawa nakazuje wydanie orzeczenia niezależnie od granic zaskarżenia, oraz 3) w razie stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym, chyba że środek odwoławczy nie pochodzi od oskarżyciela publicznego lub pełnomocnika i nie podniesiono w nim zarzutów albo ustawa nakazuje wydanie orzeczenia niezależnie od podniesionych zarzutów. Orzeczeniem surowszym jest przy tym każde orzeczenie ustalające dolegliwość realnie większą od dolegliwości wynikającej z treści orzeczenia uchylonego. W zakresie surowości orzeczenia, które może być wydane w postępowaniu ponownym, należy brać w tym przedmiocie pod uwagę ustalenia faktyczne, kwalifikację prawną czynu, orzeczoną karę oraz zastosowane środki karne, a także wszystkie możliwe następstwa tych rozstrzygnięć dla sytuacji prawnej oskarżonego ( wyrok Sądu Najwyższego - Izba Karna z dnia 14 czerwca 2018 r. III KK 252/18, Legalis )

Postępowanie karnoskarbowe oparte jest na zasadzie winy, a o jego końcowym rezultacie nie decyduje tylko ocena charakteru gry, lecz także kwestia winy osoby, której postawiono zarzut i oskarżono o popełnienie czynu o znamionach

określonych w art. 107 § 1 kks. W rozważaniach orzekającego w I instancji sądu zabrakło analizy tych właśnie kwestii w kontekście ustalania zamiaru, z jakim działali oskarżeni, zwłaszcza iż podnosili okoliczności, iż zabezpieczone urządzenia nie były cylindrycznymi grami hazardowymi, przedstawiali na to stosowną argumentację, a w szczególności opinię jednostki badającej (...). Zasadniczy w tym przypadku problem polega nie na tym, czy rzeczywiście automaty umożliwiały prowadzenie gry losowej, ale na tym, czy w związku z posiadaniem opinii, które negowały taki ich charakter, oskarżeni dopuścili się zarzucanych czynów.

Sąd odwoławczy dostrzega, iż już te okoliczności mają wpływ na treść zaskarżonego wyroku; mogłyby być rozstrzygnięte w postępowaniu odwoławczym, po uzupełnieniu dowodów odnośnie drugiej kwestii

( przesłuchania oskarżonych, zweryfikowania ich stanowiska ), jednakże nie rozwiązywałoby to sprawy, gdyż jej przedmiot jest o wiele szerszy, niż ocena losowości gier hazardowych. Oskarżeni wywodzą bowiem, iż automaty nie są automatami do gier w rozumieniu ustawy o grach hazardowych, podlegają wyłączeniu na podstawie art. 7 a ustawy Prawo bankowe; stanowi on: „Do terminowych operacji finansowych, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 7 lit. h oraz w art. 5 ust. 2 pkt 4, będących przedmiotem umów zawartych przez bank lub instytucję finansową, nie stosuje się przepisów o grach hazardowych oraz art. 413 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132)..”. Sąd I instancji pomijając tą problematykę zarówno w postępowaniu dowodowym, jak i w swoich ocenach, uchylił się od rozstrzygnięcia istoty sprawy.

Terminowe operacje finansowe, o których mowa w tym przepisie, wiążą się z dużym ryzykiem. Trudno jest bowiem przewidzieć ostateczną wartość danej transakcji. Czasami jej efekt może wręcz przybrać postać losową. Stąd ustawodawca, chcąc wyeliminować traktowanie tego typu czynności jako gry lub zakładu (por. L. Kozirowski, Umowa opcji, s. 30), wykluczył stosowanie do nich przepisów o grach hazardowych. Uzasadnieniem takiego stanowiska jest również to, że stanowią one czynności bankowe (art. 5 ust. 2 pkt 4 PrBank) – por. też S. Szuster, Prawo bankowe, teza 1 do art. 7a). Wyłączenie terminowych operacji finansowych spod przepisów o grach hazardowych oraz postanowień Kodeksu cywilnego dotyczących gier i zakładów ma na celu zakończenie polemiki co do charakteru prawnego tych instrumentów. Regulacje dotyczące tych instrumentów znajdują się w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi. Skomplikowane struktury budowane z wykorzystaniem derywatów wymykają się prostej analizie i regulacji, co przed wprowadzeniem art. 7a mogło budzić wiele zastrzeżeń co do ich natury, tym bardziej że celem ich wykorzystania może być spekulacja, czyli swoisty zakład. Niniejszy przepis klarownie wyłącza stosowanie przywołanych regulacji do terminowych instrumentów finansowych. Artykuł 7a wprowadzony został do Prawa bankowego w 2004 roku w celu ostatecznego przesądzenia, że do terminowych operacji finansowych, które są przedmiotem umów zawartych przez bank lub instytucję finansową, nie stosuje się przepisów ustawy o grach i zakładach wzajemnych.

