

POSTANOWIENIE

Dnia 27 stycznia 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Puskarski (przewodniczący)

SSN Andrzej Stępka (sprawozdawca)

SSN Włodzimierz Wróbel

Protokolant Anna Korzeniecka-Plewka

w sprawie **A. R. i J. M.**

uniewinnionych od popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 20 stycznia 2016 r.,

kasacji, wniesionej przez Naczelnika Urzędu Celnego w G.

od wyroku Sądu Okręgowego w G.

z dnia 3 marca 2014 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w G.

z dnia 13 września 2013 r.,

**oddala kasację jako oczywiście bezzasadną, a kosztami
sądowymi za postępowanie kasacyjne obciąża Skarb Państwa.**

UZASADNIENIE

Urząd Celny oskarżył A. R. o popełnienie czterech przestępstw skarbowych z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s., polegających – skrótowo rzecz ujmując – na tym, że jako prezes zarządu P. sp. z o.o., w okresach wskazanych w akcie oskarżenia, urządzał gry na automatach, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Nadto oskarżył J. M. o popełnienie trzech przestępstw skarbowych, kwalifikowanych z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 18 § 3 k.k., polegających na tym, że w okresach wskazanych w akcie oskarżenia, jako prezes zajmujący się sprawami gospodarczymi spółki R., ułatwił A. R. popełnienie czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s., poprzez

przekazanie mu automatów do gry, na których to automatach były urządzone gry wbrew przepisom w/w ustawy.

Wyrokiem Sądu Rejonowego z dnia 13 września 2013 r., oskarżeni A. R. i J. M. zostali uniewinnieni od tych zarzutów.

Apelację od tego wyroku na niekorzyść oskarżonych wniósł Urząd Celny i, który na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zarzucił obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść wyroku poprzez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych, co do sprawstwa obu oskarżonych, a mianowicie:

a/ art. 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., wobec dokonania dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodu z wyjaśnień oskarżonych A. R. i J. M.;

b/ art. 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodu z opinii prywatnych M. S. i M. S.;

c/ art. 410 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. poprzez pominięcie przy ocenie materiału dowodowego dowodu z zeznań w charakterze świadka funkcjonariuszy celnych K.K., L. W. oraz I.T.

W konkluzji oskarżyciel wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku wobec obydwu oskarżonych i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu.

Po rozpoznaniu apelacji, Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 3 marca 2014 r., utrzymał zaskarżony wyrok w mocy, uznając apelację za oczywiście bezzasadną.

Kasację od wyroku Sądu odwoławczego wniósł Urząd Celny, który na podstawie art. 523 k.p.k. i art. 526 § 1 k.p.k. zarzucił:

1/ rażąco obrazę przepisów prawa procesowego, a to art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., poprzez nieuwzględnienie wniesionej przez Urząd Celny apelacji i uznanie jej za oczywiście bezzasadną, w efekcie czego nie wyeliminowano z obrotu prawnego wyroku uniewinniającego oskarżonych A. R. i J. M., który był skutkiem niesłusznego uznania, że nie zachodzą znamiona określone w art. 107 § 1 k.k.s. i art. 4 § 2 k.k.s.

2/ rażąco obrazę przepisów prawa procesowego, a to art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., polegającą na nienależytym rozważeniu zarzutów apelacji, co w konsekwencji doprowadziło do utrzymania w mocy wyroku Sądu Rejonowego w G. z dnia 13 września 2012 roku, wydanego z rażącym

naruszeniem art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., z uwagi na ocenę materiału dowodowego odbiegającą od zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, a w następstwie tego przyjęcie, że oskarżeni nie popełnili zarzucanych im czynów z uwagi na brak umyślności.

W konkluzji oskarżyciel wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Wniesiona kasacja okazała się oczywiście bezzasadna w ujęciu art. 535 § 3 k.p.k. i podlegała oddaleniu. W tej sytuacji Sąd Najwyższy z uwagi na treść w/w przepisu był zwolniony od sporządzenia uzasadnienia swego postanowienia wydanego na rozprawie. Nie ulega jednak wątpliwości, że brak wymogu sporządzenia uzasadnienia sformułowany w art. 535 § 3 k.p.k., nie oznacza ustawowego zakazu jego sporządzenia. A zatem uzasadnienie może zostać sporządzone w razie podjęcia takiej decyzji przez sąd, pomimo uznania kasacji za oczywiście bezzasadną.

W przedmiotowej sprawie Sąd Najwyższy uznał, że słuszne będzie sporządzenie uzasadnienia orzeczenia z urzędu, z uwagi na charakter sprawy i nietypową sytuację procesową, jaka w niej wystąpiła. Rzecz bowiem w tym, że wskutek nieprofesjonalnego sporządzenia środków odwoławczych, a zwłaszcza apelacji, Sąd Najwyższy był zmuszony oddalić kasację, mimo, iż zachodziły wątpliwości natury zasadniczej co do trafności wyroków Sądów pierwszej i drugiej instancji. Trzeba jednak stwierdzić, iż nie sposób naprawić w postępowaniu kasacyjnym uchybień apelacji, nawet w przypadku podniesienia w skardze nadzwyczajnej zarzutów, które jednak wcześniej winny być wyrażone w zwykłym środku odwoławczym. W tej sytuacji sporządzenie uzasadnienia stało się konieczne zarówno dla wskazania kierunku właściwej wykładni przepisów, jakie znalazły zastosowanie w niniejszym postępowaniu, jak i dla podkreślenia błędnego toku rozumowania Sądów obydwu instancji, czy też negatywnej oceny czynności oskarżonych podjętych przez nich przed rozpoczęciem działalności gospodarczej. A zatem motywy podniesione w niniejszym uzasadnieniu Sądu Najwyższego mogą mieć w przyszłości znaczenie dla praktyki orzeczniczej w podobnych sprawach.

Wypada przypomnieć, że zgodnie z treścią art. 519 k.p.k. (w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r.), kasacja może być wniesiona od prawomocnego wyroku sądu odwoławczego kończącego postępowanie. W rezultacie więc, zarzuty podniesione pod adresem orzeczenia sądu I instancji podlegają rozważeniu przez sąd kasacyjny tylko w takim zakresie, w jakim jest to konieczne dla właściwego rozpoznania zarzutów stawianych w tym nadzwyczajnym trybie zaskarżonemu wyrokowi sądu odwoławczego. Nie można ich jednak rozpatrywać w oderwaniu od zarzutów stawianych orzeczeniu sądu II instancji, skoro nie jest funkcją kontroli kasacyjnej kolejne, powielające kontrolę apelacyjną rozpoznawanie zarzutów stawianych pod pozorem kasacji orzeczeniu sądu *meriti*. Z istoty samej kasacji wynika, że sąd kasacyjny może tylko zbadać, czy sądy obydwu instancji dokonując ustaleń faktycznych nie dopuściły się rażącego naruszenia reguł procedowania, co mogłoby mieć wpływ na te ustalenia, a w konsekwencji na treść wyroku. Zatem kontroli w trybie kasacji podlegają nie same ustalenia faktyczne, ale sposób ich dokonania, skoro Sąd Najwyższy jest sądem prawa, a nie sądem faktów. W rezultacie więc, jeżeli dopiero w kasacji sformułowano zarzuty dotyczące trybu procedowania przez sąd pierwszej instancji – dotyczące przykładowo wadliwej kwalifikacji prawnej czynu przyjętej w wyroku tego sądu, nietrafnej oceny ustawowych znamion zarzucanych czynów, błędnej wykładni przepisów mających zastosowanie w danej sprawie, czy też dowolnej, niezgodnej z obowiązującymi regułami oceny zebranego materiału dowodowego - to z takimi zarzutami powinien być związany zarzut naruszenia normy procesowej obligującej sąd odwoławczy do orzekania w tym zakresie, z ewentualną możliwością przekroczenia granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Innymi słowy – strona może wnieść kasację, zarówno wtedy, gdy uchybienia wymienione w art. 523 § 1 k.p.k. dotyczą bezpośrednio wyroku sądu odwoławczego, jak i wówczas, gdy uchybieniem jest dotknięty wyrok sądu pierwszej instancji, ale uchybienie to nie zostało dostrzeżone przez sąd drugiej instancji w związku z rozpoznawaniem apelacji strony. Wtedy bowiem następuje tzw. efekt przeniesienia tego uchybienia do wyroku sądu odwoławczego, który został zaskarżony kasacją. Strona może więc podnieść zarzut rażącego naruszenia prawa polegającego na tym, że sąd odwoławczy nie dokonał określonych korekt orzeczenia sądu pierwszej

