

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 8 grudnia 2017 r. sporządzone w całości na wniosek oskarżyciela publicznego

Sąd Rejonowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 16 sierpnia 2017 r. sygn. akt II K 1324/16 orzekł następująco:

- w pkt 1 w związku z czynami zarzucenymi w pkt I, II i IV aktu oskarżenia uznał oskarżonego M. W. (1) za winnego popełnienia ciągu trzech przestępstw z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk i za to na mocy art. 14 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk wymierzył mu karę 1 roku pozbawienia wolności,
- w pkt 2 w związku z czynem zarzucenym w pkt III aktu oskarżenia uznał oskarżonego M. W. (1) za winnego popełnienia przestępstwa z art. 288 § 2 kk i art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk przy zast. art. 11 § 2 kk na szkodę (...) Sp. z o. o. Sp. k. w G. i za to na mocy art. 14 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk wymierzył mu karę 1 roku pozbawienia wolności,
- w pkt 3 w związku ze skazaniem w pkt 2 na mocy art. 46 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego obowiązek częściowego naprawienia szkody poprzez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego (...) Sp. z o. o. Sp. k. w G. kwoty 263,21 złotych,
- w pkt 4 w miejsce czynu zarzucanego w pkt V uznał oskarżonego za winnego popełnienia wykroczenia kradzieży z art. 119 § 1 kw oraz przestępstwa z art. 278 § 1 i 5 kk i wymierzył mu, za przypisane wykroczenie na mocy art. 119 § 1 kw karę 30 dni aresztu, a za przypisane przestępstwo na mocy art. 278 § 1 kk karę 6 miesięcy pozbawienia wolności,
- w pkt 5 w związku z ukaraniem za wykroczenie w pkt 4 na mocy art. 119 § 4 kw zobowiązał oskarżonego do zapłaty na rzecz pokrzywdzonego A. P. równowartości ukradzionego mienia w kwocie 85 złotych,
- w pkt 6, w miejsce zarzucanego w pkt VI aktu oskarżenia czynu z art. 286 § 1 kk polegającego na tym, że w dniu 6 sierpnia 2015 r. w G. działając w celu osiągnięcia korzyści materialnej doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem pracownika sklepu (...) za pomocą wprowadzenia w błąd w ten sposób, że za zakupione towary dokonał płatności metodą zbliżeniową skradzioną kartą bankomatową, przez co wyrządził szkodę w wysokości 30 złotych w mieniu A. P., uznał oskarżonego M. W. (2) za winnego tego, że w dniu 6 sierpnia 2015 r. w G. działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej dokonał płatności metodą zbliżeniową skradzioną kartą bankomatową (...) Bank (...), czym wpłynął bez upoważnienia na automatyczne przetwarzanie danych informatycznych, wyrządzając szkodę w wysokości 30 złotych w mieniu A. P., przy czym uznał ten czyn za wypadek mniejszej wagi i kwalifikując jako przestępstwo z art. 287 § 2 kk wymierzył za to oskarżonemu na mocy tego przepisu karę 3 miesięcy pozbawienia wolności,
- w pkt 7 w związku ze skazaniem w pkt 6 orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa korzyści osiągniętej przez oskarżonego z popełnionego przestępstwa w kwocie 30 złotych,
- w pkt 8 na mocy art. 86 § 1 kk w zw. z art. 91 § 2 kk połączył orzeczone wobec oskarżonego, a opisane powyżej, jednostkowe kary pozbawienia wolności i wymierzył mu karę łączną 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności,
- w pkt 9 orzekł na mocy art. 624 § 1 kp i art. 17 ustawy o opłatach w sprawach karnych o zwolnieniu oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych.

Apelacje od tego wyroku złożył jedynie oskarżyciel publiczny. Zaskarżył orzeczenie na niekorzyść oskarżonego co do winy w zakresie przypisanego mu w pkt 6 przestępstwa, a tym samym po myśli domniemania z art. 447 § 1 kp co do wymierzonych za ten czyn kary oraz środka karnego, w konsekwencji i kary łącznej. Zarzucając obrazę prawa materialnego poprzez zakwalifikowanie czynu oskarżonego jako przestępstwa z art. 287 § 2 kk, podczas gdy

prawidłowo ustalony stan faktyczny wskazuje, że oskarżony swoim zachowaniem wyczerpał znamiona przestępstwa z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 286 § 3 kk, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 6 poprzez uznanie oskarżonego za winnego tego, że w dniu 6 sierpnia 2015 r. w G., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadził pracownika sklepu (...) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem A. P. w wysokości 30 złotych, wyzyskując błąd pracownika co do swojego upoważnienia do posługiwania się należącą do A. P. kartą płatniczą (...) Bank (...) w ten sposób, że za zakupione towary dokonał płatności metodą zbliżeniową z wykorzystaniem karty należącego do pokrzywdzonego, przy czym czyn ten stanowi wypadek mniejszej wagi i wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 286 § 3 kk.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Apelacja Prokuratora okazała się skuteczną o tyle, że doprowadziła do nieznacznej korekty zaskarżonego wyroku polegającej na innym określeniu czynności sprawczej oskarżonego w zakresie przypisanego mu występkę z art. 287 § 2 kk. Nadto w ramach zmiany zaskarżonego wyroku w oparciu o art. 63 § 1 kk należało zaliczyć oskarżonemu W. na poczet orzeczonej wobec niego kary łącznej pozbawienia wolności 2 dni zatrzymania w sprawie.