Istota sporu w świetle zarzutów sformułowanych w apelacjach sprowadza się do oceny, czy działalność prowadzona przez oskarżonych dotyczyła terminowych operacji finansowych do których nie stosuje się przepisów ustawy o grach hazardowych na mocy art. 7a Prawa bankowego, jak twierdzą skarżący, czy - jak uznał sąd I instancji powielając stanowisko oskarżyciela - gry prowadzone na urządzeniu na (...) na platformie C. w M. - są grami na automatach w rozumieniu przepisów ustawy o grach hazardowych.

Podkreślenia wymaga, że zastosowanie art. 7a Prawa bankowego jest możliwe po spełnieniu określonych w tej ustawie warunków. W szczególności podmiot, który świadczy usługi, o których mowa w art. 7a Prawa bankowego, powinien być w stanie udokumentować, że jest instytucją finansową w rozumieniu Prawa bankowego i działa zgodnie z przepisami regulującymi rynek finansowy w Polsce. Ponadto, konieczne jest również odpowiednie udokumentowanie, że operacje finansowe, o których mowa w art. 7a Prawa bankowego są przeprowadzane w sposób zgodny z przepisami prawa i mają rzeczywisty charakter, co oznacza, że nie są to operacje jedynie dla pozorów, czy wprowadzające w błąd.

Odwołujący się w szczególności złożyli do akt:

-ekspertyzę S. J., C. L. z 23 listopada 2017 roku uznającą opcje binarne jakimi handluje się na platformie C..com - gdyby to rozpoznawać w ramach jurysdykcji Unii Europejskiej - za instrumenty finansowe i takie stanowisko uzasadniające regulacjami obowiązującymi w UE

( k 759 – 766 );

- opinię prawną dr E. N. ( biegłej sądowej z zakresu jednolitego rynku finansowego UE w okręgu Sądu Okręgowego w Gdańsku ), z której wynika, iż opcje finansowe, oferowane przez C. poprzez platformę on-line zarejestrowaną pod domeną csani.com, są standardowymi opcjami binarnymi

( należąca do europejskich opcji binarnych ). Oparte są na instrumencie bazowym „USD indeks” i z racji tej należą do grupy instrumentów finansowych (praw pochodnych ) nie będących papierami wartościowymi. Kurs instrumentu bazowego USD – indeks buduje się na podstawie danych subskrybowanych przez trzech dostawców danych forex czasu rzeczywistego. Zawierają się w katalogu instrumentów pochodnych ( derywatów ) uszczegółowionych a art. 3 pkt 28 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi ( są egzotycznymi instrumentami pochodnymi ), za pomocą których dokonuje się transferu ryzyka. Czas trwania tych opcji może nawet wynosić jedną lub więcej sekund;

