

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 marca 2023 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący SSA Jerzy Skorupka (spr.)

Sędziowie: SA Wiesław Pędziwiatr

SA Artur Tomaszewski

Protokolant: Magdalena Szymczak

przy udziale prokuratora Prokuratury (...) Artura Jończyka

po rozpoznaniu 22 marca 2023 r.

sprawy T. A. oskarżonego o czyny z:

art. 278 § 1 kk i art. 278 § 5 kk i art. 276 kk i art. 275 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, art. 279 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk, art. 288 § 1 kk i art. 13 § 1 kk w zw. z art. 278 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk i art. 11 § 2 kk

D. K. oskarżonego o czyny z:

art. 278 § 1 kk i art. 278 § 5 kk i art. 276 kk i art. 275 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, art. 279 § 1 kk, art. 279 § 1 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk, art. 288 § 1 kk i art. 13 § 1 kk w zw. z art. 278 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk i art. 11 § 2 kk

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Legnicy

z 24 lutego 2022 r. sygn. akt III K 135/21

I. zmienia zaskarżony wyrok w stosunku do T. A. w punkcie IV części rozstrzygającej w ten sposób, że w miejsce przypisanego czynu uznaje go za winnego występkę opisanego w punkcie 6 części wstępnej zaskarżonego wyroku z tym, że z opisu tego czynu eliminuje zwrot „powodując straty w łącznej kwocie 3499,99 zł” tj. czynu z art. 288 § 1 kk i art. 13 § 1 kk w zw. z art. 278 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i art. 64 § 1 kk i za ten czyn na podstawie art. 294 § 1 kk przy zastosowaniu art. 11 § 3 kk wymierza mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności, stwierdzając że utraciła moc kara łączna orzeczona w punkcie V części rozstrzygającej;

II. na podstawie art. 85 § 1 kk i art. 86 § 1 kk łączy T. A. kary pozbawienia wolności orzeczone wobec niego w punkcie II części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku oraz w punkcie I niniejszego wyroku i wymierza mu karę łączną 2 (dwóch) lat i 4 (czterech) miesięcy pozbawiania wolności;

III. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności zalicza T. A. okres jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od 31 maja 2021 r. godz. 13.00 do 23 listopada 2021 r.;

IV. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok w stosunku T. A. i D. K. utrzymuje w mocy;

V. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz r.pr. R. N. 1200 zł, w tym należny podatek od towarów i usług, tytułem kosztów nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonego T. A. w postępowaniu odwoławczym;

VI. stwierdza, że wydatki postępowania odwoławczego związane z apelacją prokuratora ponosi Skarb Państwa;

VII. zwalnia T. A. z ponoszenia kosztów sądowych związanych z postępowaniem odwoławczym zaliczając wydatki za to postępowanie na rachunek Skarbu Państwa.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Legnicy wyrokiem z dnia 24 lutego 2022 r., III K 135/21:

I. uniewinnił oskarżonego D. K. od popełnienia zarzucanych mu czynów, a kosztami postępowania obciążył Skarb Państwa;

II. uznał oskarżonego T. A. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt 1 części wstępnej wyroku, stanowiącego występki z art. 278 § 1 i 5 k.k. i art. 276 k.k. i art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., i za to na podstawie art. 278 § 1 k.k. wymierzył mu karę 8 miesięcy pozbawienia wolności;

III. uznał oskarżonego T. A. za winnego popełnienia zarzucanych mu czynów opisanych w pkt 2-5 części wstępnej wyroku, przy czym przyjął, że czyny te stanowią dwa wykroczenia: z art. 119 § 1 k.w. w odniesieniu do czynu opisanego w pkt 2 i 3 części wstępnej wyroku, oraz jedno wykroczenie z art. 11 § 1 i 2 k.w. w zw. z art. 119 § 1 i 2 k.w. w odniesieniu do czynu opisanego w pkt 4 i 5 części wstępnej wyroku, i za to na podstawie art. 119 § 1 k.w. w zw. z art. 9 § 2 k.w. wymierzył mu łącznie karę 2.000 zł grzywny;

IV. w ramach zarzucanego oskarżonemu T. A. czynu opisanego w pkt 6 części wstępnej wyroku uznał go za winnego tego, że:

28 maja 2021 r. w G. przy ul. (...) dokonał uszkodzenia rzeczy w postaci dwóch opon o wartości łącznej 3099,99 zł brutto w samochodzie marki B. należącym do pokrzywdzonego R. P. w ten sposób, że przebił je ostrym narzędziem, czym spowodował straty w wysokości 3.099,99 zł na szkodę R. P., i kwalifikuje ten czyn jako występki z art. 288 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., i za to na podstawie art. 288 § 1 k.k. wymierzył mu karę 3 miesięcy pozbawienia wolności;

V. na podstawie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączył oskarżonemu T. A. kary pozbawienia wolności orzeczone wobec niego w pkt II i IV części dyspozytywnej wyroku i wymierzył mu karę łączną 10 miesięcy pozbawienia wolności;

