



Sygn. akt III KK 88/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 października 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Małgorzata Gierszon (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Jerzy Grubba

SSN Jan Bogdan Rychlicki

Protokolant Dagmara Szczepańska-Maciejewska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Barbary Nowińskiej
w sprawie M.W.

uniewinnionego od popełnienia czynu z art. 107 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 17 października 2017 r.,

kasacji, wniesionej przez Prokuratora Okręgowego w S.

od wyroku Sądu Okręgowego w S.

z dnia 19 listopada 2013 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w L.

z dnia 25 kwietnia 2013 r.,

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

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 25 kwietnia 2013 r., sygn. akt II K 26/13 Sąd Rejonowy w L.
uniewinnił: M.W. od przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s.
polegającego na tym, że: jako Prezes firmy H. Sp. z o.o. wbrew art. 6 ust. 1 i art.

14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, wskazujących na obowiązek urządzenia gier na automatach wyłącznie w kasynach gry, urządzał gry bez wymaganego zezwolenia właściwego organu w okresie od dnia 17 sierpnia 2011 r. do dnia 28 marca 2012 r. na terenie lokalu „C.” w L. na automacie Apex Hot Magic Fruits nr HFP 1575 zgodnie z umową o wspólnym przedsięwzięciu zawartą z właścicielem lokalu A.O., a także A.O. od wykroczenia z art. 107 § 4 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. polegającego na tym, że: jako właściciel lokalu „C.” w L. wbrew art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych wskazujących na obowiązek urządzenia gier na automatach wyłącznie w kasynach gry, urządzał na terenie lokalu gry bez wymaganego zezwolenia właściwego organu: w okresie od dnia 17 sierpnia 2011 r. do dnia 28 marca 2012 r. na automacie Apex Hot Magic Fruits nr HFP 1575 zgodnie z umową o wspólnym przedsięwzięciu z dnia 17 sierpnia 2011 r. zawartą z firmą H. sp. z o.o. i w okresie od dnia 1 sierpnia 2011 r. do dnia 28 marca 2012 r. na urządzeniu dwustanowiskowym bez nazwy nr BO67 zgodnie z umową dzierżawy powierzchni mieszkalnej z dnia 1 sierpnia 2011 r. zawartą z firmą M.

Apelacje od tego wyroku wniósł oskarżyciel publiczny Urząd Celny w S., zarzucając temu orzeczeniu obrazę przepisów prawa materialnego oraz błędy w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia.

W uzasadnieniu apelacji oskarżyciel podniósł, iż:

- zajęte przedmiotowe automaty umożliwiają prowadzenie gier hazardowych, stąd ich udostępnienie w celu urządzania tych gier wymaga zezwolenia (art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych), którego oskarżeni nie posiadali;
- przedłożone przez M.W. opinie prywatne „poza luźnymi i ogólnymi dywagacjami w zakresie cech losowości i zręczności opisywanych urządzeń w żaden sposób nie odnoszą się do budowy oraz zasad działania zajętego automatu”;
- te opinie zostały sporządzone przez osoby, które nie mają jakiegokolwiek umocowania prawnego w przepisach ustawy o grach hazardowych i w tych opiniach wyrażają tylko swoje prywatne osądy, stąd i nie mogą dowodzić nieświadomości oskarżonego co do charakteru tego automatu i hazardowych gier, które można na nim urządzać;

- M. W., mając w sytuacji zlecenia opracowanie tych opinii – co najmniej – wątpliwość w zakresie potencjalnej możliwości naruszenia art. 2 ust.5 ustawy o grach hazardowych, powinien był wystąpić do właściwej instytucji w celu uzyskania opinii w zakresie rodzaju urządzanych gier; nie uczynił tego po raz kolejny;
- Sąd Rejonowy nie dostrzegł, iż czym innym jest urządzenie gier poza kasynami (art. 14 ust.1 ustawy o grach hazardowych), a czym innym urządzenie tych gier bez jakiegokolwiek zezwolenia.

Apelację tą rozpoznał Sąd Okręgowy w S. w dniu 19 listopada 2013 r. ,który wyrokiem w tym dniu wydanym utrzymał zaskarżony nią wyrok w mocy.