instancji, chociaż w związku z rozpoznaniem apelacji mógł i powinien był to uczynić. Wówczas jednak, co istotne, wnoszący kasację winien wskazać te wadliwości orzeczenia sądu I instancji, które *in concreto* uzasadniały podjęcie odpowiedniego rozstrzygnięcia przez sąd odwoławczy. Jak już podniesiono, stawiane w takim wypadku zarzuty pod adresem orzeczenia sądu pierwszej instancji muszą jednak ściśle łączyć się z zarzutami stawianymi orzeczeniu sądu odwoławczego. W rezultacie więc, jeżeli istota wadliwości orzeczenia sądu odwoławczego polega na utrzymaniu w mocy niezgodnego z prawem lub bezzasadnego orzeczenia sądu I instancji, to orzeczenie sądu II instancji może podlegać korekcie tylko wtedy, gdy sąd odwoławczy rozpoznając apelację w ogóle mógł i powinien był uchylić lub zmienić orzeczenie sądu pierwszej instancji. A zatem, skrótowno rzecz ujmując – o ile nie wystąpiły bezwzględne przyczyny odwoławcze z art. 439 k.p.k. – wówczas, gdy w zwykłym środку odwoławczym konkretne zarzuty zostały w ogóle podniesione (*por. wyroki Sądu Najwyższego: składu 7 sędziów z dnia 26 czerwca 1996 r., II KKN 9/96, OSNKW 1996, z. 11 – 12, poz. 76; z dnia 6 września 1996 r., II KKN 63/96, OSNKW 1997, z. 1 – 2, poz. 11; z dnia 28 listopada 1996 r., III KKN 148/96, OSNKW 1997, z. 1 – 2, poz. 12; postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 29 sierpnia 1996 r., V KZ 37/96, OSNKW 1996, z. 9 – 10, poz. 67; z dnia 10 września 1996 r., IV KZ 64/96, OSNKW 1996, z. 11 – 12, poz. 85*).

Należy przypomnieć, że art. 523 § 1 k.p.k. określa pozytywnie i wyczerpująco podstawy kasacji. Przepis ten stanowi, że kasacja może być wniesiona tylko z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. (a więc mających rangę bezwzględnych przyczyn odwoławczych) lub innego rażącego naruszenia prawa, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Kasacja nie może być wniesiona wyłącznie z powodu niewspółmierności kary. Wskazane w tym przepisie podstawy kasacyjne mają charakter autonomiczny i w pełni samodzielny, a zatem nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. W istotny sposób ograniczają też możliwość wnoszenia tej nadzwyczajnej skargi w porównaniu do znacznie szerzej zakreślonych podstaw apelacji, wymienionych w art. 438 pkt 1 – 4 k.p.k. Nie można więc identyfikować kontroli kasacyjnej prawomocnych orzeczeń z odmienną w swych założeniach i znacznie szerszą

kontrolą apelacyjną nieprawomocnych orzeczeń. O ile „rażące naruszenie prawa”, o jakim mowa w art. 523 § 1 k.p.k., może korespondować z obrazą przepisów prawa materialnego lub procesowego (a więc z podstawami apelacji określonymi w art. 438 pkt 1 i 2 k.p.k., a w pewnych sytuacjach także z punktu 4 tego przepisu), to w przypadku kasacji ustawa dodatkowo wymaga, by naruszenie prawa było „rażące”, a jednocześnie mogło mieć nie jakikolwiek, lecz istotny wpływ na treść zaskarżonego kasacją wyroku. Z kolei takiego wymogu nie ma przy zwykłej kontroli odwoławczej, spowodowanej wniesieniem apelacji.

Nieco inaczej też są ukształtowane granice rozpoznania sprawy przez sąd odwoławczy (po wniesieniu apelacji), a inaczej przez sąd kasacyjny. Zgodnie bowiem z treścią art. 433 § 1 k.p.k., sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach środka odwoławczego, a w zakresie szerszym tylko wówczas, gdy ustawa to przewiduje. Rozpoznanie sprawy w zakresie szerszym, poza granicami zwykłego środka odwoławczego możliwe jest zatem tylko: w razie stwierdzenia bezwzględnych przyczyn odwoławczych (art. 439 k.p.k.), gdy zachodzą warunki do zmiany lub uchylecia orzeczenia na rzecz współoskarżonych, którzy nie wnieśli apelacji (art. 435 k.p.k.), gdy zachodzą warunki do poprawienia błędnej kwalifikacji prawnej (art. 455 k.p.k.) oraz w przypadku stwierdzenia rażącej niesprawiedliwości wyroku (art. 440 k.p.k.). Natomiast w postępowaniu kasacyjnym Sąd Najwyższy, zgodnie z art. 536 k.p.k., kasację rozpoznaje w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, a w zakresie szerszym - tylko w wypadkach określonych w art. 435 k.p.k., art. 439 k.p.k. i art. 455 k.p.k. A zatem przepis art. 536 k.p.k. nie stwarza możliwości uwzględnienia kasacji niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów na podstawie art. 440 k.p.k. – a więc w przypadku stwierdzenia rażącej niesprawiedliwości wyroku. Zakreślone w ten sposób granice kontroli kasacyjnej sprawiają, że istotnego znaczenia nabiera precyzyjne wskazanie oraz trafne sformułowanie zarzutów kasacyjnych przez podmioty wnoszące kasację, skoro – skrótnie rzecz ujmując - sąd kasacyjny co do zasady rozważa tylko to, co podniesiono w skardze kasacyjnej. Jest więc rzeczą oczywistą, że tak istotne zawężenie kontroli nadzwyczajnego środka zaskarżenia zobowiązuje autorów kasacji do precyzyjnego formułowania zarzutów, jak też rzetelnego i spójnego z punktu widzenia ich treści uzasadnienia.

Wszystkie te uwagi, dotyczące istoty, funkcji oraz charakteru kasacji były niezbędne dla wykazania granic kontroli kasacyjnej, którą w przedmiotowej sprawie Sąd Najwyższy mógł przeprowadzić. Konieczne jest również odniesienie się w tym miejscu przez Sąd Najwyższy do dwóch kolejnych kwestii, mających podstawowe wręcz znaczenie.