- opinię prywatną J. M. ( biegłego sądowego Sądu Okręgowego w Katowicach z zakresu analizy i wyceny instrumentów finansowych i pochodnych, analizy strategii opcji walutowych, analizy optymalizacji finansowej operacji rynkowych) ( k 938-955), z której wynika, iż oferowane na platformie internetowej C. instrumenty należą zgodnie z kwalifikacją instrumentów finansowych do grupy pochodnych instrumentów finansowych; platforma internetowa C. oferuje strategię długiego stelaża skonstruowanego z opcji drabinowych typu L.; strategię złożone z struktury opcji drabinowych zapadających w tym samym momencie wypełniają definicję „instrumentów finansowych” w myśl art. 2. 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi z dnia 29 lipca 2005 roku; strategię złożone z struktury opcji drabinowych wypełniają definicję „terminowych operacji finansowych” w myśl art. 7a ustawy Prawo bankowe; w instrumentach oferowanych przez platformę C. czynnik losowy nie pełni roli dominującej w ustalaniu wyniku zakładu. Wynik bowiem jest uzależniony od zmienności instrumentu bazowego opartego o koszyk par walutowych. Zmienność instrumentu bazowego wynika z ogólnej sytuacji ekonomicznej a nie z przypadku. Instrumenty te tym samym nie wyczerpują definicji gry hazardowej w myśl ustawy o grach hazardowych;

- opinię biegłego sądowego przy Sądzie Okręgowym w Białymstoku z zakresu publicznego obrotu papierami wartościowymi, ... analizy ekonomicznej, instrumentów finansowych M. T. ( do sprawy II K 315/17 SR w Ełku ) ( k 958-967 ), w której wnioskował, iż produkty oferowane przez platformę C. są instrumentami finansowymi mającymi formę krótkoterminowych opcji binarnych. Krótkotrwałość tych produktów nie odbiera im charakteru instrumentów finansowych. W produktach tych czynnik losowy nie pełni roli dominującej. Oferowane produkty za pomocą platformy C. prezentowane są wizualnie w sposób znany z gier hazardowych. Wizualizacja instrumentów finansowych nie odbiera im jednak przymiotu instrumentów finansowych w myśl ustawy o obrocie instrumentami finansowymi;

- biegłego sądowego A. W. z zakresu informatyki, techniki komputerowej, oprogramowania, automatów do gier, najnowszych technologii

( w sprawie II K 1176/16 SR w Ostrowie Wielkopolskim ) ( k 847 – 933 ), który wskazał po badaniach urządzenia, iż same wizualizacje gier nie dają wygranych w oderwaniu od instrumentów finansowych a ukazane wygrane padają wcześniej poza grami w wyniku spekulacji na instrumentach finansowych. Wygrana ta jest tylko zwizualizowana później przez układ symboli dokładnie o takiej wartości z tabeli wybranych gier, która to wartość odpowiada wcześniej wygranej na spekulacjach opcjami finansowymi. Wizualizacje gier nie umożliwiają wygranej w grach a tylko mapują wcześniejsze wygrane, które padły w wyniku spekulacji na instrumentach finansowych. Gry nie mają charakteru losowego. Badana platforma C. T. ma bardzo skomplikowany charakter i analiza jej wymaga pogłębionej wiedzy z zakresu: informatyki, techniki komputerowej, matematyki wyższej, instrumentów finansowych i najnowszych technologii;

- opinie innych biegłych z zakresu informatyki ( lub ich fragmenty ) wyrażające inne wnioski niż przedstawione przez opiniującego w niniejszej sprawie R. R..

Ze załączonych do sprawy przez obrońcę materiałów wynika, iż sporne urządzenie mogło być wykorzystywane do zawierania terminowych operacji finansowych., czego sąd rejonowy w ogóle nie zweryfikował. Nie przeprowadził również analizy dowodu z badania spornego urządzenia przeprowadzonego przez upoważnioną przez Ministra Finansów jednostkę badającą ( GII Austria ).

W świetle tych okoliczności opinia biegłego z zakresu informatyki, telekomunikacji i automatów do gier R. R. w tej sprawie jawi się jako niepełna i mało fachowa ( zwłaszcza w porównaniu z opinią A. W. ). Biegły ten nie uruchomił tego urządzenia i nie przeprowadzał na nim eksperymentów; opiniował w oparciu o dane dotyczące innych tego typu urządzeń.

Wątpliwości dotyczą zwłaszcza:

- wizualizacji opcji inwestycyjnych i czasu zatrzymania bębnow;
- generowania opcji inwestycyjnych w oparciu o notowania walut;
- uwzględniania rzeczywistego kursu walut na giełdzie;
- uzależnienia wypłaty od wykresu czy też układu bębnow;
- utożsamiania nieprzewidywalności instrumentu finansowego z losowością gry.

