

Sygnatura akt VI Ka 357/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **23 czerwca 2017** r.

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

Przewodniczący SSO Marcin Mierz

Protokolant Sylwia Sitarz

przy udziale Barbary Wilmowicz

Prokuratora Prokuratury Rejonowej w T.

po rozpoznaniu w dniu 23 czerwca 2017 r.

sprawy **M. C.** ur. (...) w L.

syna J. i M.

oskarżonego z art. 278§5 kk w zw. z art. 278§1 kk w zw. z art. 64§1 kk, art. 286§1 kk w zw. z art. 64§1 kk w zw. z art. 12 kk

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżyciela publicznego

od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach

z dnia 24 lutego 2017 r. sygnatura akt VI K 1035/16

na podstawie art. 437 k.p.k., art. 438 k.p.k., art. 440 k.p.k. i art. 624 § 1 k.p.k.

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a) w punkcie 2, w miejsce przypisanego oskarżonemu czynu uznaje oskarżonego M. C. za winnego tego, że w dniu 4 listopada 2016 roku w P. działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, bez upoważnienia wpłynął na automatyczne przetwarzanie i gromadzenie danych informatycznych zgromadzonych w systemie informatycznym Banku (...) S.A. we W. w ten sposób, że posługując się uprzednio przez siebie skradzioną Z. S. kartą bankomatową (...) S.A. o numerze (...) dokonał czterokrotnie zapłaty z wykorzystaniem funkcji zbliżeniowej nie wymagającej potwierdzenia kodem pin ani podpisem, za towary zakupione w Hotelu (...) oraz Stacji Paliw (...) o łącznej wartości 57,49 złotych działając na szkodę Z. S., przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat od odbycia w okresach od dnia 15 lutego 2004 roku do dnia 27 lutego 2004 roku oraz od dnia 26 lutego 2006 roku do dnia 31 grudnia 2007 roku oraz od dnia 23 września 2011 roku do dnia 13 lipca 2012 roku kary 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego Lublinie z dnia 7 grudnia 2004 roku (sygn. akt IX K 504/04) za umyślne przestępstwo podobne z art. 280 § 1 k.k. i art. 158 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k., tj. przestępstwa z art. 287 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za czyn ten, na mocy art. 287 § 1 k.k. wymierza oskarżonemu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

b) uchyla punkt 3 i na mocy art. 85 § 1 k.k. oraz art. 86 § 1 kk łączy kary pozbawienia wolności orzeczone w punkcie 1 zaskarżonego wyroku oraz powyżej, wymierzając oskarżonemu karę łączną 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zwalnia oskarżonego od zapłaty kosztów sądowych postępowania odwoławczego, obciążając wydatkami Skarb Państwa.

Sygn. akt VI Ka 357/17

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 czerwca 2017 roku

M. C. oskarżony został o to, że:

I. w okresie od 2 do 4 listopada 2016r. w P., dokonał zaboru w celu przywłaszczenia karty bankomatowej V. banku (...) oraz karty bankomatowej M. Banku (...), na szkodę Z. S., przy czym zarzucanego mu czynu dopuścił się w ramach powrotu do przestępstwa określonego w art. 64 § 1 kk, będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w Lublinie z dnia 07.12.2004r. sygn. akt IX K 504/04 za czyn z art. 280 § 1 kk na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbywał w okresie od 23.09.2011r. do 07.05.2013r. oraz wyrokiem Sądu Rejonowego w Kędzierzynie Koźlu z dnia 16.04.2010r., sygn. akt II K 349/09 za czyn z art. 284 § 2 kk na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbywał od 27.08.2010r. do 31.01.2011r. i od 27.04.2011r. do 23.09.2011r., - tj. o przestępstwo z art. 278 § 5 kk w zw. z art. 278 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 k.k.

II. w dniu 4 listopada 2016r. w P., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, doprowadził Z. S. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 58 złotych w ten sposób, iż wprowadził w błąd pracowników hotelu (...) oraz stacji paliw (...), co do tożsamości osoby uprawnionej do posługiwania się kartą bankomatową M. Banku (...) o numerze (...) i przy jej użyciu dokonał płatności zbliżeniowych za zakupione towary, a swoim zachowaniem spowodował straty w kwocie 58 złotych na szkodę Z. S., przy czym zarzucanego mu czynu dopuścił się w ramach powrotu do przestępstwa określonego w art. 64 § 1 k.k. będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w Lublinie z dnia 07.12.2004r. sygn. akt IX K 504/04 za czyn z art. 280 § 1 kk na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbywał w okresie od 23.09.2011r. do 07.05.2013r. oraz wyrokiem Sądu Rejonowego w Kędzierzynie Koźlu z dnia 16.04.2010r. sygn. akt II K 349/09 za czyn z art. 284 § 2 kk na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbywał od 27.08.2010r. do 31.01.2011r. i od 27.04.2011r. do 23.09.2011r., tj. o przestępstwo z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk w zw. z art. 12 k.k.

Wyrokiem z dnia 24 lutego 2017 roku (VI K 1035/16) Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach orzekł, co następuje:

1. oskarżonego M. C. uznaje za winnego popełnienia czynu opisanego wyżej w pkt I, a wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 278 § 5 kk w zw. z art. 278 § 1 kk przyjmując, że został on popełniony w ramach powrotu do przestępstwa określonego w art. 64 § 1 kk, gdzie oskarżony był uprzednio skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w Lublinie z dnia 07.12.2004r. sygn. akt IX K 504/04 za czyn z art. 280 § 1 kk w zw. z art. 158 § 1 kk w zw. z art. 275 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 64 § 2 kk na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbywał w okresie od 15.02.2004r. do 27.02.2004r. od 26.02.2006r. do 31.12.2007r., od 23.09.2011r. do 13.07.2012r. oraz wyrokiem Sądu Rejonowego w Kędzierzynie Koźlu z dnia 16.04.2010r., sygn. akt II K 349/09 za czyn z art. 284 § 2 kk w zw. z art. 64 § 1 kk na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności, którą odbywał od 27.08.2010r. do 31.01.2011r. i od 27.04.2011r. do 23.09.2011r. i za to na mocy art. 278 § 1 kk w zw. z art. 278 § 5 kk wymierza mu karę 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności;

2. oskarżonego M. C. uznaje za winnego tego, że w dniu 4 listopada 2016 roku w P., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru czterokrotnie, za pomocą uprzednio skradzionej karty bankomatowej M. Banku (...) o numerze (...), przełamał zabezpieczenia elektroniczne i dokonał czterokrotnie transakcji zbliżeniowej na łączną sumę 57,49 złotych, płacąc w ten sposób za dokonane przez siebie zakupy, przy czym czynu tego dopuścił się w ramach powrotu do przestępstwa określonego w art. 64 § 2 kk, będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w Lublinie z dnia 07.12.2004r. sygn. akt IX K 504/04 za czyn z art. 280 § 1 kk w zw. z art. 158 § 1 kk w zw. z art. 275 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 64 § 2 kk na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, którą

odbywał w okresie od 15.02.2004r, do 27.02.2004r, od 26.02.2006r. do 31.12.2007r., od 23.09.2011r. do 13.07.2012r., tj. popełnienia czynu z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 64 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i za to na mocy art. 279 § 1 kk w zw. z art. 64 § 2 kk wymierza mu karę 1 (jednego) roku i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności;

3. na mocy art. 85 § 1 kk i art. 86 § 1 kk łączy wymierzone oskarżonemu kary pozbawienia wolności i wymierza mu karę łączną 1 (jednego) roku i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności;

4. na mocy art. 624 § 1 kpk zwalnia oskarżonego od ponoszenia wydatków postępowania, którymi w całości obciąża Skarb Państwa oraz na mocy art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (tekst jedn. Dz. U. z 1983 r., Nr 49, poz. 223 z późn. zm.) zwalnia oskarżonego od opłaty.

Apelację od tego orzeczenia wywiódł prokurator zaskarżając wyrok w jego punktach 2 i 3 i zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść poprzez błędne przyjęcie, iż działanie zarzucone oskarżonemu M. C. polegające na wprowadzeniu w błąd pracowników hotelu (...) oraz stacji paliw (...) co do tożsamości osoby uprawnionej do posługiwania się kartą bankomatową M. Banku (...) o numerze (...) i dokonaniu przez jej użyciu płatności zbliżeniowych za zakupione towary, a tym samym spowodowanie szkody w kwocie 58 złotych na szkodę Z. S., nie wyczerpuje znamion przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., a wyczerpuje znamiona przestępstwa kradzieży z włamaniem określone w art. 279 § 1 k.k. przy czym analiza ustaleń dokonanych przez Sąd Rejonowy prowadzi do przeciwnego wniosku;

2. rażąco niewspółmierność orzeczonej kary łącznej w wymiarze 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności będącą konsekwencją przyjęcia przez Sąd I Instancji kwalifikacji prawnej z art. 279 § 1 k.k. odnośnie czynu zarzuconego oskarżonemu w punkcie 2.

