

Warszawa, dnia 22 sierpnia 2024 r.

Sygn. akt VI Ka 376/21

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie VI Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

**Przewodnicząca: Sędzia SO Beata Tymoszków**

**protokolant: protokolant sądowy Aneta Dygas**

przy udziale prokuratora Grzegorza Łaby

**po rozpoznaniu dnia 22 sierpnia 2024 r.**

sprawy A. L. syna W. i A., ur. (...) w M.

oskarżonego o przestępstwa z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 91 § 1 kk

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Legionowie

z dnia 29 grudnia 2020 r. sygn. akt II K 535/19

przyjmując, że czyny zarzucane oskarżonemu wyczerpały formalne znamiona wykroczenia z art. 119 § 1 kw, uchyla zaskarżony wyrok i na podstawie art. 45 § 1 kw w zw. z art. 5 § 1 pkt 4 kpw umarza postępowanie wobec A. L.; zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. A. kwotę 1239,84 złotych obejmującą wynagrodzenie za obronę z urzędu w instancji odwoławczej oraz podatek VAT; wydatkami postępowania w sprawie obciąża Skarb Państwa.

#### **Uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie wydanego w sprawie VI Ka 376/ 21**

A. L. oskarżony został o to, że

1. w dniu 13 lutego 2019 roku w miejscowości L. woj. (...) ul. (...) za pomocą uprzednio przywłaszczonej karty bankomatowej banku (...) dokonał kradzieży z włamaniem na konto bankowe należące do K. R. poprzez przełamanie zabezpieczeń karty a następnie o godzinie 16.00 dokonał wypłaty środków pieniężnych z tejże karty podczas płatności w (...) w wysokości 37,99 złotych na szkodę K. R. tj. o czyn z art. 279 § 1 k.k.

2. w dniu 13 lutego 2019 roku w miejscowości L. woj. (...) ul. (...) za pomocą uprzednio przywłaszczonej karty bankomatowej banku (...) dokonał kradzieży z włamaniem na konto bankowe należące do K. R. poprzez przełamanie zabezpieczeń karty a następnie o godzinie 16.04 dokonał wypłaty środków pieniężnych z tejże karty podczas płatności na Stacji Paliw (...) w wysokości 43,08 złotych na szkodę K. R. tj. o czyn z art. 279 § 1 k.k.

3. w dniu 13 lutego 2019 roku w miejscowości L. woj. (...) ul. (...) za pomocą uprzednio przywłaszczonej karty bankomatowej banku (...) dokonał kradzieży z włamaniem na konto bankowe należące do K. R. poprzez przełamanie zabezpieczeń karty a następnie o godzinie 16.28 dokonał wypłaty środków pieniężnych z tejże karty podczas płatności w sklepie (...) w wysokości 41,29 złotych na szkodę K. R. tj. o czyn z art. 279 § 1 k.k.

4. w dniu 13 lutego 2019 roku w miejscowości L. woj. (...) ul. (...) za pomocą uprzednio przywłaszczonej karty bankomatowej banku (...) dokonał kradzieży z włamaniem na konto bankowe należące do K. R. poprzez przełamanie

zabezpieczeń karty a następnie o godzinie 16.43 dokonał wypłaty środków pieniężnych z tejże karty podczas płatności w bliżej nieustalonym sklepie spożywczym w wysokości 23,60 złotych na szkodę K. R. tj. o czyn z art. 279 § 1 k.k.

5. w dniu 13 lutego 2019 roku w miejscowości L. woj. (...) ul. (...) za pomocą uprzednio przywłaszczonej karty bankomatowej banku (...) dokonał kradzieży z włamaniem na konto bankowe należące do K. R. poprzez przełamanie zabezpieczeń karty a następnie o godzinie 18.16 dokonał wypłaty środków pieniężnych z tejże karty podczas płatności w sklepie wielobranżowym w wysokości 43,29 złotych na szkodę K. R. tj. o czyn z art. 279 § 1 k.k.

Wyrokiem z dnia 29 grudnia 2020 roku, wydanym w sprawie .... Sąd Rejonowy w Legionowie uznał A. L. za winnego popełnienia zarzucanych mu czynów i przyjmując, że stanowiły one wypadek mniejszej wagi oraz stanowiły ciąg przestępstw, na podstawie art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. w zw. z art. 283 k.k. wymierzył oskarżonemu karę 8 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący 3 lata. Ponadto, Sąd zobowiązał A. L. do informowania kuratora o przebiegu okresu próby i zwolnił go z obowiązku uiszczenia kosztów postępowania.

