

Szymon Tarapata*

**WYBRANE PRAWNOKARNE ZAGADNIENIA ZWIĄZANE
Z DOKONYWANIEM PŁATNOŚCI ZBLIŻENIOWEJ ZA POMOCĄ
CUDZEJ KARTY PŁATNICZNEJ BEZ ZGODY OSOBY UPRAWNIONEJ –
UWAGI NA MARGINESIE WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO
Z 22.3.2017 R., SYGN. AKT III KK 349/16¹**

Obok też wyrażonych w wyroku Sądu Najwyższego (dalej cyt.: SN) z 22.03.2017 r. o sygn. akt III KK 349/16 trudno przejść obojętnie. Wynika to z faktu, że w sprawie tej pojawił się niezwykle istotny, nie tylko z punktu widzenia dogmatycznego, ale również praktycznego, problem dotyczący tego, jak z punktu widzenia karnistycznego zakwalifikować zachowanie sprawcy, który – posługując się cudzą kartą płatniczą wbrew woli osoby uprawnionej – płaci zbliżeniowo za zakupiony przez siebie w sklepie towar lub usługę². SN stwierdził ostatecznie, że tego rodzaju czyny winno się kwalifikować jako kradzież z włamaniem. Wykazując zasadność przyjętego stanowiska, w tytułowym wyroku zaprezentowano szereg argumentów. Znamienne jest przy tym, że dotyczyły one wyłącznie wykładni terminu *włamanie*.

* Dr Szymon Tarapata – adwokat, Katedra Prawa Karnego Materialnego, Uniwersytet Wrocławski.

¹ Legalis nr: 1618180.

² Należy podkreślić, iż do dokonania transakcji zbliżeniowej często potrzebne jest to, by posiadacz karty wpisał na klawiaturze terminala kod PIN. Jeżeli jednak płatność kartowa nie przekracza kwoty 50 zł, wpisanie kodu nie jest konieczne. W niniejszym tekście chodzi o wszystkie rodzaje transakcji zbliżeniowych.

Trudno jednak oprzeć się wrażeniu, że w wyroku o sygn. akt III KK 349/16 nie przeanalizowano w sposób kompleksowy problematyki prawnokarnej oceny posłużenia się, wbrew woli osoby uprawnionej, cudzą kartą płatniczą, poprzez dokonanie zapłaty zbliżeniowej za towar lub usługę³. Nie zaprezentowano zwłaszcza kompleksowych rozważań w zakresie tego, czy takie postępowanie realizuje inne niż włamanie znamiona czynu zabronionego z art. 279 § 1 ustawy z 6.6.1997 r. – Kodeks karny (t. j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1600, ze zm., dalej cyt.: k.k.) Z tego powodu kwestia ta wymaga pilnej weryfikacji. We wspomnianym orzeczeniu nie rozważono również, czy dokonanie zapłaty zbliżeniowej za towar lub usługę za pomocą cudzej karty płatniczej wbrew woli osoby uprawnionej realizuje znamiona opisane w jeszcze innych przepisach ustawy karnej⁴. Nadto nie rozstrzygnięto, kto jest pokrzywdzonym tego rodzaju zachowaniami. Nie ustalono wreszcie, na czyją korzyść można orzec środek kompensacyjny w sytuacji, kiedy popełniony zostanie wywołujący szkodę czyn polegający na zapłacie zbliżeniowej za towar lub usługę za pomocą cudzej karty płatniczej bez zgody osoby do tego uprawnionej. Kwestie te zostaną poruszone w ramach niniejszego szkicu.

Należy podkreślić, że w niektórych przywołanych w wyroku o sygn. akt III KK 349/16 orzeczeniach sądów powszechnych przyjmowano stanowisko, iż zachowanie polegające na dokonaniu zapłaty zbliżeniowej za towar lub usługę za pomocą cudzej karty płatniczej wbrew woli osoby uprawnionej w pewnych przypadkach realizuje znamiona oszustwa opisanego w art. 286 § 1 k.k. Warto podkreślić, że pogląd ten spotkał się również z akceptacją niektórych przedstawicieli doktryny. Ocena trafności takiej konkluzji jest niezbędna. Wynika to zaś z faktu, że jeżeliby przyjęto, że bezprawna zapłata zbliżeniowa cudzą kartą płatniczą wyczerpuje znamiona oszustwa, wówczas nie można byłoby uznać, iż tego rodzaju zachowanie spełnia cechy kradzieży z włamaniem. Istotą czynu zabronionego z art. 286 § 1 k.k.

³ Warto zaznaczyć, że w literaturze pojawiły się już pierwsze opracowania dotyczące karzystycznej problematyki posłużenia się cudzą kartą płatniczą bez zgody osoby uprawnionej (Zob. P. Opitek, *Kwalifikacja prawna przestępstw związanych z transakcjami kartą płatniczą*, Prok. i Pr. 2, 2017, s. 77-104; T. Buchanec, *Nieuprawnione posłużenie się cudzą kartą płatniczą w celu realizacji płatności w technologii zbliżeniowej – problematyka subsumpcji zachowania sprawcy pod właściwy przepis ustawy karnej*, „Przegląd Naukowo-Metodyczny. Edukacja dla Bezpieczeństwa” R. IX, 2016 nr 2 (31), Poznań 2016, s. 51-61). W ostatnim czasie pojawiły się również teksty popularno-naukowe dotyczące analizowanego w tymże tekście problemu – D. Czajkowski, *Czy płatność cudzą kartą to kradzież z włamaniem?*, <http://www.rp.pl/Rzecz-o-prawie/312169970-Czy-platnosc-cudza-karta-to-kradziez-z-wlamaniem.html> (dostęp: 22.4.2018 r.); M. Małecki, P. M. Dudek, *Płatność cudzą kartą to kradzież z włamaniem*, <http://www.rp.pl/Prawo-karne/301139994-Platnosc-cudza-karta-to-kradziez-z-wlamaniem.html> (dostęp: 22.4.2018 r.); D. Czajkowski, *Sąd nie może na siłę szukać paragrafu*, <http://www.rp.pl/Sedziowie-i-sady/302039993-Sad-nie-moze-na-sile-szukac-paragrafu.html> (dostęp: 22.4.2018 r.); P. M. Dudek, M. Małecki, *Prawo dostosowuje się do technologii*, <http://www.rp.pl/Rzecz-o-prawie/302189963-Prawo-dostosowuje-sie-do-technologii.html> (dostęp: 22.4.2018 r.).

⁴ Trzeba jednak podkreślić, że twierdzenie to nie może stanowić zarzutu wobec SN. W realiach sprawy prowadzonej pod sygn. akt III KK 349/16 kwestii tych bowiem, z uwagi na związanie gwarancjami procesowymi, w tym zakazem *reformationis in peius*, nie można było badać.

jest bowiem to, że sprawca doprowadza daną osobę do dobrowolnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem. Z uwagi zaś na fakt, iż rozporządzenie to jest dobrowolne, sprawca nie może dokonać zaboru⁵. Ten bowiem polega na objęciu władztwa nad mieniem, które nie zostało uprzednio dobrowolnie rozporządzone przez danego dysponenta lub dzierżyciela.

