



Sygn. akt III KK 85/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 października 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)
SSN Małgorzata Gierszon (sprawozdawca)
SSO del. do SN Wojciech Sych

Protokolant Dagmara Szczepańska-Maciejewska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Zbigniewa Siejbika
w sprawie M.W. i A.U. uniewinnionych od dokonania przestępstw z art. 107 § 1 kks
w zw. z art. 6 § 2 kks i art. 9 § 3 kks
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 5 października 2017 r.,
kasacji, wniesionej przez Prokuratora Okręgowego w S. na niekorzyść
od wyroku Sądu Okręgowego w S.
z dnia 19 listopada 2013 r., sygn. akt VI Ka (...)
utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w L.
z dnia 27 maja 2013 r., sygn. akt II K (...),

**uchyla zaskarżony wyrok i utrzymany nim w mocy wyrok
Sądu Rejonowego w L. i sprawę przekazuje temu Sądowi do
ponownego rozpoznania.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 27 maja 2013 r., sygn. akt II K (...) Sąd Rejonowy w L.:
I. uniewinnił M.W. od tego, że:

1. wbrew art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, wskazujących na obowiązek urządzania gier na automatach wyłącznie w kasynach gry, urządzał gry bez wymaganego zezwolenia właściwego organu w okresie od dnia 25 sierpnia 2010 r. do dnia 6 lipca 2011 r. na terenie lokalu „M.” w L. na automacie „A.” nr (...) tj. od przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.;

2. jako Prezes firmy H. sp. z o.o. z W. wbrew art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, wskazujących na obowiązek urządzania gier na automatach wyłącznie w kasynach urządzał gry, bez wymaganego zezwolenia właściwego organu w okresie od 1 czerwca 2011 r. do dnia 10 maja 2012 r. na terenie baru „A.” w S. na automacie „A.” nr (...) zgodnie z umową o wspólnym przedsięwzięciu zawartą z w właścicielem lokalu B.K. dnia 1 czerwca 2011 r.;

II. uniewinnił A.U. od tego, że wbrew art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, wskazujących na obowiązek urządzania gier na automatach wyłącznie w kasynach gry, urządzał gry bez wymaganego zezwolenia właściwego organu w okresie od dnia 1 grudnia 2010 r. do dnia 6 lipca 2011 r. na terenie lokalu „M.” w L. na automacie „M.” bez numeru fabrycznego tj. od przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.

Apelację od tego wyroku wniósł Urząd Celny w S.. Urząd zaskarżył ten wyrok w całości na niekorzyść oskarżonych zarzucając mu obrazę przepisów prawa materialnego oraz błędy w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia.

W uzasadnieniu apelacji skarżący podniósł, że:

- zajęte w sprawie automaty są urządzeniami na których można prowadzić gry hazardowe;
- opinie prywatne przedłożone przez M.W., które określały charakter urządzanych gier na zajętych automatach jako zręcznościowy nie odnosiły się do konkretnie zajętych automatów, ani do budowy i ich zasad działania. Zostały sporządzone przez osoby, które nie mają jakiegokolwiek umocowania prawnego w przepisach ustawy o grach hazardowych i w tych opiniach wypowiadają jedynie swoje prywatne osądy;

- dostarczona przez P.U. opinia biegłego Z.S. nie jest opinią dotyczącą zajętego automatu, bo nie był ten automat badany przez jakiegokolwiek biegłego, a sam świadek Z.S. wskazał, że sporządzone przez niego opinie obowiązują jedynie na dzień ich sporządzenia;
- obaj oskarżeni przed rozpoczęciem działalności powinni wystąpić do właściwej instytucji w celu uzyskania opinii w zakresie rodzaju urządzanych gier;
- musieli nadto mieć wątpliwości co najmniej w zakresie potencjalnego naruszenia art. 2 ust. 5 ustawy o grach hazardowych skoro zdecydowali się na zlecenie opinii;
- powoływanie się przez Sąd Rejonowy na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012 r. wydany w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 i C 217/11 jest nietrafne, bo Sąd nie zauważa, iż „czym innym jest kwestia urządzenia gier poza kasynami gry (o czym stanowi art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych), a czym innym urządzenie tych gier bez jakiegokolwiek zezwolenia (art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych).