Nie podzielił natomiast Sąd II instancji zapatrywania skarżącego, iż prawidłowo ustalony w odniesieniu do tego czynu stan faktyczny, oparty na całokształcie okoliczności sprawy wynikających ze zgromadzonego materiału dowodowego, poddanego ocenie pozostającej pod ochroną art. 7 kpk, uzasadniał zakwalifikowanie zachowania oskarżonego polegającego na dokonaniu płatności metodą zbliżeniową za zakupy w kwocie 30 złotych skradzioną pokrzywdzonemu kartą płatniczą jako stanowiące wypadek mniejszej wagi oszustwo.

Wedle apelującego oskarżony miał w ten sposób, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadzić pracownika sklepu do niekorzystnego rozporządzenia przez niego cudzym mieniem, tj. środkami pieniężnymi zgromadzonymi na rachunku bankowym pokrzywdzonego, za pomocą wprowadzenia w błąd co do uprawnienia posługiwania się rzeczonym instrumentem płatniczym.

Natomiast, jak to wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, Sąd Rejonowy wykluczył możliwość pociągnięcia M. W. (1) w tym zakresie do odpowiedzialności karnej za oszustwo z tego względu, że w czynnościach pracownika sklepu obsługującego oskarżonego przy dokonywaniu zakupu, konkretnie podczas zapłaty ceny realizowanej metodą zbliżeniową za pomocą skradzionej karty płatniczej, nie dostrzegwał rozporządzenia cudzym mieniem, konkretnie środkami pieniężnymi prawowitego posiadacza owej karty zgromadzonymi na rachunku bankowym, do obsługi którego owa karta została przypisana.

Tymczasem jest oczywistym i nie budzi również wątpliwości skarżącego, że dla przypisania oszustwa koniecznym jest stwierdzenie tożsamości osoby rozporządzającej cudzym mieniem i wprowadzonej w błąd. Nie miał już jednak Sąd I instancji wątpliwości, iż oskarżony dokonując w opisany sposób zapłaty za zakupy, działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Dzięki temu wszedł w posiadanie nabytego towaru nie ponosząc faktycznie po swojej stronie żadnego wydatku. Zwiększył zatem jedynie swe aktywa. Nie widział też w zasadzie Sąd Rejonowy przeszkód, by przyjąć, że oskarżony dokonując płatności za zakupy wprowadził pracownika sklepu w błąd co do dysponowania uprawnieniem do posługiwania się instrumentem płatniczym, z którego skorzystał. Zataił przecież przed nim pochodzenie przedmiotowej karty oraz nie ujawnił się ze swoją tożsamością.

Istota środka odwoławczego sprowadza się zatem do polemiki z oceną wyrażoną przez Sąd Rejonowy, iż pracownik sklepu obsługujący terminal służący do realizacji płatności kartą płatniczą metodą zbliżeniową bez potrzeby jej autoryzacji kodem PIN nie może być uważany za osobę, która w ten sposób rozporządza pieniędzmi ulokowanymi na rachunku bankowym posiadacza karty.

Oskarżyciel publiczny optując za stanowiskiem przeciwnym powołał się na uregulowania zawarte w ustawie z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 2003; dalej: uup) i wyrażone na tym tle w piśmiennictwie (zob. P. Opitek, Kwalifikacja prawna przestępstw związanych z transakcjami kartowymi, Prok. i Pr. 2017/2; Ł. Obzejta, Przestępstwa związane z używaniem kart płatniczych, Część I, ABC nr 176273)

oraz orzecznictwie jednego z sądów rejonowych (zob. wyrok SR w Jeleniej Górze z dnia 16 marca 2015 r., II K 1662/14), poglądy odnoszące się do kwalifikowania czynów polegających na płatnościach realizowanych kartami płatniczymi metodą zbliżeniową w tzw. trybie manualnym, gdzie nie mamy doczynienia z czytnikiem kart w pełni automatycznym, nie wymagającym udziału akceptanta. Na ich podstawie, a konkretnie definicji legalnej usługi płatniczej zawartej w art. 3 pkt 5 uup, twierdzi, że akceptant, który jest też odbiorcą płatności, a nie płatnik, czyli osoba używająca karty, dokonuje rozporządzenia mieniem jej posiadacza, bowiem to czynności faktyczne podejmowane przez akceptanta związane z obsługą terminala płatniczego (tzw. (...u), takie jak uruchomienie urządzenia, wprowadzenie ceny za towar, a następnie jej zatwierdzenie, stanowią warunek konieczny do zrealizowania płatności kartowej. Podnosi, że już w momencie weryfikacji karty bezpośrednio przed ostatecznym zatwierdzeniem transakcji na rachunku płatnika blokowane są środki do wysokości tak zadysponowanej kwoty. Uważa przy tym, iż dokonanie płatności za towar metodą zbliżeniową odbywa się na zasadzie polecenia zapłaty, gdzie transakcję płatniczą inicjuje odbiorca (jednocześnie akceptant), zaś płatnik jedynie udziela na to zgody. Zatem to akceptant powoduje zablokowanie środków, którymi następnie dysponuje centrum rozliczeniowe oraz wystawca karty (bank) pobierając kwotę transakcji. Konstatuje w związku z tym oskarżyciel publiczny, że zablokowanie środków na rachunku pokrzywdzonego na skutek zainicjowania transakcji przez pracownika sklepu stanowi rozporządzenie jego mieniem rozumiane szeroko na gruncie art. 286 § 1 kk jako wszelkie czynności prowadzące do zmiany stanu majątkowego, tym bardziej, kiedy mają umocowanie w przepisach oraz w umowach obowiązujących pomiędzy podmiotami realizującymi płatności kartowe.