Pierwsza dotyczyła zaistniałego *in concreto* układu procesowego, w którym Sąd odwoławczy rozpoznawał wyłącznie wniesioną przez oskarżyciela publicznego – Urząd Celny - na niekorzyść oskarżonych apelację. W tych warunkach Sąd Okręgowy był związany obostrzeniami wynikającymi z art. 434 § 1 k.p.k. (zakaz *reformationis in peius*). Mógł zatem Sąd odwoławczy orzec na niekorzyść oskarżonych tylko w granicach zaskarżenia i wyłącznie "w razie stwierdzenia uchybień podniesionych w środку odwoławczym lub podlegających uwzględnieniu z urzędu". Art. 434 § 1 zdanie 2 k.p.k., zakreśla granice orzekania na niekorzyść oskarżonego w postępowaniu odwoławczym i ma charakter gwarancyjny. W konsekwencji więc nie podlega interpretacji rozszerzającej i musi być ściśle interpretowany.

Druga kwestia jest związana z możliwością właściwego odczytania treści zarzutów skargi nie tylko w dosłownym ich brzmieniu, ale także z zastosowaniem reguły wskazanej w art. 118 § 1 k.p.k. Przepis ten stanowi, że znaczenie czynności procesowej ocenia się według treści złożonego oświadczenia. Sformułowanie to należy rozumieć w ten sposób, że o znaczeniu każdej czynności procesowej decyduje jej treść, a nie sama forma, czy też nazwa. Reguła określona w art. 118 § 1 k.p.k. ma zastosowanie zarówno przy ustalaniu woli zaskarżenia rozstrzygnięcia, jak i jego rzeczywistego zakresu oraz treści zarzutów i wniosków.

Nie ulega też wątpliwości, że powyższa zasada odnosi się do czynności procesowych zarówno stron, jak również innych uczestników postępowania, a także do czynności organów postępowania. Ma oczywiście zastosowanie i w postępowaniu kasacyjnym, w którym znaczenie nadzwyczajnej skargi, jaką jest kasacja, ocenia się nie według jej "literalnego brzmienia", ale na podstawie rzeczywistej treści złożonego pisma procesowego, co oznacza konieczność uwzględnienia całej jej treści. A więc nie tylko zapisów zamieszczonych w jej części wstępnej - zarzutów wprost wskazanych w *petitum* kasacji – ale także motywów

zawartych w uzasadnieniu nadzwyczajnej skargi. Dopiero dokonanie w taki sposób całościowej analizy kasacji pozwoli na odtworzenie rzeczywistych intencji jej wniesienia i ustalenie istoty podnoszonego uchybienia, na którym opiera się stawiany zarzut. Dlatego też nawet wadliwe "zakwalifikowanie" uchybień przez autora kasacji, polegające chociażby na powołaniu niewłaściwego przepisu prawa, nie może przesądzać o uznaniu kasacji za bezskuteczną. Takie co do zasady są konsekwencje reguły z art. 118 § 1 k.p.k.

Jednakże skorzystanie z możliwości, jakie stwarza ta reguła, jest obwarowane również pewnymi ograniczeniami. Po pierwsze – uwzględnienie uchybienia istniejącego w rzeczywistości, które jednak w kasacji nie zostało w ogóle podniesione, byłoby przekroczeniem granic tej kasacji, o ile nie zachodziłyby wyjątki wymienione w art. 536 k.p.k. Stosowanie omawianej reguły w zakresie oceny czynności procesowych podejmowanych przez organ procesowy nie może mieć charakteru antygwarancyjnego dla oskarżonego. Po drugie – możliwość uwzględniania przy ocenie intencji wnoszącego kasację, zasady wyrażonej w powyższym przepisie, nie może prowadzić w sytuacji kasacji złożonej wyłącznie na niekorzyść oskarżonego, do „wyszukiwania” w treści uzasadnienia skargi kasacyjnej takiego uchybienia, które nie pozostaje w ścisłym związku logiczno – prawnym z treścią zarzutu, a stanowi jedynie dodatkową argumentację. Należy przecież pamiętać, że do strony wnoszącej kasację jest adresowany ustawowy nakaz sformułowania zarzutu rażącego naruszenia prawa w sposób maksymalnie precyzyjny, a więc poprzez wskazanie konkretnego przepisu prawa materialnego bądź procesowego, do którego naruszenia doszło w postępowaniu przed sądem odwoławczym. Skorzystanie z reguły ustanowionej w art. 118 § 1 k.p.k. nie może oznaczać zastępowania podmiotu wnoszącego kasację w jego obowiązkach. Tym bardziej nakaz ten dotyczy autora kasacji, którym jest oskarżyciel publiczny. Sąd Najwyższy nie tylko nie jest zobowiązany, ale nie ma również uprawnień do tego, by domniemywać intencje autora nadzwyczajnego środka zaskarżenia. Byłoby to kreowanie przez sąd kasacyjny nowych, niewynikających ze skargi kasacyjnej zarzutów, w dodatku niemające żadnego umocowania w obowiązujących przepisach. A zatem Sąd Najwyższy nie może prowadzić poszukiwań w kasacji ewentualnych uchybień, które nie zostały w niej wyrażone w sposób stanowczy i

jednoznaczny, a umożliwiałyby uchylenie prawomocnego wyroku, nawet uznawanego formalnie za niesprawiedliwy. Byłoby to niedopuszczalne, zwłaszcza w wypadku kasacji wniesionej przez podmiot kwalifikowany, jakim jest oskarżyciel publiczny – Urząd Celny, i w sytuacji, gdy kasację wniesiono na niekorzyść oskarżonego w przypadku prawomocnego wyroku uniewinniającego. Dotyczy to również zastosowania art. 440 k.p.k., który w realiach procesowych przedmiotowej sprawy mógłby wchodzić w rachubę, gdyby nie jednoznaczna wola ustawodawcy, który w treści art. 536 k.p.k., opowiedział się przeciwko możliwości rozpoznania kasacji w oparciu o ten przepis w zakresie szerszym, niż określony granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami (*por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2014 r., IV KK 105/14, KZS 2015, z. 10, poz. 35; postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 15 października 2015 r., III KK 228/15, Lex Nr 1814912; z dnia 24 września 2014 r., IV KK 232/14, KZS 2015, z. 1, poz. 40; z dnia 9 kwietnia 2013 r., II KK 174/12, Lex Nr 1303270; z dnia 1 września 2010 r., IV KK 69/10, OSNKW – R 2010/Nr 1, poz. 1651; z dnia 6 listopada 2009 r., V KK 436/08, Lex Nr 550546; z dnia 8 marca 2007 r., V KK 102/06, Lex Nr 260713; z dnia 14 kwietnia 2005 r., III KK 196/04, Lex Nr 151672; z dnia 10 czerwca 2003 r., III KK 200/02, Lex Nr 78836*).

Przechodząc na grunt przedmiotowej sprawy należy podnieść, co następuje:

Sąd I instancji uniewinnił oskarżonych M. i R. od zarzucanych im czynów przyjmując, że swoim działaniem nie zrealizowali ustawowych znamion tych czynów. Podkreślał Sąd, że zachowanie oskarżonych „nie nosiło znamion umyślności” i jakkolwiek przewidywali oni możliwość popełnienia przestępstwa, jednak dochowali należytej staranności (zwracając się do specjalisty o wykonanie ocen technicznych), aby tego uniknąć i nie godzili się na to. Tym samym – jak ujął to Sąd - ich zachowanie cechowała „nieumyślność w postaci świadomej”, a w rezultacie doszło do „dekompletacji znamion strony podmiotowej przestępstwa”. Skoro zatem oskarżeni nie zrealizowali znamion strony podmiotowej zarzucanych czynów, to w ocenie Sądu fakt ten czynił „*bezprzedmiotowym badanie wypełnienia znamion strony przedmiotowej*”.

