

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 grudnia 2011 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Jerzy Skorupka (spr.)
Sędziowie:	SSA Witold Franckiewicz SSA Edward Stelmasik
Protokolant:	Iwona Łaptus

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Ludwika Uciurkiewicza

po rozpoznaniu w dniu 28 grudnia 2011 r.

sprawy **A. T.**

oskarżonej z art. 13 § 1 kk w zw. z art. 280 § 1 kk; art. 280 § 1 kk, art. 286 § 1 kk i art. 297 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, art. 278 § 1 i § 5 kk i art. 275 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżoną

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 21 czerwca 2011 r. sygn. akt III K 303/10

I. zmienia zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonej A. T., a na podstawie art. 435 kpk w stosunku do M. L. (1), P. C. (1), P. S. (1), B. K. w ten sposób, że z podstawy skazania za czyn przypisany oskarżonej w pkt I części rozstrzygającej eliminuje przepis art. 278 § 5 kk,

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. B. G. 600 zł tytułem kosztów nieopłaconej obrony oskarżonej z urzędu w postępowaniu odwoławczym oraz 138 zł z tytułu zwrotu podatku VAT,

IV. zwalnia oskarżoną od ponoszenia kosztów sądowych, zaliczając na je rzecz Skarbu Państwa.

UZASADNIENIE

1. M. J. L.syn J. i R. z domu P.;
2. **A. T.**c órka S. i D. z domu B.;
3. **P. C.** syn S. i A. z domu N.;

P. P. S. syn W. i U. z domu L.;

4. **B. P. K.** syn P. i D. z domu S.

zostali oskarżeni o to, że:

I. w lutym 2010 r. w Z. (...) działając wspólnie i w zabrali w celu przywłaszczenia z otwartego garażu dokumenty w postaci: legitymacji emeryta – rencisty o nr (...) wystawionej na nazwisko I. U., kartę N. ID C. o nr (...) (...), kartę (...) o nr (...) (...) wystawioną na nazwisko I. U., Europejską Kartę (...) wystawioną na nazwisko I. U., dowód osobisty wystawiony na nazwisko I. U. o nr A. (...), prawo jazdy wystawione na nazwisko I. U. o nr (...) które to dokumenty znajdowały się w etui, kosiarkę spalinową o wartości 500 zł, kosę spalinową o wartości 900 zł, lornetkę produkcji rosyjskiej o wartości 200 zł, okulary korekcyjne dwuogniskowe o wartości 600 zł, wiatrówkę o wartości nie mniejszej niż 200 zł, przyrząd do mierzenia ciśnienia o wartości 80 zł, to jest mienie o łącznej wartości nie mniejszej niż 2.480 zł na szkodę I. U.,

tj. o czyn z art. 278 § 1 k.k. i art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

a nadto M. L. (1), P. C. (1), P. S. (1) i A. T. zostali oskarżeni o to, że:

II. w dniu 24 lutego 2010 roku w okolicach miejscowości D. działając wspólnie i w porozumieniu dokonali rozboju na osobie P. H. w ten sposób, że przytrzymywali go i kierując w stronę brzucha pokrzywdzonego przedmiot przypominający broń palną G. grozili mu jej użyciem, a następnie zabrali w celu przywłaszczenia telefon komórkowy marki N., bez baterii, o wartości nie mniejszej niż 150 zł, czym działali na szkodę P. H.

tj. o czyn z art. 280 § 1 k.k.

a nadto M. L. (1) i P. C. (1) zostali oskarżeni o to, że:

III. w dniu 24 lutego 2010 roku we W. działając wspólnie i w porozumieniu dokonali rozboju na osobie R. K. w ten sposób, że posługując się przedmiotem przypominającym broń palną – G. grozili mu natychmiastowym jej użyciem poprzez skierowanie przedmiotu w kierunku pokrzywdzonego, a nadto posługując się nożem zabrali w celu przywłaszczenia stoper sportowy na sznurku koloru czarnego o wartości 20 zł, czym działał na szkodę R. K.

