

Sygn. akt IV Ka 726/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 grudnia 2017 r.

Sąd Okręgowy w Świdnicy w IV Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący:	SSO Agnieszka Połyniak
Protokolant:	Marcelina Żoch

przy udziale Grzegorza Howorskiego Prokuratora Prokuratury Okręgowej,

po rozpoznaniu w dniu 28 grudnia 2017 r.

sprawy **B. M.**

syna A. i M. z domu M.

urodzonego (...) w W.

oskarżonego z art. 286 § 1 kk

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Rejonowego w Wałbrzychu

z dnia 6 października 2017 r. sygnatura akt III K 305/17

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

**Sygnatura akt IV Ka 726/17**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 6 października 2017r. Sąd Rejonowy w Wałbrzychu, w sprawie o sygn. akt III K 305/17, na podstawie art. 66§1 k.k. i art. 67§1 k.k. warunkowo, na okres próby wynoszący 2 lata, umorzył postępowanie karne przeciwko B. M. o to, że:

- w dniu 28 lutego 2017 roku w W. województwo (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej po uprzednim wprowadzeniu w błąd kasjerki marketu (...) co do tożsamości osoby, będącej właścicielem karty płatniczej (...) Banku (...) o numerze (...) oraz posiadanego uprawnienia do płatności tą kartą, dokonał transakcji finansowej na kwotę 21,34 złotych czym działał na szkodę M. J.,

- w dniu 28 lutego 2017 roku w W. województwo (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej po uprzednim wprowadzeniu w błąd kasjerki marketu (...) co do tożsamości osoby, będącej właścicielem karty płatniczej (...) Banku (...) o numerze (...) oraz posiadanego uprawnienia do płatności tą kartą, dokonał transakcji finansowej na kwotę 26,06 złotych czym działał na szkodę M. J.,

przyjmując, iż czyny te popełnione zostały w warunkach ciągu przestępstw z art. 91§1 kk oraz przyjmując, iż stanowiły one wypadki mniejszej wagi, opisane w art. 286§3 kk.

Na podstawie art. 67§3 kk zobowiązał oskarżonego do naprawienia wyrządzonej szkody poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonej M. J. kwoty 47,40 złotych.

Zwolnił oskarżonego od wydatków poniesionych przez Skarb Państwa od chwili wszczęcia postępowania zaliczając je na rachunek tegoż Skarbu Państwa i nie wymierzył mu opłaty.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Prokurator Prokuratury Rejonowej w Wałbrzychu, który zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego, zarzucając:

- obrazę prawa materialnego, a to art. 279 § 1 kk poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że zachowanie B. M. z dnia 28 lutego 2017 roku wyczerpuje jedynie znamiona przestępstw z art. 286 § 1 i § 3 kk, podczas gdy ocena zgromadzonego materiału dowodowego i prawidłowa wykładnia przepisu art. 279 § 1 kk prowadzi do wniosku, iż istotą włamania jest nie tyle fizyczne uszkodzenie, tudzież zniszczenie przeszkody chroniącej dostęp do rzeczy, lecz przejawienie zachowania polegającego na nieposzanowaniu wyrażonej przez dysponenta rzeczy woli zabezpieczenia jej przed innymi osobami, co winno skutkować tym, iż oskarżony dopuścił się przestępstwa z art. 279 § I kk skoro dwukrotnie dokonał transakcji finansowych kartą płatniczą, której nie był właścicielem;

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawą orzeczenia, mający wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, że oskarżony w dniu 28 lutego 2017 roku dopuścił się przestępstwa kwalifikowanego z art. 286 § 1 i § 3 kk w postaci wypadku mniejszej wagi. podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego zgromadzonego w przedmiotowej sprawie, jak również okoliczności związane z popełnieniem przestępstwa oraz przyjęcie, że rozgraniczenie typu podstawowego od typu uprzywilejowanego przestępstwa ze względu na wypadek mniejszej wagi jest kwestią kwalifikacji prawnej, która nie powinna być uzależniona od osobowości sprawcy, jego opinii, poprzedniej karalności, zachowania się przed i po dokonaniu przestępstwa, nagminności czynów tego rodzaju, wartości wyrządzonej szkody prowadzi do wniosku, iż oskarżony swoim zachowaniem wypełnił znamiona typu podstawowego z art. 279 § 1 kk, a nie typu kwalifikowanego skoro działał z zamiarem bezpośrednim, umyślnie oraz zaplanował popełnienie przestępstwa, jak również powrócił na drogę popełniania przestępstw po pierwszym swoim zachowaniu;

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, a polegający na błędnym przyjęciu, że wina i społeczna szkodliwość czynów przypisanych oskarżonemu nie jest znaczna, co doprowadziło w konsekwencji do warunkowego umorzenia postępowania karnego, podczas gdy prawidłowa ocena zgromadzonego materiału dowodowego i okoliczności działających na niekorzyść B. M.. w szczególności fakt, iż oskarżony był ochroniarzem w sklepie, a jego obowiązkiem było zabezpieczenie karty płatniczej pozostawionej przez klienta, a nie dokonanie nią płatności w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, działanie z zamiarem bezpośrednim, dwukrotne naruszenie reguł prawa, umyślny charakter popełnienia przestępstw oraz zaplanowane działanie, co prowadzi do wniosku przeciwnego i nie daje podstaw do warunkowego umorzenia postępowania.

Na podstawie art. 427 § I kpk i art. 437 § 1 i 2 kpk oraz art. 454 § 1 kpk skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w Wałbrzychu, jako sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

### **Sąd odwoławczy zważył, co następuje:**

Apelacja okazała się w zasadniczej części trafna, ponieważ rację ma oskarżyciel publiczny przyznając, że błędnie oskarżył B. M. o czyny z art. 286§1k.k. (k.100), a sąd orzekający ten błędny opis czynów, jak też ich kwalifikację zaaprobował, co znalazło wyraz właśnie w treści rozstrzygnięcia, w sytuacji, kiedy czyny, których dopuścił się oskarżony winny być zakwalifikowane z art. 279§1 k.k. Choć nie można zgodzić się, że jest to wynik błędnej subsumcji przepisu prawa karnego materialnego do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. Sąd rejonowy w ogóle nie

analizował i nie dokonywał ustaleń w zakresie ustawowych znamion przestępstwa kradzieży z włamaniem. Ustalenia sądu koncentrowały się jedynie na elemencie związanym z wprowadzeniem w błąd pracownika sklepu (...) – kasjera, co do tożsamości osoby właściciela karty V. i w konsekwencji posiadania uprawnienia do płatności kartą.

Odwołać się zatem należy do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22.03.2016r. ( III KK 349/16, OSNKW 2017/9/50), w którym stwierdził, że włamanie jako sposób działania sprawcy kwalifikowanego typu kradzieży określonej w art. 279§1 k.k. nie polega wyłącznie na przeniknięciu sprawcy do wnętrza zamkniętego pomieszczenia na skutek przełamania zabezpieczeń zamykających dostęp do mienia i jednoznacznie manifestujących wolę właściciela (użytkownika) mienia niedopuszczenia do niego niepowołanych osób, lecz także pokonaniu innych specjalnych zabezpieczeń rzeczy, pieniędzy, środków płatniczych, w tym np. kodu PIN. Dokonanie płatności kartą płatniczą w formie zbliżeniowej przez osobę nieuprawnioną, która weszła w posiadanie karty wbrew woli jej właściciela, stanowi przestępstwo kradzieży z włamaniem, ponieważ dochodzi do przełamania bariery elektronicznej w systemie bankowej płatności bezgotówkowej. Jak wskazał w przywołanym powyżej judykacie Sąd Najwyższy, a z czym zgadza się tutaj sąd odwoławczy, niezależnie od tego, kto finalnie doznaje uszczerbku, w efekcie działania osoby nieuprawnionej do posługiwania się kartą płatniczą, a co wynika z odrębnych regulacji i na co sprawca nie ma wpływu ani zapewne nie jest tego świadom, bezsporne jest, że dokonując płatności skradzioną kartą, doprowadza do zmniejszenia aktywów na rachunku właściciela karty. Kod PIN jest tylko dodatkowym środkiem uwierzytelniającym właściciela karty, w karcie, procesem zapłaty czy podjęcia środków, steruje mikroprocesor, w którym zapisany jest niepowtarzalny klucz bezpieczeństwa umożliwiający dostęp do konkretnego rachunku.

Kwestii tych sąd I instancji w ogóle nie analizował i nie brał pod uwagę, co w efekcie skutkowało błędnym uznaniem, że B. M. dopuścił się dwóch występków oszustwa, które nadto sąd ten uznał za wypadki mniejszej wagi, a co zakwestionował apelujący.

Ustalenia sądu dotyczące stopnia społecznej szkodliwości czynów oskarżonego, a w konsekwencji także przyjęcia, że stanowią one wypadek mniejszej wagi, zostały zanegowane przez apelującego, lecz sąd odwoławczy nie przesądza o tym, że nawet przy zmianie opisu i kwalifikacji prawnej czynów, których w istocie dopuścił się oskarżony, uznanie to jest niezasadne. Kwestię tę winien sąd meriti wnikliwie ponownie rozważyć, dokonując oceny m.in. przedmiotowo – podmiotowych znamion poszczególnych czynów, dokonywanych przez przymat przesłanek wskazanych w art. 115§ 2 k.k. (tak m.in. SN w postanowieniu z dnia 22.09.2016r., VKK 209/16, LEX nr 2149233). Wszak wypadek mniejszej wagi zachodzi wówczas, gdy znamiona przestępstwa cechuje niewysoka szkodliwość społeczna, zaś jego sprawca nie jest na tyle niebezpieczny dla społeczeństwa aby zastosować w stosunku do niego zwykłą karę przewidzianą za popełnione przestępstwo. Wbrew temu, co wskazuje w apelacji prokurator, o wysokości stopnia społecznej szkodliwości decyduje także m.in. rozmiar szkody, jak też sposób i okoliczności popełnienia przestępstwa, motywacja sprawcy i kwestii tych pominąć nie można.

Jakkolwiek prawdą jest, że oskarżony pracował (i pracuje) jako pracownik ochrony sklepu (...) w W., to jednakże nie mógł sąd pominąć okoliczności związanych z motywacją sprawcy, jak też jego właściwościami, które wynikają choćby z opinii, którą przedłożył (k. 115) oraz jego wyjaśnień odnośnie tego, co było impulsem do dokonania przestępstwa. Zasadnie zatem miał na uwadze te okoliczności sąd I instancji. W tym zakresie sąd odwoławczy zgadza się z przedstawionymi argumentami jako takimi, a uchylene wyroku nie jest równoznaczne z przyznaniem racji skarżącemu.

Niemniej z uwagi na błędny opis czynów przypisanych, a w konsekwencji i ich kwalifikacji prawnej, kwestie powyższe winien sąd a quo przeanalizować ponownie i wziąć pod uwagę rozważając ewentualnie zasadność zastosowania art. 283 k.k., i – być może – ustalić nadto czy istotnie polegają na prawdzie, wskazane w ostatnim słowie przez oskarżonego okoliczności dotyczące zabezpieczenia przez niego tego dnia także portfela z pieniędzmi i ich zwrotem przez oskarżonego osobie uprawnionej.

Niemniej w pierwszej kolejności winien sąd I instancji rozwiązać kwestię błędnego opisu czynów zarzucanych aktem oskarżenia i ich kwalifikacji prawnej. Wskazuje przy tym sąd odwoławczy, że określony w akcie oskarżenia czyn ma

charakter hipotetyczny, wersja wydarzeń przedstawiona przez oskarżyciela nie może być uznana za ostateczną, bo właśnie temu służy rozprawa, by umożliwić weryfikację tej wersji/hipotezy, zgodnie z zasadą, że to sąd zna prawo (iura novit curia), a kwalifikacja prawna zaproponowana przez prokuratora nie jest dla sądu wiążąca. Jest to jedynie pogląd prawny prokuratora na zarzucany czyn i to sąd jest odpowiedzialny za podjęcie decyzji co do prawa, które znajdzie zastosowanie i dokonanie prawidłowej subsumcji (tak np. SN w wyroku z dnia 08.09.2016r., III KK 294/16, LEX nr 2100241).

Tym samym rzeczą sądu rejonowego będzie dokonanie oceny czy ujęte w akcie oskarżenia zdarzenie historyczne, obejmujące pewne zdarzenie faktyczne, przy uwzględnieniu prawidłowej oceny prawnokarnej zachowania oskarżonego, umożliwi - bez wyjścia poza granice oskarżenia – modyfikację zarówno opisu jak i kwalifikacji prawnej czynów, czy może konieczne będzie skorzystanie z art. 344a§1 k.p.k.

Granice oskarżenia zachowane są bowiem wtedy, gdy w miejsce czynu (bądź czynów) zarzucanego, w ramach tego samego zdarzenia faktycznego (historycznego) można przypisać oskarżonemu czyn ze zmienionym opisem czy nawet oceną prawną, ale mieszczącą się w tym samym zespole zachowań człowieka. Granice te wyznacza zaś przedmiot ochrony, a w jego ramach także rodzaj przestępstwa, przedmiot czynności wykonawczej, miejsce i czas działania, a także osoba oskarżonego i pokrzywdzonego (vide np. wyrok SN z 2.03.2011r, III KK 366/10, OSNKW 2011/6/51, z dnia 14.04.2016r. VKK 43/16, KZS 2016/7-8/50 czy wyrok SA w Warszawie z dnia 16.02.2016r., II AKa 367/15, LEX nr 2071581).

Te kwestie winien sąd orzekający przeanalizować i podjąć decyzję w/wskazanej kwestii.

Sygnalizuje przy tym sąd odwoławczy, że utracona przez M. J. karta V. Banku (...) miał być ubezpieczona (vide notatka z dnia 2.03.2017r, k.1). Tym samym ewentualne rozstrzygnięcie dotyczące obowiązku naprawienia szkody winno być poprzedzone ustaleniem, czy osobą pokrzywdzoną, na rzecz której obowiązek jest orzekany zaskarżonym wyrokiem, jest właśnie M. J..

Z tych też względów sąd odwoławczy zaskarżony wyrok uchylił a sprawę przekazał sądowi orzekającemu w pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.