W literaturze podkreśla się, że w płatnościach zbliżeniowych może dojść do oszustwa jedynie wówczas, gdy w transakcji uczestniczy osoba, która jest przedstawicielem akceptanta. Z reguły będzie to pracownik określonej sieci handlowej. Taka osoba uruchamia czytnik, wbija na klawiaturze cenę towaru lub usługi i zatwierdza ją. Podkreśla się, że sprawca, posługując się cudzą kartą płatniczą, bądź to wprowadza takiego pracownika w błąd co do tego, że jest uprawniony do posługiwania się tymże środkiem płatniczym bądź też taki błąd wyzyskuje. Na akceptancie ciąży zaś prawny obowiązek czuwania nad bezpiecznym przebiegiem usługi płatniczej, w tym weryfikowania osoby posługującej się kartą (może on przyjmować wyłącznie karty podpisane, jest uprawniony do weryfikacji danych z karty z treścią dowodu osobistego jej posiadacza lub w pewnych przypadkach nawet zatrzymać kartę)⁶. W tym kontekście podkreśla się, że „Akceptant co prawda nie dysponuje swoim majątkiem, ale w ramach stosunku cywilnoprawnego jest umocowany do rozporządzania cudzym mieniem w trakcie realizacji usługi płatniczej. Użyty w art. 286 § 1 k.k. termin *rozporządza mieniem* należy interpretować szeroko: chodzi o wszelkie czynności prowadzące do zmiany stanu majątkowego, tj. z jednej strony polepszenia sytuacji finansowej sprawcy, a z drugiej pomniejszenia salda na rachunku bankowym pokrzywdzonego bez otrzymania jakiegokolwiek ekwiwalentu w postaci towaru lub usługi. Do *rozporządzenia* dochodzi w momencie, gdy akceptant podejmuje czynności faktyczne związane z obsługą POS-u i stanowiące warunek konieczny do zrealizowania płatności kartowej. Cywilistyczne znaczenie *rozporządzenia mieniem* nie determinuje wykładni tego pojęcia odnośnie znamion strony przedmiotowej przestępstwa oszustwa, ponieważ na gruncie art. 286 § 1 k.k. ma ono znaczenie swoiste i jest rozumiane jako każda czynność zadysponowania mieniem, przewidziana przez przepisy prawa i kształtująca określony stan prawny. *Rozporządzenie mieniem* w momencie realizacji przez akceptanta transakcji płatniczej ma umocowanie w przepisach, gdyż czynność (zlecenie) zapłaty regulowana jest zarówno w ustawie o usługach płatniczych, a także w umowach obowiązujących pomiędzy podmiotami realizującymi płatności kartowe. Droga

⁵ Podobna intuicja została oddana w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 31.12.2014 r., sygn. akt III K 250/14, w którym wskazano, że „Przez zabór należy przy tym rozumieć wyjęcie rzeczy spod władztwa osoby dotychczas nią władającej i objęcie jej we władanie przez sprawcę, przy czym wyjęcie rzeczy spod władztwa musi nastąpić wbrew woli osoby nią dysponującej” (LEX nr: 1770323).

⁶ P. Opitek, *Kwalifikacja...*, s. 93-94. Kwestie te zostały szczegółowo uregulowane w ustawie z 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz.U. Nr 199, poz. 1175 ze zm., dalej cyt.: u.u.p.).

pochołu przestępstwa oszustwa kończy się w momencie przyjęcia przez system zlecenia płatniczego”⁷.

Z zacytowaną wypowiedzią trudno się jednak zgodzić. Należy bowiem pamiętać, że w przypadku transakcji zbliżeniowych dochodzi do rozporządzenia mieniem ze strony banku. Tymczasem akceptant (najczęściej poprzez swego pracownika) nie działa na jego rzecz (w jego imieniu), lecz w imieniu własnym i na swój rachunek. To zatem nie on rozporządza mieniem instytucji bankowej. Rozporządzenia tego dokonuje bowiem bank poprzez przyjęty przez siebie system weryfikacji danych z karty i zatwierdzania transakcji. Fakt, że czyni to poprzez wykorzystanie narzędzi informatycznych (tj. bez udziału pracownika banku), nic w tej kwestii nie zmienia. Rola akceptanta sprowadza się bowiem wyłącznie do wykonywania czynności technicznych, których realizowania nie można utożsamiać z podejmowaniem decyzji o rozporządzeniu majątkiem banku. Oznacza to, że kasjer lub inny pracownik danego punktu handlowego jest tylko swoistym ogniwoem pośrednim w procesie doprowadzenia instytucji bankowej do wykonania określonej operacji na konkretnym rachunku (a więc swego rodzaju *narzędziem* w rękach sprawcy, który bez uprawnienia dokonuje transakcji zbliżeniowej). Z tej też przyczyny trzeba stwierdzić, iż **zachowanie polegające na zapłacie zbliżeniowej za towar lub usługę przy udziale akceptanta nie realizuje znamion oszustwa z art. 286 § 1 k.k.**

W literaturze prezentowane jest stanowisko, że w przypadku dokonania nieautoryzowanej płatności kartowej dochodzi do spełnienia ustawowych cech typu z art. 287 § 1 k.k. Podnosi się bowiem, że „W trakcie transakcji kartą płatniczą, niezależnie od zastosowanej formy płatności, dochodzi do nieuprawnionego *przetwarzania, gromadzenia i przekazywania* danych informatycznych na kilku poziomach. Mówi o tym wprost art. 2 pkt 27 u.u.p., który pod pojęciem systemu płatności określa system transferu środków pieniężnych, oparty na formalnych i znormalizowanych regułach oraz wspólnych zasadach dotyczących przetwarzania, rozliczeń lub rozrachunku transakcji płatniczej. W części niniejszego opracowania dotyczącej charakteru transakcji kartowych i ich technicznych aspektów zostało szczegółowo opisane, jak omawiane transakcje wpływają na przetwarzanie i przekazywanie danych. Jeśli chodzi o zmianę zapisu, dokonuje się ona nie tylko w systemie informatycznym banku prowadzącego rachunek dedykowany instrumentowi płatniczemu, ale także w samej pamięci karty: obsługujący ją mikroprocesor zawiera np. licznik wszystkich transakcji (ang. *Application Transaction Counter* – ATC), który ma przeciwdziałać tzw. atakom powtórzeniowym (kilku operacjom o takich samych danych wyjściowych). Karta wydana klientowi po raz

⁷ Ibidem, s. 94. Pogląd, że dokonanie nieautoryzowanych płatności cudzą kartą wyraził także D. Czajkowski [w:] D. Czajkowski, *Czy płatność...* Pogląd ten został skrytykowany przez M. Małeckiego i P. M. Dudka [w:] M. Małecki, P. M. Dudek, *Płatność...*, P. M. Dudek, M. Małecki, *Prawo...*

pierwszy ma wartość rejestru 0, a każda następna transakcja (także oszukańcza) lub jej próba zwiększa stan licznika o 1”⁸.

Zacytowany pogląd zasługuje na aprobatę. Sprawca, posługując się cudzą kartą w procesie zapłaty za towar lub usługę, nie mając do tego upoważnienia, doprowadzając do zmiany stanu salda zapisanego na rachunkach (poziom salda przyjmuje zaś postać zapisu informatycznego), wpływa na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie i przekazywanie danych informatycznych, mających znaczenie majątkowe, działając przy tym w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. W takim stanie rzeczy dochodzi do realizacji znamion typu z art. 287 § 1 k.k. i to bez względu na to, czy w transakcji zbliżeniowej uczestniczy jakakolwiek osoba ze strony akceptanta (skoro w takiej sytuacji nie ma mowy o realizacji znamion oszustwa z art. 286 § 1 k.k.), czy też nie bierze w niej udziału człowiek, lecz dokonywania jest ona wyłącznie za pomocą systemu komputerowego, maszyny lub innego urządzenia. Nie przesądza to jednak, że art. 287 § 1 k.k. powinien zostać ostatecznie przywołany w kwalifikacji prawej czynu polegającego na dokonaniu nieautoryzowanej płatności kartą. Kwestia ta zostanie szerzej rozwinięta w dalszej części niniejszego opracowania.

