

**Sygnatura akt VI Ka 882/15**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **11 grudnia 2015** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Grzegorz Kiepusa

Protokolant Sylwia Sitarz

przy udziale Marka Dutkowskiego

Prokuratora Prokuratury Okręgowej

po rozpoznaniu w dniu 27 listopada 2015 r.

sprawy **1. G. B. (1) syna A. i B.,**

**ur. (...) w G.**

oskarżonego z art. 278§1 kk, art. 278§ 5 kk, art. 275§ 1 kk i art. 276 kk przy zast. art. 11§ 2 kk, art. 279§ 1 kk

**2. M. M. (1) syna M. i D.,**

**ur. (...) w G.**

oskarżonego z art. 278§ 1 kk, art. 278§ 5 kk, art. 275§ 1 kk i art. 276 kk przy zast. art. 11§ 2 kk, art. 279§ 1 kk

na skutek apelacji wniesionych przez obrońcę oskarżonych

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 15 maja 2015 r. sygnatura akt III K 289/14

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Rejonowemu  
w G. do ponownego rozpoznania.

VI Ka 882/15

## UZASADNIENIE

M. M. (1) i G. B. (1) zostali oskarżeni o to, że:

1) w dniu 1.01.2014r. w G. przy ul. (...), działając wspólnie i w porozumieniu dokonali zaboru w celu przywłaszczenia telefonu komórkowego marki S. (...) o wartości 500 zł, portfela wraz z gotówką w kwocie 300 zł, dowodem osobistym, prawem jazdy, dowodami rejestracyjnymi pojazdów marki P. (...), o numerach rejestracyjnych (...) i M., o numerach rejestracyjnych (...) wraz z opłatami ubezpieczeń, kartą kredytową Banku (...) i patentem żeglarskim, w wyniku czego powstały straty na łączną kwotę 800 zł na szkodę Z. O. (1), tj. o przestępstwo z art. 278 § 1 kk, art. 278 § 5 kk, art. 275 § 1 kk i art. 276 kk w zw. z art. 11 § 2 kk;

2) w dniu 3.01.2014r, w G. przy ul. (...), działając wspólnie i w porozumieniu, używając uprzednio skradzionej karty kredytowej, usiłowali pokonać jej elektroniczne zabezpieczenie w postaci kodu (...) w automacie bankomatowym Banku (...) oraz dokonać kradzieży pieniędzy w konta bankowego należącego do Z. O. (1), tj. o przestępstwo z art. 279 § 1 kk.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w Gliwicach z dnia 15.05.2015r. M. M. (1) i G. B. (1) zostali uznani za winnych tego, że:

1) w dniu 1.01.2014rr., działając wspólnie i w porozumieniu przywłaszczyli sobie należący do Z. O. (2) portfel wraz z gotówką w kwocie 300 zł, dowodem osobistym, prawem jazdy, dowodami rejestracyjnymi pojazdów marki P. (...), o numerach rejestracyjnych (...) i M., o numerach rejestracyjnych (...) wraz z opłatami ubezpieczeń, kartą kredytową Banku (...) i patentem żeglarskim, tj. przestępstwa z art. 278 § 5 kk, art. 275 § 1 kk i art. 276 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i za to na mocy art. 278 § 5 kk, art. 275 § 1 kk i art. 276 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, skazani zostali, a na mocy art. 278 § 5 kk w zw. z art. 11 § 3 kk wymierzono im kary po 6 miesięcy pozbawienia wolności;

M. M. (1) uznany został za winnego tego, iż:

2) w dniu 3.01.2014r, posługując się uprzednio bezprawnie przywłaśczonej kartą kredytową (...) Banku (...), usiłował dokonać kradzieży pieniędzy na szkodę Z. O. (1), próbując wypłacić je z rachunku bankowego pokrzywdzonego w bankomacie (...) Banku (...) w G. przy ul. (...), jednak zamierzonego celu nie osiągnął, tj. przestępstwa z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk i za to na mocy art. 279 § 1 kk skazany został na karę 1 roku pozbawienia wolności;

G. B. (1) został uznany za winnego tego, że:

3) w dniu 1.01.2014r. dokonał kradzieży pieniędzy w łącznej kwocie 149,18 zł na szkodę Z. O. (1) w ten sposób, że w sklepach (...) dokonał zakupów za tę kwotę, za które zapłacił zblizeniowo przy użyciu uprzednio bezprawnie przywłaśczonej karty kredytowej (...) Banku (...) należącej do pokrzywdzonego, tj. przestępstwa z art. 279 § 1 kk i za to na mocy art. 279 § 1 kk skazany został na karę 1 roku pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 kk i art. 86 § 1 kk wymierzono każdemu z oskarżonych

karę łączną w wysokości 1 roku pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności zaliczono oskarżonym okresy ich zatrzymania w sprawie: G. B. (1) w dniu 16.01.2014r. i w dniu 17.01.2014r., a M. M. (1) w dniu 20.01.2014r.