Apelację tą rozpoznał Sąd Okręgowy w S., który wyrokiem z dnia 19 listopada 2013 r., sygn. akt VI Ka (...), uznał ją za oczywiście bezzasadną i zaskarżony nią wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od wyroku Sądu Odwoławczego wniósł Prokurator Okręgowy w S., który zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść oskarżonych.

Prokurator zarzucił temu orzeczeniu:

I. rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie przepisów prawa karnego procesowego oraz materialnego tj. art. 113 § 1 k.k.s. i art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i w zw. z art. 5 § 2 k.p.k. polegające na tym, że Sąd Odwoławczy zaniechał dokonania wszechstronnej i właściwej kontroli rozstrzygnięcia Sądu I instancji przez to, że nie odniósł się do wszystkich podniesionych w sentencji apelacji i jej uzasadnieniu zarzutów i zaaprobował błędną ocenę Sądu I instancji w zakresie ustalenia strony podmiotowej czynów zarzuconych oskarżonym M.W., A.U. , wynikającą z braku dokonania oceny przez sąd zachowania tych oskarżonych pod kątem wykonania ciążących na nich w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą obowiązków wynikających z przepisów art. 18 i art. 46 ust 1 pkt 7 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r o swobodzie działalności gospodarczej nakładających na podmiot prowadzący działalność

gospodarczą obowiązek dostosowania się do reguł należytej staranności przy prowadzeniu takiej działalności i zachowania ostrożności tak aby prowadzić działalność gospodarczą zgodnie z przepisami prawa co w powiązaniu z przepisami art. 3 i 23f ustawy o grach hazardowych wskazujących na potrzebę występowania do wyspecjalizowanych jednostek badających o opinię w przedmiocie przeznaczenia automatów i urządzeń do gier wskazuje na zamiar oskarżonych, a brak dokonania tej oceny powoduje, że kontrola dokonana przez Sąd Odwoławczy dotknięta jest brakiem odniesienia się do zarzutów apelacji i do zgromadzonych dowodów w świetle wszystkich obowiązujących przepisów prawa, czego konsekwencją jest utrzymanie wyroku uniewinniającego oskarżonych w mocy;

II. rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie przepisów prawa karnego materialnego i procesowego, a mianowicie art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. polegające na dokonaniu nienależytej kontroli odwoławczej z pominięciem analizy całego stanu faktycznego i prawnego sprawy w kontekście podniesionych przez Urząd Celny w S. w sentencji apelacji i jej uzasadnieniu zarzutów w następstwie czego doszło do utrzymania w mocy orzeczenia wydanego z rażąca obrazą przepisów postępowania i prawa materialnego, a mianowicie art. 107 § 1 k.k.s w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. i art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych i art. 366 § 1 k.p.k poprzez zaaprobowanie błędnego stanowiska Sądu Rejonowego w L. w zakresie zaniechania prowadzenia postępowania dowodowego mającego na celu ustalenie strony przedmiotowej czynów zarzucanych oskarżonym, wynikającego z braku dokonania oceny przez Sąd zgromadzonych w sprawie dowodów w postaci prywatnych opinii biegłych, którymi dysponowali oskarżeni i sporządzonej do sprawy opinii biegłego W. K. z uwagi na błędne uznanie, że ustalenie czy automaty do gier „A.” nr (...), „A.” nr (...) i „M.” bez numeru fabrycznego są automatami do gier o charakterze losowym w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 6 ustawy o grach hazardowych należy do wyłącznej kompetencji Ministra Finansów, a brak tej decyzji uniemożliwia stwierdzenie, że urządzenia są automatami do gier w rozumieniu ustawy o grach hazardowych, podczas gdy to do sądu należy przeprowadzenie wszystkich możliwych dowodów w celu ustalenia zarówno strony podmiotowej jak i

przedmiotowej zarzucanych oskarżonym czynów;