Z wnioskami płynącymi z przedstawionego wywodu nie sposób się jednak zgodzić w sytuacji, gdy są efektem pobieżnego przedstawienia roli akceptanta w przebiegu transakcji kartowej realizowanej w tzw. trybie manualnym metodą zbliżeniową.

Dla jej zrozumienia należy w pierwszej kolejności szerzej spojrzeć na przepisy ustawy o usługach płatniczych.

Wedle zawartych w jej art. 2 definicji legalnych:

- użytkownikiem jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, korzystająca z usług płatniczych w charakterze płatnika lub odbiorcy (pkt 34),
- płatnikiem jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, składająca zlecenie płatnicze (pkt 22),
- odbiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna nie będąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, będąca odbiorcą środków pieniężnych stanowiących przedmiot transakcji płatniczej (pkt 18),
- akceptantem jest odbiorca inny niż konsument, na rzecz którego agent rozliczeniowy świadczy usługę płatniczą (pkt 1b),
- zleceniem płatniczym jest oświadczenie płatnika lub odbiorcy skierowane do jego dostawcy zawierające polecenie wykonania transakcji płatniczej (pkt 36).
- transakcją płatniczą jest zainicjowana przez płatnika lub odbiorcę wpłata, transfer lub wypłata środków pieniężnych (pkt 29),
- instrumentem płatniczym jest zindywidualizowane urządzenie lub uzgodniony przez użytkownika i dostawcę zbiór procedur, wykorzystywanych przez użytkownika do złożenia zlecenia płatniczego (pkt 10),
- kartą płatniczą jest karta uprawniająca do wypłaty gotówki lub umożliwiająca złożenie zlecenia płatniczego za pośrednictwem akceptanta lub agenta rozliczeniowego, akceptowaną przez akceptanta w celu otrzymania przez niego należnych mu środków (pkt 15a)

- agentem rozliczeniowym jest dostawca prowadzący działalność w zakresie świadczenia usługi płatniczej, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 upp (pkt 1a),
- wydawcą karty płatniczej jest dostawca wydający kartą płatniczą do dyspozycji płatnika (pkt 35c),
- rachunkiem płatniczym jest rachunek prowadzony dla jednego lub większej ilości użytkowników służący do wykonywania transakcji płatniczych, przy czym rozumie się przez niego również rachunek bankowy, jeżeli ten rachunek służy do wykonywania transakcji płatniczych (pkt 25),
- przetwarzaniem transakcji płatniczych są czynności o charakterze technicznym i operacyjnym, stanowiące etap wykonywania transakcji płatniczej, w szczególności obejmujące inicjację transakcji, w tym weryfikację instrumentu płatniczego oraz użytkownika tego instrumentu, sprawdzenie danych umożliwiających przeprowadzenie transakcji, w tym stanu rachunku, możliwości dokonania transakcji z wykorzystaniem instrumentu płatniczego oraz dostępności systemu łączności pomiędzy dostawcami usług płatniczych, a także generowanie potwierdzenia dokonania transakcji (pkt 24a).

Z kolei w art. 3 ust. 1 zdefiniowano usługi płatnicze. W zakresie istotnym dla rozpatrywanego przypadku usługami płatniczymi w rozumieniu rzeczonyj ustawy jest działalność polegająca na:

- wykonywaniu transakcji płatniczych, w tym transferu środków pieniężnych na rachunek płatniczy u dostawcy użytkownika lub u innego dostawcy (pkt 2), przez wykonywanie usług polecenia zapłaty, w tym jednorazowych poleceń zapłaty (lit. a), przy użyciu karty płatniczej lub podobnego instrumentu płatniczego (lit. b),
- umożliwianiu wykonania transakcji płatniczych, zainicjowanych przez akceptanta lub za jego pośrednictwem, instrumentem płatniczym płatnika, w szczególności na obsłudze autoryzacji, przesyłaniu do wydawcy karty płatniczej lub systemów płatności zleceń płatniczych płatnika lub akceptanta, mających na celu przekazanie akceptantowi należnych mu środków, z wyłączeniem czynności polegających na jej rozliczeniu i rozrachunku w ramach systemu płatności w rozumieniu ustawy o ostateczności rozrachunku (acquiring) (pkt 4).

