



Sygn. akt V KK 24/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 marca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący)

SSN Dariusz Kała (sprawozdawca)

SSN Barbara Skoczowska

Protokolant Katarzyna Wępa

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Barbary Nowińskiej

oraz pełnomocnika Urzędu Celnego w P.,

w sprawie **M.W. i A.W.**

oskarżonych z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 2 kks i art. 9 § 3 kks

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 24 marca 2017 r.,

kasacji wniesionej przez oskarżyciela publicznego - Urząd Celny w P. -

na niekorzyść oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w P.

z dnia 15 stycznia 2015 r., sygn. akt IV Ka .../14

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w P.

z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt II K .../13,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego
rozpoznania w postępowaniu odwoławczym Sądowi
Okręgowemu w P..**

UZASADNIENIE

M.W. został oskarżony o to, że będąc Prezesem Zarządu firmy „H. Polska” sp. z o.o. , urządzał w Barze Piwnym znajdującym się w P., bez numeru, należącym do firmy: F.H.U. A. z siedzibą jw. w okresie od 1 października 2011 r. do 29 marca 2012 r. poza kasynem gry, tj. wbrew przepisom określonym w art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r., nr 201, poz. 1540, ze zm.) w celach komercyjnych gry o charakterze losowym na automatach do gier o nazwie „Apex” o nr HFP 0251 oraz o nazwie „Apex” o nr HFP 0522, należących do firmy „H. Polska” sp. z o.o., działając wspólnie i w porozumieniu z pełnomocnikiem firmy F.H.U. A. - A.W., tj. o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 2 k.k.s. i art. 9 § 3 k.k.s.

A. W. został natomiast oskarżony o to, że zajmując się sprawami gospodarczymi firmy: F.H.U. A. z siedzibą w P., bez numeru, urządzał w Barze Piwnym, należącym do ww. firmy i znajdującym się pod ww. adresem, w okresie od 1 października 2011 r. do dnia 29 marca 2012 r., poza kasynem gry, tj. wbrew przepisom określonym w art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych - dalej u.g.h., w celach komercyjnych gry o charakterze losowym na automatach do gier o nazwie „Apex” o nr HFP 0251 oraz o nazwie „Apex” o nr HFP 0522 należących do firmy „H. Polska” sp. z o.o., działając wspólnie i w porozumieniu z Prezesem Zarządu tej firmy – M. W., tj. o czyn z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 2 k.k.s. i art. 9 § 3 k.k.s.

Sąd Rejonowy w P., wyrokiem z dnia 16 kwietnia 2014 r. wydanym w postępowaniu o sygn. akt II K .../13, uznał oskarżonego M.W. za winnego tego, że będąc Prezesem Zarządu firmy „H. Polska” sp. z o.o. , urządzał w Barze Piwnym znajdującym się w P., bez numeru, należącym do firmy: F.H.U. A. z siedzibą jw., w okresie od 24 grudnia 2011 r. do 29 marca 2012 r. poza kasynem gry, tj. wbrew przepisom określonym w art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 u.g.h., w celach komercyjnych gry o charakterze losowym na automatach do gier o nazwie „Apex” o nr HFP 0251 oraz o nazwie „Apex” o nr HFP 0522 należących do firmy „H. Polska” sp. z o.o., tj. przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. i za to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę grzywny w wysokości 40 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na 150 zł.

Oskarżonego A.W. sąd uniewinnił od zarzutu popełnienia czynu opisanego

powyżej w pkt. 2.

Sąd Rejonowy, na podstawie art. 30 § 5 k.k.s., orzekł także przepadek na rzecz Skarbu Państwa dwóch automatów o nazwie APEX o nr HFP 0251 i HFP 0522, 19 szt. kluczy do automatów oraz pieniędzy w łącznej wartości 150 zł, które znajdowały się wewnątrz automatów.

W oparciu o art. 627 k.p.k., art. 633 k.p.k. i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. z 1983 r., Nr 49, poz. 223 ze zm.) kosztami procesu obciążył oskarżonego M.W. w 1/2 części i zasądził od niego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 992,63 zł z tytułu zwrotu wydatków i wymierzył mu opłatę w wysokości 600 zł, a na podstawie art. 632 pkt 2 k.p.k. w pozostałym zakresie kosztami procesu obciążył Skarb Państwa.

Powyższy wyrok zaskarżyli: prokurator, Urząd Celny w P., obrońca oskarżonego M.W. oraz pełnomocnik interwenienta „H. Polska” sp. z o.o.

Prokurator zaskarżył orzeczenie w całości na niekorzyść A.W. oraz M.W.. Zarzucił mu błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, że A.W. nie miał wiedzy oraz świadomości, że na eksploatowanych w barze piwnym w P. urządzeniach do gier o nazwie „Apex” o nr HFP 0251 oraz o nazwie „Apex” o nr HFP 0522 istniała możliwość urządzania i prowadzenia gier hazardowych - gier na automatach wymagających koncesji, a w związku z tym w/w nie miał zamiaru popełnienia czynu zabronionego i nie przewidywał możliwości jego popełnienia, podczas gdy wnikliwa analiza zebranych dowodów prowadzi do wniosku przeciwnego, a nadto poprzez uznanie, że czyn zabroniony zarzucany M.W. pozbawiony był elementu współsprawstwa, o czym stanowi art. 9 § 2 i 3 k.k.s., podczas gdy zachowanie obu oskarżonych objęte było przestępczym porozumieniem i odbywało się w ramach uzgodnionego podziału ról.

Podnosząc powyższy zarzut, apelujący wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w P. do ponownego rozpoznania.

Oskarżyciel publiczny - Urząd Celny w P. także zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść obu oskarżonych. Zarzucił mu błędy w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mające wpływ na jego treść, które polegały:

1. Na przyjęciu, iż oskarżony A.W. nie miał wiedzy i świadomości, że na eksploatowanych w barze piwnym znajdującym się w P. bez numeru automatach do gier o nazwach „Apex” nr HFP 0251 i „Apex” nr HFP 0522 istniała możliwość urządzania gier hazardowych - gier na automatach wymagających koncesji, w związku z tym oskarżony nie miał zamiaru popełnienia czynu zabronionego a nawet nie przewidywał możliwości jego popełnienia i w konsekwencji nie można przypisać mu sprawstwa zarzucanego przestępstwa,

2. Na uznaniu, że czyn zabroniony zarzucany M.W. nie zawierał elementu współsprawstwa z oskarżonym A.W.,

3. Poprzez zawężenie czasu popełnienia przez oskarżonego M.W. przestępstwa, za które został skazany, do okresu od 24 grudnia 2011 r. do 29 marca 2012 r.

Ponadto zarzucił wyrokowi obrazę przepisów postępowania, a mianowicie art. 424 § 1 pkt 2 k.p.k. poprzez niedostateczne uzasadnienie wyroku.

Mając powyższe na uwadze, skarżący ten wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w P. do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego M.W. zaskarżył wyrok w części dotyczącej tegoż podsądnego co do punktu I, III i IV. Zarzucił orzeczeniu:

A. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść wyroku, tj.:

1. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. i art. 6 § 1 k.k.s. polegającą na prowadzeniu postępowania w niniejszej sprawie, pomimo iż postępowanie karne skarbowe w tej samej sprawie o ten sam czyn wszczęto w sprawie o sygn. akt [...], albowiem w obu sprawach czyn zarzucony w akcie oskarżenia i opisany w sentencji wyroków Sądu Rejonowego w P. miał polegać na tym, że oskarżony M.W., pełniąc funkcję prezesa zarządu firmy H. POLSKA Sp. z o.o. , urządził w Barze Piwnym w P. , należącym do firmy F.H.U. A. z siedzibą w P., poza kasynem gry, tj. wbrew przepisom określonym w art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.) w celach komercyjnych gry o charakterze losowym na automatach do gier o nazwie „Apex”, z tym, że w sprawie niniejszej o sygn. akt II K .../13 zarzut obejmował okres od 1 października 2011 r. do 29 marca 2012 r. i automaty o nr.

