

**Sygn. akt II Ka 220/13**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 02 października 2013r.

Sąd Okręgowy w Ostrołęce II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący SSO **Anna Łaszczych**

Sędziowie SO **Marek Korad**

SO **Magdalena Dąbrowska** (spr. )

Protokolant **Marlena Achcińska**

w obecności oskarżyciela publicznego: młodszego eksperta Służby Celnej T. F.

po rozpoznaniu w dniu 02 października 2013 r.

sprawy przeciwko **P. G.**

oskarżonemu o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

**G. K.**

oskarżonemu o przestępstwo skarbowe z art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

z powodu apelacji obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Rejonowego w Wyszkowie z dnia 04 marca 2013r. w sprawie IIK 248/12

orzeka:

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Wyszkowie;

Sygn. akt II Ka 220/13

## UZASADNIENIE

Urząd Celny w C. oskarżył **P. G.** o to, że:

w okresie od 01.09.2011 roku do 08.10.2011 roku w miejscowości W. w lokalu (...) przy ulicy (...), jako właściciel firmy (...) P. G. z siedzibą w (...)-(...) D. ul. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z G. K. (1) właścicielem firmy (...) z siedzibą w P. ul. (...) urządzał gry na automacie (...) (bez numeru) z drewnianą podstawą, (...) (bez numeru z metalową podstawą) wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych udostępnionego do publicznego korzystania, działając w celach komercyjnych, na których prowadzone gry mają charakter losowy, oraz dokonujący wypłat wygranych rzeczowych w postaci punktów kredytowych, co stanowi naruszenie przepisów: art. 2 ust. 3 i 5, art. 3, art.6, ust. 1, art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 z późn. zm)

to jest o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

**G. K.** o to że:

w okresie od 01.09.2011 roku do 08.10.2011 roku w miejscowości W. w lokalu (...) przy ulicy (...), jako właściciel firmy (...) z siedzibą w P. ul. (...), zajmując się sprawami gospodarczymi firmy (...) P. G. z siedzibą w (...)-(...) D. działając wspólnie i w porozumieniu z P. G. urządzał gry na automacie (...) (bez numeru) z drewnianą podstawą, (...) (bez numeru z metalową podstawą) wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych udostępnione do publicznego korzystania, działając w celach komercyjnych, na których prowadzone gry mają charakter losowy, oraz dokonujący wypłat wygranych rzeczowych w postaci punktów kredytowych, co stanowi naruszenie przepisów: art. 2 ust. 3 i 5, art. 3, art. 6, ust. 1, art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 z późn. zm)

to jest o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s.

Sąd Rejonowy w Wyszkowie wyrokiem z dnia 04 marca 2013r. w sprawie II K 248/12 orzekł :

I. oskarżonego P. G. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu w akcie oskarżenia czynu i za to na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. skazał go i wymierzył mu karę 30 (trzydziestu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 (stu) złotych

II. oskarżonego G. K. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu w akcie oskarżenia czynu i za to na podstawie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. skazał go i wymierzył mu karę 30 (trzydziestu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 (stu) złotych

III. na podstawie art. 30 § 5 k.k.s. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych opisanych w postanowieniu z dnia 28.11.2011 roku w pkt. 1-3,9

IV. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. nakazał zwrócić oskarżonemu G. K. dowody rzeczowe szczegółowo opisane w postanowieniu z dnia 28.11.2011 roku w pkt. 5,7 ( k. 41-45 akt sprawy)

V. zasądził od oskarżonych P. G. i G. K. po 1/2 części na rzecz Skarbu Państwa tytułem kosztów postępowania w sprawie oraz po 300 złotych tytułem opłaty.

Apelację od wyroku złożyli obrońcy oskarżonych.

Obrońca oskarżonego G. K. na podstawie art. 425 § 1 i § 2 k.p.k. i art. 444 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zaskarżył wyrok w całości.