Jednocześnie w art. 3 ust. 2 upp polecenie zapłaty zdefiniowano jako usługę płatniczą polegającą na obciążeniu określoną kwotą rachunku płatniczego płatnika na skutek transakcji płatniczej zainicjowanej przez odbiorcę, dokonywanej na podstawie zgody, której płatnik udzielił odbiorcy, dostawcy odbiorcy lub dostawcy płatnika.

Warto też zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 40 ust. 1 upp transakcje płatniczą uważa się za autoryzowaną, jeżeli płatnik wyraził zgodę na wykonanie transakcji płatniczej w sposób przewidziany w umowie między płatnikiem, a jego dostawcą. Z kolei wedle art. 41 ust. 1 upp do udzielenia owej zgody może być używany określony instrument płatniczy.

Należy również podkreślić, że art. 49 ust. 1 upp, określający moment otrzymania zlecenia płatniczego przez dostawcę płatnika, wskazuje, iż zlecenie płatnicze przekazywane jest bezpośrednio przez płatnika lub pośrednio przez odbiorcę albo za jego pośrednictwem.

Rzeczywiście jest też tak, że przy dokonywaniu płatności z użyciem karty płatniczej identyfikującej osobę upoważnioną do jej używania, osoba korzystająca z tej karty jest obowiązana do okazania akceptantowi, na jego żądanie, dokumentu potwierdzającego jej tożsamość (art. 59b upp). Z kolei umowa w zakresie, w jakim obejmuje wydanie karty płatniczej, określa czy karta jest wydawana na okaziciela czy też na rzecz oznaczonej osoby (art. 59a upp).

Z przepisów ustawy o usługach płatniczych wynika zatem, że:

- wykonanie usługi polecenia zapłaty, a użycie karty płatniczej to całkowicie różne sposoby wykonywania transakcji płatniczych i w żadnym razie nie można ich ze sobą utożsamiać lub przynajmniej do siebie przyrównywać, co w sposób zupełnie nieuprawniony czynił skarżący,

- usługa płatnicza, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5, jest świadczona przez agenta rozliczeniowego, a nie przez akceptanta,
- karta płatnicza jest jednym z instrumentów płatniczych i może być używana również do autoryzacji transakcji płatniczych wykonywanych przy jej użyciu,
- inicjacja transakcji płatniczych, w tym w przypadku użycia karty płatniczej weryfikacja jej użytkownika, dokonywane przez akceptanta lub za jego pośrednictwem, jako czynności o charakterze technicznym i operacyjnym nie mogą być utożsamiane z poleceniem wykonania transakcji płatniczej,
- zlecenie płatnicze składa płatnik lub odbiorca, przy czym płatnik może tego dokonywać bezpośrednio lub pośrednio przez odbiorcę albo za jego pośrednictwem.

Ustawa jednocześnie nie rozstrzyga w przypadku użycia karty płatniczej, od kogo pochodzi zlecenie płatnicze, czyli polecenie wykonania transakcji płatniczej, mianowicie czy od płatnika, czy od odbiorcy. Wskazuje jedynie, że karta płatnicza umożliwia złożenie zlecenia płatniczego w określony sposób i w określonym celu.

Ze swej istoty, jeśli uwzględnimy również z praktyki wydawania i korzystania z kart płatniczych, typowe postanowienia umów zawieranych pomiędzy użytkownikami tego instrumentu płatniczego, a jego wydawcami, musi być jednak przyjętym za pewnik, że wyłącznie uprawnionymi do korzystania z kart płatniczych są osoby, które bądź faktycznie władają tego rodzaju instrumentem płatniczym (tzw. karty na okaziciela), bądź na ich rzecz zostały one wydane.

Z tego musi wynikać w sposób nie pozostawiający najmniejszych wątpliwości, że przy wykonywaniu transakcji płatniczych przy użyciu kart płatniczych, zlecenie płatnicze pochodzić będzie od osoby uprawnionej do korzystania z karty płatniczej. Niewątpliwie nie jest nią odbiorca, a więc i akceptant. Inną kwestią pozostaje natomiast, iż tego rodzaju zlecenie płatnik może złożyć za pośrednictwem m.in. akceptanta. Zawsze jednak będzie to oświadczenie osoby korzystającej z karty płatniczej skierowane do dostawcy płatnika zawierające polecenie wykonania transakcji płatniczej.

Co więcej to płatnik używając w określony sposób karty płatniczej autoryzuje transakcję płatniczą. Rolą akceptanta jest zaś, w przypadku transakcji płatniczych wykonywanych przy użyciu karty płatniczej w tzw. trybie manualnym, a więc przy wykorzystaniu terminala płatniczego tzw. (...), jedynie podjęcie czynności o charakterze technicznym i operacyjnym stanowiących etap wykonania transakcji płatniczej. Do nich należy m.in. inicjacja transakcji w sposób przedstawiony przez apelującego, a nawet podjęcie pewnych działań weryfikacyjnych.

