

Sygn. akt VII Ka 101/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 września 2013 r.

Sąd Okręgowy w Opolu w VII Wydziale Karnym-Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący: Sędzia S.O. Artur Grabowski

Sędziowie: Sędzia S.O. Waldemar Krawczyk

Sędzia S.O. Jolanta Szajowska-Kulijewicz - spr.

Protokolant: st. sekr. sąd. Ewa Kunicka

przy udziale U. J.

Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Opolu

po rozpoznaniu w dniu 13 września 2013 r.

sprawy **M. W. (1) (W.)**

oskarżonego o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 9 § 1 k.k.s.

R. S. (1)

oskarżonej o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s.

na skutek apelacji wniesionych przez obrońcę oskarżonego M. W. (1) oraz pełnomocnika interwenienta (...) Sp. z o.o.

od wyroku Sądu Rejonowego w Opolu

z dnia 11 października 2012 roku, sygn. akt VII K 41/12

I. Zaskarżony wyrok wobec **oskarżonego M. W. (1)** oraz na podstawie art. 435 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s. wobec **oskarżonej R. S. (1)** zmienia w ten sposób, że:

- a) uniewinnia oskarżonego M. W. (1) od zarzutu popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s., przypisanego w mu punkcie I części dyspozytywnej,
- b) uniewinnia oskarżoną R. S. (1) od zarzutu popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s., przypisanego jej w punkcie II części dyspozytywnej,
- c) na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s. orzeka zwrot (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. stanowiące dowody rzeczowe automat do gier (...) nr (...) seria (...) oraz pieniądze w kwocie 297, 80 złotych.

II. Koszty procesu w sprawie, dotyczące oskarżonych M. W. (1) oraz R. S. (1) ponosi Skarb Państwa.

III. Zasądza od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonego M. W. (1) kwotę 504 (pięćset cztery) złote tytułem zwrotu kosztów obrony z wyboru w postępowaniu odwoławczym.

UZASADNIENIE

1. M. W. (1) został oskarżony o to, że:

I. w okresie od 27.02.2011 do 14.04.2011, będąc Prezesem Zarządu (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., urządził w lokalu o nazwie P. (...) w N., przy ul. (...), grę na automacie o nazwie (...) nr (...) naruszając warunki określone w art. 6 i 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 o grach hazardowych /Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm./

to jest o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 9 § 1 k.k.s.

2. R. S. (2) został oskarżony o to, że:

II. w okresie od 27.02.2011 do 14.04.2011, w lokalu o nazwie P. (...) znajdującym się w N., przy ul. (...), prowadził grę na automacie o nazwie A. (...) naruszając warunki określone w art. 6 i 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 o grach hazardowych /Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm./

to jest o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s.

3. R. S. (1) została oskarżona o to, że:

III. w okresie od 27.02.2011 do 14.04.2011, w lokalu o nazwie P. (...) znajdującym się w N., przy ul. (...), prowadziła grę na automacie o nazwie A. (...) naruszając warunki określone w art. 6 i 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 o grach hazardowych /Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm./

to jest o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s.

Sąd Rejonowy w Opolu wyrokiem z dnia 11 października 2012 roku, sygn. akt VII K 41/12:

I. Uznał oskarżonego M. W. (1) za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie I części wstępnej wyroku stanowiącego przestępstwo skarbowe opisane w art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 9 § 1 k.k.s. i za to na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. wymierzył mu karę 50 (pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość każdej stawki na 80 (osiemdziesiąt) zł;

II. uznał oskarżoną R. S. (1) za winną popełnienia czynu opisanego w punkcie III części wstępnej wyroku stanowiącego przestępstwo skarbowe opisane w art. 107 § 1 k.k.s. i za to na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. wymierzył jej karę 40 (czterdziestu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość każdej stawki na 50 (pięćdziesiąt) zł;

III. uniewinnił oskarżonego R. S. (2) od zarzutu popełnienia czynu opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku;

IV. na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. orzekł przepadek automatu do gier (...) nr (...) seria (...) oraz kwoty 297,80 zł, która została w nim ujawniona, jak również dokumentu znajdującego na k. 13 akt;

V. na podstawie art. 626 § 1 k.p.k. i art. 627 k.p.k. oraz art. 3 ust. 1 w związku z art. 21 pkt. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego M. W. (1) koszty sądowe w części, to jest kwotę 400,00 zł tytułem opłaty i kwotę 300,00 zł tytułem części poniesionych w sprawie wydatków zwalniając oskarżonego na podstawie art. 624 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. od obowiązku zapłaty reszty poniesionych w sprawie wydatków;

VI. na podstawie art. 626 § 1 k.p.k. i art. 627 k.p.k. oraz art. 3 ust. 1 w zw. z art. 21 pkt 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonej R. S. (1) kwotę 200,00 zł tytułem opłaty zwalniając ją na podstawie art. 624 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. od obowiązku zapłaty poniesionych w sprawie wydatków;

VII. orzekł na podstawie art. 632 pkt 2 k.p.k., iż koszty procesu w części dotyczącej oskarżonego R. S. (2) ponosi Skarb Państwa.

