

Sygn. akt II Kp 67/16

## POSTANOWIENIE

Dnia 15 kwietnia 2016r.

**Sąd Rejonowy w Dzierżoniowie Wydział II Karny** w składzie:

Przewodniczący: SSR Danuta Raś

Protokolant: Katarzyna Czaplicka

po rozpoznaniu w sprawie prowadzonej przez Urząd Celny w W.

o czyn z art. 107 § 1 k.k.s.

na skutek zażalenia pełnomocnika (...) sp. z o.o. z siedzibą w J.

na postanowienie z dnia 18 sierpnia 2015r. Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Dzierżoniowie o żądaniu wydania rzeczy i przeszukaniu

na podstawie art. 236 k.p.k. i art. 437 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. i w zw. z art. 462 § 2 k.p.k.

postanowił:

I. uwzględnić zażalenie pełnomocnika **(...) sp. z o.o. z siedzibą w J.** na postanowienie Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Dzierżoniowie z dnia 18 sierpnia 2015r. o żądaniu wydania rzeczy i przeszukaniu i uchylić zaskarżone postanowienie;

II. niezwłocznie zwrócić sp. z o.o. (...) z siedzibą w J. zatrzymane w dniu 4 września 2015r. w wyniku przeszukania przeprowadzonego na Stacji Paliw „(...) w N. k/D. trzy terminale internetowe H. F. F. o numerach (...), (...), (...)

## UZASADNIENIE

W dniu 18 sierpnia 2015r. na podstawie art. 217 § 1, § 2 i § 5 k.p.k., art. 219 § 1 i § 2 k.p.k. oraz art. 220 § 1 i § 2 k.p.k. Prokurator Prokuratury Rejonowej w Dzierżoniowie wydał postanowienie o żądaniu wydania rzeczy i o przeszukaniu, na mocy którego zażądał od punktu gier znajdującego się w wolnostojącym kontenerze posadowionym na terenie należącym do Stacji Paliw Grupy (...) w N. przy ul. (...), „(...) sp. z o.o. w którym znajdują się w sposób trwały przytwierdzone do podłogi i ściany kontenera automaty do gier – dobrowolnego wydania rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie; w szczególności kluczy, dostępu do automatów, dokumentacji poświadczającej urządzenie gier, środków pieniężnych wykorzystywanych do prowadzenia gier hazardowych bez wymaganych uprawnień oraz rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w celu zabezpieczenia kar o charakterze majątkowym, przepadku, środków kompensacyjnych albo roszczeń o naprawienie szkody w postępowaniu karnym a w razie odmowy przeprowadzić ich odebranie, bez przeszukania pomieszczeń punktu gier znajdującego się w wolnostojącym kontenerze posadowionym na terenie należącym do Stacji Paliw Grupy „P. w N. przy ul. (...), „(...)” sp. z o.o. w celu znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym. W uzasadnieniu tego postanowienia wskazano, że w wyniku przeprowadzonej przez Urząd Celny w W. analizie ryzyka podjął czynności, w wyniku których ustalono, że na terenie należącym do przedmiotowej stacji paliw (pomimo wcześniejszej kontroli) nadal znajduje się kontener z dwoma nielegalnymi automatami do gier o nazwie H. (...) (automaty były włączone do sieci, a na dwóch z nich prowadzone były gry) i stwierdzono, iż przedmiotowy lokal nie jest miejscem, w którym możliwe jest legalne urządzenie gier na automatach, a co za tym idzie, nie mogą znajdować się w nim legalne – zgłoszone do rejestru – automaty do gier. W punkcie 3 tego postanowienia, wykonanie powyższego postanowienia zlecono funkcjonariuszom Urzędu Celnego w W., którzy wykonanie tych czynności

zrealizowali w dniu 4 września 2016r. to jest udali się na teren Stacji Paliw „ (...) w N. (...)-(...) D. należącej do grupy P. celem dokonania przeszukania. Po przybyciu na miejsce zastano R. O. – kierownika stacji paliw, któremu okazano przedmiotowe postanowienie Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Dzierżoniowie i wezwano do dobrowolnego wydania: automatów do gier hazardowych H. (...), kluczy serwisowych, dokumentacji związanej z urządzeniem gier hazardowych, środków pieniężnych służących do tego celu oraz rzeczy stanowiących przedmiot przestępstwa karno – skarbowego. R. O. odmówił dobrowolnego wydania rzeczy oświadczając, iż nie jest ich właścicielem.