HFP 0251 oraz o nr. HFP 0522, zaś w sprawie o sygn. akt II K .../13 - ten sam okres od 1 października 2011 r. do dnia 26 czerwca 2012 r. i automaty o nr. HFP 0869 i o nr. HFP 0261, a tym samym to samo zachowanie oskarżonego (urządzanie gier) zostało w sposób nieuprawniony zakwalifikowane, wbrew treści art. 6 § 1 k.k.s., jako dwa odrębne czyny zabronione, choć odbywać się miało w tym samym miejscu i czasie oraz obejmować tożsame czynności sprawcze oskarżonego, czym naruszona została zasada niepodzielności przedmiotowej procesu karnego oraz fundamentalna zasada jedności czynu, a oskarżony został pociągnięty w obu sprawach do odpowiedzialności karnej za ten sam czyn, przy czym nadto zauważyć trzeba, iż w sprawie o sygn. akt II K .../13 istnieją przesłanki do uniewinnienia oskarżonego od zarzucanego mu czynu, co skutkować musi również w niniejszej sprawie wydaniem wyroku uniewinniającego za ten sam czyn,

2. art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., polegającą na tym, iż w opisie czynu zawartym w akcie oskarżenia, a następnie powtórzonym w sentencji wyroku Sądu I instancji nie wskazano wszystkich ustawowych znamion zarzucanego mu przestępstwa określonego w art. 107 § 1 k.k.s. poprzez:

a. brak dokładnego opisu czynu przypisanego oskarżonemu w zakresie ustalenia przedmiotu i strony przedmiotowej przestępstwa, tj. wskazania jakie gry zainstalowane na automatach wskazanych w treści wyroku stanowiły gry hazardowe w rozumieniu ustawy, albowiem wstawienie samego automatu do gier nie stanowi znamienia czynu zabronionego, a przypisanie odpowiedzialności karnej może nastąpić wyłącznie w przypadku urządzania określonych gier;

b. ustalenia zamiaru oskarżonego poprzez pominięcie opisu postaci tego zamiaru w sentencji orzeczenia, przy czym przyjęty w uzasadnieniu opis zamiaru wpływa na niejasną i niestanowczą ocenę stopnia zawinienia oskarżonego;

3. art 7 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. i art. 195 k.p.k. i art. 201 k.p.k. poprzez dopuszczenie dowodu z opinii W.K., biegłego sądowego z dziedziny informatyki, podczas gdy z uwagi na cel ekspertyzy, jakim jest zbadanie czy urządzenie APEX podlega przepisom ustawy o grach hazardowych, niezbędna jest wiedza z dziedziny mechaniki, elektromechaniki oraz elektroniki, co spowodowało, że opinia wydana przez biegłego W.K. nie spełniała kryteriów miarodajności, rzeczowości i zupełności, albowiem biegły ten nie posiadał stosownych kwalifikacji i

wiedzy w tym zakresie oraz pomimo braku w niej elementów niezbędnych dla wykorzystania w postępowaniu karnym takich jak wskazanie metod badania, sprawozdania z czynności i spostrzeżeń, uzasadnienia wystąpienia wewnętrznej sprzeczności i niepełności, które Sąd zignorował, pomijając również fakt, iż rzeczony biegły przygotowuje identyczne w swej treści opinie w szeregu spraw, opatrując je jedynie inną datą i numerem urzędnia, a nie wskazując rzeczywistego przebiegu badania oraz toku myślowego doprowadzającego go do stawianych wniosków, a nadto biegły pomija w treści swej pisemnej opinii element dokonywania dokumentacji filmowej gier na automacie, które - jak wynika to z jego opinii składanych przed sądem ustnie - stanowią kluczowy element jego ustaleń w opinii, co niewątpliwie miało wpływ na treść wyroku poprzez poczynienie błędnych ustaleń faktycznych co do oceny charakteru zatrzymanego urządzenia APEX;

4. art. 424 § 1 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., 5 § 1 k.p.k. i 7 k.p.k., polegające na braku wskazania w uzasadnieniu kompleksowej oceny zebranego materiału dowodowego i niedostatecznym uzasadnieniu stanowiska Sądu oraz na złamaniu zasady domniemania niewinności oraz zasady obiektywizmu nakazującej uwzględnianie okoliczności także na korzyść oskarżonego, zasady swobodnej oceny dowodów, a w szczególności poprzez dowolną ocenę dokumentów urzędowych - postanowień Sądu Rejonowego w S. z dnia 21 października 2011 r., sygn. akt II Ks .../11 i Sądu Okręgowego w O. z dnia 16 grudnia 2011 r., sygn. akt VII Kz .../11 oraz wyjaśnień oskarżonego złożonych przed Sądem, które wskazywały w sposób jednoznaczny na brak wypełnienia znamion strony podmiotowej zarzucanego oskarżonemu przestępstwa skarbowego, a także poprzez czynienie nieuzasadnionych domniemań faktycznych w zakresie:

- motywacji oskarżonego oraz uznaniu za udowodniony zamiar oskarżonego wynikający rzekomo ze świadomości, iż prowadzona przez niego działalność jest sprzeczna z prawem tylko dlatego, że w prawomocnie zakończonym postępowaniem karnoskarbowym w sprawie przed Sądem Rejonowym w S. (postanowienie z dnia 21 października 2011 r., sygn. akt II Ks .../11 i postanowienie Sądu Okręgowego w O. z dnia 16 grudnia 2011 r., sygn. akt VII Kz .../11) postępowanie to zostało umorzone z uwagi na brak wypełnienia przez oskarżonego znamion przestępstwa, a w uzasadnieniu tego postanowienia Sąd

Rejonowy w S. wskazał, że powołany przez oskarżyciela publicznego w postępowaniu przygotowawczym biegły sądowy „orzekł o nielegalności tego samego rodzaju automatu do gry”, podczas gdy Sąd Rejonowy w S. nie czynił w tym zakresie jakichkolwiek ustaleń (przyczytł jedynie jej treść w części wstępnej uzasadnienia), a nadto skupił się w swych ustaleniach wyłącznie na kwestii strony podmiotowej, czyli okoliczności mającej znaczenie dla rozstrzygnięcia, nie rozpatrując w ogóle kwestii strony przedmiotowej czynu, zgodnie z art 92 k.p.k. w zw. z art. 94 k.p.k., a tym samym kwestia strony przedmiotowej zarzucanego mu czynu nie została prawomocnie rozstrzygnięta lub ustalona,

