

UZASADNIENIE

W sprawie oskarżonej B. G. Sąd ustalił następujący stan faktyczny

Dnia 2 września 2013 r. M. Ł. rozpoczął prowadzenie swojej działalności gospodarczej pod nazwą Firma Produkcyjno- Handlowo-Usługowa (...) M. Ł.. Zakresem jego działalności jest objęta sprzedaż detaliczna prowadzona w niewyspecjalizowanych sklepach z przewagą żywności, napojów i wyrobów tytoniowych. Główną siedzibą jego firmy są S.. M. Ł. prowadzi swoją działalność także w K. na ul. (...) w lokalu bez nazwy.

B. G. jest właścicielką firmy PHU (...). Będąc znajomą M. Ł. wiedziała, że prowadzi on własną działalność gospodarczą i zaproponowała mu podjęcie powierzchni jego lokalu mieszczącego się na ul. (...) w celu wstawienia tam automatów do gry. Trzy umowy najmu zawarto w dniu 21 stycznia 2014 r. w S.. Ich przedmiotem jest najem łącznie 3 m² powierzchni użytkowej lokalu z przeznaczeniem na zainstalowanie oraz użytkowanie automatów do gier zręcznościowych o nazwie H. (...) nr 036/HS, H. (...) nr 004/HS oraz H. (...) nr 115/HS. Urządzenia te zostały dostarczone do lokalu przez Z. M. (1), który dokonał ich podłączenia i sprawdzenia ich prawidłowego funkcjonowania.

W dniu 23 stycznia 2014 r. funkcjonariusze Urzędu Celnego w K. dokonali kontroli w lokalu bez nazwy przy ul. (...) w K. w zakresie urządzania i prowadzenia gier na automatach, w ramach której przeprowadzono w drodze eksperymentu, odtworzenie możliwości gry na przedmiotowych automatach. W czasie kontroli w lokalu obecny był zatrudniony kilka dni wcześniej przez M. Ł. J. M., który przedstawił funkcjonariuszom opinie techniczne dotyczące przedmiotowych automatów do gry. Podczas kontroli funkcjonariusz E. N. przeprowadziła trzy kontrolne gry na automatach za pomocą środków pieniężnych w wysokości 20 PLN pochodzących ze środków Urzędu Celnego w K.. W wyniku kontroli stwierdzono, że automaty te nie wypłacają wygranych. W wyniku gry można jedynie uzyskać dodatkowe, wygrane punkty. Zwrócono również uwagę na fakt, że urządzenia te nie posiadały numerów zezwolenia oraz numerów poświadczenia rejestracji GL-1. Brak było także informacji o zakazie gry dla osób niepełnoletnich.

W wyniku przeprowadzonych czynności kontrolnych stwierdzono, że urządzanie gier na automatach w lokalu bez nazwy mieszczącym się na ul. (...) w K. wyczerpuje znamiona gry na automatach w rozumieniu ustawy o grach hazardowych o których mowa w art. 2 ust. 3,4 oraz 5 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Organ kontroli uzasadnił swoją decyzję tym, że urządzanie i prowadzenie gier hazardowych może odbywać się wyłącznie na zasadach stosownego zezwolenia w ustawie, a gra w w/w lokalu odbywa się bez takiego zezwolenia. Urządzenia nie posiadają przy tym poświadczeń rejestracji automatów. Nadto stwierdzono, że gry na automatach nie powodują wygranej pieniężnej a gry zawierają element losowości oraz posiadają charakter losowy. Po przeprowadzonym eksperymencie wystawiono pokwitowanie przyjęcia trzech kontrolowanych automatów do gry nr PL/MF/AK nr (...). Następnie automaty te zatrzymano i przewieziono do magazynu Urzędu Celnego w K.. Wystawiono protokół zatrzymania przedmiotów oraz zabezpieczono opinie techniczne.

W dniu 5 lutego 2014 r. Prokuratura Rejonowa K.-P. w K. wydała postanowienie o zatwierdzeniu zatrzymania rzeczy, zaś dnia 12 marca 2014 r. B. G. dobrowolnie wydała 5 sztuk kluczy do automatów funkcjonariuszowi Urzędu Celnego M. F.. W toku dokonanych oględzin przeprowadzonych 25 marca 2014 r. ujawniono w automatach środki pieniężne w łącznej kwocie 290 zł, w tym 20 zł pobrane z kasy Izby Celnej w K. na poczet eksperymentu przeprowadzonego w dniu kontroli.

