

Sygn. akt II K 84/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 lipca 2017 roku

Sąd Rejonowy w Chełmnie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący – SSR Agnieszka Knade - Plaskacz

Protokolant – sekr. sądowy K. S.

przy udziale oskarżyciela publicznego – J. P.

po rozpoznaniu w dniu 26/06/2017 roku oraz 19/07/2017 roku

sprawy:

M. C. (1)

s. M. i J. z domu K.

ur. (...) w W.

oskarżonego o to, że:

urządzał od dnia 25 czerwca do dnia 29 czerwca 2011 roku, w lokalu o nazwie i adresie – Bar, (...)-(...) C., Osiedle (...), gdzie działalność gospodarczą prowadzi R. A. (1) pod firmą Handel-Gastronomia (...), (...)-(...) C., ul. (...) gry na automacie H. (...), typ Video, nr HG/029/MM, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 ze zm.),

tj. zarzut o popełnienia przestępstwa skarbowego określonego a art. 107 § 1 kks

orzeka:

I. na podstawie art. 41 § 1 kks w zw. z art. 66 § 1 kk oraz art. 67 § 1 kk w zw. z art. 20 § 2 kks postępowanie karne wobec oskarżonego M. C. (1) o czyn z art. 107 § 1 kks polegający na tym, że w okresie od dnia 25 czerwca 2011 r. do dnia 29 czerwca 2011 roku w lokalu Bar w C. przy ul. (...), gdzie swoją działalność gospodarczą prowadził R. A. (1) pod firmą Handel-Gastronomia (...), urządzał gry na automacie H. (...) typ Video nr HG/029/MM wbrew przepisom art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych tj. bez wymaganej koncesji, warunkowo umarza na okres 1 (jednego) roku próby od uprawomocnienia się orzeczenia;

II. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 80 (osiemdziesięciu) złotych tytułem opłaty karnej i nie obciąża go wydatkami postępowania.

Sygn. akt II K 84/12

UZASADNIENIE

W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Oskarżony M. C. (1) prowadził od 14 kwietnia 2010 r. do 5 maja 2017 r. działalność gospodarczą pod nazwą (...) M. C. (1), w ramach której m. in. zajmował się tworzeniem automatów do gier, ich udostępnianiem i sprzedażą. M. C.

(1) odbył szkolenie nadzorującego punkty gier na automatach o niskich wygranych w 2008 r. (świadcstwo k. 143, informacja (...) k. 471, wyjaśnienia oskarżonego k. 467-468)

Automat H. S. typ Video nr HG/029/MM na zlecenie oskarżonego został w dniu 10 marca 2010 r. poddany ocenie przez rzeczoznawcę Z. S., który w ramach opinii określił cechy i zasady działania automatu, określając automat jako zabawowo-zręcznościowy i nie podlegający przepisom ustawy o grach hazardowych. (opinia- k. 99-104)

M. C. (1) nie uzyskał koncesji na prowadzenie kasyn do gry. (wyjaśnienia oskarżonego k. 467-468)

W dniu 22 czerwca 2011 r. roku oskarżony zawarł z R. A. (1) umowę dzierżawy 2 m² powierzchni lokalu o nazwie Bar położonego w C. na oś. S. – Curie pod instalację i użytkowanie urządzenia rozrywkowego. Umowa została zawarta na czas nieokreślony. W dniu 25 czerwca 2011 r. dostarczono do baru automat H. S. typ Video nr HG/029/MM (kopia umowy k. 18, zeznania R. A. k. 16-17).

W dniu 29 czerwca 2011 roku funkcjonariusze Służby Celnej – J. W. (1) i M. E. przeprowadzili kontrolę w lokalu prowadzonym przez R. A. (1). (protokół kontroli – k. 2-3)

W trakcie kontroli w lokalu ujawniono urządzenie o wyglądzie przypominającym automat do gier hazardowych. W chwili wkroczenia kontrolujących do lokalu automat był wyłączony, a na ekranie wyświetlane były obrazy typowe dla gier hazardowych. (protokół oględzin rzeczy – k. 5)

Kontrolerzy przeprowadzili następnie eksperymentalne gry. (protokół– k 2-3, zeznania świadka J. W. – k. 64, 126, 328-329)

W ramach eksperymentu do urządzenia bez numeru oznaczonym nalepką z napisem HG/029/MM wprowadzono banknot o nominale 10 zł, po czym w polu (...) pojawiła się liczba 100, co świadczyło o tym, że w polu tym była wyświetlana ilość punktów kredytowych odpowiadająca wartości wprowadzonych środków pieniężnych. Na liczniku T. L. pojawił się napis 10 min. oznaczający czas dostępny gry. Wybrano jedną z 10 dostępnych gier i stawkę za pojedynczą grę, co spowodowało zmniejszenie punktów na liczniku (...), a nadto licznik wskazywał aktualny pozostały czas gry. Wybrano grę. Polegała ona na tym, że na wirtualnych bębnach w trzech wierszach i trzech kolumnach wyświetlane były różne symbole i obrazki przedstawiające przeważnie owoce i inne symbole graficzne. Odpowiednie ułożenie symboli na bębnach dawało określoną wygraną punktową. Kontroler rozegrał trzy gry przy stawce 20 punktów kredytowych, nie uzyskując wygranej, a następnie po zapisaniu punktów uzyskanych w toku gry i wciśnięciu przycisku (...) na czas około 3 sekund nastąpiło zablokowanie funkcji gry i wyzerowanie liczników (...) i T. L.. Wirtualne bębny w wybranej grze obracały się po uruchomieniu przyciskiem Start, po czym zatrzymywały się po chwili (ok. 0,5 sekundy) po ponownym przyciśnięciu przez grającego przycisku Start. W urządzeniu znajdowały się monety o nominałach 1 zł – 1 sztuka, 2 złote – 1 sztuka, oraz trzy banknoty o nominale 10 zł (protokół kontroli – k. 2-3, nagranie eksperymentu – k. 4 , protokół oględzin rzeczy – k. 5, 26)