tj. o czyn z art. 280 § 2 k.k.

a nadto M. L. (1) został oskrżony, o to, że:

IV. w dniu 12.01.2010 roku we W. przy ul. (...) działając wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi osobami z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził Bank (...) S.A. z siedzibą w W.(...)we W. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 15.000 zł wprowadzając pokrzywdzony Bank w błąd co do okoliczności mających istotne znaczenie dla przyznania pożyczki poprzez posłużenie się stwierdzającymi nieprawdę dokumentami w postaci zaświadczenia o zatrudnieniu w firmie (...) Ośrodek (...) z siedzibą w K. (...) Oddział we W. z dnia 11.01.2010 r. oraz podania nieprawdziwych danych we wniosku o udzielenie pożyczki dotyczących wysokości uzyskiwanych dochodów oraz samego faktu zatrudnienia w tym ośrodku i podpisanie na podstawie wyżej wymienionych dokumentów umowy pożyczki nr (...) ,

tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

A. T.

została oskarżona o to, że:

V. w dniu 24 lutego 2010 roku we W. działając wspólnie i w porozumieniu z P. S. (1) usiłowała dokonać rozboju na osobie M. M. w ten sposób, że posługując się przedmiotem przypominającym broń palną G., poprzez przystawienie

tego przedmiotu do pleców i głowy pokrzywdzonej grozili natychmiastowym użyciem broni, a następnie przeszukując i szarpiąc się z pokrzywdzoną usiłowała zabrać w celu przywłaszczenia telefon komórkowy oraz torebkę, czym działała na szkodę M. M., ale zamierzonego celu nie osiągnęła z uwagi na postawę pokrzywdzonej,

tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k.

I. w dniu 17.12.2009 r. we W. działając wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi osobami z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadziła (...) Bank (...) (...) we W. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 22.000 zł wprowadzając pokrzywdzony Bank w błąd co do okoliczności mających istotne znaczenie dla przyznania kredytu poprzez posłużenie się stwierdzającymi nieprawdę dokumentami w postaci zaświadczenia o zatrudnieniu w firmie (...) Ośrodek (...) z siedzibą w K. (...) Oddział we W. z dnia 16.12.2009 r. oraz podania nieprawdziwych danych dotyczących wysokości uzyskiwanych dochodów oraz samego faktu zatrudnienia w tym ośrodku i podpisanie na podstawie wyżej wymienionych dokumentów umowy kredytu o nr (...) (...) z pakietem ubezpieczeniowym,

tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

P. S. (1) został oskarżony o to, że:

VII. w dniu 24 lutego 2010 roku we W. działając wspólnie i w porozumieniu z A. T. usiłował dokonać rozboju na osobie M. M. w ten sposób, że posługując się przedmiotem przypominającym broń palną G., poprzez przystawienie tego przedmiotu do pleców i głowy pokrzywdzonej groził natychmiastowym użyciem broni, a następnie przeszukując i szarpiąc się z pokrzywdzoną usiłowali zabrać w celu przywłaszczenia telefon komórkowy o nieustalonej wartości oraz torebkę o nieustalonej wartości, czym działał na szkodę M. M., ale zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na postawę pokrzywdzonej,

tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k.

II. w dniu 24 lutego 2010 roku w miejscowości B. posiadał przy sobie środki odurzające w postaci amfetaminy w ilości 0,30 grama,

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii

Sąd Okręgowy we Wrocławiu, wyrokiem z dnia 21 czerwca 2011 r. sygn. akt III K 303/10:

I. oskarżonych M. L. (1), A. T., P. C. (1), P. S. (1) i B. K. uznał za winnych popełnienia czynu opisanego w pkt I części wstępnej wyroku, z tym, że przyjął, iż dopuścili się go w Z. działając wspólnie i w porozumieniu oraz, że m.in. zabrali w celu przywłaszczenia przyrząd do mierzenia ciśnienia o wartości nie mniejszej niż 70 złotych, powodując szkodę w mieniu I. U. w kwocie nie mniejszej niż 2.470 zł, a nadto kwalifikując tenże czyn z art. 278 § 1 i § 5 k.k. i art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył im kary po 1 (jednym) roku pozbawienia wolności,

