

Sygn. akt IV Ka 459/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 02 grudnia 2014 roku.

Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim w IV Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący SSO Marta Legeny-Błaszczyk

Sędziowie SA w SO Stanisław Tomasiak

SO Sławomir Goślawski (spr.)

Protokolant sekr. sądowy Dagmara Szczepanik

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Piotrkowie Trybunalskim Izabeli Stachowiak oraz przedstawiciela Urzędu Celnego w Piotrkowie Trybunalskim – Beaty Gniewaszewskiej

po rozpoznaniu w dniu 02 grudnia 2014 roku

sprawy **P. J. i S. J.**

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

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżyciela publicznego - Urząd Celny w Piotrkowie Trybunalskim

od wyroku Sądu Rejonowego w Tomaszowie Mazowieckim

z dnia 07 kwietnia 2014 roku sygn. akt II K 355/13

na podstawie art. 437§2 kpk i art. 438 pkt 2 kpk **uchyla zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonych P. J. i S. J. i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Tomaszowie Mazowieckim.**

Sygn. akt IV Ka 459/14

UZASADNIENIE

P. J. oraz S. J. zostali oskarżeni (w odrębnych zarzutach) o to, że:

w okresie od 14.01.2012r. do 25.01.2012r. urządzali wspólnie i w porozumieniu gry na automacie (...) o numerze (...) (...) w lokalu (...) przy ul. (...) w T. M., wbrew art. 3 Ustawy z dnia 19.11.2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. nr 201, poz. 1540),

tj. o popełnienie przestępstw skarbowych określonych w art. 107 § 1 kks w zw. z art. 9 § 2 kks.

Sąd Rejonowy w Tomaszowie Maz. wyrokiem z dnia 7 kwietnia 2014 roku w sprawie o sygn. akt II K 355/13:

oskarżonych P. J. i S. J. uniewinnił od popełnienia zarzucanych im czynów;

wydatki postępowania przejął na rachunek Skarbu Państwa.

Powyższy wyrok w całości na niekorzyść oskarżonych zaskarżył oskarżyciel publiczny – Urząd Celny w Piotrkowie Tryb.

Wyrokowi zarzucił:

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść, skutkujący uniewinnieniem obu oskarżonych, a polegający na uznaniu, że oskarżonym nie można przypisać winy umyślnej i w konsekwencji odpowiedzialności za czyn określony w art. 107 § 1 kks,

- obrazę przepisów postępowania, a to art. 7 kpk w zw. z art. 410 kpk mającą wpływ na treść orzeczenia poprzez dokonanie przez sąd I instancji dowolnej oraz jednostronnej analizy zgromadzonych w sprawie dowodów, skutkującą błędnym i nieuzasadnionym przyjęciem przez sąd, że uzyskanie przez oskarżonych opinii prywatnej wskazuje na to, że nie można przypisać im winy umyślnej, zamiaru bezpośredniego i tym samym nie mogą oni odpowiadać za zarzucany im czyn.

W konkluzji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Sąd okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja okazała się zasadna w takim zakresie, iż skutkowałą uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Analiza przebiegu dotychczasowego postępowania nie upoważniała sądu I instancji do rozstrzygnięcia merytorycznego, a w konsekwencji nie stwarza sądowi odwoławczemu warunków do zajęcia stanowiska odnośnie trafności zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Przechodząc do rozważań szczegółowych należy podnieść, że przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną prawa procesowego jedynie wtedy, gdy jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy całokształtu okoliczności i to w sposób podyktowany obowiązkiem dochodzenia prawdy. Zasada prawdy (art. 2 § 2 kpk w zw. z art. 113 § 1 kks) wprowadza wymóg opierania wszelkich rozstrzygnięć na prawdziwych ustaleniach faktycznych. Oznacza to zobligowanie wszystkich organów procesowych, w tym sądu do dołożenia – niezależnie od woli stron - maksymalnych starań i wyczerpania wszelkich dostępnych środków dla poznania prawdy. Ustalenia faktyczne wyroku nie wykraczają poza ramy swobodnej oceny dowodów, gdy poczynione zostały na podstawie wszechstronnej analizy przeprowadzonych dowodów, których ocena nie wykazuje błędów natury faktycznej czy logicznej, zgodna jest ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego oraz prowadzi do sędziowskiego przekonania, odzwierciedleniem którego jest uzasadnienie orzeczenia (OSNKW 12/1976, poz. 158). Wyroku jednak nie wolno wydawać na podstawie części ujawnionego materiału dowodowego, a musi on być wynikiem analizy całokształtu ujawnionych okoliczności, a więc i tych które go podważają. Pominięcie istotnych dla sprawy okoliczności mogących mieć wpływ na rozstrzygnięcie w kwestii winy, stanowi oczywistą obrazę art. 410 kpk w zw. z art. 113 § 1 kpk (OSNPG 7 – 8/1977, poz. 62).