Na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy prawo o adwokaturze zasądzono od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. C. kwotę 516,60 zł tytułem wynagrodzenia za obronę z urzędu oskarżonego G. B. (1).

Na podstawie art. 624 § 1 kpk i art. 17 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych zwolniono oskarżonych od ponoszenia wydatków i opłat.

Apelacje od tego wyroku wywiedli obrońcy oskarżonych.

Obrońca oskarżonego M. M. (1) zarzucił wyrokowi co do czynu przypisanego oskarżonemu w pkt 1:

1) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, że czyn oskarżonego stanowi występki kradzieży stypizowany w art. 278 § 5 kk w zw. z art. 275 § 1 kk w zw. z art. 276 § 1 kk przy zastosowaniu art. 11 § 2 kk, podczas gdy brak jest podstaw do przyjęcia kwalifikacji z art. 278 § 5 kk, jako że nie sposób na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego uznać, że czyn sprawców stanowił przestępstwo kradzieży;

2) obrazę przepisów postępowania, a to art. 424 § 1 pkt 1 i 2 kpk, poprzez brak analizy zachowania oskarżonego pod kątem wypełnienia przez niego znamion zarzucanego mu przestępstwa oraz zaniechania wyjaśnienia podstawy

prawnej wyroku, co ma znaczenie dla niniejszego postępowania wobec tego, że status prawny elektronicznych instrumentów płatniczych jest wciąż nie do końca uregulowany na gruncie prawa karnego i wywołuje rozbieżności w orzecznictwie sądowym i doktrynie, stąd brak wyjaśnienia tej kwestii w uzasadnieniu uniemożliwia kontrolę instancyjną orzeczenia w tym zakresie;

co do czynu przypisanego oskarżonemu pkt 2:

1) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, że czyn oskarżonego stanowił usiłowanie udolne włamania kwalifikowane z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk, podczas gdy trudno uznać, by oskarżony rzeczywiście wypełnił znamiona tego przestępstwa;

2) mającą wpływ na treść orzeczenia obrazę przepisów postępowania, a to art. 424 § 1 pkt 1 i 2 kpk, poprzez zaniechanie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku i brak analizy zachowania oskarżonego pod kątem wypełnienia przez niego znamiona zarzucanego mu przestępstwa, wobec czego nie wiadomo, z jakich względów sąd uznał, że działanie oskarżonego polegające na próbach wpisywania zamiast numeru PIN, dowolnych kombinacji cyfr, stanowić miałyby usiłowanie udolne włamania.

W oparciu o podniesione zarzuty obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi rejonowemu do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego G. B. (1) zarzucił wyrokowi:

1) obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na jego treść, a mianowicie art. 439 § 1 pkt 9 kpk w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 kpk i art. 14 § 1 kpk, poprzez wyjście poza granice oskarżenia i uznanie oskarżonego G. B. (1) za winnego tego, iż w dniu 1.01.2014r. dokonał kradzieży pieniędzy w łącznej kwocie 149,18 zł na szkodę Z. O. (1) w ten sposób, że w sklepach (...) dokonał zakupów za tę kwotę, za które zapłacił zbliżeniowo przy użyciu uprzednio bezprawnie przywłaszczonej karty kredytowej (...) Banku (...) należącej do pokrzywdzonego, a w konsekwencji wydanie wyroku przy braku skargi uprawnionego oskarżyciela;

2) obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 413 § 1 pkt 5 kpk, poprzez nie rozstrzygnięcie w sentencji wyroku w zakresie zarzutu określonego w pkt II aktu oskarżenia w odniesieniu do oskarżonego G. B. (1), a w rezultacie nie objęcie sentencją wyroku tej części aktu oskarżenia, chociaż z treści pisemnego uzasadnienia wyroku wynika, iż w tym zakresie sąd pierwszej instancji nie przypisał oskarżonemu winy;

3) obrazę przepisów prawa materialnego w postaci błędnej kwalifikacji czynu polegającego na tym, że w dniu 1.01.2014r., działając wspólnie i w porozumieniu z M. M. (1), przywłaszczył sobie należący do Z. O. (1) portfel wraz z gotówką w kwocie 300 zł, dowodem osobistym, prawem jazdy, dowodami rejestracyjnymi pojazdów marki P. (...), o numerach rejestracyjnych (...) i M. o numerach rejestracyjnych (...) wraz z opłatami ubezpieczeń, kartą kredytową (...) Banku (...) i patentem żeglarskim, jako przestępstwa z art. 278 § 5 kk, art. 275 § 1 kk i art. 276 kk przy zastosowaniu art. 11 § 2 kk, podczas gdy zachowanie, jakiego dopuścił się oskarżony G. B. (1), nie wyczerpuje znamion ustawowych żadnego z w/w przepisów i winno zostać zakwalifikowane jako wykroczenie z art. 119 § 1 kw;