W grze można było zatrzymywać bębny zarówno osobno każdy z trzech, jak i wszystkie razem. Jeżeli grający uzyskał odpowiednią konfigurację symboli, uzyskiwał wygraną w postaci punktów dopisywanych do licznika kredyt. Bębny kręciły się z dużą prędkością i grający nie miał wpływu na uzyskany wynik. Gry można było wykorzystywać do wyczerpania wykupionego czasu. Po jego upływie gracz miał możliwość dokupienia czasu zabawy albo otrzymania tzw. punktów zabawowych (limit 1000 pkt. – stawki zielone). W automacie nie było żadnych plomb rejestracyjnych lub serwisowych zabezpieczających dostęp do płyty logicznej i programu. Wygrane punktowe nie przedłużały wyniku gry. (opinia biegłego R. R. – k. 40-44)

M. C. nie był uprzednio karany, nie pracuje, nie posiada dochodów.(dowód: wyjaśnienia oskarżonego 467, dane o karalności k. 477, dane (...) k. 471)

Oskarżony stanął pod zarzutem popełnienia czynu z art. 107 ust. 1 k.k.s. polegającego na tym, że urządził od dnia 25 czerwca do dnia 29 czerwca 2011 roku, w lokalu o nazwie i adresie – Bar, (...)-(...) C., Osiedle (...), gdzie działalność

gospodarczą prowadzi R. A. (1) pod firmą Handel-Gastronomia (...), (...)-(...) C., ul. (...) gry na automacie H. (...), typ Video, nr HG/029/MM, wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych.

W toku postępowania przygotowawczego i na rozprawie oskarżony nie przyznał się do winy i w złożonych wyjaśnieniach podał, że automat do gier miał mieć charakter zabawowy a nie hazardowy. Dalej wyjaśnił, iż przed rozpoczęciem działalności dokonał sprawdzenia i weryfikacji legalności automatu zwracając się o opinię do biegłego sądowego z listy SO w Lublinie pana Z. S.. Przed wstawieniem go do lokalu w C. nie miał wątpliwości, iż zakupiony przez niego program, to gry zręcznościowe, a nie gry o charakterze losowym, więc nie podlega on pod ustawę o grach hazardowych. Wskazał, że „według mojej najlepszej wiedzy, po przeczytaniu ileś opinii stwierdziłem, że automat nie posiada elementów losowości i nie podlega pod ustawę hazardową. A nawet jeśli podlega to przepisów nie notyfikowanych nie można stosować wobec niego”. Ponadto podał, że pracował kiedyś jako operator w firmie obsługującej automaty o niskich wygranych. Egzamin zdaje się przed Ministrem Finansów. W ocenie oskarżonego zabezpieczony automat miał charakter zręcznościowy, gdyż gracz poprzez wciśnięcie przycisku Start miał wpływ na ustalenie odpowiedniej konfiguracji elementów, automat nie wypłacał gotówki a gra była limitowana czasem wykupiony przez gracza. Ponadto wygrane punkty nie powodowały przedłużenia czasu gry. Opinia uzyskana przez oskarżonego utwierdzała go w przekonaniu, że działa legalnie. Oskarżony wyjaśnił także, że nie poddał automatu badaniu przez Ministra Finansów lub akredytowaną przez niego jednostkę, albowiem w tamtym czasie nie znalazł takiej jednostki akredytacyjnej. Miał jednak świadomość, że Minister Finansów jest uprawniony do badania automatów do gier hazardowych i gdyby wiedział, że istnieje jednostka akredytacyjna, to by się do niej zwrócił. (k. 467-469)

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności należy odnieść się do kwestii opisu czynu zarzucanego oskarżonemu, a precyzyjniej tego, że opis zawarty w akcie oskarżenia nie wskazuje konkretnych przepisów ustawy o grach hazardowych, których naruszenie zarzucano oskarżonemu, a jedynie wskazuje na art. 107§1 k.k.s..

Przypomnieć należy, iż w postępowaniu karnym sądowym obowiązuje zasada niezmienności przedmiotu procesu, ograniczonego ramami faktycznymi czynu zarzucanego. Jej konsekwencją jest wymóg, by czyn przypisany mieścił się w granicach zdarzenia faktycznego objętego zarzutem oskarżenia, tj. by nie uległa zmianie podstawa faktyczna odpowiedzialności prawnej. Sąd nie jest jednak związany opisem czynu zarzucanego w akcie oskarżenia oraz jego kwalifikacją prawną i może dokonać ich zmiany, bowiem przedmiotem procesu nie jest opis i kwalifikacja czynu, lecz czyn rzeczywiście dokonany. Nie może jedynie wyjść poza granice oskarżenia, które należy rozumieć jako orzekanie poza granicami wyznaczonymi przez tzw. tożsamość czynu w sensie naturalnym (zdarzenie faktyczne) (por. wyrok SN z 15 kwietnia 2009 r., III KK 384/08, LEX nr 503181). Zdarzeniem faktycznym, na który niezbicie naprowadzał opis czynu zarzucanego aktem oskarżenia, było prowadzenie przez oskarżonego w dniach 25-29 czerwca 2011 r. w lokalu Bar znajdującym się w C. na oś. Curie-S. gier na automacie H. (...) typ Video HG/029/MM wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych.