W tym miejscu trzeba zweryfikować pogląd wyrażony w wyroku o sygn. akt III KK 349/16, że dokonanie nieautoryzowanej transakcji kartowej może spełniać cechy opisane w art. 279 § 1 k.k. W tym kontekście nie budzą większych wątpliwości te twierdzenia zaprezentowane przez SN, które mają świadczyć o tym, że doprowadzenie do obciążenia na rachunku klienta banku za pomocą cudzej karty płatniczej użytej bez zgody osoby uprawnionej spełnia cechy wskazanego w art. 279 § 1 k.k. włamania. Włamanie bowiem nie musi polegać na przełamaniu zabezpieczeń fizycznych. Może ono się także sprowadzać do sforsowania barier przyjmujących postać niematerialną (jak np. kody, hasła itp.)⁹. W tej kwestii słusznie podkreślono w wyroku o sygn. akt III KK 349/16, że skoro włamać się można także poprzez użycie oryginalnego klucza do zamka od drzwi¹⁰ lub pełniącej jego rolę karty do pokoju hotelowego, to nie ma szczególnych powodów, by odrzucić tezę, że włamanie możliwe jest także poprzez posłużenie się zbliżeniową kartą płatniczą. Nie nasuwa też większych wątpliwości wypowiedź, iż „możliwe jest aprobowanie utrwalonego już w orzecznictwie i niekwestionowanego w piśmiennictwie poglądu, że transakcje bankowe wymagające podania PIN-u uznawane są za kradzież z włamaniem (...) i to nie tylko te dotyczące podjęcia pieniędzy z bankomatu jako surogatu pomieszczenia, ale i te polegające na płatności zbliżeniowej, w kwotach

⁸ P. Opitek, *Kwalifikacja...*, s. 97-98.

⁹ Przykładowo w wyroku Sądu Apelacyjnego (dalej cyt.: SA) w Szczecinie z 26.4.2017 r., sygn. akt II AKa 191/16 wskazano, że „Posłużenie się przez sprawcę skradzioną kartą bankomatową wraz z kodem (kluczem elektronicznym) w celu pobrania wbrew woli właściciela pieniędzy z bankomatu, wyczerpuje znamiona kradzieży z włamaniem w rozumieniu art. 279 § 1 k.k.”, LEX nr: 2295144. Zob. też: wyrok SA we Wrocławiu z 9.7.2014 r., sygn. akt II AKa 180/14, LEX nr: 1506771.

¹⁰ Zob. np. wyrok SA we Wrocławiu z 1.3.2013 r., sygn. akt II AKa 39/13, LEX nr: 1294878.

nieprzekraczających 50 zł, co – bez konieczności dodatkowego dowodzenia – jest również możliwe. Nasuwa się więc pytanie, czymże jest ów kod PIN wskazywany w ugruntowanym i niekwestionowany (...) w orzecznictwie jako zabezpieczenie, którego przełamanie utożsamiane jest z włamaniem w rozumieniu art. 279 § 1 k.k.? W ocenie składu Sądu Najwyższego rozpoznającego niniejszą sprawę jest oczywiście istotnym zabezpieczeniem dostępu do środków zgromadzonych przez właściciela karty płatniczej, ale zabezpieczeniem dodatkowym. Tym pierwotnym bowiem jest konstrukcja karty płatniczej, która zawiera mikroprocesor umożliwiający dokonanie wszelkich transakcji, w tym również zbliżeniowych, bez użycia kodu PIN. Przybliżenie karty płatniczej do terminalu skutkuje przedostaniem się do rachunku bankowego właściciela karty, dochodzi zatem do przełamania bariery elektronicznej w systemie bankowej płatności bezgotówkowej. Jeżeli czyni to osoba nieuprawniona, która weszła w posiadanie karty wbrew woli jej właściciela, w celu dokonania płatności za określony towar lub usługę, dokonuje kradzieży z włamaniem”.

Zaprezentowane ujęcie zasługuje na aprobatę¹¹. Użyty na gruncie art. 279 § 1 k.k. termin „włamanie” jest bowiem pojęciem technicznym, odnoszącym się do sytuacji, w której dana osoba przełamuje system zabezpieczający mienie przed jego zagarnięciem przez osoby nieuprawnione. **Karta płatnicza spełnia zaś taką funkcję. Jest ona bowiem narzędziem, które pozwala na dostęp do środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku bankowym tylko podmiotom do tego upoważnionym (można ją w pewnym sensie porównać do klucza od sejfu, w którym przechowywane są pieniądze. Swego rodzaju zamkniętym sejfem jest tu zaś konto bankowe).** Jeżeli dana osoba używa jej (karty) bez stosownego uprawnienia (umocowania), przełamuje środki chroniące mienie przed jego bezprawnym zadysponowaniem.

Należy jednak zauważyć, iż w doktrynie podkreśla się, że zapłata zbliżeniowa za pomocą karty płatniczej przez podmiot nieuprawniony nie może realizować znamion z art. 279 § 1 k.k. Ma to wynikać z faktu, że w tego rodzaju sytuacjach w ogóle nie dochodzi do spełnienia cechy zaboru. Zwolennikiem takiego stanowiska jest P. Opitek. Autor ten wskazuje, że „Istotą kradzieży jest (...) *zabór*, czyli dokonanie zmiany położenia rzeczy, jej przemieszczenie – mieniem ruchomym w prawie karnym są bowiem przedmioty fizyczne ruchome, które można przenosić z miejsca na miejsce. Stanowisko takie potwierdził wielokrotnie Sąd Najwyższy, stwierdzając m.in.: *Przestępstwo opisane w art. 279 § 1 k.k. jest przestępstwem materialnym i do jego dokonania nie dochodzi, jeżeli sprawca nie objął jeszcze we władanie przedmiotu kradzieży.* W wypadku zapłaty kartą płatniczą za towar/usługę przedmiotem zaboru są niejako wartości pieniężne zapisane w systemie informatycznym banku w postaci sekwencji cyfrowych (faktycznie banki dysponują o wiele mniejszym

¹¹ Zob. również: D. Krakowiak, *Płatność zbliżeniowa a kradzież z włamaniem – glosa do wyroku SN z 22 marca 2017 r., III KK 349/16*, LEX.

zapasem rezerw gotówkowych aniżeli kwota pieniędzy formalnie zdeponowanych na ich rachunkach bankowych). Uiszczając cenę za pośrednictwem terminalu POS, przestępca nie wchodzi jednak fizycznie w posiadanie przeznaczonych do uregulowania zobowiązania środków pieniężnych (banknotów, monet), a więc nie obejmuje we władanie *rzeczy skradzionej*. Wynika z tego, że przedmiotem czynności wykonawczej w wypadku kradzieży z włamaniem nie może być cyfrowe przekształcenie zapisu rachunku bankowego. W podobnym duchu orzekł Sąd Najwyższy, wskazując, że przedmiotem kradzieży z art. 278 § 1 k.k. (a więc także kradzieży z włamaniem) nie może być udział w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z uwagi na jego charakter i brak bytu fizycznego. Tworzenie abstrakcyjnej analogii, że płacąc kartą za pośrednictwem terminalu POS sprawca niejako obejmuje we władanie równowartość środków zgromadzonych na koncie i stanowiących cenę towaru, jest błędem¹².