Sam fakt, iż badaniu biegłego w ramach jednej ze spraw poddane zostały określone urządzenia do gier nie może automatycznie przesądzać, iż na innych urządzeniach, nawet tego samego typu, mechanizm działania wszystkich tych urządzeń miał być taki sam.

Bezspornym jest, że opinie pozaprocesowe nie mają waloru opinii biegłego, stanowią jednak dowód, który może służyć ocenie opinii biegłego sporządzonej w sprawie, a te dla z opinią biegłego R. R. są sprzeczne. W ekspertyzach specjalistów co do tych samych, istotnych okoliczności, dokonane zostały odmienne ustalenia, odmienne oceny albo też z przeprowadzonych takich samych czynności w opiniach tych sformułowane zostały odmienne wnioski.

Sąd I instancji mimo krytycznej oceny strony ma prawo uznać opinię biegłego za przekonującą. Zobligowany jest jednak w takiej sytuacji odpowiednio wnikliwie uzasadnić swoje stanowisko, z uwzględnieniem stosownych przepisów regulujących przeprowadzanie i ocenę dowodu z opinii specjalistycznej.

Dokonując oceny dowodu z opinii biegłych sąd powinien mieć na względzie również treść art. 201 kpk stanowiącego, iż jeżeli opinia jest niepełna lub niejasna albo gdy zachodzi sprzeczność w samej opinii lub między różnymi opiniami w tej samej sprawie, można wezwać ponownie tych samych biegłych lub powołać innych.

Skarżący zakwestionowali opinię biegłego R. R., posiadając wiedzę fachową w tej materii, wzmocnioną opiniami prywatnymi i procesowymi w innych sprawach i wykazali niepełność i niejasności tej opinii. Opinia jest jednym z licznych możliwych do otrzymania w procesie karnym środków dowodowych, dlatego organ procesowy dokonując oceny jej przydatności w konkretnej sprawie, musi czynić to na tle całokształtu okoliczności ujawnionych w toku postępowania. Tymczasem sąd I instancji zupełnie zignorował linię obrony oskarżanych i pominął potrzebę jej dalszej weryfikacji. O wartości opinii biegłego dla postępowania decyduje więc jej poziom merytoryczny i formalny, jak również wiedza i doświadczenie wykonawcy ekspertyzy. Skarżący przedstawili okoliczności osłabiające zaufanie do opinii biegłego R. R., który nie był w stanie odnieść się do złożoności materii przedmiotowej sprawy, a jego opinia jest ogólnikowa, oparta na założeniach z innych spraw, wydana bez badania sposobu funkcjonowania tego konkretnego urządzenia.

W sytuacji, gdy opinia jest niepełna lub niejasna albo gdy zachodzi sprzeczność w niej samej, lub w odniesieniu do innej opinii, sąd wybiera sposób jej weryfikacji, stosownie do treści art. 201 kpk.

Zgodnie z treścią art. 201 kpk opinia biegłego jest niepełna, jeżeli nie udziela odpowiedzi na wszystkie postawione mu pytania, na które zgodnie z zakresem posiadanych wiadomości specjalnych i udostępnionych mu materiałów dowodowych może oraz powinien udzielić odpowiedzi lub jeżeli nie uwzględnia wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia konkretnej kwestii okoliczności albo też nie zawiera uzasadnienia wyrażonych w niej ocen oraz poglądów. Opinia jest zaś niejasna, jeżeli jej sformułowanie nie pozwala na zrozumienie wyrażonych w niej ocen i poglądów, a także sposobu dochodzenia do nich albo jeżeli zawiera wewnętrzne sprzeczności, posługuje się nielogicznymi argumentami. Opinia, która nie zawiera pełnego sprawozdania z przeprowadzonych badań i bez zapoznania z materiałami źródłowymi, nie może być uznana za rzetelną i fachową. Strona skarżąca wykazała, iż opinia informatyczna przyjęta przez sąd jest niejasna, niepełna, może być błędna merytorycznie i odwołali się do konkretnych dokumentów mogących prowadzić do zmiany wniosków biegłego. To sąd jest organem weryfikującym dowody, w tym dowody z opinii biegłego, a zatem miał on obowiązek odnieść się także do okoliczności odmiennych niż zawarte w opinii, uznanej za wiarygodną.