Wyrok ten został w całości zaskarżony przez obrońcę oskarżonego, który zarzucając naruszenie przepisów postępowania - art. 410 k.p.k. oraz art. 7 k.p.k., domagał się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanych mu czynów.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Jakkolwiek niektóre z argumentów zawartych w apelacji były trafne, do odmiennego orzeczenia co do istoty sprawy doszło ze względu na uwzględnienie z urzędu okoliczności, które nie dostrzeżone przez sąd meriti doprowadziły do wydania orzeczenia rażąco niesprawiedliwego – w rozumieniu art. 440 k.p.k.

Na wstępie należy wskazać, iż wniosek apelacyjny o zmianę wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego był przedczesny, a tym samym nie mógł zostać uwzględniony. Zgodnie bowiem z art. 414 § 1 k.p.k., w razie stwierdzenia przez sąd po rozpoczęciu przewodu sądowego, okoliczności wymienionych w art. 17 § 1 pkt 1 i 2 sąd wydaje wyrok uniewinniający, chyba że sprawca w chwili czynu był niepoczytalny. Wymienione okoliczności zachodzą wtedy, gdy czynu nie popełniono albo brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia albo też

czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego albo ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa. Twierdzenie obecnie, że oskarżony czynów mu zarzucanych nie popełnił, nie jest uprawnione, gdyż fakt ten jest uprawdopodobniony, choć niewątpliwie zachodziłaby potrzeba uzupełnienia w tym zakresie materiału dowodowego. Nie sposób bowiem pomijać, że Sąd Rejonowy, który miał bezpośredni kontakt z oskarżonym, wskazał w uzasadnieniu wyroku, że „postać sprawcy zarejestrowana przez kamery monitoringu poszczególnych sklepów, w których dokonywano płatności kartą bankomatową, odpowiada w ocenie Sądu wyglądowi oskarżonego, który uczestniczył w rozprawie przed Sądem Rejonowym w Legionowie w dniu 16.06.2020 roku” (k. 251). Oczywiście samo to stwierdzenie, zależne od osobistych obserwacji członka składu orzekającego, może budzić wątpliwości, gdyż nie poddaje się obiektywnej weryfikacji w kategorii: prawda/fałsz. Niemniej jednak ta obserwacja, odwołująca się również do wizerunku sprawcy widniejącego na zapisach z kamer sklepowych, pozwoliła sądowi na dokonanie nierodzących jego zdaniem wątpliwości ustaleń, iż to właśnie A. L. był sprawcą zarzucanych mu czynów, co skutkowało następnie wydaniem wyroku skazującego. Potwierdzenie tego wniosku wymagało jednak zasięgnięcia opinii biegłego z zakresu antropologii i antroposkopii.

Sąd Okręgowy postanowił uzupełnić materiał dowodowy o wspomnianą opinię, jednakże posiadany przez sąd i przesłany biegłej materiał nie pozwalał ani na wykonanie pełnej analizy porównawczej, ani na dokonanie jednoznacznej oceny tego, czy zachodzi korelacja zgodności wizerunku osoby widocznej na nagraniu z kamer monitoringu oraz wizerunku A. L.. Biegła wskazała, iż konieczne jest zgromadzenie dodatkowych materiałów porównawczych z wykorzystaniem tych samych kamer, z użyciem których został zarejestrowany wizerunek osoby widocznej na nagraniu z monitoringu w drodze eksperymentu procesowego. Jednakże, ze względu na niemożność ustalenia miejsca pobytu oskarżonego i zapewnienia jego stawiennictwa, przeprowadzenie wcześniej tej czynności nie

było możliwe. Obecnie zaś występuje negatywna przesłanka procesowa, uniemożliwiająca prowadzenie postępowania dowodowego.

Nie ma również racji obrońca, podnosząc, iż dokonanie ustaleń na podstawie zeznań świadka Z. S. przekroczyło granice wyznaczone przez zasadę swobodnej oceny dowodów. Zasada swobodnej oceny dowodów jest jedną z ważnych gwarancji realizacji zasady prawdy materialnej. Tylko przy pozostawieniu sędziemu możliwości swobodnego wyciągania logicznych wniosków na kanwie konkretnego materiału dowodowego istnieją warunki sprzyjające dokonywaniu prawdziwych ustaleń (vide; M. Cieślak, Polska procedura karna, Warszawa 1971, s. 348). W świetle powyższego, wskazać należy, iż sąd I instancji wziął pod uwagę wszystkie dowody ujawnione w toku rozprawy głównej, w tym także zeznania świadka Z. S., czemu dał wyraz w uzasadnieniu swojego wyroku (k. 251). Poprawne było również rozumowanie Sądu co do uznania wypowiedzi świadka za wiarygodną, bowiem jak świadek sam przyznał, w rozmowie z byłą żoną oskarżonego wskazała ona, że nie utrzymują ze sobą kontaktu, a mężczyzna pojawił się w jej mieszkaniu jedynie na chwilę, by zabrać swoje rzeczy. Warto dodać, że zeznania tego świadka nie były jedynym ani nawet głównym dowodem w sprawie i nie można bez wątpienia stwierdzić, że dokonane na ich podstawie ustalenia faktyczne obarczone były błędem.