Przytoczony pogląd może jednak rodzić daleko idące wątpliwości. Można bowiem twierdzić, że skoro rozwój techniki generuje potrzebę reinterpretacji pojęcia *włamanie*¹³, to analogiczna konieczność musi pojawić się w odniesieniu do terminu *zabór*, które musi zostać dostosowane do współczesnych realiów. W tej perspektywie dałoby się twierdzić, iż **skoro środki na rachunkach bankowych mają charakter niematerialny, to trudno wymagać, by dla ich kradzieży koniecznym było ich fizyczne zagarnięcie. Uprawniałoby to do twierdzenia, że płacąc zbliżeniowo, z jednej strony właściciel rachunku bankowego traci swoiste posiadanie zgromadzonych tam środków, zaś dokonujący transakcji obejmuje je we władanie poprzez zapłatę nimi za towar lub usługę**. Podobnie zdaje się twierdzić SN, który podkreślił, że osoba płacąca zbliżeniowo kartą bez zgody uprawnionego „W istocie dokonuje (...) włamania w drodze przełamania zabezpieczeń elektronicznych i zaboru mienia w postaci wartości pieniężnych zapisanych w systemie informatycznym banku, mimo że fizycznie nie obejmuje ich w posiadanie, otrzymując w zamian ich ekwiwalent w postaci towaru czy usługi”.

Należy zaś pamiętać, że taki sposób rozumienia pojęcia *zabór*, który zaprezentował P. Opitek, został sformułowany jeszcze wtedy, kiedy elektroniczne zabezpieczenia mienia oraz rachunki elektroniczne nie istniały. Trudno więc używać takiej definicji, dokonując prawnokarnego wartościowania zachowania polegającego na zapłacie zbliżeniowej za pomocą cudzej karty płatniczej bez zezwolenia osoby uprawnionej. Konieczności takiej na interpretatora tekstu prawnego z pewnością nie nakłada ustawodawca, który w żadnym akcie normatywnym nie zdefiniował czasownika *zabierać*. Słowo to ma zaś na gruncie ogólnego języka

¹² Zob. P. Opitek, *Kwalifikacja...*, s. 94-95.

¹³ Również w orzecznictwie SN powtarzana jest teza, że wskazane w art. 279 § 1 k.k. pojęcie *włamanie* winno się interpretować przy uwzględnieniu stałego rozwoju cywilizacyjnego (zob. postanowienie SN z 24.6.2010 r., sygn. akt V KK 388/09, Legalis nr: 243722; postanowienie SN z 29 X 2012, sygn. akt I KZP 11/12, Legalis nr: 538445).

polskiego bardzo szerokie znaczenie. Oznacza ono bowiem *pozbawić kogoś czegoś*¹⁴. **W zakresie wykładni językowej mieści się więc takie rozumienie pojęcia *zabór*, które polegałoby na stwierdzeniu, że pozbawienia posiadacza rachunku środków pieniężnych oraz zadysponowanie nimi poprzez zapłatę za towar lub usługę może być potraktowane jako surogat objęcia przez sprawcę w fizyczne władanie cudzych składników mienia**¹⁵. **Dopuszczalne jest więc takiego rezultatu wykładniczego. Jak się wydaje – podobna intuicja została wyrażona w tym fragmencie uzasadnienia wyroku o sygn. akt III KK 349/16, w którym stwierdzono, że** „Na kwalifikację prawną zaboru (...) wartości pieniężnych przyporządkowanych do konkretnego właściciela karty nie może wpływać sposób jego dokonania. Wszak można to uczynić – (...) – przy wykorzystaniu kodu PIN (co powszechnie uznaje się za kradzież z włamaniem niezależnie od sposobu niezgodnego z wolą właściciela karty wejścia sprawcy w posiadanie danych identyfikujących dostęp do środków oraz sposobu uszczuplenia tych środków); czy też przez przełamanie zabezpieczenia sieci telekomunikacyjnej banku i tą drogą dotarcie do środków zdeponowanych na kontach poszczególnych klientów i zadysponowanie nimi. To ostatnie zachowanie systemowo odpowiada typizacji *hackingu*, tyle że przy przestępstwie z art. 267 k.k. nie dochodzi do zaboru mienia, lecz uzyskania dostępu do informacji”.

Stwierdzenie jednak, że sprawca dopuścił się zaboru cudzych składników mienia, nie wystarczy jeszcze do stwierdzenia, iż zostały zrealizowane znamiona typu określone w art. 279 § 1 k.k. Aby tak się stało, należy pozytywnie ustalić, że sprawca kierował swe zachowanie w stosunku do przedmiotu czynności wykonawczej wskazanego w przywołanym przepisie. Znamienne jest w tym kontekście, że SN, stwierdzając, że zachowanie polegające na dokonaniu zapłaty zbliżeniowej za towar lub usługę za pomocą cudzej karty płatniczej wbrew woli osoby uprawnionej jest kradzieżą z włamaniem, w ogóle nie dokonał analizy tego, co w przypadku tego czynu jest tak naprawdę przedmiotem zaboru. W wyroku o sygn. akt III KK 349/16 nie rozważono bowiem, jaki jest status środków zgromadzonych na rachunku bankowym posiadacza karty płatniczej i do kogo one należą. Kwestia ta

¹⁴ *Słownik języka polskiego PWN*, red. E. Sobol, Warszawa 2008, s. 1241.

¹⁵ Warto zresztą zauważyć, że w czasie, gdy nie istniały jeszcze elektroniczne zabezpieczenia składników mienia, podkreślano, że słowo *zabiera* sprowadza się do stanu, kiedy to dany podmiot „wyjmuje z władztwa innej osoby i obejmuje własnym chociażby krótkotrwałym władztwem. Przez władztwo w tym wypadku rozumie się faktyczną możliwość dysponowania mieniem” (I. Andrejew, *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1986, s. 179). Tymczasem samo pojęcie władztwa może być szeroko rozumiane. Można je bowiem odnosić do sytuacji, w której dana osoba ma możliwości określonego rozporządzenia mieniem. Ujęcie takie, zostało, jak się wydaje, zaprezentowane w wyroku SN z 7.11.2014 r., sygn. akt V KK 236/14, w którym wskazano, że „Bezprawne zadysponowanie pieniędzmi omyłkowo wpłaconymi na konto nie stanowi tzw. wyjęcia ich spod władztwa osoby uprawnionej, a tym samym nie wypełnia znamienia zaboru cudzego mienia (art. 278 § 1 k.k.), gdyż osoba ta utraciła owo władztwo, wpłacając omyłkowo pieniądze na konto bankowe, którym nie dysponuje” (LEX nr: 1540648).

została wręcz zmarginalizowana. SN stwierdził bowiem w tym kontekście tylko tyle, że „Przybliżenie karty płatniczej do terminalu skutkuje przedostaniem się do rachunku bankowego właściciela karty, dochodzi zatem do przełamania bariery elektronicznej w systemie bankowej płatności bezgotówkowej. Jeżeli czynu to osoba nieuprawniona, która weszła w posiadanie karty wbrew woli jej właściciela, w celu dokonania płatności za określony towar lub usługę, dokonuje kradzieży z włamaniem. Niezależnie bowiem od tego kto finalnie doznaje uszczerbku w efekcie działania osoby nieuprawnionej do posługiwania się kartą płatniczą, a co wynika z odrębnych regulacji i na co sprawca nie ma wpływu ani zapewne nie jest tego świadom, bezsporne jest, że **dokonując płatności skradzioną kartą, doprowadza do zmniejszenia aktywów na rachunku właściciela karty.** W istocie dokonuje więc włamania w drodze przełamania zabezpieczeń elektronicznych i zaboru mienia w postaci wartości pieniężnych zapisanych w systemie informatycznym banku”.