Do tego rodzaju wniosków doszedł Sąd po analizie zebranego materiału dowodowego, a w szczególności wyjaśnień oskarżonych i opinii biegłych oraz po dokonaniu wykładni przepisów ustawy o grach hazardowych i art. 107 § 1 k.k.s.

Wypada zatem przypomnieć, iż Sąd I instancji w całości dał wiarę oskarżonym, którzy twierdzili między innymi, że:

- w ich przekonaniu zakwestionowane przez Urząd Celny automaty nie podlegały przepisom ustawy o grach hazardowych, gdyż nie miały charakteru losowego i nie przynosiły żadnego dochodu;
- o braku losowego charakteru przedmiotowych automatów utwierdzały oskarżonych dodatkowo wywody opinii prywatnej M. S., której opracowanie zlecił J. M. Sporządzenie opinii miało na celu „ustalenie i potwierdzenie przebiegu gry i reguł nią kierujących”;
- dodatkowo oskarżony M. wyraził pogląd, że miałby obowiązek zwrócić się do Ministra Finansów o rozstrzygnięcie, „czy automaty są automatami w rozumieniu ustawy o grach hazardowych” tylko wtedy, gdyby powziął jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, a takich wątpliwości nie miał;
- J. M. wskazał też, że na jego polecenie automaty zostały zmodyfikowane przez pracowników jego firmy w tym celu, „aby gra na tych automatach nie podlegała przepisom ustawy hazardowej”;
- oskarżony A. R. wyjaśnił nadto, że informacje o charakterze gry – zgodne z treścią dokonanych przez M. S. ocen technicznych – zostały umieszczone na każdym automacie, co znalazło potwierdzenie w protokole ich oględzin. Zdaniem Sądu tego rodzaju *„fakt powszechnego udostępnienia (...) informacji świadczy o tym, iż w momencie urządzania gier pozostawał (oskarżony – uwaga Sądu Najwyższego) w przekonaniu, że informacje te są prawdziwe”*.

Jak już podniesiono wcześniej, Sąd I instancji w całości uznał za wiarygodne wyjaśnienia obydwu oskarżonych i podkreślił, że wszystkie dowody zebrane w sprawie pozwoliły na kompleksową ocenę stanu świadomości oskarżonych co do możliwości popełnienia przestępstw i w konsekwencji pozwoliły Sądowi uznać, że ich zachowania nie nosiły cech umyślności. Przyjął też Sąd, że ujawniony przez oskarżonego M. *„fakt dążenia do przystosowania automatów w sposób, który umożliwiałby prowadzenie działalności gospodarczej bez konieczności spełnienia*

dodatkowych, restrykcyjnych warunków, nie może skutkować uznaniem, iż motywem zlecenia przez niego wykonania specjalistycznych ocen technicznych automatów do gier, było uzyskanie tzw. „podkładki” w postaci dokumentu obdarzonego zaufaniem publicznym, umożliwiającym mu bezkarne prowadzenie działalności wbrew przepisom ustawy”. Przeciwnie, jak to ujęto – „Zasięgnięcie opinii osoby posiadającej wiedzę fachową w tej dziedzinie należy uznać za przejaw zachowania należytej staranności w celu uzyskania potwierdzenia, że planowane działanie mieścić się będzie w normach prawa”.

W dalszym ciągu Sąd podkreślił, że dla weryfikacji twierdzeń oskarżonych, *„co do pozostawania przez nich w świadomości, iż wszystkie automaty do gier pozbawione były charakteru losowego, a tym samym działalność gospodarcza polegająca na urządzaniu i prowadzeniu gier z ich wykorzystaniem, nie podlegała regulacjom ustawy o grach hazardowych”,* koniecznym było dokonanie oceny wiarygodności dowodów pisemnych, a mianowicie opinii biegłego W. K. oraz „Oceny technicznej automatów” sporządzonej przez M. S. Analizując te dowody, Sąd uznał za wiarygodne obydwie opinie i podkreślił, że stanowiska biegłych różnią się w kilku istotnych szczegółach, a zwłaszcza co do charakteru losowego gry, elementu losowości oraz wygranej rzeczowej. Zaznaczając, że pod względem karnoprocesowym wyłącznie opinia biegłego K. stanowi opinię specjalistyczną w rozumieniu art. 194 k.p.k., to jednak Sąd *„wartość merytoryczną jego opinii ocenił równoważnie z prywatnymi opiniami sporządzonymi przez M. S. (...)”.* Stwierdził Sąd następnie, że występujące pomiędzy wspomnianymi opiniami sprzeczności nie wymagały powołania innego biegłego – *„albowiem już sam fakt, iż prima facie obie opinie były wiarygodne, pozwalało na przyjęcie, iż „modelowy obywatel” nieposiadający wiedzy fachowej (co można odnieść do wszystkich oskarżonych), byłby w stanie zaakceptować logicznie umotywowane wnioski końcowe opinii sporządzonych przez M. S. z równym prawdopodobieństwem, jak wnioski przedstawione przez biegłego W. K.”.*

W podsumowaniu tych rozważań stwierdził Sąd, iż zasadnicza różnica pomiędzy opiniami K. i S. dotyczyła *„sposobu rozumienia charakteru losowego gry – pojęcia języka prawnego, które jednak nie zostało zdefiniowane w źródłowym akcie prawnym”.* Temu zagadnieniu Sąd poświęcił dalszą część rozważań,

przyjmując jednocześnie, że wobec rozbieżności pomiędzy opiniami biegłych oraz braku wzmiankowanej ustawowej definicji – *„kategoryczne rozstrzygnięcie kwestii, czy gry urządzone (...) na automatach określonych w treści zarzutów miały charakter gier na automatach w myśl art. 2 ust. 4 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (...) nie było w niniejszej sprawie konieczne”*.

W dalszej kolejności przeprowadził Sąd analizę prawną przepisu art. 107 § 1 k.k.s. oraz niektórych przepisów ustawy o grach hazardowych, dochodząc do wniosku, że przepisy te są na tyle niedookreślone, iż nie mogą stanowić podstawy odpowiedzialności karnej oskarżonych.

Podkreślił Sąd, iż definicję wymienionych w art. 107 § 1 k.k.s. gier losowych oraz gier na automacie zawiera art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, a następnie przytoczył treść art. 2 ust 1, 3, 4 i 5 tejże ustawy. Następnie zarzucił Sąd, że w ustawie nie zawarto jednak definicji pojęć „element losowości” oraz „charakter losowy”, mających kluczowe znaczenie dla zakwalifikowania określonej gry jako „gry na automatach ” w myśl cytowanej ustawy. Odwołując się do orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego podniósł, że według cytowanych judykatów *„gra ma charakter losowy wówczas, gdy wyniku gry nie można przewidzieć od początku z uwagi na jej losowy przebieg - wynik gry zależy od przypadku”*. Podkreślił – *„Od strony podmiotowej przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. może zostać popełnione umyślnie, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Tym samym sprawca musi mieć zamiar popełnienia tego czynu zabronionego pod groźbą kary, bądź też przewidując możliwość jego popełnienia na to się godzić”*. Podsumowując te wszystkie rozważania Sąd I instancji wyraził stanowisko, które należy w tym miejscu zacytować w całości, a mianowicie: - *„Podkreślić należy, iż obywatele nie mogą ponosić negatywnych skutków błędów legislacyjnych, jak np. braku wykładni autentycznej używanych w ustawie pojęć. Jedną z podstaw prawa jest zasada, że to, co nie jest zakazane jest dozwolone. Ustawodawca sam decyduje, jaka kategoria zachowań (w tym przypadku rodzaju gier) z uwagi na ich charakter wymaga szczegółowych regulacji prawnych, przy czym wymóg określoności prawa jest szczególnie istotny w dziedzinie prawa karnego. Obywatel ma zatem prawo dokonywać działań, również „w celu komercyjnym”, o ile tylko ustawa wyraźnie ich*

nie zabrania. W tym tkwi istota swobody działalności gospodarczej, zaś materialna efektywność jej prowadzenia w dużym stopniu polega na innowacyjności.