II. oskarżonych M. L. (1), P. C. (1), P. S. (1) i A. T. uznał za winnych popełnienia czynu opisanego w pkt II części wstępnej wyroku, tj. czynu z art. 280 § 1 k.k. i za to na podstawie tego przepisu wymierzył im kary po 2 (dwa) lata pozbawienia wolności,

III. oskarżonych M. L. (1) i P. C. (1) uznał za winnych popełnienia czynu opisanego w pkt III części wstępnej wyroku, tj. czynu z art. 280 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 280 § 2 k.k., przy zastosowaniu art. 60 § 1 i § 2 k.k. oraz art. 60 § 6 pkt 2 k.k. wymierzył im kary po 1 (jednym) roku i 10 (dziesięć) miesięcy pozbawienia wolności,

IV. oskarżonego M. L. (1) uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt IV części wstępnej wyroku, z tym, że przyjął, iż podpisał umowę pożyczki nr (...), tj. czynu z art. 286 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności,

V. oskarżoną A. T. uznał za winną popełnienia czynu opisanego w pkt V części wstępnej wyroku, z tym, że przyjął, iż usiłowała zabrać w celu przywłaszczenia telefon komórkowy o nieustalonej wartości oraz torebkę o nieustalonej wartości, tj. czynu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. wymierzył jej karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności,

VI. oskarżoną A. T. uznał za winną popełnienia czynu opisanego pkt VI części wstępnej wyroku, tj. czynu z art. 286 § 1 k.k. i art. 297 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył jej karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności,

VII. oskarżonego P. S. (1) uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt VII części wstępnej wyroku, tj. czynu z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności,

III. oskarżonego P. S. (1) uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt VIII części wstępnej wyroku, tj. czynu z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485) i za to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 5 (pięciu) miesięcy pozbawienia wolności,

IX. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierzył oskarżonym M. L. (1), A. T., P. C. (1) i P. S. (1) kary łączne pozbawienia wolności, a to:

1. oskarżonemu M. L. (1) - 2 (dwa) lata i 6 (sześć) miesięcy pozbawienia wolności,
2. oskarżonej A. T. - 2 (dwa) lata i 5 (pięć) miesięcy pozbawienia wolności,
3. oskarżonemu P. C. (1) - 2 (dwa) lata i 4 (cztery) miesiące pozbawienia wolności,
4. oskarżonemu P. S. (1) - 2 (dwa) lata i 5 (pięć) miesięcy pozbawienia wolności,

X. na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 2 k.k. wykonanie kary pozbawienia wolności orzeczonej wobec oskarżonego B. K. warunkowo zawiesił na okres próby lat 3 (trzech),

XI. na podstawie art. 73 § 2 k.k. oddał oskarżonego B. K. w okresie próby pod dozór kuratora sądowego,

XII. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonym M. L. (1), A. T., P. C. (1) i P. S. (1) na poczet wymierzonych im kar łącznych pozbawienia wolności okresy tymczasowego aresztowania od dnia 25 lutego 2010 roku do dnia 21 czerwca 2011 roku,

I. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. U. L. kwotę 1.992,60 zł tytułem nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonej A. T. oraz na rzecz adw. E. S. kwotę 1.623, 60 zł tytułem nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonego B. K.,

II. zwolnił oskarżonych M. L. (1), A. T., P. C. (1), P. S. (1) i B. K. od ponoszenia kosztów sądowych, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa.

Powyższy wyrok w części dotyczącej punktów: I, II, V, VI i IX zaskarżył obrońca oskarżonej A. T., orzeczeniu temu zarzucając rażąco niewspółmierność kary (art. 438 pkt.4 k.p.k.), polegającą na niezastosowaniu wobec oskarżonej instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary, podczas gdy jest ona osobą młodocianą i wymierzając jej karę Sąd powinien kierować się przede wszystkim względami wychowawczymi.