W akcie oskarżenia organ zaniechał wskazania właściwych przepisów ustawy, których naruszenie zarzuca oskarżonemu. Na rozprawie w dniu 26 czerwca 2017 r. (k. 467) Sąd w oparciu o art. 399§1 k.p.k. uprzedził strony o możliwej zmianie kwalifikacji prawnej czynu polegającej na wskazaniu, że naruszenie ustawy o grach hazardowych dotyczyło jej art. 6 ust. 1 (brak wymaganej koncesji) oraz 23a ust 1 (brak stosownej rejestracji automatu). W ocenie Sądu dokonana zmiana opisu czynu mieściła się w granicach oskarżenia, zachowana została bowiem tożsamość czynu (niezmienny został podmiot czynu, przedmiot ochrony, czas i miejsce czynu). Podkreślić należy, że w postępowaniu o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe zasada samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego obowiązuje stosownie do art. 113 k.k.s. i art. 8 § 2 k.p.k. Sąd karny jest zatem legitymowany do tego, aby samodzielnie badać kwestię naruszenia przepisów ustawy o grach hazardowych przez sprawcę w ramach zarzucanego mu czynu w znaczeniu naturalnym, tj. zdarzenia faktycznego (historycznego).

Odnosząc się do oceny dowodów Sąd nie dał wiary wyjaśnieniom oskarżonego, że zatrzymany i przebadany przez biegłego R. automat, nie jest jego automatem – przeczą temu zarówno treść opinii, jak i załączone do niej fotografie, zapis z eksperymentu oraz opinia prywatna wskazujące jednoznacznie na to, że dotyczą tego samego urządzenia. Sam oskarżony wskazał też, że automat wygląda jak jego i że nie odebrał z Baru innego automatu. Sąd uznał także za niewiarygodne twierdzenia oskarżonego, że w 2011 r. nie było jednostek umożliwiających zbadanie automatu albowiem przeczy temu uzyskana informacja z Ministerstwa Finansów.

W ocenie Sądu za wiarygodną należy uznać opinię sporządzoną przez biegłego R. R., który wbrew twierdzeniom oskarżonego niewątpliwie – na co wskazuje treść opinii i załączone fotografie - osobiście badał zabezpieczony automat, przeprowadzał na nim grę eksperymentalną, sporządził opinię z której wnioski są jasne, logicznie, spójne i wynikają bezpośrednio z przeprowadzonych czynności. Biegły w sposób klarowny wskazał czynności przeprowadzone podczas oględzin i opisał metodologię badań. Wskazał również, że automat nie był zabezpieczony plombami zabezpieczającymi dostęp do płyty logicznej i programu gry. Ponadto wnioski z opinii są zgodne z dowodem w postaci gry eksperymentalnej przeprowadzonej podczas kontroli przez funkcjonariuszy UC w T. i utrwalonej na płycie CD.

Oskarżony twierdził, że zakupiony przez niego program, to gry zręcznościowe, a nie gry o charakterze losowym, więc nie podlega on pod ustawę o grach hazardowych, na potwierdzenie tego przedłożył do sprawy - opinię prywatną – Z. S. która we wnioskach była odmienna od opinii biegłego R. R.. Opinia ta zawierała stwierdzenie, że dotyczy: „opisu gry zręcznościowej, cech i zasad działania w nawiązaniu do ustawy z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych” (k. 99-104). We wnioskach końcowych Z. S. podał, że „Gra nie posiada charakteru losowego ponieważ nie ma w niej elementów losowych. Wybór momentu zatrzymania ruchu obrazków zależy wyłącznie od zręczności gracza” (k. 103). Według prywatnej opinii, gracz widzi na ekranie przesuwające się obrazki i może zatrzymać ruch obrazków w dowolnym momencie wybranym przez siebie. Tezie tej przeczy nagranie z eksperymentu wskazujące na znaczną szybkość obrotów bębnow. Należy przy tym wskazać, że zgodnie z art. 2 ust. 6 u.g.h. Minister właściwy do spraw finansów publicznych rozstrzyga, w drodze decyzji, czy gra lub zakład posiadające cechy wymienione w ust. 1-5 są grą losową, zakładem wzajemnym albo grą na automacie w rozumieniu ustawy. Tym samym prywatne opinie techniczne wydane w przedmiocie spornego automatu nie mogą mieć charakteru rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego (charakteru gier w przedmiotowym automacie).

Sąd w pełni zaaprobował opinie biegłego R., dotyczącą sposobu działania zakwestionowanego automatu, zaś oceny Z. S., autora prywatnej opinii w tym przedmiocie, uznał za błędną. Podkreślić przy tym wypada, że w zasadzie opinia biegłego oraz prywatna opinia nie różnią się zasadniczo opisem funkcji technicznych, ilości dostępnych gier i cech gier na automacie HG/029/MM: w obu podkreśla się, że automat nie wypłaca wygranych pieniężnych i wygrane punktowe nie przedłużają czasu gry. Różnice między tymi opiniami dotyczą oceny czy charakter i wynik prowadzonej gry zależy od zręczności gracza, czy też jest od niej niezależny. Ocena charakteru gier urządzanych na automacie będzie przedmiotem rozważań w dalszej części uzasadnienia. Opinia Z. S. przedłożona przez oskarżonego w toku postępowania ma charakter opinii prywatnej. Opiniom sporządzonym na zlecenie strony nie można natomiast przypisać waloru dowodu z opinii biegłego, nawet jeśli sporządzone zostały przez osoby posiadające wiedzę fachową. W ocenie Sądu opinie sporządzone na zlecenie strony traktować należy jedynie jako wyjaśnienia stanowiące poparcie jej stanowiska, choć z uwzględnieniem wiadomości specjalnych. Sąd nie widział zatem konieczności przesłuchiwania w toku postępowania autora opinii prywatnej, a tym bardziej dokonywania jego konfrontacji z biegłym sporządzającym opinię w sprawie. Dowody zebrane w sprawie pozwalały w ocenie Sądu na dokonanie samodzielnej oceny charakteru gier na automacie.