Tymczasem warto pamiętać, że dysponent takiego przedmiotu (karty), używając go, ma prawo dokonać transakcji za pomocą aktywów zgromadzonych na koncie w banku, ujawnionych w formie zapisu informatycznego. Jeżeli z tego uprawnienia skorzysta, instytucją bankowa jest zobowiązana taką operację rozliczyć, obciążając rachunek klienta i przelać zgromadzone środki na konto podmiotu, u którego następuje zapłata zbliżeniowa za towar lub usługę. Sytuacja taka determinowana jest cywilnoprawną specyfiką umowy rachunku bankowego, z którego przecież przelewane są środki podczas realizacji transakcji zbliżeniowej za pomocą karty płatniczej. Jedną z podstawowych cech umowy rachunku bankowego jest bowiem to, że zdeponowane na koncie środki w chwili ich przekazania stają się własnością banku. Powierzenie pieniędzy tejże instytucji finansowej ma więc charakter swoistego depozytu nieprawidłowego. Bank bowiem, przejmując środki pieniężne na własność, może nimi swobodnie rozporządzać. Jednocześnie posiadacz rachunku dysponuje roszczeniem o zwrot tychże składników mienia na każde żądanie, a rozmiary tegoż zobowiązania uzależnione są od aktualnego stanu konta (saldo). Zapisy na rachunku bankowym stanowią więc informację o rozmiarze wierzytelności, jaka w danym momencie przysługuje uprawnionemu w stosunku do banku.

Biorąc pod uwagę powyższe tezy, pojawić się musi pytanie, jakie składniki majątkowe atakuje sprawca, dopuszczając się zachowania polegającego na dokonaniu zapłaty zbliżeniowej za towar lub usługę za pomocą cudzej karty płatniczej wbrew woli osoby uprawnionej, tj. czy są to cudze rzeczy ruchome, czy też prawa majątkowe. Istotne jest w tym kontekście, że w czasie, w którym zapadło orzeczenie o sygn. akt III KK 349/16, kwestia ta była bardzo problematyczna. Jakkolwiek istniały wówczas judykaty, w których wskazywano, że środki zgromadzone na

rachunku bankowym są rzeczami ruchomymi w rozumieniu prawnokarnym¹⁶, niemniej jednak nie istniała wówczas regulacja, którą tę kwestię wprost przesądzała. Ówczesnie prezentowano jednak również inne, bardziej przekonywujące, stanowisko. W odniesieniu do pieniądza bezgotówkowego wskazywano bowiem, że „Uwzględniając charakter prawny węzła prawnego łączącego klienta z bankiem prowadzącym rachunek bankowy, w tym zwłaszcza specyficzne roszczenie przysługujące osobie posiadającej rachunek, na którym zgromadzone są środki pieniężne, wydaje się, że w takim przypadku dochodzi nie tyle do przywłaszczenia cudzej rzeczy ruchomej, ile do przywłaszczenia prawa majątkowego”¹⁷.

Dopiero 27.4.2017 r., a więc już po wydaniu orzeczenia o sygn. akt III KK 349/16, weszła w życie ustawa z 12.3.2017 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw¹⁸, na mocy której znowelizowano art. 115 § 9 k.k. Aktualnie z tego przepisu wynika, że rzeczą lub przedmiotem jest również *środek pieniężny zapisany na rachunku*¹⁹. Obecnie nie ma więc wątpliwości, że aktywa zgroma-

¹⁶ Tytułem przykładu należy wskazać na wyrok SA we Wrocławiu z 9.6.2006 r., sygn. akt II AKa 143/06, w którym wskazano, że „przedmiotem przestępstwa przywłaszczenia określonego w art. 284 k.k. może być rzecz ruchoma, w tym także polski pieniądz (art. 115 § 9 k.k.) oraz prawo majątkowe. Z kolei przedmiotem sprzeniewierzenia określonego w art. 284 § 2 k.k. może być jedynie powierzona rzecz ruchoma, w tym również polski pieniądz. Dla pełnego określenia zakresu znaczenia terminu *pieniądz* nie wystarcza tu jego cywilistyczne ujęcie jako znaku pieniężnego (banknotu lub monety). Obecnie pieniądz występuje pod dwiema postaciami: jako pieniądz gotówkowy (mający postać odpowiednich znaków pieniężnych, będących nośnikiem odpowiedniej ilości jednostek pieniężnych i stanowiących prawny środek płatniczy) lub jako pieniądz bezgotówkowy (pieniądz elektroniczny albo bankowy – istniejący w formie zapisów na rachunku bankowym). Należy zatem stwierdzić, że cywilistyczne pojęcie pieniądza na gruncie prawa karnego obejmuje także pieniądz bezgotówkowy, który może być przedmiotem przestępstwa z art. 284 § 2 k.k.” (Legalis nr: 79130).

¹⁷ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Komentarz do art. 278-363 [w:] Kodeks karny. Część szczególna*, t. III, red. A. Zoll, Warszawa 2016, s. 228.

¹⁸ Dz.U. z 2017, poz. 768.

¹⁹ Interesujące jest to, że implementacji tej zmiany do ustawy karnej nie towarzyszyła żadna głębsza analiza. Koniecznością wprowadzenia do ustawy takiej modyfikacji tłumaczono potrzebami procesowymi. W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z 12.3.2017 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, prezentując argumenty za potrzebą zmiany art. 115 § 9 k.k., wskazano, że „Projektowana zmiana ma na celu usunięcie wątpliwości odnośnie tego, czy środki pieniężne znajdujące się na rachunku płatniczym lub bankowym można uznać za rzecz ruchomą, a tym samym za dowód rzeczowy w sprawie. Do tej pory kwestia ta nie została jednoznacznie rozstrzygnięta przez ustawodawcę, co rodziło wątpliwości m.in. na gruncie prawa karnego procesowego. W celu wyjaśnienia powyższego zagadnienia przytoczyć można poglądy konsekwentnie wyrażane w orzecznictwie – por. wyroki SA w Szczecinie z 30.4.2014 r., sygn. akt II AKa 52/14 oraz SA w Warszawie z 29.1.2014 r., sygn. akt II AKa 382/13 – wedle których dopuszczalnym jest uznanie wymienionych środków za rzecz ruchomą. Kwestia ta została rozstrzygnięta na gruncie art. 284 k.k., a zatem przestępstwa sprzeniewierzenia. W powołanych orzeczeniach wskazano, że przedmiotem tego przestępstwa może być każda rzecz ruchoma, w tym również pieniądz, który występuje albo w postaci gotówki albo jako pieniądz bezgotówkowy, np. w formie zapisu na rachunku bankowym. W związku z powyższym proponuje się w art. 115 § 9 k.k. wskazanie wprost, że jako rzeczy ruchome rozumie się także środki pieniężne zapisane na rachunku bankowym, płatniczym

dzzone na koncie mogą być przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. Środki te są bowiem cudzą rzecz ruchomą w rozumieniu przepisów dotyczących kradzieży²⁰. Oznacza to, iż zachowania polegające na dokonaniu nieautoryzowanych płatności zbliżeniowych kartą dochodzi do realizacji kompletu znamion z art. 279 § 1 k.k.

Warto zwrócić uwagę na fakt, że w wyroku o sygn. akt III KK 349/16 SN uznał, iż dla oceny analizowanego rodzaju zachowań nie ma żadnego znaczenia, kto finalnie doznaje uszczerbku w mieniu ani to, jak wygląda techniczny schemat działania systemu transakcyjnego. Wydaje się jednak, że teza ta może budzić uzasadnione wątpliwości. Powodem takiego stanu rzeczy jest zaś fakt, iż chociaż z art. 115 § 9 k.k. wprost wynika, że środki zapisane na rachunku są rzeczami ruchomymi, tym niemniej przepis ten nie przesądza, czyją własnością są te aktywa. W tej sytuacji kwestię tę należy rozstrzygnąć, opierając się na regulacjach cywilnoprawnych. Czyniąc to, należałoby stwierdzić, że **rzeczy ruchome zabierane przez podmiot dokonywujący nieautoryzowanej zapłaty są własnością banku, zaś posiadaczowi karty przysługuje wobec tej instytucji roszczenie o ich wypłatę lub inne rozporządzenie**. W tym zaś stanie rzeczy należałoby rozważyć, czy analizowana kategoria zachowań realizuje znamiona przywłaszczenia prawa majątkowego.

Znamienne jest, że dotychczas twierdzono, iż jeżeli dana osoba zrealizowała swym zachowaniem znamiona kradzieży z włamaniem, to wykluczone było zakwalifikowanie jej czynu z art. 284 § 1 k.k. Teza taka wynikała w pierwszej kolejności z faktu, że wzorzec z art. 279 § 1 k.k. uwzględnia już pośród swych cech element przywłaszczenia. Sprawca kradzieży zabiera bowiem cudzą rzecz *cum animus rem sibi habendi*. Jeżeli więc przykładowo ktoś włamał się do osoby wynajmującej drukarkę, po czym sprzęt ten zabrał, to mimo że z zabraną rzeczą związane było prawo obligacyjne, to takie zachowanie było kwalifikowane wyłącznie z art. 279 § 1 k.k. Nadto twierdziło się, że realizacja znamion z art. 284 § 1 k.k. możliwa jest wtedy, gdy podmiot sprawczy przywłaszczy taką rzecz, która uprzednio

czy jakimkolwiek innym. Z punktu widzenia postępowania karnego rodzaj rachunku, na którym są przechowywane pieniądze nie ma żadnego znaczenia. Nie ma zatem także potrzeby precyzowania rodzaju rachunku w projektowanej definicji” (Sejm VIII Kadencji, druk nr 1186, s. 35-36, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/C4429F535A936943C125809D004C3C7C/%24File/1186.pdf> (dostęp: 18.4.2018 r.)). Oceniając przytoczoną wypowiedź, trudno oprzeć się wrażeniu, że autorzy projektu gruntownie nie przeanalizowali tego, czy, a jeżeli tak, to jakie skutki na płaszczyźnie prawa karnego materialnego wywrze wprowadzona przez nich zmiana. Dokonując nowelizacji, nie uwzględnili oni też cywilistycznej specyfiki umowy rachunku bankowego.

²⁰ Inna sytuacja istniała jednak w stanie prawnym sprzed 27.4.2017 r. Wówczas bowiem zagarnięte przez sprawcę aktywa zgromadzone na rachunku bankowym nie mogły być uznane za cudze rzeczy ruchome, lecz jako prawa majątkowe. Z tego powodu SN w rozpoznawanej sprawie nie powinien był kwalifikować zachowań sprawcy z art. 279 § 1 k.k. (z uwagi na brak spełnienia jednego ze znamion wskazujących przedmiot czynności wykonawczej). Po nowelizacji z 12.3.2017 r. ocena takich przypadków musi być jednak inna.

znalazła się w jego posiadaniu²¹. Nietrudno jednak zauważyć, że trafność tego poglądu nie budzi wątpliwości jedynie w odniesieniu do czynów, które kierowane są w odniesieniu do obiektów fizycznych (materialnych). W omawianych przypadkach jego zasadność nie jest już tak oczywista. Warto bowiem zwrócić uwagę na fakt, że zapłata zbliżeniowa za towar lub usługę za pomocą karty przez osobę nieuprawnioną jest specyficzną sytuacją. Różni się ona z pewnością od podanego powyżej przykładu z drukarką. Specyfika nieautoryzowanej zapłaty kartowej wynika mianowicie z tego, że sprawca, płacąc za towar lub usługę, w pewnym sensie „udaje”, że może dokonać transakcji i uiścić z rachunku cenę należną punktowi handlowemu. Natomiast w przykładzie z drukarką sytuacja taka nie występuje. Zabierający tenże sprzęt złodziej podczas dokonywania czynności zaboru nie stwarza przecież wrażenia, że przysługuje mu prawo najmu. Nie „udaje” więc, że jest on posiadaczem zależnym, lecz od początku działa *cum animus rem sibi habendi*. Tymczasem w odniesieniu do art. 284 § 1 k.k. w literaturze podnosi się, że „warunkiem realizacji zachowania opisanego za pomocą nazwowego określenia *przywłaszcza* w odniesieniu do prawa majątkowego jest znajdowanie się sprawcy w sytuacji umożliwiającej podjęcie działań, które stwarzają pozory przysługiwania sprawcy prawa majątkowego o określonej treści. Można wręcz stwierdzić, że przywłaszczenie prawa majątkowego, z uwagi na brak możliwości faktycznego posiadania prawa przez sprawcę, czy też brak możliwości faktycznego dysponowania prawem, ogranicza się do owej manifestacji polegającej na uzurpowaniu sobie przez sprawcę tego prawa. Wszystko, co może uczynić sprawca przywłaszczenia prawa majątkowego, to zachować się w sposób zewnętrznie percepowalny tak, jak gdyby był z tytułu określonego prawa majątkowego uprawniony. Prawa majątkowego nie można bowiem ani zabrać, tak jak zabiera się rzecz ruchomą, ani też dysponować nim tak jak rzeczą. Można określone prawo majątkowe sobie uzurpować. Przy czym przedmiotem uzurpowania nie jest materialny substrat, którym można rozporządzić, ale czynność konwencjonalna, mająca swoje znaczenie jedynie z uwagi na normatywny kontekst wynikający z obowiązujących przepisów prawa”²².

Dodaje się również w tym kontekście, iż „Z uwagi na normatywną istotę prawa majątkowego zamach o charakterze przywłaszczeniowym polega co do zasady na takim zachowaniu podejmowanym przez osobę nieuprawnioną z tytułu tego prawa, które wobec osób trzecich (świata zewnętrznego) będą zdadne do stworzenia przeświadczenia (fikcji), jakoby to prawo majątkowe przysługiwało sprawcy, tzn. wywołania przeświadczenia, że sprawca jest uprawniony z tytułu tego prawa”²³. (...) „Zarazem przywłaszczenie prawa majątkowego musi prowadzić do wystąpienia specyficznego skutku. Najistotniejszym jest jednak, że następstwo

²¹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas w: *Kodeks...*, s. 209. Trzeba przy tym wskazać, że posiadanie to nie musi być legalne (szerzej: S. Tarapata, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 2 grudnia 2008 r. (III KK 221/08)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, z. 4, s. 147-152.

²² Ibidem, s. 216.