B. G. urodziła się (...) w S.. Jest córką E. i S. z domu P.. Prowadzi własne przedsiębiorstwo PHU (...), z którego uzyskuje miesięczny dochód w wysokości ok. 3000 zł. Nie posiada nikogo na utrzymaniu. Uprzednio nie karana.

Powyższy stan faktyczny ustalono w oparciu o następujące dowody:

a. wyjaśnienia oskarżonej B. G. (k. 231-232)

b. zeznania świadków J. M. (k. 5-6), Z. M. (1) (k. 122-123), M. Ł. (k. 126-127)

c. dokumenty w postaci:

- protokołu kontroli Urzędu Celnego w K. (k. 1-2)
- protokołu z przeprowadzonych czynności kontrolnych (k. 3)
- protokołu zatrzymania przedmiotów (k. 4)
- opinii technicznej nr 70/12 gry zręcznościowej H. S. o nr seryjnym 115/HS (k. 12)
- opinii technicznej nr 100/12 gry zręcznościowej H. S. o nr seryjnym 036/HS (k. 13)
- opinii technicznej nr 100/12 gry zręcznościowej H. S. o nr seryjnym 004/HS (k. 14)
- informacja z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (k. 19)
- pokwitowanie przyjęcia towarów (k. 21)
- umowa najmu (k. 27-29)
- postanowienie o zatwierdzeniu zatrzymania rzeczy (k. 31-32)
- protokół zatrzymania przedmiotów (k. 86)
- protokół oględzin automatów do gry (k. 95-97)
- zdjęcia nośników (k. 98-103)
- płyta CD ze zdjęciami automatów (k. 104)
- metryka identyfikacyjna nośnika (k. 105-106)
- pokwitowanie (k. 111-113)
- postanowienie o uznaniu za dowód rzeczowy (k. 114)
- postanowienie o powołaniu biegłego (k. 117)
- postanowienie Sądu Rejonowego Katowice-Zachód w Katowicach o sygn. akt VIII Kp 161/14 (k. 164-167)
- postanowienie Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w o sygn. akt III Kp 111/14
- opinia biegłego dotycząca automatów do gier (k. 171-181)
- karta karna (k. 185)
- postanowienie Urzędu Celnego w K. (k. 193)

Oskarżona B. G. nie przyznała się do stawianego jej zarzutu. W postępowaniu przygotowawczym korzystając z prawa określonego w art. 175 § 1 k.p.k. oskarżona odmówiła składania wyjaśnień.

Przed Sądem oświadczyła, że w momencie gdy wstawiała automaty do lokalu posiadała do każdego urządzenia opinię techniczną, która stwierdzała że nie są to urządzenia hazardowe, a służą jedynie do zabawy. Powyższa okoliczność nie

budziła wątpliwości Sądu, ponieważ fakt posiadania przez oskarżoną powyższych opinii został potwierdzony w toku niniejszego postępowania.

Sąd uznał zeznania świadków J. M., Z. M. (2) oraz M. Ł. za w pełni wiarygodne albowiem brak w nich niejasności czy nieścisłości. Znajdują one odzwierciedlenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Świadek J. M. potwierdził, że odkąd pracuje w lokalu znajdują się trzy automaty, które nie wypłacają wygranych oraz że ich właścicielem jest B. G.. Zeznał także, że w trakcie przeprowadzanej kontroli przedstawił funkcjonariuszom Urzędu celnego opinie techniczne, które zostały dostarczone przez B. G. wraz z automatami do gry. Z kolei świadek Z. M. (1) –pracownik firmy PHU (...) zeznał, że to on dostarczył automaty do lokalu M. Ł.. Potwierdził także, automaty nie wypłacały wygranych pieniężnych graczom. Świadek M. Ł. wyjaśnił, w jaki sposób doszło do zainstalowania trzech automatów do gry w jego lokalu mieszczącym się w K. przy ul. (...). Potwierdził przy tym, że wraz z automatami dostarczono do lokalu opinie techniczne.

Odnosząc się do opinii technicznych rzeczoznawcy Z. S., przedstawionych pracownikom Urzędu Celnego w toku przeprowadzonej kontroli, zważyć należy, że biegłym może być tylko osoba powołana w tym charakterze przez organ procesowy. Kodeks postępowania karnego nie przewiduje jako dowodu mogącego stanowić podstawę ustaleń faktycznych tzw. ekspertyzy prywatnej opracowanej na zlecenie strony. Pozaprocessowa ekspertyza biegłego nie zostaje bowiem przeprowadzona w sposób przewidziany przez kodeks postępowania karnego i strony nie mają możliwości ustosunkowania się do tego dowodu. Ponadto wynagrodzenie za taką opinię jest uiszczane bezpośrednio przez stronę, co nie stanowi gwarancji bezstronności biegłego.