- przekonania, iż „oskarżony doskonale zdawał sobie sprawę, iż jego zachowanie podlega odpowiednim regulacjom zawartym w obowiązującej ustawie o grach hazardowych i stanowi jej naruszenie”, choć przecież z pozostających w dyspozycji oskarżonego opinii biegłych dotyczących gry na automacie tego samego typu i o tych samych cechach wynikało, że gra zainstalowana na tym automacie jest grą zręcznościową, a nie hazardową, więc nie dotyczą jej ograniczenia ani wymogi określone ustawą o grach hazardowych, a oskarżony - pozbawiony przymiotu posiadania wiadomości specjalnych z zakresu gier na automatach - miał uzasadnione prawo kształtować swe przeświadczenie o legalności prowadzonej działalności na opinii biegłego specjalisty, której treści nie miał podstaw kwestionować, a podstawy takiej nie dawała również opinia biegłego A. C. znajdująca się w aktach sprawy Sądu Rejonowego w S. o sygn. II Ks .../11, w której - wbrew twierdzeniu Sądu I instancji - biegły ten nie orzekł o nielegalności gier na badanym automacie, lecz odniósł się wadliwie do definicji ustawowej z art. 2 ust. 3 u.g.h., choć badany przezeń automat nie realizował wygranych rzeczowych i pieniężnych, a zatem cała gra powinna mieć charakter losowy zgodnie z art. 2 ust. 5 u.g.h., a nie zawierać jedynie element losowości, co czyni tę opinię niemiarodajną i bez wpływu na stan świadomości oskarżonego;

B. przy czym powyższe naruszenia przepisów postępowania doprowadziły do błędnych ustaleń faktycznych polegających na:

a) wadliwym i dowolnym, niepopartym jakimikolwiek dowodami ustaleniu, iż oskarżony działał umyślnie „z pełną świadomością” od momentu otrzymania odpisu postanowienia Sądu Okręgowego w O. z dnia 16 grudnia 2011 r., sygn. akt VII Kz

.../11, bowiem w uzasadnieniu orzeczenia wskazano na treść opinii biegłego A. C., który orzekł o nielegalności tego samego rodzaju automatu do gry, podczas gdy ustalenie to jest rażąco nielogiczne z uwagi na podstawę umorzenia postępowania karnoskarbowego w tamtej sprawie, w której sądy obu instancji w ogóle nie rozważały kwestii charakteru gier na automacie (strony przedmiotowej) lecz wyłącznie kwestie strony podmiotowej - zamiaru i umyślności oskarżonego oraz uznały ustalenia w tym zakresie za wystarczające dla wydania rozstrzygnięcia korzystnego dla oskarżonego, a przy tym Sąd Rejonowy w P. pominął kluczową okoliczność, iż oskarżony nie miał możliwości podważenia treści opinii biegłego wydanej w tamtej sprawie w toku instancji (choćby przez zażalenie od uzasadnienia korzystnego dlań postanowienia), albowiem Sąd Rejonowy w S. tylko w części wstępnej (historycznej) uzasadnienia przytoczył treść opinii z akt sprawy, nie czyniąc z niej podstawy swych ustaleń faktycznych w sprawie;

b) wadliwym i całkowicie dowolnym ustaleniu, iż po zapoznaniu się z treścią uzasadnienia postanowienia Sądu Rejonowego w S. i Sądu Okręgowego w O. oskarżony „z pełną świadomością” popełniał czyn zarzucony w akcie oskarżenia, choć nie sposób znaleźć w materiale dowodowym choćby cienia dowodu, iż oskarżony działał z zamiarem bezpośrednim, bowiem sama treść opinii biegłego sądowego w aktach sprawy i znajomość jej wniosków nie może mieć wpływu na przekonanie oskarżonego wywodzone z opinii innych biegłych sądowych do czasu obalenia domniemania niewinności także w tym zakresie w prawomocnym wyroku, albowiem oskarżony ma prawo kwestionować w toku przewodu sądowego treść opinii biegłych sądowych w sprawie, a możliwości tej był w postępowaniu przed Sądem Rejonowym w S. w 2011 roku pozbawiony,

c) wadliwym ustaleniu, iż zatrzymane urządzenia APEX stanowią automaty do gier o charakterze losowym, podczas gdy w istocie są to symulatory gier o charakterze zręcznościowym,

d) braku ustalenia, na czym polegało zachowanie oskarżonego przypisane mu w wyroku i opisane jako prowadzenie gier na automacie APEX o nr HFP 0251 i HFP 0522 wbrew przepisom ustawy bez odniesienia się do konkretnych zachowań, które, stanowić miały „urządzanie” tych gier oraz bez wskazania gier, które stanowić mogą przedmiot przestępstwa tym bardziej, że Sąd Rejonowy nie ustalił,

jakie gry kontrolne przeprowadzili funkcjonariusze Urzędu Celnego w toku kontroli i czy te właśnie gry stanowiły przedmiot opinii biegłego sądowego wydanej w sprawie;

C. obrazę prawa materialnego, tj. art. 6 § 1 k.k.s. poprzez rażące naruszenie zasady, iż ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo skarbowe i wydanie orzeczenia w niniejszej sprawie, choć ten sam czyn stanowił przedmiot rozstrzygnięcia w postępowaniu przed Sądem Rejonowym w P. w sprawie o sygn. akt II K .../13,

D. obrazę prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s. poprzez jego wadliwą wykładnię i uznanie, że desygnatem pojęcia „urządzanie” są zachowania przypisane oskarżonemu, w wyniku przewodu sądowego, tj. podpisanie i zawarcie umowy o wspólnym przedsięwzięciu z dnia 1 lipca 2011 r. oraz wydzierżawienie innemu przedsiębiorcy automatów do gier i ich naprawa (odblokowanie zaciętych monet itp., bez - co ważne - ingerencji w oprogramowanie gier), podczas gdy przez urządzanie należy rozumieć działanie znacznie szersze, takie jak objęte zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym układanie systemu gry, wynajęcie i przystosowanie lokalu, zatrudnienie i przeszkolenie pracowników, organizowanie gry, czyli czynności sprawcze, których oskarżonemu nie przypisano, a także w razie uznania zarzutów dotyczących naruszenia norm procesowych i błędu w ustaleniach faktycznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, albowiem w ustalonym przez Sąd I instancji stanie faktycznym nie można mówić o dokonaniu przez oskarżonego M.W. czynu zarzucanego, a - co najwyżej o nie podlegającym penalizacji przygotowaniu do popełnienia tego przestępstwa poprzez podpisanie porozumienia i udostępnienie nie podłączonego automatu do gier w lokalu A.W.;

E. obrazę prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 42 Konstytucji RP, a także art. 7 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, poprzez oparcie orzeczenia o przepis blankietowy art. 107 § 1 k.k.s. i wypełnienie hipotezy tej normy prawnej wyłącznie treścią art. 6 i art. 14 u.g.h., które z kolei ze względu na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012 r. wydane w sprawach połączonych Fortuna i in. sygn. akt C 213/11, C 214/11 i C 217/11 oraz orzeczenia w sprawie C-65/05 Komisja przeciwko Republice Greckiej są bezskuteczne ze względu na ich techniczny charakter i nie mogą być podstawą

orzeczeń sądów krajowych, zaś skazanie na ich podstawie stanowi naruszenie konstytucyjnej zasady ochrony obywateli przed arbitralną i nieuzasadnioną represją, a techniczny charakter tych przepisów oraz ich uchwalenie z pominięciem obowiązku notyfikacji został potwierdzony przez sąd krajowy - Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w dniu 19 listopada 2012 r. w sprawach sygn. akt III SA/Gd 493/12, III SA/Gd 519/12, III SA/Gd 560/12, na gruncie których zostało sformułowane pytanie prejudycjalne do TSUE.

Obrońca wniósł także o przeprowadzenie wskazanych w apelacji dowodów. W związku z podniesionymi zarzutami skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt. I poprzez uniewinnienie oskarżonego M.W., w pkt. III poprzez jego uchylenie, w pkt. IV poprzez obciążenie Skarbu Państwa kosztami postępowania i zasądzenie na rzecz każdego z oskarżonych zwrotu kosztów postępowania - kosztów ustanowienia obrońcy z wyboru według norm przepisanych przed sądem I instancji; ewentualnie w zakresie pkt. I wyroku, o uchylenie zaskarżonego wyroku w pkt I i umorzenie postępowania w sprawie na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. W razie nieuwzględnienia powyższych wniosków zawnioskował o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, a nadto o zasądzenie na rzecz oskarżonego od Skarbu Państwa kosztów procesu za obie instancje, w tym zwrotu wydatków poniesionych na ustanowienie obrońcy - według norm przepisanych.

