

Sygn. akt VI Ka 606/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 lutego 2014 r.

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze w VI Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SO Andrzej Tekieli (spr.)

Sędziowie SO Andrzej Wieja

SO Barbara Żukowska

Protokolant Jolanta Kopec

przy udziale przedstawiciela Urzędu Celnego w W. funkcjonariusza celnego J. R.

po rozpoznaniu w dniu 11 lutego 2014r.

sprawy **M. N. i I. B.**

oskarżonych z art. 107 § 1 kks

z powodu apelacji wniesionych przez obrońcę oskarżonych i pełnomocnika interwenienta

od wyroku Sądu Rejonowego w Lubaniu VII Zamiejscowego Wydziału Karnego z siedzibą w Lwówku Śląskim

z dnia 24 lipca 2013 r. sygn. akt VII K 239/13

uchyla zaskarżony wyrok wobec oskarżonych M. N. i I. B. i sprawę przekazuje Sądowi Rejonowemu w Lubaniu VII Zamiejscowemu Wydziałowi Karnemu z siedzibą w Lwówku Śląskim do ponownego rozpoznania

Sygn. akt VI Ka 606/13

UZASADNIENIE

M. N. został oskarżony o to, że:

prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą (...), (...)-(...) B., ul. (...)urządzał w okresie od 1 października 2011 roku do 29 marca 2012 roku gry na automacie H. (...)bez numeru fabrycznego w sklepie spożywczym mieszczącym się w Z.(...), (...)-(...) L., które miały charakter komercyjny i losowy, a która to sytuacja określona jest wart. 2 ust. 5 ustawy o grach hazardowych, wbrew przepisom art. 3 wyżej cytowanej ustawy tj. o czyn z art. 107 § 1 kks

I. B. została oskarżona o to, że:

prowadząc działalność gospodarczą w sklepie spożywczym w (...), (...)-(...) L. prowadziła w okresie od 1 października 2011 roku do 29 marca 2012 roku w w/w sklepie gry na automacie H. (...)bez numeru fabrycznego, które miały charakter komercyjny i losowy, a która to sytuacja określona jest w art. 2 ust. 5 ustawy o grach hazardowych, tj. wbrew przepisom art. 3 wyżej cytowanej ustawy tj. o czyn z art. 107 § 1 kks.

Sąd Rejonowy w Lubaniu VII zamiejscowy Wydział Karny z siedzibą w Lwówku Śląskim wyrokiem z dnia 24 lipca 2013r. w sprawie VII K 239/13:

oskarżonego M. N. uznał za winnego popełnienia czynu

opisanego w pkt I części wstępnej wyroku stanowiącego przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks i za to na podstawie art. 107 § 1 kks wymierzył mu karę 120 stawek dziennych grzywny przyjmując, że jedna stawka dzienna stanowi równowartość kwoty 100 złotych;

oskarżoną I. B. uznał za winną popełnienia czynu opisanego w pkt II części wstępnej wyroku stanowiącego przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 kks i za to na podstawie art. 107 § 1 kks wymierzył jej karę 50 stawek dziennych grzywny przyjmując, że jedna stawka dzienna stanowi równowartość kwoty 100 złotych;

na podstawie art. 30 § 5 kks orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa urządzenia do gry o nazwie H. (...)zajętego za pokwitowaniem (...)nr (...)poprzez zniszczenie oraz znajdujących się w nim środków pieniężnych w kwocie 480 złotych zajętych za pokwitowaniem (...)nr (...);

na podstawie art. 627 kpk zasądził od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe po 1/2 części w kwotach po 439,00 złotych i na podstawie art. 3 ust 1 Ustawy z dnia 23.06.1973 r o opłatach w sprawach karnych wymierzył M. N. opłatę w kwocie 1200 złotych, a I. B. opłatę w kwocie 500 złotych.

Z powyższym wyrokiem nie zgodził się obrońca oskarżonych i pełnomocnik interwenienta.