Na podstawie art. 438 pkt. 1, 2 i 3 k.p.k. wyrokowi zarzucił:

1. obrazę przepisu prawa materialnego tj. art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 roku poprzez ich zastosowanie i uznanie, iż oskarżony popełnił zarzucony mu czyn w akcie oskarżenia, w szczególności naruszający dyspozycję art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, podczas gdy przepis art. 14 ust. 1 nie był przedstawiony Komisji Europejskiej do notyfikacji co powoduje pozbawienie ww. normy skuteczności prawnej, w konsekwencji czego brak jest normy prawnej, którą swoim zachowaniem miałby naruszyć oskarżony.

2. Obrazę przepisów postępowania, mogącą mieć wpływ na treść wyroku tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dowolną ocenę materiału dowodowego, brak wszechstronnego rozważenia całokształtu okoliczności sprawy skutkującej uznaniem, iż G. K. popełnił zarzucany mu w akcie oskarżenia czyn działając wspólnie i w porozumieniu z P. G., przy jednoczesnym nie wyjaśnieniu podstaw oparcia się na dowodach, na podstawie których Sąd ustalił stan faktyczny w szczególności w odniesieniu do formy współsprawstwa.

3. Obrazę przepisów postępowania, mogącą mieć wpływ na treść wyroku tj. art. 424 § 1 pkt. 1 k.p.k. poprzez nie wskazanie na jakich dowodach sąd oparł się uznając, iż G. K. popełnił zarzucany mu w akcie oskarżenia czyn działając

wspólnie i w porozumieniu z P. G., a także w odniesieniu do okoliczności wymienionych w art. 9 § 3 k.k.s. który to przepis miał naruszyć oskarżony, co uniemożliwia w tym zakresie kontrolę wyroku przez stronę oraz przez sąd wyższej instancji.

4. Obrazę przepisów postępowania, mogącą mieć wpływ na treść wyroku tj. art. 424 § 1 pkt. 2 k.p.k. poprzez niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku w zakresie przepisu art. 9 § 3 k.k.s.

5. Obrazę przepisów postępowania, mającą mieć wpływ na treść wyroku tj. art. 167 k.p.k. w zw. z art. 366 k.p.k. poprzez niewyjaśnienie przez Sąd wszystkich istotnych okoliczności sprawy tj. tego czy gry prowadzone na urządzeniu (...) bez numeru z drewnianą podstawą, (...) bez numeru z metalową podstawą mają charakter losowy, a także oparcie się na opinii biegłego w sytuacji gdy biegły nie dokonał oceny działania programu sterującego urządzeniami, pomimo istnienia takiej możliwości.

6. Błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mogący mieć wpływ na jego treść poprzez uznanie, iż gry prowadzone na automacie (...) bez numeru na drewnianej podstawie, (...) bez numeru z metalową podstawą mają charakter losowy, podczas gdy okoliczność ta nie została udowodniona albowiem biegły nie przeprowadził badania programu sterującego urządzeniami.

Wskazując powyższe zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do Sądu I instancji celem ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego P. G. na podstawie art. 444 k.p.k. i art. 425 § 1-3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zaskarżył powyższy wyrok w całości na korzyść oskarżonego P. G. .

Na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt. 2 i 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. Obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia tj.

a) Art. 2 § 2 k.p.k. , art. 4 k.p.k., art. 5 § 1 i 2 k.p.k. art. 7 k.p.k. oraz art. 366 § 1 k.p.k. , art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 pkt. 2 k.p.k. – poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów, nadto w sposób jednostronny na niekorzyść oskarżonego i bez wszechstronnego rozważenia wszystkich okoliczności sprawy, w tym przemawiających na korzyść oskarżonego, ponadto w oparciu o niekompletny i wewnętrznie sprzeczny materiał dowodowy co polegało m. in. na:

- przyjęciu winy oskarżonego, w sytuacji niewyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności w tym rzeczywistego sposobu funkcjonowania symulatorów