Przenosząc te uwagi na grunt niniejszej sprawy należy podnieść, iż:

- sąd I instancji uznał, iż zgodnie z załączoną do akt opinią techniczną (mającą charakter pozaprocessowy), w ocenie biegłego Z. S. (1), automat (...) o numerze seryjnym (...) nie posiadał (po dokonanych w nim modyfikacjach związanych z wygaśnięciem koncesji) cech, które pozwoliłyby go na scharakteryzowanie jako automat do gier o niskie wygrane. Opinia ta sporządzona została na zlecenie podmiotu wynajmującego automat, tj. (...) sp. z o.o., reprezentowanego przez oskarżonego P. J. i udostępniona przed podpisaniem umowy najmu urządzenia drugiemu z oskarżonych, S. J.. Sąd rejonowy miał na uwadze fakt, iż opinia ta powstała z inicjatywy reprezentowanej przez oskarżonego spółki, która zabiegała o jej sporządzenie celem uzyskania wiarygodnych i popartych wiedzą techniczną oraz kwalifikacjami informacji, czy przedmiotowy automat może być legalnie wykorzystywany, bez naruszenia jakichkolwiek norm

prawnych. Podobnie w przypadku drugiego z oskarżonych, zawarcie przez niego umowy najmu urządzeń poprzedzone było zapoznaniem się z treścią opinii, które przesądziła, że prowadzona przez niego działalność będzie legalna. Ocena sądu merytorycznego ograniczyła się tylko do tak przedstawionej analizy opartej na wyjaśnieniach oskarżonych; już uzasadnienie pozbawione wnikliwości w ocenie wszystkich dowodów musiało skutkować uchYLENIEM wyroku, gdyż nie daje możliwości przeprowadzenia kontroli prawidłowości postępowania i rozumowania sądu I Instancji (OSNKW 1/1980, poz. 11);

- czynność sprawcza została w art. 107 § 1 kk określona jako „urządzenie” lub „prowadzenie” określonych w tym przepisie gier lub zakładów wzajemnych wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia. Do znamion ustawowych deliktu skarbowego z art. 107 § 1 kks należy także działanie wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia. Wyraźnie więc widać subsydiarność komentowanego przepisu wobec art. 3 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 roku (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 z późn. zm.), według którego urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych, gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie. Jak już wspomniano, pojęcia określające przedmioty czynności wykonawczych art. 107 § 1 kks, tj.: gra losowa, gra na automacie, wreszcie - zakład wzajemny wywodzą się z ustawy o grach hazardowych. Tymczasem sąd rejonowy nie rozstrzygnął (co powinien uczynić w pierwszej kolejności) czy urządzenie gry na przedmiotowym automacie przez oskarżonych naruszało przepisy ustawy o grach hazardowych, a jeżeli tak to jakie. Sąd ten zacytował jedynie wykluczające się wnioski z opinii prywatnej i procesowej, ustalił, iż automat (...) został przerobiony na urządzenie pozbawione możliwości uzyskiwania wygranych przez G.po zakończeniu koncesji na automaty do gier o niskie wygrane, nie rozstrzygnął czy urządzenie na tym automacie gry reglamentowane było przez ustawę o grach hazardowych i wymagało zgodnie z nią udzielenia koncesji;

- sąd ten w istocie wykluczył, aby gra na automacie podlegała pod art. 2 ust. 3 ustawy o grach hazardowych definiującej, iż grami na automatach są gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości. Pominął jednak rozważenie (co wynikało z opinii procesowej) czy gry tej nie reglamentuje art. 2 ust. 5 w/w ustawy określający, iż grami na automatach są także gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, organizowane w celach komercyjnych, w których grający nie ma możliwości uzyskania wygranej pieniężnej lub rzeczowej, ale gra ma charakter losowy. Dopiero dookreślenie tej kwestii daje podstawy, aby ocenić stronę podmiotową zachowania się sprawców;