Podnosząc powyższe zarzuty prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmianę kwalifikacji prawnej czynu zabronionego przypisanego oskarżonemu w punkcie 2 wyroku i przyjęcie, iż czyn ten wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i wymierzenie mu za ten czyn kary 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz zmianę wyroku w punkcie 3 poprzez wymierzenie oskarżonemu nowej kary łącznej w wymiarze 7 miesięcy pozbawienia wolności.

Sąd zważył, co następuje:

Analiza akt sprawy, pisemnych motywów zaskarżonego orzeczenia oraz zarzutów i wniosków apelacji prowadzić musiała do stwierdzenia przez sąd odwoławczy konieczności zmiany opisu i kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 2 zaskarżonego wyroku, a w konsekwencji orzeczenie za ten czyn odmiennie niż wymierzona przez sąd pierwszej instancji kary jednostkowej i (co za tym idzie) zmianę orzeczenia o karze łącznej poprzez uchylene kary łącznej orzeczonej wobec oskarżonego w punkcie 3 zaskarżonego wyroku i wymierzenie takiej kary na nowo z połączenia kary orzeczonej w punkcie 1 zaskarżonego wyroku i kary orzeczonej przez sąd odwoławczy. Zmiany powyższe dokonane zostać musiały przez Sąd Okręgowy przy zastosowaniu regulacji art. 440 k.p.k., niezależnie od nietrafności zarzutów podniesionych przez oskarżyciela publicznego w wywiedzionej apelacji. Utrzymanie zaskarżonego orzeczenia w kształcie nadanym mu przez sąd pierwszej instancji pozostawałoby bowiem rażąco niesprawiedliwe.

Skoro z wnioskiem o sporządzenie na piśmie uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego wystąpił oskarżyciel publiczny, to tym bardziej wskazane pozostawać będzie nieco szersze odniesienie się do podniesionego w apelacji oskarżyciela zarzutu, który sformułowany został w sposób nie dający podstaw do jego uwzględnienia. Zaskarżonym wyrokiem, w jego punkcie 2 do którego odnosi się złożona w sprawie apelacja, Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach przypisał oskarżonemu M. C. popełnienie przestępstwa kradzieży z włamaniem z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i w zw. z art. 64 § 1 k.k.. Czyn przypisany oskarżonemu odpowiadał w swoim opisie znamionom przestępstwa kradzieży z włamaniem. Przypisany on został oskarżonemu w miejsce zarzuconego mu w punkcie 2 aktu oskarżenia przestępstwa oszustwa z art. 286 § 1 k.k. i inne. Przypisując oskarżonemu przestępstwo kradzieży z włamaniem sąd pierwszej

instancji nie czynił ustaleń faktycznych dających podstawy do stwierdzenia znamion przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., którego to przestępstwa oskarżonemu nie przypisał.

W wywiezionym środku odwoławczym oskarżyciel publiczny zarzucił natomiast zaskarżonemu wyrokowi błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, że czyn zarzucony (a nie przypisany) oskarżonemu, polegający między innymi na wprowadzeniu pracowników określonego hotelu i stacji paliw w błąd co do tożsamości osoby uprawnionej do posługiwania się kartą bankomatową, stanowi przestępstwo z art. 279 § 1 k.k. Przedmiotem podniesionego w punkcie 1 apelacji prokuratora zarzutu pozostaje zatem błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że zarzucone oskarżonemu zachowanie polegające na wprowadzeniu w błąd pracowników hotelu (...) oraz stacji paliw (...) co do tożsamości osoby uprawnionej do posługiwania się kartą bankomatową pokrzywdzonego i dokonaniu przy jej użyciu płatności zbliżeniowych za zakupione towary, a tym samym spowodowanie szkody w kwocie 58 złotych na szkodę Z. S., nie wyczerpuje znamion przestępstwa z art. 286 § 1 k.k.. Stawiając ten zarzut oskarżyciel kwestionuje okoliczności faktyczne inne niż będące przedmiotem ustaleń sądu pierwszej instancji, czyli inne niż te, które stanowiły podstawę wydania zaskarżonego wyroku. Jak wynika z pisemnych motywów zaskarżonego orzeczenia wspartych treścią samego wyroku, sąd pierwszej instancji nie poczynił bowiem w niniejszej sprawie ustaleń odnoszących się do wprowadzenia pracowników hotelu i stacji paliw w błąd, a także do doprowadzenia pokrzywdzonego do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Przedmiotem ustaleń sądu pierwszej instancji pozostawało w części istotnej dla aktualnych rozważań przyjęcie, iż oskarżony dokonał trzykrotnie określonych transakcji płatniczych metodą zbliżeniową za pomocą uprzednio skradzionej karty bankomatowej dokonując w ten sposób płatności za kupowane przez siebie towary. Apelujący zarzucając zatem błąd w ustaleniach faktycznych podważa okoliczności inne niż będące przedmiotem ustaleń poczynionych przez sąd pierwszej instancji. Wynika to także z samego sformułowania zarzutu w którym podnosi apelujący błąd w ustaleniach faktycznych odnoszący się do „działania zarzuconego oskarżonemu”, podczas gdy przedmiotem takiego błędu mogą być wyłącznie ustalenia faktyczne poczynione przez sąd pierwszej instancji, a nie okoliczności stanowiące podstawę sformułowania aktu oskarżenia. Z brzmienia art. 438 pkt 3 k.p.k. jednoznacznie wynika, że przedmiotem zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych mogą być wyłącznie poczynione przez sąd pierwszej instancji ustalenia stanowiące o podstawie zaskarżonego orzeczenia, nie zaś ustalenia odnoszące się do podstawy sformułowania aktu oskarżenia. Stawiając zarzut błędu w ustaleniach faktycznych prokurator odnosi się do opisu czynu wskazanego w akcie oskarżenia, nie zaś do ustaleń sądu poczynionych na etapie wyrokowania. Podważa apelujący ustalenia faktyczne, których Sąd Rejonowy nie poczynił. Postawiony przez prokuratora w apelacji zarzut nie jest zatem dostosowany ani do ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Rejonowy, ani też do treści wyroku w ramach których nie zawarł Sąd Rejonowy ustaleń podważanych przez oskarżyciela.

Wadliwość zarzutu podniesionego w punkcie 1 apelacji jest jeszcze dalej idąca. Sformułowany przez oskarżyciela zarzut wyraża się bowiem w tezie wedle której Sąd Rejonowy błędnie przyjął, iż „działanie zarzucone oskarżonemu”, a nie objęte ustaleniami poczynionymi przez sąd pierwszej instancji, nie wyczerpuje znamion przestępstwa oszustwa, lecz znamiona przestępstwa kradzieży z włamaniem z art. 279 § 1 k.k.. Z treści tego zarzutu wynika zatem, że oskarżyciel zarzuca błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że zarzucone oskarżonemu działanie nie wyczerpuje znamion przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., a wyczerpuje znamiona czynu z art. 279 § 1 k.k.. Zawarte w zarzucie apelacji twierdzenie odpowiada istocie zarzutu obrazy prawa materialnego sprowadzającej się do błędnego zakwalifikowania określonego, przypisanego i objętego ustaleniami faktycznymi zachowania oskarżonego, nie stanowi zaś o błędzie w ustaleniach faktycznych, który to zarzut sformułowany został w apelacji prokuratora. Odnosi się ono do błędnego zakwalifikowania przez sąd pierwszej instancji zachowania oskarżonego, które nie było objęte ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego wyroku, lecz jak wskazuje sam prokurator w apelacji, mieściło się wyłącznie w zachowaniu objętym zarzuconym, a nie przypisanym oskarżonemu czynem. Nieprawidłowe zakwalifikowanie przypisanego oskarżonemu zachowania nie może zostać zdefiniowane jako błąd w ustaleniach faktycznych, lecz stanowi obrazę prawa materialnego. Także i z tego względu zarzut apelacji prokuratora nie mógł zostać uwzględniony.

Konsekwencją wadliwego sformułowania pierwszego z zarzutów apelacji pozostawać musiał także błędnie określony wniosek środka odwoławczego. Również i z powodu jego wadliwości apelacji prokuratora nie można było uwzględnić.

W konkluzji części wstępnej wywiezionego środka odwoławczego oskarżyciel publiczny postulował bowiem zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez zmianę kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 2 wyroku poprzez jego zakwalifikowanie jako przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. i inne, lecz bez jednoczesnego postulatu zmiany opisu czynu dostosowanego do wnioskowanej kwalifikacji prawnej. Tego rodzaju modyfikacja zaskarżonego orzeczenia poprzez zmianę kwalifikacji czynu przypisanego oskarżonemu pozostawała niedopuszczalna bez jednoczesnej zmiany opisu czynu przypisanego oskarżonemu, która to zmiana opisu stanowić powinna podstawową konsekwencję stawianego przez prokuratora zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku. Zmiana kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 2 zaskarżonego wyroku w sytuacji, gdy opis tego czynu nie odpowiadał znamionom przestępstwa przepisu z którego zdaniem oskarżyciela czyn oskarżonego powinien zostać zakwalifikowany, była niedopuszczalna. Niemożliwe było bowiem zakwalifikowanie czynu o opisie wskazanym w punkcie 2 zaskarżonego wyroku jako przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w sytuacji, gdy opis tego czynu nie zawierał w sobie wszystkich znamion przestępstwa z art. 286 § 1 k.k.. Zmiana kwalifikacji prawnej czynu w sposób wskazany we wniosku apelacji bez jednoczesnej modyfikacji opisu czynu przypisanego prowadziłaby do wydania wadliwego orzeczenia w którym opis czynu przypisanego oskarżonemu nie odpowiadałby przyjętej kwalifikacji prawnej. Czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie 2 zaskarżonego wyroku nie można było bowiem zakwalifikować jako przestępstwa oszustwa przy pozostawieniu opisu czynu przypisanego oskarżonemu w zaskarżonym wyroku odpowiadającego znamionom kradzieży z włamaniem. Czyn przypisany oskarżonemu w kształcie określonym w punkcie 2 zaskarżonego wyroku nie wyczerpuje znamion przestępstwa oszustwa, a przez to bez zmiany opisu tego czynu nie mógł on zostać zakwalifikowany jako przestępstwo z art. 286 § 1 k.k., jak chciał tego oskarżyciel we wniosku apelacji.