Z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika, że każda regulacja prawna, nawet o charakterze ustawowym, musi m.in. spełniać wymóg dostatecznej określoności. Przepisy prawne muszą być sformułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny. Naruszeniem Konstytucji RP jest stanowienie przepisów niejasnych, wieloznacznych, niepozwalających jednostce przewidzieć konsekwencji prawnych jej zachowań (por. wyrok TK z dnia 22 maja 2002 r., sygn. K.6/02, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 33, s. 448). Mając na uwadze powyższe, każdy przepis prawny powinien być skonstruowany poprawnie z punktu widzenia językowego i logicznego. Tymczasem według jednego ze znaczeń zawartych w słowniku języka polskiego przymiotnik „losowy” oznacza „oparty na losowaniu lub wybrany przypadkowo” (...). W żaden sposób opierając się li tylko na wykładni literalnej nie można ustalić do jakiego konkretnie aspektu gry ma się odnosić jej „charakter losowy” - tj. przewidywalności wyniku, czy też chwilowych układów symboli w ramach rozgrywanych partii gier. W ocenie Sądu powyższe czyni usprawiedliwionym przejęcie przez oskarżonego za wiarygodną interpretacji tego pojęcia przedstawionej w opinii wykonanej przez M.S”. Sąd Najwyższy stwierdza, że o ile za trafne należy uznać ogólne wywody Sądu Rejonowego, co do postulatu odpowiedniej określoności przepisów prawa, to jednak - ogólnie rzecz ujmując - wątpliwości budzą wnioski, do jakich ostatecznie doszedł Sąd w podsumowaniu tej oceny.

W tym miejscu trzeba krytycznie zauważyć, że apelacja Urzędu Celnego została sporządzona nieprofesjonalnie, gdyż nie dostrzegając istoty problemu, podniosła nieprecyzyjne zarzuty, w dodatku drugorzędnej natury. W istocie rzeczy, mimo przedstawienia w *petitum* apelacji trzech zarzutów, można je sprowadzić do jednego, a mianowicie obrazy przepisów postępowania (art. 438 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k.), polegającej na dowolnej, a nie swobodnej ocenie wyjaśnień oskarżonych i opinii prywatnej biegłego S. oraz pominięciu przy ustaleniach faktycznych zeznań trojga funkcjonariuszy celnych. Z kolei podniesiona obraza przepisów procesowych mogła mieć wpływ na treść wyroku w ten sposób, że w jej następstwie doszło do błędnych ustaleń faktycznych w zakresie sprawstwa

oskarżonych. A zatem apelacja została oparta również o podstawę z art. 438 pkt 3 k.p.k., chociaż przepisu tego wprost nie wskazano, podobnie, jak w uzasadnieniu skargi bliżej nie przedstawiono stosownych argumentów w tej części. Od razu w tym miejscu można stwierdzić, iż zarzut z pkt 4 *petitum* apelacji, dotyczący pominięcia dowodu z zeznań funkcjonariuszy celnych, nie przedstawiał istotnej wartości, gdyż treść zeznań K. K., I. T. i L. W. pozostawała bez większego wpływu na treść wyroku i w żaden sposób nie mogłaby doprowadzić do jego uchylenia w postępowaniu odwoławczym.

Wypada podkreślić, że ta ocena nie oznacza bynajmniej odmówienia rzetelności działaniom w/w funkcjonariuszy, zwłaszcza w trakcie przeprowadzanych kontroli i ujawnienia przedmiotowych automatów do gier. Oznacza tylko i wyłącznie to, że skoro głównym powodem uniewinnienia oskarżonych były wnioski Sądu I instancji wyciągnięte z analizy wyjaśnień oskarżonych i oceny opinii M. S., a przede wszystkim stanowisko wynikające z dokonania przez ten Sąd wykładni przepisów prawa mających zastosowanie w niniejszej sprawie, to zeznania świadków pozwalających na odtworzenie przebiegu kontroli lokali z automatami niczego w tym zakresie zmienić nie mogły. Zresztą, Sąd I instancji nie pominął w ogóle zeznań w/w świadków, lecz uznał, nie kwestionując ich wiarygodności, że ich *„depozycje nie miały istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, stanowiły potwierdzenie faktów wynikających z innych, wiarygodnych dowodów”* (s. 16 uzasadnienia).

Jednym z najistotniejszych uchybień apelacji jest brak stosownego zarzutu w zakresie związanym z przeprowadzeniem przez Sąd I instancji błędnego rozumowania w zakresie przepisów ustawy o grach hazardowych i art. 107 § 1 k.k.s. Wydaje się, że celowym byłoby podniesienie właśnie zarzutu obrazy prawa materialnego, która to obraza może także polegać na błędnej wykładni przepisów prawa. Jednakże takiego zarzutu nie tylko nie sformułowano wprost, ale nie można go również wyinterpretować przy zastosowaniu reguły z art. 118 § 1 k.p.k. w sposób jednoznaczny, nie opierając się o domysły i domniemania.

Skoro jednak pod adresem Sądu I instancji podniesiono zarzut obrazy art. 7 k.p.k. przy ocenie wyjaśnień oskarżonych oraz opinii prywatnej M. S., to w apelacji należało precyzyjnie wskazać na konkretne błędy tego Sądu w sposobie

dochodzenia do określonych ocen, przemawiające w zasadniczy sposób przeciwko dokonaniem rozstrzygnięciu. Tego rodzaju zarzut nie może ograniczać się do ogólnikowego wskazania wadliwości przekonania sądu o wiarygodności jednego dowodu i braku tej cechy innego dowodu. Uwiarygodnienie zarzutu dowolnej oceny dowodów wymaga więc wykazania w oparciu o konkretne fakty oraz ich pogłębioną logiczną analizę, że istotnie sąd uchybił regułom prawidłowego i logicznego rozumowania, czy też uchybił wskazaniom wiedzy lub życiowego doświadczenia. Tymczasem zarzuty apelacji w tym zakresie – nawet odczytywane przy zastosowaniu reguły z art. 118 § 1 k.p.k. – są chaotyczne i niekonkretne, a w konsekwencji nie dotyczą istoty problemu w sposób, który pozwalałby na zakwestionowanie stanowiska Sądu Rejonowego.