Kasację od wyroku Sądu Okręgowego w S. wniósł Prokurator Okręgowy w S. (dotyczyła ona także A.O.) zarzucając 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. i A. O., 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 rażąco 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 „Apex Hot Magic Fruits” nr HFP 1575 i urządzenie dwustanowiskowe bez nazwy nr BO7 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.

W pisemnych odpowiedziach na kasację obrońca oskarżonego M.W. oraz pełnomocnik interwenienta H. Sp. z o.o. wniesli o jej oddalenie.

Postanowieniem z dnia 14 października 2014 r., Sąd Najwyższy pozostawił tą kasację bez rozpoznania w zakresie dotyczącym A.O., jako pochodzącej od oskarżyciela, który nie był uprawniony do jej wniesienia.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest zasadna, takimi są bowiem wszystkie jej zarzuty.

Dokonana przez Sąd Okręgowy w S. kontrola odwoławcza wyroku Sądu Rejonowego w L., w związku z wniesioną przez Urząd Celny w S. apelacją, razi wręcz powierzchownością i brakiem staranności, Treść uzasadnienia wyroku tego Sądu pozwala nawet wnioskować o tym, iż nie wszystkie podniesione w tej apelacji kwestie i zarzuty zostały w ogóle przez ten Sąd rozpoznane, a sposób odniesienia się do tych dostrzeżonych i rozważanych jest dalece niewystarczający. Zarówno ze względu na konieczne do jednoznacznego rozstrzygnięcia kwestie prawne, jak i z uwagi na potrzebę takiego też określenia podstawy faktycznej wydanego przez instancję odwoławczą wyroku, tak w zakresie strony przedmiotowej, jak i

podmiotowej zarzucanego oskarżonemu czynu. W tej sytuacji nie ulega wątpliwości, że tak postępując Sąd Odwoławczy rażąco naruszył przywołane, w podstawie prawnej wszystkich trzech zarzutów kasacji, przepisy wskazujące reguły kontroli instancyjnej, tj. tak przepis art. 433 § 2 k.p.k., jak i art. 457 § 3 k.p.k. Zważywszy na charakter tego uchybienia, oraz jego następstwo bezsporne jest, iż miało to uchybienie istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku.

Przywołaną ocenę determinowały następujące względy.

1. Przyznać należy rację Skarżącemu, że Sąd II instancji nie dokonał należytego rozpoznania zarzutów apelacji dotyczących naruszenia prawa materialnego (zarzut III kasacji). Kwestia ta - wbrew kolejności zarzutów wskazanej w kasacji – wymaga omówienia w pierwszej kolejności, z powodu pierwszorzędnego znaczenia. W istocie bowiem uznanie trafności zarzutu apelacji odnośnie dopuszczenia się przez orzekające w obydwu instancjach Sądy obrazy prawa materialnego jest wystarczające do uznania zasadności skargi kasacyjnej i trafności zawartego w niej wniosku w przedmiocie uchylenia wyroków obydwu tych Sądów i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w L..

Analiza fragmentu uzasadnienia zaskarżonego wyroku w którym Sąd Okręgowy (wyłącznie) odniósł się do zarzutu obrazy przez Sąd I instancji prawa materialnego (ostatni akapit na s. 3) nie pozostawia wątpliwości, że Sąd ten nie tyle zaaprobował to kwestionowane stanowisko Sądu I instancji i nie dostrzegł tej (zarzucanej w apelacji) obrazy prawa materialnego, co jedynie stwierdził, że nie można owego zarzutu rozpoznać bez uzyskania stanowiska Trybunału Konstytucyjnego (w niesprecyzowanym przy tym jednak zakresie), Równocześnie Sąd Okręgowy pomimo takiej konstatacji 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 oskarżonego w zakresie popełnienia przez niego zarzucanego mu czynu. Tymczasem kwestia bezprawności tego czynu powinna być zbadana w pierwszej kolejności. Jeśli bowiem nie byłby on bezprawny, to i nie byłoby potrzeby badania stanu świadomości oskarżonego *tempore criminis* i ustalania rodzaju

towarzyszącego mu wówczas zamiaru.