Wyrok powyższy zaskarżyli: obrońca oskarżonego M. W. (1) oraz pełnomocnik interwenienta (...) Sp. z o.o.

Obrońca oskarżonego M. W. (1) zaskarżył wyrok Sądu Rejonowego w Opolu w punktach: I, IV i V, zarzucając:

I. obrazę materialnego - art. 438 pkt 1 k.p.k., tj.:

- **art. 2 ust. 6 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych** poprzez jego niezastosowanie i dowodzenie charakteru gry na urządzeniu do gier A. nr (...) na podstawie opinii biegłego sądowego R. R., pomimo że kompetencja do oceny, czy gra lub zakład posiadające cechy wymienione w ust. 1-5 art. 2 w/w ustawy są grą losową, zakładem wzajemnym albo grą na automacie, została ustawowo zastrzeżona dla Ministra Finansów i wyłącznie Minister - w formie decyzji - jest uprawniony do rozstrzygania charakteru gry

- **art. 107 k.k.s.** poprzez błędną wykładnię polegającą na uzupełnieniu treści komentowanego przepisu blankietowego normami z art. 6 i 14 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, mimo że przepisy te mają wyłącznie charakter techniczny zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012 r. wydanym w sprawach połączonych F. i in. sygn.akt C 213/11, C 214/11 i C 217/11 i są bezskuteczne w polskim systemie prawnym zatem nie mogą być podstawą represji karnej wobec jednostek na terenie R. Polskiej.

II. obrazę przepisów postępowania - art. 438 pkt 2 k.p.k. - tj. **art. 5 k.p.k. w związku z art. 410 k.p.k.**

- poprzez pominięcie w procesie wyrokowania zasady domniemania niewinności oskarżonego i obowiązku stosowania zasady in dubio pro reo w sytuacji, gdy na terenie Polski zapadają różne orzeczenia w tożsamych/podobnych sprawach, w których osobą oskarżoną jest Prezes Zarządu (...) sp. z o.o. M. W. (1) (dotychczas niekarany wg K.), kwestia „legalności” urządzeń do gier A. i charakteru gry na tych urządzeniach (charakter zręcznościowy/losowy) nie została przesądzona, w aktach nin. sprawy znajdują się dokumenty wzajemnie się wykluczające w zakresie oceny charakteru gry na urządzeniu - a zatem ustalenie, że oskarżony wyczerpał znamiona przestępstwa z art. 107 kks, wykracza poza możliwość sądowej swobodnej oceny dowodów i łamie naczelne zasady rządzące procesem karnym

III. obrazę przepisów postępowania - art. 438 pkt 2 kpk - tj. **art. 4 kpk w związku z art. 7 k.p.k.** polegające na złamaniu zasad obiektywizmu i swobodnej oceny dowodów, w szczególności poprzez:

- uznanie za „nieprzydatne dla ustalenia stanu faktycznego” sprawy opinii prawnych prof. C., prof. P. oraz opinii czeskiego biegłego J. K. (por. str. 7 in fine uzasadnienia), uznanie, że „prywatne opinie prawne nie mają znaczenia dla oceny prawnej dokonywanej przez Sąd” (por. str. 24 in fine uzasadnienia), zaniechanie poczynienia jakichkolwiek ustaleń na podstawie w/w dokumentów oraz uznanie, że zostały one sporządzone „// tylko po to, aby nielegalnemu procederowi stworzyć pozory legalności” (por. str. 7 in fine) pomimo, że dokumenty te muszą mieć znaczenie przynajmniej dla oceny strony podmiotowej czynu zarzucanego oskarżonemu - tj. zamiaru popełnienia przestępstwa z art. 107 kks, zostały sporządzone przez niezależnych prawników z tytułami naukowymi i nie dla potrzeb nin. postępowania ale ok. półtora roku wcześniej i rażącym nadużyciem prawa oraz bezpodstawnym jest wnioskowanie Sądu, jakoby były one wydane, aby stworzyć „pozory legalności” (por. str. 5 uzasadnienia)

- ustalenie stanu faktycznego sprawy m.in. na podstawie uznanych za wiarygodne zeznań świadka J. Ź. jako „osoby bezstronnej dla oskarżonych” (por. str. 8 uzasadnienia) pomimo, że świadek ten jest pracownikiem podmiotu pełniącego w nin. postępowaniu funkcję oskarżyciela publicznego

- wnioskowanie, że opinia biegłego sądowego R. R. „została sporządzona w sposób dokładny”, wykorzystując „obowiązujące metody badawcze”, że biegły sporządził opinię „z powołaniem się na użyte metody badań i sposób rozumowania” (por. str. 8 uzasadnienia) z pominięciem okoliczności, że biegły nie wskazał żadnych konkretnych metod badania urządzenia do gier A., co więcej nie rozpracował konkretnego programu, jaki zarządza działaniem urządzenia,

nie ustalił kluczowych parametrów - dla oceny przebiegu gry - jak np. odległość czasowa pomiędzy przyciśnięciem przycisku „start/stop” a zatrzymaniem bębnow w maszynie, w jakiej konfiguracji ułożone są rysunki na bębnach i z jaką prędkością owe bębny się poruszają, - a mimo tych istotnych merytorycznych braków opinii biegły przesądził o losowym charakterze gry, co Sąd I instancji bezkrytycznie i z pełną wiarą zaakceptował