VI. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu T. A. okres zatrzymania go i tymczasowego aresztowania w sprawie od 31 maja 2021 r. godz. 13.00 do 23 listopada 2021 r. przyjmując, iż jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności równa się jednemu dniowi kary łącznej pozbawienia wolności;

VII. na podstawie art. 46 § 1 k.k. zasądził od oskarżonego T. A. na rzecz pokrzywdzonego R. P. kwotę 3.099,99 zł, stanowiącą równowartość uszkodzonych rzeczy;

VIII. na podstawie art. 44 § 2 k.k. orzekł wobec oskarżonego T. A. przepadek noża z drewnianą rękojeścią oraz scyzoryka Camping, stanowiących dowody rzeczowe opisane w wykazie dowodów rzeczowych nr I/308/21/P pod poz. 1 i 3;

IX. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił oskarżonemu T. A. klucz samochodowy z logo O. z brelokiem, telefon H., kartę SIM O., dokument ze zdjęciem (...), bluzę czarną, spodnie J. czarne, koszulkę k.r. czarną i obuwie sportowe granatowe wraz z czapką z daszkiem, stanowiące dowody rzeczowe opisane w wykazie dowodów rzeczowych nr (...) pod poz.(...);

X. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił oskarżonemu D. K. telefon komórkowy czarny bez widocznej nazwy, kartę mini SIM (...), koszulkę k.r. czarną, spodnie dresowe logo N. oraz buty sportowe czarne P., stanowiące dowody rzeczowe opisane w wykazie dowodów rzeczowych nr (...) pod poz. (...);

XI. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonego T. A. od ponoszenia kosztów sądowych i nie wymierzył im opłat;

XII. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz r. pr. R. N. kwotę 1.680 zł tytułem zwrotu kosztów obrony udzielnej oskarżonemu T. A. z urzędu oraz kwotę 386,40 zł tytułem zwrotu podatku VAT, a nadto kwotę 270 zł tytułem zwrotu uzasadnionych wydatków w związku z podejmowanymi czynnościami w ramach obrony z urzędu;

XIII. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz oskarżonego D. K. kwotę 1.920 zł tytułem zwrotu kosztów obrony poniesionych w związku z ustanowieniem obrońcy w sprawie.

Wyrok zaskarżył oskarżyciel publiczny w całości na niekorzyść D. K. i T. A., zarzucając:

I. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku i mających wpływ na jego treść, polegający na przyjęciu, że D. K. nie popełnił zarzucanych mu czynów, gdy dowody wskazane w skardze wskazują, że dopuścił się czynów opisanych w punktach od 2 do 5 części wstępnej wyroku;

II. obrazę prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynów przypisanych T. A. w punkcie III części rozstrzygającej, tj. art. 279§1 KK przez jego niezastosowanie;

III. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku i mających wpływ na jego treść, polegający na wyeliminowaniu z opisu czynu z punktu VI aktu oskarżenia art. 294§1 KK;

IV. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść wyroku, tj. art. 366§1KPK i art. 167 KPK, przez niewyjaśnienie czy R. P. posiadał 400.000 zł;

V. rażącą niewspółmierność kar jednostkowych orzeczonych w punktach II i IV części rozstrzygającej oraz kary łącznej w stosunku do stopnia winy i szkodliwości społecznej czynów.

We wniosku odwoławczym skarżący wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku w stosunku do obu oskarżonych i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Legnicy do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uznanie T. A. za winnego przestępstw z art. 279§1 KK opisanych w punktach od II do V części wstępnej wyroku i wymierzenie mu kary łącznej 4 lat pozbawienia wolności i utrzymanie w mocy wyroku, wobec tego oskarżonego w pozostałej części.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zważył, co następuje. Apelacja jest zasadna jedynie w drobnym zakresie. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że bezzasadny jest zarzut pierwszy dotyczący błędu w ustaleniach faktycznych, polegający na przyjęciu, że D. K. nie popełnił zarzucanego mu czynu. Sąd pierwszej instancji celnie stwierdził, że kluczowym dowodem na ustalenie winy tego oskarżonego jest rozpoznanie jego wizerunku na tablicy pogłądowej przez R. P. i P. J., gdy wymienieni świadkowie nie rozpoznali D. K. podczas jazdy samochodem. Na rozprawie w dniu 11 stycznia 2022 r. R. P. zeznał wszak, że oskarżonych widział dwa razy przez kilka sekund. W samochodzie O. (...), którym mieli poruszać się oskarżeni jeden był starszy a drugi młodszy. Nie pamięta, jak wyglądał młodszy pasażer, miał chyba chudą pociągłą twarz. Na policji okazano mu zdjęcia i wytypował wizerunki osób najbardziej podobne do tych, które widział.