Pełnomocnik interwenienta spółki z o.o. „H. Polska” z siedzibą zaskarżył wyrok na korzyść interwenienta w części dotyczącej uznania M.W. za winnego zarzucanego mu czynu, tj. co do pkt 1 i w części dotyczącej zastosowania środka karnego w postaci przepadku urządzenia do gier Apex Hot Magic Fruits HFP 0251 i urządzenia do gier Apex Hot Magic Fruits HFP 0522 wraz z przynależnościami, tj. co do punktu 3 wyroku. Orzeczeniu temu skarżący zarzucił:

I. obrazę przepisów prawa materialnego, tj.:

1. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na uzupełnieniu treści powyższego przepisu blankietowego art. 107 § 1 k.k.s. normami z art. 6 i art. 14 u.g.h., a w konsekwencji wydanie wyroku skazującego oskarżonego i orzekającego o przepadku dowodów rzeczowych należących do interwenienta pomimo bezskuteczności przepisów

współtworzących zestaw znamion zarzucanego mu czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s., uwzględniając blankietowy charakter tego przepisu karnego oraz konieczność jego wypełnienia w drodze zastosowania art. 14 ust. 1 u.g.h. i subsydiarnego względem niego art. 6 ust. 1 u.g.h., 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 (Dz.U.UE.L.98.2004.37 ze zm.), nie mogą być zastosowane wobec oskarżonego i interwenienta w tej sprawie, co stanowi inną okoliczność wyłączającą ściganie, potwierdzoną wiążącą wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE”), dokonaną wyrokiem z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213, C-214 i C-217/11 (FORTUNA i inni) oraz wcześniejszym wyrokiem z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 (Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej);

2. art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r., nr 90, poz. 864/30 ze zm.) i wynikającej zeń zasady ***effet utile*** prawa Unii Europejskiej w zw. z bezpośrednio skutecznym 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, poprzez ich niezastosowanie i uznanie, że sąd krajowy nie ma obowiązku natychmiastowej i samodzielnej odmowy zastosowania przepisów krajowych (w postaci wypełniających blankietową normę art. 107 § 1 k.k.s. artykułów 6 ust. 1 i 14 ust. 1 u.g.h., które nie zostały notyfikowane Komisji Europejskiej wbrew dyspozycji dyrektywy 98/34/WE, a także błędne uznanie, że Sąd *meriti* winien w takiej sytuacji oczekiwać na uprzednie rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego, stwierdzające niezgodność przepisów statuujących normę sankcjonowaną (art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h.), aby móc na tej podstawie odmówić zastosowania przepisom ustawy o grach hazardowych sprzecznych z prawem Unii Europejskiej (dyrektywą 98/34/WE);

3. art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r.,

nr 90, poz. 864/2 ze zm.) w związku z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej przez błędną ich wykładnię lub niezastosowanie polegające na zakwestionowaniu wagi orzeczenia interpretacyjnego TSUE z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C - 213/11, C - 214/11 i C - 217/11 jako części wspólnotowego porządku prawnego - *acquis communautaire* - obejmującego wykładnię prawa unijnego o charakterze powszechnie obowiązującym, wiążącą wszystkie organy krajowe z klarownym odniesieniem się w wyroku TSUE, że przepisy u.g.h. o charakterze technicznym bezwzględnie podlegały obowiązkowi notyfikacji i bezzasadne przyjęcie, że każdy organ lub sąd krajowy ma prawo do wiążącego wypowiedzania się, czy notyfikacja Komisji Europejskiej przepisów technicznych zawartych w u.g.h. była w ogóle potrzebna lub że brak notyfikacji przepisów art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 u.g.h. pozostaje bez wpływu na możliwość stosowania sankcji karnej za działania jednostek sprzeczne z tymi przepisami.

W przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów odnoszących się do bezskuteczności przepisów ustawy o grach hazardowych zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C - 213/11, C - 214/11 i C - 217/11, oraz pozostałych naruszeń prawa materialnego, alternatywnie podniósł:

II. obrazę przepisów postępowania, mających istotny wpływ na treść wyroku, tj.:

1. art. 424 § 1 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. i art. 4 k.p.k. oraz art. 7 k.p.k., polegające na braku wskazania w uzasadnieniu kompleksowej oceny zebranego materiału dowodowego i niedostatecznym uzasadnieniu stanowiska Sądu oraz na złamaniu zasady domniemania niewinności i złamaniu zasady obiektywizmu nakazującej uwzględnianie okoliczności także na korzyść oskarżonego i swobodnej oceny dowodów, a w szczególności poprzez:

a. pominięcie przez Sąd I instancji, w ocenie strony podmiotowej i przedmiotowej czynu zarzucanego oskarżonemu, dowodu z dokumentu tj. postanowienia o umorzeniu dochodzenia przez Urząd Celny w O. z dnia 23 grudnia 2011 r. zatwierdzonego przez Izbę Celną w O. z dnia 2 stycznia 2012 r. na okoliczność wykazania, iż w analogicznej sprawie ten sam oskarżyciel, który występował w sprawie o sygn. akt. VII Kz ../11 prowadzonej i umorzonej prawomocnie w dniu 16 grudnia 2011 r. przed Sądem Okręgowym w O., tj. Urząd

Celny w O. umorzył dochodzenie i tym samym utwierdził oskarżonego M.W. w przekonaniu, co do zręcznościowego charakteru gier urządanych na urządzeniu Apex;

b. pominięcie przez Sąd I instancji, w ocenie strony podmiotowej i przedmiotowej czynu zarzucanego oskarżonemu, dowodu z dokumentu, tj. postanowień wydanych przez sądy I i II instancji na terenie RP, prowadzonych w tym samym przedmiocie i obejmujących nie tylko porównywalny co w przedmiotowej sprawie czas popełnienia czynu ale i obejmujących późniejsze czasookresy, w których to sądy umarzały postępowania bądź uniewinniły oskarżonego M.W., zaś oskarżyciel co do niektórych uznawał słuszność twierdzeń zawartych postanowieniach i nie wnosił środka zaskarżenia na okoliczność wykazania, iż zachowanie oskarżyciela czy też treść wydanych orzeczeń utwierdzała go w przekonaniu co do jego świadomości odnośnie charakteru gier urządanych na symulatorze Apex;

c. pominięcie przez Sąd I instancji, w ocenie strony podmiotowej i przedmiotowej czynu zarzucanego oskarżonemu, dowodu z dokumentu, tj. dwóch opinii z dnia 16 lutego 2012 r., sporządzonej przez biegłego Sądu Okręgowego w K. dr inż. B.B., powołanego przez Urząd Celny w B. , do zbadania analogicznych urządzeń do gier Apex Hot Magic Fruits, jak te będące przedmiotem badania przez biegłego sądowego W.K. na okoliczność wykazania symulacyjno - zręcznościowego charakteru urządzenia do gier o nazwie Apex Hot Magic Fruits oraz wykazania świadomości oskarżonego co do charakteru gier urządanych na urządzeniu i tożsamości jej wniosków z wnioskami z opinii inż. J.K. - biegłego sądowego, oraz opinii prawnej autorstwa prof. dr hab. S.P. i prof. dr hab. M.C.;