III.rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie prawa procesowego tj. art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. polegające na dokonaniu nienależytej kontroli odwoławczej z pominięciem analizy całego stanu prawnego sprawy w kontekście podniesionych przez Urząd Celny w S. w sentencji apelacji i jej uzasadnieniu zarzutów poprzez zaaprobowanie dokonanej przez Sąd I instancji błędnej wykładni prawa materialnego: art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r (Dz.U.2009.201.1540 z późn. zm.) „o grach hazardowych” w zakresie tego, iż wymienione przepisy ustawy o grach hazardowych mają charakter techniczny, co wyłącznie wynika zdaniem Sądu Rejonowego z wyroku TSUE z dnia 12.07.2012 r w połączonych sprawach C213/11, C214/11 i C 217/11 i wymagają notyfikacji, której procedura nie została dopełniona w związku z czym nie mogą mieć one zastosowania, poprzez całkowite zaniechanie w uzasadnieniu orzeczenia próby podjęcia dokonania analizy prawnej tej kwestii, co w konsekwencji uniemożliwia rozstrzygnięcie okoliczności co do stosowania tych przepisów (w przypadku uznania, iż nie mają one charakteru technicznego) bądź podjęcie próby wyeliminowania ich z obrotu prawnego poprzez wystąpienie do Trybunału Konstytucyjnego o wydanie rozstrzygnięcia w tym zakresie (w przypadku uznania, iż są to przepisy o charakterze technicznym).

Na podstawie art. 537 § 2 k.p.k. Prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania.

Kasacja ta dotyczyła także S.W. i B.K. oskarżonych o wykroczenie z art. 107 § 4 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., którzy wskazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w L., utrzymanym w mocy zaskarżonym kasacją wyrokiem, zostali uniewinnieni od ich popełnienia, ale – w zakresie dotyczącym tych oskarżonych – postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2014 r., III KK 112/14 została pozostawiona bez rozpoznania jako pochodząca od nieuprawnionego do jej wniesienia oskarżyciela.

Pisemną odpowiedź na tą kasację złożyli obrońca M.W. oraz pełnomocnik interwenienta H. Sp. z o.o., którzy – w zakresie dotyczącym M.W. i A.U. - wnieśli o jej oddalenie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest zasadna, wszystkie jej zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Analiza uzasadnienia zaskarżonego wyroku dokonana w kontekście, tak orzeczenia Sądu Rejonowego w L. i przytoczonych (wyłącznie) jego motywów, jak też treści apelacji oskarżyciela publicznego (zwłaszcza uzasadnienia tej skargi) pozwala w sposób uprawniony wnioskować o tym, że Sąd Okręgowy przeprowadził kontrolę instancyjną wyroku Sądu I instancji w sposób pobieżny i pozbawiony wnikliwości, a także bez odniesienia się do wszystkich podnoszonych w apelacji (mających znaczenie dla oceny jej słuszności) kwestii. W świetle tych poczynionych ustaleń zasadnie Prokurator zarzucił temu Sądowi Okręgowemu, że dokonując w taki sposób kontroli odwoławczej rażąco uchybił przepisom prawa procesowego, które jej reguły określają, to jest tak art. 433 § 2 k.p.k., jak i art. 457 § 3 k.p.k. Zważywszy na zakres i charakter tego uchybienia nie można obecnie wykluczyć, iż mogło ono mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, co więcej, można wręcz uznać bezsporność tego wpływu.

Nie ulega wszak wątpliwości, że przywołane (w podstawie prawnej wszystkich zarzutów kasacji) przepisy nakładają na sąd odwoławczy nie tylko obowiązek rozpoznania wszystkich zarzutów apelacji, ale i uczynienia tego w sposób rzetelny (art. 433 § 2 k.p.k.), jak też podania dlaczego ocenił te zarzuty jako zasadne, bądź bezzasadne i – w konsekwencji – wydał taki właśnie wyrok (art. 457 § 3 k.p.k.).

Tymczasem Sąd Okręgowy uchylił się w istocie od realizacji obydwu tych obowiązków.