- brak decyzji ministra właściwego do spraw finansów publicznych, o której mowa w art. 2 ust. 6 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 1540, ze zm.) rozstrzygającej, iż konkretna gra jest grą na automacie w rozumieniu art. 2 ust 3-5 tej ustawy, nie stanowi przeszkody do dokonania takiego ustalenia w postępowaniu karnym skarbowym, jako warunkującego wypełnienie przedmiotowego znamienia przestępstwa z art. 107 § 1 kks (postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Karna z 2013-08-28, V KK 15/13, Legalis) Poszczególne elementy definicji ustawowych, zwłaszcza odnoszące się do pojęcia wygranej rzeczowej oraz do cech gier na automatach - w szczególności ich losowego charakteru lub zawierającego element losowości - były przedmiotem judykatów Sądu Najwyższego w sprawach dotyczących przestępstw z art. 107 § 1 kks, wobec pojawiających się w tych kwestiach interpretacyjnych trudności (ostatnio, w wyroku SN z dnia 7 maja 2012 r, V KK 420/11, OSNKW 2012, z. 8, poz. 85, zob. także zachowujące aktualność wywody wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 stycznia 2005 r, P 15/02, OTK-A 2005, nr 1, poz. 4). Podzielić należy pogląd Sądu Najwyższego, iż zgodnie z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.) gra na automacie „ma charakter losowy”, jeżeli jej wynik jest nieprzewidywalny dla grającego. Nieprzewidywalność tę oceniać należy przez pryzmat warunków standardowych, w jakich znajduje się grający, nie zaś przez pryzmat warunków szczególnych (atypowych). Zainstalowanie w automacie do gry, o jakim stanowi art. 2 ust. 5 przywołanej ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, generatora liczb pseudolosowych i w konsekwencji zaistnienie stanu tzw. sztucznej losowości, nie pozbawia gry „charakteru losowego” (wyrok Sądu Najwyższego - Izba Karna z 2012-05-07, V KK 420/11, Legalis). Sąd Najwyższy uznał, iż uprawnione jest utożsamianie powyższego zwrotu języka prawnego nie tylko z sytuacją, w której wynik gry zależy od przypadku, ale także z sytuacją, w której wynik gry jest nieprzewidywalny dla grającego, choć nie

jest obiektywnie przypadkowy, gdyż powstał jako pochodna zaprogramowania w określony sposób generatora liczb pseudolosowych. Nieprzewidywalność wyniku gry, brak pewności co do tego jaki wynik padnie, wobec niemożności przewidzenia „procesów” zachodzących in concreto w danym urządzeniu, pozostaje immanentną cechą tego rodzaju gry na automacie (zobacz też M. Nawacki, Karalność gier na automatach, *Studia Prawnoustrojowe* 2008, nr 8, s. 284; M. Pawłowski, Gry losowe i zakłady wzajemne, *Prawo Spółek* 1997, nr 7-8, s. 78). Sąd Najwyższy podniósł, iż trafnie zwrócono na tę kwestię uwagę w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 18 maja 1999 r. (II SA 453/99,) akcentując, iż pojęcie „losowości” rozumianej jako niemożliwość przewidzenia rezultatu, odnosić należy do normalnych, nie zaś ekstremalnych warunków. W uzasadnieniu tego wyroku dodatkowo zasadnie akcentowano, że inne podejście do tego zagadnienia byłoby nielogiczne, skoro w istocie „możliwe jest rozszyfrowanie każdego systemu gry, to tylko kwestia czasu i kosztów”. Oczywiście powyższy judykat zapadł na gruncie przepisów ustawy obowiązującej poprzednio z 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych. Zawarte w nim uwagi zachowują jednak swoją aktualność także obecnie, w zakresie w jakim dotyczą pojęcia „losowości” oraz akcentują konieczność odnoszenia tego pojęcia do normalnych, nie zaś wyjątkowych warunków w jakich znajduje się osoba grająca;