Obrońca oskarżonych zaskarżył powyższy wyrok w całości zarzucając:

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

art. 107 k.k.s. poprzez błędną wykładnię polegającą na uzupełnieniu treści komentowanego przepisu blankietowego bliżej niesprecyzowanymi normami ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, mimo że przepisy art. 6 i art. 14 ustawy o grach hazardowych - które jako jedyne mogłyby stanowić wypełnienie normy blankietowej art. 107 k.k.s. - 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 RzeczypospolitejPolskiej;

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.(...)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 rozstrzygnięcia charakteru gry;

obrazę przepisów postępowania - art. 438 pkt 2 k.p.k. - tj.:

1. art. 7 w zw. z art. 410 i art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. polegające na ustaleniu, że oskarżeni swoim działaniem wypełnili znamiona strony podmiotowej czynu z art. 107 k.k.s. to jest mieli świadomość nielegalności swego zachowania (por. str. 6 uzasadnienia) i działali w zamiarze co najmniej ewentualnym (v: str. 9 ab initio uzasadnienia), podczas gdy:

2. Sąd meriti nie wykazał w uzasadnieniu, jakie to dowody przesądzają o umyślności działania osk. I. B.- samo stwierdzenie Sądu, że osk. I. B.

"bezkrytycznie powiela wątki akcentowane w linii obrony przez oskarżonego N. ", bez dokonania dalszej oceny normatywnej, wyklucza przyjęcie działania z zamiarem popełnienia czynu zabronionego - co jednak uczynił Sąd, kierując się z góry przyjętym założeniem o wypełnieniu znamion strony

podmiotowej przez oskarżoną;

Sąd oparł kwestionowane ustalenie o okoliczność, że osk. M. N.

gromadził, pozyskiwał, zwracał się do różnych podmiotów o opinie prywatne - co według Sądu przekonuje o przygotowywaniu się do prowadzenia przestępczej działalności (por. str. 7-8 uzasadnienia) i chęci celowego ukrycia bezprawnego procederu - bez wyłożenia podstaw takiego wnioskania, bez wykazania dowodów, jakie doprowadziły do wskazanej konstatacji, a co więcej z pominięciem faktu, że to nie osk. M. N. pozyskiwał, gromadził i zasięgał tych opinii tylko inny podmiot tj. H. z O.O. - i to w okresie wcześniejszym, niż działania oskarżonego objęte aktem oskarżenia w nin. sprawie - a zatem wbrew wywodom Sądu brak jest związku przyczynowo skutkowego pozwalającego doszukać się w zachowaniu oskarżonych działania umyślnego;

art. 4 w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez wadliwe wnioskanie, iż z posiadanych przez oskarżonych dokumentów w postaci opinii prawnych prof. C., prof. P. i opinii technicznej biegłego J. K. - należało wyciągać wnioski przeciwne, niż tam zawarte tj. o losowym charakterze gry na urządzeniu, podczas gdy to nie w kompetencji obojga oskarżonych (choćby z uwagi na ich wykształcenie) pozostaje ocena specjalistycznych opinii, a tym bardziej wnioskanie a nich a contrario, a ponadto 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 - irracjonalne jest zatem oczekiwanie od oskarżonych, aby byli bardziej kompetentni, niż oskarżyciel publiczny, czy autorzy opinii (czyli: osoby z tytułami profesorów prawa oraz biegły sądowy z Czech) i wywodzenie z tego tytułu negatywnych dla oskarżonych ocen prawnych;

art. 7 w zw. art. 410 w zw. z art. 200 k.p.k. polegające na zaaprobowaniu w całości opinii biegłego sądowego R. R. i ustaleniu losowego charakteru gry na urządzeniu właśnie na podstawie tej opinii (oraz Protokołu Kontroli), ocenionej jako spójna i logiczna, z całkowitym brakiem uzasadnienia dla takiego procesowego działania Sądu oraz 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 zaaprobował;

- art. 7 w zw. art. 410 w zw. z art. 200 k.p.k. i art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k, polegające na ustaleniu losowego charakteru gry na urządzeniu A. na podstawie opinii biegłego R. R. i pominięciu złożonych do akt dokumentów w postaci: atestu producenta, opinii biegłego J. K., opinii prawnych sporządzonych przez r.pr. prof. M. C. oraz r.pr. prof. S. P., bez wykazania, na podstawie jakich okoliczności Sąd nie dał wiary wskazanym dowodom, a uznał zasadność opinii biegłego sądowego R. R., jakie środki dowodowe i metody analityczne doprowadziły Sąd do podjęcia procesowej decyzji o uznaniu tych dowodów za niewiarygodne - analiza uzasadnienia wyroku prowadzi bowiem do wniosku, że Sąd I instancji oparł orzeczenie na opinii biegłego R. R. bowiem dowód ten był zaoferowany przez oskarżyciela i potwierdzał tezy oskarżenia, a nie z przyczyn merytorycznych, których Sąd meriti w żadnej mierze nie wykazał;