Natomiast P. J., na tej samej rozprawie zeznał, że w samochodzie, który jechał za nim i R. P. widział dwóch mężczyzn, ale samochód ten był za daleko, aby mógł ich rozpoznać. Z miejsca pasażera nie miał możliwości obserwowania osób, które były z samochodem jadącym za nimi. Twarzy tych osób nie widział. Dopiero, gdy zatrzymali się na światłach, odwrócił się i obserwował drugi samochód i osoby znajdujące się w nim. Na zdjęciach, które okazano mu na policji, wizerunki dwóch osób na 80% odpowiadały osobom, które widział w aucie. Świadek stwierdził, że „te osoby na zdjęciach były podobne do tych z samochodu, ale nie powiem, aby to były te same osoby, bo nie jestem w stanie tak stwierdzić”.

Już w świetle tych okoliczności, wątpliwe jest twierdzenie autora apelacji, że wymienieni świadkowie rozpoznali D. K. jako jedną z osób znajdujących się w samochodzie O. (...). Obaj kluczowi świadkowie nie byli w stanie jednoznacznie i stanowczo rozpoznać wymienionego oskarżonego, twierząc jedynie, że na okazanych im zdjęciach, jeden mężczyzna jest do niego podobny.

Bardziej istotna jest jednak inna kwestia, dotycząca sposobu przeprowadzenia czynności okazania wizerunków osób. Otóż P. J. podał, że policjant przeprowadzający wymienioną czynność okazywał zdjęcia jednocześnie mu i R. P.. Do udziału w tej czynności zostali bowiem wezwani razem. Nie było tak, że znajdował się sam na sam z policjantem i ten pokazywał mu zdjęcia. Widział wizerunki osób, które wskazał R. P., a on widział zdjęcia, na których świadek wytypował sprawców.

W tych okolicznościach sąd pierwszej instancji zasadnie uznał, że czynność okazania tablicy poglądowej z wizerunkami różnych osób, przeprowadzona została niezgodnie z wymogami określonymi w art. 173§1 KPK. Podstawowym warunkiem, decydującym o prawidłowości okazania jest przeprowadzenie tej czynności w taki sposób, aby wyłączyć sugestię. Stąd wymóg, aby osoba okazywana znajdowała się w paradzie co najmniej czterech osób (art. 173§3 KPK) oraz dalsze wymogi określone w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 2003 r. w sprawie warunków technicznych przeprowadzenia okazania. Stosownie do § 4 tego aktu, należy przeprowadzić tyle okazań osób, ich wizerunków lub rzeczy, ile jest osób przesłuchiwanym. W aktach sprawy znajdują się, co prawda, dwa protokoły okazania D. K., ale w świetle relacji P. J., została dokonana jedna czynności łącznie (wspólnie) dla dwóch osób. Mając na względzie rzeczywiste przeprowadzenie omawianej czynności, a nie sposób jej udokumentowania, należy stanowczo stwierdzić, że sposób jej przeprowadzenia jest niezgodny z §4 cytowanego rozporządzenia.

Dodać należy, że z §4 ust. 2 wymienionego aktu wynika, że organ dokonujący okazania powinien zapewnić warunki, aby osoba przesłuchiwana, która brała udział w okazaniu, nie kontaktowała się z osobami przesłuchiwanymi, które nie brały jeszcze udziału w tej czynności. I ten warunek nie został dopełniony, gdyż obie osoby przesłuchiwane, tj. R. P. i P. J. kontaktowały się ze sobą w czasie okazania.

Zasadnie zatem sąd pierwszej instancji uznał dowód z okazania D. K. za niewiarygodny i wyeliminował go z podstawy dowodowej ustalania faktów. Rację ma sąd a quo, że stopień sugestii wobec obu uczestników okazania był tak wysoki, że nie pozwalał na uznanie tej czynności za rzetelną i zaakceptowanie jej wyniku. Obaj świadkowie, stojąc obok siebie, widzieli bowiem na jakie zdjęcia wskazywał każdy z nich. Bez wątpienia mogło to mieć wpływ na dokonane przez nich rozpoznanie D. K..

Jedynie dygresyjnie należy zauważyć, że skarżący powinien ustalić powody przeprowadzenia przez policjanta czynności okazania w sposób urągający procedurze tej czynności i sporządzenia dokumentacji nieodpowiadającej rzeczywistemu przebiegowi omawianej czynności, a w razie potrzeby podjąć adekwatne czynności służbowe.

Kontynuując wywody uzasadnienia stwierdzić należy, że uznanie dowodu z okazania D. K. za niewiarygodny spowodowało, że w sprawie nie ma żadnych innych dowodów pierwotnych, tj. pochodzących od źródła, które bezpośrednio zetknęło się z udowodnianym faktem, wskazujących na popełnienie przez oskarżonego zarzucanych mu przestępstw. Oskarżyciel publiczny nie przedstawił też innych wiarygodnych dowodów bezpośrednich lub choćby poszlakowych wskazujących na popełnienie przez D. K. zarzucanych mu przestępstw. Oskarżony nie był widziany na parkingu, gdzie skradziono saszetkę W. J., nie rozpoznali go sprzedawcy w sklepach (...) i nie można go rozpoznać

na zapisie video z kamer przemysłowych znajdujących się w tych sklepach. D. K. od początku nie przyznawał się do popełnienia zarzuconych mu przestępstwa, a na jego udział nie wskazywał drugi z oskarżonych, tj. T. A..