Sąd odwoławczy, uchylając wyrok sądu I instancji, przyjął, że czyny zarzucane oskarżonemu wyczerpały znamiona wykroczenia z art. 119 § 1 k.w., nie zaś przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. W tym miejscu należy wskazać, że Sąd Okręgowy zna poglądy Sądu Najwyższego dotyczące kwalifikacji prawnej czynu polegającego na użyciu cudzej tzw. zbliżeniowej karty bankomatowej bez konieczności wpisywania kodu PIN, jako występku z art. 279 § 1 k.k., lecz tych poglądów nie podziela. W judykatach tych bowiem nie powadzono szczegółowych rozważań co do różnic w zabezpieczeniach poszczególnych rodzajów kart bankomatowych, wynikających również z odmiennych uregulowań problemu w dyrektywach Unii Europejskiej, na których oparto również przepisy prawa polskiego zawarte w ustawie z dnia 19 listopada 2011 roku o usługach płatniczych. Taką drobiazgową analizę zawiera natomiast wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 22 marca 2023 roku o sygn. akt II AKa 180/22, w którym to sąd orzekający wskazał, iż „dokonanie zapłaty za nabyty towar za pomocą karty zbliżeniowej nie stanowi występku z art. 279 § 1 k.k. Natomiast w zależności od wielkości przywłaszczonych środków zachowanie sprawcy należy oceniać przez pryzmat art. 278 § 1 k.k. bądź art. 119 § 1 k.w.”

Podstawą tego poglądu było stwierdzenie, że istnieje znacząca różnica pomiędzy dokonaniem płatności zbliżeniowej, a użyciem karty do transakcji wymagającej wpisania kodu PIN, które sąd odwoławczy w pełni podziela. Zasady świadczenia usług płatniczych, w tym wykonywania transakcji płatniczych za pomocą kart płatniczych zostały uregulowane w ustawie z dnia 19 listopada 2011r. o usługach płatniczych, która wdraża dyrektywę 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego i realizuje postanowienia Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, a także Rozporządzenia Delegowanego Komisji (UE) (...) z dnia 27 listopada 2017 r. uzupełniającego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych dotyczących silnego uwierzytelniania klienta i wspólnych i bezpiecznych otwartych standardów komunikacji.

Stosownie do art. 2 pkt 15a ustawy z dnia 19 listopada 2011 r. o usługach płatniczych, karta płatnicza spełnia dwie funkcje - uprawnia do wypłaty gotówki w automacie bankowym oraz umożliwia wykonanie transakcji płatniczej. Zgodnie z art. 32i ustawy, uzyskanie dostępu do swojego rachunku w trybie on-line oraz zainicjowanie elektronicznej transakcji płatniczej wymaga silnego uwierzytelnienia użytkownika, które zapewnia ochronę poufności danych w oparciu o zastosowanie co najmniej dwóch elementów należących do kategorii:

1. wiedzy o czymś, o czym wie wyłącznie użytkownik, np. nazwisko panięńskie jego matki, rasa lub imię psa,
2. posiadanie czegoś, co posiada wyłącznie użytkownik, np. kod PIN,

3. cechy charakterystycznej użytkownika, np. długość klucza generowanego przez router bądź dane biometryczne, które stanowią integralną część tego uwierzytelnienia oraz niezależnych w taki sposób, że naruszenie jednego z tych elementów nie osłabia wiarygodności pozostałych (art. 2 pkt 26aa ustawy).