Jak wynika z powyższych rozważań usterki apelacji pozostawały tego rodzaju, że środka odwoławczego nie można było uwzględnić. Sąd odwoławczy, uwzględniając jednak okoliczności dostrzeżone z urzędu w toku rozpoznawania środka odwoławczego, jak również dzieląc część z argumentów podniesionych przez prokuratora w uzasadnieniu środka odwoławczego, zmienił zaskarżony wyrok uznając, iż każde innego rodzaju rozstrzygnięcie, w szczególności utrzymujące w mocy zaskarżone orzeczenie wskutek stwierdzenia niezasadności apelacji, pozostawałoby rażąco niesprawiedliwe. Dokonana przez sąd odwoławczy zmiana zaskarżonego wyroku pozostaje jednocześnie jego modyfikacją na korzyść oskarżonego. W jej konsekwencji modyfikując opis czynu przypisanego oskarżonemu przypisał sąd M. C. przestępstwo z art. 287 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. zagrożone karą od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności w miejsce czynu z art. 279 § 1 k.k. zagrożonego karą od 1 roku do 10 lat pozbawienia wolności z obstrzeniem wynikającym z zastosowania dodatkowo art. 64 § 2 k.k. przez Sąd Rejonowy, a także obniżył wymiar kary orzeczonej wobec oskarżonego zaskarżonym wyrokiem.

Wskazując zatem na motywy w konsekwencji których sąd odwoławczy dostrzegł konieczność zmiany zaskarżonego orzeczenia w sposób wzmiankowany powyżej wskazać przede wszystkim trzeba, że choć nie ze wszystkimi twierdzeniami apelującego w tym względzie należy się zgodzić, ostatecznie zasadnie w wywiezionym środku odwoławczym oskarżyciel publiczny zakwestionował przyjęty przez sąd pierwszej instancji pogląd, iż czyn zarzucony oskarżonemu w punkcie 2 aktu oskarżenia stanowi przestępstwo kradzieży z włamaniem z art. 279 § 1 k.k..

Rozważania w tym względzie zacząć trzeba od przypomnienia, że ustawą z dnia 23 marca 2017 roku nowelizacji poddany został przepis art. 115 § 9 kodeksu karnego zawierający definicję rzeczy ruchomej. Wskutek dokonanej w tym przepisie zmiany do zakresu definicji rzeczy ruchomej włączony został również środek pieniężny zapisany na rachunku. O ile zatem przed opisaną nowelizacją (dokonaną jak czytamy w uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 23 marca 2017 roku, w celu usunięcia wątpliwości związanych z kwalifikowaniem pieniędzy zapisanych na rachunku i z powodów przede wszystkim proceduralnych) środek pieniężny zapisany na rachunku nie stanowił rzeczy ruchomej, o tyle jako taki objęty został definicją ustawową rzeczy ruchomej począwszy od dnia wejścia w życie znowelizowanego przepisu. Przepis ten wszedł w życie w dniu 27 kwietnia 2017 roku, zaś czyn zarzucony oskarżonemu M. C. popełniony został wcześniej, zatem w czasie popełnienia przez oskarżonego zarzuconego mu czynu środek pieniężny zapisany na rachunku bankowym nie wchodził w zakres definicji rzeczy ruchomej. Skoro ustawodawca uznał za konieczne (jak już wspomniano ze względów proceduralnych związanych z możliwością zabezpieczenia środków pieniężnych

zapisanych na rachunku jako dowodów rzeczowych w sprawach karnych) znowelizowanie przepisu art. 115 § 9 k.k. zawierającego definicję rzeczy ruchomej poprzez objęcie tą definicją również pieniędzy zapisanych na rachunku, to a contrario przy założeniu racjonalności ustawodawcy przyjąć trzeba, że przed opisaną nowelizacją tego przepisu pojęcie rzeczy ruchomej nie obejmowało pieniądza zapisanego na rachunku. W innym bowiem wypadku zmiana ustawy poprzez rozszerzenie istniejącej już definicji o pieniądze zapisane na rachunku pozostawałaby zbędna i nieracjonalna. Jak wynika z motywów nowelizacji, to właśnie z uwagi na brak jednoznacznego rozstrzygnięcia tej kwestii w praktyce, dostrzeżono potrzebę przeprowadzenia nowelizacji ustawy. Okoliczność ta ma o tyle znaczenie, że czyn zarzucony oskarżonemu w punkcie 2 aktu oskarżenia, wyrażający się w dokonaniu przez niego bez upoważnienia płatności zbliżeniowej kartą bankomatową, w zakresie swoich skutków relewantnych dla rozstrzygnięcia sprawy obejmuje wyłącznie zmiany w elektronicznych zapisach księgowych na rachunkach bankowych. Innymi słowy, w zakresie jakim zachowanie oskarżonego obejmuje popełnienie przestępstwa, czyn oskarżonego znamieny pozostaje skutkiem w postaci poprzedzonego zablokowaniem środków na rachunku obniżenia salda rachunku bankowego do którego przypisana jest karta jaką posłużył się oskarżony, a następnie stosownego zwiększenia elektronicznych zapisów księgowych poprzez zwiększenie salda na rachunku bankowym podmiotu otrzymującego zapłatę poprzez transakcję zbliżeniową, w tym wypadku hotelu i stacji paliw. Powyższe dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest istotne o tyle, że przed kwietniową nowelizacją przepisu art. 115 § 9 k.k. pieniądze zapisane na rachunku bankowym w zakresie których czyn oskarżonego wywoływał skutki nie stanowiły rzeczy ruchomej. Skutkiem czynu oskarżonego pozostawały wyłącznie zmiany w zapisach księgowych, a co za tym idzie zmiany, które nie dotyczyły rzeczy ruchomych. Przy rozważaniach zatem odnośnie kwalifikacji prawnej czynu oskarżonego popełnionego przed nowelizacją przepisu art. 115 § 9 k.k., wszystkie przestępstwa, których elementem pozostaje zabór cudzej rzeczy ruchomej musiały zostać wykluczone. Znamieniem przestępstwa kradzieży z włamaniem pozostającego przeciw kwalifikowaną odmianą kradzieży pozostaje zawsze zabór cudzej rzeczy ruchomej w celu jej przywłaszczenia. Z punktu widzenia kwalifikacji prawnej z art. 279 § 1 k.k. przyjętej przez sąd pierwszej instancji, bez wątpienia przepisami korzystniejszymi dla oskarżonego pozostają te wyłączające możliwość zakwalifikowania czynu M. C. jako przestępstwa kradzieży z włamaniem z art. 279 § 1 k.k., które to przestępstwo zagrożone pozostaje karą od roku do 10 lat pozbawienia wolności.

Niezależnie od powyższego, przyjęta przez sąd pierwszej instancji kwalifikacja prawna czynu zarzuconego oskarżonemu w punkcie 2 aktu oskarżenia jako przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. nie może zostać uznana za trafną także z innych jeszcze powodów. Zasadnie bowiem w uzasadnieniu środka odwoławczego oskarżyciel publiczny podnosi, iż na przeszkodzie zakwalifikowaniu czynu polegającego na płatności zbliżeniowej przez osobę nieupoważnioną do posługiwania się kartą bankomatową jako przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. stoi brak istotnego znamienia tego przestępstwa w postaci zaboru cudzej rzeczy ruchomej. Rzeczywiście, gdy zważy się na przebieg transakcji zbliżeniowej w ramach której osoba posługująca się kartą bankomatową do tego nieupoważniona dokonuje płatności, trudno przyjąć, że dokonuje ona zaboru środków pieniężnych zapisanych na rachunku w elektronicznym systemie księgowym, skoro w konsekwencji jej działań dokonuje się całkowicie zautomatyzowana operacja w postaci zablokowania środków na rachunku powiązanych z kartą płatniczą którą posługuje się sprawca, a w dalszym ciągu, po pewnym czasie operacja obniżenia salda na tymże rachunku przy jednoczesnym zwiększeniu salda zapisów na rachunku beneficjenta transakcji - w tym wypadku hotelu i stacji paliw. Przy uwzględnieniu dodatkowo faktu, że początkowo efektem płatności zrealizowanej w sposób w jaki uczynił to oskarżony pozostaje wyłącznie zablokowanie środków na rachunku bankowym którego dotyczy karta, a następnie dopiero dochodzi do odpowiedniego skorygowania zapisów księgowych jako następstwa płatności zbliżeniowej, nie sposób przyjąć, że sprawca dokonujący płatności kartą zbliżeniową zabiera cudzą rzecz ruchomą w postaci pieniędzy zapisanych na rachunku bankowym obejmując ją we władanie. Także zatem i z tego względu w odniesieniu do czynu oskarżonego wykluczyć należy te wszystkie przestępstwa, których znamieniem pozostaje zawładnięcie cudzą rzeczą ruchomą.