Ustalenie, że D. K. współdziałał w popełnieniu przestępstw z T. A. skarżący opiera na twierdzeniu policjanta B. M., który zeznał, że kilka dni po zdarzeniu widział tego oskarżonego stojącego za drzewem na parkingu przy banku, jak patrzył na ten parking. Jasno należy więc powiedzieć, że dowód ten mógłby stanowić ewentualną przesłankę do ustalenia faktu głównego, gdyby oskarżyciel publiczny zaoferował inne wiarygodne dowody pierwotne i bezpośrednie, co w rozpoznawanej sprawie nie ma miejsca.

Podsumowując należy więc stwierdzić, że umknęło oskarżycielowi, że faktów się nie domniemywa, lecz się je udowadnia, zgodnie z maksymą *facta non praesumuntur, sed probantur*. Z tych wszystkich względów, podniesiony zarzut jest bezzasadny.

W taki sam sposób należy ocenić kolejny zarzut, dotyczący obrazy prawa materialnego, polegający na wadliwej ocenie prawnej zachowania oskarżonych dokonujących zapłaty zbliżeniowej za towary kupione w sklepie (...). Przypomnieć należy, że T. A. po zabraniu W. J. karty płatniczej, za pomocą funkcji zbliżeniowej w sklepie (...) dwa razy zapłacił za nabyte towary (odpowiednio 35,98 zł i 17,99 zł) oraz usiłował zapłacić w sklepie (...) tą samą kartą za towary wartości 59,48 zł. Sąd pierwszej instancji uznał, że zachowanie oskarżonego wyczerpuje znamiona wykroczenia z art. 119§1 KW, nie akceptując poglądu Sądu Najwyższego wyrażonego w wyr. z 22.03.2017 r., III K 349/16, że „dokonanie płatności kartą płatniczą w formie tzw. płatności zbliżeniowej przez osobę nieuprawnioną, która weszła w posiadanie karty wbrew woli jej właściciela, stanowi przestępstwo kradzieży z włamaniem z art. 279§1 KK”.

Dokonując oceny prawnej zachowania T. A., kwestionowanej w apelacji, sąd pierwszej instancji odniósł się do poglądów i argumentów podanych w cytowanym wyroku Sądu Najwyższego oraz do innych orzeczeń tego sądu i sądów powszechnych dotyczących wymienionego zagadnienia, tj. post. SN z 2.12.2020 r., III K 358/20; post. SN z 18.05.2021 r., III K 102/21; wyr. SA w Gdańsku z 20.01.2017 r., II AKa 356/16; wyr. SA w Gdańsku z 10.05.2018 r., II AKa 97/18 oraz wyr. SA w Lublinie z 20.12.2019 r., II AKa 235/19. Podnosząc zarzut obrazy prawa materialnego, autor apelacji nie przeprowadził jednak samodzielnej oceny prawnej zachowania oskarżonego, ograniczając się do bezrefleksyjnego przywołania wydanych w tej kwestii orzeczeń.

Tymczasem należy zauważyć, że wyrok SN z 22.03.2017 r., III KK 349/16 spotkał się z jednoznaczną krytyką przedstawicieli dogmatyki prawa karnego, czego wyrazem są trzy krytyczne glosy do tego orzeczenia pióra A. L., Z. K. i R. S.. Większe znaczenie ma jednak to, że w żadnym z wymienionych orzeczeń oraz glos nie przedstawiono analizy przepisów prawa regulujących dokonywanie płatności za pomocą kart zbliżeniowych, ograniczając się do przedstawienia argumentów intuicyjnych, a niekiedy wręcz metaforycznych.

Tymczasem, zasady świadczenia usług płatniczych, w tym wykonywania transakcji płatniczych za pomocą kart płatniczych zostały uregulowane w ustawie z dnia 19.11.2011 r. o usługach płatniczych. Dodać należy, że wymieniona ustawa wdraża dyrektywę 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniającą dyrektywy 97/7/WE, (...), (...) i (...) i uchylającą dyrektywę 97/5/WE (Dz. Urz. UE L 319 z 05.12.2007, str. 1, z późn. zm.). Ustawa realizuje również postanowienia Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniającą dyrektywy 2002/65/WE, (...), (...) i rozporządzenie (UE) nr (...) oraz uchylającą dyrektywę 2007/64/WE, a także Rozporządzenia Delegowanego Komisji (UE) (...) z dnia 27 listopada 2017 r. uzupełniającego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych dotyczących silnego uwierzytelniania klienta i wspólnych i bezpiecznych otwartych standardów komunikacji.