W ocenie Sądu wiarygodne są zeznania świadków J. W. (1) i M. E. będących funkcjonariuszami celnymi. Świadkowie ci opisali w sposób wzajemnie spójny przebieg kontroli, w tym przebieg eksperymentu. Ponadto przebieg kontroli i eksperymentalnej gry, wskazany przez nich potwierdził zapis nagrania. W ocenie Sądu relacje świadków są obiektywne, rzeczowe i konsekwentne. Zeznania R. A. (1), właściciela baru, pozwoliły ustalić przebieg negocjacji i zawarcia umowy z oskarżonym, jak i przebieg kontroli, w której uczestniczył a jego zeznania znajdują potwierdzenie w zawartej umowie, także wiarygodnej w ocenie Sądu. Zeznania E. F. nie wniosły wiele do sprawy, jako pracownica

nie pamiętała ona przebiegu zdarzenia. Wskazani świadkowie, jako osoby obce dla oskarżonego, nie miały w ocenie Sądu interesu w składaniu fałszywych zeznań.

W ocenie Sądu istotne znaczenie w tej sprawie miał środek dowodowy w postaci eksperymentu przeprowadzonego przez funkcjonariuszy celnych. Z unormowań zawartych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej, służbie tej - zgodnie z art. 2 przywołanej ustawy - powierzono kompleks zadań wynikających z ustawy o grach hazardowych: od kompetencji w kwestiach podatkowych (wymiaru, poboru) do związanych z udzielaniem koncesji i zezwoleń, zatwierdzaniem regulaminów i rejestracją urządzeń. W zadaniach Służby Celnej mieści się też wykonywanie całościowej kontroli w wymienionych powyżej dziedzinach, a także w zakresie przestrzegania przepisów regulujących urządzenie i prowadzenie gier hazardowych. Kontrola ta przebiega w myśl przepisów rozdziału 3 omawianej ustawy (art. 30 ust. 1 pkt 3), a w jej ramach funkcjonariusze celni są uprawnieni do podjęcia określonych czynności, w tym do przeprowadzania w drodze eksperymentu, doświadczenia lub odtworzenia, możliwości gry m.in. na automacie (art. 32 ust. 1 pkt 13). W ocenie Sądu bezpośredni eksperyment przeprowadzony na kontrolowanym urządzeniu przez funkcjonariuszy Służby Celnej odzwierciedlał stan automatu, jego cechy i możliwości prowadzenia gier o charakterze losowym. Sąd uznał wyniki eksperymentu za wiarygodne i rzeczowe oraz znajdujące potwierdzenie w opinii biegłego R. R..

Za wiarygodne Sąd uznał dokumenty urzędowe zebrane w sprawie. Wystawione one zostały przez upoważnione do tego instytucje, a ich autentyczność i treść nie były kwestionowane w toku postępowania. Sąd dał ponadto wiarę ujawnionym na rozprawie dokumentom w tym umowie. Ich autentyczność i wiarygodność nie była kwestionowana przez żadną ze stron, ani nie stoi w sprzeczności z żadnym innym dowodem, a tym samym nie budzi wątpliwości.

Sąd oddalił przy tym szereg wniosków dowodowych w tym o przesłuchanie biegłego R., powołanie kolejnego biegłego oraz przesłuchanie świadka S.. W ocenie Sądu pisemna opinia jest na tyle jasna i klarowna, że pozwala Sadowi na jej analizę, w tym ocenę istotnych dla sprawy zagadnień niezbędnych dla przypisania odpowiedzialności karnej oskarżonemu. Z tego też względu Sąd nie widział konieczności powoływania kolejnego biegłego w sprawie, jak również badania automatu oraz dostarczania kart wejścia i wyjścia na magazyn. Działania te w ocenie Sądu zmierzały do bezzasadnego przedłużania postępowania. Wskazywane przez oskarżonego okoliczności, że z doniesień prasowych wynika, że biegły nie przeprowadza badań nie znajdują w żadnej mierze oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym i nie są w ocenie Sądu wystarczające do uznania, że opinia nie została przeprowadzona przez biegłego. Okoliczności te nie znalazły potwierdzenia w opinii R. R., która, co należy po raz kolejny wskazać, pokrywała się w znacznej mierze z opinią prywatną przedłożoną przez oskarżonego w zakresie opisu automatu i jego działania, jak i z nagraniem z eksperymentu. W konsekwencji okoliczności, które miały tą drogą być udowodnione, w ocenie Sądu w oczywisty sposób zmierzają do przedłużenia postępowania.

Sąd również oddalił wnioski dowodowe o „wyjaśnienie okoliczność w kwestii świadka, którego zeznania zostały odczytane i brzmią tak samo jak zeznania świadka W.” oraz „o zobowiązanie UC w T. czy M. E. jest czynnym funkcjonariuszem służby celnej i czy postawiono mu zarzuty w związku z pełnionymi funkcjami. Jeżeli tak to przez jaki organ”, oraz „o zwrócenie się do tego organu z prośbą o informację jakie zarzuty zostały przedstawione temu funkcjonariuszowi” albowiem podobne brzmienie zeznań świadków podlega ocenie Sądu a okoliczności dotyczące M. E., które mają tą drogą być udowodnione, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i w oczywisty sposób zmierzają do przedłużenia postępowania. Wniosek dowodowy oskarżyciela o przeprowadzenie eksperymentu procesowego Sąd oddalił albowiem okoliczność, która miał być przeprowadzona jest udowodniona zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy między innymi zeznaniami świadków, opinią i eksperymentem.

Zasadniczą kwestią dla rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej oskarżonego było ustalenie charakteru gier urządzanych na automacie zatrzymanym w lokalu Bar w C.. W ocenie Sądu uznać należy, że zestawienie zamieszczonych w art. 2 ust. 3 i ust. 5 ugh zwrotów "gra zawiera element losowości" oraz "gra ma charakter losowy" prowadzi do wniosku, że o ile na gruncie art. 2 ust. 3 ugh, poza losowością gry na automacie, możliwe jest wprowadzenie do gry, jako istotnych, elementów umiejętności, zręczności lub wiedzy gracza, o tyle na gruncie art. 2 ust. 5 ugh te elementy mogą mieć jedynie charakter marginalny. Charakter losowy w rozumieniu art. 2 ust. 5, wymaga

ustalenia, że dominującym elementem gry jest "losowość" rozumiana jako sytuacja, w której wynik gry zależy od przypadku, a także jako sytuacja, w której rezultat gry jest nieprzewidywalny dla grającego. W świetle powyższego należy uznać, że pojęcie "charakter losowy" jest pojęciem znacznie szerszym niż pojęcie "element losowości".