Lektura motywów zaskarżonego wyroku w konfrontacji ze zgromadzonym materiałem dowodowym prowadzi do wniosku, iż dokonane w tej sprawie ustalenia faktyczne oparte zostały na wybiórczej i jednostronnej ocenie dowodów, na co zwróciły uwagę obie apelacje. O skuteczności zarzutów odwoławczych decyduje to, że uchybienia w zakresie przestrzegania dyrektyw wynikających z treści art. 7 kpk i art. 410 kpk, przywołanych w tej sprawie w apelacjach, znalazły potwierdzenie, są rzeczywiście poważne, a ich wpływ na treść orzeczenia kwestionowanego w tej sprawie - znaczący.

W szczególności należy ustalić za pomocą opinii specjalistycznych ( z zakresu teleinformatyki i instrumentów finansowych ) czy przedmiotowe urządzenia realizują terminowe operacje finansowe, będące przedmiotem umów zawartych przez instytucję finansową, do których nie stosuje się przepisów o grach hazardowych na podstawie art. 7a ustawy Prawo bankowe.

Przewód sądowy na rozprawie głównej razi niepełnością. Dopiero uzupełnione postępowanie dowodowe pozwoli na weryfikację przeprowadzonych w sprawie dowodów osobowych.

Wyrok musi być wynikiem analizy całokształtu ujawnionych okoliczności, a więc i tych które go podważają. Pominięcie istotnych dla sprawy okoliczności, mogących mieć wpływ na rozstrzygnięcie w kwestii winy, stanowi oczywistą obrazę przepisu art. 410 kpk. Zaniechanie przeprowadzenia i wnikliwej analizy dostępnych dowodów jest naruszeniem przepisów postępowania, mającym wpływ na treść orzeczenia.

Uważna lektura motywów zaskarżonego wyroku w konfrontacji ze zgromadzonym materiałem dowodowym prowadzi do wniosku, iż dokonane w tej sprawie ustalenia faktyczne oparte zostały na wybiórczej i jednostronnej ocenie dowodów. Słusznie autorzy apelacji powołali się na braki dowodowe w tej sprawie.

Ciężar prowadzenia postępowania dowodowego spoczywa na sądzie I instancji i to ten sąd jest zobowiązany do przeprowadzenia wszystkich dowodów niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy. Sąd odwoławczy ma możliwość jedynie uzupełnienia dowodów przeprowadzonych w toku pierwszoinstancyjnego przewodu sądowego, a to oznacza, że nie powinien zastępować sądu pierwszej instancji w dowodowym wyjaśnianiu sprawy. Normatywną granicę zakresu dopuszczalności przeprowadzania dowodów przez sąd odwoławczy wyznacza art. 437 § 2 zd. 2 kpk, gdyż limituje on wypadki, w których jest możliwe uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. W odniesieniu do kwestii zakresu przeprowadzanych dowodów uchylenie wyroku może w myśl tego przepisu nastąpić wyłącznie wtedy, gdy jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości. Przyjąć należy, że ponowienie przewodu w całości jest konieczne nie tylko w sytuacji, gdy sąd pierwszej instancji przeprowadził w sposób wadliwy, niedopuszczalny lub nieprawidłowy wszystkie dowody, bądź nie przeprowadził ich wcale, ale również gdy nieprawidłowe przeprowadzenie większości dowodów w sądzie pierwszej instancji spowoduje niemożność poddania