W ustawie o usługach płatniczych przewidziano, że w wypadku, gdy płatności są inicjowane za pośrednictwem dostawcy świadczącego usługę inicjowania transakcji płatniczej, wymagane jest zastosowanie silnego uwierzytelnienia użytkownika (art. 32i ust. 2 i 4 ustawy). Zatem, silnego uwierzytelnienia wymaga każdorazowa wypłata gotówki z automatu bankowego, dokonanie transakcji płatniczej w trybie on-line oraz dokonanie każdej transakcji płatniczej. Wynika stąd, że użycie karty płatniczej polegające np. na umieszczeniu jej w bankomacie lub przedłożeniu sprzedawcy w sklepie, umożliwi jedynie ustalenie dostawcy karty (określony bank krajowy) i tożsamości użytkownika karty (przysłowiowy J. K.) oraz terminu ważności karty. Ustalenie tych danych jest możliwe dzięki temu, że każda karta płatnicza posiada identyfikator dostawcy, np. banku krajowego, którym jest kombinacja cyfr pozwalająca na jednoznaczne zidentyfikowanie dostawcy usług płatniczych, tj. banku, który wydał kartę płatniczą (art. 2 pkt 9b). Użycie karty płatniczej w podany wyżej sposób nie pozwoli jednak na przeprowadzenie transakcji płatniczej ani na dostęp do rachunku w trybie on-line, gdyż do tego niezbędne jest zastosowanie silnego uwierzytelnienia użytkownika, czyli np. podanie kodu PIN.

Natomiast w umowie ramowej, o której mowa w art. 2 pkt 31 ustawy oraz w przepisach zawartych w Rozdziale 3 ustawy, dostawca karty płatniczej (bank) i jej użytkownik mogą zamieścić postanowienia dotyczące dokonywania za pomocą karty płatniczej tzw. mikropłatności, które nie będą wymagały stosowania silnego uwierzytelnienia. Uregulowania prawne dotyczące wykonywania takich czynności przewidziane zostały w art. 11, art. 12 i art. 16 cytowanego Rozporządzenia Delegowanego Komisji (UE) (...) z dnia 27 listopada 2017 r.

Stosownie do art. 11 rozporządzenia zatytułowanego "Płatności zbliżeniowe w punktach sprzedaży", dostawcy usług płatniczych mogą nie stosować silnego uwierzytelniania klienta, z zastrzeżeniem spełnienia wymogów określonych w art. 2 (ogólne warunki uwierzytelnienia), w przypadku, gdy płatnik inicjuje zbliżeniową elektroniczną transakcję płatniczą i jeżeli spełnione zostały następujące warunki:

- a) pojedyncza kwota zbliżeniowej elektronicznej transakcji płatniczej nie przekracza 50 EUR; oraz
- b) łączna kwota poprzednich zbliżeniowych elektronicznych transakcji płatniczych zainicjowanych za pomocą instrumentu płatniczego posiadającego funkcję płatności zbliżeniowej od dnia ostatniego zastosowania silnego uwierzytelnienia klienta nie przekracza 150 EUR; lub
- c) liczba następujących po sobie zbliżeniowych elektronicznych transakcji płatniczych zainicjowanych za pomocą instrumentu płatniczego posiadającego funkcję płatności zbliżeniowej od dnia ostatniego zastosowania silnego uwierzytelnienia klienta nie przekracza pięciu.

Natomiast zgodnie z art. 12 rozporządzenia zatytułowanym "Terminale samoobsługowe służące uiszczaniu opłat za przejazd i opłat za postój", dostawcy usług płatniczych mogą nie stosować silnego uwierzytelniania klienta, z zastrzeżeniem spełnienia wymogów określonych w art. 2, jeżeli płatnik inicjuje elektroniczną transakcję płatniczą w terminale samoobsługowym służącym do regulowania opłat za przejazd lub opłat za postój.

W końcu, art. 16 rozporządzenia zatytułowany "Transakcje niskokwotowe" przewiduje, że dostawcy usług płatniczych mogą nie stosować silnego uwierzytelniania klienta, jeżeli płatnik inicjuje zdalną elektroniczną transakcję płatniczą i jeżeli spełnione zostały następujące warunki:

- a) kwota zdalnej elektronicznej transakcji płatniczej nie przekracza 30 EUR; oraz
- b) łączna kwota poprzednich zdalnych elektronicznych transakcji płatniczych zainicjowanych przez płatnika od dnia ostatniego zastosowania silnego uwierzytelnienia klienta nie przekracza 100 EUR; lub

c) liczba poprzednio wykonanych zdalnych elektronicznych transakcji płatniczych zainicjowanych przez płatnika od dnia ostatniego zastosowania silnego uwierzytelnienia klienta nie przekracza pięciu następujących po sobie, pojedynczych zdalnych elektronicznych transakcji płatniczych.