W ocenie Sądu zatrzymany i należący do oskarżonego automat spełniał przesłanki art. 2 ust. 5 ugh, a zatem umieszczając go w lokalu gastronomicznym do którego dostęp miała nieograniczona ilość osób, M. C. urządzał on gry losowe bez koncesji. Fakt spełnienia przesłanek określonych w w/w przepisie potwierdzają ustalenia kontroli, odtworzony na rozprawie zapis przeprowadzonej gry eksperymentalnej i opinia biegłego. Zatrzymany w sprawie automat został poddany zarówno ekspertyzie biegłego Sądu Okręgowego o specjalności informatyki R. R. (3), ale też eksperymetowi w trakcie kontroli. Wyniki obu tych dowodów są zbieżne - czas gry na automacie, jak również jej wynik, nie są uzależnione od zręczności gracza, nie jest on w stanie przewidzieć ich konfiguracji ze względu na szybkość obracających się bębnow oraz ze względu na pewne opóźnienie w zatrzymaniu, tak więc na badanym automacie rozgrywane były gry, które spełniają kryteria gier na automatach w rozumieniu ustawy o grach hazardowych z dnia 19.11.2009r.

Ogólnikowe odwołanie się przez oskarżonego oraz Z. S. do sprawności manualnej i psychomotorycznej gracza jako elementu, od którego zależy uzyskanie wygranej, w żaden sposób nie dowodzi tego, że gracz ma realną możliwość dostrzeżenia wygrywającej kombinacji na bębnach i możliwość zatrzymania bębnow w chwili, kiedy układ taki się pojawi na ekranie. W ocenie Sądu w sposób jednoznaczny z przeprowadzonych dowodów wynika, że gracz uczestniczący w grze na zatrzymanym automacie nie miał realnego wpływu na wynik gry (zatrzymanie obracających się na monitorze bębnow z kolorowymi symbolami z prędkością przekraczającą ludzką percepcję uniemożliwia w konsekwencji rozróżnianie ich układu, co powoduje, że ich zatrzymanie przez gracza, w określonym układzie jest wynikiem wyłącznie przypadku, ponadto bębny zatrzymują się z pewnym opóźnieniem). Gracz nie jest w stanie świadomie zdecydować o określonym wyniku gry. Powyższe okoliczności świadczą o tym, że rezultat gry był nieprzewidywalny dla grającego, a tym samym gra miała charakter losowy. Oskarżony urządzał więc gry w celach komercyjnych, gdyż udział w grze uzależniony był od wpłaty gotówki a zatem działalność nastawiona była na uzyskanie korzyści materialnych.

Oskarżony wskazał, że nie zwrócił się do Ministra Finansów, albowiem w 2011 r. nie było akredytowanych przy Ministrze Finansów jednostek prowadzących badania. Sąd zwrócił się w celu wyjaśnienia tej kwestii, na wniosek obrony, do Ministra Finansów i z uzyskanej odpowiedzi (k. 475) wynika, że w okresie popełnienia czynu funkcjonowało 9 podmiotów uprawnionych do badania automatów.

Ustawa o grach hazardowych określa warunki urządzania i zasady prowadzenia działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach. Zgodnie z treścią art. 107 § 1 k.k.s. karze podlega kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urządza lub prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny. Przepis artykułu 107 § 1 k.k.s. penalizuje nielegalne urządzenie lub prowadzenie gier i zakładów wzajemnych. Naruszając porządek prawny w zakresie urządzania i prowadzenia gier i zakładów wzajemnych, sprawca godzi w interes finansów publicznych oraz monopol państwa w tej sferze. Przepis art. 107 § 1 k.k.s. ma charakter blankietowy, do jego zastosowania w niniejszej sprawie niezbędne jest zatem doprecyzowanie go innymi przepisami ustawy z dnia 19.11.2009 roku o grach hazardowych. W ocenie Sądu działanie oskarżonego naruszało art. 6 ust 1 u.g.h. z tego względu Sąd uzupełnił opis czynu przypisanego oskarżonemu o niewskazany przez oskarżyciela publicznego art.6 ust. 1 u.g.h. Przy czym czyn zarzucony oskarżonemu miał mieć miejsce w dniach 26-29 czerwca 2011 roku. Artykuł 23a u.g.h. został dodany na mocy ustawy z dnia 26 maja 2011 r. i wszedł w życie w lipcu 2011 r. – nie mógł mieć więc zastosowania do oceny działania oskarżonego.