W wyniku przeprowadzonego przeszukania znaleziono i zatrzymano za pokwitowaniem trzy terminale internetowe do gier o nazwie H. (...) o numerach własnych (...), (...), MT (...), kopię faksową umowy dzierżawy powierzchni użytkowej z dnia 22 listopada 2013r. i paragony – wydruki wpłat i wypłat z terminali.

Na postanowienie Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Dzierżoniowie z dnia 18 sierpnia 2015r. o żądaniu wydania rzeczy i o przeszukaniu w ustawowym terminie wniósł zażalenie pełnomocnik (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. zaskarżając przedmiotowe postanowienie w całości, zarzucając mu:

- zażądanie wydania rzeczy szczegółowo opisanych w zaskarżonym postanowieniu, w tym terminali należących do spółki, jako rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie, pomimo bezskuteczności przepisów współtworzących w realiach niniejszej sprawy zestaw znamion czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s. w dacie wydania postanowienia. Podniósł, że uwzględniając blankietowy charakter tego przepisu karnego oraz konieczność jego wypełnienia w drodze zastosowania art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych i subsydiarnego względem niego art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, które jako nienotyfikowane przepisy techniczne, w braku przekazania Komisji Europejskiej projektu ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 8 ust. 1 dyrektywy nr 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 2 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego nie mogą być zastosowane w tej sprawie, co stanowią inną okoliczność wyłączającą ściganie potwierdzona wiążącą wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dokonaną wyrokiem z dnia 19 lipca 2012r w sprawach połączonych C-213, C-214, i C-217/11 (FORTUNA i inni) oraz wcześniejszym wyrokiem z dnia 26 października 2006r. w sprawie C-65/05 (Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej) oraz wyklucza żądanie wydania i zatrzymanie ww rzeczy jako stanowiących dowód w sprawie, która nie powinna być w ogóle prowadzona w dacie wydania postanowienia;

- obrazę przepisu art. 217 § 1 k.p.k. w zw. z art. 230 § 2 k.p.k. poprzez bezzasadne wydanie zaskarżonego postanowienia w sytuacji braku istnienia w dacie jego wydania jakiegokolwiek przesłanki pozwalającej stwierdzić, iż wskazane przedmioty stanowiły dowód uzasadniający podejrzenie popełnienia przestępstwa, w sytuacji bezskuteczności zakazu urządzania gier na automatach poza kasynem, co nie pozwala na stwierdzenie istnienia podejrzenia popełnienia przestępstwa, jako wymaganej przesłanki prawnej dla żądania wydania rzeczy oraz dokonania ich zatrzymania

- obrazę przepisu art. 94 § 1 pkt 5 k.p.k. oraz art. 98 § 1 k.p.k poprzez zdawkowe i lakoniczne uzasadnienie postanowienia o żądaniu wydania rzeczy, które w żaden sposób nie wyjaśnia podstawy faktycznego rozstrzygnięcia oraz istotnych przesłanek, którymi kierował się organ żądając wydania rzeczy w przedmiotowej sprawie, co zarazem wpływa ograniczająco na możliwość skutecznego zaskarżenia niniejszego postanowienia, jako uchybiającego elementarnym wymaganiom procedury karnej

Podnosząc powyższe wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia w całości i nakazania ich niezwłocznego zwrotu podmiotowi uprawnionemu – (...) sp. z o.o.

W dniu 24 lutego 2016r. Prokuratur Rejonowy w Dzierżoniowie przekazał Sądowi Rejonowemu w Dzierżoniowie zażalenie pełnomocnika (...)

sp. z o.o. z siedzibą w J. wraz z wnioskiem o jego nieuwzględnienie i utrzymanie w mocy zaskarżonego postanowienia.

W ocenie Sądu zażalenie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 236 k.p.k. na postanowienie sądu lub prokuratora dotyczące przeszukania, zatrzymania rzeczy i w przedmiocie dowodów rzeczowych oraz na inne czynności przysługuje zażalenie osobom, których prawa zostały naruszone; zażalenie na postanowienie wydane lub czynność dokonaną w postępowaniu przygotowawczym rozpoznaje sąd rejonowy, w okręgu którego toczy się postępowanie.

Rozpoznając zażalenie, Sąd kontroluje legalność, zasadność i prawidłowość wskazanych w art. 236 k.p.k. czynności, mając na uwadze podstawy do ich dokonywania i warunki niezbędne dla ich legalnego przeprowadzenia. Sąd rozpoznając niniejsze zażalenie winien ocenić zatem legalność zatrzymania, a więc dokonanie czynności przez uprawniony organ, jego zasadność, czyli istnienie podstaw w art. 217 § 1 k.p.k. oraz prawidłowość, przez co należy rozumieć dochowanie wszystkich niezbędnych czynności proceduralnych.