- z punktu widzenia dotychczasowych rozważań nie powinno budzić wątpliwości, że automat do gier, który zabezpieczono w ramach działalności prowadzonej przez oskarżonych, to urządzenia komputerowe, mające zamontowane elementy elektroniczne, elektromechaniczne oraz peryferyjne mechaniczne. Jak wskazał biegły (k. 77 – 78), nie służył on do prowadzenia gier zręcznościowych, lecz losowych. Automat ten nie umożliwiał uzyskiwania wygranych pieniężnych lub rzeczowych. Jednocześnie oczywistym jest, iż gry na tych automatach były organizowane w celach komercyjnych („komercyjny” - przynoszący dochód, obliczony na zysk, uzależniający działanie od ekwiwalentu pieniężnego; Słownik języka polskiego PWN 1988). Tak więc zachowanie oskarżonych w istocie może być rozpatrywane na płaszczyźnie art. 2 ust. 5 ustawy „hazardowej”, oczywiście pod warunkiem uznania, że gry na automacie „miały charakter losowy” . Zestawienie zamieszczonych w art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej zwrotów „gra zawiera element losowości” oraz „gra ma charakter losowy” prowadzi do uprawnionego systemowo wniosku, że o ile na gruncie art. 2 ust. 3 tej ustawy, poza losowością gry na automacie, możliwe jest jeszcze wprowadzenie do gry, jako istotnych, elementów umiejętności, zręczności lub wiedzy, o tyle na gruncie art. 2 ust. 5 ustawy hazardowej te elementy (umiejętność, zręczność, wiedza) mogą mieć jedynie charakter marginalny, aby zachowała ona charakter losowy w rozumieniu tego przepisu. Dominującym elementem gry musi być „losowość”, rozumiana jako nieprzewidywalność rezultatu tej gry (wyrok Sądu Najwyższego - Izba Karna z 2012-05-07, V KK 420/11, *Legalis*);

- w tym zakresie sąd rejonowy nie przeanalizował sposobu działania gier zainstalowanych na przedmiotowym automacie z punktu widzenia przesłanek art. 2 ust.5 ustawy o grach hazardowych, nie ocenił umyślności oskarżonych w tym zakresie w ramach obiektywnych kryteriów. Byli oni przedsiębiorcami, zobowiązanymi do działania profesjonalnego. W pierwszym rzędzie do nich należała ocena, oparta na uregulowaniach ustawowych, czy gra na automacie będzie organizowana w celach komercyjnych (wyjaśnienie tego pojęcia znajduje się w każdym Słowniku języka polskiego) i jaki ma charakter - losowy czy zręcznościowy (zręczność – między innymi: zdolność do sprawnego wykonywania określonych czynności, zwinność, sprawność fizyczna, zręczność manualna; Słownik języka polskiego PWN 1988). Oskarżeni znali zasady działania gier prowadzonych na zabezpieczonym automacie i powinni być wnikliwie przesłuchani na okoliczność przesłanek ustawowych definicji gry na automatach i dlaczego – w oparciu o nie – wykluczyli, że gry prowadzone na automacie (...) nie podlegają pod ustawę o grach hazardowych. Charakterystyczne jest, iż spółka (...)zleciła wykonanie opinii prywatnej przez Z. S. (2)(wystawionej 25 października 2011 roku) dotyczącej cech i zasad działania automatu do gier w nawiązaniu do ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (k 56 – 60). Sąd I instancji nie ustalał celu i nie analizował potrzeby uzyskania takiej opinii (dlaczego akurat opiniował ten rzeczoznawca i skąd wiedza o jego osobie). Zażądanie wydania opinii może też świadczyć o tym, że spółka miała wątpliwości co do legalności tego urządzenia lub, że jej przedstawiciele chcieli mieć zabezpieczenie na wypadek wszczęcia przeciwko nim postępowania karno – skarbowego, dające argument braku świadomości co do charakteru automatu w świetle cytowanej wcześniej definicji ustawowej. Wreszcie: dlaczego oskarżeni pominęli tryb, iż decyzja ministra właściwego do spraw finansów publicznych, o której mowa w art. 2 ust. 6 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych rozstrzyga, iż konkretna gra jest grą na automacie w rozumieniu art. 2 ust.

3-5 tej ustawy; tym samym w sąd przedwcześnie uznał – akcentując jedynie deklaracje o staraniach oskarżonych o uzyskanie rzetelnych informacji w zakresie dopuszczalności ich działań w świetle obowiązującego porządku prawnego (opinia prywatna), iż nie można przypisać im umyślności;