Odwołać się trzeba wreszcie do argumentu, który w sposób jednoznaczny zdaniem sądu odwoławczego przesądza o braku podstaw do zakwalifikowania czynu oskarżonego jako przestępstwa kradzieży z włamaniem. Jak bowiem przyjmuje się konsekwentnie w orzecznictwie sądów, jednym ze znamion przestępstwa kradzieży z włamaniem pozostaje zawsze działanie polegające na usunięciu przez sprawcę przeszkody materialnej, będącej częścią konstrukcji pomieszczenia zamkniętego lub specjalnym zamknięciem tego pomieszczenia utrudniającym dostęp do jego wnętrza

(tak między innymi Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2014 r. II KK 259/13, LEX nr 1444405). Warunek, by pokonana przy dokonywaniu przestępstwa przeszkoda stanowiła element pomieszczenia czy przestrzeni zamkniętej, z której wnętrza dokonuje sprawca zaboru cudzej rzeczy ruchomej, pozostaje niezbędny do przypisania oskarżonemu przestępstwa kradzieży z włamaniem. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów istotą kradzieży z włamaniem pozostaje zawsze takie działanie, które pokonanie przeszkody wiąże z uzyskaniem przez sprawcę dostępu do zamkniętej przestrzeni zabezpieczonej przeszkodą materialną, którą sprawca pokonuje, by dokonać zaboru cudzej rzeczy ruchomej. To właśnie znamię nakazuje także konsekwentnie w orzecznictwie sądów kwalifikować czyny związane z pokonaniem zabezpieczenia bez uzyskania dostępu do zamkniętej przestrzeni, jako przestępstwa kradzieży w typie podstawowym. Modelowym wręcz przykładem pozostaje dokonanie zaboru w celu przywłaszczenia roweru zabezpieczonego przed kradzieżą kłódką, czy też linką zaopatrzoną w zamek szyfrowy. Czyny polegające na przełamaniu zabezpieczenia roweru przed kradzieżą poprzez przecięcie linki zabezpieczającej rower, który nie znajduje się w pomieszczeniu zamkniętym powszechnie kwalifikowane są jako przestępstwa kradzieży zwykłej z art. 278 § 1 k.k. (bądź w zależności od wysokości szkody jako wykroczenie z art. 119 § 1 k.w.). Przytoczona wyżej linia orzecnicza znalazła wyraz w szeregu orzeczeń Sądu Najwyższego w których jako znamię kradzieży z włamaniem wymienione zostało uzyskanie dostępu do zamkniętej przestrzeni (między innymi wyroki Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2013 r. V KK 280/12 Prok.i Pr.-wkl. 2013/7-8/6 oraz z dnia 18 grudnia 2002 r. III KKN 423/00, LEX nr 75463). W wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25 października 2005 r. (II AKA 269/05 OSA 2007/6/27, KZS 2007/7-8/65, LEX nr 270605) wskazano wprost: Pojęcie włamania jest rozumiane bardzo szeroko, gdyż do jego istoty należy wdarcie się do zamkniętego pomieszczenia. Jeszcze dobitniej, a przy tym nawiązując do wspomnianego wyżej przykładu wypowiedział się w tym względzie Sąd Najwyższy w Wyroku z dnia 9 września 2004 r. (V KK 144/04, LEX nr 137749) stwierdzając jednoznacznie, że Włamanie nigdy nie było utożsamiane z samym pokonaniem przez sprawcę zabezpieczenia mienia przed zaborem, jeśli mienie to nie znajdowało się w zamkniętym pomieszczeniu i jeśli działanie sprawcy nie polegało na przeniknięciu do tego pomieszczenia. W doktrynie podkreślano natomiast, że nie ma kradzieży z włamaniem w wypadkach, gdy przedmiot wykonawczy jest położony wśród wolnej nieograniczonej przestrzeni, a zarazem nie tworzy sobą zamkniętego, zabezpieczonego przed zaborem pomieszczenia. Stosowanie mechanicznych zabezpieczeń przedmiotów przed kradzieżą niczego w tym względzie nie zmieniało, przykład zaś kradzieży roweru połączonego kłódką lub obejmą z jakimś trwałym urządzeniem wskazywano jako bez wątpienia niewypełniający znamion typu kradzieży z włamaniem. Z orzeczeniem tym koresponduje Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 1999 r. (V KKN 566/98, Prok.i Pr.-wkl. 1999/7-8/7) w którym wskazał tenże sąd, iż to, że obiektem kradzieży z włamaniem może być tylko pomieszczenie zamknięte wynika z istoty kradzieży z włamaniem. Analogicznie pojęcie kradzieży z włamaniem rozumiane jest w doktrynie prawa karnego.

Niezależnie zatem od przywołanych już argumentów przemawiających przeciwko możliwości zakwalifikowania czynu zarzuconego oskarżonemu w punkcie 2 aktu oskarżenia jako kradzieży z włamaniem wskazać trzeba, że w przypadku czynu polegającego na dokonaniu płatności kartą zbliżeniową przez osobę nieuprawnioną do dysponowania środkami znajdującymi się na rachunku do którego przypisana jest karta, brak jest znamienia w postaci pokonania przeszkody materialnej stanowiącej element pomieszczenia zamkniętego, a następnie zaboru z tego właśnie pomieszczenia rzeczy ruchomej, nawet jeśli za rzecz taką potraktowany zostanie pieniądz zapisany na rachunku bankowym. Przede wszystkim z tego właśnie względu zachowanie oskarżonego polegające na płatności zbliżeniowej kartą do której użytkowania oskarżony nie był uprawniony nie mogło zostać zakwalifikowane jako przestępstwo kradzieży z włamaniem z art. 279 § 1 k.k..

Na marginesie jedynie dodać należy, że powodem wykluczenia kwalifikacji tego czynu jako przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. nie może pozostawać argument podniesiony przez prokuratora w uzasadnieniu apelacji jakoby karta płatnicza w zakresie w jakim umożliwia płatności zbliżeniowe, zatem każdorazowo do kwoty 50 złotych, nie stanowiła rodzaju zabezpieczenia środków znajdujących się na rachunku bankowym przed ich wykorzystaniem przez osobę nieupoważnioną, by brak było w tym wypadku wyraźnej manifestacji przez pokrzywdzonego faktu zabezpieczenia swojego mienia, które to zabezpieczenie stanowi jeden z istotnych warunków możliwości zakwalifikowania czynu jako przestępstwa kradzieży z włamaniem. W przekonaniu sądu odwoławczego nie jest trafny pogląd jakoby sam fakt rezygnacji z zabezpieczenia płatności do kwoty 50 złotych koniecznością każdorazowego podania przy dokonywaniu

płatności kodu pin uprawniał do przyjęcia, że osoba upoważniona do dysponowania środkami znajdującymi się na rachunku z którym powiązana jest karta umożliwiającą płatność zbliżeniową rezygnuje w tym zakresie z zabezpieczenia środków znajdujących się na rachunku bankowym i niewystarczająco manifestuje ich zabezpieczenie. Zabezpieczeniem przeciwko swobodnemu dysponowaniu środkami znajdującymi się na rachunku bankowym jest w tym przypadku sama karta bankomatowa do dysponowania którą upoważniona pozostaje wyłącznie osoba na imię i nazwisko której karta ta została wystawiona. Uprawnienie do dysponowania środkami znajdującymi się na rachunku bankowym związane jest w tym wypadku z uprawnieniem do dysponowania kartą. W sprawie niniejszej do czynienia mamy natomiast z przypadkiem, gdy karta owa wskutek przestępstwa znalazła się w posiadaniu osoby nieuprawnionej. Karta ta stanowi w tym wypadku swego rodzaju zabezpieczenie, że nikt poza osobą, która upoważniona pozostaje do dysponowania kartą, nie dokona transakcji z płatnością środkami zgromadzonymi na rachunku do którego karta została wydana. Karta bankomatowa jest w tym wypadku swoistym kluczem do rachunku bankowego. Fakt, iż do określonej kwoty, co trzeba podkreślić - jedynie pojedynczych transakcji - osoba dokonująca płatności przy użyciu kartą zwolniona jest z obowiązku podawania kodu pin nie oznacza, że właściciel środków zgromadzonych na takim rachunku rezygnuje z ich wyraźnego zabezpieczenia. Karta bankomatowa sama w sobie w przypadku transakcji zbliżeniowych stanowi tego rodzaju zabezpieczenie, które nie jest obwarowane dodatkowym obowiązkiem podania kodu pin wyłącznie ze względów praktycznych, a to swobody, wygody i szybkości jakie dają transakcje realizowane w trybie płatności zbliżeniowej. Argumentacja apelującego doznaje istotnego uszczerbku, gdy zważy się na fakt, iż analogicznie przecież zabezpieczeniem przeciwko dostępowi osób postronnych do pokoju hotelowego pozostaje karta wydawana gościom hotelowym jako swoisty klucz do drzwi pokoi. W zależności od zastosowanego systemu, do jej użycia, a co za tym idzie dostania się do wnętrza pokoju, nie jest wymagane podanie kodu. Stanowi ona rodzaj zabezpieczenia z jednej strony będącego swoistym kluczem do tychże drzwi, a z drugiej zaś strony pozostaje zabezpieczeniem elektronicznym w swojej istocie zbliżonym do karty bankomatowej używanej w trybie płatności zbliżeniowej. Wprawdzie elementem odróżniającym te dwa przypadki może być zamek w drzwiach pokoju hotelowego, lecz przecież w przypadku transakcji dokonywanych kartą bankomatową swoistym „zamkiem” pozostaje elektroniczny system bankowy, którego „otworzenie” umożliwi realizację płatności.

