

Sygn. akt II AKa 323/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 listopada 2015r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA – Hanna Wnękowska

Sędziowie: SA – Jarosław Góral /spr./

SO/del./ – Ewa Gregajtys

Protokolant: st. sekr. sąd.- Marzena Brzozowska

przy udziale Prokuratora Jerzego Mierzewskiego

po rozpoznaniu w dniu 9 listopada 2015 r.

sprawy A. S. (1) urodzonego (...) w G. syna D. i S.

oskarżonego o czyn z art. 267 § 1 k.k. w zb z art. 310 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

na skutek apelacji, wniesionych przez obrońcę i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 8 maja 2015 r.

sygn. akt VIIIK 56/15

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania; zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. D. W. Kancelaria Adwokacka w W. kwotę 738 /siedemset trzydzieści osiem / zł. obejmującą 23% VAT z tytułu obrony A. S. (1) świadczonej z urzędu przed Sądem Apelacyjnym.

UZASADNIENIE

Prokurator oskarżył **A. S. (1)** o to, że:

w okresie od dnia 09 do 10 lutego 2014 r. w bankomacie Banku (...) S.A. przy ul. (...) w W., w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, działając wspólnie i w porozumieniu z nieustalonymi osobami, pozyskał dane informatyczne z wielu kart bankomatowych, poprzez założenie listwy z wbudowaną kamerą rejestrującą kody PIN urządzeniem magazynującym dane i baterią oraz urządzenia skanującego dane paska magnetycznego kart używanych w przedmiotowym bankomacie, czyniąc tym samym przygotowania do nieuprawnionego skopiowania tych kart,

tj. o czyn z art. 267 § 1 k.k. w zb. z art. 310 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Rejonowy powziąwszy wątpliwość co do swojej właściwości przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu.

Wyrokiem z dnia 8 maja 2015 r. sygn. akt VIII K 56/15 Sąd Okręgowy w Warszawie:

- 1) A. S. (1) uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i za czyn ten na podstawie art. 267 § 1 k.k. w zb. z art. 310 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. skazał go, a na podstawie art. 310 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 1 (jednego) roku i 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności;
- 2) na podstawie art. 33 § 2 i 3 k.k. wymierzył A. S. karę grzywny w wymiarze 160 (sto sześćdziesiąt) stawek dziennych określając wysokość jednej stawki na 10 (dziesięć) zł;
- 3) na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył A. S. okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 10 lutego 2014 r. do 8 maja 2015 r.;
- 4) na podstawie art. 44 § 2 k.k. w zw. z art. 316 § 1 k.k. orzekł przepadek dowodów rzeczowych opisanych w wykazie dowodów rzeczowych Drz (...) - (...) pod pozycjami 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12-16, gdyż służyły do popełnienia przestępstwa; dowody rzeczowe ujawnione pod pozycjami 1, 2, 4, 5 pozostawił w aktach sprawy;
- 5) zwolnił oskarżonego od kosztów postępowania w sprawie, przejmując je na rachunek Skarbu Państwa;
- 6) zasądził rzecz adw. D. W. Kancelaria Adwokacka w W. kwotę 720 (siedemset dwadzieścia) zł plus VAT tytułem obrony z urzędu.

Z powyższym wyrokiem nie zgodził się obrońca oskarżonego oraz prokurator.

Obrońca na podstawie art. 444 k.p.k. w zw. z art. 425 § 1 i 2 k.k. zaskarżył wyrok w części dotyczącej kary na korzyść oskarżonego A. S. (1).

Na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 4 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił rażąco niewspółmierność kary wyrażającą się w wymierzeniu bezwzględnej kary pozbawienia wolności oskarżonemu dotąd nie karanemu, którego rola w popełnionym przestępstwie była podrzędna i wobec którego orzeczenie kary o charakterze izolacyjnym przekracza - zdaniem obrony - stopień winy i nie może odegrać właściwej roli wychowawczej.

Na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. oraz art. 437 § 1 i 2 k.p.k. wnosił o zmianę przez Sąd Odwoławczy wyroku w zaskarżonej części dot. kary poprzez orzeczenie odmienne co do istoty sprawy i znaczne złagodzenie kary pozbawienia wolności wymierzonej oskarżonemu poprzez warunkowe zawieszenie jej wykonania, oznaczając okres próby stosownie do warunków stawianych przez art. 70 § 1 k.k.

Prokurator na podstawie art. 425 § 1 i 2 oraz art. 444 k.p.k. zaskarżył powyższy wyrok w całości, na niekorzyść oskarżonego A. S. (1).