W okolicznościach sprawy niewątpliwie mieliśmy doczynienia z kartą płatniczą wydaną konkretnie na rzecz pokrzywdzonego, a więc tylko on był uprawnionym do korzystania z niej. Natomiast w sposób nieuprawniony użył jej oskarżony płacąc za zakupy przy wykorzystaniu technologii zbliżeniowej. Dokonał tego w ten sposób, że po uruchomieniu terminala płatniczego przez pracownika sklepu posiadającego w tym przypadku status odbiorcy będącego akceptantem, następnie wprowadzeniu przez niego do urządzenia ceny za towar oraz jej zatwierdzeniu, oskarżony zbliżył do niego posiadany i nielegalnie przez to użyty instrument płatniczy. Dopiero zaś z tym momentem w ramach przetwarzania transakcji płatniczej zainicjowanej wprawdzie przez odbiorcę, nie mniej konkretnie na podstawie zlecenia płatniczego złożonego przez oskarżonego i przez niego autoryzowanej w ten sposób transakcji wykonywanej przy użyciu skradzionej karty płatniczej, nastąpiła blokada środków na rachunku bankowym pokrzywdzonego, z czasem rozliczonych poprzez obciążenie tego rachunku kwotą przetransferowaną na rachunek odbiorcy, czyli sprzedawcy.

Na podstawie wszystkiego, co powyżej zostało przedstawione w kwestii płatności dokonywanych kartami płatniczymi i wynika z ustawy o usługach płatniczych, jak też miało odzwierciedlenie w przebiegu przedmiotowej płatności wykonanej poprzez przyłożenie tegoż instrumentu płatniczego uprzednio utraconego na skutek kradzieży przez pokrzywdzonego do terminala płatniczego, na którym przez pracownika sklepu (...) czyli osobę wykonującą czynności

akceptanta, została ona jedynie w stosowny sposób zainicjowana, ale już poddana autoryzacji przez osobę posługującą się kartą po uprzednim złożeniu przez nią zlecenia płatniczego, iż czynności realnie prowadzące do zmiany stanu majątkowego osoby, na rzecz której owa karta płatnicza była wydana i której rachunek bankowy posłużył do rozliczenia rzeczonyj transakcji poprzez obciążenie go kwotą płatności wynosząca 30 złotych, wykonane zostały tak naprawdę wyłącznie przez oskarżonego. Pracownik sklepu był jedynie osobą, która technicznie zainicjowała transakcję, jak też umożliwiła, by za jej pośrednictwem związanym z udostępnieniem terminala płatniczego, oskarżony złożył zlecenie płatnicze poprzez przyłożenie użytej karty płatniczej do tego urządzenia, a przez to również dokonanie autoryzacji tak zleconej transakcji.

Zdaniem Sądu odwoławczego identyfikacja w osobie oskarżonego podmiotu składającego przedmiotowe zlecenie płatnicze, jak też autoryzującego powiązaną z nim transakcję płatniczą, musiały zadecydować o tym, że najzupełniej prawidłowo przez Sąd Rejonowy zostało przyjętym, iż w rozpatrywanym przypadku rozporządzającym mieniem pokrzywdzonego w postaci kwoty 30 złotych wytransferowanych z jego rachunku bankowego był właśnie M. W. (2). Z przyczyn oczywistych było ono niekorzystnym, dokonane zostało też w celu osiągnięcia przez sprawcę korzyści majątkowej, nie mniej nie nastąpiło pod wpływem błędu osoby rozporządzającej cudzym mieniem. Oskarżony nie mógł się bowiem samemu wprowadzić w błąd co do okoliczności, które były mu wiadome już tylko z tego względu, że dokonał kradzieży karty płatniczej wydanej pokrzywdzonemu przez (...) Bank (...), co też zostało mu przypisane w pkt 4 zaskarżonego wyroku.

Tym samym nie można się było zgodzić z argumentami apelującego, który zdawał się twierdzić, iż przedstawione wyżej czynności techniczne i operacyjne podejmowane przez akceptanta, stanowiące przetwarzanie transakcji płatniczej na etapie jej wykonywaniu przy użyciu karty płatniczej, miałyby przemawiać za tym, że pracownik sklepu (...) w krytycznym czasie i miejscu rozporządził mieniem pokrzywdzonego w postaci środków pieniężnych zapisanych na jego rachunku bankowym służącym do rozliczenia tej transakcji. W żadnym razie nie dochodzi jeszcze do rozporządzenia mieniem w momencie, gdy akceptant podejmuje czynności faktyczne związane z obsługą (...)u i stanowiące warunek konieczny do realizowania płatności kartowej.

Z tych względów nie mogło być mowy w przypadku dokonanej przez oskarżonej płatności zbliżeniowej przypisanej mu w pkt 6 zaskarżonego wyroku o zrealizowaniu znamion oszustwa stypizowanego w art. 286 § 1 kk, choćby w postaci uprzywilejowanego wypadku mniejszej wagi z art. 286 § 3 kk.