- przyjęciu, iż czas gry na przedmiotowych symulatorach zależał od wygranych rzeczowych w postaci punktów kredytowych, w sytuacji nieprzeprowadzenia w tym zakresie stosownych czynności, umożliwiających jednoznaczną weryfikację przyjętego przez Sad ustalenia, a ponadto w sytuacji przyjęcia za wiarygodną treści protokołu tzw. Eksperymentu procesowego”, który wskazuje, iż urządzenia funkcjonowały w limitem czasowym nie wziętym pod uwagę przez Sad Rejonowy, zaś ilość zdobytych przez grającego punktów kredytowych nie miała wpływu na czas trwania gry, jak też nie dawała możliwości uruchomienia nowej gry

- przyjęciu charakteru losowego gier zainstalowanych na symulatorach, w sytuacji nieprzeprowadzenia w tym zakresie stosownych dowodów

- bezkrytycznym obdarzeniu wiarą zeznań świadka J. R. oraz dopuszczonego do sprawy jako biegłego A. C. (działającego na zlecenie Urzędu Celnego) w sytuacji gdy zeznania te zawierają liczne sprzeczności i wątpliwości, nieusunięte i niewyjaśnione w toku postępowania.

- bezkrytycznym obdarzeniu wiarą dokumentów prywatnych przedstawionych przez Urząd Celny w sytuacji, gdy zostały sporządzone z naruszeniem prawa oraz zawierają liczne sprzeczności i wątpliwości, nieusunięte i niewyjaśnione w toku postępowania.

- niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku

- przyjęciu okoliczności obciążających oskarżonego pomimo braku wystarczających dowodów

b) art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. poprzez nieprzesłuchanie przed Sądem funkcjonariuszy służby celnej przeprowadzających kontrolę w lokalu, w którym usytuowane były symulatory, jak też biorących udział w oględzinach symulatorów i tzw. Eksperymentie procesowym tj. K. P., J. L., B. A., T. O., w sytuacji ujawnienia się istotnych wątpliwości dotyczących faktycznego przebiegu i ustaleń kontroli, jak też rzeczywistych właściwości symulatorów, w szczególności dotyczących wpływu limitu czasowego na przebieg gry oraz rzeczywistej funkcji punktów kredytowych

c) art. 7 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k., art. 193 § 1 k.p.k. i art. 194 k.p.k. – poprzez :

- nieprzeprowadzeniu dowodu z opinii niezależnego biegłego, w sytuacji gdy stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymagało wiadomości specjalnych

- przypisaniu waloru opinii biegłego w rozumieniu przepisów k.p.k. dokumentom prywatnym przedstawionym przez stronę postępowania.

- przesłuchanie w charakterze biegłego A. C., działającego w postępowaniu przygotowawczym na zlecenie Urzędu Celnego oraz oparcie zaskarżonego orzeczenia na jego opinii, pomimo przyznania, iż biegły ten nie dokonał zbadania wszystkich funkcji opiniowanych urządzeń i zaniechał takiego badania z powołaniem się na „wyniki eksperymentu procesowego funkcjonariuszy” a w konsekwencji oparcie orzeczenia na opinii niepełnej, wewnętrznie sprzecznej i nie odpowiadającej wymogom stawianym opiniom biegłych.

2) naruszenie prawa materialnego tj. art. 14 ust. 1 Ustawy o grach hazardowych oraz art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 1 § 1 k.k. w zw. z art. 260 TFUE (Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej) w zw. z art. 1 pkt. 11 zd. pierwsze dyrektywy 98/34/WE Parlamentu i Rady Unii Europejskiej z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego w zw. z art. 87 ust. 1 Konstytucji RP oraz w zw. z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 19 lipca 2012 roku ( w połączonych sprawach C- 213/11, C 214/11, C 217/11) o rozstrzygnięciu kwestii charakteru prawnego przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych- które to naruszenie polega na niewłaściwym zastosowaniu ww. przepisów wobec oskarżonego P. G. w sytuacji kiedy:

- Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 19 lipca 2012 roku ( w połączonych sprawach C- 213/11, C 214/11, C 217/11) rozstrzygnął kwestię charakteru prawnego przepisu art.,. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych i uznał, iż jest to przepis techniczny w rozumieniu art. 1 pkt. 11 zd. Pierwsze dyrektywy 98/34/WE Parlamentu i Rady z dnia 22 czerwca 1998 roku ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, a co za tym idzie, w przypadku gdy mamy do czynienia z takim przepisem powinien on zostać przekazany do Komisji Europejskiej celem notyfikacji, co jednak ze strony rządu Rzeczypospolitej Polskiej nie nastąpiło , aż do chwili obecnej