Na podstawie art. 438 pkt 3 i 4 oraz art. 427 § 2 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił:

- 1) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść orzeczenia, polegający na uznaniu, że zachowanie oskarżonego polegające na pozyskaniu danych informatycznych z wielu kart bankomatowych, poprzez założenie listwy z wbudowaną kamerą rejestrującą kody PIN urządzeniem magnetyzującym dane i baterią oraz urządzeniem skanującym dane paska magnetycznego kart używanych w bankomacie Banku (...) S.A. przy ul. (...) w W. nie stanowi dokonania przestępstwa określonego w art. 310 § 1 k.k., a jedynie może być rozpatrywane jako przygotowanie do jego popełnienia, podczas gdy prawidłowa wykładnia art. 310 § 1 k.k. prowadzi do wniosku, że zachowanie takie stanowi co najmniej usiłowanie czynu zabronionego określonego w tym przepisie;
- 2) rażąco niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu A. S. kary w wysokości 1 roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności, gdy okoliczności sprawy, stopień społecznej szkodliwości dokonanego przez niego czynu, a także względ na cele zapobiegawcze, jakie kara ma osiągnąć wobec oskarżonego, jak również potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa przemawiają za wymierzeniem oskarżonemu kary surowszej.

Podnosząc powyższy zarzut, na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k., art. 437 k.p.k. wnosił o:

uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Warszawie, VIII Wydział Karny do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja wywiedziona przez prokuratora okazała się zasadna, gdyż potwierdził się zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, wyrażający się w pominięciu przez Sąd pierwszej instancji dowodów istotnych, co mogło wywrzeć wpływ na treść orzeczenia.

Wobec treści wyroku ustosunkowanie się do apelacji obrońcy stało się bezprzedmiotowe.

Na wstępie wypada podkreślić, że stanowiska stron, zgodne w zakresie ustaleń o dokonaniu przez A. S. (1) czynności kopiujących zapisy na płatniczych kartach magnetycznych klientów korzystających z bankomatu Banku (...) zainstalowanego w W. przy ulicy (...), to już co do prawnej oceny jego zachowania - ewoluowały.

I tak w skierowanym do Sądu Rejonowego akcie oskarżenia prokurator zarzucił oskarżonemu pozyskiwanie danych informatycznych z wielu kart bankomatowych czym czynił przygotowania do ich skopiowania, tj. dopuszczenie się przestępstwa z art. 310 § 4 k.k.

Sąd Rejonowy powziąwszy wątpliwość co do swej właściwości do rozpoznania sprawy, wobec możliwości realizacji znamion przestępstwa z art. 310 § 1 k.k., przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu.

Odpowiedzi wymagała zatem kwestia, jaki efekt, rzutujący na kwalifikację prawną czynu, w przedmiocie ochrony rzetelności środków płatniczych, z którymi wiąże się przecież publiczne zaufanie w obrocie gospodarczym, mogło stanowić działanie oskarżonego. Bo to, że działania oskarżonego je podważały nie jest kwestionowane. Do rozstrzygnięcia pozostawała prawidłowa ich subsumpcja pod przepis prawa materialnego. Innymi słowy, czy stanowiły one karalne przygotowanie do nieuprawnionego skopiowania kart, czy też usiłowanie skopiowania /podrobienia/ a nawet dokonanie przestępstwa z art. 310 § 1 k.k.

Dla oceny zamiaru sprawcy istotne znaczenie przedstawia okoliczność, że czynności podjęte przez oskarżonego stwarzały dwie możliwości wykorzystania ich efektów w procederze przestępczym: do zakupu towarów i usług przez internet oraz w celu wyprodukowania kopii legalnych kart płatniczych. Każda z nich skutkowała wpływem pieniędzy z rachunku osób uprawnionych.

Pierwsza możliwość została najwyraźniej zbagatelizowana przez Sąd Okręgowy stwierdzeniem, że posłużenie się numerem karty cudzej nie stanowi podrobienia. Sąd sprowadził zatem zagadnienie do sytuacji, w której oskarżony znajduje przypadkiem numer takiej karty a następnie się nim posługuje. Pominięte zostały w rozważaniach czynności poprzedzające, skutkujące przecież wynikiem podobnym do efektu osiągniętego z przeniesienia danych na kartę plastikową, pomimo zaniechania jedynie tej ostatniej czynności. Nie zostało wyjaśnione, dlaczego do tej finalnej czynności Sąd przywiązuje tak doniosłe znaczenie. Mając na uwadze opinię uzupełniającą biegłego, nie sposób w chwili obecnej wykluczyć, że dokonując wspomnianej operacji A. S. (2) uzyskał elektroniczny środek płatniczy, można powiedzieć, nie honorowany wprawdzie we wszystkich placówkach handlowych /podobnie nie jest honorowane niekiedy przyjmowanie gotówki/ ale nie tracący przez to cech środka płatniczego jako powiązanego przez działania przestępcze ze środkiem legalnym. Skopiowanym ale nie ucieleśnionym w karcie magnetycznej. Wywołującym jak kopia "tradycyjna" efekt identyczny czyli odpływ pieniądza z konta pokrzywdzonego. Sąd Okręgowy pominał w rozważaniach, że podrobienie elektronicznego instrumentu płatniczego, w dobie informatyzacji funkcjonowania banków, nie musi przybrać postaci zmaterializowanej.

Druga kwestia, dotycząca przenoszenia na magnetyczną kartę plastikową uzyskanych danych, jest jeszcze mniej oczywista i dla jej wyjaśnienia niezbędne staje się odniesienie do okoliczności przez Sąd meriti nie dostrzeżonych, który poprzestał na konstatacji, że: „dokonanie /czynu z art. 310 § 1 k.k./ nie nastąpiło, kody pozyskane nie zostały wykorzystane do podrobienia kart płatniczych”.

Powyższe stanowisko należy ocenić jako uproszczone. Oskarżony w celu realizacji przestępstwa posługiwał się cyfrową kamerą video konieczną do rejestracji momentu wpisywania przez osobę uprawnioną kodu PIN oraz skanerem kopiującym dane zapisane na pasku magnetycznym i zawierające informacje umożliwiające wyprodukowanie kopii karty legalnej. Po skojarzeniu obu informacji możliwe było podjęcie gotówki w bankomacie. Sąd Okręgowy uznał, iż brak jest podstaw do ustalenia możliwości podrobienia karty kompletnej a zatem zdolnej do zastąpienia oryginalnej, wobec nie znalezienia u oskarżonego „czystych kart plastikowych”. Sąd Apelacyjny przyznaje, że w chwili obecnej możemy mówić co najwyżej o prawdopodobieństwie takiej zdolności. Chociaż nie wszystkie okoliczności przydatne do wyjaśnienia tej kwestii zostały przez Sąd meriti dostrzeżone i poddane analizie. Sąd uznał mianowicie, że A. S. (2) stanowił ogniwo w procederze innych osób i wykonywał jedynie czynności przygotowawcze. Poza rozważaniami pozostała analiza zaistnienia współsprawstwa i dokonania przedmiotowych czynności w ramach podziału ról. Całkowitemu przemilczeniu pozostawiona została zaś ewentualność całkowitego podrobienia karty siłami samego oskarżonego /sprawstwa indywidualnego wykonawczego/, u którego znaleziono nadające się do tego celu trzy karty płatnicze. Z opinii biegłego, uzupełnionej na rozprawie wynika, że pozyskane nielegalnie dane można nanosić koderem kart magnetycznych na takie właśnie karty. Na komputerze zatrzymanym w wyniku przeszukania pomieszczeń zajmowanych przez A. S. (1) ujawniono programy deszyfrujące oraz mające utrudnić pracę biegłego programy szyfrujące /k. 543/.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy odpowie na pytanie, co było zamiarem oskarżonego, wyjaśni techniczną dopuszczalność skopiowania kart płatniczych przez samego oskarżonego /sprawstwo indywidualne/, jego świadomość uczestnictwa i rolę w procederze podrabiania tychże kart przez inne osoby uwzględniając przy tym opinie biegłego B. uzupełnioną na rozprawie i wskazania doświadczenia życiowego. Rozważając formę współsprawstwa rozpatrzy możliwość wykonania przez A. S. (1) czynności dopełniających działania innych osób. W tym celu może okazać się przydatny test sprowadzający się do wyjaśnienia czy bez jego udziału byłoby możliwe dokonanie tego konkretnego przestępstwa.

Tenże Sąd ustosunkuje się ponownie do opinii biegłego wskazującej na możliwość wykorzystania pozyskanych informacji do zakupu towarów i usług za pośrednictwem internetu w zakresie szerszym niż wynikający z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, mając na uwadze wskazania Sądu odwoławczego poczynione wyżej. Wyjaśni możliwość wykorzystania odnalezionych na komputerze oskarżonego programów deszyfrujących.

Sąd pierwszej instancji weźmie pod uwagę powyższe okoliczności i podda je analizie, nie w oderwaniu ale w zestawieniu z pozostałymi zebranymi w sprawie dowodami.

Wobec tego, że czynności powyższe sprowadzają się do ponownego przeprowadzenia postępowania dowodowego, Sąd Apelacyjny postanowił jak na wstępie.