- art. 7 w zw. z art. 410 i art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. poprzez poczynienie ustaleń faktycznych i podjęcie orzeczenia m.in. w oparciu o zaoferowane przez oskarżyciela dowody stanowiące o prowadzeniu przeciwko M. N. innego postępowania karno-skarbowego w związku z urządzaniem gier na automatach tj. dokumenty w postaci pisma Urzędu Celnego w W. k. 449, Protokołu Kontroli i Postanowienia k. 456 - 462 (por. str. 3 in jine uzasadnienia) - pomimo, że do daty wydania wyroku w nin. sprawie M. N. nie został skazany prawomocnym wyrokiem w innej sprawie o czyn z art. 107 k.k.s

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 tożsamy/podobnych sprawach, w których osobami oskarżonymi są przedsiębiorcy prowadzący/urządzający gry na podobnych urządzeniach A., ponadto 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 oskarżeni wyczerpali znamiona przestępstwa z art. 107 k.k.s., wykracza poza możliwość sądowej swobodnej oceny dowodów i łamie naczelne zasady rządzące procesem karnym;

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

- ustaleniu przez Sąd I instancji, że " Występującyw zabezpieczonym dla potrzeb tej sprawy automacie akceptor banknotów i wszystkich monet to także typowa cecha hazardowa"(v: str. 6 uzasadnienia) - mimo, że nieznana jest geneza takiego ustalenia oraz środki dowodowe zastosowane do jego poczynienia;

przyjęciu przez Sąd I instancji, że osk. M. N. "pozyskał" opinie prawne prywatne, "sięgał po opinie prawne od różnych osób" , wreszcie zwracał się do różnych podmiotów o wydanie prywatnych opinii odnośnie charakteru gier na automacie (dot. opinii prof. M. C., prof. S. P., biegłego J. K.) - co zdaniem Sądu meritiprzesądza o świadomości przestępnego działania tego oskarżonego (v: str. 7 ab initio uzasadnienia) - podczas, gdy to nie osk. M. N. zlecał sporządzenie wskazanych przez Sąd prywatnych opinii i je pozyskiwał, tylko firma (...) sp. z o.o., oskarżony otrzymał owe opinie wraz z urządzeniem i nie miał wpływu na ich treść, zwłaszcza że opinie zostały wydane przed przystąpieniem do prowadzenia działalności przez oskarżonego i przed nawiązaniem współpracy gospodarczej z osk. I. B.;

przyjęciu przez Sąd I instancji, iż z zeznań św. K. Ś. także - obok opinii biegłego R. R. i Protokołu Kontroli - wynika losowy charakter gry na urządzeniu (v: str. 2-3 uzasadnienia) - w sytuacji, gdy dla zobrazowania charakteru gry na urządzeniu Sąd cytuje wyłącznie treść opinii biegłego R. R., a nie zeznania świadka K. Ś., zatem błędne i niezrozumiałe jest wnioskowanie Sądu w zakresie zeznań św. K. Ś.;

ustaleniu przez Sąd I instancji, że warunkiem uruchomienia urządzenia było "zakredytowanie go przez grającego gotówką w wysokości zależnej od ilości wybranego czasu gry i punktów przeznaczonych na rozgrywanie udostępnionych gier"(por. str. 2 ab initio uzasadnienia) - podczas, gdy z żadnego dowodu, w tym nawet z opinii biegłego R. R. nie wynika, aby kwota wpłaty do automatu miałyby być zależna od punktów, zatem trudno zrozumieć, z jakich źródeł wiedzy i jakich dowodów czerpał Sąd czyniąc przedmiotowe ustalenie;

- przyjęciu przez Sąd I instancji, że osk. M. N. około raz w tygodniu przyjeżdżał do sklepu osk. I. B. i zabierał z urządzenia środki pieniężne (por. str. 3 uzasadnienia) - podczas, gdy z żadnego dowodu w sprawie nie wynika przedstawione ustalenie Sądu.