1. W pierwszej kolejności (wbrew określonej w kasacji kolejności) należy odnieść się do zarzutu III kasacji. Niewątpliwie przyznać należy rację Skarżącemu, że Sąd II instancji nie rozpoznał należycie zarzutów apelacji dotyczących naruszenia prawa materialnego. W istocie treść fragmentu uzasadnienia zaskarżonego wyroku – wyłącznie odnoszącego się do tego zarzutu apelacji oskarżyciela (ostatni akapit na stronie 5-ej i pierwszy na kolejnej) – dowodzi tego, iż nie został on rozpoznany na tyle poprawnie, by w ogóle można by przyjąć, iż kontrola odwoławcza – w tym zakresie - została rzeczywiście przeprowadzona. Sąd Odwoławczy nie tyle bowiem zaaprobował stanowisko Sądu

I instancji co do tego, iż uniewinnienie oskarżonych było słuszne, skoro przepisy art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, które razem z art. 107 § 1 k.k.s. określają znamiona czynów zarzucanych oskarżonym nie zostały notyfikowane Komisji Europejskiej, co stwierdził, że nie można tego zarzutu apelacji oskarżyciela rozpoznać bez uzyskania stanowiska Trybunału Konstytucyjnego. Pomimo takiej konstatacji Sąd nie podjął żadnych kroków zmierzających do zwrócenia się ze stosownym pytaniem do Trybunału Konstytucyjnego. Jednocześnie z dalszej treści tego uzasadnienia wynika, że uznał, iż nie jest to konieczne, gdyż kluczowe znaczenie dla rozpoznawanej sprawy ma brak ustaleń co do umyślności przedmiotowych działań oskarżonych, a tym samym i możliwości przypisania im winy w tym zakresie. Tymczasem oczywiste jest, że kwestia bezprawności czynów zarzucanych oskarżonym powinna być zbadana w pierwszej kolejności. Jeśli bowiem nie są one bezprawne, to i nie ma potrzeby badania charakteru ówczesnych zamiarów oskarżonych.

Niezależnie od wspomnianego zaniechania Sądu Okręgowego czyniącego samoistnie przeprowadzoną przez niego kontrolę odwoławczą wyroku Sądu *meriti* nierzetelną odnosząc się już do samej wykładni art. 6 ust. 1 i 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, przyznać należy rację Skarżącemu, że Sąd I instancji naruszył pierwszy z wymienionych przepisów, a Sąd Okręgowy tą obrazę prawa materialnego aprobował. Z kolei w zakresie wykładni art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, to stanowisko obydwu Sądów zasługuje na akceptację. Prawidłowo bowiem Sąd Rejonowy przyjął (a Sąd II instancji to przekonanie podzielił), że przepis ten ma charakter techniczny, w rozumieniu art. 1 pkt 11 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. Urz. WE L 204 z 21 lipca 1998 r., z późn. zm.), co zresztą nie budziło, i nie budzi, wątpliwości w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zob. wyroki Trybunału z dnia: 26 października 2006 r., C-65/05 w sprawie przeciwko Grecji, 19 lipca 2012 w sprawie Fortuna Sp. z o.o., połączone sprawy C-213/11, C-214/11, C-217/11; wyrok TSUE z dnia z dnia 11 czerwca 2015 r., w sprawie Berlington, C-98/14), jak i obecnie już w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W

uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 17/16 (OSNKW 2017, z. 2, poz. 7) potwierdzona została taka ocena charakteru przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jako przepisu technicznego. Przepis ten dotyczy bowiem tzw. ograniczeń „lokalizacyjnych” dotyczących automatów do gier hazardowych. Dlatego sankcjonowanie karą kryminalną przewidzianą w art. 107 § 1 k.k.s. naruszenia wynikającego z niego zakazu wymagało uprzedniej notyfikacji tego przepisu Komisji Europejskiej – zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 wspomnianej Dyrektywy. Taka tożsama ocena charakteru przepisu jako technicznego, i tym samym obowiązku jego notyfikacji Komisji Europejskiej, nie może być jednak odniesiona również do art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych. Sąd I instancji przyjął taki właśnie charakter i tego przepisu (s. 8 uzasadnienia wyroku tego Sądu) tłumaczył to swoje stanowisko tylko tym, że ten art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jest ściśle związany z art. 14 ust. 1 tej ustawy.