Wskazując na powyższe wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zastosowanie wobec oskarżonej instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary określonej w art.60§1 k.k. i wymierzenie na podstawie art. 60§6 pkt.3 oraz 4 k.k. następujących kar jednostkowych:

a.

- a. za czyn określony w pkt.I wyroku – kary ograniczenia wolności w wymiarze 12 miesięcy;
 - b. za czyn określony w pkt.II wyroku – kary pozbawienia wolności w wymiarze 1 roku i 6 miesięcy;
 - c. za czyn określony w pkt.V wyroku – kary pozbawienia wolności w wymiarze 1 roku i 6 miesięcy;
 - d. za czyn określony w art. VI wyroku – kary ograniczenia wolności w wymiarze 12 miesięcy;
2. na podstawie art. 85 k.k., art.86§1 k.k. oraz art. 87 k.k. wymierzenie oskarżonej kary łącznej w wysokości 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres lat 5.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie.

Dokonana zmiana zaskarżonego wyroku w stosunku do oskarżonej, a także wobec M. L. (1), P. C. (1), P. S. (1) oraz B. K. (art.435 k.p.k.), wynika z obowiązku jaki nakłada na sąd odwoławczy art. 455 k.p.k.

Jak wynika z opisu czynu przypisanego wymienionym na wstępie oskarżonym w punkcie I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku, jego przedmiotem była między innymi karta płatnicza (...)o nr (...) (...) wystawiona na nazwisko I. U.. Dostrzegając ten fakt, Sąd Okręgowy zakwalifikował ten czyn m.in. jako występki z art. 278§5 k.k. Z oceną tą nie można się jednak zgodzić.

Ustawa prawo bankowe (Dz.U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zm.) definiuje pojęcie karty płatniczej. Zgodnie z art. 4 ust.1 pkt. 4 tej ustawy, kartą płatniczą jest karta identyfikująca wydawcę i upoważnionego posiadacza, uprawniająca do wydania gotówki lub dokonywania zapłaty, a w przypadku karty wydanej przez bank lub instytucję ustawowo upoważnioną do udzielania kredytu – także do dokonywania wypłaty gotówki lub zapłaty z wykorzystaniem kredytu. Wynika z tego zatem, że karta płatnicza spełnia trzy funkcje:

1. uprawnia do wypłaty gotówki;
2. uprawnia do dokonywania zapłaty za towar i usługi;
3. uprawnia do dokonywania wypłaty gotówki lub zapłaty z wykorzystaniem kredytu.

Przez wzgląd na te funkcje można wyróżnić trzy rodzaje kart płatniczych:

1. kartę uprawniającą wyłącznie do wypłaty gotówki, tzw. kartę bankomatową;
2. kartę uprawniającą do dokonania zapłaty za towar lub usługę, tzw. kartę płatniczą w ścisłym tego słowa znaczeniu;
3. kartę uprawniającą do wypłaty gotówki lub zapłaty z wykorzystaniem kredytu tzw. kartę kredytową.

Karta uprawniająca wyłącznie do wypłaty gotówki, tzw. karta bankomatowa, nie uprawnia do dokonywania zapłaty, gdyż nie spełnia funkcji płatniczej. Za pomocą tej karty, jej posiadacz nie może dokonać zapłaty, np. za nabyty w sklepie towar. Może jedynie wypłacić pieniądze z automatu bankowego (bankomatu). Funkcje płatnicze spełniają jedynie karta uprawniająca do dokonania zapłaty za dany towar lub usługę (tzw. karta płatnicza w ścisłym tego słowa znaczeniu) oraz tzw. karta kredytowa (tak J. Skorupka, Kradzież oraz przywłaszczenie karty bankomatowej i karty płatniczej, Księga pamiątkowa Zbigniewa Sobolewskiego , Warszawa 2011 r.).