Z powyższych względów apelacja prokuratora w zakresie w jakim zakwestionował on przyjętą przez sąd pierwszej instancji kwalifikację prawną czynu zarzuconego oskarżonemu w punkcie 2 aktu oskarżenia jako przestępstwa z art. 279 § 1 k.k., okazała się trafna. Zdaniem sądu odwoławczego, przy uwzględnieniu wszystkich powyższych rozważań, zachowanie oskarżonego nie mogło zostać zakwalifikowane jako przestępstwo kradzieży z włamaniem.

Nie można się jednak zgodzić się z apelującym, gdy w wywiedzionym środku odwoławczym argumentuje, iż czyn zarzucony oskarżonemu w punkcie 2 aktu oskarżenia zakwalifikowany winien zostać jako przestępstwo oszustwa. Zdaniem apelującego czyn oskarżonego polegający na dokonaniu płatności zbliżeniowej poprzez posłużenie się skradzioną uprzednio kartą stanowił oszustwo poprzez wprowadzenie w błąd pracowników hotelu (...) oraz stacji paliw (...) co do tożsamości osoby uprawnionej do posługiwania się kartą bankomatową i dokonanie przy jej użyciu płatności zbliżeniowych za zakupione towary, a tym samym spowodowanie szkody w kwocie 58 złotych na szkodę Z. S.. Popelnione jednak przez oskarżonego przestępstwo nie mogło zostać zakwalifikowane jako czyn wyczerpujący znamiona z art. 286 § 1 k.k.. Przestępstwo oszustwa, co wynika także z opisu czynu zaproponowanego przez oskarżyciela w akcie oskarżenia, polega między innymi na doprowadzeniu innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem poprzez jej wprowadzenie w błąd co do okoliczności istotnej do dokonania transakcji. O ile tożsamość rozporządzającego mieniem i pokrzywdzonego nie stanowi warunku przypisania przestępstwa oszustwa, skoro z brzmienia przepisu art. 286 § 1 k.k. wprost wynika, iż działanie sprawcy ma doprowadzić do niekorzystnego rozporządzenia mieniem własnym lub cudzym, o tyle jakichkolwiek wątpliwości nie może budzić warunek tożsamości osoby wprowadzonej w błąd i rozporządzającej mieniem. Działanie sprawcy oszustwa w postaci wprowadzenia innej osoby w błąd polegać ma przecież na takim oddziaływaniu na świadomość innej osoby, by osoba ta dokonała niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Warunek tożsamości osoby wprowadzonej w błąd i rozporządzającej mieniem stanowi konsekwencję związku przyczynowego jaki zaistnieć musi pomiędzy wprowadzeniem w błąd i niekorzystnym rozporządzeniem. To właśnie wprowadzenie innej osoby w błąd ma doprowadzić do tego, że wskutek owego błędu osoba ta dokona niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Co do wymogu tożsamości osoby

wprowadzonej w błąd i rozporządzającej mieniem istnieje zgodność w orzecznictwie sądów i doktrynie prawa karnego. Warunek taki był wielokrotnie wypowiedzany w orzecznictwie sądów, w tym Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 27 listopada 2015 r. (II KK 198/15, LEX nr 1941889) Sąd Najwyższy wskazał, iż dla przypisania sprawcy odpowiedzialności z art. 286 § 1 k.k. nie jest konieczne ustalenie personaliów osoby, która została wprowadzona w błąd i która pod wpływem tego błędu rozporządziła mieniem. Konieczna jest tylko tożsamość tej osoby (identyczność), a więc sytuacja, gdy ta sama osoba, która rozporządziła mieniem została wcześniej wprowadzona w błąd lub której pozostawanie w błędzie wyzyskano. Z kolei w postanowieniu z dnia z dnia 10 stycznia 2014 r. (III KK 10/13) stwierdził Sąd Najwyższy, iż dla bytu przestępstwa określonego w art. 286 § 1 k.k. nie jest wymagane, aby rozporządzenie mieniem nastąpiło przez pokrzywdzonego, a konieczne jest tylko, by istniała tożsamość pomiędzy osobą wprowadzoną w błąd (lub której błąd wyzyskano albo też wyzyskano jej niezdolność do należytego pojmowania przedsiębranego działania) i osobą rozporządzającą mieniem własnym lub cudzym (OSNKW 2014/5/41, KZS 2014/5/16, Biul.SN 2014/4/16, (zob. też uchwała SN z dnia 13 kwietnia 2006 r., IV KK 40/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 847). Podobnie wypowiadały się wielokrotnie sądy apelacyjne.

Wprawdzie trudno nie zgodzić się z apelowującym oskarżycielem publicznym, gdy twierdzi, że dokonując płatności skradzioną uprzednio kartą płatniczą oskarżony wprowadzał sprzedawców w hotelu i na stacji paliw w błąd co do tego, że jako dysponujący fizycznie kartą jest on osobą uprawnioną do dysponowania środkami na rachunku bankowym, to jednak owo wprowadzenie w błąd nie pociągnęło za sobą niekorzystnego rozporządzenia mieniem stanowiącego skutek przestępstwa zarzuconego oskarżonemu. Wprowadzane w błąd osoby – każdorazowo sprzedawcy sklepów w hotelu i na stacji paliw dokonywały wyłącznie rozporządzenia mieniem sklepów, które dla właścicieli tego mienia w imieniu których sprzedawcy ci działali, nie było niekorzystne. W zamian za sprzedane towary sklepy te otrzymywały przecież każdorazowo ekwiwalent w postaci żądanej przez nie ceny. W tym aspekcie transakcji dokonanej przez oskarżonego nie doszło do wyczerpania znamion przestępstwa oszustwa.

Nie ulega jednocześnie zdaniem sądu odwoławczego wątpliwości, iż wprowadzeni przez oskarżonego każdorazowo w błąd sprzedawcy sklepów nie rozporządzali mieniem w postaci pieniędzy zgromadzonych na rachunku bankowym pokrzywdzonego z którym związana była karta za pomocą której oskarżony dokonał płatności zbliżeniowych. Ich udział w czynności płatności za sprzedawany towar stanowił najwyżej przyjęcie zapłaty w imieniu reprezentowanego sklepu. Nie sposób przyjąć, że sprzedawca przyjmujący zapłatę zbliżeniową pozostaje jednocześnie osobą rozporządzającą pieniędzmi znajdującymi się na rachunku bankowym powiązany z kartą przy pomocy której realizowana jest płatność zbliżeniowa. Jego udział w tej operacji finansowej ogranicza się, analogicznie zresztą jak ma to miejsce w przypadku płatności pieniądzem gotówkowym, do decyzji o przyjęciu zapłaty w określonej kwocie i umożliwieniu jej dokonania w określony sposób przez kupującego towar. Podobnie, jak ma to miejsce w przypadku pieniądza gotówkowego, sprzedawca nie jest podmiotem rozporządzającym mieniem drugiej strony transakcji w której bierze udział. Trudno przecież zaakceptować twierdzenie, że w przypadku dokonywania płatności przez osobę uprawnioną do dysponowania kartą płatniczą, to nie jej właściciel, lecz sprzedawca rozporządzałby mieniem właściciela karty, sytuacja ta natomiast pozostawałaby w tym aspekcie analogiczna, jak w przypadku płatności przez osobę nieuprawnioną. Nie bez przyczyny w uzasadnieniu apelacji prokurator sprzedawcę w ramach transakcji zbliżeniowej określa jako „akceptanta” (str. 4 apelacji). Nie sposób przecież przyjąć, że sprzedawca sklepu w przypadku transakcji zbliżeniowej rozporządza zarówno mieniem sklepu reprezentantem którego pozostaje biorąc udział w transakcji zakupu towaru i jednocześnie rozporządza mieniem drugiej strony umowy, a to osoby z rachunku której następuje zapłata za zakupiony towar na rzecz sklepu. W sytuacji takiej należałoby sprzedawcę potraktować jako podmiot rozporządzający mieniem obydwu stron tej samej transakcji. Nie można zgodzić się w tym względzie z argumentacją apelowującego jakoby do rozporządzenia mieniem dochodziło w chwili dokonania określonych czynności faktycznych na terminalu przez sprzedawcę. To czynność faktyczna w postaci przyłożenia karty do terminala uruchamia serię zautomatyzowanych procesów, których efektem pozostaje ostatecznie zmiana zapisów na rachunkach banku. Jedynym podmiotem de facto rozporządzającym w przypadku transakcji zbliżeniowej pieniędzmi zgromadzonymi na rachunku bankowym pozostaje osoba dysponująca kartą i dokonująca płatności zbliżeniowej. Nie sposób jednocześnie przyjąć, że płacący w ten sposób, nie będąc uprawnionym do dysponowania pieniędzmi zgromadzonymi na rachunku bankowym wprowadza w błąd przedstawicieli banku prowadzącego rachunek na którym