Tymczasem jest to błędne przekonanie. Te dwa przepisy mają przecież różny charakter. Przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie określa ograniczeń „lokalizacyjnych” dotyczących automatów do gier hazardowych, ale uzależnia prowadzenie działalności w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry. Jak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 października 2016 r., w sprawie Naczelnik Urzędu Celnego I w Ł. przeciwko G.M. i inni, C-303/15, „(...) *nie należy uznać art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych za „inne wymagania” w rozumieniu art. 1 pkt 4 dyrektywy 98/34, ponieważ zezwolenie wymagane przez ten przepis krajowy na urządzenie gier hazardowych stanowi warunek nałożony względem prowadzenia działalności w zakresie organizowania takich gier w odróżnieniu od art. 14 ust. 1 tej ustawy, który ustanawia warunki względem danych produktów, zakazując ich użytkowania poza kasynami gry (teza 29)*”. Dlatego przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie podlegał obowiązkowi notyfikacji i jak trafnie stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 17/16, przepis ten „mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s., o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony”.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w badanej sprawie, bowiem w opisie czynów, od popełnienia których Sąd I instancji uniewinnił oskarżonych M.W. i A.U. znalazło się odwołanie m.in. do art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jako zawierającego zakaz, który zgodnie z postawionymi w akcie oskarżenia zarzutami miał zostać naruszony przez oskarżonych.

2. Dwa kolejne zarzuty kasacji, sformułowane w pkt I i II, dotyczą braku należytego rozpoznania przez Sąd Okręgowy zarzutów apelacyjnych dotyczących trafności ustaleń poczynionych w przedmiocie strony podmiotowej czynu oskarżonych oraz strony przedmiotowej. Lektura uzasadnienia Sądu II instancji dowodzi, że Sąd ten rzeczywiście nie odniósł się do zarzutu apelacji w zakresie błędnych ustaleń faktycznych dotyczących strony przedmiotowej czynów zarzucanych oskarżonym. Nie ulega jednak wątpliwości, że ustalenie w przedmiocie hazardowego charakteru gier na urządzeniach, którymi mieli się oni posługiwać się, jest kluczowe i konieczne (niezależnie od spełnienia innych warunków) dla przyjęcia ich sprawstwa zarzucanych im czynów. Stąd też, poczynienie takiego ustalenia, bądź też tegoż zaniechanie, powinno być – w związku z treścią apelacji oskarżyciela – poddane kontroli odwoławczej i to bez względu na przyjęty stan świadomości w tym przedmiocie oskarżonych. Tymczasem nadmienione w kasacji argumenty dotyczące ustaleń w przedmiocie losowego charakteru tych gier potraktowane zostały przez Sąd II instancji tylko jako przemawiające za brakiem umyślności oskarżonych. Sąd ten zatem zaniechał rozpoznania zarzutów apelacji w tym zakresie, a jednocześnie błędnie utożsamiał sferę ustaleń dotyczących znamion strony przedmiotowej i strony podmiotowej czynu. Należy przy tym zwrócić uwagę, że z ustaleń poczynionych przez Sąd I instancji zdaje się wynikać, że wszystkie urządzenia, którymi posługiwali się oskarżeni były urządzeniami do gier hazardowych. Sąd I instancji nie zakwestionował trafności eksperymentu przeprowadzonego przez M. R. oraz wyników opinii sporządzonej przez W. K. na zlecenie Urzędu Celnego. Zestawienie jednak tych stwierdzeń z rozważaniami zawartymi na stronie 7 uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego, gdzie zajął stanowisko, że jedynie Minister Finansów władny jest stwierdzić losowy charakter gry, pozwala na dostrzeżenie, że w istocie w ustaleniach faktycznych Sąd I instancji ograniczył się jedynie do wskazania tego co wynika z opinii biegłego sporządzonej