- wnioskowanie, że osk. R. S. (1) miała zamiar popełnienia czynu zabronionego, ponieważ „z okoliczności sprawy wynika..., że cała działalność była tak zorganizowana, aby stwarzać pozory legalności i obchodzić przepisy” (por. str. 10 uzasadnienia) - pomimo, że Sąd nie wykazał, jakie dowody miałyby stanowić o organizowaniu tej „nielegalnej” działalności właśnie przez osk. R. S. (1), jaki miał być jej w tym udział, jaki dowód miałyby przesądzać o zamiarze popełnienia przez nią przestępstwa oraz na czym miałyby polegać wspólne - z osk. M. W. -organizowanie tej „nielegalnej działalności” - zwłaszcza wobec niekwestionowanego przez Sąd meriti faktu, iż oskarżeni nie znali się przed nin. procesem

- brak jednoznacznego wskazania, czy zdaniem Sądu meriti gra na spornym urządzeniu ma charakter losowy ponieważ przesądza o tym elektroniczny program urządzenia, czy też decyduje - ustalony zdaniem Sądu - fakt wypłacania pieniędzy poza automatem

- wnioskowanie, iż można było od oskarżonego oczekiwać, aby mimo posiadanych dokumentów prawnych i technicznych przewidywał, że sporne urządzenie może nie być zręcznościowe (tylko losowe) - w sytuacji, gdy sam oskarżyciel publiczny nie miał pewności co do cech urządzenia i charakteru gry i zmuszony był odwołać się w tym zakresie do dowodu z opinii biegłego

- ustalenie, że oskarżony swoim działaniem wypełnił znamiona strony podmiotowej czynu (umyślność), że oskarżony „zignorował” nasuwające się wątpliwości co do legalności i „pomimo bezspornych okoliczności przeciwnych w dalszy ciąg uparcie wierzy w prywatne opinie” (por. str. 24 uzasadnienia) pomimo, że oskarżony nie został dotychczas skazany za naruszenie art. 107 kks, dysponował profesjonalnymi opiniami/ekspertyzami przekonującymi o zręcznościowym charakterze gry na symulatorze i nie zachodziły przed nin. procesem żadne „bezsporne okoliczności”, które miałyby przesądzać o charakterze gry innym, niż wykazano w opiniach - a zatem wbrew konstatacji Sądu brak jest związku przyczynowo skutkowego pozwalającego doszukać się w zachowaniu oskarżonego działania umyślnego

IV. **błędy** w ustaleniach faktycznych, stanowiące konsekwencję obrazy przepisów postępowania, polegające na:

- ustaleniu, że sporne urządzenie A. nr (...) „posiadało takie cechy i zostało tak zaprogramowane, aby osoba grająca mogła uzyskać określoną nagrodę pieniężną od pracowników lokalu” (por. str. 14 uzasadnienia) - podczas, gdy po pierwsze takie ustalenie sprzeciwia się logice, a po wtóre nie istnieje dowód na wzmiankowaną przez Sąd cechę programu urządzenia

- ustaleniu, że brak jakiegokolwiek wygranej powoduje, że „rozrywka byłaby niecelowa i nieatrakcyjna” (por. str. 15 uzasadnienia), mimo że Sąd meriti sam - w drodze środka dowodowego - nie przeprowadził gry na spornym urządzeniu, nie ma więc wiedzy ani kompetencji do oceny, czy gra jest, czy też nie jest atrakcyjna i celowa bez wygranych, a nadto dokonując kwestionowanej konstatacji Sąd zapomina o innych „bezwyraniowych” i nie losowych grach i rozrywkach jak np. bilard

- przyjęciu, że oskarżony miał obowiązek uprzedniego - tj. przed rozpoczęciem działalności - zwrócenia się do Ministra Finansów o rozstrzygnięcie w drodze decyzji charakteru gry na urządzeniu A. (por. str. 26 uzasadnienia), pomimo że ustawa o grach hazardowych, ani żadne inne przepisy prawa polskiego nie przewidują obowiązku uzyskania decyzji Ministra przed przystąpieniem do wykonywania działalności gospodarczej

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca oskarżonego M. W. (1) wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania przy uwzględnieniu kosztów postępowania apelacyjnego,

ewentualnie

2. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego M. W. (1) od popełnienia zarzucanego mu czynu i zasądzenie na rzecz oskarżonego od Skarbu Państwa kosztów procesu za obie instancje, w tym zwrotu wydatków poniesionych na ustanowienie obrońcy - według norm przepisanych

jednocześnie wnoszę o:

3. przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do apelacji - na okoliczność ich treści.

Pełnomocnik interwenienta (...) Sp. z o.o. zaskarżył wyrok w części dotyczącej orzeczenie przepadku urządzenia do gier (...) wraz z przynależnościami, zarzucając.