- konsekwencją w/w wyroku TSUE jest uznanie, iż przepisy polskiej ustawy o grach hazardowych a w szczególności art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych są nieskuteczne i nie mogą być stosowane przez sądy krajowe , zaś jednostki ( osoby fizyczne i parne) mogą bezpośrednio powoływać się na ww. wyrok przed sądami krajowymi, a brak notyfikacji oznacza, iż sądy polskie nie mogą stosować tych przepisów co potwierdzają wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

- art. 107 § 1 k.k.s. jest przepisem o charakterze blankietowym i odsyłającym do opisu znamion czynu zabronionego do innej ustawy tj. ustawy hazardowej, której legalność zakwestionował TSUE, co w konsekwencji oznacza iż w przedmiotowej sprawie nie można stosować przepisów ustawy hazardowej (art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jest bezskuteczny, więc nie może być podstawą rozstrzygnięć, jak też nie można zastosować art. 107 § 1 k.k.s. zarzuconemu oskarżonemu w związku z art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, zaś oskarżony nie ponosi odpowiedzialności karnej, ponieważ czyn popełniony przez oskarżonego nie był zabroniony ustawą obowiązującą w czasie jego popełnienia.

3. błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść polegający na przyjęciu iż:

- przyznawane przez symulatory w trakcie gry punkty kredytowe stanowią wygrane rzeczowe w sytuacji, gdy punkty te nie dawały możliwości uruchomienia kolejnej gry, jak też nie miały żadnego wpływu na czas trwania gry, co wynika z protokołu eksperymentu procesowego

- symulatory są „automatami” w sytuacji gdy symulatory mają charakter czysto zabawowy, nie mają możliwości dokonywania wypłat, nie posiadają charakteru losowego oraz posiadają ograniczenia czasowe (limit czasowy gry- bez względu na punkty kredytowe)

-w czasie badania symulatorów nie zdarzyło się aby urządzenie przestało pracować pomimo wyświetlenia się punktów na monitorze, w sytuacji gdy w protokole eksperymentu stwierdzono nieoczekiwaną sytuację która polegała na braku reakcji przycisku START pomimo tego, iż w polu CREDIT wynosił 209 punktów co było równoznaczne z brakiem możliwości kontynuowania gry (zadziałanie limitu czasowego)

- oferowane przez symulatory gry SA ograniczone limitem wpłat według bliżej nieokreślonych zasad, w sytuacji gdy symulatory posiadają limit czasowy i możliwość zmiany stawki

- ograniczenie czasowe działania symulatora wysokością wpłat jest dodatkowym ograniczeniem, które na same gry nie ma żadnego wpływu w sytuacji gdy z eksperymentu procesowego wynika, iż wraz z wyczerpaniem limitu czasowego gra się kończy, rozpoczęcie nowej gry wymaga zasilenia symulatora środkami pieniężnymi

Mając na uwadze powyższe zarzuty wniósł o :

a) zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od dokonania przypisanego mu czynu

b) ewentualnie o umorzenie postępowania

c) uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Wyszkowie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacje wniesione przez obrońców oskarżonych P. G. i G. K. były o tyle zasadne, że skutkowały uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania.

Obydwie apelacje zawierały podobne zarzuty, przede wszystkim naruszenia prawa materialnego, a mianowicie art. 107 § 1 k.k.s. w zw. z art. 14 § 1 ustawy o grach hazardowych.

Obrońcy powoływali się na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażone w wyroku z dnia 19 lipca 2012 roku wydanego w połączonych sprawach C – 213/11, C-214/11 i C-217/11 odnośnie charakteru przepisów ustawy o grach hazardowych.

Na powyższe obrońcy zwracali uwagę już przed Sądem Rejonowym wnosząc w związku z tym o umorzenie postępowania.