sąd rejonowy bezpodstawnie procesowo zrównał opinię prywatną, zawierającą wniosek o zręcznościowym charakterze gier urządzanych za pomocą automatu opisanego w akcie oskarżenia, z opinią procesową, wskazującą na komercyjny i losowy charakter gier na tym automacie. W istocie sąd ten pominął dowód z opinii R. R. dopuszczony i pozyskany na etapie postępowania przygotowawczego przez organ procesowy – Urząd Celny w Piotrkowie Tryb. Tego rodzaju sposób procedowania sądu I instancji uznać należy za wadliwy. Wypowiedzenie się co do właściwości urządzenia opisanego w akcie oskarżenia, a zwłaszcza tego, czy urządzone za jego pomocą gry miały – w rozumieniu przepisów ustawy o grach hazardowych – charakter zręcznościowy, czy też losowy, mogło być oparte na wiadomościach specjalnych. W ocenie sądu odwoławczego charakterystyka tego urządzenia w powiązaniu z definicjami ustawowymi „gry na automacie” może prowadzić w tym przypadku w omawianej materii do wyciągnięcia samodzielnych wniosków. Sąd rejonowy w oparciu o własną wiedzę i doświadczenie życiowe, kwestii tej nie podjął się rozstrzygać. Przy ustalaniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy uwzględnił dwie sprzeczne opinie, w tym opinię prywatną. Tymczasem tego rodzaju dokumenty, będące w istocie pisemnym opracowaniem zleconym przez uczestnika postępowania, a nie przez uprawniony organ procesowy, nie są opinią w rozumieniu art. 193 kpk w zw. z art. 200 kpk i nie mogą stanowić dowodu w sprawie – należy je traktować jedynie za oświadczenie zawierające informację o potrzebie przeprowadzenia tego rodzaju dowodu z urzędu (por. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2013, III KK 389/12; z dnia 21 sierpnia 2008 r., V KK 133 / 08; z dnia 4 stycznia 2005 r., V KK 288 / 04 – opubl. Legalis). Przywołać w tym miejscu należy trafny pogląd zaprezentowany przez Sąd Apelacyjny w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 listopada 2012 r. (II AKa 107 / 12, Legalis), iż „ w całej dotychczasowej praktyce sądów polskich wyrażano konsekwentnie pogląd o niedopuszczalności dowodu z opinii biegłego „ prywatnego ”, to jest opinii zleconej poza procesem, przez stronę. Ekspertyza taka może stanowić dla organu procesowego informację o celowości dopuszczenia przez organ procesowy dowodu z opinii biegłego, ale zastąpić jej nie może, bo nie mogłaby uchodzić za wydaną przez osobę bezstronną, skoro została wydana na zlecenie strony, więc jej autor został związany ze stroną węzłem obligacyjnym, opartym na więzi finansowej. Wyklucza to autora od pełnienia funkcji w procesie (art. 196 § 3 kpk). Jak to stwierdzono dawniej, „ zleceniobiorca czuje się w obowiązku sprostać zamówieniu, by cel zlecniodawcy został osiągnięty, solidaryzuje się ze zlecniodawcą, popada w rodzaj emocjonalnego zaangażowania po jego stronie, znajduje się pod naturalną presją oczekiwań zlecającego. Nie chodzi o to, że ekspert wydaje świadomie opinię fałszywą, wbrew swej wiedzy, ale o - nawet nieświadome - solidaryzowanie się z zamawiającym ”. W innych postępowaniach organy procesowe dopuszczały dowody z opinii biegłych sądowych, których wyniki podważały wnioski Z. S. (2) o zręcznościowym charakterze gier urządzanych na automatach . Ich treść winna była sądowi rejonowemu dać jasny i czytelny sygnał, iż do opinii sporządzonych na zlecenie prywatnych podmiotów przez Z. S. (2) należy podchodzić z dużym dystansem i ostrożnością;