4) obrazę przepisów prawa materialnego w postaci błędnej kwalifikacji czynu polegającego na tym, że w dniu 1.01.2014r., dokonał kradzieży pieniędzy w łącznej kwocie 149,18 zł na szkodę Z. O. (1) w ten sposób, że w sklepach (...) dokonał zakupów za tę kwotę, za które zapłacił zbliżeniowo przy użyciu uprzednio bezprawnie przywłaszczonej karty kredytowej (...) Banku (...), należącej do pokrzywdzonego, jako przestępstwa z art. 279 § 1 kk, podczas gdy opisane zachowanie nie wyczerpuje ustawowych znamion czynu zabronionego kradzieży z włamaniem i winno zostać zakwalifikowane jako wykroczenie z art. 119 § 1 kw;

5) rażącą niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu G. B. (1) kary łącznej 1 roku pozbawienia wolności.

W oparciu o podniesione zarzuty obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w zakresie pkt 1, 4 i 5 w części dotyczącej oskarżonego G. B. (1) i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, zmianę

zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia czynu opisanego w pkt 2 aktu oskarżenia, uchylenie wyroku w zakresie pkt 3 i umorzenie postępowania w tym zakresie, ewentualnie o uchylenie wyroku w części dotyczącej oskarżonego G. B. (1) i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania bądź o zmianę wyroku w zakresie kary orzeczonej względem oskarżonego G. B. (1) poprzez orzeczenie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Apelacje okazały się skuteczne o tyle, że w wyniku ich wniesienia zaskarżony wyrok należało uchylić i przekazać sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Rację ma obrońca oskarżonego M. M. podnosząc, iż sąd rejonowy nie wyjaśnił podstawy prawnej wyroku w odniesieniu do obu czynów przypisanych oskarżonemu. W pisemnych motywach wyroku brak jest analizy zachowania oskarżonego pod kątem wypełnienia przez niego znamion ustawowych przypisanych mu przestępstw. Uchybienie to uniemożliwia kontrolę instancyjną albowiem sąd odwoławczy pozbawiony został możliwości skontrolowania rozumowania sądu. Wyjaśnienie podstawy prawnej orzeczenia nie może ograniczać się wyłącznie do wymienienia zastosowanych przepisów, lecz powinno polegać na przedstawieniu argumentacji przemawiającej za przyjęciem zastosowanej kwalifikacji prawnej czynu.

W odniesieniu do czynu przypisanego oskarżonym M. M. i G. B. w pkt 1 wyroku sąd ograniczył się do stwierdzenia, że zachowanie oskarżonych wypełniło znamiona występków z art. 278 § 5 kk, art. 275 § 1 kk i art. 276 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, przy czym jako podstawę wymiaru kary sąd powołał przepis art. 275 § 5 kk. Sąd nie wyjaśnił z jakich powodów, zarówno w kwalifikacji czynu, jak i w podstawie wymiaru kary przyjął ten przepis, w sytuacji gdy przypisał oskarżonym jedynie „przywłaszczenie” przedmiotów, wśród których znalazła się karta kredytowa (...) Banku (...). Wszak art. 278 § 5 kk odnosi się wyłącznie do „kradzieży” energii lub karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego. Jest oczywistym, iż pojęcia te na gruncie prawa karnego nie są tożsame.

Sąd przypisał oskarżonym przywłaszczenie sobie również portfela z gotówką w kwocie 300 zł. Fakt ten jednak nie znalazł jakiegokolwiek odzwierciedlenia w przyjętej kwalifikacji czynu. Z uwagi na wartość tych rzeczy, ich przywłaszczenie należałoby zakwalifikować z art. 119 § 1 kw. O tym jak postąpić w sytuacji gdy czyn będący wykroczeniem wyczerpuje znamiona przestępstwa stanowi przepis art. 10 § 1 kw. Kwestie te nie były przedmiotem rozważań sądu, w niewątpliwie mogły mieć wpływ na treść orzeczenia.

Brak było też ustaleń sądu co do zamiaru z jakim działali oskarżeni po znalezieniu portfela, w którym oprócz pieniędzy i karty kredytowej znajdowały się również dokumenty wymienione w zarzucie, w tym dowód osobisty pokrzywdzonego. Okoliczność ta ma znaczenie w aspekcie prawidłowego zakwalifikowania czynu, a co za tym idzie zakresu odpowiedzialności oskarżonych. Zwrócić należy uwagę, iż z wyjaśnień oskarżonego G. B. wynika, że bezpośrednio po znalezieniu portfela oskarżeni wyrzucili znajdujące się w nim dokumenty, zabierając jedynie pieniądze i kartę kredytową.