Stwierdzenie powyższej zaszłości wystarcza do uznania, iż kontrola instancyjna wyroku Sądu Rejonowego, w zakresie zarzutu obrazy przez ten Sąd przy wydaniu wyroku, prawa materialnego, została rzeczywiście przeprowadzona w sposób pozbawiony wymaganej rzetelności, a przez to i rażąco naruszający wspomniane reguły tej kontroli, co jest wystarczające do uznania trafności zasadności III – ego zarzutu kasacji, a tym samym i całej skargi.

Niezależnie jednak od tego stwierdzenia 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 to uchybienie powielił. Z kolei w zakresie wykładni art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, stanowisko Sądu I instancji (aprobowane przez Sąd Okręgowy) zasługuje na akceptację. Prawidłowo bowiem Sąd I instancji przyjął, 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. wyrok TSUE z dnia 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 ocena 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 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 tego przepisu (s. 7 uzasadnienia wyroku tego Sądu) tłumacząc, że jego rozważania – dotyczące charakteru art. 14 ust. 1 - należy zastosować również do art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, gdyż przepis ten jest ściśle z nim związany.

Tymczasem te dwa przepisy mają różny charakter. Przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych nie dotyczy ograniczeń „lokalizacyjnych” dotyczących automatów do gier hazardowych, ale zakazu 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, 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 czynu od popełnienia którego Sąd I instancji uniewinnił oskarżonego M.W. znalazło się odwołanie m.in. do art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jako zawierającego zakaz, który zgodnie z postawionym w akcie oskarżenia zarzutem miał zostać naruszony przez oskarżonego.

Dwa kolejne zarzuty, sformułowane w kasacji jako zarzut I i II, dotyczą braku należytego rozpoznania zarzutów apelacyjnych dotyczących trafności ustaleń poczynionych w przedmiocie strony podmiotowej czynu oskarżonego oraz strony przedmiotowej. Lektura uzasadnienia Sądu II instancji dowodzi, że Sąd nie odniósł się do zarzutu apelacji w zakresie błędnych ustaleń faktycznych dotyczących strony

przedmiotowej czynu. Jeśli chodzi o hazardowy charakter gier na urządzeniach, którymi posługiwał się oskarżony, to ustalenie w tym przedmiocie powinno być poczynione, a następnie poddane kontroli bez względu na świadomość w tym przedmiocie oskarżonego. 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 oskarżonego. Sąd zatem zaniechał rozpoznania zarzutu 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 urządzenie, którym posługiwał się oskarżony było urządzeniem do gier hazardowych. Sąd I instancji nie zakwestionował bowiem trafności eksperymentu przeprowadzonego przez S. F. i B. K. oraz wyników opinii sporządzonej przez W. K. na zlecenie Urzędu Celnego. Jednak zestawienie tych ustaleń faktycznych z rozważaniami zawartymi na s. 5 - 6 uzasadnienia wyroku, gdzie Sąd ten 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 do ustalenia co wynika z opinii biegłego sporządzonej na zlecenie Urzędu Celnego i co wynika z opinii prywatnych zgromadzonych w sprawie. Przyznać należy rację Skarżącemu, że takie ograniczenie samodzielności jurysdykcyjnej Sądu jest bezpodstawne. Sąd winien poczynić ustalenia co do charakteru losowego albo zręcznościowego charakteru gier, do których służą należące do oskarżonych urządzenia. Wprawdzie rację ma Sąd I instancji, że ustalenia dotyczące charakteru urządzeń nie determinują ustaleń w zakresie strony podmiotowej czynu oskarżonych, niemniej 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.