Zważyć zatem należy, że stosownie do art. 2 pkt 15a ustawy z dnia 19.11.2011 r. o usługach płatniczych, kartą płatniczą jest karta uprawniająca do wypłaty gotówki lub umożliwiająca złożenie zlecenia płatniczego, którym jest oświadczenie płatnika zawierające polecenie wykonania transakcji płatniczej (art. 2 pkt 36 ustawy), czyli zainicjowanej przez

płatnika wpłaty, transferu lub wypłaty środków pieniężnych (art. 2 pkt 29 ustawy). Karta płatnicza spełnia zatem dwie funkcje tj. 1) uprawnia do wypłaty gotówki w automacie bankowym oraz 2) umożliwia wykonanie transakcji płatniczej.

Stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy przez usługi płatnicze należy rozumieć działalność polegającą między innymi na wykonywaniu transakcji płatniczych przy użyciu karty płatniczej lub podobnego instrumentu płatniczego. Uregulowania dotyczące wykonywania usług płatniczych i bezpieczeństwa tych czynności zostały zamieszczone w Dziale II A cytowanej ustawy. Zatem, zgodnie z art. 32i ustawy, uzyskanie dostępu do swojego rachunku w trybie on-line oraz zainicjowanie elektronicznej transakcji płatniczej wymaga silnego uwierzytelnienia użytkownika, które zapewnia ochronę poufności danych w oparciu o zastosowanie co najmniej dwóch elementów należących do kategorii:

1. wiedzy o czymś, o czym wie wyłącznie użytkownik, np. nazwisko panięskie jego matki, rasa lub imię psa,
2. posiadanie czegoś, co posiada wyłącznie użytkownik, np. kod PIN,
3. cechy charakterystycznej użytkownika, np. długość klucza generowanego przez router bądź dane biometryczne,

które stanowią integralną część tego uwierzytelnienia oraz niezależnych w taki sposób, że naruszenie jednego z tych elementów nie osłabia wiarygodności pozostałych (art. 2 pkt 26aa ustawy).

Należy mieć w polu widzenia, że zgodnie z motywem (6) Rozporządzenia Delegowanego Komisji (UE) (...) z dnia 27 listopada 2017 r. uzupełniającego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...), dla zagwarantowania stosowania silnego uwierzytelniania klienta, konieczny jest wymóg zapewnienia odpowiednich zabezpieczeń którymi mogą być: w przypadku elementów należących do kategorii „wiedza” (coś, co wie wyłącznie użytkownik) - długość lub złożoność; w przypadku elementów należących do kategorii „posiadanie” (coś, co posiada wyłącznie użytkownik) - specyfikacja algorytmu, długość klucza i entropia informacyjna; oraz w przypadku urządzeń i oprogramowania do odczytu elementów należących do kategorii „cechy klienta” (coś, czym jest użytkownik) - specyfikacja algorytmu, zabezpieczenia czytnika i wzorca biometrycznego.

Odnotować należy, że zgodnie z art. 97 (Uwierzytelnianie) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) (...) z dnia 25 listopada 2015 r. państwa członkowskie zapewniają, by dostawca usług płatniczych (bank) stosował silne uwierzytelnianie klienta, w przypadku, gdy płatnik (użytkownik karty, ten, kto ją posiada):

- a) uzyskuje dostęp do swojego rachunku płatniczego w trybie on-line;
- b) inicjuje elektroniczną transakcję płatniczą;
- c) przeprowadza czynność za pomocą kanału zdalnego, która może wiązać się z ryzykiem oszustwa płatniczego lub innych nadużyć.

W odniesieniu do inicjowania elektronicznych transakcji płatniczych, o którym mowa wyżej w ust. 1 lit. b, państwa członkowskie mają zapewnić, by - w przypadku elektronicznych zdalnych transakcji płatniczych - dostawcy usług płatniczych stosowali silne uwierzytelnianie klienta obejmujące elementy, które dynamicznie łączą transakcję z określoną kwotą i określonym odbiorcą. Innymi słowy, prawodawca unijny wymaga, aby w wypadku dokonywania np. transakcji kupna towarów za pomocą karty płatniczej, stosowane było silne uwierzytelnienie użytkownika.

Natomiast w odniesieniu do ust. 1 państwa członkowskie powinny zapewnić, by dostawcy usług płatniczych wprowadzili adekwatne środki bezpieczeństwa w celu ochrony poufności i integralności indywidualnych danych uwierzytelniających użytkowników usług płatniczych.

Z wymienionych względów, w ustawie o usługach płatniczych przewidziano, że w wypadku, gdy płatności są inicjowane za pośrednictwem dostawcy świadczącego usługę inicjowania transakcji płatniczej, wymagane jest zastosowanie silnego uwierzytelnienia użytkownika (art. 32i ust. 2 i 4 ustawy). Zatem, silnego uwierzytelnienia wymaga każdorazowa wypłata gotówki z automatu bankowego, dokonanie transakcji płatniczej w trybie on-line oraz

dokonanie każdej transakcji płatniczej. Innymi słowy, **bez zastosowania silnego uwierzytelnienia nie będzie można wypłacić gotówki z bankomatu, uzyskać dostęp do swojego rachunku w trybie on-line oraz zapłacić za nabywany towar w sklepie czy innym miejscu.**

Do wykonania tych czynności nie jest wystarczające zwykle czy proste uwierzytelnienie użytkownika, określone w art. 2 pkt 33b ustawy, którym jest procedura umożliwiająca dostawcy usług płatniczych (bankowi) weryfikację tożsamości użytkownika lub ważności stosowania konkretnego instrumentu płatniczego, np. karty płatniczej, łącznie ze stosowaniem indywidualnych danych uwierzytelniających, czyli takich, które zapewnia użytkownikowi dostawca usług płatniczych (bank) w celu uwierzytelnienia (art. 2 pkt 9d ustawy).