W art. 278§5 k.k. stypizowano zachowanie polegające m.in. na kradzieży karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego. Powszechnie i zgodnie przyjmuje się, że w przepisie tym chodzi o kartę bankomatową (zob. A. Wąsek [red:], B. Michalski [w:], Kometarz. KK – część szczególna, t.II , Warszawa 2004 r., str. 698). Jak to już wyżej wskazano, karta bankomatowa stanowi jeden z trzech rodzajów kart płatniczych. Wynika z tego zatem, że na podstawie

art. 278§5 k.k. penalizowana jest kradzież tylko jednego rodzaju karty płatniczej, a mianowicie karty bankomatowej (uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego). Przepis ten nie stanowi podstawy do kwalifikowania kradzieży innego rodzaju kart płatniczych (tzw. karty płatniczej w ścisłym tego słowa znaczeniu oraz karty kredytowej), kradzież tego rodzaju kart powinna być kwalifikowana jako występki z art. 278§1 k.k. (tak J. Skorupka, op. cit.).

Wskazać bowiem należy, że przedmiotem wykonawczym przestępstwa kradzieży z art. 278§1 k.k. jest rzecz ruchoma. Kodeks karny rozszerza cywilistyczne pojęcie rzeczy ruchomej, przyjmując, że jest nią również polski albo obcy pieniądź lub środek płatniczy, a także dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenia uczestnictwa spółce (art. 115§9 k.k.).

Pojęcie karty płatniczej (w każdym z jej trzech rodzajów) nie może być utożsamiane z polskim albo obcym pieniądzem płatniczym, gdyż pod tymi pojęciami rozumie się wyłącznie pieniądź obiegowy emitowany przez bank centralny, będący w Polsce albo w innym państwie prawnym środkiem płatniczym.

Żadna z kart płatniczych nie jest również papierem wartościowym. Nie zawiera w sobie żadnego zobowiązania do świadczenia, z którego wynikałoby roszczenie majątkowe dla kogokolwiek, jak wymaga tego art. 921⁶ k.c. Nie ucieleśnia również żadnych praw, które mogłyby być przeniesione na inną osobę. Uznaniu karty płatniczej za papier wartościowy sprzeciwia się także uznawana powszechnie w doktrynie prawa cywilnego zasada numerus clausus papierów wartościowych.

Natomiast karty spełniające funkcję płatniczą (tzw. karta płatnicza w ścisłym tego słowa znaczeniu oraz karta kredytowa) mogą być uznane za inny środek płatniczy w rozumieniu art. 115§9 k.k. Są one bowiem nośnikiem niematerialnego pieniądza bankowego. Stanowią zatem elektroniczne instrumenty płatnicze w rozumieniu art. 2 pkt.4 ustawy z dnia 19 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych (Dz.U. z 2002 r., Nr 169, poz. 1385 ze zm.). Pozwala to zaliczyć je do zbioru rzeczy ruchomych o jakich mowa w art. 115§9 k.k., a tym samym przyjąć, że stanowią one przedmiot wykonawczy w typie przestępstwa z art. 278§1 k.k. (tak J. Skorupka, op. cit.).

Zważyć należy, że z uwagi na fakt, że przedmiotem kradzieży może być tylko rzecz przedstawiająca wartość materialną oraz ze względu na zjawisko kontrawercjonalizacji, którego zasadniczym elementem jest wartość stanowiącej przedmiot kradzieży rzeczy ruchomej, a także z uwagi na to, że kradzież karty jest dokonana już w chwili wyjęcia jej spod władztwa uprawnionego podmiotu (nie jest wymagane aby sprawca na jej podstawie podjął środki z rachunku, do którego została wydana), konieczne jest ustalenie wartości zabranego przedmiotu. Problem ten nie ma, co prawda, znaczenia w wypadku zaboru karty bankomatowej. Karta, o której mowa w art. 278§5 k.k. nie jest bowiem rzeczą w rozumieniu art. 115§9 k.k. Nie ma też swego „przepołowionego” odpowiednika w Kodeksie wykroczeń. Oznacza to, że zabór karty bankomatowej, niezależnie od wartości przedmiotu kradzieży, zawsze stanowi występki z art. 278§5 k.k. Wymieniona kwestia ma jednak znaczenie w wypadku kradzieży kart spełniających funkcję płatniczą, z uwagi na, że zabór cudzej rzeczy ruchomej o wartości mniejszej niż 250 zł. stanowi wykroczenie. Stąd, znamiona typu czynu zabronionego z art. 278§1 k.k. wypełniać będzie zabór w celu przywłaszczenia karty płatniczej w ścisłym znaczeniu i karty kredytowej o wartości wyższej niż 250 zł.