I. obrazę przepisów postępowania mających wpływ na treść wyroku, w szczególności art 424 § 1 k.p.k. w zw. z art. 4 i 7 k.p.k., polegającą na braku wskazania w uzasadnieniu kompleksowej oceny zebranego materiału dowodowego i niedostatecznym uzasadnieniu stanowiska Sądu oraz na złamaniu zasady obiektywizmu nakazującej uwzględnianie okoliczności także na korzyść oskarżonych i swobodnej oceny dowodów, a w szczególności poprzez:

- wewnętrzne sprzeczności uzasadnienia wskazujące na błędy w ocenie materiału dowodowego, a w szczególności charakteru przedmiotowego symulatora, co ma decydujący wpływ na ewentualne zaistnienie strony przedmiotowej odpowiedzialności karnej po stronie oskarżonych;

- pominięcie jako „nieprzydatnych dla ustalenia stanu faktycznego” opinii prawnych i technicznej oraz atestu producenta symulatora jakimi dysponował i przedłożył do akt sprawy interwenient, w ocenie strony podmiotowej czynów zarzucanych oskarżonym,

- oparcie wyroku przede wszystkim na wnioskach opinii biegłego R. R. pomimo braku po jego stronie w dniu jej wydawania specjalizacji niezbędnej dla przeprowadzenia badania i sporządzenia opinii oraz pomimo braku w niej elementów niezbędnych dla wykorzystania w postępowaniu karnym takich jak wskazanie metod badania, sprawozdania z czynności i spostrzeżeń, uzasadnienia, a także pomimo jej wewnętrznej sprzeczności i niepełności, co zostało szczegółowo podniesione w zastrzeżeniach do jej treści, a co Sąd zignorował wskazując, iż zastrzeżenia te pokrywają się z wcześniej składanymi zastrzeżeniami do innej opinii tego biegłego, pomijając fakt, iż rzeczony biegły przygotowuje identyczne w swej treści opinie w szeregu spraw opatrując je jedynie inną datą i nr urządzenia, a nie wskazując rzeczywistego przebiegu badania oraz toku myślowego doprowadzającego go do stawianych wniosków,

- całkowite pominięcie zbadania treści ustaleń między oskarżoną S. i osobą serwisującą urządzenie (a nie będącą wbrew stwierdzeniu Sądu meriti pracownikiem interwenienta), w kontekście jasnych i nie kwestionowanych przez Sąd ustaleń o braku znajomości między oskarżonymi oraz w kontekście zeznań o braku jakichkolwiek uzgodnień czy poleceń odbiegających od treści umowy, a czynionych przez oskarżonego W. w zakresie zasad rozliczeń przychodu z urządzenia oraz zastąpienie tych ustaleń „zasadami doświadczenia życiowego”.

II. obrazę prawa materialnego, tj. art. 107 § 1 k.k.s. poprzez oparcie orzeczenia o przepis blankietowy art. 107 § 1 k.k.s., który swoją treścią odwołuje się do art. 6 i art. 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, a które ze względu na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012 r. wydane w sprawach połączonych F. i in. sygn. akt C 213/11, C 214/11 i C 217/11 są bezskuteczne ze względu ich techniczny charakter i nie mogą być podstawą orzeczeń sądów krajowych, zaś techniczny charakter tych przepisów oraz ich uchwalenie z pominięciem obowiązku notyfikacji zostało potwierdzone przez sąd krajowy - Wojewódzki Sąd Administracyjny w G. w dniu 19 listopada 2012 r. w sprawach sygn. akt III SA/Gd 493/12, (...) SA/Gd 519/12, (...) SA/Gd 560/12 na gruncie których zostało sformułowane pytanie prejudycjalne do (...):

III. błędy w ustaleniach faktycznych mające wpływ na treść wyroku, polegające na przyjęciu, że niewykonanie zobowiązania nałożonego przez Ministra Finansów do usunięcia braków formalnych wniosku o rozstrzygnięcie charakteru gier na urządzeniu w postaci przedłożenia opinii jednostki badającej spowodowane było rzekomą świadomością oskarżonych co do losowego charakteru gier na urządzeniu, bez wyjaśnienia na jakiej podstawie Sąd poczynił taką konstatację i z pominięciem treści wyjaśnień interwenienta w postępowaniu przed Ministrem Finansów w ramach zasięgania przez Sąd wiedzy z urzędu;

IV. niesłuszne orzeczenie na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. w zw. z art. 31 § 1a k.k.s. środka karnego określonego w art. 29 § 1 i 2 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 (...) Magie wraz z przynależnościami.

Stawiając powyższe zarzuty pełnomocnik interwenienta (...) Sp. z o.o. wniósł o:

I. zmianę zaskarżonego orzeczenia w punkcie IV poprzez nakazanie zwrotu urządzenia do gier (...) Magie wraz z przynależnościami interwenientowi.

w sytuacji jednak gdyby W. Sąd doszedł do wniosku, iż zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na zmianę wyroku Sądu I instancji **wniósł o:**

II. uchylenie wyroku Sądu I instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Rejonowy.

ponadto wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do apelacji lub w niej powołanych (a dostępnych Sądowi z urzędu) na okoliczność ich treści.

Sąd Odwoławczy zważył, co następuje;

Apelacje wniesione przez obrońcę oskarżonego M. W. (1) oraz przez pełnomocnika interwenienta – zasługiwały na uwzględnienie.

W ocenie Sądu Odwoławczego, wyniki przeprowadzonego postępowania dowodowego w toku przewodu sądowego oraz uzasadnienie zaskarżonego wyroku, wskazują na to, iż Sąd I instancji rozpoznający sprawę, nie dokonał wszechstronnej oraz obiektywnej analizy wszystkich zebranych w sprawie dowodów, a zwłaszcza, nie przeprowadził właściwej oceny prawnej całokształtu zachowań oskarżonych M. W. (1) oraz R. S. (1).

Oskarżeni M. W. (1) oraz R. S. (1), konsekwentnie, w trakcie całego postępowania prowadzonego w sprawie, nie przyznawali się do popełnienia zarzucanego im czynu. Oskarżony M. W. (1) w swoich wyjaśnieniach powoływał się na to, że przed wprowadzeniem na rynek, tego rodzaju urządzenia, jak zakwestionowane przez Urząd Celny, dysponował oświadczeniem producenta, opiniami prawnymi oraz opinią eksperta J. K., które stwierdzały, że urządzenia typu (...) M. - to symulatory do gier zręcznościowych. (np. k. 314/II akt) Z kolei oskarżona R. S. (1), wyjaśniła, iż na umieszczenie urządzenia do gier zgodziła się, by „zwiększyć obroty” w prowadzonej przez siebie Pizzerii, kontaktując się przed wstawieniem tego urządzenia jedynie z przedstawicielem firmy serwisowej. Ponadto, oskarżona stwierdziła, że była przekonana, co do tego, iż „automat jest w pełni legalny” i „nie posiadała żadnej wiedzy” odnośnie cech zakwestionowanego automatu. (np. k. 124/II, 315 akt)

Odnosząc się do zarzutów apelacyjnych, podnieść należy, iż, Sąd Rejonowy w sposób dowolny, sprzeczny z zasadami wiedzy i logiki, ocenił te wyjaśnienia oskarżonych, w istocie nie uzasadniając, w sposób przekonywający, dlaczego nie dał wiary twierdzeniom oskarżonych dotyczącym ich wiedzy odnośnie cech kwestionowanych urządzeń oraz co do charakteru urządanych na nich gier. W ocenie Sądu Odwoławczego, nie sposób podzielić rozważań uzasadnienia zaskarżonego wyroku oraz zawartej w nim argumentacji, która doprowadziła do dyskwalifikacji przedstawionej przez oskarżonych linii obrony.

Trzeba zgodzić się z zarzutami apelacyjnymi, kwestionującymi arbitralne i nieuzasadnione wywody pisemnych motywów zaskarżonego wyroku, jakoby opinie prawne, którymi dysponowała kierowana przez oskarżonego (...) sp. Z o.o., to jedynie wydane odpłatnie opinie, których treść miała zadowolić zamawiającego, iż to opinie wydane z „odgórnym” założeniem, po to, aby wykorzystać je dla stworzenia „pozorów legalności swoich zachowań”. (Vide – uzasadnienie, k. 476 akt)

Nie sposób podzielić zaprezentowanej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku sugestii, jakoby toczące się wcześniej postępowanie, zainicjowane przez Urząd Celny w O., w innej sprawie, dotyczące takiego samego automatu, powinno samo przez się oskarżonemu „nasunąć wątpliwości, co do legalności automatu go gier”, zakwestionowanego w rozpoznawanej sprawie. Za nieporozumienie trzeba uznać zawarte w uzasadnieniu stwierdzenie, w rodzaju, że pomimo tamtej sprawy, „oskarżony uparcie wierzy w prywatne opinie, jakie zdobył i jednocześnie lekceważy poglądy organu państwowego”, czyli Urzędu Celnego w O., co z kolei skłania Sąd Rejonowy do wniosku, iż „oskarżony doskonale wiedział, że urządza gry na automacie w rozumieniu ustawy, a wszystkie jego czynności mają na celu nadanie temu zachowaniu pozorów legalności”. (Vide – uzasadnienie, k. 476 akt)

Dyskwalifikując przydatność dowodową prywatnych opinii prawnych oraz ekspertyzy J. K., Sąd Rejonowy, zawartym w nich wnioskach, przeciwstawił treść i konkluzje wydanej na zlecenie Urzędu Celnego, opinii biegłego R. R.. Sąd Odwoławczy, co do zasady podziela zaprezentowane w apelacjach wątpliwości, co fachowości i zupełności wydanej dla potrzeb rozpoznawanej sprawy opinii tego biegłego. Co jednak istotniejsze, Sąd I instancji dyskredytując treść opinii prywatnych, którymi dysponowała obrona i przyjmując, bezkrytycznie konkluzje zawarte w opinii biegłego R. R., poprzestał na oświadczeniu tego biegłego, złożonym podczas przesłuchania na rozprawie, iż „nie wypowiada się, co do innych biegłych”. W rezultacie, nie doszło do skonfrontowania treści kwestionowanych przez Sąd merita prywatnych opinii, z wnioskami zawartymi w opinii biegłego powołanego przez Urząd Celny w O..

Nie można też podzielić poglądu Sądu I instancji, iż na przyjęcie świadomości nielegalności zachowań oskarżonych pozwalało już to, że uprzednio) „nie sprawdzili” tego, czy „konkretne urządzenie oraz oferowane na nim gry spełniają przesłanki gier na automatach” poprzez wystąpienie do Ministra Finansów z wnioskiem o wydanie stosownej decyzji administracyjnej „rozstrzygającej tę kwestię”, a zrobili to dopiero w toku postępowania w sprawie niniejszej. Jak zasadnie wyartykułowano w motywach wniesionych apelacji, wbrew pogładowi Sądu Rejonowego, przed rozpoczęciem tego typu działalności Spółka (...) sp. Z o.o., kierowana przez oskarżonego M. W. (2), podobnie jak oskarżona R. S. (1), przed wstawieniem do prowadzonej pizzerii, kwestionowanego urządzenia do gier, nie byli w ogóle zobowiązani do uzyskania takiej „interpretacji” cech przedmiotowych urządzeń i w takim trybie, jak opisane uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

W świetle powyższego, jak trafnie zarzucają wywody apelacyjne, przywołane przez Sąd Rejonowy dowody oraz zaprezentowana argumentacja pisemnych motywów zaskarżonego wyroku, nie pozwalały na konstatację, iżby oskarżeni działając umyślnie, z zamiarem bezpośrednim, wypełnili znamiona zarzucanych im przestępstw skarbowych, polegającym na urządzaniu – odnośnie oskarżonego M. W. (1) oraz na prowadzeniu – co do skarżonej R. S. (1) – gier na automatach, wbrew przepisom ustawy regulującej gry hazardowe.

Zdaniem Sądu Odwoławczego, ustalenia Sądu rozpoznającego sprawę, koncentrowały się głównie na wykazaniu, realizacji znamion przedmiotowych przestępstwa skarbowego zarzucanego oskarżonym.

Tymczasem, w świetle sformułowanych zarzutów i wywodów apelacyjnych, nawet z zaistnienia znamion strony przedmiotowej czynu skarbowego, spenalizowanego w art. 107 § 1 k.k.s., nie można wyprowadzić umyślności zachowań sprawcy, która stanowi nieodzowny warunek przypisania mu odpowiedzialności karnej skarbowej.

Od strony podmiotowej, czyny karnoskarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. (§ 4 w zw. z § 1 albo 2 k.k.s.) są karalne wyłącznie, w razie ich umyślnego popełnienia, w obu postaciach zamiaru - bezpośrednim i ewentualnym.

Zdaniem Sądu Odwoławczego, wbrew stanowisku Sądu I instancji dotychczas zebrane dowody, nie pozwalały na przyjęcie w zachowaniu oskarżonych realizacji podstawowych znamion strony podmiotowej, zarzucanego im przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s., a więc, na przypisanie oskarżonym świadomości tego, że urządzają – w przypadku oskarżonego M. W. (1), bądź prowadzą – w przypadku oskarżonej R. S. (1) – grę na automacie, wbrew przepisom ustawy regulującej urządzenie i prowadzenie gier hazardowych.

Wymagana przez przepisy kodeksu karnego skarbowego (art. 4 § 1 k.k.s.) jako warunek odpowiedzialności karnej umyślność zachowania się sprawcy, odnosząca się do przestępstw zawierających klauzule normatywne w rodzaju „kto bez wymaganego zezwolenia” lub „kto wbrew przepisom ustawy”, a więc takich jak przewidziane w art. 107 k.k.s. i przepisach ustawy szczególnej, dopełniającej normę art. 107 k.k.s. – nie może być wywodzona z samego faktu zaistnienia znamion strony przedmiotowej, danego czynu skarbowego. Bez karnoprawnego elementu winy, samo nie zastosowanie się do zakazów lub nakazów ustawowych może stanowić co najwyżej delikt finansowy, natomiast nie rodzi odpowiedzialności w sferze prawa karnego skarbowego.

W ocenie Sądu Odwoławczego, w sytuacji, gdy przed wprowadzeniem do eksploatacji, zakwestionowanego urządzenia do gier, dopełniono należytej staranności, dysponowano profesjonalnymi opiniami prawnymi i specjalistycznymi ekspertyzami, należy zgodzić się z wywodami wniesionych apelacji podnoszących, że w rozpoznawanej sprawie nie wykazano świadomego naruszenia przez oskarżonych M. W. (1) i R. S. (1) wymogów określonych przepisami regulującymi urządzenie i prowadzenie gier hazardowych – tak, więc nie została skutecznie podważona, prezentowana przez oskarżonych linia obrony, przeprowadzonymi przez Sąd I instancji środkami dowodowymi.

Niezależnie od powyższego, Sąd Odwoławczy, podziela zasadność zarzutów apelacyjnych, kwestionujących finalną ocenę prawną czynów zarzucanych oskarżonym przez Sąd Rejonowy, jako przeprowadzoną w następstwie wadliwej interpretacji charakteru przepisów krajowych regulujących urządzenie i prowadzenie gier hazardowych oraz nieprawidłowej wykładni wykładni Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i prawa traktatowego.