Sąd Rejonowy pominął jednak problematykę poruszaną w cytowanym wyżej wyroku, a ma ona istotne znaczenie dla odpowiedzialności oskarżonych, na co słusznie zwracają uwagę ich obrońcy.

W pkt. 24 cytowanego wyroku przypomniano, że Trybunał orzekł już, iż przepisy zakazujące prowadzenia gier elektrycznych, elektromechanicznych i elektronicznych w jakichkolwiek miejscach publicznych i prywatnych z wyjątkiem kasyn należy uznać za przepisy techniczne w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/ wyrok z dnia 26 października 2006 roku w sprawie C-65/05 Komisja przeciwko Grecji). W pkt. 25 Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że w związku z powyższym przepis tego rodzaju jak art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, zgodnie z którym urządzenie gier na automatach dozwolone jest jedynie w kasynach gry, uznać należy za przepis techniczny w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34.

W ocenie Trybunału Sprawiedliwości przepisem tego rodzaju, jak art. 14 ust. 1 cytowanej ustawy jest każdy przepis ustawy, który może powodować ograniczenie, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gier. Nie ulega wątpliwości, że takim przepisem jest przepis art. 6 ust. 1, który stanowi, że działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach może być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry. Przepis art. 6 ust. 1 jest bezpośrednio związany z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych.

Projekt cytowanej ustawy w zakresie art. 14 ust. 1 i art. 6 ust. 1 jako przepisy techniczne w rozumieniu art. 1 pkt 11 na podstawie art. 8 ust. 1 dyrektywy podlegały obowiązkowej procedurze notyfikacji Komisji Europejskiej. Ustawa o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 roku nie została przedstawiona do notyfikacji. W świetle utrwalonego orzecznictwa luksemburskiego obowiązek notyfikacji jest bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny, aby jednostki mogły się na niego powoływać przed sądem krajowym ( wyroki Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawach C-194/94 i C- 443/98).

Wskazać należy, że WSA w Gdańsku w wyroku z dnia 19 listopada 2012 roku wydanym w sprawie III SA / Gd 569/12 przyjął w oparciu o wskazany wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE, że brak procedury notyfikacyjnej przy uchwalaniu ustawy o grach hazardowych skutkuje uznaniem tej ustawy za nieważną.

Wprawdzie orzecznictwo sądów polskich jest w tym zakresie niejednolite, jednakże w przypadku podniesienia przez obrońców wpływu orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości na kwestię dopuszczalności stosowania art. 107 k.k.s Sąd Rejonowy winien się w tym zakresie wypowiedzieć.

Obrońcy oskarżonych zarzucali również sądowi naruszenie prawa procesowego, a w szczególności art. 7, 410, 424 , 4 i 5 § 2 k.p.k.

Sąd Okręgowy po analizie akt sprawy uznał te zarzuty za trafne.

Zwrócić należy uwagę, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego - przekonanie Sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k. jeśli jest to poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy, stanowi wyraz rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść jak i niekorzyść oskarżonego i jest zgodne ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego. Kolejnym warunkiem, od którego spełnienia uzależnia się przyjęcie, że zaprezentowana ocena dowodów pozostaje w granicach art. 7 k.p.k., jest to, aby była ona wyczerpująco i logicznie uargumentowana w uzasadnieniu wyroku. Tym samym uzasadnienie musi spełniać wymogi stawiane mu w art. 424 k.p.k.

W ocenie Sądu Okręgowego w realiach przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, że rozstrzygnięcie nie stanowi wyrazu rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść jak i niekorzyść oskarżonych.

Trafnie apelujący podnoszą iż nie został wyjaśniony sposób działania przedmiotowych automatów do gier .

Podkreślić należy iż czyn z art. 107 § 1 kks można popełnić tylko z winy umyślnej w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym.

Sąd Rejonowy uznając oskarżonych za winnych nie uzasadnił podstaw swojego rozumowania, ani też podstawy prawnej wyroku. Podczas gdy w ocenie Sądu Okręgowego materiał dowodowy zebrany w sprawie nie uprawniał Sądu Rejonowego do wysnucia kategorycznego wniosku, iż oskarżeni dopuścili się przestępstwa z art. 107 § 1 kks, a wina ich nie budzi wątpliwości.