ocenie tych prawidłowo przeprowadzonych. Takie cechy miałyby postępowanie, w którym przeprowadzono by jedynie poszczególne dowody w sposób prawidłowy, tak że nie można by było dokonać ich oceny w kontekście jakichkolwiek innych prawidłowo przeprowadzonych dowodów (art. 7 kpk). Zachodzi wówczas konieczność uchylenia wyroku, którą tłumaczyć trzeba tym, że postępowanie dowodowe w ogóle nie spełniło swego celu w postaci zgromadzenia materiału niezbędnego do dokonania ustaleń faktycznych. W tej sytuacji sąd II instancji musiałby w postępowaniu apelacyjnym przeprowadzić wszystkie dowody ściśle niezbędne do merytorycznego orzeczenia co do zasadniczego przedmiotu procesu; stan taki należałoby uznać za powodujący konieczność ponowienia przewodu sądowego w pierwszej instancji. W konkluzji, prawidłowe przeprowadzenie choć jednego dowodu przez sąd pierwszej instancji nie powinno stanowić przeszkody do uznania, że zachodzi konieczność ponowienia postępowania dowodowego w całości przez tenże sąd. Jeżeli w ustawie jest mowa o konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu przez sąd I instancji w całości, to tę niemożność należy oceniać w kontekście całego materiału dowodowego sprawy, nie zaś jego części, nawet znacznej (por. P. Rogoziński, Zakres postępowania dowodowego, s. 310–313; KPW red. Sakowicz 218, wyd. 3, Legalis). Z tego względu należało uznać, że konieczne jest przeprowadzenie w całości na nowo przewodu sądowego przed sądem I instancji, co skutkowało wydaniem przez sąd odwoławczy orzeczenia o charakterze kasatoryjnym, zgodnie z przepisem art. 437 § 2 kpk. W innym przypadku oskarżeni pozbawieni byłiby prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji w zakresie dotąd niezwerifikowanej linii obrony, co naruszałoby konstytucyjną zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego.

Postępowanie dowodowe nie spełniło zakładanej funkcji w postaci zgromadzenia materiału niezbędnego do dokonania ustaleń faktycznych i oceny dowodów. Brak rzetelnej oceny biegłego i dowodowej weryfikacji stanowiska oskarżonych co do istoty sprawy w sądzie I instancji, spowodowało niemożność poddania ocenie dowodów już przeprowadzonych. Zachodzi więc konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku, gdyż braki dowodowe powodują niemożność ustalenia stanu faktycznego i oceny dowodów już przeprowadzonych.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy sąd I instancji przeprowadzi postępowania dowodowe uwzględniając powyższe uwagi, rozważy wnioski i argumenty środków odwoławczych. Sąd merytoryczny powinien mieć na uwadze treść wszystkich dowodów zgromadzonych w toku procesu i rozważyć znaczenie wszystkich okoliczności, które z nich wynikają.

Podsumowując: wskazać należy, że obowiązkiem sądu przy ponownym rozpoznaniu sprawy będzie uzupełnienie postępowania dowodowego o wskazane czynności dowodowe. Ocena dowodów, jaką sąd przeprowadzi powinna natomiast uwzględniać wszystkie dowody i okoliczności ujawnione w sprawie. Sąd dokonał ustaleń, które budzą wątpliwości. Okoliczności sprawy pozostają rozbieżne, a sąd rozbieżności tych albo nie dostrzegął, albo nie próbował ich w ogóle wytłumaczyć. Sąd I instancji powinien również mieć na uwadze, że ułomności uzasadnienia wyroku nawet, jeżeli nie mogą prowadzić do uchylenia wyroku to jednak mogą ujawnić błędy w rozumowaniu sądu, jakie doprowadziły do nieprawidłowego rozstrzygnięcia. Dlatego też obowiązkiem sądu powinno być takie sporządzenie uzasadnienia wyroku, by bez streszczenia materiału dowodowego, w sposób jasny określone zostały na podstawie, jakich dowodów i w jakiej ich części, dokonane zostały ustalenia sądu oraz z jakich powodów nie dał on wiary dowodom przeciwnym. Taka analiza dowodów będzie prawidłowa wyłącznie wówczas, jeżeli będzie uwzględniać przy ich ocenie wszystkie okoliczności istotne dla weryfikacji ich prawdziwości. W razie uznania sprawstwa oskarżonych z art. 107 § 1 kks, sąd uwzględni pośredni zakaz reformationis in peius i zajmie stanowisko, czy art. 23a ust. 1 ustawy o grach hazardowych może w tym przypadku stanowić wypełnienie normy blankietowej art. 107 § 1 kks.

Z tych względów sąd okręgowy orzekł, jak w sentencji.