d. pominięcie przez Sąd I instancji, w ocenie strony podmiotowej i przedmiotowej czynu zarzucanego oskarżonemu, dowodu z dokumentu, tj. postanowienia o umorzeniu dochodzenia przez Urząd Celny w B. z dnia 27 sierpnia 2013 r. zatwierdzonego przez Izbę Celną w K. w dniu 9 września 2013 r. na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. na okoliczność wykazania, iż w analogicznej sprawie Urząd Celny umorzył dochodzenie w oparciu o wydane przez biegłego Sądu Okręgowego w K. dr inż. B.B., opinie z dnia 16 lutego 2012 r. dotyczące zatrzymanych urządzeń Apex Hot Magic Fruits, z uwagi na fakt, iż urządzenia te

mają charakter symulacyjno-zręcznościowy, a więc nie podlegają przepisom ustawy o grach hazardowych;

e. pominięcie przez Sąd I instancji, w ocenie strony podmiotowej i przedmiotowej czynu zarzucanego oskarżonemu, dowodu z dokumentu, tj. opinii z dnia 30 kwietnia 2012 r., sporządzonej przez biegłego Sądu Okręgowego w K. dr. inż. B.B., powołanego przez Urząd Celny w B. , do zbadania analogicznych urządzeń do gier Apex Hot Magic Fruits, jak to zatrzymane do przedmiotowej sprawy będące przedmiotem badania przez biegłego sądowego W.K., na okoliczność wykazania symulacyjno-zręcznościowego charakteru urządzenia do gier o nazwie Apex Hot Magic Fruits oraz wykazania świadomości oskarżonego co do charakteru gier urządzanych na urządzeniu i tożsamości jej wniosków z wnioskami z opinii inż. J.K. - biegłego sądowego, oraz opinii prawnej autorstwa prof. dr hab. S.P. i prof. dr hab. M.C.;

f. pominięcie przez Sąd I instancji, w ocenie strony podmiotowej i przedmiotowej czynu zarzucanego oskarżonemu, dowodu z dokumentu, tj. opinii z dnia 24 stycznia 2014 r., sporządzonej przez biegłego Sądu Okręgowego w K. dr. inż. B.B., na wniosek z urzędu Sądu Rejonowego w M., II Wydział Karny do sprawy o sygn. akt. II K ...13, do zbadania analogicznych urządzeń do gier Apex Hot Magic Fruits, jak to będące przedmiotem badania przez biegłego sądowego W.K. na okoliczność wykazania symulacyjno- zręcznościowego charakteru urządzenia do gier o nazwie Apex Hot Magic Fruits oraz wykazania świadomości oskarżonego co do charakteru gier urządzanych na urządzeniu i tożsamości jej wniosków z wnioskami z opinii inż. J. K. - biegłego sądowego, oraz opinii prawnej autorstwa prof. dr hab. S.P. i prof. dr hab. M.C.;

g. wewnętrzne sprzeczności uzasadnienia wskazujące na błędy w ocenie materiału dowodowego, a w szczególności charakteru gier na symulatorze Apex Hot Magic Fruits, co ma decydujący wpływ na ewentualne zaistnienie strony przedmiotowej w zarzucanym oskarżonym czynie;

2. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. i art. 201 k.p.k. polegające na oparciu wyroku przede wszystkim na wnioskach opinii biegłego sądowego W.K. pomimo braku w niej elementów niezbędnych dla wykorzystania w postępowaniu karnym, takich jak wskazanie metod badania, sprawozdania z czynności i

spostrzeżeń, uzasadnienia, wewnętrzna sprzeczność w zakresie kwalifikacji charakteru gier na symulatorze oraz niepełność, co czyni powyższą opinię niepełną i niemiarodajną, a co Sąd zignorował, pomijając fakt, iż rzeczony biegły przygotowuje identyczne w swej treści opinie w szeregu spraw, opatrując je jedynie inną datą i numerem urządzenia, a nie wskazując rzeczywistego przebiegu badania oraz toku myślowego doprowadzającego go do stawianych wniosków;

III. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku mający wpływ na treść wydanego orzeczenia, wynikający z naruszeń przepisów postępowania wskazanych w pkt. II, przez bezpodstawne przyjęcie, że:

a. od dnia 24 grudnia 2011 r. tj. od momentu w którym to oskarżony M.W. otrzymał odpis postanowienia Sądu Okręgowego w O. (w sprawie o sygn. akt VII Kz .../11), na podstawie, którego utrzymane w mocy zostało wydane uprzednio przez Sąd Rejonowy w S. (w sprawie o sygn. akt. II Ks .../11) postanowienie o umorzeniu postępowania, oskarżony dysponował już stosowną wiedzą dotyczącą losowego oraz komercyjnego charakteru odbywających się za pośrednictwem tych urządzeń gier ponieważ z uzasadnienia otrzymanego postanowienia wynika, iż powołany w toku biegly orzekł o nielegalności tego samego rodzaju automatu do gry co automat zatrzymany w niniejszej sprawie, w sytuacji gdy z treści złożonych do akt sprawy orzeczeń wynika, iż prowadzone w tym samym przedmiocie postępowania przygotowawcze lub sądowe, obejmujące porównywalny co w tej sprawie czas popełnienia czynu oraz przeprowadzane dowody z opinii biegłych sądowych w toku tych postępowań nie mogły w żaden sposób przesądzać o umyślności oskarżonego chociażby w zamiarze ewentualnym ponieważ kończyły się dla niego pozytywnie, a jedynie mogły go utwierdzić w przekonaniu o legalności podejmowanych działań;

b. skoro Sąd Rejonowy w S. w treści uzasadnienia postanowienia o umorzeniu postępowania przywołał w stanie faktycznym, iż w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym w tamtej sprawie biegły sądowy A. C., badając urządzenie stwierdził losowy i komercyjny charakter gier urządzanych na urządzeniu, to oskarżony M.W. działał już w pełni świadomie, że jego zachowanie stanowi naruszenie ustawy o grach hazardowych, w sytuacji gdy z licznych opinii biegłego sądowego Sądu Okręgowego w K. dr inż. B.B. wynika symulacyjno -

zręcznościowy charakter urządzenia co powoduje, iż nie podlega on pod ustawę o grach hazardowych, a jego świadomość co do charakteru gier nie uległa zmianie, ponieważ wnioski zawarte w opinii biegłego sądowego są tożsame z wnioskami z opinii inż. J.K. - biegłego sądowego, oraz opinii prawnej autorstwa prof. dr hab. S.P. i prof. dr hab. M.C.;

c. na symulatorze Apex Hot Magic Fruits uzyskuje się wygrane rzeczowe w postaci punktów umożliwiających przedłużenie czasu gry w rozumieniu u.g.h., co spowodowało kwalifikację urządzenia do kategorii gier na automatach premiujących gracza wygraną rzeczową w postaci możliwości przedłużenia czasu gry podczas, gdy wygrane punkty w ramach gier na urządzeniach nie przedłużają czasu gry na urządzeniu ani też nie dają możliwości rozpoczynania nowych gier za punkty z poprzednich gier, w związku z czym nie stanowią wygranej rzeczowej.

IV. niezasadne zastosowanie art. 30 § 5 k.k.s. środka karnego określonego w art. 29 k.k.s. w sytuacji, gdy ze zgromadzonego materiału dowodowego jednoznacznie wynika, iż interwenient dochował należytej staranności przed wprowadzeniem urządzenia na rynek, a wymaganej od niego z uwagi na charakter dzierżawionego przez niego symulatora Apex Hot Magic Fruits wraz z przynależnościami.