na zlecenie Urzędu Celnego i co wynika z opinii prywatnych zgromadzonych w sprawie, przedłożonych przez oskarżonych. Przyznać zatem należy rację Skarżącemu, że takie ograniczenie samodzielności jurysdykcyjnej Sądu jest bezpodstawne. Sąd powinien poczynić ustalenia co do charakteru losowego albo zręcznościowego charakteru gier, do których służą należące do oskarżonych urządzenia. Oczywiście jest – i w tym zakresie przyznać należy rację Sądowi I instancji (s. 6 uzasadnienia wyroku), że ustalenia dotyczące charakteru urządzeń nie determinują jeszcze ustaleń w zakresie strony podmiotowej czynu oskarżonych, niemniej jednak nawet jeśli, to takie ustalenia powinny być poczynione. Tymczasem zamiast odnieść się do oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego w tym przedmiocie, fakt zwrócenia się o opinię biegłego przez Urząd Celny stał się dla Sądu jedynie podstawą do wysnucia wniosku, że „nawet organ prowadzący postępowanie nie potrafił ocenić charakteru tych urządzeń bez pomocy specjalisty”. Do tych uchybień wyroku Sądu I instancji nie odniósł się Sąd Odwoławczy pomimo sformułowania w apelacji zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych i ograniczył się do podobnego stwierdzenia, że Urząd Celny „nie był w stanie sam rozstrzygnąć (charakteru zabezpieczonych automatów) skoro stała się ona przedmiotem opinii biegłego W. K.” – s. 7 uzasadnienia zaskarżonego wyroku).

Odnosząc się nadto do I zarzutu kasacji, zwrócić należy uwagę, że uzasadnienie Sądu II instancji poświęcone zostało niemal całkowicie analizie zarzutu apelacji dotyczącego błędu w ustaleniach faktycznych w przedmiocie strony podmiotowej zarzucanych oskarżonym czynów. Sąd Okręgowy zaaprobował stanowisko Sądu I instancji, który przywołał opinie sporządzone - na zlecenie oskarżonych - przez biegłego z zakresu automatów Z.S., czeskiego biegłego sądowego z zakresu elektroniki i cybernetyki inż. J.K. oraz opinie prawne Prof. M.C. z Kancelarii Prawnej C. oraz Profesora S.P., które stwierdzały, że przedmiotowe urządzenia nie służą do prowadzenia gier o charakterze hazardowym (losowych), ale jedynie zręcznościowym i tym samym – przedkładając te opinie – stwierdzić należy, że oskarżeni poczynili wszelkie starania, aby poznać charakter tych urządzeń.

Z uzasadnienia apelacji oskarżyciela wynika, że podważał trafność i rzetelność tych ocen Sądu I instancji (skutkujących niemożnością przypisania

oskarżonym umyślności, a tym samym i uznania ich sprawstwa zarzucanych im przestępstw) podnosząc, iż z tych przedłożonych przez nich prywatnych opinii nie wynika, jakoby biegli badali te konkretne – pierwotnie zabezpieczone w sprawie – urządzenia. Nadto w apelacji dowodzono, że o dowolności ustaleń poczynionych w zakresie strony podmiotowej zarzucanych oskarżonym czynów świadczyć ma w ogóle oparcie ustaleń w tym przedmiocie na tych opiniach prawników, którzy z racji wykonywanego zawodu nie posiadają wiedzy specjalistycznej pozwalającej im rzetelnie odróżnić automat do gry zręcznościowej od automatu do gry losowej. Tymczasem w uzasadnieniu wyroku Sądu II instancji brak jest w ogóle odniesienia do tych okoliczności, a właśnie z ich perspektywy powinna zostać zweryfikowana trafność ustaleń Sądu I instancji, dotyczących owego stanu świadomości oskarżonych co do legalności podejmowanych przez nich przedmiotowych działań. Co więcej, jak trafnie podniesiono w kasacji, znaczenie powinna mieć okoliczność, że te same opinie przedstawiane są innych (licznych) sprawach toczących się na terenie Polski przeciwko M.W. w których okresy popełnienia zarzucanych mu czynów tożsamy rodzajowo, oraz daty wszczęcia poszczególnych postępowań niekiedy się „zazębiają”. Samoistnie nakazuje to rozważenie tego, czy oskarżony – w takiej właśnie sytuacji – nie powinien był powziąć wątpliwości co do trafności ocen wyrażonych w tych opiniach i – by sprawdzić ich rzetelność – zwrócić się o bezspornie fachową ocenę charakteru urządzeń przez ekspertów podległych Ministrowi Finansów.