znajdują się środki, którymi dysponuje się przy pomocy płatności zbliżeniowej. Realizacja płatności zbliżeniowej odbywa się „po stronie” banku prowadzącego rachunek z którego następuje płatność, w sposób całkowicie bezosobowy – zautomatyzowany. Po realizacji warunkującej dokonanie płatności czynności fizycznej w postaci przybliżenia karty płatniczej do właściwego urządzenia, do skutecznego dokonania płatności zbliżeniowej nie są już potrzebne żadne inne działania ludzkie. Proces kończący się ostatecznie zmianą sald na rachunkach płacącego i przyjmującego zapłatę jest całkowicie zautomatyzowany. Nie uczestniczy w nim żaden człowiek, żadna osoba, która mogłaby zostać wprowadzona w błąd, a tym bardziej osoba, której zachowanie mogłoby zostać określone jako rozporządzenie mieniem w postaci pieniędzy zgromadzonych na rachunku bankowym. Po nadaniu impulsu w postaci przyłożenia karty płatniczej do terminala, cały łańcuch operacji, które prowadzą ostatecznie do zmiany zapisów księgowych stanowiących przepływ środków z jednego rachunku na inny rachunek bankowy, następuje automatycznie, bez udziału czynnika ludzkiego. Analogiczna teza na gruncie wypłaty pieniędzy z bankomatu wyrażona została przez Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 27 stycznia 2015 roku (II AKa 182/14, LEX nr 1665547), którego tezy w tym względzie Sąd Okręgowy w Gliwicach w zupełności akceptuje. Wprawdzie w orzecnictwie Sądu Najwyższego zaistniało także orzeczenie nie wykluczające przyjęcia udziału czynnika ludzkiego w transakcji polegającej na wypłacie pieniędzy z bankomatu (Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2002 roku, I KZP 11/02, LEX nr 53078), to jednak Sąd Okręgowy w Gliwicach zawartej w jego tezie argumentacji nie podziela. Okoliczność, iż określona działalność zorganizowana jest i przygotowana przez człowieka nie oznacza, że w każdym jej aspekcie i w każdej czynności realizowanej w ramach tej działalności udział swój będzie miał czynnik ludzki. Przytoczone w powołanym orzeczeniu okoliczności w postaci procedur przewidzianych na wypadek utraty karty przez jej dysponenta oraz powzięcia przez osoby odpowiedzialne za funkcjonowanie systemu płatności wiadomości o możliwości wykorzystania karty wbrew umowie i woli osoby uprawnionej do dysponowania tą kartą i wywodzenie w oparciu o te okoliczności, że „system działa wprawdzie automatycznie, lecz nie całkowicie niezależnie od konkretnych osób”, pozostaje na gruncie niniejszej sprawy całkowicie teoretyczne i nie może mieć żadnego znaczenia dla prawnej oceny zachowania oskarżonego M. C.. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w realiach niniejszej sprawy sytuacja zbliżona choćby do rozważanej w przytoczonym orzeczeniu, nie miała miejsca. Zgromadzone dowody nie dają żadnych podstaw do przyjęcia, że doszło do zastrzeżenia karty bankomatowej po jej zaborze pokrzywdzonymu. Z pewnością natomiast pomiędzy działaniem oskarżonego polegającym na uruchomieniu zautomatyzowanych procesów prowadzących ostatecznie do przepływu pieniędzy między rachunkami bankowymi, a tymże skutkiem w postaci zmiany zapisów księgowych, żaden element „czynnika ludzkiego” nie występował. Oskarżony nie wprowadzał tym samym żadnej osoby w błąd na tej linii transakcji istotnej dla oceny prawnej jego zachowania. Z tych samych względów nie ma podstaw do stwierdzenia, iż po stronie banku występowała jakakolwiek osoba rozporządzająca mieniem w postaci pieniędzy zapisanych na rachunku bankowym pokrzywdzonego.

Nie ulega także wątpliwości, że sam pokrzywdzony nie został w tym wypadku doprowadzony do niekorzystnego rozporządzenia swoim mieniem. Wszystkie bowiem operacje płatności zbliżeniowej zrealizowane zostały poza świadomością pokrzywdzonego i bez jego udziału. Nie brał on żadnego udziału w czynnościach prowadzących do zmiany zapisów na rachunkach bankowych, w szczególności zaś nie rozporządzał mieniem w postaci pieniędzy zgromadzonych na należącym do niego rachunku bankowym. Zupełnie nieprzekonujące, dowodzące wręcz błędności kwalifikacji prawnej postulowanej przez oskarżyciela pozostają w tym kontekście argumenty przytoczone przez prokuratora w apelacji w której uzasadnieniu podnosi oskarżyciel, że oskarżony „doprowadził pokrzywdzonego – inną osobę – do niekorzystnego rozporządzenia swoim mieniem, a po wtóre wprowadził w błąd pracowników hotelu (...) oraz stacji paliw (...)”. Odnosząc się do tak podniesionych argumentów stwierdzić przede wszystkim trzeba, że jak już wskazano, nie może w realiach niniejszej sprawy być mowy o ustaleniu, iż to pokrzywdzony został doprowadzony do rozporządzenia swoim mieniem. W przebiegu objętych zarzutem transakcji zrealizowanych przez oskarżonego pokrzywdzony nie brał żadnego udziału, a co za tym idzie nie rozporządzał także swoim mieniem. Zacytowany fragment uzasadnienia skargi odwoławczej zawodzi, gdy zważy się na podniesiony już w niniejszym uzasadnieniu warunek przypisania przestępstwa oszustwa w postaci tożsamości osoby wprowadzonej w błąd i niekorzystnie rozporządzającej mieniem. Z treści tego fragmentu uzasadnienia wynika bowiem, że założenia oskarżyciela opierają

się o wprowadzenie w błąd hotelu oraz stacji paliw i jednocześnie doprowadzenie pokrzywdzonego do rozporządzenia swoim mieniem.

Z tych wszystkich względów brak było podstaw do zakwalifikowania zachowania oskarżonego objętego czynem zarzuconym mu w punkcie 2 aktu oskarżenia jako przestępstwa oszustwa z art. 286 § 1 k.k.. Zanim przejdzie sąd do omówienia przyczyn zakwalifikowania czynu oskarżonego jako przestępstwa z art. 287 § 1 k.k., niejako dla „oczyszczenia przedpola” odniesie się jeszcze w skrócie do dwóch kwalifikacji prawnych które mogą być brane pod uwagę przy prawnej ocenie zachowań polegających na dokonaniu zapłaty zbliżeniowej przez osobę nieuprawnioną przy użyciu uprzednio skradzionej karty. Z przyczyn zbliżonych do tych omówionych już przy okazji odniesienia się przez sąd do okoliczności wyłączających możliwość zakwalifikowania zachowań oskarżonego jako przestępstwa z art. 279 § 1 k.k., niezasadne pozostawałoby także zakwalifikowanie tego czynu jako przestępstwa z art. 278 § 1 k.k.. Jak już w uzasadnieniu niniejszym argumentowano, brak jest przede wszystkim podstaw do zakwalifikowania zachowania oskarżonego jako zaboru cudzej rzeczy ruchomej, w szczególności zaboru i objęcia takiej rzeczy we władanie będącego warunkiem przypisania przestępstwa kradzieży w typie podstawowym. Skoro w czasie popełnienia przez oskarżonego zarzuconego mu w niniejszej sprawie czynu pieniądze zapisany na rachunku nie był objęty definicją rzeczy ruchomej, to zachowanie oskarżonego nie mogło zostać potraktowane jako zabór cudzej rzeczy ruchomej w celu jej przywłaszczenia.