²³ Ibidem.

to wystąpi wtedy, gdy „podejmowane przez sprawcę zachowania mające na celu stworzenie fikcji przysługiwania mu określonego prawa majątkowego (w więc istniejącego cudzego prawa majątkowego) skutkuje skorzystaniem przez sprawcę z tego prawa lub części uprawnień składających się na dane prawo majątkowe, przy jednoczesnym pozbawieniu możliwości korzystania z tego prawa lub z określonej części uprawnień składających się na to prawo przez osobę, której prawo to przysługuje”²⁴.

Podsumowując, trudno nie stwierdzić, że sprawca, płacąc zbliżeniowo za towar lub usługę, stwarza pozory, iż może dokonywać transakcji kartowych, a więc że jest osobą uprawnioną do wydawania bankowi dyspozycji w zakresie rozporządzenia środkami znajdującymi się na koncie²⁵. Twierdzenie takie przemawia za tezą, że **dokonywanie nieautoryzowanych transakcji kartowych wyczerpuje również znamiona przywłaszczenia prawa majątkowego**. Wynika to ze specyfiki złożonego stosunku prawnego powstającego w wyniku zawarcia umowy rachunku bankowego oraz cech systemu rozliczeń międzybankowych.

Dotychczas stwierdzono, że w sytuacji, kiedy sprawca dokonuje zbliżeniowej zapłaty za towar lub usługę za pomocą cudzej karty bez stosownego upoważnienia, spełnione są cechy opisane w art. 279 § 1 k.k., 284 § 1 k.k. oraz art. 287 § 1 k.k. Ostateczna kwalifikacja takich zachowań zależeć będzie więc od sposobu rozstrzygnięcia zbiegu między tymi przepisami. W tym kontekście należy rozważyć, czy w stosunku do przytoczonych regulacji ma zastosowanie jakakolwiek z reguł wyłączenia wielości ocen. Wydaje się, że jedynym mechanizmem redukcyjnym, jaki można w odniesieniu do zbiegu tychże przepisów rozważać, jest zasada konsumpcji. Z tego też powodu trzeba sprawdzić, czy zakwalifikowanie zachowania polegającego na dokonaniu nieautoryzowanej zbliżeniowej płatności kartą z art. 279 § 1 k.k. uczyni zbędnym, z punktu widzenia potrzeby odzwierciedlenia zawartości kryminalnej bezprawia, oddanie w kwalifikacji pozostałych jednostek tekstu prawnego²⁶.

Trzeba zauważyć, że art. 279 § 1 k.k. przewiduje górną granicę ustawowego zagrożenia w wysokości 10 lat. Czyny z art. 284 § 1 k.k. oraz 287 § 1 k.k. są zaś zagrożone maksymalną sankcją w wymiarze – odpowiednio – do 3 i 5 lat (a więc dużo mniejszą sankcją niż ta, która została przewidziana w art. 279 § 1 k.k.). Istotne jest, że w omawianej kategorii zachowań stworzenie pozoru uprawnienia

²⁴ Ibidem.

²⁵ Warto zresztą zwrócić uwagę na fakt, że – biorąc pod uwagę aspekty cywilistyczne – jeśli przykładowo osoba uprawniona do posługiwania się kartą wybiera pieniądze z bankomatu, to najpierw realizuje swe prawo majątkowe wobec instytucji bankowej, następnie zaś staje się posiadaczem samoistnym wybranych banknotów. Natomiast w opisywanych w niniejszym tekście sytuacjach złodziej najpierw sprawia wrażenie, że jest upoważniony do skorzystania z prawa majątkowego, następnie zaś postępuje z zapisanymi na rachunku kwotami jak właściciel.

²⁶ Szerzej na temat zasady konsumpcji zob. P. Kardas, *Komentarz do art. 1-52 [w:] Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, Warszawa 2016, s. 197-200.

do korzystania z karty oraz wywołanie operacji na danych informatycznych są czynnościami stanowiącymi jedynie środek do celu w postaci przywłaszczenia rzeczy ruchomej (są one więc tzw. czynnościami towarzyszącymi²⁷). Nie zachodzi nadto różnica w zakresie dóbr chronionych przez czyny stypizowane w omawianych trzech przepisach. Zachowania w nich opisane chronią bowiem mienie. Okoliczności te mogą więc przemawiać za tym, by – rozstrzygając kwestię zbiegu między wspomnianymi przepisami – zastosować zasadę konsumpcji. Wydaje się, że potrzeba zakwalifikowania nieautoryzowanych płatności kartowych z art. 284 § 1 k.k. pojawiłaby się wtedy, gdyby uznano, że – w przypadku przyjęcia kwalifikacji z art. 279 § 1 k.k. – posiadacz rachunku nie mógł uzyskać statusu pokrzywdzonego oraz dochodzić od sprawcy w procesie karnym obowiązku naprawienia szkody. Wtedy można byłoby uznać, że przyjęcie prezentowanej w niniejszym tekście optyki jest trudne do zaakceptowania z aksjologicznego punktu widzenia.

Odnosząc się do zasygnalizowanej powyżej kwestii, trzeba zauważyć, iż w art. 49 § 1 k.p.k. wskazano, że pokrzywdzonym jest ten podmiot, którego dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. W orzecznictwie przyjmuje się zaś pogląd, iż w przepisie tym chodzi o każdy przedmiot ochrony prawnokarnej mieszczący się w znamionach przypisanego sprawcy typu czynu zabronionego²⁸. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na fakt, że typ z art. 279 § 1 k.k. zabezpiecza mienie w bardzo szerokim zakresie. Wzorzec ten chroni bowiem nie tylko własność oraz inne prawa majątkowe, ale również posiadanie i dzierżenie²⁹. Przedmiotem ochrony z art. 279 § 1 k.k. jest więc praktycznie wszelka forma szeroko pojętego dysponowania majątkiem. Oczywiście jest, że w przypadku uznania, że właścicielem środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku jest bank, to podmiot ten będzie musiał zostać uznany za pokrzywdzonego w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. Wówczas bowiem jego dobro prawne, w postaci prawa własności, zostało bezpośrednio naruszone przez przestępstwo.

Istotne jest jednak, iż typ z art. 279 § 1 k.k. chroni także prawa obligacyjne. Jak już bowiem sygnalizowano – jeżeli rzecz ruchoma, znajdująca się w posiadaniu najemcy, zostanie skradziona, to czyn taki będzie godził zarówno w dobro posiadacza zależnego, jak również właściciela. Oznacza to, że stwierdzenie, iż doszło do zaboru cudzej rzeczy ruchomej, będzie również odzwierciedlać fakt, że czyn taki pociągnął za sobą naruszenie przysługującego prawa majątkowego do tej rzeczy. Daje to zaś podstawę do twierdzenia, że w sprawie czynu polegającego na nieautoryzowanej zapłacie zbliżeniowej za towar lub usługę cudzą kartą płatniczą, jeżeli by zakwalifikować takie zachowanie wyłącznie z art. 279 § 1 k.k., posiadacz rachunku bankowego będzie mógł uzyskać status pokrzywdzonego³⁰.

²⁷ Zob. *ibidem*, s. 199.

²⁸ Postanowienie SN z 30.9.2013 r., sygn. akt IV KK 209/13, LEX nr: 738111.

²⁹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas w: *Kodeks...*, s. 37, 78.

³⁰ Trzeba jednak odnotować, że w postanowieniu SN z 28.4.2016 r., sygn. akt I KZP 3/16, wskazano, że posiadacz konta bankowego, z którego bank, w wyniku oszustwa, wypłacił środki

Pojawić się jednak musi pytanie, czy w takiej sytuacji na rzecz właściciela konta da się orzec środek kompensacyjny z art. 46 § 1 k.k. Jest ono o tyle zasadne, że – jak podkreśla się w literaturze i orzecznictwie – orzeczenie obowiązku naprawienia szkody jest w konkretnej sprawie dopuszczalne jedynie wtedy, gdy szkoda ta została odzwierciedlona w znamionach typu czynu zabronionego³¹. Wydaje się przy tym, że odzwierciedlenie to nie musi nastąpić wprost. Tytułem przykładu można wskazać, że znamieniem typu czynu zabronionego z art. 286 § 1 k.k. jest skutek w postaci doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Co przy tym znamienne – owo niekorzystne rozporządzenie mieniem nie musi przybrać postaci szkody majątkowej. Mimo to zarówno w nauce prawa karnego, jak i w praktyce wymiaru sprawiedliwości przyjmuje się, że jeżeli sprawca spowodował uszczerbek majątkowy czynem kwalifikowanym jako oszustwo, to nie ma żadnych przeszkód, by sąd zastosował art. 46 § 1 k.k. Wydaje się więc, że jeśli zabronione zachowanie polega na jakiegokolwiek formie naruszenia dobra prawnego w postaci mienia, z którego wynikła szkoda, to orzeczenie środka kompensacyjnego jest dopuszczalne³². Oczywiście na podstawie art. 46 § 1 k.k. można wyrównać jedynie taki uszczerbek, który jest związany z realizacją określonego prawa. Jeżeli przykładowo leasingobiorcy zostanie skradziony samochód, to będzie on mógł domagać się od sprawcy naprawienia szkody w postępowaniu karnym. Co do zasady nie będzie ona wynosiła równowartości zabranego pojazdu. Jej wysokość będzie się bowiem równać wysokości straty lub utraconych korzyści, które są związane z niemożnością korzystania z samochodu. To bowiem jedynie właścicielowi pojazdu, który powinien uzyskać status pokrzywdzonego takim czynem, będzie mogła zostać zrekompensowana szkoda w wysokości wartości rzeczy zagarniętej przez podmiot sprawczy. Należy więc skonstatować, że – **w przypadku zakwalifikowania zachowania w postaci dokonania nieautoryzowanej zapłaty zbliżeniowej za towar lub usługę wyłącznie z art. 279 § 1 k.k. – za pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. winno się uznać zarówno posiadacza konta, jak i bank.** Zarazem jeżeli instytucja bankowa – wedle aktualnie obowiązujących przepisów – nie jest

pieniężne, nie zawsze będzie miał status pokrzywdzonego w postępowaniu karnym (Legalis nr: 1442847). Teza ta doczekała się jednak głosów krytycznych w piśmiennictwie (zob. S. Tarapata, P. Zakrzewski, *Postanowienie SN z 28.04.2016 r. (IKZP 3/16) – glosa*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2017, nr 2, s. 131-139).

³¹ Zob. M. Szewczyk, M. Jakubowski, M. Iwański, *Komentarz do art. 1-52 [w:] Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, s. 901. Trudno byłoby więc orzec środek kompensacyjny w sytuacji, gdy określony czyn jest kwalifikowany wyłącznie z art. 287 § 1 k.k. Do znamion opisanych w tymże przepisie nie należy bowiem wyrządzenie szkody – zob. wyrok SA w Szczecinie z 14.10.2008 r., sygn. akt II AKA 120/08, LEX nr: 508308.

³² Również M. Szewczyk, M. Jakubowski i M. Iwański wskazują, że „pojęcie szkody wyrządzonej przestępstwem, o której mowa w art. 46 k.k., ograniczone jest wyłącznie do następstw naruszenia dobra prawnego objętego znamionami danego typu czynu zabronionego (Zob. M. Szewczyk, M. Jakubowski, M. Iwański, *Komentarz do art. 1-52 [w:] Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, s. 901).

odpowiedzialna za bezpieczeństwo depozytu lub gdy nie wyrówna klientowi całości lub części zagarniętych przez sprawcę środków³³, wówczas osoba, której karty bezprawnie użyto, będzie mogła dochodzić naprawienia szkody w postępowaniu karnym. Zatem konkludując, **nie ma racjonalnego powodu, by nie uznać, że zakwalifikowanie nieautoryzowanej zbliżeniowej transakcji kartowej z art. 279 § 1 k.k. w pełni odzwierciedla całą kryminalną zawartość bezprawia takiego zachowania. Zbędnym jest zatem kwalifikowanie takiego czynu również z art. 284 § 1 k.k. oraz art. 287 § 1 k.k.**³⁴ **Przepisy te pozostają więc w relacji pomijalnego zbiegu ustawy z art. 279 § 1 k.k.**

Tytułem podsumowania należy wskazać, że wykładnia art. 279 § 1 k.k. zaprezentowana w wyroku o sygn. akt III KK 349/16 jest trafna w świetle aktualnego stanu prawnego. Trzeba jednak zauważyć, że w czasie, gdy SN wydawał wspomniane orzeczenie, interpretacja ta była nieprawidłowa. Wówczas bowiem czyn w postaci dokonania nieautoryzowanej płatności kartą realizował znamiona czynu zabronionego z art. 284 § 1 k.k. w zw. z art. 287 § 1 k.k. (skoro środki na rachunku bankowym były w rozumieniu ustawy karnej nie rzeczą ruchomą, lecz prawem majątkowym). Konkluzja ta ma znaczenie z perspektywy stosowania regulacji intertemporalnych z art. 4 k.k. w odniesieniu do omawianej kategorii czynów popełnionych przed 27 IV 2017 r. Należy jednak zauważyć, że zarówno na gruncie poprzedniego, jak i obecnego stanu prawnego, w przypadku dokonania nieautoryzowanej zbliżeniowej płatności kartowej możliwe jest przyznanie statusu pokrzywdzonego zarówno bankowi, jak i posiadaczowi konta. Dopuszczalne jest też orzeczenie na rzecz tychże podmiotów obowiązku naprawienia szkody. Winno się wreszcie wskazać, że zaprezentowane powyżej rozważania dotyczą też sytuacji, kiedy posiadacz konta nie posiada na nim stosownych środków, lecz na mocy umowy z bankiem będzie on uprawniony do spowodowania debetu na swym rachunku. Wywody te będą również aktualne w stosunku do niektórych innych bezgotówkowych form płatności, w tym np. do zapłaty za towar lub usługę za pomocą telefonu komórkowego.

Streszczenie

W niniejszym artykule zaakceptowano pogląd SN, iż zapłata kartą zbliżeniową za towar bez zgody osoby uprawnionej realizuje znamiona kradzieży z włamaniem (art. 279 § 1 k.k.). W tekście podano szereg dodatkowych argumentów, które nie

³³ Ograniczenia powinności banku do zwrotu posiadaczowi rachunku środków rozporządzonych nieautoryzowanymi transakcjami zostały wskazane np. w art. 46 u.u.p.

³⁴ Trzeba jednak odnotować, że w literaturze prezentowany jest pogląd, że pomiędzy art. 279 § 1 k.k. oraz art. 287 § 1 k.k. zachodzi rzeczywisty zbieg przepisów ustawy – M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Kodeks...*, s. 360.

zostały wskazane w wyroku Sądu Najwyższego, lecz mogą stanowić oparcie dla zaprezentowanego w nim stanowiska.

Abstract

In this article, the view of the Supreme Court was accepted that contactless payment by card for the goods without the consent of the authorized person fulfills the features of theft by breaking in (art. 279 § 1 c.c.). In the text a number of additional arguments was given which were not indicated in the Supreme Court's judgment but can be a support for the point of view presented in it.