Wynika stąd, że użycie karty płatniczej polegające np. na umieszczeniu jej w bankomacie lub przedłożeniu sprzedawcy w sklepie, umożliwi jedynie ustalenie dostawcy karty (określony bank krajowy) i tożsamości użytkownika karty (przysłowiowy J. K.) oraz terminu ważności karty. Ustalenie tych danych jest możliwe dzięki temu, że każda karta płatnicza posiada identyfikator dostawcy, np. banku krajowego, którym jest kombinacja cyfr pozwalająca na jednoznaczne zidentyfikowanie dostawcy usług płatniczych, tj. banku, który wydał kartę płatniczą (art. 2 pkt 9b). Użycie karty płatniczej w podany wyżej sposób nie pozwoli jednak na przeprowadzenie transakcji płatniczej ani na dostęp do rachunku w trybie on-line, gdyż do tego niezbędne jest zastosowanie silnego uwierzytelnienia użytkownika, czyli np. podanie kodu PIN.

Podsumowując tę część rozważań należy stwierdzić, że dla dokonania zapłaty za nabywany towar nie wystarczy umieścić kartę w tzw. czytniku kart, gdyż pozwoli to jedynie na ustalenie banku, który wydał kartę, danych tożsamości użytkownika karty i terminu jej ważności. Aby uzyskać dostęp do rachunku bankowego i dokonać zapłaty za nabywany towar niezbędne jest zastosowanie silnego uwierzytelnienia przez podanie kodu PIN bądź zastosowanie innego mechanizmu silnego uwierzytelnienia podanego wyżej. Wynika stąd, że dopiero podanie kodu PIN pozwala na uzyskanie dostępu do rachunku bankowego.

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

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

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

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

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

- a) kwota zdalnej elektronicznej transakcji płatniczej nie przekracza 30 EUR; oraz
- b) łączna kwota poprzednich zdalnych elektronicznych transakcji płatniczych zainicjowanych przez płatnika od dnia ostatniego zastosowania silnego uwierzytelnienia klienta nie przekracza 100 EUR; lub
- c) liczba poprzednio wykonanych zdalnych elektronicznych transakcji płatniczych zainicjowanych przez płatnika od dnia ostatniego zastosowania silnego uwierzytelnienia klienta nie przekracza pięciu następujących po sobie, pojedynczych zdalnych elektronicznych transakcji płatniczych.

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

Przedstawione wyżej uregulowania prawne dotyczące między innymi wykonywania transakcji płatniczych za pomocą kart płatniczych jednoznacznie świadczą o tym, że warunkiem przeprowadzenia takiej transakcji jest zastosowanie mechanizmu silnego uwierzytelnienia. Dopiero wtedy użytkownik karty płatniczej (płatnik) uzyskuje dostęp do swojego rachunku bankowego i zgromadzonych na nim środków oraz ma możliwość transferu tych środków. Zatem dokonując płatności w sklepie za nabywany towar, kupujący (posiadacz karty, płatnik) obowiązany jest podać kod PIN, gdyż bez tego nie uzyska dostępu do swoich środków płatniczych zapisanych na rachunku bankowym.

W odmienny sposób uregulowane zostały niskokwotowe płatności zbliżeniowe w punktach sprzedaży (sklepach, stacjach benzynowych, bramkach autostradowych), tzw. mikro płatności. W tym wypadku, użytkownik karty zwolniony jest ze stosowania mechanizmu silnego uwierzytelnienia i bez podania kodu PIN może dokonać zapłaty za nabywany towar. Podkreślić należy, że przeprowadzanie transakcji płatniczych w taki sposób wymaga zgody użytkownika karty płatniczej i zawarcia umowy z bankiem oraz „wyposażenia” karty płatniczej w funkcję zbliżeniowej płatności, przez co takie karty określa się terminem „karty zbliżeniowe”.