Podstawą ustaleń Sądu w zakresie winy oskarżonych była w zasadzie opinia biegłego A. C., którego kwalifikacje do wydawania opinii w tego rodzaju sprawach nasuwają wątpliwości o czym świadczy chociażby przesłuchanie biegłego w toku rozprawy, które podważa nie tylko wiarygodność opinii ale również kwalifikacje biegłego do ich wykonywania.

W tym miejscu Sąd Okręgowy odnieść musi się do zarzutu, iż Sąd Rejonowy przesłuchał A. C. jako biegłego. W ocenie Sądu Okręgowego czynność była przeprowadzona prawidłowo. Faktycznie biegły C. został powołany przez Urząd Celny, jednakże Urząd Celny jest oskarżycielem w sprawie i prowadzi postępowanie przygotowawcze ma więc prawo dopuszczać dowód z opinii biegłych.

Fakt więc przesłuchania biegłego był prawidłowy, nieprawidłowa i pobieżna była ocena opinii biegłego, której nie można przypisać walorów jasnej, spójnej. Bo jak słusznie wskazują obrońcy biegły nie brał pod uwagę wszystkich okoliczności, budowy automatów , z góry przyjął charakter losowy gry, opierając się tylko i wyłącznie na przeprowadzonym eksperymencie, który również budzi wątpliwości .

Opinia ta winna wzbudzić wątpliwości w Sądzie, chociażby ze względu na uprawnienia biegłego i winna skutkować powołaniem kolejnego niezależnego biegłego.

Z urzędu Sądowi Okręgowemu wiadomym jest, że w Urząd Celny w tego rodzaju sprawach powołuje właśnie biegłego C., podczas gdy oskarżeni często dysponują prywatnymi opiniami biegłego, o tej właśnie specjalizacji, które mówi zupełnie coś innego.

Podstawą w przedmiotowej sprawie jest ustalenie czy oskarżeni wyczerpali swoim zachowaniu dyspozycję art. 107 § 1 kks , tym samym należy wyjaśnić pojęcia gry na automatach, które zdefiniowano w art. 2 ust. 3 i art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych.

Przepis art. 2 ust. 3 cytowanej ustawy stanowi, że 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, zaś z przepisu art. 2 ust. 5 ustawy wynika, że 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.

Sąd Rejonowy wprawdzie rozważał te kwestie, ale jak wynika z uzasadnienia wyroku mało wnikliwie i w oparciu o mało wiarygodną opinię biegłego, na co słusznie wskazywali obrońcy oskarżonych.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Rejonowy dokładnie przeprowadzi postępowanie dowodowe, wysłucha wyjaśnień oskarżonych, przesłucha świadków, w szczególności funkcjonariuszy celnych biorących udział w czynnościach w przedmiotowej sprawie i przeprowadzających eksperyment. Sąd dopuści dowód z opinii niezależnego biegłego, który na podstawie akt sprawy, oględzin zabezpieczonych automatów do gier, badania tych automatów wypowie się odnośnie kwestii spornej w przedmiotowym postępowaniu.

Po zebraniu tak materiału dowodowego Sąd będzie mógł się odnieść merytorycznie do przedmiotowej sprawy mając na uwadze również orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości i dokonując jego oceny. Następnie jeśli zajdzie taka potrzeba Sąd sporządzi uzasadnienie zgodnie z art. 424 § 1 k.p.k. z uzasadnieniem podstawy prawnej wyroku.

Mając na uwadze wyżej wskazane uchybienia, Sąd Okręgowy uznał, że wypowiedanie się w zakresie zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych przez Sąd Rejonowy za podstawę orzeczenia na obecnym etapie postępowania za przedwczesne. Odniesienie się przez Sąd Okręgowy do tego zarzutu mogłoby sugerować Sądowi Rejonowemu rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy, a to winno pozostać kwestią otwartą.

Z tych względów na mocy art.437§1 k.p.k. Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji.