



Sygn. akt III KK 349/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 marca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)

SSN Henryk Gradzik

SSN Andrzej Tomczyk (sprawozdawca)

Protokolant Dagmara Szczepańska-Maciejewska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Józefa Gemry,
w sprawie S. K.

skazanego z art. 279 § 1 k.k. i in.,

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 8 marca 2017 r.

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w S.

z dnia 14 kwietnia 2016 r., sygn. akt VI Ka (...),

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w S.

z dnia 4 grudnia 2015 r., sygn. akt XIV K (...),

1. uchyla zaskarżony wyrok w części utrzymującej w mocy wyrok Sądu Rejonowego w S. co do punktów: 2, 3 i 4 i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym;

2. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz obrońcy z urzędu adw. M. G., Kancelaria Adwokacka w W. kwotę 738 zł (siedemset

trzydzieści osiem) w tym 23% VAT za obronę oskarżonego w postępowaniu przed Sądem Najwyższym.

UZASADNIENIE

S. K. został oskarżony o to, że:

I. w okresie pomiędzy 27 a 28 kwietnia 2014 r. w S., działając wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 22 kwietnia 2010 r., w sprawie sygn. akt: II K (...) za przestępstwo przeciwko mieniu, na karę pięciu lat i czterech miesięcy pozbawienia wolności oraz dwóch lat pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od dnia 21 września 2009r. do dnia 9 kwietnia 2014 r., dokonał zaboru w celu przywłaszczenia dowodu osobistego, prawa jazdy, dwóch kart bankomatowych Banku (...), karty S., legitymacji zniżki kolejowej, uprawnień elektrycznych, dowodu rejestracyjnego samochodu marki Opel Astra o nr rej. (...), czym działał na szkodę P. S., tj. o czyn z art. 278 § 1 i 5 k.k. i art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

II. w okresie od dnia 29 kwietnia do dnia 30 kwietnia 2014 r. w S. działając wspólnie i w porozumieniu z ustaloną w sprawie osobą, w krótkich odstępach czasu z góry powziętym zamiarem, będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 22 kwietnia 2010 r. w sprawie sygn. akt: II K (...), za przestępstwo przeciwko mieniu na karę pięciu lat i czterech miesięcy pozbawienia wolności oraz dwóch lat pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od dnia 21 września 2009 r. do dnia 9 kwietnia 2014 r., poprzez użycie w transakcji karty zbliżeniowej karty bankomatowej Banku (...) S.A. należącej do pokrzywdzonego P. S., pokonał zabezpieczenie elektroniczne włamując się do systemu bankowego, a następnie dokonał kradzieży pieniędzy w kwocie odpowiednio 48,19 złotych, 17,30 złotych, 25,79 złotych, 10,00 złotych, 14,70 złotych, stanowiących płatność za zakupiony towar w postaci alkoholu i tytoniu oraz usiłował dokonać wypłaty z bankomatu pieniędzy w kwocie 100 złotych oraz usiłował pokonać zabezpieczenie elektroniczne karty, a następnie kradzieży pieniędzy mających stanowić płatność w kwocie odpowiednio 41,10 złotych i 37,80 złotych za zakupiony towar w postaci alkoholu i tytoniu, lecz zamierzonego celu nie osiągnął, czym działał na szkodę P. S.,

tj. o czyn z art. 279 § 1 i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 4 grudnia 2015r.(sygn. akt XIV K (...)) S. K. uznano za winnego popełnienia zarzuconego mu oskarżeniem czynu:

1. opisanego w punkcie I. części wstępnej wyroku (gdzie przytoczono zarzut I. aktu oskarżenia), z tym ustaleniem, iż dopuścił się go w ciągu pięciu lat po odbyciu kary, będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 22 kwietnia 2010r., sygn. akt: II K (...), za przestępstwo podobne przeciwko mieniu, m.in. czyn z art. 278 § 1 i 5 k.k. i art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. na karę łączną 3 lat pozbawienia wolności , którą odbył w okresie od dnia 21 września 2009r. do dnia 30 maja 2012r. oraz za przestępstwo podobne przeciwko mieniu, tj. czyn z art. 279 § 1 k.k. i art. 278 § 1 i 5 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. na karę łączną 2 lat pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od dnia 30 maja 2012 r, do dnia 9 kwietnia 2014r. oraz iż usunął dokumenty w postaci prawa jazdy i dowodu rejestracyjnego samochodu osobowego marki Opel Astra o nr rej. (...), którymi nie miał prawa rozporządzać, tj. występku z art. 278 § 1 i § 5 k.k. i art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 i na podstawie art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 wymierzono mu karę 10 miesięcy pozbawienia wolności;

2. opisanego w punkcie II. części wstępnej wyroku (gdzie przytoczono zarzut II. aktu oskarżenia), z tym ustaleniem, iż dopuścił się go w ciągu pięciu lat po odbyciu kary, będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z dnia 22 kwietnia 2010 r., sygn. akt: II K (...), za przestępstwo podobne przeciwko mieniu, m.in. czyn z art. 278 § 1 i 5 k.k. i art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. na karę łączną 3 lat pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od dnia 21 września 2009r. do dnia 30 maja 2012r. oraz za przestępstwo podobne przeciwko mieniu, tj. czyn z art. 279 § 1 k.k. i art. 278 § 1 i 5 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. na karę łączną 2 lat pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od dnia 30 maja 2012r. do dnia 9 kwietnia 2014r. oraz iż zamierzonego celu nie osiągnął w zakresie wypłaty pieniędzy z bankomatu w kwocie 100 zł z uwagi na podanie błędnego kodu PIN oraz kradzieży pieniędzy mających stanowić płatność za zakupiony towar w kwocie

odpowiednio 41,10 złotych i 37,80 złotych z uwagi na zablokowanie możliwości dokonywania płatności kartą, tj. występku z art. 279 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i na podstawie art. 279 § 1 k.k. wymierzono mu karę roku pozbawienia wolności;

3. na podstawie art. 46 § 1 k.k. zobowiązano oskarżonego do zapłaty na rzecz pokrzywdzonego P. S. kwoty 115,98 złotych tytułem obowiązku naprawienia wyrządzonej szkody w całości;

4. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączono orzeczone wobec oskarżonego z osobna w punktach 1. i 2. wyroku kary pozbawienia wolności i wymierzono w ich miejsce S. K. karę łączną roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności.

Apelacje od tego wyroku wnieśli prokurator i obrońca oskarżonego.

Prokurator wymieniony wyrok zaskarżył w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonego, zarzucając mu obrazę przepisów postępowania, a mianowicie art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k., polegającą na jego niezastosowaniu i niewskazaniu wszystkich zastosowanych przepisów ustawy karnej stanowiących podstawę prawną orzeczonej wobec oskarżonego kary. W związku z tym wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wskazanie w punkcie 4. wyroku art. 85 § 1 k.k. zamiast art. 85 k.k. jako podstawy prawnej orzeczonej wobec oskarżonego kary łącznej.

Obrońca oskarżonego zaskarżył wymieniony wyrok w całości i zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa materialnego poprzez przyjęcie, że działanie oskarżonego zarzucone mu w punkcie II. części wstępnej wyroku polegające na pobraniu przez oskarżonego kwot odpowiednio 48,19 zł, 17,30 zł, 25,79 zł, 1,00 zł, 14,70 zł, z konta bankowego pokrzywdzonego P. S. wypełnia znamiona czynu określonego w art. 279 § 1 k.k., podczas gdy czyn ten wypełnia jedynie znamiona czynu z art. 119 § 1 k.w.;

2. obrazę przepisów prawa materialnego poprzez przyjęcie, że działanie oskarżonego zarzucane mu w punkcie II. części wstępnej wyroku, polegające na usiłowaniu przez oskarżonego dokonania wypłaty pieniędzy w kwocie 100,00 zł z bankomatu, a następnie usiłowanie przez oskarżonego dokonania płatności kartą bankomatową na kwotę odpowiednio 41,10 zł i 37,80 zł stanowiło tzw. usiłowanie

udolne z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k., podczas gdy działanie to stanowiło w rzeczywistości tzw. usiłowanie nieudolne wyczerpujące znamiona art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k.;

3. rażąco niewspółmierność kary poprzez orzeczenie wobec oskarżonego kary łącznej roku i czterech miesięcy pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania w sytuacji, gdy czyny oskarżonego nie były nacechowane znacznym stopniem społecznej szkodliwości, oskarżony przyznał się do zarzucanych mu czynów, złożył obszernie wyjaśnienia w sprawie, a nadto był leczony psychiatrycznie i odwykowo oraz ma na utrzymaniu trójkę małoletnich dzieci.

W konkluzji obrońca wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmianę kwalifikacji prawnej zarzuconemu S. K. czynu opisanego w punkcie II. części wstępnej zaskarżonego wyroku poprzez przyjęcie, iż czyn zarzucany oskarżonemu jako drugi powinien zostać zakwalifikowany jako czyn z art. 119 § 1 k.w. i art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i zmianę kary orzeczonej zaskarżonym wyrokiem za czyn opisany jako drugi części wstępnej wyroku z kary roku pozbawienia wolności na karę sześciu miesięcy pozbawienia wolności przy uwzględnieniu możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 14 § 2 k.k. i zmiany kary łącznej orzeczonej zaskarżonym wyrokiem z kary roku i czterech miesięcy pozbawienia wolności na karę jedenastu miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania tej kary na okres trzech lat;

- ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania do Sądu pierwszej instancji.

Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z dnia 14 kwietnia 2016 r., sygn. akt VI Ka (...), przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k. „utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

Od wyroku tego kasację wywiódł obrońca oskarżonego i nie precyzując zakresu zaskarżenia zarzucił:

„1. rażąco naruszenie przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 279 § 1 k.k., poprzez jego zastosowanie, mimo braku ku temu podstaw i zakwalifikowanie czynu skazanego opisanego w punkcie II. części

wstępnej wyroku Sądu pierwszej instancji jako przestępstwa z art. 279 § 1 k.k.,

2. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 119 § 1 k.w., poprzez jego niezastosowanie i niezakwalifikowanie czynu skazanego opisanego w punkcie II. części wstępnej wyroku Sądu I instancji jako wykroczenia z art. 119 § 1 k.w.,
3. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k., poprzez jego zastosowanie, mimo braku ku temu podstaw i przyjęcie, że czyn skazanego opisany w punkcie II. części wstępnej wyroku Sądu I instancji stanowił tzw. usiłowanie udolne z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k.,
4. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 119 § 1 k.w., poprzez niezastosowanie w sytuacji, gdy czyn skazanego opisany w punkcie II. części wstępnej wyroku Sądu I instancji stanowi tzw. usiłowanie nieudolne z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 119 § 1 k.w.,
5. rażącą niewspółmierność kary poprzez orzeczenie wobec oskarżonego kary łącznej roku i czterech miesięcy pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania w sytuacji, gdy czyny oskarżonego nie były nacechowane znacznym stopniem społecznej szkodliwości, oskarżony przyznał się do zarzucanych czynów, złożył obszernie wyjaśnienia w sprawie, a nadto był leczony psychiatrycznie i odwykowo oraz ma na utrzymaniu trójkę małoletnich dzieci.”

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania.

W toku rozprawy kasacyjnej obrońca popierał kasację i wnosił o jej uwzględnienie, a prokurator Prokuratury Krajowej wnosił o oddalenie kasacji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Najistotniejszym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w rozpoznawanej sprawie jest kwestia oceny prawnej posłużenia się przez skazanego skradzioną P. S. kartą bankomatową i dokonanie nią płatności w transakcji zbliżeniowej.

Zarówno Sąd pierwszej instancji, jak i utrzymujący w mocy jego rozstrzygnięcie Sąd odwoławczy stanęły na stanowisku, że takie zachowanie kwalifikować należy jako wypełniającą znamiona z art. 279 § 1 k.k. kradzież z włamaniem. Powołując się na pogląd doktryny i orzecznictwo, Sąd *ad quem* wywiódł, że „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” i wskazał, iż „w judykaturze pojawiają się stanowiska, zgodnie z którymi jako kradzież z włamaniem należy traktować zachowania polegające na otwarciu drzwi oryginalnym kluczem wbrew woli osoby uprawnionej do dysponowania pomieszczeniem z zamiarem dokonania w ten sposób kradzieży z włamaniem...”. Przyrównał przy tym posłużenie się kartą bankomatową w zaistniałej w sprawie sytuacji do użycia „oryginalnego elektronicznego klucza chroniącego dostęp do rachunku bankowego jego właściciela analogicznie jak karta elektroniczna do zamka zabezpieczającego pokój hotelowy”. Użycie więc takiej karty przez nieuprawnionego doprowadziło do przełamania przeszkody elektronicznej chroniącej dostęp do rachunku bankowego, „...wskutek czego elektroniczne zabezpieczenia chroniące dostęp do pieniędzy – poprzez użycie jej oryginalnego klucza – zostały złamane”.

Kontestując zaprezentowany pogląd Sądu Okręgowego w S., obrońca skazanego wywodzi, że włamanie polega na pokonaniu zabezpieczeń mających na celu zabezpieczenie przedmiotu przed kradzieżą i przyznaje, że zabezpieczenia takie nie muszą mieć charakteru materialnego, fizycznego. Akceptuje przy tym stanowisko, zgodnie z którym użycie cudzej karty bankomatowej, zabezpieczonej kodem PIN, kwalifikuje się jako przestępstwo kradzieży z włamaniem. Przeciwwstawiając temu poglądowi użycie karty bankomatowej w transakcji zbliżeniowej, wyraża zapatrywanie, że do skorzystania ze środków zgromadzonych na cudzym rachunku bankowym wystarczy jedynie zdobycie karty zbliżeniowej i dokonanie zakupów, ponieważ „...nie dochodzi tutaj do etapu przełamania zabezpieczeń, bowiem karta zbliżeniowa takich zabezpieczeń nie posiada”.

Przytoczenie tych przeciwstawnych poglądów jest wyraźnym sygnałem pozwalającym na stwierdzenie, że nieuprawnione posłużenie się cudzą kartą

płatniczą w celu realizacji płatności zbliżeniowej jest zachowaniem, którego subsumcja pod odpowiednią regulację prawną napotyka na poważne problemy i wywołuje istotne różnice w praktyce stosowania prawa. Między innymi ścierają się ze sobą, tak jak w rozpoznawanej sprawie, koncepcje stosowania kwalifikacji prawnej z art. 119 § 1 k.w. i art. 278 § 1 k.k. oraz art. 279 § 1 k.k. (zob. np. postanowienie Sądu Rejonowego w S. z dnia 20 maja 2015 r., II K 268/15; postanowienie Sądu Okręgowego w S. z dnia 29 czerwca 2015 r., VI Kz 184/15; wyrok Sądu Okręgowego w S. z dnia 3 czerwca 2014 r., VI Ka 124/14, wyrok Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 5 maja 2015 r., VI Ka 157/15, opubl. <https://orzeczenia.ms.gov.pl/>). Prezentowane są także poglądy zmierzające do uznania, że omawiany czyn wyczerpuje znamiona przestępstwa określonego w treści art. 286 § 1 k.k. (zob. np. wyrok Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z dnia 15 marca 2015 r., II K 1662/14 oraz wyrok Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z dnia 10 marca 2016 r., II K 1409/15, wyrok Sądu Rejonowego w Bielsku Podlaskim z dnia 24 września 2014 r., VIII K 217/14, opubl. <https://orzeczenia.ms.gov.pl/>). Pomimo wieloletniego rozwoju technologii w zakresie bankowości elektronicznej, wyrażającej się również wprowadzeniem możliwości płatności zbliżeniowej, zagadnienie to nie było do tej pory przedmiotem postępowania toczącego się przed Sądem Najwyższym (choć w sprawie o sygn.: V KK 122/16, tożsamy czyn został zakwalifikowany przez oskarżyciela publicznego z art. 286 § 1 k.k., jednak problem zakreślony w kasacji był inny i kwestii kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego nie podejmowano) ani też nie doczekało się szerszego omówienia w doktrynie (zob.: T. Buchanec, Nieuprawnione posłużenie się cudzą kartą płatniczą w celu realizacji płatności w technologii zbliżeniowej – problematyka subsumcji zachowania sprawcy pod właściwy przepis ustawy karnej, Przegląd Naukowo – Metodyczny, Edukacja dla Bezpieczeństwa, Rok IX nr 2/2016 (31), Poznań 2016, s. 51-62; P. Opitek, Kwalifikacja prawna przestępstw związanych z transakcjami kartą płatniczą, P. i Pr. 2017, nr 2, s. 77-104).

Wskutek zwiększającej się liczby przestępstw związanych z wykorzystywaniem kart płatniczych, wyposażenie takich środków płatniczych w mikroprocesor umożliwiający korzystanie z transakcji zbliżeniowych spowodowało konieczność poszerzenia katalogu prawnokarnej ochrony usług bankowych o

kolejny element. Jednakże trzeba zauważyć, że kwestia ta nie spotkała się z działaniem ustawodawcy, w postaci stworzenia odrębnego przepisu uwzględniającego rozwój technologii bankowej, tak jak stało się to w wypadku, o którym mowa w treści art. 278 § 5 k.k., tj. m.in. kradzieży karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego (zob.: Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniem, Warszawa 1997, s. 206). Trudno też jednak oczekiwać, aby prawodawca kazuistycznie normował każde możliwe zachowania związane z kartami płatniczymi, zwłaszcza w dobie niezwykle dynamicznego rozwoju cyfrowej bankowości.

W tej sytuacji, Sąd Najwyższy stanął przed niełatwym zadaniem, polegającym na jak najbardziej trafnym wyborze właściwego przepisu karnego, odzwierciedlającego prawny obraz zachowania w postaci płatności cudzą kartą w transakcji zbliżeniowej. Klasycznie wykładane znamiona obowiązujących przepisów nie zawsze bowiem mogą obejmować swoim zakresem nowe zjawiska o charakterze kryminalnym, w szczególności te związane z rozwojem techniki. Wobec tego należało przeanalizować, czy kwalifikacja nielegalnych płatności zbliżeniowych w myśl art. 279 § 1 k.k., tak jak to uczynił Sąd Rejonowy w S., a co zaaprobował Sąd odwoławczy, wychodzi naprzeciw konieczności opisu nowych realiów zmieniającego się systemu bankowości elektronicznej znamionami kradzieży z włamaniem i nie skutkuje przekroczeniem dopuszczalnych granic wykładni znamion czynu wyznaczonych przez ustawodawcę.

Zgodnie z definicją zamieszczoną w Wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie odpowiedzialności karnej na przestępstwa określone w art. 208 k.k. (uchwała Sądu Najwyższego Izba Karne z dnia 25 czerwca 1980 r., VII KZP 48/78, OSNKW 1980, z. 8, poz. 65) „kradzież z włamaniem zachodzi wtedy, gdy jej sprawca zabiera mienie w celu przywłaszczenia w następstwie usunięcia przeszkody materialnej, będącej częścią konstrukcji pomieszczenia zamkniętego lub specjalnym zamknięciem tego pomieszczenia, utrudniającym dostęp do jego wnętrza”. Do znamion strony przedmiotowej tego przestępstwa należy zabór mienia w następstwie dokonania włamania, przy czym uznawano wówczas, że z istoty włamania wynika, iż jego obiektem może być tylko pomieszczenie zamknięte. Jednakże już wtedy przyjmowano, że sposób dostępu do tego pomieszczenia jest

dla bytu przestępstwa kradzieży z włamaniem obojętny i wskazywano tu m. in. posłużenie się skradzionymi bądź znalezionymi oryginalnymi kluczami, czy też skradzionymi lub znalezionymi hasłami szyfrowymi.

W tym miejscu należy podkreślić, że cytowana uchwała pełnego składu Izby Karnej Sądu Najwyższego nie ma mocy wiążącej, ponieważ zgodnie z uchwałą pełnego składu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 1992 r. uchwały Sądu Najwyższego zawierające wytyczne w zakresie wykładni prawa i praktyki sądowej nie mają mocy zasad prawnych (Kw. Pr.5/92; OSNKW 1993, z. 1-2, poz. 1).

Wraz z upływem czasu ta klasyczna definicja kradzieży z włamaniem ulegała modyfikacjom zapewne i z tego powodu, że była ona wynikiem nadinterpretacji tekstu ustawy. Wszak ani w przepisie art. 208 k.k. z 1969 r., ani w przepisie art. 279 § 1 k.k., nie ma żadnego wskazania pozwalającego na zwężającą interpretację włamania jako usunięcia przeszkody materialnej będącej częścią pomieszczenia zamkniętego. Przyjmowano więc w późniejszym orzecznictwie, że możliwość łatwego pokonania zabezpieczenia nie stanowi przeszkody do przyjęcia kwalifikacji z art. 208 k.k. (z 1969 r.- uwaga SN), jeżeli tylko z charakteru zabezpieczenia bez wątpliwości wynika zamiar właściciela czy użytkownika pomieszczenia niedopuszczenia do niego niepowołanych osób (tak SN w wyroku z dnia 15 sierpnia 1985 r., I KR 212/85, OSNKW 1986, z. 11-12, poz. 97), a także, że przez zabezpieczenie, które pokonuje sprawca kradzieży z włamaniem należy rozumieć nie tylko samą konstrukcję pomieszczenia zamkniętego bądź specjalne zamknięcie tego pomieszczenia, lecz także inne specjalne zabezpieczenia rzeczy, pieniędzy, środków płatniczych itp., którego przełamanie otwiera dostęp do mienia (por. up. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 14 października 2008 r., II AKa 120/08, LEX nr 508308).

Prezentowany kierunek wykładni terminu „włamanie” zasługuje na pełną aprobatę, istotą bowiem włamania nie musi być przeniknięcie sprawcy do wnętrza zamkniętego pomieszczenia na skutek przełamania jego zabezpieczeń, lecz samo przełamanie zabezpieczeń zamykających dostęp do mienia i jednocześnie jednoznacznie manifestujących wolę właściciela (użytkownika) mienia niedopuszczenia do niego niepowołanych osób.

Przy takim tylko rozumieniu istoty włamania możliwe jest aprobowanie utrwalonego już w orzecznictwie i niekwestionowanego w piśmiennictwie poglądu, że transakcje bankowe wymagające podania PIN-u uznawane są za kradzież z włamaniem (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2014 r., IV KK 42/14, niepubl.) i to nie tylko te dotyczące podjęcia pieniędzy z bankomatu jako surogatu pomieszczenia, ale i te polegające na płatności zbliżeniowej w kwotach przekraczających 50 zł, co – bez konieczności dodatkowego dowodzenia – jest również możliwe. Nasuwa się więc pytanie, czymże jest ów kod PIN wskazywany w ugruntowanym i niekwestionowanym również przez skarżącego orzecznictwie jako zabezpieczenie, którego przełamanie utożsamiane jest z włamaniem w rozumieniu art. 279 § 1 k.k.? W ocenie składu Sądu Najwyższego rozpoznającego niniejszą sprawę jest oczywiście istotnym zabezpieczeniem dostępu do środków zgromadzonych przez właściciela karty płatniczej, ale zabezpieczeniem dodatkowym. Tym pierwotnym bowiem jest konstrukcja karty płatniczej, która zawiera mikroprocesor umożliwiający dokonywanie wszelkich transakcji, w tym również zbliżeniowych, bez użycia kodu PIN. Przybliżenie karty płatniczej do terminalu skutkuje przedostaniem się do rachunku bankowego właściciela karty, dochodzi zatem do przełamania bariery elektronicznej w systemie bankowej płatności bezgotówkowej. Jeżeli czyni to osoba nieuprawniona, która weszła w posiadanie karty wbrew woli jej właściciela, w celu dokonania płatności za określony towar lub usługę, dokonuje kradzieży z włamaniem. Niezależnie bowiem 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. W istocie dokonuje więc włamania w drodze przełamania zabezpieczeń elektronicznych i zaboru mienia w postaci wartości pieniężnych zapisanych w systemie informatycznym banku, mimo że fizycznie nie obejmuje ich w posiadanie, otrzymując w zamian ich ekwiwalent w postaci towaru czy usługi. Dla kwalifikacji prawnej takiego działania nie ma żadnego znaczenia schemat technicznego działania systemu, który obsługuje konkretną operację, a w szczególności czy jest to transakcja autoryzowana przez bank – wystawcę karty,

czy też nieautoryzowana (tzw. transakcje offline, dokonywane w rozpoznawanej sprawie), pozwalająca na dokonanie płatności nawet ponad dostępne środki.

Na kwalifikację prawną zaboru owych wartości pieniężnych przyporzędowanych do konkretnego właściciela karty nie może wpływać sposób jego dokonania. Wszak można to uczynić – o czym wyżej – przy wykorzystaniu kodu PIN (co powszechnie uznaje się za kradzież z włamaniem niezależnie od sposobu niezgodnego z wolą właściciela karty wejścia sprawcy w posiadanie danych identyfikujących dostęp do środków oraz sposobu uszczuplenia tych środków); czy też przez przełamanie zabezpieczenia sieci telekomunikacyjnej banku i tą drogą dotarcie do środków zdeponowanych na kontach poszczególnych klientów i zadysponowanie nimi. To ostatnie zachowanie systemowo odpowiada typizacji hackingu, tyle że przy przestępstwie z art. 267 k.k. nie dochodzi do zaboru mienia, lecz uzyskania dostępu do informacji.

Wyłomem w takim rozumowaniu byłoby uznanie, że uzyskanie dostępu do zindywidualizowanego, zabezpieczonego przed ingerencją niepożądanych osób rachunku bankowego przy wykorzystaniu sposobów identyfikujących dostęp do środków płatniczych, zgromadzonych na ww. rachunku, w tym przy wykorzystaniu karty płatniczej użytej przy płatności zbliżeniowej bez podania kodu PIN i dokonanie zaboru mienia jest kradzieżą zwykłą, kwalifikowaną przy jednorazowej transakcji jako wykroczenie z art. 119 § 1 k.w. Wszak cel i sposób działania sprawcy we wszystkich omówionych sytuacjach jest tożsamy, zbliżony jest również schemat technicznego reagowania systemów płatności elektronicznej. Jediną różnicą i to do kwoty przewidzianej w art. 130 k. w. niemającą wpływu na kwalifikację prawną, jest granica między płatnością zbliżeniową z użyciem kodu PIN a taką płatnością bez jego użycia. Te zaś, przy istnieniu zabezpieczeń elektronicznych uniemożliwiających prawne zadysponowanie środkami płatniczymi zdeponowanymi na rachunku właściciela karty, nie mogą różnicować zasad i podstaw odpowiedzialności sprawcy. W karcie płatniczej bowiem procesem tym (procesem zapłaty, podjęcia środków itp.) steruje mikroprocesor, w którym zapisany jest niepowtarzalny klucz bezpieczeństwa umożliwiający dostęp do konkretnego rachunku bankowego, kod PIN zaś jest dodatkowym środkiem uwierzytelniającym właściciela karty.

W świetle tych wywodów na aprobatę zasługuje postąpienie Sądu Okręgowego w S. akceptujące kwalifikację prawną dokonanych przez S. K. płatności zbliżeniowych. Kwestionująca to skarga kasacyjna nie mogła być więc uwzględniona.

Odmienne natomiast należy ocenić zarzuty zawarte w kasacji obrońcy skazanego, w których kwestionuje on kwalifikowanie usiłowania podjęcia przez skazanego środków pieniężnych z bankomatu przy braku znajomości kodu PIN przyporządkowanego do karty płatniczej ukradzonej P. S. oraz usiłowania dokonania płatności zbliżeniowej na kwoty 41,10 zł i 37,80 zł w sytuacji ustalenia jej zablokowania.

Oceniając tę sytuację faktyczną przez pryzmat zarzutu apelacji, Sąd odwoławczy przyjął, że próba wypłaty kwoty 100 zł z bankomatu nie powiodła się z uwagi na podanie błędnego kodu PIN, mimo posiadania przez sprawcę narzędzia – karty płatniczej nadającej się do popełnienia kradzieży z włamaniem. Nie podjął przy tym próby ustalenia czy karta płatnicza w chwili usiłowania wypłaty pieniędzy z bankomatu była zdadna do dokonania tej operacji, czy też została zablokowana przez bank, mimo że z zeznań pokrzywdzonego złożonych w postępowaniu przygotowawczym (k. 34), jak i w postępowaniu jurysdykcyjnym jednoznacznie wynika, że zawiadomił on bank o kradzieży karty.

W odniesieniu zaś do podjętej przez skazanego próby płatności zbliżeniowej przy bezspornym ustaleniu, że powodem niepowodzenia transakcji było zablokowanie karty płatniczej, Sąd *ad quem* w ogóle nie podjął rozważań przez pryzmat unormowań art. 13 § 2 k.k., przesądzając autorytatywnie, że blokada karty płatniczej uniemożliwiająca „dalsze wypłaty z konta bankowego pokrzywdzonego nie stanowi zachowania, o którym mowa w art. 13 § 2 k.k.”. Wskazał przy tym, że „oskarżony dysponując odpowiednim narzędziem nadającym się do popełnienia kradzieży z włamaniem – kartą bankomatową, nie potrafił jej jedynie prawidłowo użyć”. Ta konstatacja Sądu odwoławczego niewątpliwie pozostaje w sprzeczności z ustaleniem, że niepowodzenie transakcji zbliżeniowej było spowodowane zablokowaniem karty płatniczej.

Uwzględniając więc zarzut kasacji naruszenia prawa materialnego – art. 13 § 2 k.k., Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok, przyjmując, że skarga dotyczy

jedynie czynu ciągłego przypisanego S. K. w punkcie 2. wyroku Sądu Rejonowego w S., w tej części oraz w zakresie punktów 3 i 4 będących konsekwencją, m.in. skazania za ten czyn i przekazał sprawę w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w S. w postępowaniu odwoławczym. Tego rodzaju postąpienie, mimo uznania zasadności kasacji jedynie w odniesieniu do zachowań oskarżonego, polegających na usiłowaniu wypłaty z bankomatu kwoty 100 zł oraz usiłowaniu płatności zbliżeniowych w kwotach 41,10 zł i 37,80 zł, wymuszone zostało sytuacją procesową, polegającą na zakwalifikowaniu wszystkich przypisanych S. K. zachowań jako czynu ciągłego w rozumieniu art. 12 k.k. Sąd kasacyjny bowiem nie jest uprawniony do dalszych ingerencji, ponieważ nie jest możliwe dzielenie czynu ciągłego na poszczególne zachowania w sytuacji, gdy do części z nich konieczne jest ponowne przeprowadzenie kontroli apelacyjnej.

W zakresie oceny zarzutu 5. kasacji podzielić należy stanowisko autora odpowiedzi na kasację, uznającego, iż stanowi on nieudaną próbę obejścia zakazu określonego w art. 523 § 1 *in fine* k.p.k. (zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2016 r., III KK 187/16, lex NR 2162814). Kwestia rażącej niewspółmierności kary była już analizowana przez Sąd Okręgowy w S., w ramach rozpoznawanej apelacji obrońcy S. K.. Sposób procedowania przez ten Sąd w tym zakresie należy uznać za prawidłowy. Podnosząc ponownie ten sam zarzut, obrońca podjął próbę spowodowania kolejnej kontroli instancyjnej wyroku Sądu pierwszej instancji w kasacji, co nie jest dopuszczalne (zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2016 r., II KK 322/16, LEX nr 2192652).

Ponownie rozpoznając sprawę, oczywiście w odniesieniu do usiłowania dokonania przez S. K. kradzieży z włamaniem przez wypłatę z bankomatu kwoty 100 zł i płatności zbliżeniowych w kwotach 41,10 zł i 37,80 zł, Sąd Okręgowy w S. w pierwszej kolejności podejmie próbę ustalenia czasu zablokowania karty płatniczej, a w szczególności czy w chwili usiłowania wypłaty z bankomatu karta ta była zdalna do zrealizowania tej czynności, czy też była już zablokowana przez jej wystawcę na skutek zgłoszenia kradzieży przez pokrzywdzonego. W zależności od tego ustalenia albo rozważy czy zablokowana już karta płatnicza była środkiem nadającym się do popełnienia czynu zabronionego, czy też nie (art. 13 § 2 k.k.), albo zdarzenie to oceni przez pryzmat będącego podstawą sformułowania zarzutu

kasacyjnego poglądu wyrażonego w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2002 r., V KKN 9/01, OSNKW 2002, z. 11-12, poz. 102.

W odniesieniu zaś do usiłowania płatności zbliżeniowych zablokowaną kartą, rozważy czy zablokowana karta mogła być rzeczywiście środkiem nadającym się do popełnienia czynu zabronionego.

Niezależnie od podjętej decyzji, rozstrzygnięcie powinien uzasadnić w sposób umożliwiający prześledzenie i ocenę przebiegu rozumowania i wynikających zeń efektów.

Z przytoczonych powodów Sąd Najwyższy orzekł, jak na wstępie.

r.g.