Zważyć więc należy, że o ile dokonanie płatności za pomocą karty płatniczej wymagającej silnego uwierzytelnienia przez osobę nieuprawnioną, wymaga przełamania zabezpieczenia w postaci np. kodu PIN, o tyle dokonanie płatności za pomocą karty zbliżeniowej przez osobę nieuprawnioną nie wymaga pokonania żadnego zabezpieczenia, gdyż nie jest wtedy wymagane stosowanie silnego uwierzytelnienia. Tym samym, użycie karty płatniczej z funkcją zbliżeniowej zapłaty do dokonania mikro płatności, nie prowadzi do przełamania jakiegokolwiek zabezpieczenia, gdyż dla dokonywania takich płatności przepisy prawa nie przewidują stosowania mechanizmu silnego uwierzytelnienia. Nie można więc zaakceptować stanowiska, że posłużenie się skradzioną kartą płatniczą i użycie jej do transakcji zbliżeniowej wyczerpuje znamiona przestępstwa kradzieży z włamaniem z art. 279§1 KK. Stąd, w zależności od wysokości (wielkości) środków płatniczych przywłaszczonych przez sprawcę transakcji zbliżeniowej dokonanej za pomocą skradzionej karty, zachowanie sprawcy powinno być oceniane przez pryzmat znamion wykroczenia z art. 119§1 KW albo występku z art. 278§1 KK.

Sąd Najwyższy w wyroku z 27.02.2014 r., II KK 259/13 celnie stwierdził, że włamanie polega na usunięciu przez sprawcę przeszkody materialnej, będącej częścią konstrukcji pomieszczenia zamkniętego lub specjalnym

zamknięciem tego pomieszczenia utrudniającym dostęp do jego wnętrza. Pojmując w taki sam sposób termin „włamanie”, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 1.03.2013 r., II AKa 39/13 trafnie uznał, że kod jako swoisty i niepowtarzalny klucz elektroniczny zabezpieczający dostęp do konta bankowego danej osoby za pośrednictwem bankomatu wraz z kartą bankomatową stanowią przeszkodę do zawładnięcia mieniem innej osoby. Pokonanie takiej przeszkody przez posłużenie się przez sprawcę skradzioną kartą bankomatową wraz z kodem (kluczem elektronicznym) w celu pobrania wbrew jej woli pieniędzy z bankomatu, wyczerpuje znamiona kradzieży z włamaniem w rozumieniu art. 279§1 KK.

Wątpliwość budzą zaś próby rozszerzenia zakresu pojęcia terminu „włamanie”, których wyrazem może być pogląd, że „Istota włamania sprowadza się nie tyle do fizycznego uszkodzenia lub zniszczenia bariery chroniącej dostęp do rzeczy, lecz polega na zachowaniu, którego podstawową cechą jest nieposzanowanie woli dysponenta rzeczy zabezpieczenia jej przed innymi osobami. Przy czym istotą zabezpieczenia nie jest uczynienie całkowicie niemożliwym dostępu osobom nieuprawnionym do zabezpieczonego przedmiotu w taki sposób, iż dostęp ten jest możliwy jedynie dzięki zastosowaniu siły fizycznej lub specjalnych środków technicznych, lecz stworzenie zewnętrznej bariery jednoznacznie sygnalizującej, że celem jej zainstalowania było wykluczenie dostępu do tych przedmiotów przez osoby nieuprawnione”.

Jeżeli istota włamania ma się sprowadzać do nieposzanowania woli dysponenta rzeczy przez stworzenie zewnętrznej bariery sygnalizującej, że celem jej zainstalowania było wykluczenie dostępu do tych przedmiotów przez osoby nieuprawnione, to pod tym pojęciem będzie można rozumieć każdą wirtualną przeszkodę uczynioną z wolą zabezpieczenia rzeczy, np. otoczenie otwartego na oścież domu sznurkiem bądź liną z napisem „wstęp wzbroniony”, a nawet wyobrażenie w myśli właściciela rzeczy granicy, której nie wolno przekroczyć i zaznaczenie tej granicy znakiem „dalej nie wolno wchodzić”. W takim wypadku, sprawca wchodząc do otwartego na oścież domu i kradnąc z niego jakieś rzeczy przekroczy „zaporę” ze sznurka i naruszy wolę właściciela zabezpieczenia domu przed niepowołanymi osobami. Otwartą pozostaje jednak kwestia czy sprawca zaboru rzeczy włamał się do tego domu, a zatem, czy pokonał jakąkolwiek przeszkodę materialną. Zagadnienie to jest o tyle ważne, gdyż wyznacza granice dozwolonego zachowania, których przekroczenie rodzi odpowiedzialność prawną, w tym, odpowiedzialność karną.

W polu widzenia należy bowiem mieć, że przepisy prawa karnego jako dziedziny prawa ograniczającej wolność zachowania jednostki, muszą być interpretowane rygorystycznie, w sposób zawężający, stosownie do paremii *criminalia sunt restringenda* (przepisy karne należy interpretować ściśle), gdyż prawo karne należy traktować jako *ultima ratio* polityki społecznej i odwoływać się do niego należy jedynie w wypadku niezbędnej konieczności. Poszerzanie pola znaczeniowego terminu „włamanie” godzi zaś w fundamentalną zasadę państwa prawnego w postaci pewnego prawa, tj. *lex scripta*.

Podsumowując, sąd pierwszej instancji ma rację, że dokonanie zapłaty za nabyty towar za pomocą karty zbliżeniowej nie stanowi występkę z art. 279§1 KK. Natomiast, w zależności od wielkości przywłaszczonych środków, zachowanie sprawcy należy oceniać przez pryzmat art. 278§1 KK bądź art. 119§1 KW.

Trafny okazał się zarzut III, odnoszący się do czynu przypisanego T. A. w punkcie IV części rozstrzygającej, polegający na błędnym ustaleniu, że zachowanie tego oskarżonego polegające na uszkodzeniu kół samochodu R. P. sprowadzało się jedynie do uszkodzenia mienia, gdy stanowiło ono realizację znamion przestępstwa kradzieży z art. 278§1 KK.

Stanowisko sądu pierwszej instancji, że „opis czynu przyjęty przez oskarżyciela w akcie oskarżenia nie wskazuje na zachowania stanowiące usiłowanie kradzieży 400.000 zł R. P.” (s. 19 uzasadnienia wyroku), jest zbyt formalistyczne. Pomimo że opis zachowania oskarżanego T. A. jest daleki od ideału, na podstawie treści zarzutu można ustalić, że oskarżony usiłował zabrać w celu przywłaszczenia R. P. 400.000 zł, w ten sposób, że w jego samochodzie ostrym narzędziem przebił dwie przednie opony, ale czynu nie dokonał, gdyż pokrzywdzony zorientował się w sytuacji i odjechał. Takie zachowanie oskarżyciel publiczny zakwalifikował jako czyn z art. 13§1 KK w zw. z art. 278§1 KK i art. 294§1 KK. W taki sposób sąd pierwszej instancji powinien też zrekonstruować opis zarzuconego zachowania i poddać go ocenie prawnej.

Według sądu a quo, w zachowaniu oskarżonego brak jest przejawu bezpośredniego zmierniania do dokonania przestępstwa kradzieży, gdyż za taki nie można uznać przebicia dwóch opon. W tej kwestii skarżący trafnie jednak podnosi, że T. A. znajdował się na parkingu przy banku nie po to, aby przebić opony w samochodzie pokrzywdzonego, ale po to, aby w ten sposób spowodować, że pokrzywdzony zacznie wymieniać opony albo w inny sposób usuwać uszkodzenie i w tym czasie, wykorzystując jego nieuwagę, zabrać pieniądze, które ten wypłacił w banku. Przebicie opon w samochodzie R. P. stanowiło zatem środek do osiągnięcia celu w postaci kradzieży pieniędzy. W ten sposób oskarżony bezpośrednio zmierniał do dokonania przestępstwa, które nie zostało dokonane tylko dlatego, że pokrzywdzony odjechał spod banku, zamiast przystąpić do wymiany opon.

Nie można się zgodzić z sądem pierwszej instancji również co do tego, że w sprawie nie ma dowodu, że R. P. wypłacił w banku 400.000 zł, poza jego wyjaśnieniami. Oskarżony nie przedłożył bowiem potwierdzenia wypłaty pieniędzy w takiej wysokości. Tymczasem oskarżony mówił P. J. o tym, że wypłacił w banku wymienioną kwotę pieniędzy, co ten potwierdził na rozprawie w dniu 11 stycznia 2022 r. Świadek zeznał wszak, że R. P. prosił go o pomoc w przewiezieniu większej ilości gotówki i zarezerwowanie w tym celu 3 godzin. Pomimo braku dowodu w postaci „potwierdzenia wypłaty”, za udowodniony należy więc przyjąć fakt, że R. P. wypłacił w banku wymienioną kwotę pieniędzy.

W związku z tym, niezasadny jest zarzut obrazy przepisów postępowania, tj. art. 366§1 KPK i art. 167 KPK przez zaniechanie wyjaśnienia okoliczności sprawy w postaci posiadania przez pokrzywdzonego 400.000 zł, tym bardziej, że wyjaśnienie tych okoliczności należało do prokuratora prowadzącego śledztwo.

Wobec odmiennej oceny zachowania T. A. opisanego w punkcie 6 części wstępnej wyroku, sąd odwoławczy zmienił w tym zakresie zaskarżony wyrok, uznając oskarżonego za winnego zarzuconego mu przestępstwa.

Niezasadny jest ostatni zarzut w postaci rażącej łagodności kar wymierzonych T. A. za czyny, które zostały mu przypisane w punktach II i IV oraz kary łącznej orzeczonej w punkcie V części rozstrzygającej, gdyż sąd pierwszej instancji prawidłowo ustalił stopień winy i szkodliwości społecznej czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie II części rozstrzygającej, kierując się przy wymiarze kary dyrektywami określonymi w art. 53 KK. Natomiast za czyn przypisany oskarżonemu w punkcie IV części rozstrzygającej, sąd odwoławczy wymierzył oskarżonemu karę 2 lat pozbawienia wolności oraz karę łączną 2 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności.

Mając na względzie powyższe okoliczności, orzeczono jak na wstępie.

<i>SSA Wiesław Pędziwiatr</i>	<i>SSA Jerzy Skorupka</i>	<i>SSA Artur Tomaszewski</i>
--------------------------------------	----------------------------------	-------------------------------------