Zanegować należy także możliwość potraktowania zachowania oskarżonego jako wyczerpującego znamiona przywłaszczenia cudzego mienia, w tym wypadku mienia w postaci pieniędzy zapisanych na rachunku bankowym. Przestępstwo przywłaszczenia popełnione zostać może poprzez rozporządzenie jak własnym cudzym mieniem, które w posiadaniu sprawcy znalazło się legalnie. Przywłaszczenie wiąże się z uprzednim posiadaniem rzeczy lub prawa majątkowego przez sprawcę. W przeciwieństwie więc do kradzieży, gdzie sprawca czynu zabiera spod władztwa osoby uprawnionej określoną rzecz, w przypadku przywłaszczenia, sprawca w chwili czynu jest już w legalnym posiadaniu określonej rzeczy (wyr. SN z 17.7.1978 r., Rw 258/78, OSNKW 1978, Nr 10, poz. 109). Gdyby nawet z posiadaniem samej karty bankomatowej wiązać uprawnienie do dysponowania środkami pieniężnymi znajdującymi się na rachunku bankowym z którym powiązana jest karta, to niezależnie od tego fakt bezprawnego wejścia oskarżonego w posiadanie karty bankomatowej w stanie faktycznym niniejszej sprawy wykluczałoby możliwość kwalifikowania popełnionego przez niego czynu jako przestępstwa przywłaszczenia. Oskarżonemu bowiem nie została przez właściciela powierzona karta uprawniająca do dokonania płatności zbliżeniowej, nie została ona również zagubiona przez osobę uprawnioną, oskarżony jej nie znalazł, ani nie wszedł w jakikolwiek inny legalny sposób w jej posiadanie. Kartę bankomatową wcześniej ukradł. Nie może zatem być mowy o tym, by jego zachowanie uznane zostało za przywłaszczenie mienia.

W przekonaniu sądu odwoławczego zachowanie sprawcy, który posługując się uprzednio skradzioną kartą bankomatową, jako osoba nieupoważniona realizuje płatności metodą płatności zbliżeniowej, wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 287 § 1 k.k.. Sprawca taki działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, bez upoważnienia wywołuje swoim działaniem skutek w postaci wpływania na automatyczne przetwarzanie danych informatycznych w postaci zapisów księgowych na elektronicznych nośnikach informacji. Tak podjęte zachowanie stanowi pełną realizację znamion tego przestępstwa. Nie ulega wątpliwości stanowiący znamię czynu z art. 287 § 1 k.k. cel działania sprawcy zmierzającego do osiągnięcia korzyści majątkowej. Korzyścią taką jest w tym przypadku z jednej strony dążenie do uzyskania kupowanego towaru, z drugiej zaś dokonanie zapłaty za kupowany przez sprawcę towar, co stanowi nic innego, jak tylko przysporzenie korzyści majątkowej w postaci zwolnienia ze zobowiązania uiszczenia ceny za kupowany towar, czyli umorzenia zobowiązania. Niepodważalne w stanie faktycznym niniejszej sprawy pozostaje również działanie oskarżonego, posługującego się uprzednio skradzioną kartą płatniczą, bez upoważnienia. Oskarżony nie był osobą upoważnioną do posługiwania się skradzioną uprzednio kartą płatniczą przy pomocy której wpłynął na automatyczne przetwarzanie i gromadzenie danych informatycznych w postaci zapisów księgowych na elektronicznych nośnikach informacji oraz na zapisy tych danych. Nie budzi również wątpliwości skutek wywołany zachowaniem oskarżonego, a to wpływanie na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych, a w konsekwencji zmiana i wprowadzenie nowego zapisu danych informatycznych. Jak już w uzasadnieniu niniejszym wspomniano, skutkiem działania osoby dokonującej płatności zbliżeniowej

pozostaje ostatecznie zmiana zapisów księgowych na elektronicznych nośnikach informacji banku. W konsekwencji działania sprawcy dochodzi ostatecznie nie tylko do zmiany sald na rachunku bankowym pokrzywdzonego i rachunku beneficjenta transakcji, to jest hotelu i sklepu, lecz także do wprowadzenia stosownych zapisów o płatności zrealizowanej przez oskarżonego. Proces przetwarzania i przekazywania danych informatycznych pozostaje jednocześnie w przypadku transakcji dokonywanych przy użyciu karty płatniczej całkowicie zautomatyzowany. Po przyłożeniu karty do terminala uruchamiany jest cały szereg operacji elektronicznych, które już bez udziału czynnika ludzkiego prowadzą ostatecznie do zmiany zapisów księgowych w systemach informatycznych banków. Dodatkowo jeszcze można wskazać, że z treści przepisu wynika, iż z woli samego ustawodawcy zachowanie wyczerpujące znamiona przestępstwa z art. 287 § 1 k.k. określone zostało jako oszustwo (art. 287 § 3 k.k.). Praktyka i doktryna prawa karnego dodaje zwykle do tego określenia jeszcze przymiotnik „komputerowe”, co rzeczywiście oddaje pełniej istotę tego czynu zabronionego. Od oszustwa definiowanego w art. 286 § 1 k.k. przestępstwo oszustwa komputerowego odróżnia brak oddziaływania na czynnik ludzki jako znamienia tego przestępstwa. Jak już wspomniano, w odróżnieniu od przestępstwa oszustwa z art. 286 § 1 k.k., sprawca oszustwa komputerowego nie wprowadza w błąd człowieka, lecz wyłącznie oddziałuje na całkowicie zautomatyzowany proces przetwarzania danych informatycznych. Substrat oszustwa wyraża się w przypadku tego przestępstwa z nadaniu realizowanej czynności pozorów transakcji i operacji legalnej, podczas gdy jest ona dokonywana przez osobę nieuprawnioną, działającą na szkodę innego podmiotu.

Nie ma jednocześnie żadnych teoretycznych względów, by odrzucić zasadność kwalifikowania takich zachowań, które zostały zarzucone oskarżonemu, jako przestępstw z art. 287 § 1 k.k.. Kwalifikacja ta w pełni odpowiada założeniom teoretycznym towarzyszącym regulacji tego przepisu. Małgorzata Dąbrowska – Kardas i Piotr Kardas w Komentarzu do art. 287 k.k. (Lexonline) piszą, iż r ozwiązanie przyjęte w art. 287 miało na celu wypełnienie luki prawnej w zakresie kryminalizacji zachowań godzących w mienie oraz w zapisy danych informatycznych odzwierciedlające określone prawa do mienia, które ze względu na sposób zamachu związany z wykorzystaniem nowoczesnych technologii teleinformatycznych nie były objęte ochroną przez konstrukcję klasycznego oszustwa. Konstrukcja oszustwa komputerowego rozszerza zakres ochrony mienia. W charakterystyce zachowania karalnego pominięto konstytutywny dla klasycznego oszustwa element oddziaływania sprawcy na osobę rozporządzającą mieniem, zastępując go oddziaływaniem sprawcy na proces automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania danych informatycznych bądź oddziaływaniem polegającym na zmianie, usunięciu lub wprowadzeniu nowego zapisu danych informatycznych. Przepis art. 287 chroni dwa dobra prawne. Zasadniczym przedmiotem ochrony przestępstwa określonego w art. 287 § 1 jest mienie. Wynika to z faktu umieszczenia tego przepisu w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko mieniu, przy czym z uwagi na kształt znamion tego przestępstwa oraz ustawowy kontekst pojęcie to należy rozumieć jako zbiorczą nazwę dla wszelkich praw majątkowych, których potwierdzeniem (dowodem istnienia) jest odpowiedni zapis w systemie gromadzącym, przetwarzającym lub przesyłającym automatycznie dane informatyczne albo mienie, z którym związany jest taki zapis. (...) Ponadto przepis art. 287 chroni jako dobro poboczne zapisy informacji oraz zasady automatycznego ich przetwarzania, gromadzenia lub przesyłania. (...) W szczególności ochronie podlega w tym zakresie integralność, poufność oraz dostępność danych informatycznych dotyczących mienia, w sferze automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania tych danych informatycznych oraz zapisów tych danych (por. R. Korczyński, R. Koszut, "Oszustwo" komputerowe..., s. 24-25). Ci sami autorzy (Małgorzata Dąbrowska – Kardas i Piotr Kardas w Komentarzu do art. 287 k.k., Lexonline) piszą dalej, że Wskazanie na brak oddziaływania na osobę w celu doprowadzenia do rozporządzenia przez nią mieniem, niewątpliwie trafnie obrazujące jedną z różnic konstrukcyjnych między typem czynu zabronionego przewidzianym w art. 287 a przestępstwem określonym w art. 286, bynajmniej nie przesądza jednak, że przepis ten nie chroni pokrzywdzonego. W istocie bowiem, uznając, że głównym przedmiotem ochrony omawianego typu czynu zabronionego jest mienie, tym samym wskazuje się podmiot, któremu przysługują chronione przez art. 287 prawa do mienia, jako podmiot pokrzywdzony. Ochrona mienia przed bezprawnymi zamachami jest bowiem w każdym przypadku ochroną mienia, do którego prawa przysługują określone podmiotowi. (...) Sformułowanie "bez upoważnienia" oznacza, że czynności polegające na wpływaniu na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych lub czynności polegające na zmienianiu, usuwaniu albo wprowadzaniu nowego zapisu danych informatycznych muszą być realizowane przez osobę, która nie ma prawa do ingerowania w zapisy danych informatycznych lub w proces automatycznego gromadzenia, przetwarzania lub przekazywania danych

informatycznych (por. P. Kardas, *Oszustwo komputerowe w kodeksie karnym...*, s. 59-60; R. Korczyński, R. Koszut, *"Oszustwo" komputerowe...*, s. 27). Nie powinno ulegać wątpliwości, iż osoba, która dokonała uprzednio kradzieży karty umożliwiającej realizację płatności zbliżeniowych nie jest osobą uprawnioną do wpływania na automatyczne przetwarzanie i gromadzenie danych poprzez dokonywanie płatności zbliżeniowych.