Zarzucono mianowicie w apelacji, iż dając wiarę wyjaśnieniom oskarżonych Sąd „*nie zwrócił uwagi na konsekwencje wynikające z faktu przyznania im tegoż przymiotu, a mianowicie w ogóle nie wziął pod uwagę orzecznictwa sądów administracyjnych*”. Co jednak autor apelacji miał w tym przypadku dokładnie na myśli trudno dociec, gdyż stanowiska tego nie rozwinął, nie odwołał się także do żadnego konkretnego judykatu owych „sądów administracyjnych”, mimo dalej wyrażonej deklaracji, że „*pomocnym w tym zakresie wydaje się być orzecznictwo sądów administracyjnych*”. I chociaż trafnie wskazano w apelacji, że przepis art. 107 § 1 k.k.s. ma charakter blankietowy i odsyła do przepisów ustawy o grach hazardowych, to jednak nadmiernym uproszczeniem jest dalsza konkluzja, która brzmi - „*Zatem naruszenie któregośkolwiek przepisu ustawy o grach hazardowych, jak również naruszenie jakichkolwiek przepisów wykonawczych, wydanych na podstawie tejże ustawy, skutkuje pociągnięciem do odpowiedzialności karnej skarbowej*”. Nie wdając się w szersze rozważania na ten temat, gdyż jest to zbędne, należy poprzestać na uwadze, że obowiązkiem apelującego było wskazanie w tym przypadku, które przepisy zostały naruszone przez oskarżonych i dlaczego.

Dalsze wywody apelacji są nie mniej chaotyczne i mało czytelne. Z jednej strony zarzuca się błędną ocenę przez Sąd opinii prywatnej M. S., z drugiej jednak, apelujący odwołuje się do jej treści na wykazanie, iż biegły ten potwierdził możliwość kontynuacji gry, co stanowi również „wygraną rzeczową” w ujęciu art. 2

ust. 4 ustawy o grach hazardowych. Apelacja nie wskazuje zupełnie, na czym w przypadku opinii prywatnej polega błąd Sądu I instancji w jej ocenie. Można jedynie domyślać się – gdyż i tej okoliczności nie wywiedziono wprost – że chodzi o rozbieżność między wywodami prywatnej opinii M. S., a wnioskami wynikającymi z opinii biegłego K., powołanego przez Urząd Celny. Tyle tylko, iż na rozbieżności te zwrócił uwagę Sąd I instancji i przyjął wersję korzystniejszą dla oskarżonych – inna rzecz, że postąpienie to może budzić wątpliwości, czego jednak w skardze nie wyartykułowano.

Słusznie natomiast przypomniał autor apelacji, że oskarżony J. M. prowadził już od dłuższego czasu działalność gospodarczą dotyczącą automatów do urządzania gier, a zatem – *„nieobce są jemu, i ówczesne przepisy ustawy o grach i zakładach wzajemnych i obecne przepisy ustawy o grach hazardowych, jak również orzecznictwo administracyjne w tym zakresie”*. Tyle tylko, że myśl ta nie została rozwinięta, więc trudno dociec, jakie wnioski z tego faktu wyciąga ostatecznie apelujący. Wyrażono ją bowiem przy odwołaniu się do wyjaśnień J. M., który podniósł, iż polecił zmodyfikować zasady działania automatów do gier w taki sposób, by nie podlegały ustawie o grach hazardowych, a dla pewności zwrócił się po ekspertyzę do M. S. Co prawda, w dalszej części wywodów apelujący, powołując się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego podkreśla, iż wprowadzenie do automatu różnych elementów dodatkowych mających stwarzać pozory braku losowości, nie pozbawia gry charakteru losowego. Podnosi również, że z opinii biegłego K. wynika, iż z przedmiotowych automatów wymontowano tzw. hopper, co świadczy o tym, że *„z pewnością automaty te były automatami wypłacającymi wygrane pieniężne”*. Te wywody jednak autor apelacji podsumowuje stwierdzeniem, które wprowadza dodatkową nieczytelność skargi. Podnosi bowiem – *„Jednakże nie do końca J. M. udało się całkowita modyfikacja automatów, albowiem opinia biegłego W. K. stanowi jednoznacznie, iż rzeczzone automaty nie są automatami zręcznościowymi. Zatem nie sposób tu powiedzieć, iż J. M. w zamiarze bezpośrednim popełnił zarzucane jemu przestępstwa skarbowe”*. Trudno nie dostrzec, iż tego rodzaju skrót myślowy może prowadzić do odmiennych wniosków od pożądaných przez apelującego.

Przedmiotem rozpoznania Sądu odwoławczego była więc powyższa apelacja, sformułowana nieprofesjonalnie i podnosząca zarzuty w istocie rzeczy drugorzędnej natury. Zgodnie z art. 433 § 2 k.p.k. sąd odwoławczy jest obowiązany rozważyć wszystkie wnioski i zarzuty wskazane w środku odwoławczym, a na podstawie art. 457 § 3 k.p.k., winien w uzasadnieniu podać, czym kierował się sąd wydając wyrok oraz dlaczego zarzuty i wnioski apelacji uznał za zasadne albo niezasadne. Mając na uwadze sposób wyrażenia przez oskarżyciela publicznego zarzutów w apelacji trzeba stwierdzić, że w realiach procesowych niniejszej sprawy chybiony jest wyrażony w kasacji zarzut naruszenia przez Sąd odwoławczy powyższych przepisów. Sąd Okręgowy sprostął obowiązkom w nich wskazanych i rozważył wszystkie zarzuty oraz wnioski podniesione w apelacji, wystarczająco też umotywował swój stosunek do nich. Zaakceptował dokonaną przez Sąd Rejonowy ocenę wyjaśnień oskarżonych, opinii M. S. oraz stanowisko co do wartości dowodowej zeznań funkcjonariuszy celnych. A zatem co do zasady, uzasadnienie wyroku Sądu odwoławczego w pełni odpowiada wymogom określonym w art. 457 § 3 k.p.k. Jakkolwiek jest rzeczą oczywistą, iż na Sądzie odwoławczym ciąży obowiązek rozpoznania wszystkich wniosków i zarzutów wskazanych w środku odwoławczym, nie oznacza to jednak powinności wyszukiwania przez ten sąd zarzutów, które nie zostały wyrażone chociażby w sposób pośredni, ale czytelny. Tym bardziej nie wolno tego czynić w przypadku apelacji wniesionej na niekorzyść oskarżonego. Skoro zatem w niniejszej sprawie Sąd odwoławczy podzielił w pełni dokonaną przez Sąd I instancji ocenę dowodów oraz wywody prawne, a nadto nie poprzestał jedynie na akceptacji stanowiska tego Sądu, lecz przedstawił również własne motywy, to od strony formalnej nie można postawić zarzutu dokonania niewystarczającej kontroli instancyjnej. Inna rzecz, że również stanowisko Sądu odwoławczego powielало błędny pogląd wyrażony przez Sąd I instancji.

Wypada przypomnieć treść przepisu art. 2 ust. 6 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, który to przepis całkowicie umknął uwadze zarówno Sądu I instancji, jak i Sądu odwoławczego. Przepis ten stanowi – *„Minister właściwy do spraw finansów publicznych rozstrzyga, w drodze decyzji, czy gra lub zakład posiadające cechy wymienione w ust. 1-5 są grą losową, zakładem wzajemnym albo grą na automacie w rozumieniu ustawy”*. Jest rzeczą oczywistą, że treść tego

unormowania nie oznacza, by sąd karny był tym faktem związany i w razie braku takiej decyzji nie miał kompetencji do samodzielnego ustalenia, czy będąca przedmiotem osądu gra spełnia określone ustawą kryteria – np. na podstawie dowodu z opinii biegłego powołanego przez sąd lub organ prowadzący postępowanie przygotowawcze. Takie uprawnienie Sądu wynika chociażby z zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego określonej w art. 8 k.p.k. A zatem, nawet brak w/w decyzji ministra nie stanowi przeszkody do dokonania tego rodzaju ustaleń w postępowaniu karnym skarbowym, jako warunkujących wypełnienie przedmiotowego znamienia przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s.

Trzeba też zwrócić uwagę, że art. 2 ust. 7 ustawy o grach hazardowych jednoznacznie wskazuje, iż omawiana kompetencja ministra odnosi się do planowanych albo realizowanych przedsięwzięć podejmowanych przez osoby mające zamiar podjąć działalność gospodarczą w zakresie gier na automatach lub prowadzące taką działalność. Jak podnosi się w literaturze prawniczej, rozstrzygnięcia te ze swej istoty służą ocenie przedsięwzięć prowadzących do obejścia - przez uczestników hazardowej aktywności - ograniczeń i restrykcji, jakim poddany jest hazard (*por. L. Wilk: W sprawie zakazu hazardu niereglamentowanego, Państwo i Prawo 2013, nr 4*).

W ocenie Sądu Najwyższego nie ulega najmniejszej wątpliwości, że przepisy art. 2 ust. 6 i 7 w/w ustawy są skierowane wyłącznie do podmiotu prowadzącego działalność w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach, a nie do organu Służby Celnej, czego potwierdzeniem są stosowne regulacje przewidziane w art. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia o Służbie Celnej oraz określone w art. 23a, art. 23b i art. 23c ustawy o grach hazardowych (*por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 10 grudnia 2014 r., V KK 358/14, Lex Nr 1616925; z dnia 28 sierpnia 2013 r., V KK 15/13, OSNKW 2014, z. 1, poz. 6; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2014 r., III KK 447/13, Lex Nr 1448749*).

Przepis art. 2 ust. 6 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych nie wprowadza bezwzględnego nakazu uzyskania decyzji Ministra Finansów w każdej bez wyjątku, przewidzianej w tym przepisie sprawie. Jest to jednak konieczne zawsze w przypadku, gdy podmiot prowadzący taką działalność gospodarczą powziął wątpliwości co do

charakteru urządzanej gry. Za przyjęciem, że podmiot ten powziął wątpliwości obligujące go do uzyskania powyższej decyzji, mogą przemawiać okoliczności faktyczne danej sprawy - takie jak np. zwrócenie się przez ten podmiot do specjalisty o wydanie prywatnej ekspertyzy lub dokonanie w automacie do gry odpowiedniej przeróbki (modyfikacji).

W niniejszej sprawie Sąd I instancji przyjął jednoznacznie, ale dość bezkrytycznie, że oskarżeni nie mieli żadnych wątpliwości co do charakteru przedmiotowych automatów i działali w świadomości, że automaty nie podlegają ustawie o grach hazardowych. Podobnie w sposób bezrefleksyjny stanowisko to zaaprobował Sąd odwoławczy. Jak już wspomniano, żaden z tych Sądów nie skonfrontował swego stanowiska z treścią przepisów art. 2 ust. 6 i 7 ustawy o grach hazardowych. Ustalenia w tym zakresie zostały oparte przede wszystkim o wyjaśnienia oskarżonych twierdzących, iż żadnych wątpliwości w omawianej kwestii nie mieli, zaś przekonanie swoje oskarżeni wywodzili z treści opinii sporządzonej przez M. S. na zlecenie oskarżonego M. Nie dostrzegł jednak Sąd logicznego błędu w tego rodzaju rozumowaniu. Skoro bowiem oskarżony uznał za stosowne zwrócić się do rzeczoznawcy po opinię na temat charakteru posiadanych automatów do gier, to fakt ten świadczy raczej o powziętych przez niego wątpliwościach w tym zakresie. Za takim stanowiskiem przemawia i ta okoliczność, że oskarżony M. polecił swoim pracownikom dokonanie modyfikacji w automatach - *„aby gra na tych automatach nie podlegała przepisom ustawy hazardowej”*. Powyższe fakty obligowały oskarżonego do podjęcia czynności w trybie art. 2 ust. 6 i 7 ustawy o grach hazardowych, a więc do uzyskania decyzji ministra finansów co do charakteru automatów. Wątpliwym jest natomiast, czy mogły stanowić „przejaw należytej staranności” w działaniu, prowadzącej w konsekwencji do zdekompletowania znamion strony podmiotowej przestępstwa, jak to przyjął Sąd I instancji

Krytycznie trzeba też zauważyć, że Sąd I instancji nie mógł się zdecydować co do sposobu procedowania w zakresie opinii prywatnej M. S. oraz opinii biegłego W. K. Pomimo zastrzeżeń, iż w znaczeniu art. 194 k.p.k. tylko opinia K. była dla Sądu „opinią specjalistyczną” i mimo formalnego przesłuchania S. w charakterze świadka, a nie biegłego, w rzeczywistości Sąd postąpił zupełnie na odwrót. Nadał

bowiem jednakowy walor opinii sporządzonej na użytek procesu (opinia K.) oraz opinii prywatnej S., sporządzonej w innym, pozaprocesowym celu. W dodatku, dostrzegając rozbieżności pomiędzy nimi, obie opinie uznał za wiarygodne i w pełni prawidłowe, mimo, iż zawierały rozbieżne wnioski. Ponieważ korzystnymi dla oskarżonych były konkluzje opinii M. S., w przeciwieństwie do opinii W. K., przy ustaleniach faktycznych Sąd wykorzystał właśnie opinię S. Dostrzegając sprzeczności pomiędzy opiniami Sąd Rejonowy stwierdził – co wcześniej przytoczono - iż sprzeczności te nie wymagają jednak powołania innego biegłego, *„albowiem już sam fakt, iż prima facie obie opinie były wiarygodne, pozwalało na przyjęcie, iż „modelowy obywatel” nieposiadający wiedzy fachowej (co można odnieść do wszystkich oskarżonych) byłby w stanie zaakceptować logicznie umotywowane wnioski końcowe opinii sporządzonych przez M. S. z równym prawdopodobieństwem jak wnioski przedstawione przez biegłego W. K.”*.

Sąd odwoławczy aprobuje stanowisko Sądu I instancji w tym zakresie podniósł dodatkowo, że *„skoro nawet biegli nie byli zgodni co do charakteru automatów i skoro brak jest podstaw do zdyskwalifikowania którejkolwiek z opinii, to oskarżeni nie mieli podstaw by wątpić w prawidłowość opinii sporządzonych na zamówienie. Oceny techniczne były bowiem zgodne z zasadami logiki i wiedzy powszechnej, zrozumiałe i stanowcze, wydane przez specjalistów posiadających odpowiednią wiedzę”*. Krytycznie należy zauważyć, iż Sądy obu instancji wyraziły dość osobliwe stanowiska, które w dodatku nie znajdują podstawy prawnej.

Skoro bowiem Sąd I instancji analizował przedmiotowe opinie i dostrzegał istotne rozbieżności, przy czym nie przekonywała go opinia biegłego K., winien na podstawie art. 201 k.p.k. dopuścić dowód z opinii innego biegłego. Ten przepis bowiem stanowi podstawę prawną rozstrzygania kwestii rozbieżności pomiędzy opiniami, a nie subiektywna ich ocena przez oskarżonych, zwłaszcza czyniona z perspektywy tzw. „modelowego obywatela”.