Nie budziło z kolei wątpliwości, że art. 287 § 1 kk ma zastosowanie do bezprawnie realizowanych transakcji kartowych. W takiej sytuacji sprawca niewątpliwie ingeruje bez upoważnienia w dane informatyczne. Przetworzeniu ulegają przecież dane zapisywane i archiwizowane na serwerach banku, a dotyczące dokonanych transakcji i salda na rachunku bankowym. Poza tym sprawca działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, choć rzeczywiście stanowi to tylko środek do realizacji zasadniczego celu, jakim jest wykorzystanie środków zapisanych na rachunku bankowym osoby, na rzecz której karta została wydana, do uiszczenia na rzecz sprzedającego ceny za pomocą bezprawnego użycia tegoż instrumentu płatniczego.

Bezprawne użycie karty płatniczej polegające na wykorzystaniu jej funkcjonalności w postaci technologii zbliżeniowej realizuje natomiast znamiona kradzieży z włamaniem z art. 279 § 1 kk bez względu na wartość w ten sposób zawładniętych środków pieniężnych zapisanych na rachunku. Istotą włamania nie musi być przecież przeniknięcie sprawy do wnętrza zamkniętego pomieszczenia na skutek przełamania jego zabezpieczeń, lecz samo przełamanie zabezpieczeń zamykających dostęp do mienia i jednocześnie manifestujących wolę właściciela (użytkownika) mienia niedopuszczenia do niego niepowołanych osób (zob. wyrok SA w Szczecinie z dnia 14 października 2008 r., II AKa 120/08, LEX nr 508308). Stąd powszechnie przyjmuje się, że transakcje bankowe wymagające podania PIN-u uznawane są za kradzież z włamaniem (zob. np. postanowienie SN z dnia 25 lutego 2014 r., IV KK 42/14, niepubl.). Podzielić jednak należy również pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 22 marca 2017 r. (III KK 349/16, LEX nr 2294383), że PIN jest oczywiście istotnym zabezpieczeniem dostępu do środków zgromadzonych przez właściciela karty płatniczej, ale zabezpieczeniem dodatkowym. Tym pierwotnym jest bowiem 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. Dokonując w takich warunkach płatności kartą, doprowadza do zmniejszenia aktywów na rachunku bankowym 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 od razu ich ekwiwalent w postaci towaru lub usługi. Dla kwalifikacji prawnej takiego zachowania bez znaczenia przy tym pozostaje schemat technicznego działania systemu, który obsługuje konkretną operację, a w szczególności, czy jest to transakcja autoryzowana przez bank – wystawcę karty, czy też nieautoryzowana (tzw. transakcja offline) pozwalająca na dokonanie płatności nawet ponad dostępne środki.

Co prawda Sąd Rejonowy uważa, iż w takim układzie okoliczności nie dochodzi do zawładnięcia owymi środkami pieniężnymi przez sprawcę, gdyż stoi na stanowisku, iż musi się z nim wiązać zgodnie z tzw. teorią zawładnięcia przejście faktycznego władztwa z jednego podmiotu na drugi. Zbyt jednak dosłownie i w oderwaniu od charakterystyki tego, co miało się stać konkretnie obiektem zawładnięcia, postrzega związane z tym zmiany w zakresie faktycznego władztwa. W przypadku środków pieniężnych zapisanych na rachunku bankowym, stanowiących przecież rzecz ruchomą, a tym samym przedmiot czynności wykonawczej przestępstwa kradzieży, czy kradzieży z włamaniem, nie sposób w tym zakresie ograniczać się do pojęć, których rozumienie wiązać należy z czymś namacalnym, dostrzegalnym zewnątrz. Obecnie przecież ustawodawca nie pozostawia wątpliwości w świetle definicji legalnej rzeczy ruchomej zawartej w art. 115 § 9 kk, iż środki pieniężne zapisane na rachunku, a więc tzw. pieniądź bezgotówkowy, mogą zostać ukradzione, również za pomocą włamania, jak każda rzecz ruchoma.

Nie jest przy tym oczywistym, iż owy pieniądź bezgotówkowy jest rzeczą ruchomą na gruncie Kodeksu karnego dopiero od dnia 27 kwietnia 2017 r. zgodnie ze znowelizowanym z tym dniem art. 115 § 9 kk w brzmieniu nadanym przez art. 1 pkt 5a ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r. poz. 768), uwzględniającym wprost, że rzeczą ruchomą jest także środek pieniężny zapisany na rachunku. Bez potrzeby czynienia w tym zakresie szerszych wywodów, a to z przyczyn, o których poniżej, uzupełnienie art. 115 § 9 kk o sformułowanie „środek pieniężny zapisany na rachunku”, jak wskazano w uzasadnieniu projektu tej ustawy (Druk sejmowy Nr 1186), miało na celu usunięcie wątpliwości odnośnie tego, czy środki pieniężne (pieniądz bezgotówkowy) znajdujące się na rachunku płatniczym, bankowym lub jakimkolwiek innym można uznać za rzecz ruchomą. Można przytoczyć poglądy wyrażane w orzecznictwie, wedle których dopuszczalnym jest uznanie wymienionych środków za rzecz ruchomą (por. wyrok SA w Szczecinie z dnia 30 kwietnia 2014 r., II AKa 52/14, LEX nr 1469407 oraz wyrok SA w Warszawie z dnia 29 stycznia 2014 r. II AKa 382/13, LEX nr 1428241). Kwestia ta została rozstrzygnięta na gruncie art. 284 kk, a zatem przestępstwa przywłaszczenia, którego przedmiotem czynności wykonawczej są także rzeczy ruchome. W powołanych orzeczeniach wskazano, że przedmiotem tego przestępstwa może być każda rzecz ruchoma, w tym również pieniądź, który występuje albo w postaci gotówki albo jako pieniądź bezgotówkowy, np. w formie zapisu na rachunku bankowym.

Kiedy zaś sprawca czynu z art. 287 § 1 kk dąży do kradzieży mienia chronionego zabezpieczeniem elektronicznym, uzasadniałoby to tezę o pozornym zbiegu przepisów art. 279 § 1 kk i art. 287 § 1 kk. „Zabezpieczenie elektroniczne” nie chroni tutaj danych informatycznych dotyczących cudzego mienia, lecz konkretną rzecz ruchomą, którą włamywacz chce zabrać w celu przywłaszczenia. Pełni więc rolę przeszkody zabezpieczającej mienie przed jej zaborem. W rezultacie art. 287 § 1 kk zostawałby pochłonięty w ten sposób, że nie istniałaby potrzeba powoływania się na niego. Naruszenie bezpieczeństwa wspomnianych danych jest bowiem konieczną i logiczną, a poza tym typową konsekwencją kradzieży pieniędzy poprzez przełamanie zabezpieczenia elektronicznego. Nie miałyby znaczenia przy pominięciu art. 287 § 1 kk, że oprócz przedmiotu ochrony typowego dla kradzieży z włamaniem (tj. mienia), znamiona oszustwa komputerowego chronią jeszcze dodatkową wartość – proces teleinformatycznego przetwarzania informacji.

Dla kompletności wyводу odnotować jednak należy, iż w piśmiennictwie oraz orzecznictwie wypowiedany jest również pogląd, wedle którego przepis art. 287 kk może pozostawać w kumulatywnym zbiegu z przepisem art. 279 § 1

kk (zob. A. Wąsek, Glosa do wyroku SN z dnia 11 września 2002 r., s. 103; wyrok SA w Szczecinie z dnia 14 października 2008 r., II AKa 120/08, LEX nr 508308)

Nie mniej, gdy w rozpatrywanym przypadku, już tylko ze względu na ograniczenia w zakresie orzekania na niekorzyść oskarżonego wynikające z podniesionego w apelacji prokuratora uchybienia (art. 434 § 1 kpk), nie wchodziło w grę kwalifikowanie czynu przypisanego oskarżonemu jako kradzieży z włamaniem nawet w postaci uprzywilejowanego wypadku mniejszej wagi (art. 279 § 1 kk w zw. z art. 283 kk), a to ze względu na ustawowe zagrożenie oraz konsekwencje na przyszłość w zakresie recydywy (w kontekście unormowania art. 64 § 2 kk), oczywistym być musiało, że przynajmniej realizował on znamiona czynu zabronionego stypizowanego w art. 287 § 2 kk, a więc wypadku mniejszej wagi czynu o znamionach określonych w art. 287 § 1 kk. Najzwyczajniej „odżyć” musiała tego rodzaju kwalifikacja w sytuacji, kiedy nie było możliwym zastosowanie pomijalnego zbiegu przepisów i poprzestanie na zakwalifikowaniu czynu przypisanego oskarżonemu jako kradzieży z włamaniem.

Błędnie jednak Sąd Rejonowy przyjął, iż podczas dokonywania płatności na zasadzie odczytu zbliżeniowego dochodzi do wpłynięcia na automatyczne przekazywanie danych informatycznych.

Przez „wpływanie” na gruncie art. 287 § 1 kk rozumie się bowiem dokonywanie zmiany przez sprawcę w autentycznym procesie przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania danych informatycznych, która powoduje, że ich gromadzenie, przetwarzanie lub przekazywanie odbywa się w inny sposób, niż był założony. Wpływanie oznacza więc w tym przypadku ingerencję podmiotu zewnętrznego w automatyczny proces obróbki danych informatycznych polegający na ich przetwarzaniu, gromadzeniu lub przekazywaniu, prowadzącą do przekształcenia, zniekształcenia lub jakiegokolwiek innej transformacji tego procesu automatycznego, która sprawia, że po zakończeniu oddziaływania sprawcy automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych będzie przebiegać inaczej, niż przed dokonaniem tej czynności. Innymi słowy „wpływanie” określa czynność sprawczą związaną z ingerencją w pewien proces obróbki danych informatycznych i może przejawiać się wszelkimi formami zakłócania przebiegu tego procesu, utrudniania jego przebiegu, uniemożliwiania jego rozpoczęcia, kontynuacji lub zakończenia, zniekształcenia przebiegu tego procesu lub jego wyników (zob. Małgorzata Dąbrowska-Kardas, Piotr Kardas, Komentarz do art. 287 kk, t. 29-31, el/LEX oraz B. Kunicka-Michalska, Oszustwo komputerowe, s. 103 i n.). Tymczasem oskarżony swoim zachowaniem nie tyle wpłynął na proces obróbki danych informatycznych, co go po prostu uruchomił. Wprowadzał jednak w ten sposób w systemie informatycznym banku nowe zapisy danych informatycznych, tzn. uzupełniał zapisy danych o nowe, niewystępujące w pierwotnej wersji elementy, które prowadziły do modyfikacji zapisu w całości lub jedynie zmiany jego części, przez umieszczenie w zapisie danych informatycznych nie występujących wcześniej w nim elementów. W tym też właśnie wyrażała się na gruncie art. 287 § 1 kk realizowana przez niego poprzez dokonanie tzw. płatności zbliżeniowych czynność sprawcza. Nic chodziło mu przecież też jedynie o zmianę zapisu danych informatycznych polegająca na przekształceniu zapisu tych danych, modyfikacji treści tych zapisanych danych informatycznych.

Z tego względu, orzekając w granicach zaskarżenia i podniesionego zarzutu, należało wyeliminować wskazane uchybienie i skorygować zaskarżony wyrok w pkt 6 poprzez przyjęcie, że oskarżony dokonując płatności metodą zbliżeniową wskazaną kartą bankomatową, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej bez upoważnienia wprowadzał nowe zapisy danych informatycznych w systemie informatycznym (...) Banku (...) dotyczące transakcji i salda na rachunku bankowym posiadanym w tym banku przez A. P.. Tylko w takiej postaci oddana będzie właściwie istota czynu popełnionego przez oskarżonego, a tym samym spełnionym będzie wymóg jego dokładnego opisanie (art. 413 § 2 pkt 1 kpk). Dodać trzeba, iż tego rodzaju korekta była ambiwalentną z punktu widzenia interesów oskarżonego.

Wniesienie środka odwoławczego w części odnoszącej się do winy co do czynu z pkt 6 spowodowało też konieczność sprawdzenia w odniesieniu do tego czynu rozstrzygnięcia o karze i środku karnym, a w konsekwencji i orzeczenia o karze łącznej.

Sąd Okręgowy nie znalazł najmniejszych podstaw do zakwestionowania rodzaju i wysokości kary, jaka została wymierzona oskarżonemu w pkt 6. Podkreślenia wymaga, iż mógłby to uczynić jedynie wówczas, gdyby miała się

ona okazać rażąco niewspółmiernie surową. Nie sposób jednak uważać jej za wygórowaną i to w takim stopniu, że w następstwie prawidłowego zastosowania zasad wymiaru kary należałoby ją znacząco złagodzić. Tym samym nie widział też powodów do zaingerowania w orzeczenie o karze łącznej.

Błędem Sądu I instancji, stanowiącym o obrazie art. 63 § 1 kk, stwierdzonej w granicach zaskarżenia i podniesionego zarzutu, wymagającej stąd stosownej ingerencji Sądu II instancji w zaskarżony wyrok, było niezaliczenie oskarżonemu na poczet kary łącznej pozbawienia wolności okresu jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie, a był niewątpliwie zatrzymanym w dniu 5 listopada 2015 r. od godz. 2:25 do dnia 6 listopada 2015 r. do godz. 11:45 (k. 4). Zgodnie z art. 63 § 1 kk dokonując zaliczenia zaokrągliła się do pełnego dnia okres rzeczywistego pozbawienia wolności trwający krócej niż 24 godziny.

Na akceptację zasługiwało natomiast orzeczenie o przepadku oparte o art. 45 § 1 kk, kiedy korzyść uzyskana przez oskarżonego z przestępstwa z art. 287 § 2 kk, a ściślej jej równowartość, nie podlegała zwrotowi pokrzywdzonemu, ani też podmiotowi, który zdążył zrekompensować A. P. szkodę wynikłą z nieuprawnionej płatności dokonanej skradzioną mu kartą płatniczą. Nie zostało bowiem wykazany, iż podmiot ten dysponuje roszczeniem o zwrot owej rekompensaty dokonanej na rzecz pokrzywdzonego.

Nie dostrzegając natomiast innych uchybień, niż te, które doprowadziły do korekty zaskarżonego wyroku, a także nie stwierdzając uchybień stanowiących tzw. bezwzględne przyczyny odwoławcze z art. 439 § 1 kpk, Sąd Okręgowy w pozostałej części utrzymał go w mocy.

Zwalniając z kolei oskarżonego od kosztów sądowych z postępowanie odwoławcze po myśli art. 624 § 1 kpk, Sąd Okręgowy uznał, iż uiszczenie ich przez M. W. (2) byłoby zbyt uciążliwym, gdy przed nim pobyt w warunkach zakładu karnego, a nie posiada on stałych dochodów.