Podnosząc powyższe zarzuty autor apelacji wniósł o:

zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonych od popełnienia

zarzucanych im czynów i zasądzenie na rzecz oskarżonych od Skarbu Państwa kosztów procesu za obie instancje, w tym zwrotu wydatków poniesionych na ustanowienie obrońcy - według norm przepisanych, a także zwrot na rzecz interwenienta (...)Sp. z o.o. z siedzibą w W.dowodzie rzeczowego w postaci automatu do gry - A.(...)za pokwitowaniem (...)nr (...)wraz ze środkami pieniężnymi 480 zł

ewentualnie

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

Pełnomocnik interwenienta zarzucił wyrokowi:

obrazę przepisów prawa materialnego, tj.:

a) art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 2 ust. 5 i art. 3 ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych (dalej "ugh") poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na uzupełnieniu treści powyższego przepisu blankietowego art. 107 § 1 kks normami z art. 2 ust. 5 ugh i art. 3 ugh, bez odwołania do przepisów art. 6 i 14 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (dalej ugh), w sytuacji gdy nie można wydać rozstrzygnięcia na podstawie normy prawnej nie określającej w części dyspozytywnej znamion czynu zabronionego i pełnej jego kwalifikacji prawnej, przy jednoczesnym braku oparcia rozstrzygnięcia o normy prawne wywiedzione z przepisów art. 6 i 14 ugh, 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 na ich techniczny charakter i nie mogą być podstawą orzeczeń sądów krajowych, zaś 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;

b) art. 1 § 1 k.k.s., zgodnie z którym odpowiedzialności karnej za przestępstwo skarbowe podlega ten tylko, kto popełnia czyn społecznie szkodliwy, zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełniania, przez jego niezastosowanie bowiem w okolicznościach niniejszej sprawy nie można uznać, aby oskarżeni popełnili czyn zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia;

c) art. 2 ust. 6 ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych poprzez uznanie, iż oskarżony N.miał obowiązek zwrócić się do Ministra właściwego do spraw finansów publicznych celem uzyskania decyzji przesądzającej o charakterze symulatora gier A.(...) nr H. (...), podczas gdy przepis ten (na marginesie - żaden inny też) nie przewiduje takiego obowiązku;

2. obrazę przepisów postępowania mających wpływ na treść wyroku, w szczególności:

a) art. 424 § 1 k.p.k. w zw. z art. 4 i 7 k.p.k., polegające na niezawarciu 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 przekroczeniu swobodnej oceny dowodów, a w szczególności poprzez:

- brak uzasadnienia dla odmowy przyznania przez Sąd I instancji waloru dowodowego dokumentom w postaci opinii prawnych Prof. dr hab. S. P. oraz Prof. dr hab. M. C. oraz opinii technicznej inż. J. K. - biegłego sądowego w dziedzinie ekonomiki, kryminalistyki i cybernetyki, a także atestu producenta symulatora, jakimi dysponowali oskarżeni i które interwenient przedłożył do akt sprawy, a dotyczących urządzeń z zainstalowanym oprogramowaniem identycznym jak oprogramowanie zainstalowane na urządzeniu będącym przedmiotem sprawy, co ma istotne znaczenie dla oceny strony podmiotowej czynu zarzucanego oskarżonym;

- wewnętrzne sprzeczności uzasadnienia wskazujące na błędy w ocenie materiału dowodowego, a w szczególności w zakresie oceny charakteru przedmiotowego symulatora, co ma decydujący wpływ na ewentualne wypełnienie znamion strony przedmiotowej czynu zarzucanego oskarżonym;

- brak uzasadnienia dla zastosowania w stosunku do urządzenia A.(...)nr (...)podstawie art. 30 § 5 k.k.s. środka karnego określonego wart. 29 k.k.s. w sytuacji gdy urządzenie nie było własnością oskarżonych ani interwenienta lecz podmiotu trzeciego, od którego interwenient je dzierżawi;

b) art. 201 k.p.k. polegające na oparciu wyroku przede wszystkim na wnioskach opinii biegłego sądowego R. R. oraz zaniechaniu powołania innego biegłego pomimo naruszenia ustawowego zakresu sporządzenia opinii oraz pomimo braku w przedmiotowej opinii elementów niezbędnych dla wykorzystania w postępowaniu karnym, takich jak wskazanie metod badania, sprawozdanie z czynności i spostrzeżeń, uzasadnienie, wewnętrzna sprzeczność w zakresie kwalifikacji charakteru gier na symulatorze - co czyni powyższą opinię nie pełną, nie miarodajną oraz nieprzydatną dla rozstrzygnięcia;

3. niezasadne zastosowanie art. 30 § 5 k.k.s. środka karnego określonego wart. 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 A.(...).

W konsekwencji, autor apelacji wniósł o:

1. zmianę w całości wyroku Sądu Rejonowego w Lubaniu, VII Zamiejscowy Wydział Karny z siedzibą w Lwówku Śląskimz dnia 24 lipca 2013 r., wydanego w sprawie o sygn. akt VII K 239/13 poprzez uniewinnienie oskarżonych M. N.i I. B.od zarzucanego im czynu i orzeczenie o zwrocie zajętego w niniejszej sprawie urządzenia A.(...)nr (...)z przynależnościami.

2. w razie przyjęcia przez WysokiSąd braku podstaw do zmiany skarżonego wyroku w całości, wniósł o jego uchylenie i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Apelacje w części nie były pozbawione racji, co skutkowało uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Jak wynika z pisemnego uzasadnienia zaskarżonego wyroku Sąd I instancji uznał, że oskarżeni M. N.i I. B.naruszyli art. 3 w zw. z art. 2 ust.5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, przy czym z opisu przypisanych im czynów nie wynika jasno na czym owo naruszenie miałoby polegać. W pisemnym uzasadnieniu wyroku Sąd I instancji stwierdził że „skoro na przedmiotowym automacie do gry urządzano i prowadzono gry losowe to dla zachowania legalnego charakteru działalności gry odbywać się mogły jedynie w ośrodku gier – kasynie gry, nie zaś na terenie sklepu oskarżonej I. B.” (str.6 uzasadnienia, k.474 odwrót akt). Domniemywać więc należy że działanie oskarżonych wbrew przepisom ustawy miało polegać na urządzeniu w sklepie oskarżonej a nie w kasynie, gry na

automacie A.(...) numeru fabrycznego, która to gra miała charakter losowy, a więc podlegała rygorom ustawy z 19 lipca 2009 r. o grach hazardowych. Sąd ten przekonanie swoje o tym że gra na tym automacie miała charakter losowy a nie zręcznościowy oparł przede wszystkim na opinii biegłego R. R. uznając ją za w pełni wiarygodną, odrzucając jednocześnie jako niewiarygodne „opinie prywatne” m.in. S. P. i J. K. zawierające przeciwnie twierdzenia (str. 6 uzasadnienia, k. 474 odwrót akt). Nie ulega wątpliwości, że ustalenie czy gry na powyższym automacie miały charakter zręcznościowy czy też losowy w kontekście odpowiedzialności karnoskarbowej oskarżonych w niniejszej sprawie miało podstawowe znaczenie. Sąd Okręgowy wątpliwości w tym zakresie powziął po przedłożeniu w postępowaniu odwoławczym przez obrońcę oskarżonego i pełnomocnika interwenienta opinii technicznych wydanych w kilku sprawach na potrzeby różnych postępowań karnoskarbowych przez biegłego Sądu Okręgowego w Krakowie z zakresu informatyki i elektroniki B. B. k. 620 – 631, k. 660 – 665). Oczywiście jest że opinie te złożone w innych sprawach , dotyczące innych egzemplarzy automatów (czy też symulatorów) A. o numerach urządzenia (...), (...), (...) in. nie mają bezpośredniego zastosowania w niniejszej sprawie. Sąd Okręgowy dostrzega jednakże podobieństwo tych urządzeń do automatu zabezpieczonego w niniejszej sprawie, wnioski opinii biegłego B. B. są zaś diametralnie inne niż biegłego R. R., skoro pierwszy z tych biegłych stwierdza że urządzenia te mają charakter zręcznościowy i urządzenie gier na nich nie jest grą na automatach w rozumieniu art. 2 ust. 3, 5 ustawy o grach hazardowych (k.572, k.575, k.578, k.608). Opinia biegłego B. B. była m.in. podstawą umorzenia dochodzenia o czyn z art.107 § 1 k.k.s. przez Naczelnika Urzędu Celnego w B. (k. 616 – 618). Nie ma racji skarżący obrońca gdy zarzuca że kompetencja do oceny czy gra posiadająca cechy wymienione w art.2 ust.1 -5 jest grą losową została zastrzeżona dla Ministra Finansów i wyłącznie ten organ władzy wykonawczej jest uprawniony do rozstrzygnięcia charakteru gry. W ramach prowadzonego postępowania karnego każdy Sąd samodzielnie rozstrzyga zagadnienia prawne i faktyczne (art.8 k.p.k. w zw. z art.113 § 1 k.k.s.), jeśli zaś stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych Sąd zasięga opinii biegłego (art.193 § 1 k.p.k. w zw. z art.113 § 1 k.k.s.). W sprawie niniejszej wydana została opinia przez biegłego sądowego R. R., jednakże w innych analogicznych sprawach inny biegły sądowy B. B. wydał opinie sprzeczne z opinią pierwszego z wymienionych biegłych. Kwestią podstawową pozostaje w tej sytuacji ustalenie czy automat do gry A.(...) numeru fabrycznego będący przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie jest takim samym urządzeniem, o takim samym oprogramowaniu jak urządzenia o których opinie wydawał biegły B. B. a jeżeli tak to czy opinia biegłego R. R. pozostaje wiarygodna. Rozstrzygnąć o tym może jedynie Sąd I instancji ponownie rozpoznając sprawę, chociażby poprzez uzyskanie na rozprawie głównej opinii uzupełniającej przez biegłego R. R. po uprzednim okazaniu mu kserokopii opinii biegłego B. B., względnie skorzystanie z innych możliwości jakie daje art.201 k.p.k.