Zgodnie z przepisem art. 217 § 1 k.p.k. zatrzymanie rzeczy obejmuje rzeczy mogące stanowić dowód w sprawie (podkreślenie Sądu) lub podlegające zajęciu w celu zabezpieczenia kar majątkowych, środków karnych o charakterze majątkowym, przepadku, środków kompensacyjnych albo roszczeń o naprawienie szkody.

Istotnym ustaleniem przed podjęciem decyzji o zatrzymaniu rzeczy i przeszukaniu jest zatem stwierdzenie czy rzeczy, mające być zatrzymane mogą stanowić dowód w sprawie, a zatem czy służyły bądź były przeznaczone do popełnienia przestępstwa, zachowały na sobie ślady przestępstwa, czy pochodzą bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa, czy mogą służyć jako środek dowodowy do wykrycia sprawcy czynu lub ustalenia przyczyn i okoliczności przestępstwa. Koniecznym jest bowiem istnienie podejrzenia popełnienia przestępstwa, w tym wypadku przestępstwa karnoskarbowego z art. 107 § 1 k.k.s.

Tymczasem przyjęciu, że w czasie zatrzymania rzeczy dokonanego na podstawie zaskarżonego postanowienia istniało uzasadnione podejrzenie, co do możliwości popełnienia czynu zabronionego stypizowanego w art. 107 k.k.s sprzeciwia się stabilne już orzecznictwo nie tylko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tym zakresie, a w szczególności wyrok z dnia 19.07.2012r. sygn.. akt C-213/11, C-214/11 i C 217/11 i wyrok z dnia 19 listopada 2009r. sygn. akt I C 314/08, ale także Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 27 listopada 2014r. sygn.. akt II KK 55/14

Ze wskazanych judykatów wynika, że art. 107 § 1 k.k.s. penalizujący występki polegający m.in. na prowadzeniu gier na automacie wbrew przepisom ustawy jest przepisem blankietowym, a wymogi w tym zakresie wypełniają przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych (mające jednakże charakter techniczny) i która to ustawa, choć aktualnie obowiązująca, a nadto jej przepisy są zgodne z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej (wyrok TK z dnia 11 marca 2015r. sygn.. akt I 4/14) - z powodu błędów w procesie legislacji, skutkujących niezgodnością z prawem Unii Europejskiej determinuje konieczność odmowy jej zastosowania przez sądy krajowe. Zgodnie z orzecznictwem TS UE i SN bowiem, konsekwencją braku notyfikacji unijnej jest brak możliwości stosowania i to nie tylko przez sądy tych norm prawnych, które nie zostały notyfikowane, a zostały zawarte w jednostkach redakcyjnych podlegających obowiązkowi notyfikacji w myśl zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym. Uzasadnienie takiego trybu procedowania znajduje się w art. 91 § 13 Konstytucji RP, który określa bezpośrednio stosowania i pierwszeństwo prawa stanowionego Unii Europejskiej w wypadku kolizji z ustawami krajowymi.

Tym samym za zasadne uznać trzeba podnoszone przez skarżącego argumenty, iż do czasu notyfikacji wskazanych przepisów ustawy o grach losowych, wskazane przepisy techniczne są nieskuteczne, a sądy krajowe winne są, zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości (jak w przywołanym w zażaleniu wyroku z dnia 30.04.1996r. w sprawie C-194/94), odmówić zastosowania nienotyfikowanych przepisów technicznych prawa krajowego objętych procedurą notyfikacji zgodnie z dyrektywą 98/34/WE. Powyższe zaś prowadzi do wniosku, że brak notyfikacji art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych skutkuje koniecznością stwierdzenia, że faktycznie brak jest konieczności posiadania koncesji na prowadzenie kasyna, a co za tym idzie, w czasie wydania zaskarżonego postanowienia, podejrzenie popełnienia przestępstwa karnoskarbowego z art. 107 § 1 k.k.s., w której to sprawie zatrzymane rzeczy miałyby stanowić dowód rzeczowy, bądź podlegać przepadkowi - było mało prawdopodobne.

Skoro zatem brak było przesłanki koniecznej do wydania zaskarżonego postanowienia, to postanowienie to winno zostać uchylone, wobec czego orzeczono jak w punkcie I sentencji postanowienia. Zważywszy zaś, że w sprawie zajęte zostały terminale internetowe H. F. F., Sąd zwrócił je uprawnionemu. Z tych względów orzeczono jako w punkcie II postanowienia