Prima facie, wydawać by się mogło, że skoro kradzież karty jest dokonana już w chwili wyjęcia jej spod władztwa uprawnionego podmiotu (bez potrzeby podejmowania kroków zmierzających do wypłaty środków z rachunku, do którego została wydana), to dla ustalenia wartości przedmiotu zaboru w przypadku tego rodzaju zachowań, powinna mieć wyłącznie wartość kawałka plastiku, z którego karta jest wykonana. Oznaczałoby to, że zabór karty zwykle stanowiłby wykroczenie o jakim mowa w art.119 k.w. (wartość plastiku, z którego karta jest wykonana zwykle nie będzie przedstawiać wartości większej aniżeli 250 zł.).

Taki sposób ustalania wartości przedmiotu zaboru, w przypadku kart spełniających funkcje płatnicze nie zasługuje na uwzględnienie. Zważyć bowiem należy, że w przypadku kradzieży tego rodzaju kart sprawca zabiera w istocie nośnik pieniądza bankowego zapisanego na rachunku bankowym. Sprawca zabiera więc nośnik do całości pieniądza bankowego znajdującego się na rachunku posiadacza karty, a więc do całego tzw. salda na rachunku bankowym (bądź

rachunku kredytowym – w przypadku karty kredytowej). Wynika z tego zatem, że kradzież karty z funkcją płatniczą należy kwalifikować jako występki z art. 278§1 k.k., jeżeli na rachunku jej posiadacza (bankowym lub kredytowym) zapisana jest kwota wyższa niż 250 zł, niezależnie od tego, jaka faktycznie kwota została przez sprawcę za pomocą takiej karty wypłacona. Jedynie na marginesie wskazać należy, iż dokonanie lub usiłowanie dokonania wypłaty środków za pomocą uprzednio skradzionej karty, powinno być oceniane jako odrębny czyn.

Podsumowując, stwierdzić zatem należy, że tylko kradzież karty bankomatowej (a więc karty uprawniającej jedynie do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego) wypełnia znamiona występkę z art. 278§5 k.k. Natomiast kradzież karty uprawniającej do zapłaty za towar lub usługę czyli tzw. „karty płatniczej w ścisłym tego słowa znaczeniu” oraz karty uprawniającej do wypłaty gotówki lub zapłaty z wykorzystaniem kredytu bankowego, czyli tzw. „karty kredytowej” w zależności od wartości przedmiotu zaboru, może wypełniać znamiona kradzieży w typie podstawowym z art. 278§1 k.k. (gdy wartość przedmiotu zaboru przekracza 250 zł) lub wykroczenia z art. 119§1 k.w. (jeżeli wartość przedmiotu zaboru nie przekracza 250 zł). W wypadku kradzieży karty spełniającej funkcję płatniczą, wartość przedmiotu zaboru stanowi całość dostępnego na jej podstawie pieniądza bankowego znajdującego się w chwili zaboru na rachunku jej posiadacza.

Z tych względów z podstawy skazania za czyn przypisany oskarżonej w pkt. I części dyspozytywnej wyroku (popołniony wspólnie i w porozumieniu z wymienionymi na wstępie oskarżonymi) wyeliminowano §5 art. 278 k.k., albowiem zabór karty płatniczej (...)wypełnia znamiona kradzieży typu podstawowego z art.278§1 k.k.

Wprawdzie Sąd Okręgowy nie ustalił wartości pieniądza dostępnego na podstawie zabranej pokrzywdzonemu karty płatniczej, to jednak mając na względzie ogólną wartość wszystkich skradzionych przedmiotów oraz brak skargi na niekorzyść oskarżonej, stwierdzone uchybienie nie może jednak spowodować uchylecia zaskarżonego wyroku, w części dotyczącej czynu przypisanego oskarżonej w pkt. I części dyspozytywnej, albowiem w postępowaniu toczącym się po uchyleciu wyroku, wartość skradzionego mienia nie mogła być ustalona w wartości wyższej aniżeli przyjęta przez Sąd Okręgowy w zaskarżony wyroku. Podkreślić jednak należy, że w przypadku kradzieży karty spełniającej funkcję płatniczą, zasadą powinno być ustalenie wartości dostępnego na jej podstawie pieniądza, gdyż okoliczność ta zwykle ma znaczenie dla oceny prawnej zachowania sprawcy takiego czynu.

Odnosząc się do podnoszonego w apelacji obrończyni oskarżonej zarzutu rażącej niewspółmierności kary, stwierdzić należy, iż jest on bezzasadny w stopniu oczywistym.

Rażąca niewspółmierność kary, o jakiej mowa w art. 438 pkt. 4 k.p.k., zachodzi tylko wówczas, gdyby na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można przyjąć, że zachodzi wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez sąd I instancji a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw sądowego wymiaru kary (tak m.in. SN w wyroku z dnia 14 listopada 1973 r., III KR 254/73, OSNPG 1974, z. 3-4, poz. 51). Wskazać należy, że niewspółmierność kary to pojęcie ocenne, tak więc jeśli w treści art. 438 pkt. 4 k.p.k. jest mowa o niewspółmierności rażącej, to oznacza to, że chodzi tu o dysproporcję znaczną, bijącą wręcz w oczy, a nie ewentualnie o drobne różnice w ocenach sądu pierwszej i drugiej instancji. Nie może być zatem, w ramach tej przyczyny odwoławczej dokonywana korekta w każdej sytuacji, w której sąd odwoławczy dochodzi do wniosku, że karę należałoby ukształtować nieco odmiennie, to jest, że kara jest po prostu zbyt surowa lub zbyt łagodna. Chodzi tu bowiem o różnice ocen o zasadniczym charakterze, a więc nie o każdą różnicę w ocenach co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen o tak zasadniczej naturze, że karę dotychczas wymierzoną nazwać by można było – również w potocznym tego słowa znaczeniu – „rażąco” niewspółmierną, a więc taką, której nie da się wręcz zaakceptować (zob. St. Zabłocki, Postępowanie odwoławcze, kasacyjne i wznowieniowe w procesie karnym, Warszawa 1999, str. 97 i n. oraz orzecnictwo i literatura tam podane).

Wbrew odmiennej ocenie skarżącej, nie rażą surowością ani wymierzone oskarżonej kary jednostkowe, ani też orzeczona na ich podstawie kara łączna. Sąd Okręgowy słusznie przyjął, że wobec oskarżonej brak jest podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia orzeczonych wobec niej kar.

Przede wszystkim Sąd meriti trafnie wskazał, że wprawdzie art. 60§1 k.k. pozwala wymierzyć młodocianemu karę z nadzwyczajnym jej złagodzeniem (o ile przemawiają za tym względy wychowawcze), to jednak „młodocianość” i „względy wychowawcze”, o jakich mowa w art. 54§1 k.k., nie mają samodzielnego bytu jako podstawa nadzwyczajnego złagodzenia kary. Stanowią jedynie punkt wyjściowy i powinny być zestawiane z pozostałymi okolicznościami podmiotowymi i przedmiotowymi, mającymi znaczenie dla wymiaru kary. Ponadto Sąd Okręgowy słusznie wskazał, że stosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary wchodzi w grę jedynie wówczas, gdy w przekonaniu sądu jest to uzasadnione celami wychowawczymi, a względ na współmierność kary do stopnia winy i społecznej szkodliwości popełnionego czynu nie stoi temu na przeszkodzie. Dodać należy, że „ wyrażona w art. 54§1 k.k. zasada prymatu celów wychowawczych karania młodocianych nie wyraża szczególnej dyrektywy pobłażliwego traktowania takich sprawców, ale obowiązek poznania przez sąd właściwości osobistych młodocianego sprawcy i stosownie do nich wymierzenie mu kary niezbędnej do jego wychowania ” (tak S.A. w Krakowie w wyroku z dnia 16 lutego 2005 r., II AKa 19/05).