Odnosząc się do I zarzutu kasacji, to zwrócić należy uwagę, że uzasadnienie Sądu II instancji poświęcone zostało niemal w całości analizie zarzutu apelacji dotyczącego błędu w ustaleniach faktycznych w przedmiocie strony podmiotowej czynu zarzucanego oskarżonemu. Sąd ten zaaprobował stanowisko Sądu I instancji, który przywołał opinie sporządzone zarówno przez czeskiego biegłego sądowego z zakresu elektroniki i cybernetyki inż. J. K. oraz opinie prawne prof. M. C. i prof. S. P. z Kancelarii Prawnych, przy czym tych ostatnich określił mianem „polskich ekspertów”, i wywiódł, iż skoro z tych opinii wynikało, że przedmiotowe urządzenie nie służy do prowadzenia gier o charakterze hazardowym (losowych), to tym samym oskarżony poczynił wszelkie starania, aby poznać charakter tego urządzenia. Z uzasadnienia wniesionej w sprawie apelacji wynika jednak, że Oskarżyciel podważał trafność i rzetelność tych ocen podnosząc, że z tych opinii (niezależnie od ich „prywatnego” charakteru), nie wynika, jakoby ci biegli badali to konkretne urządzenie, którego postawiony oskarżonemu zarzut dotyczy. Poza tym o dowolności ustaleń dotyczących strony podmiotowej czynu oskarżonych świadczyć ma – według Autora apelacji - oparcie ustaleń w tym przedmiocie na opiniach prawników, którzy z racji wykonywanego zawodu nie posiadają wiedzy pozwalającej odróżnić automat do gry zręcznościowej od automatu do gry losowej. Tymczasem w uzasadnieniu wyroku Sądu II instancji brak odniesienia do tych okoliczności, a właśnie z ich perspektywy powinna zostać zweryfikowana trafność tych zaprezentowanych ustaleń Sądu I instancji. Co więcej, jak zasadnie podniesiono w kasacji, znaczenie powinna mieć okoliczność, że te same opinie przedstawiane są w innych (licznych) sprawach toczących się na terenie Polski przeciwko M. W., w których okresy popełnienia zarzucanych mu, tożsamyh rodzajowo, czynów i daty wszczęcia poszczególnych postępowań mogą powyższe konstatacje Sądu Rejonowego co do stanu świadomości oskarżonego odnośnie rzeczywistego charakteru owych automatów czynić wątpliwymi. Doświadczenia wynikłe z wcześniej toczonych przeciwko niemu postępowań powinny go wszak skłonić do odmiennej oceny tych urządzeń i do zwrócenia się o opinię – co do ich charakteru - do Ministra Finansów. Mając powyższe na uwadze Autor kasacji nawet stwierdził, że oskarżony jako prowadzący działalność gospodarczą nie sprostął wynikającym z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej obowiązkom

ciążącym na prowadzących taką działalność.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie Sąd II instancji powinien był dokonać kontroli ustaleń Sądu I instancji uwzględniając także fakt, że te podważane w apelacji stwierdzenia 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 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 oskarżonego, 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 przepisu nakładającego na podmioty prowadzące działalność obowiązku każdorazowego zasięgnięcia opinii Ministra Finansów w zakresie charakteru urządzeń do gier (art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych nie pozwala na taki wniosek), to brak takiej opinii nie może 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 zweryfikować, czy ustalenia Sądu I instancji pozwalają na wniosek, że błąd oskarżonych został popełniony w dobrej wierze.

Wszystkie podniesione okoliczności doprowadziły do uznania zasadności wniesionej przez Prokuratora kasacji.

W ich świetle niewątpliwym jest wniosek o potrzebie uchylenia zapadłych w sprawie obydwu wyroków Sądów: Okręgowego i Rejonowego. Wprawdzie nie ulega

wątpliwości, że bezpośrednim powodem uwzględnienia kasacji jest rażące naruszenie prawa przez Sąd Okręgowy, niemniej jednak nie sposób obecnie – w świetle poczynionych ustaleń - uznać, iż orzeczenie Sądu Rejonowego jest wolne od (w istocie tożsamy) uchybień. W tym stanie sprawy, kierując się potrzebą intensyfikowania działań mających zakończyć, przewlekłe i tak już się toczące, postępowanie w niniejszej sprawie oraz mając na uwadze ograniczenia procesowe wynikające z treści art. 454 § 1 k.p.k. (których zastosowania obecnie nie można wykluczyć), należało sprawę przekazać do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w L., który na nowo rozstrzygając będzie miał na względzie powyższe wnioski i spostrzeżenia.

Z tych wszystkich względów orzeczono jak wyżej.

kc