Dodać należy, że stosownie do motywu (11) wymienionego rozporządzenia, państwa członkowskie Unii Europejskiej powinny przewidzieć wyłączenia dotyczące niskokwotowych płatności zbliżeniowych w punktach sprzedaży, uwzględniające również maksymalną liczbę następujących po sobie transakcji lub pewną ustaloną maksymalną wartość następujących po sobie transakcji, które nie wymagają stosowania silnego uwierzytelniania klienta, gdyż takie wyłączenia pozwalają na rozwój usług płatniczych przyjaznych użytkownikowi i obarczonych niskim ryzykiem. Należy również wprowadzić wyłączenie dotyczące elektronicznych transakcji płatniczych inicjowanych za pomocą terminali samoobsługowych w sytuacjach, w których zastosowanie silnego uwierzytelnienia klienta może nie zawsze być łatwe ze względów operacyjnych (np. w celu uniknięcia kolejek i ewentualnych wypadków w bramkach poboru opłat za przejazd lub ze względu na innego rodzaju ryzyko w zakresie bezpieczeństwa lub ochrony).

Mówiąc inaczej, dokonywanie mikropłatności wiązać się może z brakiem konieczności podania kodu PIN lub zastosowania innego mechanizmu zabezpieczenia. By móc korzystać z dobrodziejstw takich transakcji, użytkownik musi dobrowolnie wyrazić zgodę na posiadanie karty bankomatowej z funkcją płatności zbliżeniowych. Taka zgoda wiąże się nie tylko z ułatwieniem dokonywania transakcji, lecz także z akceptacją ryzyka utraty części środków zgromadzonych na koncie w sytuacji zgubienia lub kradzieży wspomnianej karty. Tym samym, jej właściciel dobrowolnie godzi się na to, by ewentualny złodziej także mógł dokonywać mikropłatności kartą z funkcją zbliżeniową i w takiej sytuacji nie może być mowy o przełamaniu jakiejkolwiek bariery ochronnej i nieposzanowaniu woli dysponenta rzeczy, gdyż to on sam uprzednio zgodził się na usunięcie tejże bariery w konkretnym rodzaju transakcji. Jest to sytuacja zbliżonej do tej, gdy właściciel nieruchomości czy pojazdu świadomie ( np. z powodu pośpiechu) rezygnuje z zamknięcia ich na zamek przy pomocy klucza, a jedynie na zwykły zamek podklamkowy. Nie ulega przecież wątpliwości, że takie zamknięcie (a nawet używanie drzwi – domu czy furtyki) jest czytelnym sygnałem dla osoby niepowołanej, iż dysponent w jakiś sposób ogranicza korzystanie z ruchomości czy nieruchomości nie jest to jednak szczególne zabezpieczenie, do którego odnosi się art. 279 § 1 k.k. Rozumowanie odmiennie i przyjmowanie, że posłużenie się kartą zbliżeniową wypełnia znamiona kradzieży z włamaniem, zdaniem sądu odwoławczego może prowadzić do zupełnie absurdalnych wniosków i uznawaniem m.in., że pokonanie każdej, jakiejkolwiek, a nawet istniejącej tylko w umyśle dysponenta przeszkody stanowić będzie włamanie. Posługiwanie się wbudowanym w kartę mikroprocesorem związane jest z konstrukcją karty, jej technicznym funkcjonowaniem w obrocie płatniczym, ale nie – zabezpieczeniem płatności przez osobę niepowołaną.

Wobec powyższych rozważań, Sąd Okręgowy przyjął, że czyny zarzucane oskarżonemu kwalifikowane być powinny z art. 119 § 1 k.w., gdyż jednocześnie nie zostały spełnione warunki określone w art. 12 § 2 k.k., bowiem nawet po zsumowaniu wartości skradzionych środków finansowych, ich wartość nie przekroczy kwoty 800 złotych, a więc kwoty granicznej między przestępstwem a wykroczeniem. Uzyskana suma 189, złotych także w dacie czynu nie rodziłaby odpowiedzialności za przestępstwo kradzieży. Konsekwencją tego ustalenia musiało zaś stać się stwierdzenie o wystąpieniu bezwzględnej przyczyny odwoławczej, o jakiej mowa w art. 107 § 1 pkt. 7 k.p.w., a więc przedawnienia karalności czynu. Zgodnie bowiem z art. 45 § 1 k.w. karalność wykroczenia ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynął rok, a jeżeli w tym czasie wszczęto postępowanie, karalność tego czynu ustaje z upływem 2 lat od zakończenia tego okresu. Tym samym przedawnienie karalności wszystkich zarzucanych wykroczeń nastąpiło z dniem 13 lutego 2022r. , co uzasadniało uchylenie wyroku i na podstawie art. 5 § 1 pkt. 4 k.p.w. w zw. z art. 45 § 1 k.w. - umorzenie postępowania,

czego konsekwencją stało się obciążenie wydatkami postępowania w sprawie Skarbu Państwa.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku.