

WYROK Z DNIA 11 WRZEŚNIA 2002 R.

V KKN 9/01

1. Określenie „środek nie nadający się do popełnienia czynu zabronionego”, użyte w art. 13 § 2 k.k., odnosi się do całokształtu warunków charakteryzujących sposób działania sprawcy, ukierunkowanego na dokonanie takiego czynu.

2. Jeśli rzecz ruchoma chroniona jest zabezpieczeniem elektronicznym, które umożliwia dostęp do niej wyłącznie przez wprowadzenie prawidłowego kodu, to usiłowanie zaboru tej rzeczy przez zastosowanie innego kodu dostępu jest użyciem środka nie nadającego się do popełnienia kradzieży z włamaniem i przesądza o uznaniu takiego czynu za usiłowanie nieudolne w rozumieniu art. 13 § 2 k.k.

3. Jeżeli dopiero w kasacji sformułowany został zarzut wadliwej kwalifikacji czynu przyjętej w wyroku sądu pierwszej instancji, to powinien być z nim związany także zarzut naruszenia normy procesowej, obligującej sąd odwoławczy do orzekania w zakresie przekraczającym granice zaskarżenia (art. 433 § 1 *in fine* k.p.k.).

Przewodniczący: sędzia SN H. Gradzik (sprawozdawca).

Sędziowie: SN D. Rysińska, J. Szewczyk.

Prokurator Prokuratury Krajowej: K. Parchimowicz.

Sąd Najwyższy po rozpoznaniu w dniu 11 września 2002 r. sprawy Sławomira H., oskarżonego z art. 278 § 1 w zb. z art. 275 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., z art. 13 § 1 w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. i art. 64 § 1 k.k., z art. 286 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k., z powodu kasacji, wniesionej przez obrońcę oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego w J.

z dnia 25 sierpnia 2000 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w Z. z dnia 1 czerwca 2000 r.

1. zaskarżony wyrok uchylił w części utrzymującej w mocy wyrok Sądu Rejonowego w zakresie:
 - a) skazania Sławomira H. za ciąg przestępstw z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. (pkt 2),
 - b) orzeczenia o wymiarze łącznej kary pozbawienia wolności (pkt 4) i w tejże części przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w J. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym;
2. oddalił kasację jako oczywiście bezzasadną co do pozostałej części zaskarżonego wyroku.

Z u z a s a d n i e n i a :

Wyrokiem z dnia 1 czerwca 2000 r. Sąd Rejonowy w Z. skazał Sławomira H. za to, że:

1. w dniu 30 stycznia 2000 r. w Z., wspólnie z inną nieustaloną osobą, dokonał kradzieży saszetki z zawartością kwoty 250 zł, telefonu komórkowego wartości 400 zł, dowodu osobistego, prawa jazdy i innych dokumentów oraz dwóch kart bankomatowych Visa Electron, wystawionych przez Bank Zachodni – na szkodę Andrzeja K., przy czym dopuścił się tego czynu w warunkach powrotu do przestępstwa, określonych w art. 64 § 1 k.k. – tj. za występki określony w art. 278 § 1 k.k. w zb. z art. 275 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. – na karę roku pozbawienia wolności;
2. w tym samym czasie i miejscu oraz w warunkach powrotu do przestępstwa, usiłował dokonać kradzieży z włamaniem w ten sposób, że po uprzednim wprowadzeniu kart bankomatowych Visa Electron do ban-

komatów PKO BP i Banku Zachodniego oraz wprowadzeniu błędnego kodu cyfrowego PIN zamierzał dokonać wypłaty i zaboru w celu przywłaszczenia pieniędzy z konta Andrzeja K., lecz zamierzonego celu nie osiągnął na skutek zablokowania kart bankomatowych po trzeciej błędnej próbie ich użycia – tj. za ciąg przestępstw (art. 91 § 1 k.k.) z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. i w zw. z art. 64 § 1 k.k. – na karę 2 lat pozbawienia wolności;

3. w tym samym czasie i miejscu w warunkach powrotu do przestępstwa, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, zażądał i uzyskał kwotę 300 zł od Andrzeja K. w zamian za zwrot uprzednio skradzionych dokumentów i karty bankomatowej – tj. za występki określony w art. 286 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. – na karę roku pozbawienia wolności.

Łączną karę pozbawienia wolności orzeczono wobec oskarżonego w wymiarze 3 lat (...).

Po rozpoznaniu apelacji Sąd Okręgowy w J. wyrokiem z dnia 25 sierpnia 2000 r. utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

W kasacji obrońca Sławomira H., skarżąc prawomocny wyrok w całości, podniósł zarzuty:

- 1) rażącej obrazy przepisów postępowania karnego, tj. art. 173 k.p.k., polegającej na przyjęciu za prawdziwe okazań zdjęć skazanego, w sytuacji, gdy świadkom rozpoznającym okazano ten sam album po uprzednim ich skontaktowaniu się,
- 2) rażącej obrazy prawa materialnego, tj. art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k., polegającej na zaniechaniu zakwalifikowania przypisanych skazanemu czynów z tych przepisów, zamiast, jak orzeczono, z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 k.k.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje: (...)

Przechodząc do rozważań dotyczących drugiego zarzutu kasacji, trzeba na wstępie zauważyć, że dotyczy on kwestii nie podnoszonej wcze-

śniej w apelacji, ani też nierozpoznawanej przez sąd drugiej instancji z urzędu. W zwykłym środku odwoławczym obrońca nie podważał zasadności zakwalifikowania czynów, którymi skazany zmierzał do zaboru pieniędzy przy użyciu skradzionych kart bankomatowych (pkt 2 części dyspozytywnej wyroku Sądu Rejonowego), jako ciągu przestępstw z art. 279 § 1 k.k., popełnionych w formie usiłowania udolnego w rozumieniu art. 13 § 1 k.k. Sąd Okręgowy także nie wypowiedział się na ten temat w uzasadnieniu. Utrzymanie w mocy wyroku sądu pierwszej instancji oznaczało natomiast, że sąd odwoławczy nie widział powodów do zmiany orzeczenia co do kwalifikacji prawnej tych czynów, niezależnie od zarzutów podniesionych w środku odwoławczym.

Skoro zatem dopiero w kasacji podniesiono zarzut wadliwej kwalifikacji czynu przyjętej w wyroku sądu pierwszej instancji, to powinien być z nim związany także zarzut naruszenia normy procesowej, obligującej sąd odwoławczy do orzekania w zakresie przekraczającym granice zaskarżenia (art. 433 § 1 *in fine* k.p.k.). W tym tylko bowiem trybie możliwa była zmiana zaskarżonego wyroku obejmująca kwalifikację prawną przypisanych czynów. Mimo niewyartykułowania w kasacji zarzutu obrazy prawa procesowego, Sąd Najwyższy uznał, uwzględniając intencje strony skarżącej, że wprowadza go w ramy postępowania kasacyjnego zarzut naruszenia przepisu prawa materialnego, który jest z zarzutem procesowym ściśle sprzężony. Odmienne podejście, które prowadziłoby do odrzucenia możliwości rozpoznania w postępowaniu kasacyjnym zarzutu podważającego ocenę materialnoprawną ciągu przestępstw, zawartą w prawomocnym wyroku, byłoby przejawem nadmiernego formalizmu w ustaleniu rzeczywistej treści kasacji, kolidującego z normą wyrażoną w art. 118 § 1 k.p.k.

Jest oczywiste, że zmiana w postępowaniu odwoławczym kwalifikacji prawnej przestępstw w kierunku wskazanym w kasacji, wymagałaby uprzedniej zmiany ustaleń faktycznych na korzyść oskarżonego. Podstawę

procesową orzeczenia reformatoryjnego ponad granice zaskarżenia stanowiłby wtedy art. 440 k.p.k., pod tym wszakże warunkiem, wynikającym wprost z jego brzmienia, że utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku byłoby rażąco niesprawiedliwe.

Przy rozpoznaniu omawianego zarzutu kasacji należało zatem udzielić odpowiedzi na dwa pytania. Pierwsze – czy przypisanie skazanemu ciągu przestępstw z art. 279 § 1 k.k. w formie usiłowania udolnego nastąpiło finalnie z obrazą art. 13 § 2 k.k., a w wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej – czy nieusunięcie tego uchybienia w postępowaniu odwoławczym przesądzało o tym, że utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku było rażąco niesprawiedliwe.

Przed sformułowaniem odpowiedzi na pierwsze z pytań niezbędne jest skrótowe przytoczenie argumentacji skarżącego. Twierdził on, że zamiar zaboru pieniędzy przy użyciu kart bankomatowych nie mógł być w ustalonych w sprawie okolicznościach zrealizowany. Skazany nie znał bowiem kodu dostępu za pośrednictwem kart bankomatowych do pieniędzy umieszczonych w bankomacie, czyli tzw. PIN-u. Próby zmierzające do wejścia w posiadanie jakiegokolwiek kwoty pieniężnej przez użycie kart bankomatowych były w tych warunkach skazane na niepowodzenie.

Nie sposób zaprzeczyć, że wywód autora kasacji jest przekonujący. Istotnie, dokonanie zaboru pieniędzy przez próbę pokonania elektronicznego zabezpieczenia nieprawidłowym kodem dostępu było obiektywnie niemożliwe. Osiągnięcie skutku uniemożliwiły techniczne zasady funkcjonowania bankomatu. Gwarantują one, że wypłata pieniędzy przy użyciu karty bankomatowej nastąpi wyłącznie po wprowadzeniu prawidłowego PIN-u, identyfikującego konkretną kartę z odpowiadającym jej kontem bankowym. Tylko przejście „w ten sposób przez zabezpieczenie elektroniczne otwiera możliwość” wykonania dalszych czynności prowadzących do wypłaty gotówki. Skuteczność zabezpieczenia gwarantowana jest dwustop-

niowo. Po pierwsze, przypisanie PIN-u do karty bankomatowej następuje przez wybór określonej kombinacji cyfr, jednej z tak wielkiej liczby, że prawdopodobieństwo losowego trafienia w sekwencję cyfr odnoszącą się do konkretnej karty jest praktycznie równe zeru. Po drugie, liczba dopuszczalnych prób wprowadzenia PIN-u po umieszczeniu karty w bankomacie jest ograniczona, gdyż trzykrotne wskazanie nieprawidłowego PIN-u powoduje zatrzymanie karty w bankomacie i zablokowanie możliwości kontynuowania czynności zmierzających do wypłaty. Tak więc samo dysponowanie kartą bankomatową i dostęp do bankomatu nie zapewniają jeszcze wypłaty gotówki z konta bankowego właściciela karty. Skuteczność wejścia w jej posiadanie w ten sposób uwarunkowane jest znajomością PIN-u, będącego kodem dostępu do pieniędzy posiadacza rachunku bankowego, a zarazem zabezpieczeniem elektronicznym przed użyciem karty przez osobę nieuprawnioną. Posłużenie się kartą przez wprowadzenie za pośrednictwem klawiatury bankomatu nieprawidłowego PIN-u jest działaniem, które obiektywnie nie prowadzi do wypłaty gotówki i jako takie stanowi nieudolne usiłowanie dokonania czynu zabronionego określonego w art. 279 § 1 k.k.

Samo jednak stwierdzenie, że określone zachowanie nosi znamiona nieudolnego usiłowania dokonania czynu zabronionego nie przesądza jeszcze o tym, że sprawca ponosi za nie odpowiedzialność karną. Przystępne są bowiem takie tylko rodzaje usiłowania nieudolnego, na które wskazuje się w art. 13 § 2 k.k., tj.: 1) ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, albo 2) ze względu na użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego. W okolicznościach ustalonych w sprawie zachowanie skazanego odpowiadało usiłowaniu nieudolnemu ze względu na użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego. Wykazano już, że sieć elektroniczna, bankomat i karta bankomatowa tworzą technologiczne oprzyrządowanie wypłat gotówki dla posiadaczy rachunku bankowego, ale skuteczność

działania zmierzającego do wypłaty zależy od wprowadzenia prawidłowego PIN-u, przypisanego do konkretnej karty bankomatowej.

Sądy orzekające w obu instancjach, poprzestając na zakwalifikowaniu czynów skazanego jako usiłowań udolnych, uznały, że samo posłużenie się kartą bankomatową stanowiło użycie środka nadającego się do dokonania kradzieży pieniędzy z włamaniem. Nie można aprobować tego stanowiska. W piśmiennictwie przyjmuje się, że „środek” w rozumieniu przepisu definiującego usiłowanie nieudolne nie oznacza wyłącznie narzędzi jako materialnych atrybutów, którymi sprawca posługuje się w celu realizacji znamion czynu zabronionego. Określenie „środek nie nadający się do popełnienia czynu zabronionego”, użyte w art. 13 § 2 k.k., odnosi się do całokształtu warunków charakteryzujących sposób działania sprawcy, ukierunkowanego na dokonanie takiego czynu (por. A. Wąsek: Z problematyki usiłowania nieudolnego, PiP 1985, z. 7-8, s. 80-83). W tym rozumieniu środkiem prowadzącym do realizacji znamion przestępstwa zaboru pieniędzy z bankomatu przy użyciu karty bankomatowej jest także wprowadzenie prawidłowego PIN-u, jako jedynie skutecznego sposobu pokonania przeszkody elektronicznej zabezpieczającej pieniądze umieszczone w bankomacie. Podsumowując wnioski wypływające z przedstawionych rozważań, należy stwierdzić, że jeśli rzecz ruchoma chroniona jest zabezpieczeniem elektronicznym, które umożliwia dostęp do niej wyłącznie przez wprowadzenie prawidłowego kodu, to usiłowanie zaboru tej rzeczy przez zastosowanie innego kodu dostępu jest użyciem środka nie nadającego się do popełnienia kradzieży z włamaniem i przesądza o uznaniu takiego czynu za usiłowanie nieudolne w rozumieniu art. 13 § 2 k.k.

Przy udzielaniu odpowiedzi na drugie pytanie, dotyczące kwestii, czy utrzymanie w mocy wyroku przez sąd odwoławczy było rażąco niesprawiedliwe, godzi się zauważyć, że następstwem pominięcia w kwalifikacji prawnej ciągu przestępstw art. 13 § 2 k.k., było wymierzenie skazanemu kary w

granicach ustawowego zagrożenia określonego w art. 279 § 1 k.k. Tymczasem w art. 14 § 2 k.k. przewiduje się, że w wypadku usiłowania nieudolnego sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. Przypisanie zatem przestępstwa popełnionego w formie usiłowania nieudolnego postawiłoby oskarżonego w innej sytuacji procesowej przy wymiarze kary. Wystąpiłaby bowiem szczególna podstawa, dająca możliwość wymierzenia mu kary poniżej dolnego progu zagrożenia ustawowego, a nawet rezygnacji z wymierzenia kary, przy uwzględnieniu, że dobro prawa chronione przepisem statuującym typ przestępstwa nie doznało realnego zagrożenia.

Konkludując, uchybienie sądu pierwszej instancji pozbawiło skazanego możliwości poniesienia odpowiedzialności karnej według przepisów znacznie poszerzających na jego korzyść spektrum sądowego wymiaru kary. W tych warunkach utrzymanie w mocy przez sąd odwoławczy wyroku sądu pierwszej instancji, petryfikujące naruszenie prawa materialnego, jawi się jako rażąco niesprawiedliwe.

Drugi zarzut kasacji zatem okazał się zasadny. Brak pożądanej korekty zaskarżonego wyroku sądu pierwszej instancji, którą sąd odwoławczy powinien był poczynić niezależnie od granic apelacji, stanowi rażące uchybienie. Miało ono bezpośredni wpływ na kwalifikację prawną przypisanego skazanemu ciągu przestępstw, a mogło również wpłynąć na treść orzeczenia o karze. Wobec tego, zaskarżony w tej części wyrok należało uchylić, a sprawę w zakresie odnoszącym się do skazania Sławomira H. za czyny z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. przekazać Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania. Konsekwencją podjętego orzeczenia było uchylenie także orzeczenia o wymiarze łącznej kary pozbawienia wolności. Ponowne jej orzeczenie powinno nastąpić w dalszym postępowaniu przed sądem odwoławczym.

Sąd Okręgowy w J. będzie prowadził ponowne postępowanie odwoławcze w granicach, w jakich nastąpiło przekazanie sprawy, przy czym zapatrywania prawne wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego będą dla niego wiążące (art. 442 § 1 i 3 k.p.k.).