Z powyższego wynika zatem, że stosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec młodocianych, nie jest regułą, lecz wchodzi w grę jedynie wtedy, gdy w ocenie sądu jest to uzasadnione celami wychowawczymi, a względ na współmierność kary do stopnia winy i społecznej szkodliwości popełnionego czynu temu się nie sprzeciwia.

Kierując się tymi wskazaniem, Sąd Okręgowy doszedł do prawidłowego przekonania, że wprawdzie oskarżona nie zasługuje na dobrodziejstwo nadzwyczajnego złagodzenia kary, to jednak przez względ na jej właściwości osobiste (w szczególności brak cech osobowości dysocjalnej), dotychczasową niekaralność oraz w istocie incydentalny charakter popełnionych przestępstw, zasługuje na wymierzenie jej kar w granicach ustawowego minimum.

Należy podkreślić, że Sąd Okręgowy należycie ocenił rolę jaką odegrała oskarżona w popełnieniu przypisanych jej przestępstw. Nie była ona jednak, aż tak mało znaczącą, jak to przedstawia autorka apelacji. To przecież oskarżona zaproponowała M. L. (2), P. C. (2) oraz P. S. (2) dokonanie kradzieży na szkodę I. U.. Na równi z innymi oskarżonymi uczestniczyła w podjęciu decyzji o dokonaniu rozbroju z użyciem atrapy broni palnej. To wreszcie ona „przeszukiwała” pokrzywdzoną (M. M.) szukając u niej telefonu komórkowego. Widać zatem, że jej rola w popełnieniu przestępstw nie miała charakteru marginalnego.

Ponadto dodać należy, iż Sąd Okręgowy wziął również pod uwagę nieprzemyślaną motywację oskarżonej. Od razu zastrzec jednak należy, że nie usprawiedliwia jej w żadnym razie to, że uzyskane z przestępstwa środki, przeznaczała na zaspokojenie podstawowych potrzeb życiowych. Rozbój jest bardzo poważnym przestępstwem i jego popełnienie nie powinno być usprawiedliwiane trudną sytuacją materialną sprawcy.

Godzi się również podkreślić, że Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił zachowanie oskarżonej po popełnieniu przestępstwa, w szczególności zaś jej postawę w czasie wykonywania tymczasowego aresztowania. Niewątpliwie jest to okoliczność przemawiająca na jej korzyść, niemniej jednak trudno jest ją poczytać jako uzasadniającą zastosowanie szczególnej (nadzwyczajnej) instytucji, jaką jest nadzwyczajne złagodzenie kary.

Mając to wszystko na względzie nie sposób uznać wymierzonych oskarżonej kar jednostkowych oraz orzeczonej na ich podstawie kary łącznej (wymiarze niewiele wyższym od najsurowszej z kar jednostkowych) za rażąco niewspółmierne. Brak jest zatem podstaw do uwzględnienia podnoszonego w apelacji zarzutu rażącej niewspółmierności kary (art. 438 pkt.4 k.p.k.).

Z tych względów orzeczono jak w sentencji wyroku.

O wynagrodzeniu obrońcy orzeczono na podstawie art. 29 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. - Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2002 r., Nr 123, poz. 1058 ze zm.) oraz na podstawie §14 ust. 1 pkt. 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r., w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. I z 2002 r. poz. 163, Nr 1348 ze zm.).

Natomiast z uwagi na trudną sytuację materialną oskarżonej zwolniono ją z obowiązku ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze (art. 624§1 k.p.k. w zw. 634 k.p.k.).