Za w pełni przydatną Sąd uznał sporządzoną w sprawie opinię biegłego R. R. Opinia ta została bowiem przygotowana w sposób fachowy i rzetelny oraz wolny od błędów logicznych, co świadczy o dużym profesjonalizmie i doświadczeniu zawodowym jej autora. Biegły w sposób pełny, jasny i wyczerpujący udzielił w niej odpowiedzi na wszystkie postawione pytania, przy czym opierał się na całokształcie dostępnego mu materiału dowodowego.

Za w pełni przydatne Sąd uznał zgromadzone w sprawie i wymienione wyżej dowody z dokumentów. Autentyczności oraz prawdziwości tych dokumentów oraz treści w nich zawartych nie kwestionowała w szczególności żadna ze stron, a i Sąd nie znalazł jakichkolwiek podstaw, by czynić to z urzędu.

Sąd zważył, co następuje:

Oskarżona B. G. stanęła pod zarzutem, że w dniu 23 stycznia 2014 roku w lokalu bez nazwy w K. przy ulicy (...) urządziła gry o charakterze losowym na trzech automatach do gier o nazwach H. S. o nr 036/HS, B. S. o nr 115/HS i H. S. o nr 004/HS bez wymaganego zezwolenia wbrew przepisom ustawy z dnia 19 listopada 2009 roku o grach hazardowych (Dz. U. nr 201/2009, poz. 1540, z późn. zm.) to jest o przestępstwo z art. 107 §1 kks.

Przepis art. 107 § 1 k.k.s. ma charakter blankietowy, a jego doprecyzowanie stanowiły na czas objęty zarzutem przepisy ustawy z dnia 29 lipca 1992r. o grach i zakładach wzajemnych. Ustawa powyższa utraciła moc z dniem 14 lipca 2011r. zaś jej miejsce zastąpiła ostatecznie obecnie obowiązująca ustawa z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych, która w ramach przepisów art.6, art. 14, art. 32 określa miejsca używania automatów do gier losowych, wymagane koncesje oraz zasady ograniczenia prowadzenia takiej działalności.

W myśl art. 2§2 k.k.s. jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy.

Z uwagi na powiązania norm karnych skarbowych z szeroko rozumianym prawem finansowym i częstą zmianą wydawanych aktów wykonawczych do tych regulacji, przez zmianę ustawy rozumieć należy także zmiany w aktach finansowych, których naruszenie daje podstawę do karania za czyn określony w k.k.s. (wyrok SN z 23 października 2003 r., II KK 209/03, LexPolonica nr 377189, OSNwSK 2003, nr 1, poz. 2204). Zarówno w orzecznictwie Sądu

Najwyższego, jak i w literaturze utrwalili się poglądy, że skoro przepisy wypełniające blankiet przepisu ustawy karnej tworzą łącznie z nim normę prawa karnego, to zmiana choćby jednego elementu tej normy jest zmianą jej treści w takiej sytuacji musi zatem mieć zastosowanie zasada określona w art. 2 § 2 k.k.s. (patrz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2003r. sygn. III KK 135/03 OSNwSK 2003/1/1541, Prok.i Pr.-wkł. 2004/4/13).

W konsekwencji zmiana w zakresie „ustawy” ujętej normą art. 107 k.k.s., co do zasady w myśl art. 2§2 k.k.s., rzutuje na ocenę prawnokarną zarzucanego oskarżonym czynu przez pryzmat obecnie obowiązującej ustawy z dnia 19 listopada 2009r. o grach hazardowych.

Wskazane przepisy ustawy o grach hazardowych pozostają „przepisami technicznymi” w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE (patrz post. Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014r. sygn. II KK 55/14, OSNKW 2015/4/37, wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 lipca 2012 r. w połączonych sprawach C 213/11, C 214/11 i C 217/11, także patrz E. Skrzydło, T. Felska, Nowe wyroki TS w sprawie organizacji gier hazardowych, "Europejski Przegląd Sądowy" 2012, nr 1, s. 39 i n.; glosa aprobowana M. Taborskiego, LEX/EL214).

Obowiązkiem państw członkowskich pozostaje notyfikowanie Komisji Europejskiej projektów aktów normatywnych zawierających przepisy techniczne (art. 8 ust. 1 ww. dyrektywy). Konsekwencją zaś braku notyfikacji jest brak możliwości stosowania i to nie tylko przez sądy norm prawnych, które nie zostały notyfikowane, a zostały zawarte w jednostkach redakcyjnych podlegających obowiązkowi notyfikacji. Na nienotyfikowane przepisy krajowe nie można powoływać się skutecznie przed sądem krajowym wobec podmiotów prywatnych (patrz ww. orzeczenie ETS z dnia 19 lipca 2012 r. - C 213/11, (...) i (...)).

Przepisy techniczne zawarte w ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (ustawa ta zastąpiła ustawę z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych, Dz. U. z 2004 r. Nr 4, poz. 27 z późn. zm.) nie zostały notyfikowane Komisji.

Każdy sąd krajowy, mający w ramach swoich kompetencji zastosować przepisy prawa wspólnotowego zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność norm prawa wspólnotowego, unijnych, nie stosując w razie konieczności wszelkich, nawet późniejszych sprzecznych z przepisami prawa wspólnotowego przepisów ustawodawstwa krajowego. Niestosowanie przepisów sprzecznych z przepisami prawa wspólnotowego stanowi obowiązek sądu krajowego (wyrok z dnia 22 października 1998 r. w połączonych sprawach od C 10/97 do C 22/97 pkt 21; wyrok z dnia 19 listopada 2009 r. (...) pkt 21). Stanowisko to znajduje poparcie w poglądach doktryny, akcentującej, że zasada pierwszeństwa prawa Unii polega na pierwszeństwie jego stosowania, a nie obowiązywania, przy czym pierwszeństwo to zapewnia się przez odmowę zastosowania kolidującej z prawem Unii normy krajowej, a nie poprzez jej uprzednie uchylene (M. Górski, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2013 r. I KZP 15/13, LEX/EL 2014).

Konsekwencją powyższego wobec uznania, że przepisy art. 6, art. 14 i art. 32 ustawy o grach hazardowych to przepisy techniczne w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, które nie zostały notyfikowane Komisji Europejskiej, jest ich bezskuteczność.

Bezskuteczność tych przepisów nie deroguje jednak całości ustawy o grach hazardowych jako aktu prawnego, jak i bytu tych jednostek redakcyjnych w ramach wadliwie wprowadzonej ustawy.

Ta okoliczność pomimo bezskuteczności tych przepisów znosi możliwość nieuwzględnienia tych norm, jak i samej ustawy jako „ustawy nowej” w myśl art. 2§2 k.k.s. Powyższe pozostaje jaskrawie czytelne wobec obecnego braku (w związku z utratą mocy ustawy o grach i zakładach wzajemnych) innych niż ustawa o grach hazardowych przepisów regulujących materię normy blankietowej art. 107 k.k.s.

Bezskuteczność przepisów technicznych ustawy o grach hazardowych wobec ich powiązania z normą art. 107§1 k.k.s. przekłada się na brak możliwości obecnego uznania wyczerpania przez oskarżonych znamion zarzucanego im przestępstwa (por. post. Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014r. sygn. II KK 55/14, OSNKW 2015/4/37). Ta zaś konsekwencja obok bezsprzecznego funkcjonowania (choć wadliwego) ustawy o grach hazardowych w ramach art.

2§2 k.k.s. uniemożliwia ostatecznie sięgnięcie do przepisów już obecnie nieobowiązującej ustawy o grach i zakładach wzajemnych. W wadliwym ustanowieniu przepisów ustawy o grach hazardowych, co do skutków przyrównać można jedynie depenalizację, ta natomiast każdorazowo wyłącza przywrócenie przepisów nieobowiązujących celem skazania sprawcy obecnie unikającego w tych okolicznościach odpowiedzialności karnej.

Zgodnie z treścią art. 17 §1 pkt 11 k.p.k. postępowanie umarza się, gdy zachodzi inna okoliczność wyłączająca ściganie.

Z tych względów Sąd postępowanie w sprawie B. G. umorzył zgodnie z dyspozycją art. 17§1 pkt 11 k.p.k.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z powołanym w pkt 2 sentencji przepisem, który stanowi, że w razie umorzenia postępowania koszty procesu w sprawach z oskarżenia publicznego ponosi Skarb Państwa.