W świetle natomiast art. 6 ust. 1 i 3 ugh w brzmieniu obowiązującym w chwili popełnienia czynu, działalność w zakresie gier na automatach mogła być prowadzona na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna gry i wyłącznie w formie spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, mającej siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Z art. 2 ust. 3 ugh wynika zaś, 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. Zakres definicji legalnej gry na automatach został poszerzony i mocą art. 2 ust. 5 ugh 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. Z takim rodzajem gier mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Czyn z art. 107 § 1 k.k.s. może zostać popełniony umyślnie, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Kwestią jaką należało rozważyć było ustalenie, czy oskarżony pozostawał w usprawiedliwionej nieświadomości karalności zarzucanego mu czynu, jak i ustalenie umyślności jego działania. Co do braku umyślności oskarżonego (która miała wynikać z okoliczności wskazanych w jego wyjaśnieniach) to należy zwrócić uwagę na dwie konstrukcje zawarte w Kodeksie karnym skarbowym tj. w art. 4 kks (dot. pojęć umyślności i nieumyślności) i art. 10§4 kks (dot. błędu usprawiedliwionej nieświadomości karalności). W ustalonych okolicznościach sprawy, w tym w świetle wyjaśnień oskarżonego M. C., można przyjąć, że miał on świadomość możliwości naruszenia przepisów ustawy o grach hazardowych i godził się na urządzenie gier na automatach wbrew przepisom tej ustawy, skoro uzyskiwał prywatne opinie, zaniechując jednocześnie przebadania automatu przez uprawnione jednostki. Sam oskarżony zresztą przyznał, że „według mojej najlepszej wiedzy, po przeczytaniu ileś opinii stwierdziłem, że automat nie posiada elementów losowości i nie podlega pod ustawę hazardową. A nawet jeśli podlega to przepisów nie notyfikowanych nie można stosować wobec niego”.

Decydując się na podjęcie działalności gospodarczej o takim profilu jaką deklarował oskarżony (produkcja urządzeń do gier), bez wcześniejszego, wymaganego przez ustawę uzyskania rozstrzygnięcia organu odnośnie charakteru urządzanych gier, podjął on ryzyko związane z prowadzeniem tej działalności, w szczególności w kontekście jej zgodności z przepisami prawa. Wystąpienie i uzyskanie rozstrzygnięcia Ministra przed podjęciem działalności pozwoliłoby oskarżonemu uniknąć ujemnych konsekwencji związanych z urządzeniem gier hazardowych niezgodnie z przepisami prawa. Oskarżony miał świadomość, że automaty mogą zostać uznane za automaty do gry w rozumieniu ustawy - o czym świadczy zarówno jego wypowiedź, jak i uzyskiwanie opinii prywatnych do każdego automatu. Twierdził jednak, że opinie prawne uzyskane w trakcie studiów od wykładowców dotyczące bezskuteczności przepisów technicznych i opinia biegłego S. utwierdziły go w przekonaniu o legalności prowadzonych działań. Oskarżony kwestionował przy tym możliwość wydawania opinii przez jednostki akredytowane przy Ministrze Finansów, gdyż nie posiadają one w jego ocenie stosownej akredytacji. Kwestia ta nie ma jednakże znaczenia dla przypisania oskarżonemu winy, albowiem oskarżony zaniechał jakiegokolwiek działania zmierzającego do przeprowadzenia takiej kontroli. Na marginesie tylko wskazać trzeba, że jednostka badająca, działa na podstawie upoważnienia do badań technicznych automatów i urządzeń do gier, udzielonego przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych. W chwili popełnienia czynu zarzucanego oskarżonemu badania automatów i urządzeń do gier prowadziło kilka jednostek badających upoważnionych przez Ministra Finansów. Wykaz tych jednostek był publikowany na stronie internetowej Ministerstwa Finansów i zainteresowane podmioty mogły przeprowadzać badania za ich pośrednictwem według własnego wyboru (por. uzasadnienie projektu ustawy z 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw, nr druku: 3860).

Podnieść należy przy tym, iż wbrew pogładowi prezentowanemu przez obronę w realiach tej sprawy, zachowanie oskarżonego można było oceniać jedynie w kontekście błędu, opisanego w art. 10 § 4 kks, a więc polegającego na nieświadomości karalności przestępstwa skarbowego, a nie błędu, o którym mowa w art. 10 § 3 kks, a więc błędu co do występowania okoliczności wyłączającej bezprawność czynu. Przepis art. 6 ust 1 ugh, który w swej treści jest jasny i zrozumiały, od momentu wejścia w życie ustawy o grach hazardowych pozostawał w polskim porządku prawnym, a więc obowiązywał na płaszczyźnie ogólnonormatywnej. Oskarżony, jako osoba pracująca od wielu lat w branży gier hazardowych, niewątpliwie znał jego treść i miał świadomość tego, że jest on częścią polskiego systemu prawnego regulującego działalność hazardową. Istotne jest, że sądy powszechne, orzekające w sprawach o czyn z art. 107 § 1 kks, nie są i nie były uprawnione do derogowania przepisu art. 6 ust 1 ugh, gdyż nie mają uprawnienia do badania obowiązywania ważności aktów normatywnych, a jedynie do uchylecia się od ich zastosowania, w uzasadnionych przypadkach. W tej sytuacji, na gruncie prawa karnego skarbowego, nie można mówić o okoliczności wyłączającej bezprawność, lecz jedynie o braku świadomości co do karalności czynu, bowiem zachowanie opisane w przepisie

art. 6 ust 1 ugh, zgodnie z wolą ustawodawcy, było i nadal pozostaje bezprawne. Z tych względów, to właśnie kwestii karalności, a nie bezprawności, mógł dotyczyć hipotetyczny błąd oskarżonego, skoro świadomie podejmując zachowanie bezprawne, tj. niezgodne z treścią art. 6 ust 1 ugh, mógł on pozostawać ewentualnie w błędzie co do możliwości realnego pociągnięcia go do odpowiedzialności (art. 10 § 4 kks).

Kodeks karny skarbowy posługuje się w art. 10§4kks pojęciem „nieświadomości karalności czynu”. Nieświadomość karalności czynu polega na przekonaniu sprawcy, że dane zachowanie nie jest penalizowane. Od odpowiedzialności karnej uwalnia go tylko usprawiedliwiona nieświadomość karalności. Z ustaleń faktów poczynionych przez sąd musi zatem wynikać, że sprawca podjął starania, w wyniku których uzyskał pewne informacje, że jego czyn nie podlega odpowiedzialności karno-skarbowej. Ponadto w wypadku prawa karnego skarbowego wobec osób prowadzących działalność gospodarczą podlegającą przepisom ustawy o grach hazardowych w grę wchodzić będzie model osobowy o podwyższonym standardzie wymagań, bowiem inna będzie miara przykładowo dla osoby nieprowadzącej działalności gospodarczej, inna zaś dla prowadzącej taką działalność, jeszcze zaś inna dla osoby zawodowo zajmującej się wyspecjalizowanym obszarem np. urządzaniem gier hazardowych. Im wyższe oczekiwania od sprawcy, tym możliwość wystąpienia błędu usprawiedliwionego mniejsza (por. wyrok SN z dnia 3 lutego 1997 r., II KKN 124/96, OSNKW 1997, nr 5-6, poz. 46).

Tymczasem z wyjaśnień M. C., nie wynikało, że podjął on starania, w wyniku których uzyskał pewne informacje co do charakteru automatu. W ocenie Sądu nie można na kanwie niniejszej sprawy uznać, że oskarżony M. C. (1) działał w ramach nieświadomości karalności, o której mowa w art. 10 § 4 KKS, czy też w błędzie co do ustawowego znamienia przestępstwa skargowego, o którym mowa w art. 10 § 1 KKS. Oskarżony bowiem wiedział, lub mógł uzyskać taką wiedzę jako profesjonalista prowadzący tak sprofilowaną działalność gospodarczą, o rozbieżnościach interpretacyjnych dotyczących notyfikacji, które interpretował na własną korzyść. Zasłanianie się uzyskaną na prywatne zlecenie opinią, nawet pochodzącą od osoby wpisanej na listę biegłych sądowych, niekoniecznie zaś musi usprawiedliwiać błędne przekonanie, że gry urządzone na należących do oskarżonego automatach nie podpadają pod działanie ustawy o grach hazardowych. Jeżeli weźmie się pod uwagę okoliczności osobiste dotyczące oskarżonego, a mianowicie jego wcześniejsze doświadczenia z urządzaniem gier na automatach, to uznać należy, że posiadał on znajomość zagadnień związanych z ustawą o grach hazardowych w stopniu pozwalającym na weryfikację charakteru urządzanych gier przez uprawnione podmioty.

Podkreślić należy, że do czasu popełnienia czynu zarzucanego w tej sprawie oskarżonemu, nie zostało wydane żadne orzeczenie Sądu Najwyższego, ani Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, z którego można byłoby wywodzić wniosek o braku możliwości stosowania wobec oskarżonego przepisu art. 6 ust. 1 ugh. Wątpliwości co do ewentualnego technicznego charakteru przepisu art. 6 ust. 1 ugh i w rezultacie dopuszczalności jego stosowania, pojawiły się w orzecznictwie najwyższej instancji, a także Trybunału Sprawiedliwości UE, znacznie później. Pierwszym orzeczeniem, w którym Sąd Najwyższy wypowiedział się na temat skutków braku notyfikacji Komisji Europejskiej, przepisów art. 6 ust 1 ugh i art. 14 ust 1 ugh, było postanowienie z dnia 28 listopada 2013 r., w sprawie I KZP 15/13 (OSNKW 2013/12/101), w którym Sąd Najwyższy wywiódł jedynie, że naruszenie trybu ustawodawczego, poprzez nienotyfikowanie przepisów art. 6 ust 1 ugh i art. 14 ust 1 ugh, nie uprawnia sądów do ich niestosowania, a jedynie do zawieszenia postępowania i skierowania stosownego pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego, który jako jedyny organ może badać konstytucyjność naruszenia trybu ustawodawczego. W odniesieniu do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazać należy, iż pierwszym orzeczeniem, które podejmowało tematykę braku notyfikacji przepisów polskiej ustawy o grach hazardowych, był wyrok z dnia 19 lipca 2012 r. wydany w połączonych sprawach C-213/11, C-214/11, C-217/11. Niezależnie od faktu, że orzeczenie powyższe wydane zostało po dacie czynu zarzucanego oskarżonemu, to w wyroku tym, Trybunał Sprawiedliwości UE, nie formułował żadnych ocen w zakresie charakteru przepisu art. 6 ust 1 ugh. Orzeczenie to stanowi jedynie potwierdzenie, że Trybunał Sprawiedliwości UE uznał, iż przepisem technicznym w rozumieniu art. 1 pkt dyrektywy 98/34/WE, jest art. 14 ust 1 ugh. W tej sytuacji, mając na uwadze nie tylko treść tego orzeczenia, ale przede wszystkim zestawienie daty jego wydania, z datami zachowań opisanych w zarzucie, budzi wątpliwości stwierdzenie oskarżonego, że był on przekonany iż przepisy ustawy o grach hazardowych jako nienotyfikowane nie obowiązują, uznając ty samym za

legalną prowadzoną przez niego działalność w zakresie gier na automatach, bez posiadanej koncesji. Reasumując tę część rozważań, stwierdzić należy, iż w ocenie Sądu nie jest uprawnione wyprowadzanie wniosku o usprawiedliwionym przekonaniu oskarżonego o braku możliwości stosowania przepisów uchwalonej zgodnie z polskim porządkiem prawnym i nieuchylonej ustawy, z orzeczeń sądów powszechnych, Sądu Najwyższego oraz Trybunału Sprawiedliwości UE, które zapadły kilka miesięcy lub nawet kilka lat po podjęciu przez oskarżonego zachowań opisanych w akcie oskarżenia. Z kolei spory doktrynalne jakie toczyły się w pierwszym okresie po wejściu w życie ustawy o grach hazardowych, nie uprawniały oskarżonego do samodzielnych i w zasadzie arbitralnych interpretacji, co do braku obowiązywania przepisów ustawy o grach hazardowych, a co za tym idzie do zasadnego przyjmowania pełnej i bezwarunkowej legalności przedsięwziętych działań gospodarczych.