Oskarżeni stali pod zarzutem popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s., z przywołaniem jego związku z przepisem szczególnym konkretyzującym odpowiedzialność karnoskarbową oskarżonych. W przepisie art. 107 § 1 k.k.s. są penalizowane zachowania sprawcy, polegające na działaniu wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U.2009.201.1540, ze zmianami). Stosownie do dyspozycji przepisu art. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach określonych w ustawie. W istocie swej, blankietowy przepis art. 3 cytowanej ustawy, odsyła do przepisów określających zakazy i nakazy, związane ze ścisłą reglamentacją i kontrolą ze strony Państwa działalności związanej z hazardem. Do tego rodzaju przepisów należą zakazy i nakazy zawarte w art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych.

Nie sposób podzielić stanowiska Sądu Rejonowego, iż tego rodzaju przepisy ustawy o grach hazardowych, nie można uznać za przepisy techniczne i jako takie, nie wymagały notyfikacji, a także zaprezentowanej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku interpretacji orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i prawa traktatowego oraz ich skutków prawnych.

Należy w tym miejscu przywołać, normę art. 87 ustęp 1 Konstytucji RP stanowiącego jednoznacznie, że prawodawstwo unijne, stanowi źródło prawa. Ponadto, fundamentalną zasadą obowiązującą w porządku prawnym Unii Europejskiej jest to, iż sądy państw członkowskich, nie powinny przyjmować innej interpretacji prawa wspólnotowego, niż ta wskazana w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zawierającym wykładnię stosowanych przepisów prawa. Wykładnia prawa dokonywana przez sądy państw członkowskich oraz organy państwa muszą uwzględniać orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Zgodnie z artykułem 1 pkt 1–5 i 11 dyrektywy 98/34 /WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r. (Dz. U. L. 363, s. 81), państwo, które chce wprowadzić przepisy techniczne, czyli takie, które chociażby potencjalnie

mogą ograniczać unijne swobody, musi jeszcze przed ich uchwaleniem przekazać Komisji projekty takich regulacji i wskazać powody, dla których mają być wprowadzone. Jest to tak zwana procedura notyfikacji.

Nie ulega wątpliwości, że ustawa o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. uchwalona została w sposób wadliwy. Nie zwrócono się o opinię na temat zgodności projektu z prawem unijnym i nie udokumentowano fazy uzgodnień międzyresortowy.

Tymczasem, w ocenie Sądu Odwoławczego niektóre przepisy ustawy o grach hazardowych, ograniczają swobodę przepływu towarów i usług, mają zatem charakter techniczny w rozumieniu prawa unijnego i jako takie, powinny być przedstawione Komisji Europejskiej oraz podlegać notyfikacji przed Komisją Europejską. Zdaniem Sądu Odwoławczego w tym składzie, dotyczy to, między innymi przepisu art. 14 ustęp 1 ustawy o grach hazardowych oraz przepisu w istocie subsydiarnego do tego pierwszego – to jest przepisu art. 6 ustawy o grach hazardowych. Tego rodzaju przepisy polskiej ustawy o grach hazardowych dotyczące automatów, nakazujących określoną lokalizację gier na automatach, zakazujące urządzenie gier na automatach poza kasynami gry oraz nakazujące uzyskanie koncesji na prowadzenie takich punktów lokalizacji automatów ograniczają swobody gwarantowane przez prawo Unii, głównie poprzez ingerencję w swobodę działalności gospodarczej, czyli przedsiębiorczości, świadczenia usług czy przepływu kapitału.

W przywoływanym przez strony, wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012 r., wydanym w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11 i C-217/11 (Dz.U. UE. L. 1998. 204. 37), w pkt. 24 i 25, *expressis verbis* uznano za przepis techniczny art. 14 ust. 1 ustawy hazardowej, stanowiący, że „Urządzanie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry”. Podkreślić przy tym należy, iż zgodnie z motywem prawotwórczym pkt. 25 wyroku TS UE **przepisy tego rodzaju** jak przepis art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych jest przepisem technicznym w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r. (Dz. U. L. 363, s. 81) Teza ta stanowi kontynuacją linii orzeczniczej Trybunału zapoczątkowaną między innymi wyrokiem z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C#65/05 Komisja przeciwko Grecji.

Wbrew wywodom uzasadnienia zaskarżonego wyroku, techniczny charakter (w rozumieniu prawa unijnego) przepisów **tego rodzaju jak art. 14 ustęp 1 ustawy hazardowej**, niezależnie od przywołanego orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2012 r., został potwierdzony w judykaturze krajowej. W przeważającej mierze, orzecznictwo polskich sądów powszechnych oraz sądów administracyjnych, wskazuje na właśnie taki charakter przepisów, tego rodzaju jak przepis art. 14 ustęp 1 ustawy hazardowej.

Konsekwencją przyjęcia technicznego charakteru tego rodzaju przepisów ustawy hazardowej, wobec ich nie notyfikowania przez Polskę jest to, że jej przepisy nie mogą być stosowane przez organy administracji i sądy. Z utrwalonej linii orzecznictwa (...) (np. w sprawach C- 194/94 (...), (...) SA, motyw 54, C-443/98 U. Italia SpA) wynika, że skutkiem prawnym naruszenia obowiązku notyfikacji przepisów technicznych jest ich bezskuteczność, czyli niemożność powoływania się na nie w obrocie prawnym, co oznacza, że nie można powoływać się na nie wobec jednostek a także, iż jednostki mogą się powoływać na fakt naruszenia przez państwo zobowiązań związanych z procedurą notyfikacyjną przed sądem krajowym, a to obliuguje sąd do odmowy zastosowania tego rodzaju przepisów. W świetle orzecznictwa Trybunału i prawa traktatowego, przepisy prawa krajowego, co, do których nie dopełniono obowiązku notyfikacji, nie mogą być stosowane stosowania względem obywateli. Oznacza to, że ani sąd, ani prokurator, ani organy administracji nie mogą opierać swoich rozstrzygnięć na podstawie nienotyfikowanych przepisów technicznych.

Konkludując, przepis techniczny, w rozumieniu prawa unijnego, który nie został przez Polskę notyfikowany, nie może być stosowany względem obywateli. Sąd Odwoławczy w tym składzie uznaje, że wadliwe wprowadzenie do obrotu prawnego, przepisów nowej ustawy hazardowej przez polskiego ustawodawcę, powinno skutkować nie ponoszenia odpowiedzialności karnej, przez obywateli, na podstawie tego rodzaju nienotyfikowanych przepisów ustawy hazardowej, jako przepisów, które w ogóle nie powinny funkcjonować w obrocie prawnym.

W świetle powyższego, w ocenie Sądu Okręgowego, prawidłowa ocena prawna, zarzucanych oskarżonym zachowań, wskazuje na to, iż nie stanowiły one bezprawnego, karygodnego działania, gdyż wobec zaistnienia okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną, oskarżeni M. W. (1) i R. S. (1) – nie popełnili zarzucanych im przestępstw skarbowych, określonych w art. 107 § 1 k.k.s.

W tym stanie rzeczy, zasługiwała na uwzględnienie apelacja wniesiona przez pełnomocnika interwenienta (...) Spółka z o.o. z siedzibą W W., rozpoznawana w granicach wniesionej interwencji, która, w rezultacie miała wpływ na całość rozstrzygnięć o skazaniu, zawartych w zaskarżonym wyroku. Rozpoznanie wniesionej przez pełnomocnika interwenienta apelacji, musiało rzutować na orzeczenie o winie współoskarżonej R. S. (1), która nie wystąpiła z apelacją w rozpoznawanej sprawie.

Ustawodawca w przepisie art. 435 k.p.k. mającym tu zastosowanie na podstawie art. 113 § 1 k.k.s., pozwala na korektę zaskarżonego wyroku, z przekraczaniem podmiotowych granic zaskarżenia, co jest możliwe wtedy, przy wystąpieniu tych samych gravamen commune, czyli gdy ten sam powód stanowiący podstawę korekty wyroku, te same uchybienia, dotyczą także innych współoskarżonych, w tej samej sprawie.

W ocenie Sądu Odwoławczego, powyższe rozważania dowodzą tego, że warunek tożsamości uchybień został spełniony w odniesieniu do R. S. (1), oskarżonej w tym samym postępowaniu i występują te same względy, przemawiające za zmianą zaskarżonego wyroku wobec tej oskarżonej, co do współoskarżonego M. W. (1), jak tego wymaga przepis art. 435 k.p.k.

Zatem, wobec współoskarżonej R. S. (1), co do przypisanego w zaskarżonym wyroku przestępstwa skarbowego z art. 107 k.k.s., to przepis art. 435 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s. pozwalał na zmianę wyroku na korzyść tejże oskarżonej, z uwagi na wystąpienie, w odniesieniu do współoskarżonej, która nie wniosła środka odwoławczego, tych samych względów, które przemawiały za zmianą wyroku na korzyść oskarżonego M. W. (1), na rzecz, którego został wniesiony środek odwoławczy.

W świetle powyższego, uznając trafność zarzutów apelacji, o niesłusznym przypisaniu oskarżonemu M. W. (1) popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. w związku z art. 9 § 1 k.k.s. oraz przyjmując bezpodstawność przypisania oskarżonej R. S. (1) przestępstwa skarbowego z art. 107 § 1 k.k.s. – zaskarżony wyrok należało zmienić i uniewinnić oskarżonych od zarzutów popełnienia zarzucanych im czynów, na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. i art. 414 § 1 k.p.k. – w związku z art. 113 § 1 k.k.s., a odnośnie oskarżonej R. S. (1) - dodatkowo, w oparciu o przepisy art. 435 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s.

Konsekwencją takich rozstrzygnięć Sądu Odwoławczego, było uwzględnienie wniosku apelacji interwenienta i wydanie orzeczenia w trybie art. 230 § 2 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s.

Orzeczenia o kosztach procesu w sprawie, wydane zostały na podstawie art. 632 pkt 2 k.p.k. i art. 634 k.p.k. w związku z art. 113 § 1 k.k.s.