Nie powinno też dojść w tym trybie do zrównania pod względem procesowym omawianych dowodów, skoro opinią w rozumieniu art. 194 k.p.k. była tylko opinia biegłego K., zaś ekspertyza M. S. stanowiła dokument prywatny. Ostatecznie, pomimo opinii Sądu co do jednakowej wartości dowodowej obu opinii

– co przecież już ze swej istoty zawierało błąd logiczny w sposobie rozumowania – w rzeczywistości podstawą ustaleń była opinia S.

Sąd I instancji przyjmując, że oskarżeni dochowali wszelkiej staranności, by uniknąć popełnienia przestępstwa i w rezultacie ich zachowanie cechowała „nieumyślność w postaci świadomej”, kilkakrotnie podkreślał brak po ich stronie wiedzy specjalistycznej w zakresie automatów do gier, co miało nie tylko uzasadniać sięgnięcie przez nich po opinię prywatną, ale także usprawiedliwiać ewentualne wątpliwości w tym zakresie i dodatkowo wskazywać na legalność wszelkich działań. Sąd odwoławczy podzielając to stanowisko Sądu Rejonowego, podniósł dodatkowo odnośnie do oskarżonego M., zlecającego sporządzenie prywatnej ekspertyzy – *„Oskarżony nie jest bowiem prawnikiem, specjalistą ani biegłym, a tylko przedsiębiorcą i sam nie posiada odpowiedniej wiedzy”*. Niezależnie od podniesionych już wcześniej uwag trzeba stwierdzić, że stanowisko Sądów w omawianym zakresie nie przekonuje, zaś wzorzec „modelowego obywatela” w tym przypadku budzi wątpliwości. Rzecz bowiem w tym, że oskarżeni prowadzili już od pewnego czasu działalność gospodarczą, która polegała na urządzaniu gier na automatach. Wbrew temu, to akcentuje Sąd II instancji, nie musieli być specjalistami w znaczeniu ścisłym, by prowadzić tego rodzaju działalność, lecz bez wątpienia ich obowiązkiem była znajomość przepisów prawnych regulujących rynek tych gier, w tym znajomość ustawy o grach hazardowych.

Sąd Najwyższy w składzie orzekającym w przedmiotowej sprawie nie podziela większości argumentów Sądów obydwu instancji w zakresie dotyczącym definicji pojęć „element losowości” i „charakter losowy”, odnośnie do gier w rozumieniu ustawy o grach hazardowych. Nie można też zgodzić się, że przepisy mogące mieć zastosowanie w przedmiotowej sprawie, zostały sformułowane przez ustawodawcę na tyle nieprecyzyjnie, niejasno i niepoprawnie z językowego i logicznego punktu widzenia, że narusza to standardy demokratycznego państwa prawnego. Także wobec odmiennemu stanowisku Sądu odwoławczego, zarówno orzecznictwo sądowe jak i właściwie przeprowadzona wykładnia przepisów ustawy, mogą mieć istotne znaczenie dla właściwego odkodowania poszczególnych norm prawnych, w tym wskazanych przez Sąd pojęć z zakresu gier na automatach.

Przepis art. 107 § 1 k.k.s. zawiera tzw. dyspozycję blankietową, gdyż sformułowano w nim jedynie ogólną "ramę" (blankiet) zabronionego zachowania, treść tej "ramy" wypełniają zaś 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". Oczywiście chodzi tutaj o ustawę z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, 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. W tej sytuacji jest oczywiste, że ustalenie, czy sprawca 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.

Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 maja 2012 r., w sprawie V KK 420/11, (OSNKW 2012, z. 8, poz. 85), - zgodnie z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, 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).

Trzeba przypomnieć, że Trybunał Konstytucyjny badał już 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. W wyroku z dnia 13 stycznia 2005 r., P 15/02, (OTK-A 2005, nr 1, poz. 4) Trybunał stwierdził zgodność art. 107 § 1 i 4 k.k.s. z powyższym wzorcem konstytucyjnym. Jakkolwiek to rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego zapadło na gruncie przepisów ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych (Dz.U. 2004 r. Nr 4, poz. 27), to zawarty w jego uzasadnieniu wywód Trybunału, dotyczący dopuszczalności dookreślenia dyspozycji przepisu karnego regulacjami innej ustawy, uznać trzeba za uniwersalny i zachowujący aktualność również w chwili obecnej. W uzasadnieniu wyroku Trybunał Konstytucyjny podniósł kilka bardzo cennych uwag, w pełni zasługujących na aprobatę.

Podkreślił mianowicie, że przy badaniu konstytucyjności przepisu nie może być pomijana jego wykładnia dokonywana przez sądy. Natomiast *„fakt niejednoznaczności przepisu i w związku z tym jego możliwej różnej interpretacji językowej, nie oznacza sam przez się, iż dokonanie właściwej wykładni jest niemożliwe. Zgodnie z przeważającym obecnie stanowiskiem doktryny, wykładni przepisu – jako konstrukcji normy prawnej z tekstu aktu normatywnego – dokonuje się zawsze, nawet w przypadkach pozornie niebudzących wątpliwości interpretacyjnych. (...) Stosowanie prawa przez sądy lub inne organy zakładać więc musi stały, nieodłączny aspekt interpretacyjny. Zastosowanie wszystkich dostępnych metod wykładni prowadzi, bądź co najmniej może prowadzić, do powstania wielu wariantów normy prawnej, a zadaniem organu orzekającego jest zawsze wybór tego, który jest właściwy”*. W tej sytuacji wypada zauważyć, iż konstatacja Sądu odwoławczego, że istnienie w tym zakresie orzecznictwa sądowego nie ma znaczenia, jest nieuprawnione.

Podsumowując wszystkie dotychczasowe rozważania Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym przedmiotową sprawę stwierdza, że pomimo nasuwających się istotnych wątpliwości co do trafności orzeczeń Sądów pierwszej i drugiej instancji, z przyczyn ściśle formalnych, wynikających z treści art. 536 k.p.k., nie było możliwości uwzględnienia kasacji oskarżyciela publicznego. Jak już wskazano wcześniej, apelacja została sporządzona nieprofesjonalnie i nie formułowała żadnego istotnego zarzutu. Z kolei zarzut z pkt 2 *petitum* kasacji dotyczył jedynie naruszenia przez Sąd odwoławczy art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., lecz należało rozpatrywać go w kontekście zarzutów ujętych ogólnikowo w zwykłym środku odwoławczym. Co prawda, w uzasadnieniu kasacji podniesiono najistotniejsze argumenty, które mogłyby przemawiać przeciwko trafności stanowisk Sądów obydwu instancji, ale i one nie mogły odnieść pożądanego skutku.

Po pierwsze dlatego, że niezależnie od faktu, iż nie wskazano ich w *petitum* tej nadzwyczajnej skargi, również w uzasadnieniu zostały wyrażone mało profesjonalnie.

Wreszcie po drugie – skoro uchybienia te nie zostały wcześniej podniesione w apelacji, to błędów zwykłego środka odwoławczego nie można było skutecznie usunąć poprzez sformułowanie dopiero w kasacji zarzutów pominiętych uprzednio.

W tej sytuacji Sąd Najwyższy oddalił kasację Urzędu Celnego jako oczywiście bezzasadną, a na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. kosztami sądowymi za postępowanie kasacyjne obciążył Skarb Państwa.

kc