Nie można więc się zgodzić z wywodami obrony o braku strony podmiotowej w postaci umyślności oraz usprawiedliwionej nieświadomości tak bezprawności, jak i karalności czynu. W tym zakresie oceny tej zmienić nie mogą wyjaśnienia oskarżonego złożone przed Sądem, które właściwie utwierdziły Sąd w przekonaniu, że oskarżony co najmniej zakładał możliwość nielegalności swojego działania. Niewątpliwie oskarżony, miał świadomość, że prowadzi działalność bez koncesji. Takiej wymagała ustawa w brzmieniu pierwotnym, zatem już od 2009 roku, o czym oskarżony wiedział, na co wskazują jego wywody prezentowane w toku procesu. Miał też świadomość, że automaty mogą mieć cechy losowości. Oskarżonemu można więc było przypisać winę w popełnieniu zarzucanego mu czynu, gdyż był on zdolny ze względu na wiek do ponoszenia odpowiedzialności karnoskarbowej, a zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie dostarczył podstaw do przyjęcia, iż w chwili czynu nie mógł rozpoznać znaczenia czynu i pokierować swoim postępowaniem.

Zgromadzony materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje na to, iż oskarżony wypełnił znamiona przestępstwa z art. 107 § 1 k.k. Tym niemniej Sąd wziął pod uwagę fakt, iż oskarżony rzeczywiście mógł nie dochować elementarnej staranności i nie zweryfikować legalności swojego działania, a tym samym pozostawać w subiektywnym, aczkolwiek nieusprawiedliwionym przekonaniu, że automat nie jest automatem do gier w rozumieniu przepisów ustawy o grach hazardowych.

Uznawszy zatem, że oskarżony dopuścił się zarzucanego mu czynu Sąd zważył, że stosownie do art. 20 § 2 k.k.s., przepisy art. 66 § 1, art. 67, stosuje się odpowiednio do przestępstw skarbowych. Artykuł 41 § 1 k.k.s. stanowi, że warunkowe umorzenie postępowania karnego można zastosować do sprawcy przestępstwa skarbowego, chyba że przestępstwo to popełniono w warunkach określonych w art. 37 § 1 pkt 1-3, 5-7 lub w art. 38 § 2, z zastrzeżeniem art. 37 § 2 i 3 oraz art. 38 § 3. Zgodnie natomiast z treścią przepisu art. 66 § 1 k.k., Sąd może warunkowo umorzyć postępowanie karne, jeżeli wina i społeczna szkodliwość czynu nie są znaczne, okoliczności jego popełnienia nie budzą wątpliwości, a postawa sprawcy nie karanego za przestępstwo umyślne, jego właściwości i warunki osobiste oraz dotychczasowy sposób życia uzasadniają przypuszczenie, że pomimo umorzenia postępowania będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni przestępstwa. Natomiast § 2 tego artykułu statuuje, że warunkowe umorzenie stosowane jest do sprawcy przestępstwa zagrożonego karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności.

W przedmiotowej sprawie warunki formalne warunkowego umorzenia postępowania zostały spełnione, oskarżony nie był karany za przestępstwo umyślne, a przestępstwo zarzucone oskarżonemu jest zagrożone karą grzywny do 720 stawek dziennych albo karą pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karom łącznie.

Sąd uznał, iż w świetle okoliczności sprawy zasadnym jest przyjęcie, iż stopień społecznej szkodliwości czynu nie jest znaczny, a warunki i właściwości osobiste oskarżonego uzasadniają przypuszczenie, iż mimo warunkowego umorzenia postępowania nie popełni on ponownie przestępstwa. Ustalając stopień społecznej szkodliwości przypisanego oskarżonej czynu, Sąd, w kontekście dyrektywy sformułowanej w treści art. 53 § 7 k.k.s., uwzględnił między innymi sposób i okoliczności popełnienia czynu (w tym fakt, że gry były urządzone na jednym automacie przez okres jedynie 4 dni, a automaty nie wypłacały wygranych pieniężnych), brak uszczuplenia należności podatkowej, postać zamiaru oskarżonego (zamiar ewentualny) jak i fakt, że posiadając prywatną opinię Z. S. mógł on pozostawać w błędnym, choć nieusprawiedliwionym, przekonaniu o tym, że automat nie ma charakteru losowego. Tym samym Sąd uznał, iż orzeczenie kary byłoby niewspółmiernie surowe i przekraczałoby stopień zawinienia i nie byłoby

adekwatne do stopnia społecznej szkodliwości czynu. Wymierzenie oskarżonemu kary byłoby tym bardziej dotkliwe, że od popełnienia przestępstwa minęło już 6 lat, zatem już samo toczące się przeciwko oskarżonemu postępowanie karne było znaczną dolegliwością. Całkowicie uzasadnione jest przypuszczenie, że oskarżony pomimo warunkowego umorzenia postępowania będzie przestrzegał porządku prawnego i nie popełni kolejnego przestępstwa, jak zresztą czynił to przez 6 lat od popełnienia przypisanego mu czynu.

Mając na uwadze powyższe Sąd na podstawie art. 66 § 1 i § 2 k.k. w zw. z art. 67 § 1 k.k. i w zw. z art. 20 § 2 k.k.s., warunkowo umorzył postępowanie karne przeciwko M. C. (1) na okres próby wynoszący 1 rok. Wydając takie rozstrzygnięcie Sąd uznał, iż roczna próba w będzie wystarczająca dla osiągnięcia celów prewencyjnych w kierunku przestrzegania przez oskarżonego porządku prawnego. Sąd miał również na względzie fakt, że oskarżony nie spowodował żadnej realnej szkody.

O kosztach orzeczono w myśl art. 113§1 kks w zw. z art. 627 kpk w zw. z art. 629 kpk i art. 7 Ustawy z dnia 23 czerwca 1073 roku o opłatach w sprawach karnych zasądzając od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 80 złotych tytułem opłaty karnej, a na podstawie art. 624 §1, mając na względzie sytuację finansową oskarżonego nie obciążył go wydatkami postępowania.