W konsekwencji, w imieniu interwenienta, apelujący wniósł o zmianę w całości zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego M. W. oraz orzeczenie obowiązku zwrotu interwenientowi dowodów rzeczowych. W sytuacji jednak, gdyby Sąd doszedł do wniosku, iż zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na zmianę wyroku Sądu I instancji, wniósł o uchylenie wyroku Sądu I instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Rejonowy.

Na rozprawie apelacyjnej obrońca oskarżonych złożył pisemne uzupełnienie swojej apelacji wraz z odpowiedzią na pozostałe apelacje wniesione w tej sprawie (pismo procesowe z dnia 9 stycznia 2015 r., k. 1557-1562). Podtrzymał wnioski i zarzuty swego środka odwoławczego, poparł apelację interwenienta oraz w odniesieniu do wniosków apelacji oskarżycieli publicznych wniósł o utrzymanie zaskarżonego wyroku w mocy w stosunku do oskarżonego A.W. i uznanie apelacji Urzędu Celnego w P. i Prokuratury Rejonowej w P. za oczywiście bezzasadne. Ponadto, na podstawie art. 439 § 1 pkt 9 i § 2 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 113 k.k.s., podniósł zarzut rażącej obrazy przepisów postępowania,

polegającej na pominięciu przesłanki negatywnej, uniemożliwiającej wszczęcie i prowadzenie postępowania karnoskarbowego w niniejszej sprawie z uwagi na zaistnienie innej okoliczności wyłączającej ściganie, tj. brak możliwości zastosowania w odniesieniu do czynu zarzucanego oskarżonym przepisów prawa materialnego, określonych w art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 u.g.h. ze względu na ich techniczny charakter w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r., a w konsekwencji - niemożności zastosowania art. 107 § 1 k.k.s. jako normy sankcjonującej, zabezpieczającej wykonanie dyspozycji normy technicznej, której nie poddano notyfikacji, i to pomimo, że na każdym sądzie krajowym, w tym Sądzie Rejonowym w P., ciąży normatywny obowiązek zapewnienia pełnej efektywności przepisów dyrektywy 98/34/WE, wynikający z zasady pomocniczości i szczerzej współpracy (art. 4 ust. 3 TUE), zwłaszcza w odniesieniu do norm, których wiążącej wykładni w kontekście art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych dokonał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej na podstawie art. 19 ust. 1 TUE w sprawach połączonych Fortuna i in. sygn. akt C 213/11, C 214/11 i C 217/11.

W związku z podniesionym dodatkowym zarzutem stanowiącym bezwzględną przyczynę odwoławczą, obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w odniesieniu do oskarżonej M.W. i umorzenie postępowania.

Sąd Okręgowy w P., wyrokiem z dnia 15 stycznia 2015 r., sygn. akt IV Ka .../14 zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że oskarżonego M.W. uniewinnił od popełnienia zarzucanego mu czynu, zaś w stosunku do oskarżonego A.W. wyrok ten utrzymał w mocy i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Od powyższego wyroku kasację wywiódł Urząd Celny w P. zarzucając: rażące naruszenie prawa materialnego, mianowicie art. 1 § 1 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. z 2009 r., Nr 201, poz. 1540 ze zm.) poprzez przyjęcie, że brak procedury notyfikacji przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ww. ustawy o grach hazardowych powoduje ich bezskuteczność, co doprowadziło do odmowy zastosowania przez Sąd Okręgowy w P. tychże przepisów i w konsekwencji skutkowało uniewinnieniem oskarżonego M.W. oraz utrzymaniem w mocy

uniewinniającego wyroku Sądu Rejonowego w P. w stosunku do oskarżonego A.W..

Mając na uwadze powyższy zarzut, na podstawie art. 537 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., Urząd Celny w P. wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Okręgowy w P..

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja wywiedziona przez oskarżyciela publicznego okazała się częściowo zasadna i w konsekwencji musiała skutkować uchyleniem zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w P. i przekazaniem sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Na wstępie należy stwierdzić, że sąd odwoławczy zakresem rozważań nie objął zdecydowanej większości zarzutów podniesionych w apelacjach wywiedzionych od wyroku sądu *a quo*. Korzystając z przyznanej mu na mocy art. 436 k.p.k. kompetencji swoje analizy ograniczył bowiem wyłącznie do podniesionych w apelacji obrońcy oskarżonego M.W. zarzutów:

- naruszenia przez Sąd Rejonowy przepisu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. i art. 6 § 1 k.k.s. poprzez prowadzenie postępowania w przedmiotowej sprawie mimo tego, że w sprawie o ten sam czyn postępowanie karne skarbowe toczyło się równolegle w sprawie RKS [...] – a na etapie postępowania jurysdykcyjnego przed sądem pierwszej instancji pod sygnaturą II K .../13,

- obrazy prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Przyczyną, która spowodowała, że Sąd Okręgowy zdecydował się na rozpoznanie apelacji jedynie w tak wąskim zakresie było uznanie przez ów sąd drugiego z wymienionych wyżej zarzutów za zasadny i będąca konsekwencją tejże oceny konstatacja, że jest to wystarczające zarówno do zmiany zaskarżonego wyroku i uniewinnienia M.W. od popełnienia zarzuconego mu przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 2 k.k.s. i art. 9 § 3 k.k.s., jak i do utrzymania w mocy zaskarżonego wyroku w stosunku do oskarżonego A.W..

Dokonana przez sąd odwoławczy ocena przedmiotowego zarzutu była jednak błędna, co automatycznie oznacza, że wadliwa była również decyzja o

zaniechaniu rozpoznania środków odwoławczych w pełnym zakresie. Powyższe spowodowało, że zaskarżony wyrok nie mógł się ostać. Przed przystąpieniem do szczegółowych rozważań mających na celu wyjaśnienie dlaczego sąd kasacyjny w istotnej części zgodził się ze skarżącym, a nie podzielił stanowiska Sądu Okręgowego, należy dla „oczyszczenia przedpola” w kilku zdaniach odnieść się do dokonanej przez instancję *ad quem* oceny pierwszego z rozpoznanych zarzutów. Z oceną tą, co do zasady, wypadało się zgodzić.

W powyższym kontekście przede wszystkim należy wskazać, że na gruncie przedmiotowej sprawy zarzut *lis pendens* nie mógł być skutecznie podniesiony. Stan zawisłości sprawy, zgodnie z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., stosowanym w postępowaniu karnym skarbowym na mocy art. 113 § 1 k.k.s., powstaje bowiem z chwilą wszczęcia postępowania o określony czyn przeciwko określonej osobie. Oznacza to, że w postępowaniu karnym, którego pierwszym etapem jest postępowanie przygotowawcze, stan zawisłości sprawy powstaje z chwilą skierowania postępowania przeciwko konkretnej osobie, tj. w momencie przedstawienia jej zarzutów, wraz z pojawieniem się w postępowaniu podejrzanego w rozumieniu art. 71 § 1 k.p.k. (tak też trafnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 czerwca 2013 r., II KK 135/13, LEX nr 1321738).