Z tych wszystkich powodów sąd odwoławczy uznał, iż konieczne pozostaje zgodne z kierunkiem zaskarżenia dokonanie zmiany zaskarżonego wyroku poprzez przypisanie oskarżonemu popełnienia przestępstwa oszustwa komputerowego z art. 287 § 1 k.k.. Mając zatem okoliczności powyższe na względzie zmienił sąd zaskarżony wyrok w ten sposób, że w jego punkcie 2, w miejsce przypisanego oskarżonemu czynu uznał oskarżonego M. C. za winnego tego, że w dniu 4 listopada 2016 roku w P. działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, bez upoważnienia wpłynął na automatyczne przetwarzanie i gromadzenie danych informatycznych zgromadzonych w systemie informatycznym Banku (...) S.A. we W. w ten sposób, że posługując się uprzednio przez siebie skradzioną Z. S. kartą bankomatową (...) S.A. o numerze (...) dokonał czterokrotnie zapłaty z wykorzystaniem funkcji zbliżeniowej nie wymagającej potwierdzenia kodem pin ani podpisem, za towary zakupione w Hotelu (...) oraz Stacji Paliw (...) o łącznej wartości 57,49 złotych działając na szkodę Z. S., przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat od odbycia w okresach od dnia 15 lutego 2004 roku do dnia 27 lutego 2004 roku oraz od dnia 26 lutego 2006 roku do dnia 31 grudnia 2007 roku oraz od dnia 23 września 2011 roku do dnia 13 lipca 2012 roku kary 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego Lublinie z dnia 7 grudnia 2004 roku (sygn. akt IX K 504/04) za umyślne przestępstwo podobne z art. 280 § 1 k.k. i art. 158 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k., tj. przestępstwa z art. 287 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.. W opisie czynu przypisanego oskarżonemu sąd odwoławczy prawidłowo określił jednocześnie numer karty bankowej, którą popełniając przestępstwo posłużył się oskarżony M. C. oraz jej emitenta. Z zeznań pokrzywdzonego (k. 3) wynika bowiem jednoznacznie, że popełniając przypisany mu czyn oskarżony posłużył się określoną poprzez wskazanie jej numeru kartą wystawioną przez (...). Druga ze skradzionych pokrzywdzonemu kart nie była w owym czasie nawet aktywowana. Płatności oskarżony dokonał przy użyciu tej aktywnej karty. Jej numer zaś potwierdza załącznik do protokołu zatrzymania rzeczy (k. 21a).

Na marginesie jedynie wskazać trzeba, że nawet wówczas, gdyby wbrew zaprezentowanym już w niniejszym uzasadnieniu argumentom, przy zastosowaniu zgodnie z art. 4 § 1 k.k. aktualnie obowiązującej definicji rzeczy ruchomej z art. 115 § 9 k.k., czyn oskarżonego zakwalifikowany zostałby jako wyczerpujący znamiona kradzieży, która z uwagi na wysokość szkody wyrządzonej tym czynem rodziłaby konieczność potraktowania tego czynu jako wykroczenia z art. 119 § 1 k.k., wówczas w dalszym ciągu za zasadną należałoby potraktować kwalifikację prawną ostatecznie przyjętą przez sąd odwoławczy. Uznanie, iż czyn oskarżonego wyczerpuje znamiona wykroczenia kradzieży, podobnie, jak i w przypadku znamion przestępstwa z art. 278 § 1 k.k., nie dezaktualizuje wyczerpania zachowaniem oskarżonego znamion przestępstwa z art. 287 § 1 k.k., które to znamiona realizuje czyn przypisany jego osobie. Niezależnie zatem od tego, że czyn oskarżonego mógłby wyczerpywać także znamiona innych czynów zabronionych, w żadnym wypadku nie będą to mogły być kwalifikacje, które prowadzić mogłyby do eliminacji przepisu art. 287 § 1 k.k. z kwalifikacji prawnej czynu. W przypadku zaś wykroczenia, zastosowanie znalazłaby instytucja zbiegu idealnego regulowanego w art. 10 § 1 k.w..

Zmiana zaskarżonego wyroku w sposób wyżej określony stanowiła bez wątpienia zmianę dla oskarżonego korzystną. W miejsce przestępstwa zagrożonego karą od 1 roku do 10 lat pozbawienia wolności przypisany został oskarżonemu czyn w przypadku którego ustawowe zagrożenie to kara od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności. W jeszcze korzystniejszym stosunku obniżony został wobec oskarżonego wymiar kary orzeczonej za przypisane mu przestępstwo. Mając na względzie sposób działania sprawcy, jego dotychczasową osiemnastokrotną karalność, w tym za przestępstwa przeciwko mieniu, popełnienie przypisanego mu czynu w warunkach recydywy, działanie na szkodę współlokatora poprzez wykorzystanie pozostawienia przez niego we wspólnie zajmowanym pokoju hotelowym karty płatniczej, przeznaczenie środków, którymi dokonywał oskarżony płatności, na alkohol, nie zaś na cel, których choćby w minimalnych stopniu łagodzić mógł ponoszona przez oskarżonego odpowiedzialność karną, lecz uwzględniając także okoliczności łagodzące w postaci niewielkiej wartości wyrządzonej szkody oraz przyznania się oskarżonego do

popelnienia zarzuczonego mu czynu, sąd odwoławczy uznał, iż karą jak winna zostać oskarżonemu za przypisane mu przestępstwo wymierzona, pozostaje kara 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Zmiana jednej z kar jednostkowych składających się na karę łączną orzeczoną wobec oskarżonego w punkcie 3 zaskarżonego wyroku skutkować musiała uchynieniem orzeczenia o karze łącznej z punktu 3 zaskarżonego wyroku i orzeczeniem kary łącznej na nowo. Zauważyć trzeba, że orzekając o karze łącznej sąd pierwszej instancji zastosował zasadę absorpcji orzekając karę łączną równą surowszej z dwóch wymierzonych oskarżonemu kar jednostkowych. W apelacji wywiezionej na korzyść oskarżonego (jak to sam skarżący określił) apelujący nie kwestionował zasady zastosowanej w zaskarżonym wyroku przy orzekaniu o karze łącznej. Nie było zatem podstaw do wydawania orzeczenia o karze łącznej przy zastosowaniu zasady innej niż przyjęta przez Sąd Rejonowy. Mając zatem na względzie okoliczności powyższe, sąd odwoławczy uchylił punkt 3 zaskarżonego wyroku i na mocy art. 85 § 1 k.k. oraz art. 86 § 1 kk połączył kary pozbawienia wolności orzeczone w punkcie 1 zaskarżonego wyroku oraz w wyroku Sądu Okręgowego, wymierzając oskarżonemu karę łączną 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Orzekając o karze miał sąd na względzie również treść pisma oskarżonego nadesłanego przezeń do sądu przed terminem rozprawy odwoławczej w którym to piśmie oskarżony postulował orzeczenie wobec niego kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Okoliczności wskazane w piśmie oskarżonego nie były w stanie doprowadzić do warunkowego zawieszenia wykonania kary wobec oskarżonego. W realiach niniejszej sprawy, w obliczu treści regulacji kodeksu karnego obowiązującej już w czasie popelnienia przez oskarżonego zarzuczonego jego osobie przestępstwa, warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności w wymiarze nie przekraczającym roku dopuszczalne pozostawało wyłącznie wówczas, gdy przestępstwo popelnione zostało przez sprawcę, który w czasie jego popelnienia nie był karany na karę pozbawienia wolności, i to przy spełnieniu dodatkowo określonych w tym przepisie przesłanek. Tymczasem przed dniem 4 listopada 2016 roku, czyli przed dniem popelnienia przypisanego mu przestępstw, oskarżony M. C. był czternastokrotnie skazywany na kary pozbawienia wolności. Już tylko dotychczasowa karalność oskarżonego wykluczała orzeczenie wobec niego kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Dotychczasowa karalność obciąża oskarżonego bowiem w sposób wyjątkowy. Kary wobec jego osoby orzekane nie przyniosły społecznie oczekiwanego rezultatu i nie odwiodły oskarżonego od popelnienia kolejnych przestępstw przeciwko mieniu. Zachowaniem swoim potwierdził oskarżony lekceważący stosunek do porządku prawnego, w tym do dobra prawnego jakim jest cudze mienie po raz kolejny dotknięte przestępstwem oskarżonego zwłaszcza, gdy przypisanego mu czynu dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa z art. 64 § 1 k.k..

Nie dopatrując się powodów do zmiany zaskarżonego wyroku w pozostałym zakresie, wyrok ten utrzymał sąd w tej pozostałej części w mocy.

W oparciu o zasady słuszności zwolnił sąd oskarżonego, który apelacji od wyroku sądu pierwszej instancji nie wniósł, od zapłaty kosztów sądowych postępowania odwoławczego, obciążając wydatkami Skarb Państwa.