Sąd rejonowy ustalił, że w dniu 3.01.2014r. oskarżony M. M. usiłował dokonać kradzieży pieniędzy z rachunku bankowego Z. O. w ten sposób, że posługując się uprzednio bezprawnie przywłaszczoną kartą kredytową (...) Banku (...) próbował dokonać wypłaty pieniędzy w bankomacie tego banku w G. przy ul. (...), jednak nie zdołał ich wypłacić – kwalifikując ten czyn z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk. Sąd nie ustalił jednak czy oskarżony użył środków nadających się do popełnienia tego czynu. Poza polem rozważań sądu była zatem kwestia, czy zachowanie oskarżonego stanowiło usiłowanie udolne, o którym mowa w art. 13 § 1 kk, czy też usiłowanie nieudolne określone w art. 13 § 2 kk. Z ustaleń sądu nie wynika, czy oskarżony znał numer kodu PIN, a tylko w takiej sytuacji mógłby on skutecznie wypłacić pieniądze z bankomatu. Samo dysponowanie kartą bankomatową i dostęp do bankomatu nie zapewniają jeszcze wypłaty gotówki z konta bankowego właściciela karty. Skuteczność wejścia w jej posiadanie w ten sposób uwarunkowane jest znajomością PIN-u, będącego kodem dostępu do pieniędzy posiadacza rachunku bankowego, a zarazem zabezpieczeniem elektronicznym przed użyciem karty przez osobę nieuprawnioną. Posłużenie się kartą przez wprowadzenie za pośrednictwem klawiatury bankomatu nieprawidłowego PIN-u jest działaniem, które obiektywnie nie prowadzi do wypłaty gotówki i jako takie stanowi nieudolne usiłowanie dokonania czynu

zabronionego określonego w art. 279 § 1 kk (por. wyrok SN z 11.09.2002r., V KKN 9/01). Rozstrzygnięcie kwestii, czy działanie oskarżonego M. M. stanowiło usiłowanie udolne (art. 13 § 1 kk), czy nieudolne (art. 13 § 2 kk) miało istotne znaczenie dla zakresu jego odpowiedzialności karnej. Zgodnie bowiem z art. 14 § 2 kk w wypadku określonym w art. 13 § 2 kk sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.

Słusznie wskazał obrońca oskarżonego B. B., że sąd naruszył przepis art. 413 § 1 pkt 5 kpk poprzez nie zawarcie w sentencji wyroku rozstrzygnięcia co do zarzutu opisanego w pkt 2 aktu oskarżenia, tj. czynu polegającego na usiłowaniu dokonania kradzieży pieniędzy na szkodę Z. O. poprzez próbę ich wypłaty z rachunku bankowego pokrzywdzonego w bankomacie (...) Banku (...). Z uzasadnienia wyroku wynika wprawdzie, iż sąd ustalił, że oskarżony nie dopuścił się tego czynu, jednak okoliczność ta – z obrazą art. 413 § 1 pkt 5 kpk – nie znalazła wyrazu w części dyspozytywnej wyroku.

Trafny okazał się też podniesiony w apelacji oskarżonego G. B. zarzut wyjścia przez sąd poza granice oskarżenia poprzez uznanie G. B. za winnego tego, że w dniu 1.01.2014r. dokonał kradzieży pieniędzy w łącznej kwocie 149,18 zł na szkodę Z. O. w ten sposób, że w sklepach (...) dokonał zakupów za tę kwotę, za które zapłacił zbliżeniowo przy użyciu uprzednio bezprawnie przywłaszczonej karty kredytowej (...) Banku (...), należącej do pokrzywdzonego. Treść aktu oskarżenia dowodzi, że takiego zarzutu oskarżonemu G. B. nie postawiono (k. 50).

Słusznie zatem obrońca wywodzi, iż rozstrzygnięcie zawarte w pkt 3 wyroku zapadło z obrazą art. 14 § 1 kpk, tj. w sytuacji braku skargi uprawnionego oskarżyciela.

Przytoczone wyżej uchybienia nakazywały uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Ponownie rozpoznając sprawę sąd rejonowy przeprowadzi postępowanie w pełnym zakresie – rozstrzygnie co do sprawstwa i winy oskarżonych odnośnie wszystkich postawionych im zarzutów, bacząc jednocześnie aby orzekać w granicach zakreślonych aktem oskarżenia. W wypadku konieczności sporządzenia pisemnego uzasadnienia sąd należycie wyjaśni podstawę prawną wyroku. W postępowaniu ponownym sąd będzie miał na uwadze treść art. 443 kpk.