W przedmiotowej sprawie (mającej w stadium sądowym sygnaturę II K .../13) postanowienie o przedstawieniu zarzutów w stosunku do oskarżonego M.W. zostało wydane w dniu 16 listopada 2012 r. Natomiast w postępowaniu, które w stadium jurysdykcyjnym toczyło się pod sygnaturą II K .../13, postanowienie o przedstawieniu zarzutów wobec oskarżonego M.W. zostało wydane w dniu 7 maja 2013 r. Niemal identycznie układ ten przedstawiał się w przypadku oskarżonego A.W., któremu w toku postępowania w niniejszej sprawie (II K .../13) zarzut przedstawiono w dniu 15.11.2012 r., a w toku drugiego ze wskazanych wyżej postępowań w dniu 4 kwietnia 2013 r. Oznacza to, że jako pierwsze zostało wszczęte postępowanie w sprawie II K .../13 i to ustalenie, nawet bez odnoszenia się do kwestii tożsamości czynu, jest wystarczające do stwierdzenia, że w relacji postępowań II K .../13 i II K .../13 o pojawieniu się negatywnej przesłanki procesowej w postaci zawisłości sprawy w postępowaniu II K .../13 nie może być mowy. Porównanie dat, w których uprawomocniły się orzeczenia kończące

postępowania w tychże sprawach było natomiast wystarczające do stwierdzenia, że w analizowanej tutaj sprawie nie wystąpiła również przeszkoda procesowa w postaci *rei iudicatae*. Wyrok sądu odwoławczego w przedmiotowej sprawie zapadł bowiem w dniu 15 stycznia 2015 r., a wyrok sądu II instancji wydany po rozpoznaniu apelacji wywiedzionych od wyroku w sprawie II K .../13 (sygn. akt II Ka 695/14) w dniu 16 stycznia 2015 r.

W związku z tym, że opisane wyżej relacje czasowe były wystarczające do zweryfikowania prawidłowości rozumowania instancji *ad quem* odnośnie zarzutu dotyczącego *lis pendens* i co najważniejsze, bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k., Sąd Najwyższy nie będzie szczegółowo odnosił się do argumentacji sądu odwoławczego zmierzającej do wykazania, że wbrew temu, co podnosił obrońca M.W. w apelacji, postępowanie toczące się w sprawie II K .../13 nie dotyczyło czynu, co do którego toczyło się postępowanie w sprawie II K .../13. Sąd kasacyjny ograniczy się wyłącznie do stwierdzenia, że w pełni podziela stanowisko Sądu Okręgowego w tej kwestii, uznając za trafne przemawiające za nim argumenty zawarte nie tylko w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, ale nade wszystko w uzasadnieniu orzeczenia zapadłego w sprawie II Ka .../14.

Uznawszy zatem, że na gruncie przedmiotowej sprawy nie zaistniała żadna z przeszkód procesowych z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., należy przystąpić do odniesienia się do podniesionego w kasacji zarzutu dotyczącego rażącego naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 1 § 1 k.k.s. w zw. z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009 r., Nr 201, poz. 1540 ze zm.).

Wywody odnoszące się do sfery prawa materialnego sąd odwoławczy rozpoczął od stwierdzenia, że art. 107 § 1 k.k.s. jest przepisem o charakterze blankietowym, a przy doprecyzowywaniu treści obowiązków nakładanych tą normą postępowania konieczne jest odwołanie się do art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych.

Następnie sąd odwoławczy przeprowadził wywód na temat charakteru prawnego przepisów zawartych w art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych. Rozpoczął je od przywołania wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 19 lipca

2012 r. w połączonych sprawach C- 213/11, C-214/11 i C-217/11, w którym stwierdzono, że przepisy zakazujące prowadzenia gier elektrycznych, gier elektromechanicznych w jakichkolwiek miejscach publicznych i prywatnych z wyjątkiem kasyn, należy uznać za przepisy techniczne. Następnie sąd odwoławczy przystąpił do omówienia treści art. 1 pkt 11 Dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinach norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz. U. UE.L 1998.2004.37 ze zm.), zawierającego definicję przepisów technicznych. Sąd Okręgowy odwołał się również do art. 8 ust. 1 powołanej Dyrektywy jako przepisu nakładającego obowiązek notyfikowania Komisji Europejskiej wszelkich projektów przepisów technicznych i określającego warunki dopełnienia tego obowiązku oraz wyjątki od tej reguły.

Sąd odwoławczy skonstatował, że konsekwencją braku notyfikacji przepisów technicznych jest brak możliwości stosowania nienotyfikowanych regulacji, a co za tym idzie niemożność powoływania się na nie przed sądem krajowym wobec podmiotów prywatnych.

Następnie sąd odwoławczy wskazał, że nie podziela poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 r. w sprawie I KZP 15/13, na którym oparł się Sąd Rejonowy, a zgodnie z którym *naruszenie wynikające z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Jeżeli w konkretnym postępowaniu sąd dochodzi do wniosku, że doszło do takiej wadliwości trybu ustawodawczego, może nie stosować tych przepisów tylko w ten sposób, że zawiesi prowadzone postępowanie, w którym miałyby one zostać zastosowane i skieruje stosowne pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego. Jednak do czasu zainicjowania tej kontroli lub podjęcia przez Trybunał Konstytucyjny stosownego rozstrzygnięcia brak jest podstaw do odmowy stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, w tym jej art. 6 ust 1 i art. 14 ust. 1.*

Powodem, dla którego instancja *ad quem* nie zgodziła się z tym stanowiskiem był fakt, że orzeczenie to stało się przedmiotem licznych uwag krytycznych w doktrynie, co w konsekwencji doprowadziło do wyrażenia przez Sąd Najwyższy odmiennego poglądu w postanowieniu z dnia 27 listopada 2014 r., II KK 55/14, w którym stwierdzono, m.in., że:

1) konsekwencją braku notyfikacji przepisów technicznych Komisji Europejskiej na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych, Dz. U. Nr 239, poz. 2039 ze zm., jest niemożność stosowania i to nie tylko przez sądy norm prawnych, które nie zostały notyfikowane, a zostały zawarte w jednostkach redakcyjnych podlegających obowiązkowi notyfikacji,

2) przepisy u.g.h., w szczególności art. 14 ust. 1 oraz art. 6 tej ustawy, to „przepisy techniczne” w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE.

Sąd odwoławczy wskazał, że podziela w pełni stanowisko zaprezentowane przez Sąd Najwyższy w powyższym orzeczeniu i w konsekwencji uznał przepisy art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych za bezskuteczne i z tego powodu nie podlegające stosowaniu przez sąd krajowy.

Powyższe doprowadziło sąd odwoławczy do konstatacji, że czyny oskarżonego M.W. i A.W. „nie mogły być rozpoznane jako wyczerpujące znamiona przestępstwa określonego w art. 107 § 1 k.k.s.” co skutkowało zmianą zaskarżonego wyroku Sądu Rejonowego poprzez uniewinnienie oskarżonego M.W. od popełnienia zarzucanego mu przestępstwa oraz utrzymaniem w mocy zawartego w wyroku sądu pierwszej instancji rozstrzygnięcia uniewinniającego A.W. od zarzutu popełnienia czynu opisanego w punkcie 2 tego wyroku.

Stanowisko instancji *ad quem* odnośnie technicznego charakteru przepisów art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 471 ze zm.) uznać trzeba za zasadne tylko częściowo. O ile bowiem art. 14 ust. 1 w brzmieniu obowiązującym do dnia 2 września 2015 r. rzeczywiście był przepisem technicznym objętym obowiązkiem notyfikacji, którego państwo polskie nie dopełniło, o tyle tego samego nie można powiedzieć o przepisie art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 marca 2017 r.

Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 13 października 2016 r. w sprawie C – 303/15 wyraźnie wskazał bowiem, że w przeciwieństwie do art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, art. 6 ust. 1 tej ustawy nie ma charakteru technicznego. Podstawą takiej oceny było trafne stwierdzenie, że „takie przepisy, które uzależniają prowadzenie działalności w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie stanowią przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 pkt 3 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r., ponieważ nie odnoszą się one do produktu lub do jego opakowania jako takich i nie określają wymaganych cech produktu”. Nie budzi zaś wątpliwości, że przepis art. 6 ust. 1 jest właśnie taką regulacją.

Na powyższym orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości została oparta uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. wydana w sprawie I KZP 17/16, w której stwierdzono, że *kolizja prawa krajowego z prawem unijnym, w świetle zasady bezpośredniego stosowania prawa Unii Europejskiej (art. 91 ust. 3 Konstytucji), może prowadzić do zastąpienia przepisów krajowych uregulowaniami prawa unijnego albo do wyłączenia normy prawa krajowego przez bezpośrednio skuteczną normę prawa Unii Europejskiej. W konsekwencji norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej, wynikająca z 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, wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r., poz. 612) w pierwotnym brzmieniu. Natomiast art. 6 ust. 1 tej ustawy 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.*

W uzasadnieniu tejże uchwały zauważono ponadto, że:

- *kwestia technicznego charakteru przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w aspekcie dyrektywy 98/34/WE nie może budzić wątpliwości. Co do ograniczeń "lokalizacyjnych" dotyczących wykorzystywania automatów do gier*

hazardowych, zawartych w art. 14 ustawy o grach hazardowych, Trybunał Sprawiedliwości UE zajmuje jednolite stanowisko,

- co do art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, w ślad za stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości UE zaprezentowanym w wyroku z dnia 13 października 2016 r., C-303/15, należy uznać, że przepis ten, uzależniający prowadzenie działalności w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, nie stanowi przepisów technicznych w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, w związku z czym projekt tego uregulowania nie podlegał notyfikacji Komisji Europejskiej. Zastrzeżenie, uczynione w końcowej części tego przepisu, iż chodzi tu o koncesje na prowadzenie kasyna gry, nie może być w takiej sytuacji poczytywane jako powtórzenie, zawartego w art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych ograniczenia, zwłaszcza że pierwszy z powołanych przepisów dotyczy prowadzenia działalności, drugi zaś - urządzania gier.

Konkludując należy stwierdzić, że o ile słuszne jest stanowisko sądu odwoławczego, że techniczny charakter regulacji art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w brzmieniu obowiązującym do 2 września 2015 r. sprawia, że jej naruszenie nie może być uznane za wyczerpujące znamiona czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s., o tyle zdecydowanie nietrafnym jest rozciągnięcie tego poglądu także na art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych.

Przypomnieć zaś trzeba, że oskarżonym M.W. i A. W. zarzucono popełnienie czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s. polegającego na urządzaniu gier hazardowych z naruszeniem obu wskazanych regulacji.

Należy przy tym zauważyć, że wyrok sądu odwoławczego został oparty wyłącznie na przekonaniu tegoż sądu, że zarówno art. 14 ust. 1, jak i art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, mają charakter regulacji technicznych. Powyższe skutkowało co najmniej przedwczesnym uniewinnieniem oskarżonego M.W. od popełnienia zarzuconego mu czynu oraz co najmniej przedwczesnym utrzymaniem w mocy wyroku sądu pierwszej instancji w części dotyczącej oskarżonego A.W., który przez sąd *meriti* został uniewinniony. Na skutek popełnienia owego uchybienia sąd odwoławczy wydał swoje orzeczenie bez zbadania, czy do naruszenia art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w ogóle doszło oraz bez

weryfikacji czy ewentualne naruszenie tej regulacji było objęte zamiarem oskarżonych. Pamiętać trzeba, że generalnie tych kwestii dotyczyły właśnie nierozpoznane przez sąd odwoławczy zarzuty podniesione zarówno w apelacji obrońcy oskarżonego M.W., pełnomocnika interwenienta, jak i w środkach odwoławczych wywiedzionych przez oskarżycieli publicznych (prokuratora i Urząd Celny w P.).

W tym stanie rzeczy należało stwierdzić, że sąd odwoławczy dopuścił się rażącej obrazę przepisu prawa materialnego, która skutkowała nadto nietrafną oceną zaistnienia przesłanek uprawniających do odstąpienia od wyrażonego w art. 433 § 2 k.p.k. obowiązku rozważenia wszystkich wniosków i zarzutów wskazanych w środku odwoławczym.

Reasumując stwierdzić należy, że w niniejszej sprawie, z przyczyn wyżej wskazanych, zaktualizowały się podstawy kasacyjne w postaci rażącego naruszenia prawa mogącego mieć istotny wpływ na treść wyroku. Wyczerpana więc została podstawa kasacyjna z art. 523 § 1 k.p.k. W konsekwencji konieczne stało się uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w P. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

W dalszym toku postępowania Sąd Okręgowy, kierując się wskazaniem i zapatrywaniem prawnymi Sądu Najwyższego (art. 518 k.p.k. w zw. z art. 442 § 3 k.p.k.) przeprowadzi stosowną kontrolę odwoławczą szczegółowo odnosząc się do wszystkich zarzutów zawartych w apelacjach. Przeprowadzając wskazaną analizę organ odwoławczy będzie musiał mieć na uwadze, pozostawioną dotychczas poza zakresem jakichkolwiek rozważań kwestię, że art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych dotyczy **prowadzenia działalności** w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach, a art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych odnosi się do **urządzania** tychże gier. Problem ten jest na gruncie przedmiotowej sprawy szczególnie istotny skoro naruszenie art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych (w brzmieniu obowiązującym do dnia 2 września 2015 r.) nie może być uznane za wyczerpujące znamiona czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s., a w opisie czynu zarzuconego i przypisanego oskarżonemu M.W. na określenie czynności sprawczej posłużono się zwrotem „urządził”. Ten zwrot został również użyty na określenie czynności sprawczej w opisie czynu zarzuconego

oskarżonemu A. W. Sąd odwoławczy będzie musiał zatem wnikliwie zbadać, czy pojęcia „urządza” i „prowadzi”, którymi operuje przepis art. 107 § 1 k.k.s. są tożsame znaczeniowo z pojęciami „urządza” i „prowadzi” występującymi w treści art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych i art. 14 ust. 1 tej ustawy. Konieczne stanie się również ustalenie, jaki jest wzajemny stosunek zakresów znaczeniowych wyrażeń „urządza” i „prowadzi”, do których odwołują się zarówno wskazany wyżej przepis k.k.s. jak i przywołane przepisy ustawy o grach hazardowych. Wnioski wyprowadzone z tych rozważań będą bowiem niezbędne do oceny poprawności opisu czynu, a w dalszej perspektywie - przy podejmowaniu ewentualnej decyzji co do potrzeby i dopuszczalności zmiany tego opisu, także uwzględniając ograniczenia wynikające z zakazu *reformationis in peius*.

Sąd Najwyższy podkreśla jednak, że kwestia prawidłowości ujęcia czynności sprawczej jest tylko jednym z problemów pojawiających się przy ocenie trafności rozstrzygnięć zawartych w orzeczeniu sądu *a quo*. W apelacji obrońca M.W. kwestionował bowiem również wypełnienie przez tego oskarżonego innych znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s., podnosząc, że gry wskazane w zarzutach nie były grami hazardowymi. Negował także wyczerpanie przez ww. znamion strony podmiotowej tego czynu. Podobna argumentacja zawarta była również w apelacji pełnomocnika interwenienta. Środki odwoławcze wywiedzione przez oskarżycieli publicznych negowały natomiast m.in. trafność – korzystnych dla oskarżonego A.W. – ustaleń sądu pierwszej instancji dotyczących znamion strony podmiotowej zarzuconego mu czynu. Waga opisanych zarzutów nie tylko nie pozwala na pozostawienie poza zakresem kontroli instancyjnej któregośkolwiek z nich, ale wręcz nakazuje dokonanie ich analizy ze szczególną wnikliwością.