- jeśli chodzi o ustalenia z zakresu strony podmiotowej zarzucanego oskarżonym czynów – sąd okręgowy podzielił pogląd skarżącego, iż Sąd I instancji nie wziął – wbrew wymogom wynikającym z art. 4 kpk – pod rozwagę wszystkich występujących w sprawie okoliczności (zwłaszcza tych o wymowie dla oskarżonego niekorzystnej), które pozwoliłyby na należytą ocenę występowania (bądź nie) u oskarżonych zamiaru popełnienia zarzucanego im czynu. Ustalenia co do zamiaru – jeśli oskarżony nie przyznaje się do winy – muszą stanowić wynik analizy całokształtu tak przedmiotowych, jak i podmiotowych okoliczności sprawy. Zaskarżony wyrok waloru takiego nie posiada, albowiem sąd rejonowy bezkrytycznie uznał, iż dysponując dokumentami w postaci opinii prywatnej oskarżeni mieli prawo być przeświadczeni, iż gry urządzone przez nich za pomocą symulatora opisanego w akcie oskarżenia mają charakter zręcznościowy. Sąd I instancji nie podjął próby udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy przed i w czasie trwania inkryminowanego czynu nie zaistniały takie okoliczności, w świetle których wnioski o braku zamiaru ewentualnego jawiłby się jako nieusprawiedliwiony. Poza polem rozważań sądu I instancji pozostało to, że oskarżeni wprowadzili opisany w akcie oskarżenia automat do eksploatacji w sytuacji, gdy wyspecjalizowani pracownicy organu państwowego, którego kompetencje obejmują wykrywanie i ściganie między innymi przestępczości polegającej na urządzaniu gier hazardowych wbrew postanowieniom ustawy, prowadzili wobec oskarżonych, w tym przed

popelnieniem tego czynu szereg postępowań, w tym o czyny z art. 107 kks (k 195 – 210). Sąd rejonowy nie badał, czy materiał tych postępowań nie dostarczał oskarżonym dostatecznych wskazówek odnośnie charakteru inkryminowanej im działalności, a zwłaszcza czy dawał wiedzę, iż nie można opierać się bezkrytycznie na „ opinii prywatnej”. Jeśli więc oskarżony tego rodzaju sygnały – pochodzące od wyspecjalizowanej instytucji państwowej (w tym przez ewentualne opinie procesowe) – świadomie i konsekwentnie ignorował, należało zastanowić się, czy nie godził się w ten sposób z tym, że w razie potwierdzenia słuszności twierdzeń pracowników urzędów celnych o losowym charakterze gry, jego zachowanie stanowić będzie delikt prawny wskutek naruszenia przepisów art. 6 ust. 1 i 14 ust. 1 ustawy o grach losowych, a w konsekwencji – wyczerpywać znamiona występku z art. 107 § 1 kks. W przypadku, gdyby w tych postępowaniach dopuszczono dowody z opinii biegłych sądowych, których zadaniem było wypowiedzenie się co do charakteru urządzanych przez oskarżonego gier, ich wnioski końcowe mogłyby jednak determinować świadomość oskarżonych odnośnie inkryminowanego czynu zwłaszcza, iż w razie nasuwających się wątpliwości w świetle art. 2 ust. 6 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych to jedynie Minister Finansów posiada uprawnienie do rozstrzygania charakteru przedsięwzięć w przepisie tym wymienionych, mianowicie: gry losowej, zakładu wzajemnego i gry na automacie. Tym samym Sąd Rejonowy pozbawił się ważnych źródeł dowodowych, których przeprowadzenie było niezbędne z uwagi na konieczność ustalenia prawdy o przestępczym zdarzeniu. W sprawach zawiłych, w których każdy dowód może wnieść element przybliżający wyjaśnienie rzeczywistego przebiegu przedmiotowego czynu, zaniechanie przeprowadzenia dostępnych dowodów jest naruszeniem przepisów postępowania, mogącym mieć wpływ na treść orzeczenia, uzasadniającym jego uchylenie; dokładne ustalenie okoliczności faktycznych wymaga przeprowadzenia wszystkich znanych dowodów i to w sposób podyktowany obowiązkiem dochodzenia prawdy. W związku z powyższym, aby ustalenia co do strony podmiotowej zarzucanego oskarżonemu czynu mogły korzystać z ochrony, jaką daje art. 7 kpk, sąd rejonowy, w oparciu o załączone akta innych spraw miał obowiązek brać pod rozwagę nie tylko dokumenty i oświadczenia przedkładane przez oskarżonych, ale także wiedzę, jaką posiadali oni przed 14 stycznia 2012 roku w zakresie urządzania gier na automatach, przebiegu i wyników przeprowadzanych przez funkcjonariuszy celnych badań odnośnie charakteru urządzanych na nich gier; orzeczeń

(wydanych tak przez organy postępowania przygotowawczego, jak i przez sądy), w których co prawda nie pociągnięto oskarżonego do odpowiedzialności karnoskarbowej, ale wyraźnie w nich wypowiedziano pogląd o losowym, a nie zręcznościowym charakterze gier; o dopuszczeniu dowodów z opinii biegłych sądowych mających za zadanie ustalenie charakteru gier urządzanych przez oskarżonego oraz o wnioskach zawartych w tych opiniach. Gdyby się bowiem okazało, że przed popelnieniem zarzucanego im w niniejszym procesie czynu, w innym postępowaniu (postępowaniach) zakwestionowano wiarygodność i rzetelność tych dokumentów, to byłby to dla oskarżonego sygnał, aby w analogiczny sposób potraktował inne tego rodzaju opinie prywatne i weryfikował je w oparciu art. 2 ust. 6 ustawy o grach hazardowych;

oskarżeni w toku postępowania wyrażali stanowisko, iż wobec braku zachowania procedury notyfikacyjnej ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych w Komisji Europejskiej, sądy krajowe mają prawo odmówić stosowania unormowań w niej zawartych w rozpoznawanych przez siebie, indywidualnych sprawach. W świetle argumentacji przedstawionej przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 roku (I KZP 15 / 13) rozumowanie to uznać należy za wadliwe. Nie powtarzając całego obszernego wywodu zaprezentowanego przez Sąd Najwyższy w przywoływanym orzeczeniu, sąd okręgowy ograniczył się jedynie do przywołania wniosków z niego wypływających. Sprowadzają się one do twierdzenia, że nawet ewentualne przyjęcie, iż odpowiednie przepisy ustawy o grach hazardowych miałyby charakter tzw. przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 roku, nie oznacza to jeszcze, że sądy krajowe mogą automatycznie odmówić ich stosowania z uwagi na niedopełnienie obowiązku notyfikacyjnego. Uchybienie temu obowiązkowi może być traktowane wyłącznie w kategoriach naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana jedynie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Jeżeli więc w badanym postępowaniu Sąd Rejonowy doszedłby do wniosku, że taka wadliwość trybu ustawodawczego zaistniała, mógł nie stosować tych przepisów tylko w ten sposób, że zawiesi prowadzone przez siebie postępowanie 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. Powtórzyć za Sądem Najwyższym należy, iż jakkolwiek polskie sądy rozstrzygają samodzielnie kwestie prawne (wynikająca z art. 8 kpk zasada samodzielności jurysdykcyjnej), są niezależne i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom (art. 178 ust. 1 Konstytucji), to jednak nie mają prawa samoistnie stwierdzić niezgodności przepisu ustawy z umową międzynarodową, czy z Konstytucją. Cięży bowiem na nich konstytucyjny obowiązek poszanowania i przestrzegania ustaw tak długo, dopóki ustawa ta nie utraciła mocy obowiązującej. Oznacza to, że zakwestionowane przepisy ustawy o grach hazardowych mogą być niestosowane dopiero wtedy, gdy Trybunał wyda wyrok usuwający te przepisy z porządku prawnego, stwierdzając ich niekonstytucyjność. Do tego jednak czasu korzystają one z domniemania ich konstytucyjności. Podnieść należy, iż przywołany wyżej pogląd, zaprezentowany przez Sad Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 r., Sąd Najwyższy powielił w wyroku z dnia 8 stycznia 2014 r. w sprawie IV KK 183 / 13.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Rejonowy winien w szczególności:

- powtórzyć i uzupełnić postępowanie dowodowe, mając na uwadze powyższe uwagi; w szczególności załączyć akta spraw przeciwko oskarżonym prowadzonych o czyny z art. 107 kks; co do dowodów, które nie miały wpływu na uchylenie wyroku sąd może przestać na ich ujawnieniu;
- rozważyć argumenty podniesione w skardze apelacyjnej;
- pamiętać, iż brak decyzji ministra właściwego do spraw finansów publicznych, o której mowa w art. 2 ust. 6 ustawy z 2009 r. o grach hazardowych rozstrzygającej, iż konkretna gra jest grą na automacie w rozumieniu art. 2 ust. 3-5 tej ustawy, nie stanowi przeszkody do dokonania takiego ustalenia w postępowaniu karnym skarbowym jako warunkującego wypełnienie przedmiotowego znamienia przestępstwa z art. 107 § 1 kks;
- po wyjaśnieniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy zgodnie z zasadą prawdy - dokonać wyczerpującej oceny dowodów zgodnie z art. 4 kpk, art. 5 kpk, art. 7 kpk i art. 410 kpk;
- w razie ewentualnego ustalenia sprawstwa oskarżonych dokonać rzetelnej i wnikliwej oceny prawnej ich zachowania.

Z tych wszystkich względów - sąd okręgowy orzekł, jak w wyroku.