Zasadnie skarżący zarzucają że Sąd I instancji niedostatecznie rozważył znamiona strony podmiotowej zarzucanych oskarżonym czynów. Sąd ten w kwestii tej odnośnie M. N. stwierdził że „przyjmując iż zasięganie przez M. N. kilku prywatnych opinii prawnych to celowe działanie mające ukryć świadomy i bezprawny proceder, brak działań mających zweryfikować legalność prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej o profilu rozrywkowym, a dalej uwzględniając fakt iż zatrzymany symulator posiadał niekompletną część tabliczki znamionowej producenta i numeru urządzenia Sąd przyjął że M. N. działał co najmniej w zamiarze ewentualnym..” (str. 8-9 uzasadnienia, k. 475 odwrót - 476 akt) Zdaniem Sądu Okręgowego taka argumentacja nie przekonuje. Podkreślić należy że umowa najmu powierzchni użytkowej zawarta pomiędzy M. N. i I. B. dotyczyła – jak ustalił Sąd I instancji – gry na automatach zręcznościowych (str. 1 uzasadnienia, k. 472 akt). Odnośnie strony podmiotowej czynu oskarżonej M. B. Sąd I instancji eksponuje umiejscowienie urządzenia do gry w jej sklepie, w odrębnym pomieszczeniu, co ma świadczyć o działaniu „ w celu ukrycia automatu wobec nielegalności świadomie uprawianego procederu” (str. 9 uzasadnienia, k.476 akt). Także ta argumentacja jest niewystarczająca i nieprzekonywująca.

Kwestię braku notyfikacji art. 6 i 14 ustawy o grach hazardowych, co obydwójce skarżący podnoszą już w pierwszym zarzucie rozpatrywać należy w kontekście postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28.11.2013 r. w sprawie I KZP 14/13, odnosząc się wszakże do orzeczeń sądów i stanowiska doktryny krytycznych wobec treści uzasadnienia tego postanowienia SN. Analizę w tym zakresie także przeprowadził Sąd I instancji ponownie rozpoznając sprawę.

Odnoszenie się do pozostałych zarzutów zawartych w obydwu apelacjach jest obecnie przedwczesne (art.436 k.p.k. w zw. z art.113 § 1 k.k.s.). Będzie je miał na względzie Sąd I instancji ponownie rozpoznając sprawę.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy uchylił zaskarżony wyrok wobec oskarżonych M. N.i I. B.i sprawę przekazał Sądowi Rejonowemu w Lubaniu VII Zamiejscowemu Wydziałowi Karnemu z siedzibą w Lwówku Śląskim do ponownego rozpoznania.

Rozpoznając sprawę ponownie Sąd I instancji przeprowadzi postępowanie dowodowe w zakresie niezbędnym do wydania prawidłowego rozstrzygnięcia mając na uwadze wszystkie okoliczności podniesione powyżej, ze szczególnym uwzględnieniem dowodu z opinii biegłego w związku z wątpliwościami wskazywanymi przez Sąd Okręgowy. Zgromadzony materiał dowodowy Sąd ten podda szczegółowej ocenie pod kątem istnienia znamion strony przedmiotowej i podmiotowej zarzuconych oskarżonym czynów. Swoje ostateczne stanowisko Sąd I instancji zawrze w wydanym wyroku który prawidłowo uzasadni zgodnie z wymogami art.424 k.p.k. w zw. z art.113 § 1 k.k.s.