Nadto Autor kasacji powołując się na te zaszłości stwierdził, że oskarżeni jako prowadzący działalność gospodarczą nie sprostali wynikającym z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej obowiązkowi ciążącemu na prowadzących taką działalność. Również i te stwierdzenia – nie obojętne dla odtworzenia rzeczywistych intencji oskarżonych - nie zostały przez Sąd Odwoławczy poddane ocenie.

Tymczasem bezspornie Sąd II instancji powinien był wymaganej rzetelnej – bo uwzględniającej wszystkie zgłaszane w apelacji kwestii – kontroli ustaleń Sądu I instancji w zakresie odnoszącym się do strony podmiotowej zarzucanych oskarżonym czynów. Zapisy uzasadnienia zaskarżonego wyroku zawarte na jego stronach od 6 do 7 dowodzą jednoznacznie, iż Sąd Okręgowy temu obowiązkowi nie sprostął, a uchybienie to w aspekcie obowiązków wynikłych z przepisów art.

433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., miało charakter rażący.

Zauważyć należy, iż te (już powyżej przywołane) rozważania Sądu I instancji w istocie dotyczą charakteru błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego. Zgodnie z obowiązującą w chwili orzekania przez Sąd I i II instancji treścią art. 28 § 1 k.k. nie popełnia umyślnie czynu zabronionego, kto pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego znamię. Z tych ustaleń poczynionych przez Sąd I instancji wynika, że tą okolicznością był charakter urządzeń do gry. Wprawdzie obowiązująca do dnia 30 czerwca 2015 r. wersja art. 28 § 1 k.k. nie wymagała, aby błąd miał charakter usprawiedliwiony, co wydaje się korzystniejsze dla oskarżonych, ale nawet na tle obowiązującego wówczas art. 28 § 1 k.k. przyjmowano, że błąd co do znamion musi mieć charakter istotny oraz zostać popełniony w dobrej wierze. *„Przy wystąpieniu tych dwóch przesłanek w każdym przypadku błąd musi wyłączać zamiar, niezależnie od tego, jak bardzo był on ewidentny i oczywisty oraz czy i jak łatwo można go było uniknąć. Braku zamiaru nie da się bowiem zrekompensować nawet najbardziej nieusprawiedliwionym błędem.”* (J. Giezek, w: J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2012, s. 239). W związku z powyższym, jeśli brak było przepisu nakładającego na podmioty prowadzące działalność obowiązku każdorazowego zasięgnięcia opinii Ministra Finansów w zakresie charakteru urządzeń do gier (taki obowiązek nie wynika z art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych), to brak takiej opinii nie może automatycznie przesądzać o nietrafności ustaleń Sądu I instancji. Mając jednak na uwadze podniesione w apelacji i kasacji argumenty dotyczące m.in. charakteru wymienionych opinii, braku przy ich sporządzaniu kontaktu z konkretnymi urządzeniami, braku kompetencji prawników co do stwierdzenia charakteru urządzeń, Sąd II instancji powinien był – także w ich kontekście – zweryfikować, czy ustalenia Sądu I instancji pozwalają na wniosek, że błąd oskarżonych został popełniony w dobrej wierze.

Wszystkie powyżej przytoczone okoliczności zadecydowały o uznaniu zasadności kasacji Prokuratora.

Te wskazane względy świadczą o tym, że wprawdzie Sąd Okręgowy dopuścił się rażącego naruszenia wskazanych w zarzutach kasacji przepisów prawa procesowego i – zważywszy na charakter tego uchybienia – miało ono

istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, to jednak – w świetle poczynionych też już stwierdzeń – Sąd Rejonowy pierwotnie dopuścił się uchybień, które też – co najmniej – mogły mieć wpływ na treść wydanego przez ten Sąd orzeczenia.

Mając to na uwadze, kierując się przesłankami racjonalnymi oraz potrzebą nie przedłużania i tak już długotrwałego postępowania, warunkowaną ograniczeniami procesowymi wynikłymi z treści art. 454 § 1 k.p.k., należało uchylić także wyrok Sądu Rejonowego i temu Sądowi przekazać sprawę do ponownego rozpoznania.

W jego toku Sąd Rejonowy w L. będzie miał na względzie powyższe uwagi i spostrzeżenia.

Z tych wszystkich względów, orzeczono jak wyżej.

as